



Berne, le 10 décembre 2021

Inégalités directes entre femmes et hommes en droit fédéral

Rapport du Conseil fédéral
donnant suite au postulat 19.4092 Caroni du
19 septembre 2019

Table des matières

Résumé	3
1 Contexte	4
1.1 Mandat	4
1.2 Stratégie Egalité 2030	4
1.3 Structure du rapport du Conseil fédéral.....	4
2 Egalité dans la Constitution fédérale	5
3 Avis de droit.....	5
3.1 Différences de traitement directes entre femmes et hommes en droit fédéral..	5
3.2 But et méthode	6
3.3 Approche analytique.....	6
4 Recension et analyse des inégalités directes entre femmes et hommes par thématique	6
4.1 Défense nationale	7
4.2 Grossesse et maternité.....	9
4.3 Paternité.....	15
4.4 Filiation	16
4.5 Procréation médicalement assistée et recherche sur l'être humain	17
4.6 Rente de vieillesse	19
4.7 Rente de veuf et veuve	21
4.8 Droit pénal	23
4.9 Migration.....	25
4.10 Sport, économie, recherche et innovation	26
4.11 Egalité, organisation de compétence et développement des cadres	27
5 Conclusion	27
Annexe 1 : Texte du postulat 19.4092.....	29
Annexe 2 : Texte de l'interpellation 19.3548	30

Résumé

Le présent rapport répond au postulat 19.4092 « Droit fédéral et inégalités de traitement des femmes et des hommes », déposé par le conseiller aux Etats Andrea Caroni le 10 septembre 2019. Le Conseil fédéral a été chargé de présenter dans un rapport les normes du droit fédéral qui instaurent directement un traitement distinct en fonction du sexe et d'indiquer dans quelle mesure ces normes désavantagent ou favorisent les femmes ou les hommes. Le postulat a été adopté par le Conseil des Etats le 12 décembre 2019.

Afin de bénéficier d'une vue d'ensemble exhaustive des inégalités juridiques directes existantes entre les sexes en droit fédéral, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) a confié un mandat pour un avis de droit à la Professeure Anne-Sylvie Dupont, co-directrice du Pôle Berenstein de l'Université de Genève.

L'avis de droit recense les différences de traitement directes entre femmes et hommes dans les neuf volumes de droit interne du recueil systématique fédéral, en identifie les causes et se prononce sur leur justification. Une inégalité directe est donnée lorsqu'une règle de droit fédéral s'applique à l'un des deux sexes uniquement ou opère un traitement différent entre femmes et hommes. Les bases légales concernées, dans leur version au 30 juin 2021, sont toutes reproduites. L'analyse effectuée mentionne l'éventuelle présence d'un débat et opère un classement en trois catégories. Elle distingue les différences qui se justifient (catégorie 1), les différences qui ne reposent pas sur un motif justifié et sont dès lors discriminatoires mais ne suscitent pas de vif débat (catégorie 2) et celles qui sont discriminatoires et font en plus l'objet de critiques ou de débats majeurs (catégorie 3). Les dispositions figurant dans ces deux dernières catégories sont considérées comme contraires à l'article 8, al. 3, de la Constitution fédérale.

Sur la base de l'avis de droit, le présent rapport du Conseil fédéral recense par thématique les bases légales qui opèrent une inégalité directe. L'analyse qui suit permet de constater que l'essentiel des dispositions en vigueur qui contiennent des inégalités directes entre femmes et hommes est justifié, soit par une différence biologique ou fonctionnelle, soit par l'objectif d'établir l'égalité de fait entre les sexes. Celles-ci sont par conséquent conformes au droit fondamental à l'égalité entre femmes et hommes inscrit dans la Constitution.

En plus de cette recension, pour la plupart des thématiques (chap. 4.1 à 4.8), le Conseil fédéral fait état des travaux en cours. Il constate ainsi que certaines différences injustifiées et donc discriminatoires pourraient disparaître dans un futur proche par le biais de réformes ou de projets de révision dans certains domaines du droit, permettant ainsi de réaliser l'égalité de droit – formelle – entre les femmes et les hommes.

Ce rapport s'inscrit aussi dans le cadre de la mise en œuvre de la Stratégie Egalité 2030 qui a notamment pour objectif que le droit fédéral ne comporte plus de réglementations discriminatoires en fonction du sexe.

1 Contexte

1.1 Mandat

Le postulat Caroni 19.4092 « Droit fédéral et inégalités de traitement des femmes et des hommes » déposé le 19 septembre 2019, charge le Conseil fédéral de présenter dans un rapport les normes du droit fédéral qui instaurent directement un traitement distinct en fonction du sexe et d'indiquer dans quelle mesure ces normes désavantagent ou favorisent les femmes ou les hommes.

Ce postulat fait suite à l'interpellation Caroni 19.3548 « Quelles sont les dispositions du droit fédéral qui instaurent directement un traitement différent des femmes et des hommes? », déposée le 5 juin 2019. Dans son avis du 4 septembre 2019, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à donner suite à la demande de l'auteur de l'interpellation, dans le cadre d'un avis de droit. En effet, il est connu que certains domaines du droit fédéral prévoient des normes différentes pour les femmes et les hommes. Afin de bénéficier d'une vue d'ensemble exhaustive des inégalités juridiques directes existantes entre les sexes en droit fédéral, un examen approfondi du droit fédéral était nécessaire.

Considérant l'objet du postulat 19.4092 déjà satisfait en prévoyant un avis de droit, le Conseil fédéral a proposé de le rejeter le 13 novembre 2019. Le postulat a finalement été adopté par le Conseil des Etats le 12 décembre 2019.

Le Département fédéral de l'intérieur (DFI) a été chargé d'établir le rapport du Conseil fédéral. Il en a donné la responsabilité au Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG). Suite à un appel d'offres en juillet 2020, le mandat pour un avis de droit a été confié à la Professeure Anne-Sylvie Dupont, co-directrice du Pôle Berenstein de l'Université de Genève, qui l'a co-rédigé avec Madame Zoé Seiler, docteur en droit.

Le présent rapport se base sur l'avis de droit du 24 juin 2021.

1.2 Stratégie Egalité 2030

La Stratégie Egalité 2030, adoptée le 28 avril 2021 par le Conseil fédéral, prévoit comme objectif sous le champ d'action « Discrimination » que le droit fédéral ne comporte plus de réglementations discriminatoires en fonction du sexe. À cette fin, le Conseil fédéral effectue une analyse approfondie sur les différences juridiques existantes entre les sexes en droit fédéral. Ainsi, la mise en œuvre du postulat Caroni 19.4092 constitue aussi une mesure prioritaire de la stratégie.

1.3 Structure du rapport du Conseil fédéral

Les chapitres 2 et 3 ci-après établissent les bases du rapport, en rappelant le principe d'égalité inscrit dans la Constitution et en résumant l'approche suivie par l'avis de droit. Le chapitre 4 reproduit en encadré les titres des lois et des ordonnances avec les numéros des articles qui opèrent une différence de traitement directe entre femmes et hommes en droit fédéral en les recensant par thématique. Cette recension est suivie d'une synthèse de l'analyse des inégalités juridiques selon l'avis de droit, aux chapitres concernés desquels il est renvoyé pour des descriptions plus détaillées. La position et les travaux en cours du Conseil fédéral sont en outre mentionnés pour la plupart des thématiques. Pour ce qui est des textes des articles recensés, ceux-ci se trouvent dans l'avis de droit et ne sont pas reproduits dans le rapport pour des raisons de lisibilité. Enfin, le chapitre 5 conclut le rapport du Conseil fédéral.

2 Egalité dans la Constitution fédérale

L'égalité entre femmes et hommes est un droit fondamental inscrit dans la Constitution fédérale. Selon l'art. 8, al. 3, Cst., « L'homme et la femme sont égaux en droit. La loi pourvoit à l'égalité de droit et de fait, en particulier dans les domaines de la famille, de la formation et du travail. L'homme et la femme ont droit à un salaire égal pour un travail de valeur égale ».

La première phrase de l'art. 8, al. 3, Cst. consacre un droit directement justiciable à l'égalité de traitement et interdit toute discrimination.

La deuxième phrase impartit au législateur le mandat de réaliser l'égalité de droit et de fait. D'une part, le législateur est tenu d'éliminer les discriminations directes dans la législation, soit les dispositions qui font une distinction injustifiée en se fondant sur le sexe. Il s'agit de réaliser l'égalité de droit – formelle – entre les sexes. Seuls des motifs impératifs d'ordre biologique ou fonctionnel, tels que la protection de la maternité, permettent de justifier une différence de traitement. La jurisprudence du Tribunal fédéral précise qu'au regard de l'art. 8, al. 3, Cst., la répartition traditionnelle des rôles ne peut être invoquée comme justification à une différence de traitement. Par ailleurs, celle-ci indique que la loi doit être neutre du point de vue du sexe¹. D'autre part, le législateur doit prendre des mesures pour réaliser l'égalité de fait – matérielle – entre les sexes. Les dispositions neutres du point de vue du sexe qui créent une discrimination indirecte doivent aussi être éliminées, le cas échéant par des mesures positives en faveur de l'un des sexes qui ont pour but d'encourager la réalisation de l'égalité.

Enfin, la troisième phrase de l'art. 8, al. 3, Cst. déploie un effet direct dans les rapports entre particuliers en ce qui concerne le droit directement justiciable à un salaire égal pour un travail de valeur égale.

3 Avis de droit

3.1 Différences de traitement directes entre femmes et hommes en droit fédéral

L'avis de droit recense les différences de traitement directes entre femmes et hommes dans le droit fédéral, en identifie les causes et se prononce sur leur justification. Une différence de traitement directe est donnée lorsqu'une règle de droit fédéral s'applique à l'un des deux sexes uniquement ou opère un traitement différent entre femmes et hommes.

Plusieurs différences identifiées dans l'avis de droit reposent sur des motifs biologiques ou fonctionnels, à l'instar des règles de protection de la maternité. Dans d'autres cas, la loi tend à favoriser les femmes dans l'optique d'atteindre une égalité des sexes dans les faits, afin de tenir compte de l'inégalité de la situation sociale et économique des femmes et des hommes.

Toutefois, l'étude a aussi identifié des règles de droit fédéral instaurant des différences qui ne peuvent être justifiées.

L'avis de droit ne traite pas des inégalités indirectes². Ces dernières ne font pas non plus partie du rapport du Conseil fédéral. Par ailleurs, la question du désavantage, respectivement de l'amélioration de la situation des femmes et des hommes, induit par une norme de droit ne fait pas partie de l'avis de droit car elle dépasse le cadre de l'analyse juridique sur les inégalités directes. Toutefois, l'analyse effectuée distingue clairement les différences de traitement justifiées de celles qui sont discriminatoires selon une perspective juridique, identifie la présence d'un débat et opère un classement en trois catégories (cf. chap. 3.3 Approche

¹ ATF 129 I 265, consid. 3.3

² Il y a discrimination indirecte lorsqu'une disposition formellement neutre du point de vue du sexe a pour effet de désavantager une plus grande proportion de personnes d'un sexe par rapport à l'autre, sans que cela soit objectivement justifié (ATF 124 II 409, c. 7).

analytique). Cette approche permet par conséquent une réflexion au-delà de l'identification des inégalités directes.

