



Strasbourg, 22 août 2018

CDL-JU (2018)011
Français seulement

**COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)**

**17e réunion du Conseil mixte
sur la justice constitutionnelle**

MINI CONFÉRENCE

«GENRE, ÉGALITÉ ET NON-DISCRIMINATION»

Lausanne, Suisse

28 juin 2018

**En Suisse: la discrimination entre hommes et femmes, un
phénomène du passé?**

RAPPORT PAR

M. Paul TSCHÜMPERLIN
Secrétaire générale du Tribunal fédérale suisse

Introduction

Le 14 juin 1981, le peuple suisse acceptait en votation populaire d'inscrire l'égalité des sexes dans la Constitution fédérale. Trente-sept ans se sont écoulés depuis lors. A ce jour, la parité de fait est-elle devenue une réalité? Qu'en est-il notamment en matière de conditions salariales, d'accès aux postes à responsabilités, de participation à la vie politique, de congé de paternité et d'obligation de servir?

En Suisse, le principe de l'égalité de traitement est inscrit dans la Constitution fédérale à son article 8. Il est concrétisé dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes entrée en vigueur en juillet 1996. En outre, il sied de signaler l'existence de la *CHARTRE pour l'égalité salariale dans le secteur public*, charte qui a été paraphée à ce jour par la Confédération, 14 cantons et 33 communes. En signant cette charte, les autorités réaffirment leur détermination à mettre en oeuvre l'égalité salariale dans leur sphère d'influence. Elle n'a cependant aucun pouvoir juridique contraignant et n'impose aucun délai.

Avant d'entrer dans le vif des différents thèmes, et afin de les illustrer concrètement, présentons la famille Dubois.

Mariés depuis huit ans, Pascal et Fabienne Dubois sont les heureux parents de deux enfants en bas âge. La famille habite un charmant village viticole du canton de Vaud niché sur les coteaux du Léman.

Pascal Dubois travaille à 80% comme conseiller en personnel auprès d'une agence de placement. Comme de nombreux citoyens, il a effectué son service militaire. Fabienne Dubois occupe un poste d'enseignante du cycle primaire à mi-temps. De plus, elle préside le conseil d'administration d'une caisse d'épargne locale. Il faut savoir en effet que la jeune femme a effectué un apprentissage d'employée de commerce au sein d'une banque avant de se lancer dans l'enseignement. A la recherche d'un nouveau défi, la mère de famille envisage de quitter son poste au sein du conseil d'administration pour embrasser une carrière politique au niveau communal, voire cantonal.

Si l'on devait solliciter l'opinion des conjoints Dubois quant à l'égalité de traitement entre hommes et femmes, ils se diraient sans doute globalement plutôt satisfaits de leur sort.

1. Que dire de la parité des salaires?

1.1 Régime juridique

Le principe de l'égalité salariale entre hommes et femmes est inscrit dans la Constitution fédérale et fait dès lors partie des droits fondamentaux. Il s'agit d'un droit individuel à l'égalité de rémunération que tout salarié, homme ou femme, peut invoquer directement en justice. On est donc en présence d'un cas exceptionnel pour notre pays où un droit constitutionnel produit un effet horizontal direct dans les rapports entre personnes privées¹. Ce principe a par ailleurs été concrétisé dans la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes. Ce postulat ne se limite pas à la comparaison de personnes de sexes distincts occupant des postes identiques. L'égalité de rémunération est fondée sur la notion de travail de valeur égale² qui permet de comparer des fonctions différentes lorsque les exigences et charges requises pour les exercer

1 ATF 113 Ia 107

2 ATF 130 III 145

correctement sont jugées équivalentes³. Dans les procédures de discrimination salariale, les tribunaux doivent ordonner des expertises si l'équivalence entre les diverses fonctions d'une même entreprise n'est pas flagrante ou si elle n'est pas établie par d'autres moyens de preuve⁴. Les experts doivent alors établir si ces fonctions sont comparables les unes aux autres et déterminer les critères permettant de mettre à jour un cas de discrimination⁵.

