



Ehe und Partnerschaft zwischen Norm und Realität
Le mariage et le partenariat entre norme et réalité



Die Tagung «Ehe und Partnerschaft zwischen Norm und Realität» hatte zum Ziel, Erkenntnisse verschiedener geistes- und sozialwissenschaftlicher Disziplinen zu Recht und Wirklichkeit der Paarbeziehung in der Schweiz zu bündeln. Mit dem nun vorliegenden Bericht soll der interdisziplinäre Dialog zur Zukunft dieses zentralen Bereichs des Familienrechts gefördert werden. Folgende Referentinnen und Referenten der Tagung sind mit einem Beitrag vertreten: Samantha Besson, Peter Breitschmid, Édouard Conte, Michelle Cottier, Nicolas Favez, Gabriela Riemer-Kafka, David Rüetschi, Heidi Stutz und Eric Widmer.

Le colloque «Le mariage et le partenariat entre norme et réalité» avait pour objectif de regrouper les connaissances issues de différentes disciplines des sciences humaines et sociales à propos du droit et de la réalité de la relation dans le couple en Suisse. Le rapport ci-joint veut promouvoir le dialogue interdisciplinaire concernant l'avenir de ce domaine central du droit de la famille. Il nous livre ainsi les contributions des intervenant-e-s suivant-e-s: Samantha Besson, Peter Breitschmid, Édouard Conte, Michelle Cottier, Nicolas Favez, Gabriela Riemer-Kafka, David Rüetschi, Heidi Stutz et Eric Widmer.

Ehe und Partnerschaft zwischen Norm und Realität

Le mariage et le partenariat entre norme et réalité

Herausgeber

Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften SAGW
Haus der Akademien
Laupenstrasse 7
Postfach
CH-3001 Bern
+41 (0)31 306 92 50
sagw@sagw.ch, www.sagw.ch

ISBN 978-3-907835-81-4
ISSN 2297-1564

Gestaltungskonzept

Howald Fosco Biberstein, Basel

Umschlag

Laszlo Horvath, Bern

Layout und Druck

Druck- und Werbebegleitung, 3098 Köniz

1. Auflage, 2016 (550 Expl.)

Die Broschüre kann kostenlos bezogen werden bei der SAGW
oder unter www.sagw.ch/publikationen.

© SAGW 2016

Zitiervorschlag:

Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (2016)
Ehe und Partnerschaft zwischen Norm und Realität.
Swiss Academies Reports 11 (1).

Vorwort	
<i>Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid</i>	5
La pluralisation des manières d'être en couple en Suisse	
<i>Prof. Dr. Eric Widmer</i>	9
Modelle der familienrechtlichen Regelung von Ehe und Partnerschaft in der Schweiz und im Ausland	
<i>Michelle Cottier, Prof. Dr. iur., MA</i>	23
Gesetzgebung im Familienrecht – Ein Werkstattbericht	
<i>Dr. iur. David Rüetschi</i>	41
«Familienrecht» oder «Beziehungsrecht»? Beziehungsschliessungs-, Beziehungsbetriebs- und Beziehungsaufhebungsrecht	
<i>Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid</i>	61
Intimité, passion et engagement: quel est le statut actuel des dimensions du lien amoureux?	
<i>Prof. Dr. Nicolas Favez</i>	87
Entre droit islamique de la famille et le Code civil: à quelle(s) juridiction(s) les partenariats interconfessionnels sont-ils soumis en Suisse?	
<i>Prof. Dr. Édouard Conte</i>	105
Aufteilung von Betreuung und Pflege in Partnerschaften: Steuer- und sozialrechtliche Anreize	
<i>Heidi Stutz</i>	131
Zusammenspiel des Familienrechts mit dem Sozial- und Steuerrecht	
<i>Prof. Dr. iur. Gabriela Riemer-Kafka</i>	143
Le droit de la famille sous l'angle des droits de l'homme – Quelques réflexions	
<i>Prof. Dr. iur. Samantha Besson</i>	167
Netzwerk «Generationenbeziehungen» Réseau «Relations entre générations»	189

Vorwort

Vorwort

Familien-*Recht*? Oder Familien-*Leben*? Oder gar Familien-*Krach*? Oder doch vor allem Familien-*Glück*? Oder *einfach nur Familie*, Familien-*Alltag*, jedenfalls *bitte Familie ohne Juristerei*? Familie ist etwas Vor-Rechtliches, ganz einfach Menschliches, Teil des Lebens, deshalb auch nicht Vor-*Schreib*-bares und Planbares, insofern auch nur unzulänglich Be-*Schreib*-bares, das indes derart eng mit den einzelnen Individuen und der Struktur der gesamten Gesellschaft verflochten ist, dass es sich dem Blick von Gesellschaft, Politik und Recht nicht gänzlich entziehen kann, ohne dass der Blick von aussen so tief dringen darf, dass die Intimität der Beteiligten beeinflusst wird: Beziehungen sind zunächst im eigentlichen Sinn *Privatsache*. Aber gerade weil Beziehungen etwas derart Intimes, Persönliches, Privates sind, sind wir von unseren Beziehungen so tief betroffen wie von kaum etwas anderem. Und insofern gehören rechtliche Aspekte von Beziehungen trotzdem – wie Schutzbestimmungen des Miet- oder Arbeitsvertragsrechts – zu den praktisch wichtigsten (und am Gericht häufigsten) Bereichen von Kontroversen. Dass diese Kontroversen nur «rechtlich» nicht wirklich bewältigbar sind, ändert nichts daran, dass die Kontroverse als solche um des persönlichen und materiellen Schutzes der Betroffenen willen von unabhängiger Stelle begleitet werden muss: Man mag bessere und unglücklichere «Investments» tätigen, und selbst darum kümmert sich die Gesetzgebung beim Anlegerschutz, aber dort, wo man sich mit «Haut und Haar», mit «Leib und Seele» einbringt, wird das Scheitern zum existenziellen Risiko, das einen verlässlichen Rahmen und Schutz durch die Gesellschaft erfordert. Insofern ist Familie, sind Beziehungen etwas Öffentliches und verdienen es, auch wirklich die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu finden: Allzu gerne wird die «Privatheit» nämlich auch dahin missverstanden, dass sich die Öffentlichkeit – Schule, Gesundheitsbelange, soziale Netze – aus der Verantwortung schleichen könne, die eben «privat» sei. Der liberale Rechtsstaat macht tatsächlich keine Vorgaben zur Lebensführung, aber er schafft einen Rahmen, der freie Lebensführung ermöglicht – *freie* Lebensführung

bedeutet aber, auch in Beziehungen frei zu bleiben und in seinen zutiefst persönlichen, existenziellen Belangen Schutz durch die Gesellschaft zu erfahren. Das ist nicht in erster Linie rechtlicher Schutz, weil eben Lebensglück und Lebenszufriedenheit nicht rechtlich vollstreckbar ist, aber in rechtlich-strukturierten Verfahren doch materiell wie ideell einigermassen gewährleistet werden kann.

Dazu möchte die SAGW mit dem vorliegenden Band, der «Familie» in ihren gesamten Belangen aus allen Perspektiven beleuchtet, einen gesellschaftlichen Beitrag leisten und losgelöst von politischen Schlagworten Existenzbedingungen von Familien und Beziehungen stützen.

Für die Vorbereitungsgruppe
Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid

La pluralisation des manières d'être en couple en Suisse

La pluralisation des manières d'être en couple en Suisse

Prof. Dr Eric Widmer, Université de Genève

Résumé

Les dernières cinquante années ont vu la réalité démographique de la vie en couple radicalement changer. Diverses évolutions démographiques témoignent de la pluralisation des parcours d'entrée en couple, et du poids décisif des ressources économiques et culturelles sur les fonctionnements conjugaux. Le modèle du mariage universel et précoce, précédé par l'indépendance économique, et suivi rapidement par la transition à la parentalité et la mise en place d'un modèle genré de relations entre les nouveaux parents, a été complété par une diversité de modèles de parcours de vie alternatifs donnant à la vie en couple des visages très variables dans la Suisse contemporaine. La mise en couple précoce par le mariage, et le couple pour la vie, n'ont cependant pas disparu, loin s'en faut. L'empilement de modèles de formation, mais aussi d'organisation et de dissolution du couple, devrait pousser le législateur à réfléchir à la meilleure manière de prendre en compte la diversité croissante des modes de vie en couple et des motivations qui leur sont associées.

Mots-clés

Interactions conjugales, mariage, satisfaction conjugale, séparation, typologie

Introduction

La Suisse, comme la plupart des pays d'Europe, a connu depuis les années 1960 de profondes mutations des formes de mise en couple. Ces transformations s'expliquent par la montée de «l'individualisme familial», qui souligne la primauté de l'individu sur le couple, par un ensemble de normes sociales et de valeurs accordant au couple et à la famille une légitimité toujours conditionnelle et secondaire par rapport aux orientations et calendriers de vie de l'individu, qu'il soit conjoint, père, mère ou enfant.

L'impact de ce changement des mentalités sur les interactions conjugales se lit dans l'évolution des mariages et des concubinages. Depuis le milieu des années 1960, les taux bruts de nuptialité (autrement dit le rapport entre le nombre de mariages et la population) ont sensiblement décru, en Suisse comme dans d'autres pays d'Europe. À partir de 1962, l'indice conjoncturel de nuptialité des célibataires amorce une diminution sensible des premiers mariages. De 1961 à 2013, ces indices passent de 83% à 54% chez les hommes et de 87% à 59% pour les femmes. En Suisse, la baisse de la nuptialité correspond – plutôt qu'à une désaffection pour le couple – à une généralisation de la cohabitation hors mariage. Celle-ci semble davantage que dans d'autres pays européens se cantonner à la vie en couple sans enfant. De sorte que, dans ces pays, bien plus d'un enfant sur deux naît et grandit «hors mariage». Or cette proportion n'atteint aujourd'hui que 18% environ en Suisse. L'âge moyen au premier mariage s'élève, depuis les années 1960, de 26 ans (1962) à 31,8 ans (2013) pour les hommes, et de 24 à 29,6 ans pour les femmes. Ces moyennes recouvrent cependant une grande variance des âges au premier mariage: les individus des cohortes récentes se marient, quand ils le font, à des âges plus variables que les individus des cohortes passées.

Comprendre la mise en couple passe paradoxalement aussi par la prise en compte des statistiques du divorce. En l'espace de deux décennies, entre 1965 et 1985, l'indice conjoncturel de divortialité va être multiplié par 2,5 environ (de 13% en 1967, il passe à 29% en 1986). Près de trente ans plus tard (2013), il s'établit à 42% pour l'ensemble de la Suisse, après être passé par un pic à 54% en 2009. Dans le même temps, la variance des durées d'union au moment du divorce a elle aussi augmenté.

En résumé, les dernières cinquante années ont vu la réalité démographique du couple radicalement changé. Le mariage est devenu une entrée très minoritaire dans la vie de couple, puisque la majorité des couples commencent par cohabiter. Le mariage s'il a lieu, s'établit en moyenne plus tardivement, comme confirmation d'une trajectoire conjugale mais aussi professionnelle réussie, à même d'offrir des garanties économiques et sentimentales à la parentalité, qui s'établit toujours, en Suisse, majoritairement dans le cadre du mariage. Cette stabilité professionnelle et relationnelle est atteinte à des âges très variables par les individus, en fonction, notamment, de la durée de la formation professionnelle et de leur niveau d'études. Le mariage devient alors le symbole d'une réussite professionnelle et relationnelle, qui s'affiche dans des cérémonies dont la pompe n'a pas faibli dans les dernières décennies. Nombre d'unions cependant ne tiennent pas sur la durée, que cela soit dans le cadre du mariage

ou de la cohabitation. Cette contribution entend rappeler alors l'importance pour la compréhension du destin des couples, de quelques facteurs à caractère sociologique, c'est-à-dire faisant référence à des mécanismes sociaux ou culturels.

Diversité des interactions conjugales

Les évolutions démographiques esquissées plus haut témoignent de la pluralisation des parcours d'entrée en couple et du poids décisif des situations économiques et relationnelles individuelles. Le modèle du mariage universel et précoce, précédé par l'indépendance économique, et suivi rapidement par la transition à la parentalité, a été complété par une diversité de modèles de parcours de vie alternatifs donnant à la mise en couple des visages très variables dans la Suisse contemporaine. La mise en couple précoce par le mariage, et le couple pour la vie, n'ont cependant pas disparu, loin s'en faut. Dès lors, on a fait l'hypothèse d'une diversité d'attentes concernant les interactions conjugales.¹ La recherche «*Stratification sociale, cohésion et conflits dans les familles contemporaines*»² a permis de tester cette hypothèse: il s'est agi d'une grande enquête par questionnaire standardisé, touchant les couples, mariés ou non, avec ou sans enfants, résidant en Suisse, fondée sur un échantillonnage aléatoire, non proportionnel, tiré des trois régions linguistiques majeures de Suisse (Suisse francophone, Suisse allemande, Suisse italienne). Dans chacun des 1534 couples (mariés ou concubins) retenus, les deux conjoints ont été interviewés par téléphone, ce qui donne un total de 3068 interviews complétées. Les réponses ont été ensuite pondérées en fonction de la taille de la population de chacune des régions linguistiques. Des follow-ups ont ensuite été organisés en 2004, puis en 2011. Une dernière vague d'interviews est prévue pour 2017. Les résultats présentés ici proviennent exclusivement de la première vague d'interviews, mais ont largement été confirmés par l'analyse de la vague d'interviews de 2011.³

Un grand nombre d'indicateurs ont été utilisés pour mesurer les interactions dans les couples contemporains, se référant à trois axes centraux.⁴ La première dimension se réfère à la *cohésion du couple*, c'est-à-dire à la façon dont les

¹ Widmer et al. 2004.

² Widmer et al. 2003.

³ Schicka 2015.

⁴ Voir Widmer et al. 2003.

conjoints «investissent» le couple, soit qu'ils mettent l'accent sur la similitude des orientations et des idées, le partage des temps, le consensus, soit qu'au contraire ils valorisent leur autonomie propre; soit que les interactions externes, avec d'autres individus ou d'autres groupes, sont considérées avec une certaine méfiance, soit que les contacts externes sont valorisés car perçus comme indispensables à la dynamique interne. Une deuxième dimension se réfère à la régulation ou mode de coordination des membres du couple, un axe sur lequel on oppose volontiers une division stricte et sexuée des rôles et des disciplines et rythmes familiaux clairement établis, etc., à des modes de coordination communicationnels, basés sur des définitions de la situation faites de cas en cas, et appelant des consignes de comportement fondées sur la négociation.⁵ Un grand nombre de mesures se référant à ces deux axes ont été introduites dans une analyse de classification hiérarchique ascendante. Cinq styles d'interactions sont ressortis de ces analyses.

Les couples de style *Parallèle* se caractérisent par une forte sexuation des rôles domestiques et relationnels, une forte fusion et une forte clôture. Ils se sentent menacés par leur environnement tout en désinvestissant leurs relations internes, alors qu'ils répartissent les rôles fonctionnels et relationnels de manière rigide et différenciée. Les valeurs organisatrices de l'action sont l'ordre, la différenciation des sphères d'activité et le repli sur soi. Ce style d'interactions concerne 17% des couples.

À l'opposé des couples de style *Parallèle*, les couples ayant un style *Compagnon-nage* présentent de forts scores de fusion et d'ouverture, alors que leur degré de différenciation des rôles et du pouvoir est, en comparaison, relativement faible. Ces couples utilisent donc les ressources environnementales de manière à renforcer la solidarité et la communication internes. Les valeurs guidant les comportements sont celles de l'intégration externe et de la communauté. Les couples de style *Compagnonnage* représentent 24% de l'échantillon.

Les couples de style *Bastion* sont fondés sur la clôture, la fusion et la différenciation des sexes. Dans ces couples, les contacts avec le monde extérieur ne sont pas recherchés. Bien au contraire, un sentiment de méfiance existe à l'égard des acteurs externes, alors que les relations internes sont très valorisées. La famille en tant que groupe a la préséance sur les intérêts et orientations individuels. Ce monde chaud et fermé est soutenu par une forte sexuation des

⁵ Widmer et al. 2003.

rôles, et par des arrangements relativement rigides, qui s'expriment aussi dans l'orientation du couple, les femmes privilégiant les objectifs internes à la vie de famille, alors que les hommes plébiscitent les objectifs externes. Le consensus et la tradition organisent la vie conjugale. 16% des couples présentent ce style d'interactions.

De hauts niveaux de fusion et de clôture définissent les couples de style *Cocon*. Contrairement aux couples de style *Bastion*, ils ne présentent pas, cependant, une répartition inégalitaire et sexuée des tâches domestiques et des rôles relationnels. Alors que dans les couples de style *Bastion*, seules les femmes privilégient des objectifs internes, les deux conjoints attribuent de tels objectifs au couple dans le style *Cocon*. Ce style d'interactions est à la fois chaud, fermé, et relativement épargné (en comparaison avec le style *Bastion*) par les inégalités de genre. Les valeurs organisant les comportements sont celles du confort et de l'intimisme. Ces couples représentent 15% de l'échantillon.

Enfin, les couples de style *Association* s'opposent assez radicalement aux couples de style *Bastion*, puisqu'ils sont faibles à la fois du point de vue de la fusion et de la clôture, et qu'ils présentent une division du pouvoir égalitaire, et des rôles peu sexués. Les valeurs centrales structurant ce style d'interactions sont donc à la fois la quête d'authenticité personnelle et la négociation des droits individuels. Les couples *Association* représentent 29% de l'échantillon.

Styles d'interactions, problèmes et conflits conjugaux

Plusieurs styles d'interactions conjugales coexistent donc actuellement. Ces styles se distinguent-ils les uns des autres par des conflits et problèmes spécifiques? Les problèmes conjugaux ont été approchés en 1999, 2004 et 2011, par une série de vingt indicateurs révélant la présence ou l'absence de désaccords importants entre les conjoints concernant les buts de la vie conjugale, la division du travail, la communication, l'éducation, la sexualité, etc. Une analyse complémentaire montre que ces problèmes peuvent être regroupés en trois catégories: les problèmes de violence conjugale et d'addiction (consommation de drogue et d'alcool), les problèmes de coordination des activités conjugales ou familiales (comment coordonner les agendas des deux conjoints, comment développer des usages et rythmes communs, comment trouver une division du travail domestique satisfaisante, etc.), et les problèmes relationnels ou interactionnels (problèmes de communication, problèmes affectifs, difficultés à se faire à la personnalité de l'autre, etc.).

Une série d'analyses de régression a permis d'évaluer l'effet des styles d'interactions sur la présence des trois catégories de problèmes dans le parcours du couple, ainsi que la fréquence des disputes conjugales et leur gravité. Pour chacune de ces variables l'effet des styles d'interactions conjugales est estimé en contrôlant statistiquement les effets du statut social et du parcours de vie. Les styles *Compagnonnage*, *Bastion* et *Cocon* présentent significativement moins de problèmes de tous les genres que le style *Association*, choisi comme catégorie de référence. Le style *Parallèle* ne se distingue pas du style *Association*, la fréquence des divers genres de problèmes étant identique dans les deux cas. Les couples de style *Compagnonnage* ont la probabilité la plus faible de connaître des problèmes conjugaux. Des résultats similaires sont apparus quant aux disputes: les couples de styles *Association* et *Parallèle* présentent des disputes plus fréquemment que les couples de styles *Cocon*, *Bastion* et *Compagnonnage*, et ils jugent davantage leurs disputes sérieuses. Ces tendances sont durables dans le temps, puisqu'elles ont été confirmées dans les données de 2004 et 2011, soit plus de dix ans après la première prise d'information sur les styles d'interactions.⁶

Sur la base de ces résultats, on a fait l'hypothèse que le style d'interactions des couples exerce un effet significatif sur leurs modes de résolution des conflits. Deux dimensions structurent les recherches psychosociologiques sur la gestion du stress familial. Gérer un problème implique des actions entreprises en vue de le résoudre – c'est la dimension «actionnelle» de la gestion des problèmes – et des relations avec le conjoint en vue de cette résolution – c'est la dimension «relationnelle» de cette gestion.

La dimension actionnelle peut elle-même être décomposée en plusieurs sous-dimensions: l'importance de l'information et de la communication dans le processus de décision, le degré de contrôle émotionnel des conjoints et le degré d'activité dans la recherche d'une solution. La *dimension relationnelle* de la gestion des problèmes doit elle aussi être appréhendée à travers plusieurs sous-dimensions: l'agressivité des conjoints (la gestion des problèmes est-elle associée à des relations intrusives, agressives?), l'importance du soutien et la propension à la fuite (les conjoints cherchent-ils à entrer en contact l'un avec l'autre ou au contraire évitent-ils les interactions?). Une analyse de classification a permis de distinguer cinq modes de gestion des problèmes.

⁶ Schicka 2015.

Les couples ayant un mode de gestion *actif* (28%) présentent un haut niveau de contrôle émotionnel, de communication et d'information. Leur niveau d'agressivité est faible, tout comme leur degré d'évitement, les conjoints cherchant à négocier activement leurs relations, et se soutenant l'un l'autre quand un problème émerge, tout en développant une forme très active de gestion des problèmes. La femme est plus présente dans ce mode de gestion que l'homme. Les couples ayant un mode de gestion *passif* (20%) partagent avec les couples ayant un mode de gestion actif le rejet des stratégies agressives ou d'évitement. Ils diffèrent des premiers, cependant, du fait de leur faible niveau de communication et de soutien. Alors qu'ils ne présentent pas de stratégies négatives, ils ne cherchent pas à résoudre activement leurs problèmes. Le mode de gestion *unilatéral masculin* (20%) combine une forte tendance des femmes à l'agressivité, au retrait, au manque de contrôle émotionnel, avec les tendances opposées de la part des hommes. Dans ce mode de gestion, les conjoints ont des stratégies très inégales, celles de l'homme étant bien davantage positives et actives que celles de la femme, à l'exception de la communication, plus forte chez les femmes ici encore. Dans le mode de gestion *unilatéral féminin* (18%), l'homme est beaucoup moins actif que la femme. Il présente une tendance au retrait, sans pour autant faire preuve d'une forte agressivité comme c'est le cas des femmes dans le mode de gestion unilatéral masculin. Le mode de gestion unilatéral féminin n'est donc pas l'image inversée du mode de gestion unilatéral masculin. Ses bases sont différentes: il se caractérise par un désengagement masculin du champ conjugal et un investissement renforcé de la femme dans ce champ. Dans les couples ayant développé un mode de gestion *agressif* (17%), les deux conjoints présentent des niveaux très élevés d'agressivité, de déséquilibre émotionnel, et un faible niveau de soutien et de communication. Ce sont des couples qui gèrent leurs tensions et leurs conflits ouverts de manière très explosive.

L'hypothèse que les modes de gestion dépendent du style d'interactions conjugales a été confirmée par diverses analyses multivariées.⁷ Les couples de styles *Parallèle* et *Association* développent davantage un mode de gestion agressif ou unilatéral masculin, alors que les couples de style *Compagnonnage* privilégient un mode de gestion actif. Le mode de gestion passif est l'apanage des couples de style *Bastion*, et surtout *Cocon*. Le mode de gestion unilatéral féminin est réparti uniformément entre les styles d'interactions conjugales. Une série d'analyses complémentaires montrent que la relation entre mode de gestion des conflits et styles d'interactions se maintient à travers le parcours de

⁷ Widmer et al. 2003; Widmer et al. 2004.

vie: les couples de styles *Bastion* et *Cocon*, quelle que soit la phase de la vie familiale dans laquelle ils se trouvent, présentent significativement plus que les autres un mode de gestion passif, alors que les couples de styles *Parallèle* et *Association* résolvent leurs problèmes plus fréquemment par un mode de gestion agressif ou unilatéral féminin. Le style *Compagnonnage* est dans toutes les phases familiales associé à un mode de gestion actif des conflits. Le lien entre styles d'interactions et modes de gestion des conflits n'est donc pas l'expression d'un effet de cohorte ou d'un biais de sélection.

Styles d'interactions et qualité des relations conjugales

Voyons, finalement, ce que l'on appelle parfois la «qualité des relations conjugales», définie comme un jugement personnel, plus ou moins positif, effectué par les conjoints à propos de leur union, une dimension qu'il faut distinguer des processus relationnels sous-jacents à cette évaluation, comme les problèmes et les conflits ouverts.⁸ Dans certains couples, le conflit conjugal coexiste avec un niveau de satisfaction relativement élevé, alors que dans d'autres, il est lié à une évaluation très négative de la vie conjugale.

La qualité des relations conjugales a été approchée dans l'étude sur les couples en Suisse par quatre séries d'indicateurs:

- 1) le projet de séparation, mesuré par une seule question, demandant à chacun des conjoints d'indiquer s'il ou elle a déjà pensé à la séparation;
- 2) la satisfaction conjugale générale, mesurée par une question unique demandant à chacun des conjoints d'indiquer son degré de satisfaction par rapport à sa vie de couple en général;
- 3) la satisfaction conjugale sectorielle, se référant à plusieurs champs précis de la vie conjugale, tels que la division du travail domestique, l'atmosphère conjugale, la considération mutuelle et la coordination entre conjoints;
- 4) les symptômes dépressifs des conjoints, approchés par une série d'indicateurs ayant trait aux sentiments de solitude, de crainte, d'agressivité, etc.⁹

⁸ Finchman et al. 1987.

⁹ Radloff 1977; Hautzinger 1988.

Diverses analyses multivariées révèlent alors que les couples de styles *Bastion*, *Cocon* et *Compagnonnage* présentent un niveau d'insatisfaction conjugale significativement plus faible que celui des couples de style *Association*, tant pour l'homme que pour la femme. Les couples de style *Parallèle*, en revanche, ne se distinguent pas significativement, de ce point de vue, des couples de style *Association*. Les couples de style *Compagnonnage* ont les scores les plus faibles d'insatisfaction, alors que les couples de styles *Cocon* et *Bastion* sont à mi-chemin. Les résultats qui concernent le projet de séparation sont absolument identiques: les couples de styles *Bastion*, *Cocon* et surtout *Compagnonnage* ont une propension significativement plus faible à faire des projets de séparation que les couples de styles *Parallèle* et *Association*. À nouveau, les couples de style *Compagnonnage* présentent les scores d'insatisfaction les plus faibles. Ainsi, les couples de styles *Bastion*, *Compagnonnage* et *Cocon* ont un niveau de satisfaction significativement plus élevé que les autres.

Conclusion

Les styles d'interactions conjugales d'aujourd'hui divergent les uns des autres par l'accent qu'ils mettent sur l'autonomie individuelle ou le groupe, sur l'ouverture ou la clôture, sur une organisation relativement égalitaire et souple du pouvoir et des rôles, ou au contraire sur une régulation de nature essentiellement statutaire. L'importance quantitative relativement égale des cinq styles d'interactions conjugales confirme la thèse affirmant que la modernité familiale, du point de vue des structures d'interactions, se caractérise par une pluralité de modèles, confirmation qui a d'autant plus de force qu'elle est basée sur un échantillon représentatif, couvrant l'ensemble du parcours de vie conjugal et de la structure sociale, et prenant en compte les réponses des deux conjoints de chaque couple simultanément. L'hypothèse d'une pluralisation des styles d'interactions de couple est donc largement confirmée pour la Suisse.

En second lieu, les styles d'interactions ont des conséquences spécifiques du point de vue des problèmes et conflits de couple, ainsi que de la longévité conjugale. Le conflit conjugal est particulièrement fort dans les styles d'interactions *Parallèle* et *Association*, alors que l'évaluation de la qualité des relations conjugales y est plus médiocre, et les symptômes de dépression plus nombreux. Ces résultats suggèrent alors plusieurs questions quant aux forces et faiblesses des orientations sous-jacentes aux modèles de couples. Il s'agit d'abord des effets de «l'individualisme conjugal», une orientation idéologique

en phase avec la logique consumériste des sociétés occidentales contemporaines, qui pose l'épanouissement d'individualités autonomes comme la finalité essentielle du couple et la seule justification possible de sa pérennité. Les couples de style *Association* mettent en pratique cette philosophie conjugale de manière «exemplaire». Or, ils présentent les problèmes conjugaux les plus intenses. Ces résultats incitent donc à douter qu'une «communication plus large, ouverte et honnête puisse l'emporter sur les effets désintégrateurs de l'individualisme».¹⁰ On peut se demander si la quête d'authenticité et d'autonomie,¹¹ à l'œuvre dans ces couples, ne porte pas atteinte à l'intégrité du groupe familial. Bien sûr, nombre de couples du style *Association* vivent au quotidien cette «modernité conjugale», optimiste et mobile, qui se démarque des arguments d'autorité, des routines, des inégalités entre les sexes, et qui affirme avec force l'absolue nécessité d'une communication entière et permanente entre des conjoints autonomes, toujours à l'écoute de leurs préférences et intérêts, et maîtres de leurs affects. Nombre d'autres couples s'inspirant de cette orientation idéologique, cependant, ne parviennent pas à s'approcher de l'idéal, et se laissent alors aller à des formes dégradées de rapport à l'autre, centrées sur l'évitement, voire l'agression, qui produisent une insatisfaction chronique. Le développement et la découverte du soi comme justification essentielle du couple ou, plus largement, de la vie familiale, ne rend pas la pérennité de ceux-ci chose aisée, sans doute à cause de toutes les possibilités d'éloignement sentimental qu'offrent les divergences des agendas professionnels, démographiques ou relationnels des conjoints, inhérentes à la société contemporaine. On peut faire l'hypothèse que les problèmes que crée ce modèle de relations l'alimentent du même coup, en incitant les conjoints en conflit à l'affirmation renforcée de leurs droits et prérogatives personnels.

En troisième lieu, il faut souligner l'écart existant entre l'idéal d'égalité et de négociation du couple contemporain, et la persistance d'inégalités entre hommes et femmes en matière de travail domestique et d'insertion professionnelle. De très nombreux couples (styles *Bastion* et *Parallèle*) sont toujours caractérisés par de profondes inégalités, qui s'étendent dans bien des cas, par-delà les rôles fonctionnels, aux rôles relationnels et à la répartition du pouvoir décisionnel. Si ces inégalités demeurent fréquentes, elles sont aujourd'hui clairement associées au conflit conjugal. C'est dans les couples de style *Parallèle* que l'écart entre aspirations égalitaires et réalité quotidienne est le plus

¹⁰ Bellah et al. 1986.

¹¹ De Singly 1996.

fort, puisque ce style est fondé sur l'autonomie individuelle, en même temps qu'il est structuré par de fortes inégalités de genre. La différenciation sexuée des rôles et des pouvoirs, quand elle n'est pas contrebalancée par une cohésion de nature fusionnelle (comme dans le cas du style *Bastion*), a donc un prix: celui de l'insatisfaction conjugale des deux partenaires.

Ces trois tendances font courir des risques importants aux couples contemporains, par l'incapacité dans laquelle elles les placent, spécialement quand elles se conjuguent, de gérer leurs problèmes et leurs conflits. Dans les couples de styles *Association* et *Parallèle*, les conflits et les problèmes donnent davantage lieu à un mode de gestion déficitaire, les deux conjoints présentant dans ces cas, dans leurs tentatives de résolution des problèmes, des niveaux très élevés d'agressivité, de déséquilibre émotionnel, et un faible niveau de soutien et de communication. Tout au contraire, les couples de style *Compagnonnage* privilégient une gestion communicative et informée de leurs différends; les couples de styles *Bastion* et *Cocon* s'orientent vers des modes de gestion plus passifs, où l'évitement des conflits plus que leur résolution est recherché. En ce sens, les modes de gestion des problèmes par le couple peuvent être considérés comme une extension des styles d'interactions, dont ils diffusent la logique et renforcent les effets.

Les styles d'interactions conjugales s'inscrivent dans la structure sociale de la Suisse contemporaine. Ainsi, l'individualisme conjugal est surtout le fait des milieux de cadres moyens ou supérieurs, alors que la tendance à la clôture et à la sexuation des rôles se retrouvent davantage dans les milieux populaires. C'est dire que des contradictions ou des tensions spécifiques marquent chaque situation; c'est dire aussi qu'il est erroné de caractériser la modernité familiale par une seule forme d'évolution ou, plus encore, par un destin unique aux conséquences fonctionnelles uniformes; c'est dire enfin qu'il est également erroné de supposer la dissolution de l'impact des structures sociales sur les relations familiales contemporaines.

Biographie

Eric Widmer est Professeur ordinaire au département de sociologie à l'Université de Genève et membre de la direction du NCCR «Lives». Spécialiste de l'intimité, du couple et de la famille, ses principales publications ont porté sur les configurations familiales, les dynamiques conjugales et les trajectoires de vie.

Bibliographie

Bellah, Robert N., Madsen, Richard, Sullivan, William, Swidler, Ann & Tipton, Steven (1986), *Habits of the Heart*, New York: Harper & Row.

De Singly, François (1996), *Le couple, le soi et la famille*, Paris: Nathan.

Finchman, Frank D. & Bradbury, Thomas N. (1987), «The assessment of marital quality: A reevaluation», in: *Journal of Marriage and the Family* 49, 797–809.

Radloff, Lenore Sawyer (1977), «The CES-D scale: A self-report depression scale for research in the general population», in: *Applied Psychological Measurement* 3, 385–401.

Schicka, Manuela (2015), *The Impact of Critical Life Events and Life Transitions on Conjugal Quality: A Configurational Approach*, Geneva: University of Geneva.

Widmer, Eric, Kellerhals, Jean & Levy, René (2003), *Cohésion, régulation et conflit dans les familles contemporaines*, Zürich: Seismo.

Widmer, E.D., Kellerhals, J. & Levy, R. (2004), «Quelle pluralisation des relations familiales? Conflits, styles d'interactions conjugales et milieu social», in: *Revue française de Sociologie* vol. 45, n° 1, 37–67.

Modelle der familienrechtlichen Regelung von Ehe und Partnerschaft in der Schweiz und im Ausland

Modelle der familienrechtlichen Regelung von Ehe und Partnerschaft in der Schweiz und im Ausland

Michelle Cottier, Prof. Dr. iur., MA

Zusammenfassung

Im vorliegenden Beitrag werden zunächst die Unterschiede der Schweizer familienrechtlichen Regelung zwischen den Lebensformen Ehe, eingetragener Partnerschaft und faktischer Lebensgemeinschaft im Moment ihrer Auflösung aufgezeigt. Schutzlücken betreffen vor allem die ökonomische Situation der kinderbetreuenden, finanziell schwächeren Partei bei Beendigung der Lebensgemeinschaft. Ein Überblick über ausländische Modelle erlaubt die Definition von Eckpunkten einer rechtlichen Regelung der Rechtsfolgen der Auflösung der faktischen Lebensgemeinschaft. Der vom Bundesrat in seinem Bericht zur Modernisierung des Familienrechts von März 2015 ins Spiel gebrachte französische «Pacte civil de solidarité» erscheint vor diesem Hintergrund als Vorbild als wenig geeignet, da er einerseits keinerlei nachpartnerschaftlichen Ausgleich zugunsten der schwächeren Partei und andererseits die Notwendigkeit der ausdrücklichen Vereinbarung der beiden Partner vorsieht («Opt-in-Modell»). Die finanziell besser gestellte Partei kann deshalb durch einfache Verweigerung ihrer Zustimmung rechtliche Verpflichtungen gegenüber der finanziell schwächeren Partei vermeiden. Schliesslich werden in einem letzten Teil die Aufgaben und Ziele einer zukünftigen Regelung zusammengefasst. Sie umfassen den Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile, das Einfordern übernommener Verantwortung und den Schutz der Familienwohnung.

Schlagwörter

Familienrecht, Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile, Unterhalt, Familienwohnung

Einleitung

Die Diskussionen um die zukünftige rechtliche Regelung von Ehe und Partnerschaft bewegen die Schweiz. Im Frühjahr 2014, als die mediale Aufmerksamkeit besonders gross war, titelte der Tagesanzeiger: «Die Revolution der Ehe»;¹ der Beobachter fragte mit einem Augenzwinkern «Geht die Ehe unter?»² Auslöser der Debatte sind Vorschläge, bei Paaren, die in einer bloss faktischen, nicht rechtlich formalisierten Lebensgemeinschaft leben, finanzielle Ausgleichsansprüche vorzusehen, wie sie bei verheirateten oder in eingetragener Partnerschaft lebenden Paaren bestehen. Diese Vorschläge wurden durch ein Postulat von Jacqueline Fehr³ angestossen, in einem Gutachten von Ingeborg Schwenzer formuliert⁴ und in einem Bericht des Bundesrats zuhanden des Parlaments diskutiert.⁵

Tatsache ist, dass in der Schweiz immer mehr Paare unverheiratet mit Kindern zusammenleben.⁶ Es ist zu erwarten, dass aufgrund der grösseren Häufigkeit dieser Lebensform in Zukunft die gerichtlich ausgetragenen Konflikte um die finanziellen Folgen der Auflösung einer solchen Partnerschaft zunehmen werden. Es wird voraussichtlich immer deutlicher werden, dass die geltende Rechtslage in der Schweiz den Bedürfnissen der Menschen in diesen Lebenssituationen nicht gerecht wird. Es ist deshalb sinnvoll, dass sich der Schweizer Gesetzgeber heute Gedanken zu einer zeitgemässen Regelung in diesem Bereich macht.

Im vorliegenden Beitrag sollen zunächst die Unterschiede zwischen den Lebensformen Ehe, eingetragene Partnerschaft und faktische Lebensgemeinschaft im Moment ihrer Auflösung aufgezeigt werden. Der nachfolgende Blick ins Ausland soll die Einordnung und kritische Würdigung der bundesrätlichen Vorschläge an die Gesetzgebung ermöglichen. Schliesslich werden in einem letzten Teil die Aufgaben und Ziele einer zukünftigen Regelung zusammengefasst.

¹ Tagesanzeiger vom 27. April 2014.

² Beobachter vom 13. Juni 2014.

³ Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», eingereicht am 15. Juni 2012, angenommen durch den Nationalrat am 14. Dezember 2012.

⁴ Schwenzer 2014.

⁵ Bundesrat 2015b.

⁶ BFS 2015: 47.

Drei Lebensformen – unterschiedliche Rechtsfolgen der Auflösung

Ein einfaches Beispiel soll verdeutlichen, um welche rechtliche Problematik es sich handelt: Gehen wir davon aus, dass zwei Menschen, welchen Geschlechts auch immer, in einer Partnerschaft mit Kindern zusammenleben. Sie haben die Erwerbs- und die Sorgearbeit ungleich aufgeteilt: Eine Partei ist in einer gut bezahlten Anstellung in der Finanzbranche tätig. Die Kinder werden hauptsächlich von der anderen Partei betreut, diese geht an zwei Tagen der Woche einer Teilzeitbeschäftigung in einer Gärtnerei nach.

Das Ehe- und Partnerschaftsrecht interessiert sich insbesondere für die Unterschiede der finanziellen Situation der beiden Parteien aufgrund ihrer Rollen- teilung. Wer Kinder betreut, kann gar nicht oder nur Teilzeit erwerbstätig sein, was sich negativ auf die Möglichkeit, zu sparen und Vermögen zu bilden, wie auch auf die Altersvorsorge auswirkt. Zudem ergibt sich ein negativer Effekt auf das langfristige Erwerbseinkommen durch die Verminderung von Karriere- chancen.⁷ Wenn nun innerhalb einer Partnerschaft diese sogenannten indirekten Kinderkosten einseitig von einer Partei getragen werden, dann stellt sich die Frage der finanziellen Ausgleichsansprüche im Fall der Trennung. Diese fallen unterschiedlich aus, je nachdem ob das Paar im Moment der Auflösung in einer Ehe, in einer eingetragenen Partnerschaft oder in einer rein faktischen Lebensgemeinschaft lebt.

Ehescheidung

In der ersten Variante, der Ehescheidung, wird aufgrund der nach wie vor kulturell wirkmächtigen Bilder von Mutter- und Vaterschaft die Vollzeit erwerbstätige Partei typischerweise der Ehemann, die Teilzeit erwerbstätige Partei die Ehefrau sein.⁸

Das Schweizer Scheidungsrecht sieht zahlreiche Instrumente für den finanziellen Ausgleich zwischen den Ehegatten vor:⁹ Zunächst werden aufgrund des Ehegüterrechts Ansprüche festgelegt. Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, gilt der Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung¹⁰ und Vermögenswerte, die

⁷ Vgl. Stutz 2009: 908.

⁸ Strub 2006: 286; BFS 2009.

⁹ Die Rechtslage ist vereinfacht dargestellt. Auf umfangreiche Literatur- und Rechtsprechungsnachweise wird zudem verzichtet. Einführende Werke: Büchler et al. 2011; Hausheer et al. 2014; Tuor et al. 2015. Ausführliche Kommentierung: Schwenzer 2010.

¹⁰ Art. 181 Zivilgesetzbuch ZGB, Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, Systematische Rechtssammlung (SR) 210.

insbesondere aus Arbeitseinkommen während der Ehe angespart wurden, werden unter den beiden Parteien aufgeteilt.¹¹ Die kinderbetreuende und nur teilzeiterwerbstätige Partei partizipiert somit am Vermögen der vollzeiterwerbenden Partei, was denn auch der Intention des Gesetzgebers bei der Revision des Eherechts in den 1980er-Jahren entspricht.¹² Ausgeglichen werden auch die während der Ehe angesparten Guthaben der Altersvorsorge in der zweiten Säule, der beruflichen Vorsorge.¹³ Das Gericht kann die vor der Ehescheidung gemeinsam bewohnte Wohnung – gegen Entschädigung – der Partei zuweisen, die wegen der Kinder eher darauf angewiesen ist.¹⁴ Auch kann die kinderbetreuende Partei gegenüber ihrem Ehegatten nacheheliche Unterhaltansprüche, meist in der Form von monatlichen Geldzahlungen, geltend machen.¹⁵

Insgesamt sind für den Scheidungsfall also eine Vielzahl von Mechanismen vorgesehen, mit denen die oben erwähnten indirekten Kinderkosten, also der unmittelbare Verdienstausschlag, die verringerten Karrierechancen und Lücken in der Altersvorsorge, zumindest teilweise zwischen den Ehegatten aufgeteilt werden. Hinzu kommen Unterhaltsansprüche der Kinder zur Deckung der direkten Kinderkosten (Kosten für Wohnung, Essen, Kleidung, Gesundheit, Ausbildung etc.), die ebenfalls dem Familienbudget des hauptsächlich kinderbetreuenden Elternteils zur Verfügung stehen.¹⁶

Auflösung einer eingetragenen Partnerschaft

Im Fall der Auflösung der eingetragenen Partnerschaft eines gleichgeschlechtlichen Elternpaars ist die Situation der kinderbetreuenden Partei bereits weniger günstig. Die Grundannahme des Partnerschaftsgesetzes (PartG)¹⁷ lautet, dass die beiden Parteien einer eingetragenen Partnerschaft finanziell unabhängig sind und insbesondere keine gemeinsamen Kinder grossziehen.¹⁸ Zahlreiche gleichgeschlechtliche Paare gründen jedoch – entgegen der gesetzlichen Intention – eine Regenbogenfamilie und haben Kinder, die sie als ihre gemein-

¹¹ Art. 196 ff. ZGB.

¹² Bundesrat 1979: 1192 ff.

¹³ Art. 122 ff. ZGB.

¹⁴ Art. 121 ZGB.

¹⁵ Art. 125 ff. ZGB.

¹⁶ Art. 276 ff., Art. 289 Abs. 1 ZGB.

¹⁷ Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (Partnerschaftsgesetz, PartG) vom 18. Juni 2004, SR 211.231.

¹⁸ Bundesrat 2003: 1311.

samen betrachten.¹⁹ Dies ist etwa dadurch möglich, dass sie als Frauenpaar in einem europäischen Land mit einer liberaleren Regelung eine anonyme Samenspende in Anspruch nehmen, oder als Männerpaar in den USA das Kind von einer Leihmutter austragen lassen – wie im kürzlich vom Bundesgericht beurteilten Fall.²⁰ Heute werden diese Kinder nach Schweizer Recht nur als Kinder eines Elternteils anerkannt.²¹

Für das Vermögensrecht hat die Grundannahme der Kinderlosigkeit Folgen:²² Ein Ausgleich der angesparten Vermögen im Sinne der Errungenschaftsbeteiligung ist grundsätzlich nicht vorgesehen, die Parteien der Partnerschaft können sie aber vereinbaren.²³ Ebenfalls findet ein Vorsorgeausgleich statt, d.h., es werden wie bei einer Ehescheidung die Pensionskassenguthaben ausgeglichen.²⁴ Dies ist vor dem Hintergrund der Annahme der finanziellen Unabhängigkeit der beiden Partnerinnen oder Partner an sich nicht ganz konsequent, für kinderbetreuende Partnerinnen oder Partner aber von Vorteil. Die Partnerin oder der Partner hat Anspruch auf nachpartnerschaftlichen Unterhalt für sich selbst, wenn auch unter eingeschränkteren Bedingungen als bei der Ehescheidung,²⁵ und kann die Zuteilung der gemeinsamen Wohnung verlangen.²⁶ Ein gewichtiger Unterschied zur Ehescheidung besteht darin, dass gegenüber dem sozialen, aber rechtlich nicht anerkannten Elternteil kein Kindesunterhalt geltend gemacht werden kann.²⁷

Wenn wir also auch bei Auflösung der eingetragenen Partnerschaft eine ungleiche Übernahme der unbezahlten Arbeit annehmen – was bei gleichgeschlechtlichen Paaren allerdings auch eher weniger häufiger vorkommen wird als bei verschiedengeschlechtlichen²⁸ –, stehen die kinderbetreuende Partei und ihre Kinder finanziell schlechter da als bei einer Ehescheidung.

¹⁹ Nay 2013.

²⁰ Bundesgerichtsentscheid vom 21. Mai 2015, BGE 141 III 312.

²¹ Aktuell liegt dem Parlament ein Vorschlag des Bundesrats vor, die Möglichkeit der Adoption durch die gleichgeschlechtliche Partnerin oder den gleichgeschlechtlichen Partner einzuführen (Bundesrat 2015a).

²² Ausführliche Kommentierungen zum Partnerschaftsgesetz: Büchler 2007; Geiser und Gremper 2007.

²³ Art. 25 PartG.

²⁴ Art. 33 PartG.

²⁵ Art. 34 PartG.

²⁶ Art. 32 PartG.

²⁷ Voraussetzung für den Kinderunterhaltsanspruch ist ein rechtliches Kindesverhältnis, vgl. Art. 276 ff. ZGB.

²⁸ Goldberg et. al. 2012; Patterson et al. 2004.

Auflösung einer faktischen Lebensgemeinschaft

Nehmen wir als dritte Variante an, dass die beiden Parteien, seien sie nun ein gleich- oder ein verschiedengeschlechtliches Paar, ihre Beziehung nicht rechtlich formalisiert haben. In den wenigsten Fällen wird das Paar einen Konkubinatsvertrag²⁹ abgeschlossen haben.

Für den Ausgleich angesparten Vermögens kann die Partei mit dem kleineren Geldbeutel auf die Regeln der einfachen Gesellschaft zurückgreifen.³⁰ Dieser Mechanismus funktioniert in der Praxis dort recht gut, wo die Partnerin im Betrieb des Partners mitgearbeitet hat und dadurch zum Erfolg eines Unternehmens beigetragen hat – in der Gerichtspraxis ging es beispielsweise um eine Bäckerei³¹, einen Hotelbetrieb³² oder um eine Autohandels-AG³³. In diesem Fall partizipiert die Partnerin aufgrund der Annahme einer einfachen Gesellschaft auch ohne ausdrückliche Vereinbarung am Geschäftserfolg. In Fällen der klassischen Rollenteilung, d.h. der Übernahme der Hausfrauen- und Mutterrolle durch die Partnerin und der Ernährerrolle durch den Partner, wurde eine solche Partizipation der nichterwerbstätigen Partnerin am finanziellen Erfolg des erwerbstätigen Partners gestützt auf das Recht der einfachen Gesellschaft bisher noch nicht angenommen.³⁴ Die Lehre befürwortet die Annahme einer einfachen Gesellschaft auch für solche Fälle.³⁵

Anders als bei Ehe und eingetragener Partnerschaft bestehen bei der Trennung der faktischen Lebensgemeinschaft keine Ansprüche auf nachpartnerschaftlichen Unterhalt. Im Ergebnis riskiert die kinderbetreuende Partei – auch wenn es der Ex-Partnerin oder dem Ex-Partner wirtschaftlich sehr gut geht – unter

²⁹ Gabellon 2015; Büchler 2003.

³⁰ Cottier & Crevoisier 2012.

³¹ Bundesgerichtsentscheid vom 17. August 2010, 4A_320/2010 (ohne Publikation in der Amtlichen Sammlung).

³² Bundesgerichtsentscheid vom 28. Juni 1983 BGE 109 II 228.

³³ Bundesgerichtsentscheid vom 12. Oktober 2007, 4C_195/2006 (ohne Publikation in der Amtlichen Sammlung).

³⁴ Vgl. den Bundesgerichtsentscheid vom 17. Januar 2008, 4A_441/2007. Zu offenen Fragen Anlass gibt in diesem Fall, dass gemäss Bundesgericht die Vorinstanz annehmen durfte, dass die Partnerin, die nach der Geburt ihres zur Zeit des Entscheids 16-jährigen Sohns ihre Erwerbstätigkeit als Ingenieurin aufgegeben hatte, keinerlei Beitrag an die Haushaltführung geleistet habe («la demanderesse n'avait pas participé aux activités lucratives de son compagnon et elle n'avait pas non plus, de manière substantielle, contribué à la tenue du ménage»). Aus den sehr guten finanziellen Verhältnissen des Partners ist zu schliessen, dass diese Annahme sich auf die Beschäftigung von Hausangestellten bezieht. Nach hier vertretener Auffassung steht die Übernahme von Hausarbeiten durch Hilfspersonal der Qualifikation der Beiträge der Partnerin in der klassischen Hausfrauenrolle als Arbeitsleistung im Sinn des Rechts der einfachen Gesellschaft (Art. 531 Abs. 2 OR) nicht entgegen (a.A. offenbar Gabellon 2015: 54). Zu wenig ausführlich ist die Argumentation in dieser Hinsicht noch in Cottier & Crevoisier 2012: 41 ff.

³⁵ Cottier & Crevoisier 2012: 41 m.w.Nachw.

das Existenzminimum zu geraten. Folge ist die Unterstützungspflicht anderer Familienmitglieder, namentlich der Eltern der kinderbetreuenden Partei, oder der öffentlichen Hand und damit der Gemeinschaft der Steuerzahlenden im Rahmen der Sozialhilfe.³⁶

Abhilfe bringt zum Teil das neue Kindesunterhaltsrecht, das im März 2015 vom Parlament verabschiedet wurde. In Zukunft kann unabhängig vom Zivilstand der Eltern die im höheren Masse erwerbstätige Partei verpflichtet werden, neben dem bisherigen Kinderunterhalt zur Deckung der direkten Kinderkosten für Kleidung, Ernährung etc. dem Kind auch einen sogenannten Betreuungsunterhalt zu leisten, der die indirekten Kinderkosten deckt, welche insbesondere die Lebenshaltungskosten des kinderbetreuenden Elternteils umfassen.³⁷ Diese bedeutende Erhöhung des Kinderunterhalts wird die Situation von kinderbetreuenden unverheirateten Elternteilen und ihren Kindern stark verbessern. Schutzlücken bestehen aber weiterhin im Bereich des Ausgleichs angesparten Vermögens, der Altersvorsorge und der Familienwohnung.³⁸

Blick ins Ausland

Regelungsmodelle für das Ehe- und Partnerschaftsrecht

Ein Blick ins Ausland zeigt, dass einige Länder in der Entwicklung des Ehe- und Partnerschaftsrechts weiter gegangen sind als die Schweiz.