3.2 But et méthode

L'avis de droit a pour but d'identifier les différences de traitement directes entre femmes et hommes dans l'ensemble du droit fédéral interne, soit les volumes 1 à 9 du recueil systématique³. Les bases légales concernées, dans leur version au 30 juin 2021, sont toutes reproduites. L'analyse et l'appréciation qui en est faite distingue les différences qui se justifient de celles qui ne se justifient pas, ces dernières étant considérées comme discriminatoires et contraires à l'art. 8, al. 3, Cst. (cf. chap. 3.3).

Les documents législatifs, les sources jurisprudentielles, la doctrine et les interventions ou discussions parlementaires sont mentionnés lorsque cela est pertinent pour l'analyse.

Une synthèse conclut l'analyse de chaque volume et un tableau récapitulatif en annexe classe les bases légales dans les catégories décrites ci-après.

3.3 Approche analytique

Les différences de traitement entre femmes et hommes en droit fédéral identifiées dans l'avis de droit sont analysées et classées selon trois catégories.

Catégorie 1 : la différence est considérée comme admissible car elle repose sur un motif justifié. Elle peut être motivée par une spécificité biologique ou fonctionnelle, ou basée sur un motif particulier tel que la recherche de l'égalité de fait entre les sexes.

Catégorie 2 : la différence ne repose pas sur un motif justifié. Elle est dès lors discriminatoire et contraire à l'art. 8, al. 3, Cst. L'existence de la différence, bien qu'elle soit connue, ne suscite pas de vif débat.

Catégorie 3 : la différence ne repose pas sur un motif justifié. Elle est dès lors discriminatoire et contraire à l'art. 8, al. 3, Cst. Cette différence fait aujourd'hui l'objet de critiques ou de débats majeurs.

Pour juger de l'existence de débats ou de critiques à propos d'une différence, l'avis de droit se réfère principalement à la jurisprudence, aux messages et aux rapports du Conseil fédéral ainsi que de diverses entités de l'administration fédérale, aux travaux et interventions parlementaires, aux prises de position de la société civile, aux articles de presse ainsi qu'aux rapports et communications d'organisations non gouvernementales.

4 Recension et analyse des inégalités directes entre femmes et hommes par thématique

Dans le présent rapport, les bases légales sont reproduites par thématique, et sont suivies d'une synthèse de l'analyse des différences fondée sur l'avis de droit. La position et les travaux en cours du Conseil fédéral sont en outre mentionnés dans les domaines pertinents.

Les dispositions des constitutions cantonales énoncées dans l'avis de droit ne sont pas reprises dans ce rapport. Bien que certaines prévoient des règles différentes pour les femmes et les hommes, essentiellement en lien avec la maternité, elles ne nécessitent pas d'analyse

³ 1 État - Peuple - Autorités, 2 Droit privé - Procédure civile - Exécution, 3 Droit pénal - Procédure pénale - Exécution, 4 École - Science - Culture, 5 Défense nationale, 6 Finances, 7 Travaux publics - Énergie - Transports et communications, 8 Santé - Travail - Sécurité sociale, 9 Économie - Coopération technique

particulière étant donné qu'elles reposent sur des différences biologiques ou fonctionnelles ou visent à réaliser l'égalité de fait.

4.1 Défense nationale

Les inégalités en matière de défense nationale découlent de la Constitution fédérale et se retrouvent dans plusieurs volumes du recueil systématique du droit fédéral.

<p>Constitution fédérale</p> <p>101 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 59 Service militaire et service de remplacement▪ Art. 61 Protection civile <p>Défense militaire</p> <p>510.10 Loi fédérale du 3 février 1995 sur l'armée et l'administration militaire (Loi sur l'armée, LAAM)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 2 Principe▪ Art. 3 Service militaire des Suissesses▪ Art. 8, al. 3 Obligation de participer à la séance d'information <p>510.107.0 Règlement de service de l'armée (RSA) du 22 juin 1994</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 3 Définition <p>510.30 Ordonnance du 30 mars 1949 de l'Assemblée fédérale concernant l'administration de l'armée (OAdma)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 38, al. 1 <p>510.32 Ordonnance du 26 octobre 1994 concernant les pouvoirs de police de l'armée (OPoA)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 11, al. 3 Personnes fouillées <p>512.21 Ordonnance du 22 novembre 2017 sur les obligations militaires (OMi)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 11 Séance d'information▪ Art. 42 Obligation de s'annoncer pour les Suisses de l'étranger et les Suissesses de l'étranger astreintes au service militaire▪ Art. 87, al. 4, let. b Ordre de marche personnel <p>Protection de la population et protection civile</p> <p>520.1 Loi fédérale du 20 décembre 2019 sur la protection de la population et sur la protection civile (LPPCi)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 29 Personnes astreintes▪ Art. 33 Service volontaire <p>520.11 Ordonnance du 11 novembre 2020 sur la protection civile (OPCi)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 5 Personnes soumises à une appréciation médicale <p>Taxe d'exemption de l'obligation de servir</p> <p>661 Loi fédérale du 12 juin 1959 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (LTEO)</p> <p>661.1 Ordonnance du 30 août 1995 sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir (OTEO)</p> <p>Travail</p> <p>824.0 Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur le service civil (LSC)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 15 Taxe d'exemption

La **Constitution fédérale (Cst.)** opère une différence entre femmes et hommes en matière de défense nationale en astreignant uniquement les hommes au service militaire (art. 59, al. 1, Cst.) et en prévoyant l'acquittement d'une taxe pour tout homme qui n'accomplit pas son service militaire ou son service de remplacement (art. 59, al. 3, Cst.). Les femmes n'ont pas cette obligation et peuvent servir dans l'armée à titre volontaire (art. 59, al. 2, Cst.). Bien que cette différence apparaisse contraire à l'art. 8, al. 3, Cst. qui consacre l'égalité entre femmes et hommes, le Tribunal fédéral a considéré à plusieurs reprises que l'art. 59 Cst. prime, en tant que *lex specialis*, sur le principe général d'égalité de traitement de l'art. 8 Cst.⁴. Il en va de même pour la protection civile, obligatoire uniquement pour les hommes qui ne font pas le service militaire ni le service de remplacement ou qui ont été libérés de cette obligation (art. 61, al. 3, Cst.).

⁴ Arrêt 2C_1051/2016 du 24 août 2017

Les principes inscrits dans la Constitution sont notamment mis en œuvre dans les lois et ordonnances en matière de service militaire, de service civil, de protection civile, de taxe d'exemption de l'obligation de servir (cf. encadré). Ces bases légales reprennent par conséquent le traitement différent des femmes et des hommes prévu par la Constitution fédérale.

Toute femme qui est astreinte au service militaire suite à s'être portée volontaire a les mêmes droits et devoirs que les militaires de sexe masculin (art. 3, al. 2 et 3, LAAM). Quelques différences peuvent cependant se justifier, par exemple concernant les chambres (art. 38, al. 1, OAdma) et les personnes fouillées (art. 11, al. 3, OPoA).

Dans le domaine des finances, la **loi sur la taxe d'exemption de l'obligation de servir** et son ordonnance s'appliquent uniquement aux hommes. En effet, la loi prévoit que les citoyens suisses qui n'accomplissent pas ou n'accomplissent qu'en partie leur obligation de servir sous forme de service personnel (service militaire ou service civil) doivent fournir une compensation pécuniaire. Les femmes qui s'engagent volontairement dans l'armée ne doivent en revanche fournir aucune compensation en cas d'empêchement de réaliser leurs obligations militaires. Ces règles en matière de finances sont les seules contenant une différence de traitement directe entre femmes et hommes dans le volume six du recueil systématique.

La **loi sur le service civil** opère les mêmes différences entre les sexes, étant donné qu'elle se base sur le principe du service militaire et du service de remplacement. La taxe d'exemption est ainsi uniquement prévue pour les hommes.

La doctrine mentionnée dans l'avis de droit montre que le traitement différent entre femmes et hommes en matière de service obligatoire est critiqué. En particulier, l'argument des différences biologiques et fonctionnelles entre les sexes relèverait de stéréotypes de genre plutôt que d'une justification matérielle valable. En effet, le raisonnement selon lequel les femmes seraient en moyenne moins aptes au service militaire que les hommes peine aujourd'hui à convaincre, d'autant plus que les tâches militaires ont évolué ces dernières décennies et nécessitent moins une force physique importante.

Selon l'avis de droit, même en l'absence d'unanimité sur sa justification, cette inégalité entre les sexes ne semble pas faire l'objet d'un vif débat, probablement en raison du fait que, d'une part, les principes sont ancrés dans la Constitution et que, d'autre part, il est difficile d'y trouver une alternative satisfaisante, en particulier du point de vue de l'égalité (cf. avis de droit, p.7 ss).

- ⇒ En définitive, selon l'avis de droit, la différence de traitement opérée entre femmes et hommes en matière de service obligatoire peut être considérée comme injustifiée. Or, la seule obligation de service militaire réservée aux hommes inscrite dans la Constitution n'est pas fondamentalement remise en question et ne fait pas l'objet d'un vif débat, à la date de la rédaction de l'avis de droit (catégorie 2).

Position et travaux en cours du Conseil fédéral

Diverses réflexions liées à l'avenir du système de l'obligation de servir sont actuellement menées afin d'assurer des effectifs suffisants. Le 30 juin 2021, le Conseil fédéral a approuvé la première partie du rapport sur l'alimentation de l'armée et de la protection civile, élaboré par le Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS), en collaboration avec le Département fédéral de l'économie, de la formation et de la recherche (DEFR) et les cantons⁵. Les réflexions pour développer à long terme le système de l'obligation de servir seront exposées dans la deuxième partie de ce rapport, dont la publication est prévue pour fin 2021.

En réponse au postulat Heimgartner 21.3815 « Rendre la participation à la journée d'orientation obligatoire pour les femmes » demandant d'examiner la possibilité de modifier la Constitution afin de rendre la participation à la journée d'orientation obligatoire pour les

⁵ www.admin.ch > Communiqués > Communiqués du Conseil fédéral > Le Conseil fédéral approuve la première partie du rapport sur l'alimentation de l'armée et de la protection civile (30.06.2021).

Suisseuses, le Conseil fédéral s'est dit disposé à examiner cette option dans le cadre des travaux en cours sur le système de l'obligation de servir et, le cas échéant, à préparer une modification de la Constitution⁶.

4.2 Grossesse et maternité

Les règles relatives à la grossesse et la maternité se trouvent dans plusieurs volumes du recueil systématique, la majorité se concentrant dans le volume huit sur la santé, le travail et la sécurité sociale. Le second volume portant sur le droit privé contient aussi des dispositions différenciant les femmes et les hommes, principalement dans le code des obligations.

Constitution fédérale

101 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999

- Art. 41 Buts sociaux
- Art. 116 Allocations familiales et assurance-maternité

Autorités fédérales

172.220.111.31 Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers)

- Art. 40a Temps consacré à l'allaitement

La **Constitution fédérale** prévoit l'instauration d'une assurance-maternité ayant notamment pour but d'atténuer les conséquences sur la santé des femmes engendrées par la maternité. Les normes y relatives sont d'ordre programmatique et se basent sur les différences biologiques entre femmes et hommes (art. 41 et art. 116 Cst.).

Pour le **personnel de la Confédération**, le temps consacré à l'allaitement fait l'objet d'une disposition qui concerne exclusivement les femmes et qui repose sur des motifs biologiques et fonctionnels.