Le juge qui refuse d'ordonner une expertise requise par une partie consacre une violation de la maxime d'office, à moins que l'expertise n'apparaisse d'emblée inutile, parce que, par exemple, le juge dispose lui-même des connaissances scientifiques nécessaires pour élucider une possible discrimination liée au sexe⁶. Ainsi, le juge n'est-il pas contraint de procéder à une expertise pour tout différend salarial⁷.

Si le juge constate l'absence de discrimination salariale entre une employée et son successeur masculin, il n'est pas tenu de procéder à une expertise visant à déterminer l'existence d'une discrimination sur l'ensemble du spectre des salaires de l'entreprise, en particulier quand l'employée ne met pas en avant d'autres employés susceptibles de faire l'objet d'une comparaison salariale et qu'elle ne prétend pas que sa position était occupée statistiquement de façon prédominante par des femmes⁸.

Sont prohibées tant les discriminations dites directes, soit celles qui se fondent explicitement sur le critère du sexe, que les discriminations indirectes, c'est-à-dire lorsque le critère utilisé est formellement neutre, mais qu'il peut avoir pour effet de désavantager un plus grand nombre de personnes d'un sexe donné⁹. Par ailleurs, la simultanéité des prestations n'étant pas une condition de comparaison, un employé peut fort bien fonder sa prétention sur la base du salaire de son prédécesseur ou de son successeur de sexe opposé.

Soulignons toutefois que la solution adoptée par la Suisse pour favoriser l'application de la loi est celle de l'incitation – notamment par des aides financières et un label "*equal salary*"¹⁰ – et non celle de la répression. Ainsi, il convient de relever que le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes, institué en 1998, a pour mission d'*encourager* la réalisation de l'égalité entre les sexes dans tous les domaines...

1.2 Jurisprudence

1.2.1 Salaire de Pascal

Pascal Dubois, exerçant dans le secteur privé, gagne autant que sa collègue féminine pour un travail de valeur égale. On ne peut que se réjouir de cette situation.

Il n'en va hélas pas toujours ainsi: dans une affaire de 2011¹¹, notre Haute Cour a statué sur le grief de discrimination salariale allégué par l'employée d'une société de placement de personnel. La recourante travaillait à 90 % alors que son homologue masculin était occupé à temps plein. Rapporté à un plein temps, le salaire de la recourante était cependant inférieur de 50 % de celui de son collègue de travail.

3 ATF 144 II 65

4 ATF 130 III 145

5 ATF 133 III 545

6 ATF 133 III 545

7 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_31/2009 du 4 janvier 2010

8 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_614/2011 du 20 mars 2012

9 Arrêt du Tribunal fédéral 8C_1006/2012 du 10 avril 2013

10 www.equalsalary.org/fr/about-equal-salary/foundation-equal-salary

11 Arrêt du Tribunal fédéral 4A_261/2011 du 24 août 2011

Conformément à sa jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a rappelé que des critères objectifs, tels que la formation, l'ancienneté, le temps passé dans la fonction, les prestations effectuées ou les risques, peuvent influencer la valeur du travail. Cependant, pour qu'un motif objectif puisse légitimer une différence de salaire, il faut qu'il influe de manière importante sur la prestation de travail et sur sa rémunération. L'employeur doit en outre démontrer que le but objectif qu'il poursuit répond à un véritable besoin de l'entreprise. Dans le cas concret, le Tribunal fédéral a estimé qu'une disparité de rémunération de 50 % n'était pas justifiée car seuls deux critères pouvaient fonder une différence entre les salariés: l'employé mieux rémunéré offrait en effet des connaissances techniques solides et parlait couramment l'allemand et le suisse allemand. Toutefois, à la lumière du principe de proportionnalité, le Tribunal fédéral a jugé que ces deux facteurs étaient insuffisants pour justifier un tel écart salarial.

1.2.2 Salaire de Fabienne

Dans notre cas, Fabienne Dubois, qui travaille dans le secteur public, gagne autant que son collègue masculin.