Zunächst geht die internationale Rechtsentwicklung dahin, die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen. In Europa ist dies der Fall in Belgien, Frankreich, Luxemburg, Spanien, Portugal, Norwegen, Schweden, Dänemark, Island, England und Wales sowie Irland.³⁹

Viele Länder kennen neben der Ehe das Institut einer eingetragenen Partnerschaft, das entweder (wie in der Schweiz) nur Paaren gleichen Geschlechts offensteht, oder auch verschiedengeschlechtlichen Paaren zugänglich ist. Diese Institute sehen mehr oder weniger weit gehende zivilrechtliche Wirkungen vor.⁴⁰

³⁶ Freivogel 2007.

³⁷ Bundesrat 2014.

³⁸ Schwenzler 2014: 976 ff., Büchler 2014: 797 ff.

³⁹ Wapler 2015: 11.

⁴⁰ Scherpe 2012: 8 ff.

Interessant ist nun, dass verschiedene Rechtsordnungen für faktische Lebensgemeinschaften Regelungen vorsehen, die gelten, ohne dass die Partner eine besondere Erklärung abgeben müssten.⁴¹ Pioniere sind insofern die Länder des *Common Law*. So kennen Neuseeland, die meisten Gliedstaaten Australiens, die Mehrzahl der Provinzen Kanadas und Schottland recht weitgehende Normenkomplexe zur Regelung faktischer Partnerschaften.⁴² Auch verschiedene kontinentaleuropäische Länder sehen Regelungen vor.⁴³

Eckpunkte einer Regelung der Auflösung der faktischen Lebensgemeinschaft

Aus den ausländischen Regelungen lässt sich eine Reihe von Eckpunkten einer rechtlichen Regelung der Auflösung der faktischen Lebensgemeinschaft ableiten.

Zunächst einmal muss gesetzlich definiert werden, wann von einer Lebensgemeinschaft gesprochen werden kann, die Rechtsfolgen auslöst. In den Rechtsordnungen, die Regelungen vorsehen, ist dies grundsätzlich erst nach einer bestimmten Dauer des Zusammenlebens (in der Regel zwei bis drei Jahre) der Fall. Wenn Kinder vorhanden sind, sind diese Fristen zum Teil kürzer oder es wird gar keine Mindestdauer festgelegt.⁴⁴

Sodann stellt sich die Frage, ob sich die Partner oder Partnerinnen durch Vereinbarung von den gesetzlich vorgesehenen finanziellen Rechtswirkungen befreien können («*opt-out*»). Eine solche Möglichkeit besteht meistens im Rahmen eines Partnerschaftsvertrags. Oftmals sind jedoch solche Vereinbarungen zum Schutz der schwächeren Partei strengen Formvorschriften unterworfen.⁴⁵

Schliesslich stellt sich die Frage der Rechtswirkungen einer faktischen Lebensgemeinschaft im Moment deren Auflösung. Insofern gehen Länder wie Neuseeland oder die post-sozialistischen Länder des ehemaligen Jugoslawiens am weitesten, welche die Ansprüche bei Auflösung einer faktischen Lebensgemeinschaft in Bezug auf güterrechtliche Auseinandersetzung und Unterhalt weitgehend den Ansprüchen bei Ehescheidung entsprechend regeln.⁴⁶

⁴¹ Schwenger & Keller 2014: 763 ff.

⁴² Cottier & Aeschlimann 2010; Scherpe 2012: 12 ff.

⁴³ Antokolskaia 2012: 41 ff.; Cottier 2014: 33 ff.

⁴⁴ Scherpe 2012: 16 ff.; Cottier 2014: 34.

⁴⁵ Cottier & Aeschlimann 2010: 118.

⁴⁶ Antokolskaia 2012: 56 ff.

Kritische Würdigung des Vorschlags des Bundesrats «Pacte civil de solidarité»

Der Bericht des Bundesrats⁴⁷ schlägt vor, für die Schweiz das Modell des französischen *Pacte civil de solidarité* (PACS) zu prüfen. In der Typologie der Rechtsformen handelt es sich um eine Form der eingetragenen Partnerschaft, die aber allen Paaren, d.h. nicht nur wie in der Schweiz gleichgeschlechtlichen Paaren, offensteht. Dieser Vorschlag ist aus zwei Gründen kritisch zu bewerten.

Der erste Grund für eine negative Bewertung sind die wenig weit gehenden familienrechtlichen Folgen des *Pacte civil de solidarité*. So bestehen bei Auflösung eines PACS nur sehr beschränkte finanzielle Ausgleichsmechanismen. Die Partner müssen eine spezifische Vereinbarung treffen, wenn sie einen gewissen güterrechtlichen Ausgleich erreichen wollen.⁴⁸ Weitere finanzielle Ansprüche bestehen bei einer Trennung keine, weder ist ein Vorsorgeausgleich oder nachpartnerschaftlicher Unterhalt vorgesehen, noch kann die Familienwohnung einer Partei zugeteilt werden.⁴⁹ Für den Schutz der aufgrund einseitiger Übernahme von Haushaltführung und Kinderbetreuung finanziell schwächeren Partei im Fall einer Trennung bieten der PACS und die daran angelehnten Vorschläge des Bundesrats also keinerlei Lösungen.

Der zweite Grund ist die Tatsache, dass es sich um eine Opt-in-Lösung handelt, dass also die übereinstimmende ausdrückliche Willenserklärung der Partner verlangt ist. Opt-in-Lösungen bieten keinen genügenden Schutz für die schwächere Partei. Es besteht eine ähnliche Gefahr wie bei der Eheschliessung, nämlich, dass die finanziell stärkere Partei aus durchaus rationalen, aber eigennützigen Gründen ihr Einverständnis zur Formalisierung der Partnerschaft verweigert.⁵⁰

Ein Beispiel aus der Schweizer Rechtsprechung soll das Problem verdeutlichen. In einem Verfahren im Kanton St. Gallen ging es um die Frage der finanziellen Ansprüche der Partnerin in einer faktischen Lebensgemeinschaft. Das Urteil des Kantonsgerichts St. Gallen gibt die unterschiedlichen Perspektiven der Parteien wieder:

⁴⁷ Bundesrat 2015b: 29 ff.

⁴⁸ Art. 515-5-1 Code civil.

⁴⁹ Art. 515-1 bis Art. 515-7-1 Code civil; Bundesrat 2015b: 32.

⁵⁰ Antokolskaia 2012: 48; Douglas et al. 2009: 36.

«Die Klägerin betont, man habe gewirtschaftet wie eine Familie, u.a. habe sich das dahingehend ausgewirkt, dass sie selbst nach der Geburt der gemeinsamen Tochter gar nicht und später nur teilzeitlich gearbeitet habe; ... auch sei eine Heirat beabsichtigt gewesen. Der Beklagte demgegenüber bezeichnet die Beziehung als stets nicht stabil, eine Heirat sei von seiner Seite her mangels Vertrauens und aus Angst vor finanziellen Risiken nicht geplant gewesen ...»⁵¹

Es fragt sich, welche Partei hier schützenswerter erscheint. Die heutige Rechtslage, aber auch der PACS oder eine andere Opt-in-Lösung schützen die Position des Beklagten, der ausdrücklich die Vermeidung finanzieller Verantwortung für seine Partnerin als Motiv für den Verzicht auf den Eheschluss nennt. Es ist nicht anzunehmen, dass er seine Zustimmung zu einer anderen Partnerschaftsform geben würde, die ihn zur finanziellen Unterstützung seiner Partnerin über das Ende der Partnerschaft hinaus verpflichten würde.

Aufgaben und Ziele einer zukünftigen Regelung

In der Schweiz ist nun das Parlament am Ball – es liegt an ihm, konkrete Gesetzgebungsprojekte für die Lösung der Rechtsprobleme faktischer Lebensgemeinschaften anzustossen. Es sollen im Folgenden im Hinblick darauf zusammenfassend drei Regelungsaufgaben und -ziele formuliert werden, an denen sich der Gesetzgeber aufgrund des Gesagten im Bereich der Auflösung der faktischen Lebensgemeinschaft orientieren sollte.

Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile unabhängig vom Zivilstand

Eine zentrale Aufgabe des Partnerschaftsrechts besteht darin, im privaten Verhältnis einen Ausgleich für gemeinschaftsbedingte Nachteile zu schaffen.⁵² Konkret geht es darum, dass mittels Instrumenten des Güterrechts, des nachpartnerschaftlichen Unterhalts und der Teilung der Vorsorgeansprüche ein Ausgleich geschaffen wird für die Einbussen bzgl. Einkommen, Vermögensaufbau und Karrierechancen der Partei, die einseitig mehr unbezahlte Arbeit übernimmt, sei es in Haushaltführung und Kinderbetreuung oder in der Pflege des Partners oder anderer Angehöriger.

⁵¹ Kantonsgesicht St. Gallen, III. Zivilkammer, 8. Oktober 2012, B0.2011.49.

⁵² Schwenger 2014: 975.

Diese Aufgabe muss unabhängig vom Zivilstand des Paares erfüllt werden.⁵³ Die Forderung der Zivilstandsunabhängigkeit lässt sich auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Lebensform des Artikels 8 Absatz 2 der Bundesverfassung stützen, wie auch auf den Auftrag des Artikels 8 Absatz 3 der Bundesverfassung, der den Gesetzgeber dazu verpflichtet, für die faktische Gleichstellung der Geschlechter in der Familie zu sorgen.

Konkret muss erstens eine griffige Regelung für faktische Lebensgemeinschaften geschaffen werden. Die Vorschläge des Bundesrats, die neben dem wie erwähnt zu kurz greifenden PACS nur eine Härtefallregelung, also eine Art wirtschaftliche Nothilfe für die finanziell schwächere Partei vorsehen,⁵⁴ können nicht befriedigen. Zweitens muss auch für gleichgeschlechtliche Paare das Schutzniveau zugänglich sein, wie es heute mit der Ehe erreicht wird.⁵⁵ Insofern ist der Vorschlag des Berichts des Bundesrats zu begrüßen, die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen.⁵⁶ Gleichzeitig muss aber auch die gemeinsame Elternschaft für gleichgeschlechtliche Paare ermöglicht werden, nicht zuletzt um damit eine im Konfliktfall durchsetzbare Unterhaltspflicht des zweiten sozialen Elternteils gegenüber dem Kind zu begründen. Die laufende Gesetzesreform im Adoptionsrecht⁵⁷ wird hier teilweise eine Verbesserung bringen.

Einfordern übernommener Verantwortung

Etwas weniger klar ist die Frage, ob auch bei Partnerschaften, wo keine Kinderbetreuungs- oder Pflegearbeit wahrgenommen wurde, ein wirtschaftlicher Ausgleich stattfinden soll.⁵⁸ Wie ist es beispielsweise bei der über 20 Jahre dauernden Partnerschaft zwischen einem Künstler und einer Managerin: Soll sich die Partnerin von einem Tag auf den anderen ohne jegliche nachpartnerschaftliche Verpflichtungen aus dem Arrangement lösen können? Vorliegend soll auch in dieser Situation für die Behaftung auf einmal übernommener Verantwortung⁵⁹ plädiert werden, wobei der Ausgleich nicht der gleiche sein sollte wie im Fall der gemeinschaftsbedingten Nachteile.

⁵³ Schwenzer 2014: 976; Büchler 2014: 797.

⁵⁴ Bundesrat 2015b: 32 f.

⁵⁵ Cottier 2014: 38.

⁵⁶ Bundesrat 2015b: 21 ff.

⁵⁷ Bundesrat 2015a.

⁵⁸ Zurückhaltend Büchler 2014: 804.

⁵⁹ Schwenzer 2014: 975.

Schutz der Familienwohnung

Schliesslich sollte die neue Regelung die Möglichkeit vorsehen, dass ein Gericht bei Trennung der Lebensgemeinschaft die Familienwohnung an die Partei zuteilen kann, die diese insbes. wegen der Kinder benötigt.⁶⁰ Eine solche Regelung ist insbesondere notwendig, da sie auch gegenüber dem Vermieter Wirkungen haben muss, was durch Vereinbarung zwischen den Partnerinnen und Partnern nicht zu erreichen ist. Der Bericht des Bundesrats bleibt in diesem Bereich ebenfalls zurückhaltend und schlägt Regelungen zum Schutz der Familienwohnung einzig während bestehender Partnerschaft oder für den Todesfall vor.⁶¹

Schluss

Die rechtliche Regelung von Ehe und Partnerschaft hat in der Schweiz in den letzten Jahrzehnten grundlegende Umwälzungen erfahren, insbesondere im Rahmen von Reformen des Ehe- und Scheidungsrechts und der Einführung der eingetragenen Partnerschaft für gleichgeschlechtliche Paare. Damit wurden die Ziele der Verwirklichung der faktischen Gleichstellung der Geschlechter und des Schutzes vor Diskriminierung aufgrund der Lebensform bereits ein wesentliches Stück weitergebracht. Die Einführung einer rechtlichen Regelung der Folgen der Auflösung einer faktischen Lebensgemeinschaft entlang der Aufgaben und Ziele «Ausgleich gemeinschaftsbedingter Nachteile unabhängig vom Zivilstand», «Einfordern übernommener Verantwortung» und «Schutz der Familienwohnung» würde die folgerichtige Fortsetzung dieser Entwicklung darstellen.

⁶⁰ Schwenzer 2014: 982; Bächler 2014: 802.

⁶¹ Bundesrat 2015b: 32.

Biographie

Michelle Cottier ist seit dem 1. September 2015 ordentliche Professorin für Zivilrecht an der Universität Genf. Nach Studien der Rechtswissenschaft an den Universitäten Basel und Lausanne und der Rechtssoziologie am *International Institute for the Sociology of Law* in Oñati in Spanien hat sie ihr Doktorat an der Universität Basel erlangt. Forschungsaufenthalte haben sie nach Keele, Cardiff und Kent in Grossbritannien und an die Harvard-Universität in den USA geführt, eine Gastprofessur an die Humboldt-Universität zu Berlin. Vor ihrer Berufung nach Genf war sie in Basel als Assistenzprofessorin für Privatrecht und Rechtssoziologie tätig. Ihre Spezialgebiete sind Personenrecht, Familienrecht, Kinderrechte, Rechtssoziologie und rechtliche Geschlechterstudien.

Bibliographie

Antokolskaia, Masha (2012), «Economic Consequences of Informal Heterosexual Cohabitation from a Comparative Perspective: Respect Parties' Autonomy or Protection of the Weaker Party?», in: Verbeke, Alain-Laurent et al., (Hrsg.). *Confronting the frontiers of family and succession law. Liber amicorum Walter Pintens*, Cambridge, Antwerp, Portland: intersentia, 41–64.

BFS (Bundesamt für Statistik) (2009), *Erwerbsmodelle, Arbeitsteilung und Kinderbetreuung in Paarhaushalten, BFS Aktuell*, Neuchâtel.

BFS (Bundesamt für Statistik) (2015), *Statistischer Sozialbericht Schweiz 2015*, Neuchâtel.

Büchler, Andrea (2003), «Vermögensrechtliche Probleme in der nichtehelichen Lebensgemeinschaft», in: Rumo-Jungo, Alexandra & Pichonnaz, Pascal, (Hrsg.), *Familienvermögensrecht*, Bern: Stämpfli, 59–88.

Büchler, Andrea (2007), (Hrsg.), *FamKomm Eingetragene Partnerschaft*, Bern: Stämpfli.

Büchler, Andrea (2014), «Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften», in: *Die Praxis des Familienrechts*, Heft 4, 797–808.

Büchler, Andrea & Vetterli, Rolf (2011), *Ehe Partnerschaft Kinder*, (2. Aufl.), Basel: Helbing Lichtenhahn.

Bundesrat (1979), *Botschaft des Bundesrates über die Änderung des ZGB (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht)* vom 11. Juli 1979, Bundesblatt 1979 II, 1191–1431.

Bundesrat (2003), *Botschaft zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare* vom 29. November 2002, Bundesblatt 2003, 1288–1377.

Bundesrat (2014), *Botschaft und Entwurf zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt)* vom 29. November 2013, BBl 2014, 529–604.

Bundesrat (2015a), *Botschaft und Entwurf zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Adoption)* vom 28. November 2014, Bundesblatt 2015, 877–958.

Bundesrat (2015b), *Modernisierung des Familienrechts. Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607)*, Bern.

Cottier, Michelle (2014), «Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz. Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller «Für ein zeitgemässes Erbrecht» zuhanden des Bundesamts für Justiz», in: *successio*, Sonderheft 2014, 29–55.

Cottier, Michelle & Aeschlimann, Sabine (2010), «Nichteheliche Lebensgemeinschaften (Cohabitation). Neuere Rechtsentwicklungen in Australien, Neuseeland und Grossbritannien», in: *Die Praxis des Familienrechts*, 109–131.

Cottier, Michelle & Crevoisier, Cécile (2012), «Die nichteheliche Lebensgemeinschaft als einfache Gesellschaft», in: *Aktuelle Juristische Praxis*, 33–43.

Douglas, Gillian & Pearce, Julia & Woodward, Hilary (2009), «Cohabitants, Property and the Law: A Study of Injustice», in: *The Modern Law Review*, 24–47.

Freivogel, Elisabeth (2007), «Nachehelicher Unterhalt – Verwandtenunterstützung – Sozialhilfe. Wenn das Familieneinkommen nach Trennung oder Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen», in: *Die Praxis des Familienrechts*, 497–524.

Gabellon, Adrien (2015), «Le contrat de concubinage et la planification patrimoniale des concubins», in: *Die Praxis des Familienrechts*, 41–67.

Geiser, Thomas & Gremper, Philipp (2007), (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum Partnerschaftsgesetz: Kommentar zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare (PartG) vom 18. Juni 2004*, Zürich: Schulthess.

Goldberg, Abbie E. & Smith, Julianna Z. & Perry-Jenkins Maureen (2012), «The Division of Labor in Lesbian, Gay, and Heterosexual New Adoptive Parents», in: *Journal of Marriage and Family* 74, no. 4, 812–828.

- Nay, Eveline Y. (2013), «Que(e)r zum Recht», in: *Die Praxis des Familienrechts*, 366–394.
- Patterson, Charlotte J. & Sutfin, Erin L. & Fulcher, Megan (2004), «Division of labor among lesbian and heterosexual couples: Correlates of specialized versus shared patterns», in: *Journal of Adult Development* 11, 3, 179–189.
- Scherpe, Jens M. (2012), «Die Rechtsstellung nichtehelicher Lebensgemeinschaften im Rechtsvergleich», in: Bächler, Andrea & Schwenzer, Ingeborg, (Hrsg.), in: *Sechste Schweizer Familienrechtstage, 26./27. Januar 2012 in Zürich*, Bern: Stämpfli, 3–24.
- Schwenzer, Ingeborg (2010), (Hrsg.), *FamKomm Scheidung*, (2. Aufl.), Bern: Stämpfli.
- Schwenzer, Ingeborg (2014), «Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen. Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr *Zeitgemässes kohärentes Zivilinsbesondere Familienrecht*», in: *Die Praxis des Familienrechts*, 966–1008.
- Schwenzer, Ingeborg & Keller, Tomie (2014), «Nichteheliche Lebensgemeinschaft – Nicht-, Halb- oder (Voll-)Status?», in: Schwenzer, Ingeborg et al., (Hrsg.), *Familie – Recht – Ethik, Festschrift Brudermüller*, München: C.H. Beck, 761–770.
- Strub, Silvia (2006), «Er schafft, sie kocht: So teilen sich (fast alle) Schweizer Paare die Arbeit», in: *Die Praxis des Familienrechts*, 286–317.
- Tuor, Peter & Schnyder, Bernhard & Schmid, Jörg & Jungo, Alexandra (2015), *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich: Schulthess.
- Wapler, Friederike (2015), *Die Frage der Verfassungsmässigkeit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare*, Berlin: Friedrich Ebert Stiftung.

Gesetzgebung im Familienrecht – Ein Werkstattbericht

Gesetzgebung im Familienrecht – Ein Werkstattbericht

Dr. iur. David Rüetschi, Bundesamt für Justiz

Zusammenfassung

Der Prozess der Gesetzgebung im Familienrecht hat sich in den letzten Jahren stark verändert. Bei der Schaffung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches Anfang des 20. Jahrhunderts konnte der Gesetzgeber basierend auf einem weitgehend unbestrittenen gesellschaftlichen Leitmodell Normen schaffen, die unter anderem den Zweck verfolgten, die bestehende Gesellschaftsordnung zu konservieren. Die gesellschaftlichen Umwälzungen der vergangenen Jahrzehnte haben eine umfassende Überarbeitung des Familienrechts erforderlich gemacht. Diese Arbeiten wurden in den Jahren 1957–2013 in mehreren Schritten umgesetzt. Seit der Ausarbeitung des Partnerschaftsgesetzes in den Jahren um die Jahrtausendwende hat sich der Gesetzgebungsprozess aber massgeblich verändert: Das Parlament ist aktiver geworden. Die gesellschaftlichen Verhältnisse sind komplexer geworden, und es fehlt an einem gesellschaftlichen Leitmodell, an dem sich der Gesetzgeber orientieren kann. Schliesslich ist die gegenwärtige Gesetzgebung geprägt von einem hohen Zeitdruck, der vor allem auch die Gefahr mit sich bringt, dass unüberlegt Revisionen lanciert und umgesetzt werden und dass durch die ständige Erneuerung der Normen ein Verlust an Rechtssicherheit stattfindet.

Schlagwörter

Familienrecht, Gesetzgebung, Zivilgesetzbuch

Einleitung

Es wird heute allgemein festgestellt, dass sich der Gesetzgebungsprozess im Familienrecht in den letzten Jahren erheblich dynamisiert hat. Belegt wird dies durch die Zahl der in der jüngeren Vergangenheit abgeschlossenen sowie der laufenden Projekte. Und mehr noch: Der Revisionseifer scheint nach wie

vor ungebrochen zu sein: Trotz der seit dem 1. Januar 2013 abgeschlossenen Gesamterneuerung des Familienrechts sowie verschiedenen weiteren in der jüngeren Vergangenheit durchgeführten Teilrevisionen läuft derzeit ein neues Projekt zur «Modernisierung des Familienrechts».

Mit dem vorliegenden Beitrag soll die angesprochene Dynamisierung des Familienrechts dargestellt und in einen historischen Kontext gestellt werden. Dabei wird der Zeitraum von der Entstehung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches bis heute in *drei Phasen* eingeteilt: Die erste Phase beginnt mit der Ausarbeitung des ZGB und endet mit der Lancierung der Gesamtrevision des Familienrechts Ende der 1950er-Jahre. Die zweite Phase umfasst diese Gesamtrevision; sie ging am 1. Januar 2013 mit dem Inkrafttreten des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zu Ende. Die dritte, teilweise sich mit der zweiten Phase überschneidende Phase wurde eingeleitet durch den Anstoss des Parlaments zur Ausarbeitung des Partnerschaftsgesetzes Mitte der 1990er-Jahre und dauert derzeit noch an.

Erste Phase: Die Ausarbeitung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches von 1907

Konservierung des traditionellen Gesellschaftsmodells mithilfe des Familienrechts

Das Schweizerische Zivilgesetzbuch (ZGB) wurde – nach umfangreichen mehrjährigen Vorarbeiten – am 10. Dezember 1907 in der Schlussabstimmung von beiden Räten einstimmig angenommen. Vom fakultativen Referendum wurde kein Gebrauch gemacht, sodass das ZGB am 1. Januar 1912 in Kraft treten konnte.

Ausgangspunkt der familienrechtlichen Bestimmungen des ZGB bildete das traditionelle Gesellschafts- und Familienmodell. Im Zentrum des gesetzlichen Familienbildes stand dabei die Ehe; diese sollte als zentrales Institut und als Grundlage der Gesellschaftsordnung gegen Zerfallserscheinungen und individualistische Bestrebungen verteidigt werden: «Die Erhaltung der Familie in einer den neuen Verhältnissen entsprechenden Gestalt muss [...] als die Aufgabe der heutigen Gesetzgebung erachtet werden.»¹ Die Umsetzung dieses Ziels lässt sich anhand zweier Beispiele aus dem ursprünglichen Gesetzestext veranschaulichen.

¹ Huber 1914: 101–102.

Beispiel 1: Das Ideal der ehelichen Gemeinschaft (Art. 160 und 161 aZGB)

Artikel 160

¹ Der Ehemann ist das Haupt der Gemeinschaft.

² Er bestimmt die eheliche Wohnung und hat für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen.

Artikel 161

¹ Die Ehefrau erhält den Familiennamen und das Bürgerrecht des Ehemannes.

² Sie steht dem Manne mit Rat und Tat zur Seite und hat ihn in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften zu unterstützen.

³ Sie führt den Haushalt.

Beide Bestimmungen standen bis zum Inkrafttreten des neuen Eherechts am 1. Januar 1987 in Kraft. In ihnen widerspiegelt sich das traditionelle paternalistische Bild der Ehe, das den damaligen Gegebenheiten und Wertvorstellungen entsprach und das der Gesetzgeber mit der Kodifizierung stabilisieren und bewahren wollte. Das Gesetz bildete mit anderen Worten die gesellschaftliche Realität ab, die damals – im Unterschied zu heute – noch weitgehend einheitlich war und – auch unter moralischer Betrachtung – einem breiten Konsens entsprach.

Beispiel 2: Funktion und Voraussetzungen des nahehelichen Unterhalts (Art. 151 und 152 aZGB)

Artikel 151

¹ Werden durch die Scheidung die Vermögensrechte oder die Anwartschaften für den schuldlosen Ehegatten beeinträchtigt, so hat ihm der schuldige Ehegatte eine angemessene Entschädigung zu entrichten. [...]

Artikel 152

Gerät ein schuldloser Ehegatte durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit, so kann der andere Ehegatte, auch wenn er an der Scheidung nicht schuld ist, zu einem seinen Vermögensverhältnissen entsprechenden Beitrag an dessen Unterhalt verpflichtet werden.

Diese beiden Bestimmungen galten bis zum Inkrafttreten des revidierten Scheidungsrechts am 1. Januar 2000. Auch bei ihnen ist die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen, die bestehenden Verhältnisse zu stabilisieren und damit das damals anerkannte Gesellschaftsmodell zu konservieren. Die Ehe

diente der Sicherung des Fortbestandes der Familie und bildete zugleich «ein Versorgungsinstitut für die sich entsprechend den Rechtsregeln der bürgerlichen Gesellschaft wohlverhaltende Frau»².

Für die Umsetzung dieses Ziels bediente sich der Gesetzgeber des sog. Verschuldensprinzips: Hatte der Ehemann die Ursache für die Scheidung gesetzt, musste er der Ehefrau gestützt auf Artikel 151 aZGB eine «angemessene Entschädigung» bezahlen. Es bestand damit für ihn ein finanzieller Anreiz, die Ehe nicht durch eigenes Fehlverhalten zu gefährden. Das Gleiche galt umgekehrt auch für die Ehefrau, die mangels eigenen Erwerbseinkommens häufig mittellos dastand, wenn sie schuldhaft die Ursache für das Scheitern der Ehe gesetzt hatte. Und auch dann, wenn dem Ehemann kein Vorwurf gemacht werden konnte, hatte die Frau nur dann einen Anspruch auf die Bedürftigkeitsrente nach Artikel 152 aZGB, wenn sie selbst am Scheitern der Ehe schuldlos war. Auch für sie bestand damit ein grosser wirtschaftlicher Anreiz, sich nichts zuschulden kommen zu lassen und unter Umständen auch eine gescheiterte Ehe weiterzuführen. Die Gerichtspraxis hatte sich im Laufe der Jahre allerdings mehr und mehr von diesem historischen Konzept entfernt.³

Überlegungen zur ersten Phase

Zum Zeitpunkt der Entstehung des ZGB waren sowohl gelebte Wirklichkeit als auch vorherrschende Moral weitgehend einheitlich. Abweichungen von der Norm waren nicht vorgesehen, individuell ausgestaltete Lebensformen sollten unterbunden werden, so namentlich das nichteheliche Zusammenleben. Eherecht sollte die Institution der Ehe schützen, Scheidungsrecht die Auflösung von Ehen verhindern.

Der Gesetzgeber konnte sich so darauf beschränken, die Faktizität in den Rechtsnormen abzubilden; eine Aufgabe, die im Vergleich zu heute verhältnismässig einfach erscheint. Es verwundert deshalb nicht, dass das Familienrecht von 1907 – jedenfalls aus gesetzestechnischer Sicht – «ein geschlossenes System (bildete), in sich folgerichtig und juristisch sauber durchdacht, kurz Gesetzgebungsarbeit lege artis»⁴. Faktizität und normative Regeln konnten sich unter diesen Umständen gegenseitig stabilisieren und das Familienrecht konnte so eine seiner klassischen Funktionen wahrnehmen – die Schaffung von Rechtssicherheit.⁵

² Schwenger 2000: 26; zum Ganzen auch Schwenger 2014: 972.

³ Sutter-Somm et al. 1999: N 4.

⁴ Schwenger 2000: 27.

⁵ Zum Ganzen eingehend Müller et al. 2013: Rz. 19 ff.

Basiert das gesetzliche System auf einem derart klaren und unangefochtenen Wertungsfundament, erscheint es zudem auch unproblematisch, die Entscheidungskompetenz im Einzelfall weitgehend auf die Gerichte zu übertragen, indem im Gesetzestext eine grosse Zahl von Generalklauseln aufgenommen wurde. Was unter dem «Haupt der Gemeinschaft» zu verstehen ist oder was es bedeutet, «für den Unterhalt von Weib und Kind in gebührender Weise Sorge zu tragen»⁶, was das Gesetz im Einzelnen unter dem «schuldlosen Ehegatten» und einer «angemessenen Entschädigung»⁷ verstanden haben will, bestimmten allein die Gerichte, die im Rahmen der Rechtsanwendung aber auf die dem Gesetzestext zugrunde liegenden Wertvorstellungen zugreifen konnten.

Zweite Phase: Die Gesamtrevision des Familienrechts in Etappen

Notwendigkeit einer ersten Revision

Die gesellschaftlichen Realitäten sowie das Familienrecht des ZGB blieben bis in die Mitte des 20. Jahrhunderts mehr oder weniger unverändert bestehen. Bekanntlich kam es dann aber zu einem Wertewandel und tiefgreifenden soziodemographischen Entwicklungen. Diese äusserten sich insbesondere in der verbesserten Ausbildung und der damit verbundenen zunehmenden Erwerbstätigkeit der Frauen, der Zunahme der Scheidungen sowie der ausserhehlichen Geburten und Lebensgemeinschaften.⁸ Parallel dazu wurde das Kind mehr und mehr als Rechtssubjekt wahrgenommen.⁹ Als Folge davon haben seit dem Ende der 1960er-Jahre diverse europäische Rechtsordnungen ihr Familienrecht modernisiert.

Auch der Bundesrat sah in den genannten Entwicklungen einen «geistigen und politischen Umbruch»¹⁰, und er reagierte mit der Lancierung einer ersten umfassenden Überarbeitung des Familienrechts. So entstand Ende der 1950er-Jahre der Plan einer etappenweisen Revision des Familienrechts. Einen ersten Meilenstein bildete dabei die Revision des Adoptionsrechts (1957–1973; die Jahreszahlen beziehen sich jeweils auf den Beginn der Revisionsarbeiten bis zum Inkrafttreten der Revision), gefolgt vom Kindesrecht (1957–1978), dem

⁶ Art. 160 aZGB.

⁷ Art. 151 Abs. 1 aZGB.

⁸ Bundesrat 2015: 7–8.

⁹ Rüetschi 2015: 45–46.

¹⁰ Bundesrat 1971: 1205.

Eherecht (1968–1988), dem Scheidungsrecht (1976–2000) sowie dem Vormundschaftsrecht (1993–2013).

Die Jahreszahlen machen deutlich, unter welchem Zeithorizont die Teilrevisionen und auch die gesamte Erneuerung des Familienrechts vorbereitet und umgesetzt wurden. Die damalige Gesetzgebung war geprägt vom Prinzip der Bedächtigkeit: Die Gesetzgebungsarbeiten wurden jeweils in mehrjähriger Arbeit von einer mehrheitlich akademisch besetzten Expertenkommission vorbereitet. Es fanden über Jahre hinweg Diskussionen an Fachtagungen und in wissenschaftlichen Publikationen statt. Sowohl die konkreten Inhalte als auch der Zeitplan wurde von den beteiligten Experten sowie der Verwaltung vorgegeben. Und das Parlament befasste sich mit den Revisionen erst dann, wenn sie ihm vom Bundesrat vorgelegt wurden.

Ausdrücklich verworfen hat der Bundesrat bereits damals eine Totalrevision des Familienrechts in einem Zug, wobei er dafür aber nur eine sehr offene Begründung lieferte: «Es kann dahingestellt bleiben, ob und in welchem Umfang dieses etappenweise Vorgehen auf der Besonderheit des Familienrechts oder auf einem Unvermögen unserer Zeit zu kodifikatorischen Leistungen beruht.»¹¹

Zum Inhalt der Gesamtrevision

Anlass für das Tätigwerden des Gesetzgebers waren die äusseren Veränderungen, die dazu führten, dass das Recht nicht mehr mit den «Realien» und den in der Gesellschaft vorherrschenden Werthaltungen übereinstimmte. Diese Entwicklungen waren für den Bundesrat allerdings nicht derart gravierend, dass er die Grundkonzeption des bestehenden Familienrechts in Frage gestellt hätte. Die Familie sollte weiterhin das Fundament der Gesellschaftsordnung bilden. Dies hielt der Bundesrat anlässlich der Revision des Adoptionsrechts ausdrücklich fest:¹²

«Das Ende dieser zeitbedingten Entwicklung lässt sich nicht absehen. Sie geht an der Familie als der Keimzelle der Gesellschaft nicht spurlos vorüber, bietet aber doch nicht den Ansatz zu verpflichtenden neuen Leitbildern, an die eine Gesamterneuerung des Familienrechts anknüpfen müsste.»

¹¹ Bundesrat 1971: 1205.

¹² Bundesrat 1971: 1205.

Die Ehe, verstanden als lebenslange Gemeinschaft zwischen Mann und Frau, sollte auch künftig als einzig gesetzlich geregelte und privilegierte Lebensform anerkannt und im Zentrum der gesetzlichen Regelung stehen.¹³ Das Familienrecht wurde damit vor allem im Hinblick auf die formale Gleichstellung von Mann und Frau hin modernisiert. Zudem wurde die Diskriminierung ausserhehlicher Kinder zumindest teilweise beseitigt. Nicht vom Gesetzgeber berücksichtigt wurden dagegen faktische sowie gleichgeschlechtliche Lebensgemeinschaften.

Auch an der bewährten Regelungstechnik mithilfe der Generalklauseln konnte festgehalten werden, da die Wertvorstellungen des Gesetzgebers noch weitgehend den ursprünglichen Konzeptionen des ZGB entsprachen. Das Vertrauen in die Gerichte war unerschüttert, was in einem Kommentar zum neuen Scheidungsrecht treffend umschrieben wurde:¹⁴

«Es ist Aufgabe der Gerichtspraxis, das neue Recht dort zu konkretisieren, wo der Gesetzgeber zu Recht gar nicht erst versucht hat, die Vielfalt der Lebensverhältnisse durch kasuistische Normen zu erfassen, sondern letztlich mit Generalklauseln oder unbestimmten Gesetzesbegriffen operiert und dadurch sein Vertrauen in die Gerichte manifestiert hat, im Einzelfall die gerechte Lösung zu finden.»

Überlegungen zur zweiten Phase

Die gesellschaftlichen Umwälzungen haben den Gesetzgeber ein halbes Jahrhundert nach dem Inkrafttreten des ZGB gezwungen, aktiv zu werden und sie auch legislatorisch zu berücksichtigen. Die Veränderungen waren nicht vom Gesetzgeber initiiert, sondern wurden von ihm ex post nachvollzogen. «Rechtsetzung ist [...] oft weniger Gestaltung künftiger Entwicklungen als Anpassung an bereits eingetretene Veränderungen der Verhältnisse und Nachvollzug von Wandlungen der Wertauffassungen in der Gesellschaft.»¹⁵

Bei dieser Gesamtrevision hat sich der Gesetzgeber vom Grundsatz der Bedächtigkeit leiten lassen. Auch wenn die genannten gesellschaftlichen Umwälzungen fundamental waren, traten sie doch nicht von einem Tag auf den anderen auf; sie sind auch bis heute nicht abgeschlossen. Dies ermöglichte es

¹³ Schwenzler 2014: 972–974.

¹⁴ Sutter-Somm 2001: 94.

¹⁵ Müller et al. 2013: Rz. 22 m.w.Nachw.

dem Gesetzgeber, sich mit den gewohnten grosszügigen zeitlichen Vorgaben an die Revisionen zu machen. Der Umstand, dass sich die Revisionsprojekte über Jahrzehnte hinstreckten, brachte zumindest den Vorteil mit sich, dass so gesetzgeberische Schnellschüsse verhindert und Reformen wohlüberlegt umgesetzt werden konnten.¹⁶ Die Kluft zwischen Recht und Wirklichkeit blieb damit allerdings unnötig lange bestehen und vergrösserte sich in der Regel sogar noch weiter. Zudem liess sich auch eine Rückständigkeit im Vergleich zu anderen Rechtsordnungen nicht vermeiden. So wurde festgestellt: *«Betrachtet man die internationale Entwicklung im Familienrecht, so muss festgestellt werden, dass sich Deutschland, die Schweiz und Österreich je abwechselnd das Schlusslicht in die Hand geben und anderen Rechtsordnungen oft um Jahrzehnte hinterherhinken.»*¹⁷ Es gibt hier aber durchaus auch relativierende Stimmen, so etwa Peter Forstmoser: *«Der Schweizer Gesetzgeber profitierte als Nachzügler oft auch von den Erfahrungen des Auslandes und vermeidet so Fehler der ersten Stunde.»*¹⁸

Intermezzo: Die Entstehung des Partnerschaftsgesetzes

Eine wichtige Rolle in der Gesetzgebungshistorie des schweizerischen Familienrechts kommt dem Partnerschaftsgesetz (PartG) zu. Anders als die vorangegangenen grossen Revisionen des Familienrechts war es nicht der Bundesrat, der den entsprechenden Anstoss gab, sondern das Parlament:¹⁹ Im Rahmen einer einfachen Anfrage wollte der damalige Ständerat Petitpierre vom Bundesrat wissen, ob dieser beabsichtige, die Frage einer gesetzlichen Regelung für gleichgeschlechtliche Paare eingehender zu prüfen.²⁰ Der Bundesrat hielt in seiner Antwort fest, dass die Frage tatsächlich eingehender geprüft werden müsste. Getan wurde aber nichts. Im Jahr 1996 reichte die Rechtskommission des Nationalrates ein Postulat ein, mit dem der Bundesrat beauftragt wurde, einen Bericht über die Möglichkeit einer Regelung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften vorzulegen.²¹ Weitere parlamentarische Vorstösse erhöhten den

¹⁶ Forstmoser 2014: «Mit diesem Konzept eines bedächtigen, auf die allmähliche Konsensbildung zielenden Gesetzgebungsverfahrens ist man bisher nicht schlecht gefahren.»

¹⁷ Schwenger 2007: 727.

¹⁸ Forstmoser 2014: 10.

¹⁹ Zum Ganzen: Bundesamt für Justiz 1999: 3–6.

²⁰ Einfache Anfrage Petitpierre vom 15. März 1994, 94.1027, Rechtsstellung von gleichgeschlechtlichen Paaren.

²¹ Postulat RK-N vom 27. Februar 1996, 96.3173, Gleiche Rechte für gleichgeschlechtliche Paare.

Druck auf den Bundesrat weiter,²² bis dieser im Juni 1999 den in Aussicht gestellten Bericht vorlegte.²³ In der Folge wurde ein Vorentwurf ausgearbeitet und darüber eine Vernehmlassung durchgeführt. Die Botschaft des Bundesrates zum Partnerschaftsgesetz wurde dann wenig später im Jahr 2002 vorgelegt,²⁴ und das Parlament konnte das Gesetz im Juni 2004 verabschieden.

Die Diskrepanz zur bisherigen Gesetzgebungspraxis ist augenfällig: Aufgrund der rechtlichen Entwicklungen im Ausland und des raschen gesellschaftlichen Wandels in der Schweiz entstand in vergleichsweise kurzer Zeit die Notwendigkeit, gleichgeschlechtliche Partnerschaften auch rechtlich anzuerkennen. Der Regelungsbedarf war ausgewiesen und das Parlament machte mit zahlreichen weiteren Vorstössen und Nachfragen laufend zusätzlichen Druck auf den Bundesrat. Das für derartige Gesetzgebungsprojekte bislang praktizierten Vorgehen wäre viel zu schwerfällig und die in der Vergangenheit geltenden zeitlichen Vorgaben zu grosszügig gewesen. So war es nicht möglich, einer Expertenkommission wie gewohnt Jahre zur Vorbereitung eines Vorentwurfs einzuräumen; die Arbeiten am Partnerschaftsgesetz erfolgten deshalb alle verwaltungsmässig intern. Vor allem hatte das Parlament mit diesem Vorgehen erstmals die Kontrolle über ein familienrechtliches Grossprojekt übernommen.

Dritte Phase: Andauernde Revision

Die vorerst letzte, bis heute nicht abgeschlossene Phase der Gesetzgebung im Familienrecht zeichnet sich vor allem durch ihre Unübersichtlichkeit aus: Diverse kleinere und grössere Projekte sind im Gang, teilweise mit zeitlicher und inhaltlicher Überschneidung und in der Regel ohne ein Gesamtkonzept. Alles befindet sich im Fluss, es herrscht ein Zustand der andauernden Revision. Im Folgenden sollen wichtige Merkmale dieser Phase dargestellt und diskutiert werden.

²² Vgl. Postulat Liberale Fraktion vom 16. März 1998 (98.3104, Überprüfung der rechtlichen Situation gleichgeschlechtlicher Paare); Parlamentarische Initiative Gross vom 30. November 1998 (98.443, Registrierung der zusammenlebenden Paare); Parlamentarische Initiative Genner vom 18. Dezember 1998 (98.453, Gesetzliche Voraussetzungen für die Ehe gleichgeschlechtlicher Paare); Einfache Anfrage Spoerry vom 9. Dezember 1998 (98.1186, Bericht über die Rechtssituation gleichgeschlechtlicher Paare).

²³ Bundesamt für Justiz 1999.

²⁴ Bundesrat 2002.

Gestiegene Komplexität und Verlust eines gesellschaftlichen Leitmodells

Der heutige Gesetzgeber scheint sich immer weniger an der traditionellen Familie zu orientieren; vielmehr richtet er sich mehr und mehr danach aus, dem Einzelnen möglichst viel Freiheit in der individuellen Lebensgestaltung zu gewähren: «Die Rechtsordnung darf den Menschen nicht vorschreiben, wie sie zu leben haben.»²⁵ Der Trend geht damit in Richtung Toleranz aller Lebensformen, dies allerdings gegen den Widerstand konservativer Kreise, die ihre Wertvorstellungen allen anderen verbindlich vorschreiben wollen. Es zeigt sich damit ein Bild, das von Diversität geprägt ist, sowie eine zunehmende Tendenz, diese Diversität soweit immer möglich anzuerkennen und auch rechtlich zu berücksichtigen, wobei diese allerdings im Streit mit traditionell ausgerichteten Minderheitspositionen geschieht.

Das Ziel, die heutige gesellschaftliche Realität und die Werteordnung der Gesellschaft abzubilden und dabei gleichzeitig der (berechtigten) Forderung nachzukommen, die «Pluralisierung der Lebensformen»²⁶ in egalitärer Weise zu berücksichtigen und für alle Betroffenen befriedigende Normen zur Verfügung zu stellen, ist allerdings sehr hoch gesteckt: Solange nur die Ehe geregelt und geschützt werden musste, war die durch die Gesetzgebung angestrebte Reduktion der Komplexität einfach zu erreichen, weil sowohl der Regelungsgegenstand als auch die mit der Regelung zu erreichenden Ziele klare Konturen aufwiesen. Zudem bestand ein gesellschaftliches Leitmodell, das mit der Gesetzgebung umgesetzt werden konnte. Ganz anders präsentiert sich die Lage heute: Die Ehe hat ihre Position und Funktion als einzige legitime Form zur Führung einer Lebenspartnerschaft verloren, Scheidungen, gleich- und verschiedengeschlechtliche faktische Partnerschaften und aussereheliche Geburten haben weiter zugenommen. Die Rechtsordnung muss sich ausserdem neuen Herausforderungen stellen, so namentlich der kulturellen Vielfalt, wie sie durch die Immigration entstanden ist, sowie der Fortpflanzungsmedizin, aber auch dem zunehmenden Fortpflanzungstourismus. Schon lange kann deshalb nicht mehr von einem von der Gesamtgesellschaft getragenen Leitmodell oder einem Konsens im Hinblick auf das familiäre Zusammenleben gesprochen werden.

²⁵ Sommaruga 2014: 783.

²⁶ Schwenger 2007: 708.

Aus dieser Beobachtung ergeben sich drei weitere Feststellungen:

1. Mit dem Wegfall eines gesellschaftlichen Leitmodells verliert das Recht seine Steuerungsfunktion. Wenn verschiedene Lebensformen vom Gesetz als gleichwertig angesehen werden, darf der Gesetzgeber auch keine Lebensform privilegieren oder schützen. Die Aufgabe der Gesetzgebung beschränkt sich auf den Nachvollzug gesellschaftlicher Entwicklungen: «Die Frage, die sich der Gesetzgeber stellen muss, ob er das richtig oder falsch, gut oder schlecht findet, die Frage ist allein: ob unser ZGB diesen Realitäten noch gerecht wird.»²⁷
2. Eine explizite gesetzgeberische Berücksichtigung aller heute gelebten Lebensformen ist weder möglich noch sinnvoll. Eine gewisse Schematisierung ist hier unumgänglich, denn die Vielfalt der individuellen und partnerschaftlichen Lebensmodelle kann von den Rechtsnormen nicht mehr abgebildet werden. Die konzeptionelle Forderung an den Gesetzgeber nach einer Reduktion der Komplexität steht damit in einem offenen Widerspruch zum Auftrag, die Diversität der Realität zu berücksichtigen und damit vor allem sämtlichen gelebten individuellen und partnerschaftlichen Lebensformen gerecht werden zu können. Exemplarisch kann hier auf die Diskussion um den Begriff der faktischen Lebensgemeinschaft verwiesen werden.²⁸
3. Mit dem Wegfall der Ehe als gesellschaftliches Leitmodell beanspruchen nun verschiedene Modelle eine Berücksichtigung im Gesetz. Diese stehen teilweise in offenem Widerspruch zueinander, was eine Konsensbildung ausschliesst und zu Entscheidungen mit Mehr- und Minderheiten führt. So besteht der Wunsch, formalisierte gleichgeschlechtliche Partnerschaften inhaltlich weiter der Ehe anzunähern²⁹ oder aber die Ehe für alle Paare zu öffnen.³⁰ Auf der anderen Seite wehrt man sich vehement gegen diese Bestrebungen.³¹ Eine Einstimmigkeit im Parlament wie bei der Verabschiedung des ZGB gibt es heute im Familienrecht nicht mehr.

²⁷ Sommaruga 2014: 782.

²⁸ Bundesrat 2015: 27–28.

²⁹ Bundesrat 2015: 22.

³⁰ Der Wandel zeigt sich beispielsweise im Umstand, dass die Rechtskommissionen beider Räte mittlerweile der Parlamentarischen Initiative Fraktion GLP vom 5. Dezember 2013 (13.468, Ehe für alle) Folge gegeben haben.

³¹ So hat die Eidgenössisch-Demokratische Union (EDU) noch vor Beginn der Detailberatung im Parlament verlauten lassen, man werde gegen das vom Bundesrat präsentierte neue Adoptionsrecht, das eine Öffnung der Stiefkindadoption auch für gleichgeschlechtliche Paare vorschlug, im Fall einer Verabschiedung durch das Parlament das Referendum ergreifen, vgl. Medienmitteilung der EDU vom 22. August 2015.

Abkehr von der Bedächtigkeit

Betrachtet man die Geschwindigkeit des Gesetzgebungsprozesses, fällt auf, dass im Vergleich zu früher viel weniger Zeit in die einzelne Revision investiert wird. Dies wird auch in der Fachliteratur registriert und in der Regel kritisch kommentiert.³² Die straffen zeitlichen Vorgaben haben zur Folge, dass die Vorentwürfe immer häufiger ausschliesslich von der Verwaltung vorbereitet werden, weil keine Zeit mehr für die aufwendige Arbeit der klassischen Expertenkommission zur Verfügung steht.³³ Symptomatisch ist auch die immer häufiger zu hörende Forderung nach rückwirkender Gesetzgebung³⁴ sowie der Druck auf eine möglichst rasche Inkraftsetzung verabschiedeter Erlasse.³⁵ Dass dies in der Praxis zu Problemen führen kann, ist offensichtlich.³⁶ Schliesslich sollen Revisionen auch immer häufiger evaluiert werden, und dies immer öfter bereits sehr kurze Zeit nach ihrem Inkrafttreten.³⁷ So wurden im Dezember 2014 zwei Vorstösse überwiesen, mit denen der Bundesrat zur Evaluation des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts verpflichtet wurde,³⁸ obwohl dieses erst am 1. Januar 2013 in Kraft getreten war und der Bundesrat bereits ausgeführt hatte, dass eine aussagekräftige Evaluation aus verschiedenen Gründen frühestens fünf Jahre nach dem Inkrafttreten vorgenommen werden könne.³⁹

Hat man sich aber das Ziel gesetzt, die Kluft zwischen Wirklichkeit und Recht so weit wie möglich zu beseitigen, erscheint es allerdings konsequent, dies mit möglichst wenig Verzögerung zu tun. Angesichts der rasanten gesellschaftli-

³² Forstmoser 2014: 22.

³³ Expertenkommissionen gab es noch bei der Revision des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts und bei der Revision des Vorsorgeausgleichs, dagegen nicht mehr beim Partnerschaftsgesetz, bei der gemeinsamen elterlichen Sorge und bei der Revision des Kindesunterhaltsrechts. Auch das neue Namensrecht wurde auf der Grundlage einer Parlamentarischen Initiative und damit ohne eine Expertenkommission ausgearbeitet.

³⁴ Die Rückwirkung hat im Ergebnis eine Inkraftsetzung zu einem früheren Datum zur Folge, vgl. etwa die Regelung zum gemeinsamen Sorgerecht in Art. 12 Abs. 5 SchlT ZGB und diejenige zum revidierten Vorsorgeausgleich in Art. 7e SchlT ZGB.