Code civil

211.111.1 Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur les conditions et la procédure régissant la stérilisation de personnes (Loi sur la stérilisation)

- Art. 7 Stérilisation de personnes durablement incapables de discernement

Dans le droit privé, la **loi sur la stérilisation** prévoit des conditions exceptionnelles de stérilisation de personnes durablement incapables de discernement, dont un cas spécifique aux femmes, qui s'explique pour des raisons biologiques et fonctionnelles et les risques qu'une grossesse peut engendrer pour la santé. La loi sur la stérilisation s'inscrit dans le contexte de l'exécution de nombreuses stérilisations forcées par le passé, essentiellement de femmes.

Code des obligations

220 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations)

- Art. 324a, al. 3, art. 328a, al. 3, art. 329b, al. 3, art. 329f, art. 336c

Le **code des obligations (CO)** contient plusieurs dispositions de protection des travailleuses en lien avec la grossesse et la maternité. Celles-ci font partie d'un ensemble de règles visant à protéger les femmes sur le marché du travail. En particulier, la travailleuse a droit, après l'accouchement, à un congé d'au moins quatorze semaines (art. 329f CO). Pendant la grossesse et au cours des seize semaines qui suivent l'accouchement, les femmes sont en outre protégées contre le licenciement dit « en temps inopportun » (art. 336c, al. 1, let. c, CO). Ces dispositions de protection s'appliquent uniquement aux femmes et visent à équilibrer dans

⁶ Voir l'avis du Conseil fédéral du 18.08.2021 sur le postulat Heimgartner 21.3815 « Rendre la participation à la journée d'orientation obligatoire pour les femmes ».

les faits une inégalité entre les sexes (cf. p. 13 en lien avec la LAPG pour la justification d'ordre biologique). Selon le Tribunal fédéral, l'interdiction pour l'employeur de licencier une travailleuse pendant sa grossesse et durant les seize semaines suivant l'accouchement trouve sa justification dans le fait qu'une femme ne jouit pas, pendant cette période, d'une capacité concurrentielle intacte sur le marché du travail⁷.

Le congé de maternité et les différences en lien avec la paternité seront commentés ci-après dans le cadre des assurances sociales et du chapitre relatif à la paternité (cf. chap. 4.3 Paternité).

Propriété intellectuelle et protection des données

- 232.22** Loi fédérale du 25 mars 1954 concernant la protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge
- Art. 2

En temps de guerre, le transport de femmes pour l'accouchement peut être protégé par l'**emblème de la Croix-Rouge**, selon la loi relative à ce dernier et la Convention de Genève du 12 août 1949 relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre⁸. Bien qu'elle ne figure pas dans la recension de l'avis de droit puisqu'il s'agit de droit international, l'on peut relever que cette Convention accorde une protection particulière aux femmes, notamment enceintes ou venant d'accoucher, en raison de leur vulnérabilité accrue en situation de conflit. La protection accordée par la loi précitée repose ainsi sur des différences biologiques liées à la maternité.

Transports

- 748.01** Ordonnance du 14 novembre 1973 sur l'aviation (OSAv)
- Art. 34 Applicabilité des prescriptions en matière de protection durant la maternité
 - Art. 35 Occupation durant la maternité
 - Art. 36 Déplacement de l'horaire et paiement du salaire

Le volume sept du recueil systématique contient une seule différence de traitement directe entre femmes et hommes. Celle-ci concerne l'**aviation** et l'interdiction pour les femmes enceintes et les mères qui allaitent de travailler en service de vol. Cette disposition se justifie par la nécessité de protection de la santé des femmes dans ces situations particulières et dès lors, par des différences biologiques et fonctionnelles entre femmes et hommes.

Santé

- 817.022.104** Ordonnance du DFI du 16 décembre 2016 sur les denrées alimentaires destinées aux personnes ayant des besoins nutritionnels particuliers (OBNP)
- Art. 22a

Le huitième volume contient la majorité des différences formelles entre les sexes. En matière de **denrées alimentaires**, une ordonnance prescrit les renseignements que doit comporter le matériel informatif portant sur l'alimentation des nourrissons et des enfants en bas âge, à l'intention des mères de ceux-ci et des femmes enceintes. Etant donné que la disposition est seulement contraignante pour les entités fabricantes, elle ne fait pas l'objet d'une analyse particulière, bien que l'exclusion des hommes et des pères puisse être discutable.

Santé

- 813.12** Ordonnance du 18 mai 2005 concernant la mise sur le marché et l'utilisation des produits biocides (Ordonnance sur les produits biocides, OPBio)
- Art. 2 Définitions et droit applicable

⁷ TF, 8C_358/2012 du 18 janvier 2013, c. 4.2

⁸ RS 0.518.51

<p>814.01 Loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (Loi sur la protection de l'environnement, LPE)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 13 Valeurs limites d'immissions <p>814.501 Ordonnance du 26 avril 2017 sur la radioprotection (ORaP)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 53 Personnes jeunes et femmes enceintes ou allaitantes▪ Art. 57 Limite de dose pour les personnes jeunes et les femmes enceintes▪ Art. 58 Mesures à prendre en cas de dépassement d'une limite de dose▪ Art. 142 Groupes de personnes <p>818.311 Ordonnance du 28 octobre 2009 sur la protection contre le tabagisme passif (Ordonnance concernant le tabagisme passif, OPTP)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 6 Occupation des travailleurs dans les locaux fumeurs et établissements fumeurs <p>Travail</p> <p>822.11 Loi fédérale du 13 mars 1964 sur le travail dans l'industrie, l'artisanat et le commerce (Loi sur le travail, LTr)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 35 Protection de la santé durant la maternité▪ Art. 35a Occupation durant la maternité▪ Art. 35b Déplacement de l'horaire et paiement du salaire durant la maternité▪ Art. 59 Responsabilité pénale de l'employeur <p>822.111 Ordonnance 1 du 10 mai 2000 relative à la loi sur le travail (OLT 1)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 13 Définition de la durée du travail▪ Art. 43 Définition de l'examen médical et des conseils▪ Art. 60 – art. 66 <p>822.111.52 Ordonnance du DEFR du 20 mars 2001 sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité (Ordonnance sur la protection de la maternité)</p> <p>822.113 Ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3) (Protection de la santé)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 34 Protection des femmes enceintes et des mères allaitantes <p>822.21 Loi fédérale du 8 octobre 1971 sur le travail dans les entreprises de transports publics (Loi sur la durée du travail, LDT)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 17 Autres catégories de travailleurs <p>823.20 Loi fédérale du 8 octobre 1999 sur les mesures d'accompagnement applicables aux travailleurs détachés et aux contrôles des salaires minimaux prévus par les contrats-types de travail (Loi sur les travailleurs détachés, LDét)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 2 Conditions minimales de travail et de salaire <p>Assurance sociale</p> <p>832.311.12 Ordonnance du 15 avril 2015 sur la sécurité des travailleurs lors de travaux en milieu hyperbare</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 16 Exigences personnelles <p>832.321 Ordonnance du 25 août 1999 sur la protection des travailleurs contre les risques liés aux microorganismes (OPTM)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 11 Instruction des travailleurs▪ Art. 14a <p>Agriculture</p> <p>916.161 Ordonnance du 12 mai 2010 sur la mise en circulation des produits phytosanitaires (Ordonnance sur les produits phytosanitaires, OPPh)</p> <ul style="list-style-type: none">▪ Art. 3 Définitions

Dans le domaine du **droit du travail**, la loi sur le travail, ses ordonnances d'application et d'autres bases légales contiennent des dispositions ayant pour but de protéger la santé des femmes durant la grossesse et la maternité. Celles-ci se réfèrent notamment aux horaires de travail, au milieu de travail ou encore à l'exposition à certaines substances. La santé des femmes enceintes et des mères qui allaitent nécessite en effet une protection particulière sur le lieu de travail, car elles sont exposées à plus de risques que d'ordinaire.

En lien avec certains produits chimiques et biologiques, le droit fédéral protège les femmes enceintes et allaitantes contre des expositions dans le milieu professionnel. Cette protection particulière s'explique par des motifs biologiques liés aux risques pour la santé ; elle est par conséquent justifiée.

En vertu de la **loi sur le travail (LTr)**, les femmes ne peuvent être occupées durant les huit semaines qui suivent l'accouchement. Jusqu'à la seizième semaine, elles ne peuvent l'être

que si elles y consentent (art. 35a, al. 3, LTr). Cette interdiction de travailler durant huit semaines a pour but de protéger la santé des mères ayant récemment accouché et se justifie par des motifs biologiques. La Suisse a par ailleurs ratifié en 2014 la Convention n° 183 de l'OIT sur la protection de la maternité⁹, dont la protection de la santé des femmes employées constitue un des principes centraux.

L'avis de droit souligne que l'interdiction pour les femmes enceintes et les mères qui allaitent d'être affectées à certains travaux, prévue à l'art. 35, al. 3, LTr, peut toutefois avoir un impact financier négatif pour celles-ci, dès lors qu'elles n'ont droit qu'à 80% de leur salaire, bien qu'elles soient capables de travailler. L'objectif est cependant de protéger la santé des femmes, avec un droit à une rémunération. Cette particularité ne semble pas susciter de débat (cf. avis de droit p. 72).

La sécurité et la protection des femmes enceintes et des mères allaitantes est aussi prévue par des dispositions dans les ordonnances relatives au travail en milieu hyperbare et à l'utilisation de microorganismes.

⇒ Au final, selon l'avis de droit, la protection de la maternité au travail fait l'objet de nombreuses dispositions différenciant les femmes et les hommes. Ces différences de traitement se justifient pour des motifs liés aux spécificités biologiques des femmes et tenant à la protection de la maternité, en particulier en ce qui concerne la santé (catégorie 1).

Assurance sociale

830.1 Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)

- Art. 5 Maternité

832.10 Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)

- Art. 29 Maternité

832.102 Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal)

- Art. 33 Prestations générales
- Art. 96 Assurance avec bonus a. Principe
- Art. 104 Contribution aux frais de séjour hospitalier

832.102.4 Ordonnance du 23 juin 1999 sur la garantie de la qualité des programmes de dépistage du cancer du sein réalisé par mammographie

- Art. 5 Invitation

832.112.31 Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS)

- Art.13 ss

La maternité est définie dans la loi sur la partie générale du **droit des assurances sociales**, comme comprenant la grossesse et l'accouchement, ainsi que la convalescence qui suit ce dernier. Les dispositions applicables à la maternité se basent sur cette définition, qui ne crée pas de différence injustifiée entre femmes et hommes. En revanche, la paternité ne fait pas l'objet d'une définition en droit des assurances sociales.

La **loi sur l'assurance-maladie et les ordonnances y relatives** prévoient une prise en charge des coûts des prestations spécifiques à la maternité. Celle-ci découle des différences biologiques entre femmes et hommes en matière de procréation. Le Tribunal fédéral a par ailleurs rappelé que le principe d'égalité des sexes prévu par l'art. 8, al. 3, Cst. ne peut être invoqué dans le contexte de la maternité, compte tenu des différences biologiques entre les femmes et les hommes¹⁰. Par ailleurs, plusieurs prestations prises en charge par l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins sont spécifiquement liées à la maternité.

L'ordonnance sur la garantie de la qualité des programmes de dépistage du cancer du sein réalisé par mammographie contient un article qui vise spécifiquement à inviter les femmes dès

⁹ RS 0.822.728.3

¹⁰ ATF 144 V 184, c. 5.2

l'âge de cinquante ans à un dépistage. Cette prescription se justifie pour des motifs biologiques propres à cette maladie.