D'ailleurs, ce n'est pas un hasard puisque son employeur, le Canton de Vaud, a signé la *CHARTRE pour l'égalité salariale dans le secteur public*, charte, rappelons-le, dénuée d'effet contraignant. A ce titre, la Confédération, également signataire, donne l'exemple: dans l'administration fédérale, la discrimination salariale constatée se trouve en deçà du seuil de tolérance de 5 %¹².

La jurisprudence s'est penchée à diverses occasions sur la question de la discrimination salariale dans le secteur de l'enseignement. Dans un arrêt de principe de fin 2015¹³, le Tribunal fédéral a examiné une décision de classification des traitements qu'une enseignante du degré primaire du canton d'Argovie estimait discriminatoire. La recourante alléguait que l'enseignement dans le degré primaire était une activité typiquement féminine, comparativement moins bien rémunérée que des activités équivalentes dans l'administration cantonale en question. Notre Haute Cour a admis qu'une fonction a un caractère spécifiquement féminin lorsque la proportion de femmes exerçant cette fonction est nettement supérieure à 70 %, ce qui était le cas dans l'affaire qui nous occupe. Le Tribunal a aussi constaté qu'il s'agissait d'une évolution continue et constante dans le Canton d'Argovie, mais également à l'échelle de la Suisse. Il a en outre rappelé qu'on était en présence d'une discrimination salariale à raison du sexe lorsqu'il existe, au détriment d'un travail identifié comme étant spécifiquement féminin, des différences de salaire ne reposant pas sur des motifs objectifs. Par conséquent, la rémunération du corps enseignant du cycle primaire en Argovie devait faire l'objet d'un examen sous l'angle de l'interdiction de la discrimination salariale fondée sur le sexe et l'affaire a été renvoyée à l'instance précédente afin qu'elle procède à cet examen.

Toutefois, en 2017¹⁴, alors qu'il avait admis le précédent recours de l'enseignante, le Tribunal fédéral a jugé qu'elle n'était pas parvenue à établir, ni à rendre plausible, que le système salarial en vigueur pour les institutrices et les instituteurs dans le canton d'Argovie fut constitutif d'une discrimination fondée sur le sexe. Selon le Tribunal fédéral, la vraisemblance d'une discrimination fondée sur le sexe n'est pas établie par la seule constatation du caractère féminin de la profession et un système particulier pour les enseignants n'est pas en soi discriminatoire.

Toujours dans le secteur de l'enseignement, le Tribunal fédéral eut à connaître en début d'année d'un cas de discrimination salariale fondée sur le sexe des jardinières d'enfants engagées depuis

12 www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/plateforme-egalite-salariale/engagement-du-secteur-public/Monitoring.html

13 ATF 141 II 411

14 ATF 143 II 366

de nombreuses années dans le Canton de Schaffhouse¹⁵. Suite à l'introduction d'un nouveau système salarial, la cour cantonale a estimé que la rémunération des jardinières d'enfants plus âgées faisait l'objet d'une discrimination fondée sur le sexe. Sous l'ancien système salarial, toutes les jardinières d'enfants auraient fait l'objet d'une discrimination salariale; cette discrimination persisterait partiellement dans le nouveau système salarial pour les enseignantes plus âgées, dans la mesure où leur salaire a été augmenté de manière moindre que celui des plus jeunes enseignantes. Notre Haute Cour a considéré que, bien que la fonction de jardinière d'enfants soit un métier typiquement féminin, on ne saurait admettre qu'une discrimination fondée sur le sexe des jardinières d'enfants a été rendue vraisemblable sous l'ancien système. Les jardinières d'enfants concernées auraient dû démontrer de manière concrète par rapport à quelles autres activités, typiquement masculines ou neutres du point de vue du sexe et considérées comme équivalentes, elles étaient discriminées, ce qu'elles n'ont pas fait. Les recourantes n'ont cependant pas seulement fait valoir une discrimination salariale fondée sur le sexe mais également une inégalité de traitement par rapport aux jardinières d'enfants plus jeunes. L'affaire a été renvoyée à la cour cantonale afin qu'elle examine cette question sur laquelle elle ne s'était pas prononcée.