³⁵ Vgl. beispielsweise die Interpellation Scheibert vom 26. November 2013 (13.4019, Inkraftsetzen der neuen Regelung zur elterlichen Sorge auf den 1. Januar 2014).

³⁶ Illustrativ dargestellt wird etwa das Beispiel der Umsetzung des neuen Kindes- und Erwachsenenschutzrechts im Kanton Bern bei Auer 2014: 365–366.

³⁷ Vgl. beispielsweise das Postulat Jutzet vom 13. Dezember 2000 (00.3681, Anwendung des neuen Scheidungsrechtes), die Motion der RK-N vom 10. November 2011 (05.3713, Scheidungsrecht. Überprüfung der Regelung betreffend Vorsorgeausgleich und Kinderbelange) sowie die Interpellation Feri vom 5. Juni 2014 (14.3415, Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen).

³⁸ Postulat Sozialdemokratische Fraktion vom 25. September 2014 (14.3891, Erste Erkenntnisse aus dem Wechsel von Laienbehörden zur KESB); Postulat Schneeberger vom 24. September 2014 (14.3776, Professionalisierung des Sozialstaates um jeden Preis?).

³⁹ Vgl. dazu die Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Vitali vom 4. März 2014 (14.3030, Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Notwendiges von Wünschenswertem trennen).

chen Entwicklungen der vergangenen Jahre und Jahrzehnte erscheint es offensichtlich, dass das gemächliche Tempo der bisherigen Gesetzgebung diese Ansprüche in vielen Fällen nicht mehr zu erfüllen vermag. So hat sich insbesondere das Verhältnis der westlichen Gesellschaften zu gleichgeschlechtlichen Beziehungen von ursprünglich vollständiger Ablehnung bis zur Anerkennung als zulässige und legitime Lebensform in wenigen Jahren grundlegend gewandelt. Ein Rechtsetzungsprozess, der auf Jahrzehnte hinaus angelegt ist, vermag seinen Zweck hier nicht mehr zu erfüllen. Die Dynamik der gesellschaftlichen Entwicklung hat damit notwendigerweise auch eine Dynamisierung der Rechtsetzung zur Folge. Hinzu kommt, dass das Parlament den Bundesrat bewusst mit Vorstössen und Anfragen unter Druck setzt, um damit eine Beschleunigung der Arbeiten zu erreichen.⁴⁰ Auch die Presse und die Rechtsprechung, insbesondere diejenige des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, rufen die Dringlichkeit gewisser Revisionsanliegen regelmässig in Erinnerung.⁴¹

Umfang der Revisionsprojekte

Zu beobachten ist schliesslich die Tendenz, die Revisionen in kleinere Projekte zu unterteilen,⁴² ja teilweise sogar Einzelfragen zum Gegenstand einer Revision zu machen.⁴³ Dieses Vorgehen steht in Widerspruch zur Forderung nach einer gesamtheitlichen Erneuerung des Familienrechts, wie sie in den vorangehenden Phasen erfolgt ist. Es entstehe so die Gefahr, dass die Kohärenz des Systems verloren gehe und dass bestimmte Bereiche nicht revidiert würden.⁴⁴ Der Bundesrat beruft sich dagegen darauf, dass kleinere Revisionen rasch um-

⁴⁰ Vgl. als Beispiele dazu: Frage von Graffenried vom 7. März 2011 (11.5079, Wann kommt die gemeinsame elterliche Sorge?); Parlamentarische Initiative Wehrli vom 10. März 2011 (11.408, Gemeinsame elterliche Sorge vors Parlament); Interpellation Haller Vanini vom 13. Dezember 2012 (12.4150, Geschiedene Witwen); Motion Fiala vom 19. September 2013 (13.3742, Stalking-Thema nicht auf die lange Bank schieben).

⁴¹ Vgl. zu Letzterem Bundesrat 2015: 8–10. Allerdings zeigt die Praxis, dass der Gesetzgeber nicht sehr empfänglich auf Druck aus der Rechtsprechung ist. So dauerte es viele Jahre, bis die Strassburger Urteile Burghartz (Beschwerde Nr. 16213/90) und Emonet (Beschwerde Nr. 39051/03) legislatorisch an die Hand genommen wurden, und das Urteil des Bundesgerichts, welches den Gesetzgeber zur Beseitigung der gegenwärtigen Regelung bei Vorliegen eines Mankos nach einer Scheidung verpflichtete (BGE 135 III 66 ff.), wurde vom Parlament mit der ständerätlichen Ablehnung der Motion der RK-N vom 27. Juni 2014 (14.3662, Verfassungsmässige Grundlage für eine Mankoteilung zwischen den Elternteilen im Unterhaltsrecht) sogar bewusst missachtet.

⁴² So sind in den letzten Jahren verschiedene Einzelteile der ursprünglichen Scheidungsrechtsrevision bereits wieder revidiert worden, so das Sorgerecht, der Vorsorgeausgleich und das Unterhaltsrecht.

⁴³ Dies ist vor allem bei Parlamentarischen Initiativen der Fall, vgl. beispielsweise die Parlamentarischen Initiativen Nabholz vom 20. März 2001 (01.408, Trennungsfrist bei Scheidung auf Klage eines Ehegatten), Grunder vom 17. März 2015 (15.3142, Kesb. Zwingendes Anhörungsrecht und verbessertes Klagerecht für Grosseltern, Geschwister und nahe Verwandte) und Schenker vom 12. Dezember 2013 (13.476, Erwachsenenschutzgesetz. Anpassung der Beschwerdefristen).

⁴⁴ Kritisch dazu etwa Büchler 2014: 806–807.

gesetzt werden können und politisch auf weniger Widerstand stossen als grosse Reformprojekte. Aufgrund der diversen Partikularinteressen bestehe auch keinerlei Gewähr, dass eine ursprünglich konsistente, auf einem durchdachten Gesamtkonzept beruhende Revisionsvorlage im Laufe des parlamentarischen Prozesses nicht in diversen Punkten angepasst wird, was ebenfalls zu einer Beeinträchtigung der inneren Kohärenz führen könne.⁴⁵

Aktivere Rolle des Parlaments

Schliesslich lässt sich wertungsfrei die Feststellung machen, dass im Familienrecht heute das Parlament die Kontrolle über die Revisionsagenda übernommen hat. Wie dargestellt wurden die Projekte und der Zeitplan in der zweiten Phase noch von Bundesrat und Verwaltung vorgegeben. Dies lässt sich seit der Ausarbeitung des Partnerschaftsgesetzes kaum mehr sagen.⁴⁶

Da das Parlament keine homogene Einheit ist, sondern sich aus einer Vielzahl von Interessenvertreterinnen und -vertretern zusammensetzt, sind seine Gesetzgebungsvorstösse und -aufträge naturgemäss thematisch sehr breit gefächert, inhaltlich heterogen und konzeptionell nicht aufeinander abgestimmt. Auch der Vorwurf, dass viele Vorstösse nicht der Sache wegen, sondern als Instrument im «permanenten Wahlkampf»⁴⁷ verwendet werden, ist sicherlich nicht völlig unberechtigt. Viele parlamentarische Vorstösse haben häufig auch nicht das Gesamtsystem, sondern einen Einzelfall vor Augen, einen Missstand, der gesetzgeberisch behoben werden soll. So haben auch schon skandalisierte Berichte über Einzelfälle in den Boulevardmedien zu Vorstössen geführt. Hier besteht die Gefahr, dass der Einzelfall zu einer Systemblindheit führt, indem ein funktionierendes System, das naturgemäss immer auch unbefriedigende Einzelfälle produzieren wird, aufgrund dieser Einzelfälle in Frage gestellt und im schlimmsten Fall sogar reformiert wird. Gerade im Familienrecht muss aber stets bedacht werden, dass nicht jeder einzelne Fall befriedigend gelöst werden kann und selten alle Betroffenen mit einer Entscheidung zufrieden sind. Das teilweise hochemotionale Umfeld und die subjektive Wahrnehmung der involvierten Personen zeigen, dass derartige Konflikte mit Anpassung des Gesetzes kaum je in den Griff zu bekommen sind.

⁴⁵ Bundesrat 2015: 14.

⁴⁶ Eine Ausnahme bildet die im Frühling 2015 vom Parlament verabschiedete Revision des Kindesunterhaltsrechts, die von der Departementsvorsteherin des EJPD ohne parlamentarischen Auftrag lanciert wurde.

⁴⁷ Notter 2014: 102.

Überlegungen zur dritten Phase

Immer wieder ist der Vorwurf zu hören, die dargestellten Veränderungen – insbesondere die Beschleunigung der Prozesse und die Steuerung der Revisionsagenda durch das Parlament – hätten negative Auswirkungen auf die Qualität der Gesetze. Auch wenn dieser Vorwurf naheliegt, ist zu bemerken, dass auch frühere Revisionen nicht fehlerfrei ausgefallen sind und dass es auch heute noch gelungene Gesetzesrevisionen gibt.

Wie dargelegt erscheint es aber gerade im Familienrecht wichtig, auf gesellschaftliche Umwälzungen rasch gesetzgeberisch reagieren zu können. Die Bereitschaft, auch kleinere Revisionen zu lancieren und diese dann zügig umzusetzen, ermöglicht es, die Kluft zwischen Realität und Recht rascher zu schliessen. Zudem können gesetzgeberische Fehler leichter korrigiert werden.

Als Nachteil der Entwicklung zu nennen ist dagegen der Verlust an Diskurs, der mit dieser Beschleunigung einhergeht. Gesetzgebung ist im optimalen Fall ein Entwicklungsprozess, und die Verkürzung dieses Prozesses verhindert die eigentlich notwendige Evolution der Normen. Die Aufgabe des Prinzips der Bedächtigkeit und der damit einhergehende Verlust an Reflexionszeit steigern ausserdem die Gefahr politischer Momententscheidungen, von Überreaktionen und von Schnellschüssen: «Der Gesetzgeber scheint von der Schildkröte zum Hasen mutiert, der aus dem Stand in unberechenbarem Hakenschlag davonsprengt.»⁴⁸

Symptomatisch ist auch, dass wichtige Bestimmungen, die schliesslich vom Parlament verabschiedet worden sind, erst im Rahmen der Kommissionsarbeiten formuliert und in die Vorlage eingefügt werden. Der Verwaltung, die ein Dossier begleitet, bleiben oftmals nur Stunden oder gar Minuten, um die Vorschläge zu beurteilen und eine Bewertung dazu abzugeben. Erläuternde Materialien gibt es nicht. Dies betrifft beispielsweise die anlässlich der Revision des Unterhaltsrechts eingefügten Art. 298 Abs. 2^{bis} und 2^{ter} und Art. 298b Abs. 3^{bis} und 3^{ter} ZGB. Offensichtlich ist zudem, dass unter diesen Vorgaben die Ausarbeitung und Verabschiedung eines zusammenhängenden Gesamtwerkes im Sinne des Huberschen Zivilgesetzbuches kaum mehr möglich ist, sodass damit die Gefahr eines Verlustes an systemischer Kohärenz einhergeht.

⁴⁸ Forstmoser 2014: 11.

Problematisch erscheint die Verkürzung der Revisionszyklen aber vor allem deshalb, weil neue Normen stets altes Recht ersetzen, Recht, das während Jahrzehnten gegolten hat, das in der Bevölkerung bekannt – in der Regel auch anerkannt – ist und zu dem sich – da in vielen Fällen im Gesetz nur eine Generalklausel zu finden ist – eine Gerichtspraxis ausbilden konnte: All das trifft für das neu geschaffene Recht (noch) nicht zu. Junge Normen sind in der Regel schwieriger anzuwenden, und dies umso mehr, wenn es sich um Generalklauseln handelt. Um die Rechtsunsicherheit zu beseitigen, ist deshalb vermehrt auch der Ruf nach detaillierteren Normen zu hören. Erstaunlicherweise lässt sich feststellen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der jüngeren familienrechtlichen Revisionen an der Tradition der Generalklausel festgehalten hat. Exemplarisch hierfür sind die Vorlagen zur Revision des Sorgerechts und zum Kindesunterhalt: Viele der zentralen Punkte des neuen Rechts sind in Generalklauseln geregelt.⁴⁹ Im Familienzivilrecht hat die Normdichte nicht signifikant zugenommen und der Vorwurf der Überregulierung – anders als in anderen Rechtsgebieten – kann kaum ernsthaft erhoben werden. Allerdings liegt der Verdacht nahe, dass es sich dabei zumindest teilweise um sog. «Formelkompromisse» handelt, eine Erscheinung, die auf den Verlust der Gemeinsamkeiten und der Verstärkung des Partikularismus zurückgeht: Um ein Gesetzgebungsprojekt überhaupt zu einem Abschluss bringen zu können, müssen Rechtsnormen formuliert werden, die so offen und unbestimmt sind, dass sich die verschiedenen Positionen darin wiederfinden können.⁵⁰ Die Verwendung von Generalklauseln führt in der Praxis dann aber – anders als früher – zur Schwierigkeit, dass mit dem Wegfall des gesellschaftlichen Leitmodells für die Familie und das Familienrecht den Gerichten bei der Anwendung der Generalklauseln unter Umständen die Vorgaben fehlen, nach denen sie entscheiden sollen. So schreibt das Bundesgericht in seiner Medienmitteilung zum ersten Grundsatzentscheid zum neuen Sorgerecht: «Welche Messlatte der Gesetzgeber für eine Alleinzuteilung genau anlegen wollte, lässt sich aufgrund der Botschaft und der parlamentarischen Beratung zur Sorgerechtsnovelle nicht mit abschliessender Sicherheit eruieren.»⁵¹ Es ist zu erwarten, dass es die

⁴⁹ Vgl. dazu beispielsweise Art. 276 Abs. 2 ZGB (Die Eltern sorgen gemeinsam, ein jeder Elternteil nach seinen Kräften, für den gebührenden Unterhalt des Kindes), Art. 285 Abs. 1 ZGB (Der Unterhaltsbeitrag soll den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen; dabei sind das Vermögen und die Einkünfte des Kindes zu berücksichtigen), Art. 298 Abs. 1 ZGB (zur Wahrung des Kindeswohls erforderlich); Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB (alltägliche oder dringliche Angelegenheit); Art. 301a Abs. 2 ZGB (erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr durch den anderen Elternteil).

⁵⁰ Müller et al. 2013: Rz. 30.

⁵¹ Urteil vom 27. August 2015 (5A_923/2014) – Kriterien zur Alleinzuteilung der elterlichen Sorge, Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 27. August 2015, abrufbar auf der Website des Bundesgerichts: www.bger.ch/press-news-5a_923_2014-t.pdf.

Rechtsprechung in Zukunft häufiger und auch – wie im dargestellten Fall – bei Grundsatzfragen nicht einfach haben wird, Anhaltspunkte für die richtige Anwendung der Generalklauseln zu finden.

Biographie

David Rüetschi studierte und promovierte an der Universität Basel; daneben verfügt er über das Rechtsanwaltspatent des Kantons Aargau und hat im Jahr 2006 ein Masterstudium an der Universität Oxford abgeschlossen. Nach verschiedenen Tätigkeiten in der Praxis ist er seit dem Jahr 2008 im Bundesamt für Justiz tätig, seit dem 1. Januar 2012 als Leiter des Fachbereichs Zivilrecht und Zivilprozessrecht. David Rüetschi ist Lehrbeauftragter an der Universität Freiburg.

Bibliographie

Auer, Christoph (2014), «Zeitdruck und Zugzwang im gesetzgeberischen Alltag von Bund und Kantonen», in: *LeGes* 2014, 363–373.

Büchler, Andrea (2014), «Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften», in: *Fampra.ch* 2014, 797–808.

Bundesamt für Justiz (1999), *Die rechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Paare im schweizerischen Recht: Probleme und Lösungsansätze*, Bern: Eigenverlag.

Bundesrat (1971), *Botschaft des Bundesrats an die Bundesversammlung über die Änderung des Zivilgesetzbuches (Adoption und Art. 321 ZGB)* vom 12. Mai 1971, BBl 1971 I, 1200–1271.

Bundesrat (2002), *Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die eingetragene Partnerschaft gleichgeschlechtlicher Paare* vom 29. November 2002, BBl 2003, 1288–1377.

Bundesrat (2015), *Bericht des Bundesrates vom März 2015 zum Postulat Fehr* (12.3607, Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht).

Forstmoser, Peter (2014), «Hektik statt Bedächtigkeit: Entwicklungen in der Gesetzgebung», in: Griffel, Alain, Hrsg., *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Bern: Stämpfli, 9–23.

Huber, Eugen (1914), «*Schweizerisches Zivilgesetzbuch: Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements*», 2. Aufl., Bern: Buechler & Co.

Müller, Georg & Uhlmann, Felix (2013), *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 3. Aufl., Zürich: Schulthess.

Notter, Markus (2014), «Gesetzgebung als Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln», in: Griffel, Alain, Hrsg., *Vom Wert einer guten Gesetzgebung*, Bern: Stämpfli Verlag, 97–106.

Preisner, Klaus (2014), «Familialer Wandel und Wandel von Familienrecht und -politik», in: *Fampra.ch* 2014, 784–796.

Rüetschi, David (2015), «Familienrecht – Gestern und heute», in: *Bulletin SAGW* 1/2015, 45–46.

Schwenzer, Ingeborg (2000), «Über die Beliebigkeit juristischer Argumentation», in: *Fampra.ch* 2000, 24–40.

Schwenzer, Ingeborg (2007), «Grundlinien eines modernen Familienrechts aus rechtsvergleichender Sicht», in: *Rabels Zeitschrift* 71 (2007), 705–728.

Schwenzer, Ingeborg (2014), «Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen: Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr (Zeitgemässes kohärentes Zivilinsbesondere Familienrecht)», in: *Fampra.ch* 2014, 966–1008.

Sommaruga, Simonetta (2014), «Avenir familles!, Eintretensvotum zur Tagung vom 24. Juni 2014», in: *Fampra.ch* 2014, 781–783.

Sutter-Somm, Thomas & Freiburghaus, Dieter (1999), *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Zürich: Schulthess.

Sutter-Somm, Thomas (2011), «Das neue Scheidungsrecht», in: Gauch, Peter & Schmid, Jörg, Hrsg., *Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert*, Zürich: Schulthess, 93–107.

**«Familienrecht» oder «Beziehungsrecht»?
Beziehungsschliessungs-, Beziehungsbetriebs-
und Beziehungsaufhebungsrecht**

«Familienrecht» oder «Beziehungsrecht»? Beziehungsschliessungs-, Beziehungsbetriebs- und Beziehungsauflösungsrecht

Ist Familienrecht eigentlich etwas anderes als «eheliches Beziehungskrisenrecht»? Und was ist mit den nichtehelichen Beziehungskrisen?

Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid, Ordinarius für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB an der Universität Zürich

Zusammenfassung

Längst ist «die Ehe» nicht mehr einziges Modell einer «Zusammenlebensordnung»; längst gibt es «*die*» Ehe nicht mehr (gab es sie je?); wie schlecht ging und geht es eigentlich der Ehe ... und den Beziehungen? An sich ist die Organisation von (auch sehr persönlichen) *Beziehungen* ein (gewöhnlicher) *Vertrag*; *ungewöhnlich* ist, dass dieser Vertrag über alltägliche Belange hinausgeht und auch sehr *persönliche und emotionale* Sphären einschliesst. Weil Beziehungen etwas zutiefst Persönliches sind, ist weniger eine formale Vervielfältigung der Familienformen als eine Differenzierung nach der individuellen Struktur geboten, wozu aber nicht die sexuelle Orientierung der Beteiligten gehört (und damit die Frage, ob sie dem Zivilgesetzbuch, dem Partnerschaftsgesetz oder einer sonstigen neuen Gesetzgebung für irgendwelche «Zwischenformen» unterstehen). Gesetzgebung als Rechtsfriedensordnung hat die sehr persönlichkeitsnahen Beziehungsverträge in gewissermassen konsumentenschützerischer Art zu begleiten und verständliche Modelle zu entwickeln, die alle auf der Selbstverständlichkeit von Beziehung aufzubauen haben; wegen der *strukturellen Unterschiede* wird es aber immer *verschiedene* Beziehungsformen und -dichten geben. Weder «die Ehe» noch andere Beziehungsformen lassen sich amtlich vorschreiben, sondern werden sich einfach weiterhin nuancieren. Gesetzgebung kann weder den *Sprachgebrauch* noch den konkreten «Beziehungsmodus» vorschreiben. Beziehung meint aber immer eine gewisse *Stabilität* und schafft einen Zustand («Status»), obwohl Beziehungen nicht statisch sind: Ob unter Erwachsenen oder im Verhältnis von Erwachsenen zu Kindern *entwickeln* sich Beziehungen. Die (technische) *Auflösbarkeit* von Beziehungen ist selbstverständlich geworden (und darob ist bisweilen

etwas in den Hintergrund getreten, dass es den *emotionalen clean break* kaum gibt).

Schlagwörter

Beziehungen, Beziehungsauflösung, Eherecht, Eltern, Familienrecht, Gesetzgebung, Kinder, Konkubinat, Scheidung, Zivilgesetzbuch

Das schweizerische «Beziehungsrecht»

Das *schweizerische ZGB* regelt in Art. 111 ff. ZGB unmittelbar anschliessend an die Bestimmungen über die Eheschliessung¹ und die Eheungültigkeit² bereits die Scheidung. Immerhin kann nur die geschlossene Ehe geschieden werden – ob eine Ehe geschlossen werden kann, hängt von verschärfter Prüfung des Ehemillens bzw. der Papiere Ehemilliger ab.³ Die Wirkungen der geschlossenen Ehe – welche trotz hoher Scheidungsziffer doch über kürzere oder auch etwas längere Zeit besteht – werden erst in Art. 159 ff. ZGB thematisiert. Die prominente Stellung der Regeln über die Eheauflösung ergibt sich zwar aus der systematischen Nähe der Eheungültigkeit zu Mängeln des Eheschliessungsverfahrens und der systematischen Nähe des Scheidungsrechts zur Eheungültigkeit. Die Systematik ist also methodisch und nicht mentalitätsmässig geprägt – nach wie vor möchte die gesetzliche Ordnung insgesamt (nämlich auch die öffentlich-rechtlichen Normen zu familiären Belangen) die Ehe und das Familienleben⁴ fördern, ist allerdings als Konfliktregelungsordnung stärker auf die pathologischen als die funktionierenden Beziehungen fokussiert.

¹ Art. 90 ff. bzw. 94 ff. ZGB.

² Art. 104 ff. ZGB.

³ Vgl. z.B. Papaux Van Delden 2007. Der Sachverhalt von BGE 127 III 342 ff. belegt allerdings, dass rechtsmissbräuchliche Scheinehen durchaus praktiziert werden, und mit Art. 97a ZGB in der Fassung von 2008 hat die seit bald einem Jahrhundert aktuelle Abwehr der «Bürgerrechtsehen» ihre aktuelle «aufenthaltsrechtliche» Ordnung gefunden. Illustrativ dafür, welche «Vielfalt an Beziehungen» mit Beziehungen geschaffen werden, ist auch das Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2003 (2A.308/2003), vgl. dazu Zeller 2003.

⁴ Art. 14, ferner Art. 8 Abs. 2 und 13 f. BV und passim.

Nichteheliche Beziehungen werden allerdings vom Familienrecht⁵ nicht gänzlich ignoriert; zwar kommen sie im *Eherecht*⁶ naturgemäss nicht vor – ausser vielleicht unausgesprochen ganz am Rande, etwa in Art. 129 ZGB, wo typischer Anwendungsfall für die Reduktion oder Sistierung eines nahehelichen Unterhaltsbeitrags ein gefestigtes Konkubinat mit wechselseitiger Unterstützung ist.⁷ Aber bereits im ans Eherecht anschliessenden Recht der Verwandtschaft⁸, das zur Hauptsache Entstehung⁹ und Wirkungen des Kindesverhältnisses¹⁰ regelt, bilden die Rechtsbeziehungen unverheirateter Eltern zum Kind einen (fast) gleichwertigen Regelungsgegenstand wie die Wirkungen des ehelichen Kindesverhältnisses – allerdings mit dem (bisweilen entscheidenden) Unterschied, dass sich die eheliche Abstammung von Kindern und die eheliche Beziehung unter Gatten aus dem Zivilstandsregister ergibt (was nicht per se «richtig» ist, aber nach Art. 9 ZGB zumindest den Anschein von Richtigkeit hat), während nicht zivilstandsregisterlich erfasste Beziehungen natürlich in ihrem Bestand *und* in ihren Wirkungen weit vernebelter sind, aber – wenn der Nebel sich lichtet – natürlich trotzdem real existieren. Diese Realität lässt sich nicht leugnen und auch vom Gesetz nicht ignorieren, da das Gesetz Realitäten nicht ignorieren kann.

Die Vorstellung, Konkubinate seien der freie Entscheid zu *gänzlicher* Ungebundenheit und müssten deshalb zwingend als bewusst ungebundenen Zustand qualifiziert werden, mag zwar liberal,¹¹ kann u.U. aber auch zerstörerisch sein: *Beziehung bindet* unweigerlich, und diese (faktische) Bindungswirkung ist rechtlich in (beschränktem) Rahmen relevant, da die gänzliche Entkopplung von Recht und Emotion gerade in intimsten Belangen schiere Rechtlosigkeit erzeugen kann.

⁵ Dem Zweiten Teil des ZGB, Art. 90–456.

⁶ Art. 90–251 ZGB.

⁷ Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juni 2008 (5A_81/2008), E. 5.

⁸ Art. 252–348 ZGB.

⁹ Art. 252–269c ZGB.

¹⁰ Art. 270–327c ZGB.

¹¹ Jürgensen 2015: 17; über die Massen zurückhaltend nun auch der Bundesrat in «Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)», Ziff. 5.2.

«Das Recht» in der Beziehungskrise und bei Auflösung von Beziehungen

Die Frage, nach welchen Kriterien die nachbeziehungsrechtlichen Folgen zu ordnen sind, ist vom ZGB bereits beantwortet, und Art. 34 PartG verweist (aus einer «kinderlosen Grundhaltung») auf diesen Art. 125 ZGB,¹² wobei Art. 34 PartG knapper gefasst ist.

Artikel 125 ZGB¹³

E. Nachehelicher Unterhalt

I. Voraussetzungen

¹ Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere einen angemessenen Beitrag zu leisten.

² Beim Entscheid, ob ein Beitrag zu leisten sei und gegebenenfalls in welcher Höhe und wie lange, sind insbesondere zu berücksichtigen:

1. die Aufgabenteilung während der Ehe;
2. die Dauer der Ehe;
3. die Lebensstellung während der Ehe;
4. das Alter und die Gesundheit der Ehegatten;
5. Einkommen und Vermögen der Ehegatten;
6. der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der Kinder;
7. die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Ehegatten sowie der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person;
8. die Anwartschaften aus der eidgenössischen Alters- und Hinterlassenversicherung und aus der beruflichen oder einer anderen privaten oder staatlichen Vorsorge einschliesslich des voraussichtlichen Ergebnisses der Teilung der Austrittsleistungen.

¹² Vgl. Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 24 Rz. 41 ff. (zum ZGB) bzw. § 27 Rz. 16 ff. (zum PartG).

¹³ SR 210.

³ Ein Beitrag kann ausnahmsweise versagt oder gekürzt werden, wenn er offensichtlich unbillig wäre, insbesondere weil die berechnete Person:

1. ihre Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, grob verletzt hat;
2. ihre Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat;
3. gegen die verpflichtete Person oder eine dieser nahe verbundenen Person eine schwere Straftat begangen hat.

Artikel 34 PartG¹⁴

¹ Nach Auflösung der eingetragenen Partnerschaft ist grundsätzlich jede Partnerin und jeder Partner für den eigenen Unterhalt verantwortlich.

² Eine Person, die auf Grund der Aufgabenteilung während der Dauer der eingetragenen Partnerschaft eine Erwerbstätigkeit eingeschränkt oder nicht ausgeübt hat, kann von ihrer Partnerin oder ihrem Partner angemessene Unterhaltsbeiträge verlangen, bis der Unterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit gesichert werden kann.

³ Ferner kann eine Person angemessene Unterhaltsbeiträge verlangen, wenn sie durch die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft in Bedürftigkeit gerät und der Partnerin oder dem Partner die Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen nach den gesamten Umständen zugemutet werden kann.

⁴ Im Übrigen sind die Artikel 125 Absatz 3 sowie 126–132 ZGB über den nachgehenden Unterhalt sinngemäss anwendbar.

Art. 34 Abs. 2 und 3 PartG nehmen lediglich Art. 125 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB (Aufgabenteilung) auf, während in allen anderen Fällen (die Art. 125 Abs. 2 ZGB allerdings nicht abschliessend, sondern bloss beispielhaft aufzählt: «[...] sind insbesondere zu berücksichtigen») bloss bei Bedürftigkeit eine Nachbeziehungsrente fliessen soll; aber «Bedürftigkeit» im Sinne dieser Bestimmung liegt nach praktisch einmütiger Lehre vor, wenn ein Partner weiterhin Kinder zu betreuen hat (womit eine gewisse nachpartnerschaftliche Solidarität bezüglich Stiefkindern resultiert, was indes gegebenenfalls Teil des partnerschaftlich gelebten Rollenmodells war); ohnehin würde das gelten, wenn bereits während der Partnerschaft Erwerbsverzicht oder -reduktion wegen Stiefkinderbetreuung

¹⁴ SR 211.231.

erfolgt war. Letztlich bedeutet das in den (wohl wenigen) Fällen, dass im Falle einer echten Lücke aus welchen biographisch-situativen Einzelgründen auch immer – nämlich einer Unterversorgung eines der Partner oder einer der Partnerinnen nach Auflösung der Partnerschaft – diese Lücke deshalb nach Massgabe der Wertungen von Art. 125 Abs. 2 ZGB zu füllen wäre, weil diese Norm gar nicht so sehr «die Ehe», als die *nachbeziehungsrechtliche Solidarität generell* abbildet; es ist im Einzelfall lediglich danach zu differenzieren, welche Nach-Beziehung*ssolidarität* aufgrund der tatsächlich gelebten Beziehung eingefordert werden kann, und da mögen sich durchaus Unterschiede ergeben, wie das Art. 125 ZGB letztlich ja selbst für die vom Gesetz grundsätzlich als «einheitlich» konzipierte Ehe signalisiert. Wie auch immer ein allfälliger «Pacs» ausgestaltet würde (die Ausgestaltung obliegt sowohl dem Gesetzgeber wie auch den Vertragsschliessenden), müsste dort Analoges gelten; und das führt dazu, dass letztlich selbst im Falle einer nicht registrierten Beziehung, die eben doch auf einem (konkludenten) Beziehungsvertrag gründet, aus gesellschaftsrechtlichen Gründen¹⁵ bei Auflösung der Gesellschaft sich die Notwendigkeit einer Liquidation und damit unter Umständen einer Kompensation ergibt. Solches ist (beziehungs-)rechtlich noch nicht restlos gereift (und ist *beziehungsrechtlich* zu verfeinern), aber es wird doch in den Labors entwickelt. Die Vorstellung indes, dass Beziehungsaufösungen «kostenneutral» seien, verkennt einerseits die ideellen Kosten, aber auch den Umstand, dass selbst eine explizite Nicht-Entschädigungsvereinbarung bei der Ehe ohnehin nicht und auch bei anderen Beziehungsformen nicht ohne weiteres gültig sein dürfte.¹⁶ Man wird sich einzig hüten müssen, den Konflikt zu romantisieren, denn der angeblich so leichtin auflösbare «Pacs» lässt sich zwar tatsächlich nach Art. 515-7 Abs. 5 des französischen Code civil durch einseitige Mitteilung über die zuständige öffentliche Stelle an den anderen Partner aufheben, nur muss die wirtschaftliche und organisatorische Lebensgemeinschaft unter den Beteiligten dann doch noch physisch liquidiert werden, soweit nicht einfach «Verschollenheit» eintritt.

¹⁵ Vgl. Art. 531-533 OR betreffend Beiträge und Gewinn- und Verlustteilung bei der einfachen Gesellschaft.

¹⁶ Die sog. «*prenuptial agreements*» («*Prenups*»), welche das Kostenrisiko der mutmasslich unterhalts-/entschädigungspflichtigen Partei begrenzen sollen, stossen zumindest im schweizerischen Recht auf erhebliche Bedenken (vgl. Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 25 Rz. 20 [Fn 25]) und sind jedenfalls nur unter bestimmten Rahmenbedingungen haltbar, im Grundsatz allerdings durchaus sinnvoll.

Dass niederschwelligere Beziehungsformen gesucht werden, unterstreicht allerdings nur die *fortbestehende Bedeutung von Beziehungen* – auch wer (noch) nicht heiratet, empfindet «*Sehnsucht nach Familie*»¹⁷ und vertritt damit Werte, die all jene erfreuen müssen, welche für den Fortbestand der Ehe kämpfen, die denn ja auch ohne jeden Zweifel fortbestehen wird, wenn auch unter Veränderung gewisser Parameter – von einem *partnerschaftlichen* Beziehungsverständnis wird in unseren Breitengraden wohl in derjenigen Zeit, die der Schreibende zu überblicken vermag, allerdings nicht mehr abgewichen werden ... und doch möge man in der Euphorie über all das, was glücklicherweise heute möglich ist, nicht vergessen, dass dem Fortschritt auch schon Rückschritte folgten. Das soll nicht den Fortschritt hemmen, aber doch ein sorgfältiges Vorgehen anregen, um sich nicht einem erzwungenen Rückzug ausliefern zu müssen: Schon das ausgehende 19. Jahrhundert (im Zeitpunkt der Entstehung des schweizerischen ZGB und des deutschen BGB) beklagte den Zerfall von Werten und nationaler Identität, die überbordende Industrialisierung, den Verkehr ... und suchte das Heil in romantischer Heimatliebe, die zwar erbaulich sein mag, aber nicht gesetzlich erzwungen werden kann.

Vervielfältigung der Beziehungsformen ... und die «Einfältigkeit» der Krisenursachen

Man wird sich hüten müssen (und war noch nie erfolgreich darin), die Lösung von Beziehungsproblemen durch Neuformulierung gesetzlicher Normen zu suchen und zu erhoffen. Auch wenn rechtlich die «Kündigung» einfach ist, ist *technisch* und *emotional* das «Räumungsverfahren» dann unter Umständen doch recht belastend. Beziehungen scheitern nicht primär am Gesetz, sondern an internen Spannungen, die zwar durchaus von aussen befeuert werden mögen, denn jede Beziehung ist letztlich auf Ressourcen bezüglich Raum (Wohnung), Geld (Einkommen bzw. Rahmenbedingungen, die Einkommen ermöglichen, z.B. Kinder- oder sonstige Angehörigenbetreuung) und Gesund-

¹⁷ So hatte der «Spiegel» getitelt: «Sehnsucht nach Familie» (2007). Das Wechselspiel von Beziehungssehnsucht und Beziehungsfrust liesse sich allerdings mit zahllosen Publikationen weltweit belegen: z.B. Cherlin 2009; aus diesem Mix von Idealisierung und Stigmatisierung resultieren letztlich angesichts der zunehmenden Pluralität von Beziehungsformen auch die Schwierigkeiten einer differenzierten und effizienten Familienpolitik in allen Dimensionen der wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und nationalen Aspekte (vgl. dazu etwa Coontz & Parson & Raley 2008).

heit angewiesen.¹⁸ Kein Gesetz kann konfliktfreie Konflikte gewährleisten, und eine Vereinfachung der Kündigungsmodalitäten täuscht nur über die je nach Beziehungsstruktur fortbestehenden, unter Umständen massiven Schwierigkeiten hinweg, welche die Entflechtung von gemeinsamer Biographie, gemeinsamem Haushalt und vermischten persönlichen Finanzen mit sich bringt. Jedes Gericht wird bestätigen, dass unabhängig vom Beziehungstyp (Ehe, Konkubinat, Arbeitsvertrag oder was auch immer) die Feststellung, dass die Parteien sich entfremdet haben, jeweils keiner näheren Begründung bedarf, wohl aber die Liquidation aller bestehenden persönlichen Verflechtungen.

Konflikte im Schosse des «Mikrokosmos Familie» sind sozusagen systemimmanent (unter Umständen sogar in einem positiven Sinne dynamisierend) und daher nicht von einem Einzelnen der beiden Gatten zu verantworten; der Konflikt ist von den beiden Gatten auch nicht «quotal» zu verantworten, da exogene Einflüsse (z.B. Vereinbarkeit von beruflichen und schulischen Stundenplänen und Agenden, Betreuungs- und Erholungszeiten usw.) mitzubedenken sind bzw. eine nicht maximale Stressresistenz nicht subjektiv vorwerfbar ist. Es wäre wohl gerade im Rahmen einer europäischen Harmonisierung die Diskussion darüber zu führen, wie die «Missbrauchsfälle» (die sich oft noch nicht im Zuge des eigentlichen Scheidungsverfahrens, sondern erst danach im Kontext von Konflikten um persönlichen Verkehr und Unterhalt ergeben) zu behandeln sind¹⁹ – ob insbesondere ein allgemeiner Rechtsmissbrauchsvorbehalt zu genügen vermag, um für die Rechtsprechung ausreichende, die Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte gewährleistende Leitplanken zu setzen, bzw. welche Tatbestände in einen exemplifizierenden Katalog²⁰ aufzunehmen wären.

¹⁸ Der Schutz von Familien und Beziehungen erfolgt heute kaum durch das Zivilrecht und die Ordnung der Familie im ZGB (wie etwa die Eheschutznormen von Art. 171 ZGB), sondern durch *sozialrechtliche* Absicherung (Art. 41 Abs. 1 lit. c BV) und *wirtschaftliche* Fördermassnahmen (Familienwohnungen, Kinderbetreuung, Art. 108 Abs. 4 bzw. Art. 116 BV) bzw. eine (vom Familienmodell weitestgehend unabhängige) familienfreundliche Grundhaltung (Art. 8, 13 und 14 BV). Ob ein Titel wie «Familien brauchen keine Förderung mehr» (2015) bezüglich Wohnbauförderung und Stadtentwicklung bereits den endgültigen Glückszustand umreisst, darf füglich bezweifelt werden. Und andere Aspekte dürfen nicht vergessen werden: *Erziehungshilfe* gegenüber Eltern, z.B. bezüglich Ernährung der Kinder («Parenting practices are associated with fruit and vegetable consumption in pre-school children») ist der Titel eines Beitrags von O'Connor et al. 2010).

¹⁹ Für das schweizerische Recht regelt Art. 125 Abs. 3 ZGB die Tatbestände einer möglichen Anspruchsverweigerung, vgl. dazu statt aller Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 24 Rz. 64 ff.

²⁰ Vergleichbar Art. 125 Abs. 2 und 3 ZGB bzw. § 1579 BGB.

Beziehungen: Zwischenmenschlich und international

Konflikte bestehen nicht nur unter den an einer Beziehung Beteiligten, sondern auch unter verschiedenen an einer Beziehung beteiligten Rechtsordnungen. Konflikte unter verwandten, in einem gleichen soziokulturellen und ökonomischen Raum angesiedelten, nationalen Rechtsordnungen mit gemeinsamer Tradition werden sich im 21. Jahrhundert nivellieren, so wie sich im ausgehenden 19. Jahrhundert kantonale und teilstaatliche Eigenheiten auf nationaler Ebene angeglichen hatten. Wenn sich dabei allerdings (nicht anders als bei der Sprache: Neben der deutschen Standardsprache etablieren sich zunehmend bewusster gepflegte Varianten) regionale Eigenheiten erhalten (wie sie z.B. das ZGB beim erbrechtlichen Pflichtteilsrecht über ein Dreivierteljahrhundert mitgeschleppt hatte), so ist das auch Ausdruck von rechtskulturellem Reichtum und gedanklicher Anregung, wenn insgesamt eine sinnvolle Koordination gewährleistet ist. Diese zwingende Koordinationsaufgabe bedingt allerdings den offenen Blick über die Grenzen, nicht aber ein sklavisches Nachrücken auf die scheinbar «fortschrittlichste» (oder «extremste») Position. Lässt man den Blick rechtsvergleichend schweifen, so begegnet man immer auch wieder «tieferen Standards»; dass diese unverstänlich wirken,²¹ belegt nur, dass stets eine Bandbreite von (lokal scheinbar) «Verständlichem» denkbar ist. Die Verschiedenheit der Denk- und Sichtweisen zwingt, je das eigene Verständnis zu hinterfragen und den Diskurs zu versuchen. Das Ziel muss tendenziell ein höherer Freiheitslevel und Respekt vor individuellen Anliegen sein, aber der Umstand, dass ein Spektrum möglicher Lösungen besteht, deutet auch an, dass Gesetzgebung eher auf ein (breiteres) Optimum denn ein (singuläres) Maximum tendiert – mithin immer auch gesellschaftliche Kompromisse abbildet²² und erfordert. Noch ausgeprägter als im Familienrecht zeigt sich dies aktuell etwa im Umgang mit *Sterbehilfe*: Obwohl «Menschenwürde» und «Lebensschutz» eigentlich nicht nationalen Begrifflichkeiten folgen können, besteht ein (allzu) breites Spektrum von Varianten und müssen die unverzichtbare Koordination nationaler «Sub-Perspektiven» und die gleichermaßen unverzichtbare Koordination absoluter («idealer») Vorstellungen von Lebensschutz und heutiger medizinisch-technisch-apparativer («künstlicher») Lebensverlängerung auf höherer Ebene als lokaler Politik und Gesetz-

²¹ Als zufälliges aktuelles Beispiel sei das japanische Familiennamensrecht herausgegriffen, vgl. Zoll 2015: 7; zu den Schwierigkeiten der Rechtsentwicklung durch Rechtsvergleichung, vgl. auch Breitschmid 2007b: 715 ff.

²² Eindringlich in diesem Sinne im Vorfeld der Entstehung des ZGB die seinerzeitige Stellungnahme der Schweizerischen Frauenverbände im Jahre 1911: «Nous n'avons pas, il est vrai, obtenu la totalité de ce que nous espérons obtenir, mais il y aurait de l'injustice de notre part à ne pas tenir compte des points qui constituent un progrès réel sur la situation qui nous était faite jusqu'ici» (vgl. Alliance de sociétés féminines suisses 1911: 3 f.).

gebung diskutiert werden: Vor- und Überrechtliches kann von nationaler Gesetzgebung nur unbeholfen und unvollständig erfasst werden.

Beziehungen: Hoffnungen und Realitäten

Die Rechtsordnung ist Friedensordnung und regelt deshalb Konflikte. Konflikte gibt es weiterhin, auch in einer auf Selbstverantwortung und Selbsteinigung gerichteten Rechtsordnung wie dem seit dem Jahr 2000 geltenden Scheidungsrecht, das als *Regelfall eine umfassende Einigung* der Parteien²³ postuliert. Es gibt Rechtsunterworfenen, die zu wenig «ideal» sind, um ins Schema der relativ idealen Gesetzgebung zu passen, die streiten, ihren Frust loswerden, es «dem anderen zeigen» wollen. Man begegnet diesem Typ Mensch eher im niedrigen Gerichtsalltag als in den Sphären der wissenschaftlichen Beschäftigung – und man darf ihm nicht böse sein. Die unausweichliche Zentralisierung mancher Dienstleistungen (Grundversorgung mit Gütern des täglichen Bedarfs, aber auch von früher familiär erbrachten Aufgaben wie Gesundheits-, Altersvorsorge, Kinderbetreuung) und die Individualisierung in der Vielfalt kultureller, sozialer, wirtschaftlicher und technologischer Prozesse berührt das System der auf (Status-)Familie, darauf ausgerichteter Autonomie und Selbstverantwortung, teils auch auf tradierten «Rollenbildern» und Wünschen aufbauenden Rechtsordnung grundlegend, ändert aber alles nichts daran, dass der Mensch im alltäglichen Stress von Familie, Arbeit, Ringen nach etwas Glück, Wohlstand und Ansehen oft an der Belastungsgrenze agiert – dadurch unberechenbar wird, wenn die Perspektiven zu zerbrechen drohen. In einer hektischeren Umwelt muss die Rechtsordnung weiterhin Sicherheit (Rechtssicherheit, die auf Stabilität gründet) vermitteln, ohne selbst zum (nur) statisch-beharrend-retardierenden Moment zu werden. Die in manchem gestiegene Unsicherheit weckt bisweilen den Ruf nach einer strafferen Rechtsordnung, die indes den gestiegenen Ansprüchen nur durch eine gesunde Flexibilität genügen kann; eine Flexibilität, die zwar nicht weichmacherisch unverbindlich, aber die Entwicklung der Rahmenbedingungen reflektiert-begleitend, verlässlich und solide im Kontext verankert ist.

²³ Art. 111 ZGB.

Wie man Frustrierte, Enttäuschte, Hilflose zur Raison bringt, wird nicht im juristischen Curriculum verraten und denn auch in den Publikationen kaum beschrieben. Auch Mediation ist nur mit nach Beratung und durch Einsicht einigermaßen mediationstauglichen Parteien in einer für den mediativen «Prozess» geeigneten, einen minimalen Spielraum und minimales Verständnis für andere beinhaltenden Konstellation möglich. Ansonsten kann dem Konflikt nicht ausgewichen werden: Er ist da. Und wo Konflikte vorhanden sind, kann sich die Rechtsordnung nicht «verabschieden» – ein staatsfreies Familien(konflikts)recht ist insofern kein taugliches Modell.²⁴ Immerhin scheint mir aber nötig, mit Nachdruck festzuhalten, dass das Familienrecht so schlecht gar nicht ist wie sein Ruf. Dass es unglücklich verlaufende Beziehungen gibt, erfordert ein *Beziehungskonfliktsrecht*, aber es ist *nicht* dieses *Recht*, das die Konflikte auslöst. Immerhin sind einerseits Konflikte Teil von Spannungen und Entwicklungen, die nicht in jedem Falle negativ zu verlaufen brauchen; die Vorstellung, dass gerade *enge* Beziehungen *konfliktfrei* sein müssten, ist zwar romantisch, aber irgendwie fast verträumt-naiv. Die Vielfalt gesellschaftlicher Bilder, die nie von allen rundweg in ihrer gesamten Bandbreite akzeptiert werden wird, ist so breit wie noch nie, die Biographien sind so lang wie noch nie, die Gesundheit besser denn je, aber der Tod selbstverständlich noch immer tödlich, und auch das wirtschaftliche Fundament könnte immer noch etwas besser sein ... aber im Grunde sind die Rahmenbedingungen eigentlich sehr gut. Zwar mag man etwas hypochondern, weil gerade in günstigen Bedingungen leichter erkannt wird, was alles (und mit welchem Aufwand) noch besser sein könnte als dort, wo der Kampf um Existenzielles nicht nur den Atem, sondern auch die Visionen raubt. Aber täuschen wir uns nicht: Zwar ist Scheidung von Ehe oder Konkubinat oder Partnerschaft längst gesellschaftlich anerkannt, jedenfalls kaum mehr stigmatisiert, und rechtlich leichthin möglich. Aber aus gemeinsamer Elternverantwortung gibt es kein Entinnen, und die richtige und unausweichliche Tendenz zu fortgesetzter gemeinsamer Sorge führt zu einem faktischen Kooperationszwang bis hin zu einem räumlich-örtlichen Harmonisierungsdruck der elterlichen Wohnsitze²⁵ ... und zu den entsprechenden raumplanerischen Folgen der entsprechenden Wohnflächenbedürfnisse:²⁶ Ob der moderne «fortgesetzte Zusammenwirkungsdruck» aus raumplanerischen, kosten- und/oder kooperationsbedingten Notwendigkei-

²⁴ Deshalb auch die (bei Fn 16 beschriebene) Zurückhaltung gegenüber rein privaten «*prenups*» und die (bei Fn 11 thematisierte) Zuständigkeit, auch in nicht rechtlich gefassten Beziehungen Recht und Gerechtigkeit zu gewährleisten.

²⁵ Vgl. Art. 301a ZGB (der «Zügel»-Artikel) und dazu Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 43 Rz. 33 ff. *Sorgerecht* bedeutet auch *Betreuungs/ast*: dazu ein noch hängiger Fall am Bundesgericht, NZZ 26.2.2016 S. 17.

²⁶ Vgl. Yu & Liu 2007; dazu existieren zahlreiche weitere Studien mit Titeln wie «House prices and birth rates: The impact of the real estate market on the decision to have a baby» (vgl. Dettling & Schettini Kearney 2011) oder «House Price Shocks and Individual Divorce Risk in the United States» (vgl. Milosch 2014).

ten aber letztlich etwas anderes ist als der seinerzeitige gesellschaftlich-moralische Druck zu weiterem Zusammenleben? Die Betroffenen, die ganz einfach «heute» leben (müssen), dürften sich jedenfalls aus ähnlichen Gründen in gleichem Masse in ihrer Autonomie eingeschränkt fühlen, wie frühere Generationen von den damaligen Gegebenheiten gegängelt.

Für heutige, autonomiebewusste Menschen dürfte allerdings die grösste Enttäuschung meist nicht so sehr im rechtlich nachvollzogenen Scheitern der Beziehung liegen, als vielmehr darin, dass beim Vorhandensein von Kindern der vermeintliche Autonomiegewinn (dank Loslösung aus einer unbefriedigenden Beziehung) durch den organisatorischen Mehraufwand bei fortbestehender gemeinsamer elterlicher Sorge bei weitem übertroffen wird.

Warum es in der «Ich-Gesellschaft» noch immer Beziehungen gibt – Individualität und/oder Gemeinschaft ... mit Kindern

Es ist möglicherweise bezeichnend, dass das Namensrecht von 2013 – mit dem Anliegen der Namenskontinuität von Geburt bis Tod unabhängig von Beziehung und Beziehungsform – zu spät kam; es wäre 1988 im Zuge der Einführung eines partnerschaftlichen Eherechts naheliegender gewesen, nicht die verheirateten Frauen durch einen unaussprechlichen Doppelnamen amtlich als «verheiratet» zu kennzeichnen, sondern «das Unvermeidliche» – nämlich die (namens-)mässige Persönlichkeit jedes einzelnen Individuums – in den Köpfen zu verankern.²⁷ Indes sind die Traditionen (und namentlich das Anliegen eines *gemeinsamen* Namens beider Eltern *und* des Kindes) verwurzelt. Die aktuelle Gesetzeslage ermöglicht, dass sich die Tradition entwickelt, ohne sie in ihrer bisherigen Form zu verunmöglichen.

Indes steht das «partnerschaftliche» Denken beim Namen (das ja letztlich ein Ich-bezogenes Denken des einen oder des anderen Partners ist) in einem gewissen Widerspruch zur oft thematisierten Selbstverliebtheit heutiger Menschen. Das ist kein Vorwurf an eigene Generationen, denn unsere heutige arbeitsteilige Lebensweise hat viel von sichtbaren, auffälligen Vernetzungen in den Hintergrund treten lassen – wir meinen, wir seien autonomer geworden, und legen vielleicht gerade deshalb (noch) mehr Hoffnung in unsere Beziehungen, und

²⁷ Vgl. zur Ordnung von Familien- und Kindername(n) Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 28 Rz. 10 ff. bzw. § 41 Rz. 10 ff.

erfreuen uns an Ritualen ... wie der Hochzeit.²⁸ In einer Zeit der unbeschränkten Zahl von «Likes» haben «*Liebe*» und «*Bindung*» möglicherweise doch *besonderen Stellenwert*²⁹... aber auch die Enttäuschung beim Scheitern.