Assurance sociale

834.1 Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (Loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG))

- Art. 16b – art. 16h

834.11 Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG)

- Art. 4 Allocation des salariés
- Art. 5 Détermination du gain journalier moyen acquis avant le service pour les salariés ayant un revenu régulier
- Art. 23 – art. 35

L'allocation de maternité est entrée en vigueur en 2005, suite à une révision de la **loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG)**. L'instauration de cette allocation a constitué une étape importante vers l'égalité de fait entre femmes et hommes dans la vie professionnelle. Elle concrétise aussi le mandat constitutionnel d'égalité. Les femmes exerçant une activité lucrative bénéficient ainsi d'un **congé de maternité** de quatorze semaines suivant l'accouchement (art. 16b ss LAPG). Depuis lors, la question du congé de paternité et du congé parental s'est posée à de nombreuses reprises, aboutissant récemment à l'introduction d'un congé de paternité de deux semaines (cf. chap. 4.3 Paternité).

L'avis de droit rappelle que selon la jurisprudence, le congé de maternité ne peut être interprété et compris comme un congé parental ou de paternité, en raison du besoin particulier de protection des jeunes mères et des différences biologiques existant entre femmes et hommes¹¹. Reposant sur des motifs biologiques, le congé peut par conséquent être exclusivement réservé aux mères, sans que cela ne crée d'inégalité de traitement envers les pères. Par ailleurs, la durée minimale du congé de maternité de quatorze semaines, telle que prévue par l'art. 329f CO est admissible. Au demeurant, la jurisprudence ne fixe pas de durée maximale¹² (cf. avis de droit p. 100). Un tel congé pour les mères est aussi compatible avec la Convention n°183 de l'OIT sur la protection de la maternité¹³, qui garantit aux femmes un droit minimal de quatorze semaines de congé de maternité.

En conséquence, la durée du congé de maternité réservée uniquement aux femmes se justifie par des motifs biologiques ; elle est en outre conforme au droit international (cf. chap. 4.3 Paternité).

Assurance sociale

836.1 Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA)

- Art. 10 Exercice simultané d'une activité lucrative en qualité de travailleur agricole et d'agriculteur indépendant

836.2 Loi fédérale du 24 mars 2006 sur les allocations familiales et les aides financières aux organisations familiales (Loi sur les allocations familiales, LAFam)

- Art. 19 Droit aux allocations familiales

836.21 Ordonnance du 31 octobre 2007 sur les allocations familiales (OAFam)

- Art. 10 Durée du droit aux allocations après expiration du droit au salaire; coordination
- Art. 16a Mères au chômage

837.0 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Loi sur l'assurance-chômage, LACI)

- Art. 13 Période de cotisation
- Art. 14 Libération des conditions relatives à la période de cotisation
- Art. 59a Évaluation des besoins et des expériences

837.02 Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (Ordonnance sur l'assurance-chômage, OACI)

¹¹ ATF 140 I 305, c. 8.1

¹² Arrêt du TF 2P.296/1992 du 11 février 1994, c. 3b, ZBI 1994, pp. 375-380

¹³ RS 0.822.728.3

- Art. 13 Libération des conditions relatives à la période de cotisation

Le maintien du droit aux **allocations familiales** durant le congé de maternité et de paternité pour les agricultrices et agriculteurs est spécifiquement prévu par la loi.

Les mères au chômage bénéficient aussi d'une protection spécifique dans le cadre de l'octroi d'allocations familiales. Ainsi, en vertu de la loi sur les allocations familiales, le droit aux allocations familiales subsiste même sans droit légal au salaire pendant le congé de maternité. Selon l'avis de droit, ceci découlerait de la distinction opérée en matière de filiation entre la mère et le père et vise à assurer une allocation familiale aux mères au chômage élevant seules leur enfant.

Les bases légales sur l'**assurance-chômage** établissent un traitement différent des femmes et des hommes, lequel vise à compenser la période d'interruption de travail pour cause de maternité. Il se justifie par l'objectif d'atteindre l'égalité de fait.

Assistance

857.5 Loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse

- Art. 1 Centres de consultation

857.51 Ordonnance du 12 décembre 1983 sur les centres de consultation en matière de grossesse

- Art. 1 Organisation

Dans le cadre des débats relatifs à la dépenalisation de l'avortement, le droit fédéral a été complété par des dispositions mettant en place des **centres de consultation en matière de grossesse**, offrant notamment des consultations gratuites. Ces bases légales s'inscrivent encore aujourd'hui dans le cadre du soutien à la grossesse et ne créent pas d'inégalité injustifiée.

- ⇒ En résumé, selon l'avis de droit, la thématique de la grossesse et de la maternité comprend la plus grande partie des inégalités directes entre femmes et hommes en droit fédéral. Celles-ci se situent en majorité dans le huitième volume du recueil systématique relatif à la santé, au travail et à la sécurité sociale. Toutes ces dispositions sont soit justifiées par des motifs d'ordre biologique ou fonctionnel liés à la protection de la maternité ou parce qu'elles visent la réalisation de l'égalité matérielle. Elles sont ainsi conformes au principe d'égalité entre femmes et hommes prévu à l'art. 8, al. 3, de la Constitution fédérale (catégorie 1).

Position et travaux en cours du Conseil fédéral

Dans son avis du 6 novembre 2002 relatif à l'initiative parlementaire demandant une révision de la loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG), le Conseil fédéral soulignait que l'introduction d'un régime d'allocation de maternité marquerait une étape importante vers une meilleure conciliation de la famille et de la vie professionnelle, ainsi que vers l'égalité des femmes et des hommes dans le monde du travail, ce qui bénéficierait à l'économie suisse¹⁴.

Afin de combler une lacune en matière d'allocation de maternité et en réponse à une motion¹⁵, le Conseil fédéral a proposé en 2018 de prolonger dans la LAPG la durée de l'octroi de l'allocation de maternité suite à l'hospitalisation du nouveau-né¹⁶. Ainsi, depuis le 1^{er} juillet 2021¹⁷, une mère dont l'enfant doit rester, directement après la naissance, plus de deux semaines à l'hôpital, a droit à une prolongation de l'allocation de maternité. Cette modification législative permet de compenser la perte de salaire suite au séjour hospitalier prolongé d'un nouveau-né et de couvrir l'interdiction de travailler pendant les huit semaines qui suivent l'accouchement.

¹⁴ FF 2003 1034

¹⁵ Motion Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats CSSS-CE 16.3631 « Rallonger la durée de l'allocation de maternité en cas de séjour prolongé du nouveau-né à l'hôpital »

¹⁶ FF 2019 141

¹⁷ Modification du 18 décembre 2020, RO 2021 288

Le Conseil fédéral s'est en outre déclaré en faveur d'une modification de la LAPG visant à mettre sur pied d'égalité les femmes indépendantes en cas de maternité et les personnes qui font du service, avec un nouveau droit à une allocation d'exploitation. Cette allocation a aussi reçu le soutien du Parlement¹⁸.

4.3 Paternité

Le congé de paternité, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2021, a engendré des modifications du droit fédéral, plus précisément dans les volumes deux (droit privé – code des obligations) et huit (sécurité sociale). Un tel congé existait déjà dans le premier volume du recueil systématique pour le personnel de la Confédération.

Autorités fédérales

172.220.111.31 Ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers)

- Art. 40 Congés

Code des obligations

220 Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le code civil suisse (Livre cinquième : Droit des obligations)

- Art. 329b al. 3 let. c
- Art. 329g

Assurance sociale

834.1 Loi fédérale du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain (Loi sur les allocations pour perte de gain (LAPG))

- Art. 16i – art. 16m

834.11 Règlement du 24 novembre 2004 sur les allocations pour perte de gain (RAPG)

- Art. 23 – art. 35

836.1 Loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture (LFA)

- Art. 10 Exercice simultané d'une activité lucrative en qualité de travailleur agricole et d'agriculteur indépendant

Le **congé de paternité** diffère du point de vue juridique du congé de maternité de par sa durée plus courte (art. 16k LAPG, art. 329g CO) et par l'absence de protection contre le licenciement pour le père durant cette période. Bien que l'existence du congé de maternité et sa durée soient acceptées sous l'angle de l'égalité, la durée du congé de paternité de deux semaines pose la question de l'inégalité entre femmes et hommes, notamment quant à la répartition des tâches familiales durant les premiers mois de l'enfant et à l'absence de possibilité pour les hommes de prendre un congé de paternité plus long. Toutefois, le droit international n'instaure pas d'obligation pour la Suisse en matière de congé de paternité, contrairement au congé de maternité de quatorze semaines. Selon l'avis de droit, les bases légales en vigueur ne semblent pas suffisantes pour favoriser l'égalité de fait mais peuvent justifier une inégalité de traitement formelle en raison d'une différence biologique (cf. avis de droit p. 100).

- ⇒ Selon l'avis de droit, malgré le débat suscité, les différences engendrées entre femmes et hommes par le congé de maternité et de paternité sont considérées comme justifiées (catégorie 1).

¹⁸ Motion Maury Pasquier 19.4270 « Allocation de maternité pour les indépendantes. Allocation d'exploitation »

Position et travaux en cours du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral a recommandé d'accepter le congé de paternité de deux semaines lors de la votation populaire de septembre 2020¹⁹, estimant celui-ci bénéfique tant pour les familles que pour l'économie²⁰.

Il a en outre rappelé que l'absence de protection contre le licenciement pour les pères était une volonté claire du législateur, qui n'est pas remise en cause par le Conseil fédéral²¹. Contrairement à ce qui prévaut pour la mère pendant la grossesse et la maternité, le contrat de travail du père qui a droit à un congé peut donc être résilié par l'employeur.

Lorsqu'un enfant décède à la naissance ou est mort-né, le Conseil fédéral estime qu'une réglementation différente en matière de congé de paternité et de maternité est justifiée. En réponse à une intervention parlementaire²², il rappelle que l'objectif principal du congé de paternité est de permettre au père de s'impliquer dans la nouvelle situation familiale avec le nouveau-né, alors que le congé de maternité doit aussi permettre à la mère de se remettre de la grossesse et de l'accouchement. Par conséquent, le père n'a dans cette situation pas droit à un congé de paternité selon le CO ni à l'allocation de paternité prévue par la LAPG.

Dans le cadre d'une révision du droit du personnel de la Confédération, le Conseil fédéral a décidé de prolonger de 10 jours le congé de paternité, qui passera à 20 jours au sein de l'administration fédérale à partir du 1^{er} janvier 2022²³. Les bases légales concernées seront modifiées en conséquence et ce congé pourra être pris dans les six mois qui suivent la naissance, sous forme de jours séparés ou de manière cumulée.

Par ailleurs, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à réaliser une analyse économique globale coûts-bénéfices des différents modèles de congé parental, en réponse à un postulat adopté par le Conseil national²⁴. Celui-ci ne remet pas en cause le congé de maternité.

4.4 Filiation

En ce qui concerne la thématique de la filiation, les différences directes entre femmes et hommes se limitent au droit privé, soit au deuxième volume du recueil systématique.

Code civil

210 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC)

- Art. 109, art. 252, art. 255 - 263, art. 270a, art. 295, art. 298a, art. 298c

211.112.2 Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC)

- Art. 9c Confirmation de la venue au monde d'un enfant né sans vie

Droit international privé

291 Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)

- Art. 81, art. 83

Le **code civil (CC)** contient plusieurs dispositions en lien avec la filiation opérant des inégalités directes entre femmes et hommes. En effet, la filiation est en premier lieu rattachée à la mère, soit la femme qui donne naissance (art. 252, al. 1, CC). Pour le père, la filiation peut être établie par mariage avec la mère, par reconnaissance ou par jugement (art. 252, al. 2, CC). L'avis de droit met en évidence que la question de l'égalité entre femmes et hommes en matière de filiation ne semble pas avoir été prise en compte lors de l'introduction de ces bases légales.