Toujours dans le secteur public, le Tribunal fédéral a posé comme principe élémentaire, que l'employeur n'a pas le droit de justifier une discrimination par une autre. Il est donc aussi possible d'établir l'existence d'une discrimination salariale entre les travailleurs et les travailleuses, en l'espèce du personnel infirmier, lorsque l'employeur pratique des inégalités de traitement entre des personnes de même sexe¹⁶.

1.3 Évolution possible

Pourtant, force est de constater que Fabienne est chanceuse: dans les faits, ce sont des différences d'environ 18 %¹⁷ qui sont encore aujourd'hui constatées entre les salaires masculins et féminins. En outre, le niveau des salaires dans les métiers typiquement masculins est nettement plus élevé que dans les professions dites féminines. A cet égard, l'actuel projet de révision de la loi sur l'égalité propose un auto-contrôle régulier et obligatoire des salaires dans les entreprises de plus de 100 personnes¹⁸. Selon une récente étude du Forum économique mondial, la parité des salaires en Suisse est à l'horizon de... 2186..., soit encore pas loin de 170 ans de patience...

2. *Qu'en est-il de l'accès aux postes à responsabilités?*

2.1 Situation juridique

Fabienne Dubois préside aussi le conseil d'administration d'une caisse d'épargne locale. Or, les chiffres sont éloquentes: au sein des directions des 100 plus grandes entreprises de Suisse, la part des femmes se monte à 8 %¹⁹.

Cela s'explique notamment par le fait qu'en Suisse, pour concilier vie professionnelle et familiale, nombre de femmes travaillent à temps partiel. Ce modèle de travail est d'ailleurs traditionnellement féminin. En revanche, les femmes sans enfants font plus facilement carrière.

A l'heure actuelle, aucune législation n'existe en la matière.

15 ATF 144 II 65

16 ATF 136 II 393; 127 III 207

17 www.ebg.admin.ch/ebg/fr/home/themes/travail/plateforme-egalite-salariale.html (consulté le 30.04.2018)

18 Communiqué de presse du 14 mai 2018 du Parlement, consultable sous www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-wbk-s-2018-05-14.aspx

19 Rapport Schilling 2017, consultable sur www.schillingreport.ch

2.2 Jurisprudence

Peu d'arrêts ont été rendus sur le sujet. Toujours dans le secteur de l'enseignement, mais universitaire cette fois, en 2005, un poste de professeure associée a été mis au concours, précisant que seules les candidatures féminines seraient retenues. Sur recours d'un candidat masculin, le Tribunal fédéral s'est interrogé sur la proportionnalité de ce système de quota rigide qui écartait d'emblée la candidature masculine sans examen préalable. Il a jugé que ce n'était guère défendable de faire abstraction des qualifications des candidats, pour des postes aussi qualifiés. Les juges n'ont pas condamné en tant que tels les quotas, ils ont cependant précisé que l'importance de l'atteinte susceptible d'être causée à un candidat de l'autre sexe rendait nécessaire une base légale autre que la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes²⁰.

Dans une affaire analogue, notre Haute Cour a affirmé que l'exclusion de la voie de la plainte, telle que prévue par le règlement de l'université en question, pour une personne du sexe sur-représenté était inadmissible et contraire à la Constitution qui vise non seulement l'élimination des discriminations contenues dans la législation, mais également la réalisation de la parité des sexes dans les faits. Dans l'examen de la proportionnalité, elle a à nouveau pris soin de distinguer entre quotas flexibles ou souples, qui donnent la préférence aux femmes à qualifications équivalentes à celles des hommes, des quotas fixes ou rigides qui accordent la préférence aux femmes indépendamment de leurs qualifications et ont par conséquent été jugés difficilement admissibles²¹.