Zu Recht knüpft denn auch das Familienrecht an das Scheitern von Beziehungen (und damit an das Scheitern von *Emotionen*) sehr weitreichende Folgen ... und entsprechend emotional aufgeladen ist denn auch oft die Beziehungsentflechtung. Diese besondere Emotionalität muss zum Vorverständnis der bisweilen *unbefriedigenden Ergebnisse rechtlicher Behandlung familiärer Konflikte* (im Verhältnis *unter den Ehegatten* und im *Verhältnis Eltern–Kinder*, im Verhältnis aller *anderen* Beziehungen von zusammenlebenden oder sonst wie eng verbundenen *Personen gleicher und verschiedener Generationenstufe, gleichen, ungleichen Geschlechts* oder in *platonischer Beziehung* und im *transnationalen oder interkulturellen* Kontext und unabhängig von wirtschaftlichen, sozialen, bildungsmässigen, religiösen, kulturellen oder irgendwelchen weiteren Diskrepanzen) vorausgeschickt werden. Denn auch das Bewusstsein für den *Grundrechtsschutz* im familienrechtlichen Bereich ändert nichts daran, dass die gestörte und zerstörte Emotion belastet, und zwar die Schwächeren: nämlich die Mehrheit all jener, die wirtschaftlich nicht auf Rosen gebettet sind, einschliesslich des Mittelstands, sowie die Kinder,³⁰ wobei Letztere auch durch *nicht* scheidungsauslösende Elternkonflikte belastet werden. Zwar gibt es neuerdings eine zunehmende Zahl tröstender Umfrageergebnisse, wonach das Glück in der Patchworkfamilie liege; daran ist keineswegs zu zweifeln,³¹ nur hat jede Statistik auch eine andere Seite: Weder sind alle in ungetrennter Ehe ihrer Eltern lebenden Kinder glücklich noch alle Patchworkkinder, und die Rettung unglücklicher Situationen liegt kaum im Übergang zu einem anderen unglücklichen Zustand, sondern es dürfte eher jene Empirie zumindest gleiche Plausibilität haben, wonach glückliche Menschen grössere Chancen haben, ihrerseits auch wieder auf glückliche Menschen zu treffen ...³²

²⁸ Selbst die Scheidung erfordert Rituale, vgl. Bianca 2015.

²⁹ Ein Titel wie «*Familienbande*» bildet in seiner ganzen Ambivalenz (eine «fröhliche Bande» oder «eng verbunden») diese Einzigartigkeit von Beziehung ab: Caprez 2012.

³⁰ Vgl. z.B. zum Kindeswohl aus öffentlich-rechtlicher oder grundrechtlicher Sicht zuletzt: Wapler 2015, in der Schweiz ferner: Kaufmann & Ziegler 2003.

³¹ Schon Erich Kästner «Doppeltes Lottchen» (1949) beschreibt eine *Patchworkfamilie*, wenn auch mit «kitschig-traditionellem» Ende.

³² Stutzer & Frey 2006.

«Beziehungsrecht» erfasst auch die *Beziehungen von Kindern zu Erwachsenen* und zu (Stief-)Geschwistern. Kinder leben vielfache Beziehungen, teils mit Begeisterung, teils auch einfach, weil «es so ist»; sie leben Beziehungen innerhalb ihrer (Status-)Verwandtschaft, und auch darüber hinaus oder ausserhalb, auch in Krippen und bei Tageseltern. Nur mit der Lockerung des verwandtschaftlichen Status ist es nicht getan – es geht um die Qualität gelebter Beziehungen und um die Achtung und den Schutz von Beziehungen. In der Nach-Scheidungs-/Patchworksituation liegt das Heil nicht einfach in der Abschaffung des Status: Ist das Kind nicht zwingend statusmässig bestimmten Erwachsenen zugeordnet, erhöht dies zwar seine «Mobilität» (eine Eigenschaft, die gleichermassen vielsprechend wie zweifelhaft sein kann) und damit letztlich seine Integration in die faktische Umgebung. Dies ist zwar ausgesprochen positiv, wo die Status-Beziehung nicht (mehr) gelebt wird. «Mobilität» könnte allerdings auch recht beliebige Verschiebbar- und Verfügbarkeit bedeuten, welche durch das Kindeswohl begrenzt wird. Zur formal-prozeduralen Wahrung dieses Kindeswohls mögen dann Heerscharen von Kinderanwältinnen und sozialberuflichen Fachleuten eingesetzt werden, die allerdings bei einem Vorschulkind oder Primarschüler letztlich ganz einfach kurzfristig beurteilen, dass das momentane Betreuungsumfeld genügt (und das tut es recht bald, weil eine Veränderung der bestehenden Struktur nur mit Zurückhaltung bzw. nur in Extremfällen erfolgen soll und glücklicherweise die Betreuungssituation zwar oft finanziell arg belastet, emotional aber im Rahmen der Möglichkeiten durchaus zufriedenstellend ist); die gesetzlich verordnete «relative Zwangsgemeinschaftlichkeit» im Rahmen *zivilstandsunabhängiger gemeinsamer Sorge* verhindert kaum die längerfristig vielfach schädliche «Monopolisierung» des Kindes, die sich aus seiner Abhängigkeit von Erwachsenen «ganz natürlich» ergibt. Eine rechtlich erzwingbare, vollstreckbare³³ Lösung für diese Probleme wird es kaum geben: Beziehung kann nicht erzwungen werden.³⁴

³³ Zur (nur, aber immerhin) *beschränkten Vollstreckbarkeit*, vgl. Kilde 2015: Rz. 507 ff.

³⁴ Wie das möglicherweise frustrierend wirkende, aber realistische Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2015 (BGE 141 III 472) leider sehr rasch nach Inkrafttreten der Novelle zur gemeinsamen elterlichen Sorge deutlich gemacht hat (s. nun aber immerhin das Urteil vom 26. November 2015, 5A_202/2015 [zur Publikation vorgesehen]). Es ist aus rein faktischer Sicht zweifelhaft, ob gesetzgeberische Bemühungen aufzuhalten vermögen, was Mitscherlich 2003: 175 ff. («Der unsichtbare Vater») vor einem halben Jahrhundert beschrieben hatte ... obwohl wir heute in einer *sharing economy* leben und eigentlich eine weniger besitzergreifende Grundhaltung in jeglicher Hinsicht (Gegenstände, aber selbstverständlich auch Mitmenschen) einnehmen sollten. Dagegen kämpft nun allerdings sogar der *Europarat*, ob erfolgreich, wird sich weisen: Council of Europe 2015.

«Status» und «Nicht-Status» von Beziehungen

Zwei *Grundfragen* stellen sich (unabhängig von Stand und Konzeption einer Familiengesetzgebung): (i) Gibt es eine «*Normalfamilie*», welche in irgendeiner Form Anhaltspunkt für die gesetzgeberische Ordnung bilden könnte, und – damit verbunden – (ii) gibt es ein «*Normalverhalten*», damit problematische Situationen nach einheitlichen Wertungen angegangen werden können?

Beides ist zwar klar zu verneinen; gleichzeitig aber haben wir festgestellt, dass der Mensch durchaus nach Familie tendiert, eine «Normal»- oder auch «Ideal»-Vorstellung davon hat (weshalb überhaupt Strukturen für gleichgeschlechtliche Partnerschaften mittlerweile selbstverständlich geworden sind), und alle sind im Krisenfall ob des Scheiterns enttäuscht und allenfalls auf Kompensation des enttäuschten Vertrauens erpicht.

Eine der (unabhängig vom Stand der Gesetzgebung) ungeklärten und wohl nicht für alle Zeiten entschiedenen Fragen ist die *Behandlung des Verschuldens in der Behandlung des Konflikts* und möglicher Kompensation für Schaden aus enttäushtem Vertrauen in das (Fort-)Bestehen von Beziehung. Zwar ist mit aller Entschiedenheit den Bemühungen entgegenzutreten, welche Verschuldensabklärungen im Blick auf eine – wie auch immer verstandene – «gerechte Entscheidung» wieder einzuführen trachten. Konflikte im Schosse des «Mikrokosmos Familie»³⁵ sind sozusagen systemimmanent und Zahlungen fließen nicht als Strafe, sondern als Folge nachwirkender Solidarität aus begründetem Vertrauen.

Es besteht eine «zentrifugale Flucht in die Nebengesetze» (wie etwa das PartG oder künftig möglicherweise eine gesetzliche Grundordnung des «Konkubinats»),³⁶ statt dass der *Grundtypus* (Lebensbeziehung mit grundsätzlich unbeschränkter Dauer, aber mit «Kündigungs-» und/oder «Sistierungsmöglichkeit») in seinen Varianten (Beziehung mit/ohne Kinder, Beziehung nur für beschränkte biographische Phasen, z.B. Altersehe, oder Beziehung mit erleichterten oder erschwerten Kündigungsoptionen, gegebenenfalls in Abhängigkeit zu gewissen wirtschaftlichen Parametern der Beteiligten wie z.B. Erwerbstätigkeit bzw. Erwerbstätigkeitsquote, gegebenenfalls Betreuungslasten bei behinderten oder kranken Familienmitgliedern) als Modell mit Varianten (Plattform-Konzept) übersichtlich geregelt würde.

³⁵ Vgl. Fn 19.

³⁶ Vgl. Kramer 2005: 424.

Beziehungskrisen symbolisieren den havarierten Status des Beziehungs-Status welcher Statur auch immer. Von Havarie zu sprechen dürfte angesichts der Scheidungsquoten (ob diese nun bei einem Drittel oder der Hälfte liegen, ist dabei ziemlich irrelevant) kaum übertrieben sein, weil selbst nicht aufgelöste Beziehungen nicht ohne weiteres «heil» sind. Wird gesetzgeberische Pflege des Status künftig genügen, um vernünftige Beziehungsnetzwerke unter emotional, zumindest zeitweise in irgendeiner Art miteinander verbundenen Personen zu erhalten? Als staatliche Konfliktordnung für den Krisenfall wäre es doch Aufgabe der Rechtsordnung, auch unregelmässigen Beziehungen zwar nicht einen statusmässigen Rahmen zu geben (das wäre *contradictio in adiecto*), aber auch für sie ein Netzwerk zu schaffen, das in der Krise minimal trägt. Das ZGB kennt das Konkubinat explizit seit Anfang 1981,³⁷ und sowohl bei Stiefkinderbelangen wie auch beim Kind unverheirateter Eltern sind entsprechende Normen Standard (Art. 278 und 296 ff. ZGB). Ob im Erbfall (namentlich bei jüngeren Paaren, deren Vermögensverhältnisse noch keine grossangelegte Planungsoffensive nahegelegt, die aber doch eine wirtschaftlich eng verflochtene Gemeinschaft gebildet haben) die schiere Nicht-Teilhabe adäquat sei (Unterhaltssicherungsfunktion des Erbrechts als Kernthema), bleibe hier dahingestellt, bildet aber in der pendenten Erbrechtsrevision (Motion Gutzwiller) ein wichtiges Thema.³⁸

Schliesslich sei ganz prosaisch angemerkt – was in allen Staaten überzeugt –, dass der Status bzw. die verbindliche gegenseitige Unterstützung in engem Konnex mit steuerlich-sozialversicherungsrechtlichen Fragen steht: Ob ein Paar oder Einzelne für Kinder verantwortlich sind oder als Paar nur unter sich, hat unmittelbare Rückwirkungen auf die Belastung öffentlicher Kassen – wegen der föderalistischen Vielfalt von Steuer- und Sozialhilfesystemen allerdings ein in höchstem Masse unübersichtliches und deshalb stiefmütterlich behandeltes Feld.

³⁷ Inkrafttreten der Bestimmungen über die Fürsorgerische Freiheitsentziehung, wo in aArt. 397d ZGB auch «nahestehenden Personen» das Recht eingeräumt worden war, ein Gericht anzurufen.

³⁸ Breitschmid 2015: 63 f. Wie bereits in Fn 11 angedeutet, sieht der Bundesrat in seinem Vorentwurf 2016 zur Revision des Erbrechts (Art. 484a ZGB) nun für unverheiratete Paare ein gesetzliches Unterhaltsvermächtnis vor, allerdings nur als «Speziallösung für besonders stossende Fälle»; «besonders stossende Fälle» sind nach meinem Empfinden allerdings eher die Renten- und Steuerkonkubinate (für die entsprechend ein solches gesetzliches Rentenvermächtnis sicher nicht in Betracht fällt), nicht aber die üblichen Beziehungen im Rahmen üblicher Biographien, die letztlich recht oft später sogar in eine Ehe münden; siehe detaillierter Jungo (2016), Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda.

Wie schlecht geht es den Familien? Und wie schlecht ist das Familien(beziehungs)recht?

Weil Menschen ein doch ganz natürliches Bedürfnis nach glücklichen Beziehungen haben, bleibt zum Schluss doch die Frage: *Wie schlecht geht es den Familien? Und wie schlecht ist das Familienrecht?*³⁹

Weder ist das ZGB ein Monster, noch ist es monströs, was alles «wegen der Gesetze» nicht möglich scheint. Denn eigentlich ermöglicht das Gesetz, all jene Chancen und Hoffnungen zu realisieren, die realisierbar sind. Dass Gewisses *nicht* realisierbar ist – und etwa der Leihmutterschafts-Boom der Zahlungskräftigen daran scheitern könnte, dass die «Rohstoff-Länder» sich gegen Ausbeutung wehren⁴⁰ –, ist nicht Folge einer böartig-menschenfeindlichen Grundhaltung vertrockneter Gesetzesredaktoren, sondern Teil jener Grenzen, die gänzlich freier Lebensgestaltung in jeder Generation gelegentlich in jeweils ganz unterschiedlicher Ausprägung im Wege stehen: Heutige Restriktionen orientieren sich nicht an tradierten religiösen oder sittlichen Normen, aber natürlich weiterhin daran, dass das Recht (Art. 20 OR) Recht und Sittlichkeit zu wahren hat;⁴¹ das bedeutet im heutigen Kontext ein erhöhtes Bewusstsein für Übervorteilungsrisiken bei eigennütigen Interessenlagen, Diskrepanzen im international-interkulturellen Austausch, aber auch Einschränkungen der beliebig-egoistischen Optimierung im Sinne eines kontinuierlichen «Switchens» zwischen je emotional, steuerlich und sozialversicherungs- oder unterhalts- und erbrechtlich optimierten Lösungen. Das war ursprünglich zugegebenermassen natürlich auch Hintergrund der (damals) religiös geprägten früheren Rechtsordnungen, die Verantwortungslosigkeit und Überforderung zu verhindern suchten und insofern – entkleidet man sie der religiösen Verbrämung – gar nicht so «total unmodern» waren, weil das (Selbst-)Bild des restlos aufgeklärten, autonom und reflektiert handelnden, wohlhabenden Westlers gerade in *emotionalen* Dingen und angesichts einer

³⁹ Was ja Ansatzpunkt der Überlegungen zur «Modernisierung des Familienrechts» (Bundesrat 2015) ist. Der Begriff der «Modernisierung» ist allerdings insofern heikel, als auch Modernes bald einmal recht überholt wirken kann – eine gewisse Elastizität des Rechts in einem sich laufend entwickelnden Kontext wäre allerdings eher wünschenswert, was im ZGB gerade wegen seiner ursprünglich sehr offen konzipierten Grundhaltung (Art. 1 und Art. 4 ZGB als rechtsvergleichend einzigartige Bestimmungen) gewährleistet war (vgl. dazu Hinweise bei Breitschmid 2007a: 339 ff. und 343 ff.) und im Gesetzgebungsprozess weiterhin die Leitlinie bilden müsste (dazu im Zusammenhang mit der parallel hängigen Erbrechtsreform nachdrücklich Sutter-Somm & Ammann 2016: 13 und 118. Weitere Literatur dazu, vgl. Dörner 1974 sowie Garrison & Scott 2012).

⁴⁰ Indien als klassisches Herkunftsland plant deshalb rigide Einschränkungen: vgl. Indien will Leihmutterschaft einschränken (2015) mit Beschränkung auf Inland-Fälle. Vgl. als weitere Literatur Thomale 2015.

⁴¹ Wen das altertümlich anmutet, lese die nur sprachlich nuancierte Fassung des «OR 2012», vgl. Huguenin & Hilty 2013: Es wird künftig danach «zwingendes Recht» und die «öffentliche Ordnung» zu wahren sein.

knapp zwei Jahrzehnte (!) dauernden Erziehungslast nicht passt. Emotion (und damit Beziehung) schränkt Autonomie und Handlungsfähigkeit ein, was rechtliche Schutzbedürftigkeit auslöst: Wer sich mit «Haut und Haaren» verliebt, wird abhängig. Davon wird unweigerlich weiterhin auszugehen sein.

Wie kann die Quadratur des Scheidungs- bzw. «Beziehungsentflechtungs»-Zirkels zukünftig bewältigt werden? Eher als in den Stuben der Gesetzgebung dürfte in den Gerichtssälen – im Rahmen der Handhabung von «Billigkeitsgeneralklauseln» wie den nicht abschliessenden Katalogen von Art. 125 Abs. 2 und 3 ZGB – entschieden werden, ob passable Lösungen entstehen; auch dort bestehen allerdings *Ressourcenprobleme*, die bisweilen möglicherweise die Qualität der Befindlichkeit entscheidender tangieren als die Unvollkommenheit der Gesetzgebung. Die *erhöhte Scheidungsquote* manifestiert nicht das Ungenügen des Scheidungsrechts (im Gegenteil: offenkundig lässt sich scheiden), und auch Scheidungsfolgenkonflikte sind nicht zwangsläufiger Anhaltspunkt für (verfahrens-)rechtliche Mängel; vielmehr bildet die hohe Scheidungsquote die *gesellschaftlich-demographische Entwicklung* ab: Weder das Gesetz noch die Menschen sind schlechter geworden,⁴² sondern es ist der «Status» bei einem Leben, das sich nicht in einmaliger Fortpflanzung biologisch schon erschöpft hat, sondern mehrere Lebensabschnitte mit je eigenen Zwängen und Chancen zur Veränderung (z.B. Berufswechsel und Weiterbildung) einschliesst, einfach nicht durchzuhalten, namentlich wenn in der gesellschaftlichen Beurteilung manchmal eher der Durchhaltewillen belächelt als Hintanstellung der eigenen Ansprüche gefordert wird (was eine langjährige Partnerschaft – ich spreche nicht vom «Idealziel» lebenslänglich – bisweilen mit sich bringen mag).

Allerdings darf man eines nicht übersehen: Ist die Beziehung *gescheitert*, sind auch ein «Pacs» oder eine vertraglich explizit begründete und selbst eine nur faktische Lebensgemeinschaft («gewöhnliches Konkubinats») *aufzulösen*. Die oft konfliktuelle Auflösung einer konfliktuell gewordenen Beziehung ist unabhängig von ihrer Rechtsform ein Vorgang, der unvermeidlich belastend und tendenziell konfliktuell ist.

⁴² Für ein Stimmungsbild aus der «heilen alten Zeit», die (nur) in der Erinnerung so unbeschwert und gut war, vgl. Strebel 1944. Auch frühes *religiöses* Eherecht hatte weniger «Religion» als die «Schaffung klarer Verhältnisse» im Sinne: s. Schott (1992) passim.

Folgerungen

Längst ist «die Ehe» nicht mehr einziges Modell einer «Zusammenlebensordnung»; längst gibt es «*die*» Ehe nicht mehr (gab es sie je?⁴³); gleichzeitig sind auch «alternative» Beziehungsformen einerseits bereits etabliert und andererseits in ihrer Ausprägung sehr vielgestaltig, aber statt «alternativ» eigentlich längst eingelebt. Es gibt auch nicht «unzulässige» oder «falsche» Beziehungsformen,⁴⁴ aber es gibt durchaus *unterschiedliche* Beziehungsformen. Man könnte trotz aller Risiken fast von einer «Sehnsucht nach Familie» sprechen, die sich in vielfältiger(er) Form realisieren lässt, und deren Glücksempfinden jedenfalls nicht vom Recht verhindert wird. Familie bzw. Beziehung ist dort, wo man auch hingehen kann, wenn es einem schlecht geht, wo man angenommen, getröstet und vielleicht motivierend kritisiert wird ... und zwar zivilstands*un*abhängig.

An sich ist die Organisation von (auch sehr persönlichen) *Beziehungen* ein (gewöhnlicher) *Vertrag*; ungewöhnlich ist, dass dieser Vertrag über alltägliche Belange («Betriebsstätte», «Finanzierung», «Betriebsabläufe») hinausgeht und auch sehr *emotionale* Sphären (Freundschaft, Visionen und Entwicklungen) einschliesst, die sich damit weitgehend generell-abstrakten gesetzlichen Vorgaben entziehen. Trennung oder Entflechtung enttäuschter Hoffnungen auf Gemeinsamkeit ist unabhängig vom Zivilstand belastend.

Gerade weil Beziehungen etwas zutiefst *Persönliches* sind, das sich in unterschiedlichsten «Gefässen» in unterschiedlichster Richtung entwickeln kann, ist eine Qualifizierung nach der tatsächlichen Struktur (mit oder ohne Kinder; wechselseitiges Verständnis und Vertrauen und eine gewisse wirtschaftliche, soziale, kulturelle Nähe) und nicht nach terminologischer Einordnung (Ehe oder Nicht-Ehe) oder geschlechtlicher Ausrichtung der Beteiligten geboten. Diese Struktur kann sich während der Beziehungsdauer typischerweise auch ändern und entwickeln (verdichten oder lockern), bedarf aber in jedem Falle einer gewissen rechtlichen *Sicherheit*. Was gesetzlich geordnet werden muss, sind gewissermassen *konsumentenschützerische* Aspekte. Die gesetzliche Struktur hat in etwa dem zu entsprechen, was sich die typischen «BenutzerInnen» der gesetzlichen Ordnung vorstellen, weshalb für unverheiratete Paare

⁴³ «Alles bleibt, wie es nie war», Schweizerisches Landesmuseum 2008; oder ein Band, der schon eine Generation früher erschienen war: Lempp 1986; Levy (2016).

⁴⁴ Auch polygame Beziehungen (als «klassisches» Beispiel einer gegen den hiesigen «ordre public» verstossenden Beziehungsform) sind nicht per se zu stigmatisieren, aber natürlich in einem gänzlich anderen Kontext angesiedelt und ohne Beziehung zu diesem Kontext tatsächlich qualifiziert fremd.

welcher geschlechtlichen Ausrichtung auch immer – angesichts unterschiedlichster Teilregelungen bis hin zum Sozialversicherungs-, Schuldbetreibungs- und Steuerrecht – unverständlich wirkt, dass das Zivilrecht die Materie fast gänzlich ignoriert.

Gleichzeitig kann die Gesetzgebung dem *Sprachgebrauch* nicht vorschreiben, wie Begriffe zu nutzen sind – der Sprachgebrauch entwickelt sich einigermassen unabhängig von der gesetzgeberischen Wortwahl: Eingetragene PartnerInnen verstehen sich als «verheiratet» und haben nach aktueller gesetzlicher Ordnung keine gemeinsamen Nachkommen – sind mithin gewissermassen kinderlose Ehegatten; aber es besteht natürlich unweigerlich die Gefahr, dass bei gesetzlicher (Zwangs-)Gleichstellung von Ehe und eingetragener Partnerschaft der alltäglich-umgangssprachliche Sprachgebrauch bald einmal «normale» und «andere» Ehen unterscheiden wird ... und sich damit die Frage stellt, was man gewonnen hat. Es ist an die terminologischen Beschönigungen des Erwachsenenschutzrechts von 2013 zu erinnern: Für die Lebensqualität macht es keinen Unterschied, ob ein «Heim» vom Gesetz als «Anstalt» oder als «Einrichtung» bezeichnet wird, sondern es zählt die Qualität der Leistungen und Empathie des Personals.

Beziehung meint unabhängig von ihrer Rechtsform eine gewisse *Stabilität* und schafft einen Zustand («Status»), doch sind Beziehungen nicht statisch: Ob unter Erwachsenen oder im Verhältnis von Erwachsenen zu Kindern *entwickeln* und verändern sich Beziehungen. *Beziehung erfordert Rücksicht und Koordination* (vgl. sinngemäss Art. 159 ZGB, der eigentlich nichteheliche, sondern grundsätzliche Freundschafts- und Loyalitätspflichten definiert); die *aufgelöste* Beziehung erfordert oft allerdings zumindest gleichermassen (wenn nicht wegen der getrennten elterlichen Wohnsitze sogar *erhöht*) Rücksicht und Koordination, wenn gemeinsame elterliche Sorge tatsächlich *gelebt* werden soll. Die *Auflösbarkeit* von Beziehungen (und gerade auch der Ehe) ist selbstverständlich geworden ... und dabei ist etwas untergegangen, dass zwar Beziehungen auflöslich, aber biographische Phasen nicht auslöschar sind – es gibt keinen *clean break* und *keine Delete*-Taste für Lebensabschnitte (auch wenn es für die eigene Lebenszufriedenheit Sinn machen kann, sich nicht geradezu in die negativen Erinnerungen zu verbeissen, sondern sich an positiven zu erfreuen) – insofern ist das Eltern-Kind-Verhältnis typischerweise unauflöslich, und auch wechselseitige partnerschaftliche Verantwortung kann nicht einfach wie das Licht oder ein Facebook-like weggeklickt werden. Zugleich führt die Unauflöslichkeit der Eltern-Kind-Beziehung allerdings gerade im elterlichen Beziehungskonflikt bisweilen zu einem geradezu pathologischen Festklam-

mern an einer emotional überbelasteten «heile Welt»-Beziehung zum Kind. Nur kann auch hier das Recht nur sehr beschränkt das emotionale Empfinden der Beteiligten beeinflussen.

Entscheidend wird mithin auch mit einer grösseren Vielfalt staatlich respektierter oder gesetzlich explizit ermöglichter Lebensformen sein, ob und wie weit es den Beteiligten gelingt, Konflikte unter sich möglichst zu vermeiden oder doch möglichst einvernehmlich zu bewältigen. Dabei sind sie vorab von der Gesellschaft zu stützen, während «Modellpflege» im Bereich der familienrechtlichen Begrifflichkeiten nur wenig bewegt.

Biographie

Prof. Dr. Peter Breitschmid (1953) ist seit 2002 Ordinarius für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB an der Universität Zürich. Er studierte in Zürich und verbrachte seine Doktoratszeit in Zürich, Paris, Padua und München. 1985 wurde er Gerichtsschreiber am Obergericht Zürich. Ab 1988 hatte er Lehraufträge an der Universität Zürich, seit 1993 auch an der Universität St. Gallen, wo er 2000 für Privatrecht habilitiert wurde. Von 2000 bis 2007 war er Ersatzrichter am Obergericht Zürich.

Bibliographie

Alliance de sociétés féminines suisses (1911), «*Le nouveau Code civil et les femmes suisses*», Lausanne: Payot.

Bianca, Andrea Marco (2015), «*Scheidungsrituale, Globale Bestandsaufnahme und Perspektiven für eine glaubwürdige Praxis in Kirche und Gesellschaft*», Diss., Zürich: Theologischer Verlag Zürich.

Breitschmid, Peter (2007a), «100 Jahre ZGB, Bewährung – Bewahrung – Entwicklung», in: *ZSR* 126 (2007) II, 339–386.

Breitschmid, Peter (2007b), «Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB: Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse», in: *RabelsZ* 72/2008, 686–722.

Breitschmid, Peter (2015), «Familienrecht, Familienmodelle und erbrechtliche Beziehungsmodelle», in: *Bulletin SAGW* 1/2015, 63–64.

Bundesrat (2015), *Bericht des Bundesrates vom März 2015 zum Postulat Fehr* (12.3607, Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht).

Caprez, Christina (2012), *«Familienbande, 15 Porträts»*, Zürich: Limmat Verlag.

Cherlin, Andrew J. (2009), *«The Marriage-Go-Round»*, New York: Vintage.

Coontz, Stephanie & Parson, Maya & Raley, Gabrielle, Eds., (2008), *«American Families: A Multicultural Reader»*, 2nd ed., New York: Routledge.

Council of Europe (2015), Parliamentary Assembly, Committee on Equality and Non-Discrimination, *«Equality and shared parental responsibility: the role of fathers»*, vom 14. September 2015 (Doc. 13870).

Detting, Lisa J. & Schettini Kearney, Melissa (2011), «House Prices and Birth Rates: The Impact of the Real Estate Market on the Decision to Have a Baby», in: *National Bureau of Economic Research Working 2011*, No. 17485, abrufbar unter: <http://www.nber.org/papers/w17485.pdf> (besucht am 3. Dezember 2015).

Dörner, Heinrich (1974), *«Industrialisierung und Familienrecht»*, Diss., Berlin: Duncker & Humblot.

Familien brauchen keine Förderung mehr (2015), in: *NZZ* vom 30. Oktober 2015.

Garrison, Marsha & Scott Elisabeth S., Eds., (2012), *«Marriage at the Crossroads»*, New York: Cambridge University Press.

Huguenin, Claire & Hilty, Reto M., Hrsg., (2013), *«Schweizerisches Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil»*, Zürich: Schulthess.

Indien will Leihmutterschaft einschränken (2015), in: *NZZ* vom 30. Oktober 2015.

Jungo, Alexandra (2016), Faktische Lebenspartner als Erben – de lege ferenda, in: *successio* 10/2016, 5–25.

Jürgensen, Nadine (2015), «Das Familienrecht muss mit der Zeit gehen», in: *NZZ* vom 16. Dezember 2015.

Kästner, Erich (1949), «*Das doppelte Lottchen*», Zürich: Atrium Verlag AG.

Kaufmann, Claudia, & Ziegler, Franz, Hrsg., (2003), «*Kindeswohl/Le bien de l'enfant*», Zürich: Rüegger Verlag.

Kilde, Gisela (2015), «*Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte*», Diss., Zürich: Schulthess.

Kramer, Ernst A. (2005), «Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts», in: *ZSR* 124 (2005) I, 421–433.

Lempp, Reinhart (1986), «*Familie im Umbruch*», München: Kösel-Verlag.

Levy, René (2016), «*Wie sich Paare beim Elternwerden retraditionalisieren, und das gegen ihre eigenen Ideale*». Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften, (Hrsg.), *Swiss Academies Communications* 11(3).

Milosch, Jennifer (2014), «House Price Shocks and Individual Divorce Risk in the United States», abrufbar unter: <http://www.econ.ucsb.edu/~milosch/housepriceshocks.pdf> (besucht am 3. Dezember 2015).

Mitscherlich, Alexander (2003), «*Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft: Ideen zur Sozialpsychologie*», Weinheim: Beltz.

O'Connor, Teresia M. et al. (2010), «Parenting practices are associated with fruit and vegetable consumption in pre-school children», in: *PHN* 13/2010, Nr. 1, 91–101.

Papaux Van Delden, Marie-Laure (2007), «*Mariages fictifs*», in: *Jusletter* 22. Oktober 2007.

Schott, Clausdieter (1992), «*Trauung und Jawort. Von der Brautübergabe zur Ziviltrauung*», 2. Aufl., Frankfurt: Metzner.

Schweizerisches Landesmuseum, Hrsg., (2008), «*Familien – Alles bleibt, wie es nie war*», Zürich: Schweizerisches Landesmuseum.

Sehnsucht nach Familie (2007), in: *Spiegel Special* (2007), Nr. 4.

Strebel, Jakob (1944), «*Geschiedene Ehen – Erfahrungen und Gedanken eines Richters*», 4. Aufl., Luzern: Räber.

Stutzer, Alois & Frey, Bruno S. (2006), «Does marriage make people happy, or do happy people get married?», in: *JSE* 35/2006, 326–347.

Sutter-Somm, Thomas & Ammann, Dario (2016), «*Die Revision des Erbrechts, Regelungsbedarf in zentralen Fragen und Methodik einer adäquaten Gesetzgebung, 10. Schweizerischer Erbrechtstag 2015*», Zürich: Schulthess.

Thomale, Christ (2015), «*Mietmutterschaft*», Tübingen: Mohr Siebeck.

Tuor, Peter & Schnyder, Bernhard & Schmid, Jörg & Jungo, Alexandra (2015), «*Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*», 14. Aufl., Zürich: Schulthess.

Wapler, Friederike (2015), «*Kinderrechte und Kindeswohl*», Tübingen: Mohr Siebeck.

Yu, Eunice & Liu, Jianguo (2007), «Environmental impacts of divorce», in: *PNAS* 104/2007, 20629–20634.

Zeller, Frank (2003), «Ehe-Intermezzo mit der Schwiegermutter», in: *Jusletter* 4. August 2003.

Zoll, Patrick (2015), «Eine Familie, Ein Name», in: *NZZ* vom 17. Dezember 2015.

Intimité, passion et engagement: quel est le statut actuel des dimensions du lien amoureux?

Intimité, passion et engagement: quel est le statut actuel des dimensions du lien amoureux?

Prof. Dr Nicolas Favez, Université de Genève

Résumé

L'amour est un sentiment complexe. Selon la théorie de Sternberg, trois dimensions fondent le lien amoureux: l'engagement, soit la décision rationnelle d'être en relation avec une personne donnée, la passion, soit l'attrance «pulsionnelle» envers l'autre, et l'intimité, qui se réfère au sentiment de proximité et de partage émotionnel. Tout en étant interdépendantes, ces trois dimensions ont un poids différent d'un couple à l'autre et, surtout, leur importance respective a varié au fur et à mesure de l'évolution des mœurs et des changements sociaux entre les débuts des XX^e et XXI^e siècles. Alors que l'engagement a été jadis un facteur quasiment exclusif dans la constitution et surtout la pérennité d'un couple, les partenaires obéissant aux normes sociales plus qu'à leurs inclinaisons émotionnelles, la passion et l'intimité sont devenues de nos jours prédominantes. Elles s'expriment notamment par deux biais: tout d'abord par la satisfaction des besoins primaires d'attachement, qui varient en fonction de la tendance des partenaires à être évitant ou anxieux dans les échanges interpersonnels; ensuite par la capacité du couple à gérer les désaccords et les conflits, qui donne à la relation un «sens» positif ou négatif. Les principaux résultats des recherches de la psychologie scientifique sur ces thématiques démontrent comment les couples contemporains doivent leur stabilité plus à ces processus internes à la relation qu'à des normes externes, comme celles qui régissent l'engagement. Aider les couples passe ainsi autant par un soutien à la gestion des émotions et aux négociations que par l'édiction de normes.

Mots-clés

Amour, intimité, passion, engagement, attachement, couple, émotions, conflit

Introduction

L'amour est un sentiment universel et il constitue l'une des motivations relationnelles prédominantes chez les humains; il s'exprime et se vit toutefois de façon très différente d'un individu à l'autre. Cette variabilité a mené à envisager l'amour comme un ressenti qui émerge de l'interaction entre plusieurs composants ou dimensions. En psychologie scientifique, l'une des théories les plus élaborées à ce sujet est le «triangle» de Sternberg,¹ selon laquelle trois dimensions fondent le lien amoureux: l'engagement, soit la décision d'être en relation avec une personne donnée, la passion, soit l'attraction pulsionnelle et sexuelle envers l'autre, et l'intimité, soit le sentiment de proximité et de partage émotionnel. Ces dimensions sont interdépendantes; lorsqu'elles sont toutes trois d'intensité mesurée, elles correspondent à un amour théoriquement «accompli» qui est une sorte d'idéal dans lequel la relation est faite à la fois de confiance, de soutien, d'accomplissement sexuel et de solidité sur le long terme. L'importance de ces dimensions varie toutefois d'un couple à l'autre: l'amour peut pencher du côté passionnel, c'est-à-dire être basé sur une attraction sexuelle forte et des émotions intenses, ou alors pencher vers l'intimité et être basé sur la proximité émotionnelle et la complicité, ou enfin être plutôt «raisonnable», en étant basé sur l'engagement et le respect mais peu sur les émotions.

En règle générale, le poids respectif de ces dimensions a fortement varié en fonction de l'évolution des mœurs et des changements sociaux. Ainsi, alors que l'engagement a pu être jadis quasiment un facteur exclusif dans la constitution et surtout la pérennité d'un couple, les deux autres dimensions ont pris une importance grandissante au cours du temps: intimité et passion se sont invitées dans les mariages à partir du début du XX^e siècle, au point qu'elles en sont devenues des ingrédients indispensables.² Ne plus ressentir d'intimité avec l'autre ou de satisfaction sexuelle sont d'ailleurs maintenant des raisons fréquemment évoquées comme justification du divorce par les partenaires, l'engagement pris à rester ensemble s'effaçant alors derrière ces deux dimensions.

L'une des conséquences de ce changement est ainsi que les conditions de pérennité du couple se sont déplacées de l'extérieur de la relation vers l'intérieur: alors que l'engagement dépend plus fortement du contrôle social et du

¹ Sternberg 1986; 1988.

² Coontz 2005.

respect des normes (l'image que l'on entend donner à l'entourage de sa relation de couple fait notamment partie de l'engagement), la passion et l'intimité sont plus déterminées par des critères qui relèvent de la relation elle-même; parmi ceux-ci, deux ont été particulièrement étudiés, dans des traditions de recherche différentes: d'une part la satisfaction dans la relation des besoins primaires d'attachement des partenaires et d'autre part le «sens positif de la relation» issu de la gestion des conflits et des désaccords. Nous allons présenter plus en détails ces deux critères.

Les besoins d'attachement

Concept issu des recherches en psychologie et en éthologie humaine, l'attachement est défini comme un système comportemental qui répond à un besoin de protection, autant physique qu'émotionnelle.³ Longtemps considéré uniquement dans le cadre du développement précoce pour expliquer la construction de la relation parents-enfant, il a été généralisé à la relation de couple et vu comme un des moteurs expliquant la raison pour laquelle l'individu est motivé à s'engager dans une relation durable: le besoin de protection serait actif la vie durant et serait la raison principale pour laquelle l'individu ne cherche pas seulement un partenaire à des fins sexuelles et reproductives, mais également comme «port d'attache» lui procurant sécurité et réconfort en cas d'adversité.⁴

Cependant, bien que les besoins d'attachement soient considérés comme universels, les études ont montré qu'il y a une variabilité individuelle dans leur expression. Cette variabilité viendrait notamment de l'historique relationnel à travers l'enfance et l'adolescence et des modèles que chacun a construit des relations sociales en général et des relations proches en particulier: une personne qui a évolué dans un environnement qui s'est montré sensible et prêt à répondre aux besoins de protection (rassurer l'enfant quand il a peur, par exemple) a appris que les relations sociales peuvent être fiables et que soi-même est digne d'être protégé par les autres; elle a donc acquis un sens de sécurité, tant par rapport aux autres que par rapport à soi. Par contre, une personne qui a évolué dans un milieu dans lequel ses besoins ont été constamment rejetés (l'enfant laissé à lui-même dans des moments de tristesse) peine à avoir confiance dans les autres et tend à vouloir ne s'appuyer que sur elle-même, au

³ Bowlby 1969; 1973.

⁴ Hazan & Shaver 1987; 1994.

prix de devoir étouffer l'expression et même le ressenti de ses besoins émotionnels; elle met alors en œuvre une stratégie d'attachement dite secondaire, de désactivation des besoins d'attachement, puisque la stratégie primaire visant à obtenir de la sécurité ne fonctionne pas. À l'inverse, une personne qui a évolué dans un milieu plutôt surprotecteur, dans lequel le réconfort, la protection étaient fournies même dans des moments dans lesquels cela ne semblait pas nécessaire (le parent qui met en garde constamment l'enfant contre des dangers qui n'existent que dans son esprit), peut en venir à douter de ses propres perceptions et considère que les autres sont plus fiables et adéquats que soi; elle met alors en œuvre une stratégie secondaire d'hyperactivation des besoins d'attachement, qui consiste à montrer en permanence sa dépendance pour attirer l'attention et la protection des autres. Ces modèles fonctionnent comme des schémas cognitifs, qui organisent les perceptions issues des relations sociales, guident l'action et poussent à agir de façon anticipée, en imaginant la réaction des autres. Il est maintenant d'usage de considérer que ces modèles ne sont pas des catégories discrètes, mais qu'ils résultent du croisement de deux dimensions: l'évitement – la mesure dans laquelle l'individu rejette ses besoins et l'importance des relations sociales – et l'anxiété – la mesure dans laquelle l'individu sent un besoin d'être validé et soutenu par les autres. Plus l'évitement et l'anxiété sont bas, plus le modèle relationnel est considéré comme sûr; plus l'anxiété ou l'évitement (ou les deux) sont hauts, plus le modèle est considéré comme non sûr.

Les conséquences des modèles d'attachement sur les relations de couple sont nombreuses, comme l'ont montré les recherches empiriques et la clinique en psychologie interpersonnelle.⁵ L'une des premières est que plus l'anxiété et l'évitement sont élevés, plus grande est la probabilité que la personne soit insatisfaite de sa relation conjugale: les personnes évitantes sont peu à l'aise avec les gestes d'affection, et peuvent être vues comme froides par leur partenaire ce qui peut amener à des conflits récurrents; elles peuvent également trouver envahissantes les manifestations d'affection de leur partenaire. Chez les personnes anxieuses, la dynamique est inverse: ce sont des personnes qui sollicitent très fréquemment l'autre, au risque d'être elles-mêmes envahissantes, et qui trouvent que l'autre n'est jamais assez proche. Le sens donné aux événements relationnels par les personnes évitantes et anxieuses est particulièrement dommageable pour la relation: ainsi, les petits ratés de la vie quotidienne (l'un des partenaires est de mauvaise humeur, disons pour des raisons

⁵ Voir Mikulincer & Shaver 2007, pour un récapitulatif très complet des travaux dans ce domaine.

professionnelles, alors que l'autre attend un geste d'affection à ce moment précis, qui ne viendra pas) sont attribués non pas à des circonstances extérieures à la relation (comprendre qu'il y a une raison professionnelle qui explique la mauvaise humeur) ou à un événement ponctuel (ça peut arriver), mais à la personnalité de l'autre (voilà comment il «est») et inévitablement récurrents (comme ça vient de sa personnalité, ça se reproduira). Ce biais d'interprétation systématique débouche sur une vision négative de l'autre et a fortiori sur une insatisfaction conjugale. La sécurité fonctionne à l'inverse en menant les personnes à interpréter les gestes positifs comme représentatifs de la personnalité de l'autre, et les gestes négatifs comme dépendant de circonstances ponctuelles et fortuites. Il en est de même lorsque l'un des partenaires affronte des circonstances de vie adverses, comme la perte d'un emploi, ou la maladie: le modèle d'attachement du partenaire affecté va teinter la perception qu'il aura du soutien de l'autre, tout comme le modèle d'attachement de l'autre déterminera le soutien qu'il procurera au partenaire affecté. Ainsi, chaque événement petit ou grand renforce pour les personnes anxieuses ou évitantes l'insatisfaction liée à la relation, alors qu'il tend à augmenter la satisfaction pour les personnes sûres.

Cette insatisfaction influe sur le devenir du couple. Les études l'ont en effet montré sans ambiguïté: l'attachement non sûr est un facteur de risque de divorce (taux de divorce jusqu'à deux fois plus élevé) – et les études longitudinales montrent que l'insécurité précède l'insatisfaction et la séparation. Il ne faut évidemment pas tenir compte que du modèle d'attachement de l'un des partenaires, mais des deux: la relation peut déjà être considérée à risque si l'un d'entre eux a un modèle d'attachement non sûr, mais la situation est encore plus précaire si les deux partenaires ont de tels modèles. Les combinaisons les plus défavorables sont l'appariement de deux personnes anxieuses, ou d'une personne anxieuse avec une personne évitante: lorsque les deux sont anxieux, il y a une exacerbation des demandes mutuelles puisqu'à chaque fois qu'un des partenaires demande du réconfort, l'autre répond en en demandant pour lui, ce qui augmente l'anxiété de chacun, et ainsi de suite. Lorsque l'un est anxieux et l'autre évitant, il y a une forte probabilité d'observer ce que les psychologues du couple appellent des séquences de demande-retrait: l'un des partenaires formule une demande (la personne anxieuse cherche de l'affection pour se rassurer), l'autre ne donne pas suite ou se retire (la personne évitante vit ce type de demande comme inconfortable), ce qui provoque en retour l'accroissement de l'intensité de la demande (la personne anxieuse tend à insister pour lutter contre les émotions négatives intenses ressenties en raison du rejet). Cette séquence se répète jusqu'à ce que les deux partenaires se sentent tous les deux inconfortables

dans la relation et aient tous les deux l'impression de ne pas être respectés, ce qui peut sur le moyen terme déboucher sur une séparation. Ce n'est toutefois pas une issue inéluctable; si les personnes évitantes tendent à se désengager rapidement, les personnes anxieuses seront peu susceptibles de le faire et tendent à rester dans une relation, tout aussi insatisfaisante qu'elle leur semble.

Le modèle d'attachement a également une conséquence sur la vie sexuelle. Les personnes avec un modèle d'attachement sûr peuvent combiner dans une même relation les aspects sexuels et émotionnels de la relation de couple: en d'autres termes, elles peuvent conjuguer le plaisir sexuel avec le plaisir d'être ensemble. Corollaire, la sexualité renforce la relation par un effet de cercle vertueux: chaque expérience sexuelle fait se sentir plus proche de l'autre, et se sentir proche de l'autre augmente le désir sexuel. Du coup, le nombre d'aventures extra-conjugales rapportés par les personnes sûres tend à être plus bas que chez les personnes avec des modèles d'attachement non sûrs. Pour les personnes évitantes, la sexualité va souffrir de leur difficulté à entrer dans une relation intime: bien qu'il y ait du désir sexuel, la personne se trouve dans la situation embarrassante de devoir assouvir ce désir tout en essayant de ne pas être en contact intime avec un partenaire. Il peut y avoir à ce moment une tendance à ne pas entamer de relation suivie, et à privilégier une sexualité solitaire ou basée sur les rencontres d'un soir qui excluent une relation émotionnelle. Autre conséquence possible dans un couple établi: une sexualité instrumentale, centrée sur le plaisir génital exclusivement et non accompagnée des émotions générées par l'intimité. Cette sexualité a bien sûr une dimension frustrante pour le partenaire de la personne évitante, qui peut avoir l'impression de ne servir qu'à assouvir les pulsions sexuelles de l'autre. Chez les personnes anxieuses, il y a au contraire une recherche des aspects intimes de la rencontre, mais peu d'aise à s'engager dans une activité sexuelle; il y a de ce point de vue des différences de genre: les hommes anxieux tendent à éviter les relations sexuelles, alors que les femmes anxieuses tendent au contraire à avoir une vie sexuelle particulièrement intense, avec une probabilité élevée de multiples partenaires et des comportements sexuels à risque (accepter les rapports non protégés, par exemple, pour faire plaisir à l'homme qui les demande). Le processus à l'œuvre est dans les deux cas le même, bien qu'il aboutisse à des résultats opposés: le rejet étant la pire chose que puisse vivre une personne anxieuse, l'homme, qui est socialement celui dont il est attendu qu'il initie les rapports sexuels, s'abstient de solliciter sa partenaire car il veut éviter de risquer un refus (qui peut être tout à fait circonstanciel, elle n'a pas envie ce jour-là) ce qu'il vivrait très mal (en l'interprétant comme un refus de sa personne et pas uniquement comme un refus ponctuel). La femme tend quant à elle à

accepter les sollicitations sexuelles, même si elles émanent d'autres personnes que de son partenaire régulier, car elle craint que refuser n'entraîne par extension un rejet de sa personne, ce qui lui serait insupportable.

D'autres conséquences ont été décrites dans la littérature, comme la probabilité plus élevée de jalousie pathologique ou de violences conjugales par exemple. Quelles qu'en soient les implications, les données issues de la recherche dans le domaine de l'attachement montrent que l'équilibre du couple dépend en large partie des modèles relationnels construits par les partenaires et de leur capacité à développer des relations intimes, ce dernier terme étant à prendre dans son sens plein.

La gestion des émotions et le sens général de la relation

La rencontre de deux styles d'attachement non sûr met au défi la capacité de régulation émotionnelle des partenaires. La psychologie s'est intéressée de près à la gestion des émotions et notamment du conflit, comme étant l'un des prédicteurs les plus significatifs de la séparation. Les travaux les plus connus sur le sujet ont été menés par John Mordechai Gottman à Seattle, aux États-Unis. Ses recherches ont notamment changé l'image traditionnelle de ce que devrait être l'intimité et les échanges émotionnels dans le couple: il était en effet communément admis que des émotions négatives comme la colère étaient intrinsèquement néfastes pour la relation, et qu'une bonne relation était exempte de toute négativité. L'un des premiers constats de Gottman, en travaillant avec des couples en instance de divorce et avec des couples tout venant, est que des conflits existent dans une large majorité de couples quel que soit l'état de leur relation. Plus encore, une part importante de ces conflits semble insoluble car liée à des différences de personnalité ou à des habitudes de vie incompatibles: ce sont ce que Gottman a nommé des «problèmes perpétuels»;⁶ ce qui va différencier les couples est en fait la manière de composer avec ces divergences irréductibles. Un second constat est que les conflits se manifestent majoritairement à propos de banalités de la vie quotidienne, ce qui montre que l'amour, aussi «élevé» que ce sentiment puisse être, est à la merci de l'usure du quotidien. Un troisième constat est que l'évitement des conflits ou l'absence apparente de divergences se voit surtout dans des couples en difficulté, et non dans les couples qui vont bien.⁷

⁶ Gottman 1999.

⁷ Gottman 1998.

Ses recherches l'ont mené à analyser les échanges conflictuels de couple,⁸ en prenant des mesures comportementales (l'observation de comportements au cours d'une dispute), des mesures physiologiques (notamment le rythme cardiaque, qui a permis de montrer le niveau d'activation quelquefois très élevé chez des personnes dont le comportement donnait l'impression d'un grand calme), et des mesures par entretiens (dans lesquels les couples se «racontent»). Il a d'abord constaté la tendance des couples en difficulté à s'engager dans des séquences de réciprocité négative, à savoir un enchaînement de comportements offensifs de la part des deux partenaires lors de la discussion: par exemple, une critique de l'un est suivie par une critique de l'autre et ainsi de suite. Les couples satisfaits tendent par contre à casser cet enchaînement, l'un des partenaires tempérant, par humour ou avec un commentaire positif, la critique qui lui est adressée.⁹ L'une des conclusions de ces études est que la négativité est un état «absorbant» dans les couples en tension, signifiant par là qu'il leur est difficile d'en sortir une fois la séquence déclenchée; en d'autres termes, il y a un cercle vicieux qui s'instaure qui fait que les disputes renforcent la négativité qui à son tour renforce la probabilité de disputes prolongées.

La réciprocité négative n'est toutefois pas le point d'orgue d'une relation en difficulté; non seulement les comportements de l'un des partenaires entraînent ceux de l'autre, mais les comportements tendent aussi à devenir d'une négativité de plus en plus prononcée au fur et à mesure que les conflits se multiplient. Ainsi, ce qui peut commencer par la formulation d'une plainte ou d'une simple récrimination va progressivement enfler par étapes jusqu'à atteindre des formes de négativité tellement délétères pour la relation qu'elles sont présentées comme les «quatre cavaliers de l'Apocalypse».¹⁰ Ces cavaliers apparaissent l'un après l'autre, dans l'ordre suivant:

- Critiques: une première étape est franchie quand les remarques ne sont plus des plaintes mais des critiques. Une plainte est factuelle: «Hier tu n'as pas fait le ménage et j'ai dû nettoyer toute la maison quand je suis rentrée le soir»; une critique contient une «explication» des faits qui met la personnalité de l'autre en cause: «Hier tu n'as pas fait le ménage, comme d'habitude je ne peux pas compter sur toi, tu n'es pas fiable.»