¹⁹ Lors de la votation populaire du 27 septembre 2020, le projet prévoyant un congé de paternité indemnisé a été accepté par 60,3% des voix.

²⁰ www.bsv.admin.ch > Publications & Services > Communiqués de presse > Tous les communiqués de l'OFAS > Le Conseil fédéral recommande d'accepter le congé de paternité de deux semaines (10.08.2020)

²¹ Voir l'avis du Conseil fédéral du 01.09.2021 sur la motion Gysin 21.3733 « Protéger les jeunes pères contre le licenciement »

²² Voir l'avis du Conseil fédéral du 01.09.2021 sur la motion Gysin 21.3734 « Accorder le congé paternité même en cas de décès de l'enfant »

²³ RO 2021 285

²⁴ Voir avis du Conseil fédéral du 01.09.2021 sur le postulat Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil National CSSS-CN 21.3961 « Modèles de congé parental. Analyse économique globale (coûts-bénéfices) ». Le postulat a été adopté par le Conseil national le 16.09.2021.

Selon l'avis de droit, la différence d'établissement de la maternité et de la paternité repose partiellement sur des distinctions biologiques et fonctionnelles, qui rendent plus aisé d'établir la filiation avec la mère, selon l'adage « *mater semper certa est* » voulant que l'ascendance maternelle soit toujours certaine. Or, l'avis de droit soutient que les aspects traditionnels et biologiques ou fonctionnels ne suffisent plus aujourd'hui à expliquer les différences entre pères et mères en matière de filiation, notamment au regard des divers systèmes de filiation possibles, tels qu'en vigueur dans d'autres pays. Cette différence en droit suisse reposerait donc davantage sur des considérations et des valeurs sociétales que sur un motif justifié (cf. avis de droit pp. 25-26).

En vertu de l'**ordonnance sur l'état civil (OEC)**, la femme qui a mis au monde l'enfant né sans vie figure comme mère sur la confirmation de l'office de l'état civil et l'homme qui déclare par écrit être le géniteur y figure comme père (art. 9c OEC). Cette disposition différenciant les femmes et les hommes en tant que parents découle des règles du code civil en matière de filiation. La **loi sur le droit international privé** contient quant à elle des règles sur les prestations d'entretien liées à la parentalité qui visent à régir des conflits de normes et se fonde sur le droit international et le droit privé.

- ⇒ La manière d'établir la filiation différencie les pères des mères, le lien de filiation se créant d'emblée avec la mère lors de la naissance de l'enfant. L'avis de droit parvient à la conclusion qu'elle est discriminatoire et contraire à l'art. 8, al. 3, Cst. car elle ne reposerait pas sur des motifs purement biologiques. Toutefois, du point de vue de l'égalité entre femmes et hommes, elle ne semble pas susciter un débat particulièrement important, en l'état des dispositions du code civil (catégorie 2).

Position et travaux en cours du Conseil fédéral

Jusqu'à présent, la modalité de l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et sa mère n'a pas donné lieu à discussion. Dans le cadre de l'ouverture du mariage aux couples de même sexe, le Parlement a par ailleurs introduit la co-maternité originaire de l'épouse de la mère (art. 255a nCC²⁵) sans remettre en question le lien de filiation maternel résultant de la naissance.

Contrairement à l'opinion soutenue dans l'avis de droit et exprimée ci-dessus, le Conseil fédéral estime donc que la différence de traitement entre femmes et hommes, qui résulte de l'établissement de la filiation maternelle par la naissance, repose sur un motif justifié lié à une spécificité biologique. En effet, un lien particulier indéniable existe entre la personne qui porte l'enfant et accouche de lui.

Au demeurant, le Conseil des Etats a adopté le postulat 18.3714²⁶ en date du 12 décembre 2018 et a chargé le Conseil fédéral d'examiner la nécessité de réviser le droit de l'établissement de la filiation. Dans le cadre des travaux liés à l'exécution de ce postulat, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a institué un groupe d'experts interdisciplinaire, chargé d'étudier si le droit de l'établissement de la filiation actuel répond toujours aux réalités de la vie d'aujourd'hui et de formuler des recommandations en vue d'une réforme globale qui soit cohérente et tienne compte du développement de la médecine de la procréation. Les recommandations formulées par ce groupe d'experts seront publiées en même temps que le rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 18.3714²⁷.

4.5 Procréation médicalement assistée et recherche sur l'être humain

Les règles relatives à la procréation médicalement assistée et à la recherche sur l'être humain sont rassemblées dans le huitième volume du recueil systématique relatif à la santé. La

²⁵ FF 2020 9607

²⁶ Postulat Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats CAJ-CE 18.3714 « Examen du droit de la filiation »

²⁷ Publication en décembre 2021 ou janvier 2022

Constitution fédérale, soit le premier volume, contient aussi une disposition spécifique à cette thématique.

Constitution fédérale

101 Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999

- Art. 119 Procréation médicalement assistée et génie génétique dans le domaine humain

Santé

810.11 Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA)

- Art. 3 Bien de l'enfant
- Art. 4 Pratiques interdites
- Section 4 Don de sperme, art. 18 – art. 27
- Art. 29 Production abusive d'embryons
- Art. 30 Développement d'un embryon hors du corps de la femme
- Art. 31 Maternité de substitution

810.21 Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (Loi sur la transplantation)

- Art. 37 Principe et interdictions
- Art. 39 Information et consentement de la donneuse
- Art. 69 Délits

810.30 Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (Loi relative à la recherche sur l'être humain, LRH)

- Art. 26 Projets de recherche sur des femmes enceintes et sur des embryons et des fœtus in vivo
- Art. 27 Projets de recherche sur des méthodes d'interruption de grossesse
- Art. 39 Conditions requises pour la recherche sur des embryons et des fœtus issus d'interruptions de grossesse

810.301 Ordonnance du 20 septembre 2013 relative à la recherche sur l'être humain à l'exception des essais cliniques (Ordonnance relative à la recherche sur l'être humain, ORH)

- Art. 44 Consentement éclairé
- Art. 45 Domaines de vérification

810.31 Loi fédérale du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (Loi relative à la recherche sur les cellules souches, LRCS)

- Art. 3 Pratiques interdites
- Art. 24 Délits

La **norme constitutionnelle** sur la procréation médicalement assistée mentionne uniquement les femmes (art. 119 Cst.). Elle est d'ordre programmatique et concerne la fécondation d'ovules en dehors du corps de la femme ainsi que l'interdiction du don d'embryon et de la maternité de substitution. Ces éléments sont notamment précisés dans la **loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA)**, qui prohibe le don d'ovules. Celle-ci interdit aussi le don d'embryons et la maternité de substitution. La raison de ces dernières interdictions repose principalement sur des considérations liées au bien de l'enfant. Il a entre autres été estimé lors des travaux préparatoires de la loi que l'enfant doit au moins être issu génétiquement de l'un de ses parents juridiques.

L'interdiction du don d'ovule (art. 4 LPMA), en opposition à l'autorisation du don de sperme pour les couples mariés (art. 3, al. 3, et art. 18 ss LPMA), constitue une différence de traitement directe entre femmes et hommes. La justification de cette inégalité de traitement semble découler du droit de la filiation et du principe voulant que la mère est celle qui donne naissance, contrairement aux différentes constellations de filiation paternelle (cf. supra chap. 4.4 Filiation). Elle se réfère par conséquent à des considérations éthiques, qui sont placées au-dessus du principe d'égalité entre femmes et hommes. Or, l'avis de droit soutient que cette justification n'est pas suffisante du point de vue de l'égalité, tout comme pour les différences opérées en matière de filiation. La Commission nationale d'éthique pour la médecine humaine considère également que la distinction entre le don d'ovules et le don de sperme repose sur un jugement de valeur contraire au principe d'égalité. En outre, la doctrine soulève que le don d'ovules n'est pas interdit par la Constitution, contrairement au don d'embryons et à la maternité de substitution (cf. avis de droit p. 62).

En matière de **recherche sur l'être humain** et de transplantation, le droit contient des différences entre femmes et hommes en lien avec la recherche et l'utilisation d'embryons ainsi que la grossesse et son interruption. Celles-ci reposent sur des différences biologiques.

- ⇒ Selon l'avis de droit, la LPMA contient des dispositions qui opèrent un traitement différent justifié pour ce qui est de l'interdiction du don d'embryons et la maternité de substitution (catégorie 1). À l'inverse, l'interdiction du don d'ovules constitue une discrimination contraire au principe d'égalité des sexes, au regard de l'autorisation du don de sperme. La LPMA ne fait cependant pas l'objet d'un vif débat (catégorie 2, s'agissant du don d'ovules).
- ⇒ Selon l'avis de droit, les différences entre femmes et hommes dans le domaine de la recherche sur l'être humain reposent sur des motifs biologiques, en lien avec la grossesse, et sont dès lors justifiées (catégorie 1).

Position et travaux en cours du Conseil fédéral

Lors de l'introduction de la LPMA, le Conseil fédéral a jugé que l'interdiction du don d'ovules ne constituait pas une discrimination, la procréation médicalement assistée ne devant pas créer des rapports familiaux qui s'écartent de ceux que la nature rend possibles. Il a par conséquent estimé que le principe de la certitude de la maternité à la naissance ne devait pas être abandonné²⁸.

En réponse à une intervention parlementaire demandant l'autorisation du don d'ovules, le Conseil fédéral s'est exprimé en 2017 sur le fait que la légalisation du don d'ovules pose des questions délicates en matière de politique sociale, d'éthique, de médecine et de droit. Il a ainsi proposé de rejeter la motion Quadranti 17.3047 « Autorisation et réglementation du don d'ovules » et a été suivi par le Conseil national²⁹.

Par ailleurs, le Conseil fédéral a reconnu la nécessité d'une révision complète de la LPMA en réponse à la motion Christ 21.3238 « Mettre à jour la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée pour répondre aux défis de demain »³⁰. La LPMA est actuellement soumise à une évaluation dont les premiers résultats sont attendus pour 2023.

Suite à l'acceptation par votation populaire de la modification du code civil sur le mariage pour tous en septembre 2021, l'accès au don de sperme sera autorisé pour les couples de femmes mariées, selon la LPMA³¹. Or, le Conseil fédéral a rappelé à cet égard que le don d'ovules reste interdit et que les modifications législatives ne prévoient pas d'autres ajustements à la réglementation de l'accès à la médecine de la reproduction.

4.6 Rente de vieillesse

Le **droit de l'assurance-vieillesse**, dans le huitième volume du recueil systématique, renferme les règles relatives à la rente de vieillesse qui différencient les femmes et les hommes. Le premier volume est aussi concerné en matière de prévoyance professionnelle du personnel fédéral.

²⁸ FF 1996 III 248

²⁹ Voir l'avis du Conseil fédéral du 02.06.2017 sur la motion Quadranti 17.3047 « Autorisation et réglementation du don d'ovules ».

³⁰ Voir l'avis du Conseil fédéral du 26.05.2021 sur la motion Christ 21.3238 « Mettre à jour la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée pour répondre aux défis de demain ».