2.3 Évolution possible

Il s'avère qu'un vent nouveau souffle sur l'économie suisse et nombre d'entreprises semblent avoir pris conscience qu'une forte mixité était non seulement socialement souhaitable, mais les rendait plus attractives sur le marché. En outre, il sied de signaler que le projet de révision du Code des obligations relatif au droit de la société anonyme prévoit un quota de femmes de 30% dans les conseils d'administration et de 20 % dans les fonctions dirigeantes des entreprises cotées en bourse, soit une mesure positive destinée à augmenter la présence féminine²².

Quant au secteur public, il est en avance sur l'économie privée. En 2013, le Conseil fédéral a décidé que les sexes devaient être représentés de façon équitable au sein des organes de direction des entreprises proches de la Confédération et a fixé un quota cible de 30 %²³.

Les différentes interventions politiques au niveau fédéral montrent que la question des quotas féminins n'est plus taboue et que l'idée fait son chemin dans les milieux économiques de notre pays.

3. Et la participation à la vie politique?

En effet, Fabienne Dubois, qui a le verbe haut, se laisserait bien tenter.

3.1 Situation juridique

Notre pays n'a certes pas fait oeuvre de pionnier en la matière! Preuve en est l'adoption tardive – en 1971 – du droit de vote et d'éligibilité des femmes dans les votations fédérales. Ce n'est que vingt ans plus tard, après un long chemin semé d'embûches, que toutes les Suissesses

20 ATF 131 II 361

21 Arrêt du Tribunal fédéral 2P.277/2004 du 19 janvier 2006

22 Révision droit de la société anonyme (objet n°16.077), consultable sous www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20160077

23 Des quotas de femmes dans les cercles dirigeants de l'économie (2014), consultable sous www.ekf.admin.ch/ekf/fr/home/documentation/etudes-et-recommandations.html

purent enfin se rendre aux urnes au niveau cantonal. En effet, le Tribunal fédéral a jugé anticonstitutionnel le suffrage exclusivement masculin dans le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures²⁴. Par décision de notre Haute Cour, Appenzell Rhodes-Intérieures a ainsi été le dernier de nos 26 cantons à introduire le suffrage féminin au niveau cantonal.

Si la question des quotas n'est plus taboue dans le monde économique, elle l'a été pendant des années en politique. Cela n'a rien de surprenant: en l'an 2000, l'initiative populaire prônant "une représentation équitable des femmes dans les autorités fédérales" a subi un cuisant échec: elle a été rejetée à 82 % des voix. Une des raisons du rejet massif de l'initiative a été la crainte que des quotas dans le domaine politique auraient indiscutablement porté atteinte, dans une certaine mesure, à la liberté de choix des citoyennes et des citoyens.

3.2 Jurisprudence

Les juges du Tribunal fédéral ont déclaré nulles, vers la fin des années 1990, deux initiatives cantonales visant à instaurer des quotas pour assurer une représentation adéquate ou paritaire des femmes en politique. A l'époque, ils ont en effet estimé que la répartition en fonction de quotas de mandats octroyés par élections populaires représente une limitation inadmissible au droit égal d'élire et d'être élu²⁵. De surcroît, exiger de façon impérative et sans égard aux qualifications, un quota de représentation des femmes dans les institutions cantonales porterait une atteinte disproportionnée à l'interdiction de discrimination garantie par la Constitution fédérale²⁶.

3.3 Évolution possible

Force est de constater qu'une stagnation de la représentation des femmes dans les instances politiques est observée depuis les années 1990. Les raisons en sont connues: difficulté d'articuler vie professionnelle, vie privée et mandat politique, agressivité croissante du débat politique, faible présence dans les médias...

Ainsi, environ 30 % de femmes sont représentées au Parlement, il en va de même au niveau cantonal et communal. Cette proportion est encore inférieure dans les exécutifs cantonaux et communaux²⁷.

