

Message
concernant la revision du code civil suisse
(Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions)

du 11 juillet 1979

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre un projet de loi fédérale concernant la revision du code civil suisse (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), en vous proposant de l'adopter.

Nous vous proposons en outre de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | | |
|------------------|--------|---|
| 1958 P | 7499 | Régimes matrimoniaux (N 11. 6. 58, Büchi) |
| 1960 P | 7965 | Changement de nom de la femme divorcée (N 29. 6. 60, Grendelmeier) |
| 1971 P | 10 962 | Revision des dispositions du Code civil suisse relatives au régime matrimonial (E 6. 10. 71, Luder) |
| 1972 P | 11 024 | Revision du droit matrimonial (N 14. 3. 72, Tanner) |
| 1974 P | 11 885 | Régimes matrimoniaux (N 25. 9. 74, Frey) |
| 1975 M ad 12 003 | | CCS (Filiation) Modification (E 5. 3. 75, Commission du Conseil des Etats; N 17. 12. 75) |

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs, les assurances de notre haute considération.

11 juillet 1979

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Hürlimann
Le chancelier de la Confédération, Huber

Aperçu

Le droit suisse du mariage actuellement en vigueur date de 1907. Il ne répond ni à l'état actuel de notre société, ni à nos conceptions. La révision tend à instituer entre mari et femme, pour le bien de l'union conjugale, une collaboration fondée sur l'égalité des droits et des obligations. Il n'est plus question d'attribuer aux époux des droits différents. Ce qui importe, c'est de leur accorder une plus grande liberté dans le choix d'un régime de vie conjugale adapté à leur situation personnelle et aux circonstances. L'union conjugale comme telle doit aussi être renforcée et devenir l'objet de plus d'égards de la part des conjoints. Le projet voit enfin dans la tenue du ménage et le soin des enfants une contribution capitale à l'entretien de la famille.

Le nouveau droit matrimonial doit, d'une part, mieux souligner l'idée de communauté et, d'autre part, régler d'une façon plus équilibrée l'autonomie des époux en matière patrimoniale, tant dans leurs rapports internes qu'à l'égard des tiers. Pour cela, le projet prévoit de remplacer le régime actuel de l'union des biens par celui de la participation aux acquêts, à titre de nouveau régime matrimonial ordinaire. Il laisse à la disposition des époux, comme régimes conventionnels, diverses formes de communauté renouvelée, ainsi que la séparation des biens.

Le projet revise à fond les articles 159 à 251 du Code civil (CC), mais il conserve la systématique: un titre cinquième sur les effets généraux du mariage, un titre sixième consacré au régime matrimonial. Il tend de surcroît à la révision de divers articles du droit successoral afin d'améliorer la position du conjoint survivant, notamment en augmentant ses droits. Il supprime la réserve des frères et sœurs pour toute la Suisse.

Les changements apportés au droit du mariage obligent à adapter d'autres dispositions du code civil, ainsi que divers textes du code des obligations (CO), de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC) et de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP).

Message

1 Partie générale

11 Le principe de l'égalité de droit

L'article 4 de la constitution fédérale de 1848, repris mot à mot par celle de 1874 (cst.), statue que tous les Suisses sont égaux devant la loi. Ce principe de l'égalité de droit domine tout l'ordre juridique (1). En 1848 comme en 1874, il existait encore bien peu d'indications concernant la portée juridique concrète de cet article 4. Il a fallu que, pendant des décennies, les trois pouvoirs – législatif, exécutif et judiciaire – forment et développent le droit sur ce point (2).

L'égalité de droit signifie que tous les sujets de droit placés dans des conditions égales doivent être traités de la même façon. Négativement cela veut dire qu'une loi prévoyant une différence de traitement ne viole l'article 4 de la constitution que si elle établit des différences qui ne sont pas fondées sur des motifs objectifs sérieux ou auxquelles on ne voit pas de motifs raisonnables, ou encore que si elle traite de la même façon des situations de fait qui diffèrent les unes des autres et demandent par conséquent à être traitées de manière différente (3). Positivement, le principe de l'égalité exige un traitement égal des citoyens non seulement si les conditions de fait sont rigoureusement identiques, mais aussi chaque fois que tous leurs éléments essentiels sont semblables (4).