³¹ FF 2020 9607

Autorités fédérales

172.220.1 Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)

- Art. 41a Dispositions transitoires relatives à la modification du 20 décembre 2006

172.220.141.1 Règlement de prévoyance du 15 juin 2007 pour les personnes employées et les bénéficiaires de rentes de la Caisse de prévoyance de la Confédération (RPEC)

172.220.142.1 Règlement de prévoyance du 3 décembre 2007 de la Caisse de prévoyance du domaine des EPF pour le personnel du domaine des EPF (RP-EPF 1)

172.220.142.2 Règlement de prévoyance du 3 décembre 2007 de la Caisse de prévoyance du domaine des EPF pour les professeurs des EPF (RP-EPF 2)

Les dispositions contenues dans la **loi sur le personnel de la Confédération** et dans les trois règlements de prévoyance découlent du droit de la prévoyance professionnelle qui sera analysé ci-après.

Assurance sociale

831.10 Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)

- Art. 3-5
- Art. 21 Rente de vieillesse
- Art. 39 Possibilité et effet de l'ajournement
- Art. 40 Possibilité et effet de l'anticipation
- Dispositions finales de la modification du 7 octobre 1994 (10e révision de l'AVS)

831.101 Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS)

- Art. 6^{quater} Cotisations dues par les assurés actifs après l'âge de 64 ans ou de 65 ans
- Dispositions finales de la modification du 29 novembre 1995 c. Age flexible de la retraite

831.111 Ordonnance du 26 mai 1961 concernant l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité facultative (OAF)

- Art. 13a Personnes tenues de payer des cotisations

831.20 Loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI)

- Art. 2 Obligation de cotiser

831.301 Ordonnance du 15 janvier 1971 sur les prestations complémentaires à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité (OPC-AVS/AI)

- Art. 45 Champ d'activité des institutions

La **loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)** prévoit un âge de la retraite à 65 ans pour les hommes et à 64 ans pour les femmes (art. 21 LAVS). Cette règle différenciant les femmes et les hommes sur l'âge de départ à la retraite fait l'objet de nombreux débats depuis plusieurs décennies. Elle résulte d'un processus historique, retracé dans l'avis de droit (cf. avis de droit p. 79 ss). Ce dernier considère que la différence juridique n'est pas justifiée car elle ne repose ni sur une différence biologique, ni sur un objectif correctif visant à atteindre l'égalité de fait.

Certains milieux sont opposés à une harmonisation de l'âge de la retraite entre femmes et hommes car ils estiment que celle-ci ne peut pas être dissociée de la réalisation du principe de l'égalité de traitement dans d'autres secteurs essentiels de la société, où l'égalité de fait n'est pas atteinte, les inégalités au détriment des femmes étant encore nombreuses, en particulier en matière de salaire. La question de la justification d'un âge différent en vue d'atteindre une égalité matérielle fait ainsi l'objet d'avis divergents.

Par ailleurs, plusieurs autres bases légales se réfèrent à la LAVS et contiennent ainsi les mêmes différences entre femmes et hommes (cf. encadré).

Assurance sociale

831.40 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)

- Art. 13 Droit aux prestations
- Art. 14 Montant de la rente de vieillesse
- Art. 16 Bonifications de vieillesse
- Art. 24 Montant de la rente

- Art. 95 Régime transitoire des bonifications de vieillesse
- Dispositions transitoires de la modification du 3 octobre 2003 (1^{ère} révision LPP) b. Taux de conversion minimal, c. Bonifications de vieillesse, e. Coordination avec la 11^e révision de l'AVS

831.441.1 Ordonnance du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OPP 2)

- Art. 62a – art. 62c

831.461.3 Ordonnance du 13 novembre 1985 sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP 3).
Disposition finale de la modification du 21 février 2001

Dans le domaine de la prévoyance professionnelle, la **loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)** fait la même distinction entre femmes et hommes, l'âge de retraite y étant défini sur la base de la LAVS.

- ⇒ Selon l'avis de droit, la différence d'âge de la retraite est considérée comme une discrimination qui fait l'objet d'un large débat depuis de nombreuses années (catégorie 3). Les dispositions concernées en matière de rente de vieillesse sont donc considérées comme contraires au principe d'égalité des sexes ancré à l'art. 8, al. 3, Cst.

Position et travaux en cours du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral est conscient que l'harmonisation de l'âge de la retraite entre femmes et hommes a été l'un des motifs principaux de rejet des dernières réformes de l'AVS depuis près de deux décennies, en raison, en particulier, de l'inégalité salariale persistante majoritairement au détriment des femmes.

Comme mentionné dans son message relatif à la stabilisation de l'AVS « AVS 21 » du 28 août 2019³², le Conseil fédéral reste d'avis qu'au vu de la situation des femmes sur le marché du travail et de l'évolution démographique, plus rien ne justifie une différenciation de l'âge de la retraite dans la prévoyance vieillesse. La fixation de l'âge de référence pour les femmes et les hommes à 65 ans est dès lors un élément central du projet de réforme « AVS 21 ».

Le projet de réforme « AVS 21 » prévoit en outre que le relèvement de l'âge de la retraite des femmes se fasse de manière progressive et qu'il soit accompagné de mesures de compensation. Les débats parlementaires sur cette question sont en cours.

En cas d'aboutissement de la réforme sur l'AVS, l'inégalité formelle entre femmes et hommes en matière d'âge de la retraite sera éliminée. En revanche, l'inégalité de fait en matière de rentes de vieillesse dépend de plusieurs autres facteurs et ne fait pas l'objet de ce rapport.

4.7 Rente de veuf et veuve

Comme en matière de retraite, les dispositions sur la rente de veuf et de veuve se situent dans le **droit des assurances sociales**, soit le volume huit du recueil systématique.

Assurance sociale

831.10 Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)

- Art. 23 Rente de veuve et de veuf
- Art. 24 Dispositions spéciales
- Art. 24a Conjoints divorcés
- Dispositions finales de la modification du 7 octobre 1994 (10^e révision de l'AVS)

831.101 Règlement du 31 octobre 1947 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RAVS)

- Art. 46 Droit à la rente de veuve et de veuf

832.20 Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA)

- Art. 29 Droit du conjoint survivant

³² FF 2019 5979

▪ Art. 32 Montant de l'indemnité en capital

La rente de veuve fait l'objet de dispositions spéciales dans la **loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)**, son règlement (RAVS) et dans la **loi sur l'assurance-accidents (LAA)** qui ne s'appliquent qu'aux femmes. En revanche, la LPP met sur pied d'égalité les veuves et les veufs.

Selon la **LAVS**, les veufs comme les veuves ont droit à une rente si, au décès de leur conjoint, ils ou elles ont un ou plusieurs enfants (art. 23 LAVS). Les veuves ont aussi droit à une rente si au décès de leur conjoint elles ont 45 ans, ont été mariées pendant au moins cinq ans et n'ont pas d'enfant (art. 24 LAVS). Or, les hommes ne bénéficient pas de cette seconde possibilité. De plus, le droit à la rente de veuf s'éteint lorsque le dernier enfant atteint l'âge de 18 ans, tandis que le droit à la rente de veuve est acquis à vie. En effet, la rente de veuf, introduite lors de la 10^{ème} révision de l'AVS, a des conditions plus restrictives que celles prévues pour les veuves. La **LAA** prévoit les mêmes distinctions entre veuves et veufs, à la seule différence qu'aucune durée minimale de mariage n'est requise de la veuve sans enfant, contrairement aux conditions de l'octroi de la rente dans la LAVS.

Cette différence de traitement entre femmes et hommes est due à des considérations révolues de l'époque où la rente de veuf n'existait pas et qu'il était communément accepté que le mari prenne en charge les frais de subsistance de l'épouse. L'introduction de la rente de veuf a été limitée en raison de motifs économiques et a ancré une inégalité de traitement dans la loi, les veuves ayant une protection plus étendue.

Le Tribunal fédéral a rappelé dans un arrêt de 2012³³ que le législateur a explicitement établi une différence entre les sexes contraire à la Constitution en prévoyant des conditions différentes pour les veuves et les veufs, lesquelles ne s'expliquent pas pour des motifs biologiques ou fonctionnels. Cependant, le Tribunal fédéral est tenu d'appliquer les lois fédérales, selon l'art. 190 Cst. (cf. avis de droit p. 78).

Dans un jugement de 2020, la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé que la discrimination opérée entre veuves et veufs en droit suisse constituait une discrimination. Elle a jugé que cette distinction ne reposait pas sur des motifs justifiés, qu'il s'agisse de différences biologiques ou de considérations sur la société actuelle. Pour la Cour, le droit suisse est par conséquent discriminatoire et contraire à la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). L'arrêt indique aussi que la présomption selon laquelle l'époux entretient financièrement son épouse, en particulier lorsque celle-ci a des enfants, n'est plus d'actualité. Cet arrêt n'est toutefois pas définitif car la Suisse a saisi la Grande Chambre de la Cour, qui a tenu audience le 16 juin 2021 mais n'a pas encore statué.

- ⇒ Selon l'avis de droit, les règles en matière de rente de veuf et de veuve ne peuvent être justifiées du point de vue de l'égalité entre femmes et hommes. Elles sont donc contraires à l'art. 8, al. 3, Cst. mais ne font pas l'objet d'un débat prioritaire (catégorie 2), bien qu'elles puissent prochainement être harmonisées, selon la volonté exprimée par le Conseil fédéral.

Position et travaux en cours du Conseil fédéral

Lors du projet de 11^{ème} révision de l'AVS, le Conseil fédéral avait prévu d'aligner la rente de veuve sur celle des veufs afin d'éliminer cette réglementation contraire au principe de l'égalité entre femmes et hommes. Le projet a cependant été rejeté lors des débats parlementaires en 2010. Le projet de réforme « Prévoyance professionnelle 2020 », rejeté en votation populaire en 2017, prévoyait de limiter le droit aux rentes de veuves et de veufs aux personnes ayant des tâches éducatives ou des devoirs d'assistance. Ce projet n'impliquait cependant pas une égalité de traitement entre les veuves et les veufs car pour ces derniers, le droit à la rente continuait à être limité aux 18 ans du dernier enfant.

³³ TF, 9C_617/2011 du 4 mai 2012, c. 3.5

Suite à ces échecs et parallèlement au projet de stabilisation de l'AVS « AVS 21 », le Conseil fédéral estime que la thématique des prestations des personnes survivantes doit être réexaminée dans la perspective d'une future révision ou d'un projet séparé concernant l'ensemble du système des rentes de survivants (rentes de veuves, de veufs et d'orphelin), et pas uniquement dans le sens d'une modification réservée aux seuls veufs³⁴. Ainsi, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat Feri Yvonne 20.4449 « Supprimer les inégalités de traitement entre veufs et veuves »³⁵, adopté au Conseil national le 5 mai 2021. Un projet de recherche sur la situation économique des personnes survivantes est en cours et donnera lieu à un nouveau rapport présentant les données actualisées et dont les conclusions pourront servir aux travaux de préparation d'une future révision dans ce domaine.

4.8 Droit pénal

Le droit pénal, soit le troisième volume du recueil systématique, contient plusieurs règles qui créent un traitement différent des femmes et des hommes. Celles-ci concernent les infractions contre la vie, l'interruption de grossesse, les mutilations génitales féminines, les infractions contre l'intégrité sexuelle et les atteintes au droit à l'autodétermination sexuelle, le milieu carcéral et l'exécution des peines et mesures, ainsi que la violence à l'égard des femmes.

Droit pénal ordinaire

- 311.0 Code pénal suisse du 21 décembre 1937
- Art. 116

Le **code pénal (CP)** prévoit que l'**infanticide** ne peut être commis que par la mère (art. 116 CP). Cette norme repose sur une différence biologique et fonctionnelle, soit sur l'état physique et psychique dans lequel une mère peut se trouver pendant ou après l'accouchement.