Au mois de mars de cette année, le Conseil des États a accepté une initiative exigeant une représentation équitable des genres au Conseil fédéral, notre exécutif, qui compte à l'heure actuelle deux femmes sur un collège totalisant sept conseillers fédéraux. La balle est désormais dans le camp du Conseil national. Précisons qu'il faut remonter aux années 2010-2011 pour trouver une majorité de femmes (quatre en l'occurrence) siégeant au Gouvernement.

Et le Tribunal fédéral? Notre Cour suprême compte 14 femmes sur 38 magistrats.

Pour en revenir à la famille Dubois, il convient de rappeler que Fabienne et Pascal sont les heureux parents de deux charmants bambins. Lors de la naissance des enfants, la maman a bénéficié d'un congé maternité bien mérité.

24 ATF 116 Ia 359

25 ATF 125 I 21; 123 I 152

26 ATF 123 I 152

27 La part des femmes dans les institutions politiques, Office fédéral de la statistique www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/politique/elections/femmes.html

4. *Quid du congé de paternité de Pascal?*

4.1 Situation juridique

A l'heure actuelle, le droit fédéral ne prévoit pas un tel congé. Lors de la naissance de son enfant, le père peut uniquement faire valoir un droit aux jours de congé usuels²⁸, si bien que les pères bénéficient en principe d'un à deux jours de congé payés. Toutefois, certaines entreprises, voire des branches entières, accordent à bien plaisir un congé de paternité dont la durée varie. Les mères en revanche ont droit à un congé maternité d'une durée minimale de 14 semaines lorsqu'elles exercent une activité lucrative. En outre, concernant les employés de la Confédération, tant bien père que mère, ils jouissent de surcroît de la possibilité de réduire leur taux d'occupation de 20 % après la naissance ou l'adoption, le salaire étant bien entendu réduit dans la même proportion²⁹.

4.2 Jurisprudence

Si le congé de paternité a fait couler beaucoup d'encre, il n'a donné lieu qu'à peu de jurisprudence.

En 1992, notre Haute Cour justifiait le congé maternité par des motifs biologiques liés à la naissance et aux soins au nouveau-né, notamment l'allaitement, et estimait que le refus d'un congé de paternité payé n'était dès lors pas contraire à l'égalité des sexes³⁰.

Plus de vingt ans plus tard, le Tribunal fédéral a constaté que selon le texte légal clair et la volonté explicite du législateur, les pères n'ont pas droit à une indemnité pour perte de gain en cas de congé de paternité. Cette inégalité des genres est consciemment voulue par le législateur. Il a aussi relevé que le congé réglé par l'ordre juridique suisse visait incontestablement à protéger la mère, toujours pour des motifs biologiques, et n'était ni un congé de paternité, ni un congé parental, il n'y avait dès lors aucune discrimination au sens de la Constitution fédérale et de la CEDH³¹.

4.3 Évolution possible

Le congé de paternité a-t-il le vent en poupe en Suisse? Ne s'agit-il pas plutôt d'un vent contraire?

Le Conseil fédéral recommande au Parlement de rejeter l'initiative populaire visant à introduire un congé de paternité d'au moins quatre semaines³². Le montant maximal de l'allocation de paternité serait de 196 francs par jour. Le coût d'un tel congé s'élèverait à environ 420 millions de francs, soit environ 352 millions d'euros, par an. Selon le Conseil fédéral, les quatre semaines proposées coûteraient trop cher, mettraient en péril l'économie et affecteraient l'organisation au sein des entreprises. Le Conseil fédéral estime que la priorité réside dans le développement d'une offre d'accueil extra familial des enfants. C'est désormais au Parlement de se prononcer, avant que le peuple n'ait le dernier mot.

Cette récente initiative populaire aspire à réaliser un passage en force. A en croire les derniers sondages effectués, les Suisses seraient largement favorables à un congé de paternité. Confrontés à une telle initiative, les esprits s'échauffent. Moults discussions ont lieu avec pour objectif de trouver un compromis capable de dégager une majorité sous la Coupole.