⁸ Voir Favez 2013, pour une présentation synthétique.

⁹ Gottman 1979; Margolin & Wampold 1981.

¹⁰ Gottman 1998.

- Mépris: l'étape suivante est l'apparition du mépris. Par exemple, une critique est formulée en étant accompagnée d'indices non verbaux du type: rouler des yeux, soupirer, adopter un ton condescendant. Le mépris passe également par les sarcasmes ou le cynisme: «Il y a une chose pour laquelle tu es fiable, c'est pour boire des bières et attendre que ça se passe», ou encore par la belligérance, du type «Qu'est-ce que tu vas faire maintenant? Retourner chez ta mère?», ce qui est à la fois une provocation et une façon de rabaisser l'autre. Cette forme de négativité est particulièrement dommageable pour la relation, car elle rend toute résolution de conflit quasiment impossible puisque le mépris revient à indiquer à l'autre qu'il «n'en vaut pas la peine».
- Défense: une réaction fréquemment observée aux critiques ou au mépris est la défense. La cible de «l'attaque» se défend de sa bonne foi, se justifie, refuse la critique. Les dénégations, loin d'apaiser le conflit, tendent à l'envenimer. La raison en est que les défenses véhiculent un sous-entendu: «Ce que tu dis est faux, donc le problème c'est toi.»
- Impassibilité: ce comportement apparaît chez celui qui est la cible de critiques. Il est le dernier des cavaliers, et le plus dévastateur. Il consiste à faire comme si l'autre n'avait rien dit ou qu'on ne l'entend pas, ou alors à tourner les talons et s'en aller alors que l'autre est en train de parler. Les premiers signes de ce comportement apparaissent dans des altérations du comportement standard de l'auditeur: dans une conversation, celui qui écoute donne normalement des indices d'attention ou d'engagement en hochant la tête, en regardant celui qui parle, en employant des indices paraverbaux comme «hmm hmmm»; ces indices disparaissent chez celui qui devient «impassible».

Pour éviter cette escalade, les séquences peuvent donc être «cassées» par des réparations. Toutefois, celles-ci ne fonctionnent pas toujours: l'humour peut désamorcer la négativité dans un couple donné, mais l'amplifier dans d'autres. Prenons un exemple dans lequel un mari, à qui sa femme reproche de ne rien faire pour l'aider dans les tâches domestiques et en particulier en ce qui concerne la lessive, fait une tentative d'humour pour enrayer la montée des émotions négatives en disant: «Je devrais inviter tout le voisinage à venir m'aider à faire cette lessive, comme ça on serait sûr que ça serait fait.»¹¹ Quand la relation est positive, le

¹¹ Pris dans Tabares, Driver & Gottman 2004.

partenaire prend cette phrase pour de l'humour tout en inférant qu'elle est une sorte de reconnaissance de l'effort à fournir. Dans les couples en tension, cette même phrase pourrait être comprise comme une réplique sarcastique indiquant une tentative d'échapper encore une fois à ses responsabilités. La particularité des couples dans lesquels la relation s'est fortement dégradée est que les réparations sont non seulement moins fréquentes, mais que quand il y en a, elles ne fonctionnent pas.¹²

Selon Gottman, ce qui explique cette différence est l'existence d'un sens général de l'autre, de la relation, qui se manifeste par des attributions différentes selon que la relation est en difficulté ou non – l'on retrouve ici ce qui a été décrit par les chercheurs de l'attachement: la façon dont les échanges relationnels dans le couple sont compris dépend des modèles relationnels des partenaires et du jeu d'attributions qui sont faites pour expliquer le comportement de l'autre. Selon la théorie fort répandue d'Abramson, Seligman et Teasdale,¹³ l'individu a un style attributif qui consiste à expliquer la causalité des événements sociaux selon trois caractéristiques: tout d'abord soit il se considère responsable, soit il considère que l'autre est responsable (attributions respectivement interne et externe), ensuite il considère l'événement soit comme susceptible de se répéter, soit comme étant isolé (attributions respectivement stable et instable), enfin il le considère soit comme représentatif d'un ensemble d'événement, soit il le considère comme spécifique (attributions respectivement globale et spécifique). Cette théorie, d'abord développée pour expliquer comment la dépression peut découler d'une «impuissance acquise» (l'individu apprend à considérer qu'il ne peut rien changer ni contrôler dans sa vie), a été largement utilisée pour expliquer les interactions de couple. Ainsi, un sens négatif de la relation tend à faire voir les événements relationnels négatifs comme causés par l'autre (attribution externe), appelés à se répéter (attribution stable) et n'étant qu'un parmi tout un ensemble d'événements qui seront forcément négatifs (attribution globale). Ces styles attributifs ne correspondent pas (forcément) à la «réalité» de la relation; ils dérivent de modèles cognitifs et peuvent ainsi biaiser la perception de la réalité en la teintant de négativité.

Un suivi longitudinal sur plusieurs années a permis de montrer que le taux de divorce est plus élevé chez les couples qui montrent des séquences de réciprocité négative, des «Cavaliers de l'Apocalypse» et des échecs dans les processus

¹² Gottman 1979.

¹³ Abramson, Seligman & Teasdale 1978.

de réparation dès les débuts de leur relation (Gottman a suivi des couples dès la période suivant le mariage).

Dans la suite de ses travaux empiriques, Gottman a proposé une théorie du «mariage réussi», qu'il nomme la «construction d'une maison maritale solide». ¹⁴ Sa «maison» comprend sept composants ou principes.

- «L'espace mental» qu'occupe la relation dans l'esprit de chacun des partenaires est fondamental pour que la relation dure. Cela implique notamment de se tenir au courant de ce que fait l'autre, de ce qu'il/elle aime et de son évolution dans le temps (les nouveaux intérêts qu'il/elle peut avoir, par exemple).
- Il y a de là un «système d'admiration et d'affection» entre les partenaires. Les couples qui sont stables sont constitués de partenaires qui expriment de l'admiration et de l'affection l'un pour l'autre.
- La réponse d'un partenaire aux sollicitations de l'autre lors des interactions quotidiennes, que cela soit pour partager un moment positif ou pour demander du soutien lors d'un événement négatif, va aboutir à la constitution d'un «compte en banque émotionnel». ¹⁵ Si la sollicitation reçoit une réponse appropriée, on considère que le partenaire s'est «tourné vers» celui qui sollicite, ce qui créera des émotions positives et mettra de côté de «l'argent émotionnel à la banque». Si la sollicitation ne reçoit pas de réponse, ou un intérêt poli, on considère que le partenaire s'est «détourné» de celui qui sollicite, ce qui créera des émotions négatives et prélèvera de «l'argent émotionnel». Lorsque la balance penche vers le prélèvement en raison de nombreux «détournements», la perception du couple comme source de bien-être est remplacée par de l'insatisfaction et de la détresse, avec une combinaison de colère (on en veut à l'autre) et de sentiment d'offense (on se sent victime).
- Les trois premiers composants débouchent sur le quatrième, à savoir le «sens général de positivité dans la relation» (*positive sentiment override*) que nous avons mentionné plus haut. Ce sentiment crée un contexte relationnel qui guide en partie la façon dont les partenaires interprètent leurs

¹⁴ *Building the Sound Marital House*; Gottman, Driver & Tabares 2002; Gottman & Silver 1999.

¹⁵ Gottman 1998.

comportements réciproques. Il s'agit d'une positivité qui se construit au cours des interactions quotidiennes, non conflictuelles, et qui va déterminer la façon dont les conflits vont être gérés. Si les trois premiers composants ne fonctionnent pas, les cavaliers de l'apocalypse font leur apparition. La durée du temps passé dans cet état de détresse détermine le degré d'émotions négatives, le nombre de cavaliers qui vont apparaître et le nombre d'attributions négatives qui sont faites au partenaire, qui débouchent sur un «sens général de négativité dans la relation» (*negative sentiment override*).

- La gestion des conflits constitue le cinquième composant. Il s'agit d'éviter les escalades négatives, en régulant les conflits par une discussion, dans laquelle l'entame est peu agressive, des compromis sont faits en ce que chacun accepte le point de vue de l'autre (tout ou partie) et que des émotions positives, comme l'humour, apparaissent pour apaiser les moments de tension accrue. La capacité de réparation est fondamentale, et la gestion des conflits dépend de ce point de vue du sentiment général défini au point précédent.
- Il faut que les partenaires prêtent attention et acceptent leurs idéaux réciproques. Les blocages sur des sujets instrumentaux ou terre-à-terre sont en fait souvent une manifestation de la non-reconnaissance des aspirations profondes de chacun.
- Le «grenier» de la maison, son étage le plus élevé, est celui dans lequel se manifestent les narrations et les métaphores que le couple construit à propos de son histoire. Il s'agit des méta-émotions au sens où Gottman, Fainsilber Katz et Hooven¹⁶ l'ont défini, à savoir les émotions que les partenaires du couple ressentent à propos des émotions qu'ils ont dans leur relation. C'est par ailleurs un effet bien connu dans les thérapies de couple: le pronostic est très mauvais à partir du moment où les récits des partenaires teintent de négativité l'ensemble de leur histoire.

L'on peut ainsi voir l'importance, pour la pérennité du couple, de son entretien «de l'intérieur», plus important qu'un étayage extérieur comme celui qui était à l'œuvre à une époque où l'engagement était prédominant; la régulation émotionnelle, l'ajustement dans les interactions quotidiennes renforce l'image

¹⁶ Gottman, Fainsilber Katz & Hooven 1997.

positive que chacun a de l'autre, ce qui en retour augmente la probabilité d'une régulation optimale. Cet enchaînement peut s'enrayer et s'inverser, le cercle vertueux se transformant en cercle vicieux. Il y a donc un véritable travail d'entretien de la relation à effectuer, d'autant plus que l'un des facteurs qui peut renverser la dynamique positive est le temps qui passe: plus la relation dure, plus les petites insatisfactions s'accumulent et se sédimentent, à moins qu'elles ne soient discutées et réglées, jusqu'à ce que le sens positif se mue en sens négatif. Ce travail est d'autant plus crucial que l'un des effets du temps est également de diminuer la valeur des comportements positifs, les attraits de l'autre semblant acquis et ne pas nécessiter d'effort particulier (les services rendus par le partenaire semblent naturels et il n'est plus remercié, par exemple).

Les études sur les modèles d'attachement et celles sur la gestion des conflits sont issues de deux domaines de recherche différents; certains phénomènes décrits se retrouvent dans les deux types d'études (les attributions dérivées des modèles cognitifs, par exemple), et il est tout à fait possible de les combiner en imaginant que le modèle d'attachement peut fonctionner comme une prédisposition à gérer les conflits de façon plus ou moins constructive et à voir la relation comme «généralement positive» ou «généralement négative».

Conclusion

Des trois dimensions qui constituent la relation amoureuse, la psychologie contemporaine montre clairement l'importance de l'intimité et de la passion. Les critères internes à la relation ont ainsi pris un poids très important dans la vie des couples du XXI^e siècle; la qualité de la relation est jugée à l'aune de l'accomplissement des attentes de chacun des partenaires tant dans le domaine des besoins émotionnels que dans la vie sexuelle. Corollaire, les facteurs de personnalité comme les tendances d'attachement et la capacité à gérer mutuellement les désaccords et les conflits sont devenus prédominants, car ils déterminent en grandes parties les attentes de chacun et la capacité du couple à les combler. Par contre, la troisième dimension, celle de l'engagement, s'est affaiblie. Des trois dimensions, elle est celle qui est le plus directement influencée par des critères externes et en particulier par les normes sociales, qui ont pendant longtemps fait passer la stabilité de la relation comme sa caractéristique la plus importante, quelle que soit la qualité qu'elle puisse avoir. Cet affaiblissement ne signifie bien sûr pas que l'engagement n'existe plus, mais il n'est plus prédominant, en ce qu'il n'est plus l'unique

garant de la pérennité de la relation. Soutenir les couples en difficulté ne consiste donc pas seulement à édicter des normes assurant la stabilité des relations de «l'extérieur», mais également (et surtout) à aider ceux qui en ont besoin à réguler leurs besoins émotionnels, à faire des compromis, à apprendre à négocier efficacement, et à accorder leurs attentes. L'évolution dans ce domaine est attestée notamment par le développement progressif des thérapies de couples à partir de la seconde moitié du XX^e siècle et par la transformation de l'activité des conseillers conjugaux qui, historiquement, ont commencé par prodiguer des «bons conseils» sur la réalisation des tâches ménagères, pour ensuite incorporer dans leurs interventions des considérations sur les besoins émotionnels des partenaires,¹⁷ ce qui atteste de l'importance grandissante des émotions dans le lien amoureux.

Biographie

Nicolas Favez a obtenu son doctorat en psychologie en 1996 à l'Université de Genève. Il est actuellement professeur ordinaire de psychologie clinique à l'Université de Genève depuis l'automne 2007, et il est également co-responsable de l'Unité de Recherche du Centre d'Étude de la Famille à l'Institut Universitaire de Psychothérapie, Université de Lausanne. Il a travaillé comme assistant de recherche et d'enseignement à l'Université de Genève (1991–1999), puis comme maître-assistant à l'Université de Fribourg (2000–2005). Il a exercé comme psychopédagogue au Service Éducatif Itinérant de Genève (1996–2004), cadre dans lequel il a fait des interventions à domicile dans des familles à haut risque avec jeunes enfants. Il a été professeur associé à l'Université de Lausanne (2005–2007). Ses thèmes d'enseignement et de recherche sont les relations de couple et les relations familiales, le développement de la famille (principalement la transition à la parentalité) et l'évaluation et le travail thérapeutique avec les familles.

¹⁷ Favez 2013.

Bibliographie

Abramson, Lyn Y., Seligman, Martin E. & Teasdale, John D. (1978), «Learned helplessness in humans: critique and reformulation», in: *Journal of Abnormal Psychology* 87(1), 49–74.

Bowlby, John (1969), *Attachment and loss. Vol. 1: Attachment*, New York, NY: Basic Books.

Bowlby, John (1973), *Attachment and loss. Vol. 2: Separation*, London: Hogarth.

Coontz, Stephanie (2005), *Marriage, a history: How love conquered marriage*, New York, NY: Penguin Books.

Favez, Nicolas (2013), *L'examen clinique du couple*, Bruxelles: Mardaga.

Gottman, John Mordechai (1979), *Marital interaction: Experimental investigations*, New York, NY: Academic Press.

Gottman, John Mordechai (1998), «Psychology and the study of marital process», in: *Annual Review of Psychology* 49, 169–197.

Gottman, John Mordechai (1999), *The marriage clinic: A scientifically based marital therapy*, New York, NY: Norton.

Gottman, John Mordechai, Driver, Janice & Tabares, Amber (2002), «Building the sound marital house: An empirically derived couple therapy», in: Gurman, Alan S. & Jacobson, Neil S., eds., *Clinical handbook of couple therapy*, 3rd edition, New York, NY: Guilford, 373–399.

Gottman, John Mordechai, Fainsilber Katz, Lynn & Hooven, Carol (1997), *Meta-emotion: How families communicate emotionally*, Mahwah: Lawrence Erlbaum.

Gottman, John Mordechai & Silver, Nan (1999), *The seven principles for making marriage work*, London: Weidenfeld & Nicolson.

Hazan, Cindy & Shaver, Phillip (1987), «Romantic love conceptualized as an attachment process», in: *Journal of Personality and Social Psychology* 52(3), 511–524.

Hazan, Cindy & Shaver, Phillip (1994), «Attachment as an organizational framework for research on close relationships», in: *Psychological Inquiry* 5(1), 1–22.

Margolin, Gayla & Wampold, Bruce E. (1981), «Sequential analysis of conflict and accord in distressed and nondistressed marital partners», in: *Journal of Consulting and Clinical Psychology* 49, 554–567.

Mikulincer, Mario & Shaver, Phillip (2007), *Attachment in adulthood*, New York, NY: Guilford Press.

Sternberg, Robert Jeffrey (1986), «A triangular theory of love», in: *Psychological Review* 93(2), 119–135.

Sternberg, Robert Jeffrey (1988), «Triangulating love», in: Sternberg, Robert Jeffrey & Barnes, Michael, eds., *The psychology of love*, New Haven: Yale University Press, 119–138.

Tabares, Amber, Driver, Janice & Gottman, John Mordechai (2004), «Repair attempts observational coding system: Measuring de-escalation of negative affect during marital conflict», in: Kerig, Patricia K. & Baucom, Donald H., eds., *Couple observational coding systems*, Mahwah: Lawrence Erlbaum, 227–241.

**Entre droit islamique de la famille et le Code civil:
à quelle(s) juridiction(s) les partenariats
interconfessionnels sont-ils soumis en Suisse?**

Entre droit islamique de la famille et le Code civil: à quelle(s) juridiction(s) les partenariats interconfessionnels sont-ils soumis en Suisse?

Prof. Dr Édouard Conte, Université de Fribourg et CNRS

Résumé

Les codes civils européens, turc et, dans une large mesure, tunisien se réfèrent aujourd'hui à une conception intergénérationnelle de la filiation, articulée autour de la relation parent-enfant, indépendamment du lien juridique entre géniteurs. Le principal sujet de droit est, dans cette perspective, l'individu autonome défini comme citoyen-ne. En revanche, selon les codes de statut personnel basés sur les principes de la charia, la légitimité et la nationalité de l'individu restent subordonnées à son parage, ou *nasab*: ce principe organisateur assure à travers les générations la continuité de patronymes et structure ainsi des collectifs de parenté dont l'individu n'est qu'un élément. La légitimité et le statut de la personne dépendent ici – comme en Europe il n'y a pas si longtemps – de la reconnaissance paternelle et de la validité du mariage de ses parents.

Par ailleurs, tel le droit canon, la charia se prévaut d'une juridiction universelle. Ainsi s'applique-t-elle aussi aux musulmans vivant dans un pays ayant un code civil laïc. De là peuvent apparaître bien des incompatibilités, car, pour la charia, l'enfant né musulman mais sans reconnaissance paternelle est dépourvu de légitimité; la nationalité ne peut pas, en règle générale, lui être transmise par sa seule mère musulmane; l'adoption plénière est interdite; et les droits d'héritage sont asymétriques en terme de genre. Ces différences d'avec le code civil affectent directement les couples binationaux ou biconfessionnels ainsi, du reste, que les émigrés dans leur ensemble. Une marocaine, par exemple, mariée dans son pays d'origine, mais résidente, puis divorcée, en Suisse court le risque de rester mariée au Maroc avec tout ce que cela implique, notamment en matière de droit de garde.

Cette intervention vise à cerner les entraves au statut personnel que peut susciter la «double juridiction». Aussi, une meilleure connaissance de ce pluralisme juridique de fait est nécessaire pour élaborer des mécanismes

conciliatoires pouvant transcender les obstacles que génère la confrontation de prémisses juridiques antagoniques, laïques et confessionnelles, sur un même territoire national.

Mots-clés

Droit islamique de la famille; Code civil; partenariats interconfessionnels; statut personnel; double juridiction; conflits de droit; filiation

Introduction

L'influence, fût-elle indirecte, de la «charia» sur la jurisprudence en matière de statut personnel en Europe est l'objet de débats vifs et récurrents, souvent chargés d'ambivalences terminologiques, voire d'un substrat plus affectif qu'analytique. Dans l'espoir de lever certaines ambiguïtés fréquemment constatées, je souhaite ici, en référence particulière au cas suisse, poser dans une perspective d'anthropologue certaines questions élémentaires dont la simplicité n'est qu'apparente: Qu'entend-t-on par «charia» ou «droit islamique»? Qui est musulman?, Quelles sont les principales spécificités du mariage en contexte musulman? et Qui est susceptible d'être soumis au droit islamique de la famille ou affecté par certains de ses effets?

Qu'est-ce que la charia

B. Dupret souligne qu'il serait erroné «de penser la charia et le *fiqh* [jurisprudence islamique] comme un droit [...] et non pas comme une normativité, pouvant avoir, bien sûr, une dimension juridique mais ayant surtout une dimension déontologique, éthique, morale, et celle-là est fondamentalement plus importante».¹ Le *fiqh*, ajoute-t-il, s'intéresse «surtout aux relations familiales. Ce domaine est celui où se concentre la normativité islamique: mariage, divorce, filiation, successions. C'est ici que se nichent nombre de prescriptions et proscriptions faisant débat aujourd'hui, telles que la tutelle de la femme, la dotation de l'épouse par son mari, l'autorité du mari, le droit unilatéral du mari à dissoudre le mariage (répudiation), les devoirs conjugaux asymétriques,

¹ Dupret 2013.

les droits successoraux inégaux en fonction du genre».² Dans les pays à majorité ou à forte minorité musulmane – avec l'exception de la Tunisie, de la Turquie ou de la Bosnie –, ces dispositions sont intégrées dans des codes de la famille (*qanūn* ou *ahwāl al-usra* en arabe) ou du statut personnel (*ahwāl al-shakhsiyya*) qui s'inspirent à des degrés très divers d'articles de dogme formulés dans le Coran et les traditions prophétiques (*sunna*).³ Or, fait central pour notre propos, ces corpus se distinguent des codes civils laïcs dans la définition même du sujet de droit ainsi que de leur domaine d'applicabilité.

Les codes civils européens, y compris turc et, dans une large mesure, tunisien se réfèrent aujourd'hui à une conception *intergénérationnelle et individualisée* de la filiation, articulée autour de la relation parent-enfant, indépendamment du lien juridique ou de parenté entre géniteurs ou du sexe des enfants. Ces prémisses correspondent à une vision «nucléaire», restreinte de «la famille». Le principal sujet de droit est, dans cette perspective, la personne autonome définie dans son rapport à l'État comme citoyen-ne. En revanche, pour les codes de statut personnel en vigueur dans la plupart des pays à majorité musulmane, la légitimité et la nationalité de l'individu sont définies en fonction de son parage ou *nasab*.⁴ Ce principe organisateur assure à travers les générations la continuité de patronymes et structure ainsi des groupes de parenté dont l'individu n'est qu'un élément. La légitimité et le statut de la personne, qui dérivent – comme en Europe il n'y a pas si longtemps – de la reconnaissance paternelle et de la validité du mariage de ses parents, sont ainsi posés en termes *transgénérationnels et collectifs*.

Par ailleurs, tel le droit canon, le droit islamique de la famille (DIF), codifié, se prévaut à certains égards d'une juridiction qui transcende les frontières des États qui l'appliquent. Ainsi étend-il son emprise aux ressortissants musulmans établis dans des pays qui utilisent à titre exclusif un code civil laïc. De là, certains conflits de droit peuvent surgir. Selon le DIF, l'enfant né musulman mais ne jouissant pas de la reconnaissance paternelle est dépourvu de patronyme et donc de légitimité. Aussi, la nationalité ne peut pas, en règle générale, lui être transmise par sa seule mère musulmane. De même, l'adoption plénière est interdite tandis que la polygynie est, avec diverses restrictions, admise, car sanctionnée par le Coran. Ces différences d'avec les codes civils laïcs affectent directement les couples binationaux ou biconfessionnels ainsi, potentielle-

² *Ibid.*

³ Cf. Bottiveau 1993; Bras 2008; Dupret 2004; Menski 2006: 279-379.

⁴ Cf. Conte & Walentowitz 2009.

ment, que les émigrés musulmans hors du monde musulman dans leur ensemble. Une marocaine, par exemple, mariée dans son pays d'origine, mais résidente, puis divorcée, en Suisse court le risque de rester mariée au Maroc avec tout ce que cela implique, notamment en matière de droit de garde ou d'héritage.

Partant, ce texte vise à cerner les entraves au statut personnel que peut susciter la «double juridiction» qui naît de la tension entre un principe de territorialité restreint à l'emprise étatique qui fixe l'applicabilité du droit suisse et les effets transnationaux des codes de statut personnel de pays à majorité musulmane. Cela incite à mieux connaître le pluralisme juridique de fait qui caractérise le champ juridique transnational, connaissance nécessaire si l'on souhaite élaborer en dialogue des mécanismes conciliatoires pouvant surmonter les impasses résultant de la confrontation de prémisses juridiques laïques et confessionnelles parfois antagoniques sur un même territoire national ou dans le cadre du droit international privé.

Le débat en Suisse

L'interpellation du Conseil fédéral déposée par le conseiller national Ulrich Schuler (UDC) le 21 juin 2007 pose la question suivante: «Le Conseil fédéral estime-t-il possible d'appliquer la charia en Suisse dans le respect des droits fondamentaux?» La réponse du Conseil fédéral du 29 août 2007, pour le moins concise, esquivé la question du pluralisme juridique de fait qui sous-tend l'interpellation: «La Constitution fédérale de la Confédération suisse prévoit que tout organe de l'État doit appliquer le droit qu'elle reconnaît [...] Un autre droit ne peut pas revendiquer son application sur notre territoire.»⁵ Question et réponse laissent supposer que la «charia» serait un recueil de droit au même titre que le Code civil suisse. Or, quelles que soient les motivations politiques du conseiller national cité, il convient de reconnaître que ces deux systèmes relèvent bien d'ordres normatifs différents dont l'application parallèle dans un même cadre étatique pourrait remettre en cause certains droits fondamentaux des personnes.

⁵ Parlement 2007.

C. Giordano souligne au regard de cette question que la pratique du droit dans les sociétés européennes, désormais multiculturelles, est, qu'on le reconnaisse ou non, plurielle, y compris dans les pays où le cadre juridique fixé par l'État apparaît monolithique, tels que la France ou la Suisse.⁶ Pour combler l'écart entre la lettre de la loi et la pratique du droit, il incite l'État (en l'occurrence la Suisse) à entériner le recours à certains «mécanismes extraétatiques» en matière de statut personnel. Le choix de for, propose-t-il, s'effectuerait non par acte du législateur mais en fonction de la «sensibilité légale» des plaignants. L'anthropologue s'inspire peut-être du pluralisme malaisien, modèle dont il est connaisseur. Mais si en Malaisie l'application de tel ou tel code est déterminée par l'appartenance héréditaire à une communauté – malaise, chinoise, ou indienne –, l'accommodation suggérée supposerait en Suisse de substituer l'individu à l'État au moment de choisir le régime juridique applicable. Cette proposition reflète des débats très actuels en Allemagne, en Grande-Bretagne ou au Québec,⁷ et non moins en France.⁸ La question de fond ainsi avancée est: Peut-il y avoir égalité devant la justice dès lors que l'introduction de mécanismes extraétatiques instaure une hiérarchie de normativités asymétriques susceptible d'entraîner nombre de conflits de droit, notamment en matière d'applicabilité territoriale?

Soulignons qu'un agrément parallèle du DIF, même limité, aurait un caractère non seulement *extraétatique*⁹ mais également *transétatique* dans les pays d'Europe – y compris en Grèce, qui préserve pourtant la tradition ottomane du *millet*.¹⁰ Reconnaître la compétence complémentaire du DIF dans un territoire national où s'applique un code civil à fondement laïc, ignorant donc de tous critères confessionnels ou ethniques, mais s'appliquant à tous les résidents (dont des non-citoyens), reviendrait à instaurer un «forum shopping» sectaire (au sens ottoman du terme) et, potentiellement, une asymétrie de genre dans le choix de for. Une telle démarche ne serait guère aisée, car l'on ne peut pas, depuis la perspective d'une jurisprudence islamique en évolution constante,¹¹ poser comme acquise une correspondance univoque entre «identités ethniques», principes de dogme, «mécanismes juridiques de caractère coutumier»¹² et avis

⁶ Giordano 2008.

⁷ Grillo et al. 2009.

⁸ Héchaime 2010.

⁹ Giordano 2008: 74.

¹⁰ Kakoulidou n.d.

¹¹ Quraishi-Landes 2013.

¹² Giordano 2008: 74.

de jurisconsultes (*fatāwa*, sing. *fatwa*), tous éléments auxquels le qadi, doté de larges compétences discrétionnaires, peut se référer pour appliquer le droit islamique codifié de l'État où il exerce.¹³ Car, nous l'avons déjà rappelé, la charia n'est pas un corpus de lois fixe, mais une doctrine aux contours historiquement et localement variables. Si Giordano a raison de mettre en évidence «le mythe de la cohérence interne et de l'unité des systèmes juridiques d'origine occidentale»,¹⁴ on doit souligner, cependant, que pour les régimes juridiques des États à majorité musulmane le pluralisme n'est pas aléatoire mais structurel et se transforme au gré des interactions entre droits à référence confessionnelle, lois étatiques et «droit coutumier» (*ʿurf* ou *ʿadat*).¹⁵ Le système juridique libanais en offre un excellent exemple.¹⁶ Pour que puissent être agréés en Suisse certains mécanismes extraétatiques choisis en fonction de la «sensibilité légale» des plaignants, il faudrait au préalable, cas par cas, un accord entre les parties quant à la reconnaissance et à l'exequatur des décisions dans leur/s pays d'origine ou de résidence.¹⁷ Aussi, se poserait la question de la réciprocité: Est-ce qu'un citoyen suisse résidant en Arabie saoudite pourrait exiger que son statut personnel soit régi selon le Code civil au même titre qu'un sujet saoudien pourrait se prévaloir du DIF en Suisse? Est-ce que le juge saoudien reconnaîtrait la compétence d'une instance laïque à émettre ou à reconnaître des décisions ne se référant pas à une normativité islamique? Plutôt qu'en situation de pluralisme juridique reconnu, nous risquerions de nous trouver face à un choc transnational de deux assertions hégémoniques, de deux juridictions concurrentes, l'une limitée au for étatique, l'autre se prévalant d'une applicabilité extraterritoriale.

Du point de vue suisse, il n'y a aucun doute quant à la primauté du Code civil sur le territoire de la Confédération lorsqu'au moins une des parties y maintient sa résidence ou détient la nationalité suisse. La validité de décisions ou d'états de fait antérieurs en matière de statut personnel constitués à l'étranger et qui concernent des non-nationaux peut toutefois être reconnue si ces derniers ne contreviennent pas au principe d'ordre public. Il y a donc déjà une certaine marge de souplesse.¹⁸ En revanche, le droit islamique de la famille stipule «la prépondérance absolue du for musulman, dès lors qu'un musulman

¹³ Cf. Conte & Shehada 2008; Giunchi 2013.

¹⁴ Giordano 2008: 75.

¹⁵ Cf. Dupret et al. 1999.

¹⁶ Héchaïme 2010.

¹⁷ Comp. Giordano 2008: 76.

¹⁸ Büchler 2011: 59–71; comp. Pahud de Mortanges & Tanner, dirs. 2002; Brunet 2010 et Giunchi, dir. 2014.

est en cause». ¹⁹ Dès lors, les personnes cumulant la nationalité d'un État où s'applique le DIF et possédant la condition héréditaire de musulman(e) peuvent ainsi rester soumises à ce code alors même qu'elles sont sujettes, dans une même affaire, à une décision prise par leur État de résidence, où prévaut un régime juridique laïc. Ainsi s'instaure *nolens volens* une double juridiction – par opposition à un pluralisme juridique assumé – susceptible de porter préjudice aux intéressé(e)s ainsi qu'à leurs descendants et proches, y compris, dans une certaine mesure, leurs allié(e)s par mariage.

Qui est musulman?

Avant d'envisager les implications possibles d'une telle double juridiction, apportons quelques précisions quant à la qualité de musulman(e), qui détermine à la source l'applicabilité du DIF. Tout enfant né(e) d'un père musulman est considéré de même confession: La qualité de «croyant(e)» est ainsi héréditaire et indépendante de la foi ressentie ou pratiquée, ou non, par l'individu concerné. Le reniement de l'islam – l'apostasie (*radda* ou *irtidād*) – est considéré comme un acte aux conséquences juridiques graves ²⁰ pouvant entraîner l'exclusion sociale de la communauté des croyants (*umma*), parfois la déchéance de la nationalité, voire la mort de l'apostat(e) dans certains contextes où une version rigoriste de la charia est appliquée. ²¹ En revanche, aucune restriction ne s'applique à la conversion *vers* l'islam, qui implique automatiquement la soumission à la loi islamique à celui ou à celle qui fait acte de foi. Cette démarche est exigée lorsqu'un non-musulman «du Livre» (chrétien ou juif) épouse une musulmane. Historiquement, ce double dispositif, couplé à une lourde fiscalité pour les non-croyants résidant en terre d'islam (*jizya*), a beaucoup contribué à l'islamisation de régions conquises comme, par exemple, l'Égypte, originellement à dominante copte. Dans certaines régions anciennement ottomanes d'Europe, toutefois, le statut de musulman(e) s'apparentait à une nationalité, fait traduit en droit par Tito en 1974. ²² Cependant, la «nationalité musulmane» dans le cadre de la citoyenneté yougoslave ne remettait pas en question la sujétion de la personne au code civil unique de caractère laïc, comme celui qui prévaut par ailleurs en Turquie.

¹⁹ Deprez 1988: 43.

²⁰ Cf. An-Na'im 1986.

²¹ Cf. Coran 3:90; 16:106; 88:21-24; mais, a contrario, 2:256.

²² Cf. Clayer 2004.

Qui est susceptible d'être soumis au droit islamique de la famille ou à certains de ses effets en Suisse?

En Suisse, on estime le nombre de personnes se déclarant musulmanes à quelque 330 000, soit à environ 5% de la population.²³ Or, de ces personnes, quelque 80% sont originaires des Balkans ou de Turquie, tandis que 12% sont natifs de Suisse et 8% originaires d'autres régions d'Asie ou d'Afrique subsaharienne.²⁴ Ainsi, 92% des personnes classées comme «musulmans» dans les statistiques suisses sont originaires de pays où le statut personnel est régi par un code civil de caractère laïc et seuls environ 8% de pays où la jurisprudence islamique (*fiqh*) constitue une ou la principale source du droit de la famille. Par ailleurs, on estime, avec toutes les réserves qui s'imposent, que seulement 10 à 15% des musulmans établis en Suisse sont pratiquants (ce qui ne signifie cependant pas non croyants).²⁵ L'introduction en Suisse de dispositions de statut personnel relevant du *fiqh* ne concernerait ainsi qu'une portion très restreinte de la population. Cela ne signifie toutefois pas que les possibles effets du DIF seraient sans importance pratique et de principe pour l'ordre juridique suisse, puisque, nous l'avons déjà souligné, peuvent être mis en cause de manière transfrontalière les droits fondamentaux de personnes résidant en Suisse ou de nationalité helvétique établies à l'étranger ainsi de leurs époux/ses, progéniture et parentèle. Plus précisément, les catégories suivantes de personnes sont concernées:

- 1) Toute personne ayant la nationalité d'un pays:
 - a) où le code civil ou de la famille est inspiré par les principes de la charia
 - b) où la charia régit les affaires de statut personnel et pénales
- 2) Toute personne ayant épousé un(e) musulman(e) dont le pays d'origine est de type (a) ou (b) ou devant un imam localement habilité, quel que soit le lieu
- 3) Toute personne ayant eu un enfant hors mariage avec une personne soumise aux dispositions du droit musulman relatives à la filiation
- 4) Tout(e) musulman(e) ayant conclu un mariage civil en Europe mais conservant des liens de mariage, de propriété ou de parenté dans un pays où s'applique le DIF

²³ Gianni, Giugni & Michel 2015.

²⁴ Gianni et al. 2010: 18 et 19.

²⁵ *Ibid.*: 14.

Fondements anthropologiques. Facteurs conditionnant le mariage

Partant de ces considérations concernant l'emprise du DIF, examinons les principes et dynamiques de parenté qui sous-tendent cet ordre juridique et sont susceptibles d'avoir des répercussions, directes ou indirectes, sur les partenariats interconfessionnels en Suisse. Pour résumer, nous avons constaté des différences marquantes entre codes de la famille d'après le *fiqh* et le Code civil, notamment dans les domaines suivants:

- Préséance de la filiation en ligne agnatique (*nasab*) à tous effets sauf en matière de garde
- Validation de la légitimité de l'enfant par le seul contrat de mariage liant les parents
- L'interdiction coranique de l'adoption plénière (*tabannī*)
- Sévères restrictions de la transmission de la nationalité de mère à enfant
- Asymétries de genre en matière de divorce et de succession
- L'admissibilité de la polygynie

Ces traits répondent, au-delà du domaine juridique proprement dit, à des dynamiques genrées de parenté et d'alliance matrimoniale très différentes de celles que présentent les systèmes sociaux, notamment européens, fondés sur la filiation cognatique et, du moins en théorie, un postulat de symétrie de genre. Dans le cadre du DIF, chaque individu est – et doit être – doté d'un *nasab* (pedigree ou «parage»), une qualité héritée dérivant de la filiation patrilinéaire. Le *nasab*, avec le *sihr* (alliance matrimoniale) et la *ridā'a* (parenté de lait), constitue un des trois volets de la parenté (*qarāba*, litt. proximité) telle que définie en droit islamique.²⁶ En tant que concept sociologique, *nasab* «désigne la continuité diachronique des patronymes qui structure et valide des identités et réseaux sociaux fluctuants, avec tous les droits, attentes et devoirs qui s'y attachent. [Il reflète] des processus structuraux et historiques qui garantissent *rétrospectivement* la légitimité d'affirmations d'origine grâce à l'articulation transgénérationnelle de fratries par le biais de permutations matrimoniales ainsi que la reconnaissance d'affiliations individuelles et collectives, dont la paternité et la citoyenneté».²⁷

²⁶ Cf. Conte 1994.

²⁷ Conte & Walentowitz 2009: 218; nos italiques et traduction.

Appartenir à un collectif de parenté par *nasab* (désignée entre autres termes comme *hamūla*) assure un soutien dans la vie quotidienne, notamment en cas de litige ou de dispute en matière d'héritage, et facilite l'accès au mariage. Inversement, cependant, l'affiliation par *nasab* impose à l'individu des obligations sociales qui varient en fonction du sexe et de l'âge, pouvant inclure le mariage contraint ou «arrangé», notamment entre parents. Chaque rupture de *nasab* liée à une naissance illégitime, un abandon paternel ou bien une conduite jugée «deshonorante» invalide les droits dérivés de la filiation, notamment celui de porter et de se prévaloir d'un patronyme reconnu, d'hériter et d'acquérir la nationalité du père ou de choisir librement son époux ou épouse. À l'inverse, l'incapacité, notamment en raison de la pauvreté, de faire face aux attentes et obligations dérivant de la parenté met sous tension les relations entre proches des deux sexes, ainsi qu'entre parents et enfants, et peut provoquer des ruptures sociales. Ainsi, le sort de l'individu ne peut être dissocié de son appartenance parentale, ce qui différencie la conception du mariage, conçu comme un accord entre collectifs, de celle que développent les codes laïcs, qui prescrit un contrat n'engageant que les deux partenaires. Ainsi «mariage» et (sa traduction littérale) «*zawāj*» renvoient à des dynamiques genrées de l'alliance parfois très distinctes.

Rappelons par ailleurs que le Coran (4: 22-24) autorise – sans toutefois les prescrire – les unions entre cousins germains. Aussi, les musulmans originaires du pourtour sud et est de la Méditerranée, mais à l'exception des Balkans, pratiquent souvent, aussi bien dans leur pays qu'en Europe, le mariage entre proches. Selon les pays, les mariages consanguins représentent entre 20 et 60% des unions et peuvent même atteindre 75% dans certains contextes locaux. Cela se vérifie notamment en Allemagne, en Angleterre, en Belgique ou aux Pays-Bas.²⁸ En ce qui concerne la France et la Suisse, où l'on n'établit pas de statistiques ethniques, peu de données sont disponibles.²⁹ Il reste, toutefois, à des degrés divers, que les mariages entre consanguins mais aussi entre non-parents s'articulent selon une dynamique matrimoniale d'ensemble qui, nous l'avons souligné, engage des collectifs transgénérationnels et souvent transnationaux qui ont en partage un même patronymique ou lieu d'origine. Dans ce contexte, la relation de germanité joue un rôle déterminant dans la configuration des choix matrimoniaux et de la répartition de l'héritage. Si le nom et la religion se transmettent en ligne exclusivement patrilinéaire selon le

²⁸ Autant-Dorier 2006 et 2009; Huschek et al. 2012; Reniers 2001; Shaw 2014.

²⁹ Cf., cependant, Carol 2013; Collet & Santinelli 2012.

DIF, les groupes de descendance se reproduisent au gré des rapports entre germains des deux sexes dans le cadre de la fratrie.³⁰ La dynamique de reproduction des groupes de parenté opère ainsi par combinaison, à travers les générations, d'alliances de mariage conclues tantôt entre cousins, tantôt entre non-parents.

Qu'il s'agisse ou non d'unions entre proches, les choix de partenaires sont soumis à une forte exigence de parité statutaire (*kafā'a*, en allemand *Ebenbürtigkeit*). Il n'est pas acceptable que la femme prenne comme époux un homme de statut social considéré inférieur au sien. Or, les époux-cousins tendent à être de condition comparable et les unions entre proches sont appréciées pour cette raison. En revanche, s'agissant d'unions entre non-parents, la demande de *kafā'a* s'applique avec une rigueur particulière aux femmes, particulièrement lorsque le mariage unit un musulman et une non-musulmane. Inversement, il est exigé que l'homme non musulman se convertisse à l'islam afin de devenir le «pair» de sa femme. Dans tous les cas, tout enfant issu de l'union sera considéré comme musulman.

Pour toutes ces raisons, l'union interconfessionnelle apparaît comme une catégorie spécifique de mariage «exogame» qui ne prend tout son sens sociologique qu'à la lumière des unions des frères et des sœurs de la partie musulmane au sein du groupe de parenté auquel elle appartient. Or, les travaux sur les unions dites «interconfessionnelles», «binationales» ou «biculturelles» n'ont guère tenu compte de la dynamique matrimoniale d'ensemble dont ces mariages participent parmi les musulmans en contexte migratoire.³¹ C'est là négliger que le potentiel créatif mais également conflictuel des unions entre musulmans et non-musulmans dépend largement du degré d'implication du partenaire musulman dans un collectif élargi de parenté qui n'est en rien assimilable à la famille nucléaire européenne. Aussi les attentes dérivant des liens de parenté varient-elles fortement en fonction du sexe du partenaire musulman et de son degré de pratique religieuse. Et aussi de son pays d'origine ou de résidence.

La dynamique matrimoniale des musulmans de l'ex-Yougoslavie, nombreux en Suisse, présente ici d'importantes spécificités. Le DIF fut abrogé par Tito en 1946, date à compter de laquelle la pratique religieuse en ex-Yougoslavie fut

³⁰ Conte 2000 et 2011; Conte & Walentowitz 2009; Joseph 1994.

³¹ Par ex. Collet & Santinelli 2012; cf., cependant, Autant-Dorier 2009; Shaw 2014.

affaiblie, et, en ce qui concerne l'Albanie, abolie. Aussi, les musulmans balkaniques, notamment de Bosnie, s'abstenaient, à l'instar de leur voisins chrétiens mais contrairement à beaucoup de leur coreligionnaires d'autres régions, d'épouser des personnes apparentées, même très lointainement.³² Cependant, ils continuaient à calculer la descendance sur un mode patrilinéaire, étaient patrilocaux, et attribuaient une grande importance à la relation frère-frère, qui était au cœur du système de gestion agricole collective dans le cadre de la parentèle étendue connue sous le nom de *zadruga*.³³ Si les mariages interconfessionnels étaient acceptés sous le socialisme, on observe au contraire, depuis la fin des guerres post-yougoslaves, une endogamie ethnoconfessionnelle croissante. Il importerait de déterminer empiriquement si ces tendances, pré- aussi bien que post-socialistes, se vérifient parmi les générations d'immigrés venus en Suisse en nombre à partir des années 1990. Et aussi d'apprécier l'importance relative accordée à la parité statutaire, qui est souvent d'autant plus forte que les liens (de parenté) entre époux sont ténus.

Les Turcs, autre nationalité fortement représentée parmi les immigrés musulmans en Suisse, pratiquent quant à eux, les unions entre proches ou co-nationaux, faisant même appel à des cousin(e)s de Turquie pour rejoindre et épouser leurs enfants en Suisse. Si le code civil turc, calqué sur le code suisse de 1926, est caractérisé par une grande symétrie de genre, cela n'exclut pas que beaucoup de Turcs respectent discrètement, à divers degrés, certains préceptes inspirés de la charia.³⁴ Ainsi s'établit, implicitement, une forme de double juridiction qui se concrétise notamment à l'heure de déterminer les parts d'héritage dévolues aux femmes.³⁵

En dépit de la spécificité des situations balkanique et turc, il ne peut être question pour beaucoup d'émigrés musulmans de ne conclure qu'un mariage civil en droit suisse. Leur union devra être reconnue dans leurs pays d'origine, voire doublée d'un mariage aux termes du DIF. Si une telle union peut, sous certaines réserves relatives au consentement et à la monogamie, être validée en Suisse, la conclusion d'un mariage religieux parallèle instaure d'office, en premier lieu pour la partie musulmane, une double juridiction. Les différences systémiques et anthropologiques qui légitiment les deux types de contrat opèrent à bien des égards au détriment de la femme, y compris, voire surtout,

³² Cf. Lockwood 2002.

³³ Kaser 1996.

³⁴ Cf. Yilmaz 2002.

³⁵ Cf. O'Neill & Toktas 2014.

si elle est non musulmane. Aussi, un contrat de mariage, décision de séparation ou de divorce, ou testament promulgué en Suisse ne sera pas nécessairement reconnu – ou n’aura pas les mêmes effets – au Maroc ou en Syrie, par exemple. Les systèmes de succession sont à certains égards incompatibles en raison des modes de calcul retenus et des asymétries de genre. Une veuve, même chrétienne, citoyenne d’un pays où prévaut le DIF ne peut pas, en règle générale, transmettre sa nationalité à son enfant légitime en cas de disparition ou de décès de son mari non musulman ou musulman d’une autre nationalité. En témoignent, malgré certaines réformes récentes, les millions d’orphelins et d’enfants abandonnés, apatrides ou non légitimés à travers l’Afrique du Nord et le Levant. Circonstance pénalisante pour ces derniers, un ou une musulman(e) ne peut, par prescription coranique, adopter. En cas de transfert d’un père musulman vers un pays où prévaut le DIF, la femme ne peut exiger, comme nous le verrons, ni le retour de son enfant ni le droit de garde. Certes, en Suisse, sauf pour les Iraniens,³⁶ seul le code civil régit les unions binationales impliquant une partie musulmane. Cela exclut, en théorie, les cas de figure que nous venons d’énumérer, qui devraient, en principe, se résoudre aux termes du droit privé international. Mais cela ne se réalise que lorsque les deux époux ou ex-époux résident sur le territoire national. Car, rappelons en résumé, le DIF, y compris codifié, se prévaut, tel le droit canon, d’une juridiction universelle et place l’appartenance sectaire dérivée du principe de *nasab* au premier plan. Il prétend ainsi s’appliquer au-delà de l’appartenance nationale à toute personne considérée comme musulmane par filiation ou conversion ou, dans bien des cas, à un non-musulman(e) qui entretient un lien de parenté proche ou d’alliance avec un musulman. Aussi, les pays où s’applique le DIF ne souscrivent pas à l’article 16 de la Convention sur l’élimination de toutes formes de discrimination contre les femmes (CEDAW), qui stipule l’égalité des sexes en toute affaire relevant du statut personnel. Ces écarts, qui renvoient aux divergences des systèmes de filiation en cause, impliquent que les nombreux accords d’entraide juridique entre pays de deux rives de la Méditerranée ne garantissent pas l’exécution internationale des décisions en matière de droit de garde, se limitant à assurer diverses formes de médiation de caractère souvent plus cosmétique qu’opératoire. Certes, toute personne ayant contracté une union interconfessionnelle et binationale peut refuser sa soumission au principe de double juridiction, voire sa classification par naissance comme fidèle de telle ou telle religion. Toutefois, les conflits de droit ici cités demeurent et limitent, qu’elle le veuille ou non, sa pleine liberté en tant que sujet de droit.

³⁶ Parlement 2009.

L'évolution des mariages interconfessionnels en Suisse

Avant d'illustrer ce propos par l'analyse d'un cas concret, essayons de cerner la fréquence des unions interconfessionnelles en Suisse en se référant aux données fournies en 2015 par l'Office fédérale de la statistique:

Tableau 1:
Mariages musulman(e)s selon la confession du/de la partenaire en 2001

(N = 4736)	Musulman (N = 1512)	Musulmane (N = 889)	Musulmans
Musulmans	49,3	49,3	49,3 (N = 2335)
Hommes chrétiens	–	14,5	–
Femmes chrétiennes	25,8	–	–
Chrétiens	–	–	40,3
Hommes juifs	–	0,1	–
Femmes juives	0,1	–	–
Juifs	–	–	0,2
Hommes d'autres confessions	–	1,3	–
Femmes d'autres confessions	1,7	–	–
Autres confessions	–	–	3,0
Hommes sans confession	–	1,8	–
Femmes sans confession	3,5	–	–
Sans confession	–	–	5,3
Hommes de confession inconnue	–	0,7	–
Femmes de confession inconnue	1,2	–	–
Confession inconnue	–	–	1,9
Hommes non musulmans	–	37,0	–
Femmes non musulmanes	63,0	–	–
Non-musulmans			50,7

Source: d'après Bracher 2015 / Office fédérale de la statistique

Tableau 2:
Mariages des musulman(e)s selon la confession du/de la partenaire en 2013

(N = 5102)	Musulman (N = 819)	Musulmane (N = 423)	Total
Musulmans	80,4	80,4	80,4 (N = 3860)
Hommes chrétiens	–	3,7	–
Femmes chrétiennes	9,3	–	–
Chrétiens	–	–	13,0
Hommes juifs	–	0,06	–
Femmes juives	0,04	–	–
Juifs	–	–	0,1
Hommes d'autres confessions	–	0,2	–
Femmes d'autres confessions	0,3	–	–
Autres confession	–	–	0,5
Homme sans confession	–	1,8	–
Femmes sans confession	2,2	–	–
Sans confession	–	–	4,0
Hommes de confession inconnue	–	0,9	–
Femmes de confession inconnue	1,1	–	–
Confession inconnue	–	–	2,0
Hommes non musulmans	–	34,0	–
Femmes non musulmanes	66,0	–	–
Non-musulmans			19,6

Source: d'après Bracher 2015 / Office fédérale de la statistique

Ces statistiques définissent la catégorie de «musulman» par référence à l'auto-définition des déclarants. De la sorte, elles comprennent des personnes ayant sans doute des conceptions très variables de ce qu'«être musulman» signifie.³⁷ En dépit de cette réserve, il reste que de 2001 à 2013 le taux de mariages entre personnes se déclarant musulmanes et leurs partenaires se réclamant d'une autre orientation confessionnelle passe en Suisse de 50,7% à 19,6% de l'ensemble des unions impliquant au moins un musulman. À l'inverse, la proportion d'unions impliquant deux partenaires musulmans dans cet ensemble s'accroît au cours de la même période de 63,1%. Cependant, la répartition par genre des choix matrimoniaux parmi ceux et celles qui épousent un non-mu-

³⁷ Cf. Schneuwly Purdie 2006.

musulman reste constante: deux mariages sur trois furent conclus par des hommes musulmans avec des non-musulmanes, choix acceptable en DIF. En revanche, deux musulmanes sur trois respectent la norme d'homogamie confessionnelle qui exige qu'une musulmane choisisse un partenaire au sein de la communauté des croyants (*umma*).