Droit pénal ordinaire

- 311.0 Code pénal suisse du 21 décembre 1937
- Art. 118 – art. 120

Assurance sociale

- 832.10 Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)
- Art. 30 Interruption de grossesse non punissable

Les dispositions du code pénal relatives à l'**interruption de grossesse** concernent uniquement les femmes (art. 118-120 CP). Cette différence de traitement se justifie par des caractéristiques biologiques. La question des droits du père dans cette situation a été abordée par certains milieux, mais ne fait pas l'objet d'un débat remettant en cause l'interruption de grossesse sur le plan de l'égalité entre femmes et hommes.

En cas d'interruption de grossesse non punissable selon le code pénal, le droit des assurances sociales prévoit que l'assurance-maladie prend en charge les coûts des mêmes prestations que pour la maladie (art. 30 LAMal). La disposition se base sur la grossesse et la différence induite repose sur les raisons invoquées dans le contexte du code pénal.

Droit pénal ordinaire

- 311.0 Code pénal suisse du 21 décembre 1937
- Art. 124, art. 260^{bis}

³⁴ Voir l'avis du Conseil fédéral du 17.02.2021 sur la motion Hurni 20.4445 « Rentes de veuf. Mettre fin maintenant à une règle illicite, contraire à l'égalité et surannée ».

³⁵ Voir l'avis du Conseil fédéral du 03.02.2021 sur le postulat 20.4449 Feri Yvonne « Supprimer les inégalités de traitement entre veufs et veuves ».

Les **mutilations génitales féminines** font l'objet d'une disposition du code pénal ayant pour but de protéger l'intégrité physique et sexuelle des femmes (art. 124 CP). Avant l'entrée en vigueur de cette disposition, les mutilations génitales étaient punies comme des lésions corporelles graves ou des lésions corporelles simples (art. 122 ss CP). Avec cette infraction spécifique, le Parlement a voulu envoyer un signal clair pour l'interdiction de la mutilation des organes génitaux féminins. Toutefois, il a refusé d'étendre l'infraction à la circoncision masculine.

En outre, les actes de mutilation d'organes génitaux féminins font partie de la disposition pénale visant à punir les actes préparatoires d'infractions particulièrement graves (art. 260^{bis} CP).

Droit pénal ordinaire

311.0 Code pénal suisse du 21 décembre 1937

- Art. 190, art. 264a, al. 1, let. g, art. 264e, al. 1, let. b

Droit pénal militaire

321.0 Code pénal militaire du 13 juin 1927 (CPM)

- Art. 109, al. 1, let. g, art. 112a, al. 1, let. b, art. 154

Le **viol**, tel que défini dans le code pénal, couvre uniquement l'acte sexuel commis sur une femme (art. 190 CP). Cette approche qui exclut les hommes de la définition du viol a été remise en cause à de nombreuses reprises, en raison de la différence injustifiée entre femmes et hommes. De nombreuses interventions parlementaires et des revendications de la société civile réclament une mise sur pied d'égalité des deux sexes dans la notion juridique du viol.

- ⇒ Selon l'avis de droit, en plus d'être discriminatoire, la différence entre femmes et hommes dans la définition du viol fait l'objet d'un large débat (catégorie 3). L'inégalité existante pourrait néanmoins être éliminée prochainement avec le projet de révision du droit pénal sexuel (cf. position et travaux en cours du Conseil fédéral).

Dans le domaine des **crimes contre l'humanité et crimes de guerre**, deux dispositions (art. 264a, al. 1, let. g, art. 264e, al. 1, let. b, CP) protègent en partie seulement les femmes. Celles-ci concernent les viols et les grossesses forcées. La grossesse forcée, est, de par sa nature, limitée aux victimes de sexe féminin. La distinction en cas de viol est justifiée par la cohérence de contenu avec l'art. 190 CP, raison pour laquelle on peut se référer aux déclarations ci-dessus. Par contre, la deuxième partie de l'art. 264a, al. 1, let. g, respectivement de l'art. 264e, al. 1, let. b, CP, est rédigée de manière neutre et couvre par exemple aussi la contrainte sexuelle commise sur un homme.

Droit pénal ordinaire

311.0 Code pénal suisse du 21 décembre 1937

- Art. 80, art. 377, art. 387

Selon le code pénal, les établissements pour l'**exécution des peines** peuvent prévoir des sections distinctes pour les femmes (art. 377 CP). Cette différence est justifiée. Elle vise en effet à tenir compte des spécificités des femmes, lesquelles sont minoritaires dans le milieu carcéral et susceptibles d'y subir des discriminations et des violences.

Par ailleurs, le Conseil fédéral peut édicter des dispositions relatives à l'exécution des peines et des mesures prononcées à l'encontre des femmes (art. 387 CP). En particulier, l'art. 80, al. 1, let. a et b, CP prévoit que des conditions particulières de détention sont possibles au bénéfice de la mère pendant la période de grossesse et d'accouchement. En outre, le placement conjoint de la mère et du nourrisson est possible jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de 3 ans. Celles-ci sont essentiellement liées à la maternité et sont dès lors justifiées.

Droit pénal ordinaire

311.039.7 Ordonnance du 13 novembre 2019 sur les mesures visant à prévenir et à combattre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Ordonnance contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique)

Les femmes sont spécifiquement visées par l'ordonnance contre la **violence à l'égard des femmes et la violence domestique**. La Suisse s'est engagée à prévenir et combattre ces formes de violence en ratifiant la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, dite Convention d'Istanbul³⁶. Les violences que subissent en majorité les femmes justifient la différence opérée entre les sexes. L'ordonnance vise ainsi à instaurer des mesures de prévention afin de mettre en œuvre l'égalité matérielle entre les sexes.

- ⇒ En définitive, selon l'avis de droit, le droit pénal comporte plusieurs dispositions différenciant les femmes et les hommes de manière justifiée pour des raisons biologiques ou fonctionnelles et en vue de la réalisation du mandat d'égalité (catégorie 1).
- ⇒ Selon l'avis de droit, la seule différence non justifiée dans ce domaine est celle en matière de viol (art. 190 CP). Elle est dès lors considérée comme discriminatoire et contraire à l'art. 8, al. 3, Cst. De surcroît, elle fait l'objet d'un vif débat actuel et de critiques (catégorie 3).

Position et travaux en cours du Conseil fédéral

En réponse à des interventions parlementaires, le Conseil fédéral a d'abord fait valoir, en se référant aux articles 189 (contrainte sexuelle) et 190 CP, que tout acte sexuel imposé par la contrainte était punissable, quel que soit le sexe de la victime. Ainsi, le droit pénal actuel ne présenterait aucune lacune et protégerait les victimes femmes et hommes de la violence sexuelle. Toutefois, il a reconnu que, dans la pratique juridique internationale, le viol est défini de manière neutre du point de vue du sexe et a donc accepté d'examiner si une révision était nécessaire. Dans son message sur l'« harmonisation des peines » du printemps 2018³⁷, le Conseil fédéral a finalement proposé une définition du viol neutre du point de vue du sexe et élargie en termes d'actes sexuels couverts.

Suite à l'adoption du message, la révision du droit pénal sexuel a été séparée de l'objet « harmonisation des peines », pour lequel le Parlement est désormais responsable. Début 2021, la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats a mis en consultation des propositions de révision du droit pénal sexuel³⁸. L'avant-projet contient notamment une reformulation des éléments constitutifs du viol, avec une variante élargissant la définition du viol indépendamment du sexe des victimes. Cette variante a été accueillie presque unanimement lors de la consultation. Le Conseil fédéral devrait se prononcer sur le projet de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats au cours du premier semestre 2022.

4.9 Migration

Le premier volume du recueil systématique contient des différences entre femmes et hommes dans le domaine de la migration.

Droit de cité. Établissement. Séjour

142.20 Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI)

- Art. 53a Bénéficiaires

142.31 Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi)

³⁶ RS 0.311.35

³⁷ FF 2018 2889

³⁸ https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/6021/4/cons_1

- Art. 3 Définition du terme de réfugié
- Art. 17 Dispositions de procédure particulières

En matière **d’asile et d’intégration des personnes étrangères**, la situation particulière des femmes est mentionnée dans deux lois. D’une part, les besoins particuliers des femmes doivent être pris en compte dans l’encouragement à l’intégration (art. 53a LEI). D’autre part, il est reconnu qu’il existe des motifs d’asile propres aux femmes et que leur situation particulière doit être prise en compte (art. 3 et art. 17 LAsi). Cette attention portée aux préjudices, notamment d’ordre sexuel, subis par les femmes, se justifie par la recherche d’une égalité de fait.

- ⇒ Selon l’avis de droit, la différenciation opérée dans le domaine de l’intégration et de l’asile en prévoyant des situations propres aux femmes se justifie par l’objectif d’atteindre l’égalité matérielle entre les sexes (catégorie 1).

4.10 Sport, économie, recherche et innovation

Le droit fédéral inclut des dispositions qui visent à encourager et promouvoir la participation des femmes dans divers domaines, tels que le sport, l’économie, la recherche et l’innovation. Cela implique une mention des femmes dans les textes légaux de plusieurs volumes du recueil systématique.

Ecole

415.022 Ordonnance du 18 décembre 2020 sur l’octroi aux clubs de sports d’équipe professionnels et semi-professionnels de contributions à fonds perdu et de prêts visant à atténuer les conséquences de l’épidémie de COVID-19 (Ordonnance COVID-19 sports d’équipe)

- Art. 2, al. 2, let. g Demande
- Art. 8 Poursuite du travail d’encouragement de la relève et de promotion des femmes
- Art. 9, al. 1, let. c Obligation de rendre compte et publication

Science et recherche

420.111 Ordonnance du DEFR du 9 décembre 2013 relative à l’ordonnance sur l’encouragement de la recherche et de l’innovation (O LERI DEFR)

- Art. 8, al. 1, let. d Critères de sélection

Santé

818.102 Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur les bases légales des ordonnances du Conseil fédéral visant à surmonter l’épidémie de COVID-19 (Loi COVID-19)

- Art. 12b, al. 1, let. a et al. 6, let. d Mesures dans le domaine du sport: contributions à fonds perdu pour les clubs de sports d’équipe professionnels et semi-professionnels

Crédit

951.25 Loi fédérale du 6 octobre 2006 sur les aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME

- Art. 2, let. c Principes du soutien

Les dispositions visant à atténuer les conséquences de la pandémie de Covid-19 ont notamment trait à la **promotion des femmes dans le sport**, dans le cadre des mesures prises par les clubs sportifs ou le soutien de la Confédération à fonds perdu.

De même, dans les domaines de l’**encouragement à la recherche et de l’innovation**, la promotion des femmes fait partie de certains critères de sélection.

En matière d’aides financières aux organisations de cautionnement en faveur des PME, le Confédération doit notamment veiller à ce que les intérêts des femmes dirigeant une entreprise soient particulièrement pris en compte.

- ⇒ Selon l’avis de droit, ces bases légales de divers volumes du droit fédéral ont pour but l’encouragement et la promotion des femmes et visent à réaliser l’égalité de fait. Elles sont par conséquent considérées comme justifiées (catégorie 1).

4.11 Egalité, organisation de compétence et développement des cadres

Le premier volume du recueil systématique contient la **loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes (LEg)** ainsi que d'autres bases légales prévoyant des inégalités directes.