28 Article 329 al. 3 CO

29 Article 60a OPers

30 Arrêt du Tribunal fédéral 2P.296/1992 du 11 février 1994

31 ATF 140 I 305

32 Initiative populaire fédérale 'Pour un congé de paternité raisonnable – en faveur de toute la famille' www.bk.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis468.html; Communiqué du Conseil fédéral relatif à cette initiative 01.06.18 www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-70951.html

Si le congé de paternité devait voir le jour, Pascal Dubois serait bien heureux de voir sa progéniture s'agrandir afin de pouvoir surfer sur la vague! L'argument suffira-t-il à convaincre Fabienne? Pour asseoir sa position, Pascal pourrait-il – ou oserait-il – faire valoir qu'il est déjà suffisamment discriminé par l'obligation de servir imposée aux seuls citoyens masculins?

5. Alors, bientôt une obligation de servir dans l'armée imposée aux femmes?

5.1 Situation juridique

En Suisse, le service militaire est obligatoire pour tous les citoyens de sexe masculin en vertu de la Constitution fédérale³³. Ceux-ci doivent effectuer un service dans l'armée ou dans la protection civile. Ceux qui sont inaptes et ne souffrent pas d'un handicap majeur doivent payer une taxe d'exemption, d'un montant non négligeable. Cependant, suite à une décision de la CourEDH qui avait été saisie par un citoyen suisse diabétique (cas Sven Glor contre Suisse³⁴), les inaptes qui le souhaitent peuvent également servir dans l'armée qui doit leur proposer une fonction adaptée, ce pour des raisons d'égalité de traitement. Quant à ceux pour qui le service militaire est incompatible avec leurs convictions, ils effectuent un service civil de remplacement. Les femmes peuvent également servir dans l'armée ou la protection civile, mais sur une base volontaire.

5.2 Jurisprudence

De jurisprudence constante³⁵, le service militaire obligatoire pour les hommes constitue une lex specialis, également inscrite dans la Constitution, et par conséquent une exception admissible au principe de l'égalité entre hommes et femmes, lui aussi de rang constitutionnel. En fait, il a été considéré par le passé que les femmes seraient en moyenne moins aptes à effectuer le service militaire, en raison de différences physiologiques et biologiques. De plus, la loi et l'article constitutionnel sur l'égalité avaient été conçus notamment en vue d'améliorer la situation des femmes et n'avaient pas pour but de les charger d'une obligation supplémentaire. Par ailleurs, en 1981, quand le principe de l'égalité des droits entre femmes et hommes a été introduit dans la Constitution fédérale, le Tribunal fédéral avait déjà refusé d'étendre l'obligation militaire aux femmes³⁶.

Un arrêt récent confirme cette jurisprudence³⁷ mais ne la justifie plus par des raisons biologiques, dès lors que les femmes peuvent se porter volontaires pour servir dans l'armée, qu'elles y jouissent alors des mêmes droits que les hommes et sont soumises aux mêmes devoirs et que toutes les fonctions leur sont ouvertes. Dans le cas d'espèce, le recourant a été jugé inapte et s'est vu notifié une taxe d'exemption. Il fait valoir une violation de la Constitution ainsi que de la CEDH et prétend ne pas devoir être soumis à une taxe d'exemption tant que les femmes n'y sont pas également assujetties. L'arrêt précise qu'il n'appartient pas au Tribunal fédéral de décider si cette exception fait sens, mais bien au législateur d'intervenir en la matière s'il le juge utile. Il relève également que cette conception, selon laquelle seuls les hommes suisses sont soumis à l'obligation de servir, respectivement à la taxe d'exemption, ne viole pas l'interdiction du travail forcé au sens de la CEDH.