Certaines perceptions de l'islam – et des musulmans – exprimées parmi les non-musulmans de Suisse lors de la votation de 2009 sur les minarets semblent témoigner d'une méfiance intercommunautaire croissante; ces préventions sont sans doute nourries par les événements extérieurs (attentat du 11 septembre, montée en puissance de l'islam politique sous divers avatars, etc.). Cependant, l'analyse sociologique de la «communitarisation» matrimoniale des musulmans de Suisse, qui contraste avec la situation antérieure étudiée par Carol,³⁸ devra être entreprise dans une perspective dialectique: car elle renvoie à un processus sans doute réciproque de crispation et de repli identitaires, qui concerne bien des peuples d'Europe et trouve expression dans une peur de l'«allogène» dépassant de loin les frontières de la Confédération. Explorer ce phénomène requerrait, au-delà d'une lecture superficielle de corrélations potentiellement trompeuses, une grande prudence épistémologique. Compte tenu des origines nationales des musulmans de Suisse, une volonté de leur part de recourir au droit islamique ne peut guère être supputée comme facteur stimulant ou de réaction à un repli communautaire. Aussi, l'introduction de «mécanismes extraétatiques», telle que prônée par Giordano,³⁹ ne répondrait pas à une demande majoritaire des musulmans de Suisse et ne contribuerait guère à un meilleur «vivre ensemble» dans le cadre multiculturel contemporain. La fréquence croissante de choix de partenaires de même origine, plus qu'un phénomène religieux, peut dénoter des difficultés persistantes d'immigrés et de leur progéniture née en Suisse à trouver toute leur place dans la société dont pourtant ils participent. Il est possible que pour compenser une sensation de rejet, les nouveaux mariés privilégient désormais un «entre-soi» s'appuyant sur des affinités d'ordre culturel ou linguistique plutôt que relevant d'un islam partagé, souvent faiblement ressenti. Il resterait enfin à explorer dans cette perspective les intermariages – ou plutôt leur rareté – entre musulmans de différentes nationalités ou origines résidant en Suisse. Mais ce ne sont là que quelques pistes avancées en vue d'une analyse sociologique approfondie qui dépasse le présent cadre.

³⁸ Carol 2013.

³⁹ Giordano 2008.

La force du *nasab*: étude de cas

Du strict point de vue du statut personnel, qui constitue ici notre prisme, toutes les unions considérées dans les statistiques ci-dessus mentionnées furent conclues selon les exigences du Code civil suisse. Nonobstant, la double juridiction affecte les personnes qui concluent un mariage interconfessionnel ou ont eu un enfant hors mariage avec un partenaire musulman soumis au DIF. Nous devons, par manque d'espace, nous limiter à illustrer les possibles implications de cette situation à partir d'un seul cas récent, relaté ici de manière anonyme, qui souligne cependant clairement toute la force du principe de *nasab* et de l'emprise transétatique du DIF:

Une femme européenne entama dans son pays d'origine une relation avec un étudiant originaire du Proche-Orient. De cette relation naquit une fille. Lorsque cette dernière atteignit l'âge de 7 ans, le père, ayant terminé sa formation et acquis la nationalité de la mère, se rendit «en vacances» dans son pays avec sa fille, mais sans sa compagne. Et il y resta. Les démarches de la mère en vue d'assurer le retour de sa fille se révélèrent toutes vaines. L'homme s'installa dans sa famille, dans une ville loin de la capitale, et interdit toute visite à la mère. Les convocations et mises en garde du consulat du pays de la mère restèrent sans réponse. Le tribunal européen lui ayant confirmé son droit de garde, l'intéressée se rendit dans le pays de son compagnon et prit un avocat pour le poursuivre devant un tribunal civil local, qui consentit un droit de visite. L'homme confina alors sa fille dans la maison de ses parents afin que sa mère ne puisse pas tenter de l'enlever et de lui faire passer la frontière incognito. Elle se résolut alors à consulter un tribunal islamique, compétent en droit de la famille. Cependant, sa position en tant que plaignante était doublement affaiblie du fait qu'elle n'était, d'une part, pas mariée et, de l'autre, musulmane. Sa requête était ainsi non admissible, dans la mesure où seul un mariage reconnu en droit local pouvait lui permettre d'établir une filiation légitime avec sa fille, considérée comme une «enfant de la fornication» (*bint al-zinā*). De plus, arguait la famille du compagnon, sa condition de «chrétienne» excluait qu'elle put élever sa fille en bonne musulmane, condition dont cette dernière héritait du fait de la religion de son père. Cet argument put justifier le non-respect par le père du droit de visite de la mère. Ainsi fut annulée toute prétention à faire valoir la législation de son pays d'origine européen, qui lui reconnaissait par un jugement en bonne et due forme la pleine garde de sa fille en dépit du fait qu'elle ne fût pas mariée. Ainsi, la fille demeura auprès de sa famille paternelle, qui finit par consentir

quelques brèves rencontres (sous surveillance) entre mère et fille. Au fil du temps, cependant, cette dernière oublia largement la langue de sa mère et lui reprocha son état d'incroyante ainsi que de lui avoir fait manger du porc, élément qui vint conforter la position du père auprès du tribunal islamique. Malgré sa naissance hors mariage, la fille fut reconnue par l'état civil local comme l'enfant légitime de son père, cela au titre de l'acte de reconnaissance paternelle dont elle bénéficiait et, plus largement, de son parage ou *nasab*. Le fait que cette reconnaissance put être validée en dépit du statut de «fille de la fornication» de l'enfant est attribuable au statut de «concubine infidèle» de la mère, sans que cela ne figure pourtant dans le code de la famille. Du point de vue du droit local, la paternité, reconnue, écarta et prévalut ainsi sur la subordination de la légitimité à l'existence d'un contrat de mariage liant les parents.

Ce cas, qui est loin d'être unique, souligne à quel point le principe patrilinéaire et la force du *nasab* prévalent sur toute autre considération juridique, autant du point de vue du père que de celui de la justice de son pays. En reconnaissant son enfant, le père, activement soutenu par son groupe de parenté, parvint à oblitérer le fait qu'en DIF sa fille née hors mariage aurait été considérée comme illégitime a fortiori même si la mère avait été musulmane et autochtone. L'exequatur de la décision de justice du pays européen attribuant la pleine garde à la mère se heurta à une fin de non-recevoir pur et simple nonobstant les efforts de deux avocats locaux et de son ambassade. Tout s'est passé comme si les accords de coopération juridique entre les deux pays étaient sans effet.

Cet exemple n'insinue nullement que tout partenariat interconfessionnel aux confins de deux ordres juridiques soit susceptible de connaître une aussi triste issue. Il souligne en revanche la nécessité de connaître par anticipation les conditions d'émergence possible de conflits de droit avant d'agir en des domaines qui engagent irrévocablement le statut personnel. Dans le cas considéré, un mariage civil européen n'aurait pas prévenu le rapt de l'enfant, mais aurait, facteur capital, préservé la dignité de la mère devant des autorités judiciaires du pays d'origine du père. Un mariage complémentaire devant imam même sans conversion de la mère – possible en Suisse – aurait en outre permis à cette dernière d'ester en justice sur une base de relative égalité devant une juridiction islamique à l'étranger. Un tel «double mariage» aurait également largement facilité la tâche des autorités consulaires venues en aide à la mère. Il n'en reste pas moins que, même dans cette hypothèse, le père, une fois rendu dans son pays d'origine, n'aurait eu nulle obligation de laisser repartir sa fille en compagnie de sa mère. Et notons que les contrôles de sortie du territoire d'enfants accom-

pagnés de leur seule mère, épouse légitime, tendent à être rigoureux. Toutefois, une telle obligation aurait très bien pu figurer comme condition préalable (*shart*) dans un contrat de mariage (*‘aqd al-zawāj*) établi par un notaire selon le DIF. Un tel document aurait eu valeur exécutoire pour tout qadi, dont l’action se serait alors trouvée en conformité avec la décision de son collègue européen malgré les divergences de leurs jurisprudences respectives.

Remarque finale

Observons en conclusion qu’une reconnaissance en Suisse de mesures relevant du DIF et a fortiori de «mécanismes juridiques de caractère coutumier»,⁴⁰ très variables par définition au sein du monde musulman et souvent non reconnus en DIF, ne lèverait pas les hypothèques ici évoquées. Dès lors que sont constatés les antagonismes systémiques qui expliquent cette impasse, seule la prévention peut éviter que les conflits de droit se matérialisent; or, prévention suppose connaissance. Il importe donc d’approfondir une anthropologie juridique comparative et réciproque des cas et décisions en matière de statut personnel, litigieux aussi bien que conciliatoires. Cette démarche devra tenir compte, au-delà de l’analyse formelle des conflits de droit, des fondations anthropologiques de la filiation et des contextes sociaux et nationaux dans lesquels évoluent les parties ainsi que les juges.⁴¹ Sur cette base, certes complexe à bâtir, un effort d’information pourra être engagé, qui mette à la disposition des juges, avocats, officiers de l’état civil et consulaires concernés par les cas sur lesquels influe en Suisse, directement ou indirectement, le DIF toutes les informations et outils analytiques nécessaires. Cela en considérant les évolutions, parfois parallèles, parfois divergentes, du DIF⁴² et des codes civils européens. Si l’application du droit international privé est désormais facilitée dans certains domaines comme le divorce – grâce, par exemple, à la nouvelle *Mudawwana* promulguée au Maroc en 2004⁴³ –, de nouveaux conflits de droit se profilent en matière de filiation avec l’introduction du mariage homosexuel et des nouvelles techniques reproductives.⁴⁴ Il importe ainsi d’autant plus de renforcer les échanges entre juristes des deux rives de la Méditerranée, dialogue dans lequel l’anthropologie peut jouer un rôle de facilitatrice.

⁴⁰ Giordano 2008: 74.

⁴¹ Cf., par ex., Giunchi 2013; Shehada 2005.

⁴² Quraishi-Landes 2013.

⁴³ Cf. Bras 2007, Rude-Antoine 2010.

⁴⁴ Cf. Théry & Leroyer 2014.

Biographie

Édouard Conte est Research fellow à l'Institut de recherche et de conseil dans le domaine de la famille à l'Université de Fribourg. Professeur émérite d'anthropologie à l'Université de Berne, il est également Directeur de recherche émérite au Centre nationale de la recherche scientifique et membre du Laboratoire d'anthropologie sociale (CNRS-Collège de France-EHESS) à Paris. Ses recherches, conduites au Proche-Orient arabe, en Afrique sahélienne et en Europe centrale, concernent l'anthropologie de la parenté, du droit et les logiques relationnelles dans leurs rapports avec le pouvoir.

Bibliographie

An-Na'im, Abdullahi A. (1986), «The Islamic Law of Apostasy and its Modern Applicability: A Case from the Sudan», in: *Religion* 16(3), 197–224.

Autant-Dorier, Claire (2006), «La parenté «faitiche» ou que fait-on faire à la parenté? Des familles turques en migration», in: *European Journal of Turkish Studies* Thematic Issue N° 4, The social practices of kinship: A comparative perspective. <http://www.ejts.org/document597.html>

Autant-Dorier, Claire (2009), «Saisir les identités en mouvement: parenté et histoires de familles turques en migration», in: *Revue européenne des migrations internationales* 25(3), 133–151.

Botiveau, Bernard (1993), *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Paris: Karthala.

Bracher, Katharina (2015), «Muslime lieben lieber Ihresgleichen. Muslime heiraten immer seltener Andersgläubige. Religionswissenschaftler befürchten eine zunehmende Entfremdung von anderen Glaubensgemeinschaften», in: *NZZ am Sonntag* 22.03.2015. <http://www.nzz.ch/nzzas/nzz-am-sonntag/muslime-lieben-lieber-ihresgleichen-1.18507158>

Bras, Jean-Philippe (2007), «La réforme du code de la famille au Maroc et en Algérie: quelles avancées pour la démocratie?», in: *Critique internationale* 37, 93–125.

Bras, Jean-Philippe (2008), «La shari'a: passé et devenir d'un corpus juridique», Institut européen en sciences des religions. http://www.iesr.ephe.sorbonne.fr/docannexe/file/4349/Bras_droit.pdf

Brunet, Laurence (2010), «La réception en droit français des institutions familiales de droit musulman: vertus et faiblesses d'un compromis», in: *Droit et cultures* 59(1), 231–251. <http://droitcultures.revues.org/2086>

Büchler, Andrea (2011), *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Franham: Ashgate.

Carol, Sarah (2013), «Intermarriage Attitudes Among Minority and Majority Groups in Western Europe: The Role of Attachment to the Religious In-Group», in: *International Migration* 51(3), 67–83.

Clayer, Nathalie (2004), «Les musulmans des Balkans: Ou l'islam de d'autre Europe», in: *Le Courrier des pays de l'Est* 5/2004 (n° 1045), 16–27. www.cairn.info/revue-le-courrier-des-pays-de-l-est-2004-5-page-16.htm

Collet, Beate & Santinelli, Emmanuelle (2012), *Couple d'ici, parents d'ailleurs: Parcours de descendants d'immigrés*, Paris: Presses universitaires de France.

Conte, É. (1994), «Le pacte, la Parenté et le Prophète: réflexions sur la proximité parentale dans la tradition arabe», in: Héritier-Augé, Françoise & Copet-Rougier, Élisabeth, dirs., *Les complexités de l'alliance. IV. Économie, politique et fondements symboliques*, Paris: Éditions des Archives contemporaines, 143–185.

Conte, É. (2000), «Mariages arabes: La part du féminin», in: *L'Homme* 154–155, 279–308.

Conte, É. (2011), «Elles seront des sœurs pour nous: Le mariage par permutation au Proche-Orient», in: *Études rurales* 187, 157–200.

Conte, É. & Shehada, N. (2008), «Equity vs. Predictability? The Role of the Qadi in the Palestinian Territories», in: Kieser, H.-L. & Meier, A., dirs., *Revolution islamischen Rechts: 80 Jahre schweizerisches ZGB in der Türkei*, Zurich: Chronos, 125–144.

Conte, É. & Walentowitz, S. (2009), «Kinship Matters: Tribals, Cousins, and Citizens in Southwest Asia and Beyond», in: *Études rurales* 184, 217–248.

Deprez, Jean (1988), «Droit international privé et conflits de civilisations – aspects méthodologiques: Les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», in: *Recueil des Cours de l'Académie de droit international* (R.C.A.D.I.), La Haye, 1988.IV.9 spéc. 43.

Dupret, Baudoin (2004), «L'autorité de la référence: Usages de la shari'a islamique dans le contexte judiciaire égyptien», in: *Archives de sciences sociales des religions* 125, 189–210.

Dupret, Baudoin (2013), «La charia: Qu'est-ce à dire?», 15.04.2013. http://www.fondation-res-publica.org/La-Charia-en-dix-points-et-quelques-raccourcis_a724.html

Dupret, Baudoin, Berger, Maurits & al-Zwaini, Laila, dirs. (1999), *Legal Pluralism in the Arab World*, The Hague, London, Boston: Kluwer.

Gianni, Mateo et al., dirs. (2010), *Vie musulmane en Suisse: Profils identitaires, demandes et perceptions des musulmans en Suisse. Rapport réalisé par le Groupe de Recherche sur l'Islam en Suisse (GRIS)*, Berne: Commission fédérale pour les questions de migration CFM. https://www.ekm.admin.ch/dam/data/ekm/dokumentation/materialien/mat_muslime_f.pdf

Gianni, Matteo, Giugni, Marco & Michel, Noémi (2015), *Les Musulmans en Suisse: Profils et intégration*, Lausanne: Presses polytechniques et universitaires romandes.

Giordano, Christian (2008), «Il pluralismo giuridico: uno strumento legale nella gestione del multiculturalismo?», in: *Tangram* 22, 12/2008, 74–77.

Giunchi, Elisa, dir. (2013), *Adjudicating Family Law in Muslim Courts*, London: Routledge.

Giunchi, Elisa, dir. (2014), *Muslim Family Law in Western Courts*, Abingdon: Routledge.

Grillo, Ralph et al., dirs. (2009), *Legal Practice and Cultural Diversity*, Farnham: Ashgate.

Héchaïme, Alexa Moukarzel (2010), «Actualités du statut personnel des communautés musulmanes au Liban», in: *Droit et cultures* 59(1), 121–164.

Huschek, Doreen, de Valk, Helga A. G. & Liefbroer, Aart C. (2012), «Partner Choice Patterns Among the Descendants of Turkish Immigrants in Europe», in: *European Journal of Population* 28(3), 241–268.

Joseph, S. (1994), «Brother/Sister Relationships: Connectivity, Love, and Power in the Reproduction of Patriarchy in Lebanon», in: *American Ethnologist* 21(1), 50–73.

Kakoulidou, Irini (n.d.), «The application of Shari'ah in the Greek area of Western Thrace: Protecting the religious freedom of the Muslim minority or dismantling the Greek Constitution?». https://www.academia.edu/3287627/The_application_of_Shari_ah_in_the_Greek_area_of_Western_Thrace_Protecting_the_religious_freedom_of_the_Muslim_minority_or_dismantling_the_Greek_Constitution

Kaser, Karl (1996), «Introduction: Household and family contexts in the Balkans», in: *The History of the Family* 1(4), 375–386.

Lockwood, William G. (1972), «Converts and Consanguinity: The Social Organization of Moslem Slavs in Western Bosnia», in: *Ethnology* 11(1), 55–79.

Menski, Werner (2006), *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, Cambridge, etc.: Cambridge University Press.

O'Neill, Mary Lou & Sule, Toktas (2014), «Women's Property Rights in Turkey», in: *Turkish Studies* 15(1), 29–44. http://issuu.com/suletoktas/docs/marital_and_inheritance_regime_-_wo

Pahud de Mortanges, René & Tanner, Erwin, dirs. (2002), *Muslimen und schweizerische Rechtsordnung*, Fribourg: Universitätsverlag.

Parlement (2007), «Introduction de la charia en Suisse», 07.3440 – Interpellation. http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20073440

Parlement (2009), «Convention d'établissement du 25 avril 1934 entre la Confédération suisse et l'Empire de Perse», 08.1129 – Question. http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaefte.aspx?gesch_id=20081129

Quraishi-Landes, Asifa (2013), *Islamic Law Reform: It's Easier and Harder Than You Might Think*, Institute for Social Policy and Understanding Policy Brief no. 62. [http://www.ispu.org/pdfs/ISPU_Brief_IslamicLawReform_\(2\).pdf](http://www.ispu.org/pdfs/ISPU_Brief_IslamicLawReform_(2).pdf)

Reniers, George (2001), «Post-migration survival of traditional marriage patterns: consanguineous marriage among Turkish and Moroccan immigrants in Belgium», in: *Journal of Comparative Family Studies* 32(1), 21–45.

Rohe, Mathias (2009), «Shari'a in a European Context», in: Grillo et al., 93–114.

Rude-Antoine, Edwige (2010), «Le mariage et le divorce dans le Code marocain de la famille: Le nouveau droit à l'égalité entre l'homme et la femme», in: *Droit et cultures* 59, 43–57.

Schneuwly Purdie, Mallory (2006), *Être musulman en Suisse romande: Une enquête qualitative sur le rôle du référent religieux dans la construction identitaire*, Fribourg/Paris, Thèse de doctorat. <https://doc.rero.ch/record/6113/files/SchneuwlyPurdieM.pdf>

Schneuwly Purdie, Mallory, Gianni, Matteo & Jenny, Magali, dirs. (2009), *Musulmans d'aujourd'hui. Identités plurielles en Suisse*, Genève: Labor et Fidès.

Shaw, Alison (2014), «Drivers of Cousin Marriage among British Pakistanis», in: *Human Heredity* 77, 26–36.

Shehada, Nahda (2005), *Justice without Drama. Enacting Family Law in a Gaza City Shari'a Court*, Maastricht: Shaker.

Théry, Irène & Leroyer, Anne-Marie (2014), *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris: Odile Jacob.

Yilmaz, Ihsan (2002), «Secular Law and the Emergence of Unofficial Turkish Islamic Law», in: *Middle East Journal* 56(1), 113–131.

Aufteilung von Betreuung und Pflege in Partnerschaften: Steuer- und sozialrechtliche Anreize

Aufteilung von Betreuung & Pflege in Partnerschaften: Steuer- und sozialrechtliche Anreize

Eine ökonomische Perspektive

Heidi Stutz

(Kurztitel: Steuer- und sozialrechtliche Anreize zur Arbeitsteilung)

Zusammenfassung

In der Ökonomie besteht ein Widerspruch zwischen dem immer den eigenen Vorteil optimierenden homo oeconomicus und den als Solidargemeinschaften (gut oder schlecht) funktionierenden Paaren, besonders jenen mit Kindern. Das optimierende Verhalten von Paaren wird heute in Verhandlungsmodellen untersucht, wobei die Partner mit unterschiedlicher Verhandlungsmacht ausgestattet sein können. Die Verhandlungen erfolgen wie andere optimierende Entscheidungen unter gegebenen Umständen, zu denen auch Steuer- und Sozialrecht gehören. Diese Umstände können sich so stark auswirken, dass das Resultat dem Willen beider Partner widerspricht. So legt ein Paar mit Vorschulkindern in der Schweiz nicht selten drauf, wenn beide Eltern erwerbstätig sind. Änderungen sind politisch schwierig, weil Anreize nie neutral sind: Sie favorisieren entweder eine partnerschaftliche Arbeitsteilung oder eine einseitige. Beides geht nicht.

Schlagwörter

Betreuung, Pflege, Arbeitsteilung, unbezahlte Arbeit, Care, steuerrechtliche Anreize, sozialrechtliche Anreize

Einleitung

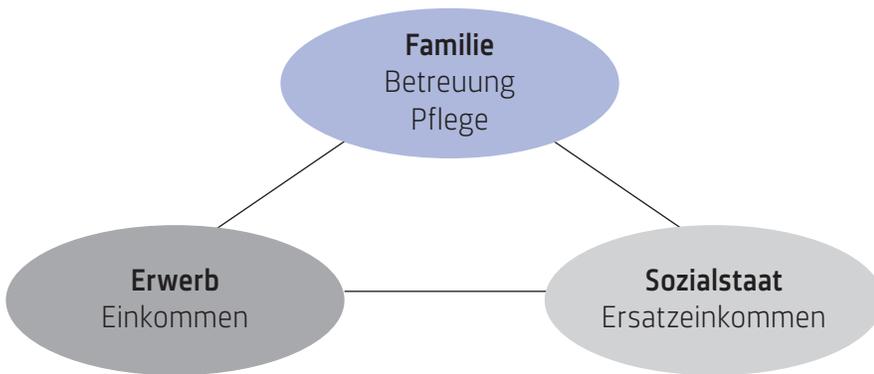
Die Wirtschaftswissenschaften gehen davon aus, dass jeder Mensch ökonomisch denkt, also versucht, unter gegebenen Umständen seine Situation zu optimieren. Die Umstände sind also wichtig. Sie setzen Anreize für die Menschen, sich so oder anders zu verhalten. Das gilt auch für das Steuer- und Sozialrecht. Nun können die Anreize widersprüchlich sein, kurzfristige Vorteile können langfristig zur Hypothek werden, und wenn die Politiken schnell ändern, kann dies erschweren, für die persönliche Lebensplanung verlässliche Erwartungen zu bilden. Es ist also besonders bei weitreichenden Lebensentscheidungen nicht so einfach, optimal zu entscheiden.

Leistung von Paaren

Paare andererseits bilden mehr oder weniger starke Solidargemeinschaften. Sie erbringen gesellschaftlich wichtige Solidarleistungen. Nur durch ihre Kooperation ist es möglich, ein hohes Mass an unbezahlter Arbeit zu mobilisieren für das Aufziehen von Kindern oder die Betreuung und Pflege Erwachsener, die der gleichen oder einer anderen Generation angehören, wobei sie häufig von anderen nahestehenden Personen Unterstützung erhalten. Bei der Ehe ist die Solidarität rechtlich verankert, mit einer Scheidung wird sie weitgehend aufgelöst, besteht aber im Minimum gegenüber den gemeinsamen Kindern weiter. Bei anderen Lebensformen wird sozialrechtlich teilweise von einer Solidargemeinschaft ausgegangen, obschon die Solidarität rechtlich nicht verankert ist. So wird beispielsweise bei der Sozialhilfe in einem «stabilen Konkubinat» das Einkommen des Partners oder der Partnerin bei der Bemessung angerechnet, auch wenn keine Verpflichtung zur gegenseitigen Unterstützung besteht. Es steht der Verdacht im Raum, dass diese Paare sich ökonomisch optimierend verhalten, also bewusst nicht heiraten, um zu optimieren, indem sie höhere Sozialleistungen beziehen oder weniger Steuern zahlen, als dies in der Solidargemeinschaft Ehe der Fall wäre.

Die soziale Wohlfahrt wird also nicht allein durch den Sozialstaat gewährleistet, sondern auch durch diese Solidargemeinschaften. Die Aufgabe des Sozialstaats ist weitgehend nur, Ersatzehinkommen zur Verfügung zu stellen, wenn das Erwerbseinkommen bei Unfall, Krankheit, Arbeitslosigkeit oder altersbedingt ausfällt. Den Paaren und (erweiterten) Familien kommt insbesondere im Bereich der Absicherung unbezahlter Betreuung und Pflege ebenfalls eine

wichtige Rolle zu¹ (vgl. *Abbildung*). Nun ist eine Familie nicht immer vorhanden und solidarisch. Aber wenn ihre Leistungen ausfallen, ist dies immer ein Problem. Denn weder der Bedarf an Betreuung und Pflege von Kindern oder auch unterstützungsbedürftigen Erwachsenen noch die unbezahlte Arbeit für Betreuungs- und Pflegeaufgaben sind in der Schweiz mehr als rudimentär sozialversichert. Die Absicherung erfolgt oft erst nach Abbau der Vermögen auf dem Existenzminimum, im Alter durch Ergänzungsleistungen zur AHV und davor mehrheitlich durch die Sozialhilfe.



Pfeiler der sozialen Absicherung.

Arbeitsteilung als Verhandlungslösung

Paare müssen sich nun entscheiden, wie sie sich organisieren, um beides, die Verdienstsicherung wie auch Betreuungs- und Pflegeaufgaben, sicherzustellen, insbesondere, wenn Kinder involviert sind. Sie können Aufgaben aufteilen und gewisse Teile auch einkaufen. Doch wie gehen sie dabei konkret vor? Das hat sich stark verändert. Die Kooperation bei Paaren war früher durch die (nicht immer auch lebbare) Norm der lebenslangen Ehe und der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung geregelt. Der Preis waren Ungleichheiten, Abhängigkeiten und Benachteiligungen des unbezahlt arbeitenden Geschlechts im Streitfall. Und an den Rändern hat dieses System nie funktioniert, nämlich dann, wenn ein Partner fehlte oder seine vorgesehene Leistung nicht erbrachte bzw. erbringen konnte.

¹ Vgl. z.B. Morgan 2008.

Heute müssen die Kooperation und das Mass der Solidarität verhandelt werden, ob es sich um ein Ehe- oder um ein Konkubinatspaar handelt. Verhandlungsansätze dominieren auch in der Ökonomie, wenn es um dieses Thema geht.² Richtig einschneidend sind diese Verhandlungen meist dann, wenn ein erster Kinderentscheid ansteht, also in erheblichem Mass Betreuungsarbeit unbezahlt mobilisiert und oft teilweise auch eingekauft werden muss. Sicher spielen Haltungen und Präferenzen der beiden Eltern eine Rolle, die ihrerseits nicht unabhängig sind von gesellschaftlich geprägten Vorstellungen. Wichtig ist auch ihre jeweilige Verhandlungsmacht. Erhebungen dokumentieren jedoch immer wieder, dass beide Eltern eine viel weniger partnerschaftliche Arbeitsteilung leben, als sie dies ursprünglich wollten. Die Verhandlung erfolgt unter den realen Umständen. Sind Tagesstrukturen für die Kinderbetreuung verfügbar, und ab welchem Alter, zu welchem Preis? Gemäss Stern et al.³ sind die Betreuungsinfrastrukturen in der Schweiz nach wie vor nicht überall bedarfsgerecht ausgebaut. Haben beide Eltern die Möglichkeit, Teilzeit zu arbeiten?

Verhandlungsergebnisse, die niemand wollte

Die gegebenen Umstände können Entscheidungen erzwingen, die nicht nur die Realisierung der Präferenzen beider Verhandlungspartner erschweren, sondern auch zu volkswirtschaftlich suboptimalen Resultaten führen. Dies rechnete die OECD in einem Ländervergleich vor.⁴ Und die Schweiz schnitt bezüglich der finanziellen Anreize besonders schlecht ab: Berechnet wurde am Beispiel Zürich, wie viel vom zweiten Lohn von Eltern mit zwei Vorschulkindern und durchschnittlichen Löhnen behalten werden können, wenn beide erwerbstätig sind. Die Resultate zeigen, dass der heikelste Punkt nicht die Steuern sind. Diese fressen 31% des zum Vollzeit Einkommens des ersten Elternteils hinzukommenden Einkommens weg, wenn der zweite Elternteil ein halbes Pensum aufnimmt. Erhöht er/sie von einem halben auf ein Vollzeitpensum, sind es vom nochmals zusätzlichen Einkommen 27%. Aber die Kinderbetreuungskosten belaufen sich bei einem halben Pensum auf 45% eines durchschnittlichen Vollzeitlohns und bei einem ganzen Pensum auf 78%. Die Preise für die Eltern sind damit nicht nur bedeutend höher als in allen anderen OECD-Ländern, sondern führen auch dazu, dass Familien, in denen beide Eltern erwerbstätig sind, zumindest kurzfristig drauflegen. Zusammen mit den

² Ein früher Vertreter ist etwa Pollak 1985.

³ Stern et al. 2013.

⁴ OECD 2011: 148-168.

Steuern nämlich summieren sich die Kosten bei zwei Vollzeitstellen auf 103% eines Durchschnittslohns, also mehr als den zusätzlichen Verdienst. Letzteres gilt auch bei einem halben Pensum.

Die Folge ist, dass bezahlte Kinderbetreuung im Vorschulalter, wo die Kosten besonders hoch sind, möglichst umgangen wird, auch wenn die Kinder von den gebotenen Entwicklungschancen vielleicht profitieren könnten. Paare, die nicht über eine naheliegende «Krippe Grosi» verfügen, werden die Erwerbstätigkeit oft so minimieren, dass möglichst nicht beide gleichzeitig abwesend sind. Und weil Teilzeitarbeit die Karrierechancen vermindert, ist es ökonomisch rational, dass eine Person bei einem Vollzeitpensum bleibt. Nicht nur die partnerschaftlichen Lebensentwürfe haben es unter diesen Umständen schwer. Auch das aus volkswirtschaftlichen Gründen verfolgte Ziel, mehr weibliche Fachkräfte zu mobilisieren, kann so kaum erreicht werden.

Einmal getroffene Entscheide verändern Verhandlungsmacht

Jede Verhandlungslösung hat ihren Preis, kurzfristig und langfristig einen Preis für das Paar, aber auch einen möglicherweise ungleichen Preis für die beiden PartnerInnen. Es ist nicht zufällig oder böswillig meist der Mann, der das Vollzeitpensum übernimmt, sondern das hat auch mit der Verhandlungslogik zu tun: Er ist im statistischen Durchschnitt ein paar Jahre älter, weiter fortgeschritten in der Karriere und verdient besser. Die Frau möchte vielleicht dringender Kinder, weil sie die biologische Uhr ablaufen fühlt. Und wenn einmal Kinder da sind, kann auch der «threat point» bzw. die Exit-Option unterschiedliche Verhandlungsmacht verleihen, wenn die Folgen einer Trennung ungleich sind. Was in der Schweiz offiziell so geregelt ist: denn die Kinder werden meist (auch bei geteiltem Sorgerecht) bei der Mutter untergebracht. Und wenn nach einer Trennung der Eltern Geld fehlt, ist die gültige gesetzliche Regelung, dass dem zahlenden Elternteil das Existenzminimum belassen wird und der betreuende Elternteil auf die Sozialhilfe geschickt wird.

Die Verhandlungen werdender Elternpaare über ihre künftige Arbeitsteilung sind nicht die einzigen im Laufe der Zeit. Aber wie dies zum Beispiel der erste Gleichstellungsbericht der deutschen Bundesregierung von 2011 schön dokumentiert, wirken Entscheidungen an Knotenpunkten im Lebenslauf immer

weiter.⁵ Sie verändern die Verhandlungsposition der beiden Elternteile und sorgen dafür, dass spätere Korrekturen immer schwieriger werden. Gleichzeitig erfolgen die Entscheidungen über die Zukunft bei den jungen Paaren mit beschränkter Rationalität, weil Informationen über die langfristige Tragweite der getroffenen Regelungen oft nicht überblickt und angemessen in Rechnung gestellt werden. Es sind die kurzfristigen Zwänge, die dominieren.

Man kann sich nun die Frage stellen: Warum sind die Anreize so gesetzt, dass sich die Erwerbstätigkeit des zweiten Elternteils kaum lohnt? Es ist kaum abenteuerlich anzunehmen, dass darin einerseits die alten Normen fortwirken und dass andererseits die Politik aus zu kurz greifenden sparpolitischen Überlegungen Investitionen in neue Infrastrukturen scheut, die es früher auch nicht gebraucht hat. Dahinter steckt kein wirklich ökonomisches Denken. So ist in der Privatwirtschaft selbstverständlich, dass wer nicht klug investiert, auch kaum Gewinnchancen hat.

Anreize sind nie neutral

Man kann sich die Frage stellen: Wie müssten die Anreize im Steuer- und Sozialsystem (inklusive Preise der Kinderbetreuung) gesetzt sein, damit die Eltern mehr reale Wahlfreiheit in ihren Entscheidungen zur Aufteilung von Erwerbs- und Familienarbeit hätten? Wir haben für das Eidgenössische Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann ein Grundlagenpapier zur Absicherung unbezahlter Care-Arbeit, also Betreuungs- und Pflegearbeit von Frauen und Männern, und zum Anpassungsbedarf des Sozialstaats in Zeiten sich ändernder Arbeitsteilung verfasst.⁶ Eine wichtige Erkenntnis daraus war: Es gibt keine Neutralität. In der einen oder anderen Richtung gehen von allen Regelungen Anreize für die Arbeitsteilung von Paaren aus.

Besonders einsichtig ist dies am Beispiel der Kinderbetreuungspreise: Sind diese günstiger, lohnt sich eine Erwerbstätigkeit des zweiten Elternteils mehr – und umgekehrt. Im Steuersystem ist eine Kernfrage, wie die Leistungsfähigkeit des Steuersubjekts bemessen werden soll. Spielt es zum Beispiel eine Rolle, ob bei einem Ehepaar ein gleich hohes Haushaltseinkommen von einer einzelnen Person erwirtschaftet wird, während die andere nicht erwerbstätig

⁵ Sachverständigenkommission 2011.

⁶ Stutz/Knupfer 2012.

ist, oder ob es von zwei (Vollzeit arbeitenden) Personen stammt? Wenn es eine Rolle spielt, sollten die Partner eher nicht zusammen, sondern individuell veranlagt werden. Der Anreiz, den Erwerb als Paar möglichst egalitär aufzuteilen, würde dann klar steigen.

Reformen sind also nicht sinnvoll, ohne die Ziele zu klären. Was wollen wir erreichen? Was soll der Wohlfahrtsstaat solidarisch mittragen? Welche Risiken wiederum sind privat zu tragen, und wie kann dabei eine gewisse Fairness zwischen den PartnerInnen sichergestellt werden? Im genannten Grundlagenpapier wurde als Ziel eine partnerschaftliche Arbeitsteilung sowohl bezüglich Erwerb als auch bezüglich unbezahlter Betreuungs- und Pflegeaufgaben gesetzt und dann wurde durchgespielt, was diesem Ziel dienen würde. Das partnerschaftliche Modell wurde darum gewählt, weil es durch einen bleibenden Erwerbsbezug die bestehenden Absicherungs- und Armutprobleme von Personen am besten zu lösen verspricht, die heute in erheblichem Masse unbezahlte Betreuungs- und Pflegeaufgaben übernehmen. Dies funktioniert allerdings nur dann, wenn neben ausgebauten bezahlbaren Betreuungsinfrastrukturen effektiv eine bessere Verteilung der unbezahlten Betreuung und Pflege erreicht wird, die immer gesellschaftlich nötig und für die Lebensqualität wichtig bleibt.

Stichworte für die Gestaltung der Sozialpolitik aus dieser Perspektive sind:

- Die *reale Vereinbarkeit* von Berufslaufbahn und familiären Aufgaben gegenüber nahestehenden Personen. Sie bedingt nicht nur Betreuungsinfrastrukturen ohne abschreckende Preise, sondern auch eine an familiäre Aufgaben anschlussfähige Arbeitswelt, welche Personen, die Verantwortung für andere übernehmen, nicht mit Karrierenachteilen bestraft. Sie bedingt zudem eine zeitliche Entlastung in besonders betreuungsintensiven Phasen in der Form versicherter Eltern- oder Pflegezeiten.
- Wenn über die bessere Vereinbarkeit das für die Übernahme unbezahlter Aufgaben nötige gegenwärtige Einkommen besser mobilisiert werden kann, bleibt trotzdem auch ein besonderes Augenmerk zu legen auf Probleme bei der *Risiko- und Altersabsicherung* von Personen, die unbezahlte familiäre Betreuung und Pflege übernehmen. Diese Probleme sind heute besonders dann zahlreich, wenn Betroffene nicht oder nicht mehr verheiratet sind. Eine gute soziale Sicherung ist geschlechts- und zivilstandsunabhängig und läuft weiter in Zeiten mit familienbedingt tiefem Erwerbsspensum oder kürzeren Erwerbspausen. Wo möglich, ist sie sinn-

vollerweise auch um die Person mit Betreuungs- und Pflegebedarf herum aufgebaut, wie dies beispielsweise in der IV mit dem Assistenzbeitrag im Grundsatz realisiert wurde, wobei dort leider genau Familienangehörige ausgenommen sind. Das Lebensrisiko einer Trennung des solidarischen Elternpaares ist ein anderes Beispiel. Es geht nicht nur darum, im Unterhaltsrecht über Alimente die direkten Kosten des Kindes neu zwischen den Eltern aufzuteilen. Es geht auch um den Zeitfaktor der Betreuung, die ein Kind braucht. Auch Zeit ist Geld, ob beim Einkaufen von Betreuungsleistungen oder in der Form von entgangenem Verdienst bei eigener Betreuung. Im neuen Unterhaltsrecht wurde dem Kind daher in bestimmten Situationen ein Betreuungsunterhalt zugesprochen. Noch geht die neue Norm jedoch nicht so weit, dass Paare die Folgekosten ihrer Arbeitsteilung effektiv solidarisch tragen müssten.

Was ändert sich?

Das Beispiel des Betreuungsunterhalts zeigt, dass in der politischen Diskussion durchaus Elemente des Umdenkens aufgegriffen werden, und dies nicht nur, wenn man mit einem höheren Frauenrentenalter sparen will. Oft sind es volkswirtschaftliche Gründe, die hinter den Überlegungen stehen. So möchten Bund und Kantone mit einer Fachkräfteinitiative⁷ das Erwerbspotenzial von Müttern besser mobilisieren und fassen als Massnahmen ins Auge, dass die familienergänzende Kinderbetreuung billiger werden und vom «Zweiteinkommen» weniger weggesteuert werden soll. Hätte das Schweizer Stimmvolk die CVP-Initiative angenommen, wäre die Ehegattenbesteuerung auf der Verfassungsstufe festgeschrieben worden. Nach dem Schiffbruch an der Urne wird nun der Übergang zur Individualbesteuerung wieder ins Auge gefasst.

In der sozial- und gesellschaftspolitischen Diskussion wurde erkannt, dass Paare, in denen beide gut im Arbeitsmarkt verankert sind, sich notfalls gegenseitig finanziell unterstützen können, was die Sozialkosten senken könnte. Die geschlechtsspezifische Arbeitsteilung kommt also von dieser Seite ebenfalls unter Druck. Das allmähliche Umdenken spiegelt sich auch im Bundesratsbericht zur Modernisierung des Familienrechts. Das Kapitel «Finanzielle Fragen» beginnt dort mit dem Satz: «Unter dem Aspekt der Eigenverantwortung ist grundsätzlich jeder erwachsene und dazu fähige Mensch gehalten, selbst

⁷ WBF/VDK 2015.

für seinen Lebensunterhalt aufzukommen.»⁸ Mütter und Väter in dieser Art grundsätzlich (trotz nachfolgender Relativierungen) gleich zu behandeln, wäre noch vor relativ kurzer Zeit auf Bundesratsebene undenkbar gewesen.

Der Umbau hat begonnen, teilweise zaghafte. Noch passen die einzelnen Bausteine nicht überall zusammen. Ein Gesamtplan ist nicht durchwegs erkennbar, und nach wie vor wird die bleibende Betreuungs- und Pflegearbeit oft ausgeblendet. Es ist offen, wie das Resultat dereinst aussehen wird, wer gewinnt, wer verliert. Sicher ist nur, dass sich auch die neuen Normen und die durch sie gesetzten Anreize auf die Wahlfreiheiten und Aushandlungsprozesse realer Paare auswirken werden. Zu wünschen bleibt, dass die Realitäten und Wünsche der Eltern und sonstigen Personen mit unbezahlten Betreuungs- und Pflegeaufgaben selbst künftig stärker in die Umgestaltung einfließen.

Biographie

Heidi Stutz hat an der Universität Zürich Wirtschaftsgeschichte in Verbindung mit Sozialökonomie studiert. Sie ist Mitinhaberin und Bereichsleiterin Familienpolitik sowie Gleichstellung von Frau und Mann im Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS in Bern. Seit vielen Jahren beschäftigt sie sich mit Forschungsprojekten in beiden Bereichen, die immer wieder auch deren Schnittstellen untereinander sowie zur Sozial-, Steuer- und Arbeitsmarktpolitik betreffen. Weitere Angaben finden sich unter www.buerobass.ch

Bibliographie

Bowles, Samuel & Polania-Reyes, Sandra, 2012, «Economic Incentives and Social Preferences: Substitutes or Complements?», in: *Journal of Economic Literature* 50:2, 368–425.

Bundesrat, 2015, *Modernisierung des Familienrechts*, Bericht des Bundesrates zum Postulat Fehr (12.3607), Bern.

⁸ Bundesratsbericht 2015: 45.

Eidgenössisches Departement für Wirtschaft, Bildung und Forschung (WBF) & Konferenz kantonaler Volkswirtschaftsdirektoren (VDK), 2015, *Fachkräfteinitiative – Situationsanalyse und Massnahmenbericht*, Bern.

Lundberg, Shelly, 2008, «Gender and Household Decision-Making», in: Bettio, Francesca & Verashchagina, Alina, Hrsg., *Frontiers in the Economics of Gender*, New York: Routledge, 116–133.

Morgan, Kimberly J., 2008, «The Political Path to a Dual Earner/Dual Carer Society: Pitfalls and Possibilities», in: *Politics & Society* 36, 403–420.

OECD, 2011, *Doing Better for Families*, Paris.

Pollak, Robert A., 1985, «A Transaction Cost Approach to Families and Households», in: *Journal of Economic Literature* 23:2, 581–608.

Sachverständigenkommission, 2011, *Neue Wege – gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf*, Gutachten der Sachverständigenkommission an das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend für den Ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, Berlin.

Stern, Susanne et al., 2013, *Familienergänzende Kinderbetreuung und Gleichstellung*, Schlussbericht des Forschungsprojekts im Rahmen des Nationalen Forschungsprogramms NFP 60, Zürich und St. Gallen.

Stutz, Heidi & Knupfer, Caroline, 2012, *Absicherung unbezahlter Care-Arbeit von Frauen und Männern: Anpassungsbedarf des Sozialstaats in Zeiten sich ändernder Arbeitsteilung*, Im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Frau und Mann (EBG), Bern.

Zusammenspiel des Familienrechts mit dem Sozial- und Steuerrecht

Zusammenspiel des Familienrechts mit dem Sozial- und Steuerrecht

Prof. Dr. iur. Gabriela Riemer-Kafka, Universität Luzern

Zusammenfassung

Das Sozialversicherungs- und Steuerrecht weist verschiedene Berührungspunkte mit dem Zivilrecht, so auch mit dem Familienrecht, auf. Unsere Rechtsordnung, auf den historisch gewachsenen gesellschaftlichen Strukturen aufbauend, hat die besagten Rechtsgebiete aufgrund der familienrechtlichen Unterhaltspflichten gegenüber Ehegatte, Kindern und weiteren Verwandten sowie der Auffassung der Familie als «wirtschaftliche Einheit» miteinander verknüpft. So verstehen sich verschiedene Leistungen der Sozialversicherungen als Ersatz- resp. Zuschussleistungen für familienrechtliche Unterhaltspflichten, welche wegen des Eintritts eines Risikofalles nicht mehr oder nicht mehr genügend gewährleistet sind. Zudem trägt das geltende Recht immer noch Züge der traditionellen Rollenverteilung zwischen Mann und Frau, auch wenn zwecks verbesserter Absicherung des nur teil- oder nicht-erwerbstätigen Partners im Zuge der rechtlichen Gleichstellung der Geschlechter im Bereich des Vorsorgeschutzes das sog. «Splitting» in erster und zweiter Säule eingeführt wurde. Durch die zunehmende gesellschaftliche und verfassungsmässige Anerkennung auch anderer Partnerschaftsmodelle neben der Ehe (z.B. Eineltern- oder Patchworkfamilien, Lebenspartnerschaft) werden Sozialversicherungs- und Steuerrecht vor die Herausforderung gestellt, das Konzept der Anknüpfung an familienrechtliche Beziehungen (Ehe/ eingetragene Partnerschaft; Kindesverhältnis) zu überdenken. Die Ehe führt zwar hinsichtlich des Vorsorgeschutzes zu einer Besserstellung gegenüber nichtehelichen Partnerschaften, muss aber auch aufgrund des Konzeptes der wirtschaftlichen Einheit in gewissen Bereichen (EL, Sozialhilfe, Steuerrecht) auch Nachteile in Kauf nehmen. Umgekehrt geniesst die Lebenspartnerschaft Vorteile im Steuerrecht, nicht hingegen bezüglich des Vorsorgeschutzes im Sozialrecht. Als neuere Entwicklung (Rechtsprechung, kantonale Sozialgesetzgebung) erfolgt zunehmend ihre Annäherung an die Ehe, und zwar hinsichtlich Schadenminderungspflichten und der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Paares als Ganzes. Vor dem Hintergrund eines erhöhten Armutsrisikos nicht verheirateter resp. alleinerziehender

Eltern hat der Staat, auch i.S.v. Art. 6 BV («individuelle Verantwortung für sich selber»), ein Interesse an einem ausgebauten Vorsorgeschutz aller (hier könnte die «Ehe light» hilfreich wirken). Umgekehrt ist die Wahl der gelebten Partnerschaftsform Ausdruck der persönlichen Freiheit i.S.v. Art. 10 BV und darf nicht von An- resp. Fehlanreizen des Sozialversicherungs- und Steuerrechts abhängig sein. Es sind daher gesetzgeberische Massnahmen ins Auge zu fassen, welche einerseits die beiden Lebensformen einander angleichen, z.B. durch zivilstandsunabhängige Bedingungen (die «Ehe light» löst diese Frage jedoch nicht). Hingegen dürfte der Vorsorgeschutz bei Lebenspartnerschaft an der fehlenden gegenseitigen Unterstützungspflicht (wirtschaftliche Einheit) und Beweisbarkeit des «Status stabile Lebenspartnerschaft», mithin aus Praktikabilitätsüberlegungen und Gefahr des Rechtsmissbrauchs, Probleme aufwerfen. Unabhängig von der Frage der Zivilstandsunabhängigkeit sind aufgrund der freien Rollenverteilung die geschlechtsspezifischen Unterschiede aufzuheben und auf jeden Fall bei nachgewiesenen überwiegenden Unterhaltsleistungen Pflege- und Stiefkinder den eigenen Kindern gleichzustellen.

Einleitung

Individualismus, freiheitlicher Rechtsstaat und Toleranz finden ihren Niederschlag auch in den verschiedenen möglichen Formen des Zusammenlebens von Menschen. Während es bis in die 1990er-Jahre hierzulande noch kantonale Konkubinatsverbote gab, ist in der Zwischenzeit nebst der Ehe als Verbindung von Frau und Mann auch die der Ehe in ihren Wirkungen angenäherte eingetragene Partnerschaft zwischen gleichgeschlechtlichen Personen gesetzlich anerkannt. Das Gesetz regelt Eingehung und Auflösung sowie die persönlichen und finanziellen Folgen, namentlich in Bezug auf Name, Wohnung, Vertretung, gegenseitige Beistands- und Unterhaltspflichten sowie vermögensrechtliche Belange. Nicht im Sinne eines familienrechtlichen, wie bei der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft, sondern eines privatrechtlichen und formfrei gültigen Vertrags ist das Zusammenleben von hetero- und gleichgeschlechtlichen Personen geregelt. Man spricht dabei von Konkubinat oder Lebenspartnerschaft, ohne dass diese Begriffe als Rechtsbegriffe definiert, d.h. Form, Zeitdauer oder Wirkungen einheitlich festgelegt sind. Lebenspartnerschaft versteht sich als eheähnliche Beziehung, ohne dass eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft eingegangen wurde. Bezüglich der rechtlichen Einordnung dieser Lebensformen herrscht Einigkeit darüber, dass sie gesellschaftlich und verfassungsmässig anerkannt ist und ihr der Schutz der Privatsphäre und

des Familienlebens¹ ebenfalls zuteilwird. In der Sozial- und Steuergesetzgebung jedoch werden Ehe und Lebenspartnerschaft unterschiedlich behandelt. Insbesondere wird diesen Rechtsgebieten der enge Familienbegriff des Familienrechts zugrunde gelegt. Diese konsequente statusbezogene Grenzziehung hat zur Folge, dass gleiche Lebenssachverhalte, nämlich das auf einer emotionalen Verbindung beruhende Zusammenleben zweier Erwachsener in einem Haushalt mit oder ohne Kinder, trotz gleicher faktischer Bedürfnisse unterschiedliche rechtliche Auswirkungen haben. Aus gesellschaftlicher Sicht von Interesse ist, dass sich diese Lebensform als prekär erweisen kann, weil es oft an einer vertraglichen Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten während und auch nach Auflösung der Lebenspartnerschaft (Konkubinatsvertrag) fehlt und auch keine gesetzliche Regelung besteht. Insbesondere für denjenigen Partner, der zugunsten von Haus- und Betreuungsaufgaben sich in wirtschaftliche Abhängigkeit vom anderen Partner begibt, kann in einer Krisensituation eine existenzielle Not eintreten.