Droits fondamentaux

151.1 Loi fédérale du 24 mars 1995 sur l'égalité entre femmes et hommes (Loi sur l'égalité, LEg)

- Art. 3 Interdiction de discriminer
- Art. 15 Services de consultation

151.3 Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Loi sur l'égalité pour les handicapés, LHand)

- Art. 5 Mesures de la Confédération et des cantons

151.31 Ordonnance du 19 novembre 2003 sur l'élimination des inégalités frappant les personnes handicapées (Ordonnance sur l'égalité pour les handicapés, OHand)

- Art. 21 Examen des requêtes

Autorités fédérales

172.212.1 Ordonnance du 28 juin 2000 sur l'organisation du Département fédéral de l'intérieur (Org DFI)

- Art. 5 Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes

172.220.111.3 Ordonnance du 3 juillet 2001 sur le personnel de la Confédération (OPers)

- Art. 5 Développement des cadres

La LEg a pour but de promouvoir l'égalité entre femmes et hommes dans les rapports de travail. Elle est dans l'ensemble rédigée de manière neutre car elle s'applique tant aux femmes qu'aux hommes. Elle opère uniquement une différenciation en mentionnant l'interdiction de discriminer les travailleuses en se fondant sur leur grossesse (art. 3, al. 1, LEg). Celle-ci se justifie par le besoin de protection des femmes contre les discriminations fondées sur la grossesse dans le cadre de la vie professionnelle et découle de caractéristiques biologiques propres aux femmes. Les aides financières destinées aux services de consultation informant et conseillant les femmes dans la vie professionnelle, prévues par l'art. 15 LEg, ne sont plus octroyées depuis le 1^{er} janvier 2019.

Le droit fédéral prévoit que les mesures prises par la Confédération et les cantons pour éliminer les inégalités touchant les **personnes handicapées** doivent tenir compte des besoins particuliers des femmes handicapées (art. 5 LHand). La finalité de ces normes est d'éliminer la double discrimination dont elles souffrent et de contribuer ainsi à l'égalité de fait. La différence opérée entre femmes et hommes est ainsi considérée comme justifiée.

La mention de la Commission fédérale pour les questions féminines dans une ordonnance du DFI (art. 5 Org DFI), en tant que disposition d'organisation de compétence visant à la réalisation de l'égalité de fait, ne crée pas une inégalité.

Au sein de la Confédération, une disposition prévoit que les mesures des départements pour le développement des cadres doivent améliorer la représentation des femmes dans ces postes (art. 5 OPers). L'objectif de cette disposition étant de réaliser l'égalité de fait, la mention des femmes est par conséquent justifiée.

- ⇒ En définitive, selon l'avis de droit, ces bases légales distinguent les femmes et les hommes pour prendre en compte les besoins particuliers des femmes et se justifient en application du mandat constitutionnel de l'art. 8, al. 3, Cst. (catégorie 1) enjoignant le législateur à prendre des mesures propres à réaliser l'égalité matérielle.

5 Conclusion

Le Conseil fédéral partage en grande partie les conclusions de l'avis de droit relatives aux inégalités directes justifiées et injustifiées, ainsi que le classement en trois catégories.

Dans le présent rapport, le Conseil fédéral constate que l'essentiel des inégalités directes prévues par les dispositions en vigueur est justifié. Contrairement à l'analyse effectuée à ce propos dans l'avis de droit, cela vaut aussi pour les règles en matière d'établissement de la filiation puisque la différence de traitement entre femmes et hommes dans ce domaine repose sur un motif justifié en raison d'une spécificité biologique liée à la grossesse et à l'accouchement.

En outre, le Conseil fédéral observe que certaines différences injustifiées et donc discriminatoires pourraient disparaître dans un futur proche. Tel est le cas des dispositions en matière de rente de vieillesse avec le projet d'harmonisation de l'âge de référence à 65 ans pour toutes et tous dans le cadre de la réforme « AVS 21 ». Quant à l'avant-projet de réforme du droit pénal en matière sexuelle, il contient notamment une reformulation des éléments constitutifs du viol, avec une variante élargissant la définition du viol indépendamment du sexe des victimes. Le Conseil fédéral prendra position à ce sujet en 2022.

Le Conseil fédéral avait en outre déjà prévu d'harmoniser les conditions d'octroi des rentes de veuves et de veufs afin d'éliminer cette inégalité du droit fédéral dans le cadre des diverses tentatives de révision de l'AVS. Il s'agit maintenant de réexaminer le système des rentes de personnes survivantes dans son ensemble afin de garantir des conditions d'octroi identiques pour les femmes et les hommes.

En matière de défense nationale, diverses réflexions liées à l'avenir du système de l'obligation de servir sont actuellement menées afin d'assurer l'alimentation en effectifs. Dans ce contexte, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à intégrer dans ses travaux la question d'une éventuelle participation obligatoire des femmes à la journée d'orientation et le cas échéant, à préparer une modification de la Constitution.

Le droit évolue continuellement et des changements notables, bien qu'insuffisants, sont intervenus ces dernières décennies en faveur de l'égalité entre femmes et hommes. Le Conseil fédéral attache une grande importance à la réalisation de l'égalité entre femmes et hommes dans tous les domaines de la vie. La Stratégie Egalité 2030 prévoit parmi ses objectifs que le droit fédéral ne comporte plus de réglementations discriminatoires en fonction du sexe. Le Conseil fédéral est disposé à soutenir le législateur dans tous les projets qui permettront d'atteindre cet objectif. En effet, pour réaliser l'égalité formelle entre femmes et hommes, le législateur est tenu d'éliminer les inégalités de traitement directes injustifiées qui subsistent dans la législation. Les projets de révision du droit fédéral qui s'inscrivent dans cet objectif seront ainsi intégrés à la mise en œuvre de la Stratégie Egalité 2030.

Annexe 1 : Texte du postulat 19.4092

19.4092

Postulat Caroni Andrea

Droit fédéral et inégalités de traitement des femmes et des hommes

Date de dépôt 19.09.2019

Déposé au Conseil des Etats

Texte déposé :

Le Conseil fédéral est chargé de présenter dans un rapport les normes du droit fédéral qui instaurent directement un traitement distinct en fonction du sexe. Ce faisant, il doit indiquer dans quelle mesure ces normes désavantagent ou favorisent les femmes ou les hommes.

Développement

Les inégalités touchant un sexe ou l'autre, qu'elles soient réelles ou supposées, sont beaucoup discutées dans divers contextes politiques. Le traitement différent des femmes et des hommes doit être particulièrement fondé s'il découle directement de la loi. C'est pourquoi, il est nécessaire d'avoir une vue d'ensemble des différences juridiques existant entre les sexes et de leurs conséquences.

La question beaucoup plus complexe des inégalités indirectes de droit ou de fait ne relève pas du présent postulat.

Dans sa réponse à l'interpellation 19.3548, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à donner suite à cette demande et à effectuer un examen approfondi. Par ce postulat, il est invité à faire part au Parlement des conclusions de ses travaux.

Avis du Conseil fédéral du 13.11.2019

Le présent postulat fait suite à l'interpellation Caroni 19.3548, "Quelles sont les dispositions du droit fédéral qui instaurent directement un traitement différent des femmes et des hommes?", et y est identique. Dans sa réponse du 4 septembre 2019, le Conseil fédéral s'est d'ores et déjà déclaré prêt à examiner plus en détail la question de l'auteur de l'interpellation dans le cadre d'un avis de droit. En particulier, il s'agira d'analyser dans quelle mesure de telles dispositions impliquent un désavantage ou une amélioration de la situation des femmes et des hommes. La publication de l'avis de droit est prévue pour 2021. En marge de celle-ci, le Conseil fédéral informera le Parlement des résultats de cet examen.

L'objet du postulat est donc déjà satisfait.

Proposition du Conseil fédéral du 13.11.2019

Le Conseil fédéral propose de rejeter le postulat.

Chronologie

Adoption par le Conseil des Etats le 12.12.2019

Annexe 2 : Texte de l'interpellation 19.3548

19.3548

Interpellation Caroni Andrea

Quelles sont les dispositions du droit fédéral qui instaurent directement un traitement différent des femmes et des hommes?

Date de dépôt 05.06.2019

Déposé au Conseil des Etats

Texte déposé

Le Conseil fédéral est invité à répondre aux questions suivantes:

1. Quelles sont les dispositions du droit fédéral qui instaurent directement un traitement distinct en fonction du sexe?
2. Lesquelles de ces dispositions désavantagent les femmes (ou favorisent les hommes)?
3. Lesquelles de ces dispositions désavantagent les hommes (ou favorisent les femmes)?

Développement

Les inégalités touchant un sexe ou l'autre, qu'elles soient réelles ou supposées, sont beaucoup discutées dans divers contextes politiques.

Le traitement différent des femmes et des hommes découlant directement de la loi doit être particulièrement fondé. Les exemples suivants viennent en particulier à l'esprit de l'auteur de la présente interpellation:

- a. au détriment des femmes: l'interdiction de travailler après un accouchement;
- b. au détriment des hommes: l'obligation de servir dans l'armée, l'âge plus élevé de la retraite, la rente et le supplément de viduité restreints, l'absence de congé paternité.

La question beaucoup plus complexe des inégalités indirectes de droit ou de fait ne relève pas de la présente interpellation, celle-ci se bornant aux inégalités prévues directement par la loi et qui doivent plus particulièrement être justifiées.

Réponse du Conseil fédéral du 04.09.2019

1.-3. Dans certains domaines, le droit fédéral prévoit des normes différentes pour les femmes et les hommes. L'origine de cette différenciation est en partie fondée sur des facteurs biologiques et en partie sur la nécessité de tenir compte de l'inégalité de la situation sociale et économique des femmes et des hommes.

Il s'agit en particulier des exemples déjà mentionnés par l'auteur de l'interpellation, notamment l'interdiction de travailler durant huit semaines après l'accouchement (art. 35a al. 3 de la loi sur le travail, LTr; RS 822.11), la différence entre l'âge de la retraite des femmes et des hommes (art. 21 al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, LAVS; RS 831.10; art. 13 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, LPP; RS 831.40), les différences concernant le droit à l'indemnité pour les veufs et veuves dans l'AVS (art. 24 LAVS) et dans l'assurance-accidents (art. 29 de la loi fédérale sur l'assurance-accidents, LAA; RS 832.20) ou encore l'astreinte au service militaire limitée aux hommes suisses (art. 59 de la Constitution fédérale, Cst; RS 101). Il convient aussi de mentionner, outre l'absence de congé paternité, les différences au niveau de l'indemnisation du congé maternité (art. 16b ss. de la loi sur les allocations pour perte de gain, LAPG; RS 834.1) et de l'allocation en cas de service (art. 4ss. LAPG), ainsi que l'inégalité entre les femmes et les hommes dans l'accès à la procréation médicalement assistée, avec l'autorisation du don de sperme hétérologue et l'interdiction du don d'ovules (art. 3 al. 3 et art. 4 de la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, LPMA; RS 810.11).

Pour bénéficier d'une vue d'ensemble exhaustive des différences juridiques existantes entre les sexes en droit fédéral, un examen approfondi est nécessaire. A cet égard, le 14 juin dernier a montré

l'importance de la thématique de l'égalité pour une grande partie de la population suisse, femmes et hommes confondus. Le Conseil fédéral est donc disposé à donner suite à la demande de l'auteur de l'interpellation, dans le cadre d'un avis de droit. Il s'agira notamment de déterminer dans quelle mesure ces différences légales impliquent un désavantage ou une amélioration de la situation des femmes et des hommes.

Chronologie

Liquidé par le Conseil des Etats le 19.09.2019