En revanche, notre Haute Cour a estimé qu'un traitement différent des hommes et des femmes en matière de taxe d'exemption du service du feu était inconstitutionnel³⁸. En cela, elle est revenue sur sa jurisprudence³⁹ en affirmant que la seule circonstance que le service du feu

33 Article 59 Cst.

34 Arrêt de la CourEDH 13444/04

35 Arrêts du Tribunal fédéral 2C_221/2009 du 21 janvier 2010; 2A.47/2002 du 23 mai 2002

36 Arrêt du Tribunal fédéral 2A.433/1990 du 17 septembre 1991

37 Arrêt du Tribunal fédéral 2C_1051/2016 du 24 août 2017

38 ATF 123 I 56

39 Arrêts du Tribunal fédéral 2P.4/1990 du 8 février 1991; P.1020/1986 du 10 octobre 1986

pouvait engendrer certains risques ne saurait conduire à une dispense générale pour les femmes, car cela signifierait que la vie de ces dernières serait davantage digne d'être protégée et plus précieuse que celle des hommes. En outre, dans la majorité des communes qui instaurent un service du feu, les personnes astreintes n'effectuent pas personnellement leur service mais s'acquittent d'une taxe d'exemption. Dès lors qu'il y a suffisamment de volontaires, on ne voit pas que quelqu'un puisse être contraint d'effectuer effectivement un tel service. Par conséquent, le payement d'une taxe peut raisonnablement être exigé tant par les femmes que par les hommes.

5.3 Évolution possible

Ainsi, si l'égalité est parfaite en matière de taxe d'exemption du service du feu, il n'en va pas de même pour la taxe d'exemption militaire. Mais cela pourrait changer dans un avenir bref. En effet, le service militaire est par exemple obligatoire en Norvège pour les hommes et les femmes depuis 2015. Les raisons de cette obligation sont les suivantes: volonté d'intégrer le potentiel féminin pour l'accomplissement de fonctions de plus en plus spécifiques et désir d'application du principe de l'égalité des droits et des chances aussi au sein des forces armées⁴⁰.

La question d'une obligation de servir imposée aux femmes n'est ainsi plus un tabou dans notre pays. D'ici 2020, le Gouvernement compte examiner la réforme proposée par le Département de la défense qui préconise de soumettre les hommes et les femmes à la même alternative: accomplir un service ou s'acquitter d'une taxe d'exemption. Il sied cependant de préciser que seules les personnes dont l'armée a réellement besoin devraient accomplir leur service, les besoins en effectifs de la troupe étant prioritaires. Les autres personnes astreintes mais non requises s'acquitteraient de la taxe.

L'obligation pour les femmes de servir sous les drapeaux serait positivement révolutionnaire en Suisse! Certes, sur la base d'un arrêté fédéral urgent, certaines ont été astreintes au service dans la défense antiaérienne durant la Seconde Guerre mondiale. En outre, dans certains cantons, elles pourraient théoriquement se voir enrôlées dans le service contre les catastrophes. De plus, quelques communes obligent les femmes à faire partie du corps des sapeurs-pompiers. Mais hormis ces quelques cas, le principe selon lequel les femmes ne servent que si elles sont volontaires est bien ancré dans nos mentalités.

6. Conclusion

Pour conclure, force est de constater que beaucoup a été fait...et que beaucoup reste à faire.

Depuis 1981, le principe de l'égalité est inscrit dans notre Constitution. En 1988, le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes a vu le jour et en 1996 la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes est entrée en vigueur. L'arsenal légal dont s'est doté la Suisse est assez élaboré, mais il ne suffit pas d'inscrire l'égalité dans la législation pour en faire une réalité consacrée.

En matière de parité des sexes en Suisse, il reste en effet encore des éléments de faits à améliorer.

L'égalité entre hommes et femmes deviendra-t-elle un jour réalité, notamment en matière salariale? Les femmes accéderont-elles aisément aux postes à responsabilité? Fabienne embrassera-t-elle une carrière politique? Pascal jouira-t-il d'un congé de paternité? Ou ce plaisir reviendra-t-il à son fils? Sa fille devra-t-elle servir dans l'armée ou à défaut s'acquitter d'une taxe?... C'est à la Suisse qu'il revient d'écrire la suite de cette histoire.

40 Rapport du groupe de travail consacré au système de l'obligation de servir du 15 mars 2016, consultable sur www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-62555.html