Der zivilrechtliche Status berührt nicht nur privatrechtliche Belange, sondern auch das Sozialversicherungs-, Sozialhilfe- und Steuerrecht. Wie sich diese bei Ehe und Lebenspartnerschaft auswirken, wird nachfolgend geschildert. Darüber hinaus werden auch Ideen vorgestellt, wie die sozial- und steuerrechtlichen Unterschiede minimiert werden können.

Ehe bzw. Familie und Soziale Sicherheit im historischen Überblick

Wendet man den Blick zurück in die Zeit vor der Nationalstaatsidee des 19. Jahrhunderts, so finden sich weder ein ausgebautes Sozialversicherungswesen noch eine Sozialhilfe im Sinne unseres Verständnisses. Die existenziellen Bedürfnisse des Menschen, insbesondere auch der hilfsbedürftigen, wurden in erster Linie durch die Familie befriedigt und in zweiter Linie durch Institutionen wie Kirche, Dorfgemeinschaft, zünftische oder philanthropische Gemeinschaften. Diese unterhielten Institutionen wie Hospitäler, Hilfs- oder Spendenkassen für Bedürftige, in der Regel Witwen und Waisen. Im Gegensatz zum heutigen Familienbegriff verstand sich die Familie früher als Hausgemeinschaft, zu der nebst den Eltern und Kindern auch die Grosseltern, die Seitenverwandten samt ihren Ehegatten und das Hausgesinde zählten. Die Hausgemeinschaft, zu der man durch Abstammung oder Ehe gehörte, war

¹ Art. 13 Abs. 1 BV.

nicht nur Reproduktions- und Erziehungsgemeinschaft, sondern auch Produktions- und Wirtschaftsgemeinschaft. Jedes Mitglied hatte sich durch Einsatz seiner Arbeitskraft daran zu beteiligen und wurde im Falle von Not durch die Hausgemeinschaft unterstützt und von ihr mitgetragen. Bekräftigt wurde diese Ordnung auch durch die Kirche, welche den Status von Ehe und Familie sowie die dadurch festgelegten gegenseitigen Rechte und Pflichten förderte.

Mit der Industrialisierung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts und der einsetzenden Landflucht begann sich der sozialen Schutz bietende Familienverband allmählich aufzulösen. In den Städten lebte man alleinstehend oder als Kleinfamilie, d.h. Eltern-Kind-Familie. In der Beziehung zwischen den Eheleuten spielte vermehrt auch Zuneigung und Liebe eine Rolle, während, vor allem in städtischen Gebieten, der Aspekt der Produktionseinheit an Bedeutung verlor. In der bürgerlichen Familie setzte sich zudem eine Rollenenteilung zwischen Frau und Mann durch, indem die Frau für den Hausbereich und die Kinderbetreuung und der Mann als Haupt und Ernährer der Familie für den Gelderwerb zuständig war. Obwohl in der Arbeiterfamilie auch die Frau in der Regel einer Erwerbsarbeit nachgehen musste, orientierte sie sich an der bürgerlichen Familienstruktur, welche nicht zuletzt die Familienrechtssetzung mit ihrer gesetzlich verordneten Diskriminierung resp. Bevormundung der Ehefrau durch den Ehemann prägte. In vermögensmässiger Hinsicht bildet die Ehe aber noch heute eine Wirtschaftseinheit, die je nach gewähltem Güterstand enger oder offener ist. Ausfluss des Schutzes durch die Grossfamilie ist heute die gesetzliche Verwandtenunterstützungspflicht², die jedoch von der Zumutbarkeit und Leistungsfähigkeit der Pflichtigen abhängt und daher nur noch bei guten finanziellen Verhältnissen zum Zuge kommt.

Die neuen Lebensumstände zogen, vor allem in städtischen Gebieten, den Verlust des durch die Hausgemeinschaft und Grossfamilie garantierten sozialen Schutzes nach sich und verstärkten die Abhängigkeit von der Lohnarbeit und dem Arbeitslohn. Letzterer entfiel immer, wenn, unabhängig von der Ursache, keine Arbeit geleistet wurde («Ohne Arbeit kein Lohn»). Auch der soziale Schutz der in den Fabriken Arbeitenden war nur ungenügend ausgebaut, weil die Haftung des Fabrikherrn für Arbeitsunfälle beschränkt war. Die soziale Not wuchs vor allem in Arbeiterkreisen (Pauperismus), da der von der Grossfamilie ausgehende soziale Schutz eigentlich ersatzlos wegfiel und nur der unwürdige Gang zur Armenfürsorge blieb. Die Idee, die durch die Industrialisierung und

² Art. 328 ZGB.

Landflucht entstandenen Missstände zu beheben, kam in erster Linie von den sich bildenden Gewerkschaften, die auf Selbsthilfebasis Kranken- oder Sterbekassen gründeten, aber auch vonseiten des Reichskanzlers Otto v. Bismarck, der in Deutschland als Ausgleich für das Verbot der sozialistischen Vereine (Sozialistengesetz von 1878) mit Rechtsansprüchen ausgestattete Sozialversicherungen für Krankheit, Unfall, Alter und Invalidität schuf. Diese standen auch für die Schweiz Modell, welche im ausgehenden 19. Jahrhundert die verfassungsmässigen Grundlagen für eine Sozialversicherungsgesetzgebung schuf und diese während der vergangenen hundert Jahre schrittweise aufbaute.

Die Sozialversicherungsgesetzgebung, wie übrigens auch die Steuergesetzgebung, knüpfen bis heute an die Idee der Familie als Schutz- und Wirtschaftseinheit an. Auch wenn im Zuge der Revision der Bestimmungen über die Wirkungen der Ehe³ die vormalige familienrechtliche Vormachtstellung des Mannes zugunsten der Gleichberechtigung der Frau in der Familie und einer freien Rollenverteilung aufgegeben wurde, dient die Ehe immer noch aufgrund der gegenseitigen Beistands- und Unterhaltspflichten⁴ der gegenseitigen Unterhaltssicherung. Sie versteht sich auch nach wie vor trotz getrennter Gütermassen der Eheleute und unabhängig des gewählten Güterstandes als wirtschaftliche Einheit. Während sich Letztere im Steuerrecht in Form der Familienbesteuerung, d.h. Gesamtheit der Einkommen und Vermögen von Eheleuten und unmündigen Kindern, niederschlägt, ist es Aufgabe der Sozialversicherungen, im Falle eines Risikoeintritts die Unterhaltssicherung zu gewährleisten und Ersatzleistungen für entstehende Mehrausgaben und/oder Mindereinnahmen in Geld- oder Naturalform zur Verfügung zu stellen. Die Sozialversicherungen erfüllen somit in Bezug auf die soziale Sicherheit Funktionen der früheren Hausgemeinschaft und Familie. Es versteht sich daher von selbst und wurde vom Bundesgericht immer wieder bestätigt, dass das Sozial- und Steuerrecht auf das Familienrecht, und insbesondere auf den Ehestatus resp. die eingetragene Partnerschaft resp. das Kindesverhältnis, abstellen⁵, und nicht auf den weitergehenden Familienbegriff des Verfassungsrechts. Für das Sozial- und Steuerrecht sind somit die familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflichten unter Ehegatten bzw. zwischen Eltern und Kindern sowie die Auffassung der Familie als Wirtschaftseinheit nach wie vor Grundkonzept ihres Aufbaus.

³ Art. 159–180 ZGB, in Kraft seit 1.1.1988.

⁴ Art. 159 Abs. 3; Art. 163 Abs. 1 ZGB.

⁵ BGE 140 I 77, E. 5.1 S. 80.

Zusammenspiel von Familie und Sozial- sowie Steuerrecht

Der *Ehestatus*, ihm gleichgestellt ist die eingetragene Partnerschaft, sowie das Kindesverhältnis wirken sich im Sozialversicherungs-, Sozialhilfe- und Steuerrecht in mannigfacher Hinsicht sowohl finanziell entlastend als auch belastend aus.

Im *Steuerrecht* führen einerseits die *ungetrennte* Ehe sowie das Vorhandensein unmündiger Kinder (auch Stiefkinder, Pflegekinder nur bei Unterhaltsleistungen durch die Pflegeeltern) im Sinne einer Entlastung der Familie zu verschiedenen Abzugsmöglichkeiten sowie der Anwendung des Familientarifs, andererseits aber auch zur gemeinsamen Veranlagung (Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit), was ab einer bestimmten Einkommenshöhe zu einer spürbaren steuerlichen Mehrbelastung führt.

Im *Sozialversicherungsrecht* wirkt sich der *Ehestatus* wie folgt aus: Grundsätzlich basiert die Unterstellung unter die jeweiligen Sozialversicherungen auf dem Prinzip der Individualunterstellung sowie der Anknüpfung an die Arbeitnehmereigenschaft resp. Erwerbstätigkeit. Im AHV/IV-Beitragsbereich gilt ebenfalls grundsätzlich eine individuelle Beitragserhebung, doch gelten die Beiträge für den *nichterwerbstätigen Ehegatten* als bezahlt, wenn der erwerbstätige mindestens den doppelten Minimalbetrag im Jahr entrichtet.⁶ Während der Ehe wird für jeden Ehegatten je ein individuelles Konto geführt, in welchem seine jährlichen Einkommen verzeichnet sind. Bei Scheidung oder wenn der zweite Ehepartner rentenberechtigt wird, werden die Einkommen beider Ehegatten zusammengezählt, geteilt und die Durchschnittseinkommen jedem der beiden Konti gutgeschrieben (sog. Einkommenssplitting). Damit findet ein Vorsorgeausgleich statt, welcher dem einkommensmässig schlechter gestellten Ehegatten zulasten des besser gestellten Ehegatten zugutekommt. Ein Splitting der Altersguthaben findet im Fall der Ehescheidung auch in der zweiten Säule statt. Des Weiteren ist der *Ehestatus* auch ausschlaggebend für den Anspruch auf Betreuungsgutschriften⁷, falls eine mittelgradige Hilflosigkeit gegeben ist, sowie auf Hinterlassenenrenten, wenn der überlebende Ehegatte gewisse gesetzliche Zusatzkriterien erfüllt.⁸ Unter eingeschränkten Bedingungen (Kinder, Ehedauer, Anspruch auf eine naheheliche Unterhaltsrente) wird

⁶ Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG.

⁷ Art. 29^{septies} AHVG.

⁸ Art. 23 ff. AHVG; Art. 19 BVG; Art. 29 UVG; Art. 52 Abs. 1 MVG.

auch einem geschiedenen Ehegatten eine Hinterlassenenrente ausgerichtet.⁹ Die Eingehung einer neuen Ehe bewirkt jedoch das Erlöschen des Witwen-/Witwenrentenanspruchs, da bei Wiederverheiratung zivilrechtlich ein Unterhaltsanspruch gegenüber dem neuen Ehepartner entsteht.¹⁰ Bei Auflösung der Folgeehe durch Scheidung innert einer bestimmten Frist lebt der untergegangene Anspruch jedoch wieder auf. Soweit es um die bedarfsabhängigen Ergänzungs- oder Sozialhilfeleistungen geht, wird, wie im Steuerrecht, auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Familie abgestellt¹¹ und in Entsprechung zur familienrechtlichen Beistands- und Unterhaltspflicht für die Berechnung des Leistungsumfanges auch das zumutbarerweise erzielbare Einkommen und Vermögen des Ehegatten und der Kinder berücksichtigt. Sodann werden, generell dem Grundsatz der Schadenminderungspflicht folgend, aus der familienrechtlichen Beistandspflicht abgeleitete alltägliche Hilfeleistungen durch Familienangehörige bei der Bemessung von Leistungen mitberücksichtigt.

Das *Kindesverhältnis* und der Pflege- oder Stiefkind-Status sind, sofern bei Letzteren erhebliche Unterhaltsleistungen erbracht wurden, Voraussetzung für Kinder- und Waisenrenten. Die dem Kindesverhältnis entspringende elterliche Sorge ist Voraussetzung für den Anspruch der Eltern auf Erziehungsgutschriften der AHV. Diese werden bei verheirateten Eltern hälftig jedem Elternteil auf seinem Konto gutgeschrieben, während geschiedene oder unverheiratete Eltern durch Übereinkunft je nach *Betreuungsumfang* die Erziehungsgutschrift halb oder ganz nur einem Elternteil zuweisen können.

Verwandte und Geschwister spielen in der Sozialversicherung nur noch eine marginale Rolle. Bei Vorliegen einer mittleren Hilflosigkeit geben sie der Betreuungsperson ein Recht auf Betreuungsgutschriften. Für mitarbeitende Familienmitglieder, nicht nur solche in landwirtschaftlichen (Familien-)Betrieben, bestehen bezüglich Unterstellung, Beitragspflicht und auch Leistungsansprüchen in den verschiedenen Sozialversicherungsgesetzen Sonderregelungen.

Wer hingegen in einer *Lebenspartnerschaft* lebt, wird sozial- und steuerrechtlich grundsätzlich als alleinstehende Person behandelt. Steuerrechtlich unterstehen in Lebenspartnerschaft lebende Personen ohne eigene Kinder der Indi-

⁹ Art. 24a AHVG; Art. 20 BVV2; Art. 29 Abs. 4 UVG; Art. 52 Abs. 4 MVG.

¹⁰ Art. 23 Abs. 4 lit. a AHVG; Art. 22 Abs. 2 BVG; Art. 29 Abs. 6 UVG; Art. 52 Abs. 2 MVG betr. Ruhen des Anspruchs während einer neuen Ehe.

¹¹ Art. 9 Abs. 2 ELG; Art. 32 Abs. 3 ZUG.

vidualbesteuerung mit dem entsprechend höheren Individualtarif. Nicht zugelassen sind Zweiverdienerabzüge. Im Sozialversicherungsrecht kommt ein Lebenspartner weder in den Genuss eines Einkommenssplittings noch in den einer Hinterlassenenrente beim Tod des Partners, vorbehalten bleibt eine Hinterlassenenleistung der zweiten Säule im Rahmen der Begünstigtenordnung (Art. 20a BVG). Die Pflege des hilflosen Lebenspartners gibt keinen Anspruch auf AHV-Betreuungsgutschriften für die pflegende Person, welche aber auch im Rahmen des Assistenzbeitrags der IV für Hilflose nicht als Assistenzperson anerkannt wird (Art. 42^{quinquies} lit. b IVG). Aberkannt wurde in der Arbeitslosenversicherung auch ein Anspruch auf Beitragsbefreiung nach Auflösung des Konkubinats, so wie es im Fall der Ehetrennung vorgesehen ist. Grund dafür sind die fehlenden familienrechtlichen gegenseitigen Beistands- und Unterhaltspflichten. Nichtsdestotrotz kann sich eine Lebenspartnerschaft dennoch auf den Umfang von sozialversicherungs- oder sozialhilferechtlichen Ansprüchen auswirken. Um eine Angleichung an die Ehe herbeizuführen und Nachteile auszugleichen, werden, trotz fehlender gesetzlicher Beistands- und Unterhaltspflichten, im Zusammenhang mit der Bemessung von Leistungen im Rahmen der Schadenminderungspflicht auch eine zumutbare Mithilfe von Lebenspartnern sowie bei den bedarfsabhängigen Sozialhilfeleistungen je nach kantonaler Gesetzgebung die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des Lebenspartners angemessen mitberücksichtigt. Letzteres verbietet sich bei den Ergänzungsleistungen wegen fehlender gesetzlicher Grundlage, doch findet die Leistungsfähigkeit des Lebenspartners im Rahmen der Anrechnung von Verzichtseinnahmen oder Naturaleinkommen indirekt Beachtung.¹²

Vor- und Nachteile zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft

Die Ehe bringt, wie wir gesehen haben, in sozialrechtlicher Hinsicht speziell in Bezug auf die Unterhaltssicherung und den gemeinsamen Vorsorgeaufbau sowie bezüglich der Beitragsbefreiung in der ersten Säule für die nichterwerbstätigen Ehegatten (im Gegensatz zur individuellen Beitragspflicht der Erwerbstätigen) gewichtige Vorteile mit sich. Zu erwähnen sind auch die Betreuungsgutschriften im Fall der Pflege des hilflosen Ehegatten. Zahlreich sind aber auch die Nachteile, wie Schadensminderungspflichten und Einkommens- resp. Vermögenszusammenrechnung bei den bedarfsabhängigen Ergänzungs- und Sozialhilfeleistungen, der Ehegattenplafond von 150% in der ersten

¹² BGE 138 V 169 ff.

Säule, wenn beide Eheleute eine Rente beziehen (gemäss BGE), die Wiederverheiratsstrafe durch Erlöschen des Hinterlassenenrentenanspruchs, die feste Zuteilung der Hälfte der Erziehungsgutschrift unabhängig von der Betreuungssituation der Kinder und für den besser situierten Ehegatten das Splitting, welches zu einer Reduktion seiner Rentenhöhe führt. Last but not least kann bei Zweiverdienerpaaren in guten finanziellen Verhältnissen durch die Familienbesteuerung die Steuerbelastung höher ausfallen als bei Konkubinatspaaren, weil durch die gemeinsame Veranlagung eine höhere Progressionsstufe erreicht wird. Unterschiede in der Steuerbelastung von mehr als 10% sind jedoch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit verfassungswidrig.¹³ Als Reflexwirkung der steuerlichen Leistungsfähigkeit kann ab einem bestimmten steuerbaren Einkommen der Anspruch auf Prämienverbilligung in der Krankenversicherung entfallen.

Die Vorteile der Lebenspartnerschaft liegen bei in guten Einkommensverhältnissen lebenden Zweiverdienern sicher in erster Linie in den Steuerersparnissen, welche trotz fehlendem Zweiverdienerabzug bzw. höherem Individualtarif durch eine mildere Progression möglich werden (Steuerkonkubinats). Sind Kinder vorhanden, so wirkt sich dies wegen Anwendung des Familientarifs zusätzlich vorteilhaft aus.¹⁴ Aber auch im sozialrechtlichen Bereich lassen sich Vorteile ins Feld führen, wie fehlender Ehegattenplafond bei Rentenkumulation in der ersten Säule, fehlender Wiederverheiratsstrafe im Fall eines laufenden Hinterlassenenrentenanspruchs (Rentenkonkubinats) sowie der Verfügungsmöglichkeit über die Zuteilung der Erziehungsgutschrift im Fall von gemeinsamen Kindern. Nachteilig fällt ins Gewicht, und zwar hauptsächlich für Lebenspartner mit keinem oder einem nur geringen Einkommen und Vermögen, dass in Ermangelung der gesetzlichen Unterhaltspflichten sowohl im Todesfall keine Hinterlassenenleistungen ausgerichtet werden als auch, insbesondere bei Auflösung der Lebenspartnerschaft, kein Vorsorgeausgleich durch Splitting stattfindet. Zudem entfallen Betreuungsgutschriften bei Pflege des hilflosen Lebenspartners und die Beitragsbefreiung in der ersten Säule für den nichterwerbstätigen Partner. Vielmehr müssen die Partner unabhängig voneinander Sozialversicherungsbeiträge leisten, sei es auf der Basis des Erwerbseinkommens oder, bei Fehlen eines solchen, auf der des Vermögens und des Renteneinkommens.

¹³ BGE 110 Ia 7, E. 4.c S. 23.

¹⁴ BGE 131 II 710, E. 5.2 S. 720.

Problemstellung

Sowohl die Ehe als auch die Lebenspartnerschaft bringen in sozial- und steuerrechtlicher Hinsicht Vor- und Nachteile mit sich. Von einer eigentlichen Diskriminierung der einen oder der anderen Form kann jedoch nicht die Rede sein. Bundesrat und Bundesgericht sprechen sich aufgrund der derzeitigen Ausgewogenheit der Vor- und Nachteile ausdrücklich gegen eine Diskriminierung der Ehe aus.¹⁵ Anstatt die Ehe mit ihrem formalen behördlichen Entstehungs- und Auflösungsakt und ihren gesetzlichen Vorgaben in Bezug auf Rechte, Pflichten und Regelung der Vermögensverhältnisse zu wählen, entscheiden sich heute viele Paare bewusst für das formlose Zusammenleben. Die Gründe dafür können ideologisch-politischer Natur sein, auf Non-Konformismus beruhen, Ausdruck einer gewissen Unsicherheit sein («Ehe auf Probe», «Beziehung auf Zeit» oder «Angst vor einem Scheidungsverfahren») oder mit der Emanzipation und Berufstätigkeit der Frau zusammenhängen. Der Entschluss, auf eine Eheschliessung zu verzichten, kann aber auch auf kühler Berechnung basieren, indem man sich die finanziellen Vorteile der Lebenspartnerschaft gegenüber der Ehe ausrechnet.¹⁶

Vor allem bei Lebenspartnerschaften, die sich aufgrund ihrer persönlichen Verhältnisse oder vorhandener Kinder für eine interne Aufgaben- bzw. Rollenverteilung entschliessen, kann für den haushaltführenden Partner eine wirtschaftliche Abhängigkeit vom finanziell leistungsfähigeren Partner erwachsen. Das an den Status anknüpfende Sozialversicherungsrecht bietet in diesen Fällen dem leistungsschwächeren Partner nicht immer genügend sozialen Schutz, insbesondere beim Tod des für den Unterhalt zuständigen Partners. Dieselbe Situation kann eintreten, wenn ein Partner aus welchem Grund auch immer einen Erwerbsausfall erleidet und dafür keine ausreichenden Versicherungsleistungen geltend machen kann. Obwohl keine gesetzliche Unterhalts- und Beistandspflicht zwischen den Lebenspartnern besteht, werden in der Regel bei einem wirtschaftlichen Ungleichgewicht zwischen den Partnern zumindest während der Dauer der Lebenspartnerschaft Natural- oder Geldleistungen des finanziell Stärkeren an die Lebenshaltungskosten des finanziell Schwächeren fliessen. Rechtlich liegen diesen lediglich moralische Pflichten oder, wenn ein Vertragswille nachgewiesen werden kann, ein ausdrücklich oder konkludent geschlossener Unterhaltsvertrag zugrunde. Soweit die Unter-

¹⁵ BBl 2013 8513; BGE 140 I 77; E. 9 S. 88

¹⁶ Vgl. BGE 110 Ia 7, E. 4.c S. 23.

haltsleistungen schon während oder nach der Auflösung der Lebenspartnerschaft entfallen, besteht für den finanziell schwächeren Partner wegen der fehlenden gesetzlichen und wohl auch vertraglichen Unterhaltsregelung die Gefahr, in eine akute Notlage für sich und auch die mit ihm zusammenlebenden Kinder zu geraten, die zu einer *Sozialhilfebedürftigkeit* führen kann. Ebenso wenig wie Unterhaltsansprüche gegenüber dem Lebenspartner stehen dem betroffenen Partner, wie vorgängig dargelegt, die an den Status der Ehe gebundenen Sozialversicherungsleistungen zu.

Die freie Wahl der Lebensform gehört für hetero- und homosexuelle Paare zum verfassungsmässig geschützten Grundrecht der persönlichen Freiheit und zu ihrer Privatsphäre,¹⁷ der Entscheid zur Eingehung oder Nichteingehung einer Ehe zur Ehefreiheit.¹⁸ Soweit die beiden Formen des Zusammenlebens finanzielle Vor- und Nachteile auch in Bezug auf das Sozial- und Steuerrecht mit sich bringen, schafft der Gesetzgeber somit Anreize zugunsten resp. zulasten der einen oder der anderen Form. Es stellt sich die Frage, ob einerseits angesichts der *Ungleichbehandlung der beiden Lebensformen* die Wahlfreiheit noch gewährleistet ist und ob der Gesetzgeber seinem verfassungsmässigen Auftrag gerecht wird, die Familie (in einem weiten Sinn verstanden) zu schützen.¹⁹ So wird insbesondere von verschiedener Seite die Forderung erhoben, dass auch in Lebenspartnerschaft lebende Personen nach einer bestimmten Dauer der Lebensgemeinschaft oder bei gemeinsamen Kindern beim Tod des einen Partners zumindest Anspruch auf Hinterlassenenleistungen der Sozialversicherungen haben sollten. Umgekehrt wird aber auch beklagt, dass die Ehe gegenüber der Lebenspartnerschaft in gewissen Situationen sozial- und steuerrechtlich benachteiligt wird.

Angesichts des prekären sozialen Schutzes bei Lebenspartnern ohne oder mit nur bescheidenen Einkommen, z.B. wegen Übernahme der Care-Arbeit, und der fehlenden Unterhaltsregelung auch für den Fall der Auflösung der Lebenspartnerschaft, ist von verschiedenen Seiten die Frage aufgeworfen worden, ob nicht auch die Lebenspartnerschaft, ähnlich wie die Ehe, gewisse gegenseitige Rechte und Pflichten in Bezug auf Beistand und Unterhalt entfalten solle. Dies würde in erster Linie Auswirkungen auf die an eine Unterhaltspflicht knüpfenden Sozialleistungen haben. Aufgrund der verfassungsmässigen Ehefreiheit sind jedoch der rechtlichen Ausgestaltung der Lebenspartnerschaft Grenzen gesetzt, da eine allzu starke Regulierung die freie

¹⁷ Art. 10 Abs. 2; Art. 13 Abs. 1 BV.

¹⁸ Art. 14 BV.

¹⁹ Art. 13 Abs. 1; Art. 41 Abs. 1 lit. c BV.

Lebensplanung und die Privatautonomie, die sich die Lebenspartner durch die getroffene Wahl erhalten wollen, schmälern würde. Die rechtliche Ausgestaltung hätte demzufolge weniger weit zu gehen als bei der Ehe. So dürften insbesondere sowohl bei einer Opt-in- oder Opt-out-Lösung als auch beim Pacte civil de solidarité (PACS), einer registrierten Lebenspartnerschaft, Unterhaltsansprüche nach Auflösung der Lebensgemeinschaft ebenso wenig ein Thema sein wie gegenseitige vermögensrechtliche Ansprüche. Inwieweit die Lebenspartnerschaft oder der PACS auch sozial- und steuerrechtliche Wirkungen entfalten sollen, ist eine politische Frage, weil damit vor allem weitreichende, an dieser Stelle nicht weiter zu vertiefende, finanzielle Auswirkungen auf das Sozial- und Steuersystem verbunden wären. Die Verbesserung des sozialen Schutzes durch gegenseitige Beistands- und Unterhaltspflichten würde sich somit auf die Dauer der Lebenspartnerschaft resp. des PACS beschränken, vorbehalten bleiben Ansprüche auf Hinterlassenenrenten.

Vorschläge für eine Annäherung der beiden Lebensformen

Der gesellschaftliche Wandel und die Öffnung gegenüber den nichtehelichen Lebensformen, die zunehmende Bedeutung der Paarbeziehung als Liebesbeziehung, der Wunsch nach innerer und äusserer Unabhängigkeit, Selbstverwirklichung, Privatsphäre und Flexibilität, die Vorliebe für private Lösungen anstatt gesetzlich verordnete sowie insbesondere die Emanzipation der Frauen und ihre durch die Berufstätigkeit gewachsene wirtschaftliche und persönliche Unabhängigkeit haben dazu beigetragen, dass die Ehe nicht mehr für alle Leute die einzig richtige Lebensform darstellt. Die frei gestaltbare Lebenspartnerschaft kommt dieser Entwicklung entgegen und geniesst, wie bereits gesagt, auch verfassungsmässigen Schutz. Aufgabe der Gesetzgebung muss es sein, auch die Lebenspartnerschaft als freie, auf vertraglicher Grundlage beruhigende und als eigentliche Alternative zur Ehe zu verstehende Form des Zusammenlebens zu respektieren. Unabhängig davon, wie sich das Familienrecht zur künftigen Ausgestaltung der Lebenspartnerschaft stellt, sollten jedoch zwecks Ermöglichung einer freien Wahl die sozial- und steuerrechtlichen Anreize zugunsten der einen oder der anderen Form des Zusammenlebens minimalisiert werden, und zwar ohne dass die Ausgewogenheit von Vor- und Nachteilen einseitig aufgegeben wird. Im Folgenden sollen zwei Möglichkeiten aufgezeigt werden, in welche Richtung sich die Gesetzgebung entwickeln könnte: Entweder wird die Lebenspartnerschaft gleich behandelt wie die Ehe, oder die Anknüpfung an den Ehestatus wird soweit als möglich und sachgerecht ganz oder teilweise fallen gelassen.

Annäherung der Lebenspartnerschaft an die Ehe

Eine Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe hätte den Vorteil, dass auch in dieser Form des Zusammenlebens zwischen den Partnern gegenseitige Beistands- und Unterhaltspflichten entstehen und auf diese Weise die Eigenverantwortung i.S.v. Art. 6 BV und der soziale Schutz gestärkt sowie die Anreize gegenüber der Ehe ausgeglichen würden. Aus Gründen der Nichtdiskriminierung der Ehe müsste wohl auch die Lebenspartnerschaft im Sozial- und Steuerrecht nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beurteilt werden, wie es auch im französischen PACS geregelt ist.

Frage nach Hinterlassenenleistungen

Als Ausfluss von gegenseitigen Beistands- und Unterhaltspflichten könnten auch für Lebenspartner unter bestimmten, näher festzulegenden Voraussetzungen Ansprüche auf Hinterlassenenrenten entstehen. Wie bei der Ehe ist auch bei Lebenspartnerschaften eine soziale Schutzbedürftigkeit des überlebenden Partners auszumachen, insbesondere wenn dieser zugunsten von Care-Arbeit oder aus anderen persönlichen Gründen auf eine ausreichende Erwerbstätigkeit verzichtet hat und in den Genuss von faktischen Unterhaltsleistungen des verstorbenen Partners gekommen ist. Probleme einer Gleichbehandlung mit der Ehe zeigen sich aber auf verschiedenen Ebenen. Der Anspruch auf eine Sozialversicherungsleistung hat an eine objektive und klar feststellbare Tatsache anzuknüpfen. Nachdem die Lebenspartnerschaft in vielen verschiedenen Varianten auftritt (wo liegt die Grenze zur Wohngemeinschaft, zum Untermietverhältnis, zur nur flüchtigen Liebesbeziehung oder gar zum Erschleichen einer Rente?), formfrei eingegangen und aufgelöst werden kann sowie auch die Regelung und tatsächliche Erfüllung von Rechten und Pflichten ausschliesslich eine nicht kontrollierbare Privatangelegenheit der Partner ist, dürfte es schwierig sein, einen beweistauglichen Anknüpfungspunkt zu finden. Blosser Angaben der Rechtsunterworfenen, welche jederzeit widerrufbar und änderbar sind sowie auch simuliert werden können, reichen für einen Beweis der Lebenspartnerschaft nicht aus, sodass trotz dem Willen nach freier Lebensgestaltung zwecks Verhinderung von Missbrauch zumindest ein behördlicher Formalakt über Eingehung und Auflösung der Lebensgemeinschaft Auskunft zu geben hätte. Insbesondere darf die Begründung einer Lebensgemeinschaft für sich allein aus verfassungsmässiger Sicht nicht als unwiderlegbare Vermutung für ein stabiles Verhältnis

verstanden werden.²⁰ Auch das Vorhandensein von gemeinsamen Kindern, welches verschiedentlich als durchaus taugliches Anknüpfungskriterium genannt wird, birgt rechtlichen Zündstoff in sich. Es führt nämlich zu Ungleichbehandlungen mit Patchwork-Familien, aber auch mit Paaren ohne Kinder, die sich in ihrem verfassungsmässig geschützten Privatleben und ihrem Recht auf persönliche Freiheit verletzt fühlen könnten. Es stellt sich aber auch die Frage, ob der willentliche Entschluss, Ausdruck der verfassungsmässig geschützten persönlichen Freiheit resp. der Ehefreiheit, keine gesetzlich geregelte Form des Zusammenlebens einzugehen und seine Lebensbedingungen frei zu gestalten, nicht auch den Willen mitumfassen muss, im Sinne von Art. 6 BV in Eigenverantwortung und konsequenter Art auf privatrechtlicher Basis, wie insbesondere im Rahmen des Erbrechts, Privatversicherungsrechts oder der beruflichen Vorsorge, für die soziale Sicherheit im Todesfall zu sorgen. Vor allem steht ausser Diskussion, dass der Anspruch auf eine Unterhaltssicherung im Todesfall nicht nur ein konsequentes und generelles Abstellen auf eine nicht widerlegbare Vermutung einer Beistands- und Unterhaltspflicht nach sich ziehen müsste, sondern auch die Behandlung der Lebenspartnerschaft als wirtschaftliche Einheit. Damit dürfte jedoch das Grundrecht auf persönliche Freiheit²¹ verletzt sein. Nicht zuletzt ist fraglich, wie die Behörden verfahrensmässig vorzugehen hätten, denn letztlich müsste dem Anspruch ein Beweisverfahren über die bisherigen Lebensbedingungen vorangehen. Auf jeden Fall könnten angesichts der Vielfalt von Lebenspartnerschaftsformen aufgrund der Leistungsvoraussetzungen dennoch niemals alle Lebenspartnerschaften von einer Einführung von Hinterlassenenrenten profitieren, sodass ein Teil der Paare weiterhin in der prekären sozialen Situation verharrt und in die Nothilfebedürftigkeit abzugleiten droht. Daran würden auch Opt-in- oder Opt-out-Lösungen resp. der PACS nichts ändern.

Andere Sozialversicherungsleistungen

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt sich nach wie vor eine rechtliche Ungleichbehandlung zwischen Konkubinats- und Ehepaaren, da die eheähnliche Gemeinschaft jederzeit formlos begründet und aufgelöst werden kann. Sie begründet auch weder eine gegenseitige Unterstützungspflicht noch einen Unterhaltsanspruch für die Zeit danach. Das Konkubinatsverhältnis verschafft den Partnern mit anderen Worten nach wie vor keine rechtlich geschützte

²⁰ BGE 129 I 1, E. 3.2.4 S. 7.

²¹ Art. 10 Abs. 2 BV.

Vertrauensposition.²² Ungeachtet dieser rechtlichen Ausgangslage reagiert die Rechtsprechung auf die veränderte gesellschaftliche Situation, indem sie, ebenso auch die Gesetzgebung, die Anreize gegenüber der Ehe dadurch ausgleicht, dass sie die Lebensgemeinschaft in ihren Wirkungen in gewissen Bereichen der Ehe annähert; dies obwohl es an den familienrechtlichen Rechten und Pflichten zwischen den Lebenspartnern fehlt! Dies gilt im Sozialversicherungsrecht z.B. im Rahmen der Schadenminderungspflicht, im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Assistenzbeitrag²³ oder bei der Prämienverbilligung in der Krankenversicherung.²⁴

Bedarfsabhängige Leistungen

Die Ungleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft wirkt sich bei bedarfsabhängigen Sozialleistungen besonders stossend aus. Da sowohl Ergänzungsleistungen als auch Sozialhilfe- und sozialhilfeähnliche Leistungen vom Grundsatz der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der im gleichen Haushalt lebenden Familie ausgehen, wird in diesem Bereich die Lebenspartnerschaft vom Gesetzgeber insofern begünstigt, als bei Unverheirateten grundsätzlich nur deren eigene finanzielle Verhältnisse berücksichtigt werden, allenfalls zusammen mit denen ihrer eigenen Kinder.

Bei den Ergänzungsleistungen, welche sich aus der Differenz zwischen den anerkannten Ausgaben und den anrechenbaren Einnahmen berechnet, hat das Bundesgericht im Fall von Lebenspartnerschaften ausdrücklich eine Gleichbehandlung mit der Ehe i.S.v. Art. 9 Abs. 2 ELG abgelehnt. Stattdessen ist im Einzelfall zu prüfen, ob der antragstellenden Person allfälliges Verzichtseinkommen anzurechnen ist, wenn sie Aufgaben wahrnimmt, zu denen sie gesetzlich nicht verpflichtet ist. So wäre für die Erfüllung von Haushalt- und Betreuungsaufgaben oder für eine zumutbare Erwerbstätigkeit bei Dritten ein hypothetischer Einkommensbetrag anzurechnen. Im Fall der Betreuung von gemeinsamen Kindern hat sich das Bundesgericht für die Anrechnung von Betreuungskosten beim Kindesunterhalt anstatt eines Verzichtseinkommens beim Versicherten ausgesprochen.²⁵ Höchstrichterlich zu beurteilen war auch schon das unentgeltliche Überlassen von Wohnraum im Sinne einer wieder-

²² BGE 140 I 77, E. 6.1 S. 82.

²³ Art. 42^{quinquies} lit. b IVG; Art. 39g Abs. 2 lit. b Ziff. 1 IVV.

²⁴ BGE 134 I 313, E. 5.5 S. 318.

²⁵ BGE 138 V 169 ff.

kehrenden Leistung Dritter,²⁶ was sich natürlich auch auf andere wiederkehrende Geld- oder Naturalleistungen ausdehnen lässt. Hingegen verbieten es das Legalitätsprinzip sowie das familienbezogene Konzept der Ergänzungsleistungen, bei den anerkannten Ausgaben am gesetzlich fixierten Betrag für den allgemeinen Lebensbedarf den Ehegattenbetrag auch bei Lebenspartnerschaft anzuwenden.²⁷

Anders als bei den Ergänzungsleistungen wurde jedoch die Praxis im Sozialhilferecht resp. bei der Alimentenbevorschussung vom Bundesgericht geschützt.²⁸ Die Kantone sind dazu übergegangen, jedoch unter unterschiedlichen Voraussetzungen, eine angemessene Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen des nicht unterstützungsbedürftigen Lebenspartners zuzulassen. Mit dieser Betrachtungsweise soll eine Schlechterstellung der Ehe gegenüber dem Konkubinat verhindert werden. Es wird jedoch verkannt, dass unsere Rechtsordnung bestimmte Kategorien von Sozialleistungen als Ersatzleistungen für ausfallende Beistands- und Unterstützungspflichten versteht und daher dem Grundsatz nach die Statusbezogenheit für die Anspruchsbegründung eine zentrale Rolle spielt. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung ist daher nicht konsequent, wenn sie bei Leistungsansprüchen von in Lebenspartnerschaft lebenden Personen einmal den Ehestatus und die Beistands- und Unterhaltspflicht gegen die Lebenspartnerschaft ins Feld führt und ein anderes Mal die faktischen Lebensbedingungen in einer Lebensgemeinschaft für die Begründung von eheähnlichen resp. zumindest moralischen «Beistands- und Unterhaltspflichten» als ausreichend erklärt. Vielmehr müsste hier ein anderer Weg gewählt werden, um den faktischen Verhältnissen in einer Lebenspartnerschaft so Rechnung tragen zu können, dass diese gegenüber der Ehe nicht privilegiert wird. Dieser Weg entspräche der Regelung bei den Ergänzungsleistungen. Ausgehend von der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Einzelperson (und ihren eigenen Kindern) müsste je nach Lebenssituation differenziert beim Sozialhilfeleistungen beantragenden Partner Verzichtseinkommen für Haushaltführung sowie Betreuung von «Stiefkindern» oder Verzicht auf eine ausserhäusliche zumutbare Erwerbstätigkeit, Betreuungskosten zugunsten gemeinsamer Kinder oder den wirtschaftlichen Verhältnissen angemessene Unterhaltsleistungen (als regelmässige Geld- bzw. Naturalzuwendungen des anderen Partners) als Einkommen angerechnet werden. Auf diese Weise werden die Einkommens- und Vermögensverhältnisse des nicht bedürftigen Partners nur indirekt berücksichtigt.

²⁶ Art. 11 Abs. 1 lit. d ELG; BGE 139 V 574, E. 3.3.3 S. 577 f.

²⁷ Art. 10 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 ELG.

²⁸ BGE 136 I 129, E. 6.1 und 6.2 S. 134 f. mit Hinweisen auf die kantonale Praxis.

Exkurs: In anderen Rechtsgebieten

Auch in anderen Rechtsgebieten wird bei in einer Lebenspartnerschaft lebenden Personen vermehrt auf die faktischen Verhältnisse abgestellt, so zum Beispiel im Zwangsvollstreckungsrecht bei der Festsetzung des Grundbetrags für die Existenzsicherung,²⁹ im Gesundheitsbereich im Rahmen des neuen Erwachsenenschutzrechts,³⁰ im Haftpflichtrecht beim Ersatz des Versorger-schadens³¹ oder auch im Zivilprozessrecht bezüglich der Ausstandspflicht und des Zeugnisverweigerungsrechts.³²

Annäherung der Ehe an die Lebenspartnerschaft

Bei der zweiten Variante hat die Ehe als Anknüpfung für das Sozial- und Steuerrecht einer Individualanknüpfung zu weichen. Im Einzelnen müsste jedoch geprüft werden, welche Lösung sachgerecht und angemessen ist und der Gleichstellung von Frau und Mann gebührend Rechnung trägt.

Unterstellung

Hinsichtlich der Unterstellung unter die Sozialversicherungen stellt sich das Problem nur für die im Betrieb ohne Barlohn mitarbeitenden Familienmitglieder, welche in gewissen Sozialversicherungszweigen von der Unterstellung befreit sind. Eine allgemeine Unterstellungspflicht für diese Personen, welche als Angehörige zu bezeichnen wären, würde vom Gewerbe wahrscheinlich nicht begrüsst werden, während umgekehrt eine Befreiung auch der Lebenspartner von der Unterstellung kaum in deren Interesse liegt. Generell ist aber zu bemerken, dass unabhängig von einer gesetzlichen Befreiung von der Unterstellungspflicht die Eingehung eines Arbeitsverhältnisses allen mitarbeitenden Familienmitgliedern resp. Angehörigen offensteht und damit eine zwingende Unterstellung als Arbeitnehmende erfolgt.

²⁹ BGE 128 III 159, E. 3b.

³⁰ Art. 378 ZGB.

³¹ Art. 45 Abs. 3 OR.

³² Art. 47 Abs. 1 lit. c; Art. 165 Abs. 1 lit. a ZPO.

Beiträge, Erziehungs- und Betreuungsgutschriften

Grundsätzlich bezahlt jede den Sozialversicherungen unterstellte Person schon jetzt Beiträge auf der Grundlage ihres Erwerbseinkommens oder in der ersten Säule bei Nichterwerbstätigen nach Massgabe ihres Vermögens und Renteneinkommens.³³ Auch nichterwerbstätige Ehegatten, deren Ehegatte nicht der AHV unterstellt oder nicht erwerbstätig ist oder nicht den doppelten Mindestbeitrag entrichtet, entrichten eigene Beiträge als Nichterwerbstätige. Als Renteneinkommen hätten somit die Unterhaltsansprüche gegenüber dem Ehegatten resp. die regelmässigen Unterhaltsleistungen Dritter zu gelten, welche nach Tabellen festzulegen wären. Für teilerwerbstätige Ehegatten würde eine Vergleichsrechnung zwischen ihren Beiträgen als teilerwerbstätige und denen als nichterwerbstätige Person, unter Berücksichtigung zusätzlicher Unterhaltsleistungen als Renteneinkommen, angestellt.³⁴ Als Folge der Aufwertung der individuellen Vorsorge während der Ehe i.S.v. Art. 163 ZGB würde bei Eheleuten das Einkommenssplitting entfallen, welches ohnehin erst bei einer Scheidung oder bei Eintritt des zweiten Rentenfalls durchgeführt wird. Eine Abkehr vom Einkommenssplitting in der ersten Säule würde auch den Weg öffnen, die Erziehungs- und Betreuungsgutschriften zivilstandsunabhängig auszugestalten. Bei den Ersteren bedeutet dies eine einheitliche Regelung im Sinne derjenigen, die für geschiedene und unverheiratete Eltern gilt.³⁵ Bezüglich der Betreuungsgutschriften wäre es angesichts des «Pflegetotstands» und der nur minimalen sozialen Absicherung von betreuenden Personen zu begrüssen, wenn anstatt der familiären Bindungen zur betreuten Person die Stellung als Angehörige genügen würde. Zumindest müssten der Ausschluss von Lebenspartnern als Assistenzperson und die gekürzten Leistungen aufgehoben werden. Als weitere Folge eines Vorsorgeaufbaus konsequent nach dem Individualprinzip müsste auch die Plafonierung der beiden Renten eines Ehepaares entfallen.

Hinterlassenenleistungen

Ausser Frage dürfte stehen, bei der Anknüpfung für Hinterlassenenrenten auf den Ehestatus zu verzichten und zivilstandsunabhängig nur auf andere objektive Kriterien, wie z.B. Kinder oder eine Erwerbsunfähigkeit, abzustellen. Nicht nur ginge der sozialversicherungsrechtliche Schutz der familienrechtli-

³³ Art. 28 AHVV.

³⁴ Art. 28^{bis} AHVV.

³⁵ Art. 52f AHVV.

chen Unterhaltspflicht resp. der durch den Tod untergegangenen Unterhaltsleistungen verloren, sondern die Eheleute würden auch ihrer verfassungsmässig³⁶ und gesetzlich geschützten Freiheit beraubt, ihre Aufgaben und Rollen in der Familie frei zu bestimmen, insbesondere auch eine konventionelle Rollenteilung zu wählen.³⁷ Folge von fehlenden Hinterlassenenrenten wäre die Pflicht jedes einzelnen, seine finanziellen Lebensgrundlagen und seine Vorsorge selbständig aufzubauen, insbesondere durch eine ausgedehnte Erwerbstätigkeit. Wegen Care-Arbeit oder aus anderen Gründen sind es aber nach wie vor die Frauen, die in Paarhaushalten die Haushalts- und Kinderbetreuungsaufgaben zur Hauptsache übernehmen und als Zuverdienerinnen lediglich ein Teilzeitpensum (gemäss BFS 2012 waren es 57,8%, wobei das Spektrum von Kleinstpensen bis zu einem 90%-Pensum reicht) wahrnehmen oder nicht erwerbstätig sind, während die Männer zu knapp 90% einer Vollzeitbeschäftigung nachgehen.

Hinsichtlich der Frage der Wiederverheiratsstrafe, die die Rentenkonkubinate fördert, prüfenswert ist die Regelung, nach welcher eine Wiederverheiratung nicht zum automatischen Untergang der Witwen-/Witwerrente führt. Die Rente wird unabhängig vom weiteren Schicksal der neuen Ehe (Auflösung durch Scheidung und Wiederaufleben der alten Rente oder endgültiger Untergang bei Tod des zweiten Ehegatten) perpetuiert, und dies obwohl gegenüber dem neuen Ehegatten ein neuer Unterhaltsanspruch entstanden ist. Die Vorteile dieser Lösung überwiegen die dogmatischen Bedenken, denn damit würde die Ehefreiheit i.S.v. Art. 14 BV nicht eingeschränkt, die unterschiedlichen Gründe für ein Wiederaufleben der Rente werden gegenstandslos und auch die Rollenverteilung und die Form der Unterhaltsleistungen in der neuen Ehe können dem Gesetz entsprechend freier gewählt werden.

Schadenminderungspflichten, Meldepflichten

Die Schadensminderungspflicht trifft die versicherte Person, welche Leistungen der Sozialversicherungen in Anspruch nehmen muss, *persönlich*. Dass die versicherte Person die familienrechtliche Beistandspflicht der Familienangehörigen «einfordern» muss und diese in die Beurteilung der Schadensbemessung miteinbezogen werden, führt gegenüber Alleinstehenden zu einer Schlechterstellung. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird, im

³⁶ Art. 13 Abs. 1 BV.

³⁷ Art. 163 Abs. 2 ZGB.

Sinne des Abstellens auf faktische Verhältnisse und der Angleichung der Lebenspartnerschaft an die Ehe, auch die Unterstützung und Hilfe von Lebenspartnern berücksichtigt, obwohl diese keine gesetzliche Beistandspflicht trifft. Dies widerspricht eigentlich dem Grundsatz, dass das Sozialversicherungsrecht sich am Familienrecht orientiert, und steht auch im Widerspruch zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung in anderen Bereichen des Leistungsrechts, wo die Gleichbehandlung von Ehe und Lebenspartnerschaft zur Diskussion stand (z.B. bezüglich Beitragsbefreiung in der Arbeitslosenversicherung nach Auflösung eines langjährigen Konkubinats³⁸ oder des Anspruchs auf Ergänzungsleistungen³⁹). Es ist daher generell zu fordern, dass die Unterstützung und Hilfe durch Drittpersonen bei der Bemessung der sozialversicherungsrechtlichen Leistungen aus Gründen der rechtsgleichen Behandlung mit alleinstehenden resp. allein lebenden Versicherten nicht berücksichtigt werden darf.

Im Zusammenhang mit den Meldepflichten hat das Sozialrecht sich an Art. 378 ZGB zu orientieren und den im gemeinsamen Haushalt lebenden Angehörigen dieselbe Stellung zu verschaffen wie Ehegatten und Verwandten.

Bedarfsabhängige Leistungen

Die wirtschaftliche Einheit der Familie bei den Ergänzungs- und Sozialhilfeleistungen aufzubrechen und auch Eheleute wie Einzelpersonen zu behandeln, bedeutet einen grossen Eingriff ins geltende System. Dennoch wäre es nicht unmöglich, da bei getrennter Ehe auch eine getrennte Berechnung der bedarfsabhängigen Leistungen stattfindet, ebenso auch ein Wechsel von der gemeinsamen Steuerveranlagung zur Individualveranlagung. In jedem Fall steht fest, dass auch bei individueller Anknüpfung für die Leistungsbemessung die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Paarhaushaltes massgebend sein muss. Diese findet Beachtung, indem dem antragstellenden Ehepartner sowohl bei den Ergänzungs- als auch bei den Sozialhilfeleistungen die der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des anderen Ehepartners angemessenen familienrechtlichen Unterhaltsansprüche oder weiteres Verzichtseinkommen angerechnet⁴⁰ werden und bei der Festsetzung des Bedarfs die Lebenssituation im Sinne einer Minderung des allgemeinen Lebensbedarfs mitberücksichtigt wird.

³⁸ BGE 137 V 133, E. 6.3 S. 141 f.

³⁹ BGE 138 V 169, E. 2.2 S. 171.

⁴⁰ Art. 11 Abs. 1 lit. g und h ELG.

Steuerrecht

Auf politischer Ebene werden verschiedene Modelle diskutiert, welche die verfassungswidrige Mehrbelastung von Ehepaaren (mit Kindern) gegenüber Konkubinatspaaren abschaffen sollten. Zur Diskussion stehen die alternative Steuerberechnung, die Individualbesteuerung, die gemeinsame Besteuerung der Ehegatten unter Berücksichtigung verschiedener Tarife, ein Teil- oder Vollsplitting oder ein Familienquotensystem. Alle Modelle führen jedoch zu Mindereinnahmen auf Bundes- und kantonaler Ebene. Der Wille zur Beseitigung der Ungleichbehandlung ist vorhanden, doch über den konkreten Weg dahin ist man sich noch uneinig. Die Volksinitiative «Für Ehe und Familie – gegen die Heiratsstrafe», welche sich für die gemeinsame Veranlagung der Ehepaare aussprach, wurde am 28. Februar 2016 vom Volk unter anderem vielleicht auch deshalb abgelehnt, weil man sich nicht mit der Verankerung des Familienbesteuerungssystems auf Verfassungsebene die Hände für künftige gerechtere Lösung binden wollte.

Abschliessende Würdigung

Das Zusammenspiel zwischen Familienrecht und Sozial- und Steuerrecht ist historisch geprägt und auf die Funktion der Familie als Schutz- und Produktionseinheit zurückzuführen. Der immer besser strukturierte Nationalstaat hat der Familie in der Folge veränderter gesellschaftlicher und individueller Bedürfnisse (z.B. Gleichstellung und Berufstätigkeit der Frau, vermehrte Mobilität und Auflösung von Familienstrukturen) verschiedene Aufgaben abgenommen und verlorengegangene Familienfunktionen ersetzt. Trotz der grossen Bedeutung von Ehe und Familie für das Gemeinwesen gehört es zu einem freiheitlichen Staat, nichteheliche Lebensformen mit ihrer eigenen rechtlichen Ausgestaltung zu respektieren und aus verfassungsrechtlicher Sicht die Dualität von Ehe einerseits und Lebenspartnerschaft andererseits als echte Alternativen des Zusammenlebens aufrechtzuerhalten. Das immer noch weitgehend auf den Ehestatus bezogene Sozial- und Steuerrecht muss bestehende Anreize resp. Fehlanreize, die die Wahl der Lebensform beeinflussen, unter Beachtung der Ausgewogenheit von Vor- und Nachteilen so weit als möglich eliminieren. Dabei muss unter grundsätzlicher Beibehaltung der bisherigen Dualität von Ehe und Lebenspartnerschaft im Einzelnen geprüft werden, in welcher Form die sich derzeit für Lebenspartnerschaften bietenden Vorteile im Sozial- und Steuerrecht abbauen lassen, ohne dass die Lebenspartnerschaft wie eine Ehe behandelt wird. Umgekehrt sind die an den Ehestatus geknüpften Wirkungen

im Sozial- und Steuerrecht überall dort zu überdenken, wo es nicht um den Ersatz familienrechtlicher Unterhaltspflichten geht und aus Beweisgründen zur Anspruchs begründung die Anknüpfung an einen eindeutigen objektivierbaren Sachverhalt unumgänglich ist. Aufgrund der rechtlichen Unterschiede zwischen Ehe und Konkubinatsverhältnis ist grundsätzlich eine rechtliche Ungleichbehandlung dieser Lebensformen zulässig.⁴¹ Inwieweit sich das Sozial- und Steuerrecht den neuen Lebensverhältnissen anpassen lässt, ist aber ein politischer Entscheid, der nicht nur von dogmatischen Überlegungen, sondern auch von ideologischen und finanziellen Faktoren abhängt. Auf jeden Fall gilt es zu beachten, dass sich in einer Gesamtbetrachtung von Sozial- und Steuerrecht bei beiden Lebensformen die Vor- und Nachteile letztlich die Waage halten müssen. Schon allein dadurch könnte, aus Sicht des besseren sozialen Schutzes und daher im Interesse des Gemeinwesens liegend, die Ehe vielleicht wieder attraktiver werden.

Biographie

Gabriela Riemer-Kafka ist seit 2004 ordentliche Professorin für Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht an der Universität Luzern. Sie doktorierte 1987 an der Universität Zürich zum Thema «Rechtsprobleme der Mutterschaft im Sozialversicherungs- und Arbeitsrecht» und habilitierte sich 1999 mit dem Thema «Die Pflicht zur Selbstverantwortung» an der Universität Freiburg i.Ü. Zwischen 2000 und 2006 nahm sie Lehraufträge an den Universitäten Freiburg i.Ü. und Bern wahr. Einer ihrer Forschungsschwerpunkte ist die Weiterentwicklung und Vereinfachung des Sozialversicherungsrechts. Gabriela Riemer-Kafka ist Gründungsmitglied des Luzerner Zentrums für Sozialversicherungsrecht an der Universität Luzern sowie des Luzerner Forums für Sozialversicherungen und Soziale Sicherheit. Seit 2012 ist sie Chefredaktorin der Schweizerischen Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS).

⁴¹ BGE 140 I 77, E. 6.15. 82.

Le droit de la famille sous l'angle des droits de l'homme – Quelques réflexions

Le droit de la famille sous l'angle des droits de l'homme – Quelques réflexions

Prof. Dr iur. Samantha Besson, Université de Fribourg

Résumé

Le droit international et européen des droits de l'homme s'applique aussi dans le domaine de la vie familiale. Il exerce donc par là-même une influence sur la révision totale ou partielle du droit de la famille que projettent certains actuellement en Suisse. Après une présentation des exigences générales qui pèsent sur l'État lors de toute réforme juridique, cette contribution se concentre sur les obligations de l'État en matière de protection des droits de l'homme. Elle présente ces différentes obligations et traite de quatre questions de droits de l'homme susceptibles de se présenter en matière de réglementation de la vie familiale: les conflits de droits de l'homme, et la difficulté qu'il y a à justifier les restrictions des droits qui s'ensuivent; le pluralisme des droits de l'homme, et la remise en cause de leur légitimité sur cette base par certains; le paternalisme des droits de l'homme, et les limites internes à ces droits que d'aucuns croient pouvoir identifier; et enfin la subsidiarité des droits de l'homme, et l'autonomie organisationnelle que certains souhaiteraient en tirer pour la famille.

Mots-clés

Droits de l'homme, droit de la famille, conflits de droits, restrictions, pluralisme, relativisme, paternalisme, subsidiarité

Introduction

Le droit international et européen des droits de l'homme s'applique aussi dans le domaine de la vie familiale. Il exerce donc par là-même une influence sur la révision totale ou partielle du droit de la famille que projettent certains actuellement en Suisse.¹

Après une présentation des exigences générales qui pèsent sur l'État lors d'une réforme juridique, y compris une révision du droit de la famille, cette contribution se concentre sur les obligations de l'État en matière de protection des droits de l'homme dans le contexte de la vie familiale.

L'article présente ces différentes obligations d'abord de manière générale, puis traite de quatre questions de droits de l'homme susceptibles de se présenter en matière de réglementation de la vie familiale: les conflits de droits de l'homme, et la difficulté de justifier les restrictions des droits qui s'ensuivent; le pluralisme des droits de l'homme, et la remise en cause de leur légitimité sur cette base par certains; le paternalisme des droits de l'homme, et les limites internes à ces droits que certains croient pouvoir identifier; et enfin la subsidiarité des droits de l'homme, et l'autonomie organisationnelle que d'aucuns souhaiteraient en tirer pour la famille.

L'État et le droit de la famille

Les considérations générales pesant sur la réforme législative

Lorsque l'État légifère, pour la première fois ou pour réformer un domaine du droit existant, comme le droit de la famille, un certain nombre de considérations pèsent sur lui, dont certaines obligations de justice ou, plus généralement, des considérations de politique économique et sociale.

Les droits de l'homme ne constituent qu'un aspect de ces impératifs de justice ou de ces exigences morales plus généralement. Ceci rend l'angle d'analyse des droits de l'homme nécessairement limité et donc incomplet. Il peut même arriver que les obligations pesant sur l'État en vertu des droits de l'homme entrent en conflit avec d'autres exigences de justice ou d'autres exigences mo-

¹ Voir le Postulat Fehr 2012 et le Rapport CF 2015.

rales en général. On pensera notamment à des exigences d'égalité dans et devant la loi ou de justice distributive, notamment en matière fiscale. Les droits de l'homme ne peuvent et ne doivent donc en aucun cas constituer la seule considération de justice lors d'une réforme législative. Ceci est important car on remarque souvent une tendance, chez les spécialistes de droits de l'homme mais aussi en dehors, à n'envisager qu'eux ou, en tout cas, à les invoquer comme référence prédominante.

En fait, les droits de l'homme peuvent aussi entrer en conflit avec d'autres considérations politiques pesant sur l'État, notamment des considérations économiques ou sociales, comme l'importance de la natalité et la planification démographique ou de la générativité.

Trois considérations en particulier

Avant de présenter et de discuter différents aspects relatifs au droit des droits de l'homme dans la prochaine section, il s'agit ici brièvement de mentionner trois des autres considérations qui pèsent sur l'État lorsqu'il s'apprête à réformer un domaine du droit comme le droit de la famille.

Premièrement, le droit et la réalité. Il est trivial de dire, comme c'est le cas dans ce débat, que le droit se doit de suivre la réalité sociale et, en l'occurrence, les changements dans la réalité de la vie familiale des suisses.² Pour pouvoir être légitime, en effet, le droit doit pouvoir guider les individus (condition de dépendance des raisons que donne le droit des raisons d'agir préexistantes pour l'individu) et le faire d'une manière justifiée (condition de justification du droit indépendante du contenu de ses normes, en fonction de leur capacité à orienter les individus, p.ex. pour des raisons cognitives, volitives ou de coordination).³ La mise en relation du droit à la réalité sociale règlementée influe clairement sur le respect de ces deux conditions de la légitimité du droit.

Il faut remarquer cependant que le droit est lui-même une réalité sociale en tant que pratique normative. Il est difficile dès lors de séparer le droit de la réalité sociale qu'il règlemente, mais qu'il constitue aussi et donc de considérer que l'un doit se conformer à l'autre. La réalité sociale est en effet elle-même déjà normative. C'est ce qui explique la difficulté du changement du régime

² Voir p.ex. Postulat Fehr 2012; Rapport CF 2015: 12-13.

³ Voir Raz 2006.

juridique de par l'attachement social à certaines formalisations juridiques de la vie familiale, comme le mariage notamment. Par ailleurs, d'autres formes de normativité sociale que le droit sont aussi en jeu dans la pratique sociale de la famille, tant culturelles que religieuses. Et ceci contribue à renforcer certaines des résistances à la réforme du droit de la famille. Tout cela est en jeu actuellement en Suisse et il est important, par conséquent, de ne pas sous-estimer la normativité inhérente à la pratique sociale existante de la famille, tant juridique que religieuse ou culturelle.

Deuxièmement, droit et cohérence. Une autre considération importante en matière de réforme législative est celle de la cohérence juridique. Il s'agit là d'une autre condition de la légitimité du droit en ce qu'elle affecte sa capacité à guider le comportement individuel. La cohérence exige d'éviter autant que possible les compromis législatifs, mais aussi, en cas de révision, d'éviter de multiplier les révisions partielles qui tendent à affecter la cohérence générale d'un domaine juridique, comme le droit de la famille. Le danger sinon est ce que Ronald Dworkin appelait les «checkerboard laws»⁴. L'impératif de cohérence explique aussi pourquoi les révisions générales d'un domaine sont requises de manière périodique.

Cette considération de cohérence est importante pour la réforme envisagée du droit de la famille suisse dans la mesure où après les différentes révisions partielles que ce droit a connues depuis la dernière révision globale, on peut désormais mettre en doute la cohérence de l'ensemble. Curieusement, le rapport du Conseil fédéral de mars dernier invoque les compromis parlementaires inévitables dans un processus de réforme législative⁵ et, de manière plus générale, la crise de la législation en Suisse, du fait du rôle de certains partis politiques et de l'usage abusif des initiatives populaires, en tant qu'argument pour ne pas entamer une réforme globale du droit de la famille. Le rapport privilégie pour cette raison la piste des réformes partielles. Ceci est pour le moins surprenant: on ne perd rien à essayer et, surtout, la perpétuation des réformes partielles à l'avenir est la garantie d'une incohérence certaine⁶.

Finalement, droit et généralité. Une autre considération importante en matière de réforme législative est l'égalité dans la loi, et donc la généralité du droit. C'est une autre condition de la légitimité du droit. Ceci a des implications pour

⁴ Voir Dworkin 1986: Ch. 6.

⁵ Voir Rapport CF 2015: 13.

⁶ Voir aussi Büchler 2014: 806–807.

le type de catégories de la vie familiale protégées par le droit de la famille notamment, dans la mesure où ces dernières doivent être suffisamment générales pour s'appliquer à tout le monde, d'une part, et surtout dans la mesure où elles ne peuvent pas être suffisamment diverses pour répondre à tous les besoins, d'autre part. Le droit de la famille ne peut pas, par définition, faire du cas par cas.

Cette considération d'égalité et donc de généralité est particulièrement importante à l'heure de la réforme du droit suisse. En effet, cette réforme ne peut pas, et ne doit pas, protéger tous les modes de vie familiale possibles. Ceci exige par conséquent de nuancer le Postulat Fehr et de recommander la protection de deux ou trois catégories de vie commune tout au plus. À l'inverse, cependant, cette exigence plaide aussi pour une simplification et une généralisation des catégories proposées par le Conseil fédéral,⁷ notamment pour des raisons d'égalité des genres et d'orientation sexuelle. Il faut en effet prévoir que, dans un avenir proche, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) sanctionnera positivement le consensus européen émergent sur le mariage homosexuel,⁸ ce qui exigera une modification du droit suisse. Une manière de respecter dès à présent l'exigence d'égalité et de généralité serait d'envisager trois catégories de vie commune en fonction du degré du lien, et notamment le mariage, le partenariat enregistré et la communauté de vie de fait, et de les ouvrir toutes les trois aux unions tant hétérosexuelles qu'homosexuelles.

L'État, les droits de l'homme et le droit de la famille

Le droit des droits de l'homme trouve aussi à s'appliquer dans le contexte familial et constitue par conséquent l'une des considérations de justice pesant sur l'État dans la réglementation de la vie de famille. Après une présentation des droits de l'homme applicables en droit de la famille, quatre questions de droits de l'homme spécifiques à la réglementation de la famille sont traitées.

⁷ Voir Rapport CF 2015: 19-30.

⁸ Pour l'instant, l'interdiction du mariage homosexuel n'est pas encore considérée comme une violation de l'interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH) (voir CourEDH, *Schalk*), mais ce n'est qu'une question de temps. Sur le fonctionnement de la marge d'appréciation et le consensus européen, voir Wildhaber et al. 2013.

Les droits de l'homme en famille

Le droit national, international et européen,⁹ qu'il soit général ou spécifique,¹⁰ des droits de l'homme protège un certain nombre de droits de l'homme applicables dans le domaine de la vie de famille. Preuve en soit la jurisprudence importante de la CourEDH en droit de la famille. C'est le cas en Europe en général,¹¹ mais aussi dans de nombreuses affaires suisses¹² qui, pour certaines, ont amené des réformes du droit suisse.

Il existe des droits individuels expressément liés à la famille. Il s'agit avant tout du droit à la vie privée et familiale, et plus généralement à l'autonomie personnelle, garanti à l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme,¹³ mais aussi du droit au mariage, garanti à l'art. 12 CEDH¹⁴ ou encore de l'égalité entre époux consacrée par l'art. 5 du Protocole 7 CEDH.¹⁵ D'autres droits de l'homme trouvent à s'appliquer aussi aux relations familiales, tels que par exemple l'interdiction de la discrimination, notamment sur la base du sexe, de l'âge, de la religion ou de l'orientation sexuelle, garantie à l'art. 14 CEDH,¹⁶ ainsi qu'à l'art. 1 Protocole 12 CEDH,¹⁷ la liberté d'expression consacrée par l'art. 10 CEDH¹⁸ ou encore la liberté religieuse ou de pensée garantie à l'art. 9 CEDH.¹⁹

⁹ Étant donné que la CEDH est non seulement l'instrument de protection internationale des droits de l'homme applicable en Europe et donc en Suisse, mais aussi celui dont l'impact sur le droit national, et donc suisse, est le plus important, du fait de la juridiction obligatoire de la CourEDH (art. 19 et 46 par. 1 CEDH), c'est l'instrument dont il sera question dans cet article. Il faut remarquer cependant que les droits de l'homme trouvent aussi leurs sources dans d'autres traités internationaux et régionaux et en droit national (p.ex. en droit constitutionnel suisse).

¹⁰ Certains traités de protection des droits de l'homme protègent les droits de l'homme de tout individu (droits généraux), alors que d'autres ne protègent les droits que de certains individus vulnérables, comme les droits des enfants, des personnes handicapées ou des femmes, d'une part, ou dans des situations qui les rendent vulnérables, comme les droits des travailleurs migrants ou des personnes disparues, d'autre part (droits spéciaux). Il ne sera question ici que de droits de l'homme généraux, ceux de la CEDH, et de leur application à toute personne, y compris les personnes vulnérables.

¹¹ CourEDH, *Marckx*; CourEDH, *Vermeire*; CourEDH, *Camp et Bourimi*; CourEDH, *Zaunegger*; CourEDH, *Sommerfeld*.

¹² Cf. CourEDH, *Burghartz*; CourEDH, *Rose*; CourEDH, *Emonet*; CourEDH, *Jäggi*. Voir aussi Rapport CF 2015: 8-10.

¹³ Du 4 novembre 1950; RS 0.101; CEDH. Voir p.ex. CourEDH, *Emonet*; CourEDH, *Schneider*; CourEDH, *Jäggi*.

¹⁴ Voir p.ex. CourEDH, *F*; CourEDH, *Kopf*.

¹⁵ Voir p.ex. CourEDH, *Burghartz et Schnyder*; CourEDH, *T.H.*; CourEDH, *Bargagli*.

¹⁶ Voir p.ex. CourEDH, *Pla*; CourEDH, *Vermeire*; CourEDH, *Burden*.

¹⁷ Voir p.ex. CourEDH, *Burghartz*; CourEDH, *Pla*; CourEDH, *Burden*.

¹⁸ Voir p.ex. CourEDH, *Couderc et Hachette*; CourEDH, *Von Hannover*.

¹⁹ Voir p.ex. CourEDH, *Fernández*; CourEDH, *Nolan and K.*; CourEDH, *Vojnity*.

Il s'agit là cependant de droits de l'homme généraux. De nombreux droits dérivés en découlent. On mentionnera, par exemple, le droit de connaître ses origines biologiques qui dérive du droit à la vie privée et familiale.²⁰ Il est important de souligner qu'il ne faut pas confondre un droit de l'homme, protégeant un intérêt fondamental, avec une institution ou une valeur. Bien que ces deux puissent être liés, l'un n'implique pas l'autre. Ceci vaut aussi pour les droits de l'homme applicables à la vie familiale. Ainsi, le droit au mariage, par exemple, n'implique pas en soi l'existence d'une institution du mariage.²¹

Ces différents droits de l'homme applicables en matière de vie familiale génèrent à leur tour des obligations concrètes à la charge de l'État en fonction des circonstances. Ces obligations peuvent être négatives ou positives, selon qu'il s'agit pour l'État de faire quelque chose (obligations de protéger et de réaliser) ou de ne pas le faire (obligations de respecter). Elles peuvent être ensuite générales ou particulières selon qu'elles s'appliquent dans un cas concret²² ou à un projet législatif. Enfin, elles peuvent être préventives ou réactives selon qu'elles naissent avant ou après une violation des droits de l'homme, par exemple par d'autres particuliers dans le cas d'une obligation d'enquêter ou de poursuivre.

En l'occurrence, dans le cadre de la réforme du droit suisse de la famille, les obligations de l'État relatives aux droits de l'homme sont tant négatives que positives, mais surtout générales et préventives puisqu'elles visent à anticiper les violations éventuelles des droits de l'homme qui pourraient survenir dans le contexte familial, soit du fait de l'État soit du fait d'autres particuliers au sein de la famille. C'est précisément pour prévenir ces violations que l'État a l'obligation positive générale d'adopter du droit privé de la famille, mais aussi du droit des assurances sociales et du droit fiscal applicables à la vie familiale.

Toute violation des droits de l'homme ne peut évidemment pas être prévenue à l'avance. Comme je l'ai indiqué précédemment, l'égalité dans la loi, et la généralité qu'elle requiert, font d'ailleurs obstacle au traitement différencié de toutes les situations à l'avenir. La protection des droits de l'homme peut donc contribuer ex post à exiger des réformes du droit de la famille pour protéger les droits de certaines personnes, en principe en conformité avec l'exigence de généralité, mais cela n'est pas toujours possible.

²⁰ Art. 8 CEDH; CourEDH, *Odièvre*; CourEDH, *Jaggi*.

²¹ Contra: Rapport CF 2015: 19. Voir aussi Schwenzer 2013: 7-9.

²² Voir p.ex. CourEDH, *Menesson*; CourEDH, *Paradiso*.

Deux constats quant à la titularité des droits et des obligations en matière de droits de l'homme s'imposent suite à cette exposition sommaire des droits de l'homme dans le contexte familial.

Premièrement, même si les intérêts familiaux (individuels ou collectifs) constituent l'objet de droits de l'homme, la famille en tant que telle n'est pas titulaire de ces droits. Seuls ses membres le sont. C'est le cas notamment des membres du couple, des parents, des enfants ou des grands-parents. Les intérêts familiaux constituent les intérêts protégés par les droits de ces différents individus, mais la famille elle-même n'est pas considérée comme titulaire de droits à la protection de ces intérêts. Ceci est intéressant dans la mesure où d'autres agents collectifs sont titulaires de droits de l'homme.²³ C'est le cas, par exemple, d'organisations non gouvernementales ou d'églises. En fait, la notion de «famille» elle-même n'est pas définie par la jurisprudence de la CourEDH; seuls différents intérêts familiaux le sont de cas en cas.

Deuxièmement, ni la famille en tant que telle ni ses membres ne sont débiteurs des obligations relatives aux droits de l'homme. C'est l'État qui doit protéger les droits de l'homme des membres de la famille, y compris contre les autres membres de la famille. Il le fait de manière préventive en règlementant la vie de famille par le biais du droit privé ou pénal, ou de façon réactive en faisant respecter les droits de l'homme dans son application. Le respect des droits de l'homme peut amener à devoir modifier le droit de la famille, mais la plupart du temps une interprétation de ce droit conforme aux droits de l'homme sera possible.

La famille peut donc être l'objet de droits de l'homme et des obligations correspondantes, mais n'en est pas sujet, ni activement ni passivement. Elle peut cependant en devenir indirectement le titulaire par la somme de ses membres, voire même le débiteur indirect par le biais des obligations de droit privé ou pénal de ses membres. Le droit privé de la famille et le droit pénal permettent en effet à l'État de transférer ses obligations directes en les allouant à certains particuliers dans des situations privées données, comme la famille. C'est pour cela, par exemple, qu'on parle parfois du triangle État-parents-enfants en matière de droits de l'enfant. Il est important de réaliser cependant que ces obligations des membres d'une famille ne relèvent que du droit privé et ne sont pas strictement parlant des obligations de droits de l'homme qui ne sont jamais

²³ P.ex. art. 34 CEDH.

horizontales. En outre, l'État ne perd pas ses obligations positives directes de veiller à ce que la vie de famille ne devienne pas le lieu de violations de droits de l'homme. Ses obligations positives sont néanmoins soumises à la condition des ressources suffisantes, d'une part, et de la possibilité de connaître la menace de violation et d'y remédier, d'autre part.

Ces deux constats sont importants car ils révèlent la dimension individuelle de la titularité des droits de l'homme, d'une part, et la dimension publique de la titularité de leurs obligations, d'autre part. Ils révèlent aussi combien l'approche (du droit) de la famille par les droits de l'homme est individualisante et ne doit pas faire oublier d'autres considérations morales et de justice plus collectives.

Quatre questions

Certaines des questions que soulève la protection des droits de l'homme en droit de la famille sont générales et se retrouvent dans tous les domaines du droit, alors que d'autres lui sont spécifiques. Cette contribution en traitera de quatre en particulier: les conflits de droits de l'homme, le pluralisme des droits de l'homme, le paternalisme des droits de l'homme et la subsidiarité des droits de l'homme.

Les conflits de droits de l'homme

La première question qui se pose est celle des restrictions justifiées aux droits de l'homme d'une personne, et notamment celles qui sont destinées à protéger un intérêt public ou une autre considération morale, d'une part, ou les droits des autres (conflits de droits *stricto sensu*), d'autre part.

Des exemples du premier cas de figure sont, par exemple, les conflits entre un droit de l'homme et l'intérêt public à la générativité discuté dans ce volume, l'intérêt de la famille à l'unicité du nom de famille,²⁴ les intérêts économiques relatifs à la transmission du capital dans les familles ou encore la moralité publique. Des exemples de conflits de droits qu'on peut mentionner sont les suivants: le droit de l'enfant abandonné sous X de connaître ses origines biologiques invoqué comme motif de restriction du droit de la mère à l'anonymat,²⁵ d'une part, ou la liberté religieuse de l'officier d'état civil invoquée comme

²⁴ Voir p.ex. CourEDH, *Burghartz*; CourEDH, *Rose*.

²⁵ Voir p.ex. CourEDH, *Odièvre*.

motif de restriction de l'interdiction de discrimination sur la base de l'orientation sexuelle dans l'exercice du droit au mariage homosexuel,²⁶ d'autre part.

Les conflits de droits de l'homme peuvent apparaître sous la forme d'un conflit intra-droit (au sein du même droit) ou d'un conflit inter-droits (entre différents droits). Même un conflit intra-droit peut impliquer les droits d'une seule ou de plusieurs personnes.

Ces conflits, notamment entre droits de l'homme mais aussi avec d'autres intérêts, et leur résolution sont omniprésents dans la pratique des droits de l'homme, et particulièrement importants dans le domaine du droit de la famille. La constellation familiale est en effet propice aux conflits de droits en raison de la multitude des individus impliqués, de leurs relations horizontales, de la pluralité de leurs intérêts et de leur vulnérabilité variable. C'est le cas, par exemple, entre membres du couple, entre parents (biologiques ou d'intention)²⁷ ou entre parents et enfants.²⁸ Ceci vaut tant en amont lors de la législation quant à des situations abstraites comme, par exemple, résoudre le conflit entre l'obligation de respecter l'égalité entre hommes et femmes et l'intérêt à l'unité de la famille lors d'une révision des règles du Code civil relatives au nom de famille, qu'en aval dans un cas concret de restriction de l'égalité entre hommes et femmes par un Code civil qui ne prévoit comme seul nom de famille possible que le nom du mari.²⁹ Ces conflits de droits ont d'ailleurs donné lieu à une jurisprudence nationale et européenne particulièrement étoffée et controversée, par exemple en matière de gestation pour autrui,³⁰ de procréation médicalement assistée,³¹ ou d'adoption et de mariage homosexuels.³²

Pour que la restriction ainsi motivée soit justifiée, il faut en général qu'elle repose sur une base légale, soit nécessaire dans une société démocratique, ce qui requiert des procédures démocratiques et un respect du principe de proportionnalité, et ne porte pas atteinte au noyau intangible du droit restreint.³³

²⁶ Voir p.ex. CourEDH, *Eweida*.

²⁷ Voir p.ex. CourEDH, *Jaggi*.

²⁸ Voir p.ex. CourEDH, *Emonet*.

²⁹ Voir p.ex. CourEDH, *Burghartz*; CourEDH, *Rose*.

³⁰ Voir p.ex. CourEDH, *Menesson*; CourEDH, *Paradiso*.

³¹ Voir p.ex. CourEDH, *S.H. et autres*.

³² Voir p.ex. CourEDH, *Schalk*; CourEDH, *E.B.*; CourEDH, *Fretté*.

³³ P.ex. art. 8 par. 2 CEDH.

La justification des restrictions des droits de l'homme est la forme que prend le raisonnement judiciaire, mais aussi législatif, destiné à gérer le pluralisme moral et à résoudre les conflits de valeurs ou d'intérêts dans le contexte des droits de l'homme.³⁴ Les différentes considérations de justice évoquées dans la première section peuvent entrer en conflit avec les droits de l'homme et l'existence de ces conflits confirme que les droits de l'homme ne constituent pas une solution à tous les dilemmes moraux rencontrés dans le domaine de l'organisation familiale. Ce qu'il est important de saisir est que selon la majorité démocratique, la résolution de conflits de droits peut aller dans un sens ou dans l'autre selon les cas et les époques.

En principe, les restrictions de droits de l'homme en cas de conflits de droits s'opèrent par restrictions mutuelles et donc par maximisation de chaque droit. À noter cependant qu'il peut subsister des conflits résiduels ou tragiques qu'on ne peut pas résoudre sans donner la priorité à un droit sur l'autre et donc sans décision pragmatique. C'est le cas, par exemple, de la résolution du conflit entre le droit d'une mère à se faire implanter un embryon et le droit du père à refuser cette implantation, tous deux fondés sur le droit à la vie privée et familiale et à la liberté de procréer.³⁵

Le pluralisme des droits de l'homme

La deuxième question pertinente quant aux droits de l'homme en matière familiale est celle du pluralisme des droits de l'homme.

En soi, ce pluralisme, relatif aux conceptions multiples des mêmes droits, se pose entre ordres juridiques nationaux et donc en droit international des droits de l'homme notamment, puisque ce dernier impose une conception unique de ces droits, même très abstraite³⁶. Dans un contexte national unique, cependant, la question se pose différemment. On considère habituellement qu'il ne peut y avoir qu'un seul droit public et constitutionnel par ordre juridique démocratique. Et la même chose vaut pour les droits de l'homme. Il ne peut y avoir qu'une communauté démocratique et qu'une conception de chaque droit de l'homme à un moment donné. Cela se justifie pour des raisons d'égalité fondamentale, et donc d'égalité des droits de l'homme.

³⁴ Voir Besson 2016a.

³⁵ Voir p.ex. CourEDH, *Evans*.

³⁶ Voir Buchanan 2008; Nickel 2015.

Sous la pression du pluralisme religieux et, pour certaines religions, du pluralisme juridique que leur coexistence avec le droit étatique implique notamment en lien avec le statut personnel et familial, l'idée d'un pluralisme des droits de l'homme fait progressivement son chemin. Un exemple est celui des exemptions religieuses qui apparaissent de plus en plus fréquemment aux États-Unis. Après avoir été longtemps rejetée par la Cour suprême américaine,³⁷ elles ont été reconnues par la *Religious Freedom Restoration Act*³⁸ et acceptées par la Cour suprême dans une jurisprudence récente.³⁹

On voit bien en quoi ce développement peut fournir des arguments en droit de la famille, un domaine dans lequel la religion prévoit souvent des régimes distincts de ceux du droit étatique. Pour l'heure, cependant, et pour les raisons que j'ai indiquées précédemment, la jurisprudence européenne est très claire en la matière: aucune exemption religieuse et conceptions divergentes des mêmes droits ne sont admises pour des raisons religieuses. Tout au plus aborde-t-elle la question comme une question de conflit de droits, entre un droit de l'homme et la liberté religieuse.⁴⁰

Le paternalisme des droits de l'homme

La troisième question importante est celle du paternalisme des droits de l'homme. En soi, les droits de l'homme protègent l'autonomie individuelle du titulaire de ces droits contre l'intervention de l'État, avec pour seule limite la protection des droits des autres (comme justification d'une restriction aux droits du titulaire; cf. première question). On peut donc les comprendre comme une forme de protection juridique contre le paternalisme étatique. Ils protègent le droit de chacun de ne pas utiliser ou de mal utiliser ses droits, dans les limites des droits des autres. La seule condition est le caractère libre et éclairé du consentement et la protection contre la discrimination sexuelle et raciale.⁴¹

³⁷ Voir p.ex. US Sct, *Employment Division v. Smith*.

³⁸ Du 16 novembre 1993; RFRA.

³⁹ Voir p.ex. US Sct, *Hobby Lobby*.

⁴⁰ Voir p.ex. CourEDH, *Eweida*; CourEDH, *Martinez*.

⁴¹ Voir p.ex. CourEDH, *S.A.S.*; CourEDH, *D.H.*; CourEDH, *Konstantin Markin*.

Ceci est particulièrement important dans le domaine du droit à la vie privée et familiale qui protège le droit à organiser sa vie sexuelle⁴² et familiale librement. Ceci vaut bien sûr dans les limites des droits des autres, par exemple des enfants.⁴³

Les limites potentielles de l'autonomie individuelle et notamment du consentement individuel sont cependant de plus en plus souvent mises en exergue, y compris de l'intérieur du régime de protection des droits de l'homme. C'est notamment le cas dans des domaines liés à la vie privée et familiale, et en particulier dans les domaines de la reproduction comme la gestation pour autrui⁴⁴ et à la procréation médicalement assistée.⁴⁵ Dans ce contexte, c'est notamment la dignité du titulaire des droits de l'homme qui est invoquée pour imposer des restrictions internes au droits de l'homme et empêcher le titulaire d'invoquer ses propres droits.

Ce retour d'une forme de paternalisme interne aux droits de l'homme eux-mêmes est particulièrement controversé. Il est important d'en mesurer les conséquences pour ce que sont les droits de l'homme et ce qu'ils protègent, notamment contre la conception de la vie familiale de la majorité.⁴⁶ À l'inverse, cependant, il est important de ne pas assimiler trop vite le consentement libre et éclairé protégé par le droit à l'autonomie personnelle avec le consentement contractuel et la liberté économique. Il y a en effet une tendance à cette assimilation en droit privé suisse de la famille actuellement,⁴⁷ ce qui est peu surprenant au vu de l'approche libérale prédominante du droit privé suisse. C'est ce que l'on peut observer dans la discussion relative à l'«opt-in» ou à l'«opt-out» en matière de communauté de vie de fait.⁴⁸ Alors que l'opt-out est clairement paternaliste, l'opt-in révèle une approche contractualiste de l'autonomie personnelle, une approche entièrement déplacée dans un domaine personnel aussi sensible que celui des relations familiales.

⁴² Voir p.ex. CourEDH, *K.A. et A.D.*

⁴³ Voir p.ex. CourEDH, *Témoins de Jéhovah*, par. 119; CourEDH, *K.A. et A.D.*, par. 83.

⁴⁴ Voir p.ex. CourEDH, *Menesson*; CourEDH, *Paradiso*.

⁴⁵ Voir p.ex. CourEDH, *S.H. et autres*.

⁴⁶ Voir Besson 2015.

⁴⁷ Voir p.ex. Rapport CF 2015: 26-30.

⁴⁸ Contra: Schwenzer 2013: 9-10.

La subsidiarité des droits de l'homme

La quatrième et dernière question est celle de la subsidiarité en matière de droit de la famille. Chaque État a l'obligation de respecter les droits de l'homme dans sa législation, mais dispose du choix des meilleurs moyens pour le faire. C'est ce que protège la marge d'appréciation de l'État et, plus généralement, le principe de subsidiarité du contrôle par la CourEDH en matière de droits de l'homme. Cette marge est particulièrement large lorsqu'il s'agit de questions morales difficiles et sensibles et sur lesquelles il n'existe pas (encore) de consensus (international ou européen) parmi les États européens.

C'est ce qui vaut notamment en matière de droit à la vie privée et familiale. On mentionnera, par exemple, la question du mariage homosexuel sur laquelle les États bénéficient pour l'instant d'une marge d'appréciation.⁴⁹ Ce fut le cas jusqu'à récemment de la reconnaissance légale de la transsexualité⁵⁰ ou de l'adoption par un couple homosexuel,⁵¹ deux domaines dans lesquels le consensus européen a évolué et la marge d'appréciation des États n'existe plus.

Dans ce contexte, une question qui est soulevée de plus en plus fréquemment est celle non seulement de la marge d'appréciation de l'État lui-même, mais de la famille dans son organisation interne. D'aucuns considèrent en effet que la famille, en tant que sous-groupe d'individus, serait plus à même de protéger les droits de ses membres individuels que l'État.⁵²

Cette question de la priorité de la famille dans la protection des droits de ses membres, et dès lors de la subsidiarité de la protection étatique des droits de l'homme est très controversée, cependant. Elle est habituellement justifiée par une conception religieuse de la subsidiarité qui s'applique aux relations interpersonnelles, et notamment la conception issue de la doctrine sociale de l'Église catholique.⁵³ Elle impliquerait en outre de considérer la famille comme sujet de droits et surtout d'obligations en matière de droits de l'homme, ce qui, comme je l'ai expliqué précédemment, impliquerait un changement fonda-

⁴⁹ Voir p.ex. CourEDH, *Schalk*.

⁵⁰ Voir p.ex. CourEDH, *Goodwin*.

⁵¹ Voir p.ex. CourEDH, *E.B.*; CourEDH, *Fretté*.

⁵² Voir les opinions dissidentes des Juges Zupancic, Gyulumyan, Kalaydjieva, De Gaetano et Wojtyczek dans CourEDH, *O'Keefe*, par. 7; et l'opinion concordante du Juge Wojtyczek dans CourEDH, *Sindicalul 'Pastorul Cel Bun'*, par. 2 (pour d'autres motifs). Voir sur la question: Mowbray 2015.

⁵³ Voir Cahill 2006; Shelton 2006: 10-11. Pour une critique, voir Barroche 2007.

mental de paradigme en droit international et européen des droits de l'homme. Ces droits protègent en effet avant tout l'individu contre l'État.⁵⁴

Conclusions

Le droit international et européen des droits de l'homme génère des obligations pour l'État dans le domaine de la réglementation de la vie familiale comme dans d'autres domaines du droit. Ces droits et obligations influent par conséquent sur la réforme du droit de la famille actuellement en discussion en Suisse et doivent être pris en compte.

Les droits de l'homme ne constituent cependant pas les seules considérations morales et de justice pertinentes. Ces autres considérations peuvent d'ailleurs entrer en conflit avec les droits de l'homme. Elles se retrouvent dès lors sans surprise au cœur du raisonnement en matière de droits de l'homme et de conflits de droits de l'homme. Ces conflits rendent les droits de l'homme peu amènes à fournir des solutions claires aux questions que se posent actuellement les spécialistes du droit de la famille. En outre, différentes autres controverses qui alimentent actuellement le droit des droits de l'homme, comme le pluralisme, le paternalisme et la subsidiarité des droits de l'homme, appellent à une certaine prudence lors de l'importation des droits de l'homme dans le domaine familial.

Biographie

Samantha Besson est Professeur de droit international public et de droit européen à l'Université de Fribourg où elle est aussi co-directrice de l'Institut de droit européen et vice-Doyenne de la Faculté de droit. Depuis 2014, elle est Déléguée aux droits de l'homme des Académies suisses des sciences. Ses intérêts de recherche et de publication sont le droit international général, le droit constitutionnel européen et le droit international et européen des droits de l'homme, ainsi que leur philosophie. Elle a co-édité l'ouvrage *The Philosophy of International Law* (OUP 2010) et co-édite en ce moment l'ouvrage *The Oxford Handbook on the Sources of International Law* (OUP 2017). Enfin, elle termine actuellement une monographie intitulée *Human Rights as Law*.

⁵⁴ Voir Besson 2016b.

Bibliographie

Barroche, Julien (2007), «Subsidiarité», in: *Dicopo*. www.dicopo.fr/spip.php?article61 (06.07.15).

Besson, Samantha (2016a), «Human Rights in Relation», in: Smet, Stijn, ed., *Human Rights Conflicts*, Oxford: Oxford University Press, à paraître.

Besson, Samantha (2016b), «Subsidiarity in International Human Rights Law: What is Subsidiary about Human Rights?», in: Barber, Nicholas, Ekins, Richard and Yowell, Paul, ed., *Subsidiarity*, Oxford: Oxford University Press, à paraître.

Besson, Samantha (2015), «Human Rights Waivers and the Right to Do Wrong under the European Convention on Human Rights», in: *Mélanges en l'honneur de Dean Spielmann*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2015, 23–35

Buchanan, Allen (2008), «Human Rights and the Legitimacy of the International Order», in: *Legal Theory* 14, no. 1, 39–70.

Büchler, Andrea (2014), «Die Zukunft von Ehe, Partnerschaft und einfachen Lebensgemeinschaften: Gedanken zum Verhältnis des Rechts zu den verschiedenen Beziehungsarrangements», in: *FamPra* 15, no. 4, 797–808.

Cahill, Maria (2006), «The Origin of Anti-Subsidiarity Trends in the Regulation of the Family», in: *International Journal of the Jurisprudence on the Family* 4, 85–114.

Conseil fédéral (2015), Rapport «Modernisation du droit de la famille», mars 2015. <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2015/2015-03-250/ber-br-f.pdf> (07.07.15).

Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Fehr, Jacqueline (2012), Postulat «Code civil. Pour un droit de la famille moderne et cohérent», 15 juin 2012. http://www.parlament.ch/f/suche/pages/geschaeft.aspx?gesch_id=20123607 (07.07.15).

Mowbray, Alastair (2015), «Subsidiarity and the European Convention on Human Rights», in: *Human Rights Law Review* 15, no. 2, 313–341.

Griffin, James (2015), «The Relativity and Ethnocentricity of Human Rights», in: Cruft, Rowan, Liao, S. Matthew, et Renzo, Massimo, ed., *Philosophical Foundations of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 555–569.

Raz, Joseph (2006): «The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception», in: *Minnesota Law Review* 90, 1003–1044.

Schwenzer, Ingeborg (2013), «Familienrecht und gesellschaftliche Veränderungen», Gutachten zum Postulat 12.3607 Fehr «Zeitgemässes kohärentes Zivil- insbesondere Familienrecht», août 2013.

Shelton, Dinah L. (2006), «Subsidiarity and Human Rights», in: *Human Rights Law Journal* 27, 4–11.

Wildhaber, Luzius, Hjartarson, Arnaldur & Donnelly, Stephen (2013), «No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights», in: *Human Rights Law Journal* 33 no. 7–12, 248–263.

Table des arrêts cités

Cour européenne des droits de l'homme

CourEDH, *Association les Témoins de Jéhovah c. France*, requête no 8916/05, arrêt du 30 juin 2011 (Cinquième Section), non publié.

CourEDH, *Bargagli c. Italie*, requête no 38109/97, arrêt du 9 novembre 1999 (Deuxième Section), non publié.

CourEDH, *Burden c. Royaume-Uni*, requête no 13378/05, arrêt du 29 avril 2008 (Grande Chambre), Recueil 2008.

CourEDH, *Burghartz c. Suisse*, requête no 16213/90, arrêt du 22 février 1994 (Chambre), Série A 280-B.

CourEDH, *Camp et Bourimi c. Pays-Bas*, requête no 28369/95, arrêt du 3 octobre 2000 (Première Section), Recueil 2000-X.

CourEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, requête no 28957/95, arrêt du 11 juillet 2002 (Grande Chambre), Recueil 2002-VI.

CourEDH, *Couderc et Hachette Filipacchi Associés c. France*, requête no 40454/07, arrêt du 12 juin 2014 (Cinquième Section), non publié.

CourEDH, *D.H. et autres c. République Tchèque*, requête no 57325/00, arrêt du 13 novembre 2007 (Grande Chambre), Recueil 2007-IV.

CourEDH, *E.B. c. France*, requête no 43546/02, arrêt du 22 janvier 2008 (Grande Chambre), non publié.

CourEDH, *Emonet et autres c. Suisse*, requête no 39051/03, arrêt du 13 décembre 2007 (Première Section), non publié.

CourEDH, *Evans c. Royaume-Uni*, requête no 6339/05, arrêt du 10 avril 2007 (Grande Chambre), Recueil 2007-I.

CourEDH, *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, requêtes no 48420/10, 36516/10, 51671/10 et 59842/10, arrêt du 15 janvier 2013 (Quatrième Section), Recueil 2013.

CourEDH, *F c. Suisse*, requête no 11329/85, arrêt du 18 décembre 1987 (Cour Plénière), Série A 128.

CourEDH, *Fernández Martínez c. Espagne*, requête no 56030/07, arrêt du 12 juin 2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

CourEDH, *Fretté c. France*, requête no 36515/97, arrêt du 26 février 2002 (Troisième Section), Recueil 2002-I.

CourEDH, *Jaggi c. Suisse*, requête no 58757/00, arrêt du 13 juillet 2006 (Troisième Section), Recueil 2006-X.

CourEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, requêtes no 42758/98 et 45558/99, arrêt du 17 février 2005 (Première Section), non publié.

CourEDH, *Konstantin Markin c. Russie*, requête no 30078/06, arrêt du 22 mars 2012 (Grande Chambre), Recueil 2012.

CourEDH, *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, requête no 664/06, arrêt du 9 novembre 2010 (Première Section), non publié.

CourEDH, *Marckx c. Belgique*, requête no 6833/74, arrêt du 13 juin 1979 (Cour Plénière), Série A 31.

CourEDH, *Menesson c. France*, requête no 65192/11, arrêt du 26 juin 2014 (Cinquième Section), Recueil 2014.

CourEDH, *Nolan and K. c. Russie*, requête no 2512/04, arrêt du 12 février 2009 (Première Section), non publié.

CourEDH, *Odièvre c. France*, requête no 42326/98, arrêt du 13 février 2003 (Grande Chambre), Recueil 2003-III.

CourEDH, *O'Keefe c. Irlande*, requête no 35810/09, arrêt du 28 janvier 2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

CourEDH, *Palau-Martinez c. France*, requête no 64927/01, arrêt du 16 décembre 2003 (Deuxième Section), Recueil 2003-XII.

CourEDH, *Paradiso et Campanelli c. Italie*, requête no 25358/12, arrêt du 27 janvier 2015 (Deuxième Section), renvoyé devant la Grande Chambre le 1 juin 2015.

CourEDH, *Pla et Puncernau c. Andorre*, requête no 69498/01, arrêt du 13 juillet 2004 (Quatrième Section), Recueil 2004-VIII.

CourEDH, *S.A.S. c. France*, requête no 43835/11, arrêt du 1 juillet 2014 (Grande Chambre), Recueil 2014.

CourEDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, requête no 30141/04, arrêt du 24 juin 2010 (Première Section), Recueil 2010.

CourEDH, *S.H. et autres c. Autriche*, requête no 57812/00, arrêt du 3 novembre 2011 (Grande Chambre), Recueil 2011.

CourEDH, *Sindicatul «Pastorul Cel Bun» c. Roumanie*, requête no 2330/09, arrêt du 9 juillet 2013 (Grande Chambre), Recueil 2013.

CourEDH, *Sommerfeld c. Allemagne*, requête no 31871/96, arrêt du 8 juillet 2003 (Grande Chambre), Recueil 2003-VIII.

CourEDH, *T.H. c. Finlande*, requête no 19823/92, décision du 9 février 1993 (Commission, Plénière), non publié.

CourEDH, *Vermeire c. Belgique*, requête no 12849/87, arrêt du 29 novembre 1991 (Chambre), Série A 214-C.

CourEDH, *Vojnity c. Hongrie*, requête no 29617/07, arrêt du 12 février 2013 (Deuxième Section), non publié.

CourEDH, *Von Hannover c. Allemagne*, requête no 59320/00, arrêt du 24 juin 2004 (Troisième Section), Recueil 2004-VI.

CourEDH, *Zaunegger c. Allemagne*, requête no 22028/04, arrêt du 3 décembre 2009 (Cinquième Section), non publié.

Cour suprême des États-Unis

USA, *Burwell v. Hobby Lobby Stores, Inc.*, 134 S. Ct. 2751 (2014).

USA, *Employment Division v. Smith*, 110 S. Ct. 1595 (1990).

**Netzwerk «Generationenbeziehungen»
Réseau «Relations entre générations»**

Netzwerk «Generationenbeziehungen»

Um frühzeitig die Relevanz der Beziehungen zwischen den Generationen in grösseren Zusammenhängen anzusprechen und den Diskurs zwischen Politik, Verwaltung und Wissenschaft in Gang zu bringen, haben die Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (SAGW) und das ehemalige Nationale Forschungsprogramm «Kindheit, Jugend und Generationenbeziehungen im gesellschaftlichen Wandel» NFP 52 die Initiative zur Bildung eines «Schweizerischen Netzwerks Generationenbeziehungen» ergriffen. Zweck des Netzwerks ist es, Werkstattgespräche, Tagungen, Ausstellungen und weitere Veranstaltungen zu diesem Themenbereich anzuregen und solche selbst durchzuführen. Auf diese Weise sollen sowohl die Grundlagen der Generationenpolitik als auch der gesellschaftliche Dialog darüber in nachhaltiger und differenzierter Weise erarbeitet werden.

www.sagw.ch/generationen

Réseau «Relations entre générations»

L'Académie suisse des sciences humaines et sociales (ASSH) et l'ancien programme national de recherche «L'enfance, la jeunesse et les relations entre générations dans une société en mutation» PNR 52 ont saisi l'initiative pour la formation d'un «Réseau relations intergénérationnelles» suisse dans le but d'aborder suffisamment tôt l'importance des relations entre les générations dans les grandes lignes et de lancer le débat entre la politique, l'administration et la science. Le but de ce réseau est de soutenir les workshops, les colloques, les expositions et autres manifestations dans le domaine des relations intergénérationnelles, et d'en organiser lui-même. Ainsi, le dialogue social qui porte sur la politique des générations est stimulé de façon durable et différenciée, et les bases d'une politique des générations sont établies.

www.assh.ch/generations

Bisher erschienen / Liste des travaux effectués jusqu'à présent

Impulse für Generationenprojekte

Ergebnisse des ersten trinationalen Workshops Generationenprojekte vom 30./31. Mai 2013 in Zürich, ergänzt mit Erfahrungen aus der praktischen Arbeit in der Generationenakademie, von Ah Druck, Sarnen 2014.

Kontextualisierung & Positionierung von Generationenprojekten

Ergebnisse des ersten trinationalen Workshops Generationenprojekte vom 30./31. Mai 2013 in Zürich, Eigenverlag, Bern 2014.

Qu'est-ce que la politique des générations? Prise de position

Édition maison, Berne 2012.

Positionspapier zur künftigen Ausgestaltung der Sozialpolitik

Eigenverlag, Bern 2012.

Was ist Generationenpolitik? Eine Positionsbestimmung

Eigenverlag, Bern 2012.

Generationenpolitik. Einschätzungen und Stellungnahmen

Akten der Herbsttagung vom 18. November 2010 in Bern, Eigenverlag, Bern 2011.

Generationen, Generationenbeziehungen, Generationenpolitik: Ein dreisprachiges Kompendium

Eigenverlag, Bern 2010.

Auf dem Weg zu einer Generationenpolitik

Publikation zur Tagung vom 18. November 2010 in Bern, Eigenverlag, Bern 2010.

Familienergänzende Betreuung, Erziehung und Bildung von Kindern – ein Generationenprojekt in privater und staatlicher Verantwortung

Herbsttagung vom 20./21. November 2008 in Bern, Eigenverlag, Bern 2009.

SAGW

Die Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (SAGW) vermittelt, vernetzt und fördert die geistes- und sozialwissenschaftliche Forschung in der Schweiz. Ihr gehören 60 Fachgesellschaften und rund 20 Kommissionen an und sie leitet mehrere grosse Forschungsunternehmen. Sie versteht sich als Mittlerin zwischen Forschenden und wissenschaftlich interessierten Personen einerseits und politischen EntscheidungsträgerInnen, Behörden und einer breiteren Öffentlichkeit andererseits. Die SAGW verfügt über ein Budget von rund 10 Millionen Franken und wird von einem Vorstand mit 18 Mitgliedern aus Wissenschaft, Politik und Verwaltung geleitet. Im Generalsekretariat arbeiten 13 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

ASSH

L'Académie suisse des sciences humaines et sociales (ASSH) communique, coordonne et encourage la recherche en sciences humaines et sociales en Suisse. En tant qu'organisation faitière, elle regroupe 60 sociétés savantes et 20 commissions scientifiques. Elle dirige également plusieurs entreprises de recherche de taille importante. L'ASSH fonctionne comme intermédiaire entre d'une part des chercheurs et des personnes intéressées au domaine scientifique, et, d'autre part, les organes exécutifs, les autorités et le grand public. Disposant d'un budget annuel de 10 millions de francs environ, elle est dirigée par un Comité de dix-huit membres issus de la communauté scientifique, de la politique et de l'administration. Le Secrétariat général compte treize collaboratrices et collaborateurs.