La question de savoir quelles différences de fait sont essentielles pour le traitement égal ou inégal des citoyens ne se résout pas par déduction logique d'un axiome reconnu une fois pour toutes; elle est une question d'appréciation à traiter d'après les principes reconnus de l'ordre juridique et étatique en vigueur, d'après les idées reçues (5). Ce qu'il faut entendre par égalité de droit change donc à mesure que se transforment l'état de la société et la conscience juridique. C'est donc un principe dont le contenu évolue avec les circonstances.

12 L'égalité ou l'inégalité de droit entre homme et femme en général

Lorsque fut adoptée la constitution fédérale de 1848, les différences fondées sur le sexe étaient encore considérées comme essentielles pour la vie juridique. Ainsi la « tutelle masculine » (Geschlechtsvormundschaft) demeurait incontestée dans de larges milieux, en Suisse comme dans les Etats voisins. Les femmes étaient pratiquement exclues des transactions comme elles l'étaient des droits et des obligations politiques. Toutefois, au Moyen-Age, la « tutelle masculine » n'était appliquée que de façon restreinte (6), et le bas empire romain l'ignorait complètement. Les 17^e et 18^e siècles l'ont rétablie dans toute sa rigueur (7). Les efforts d'émancipation de la femme au cours de la Révolution française (8) sont restés sans lendemain.

Une mutation ne s'est produite qu'à la suite des changements sociaux et économiques intervenus au cours du 19^e siècle. Jusqu'alors agricole, la société s'est industrialisée et l'activité exercée par la femme hors du foyer a pris de l'ampleur. Les cantons, les uns après les autres, ont adopté les lois dites

d'émancipation et aboli la « tutelle masculine ». En 1881, lorsque fut édictée la loi fédérale sur la capacité civile, fondée sur l'article 64 de la constitution révisée de 1874 (9), cette tutelle n'avait plus à être abrogée que dans six cantons, à savoir Appenzell (les deux Rhodes), Uri, Saint-Gall, Grisons et Valais (10).

La portée pratique de cette innovation est toutefois demeurée généralement limitée à la femme non mariée (célibataire, divorcée ou veuve), le nouveau droit fédéral ne s'occupant pas de la « tutelle maritale » (11). Il a fallu que le code civil de 1907 change les choses en reconnaissant pleinement la capacité civile à la femme mariée (12).

La position juridique de la femme s'améliorait aussi graduellement en droit public. Cette évolution s'est faite et se poursuit en ce sens qu'on reconnaît d'une manière toujours plus nette que la dignité humaine est la même pour l'homme et la femme, alors que, dans l'ancienne optique divers critères de différenciation suffisaient à justifier une inégalité de traitement.

Ainsi, en 1887, le Tribunal fédéral avait encore déclaré qu'il n'était pas incompatible avec l'article 4 de la constitution d'exclure la femme de la profession d'avocat. Il exposait que, selon la conception du droit qui avait alors cours, le traitement inégal des sexes dans le domaine du droit public, et spécialement dans la vie publique, n'était pas dénué de fondement (13). En 1923, le Tribunal fédéral a soutenu le contraire, considérant qu'en raison des changements économiques et sociaux et du fait que les possibilités de formation se sont améliorées pour la femme, il ne convenait plus de lui interdire l'exercice du barreau (14).

Aujourd'hui, dans bien des secteurs du droit public, mais aussi dans de larges domaines du droit privé, l'inégalité entre homme et femme a disparu. Dans son message sur l'initiative populaire « Egalité des droits entre hommes et femmes » (15), le Conseil fédéral examine de plus près les différences juridiques qui subsistent.

13 L'inégalité de droit entre mari et femme en particulier

La capacité juridique de la femme, on l'a vu, n'a été pleinement reconnue que par le code civil. En 1894, Eugen Huber déclarait ce qui suit à la Société suisse des juristes :

« Le mariage est ennobli lorsque l'homme est à la tête d'une communauté dans laquelle sa partenaire est tenue pour capable d'exercer les droits civils, et non comme un enfant assujéti à sa volonté. Les convenances et le bon goût suffisent à exiger que l'homme accorde à son épouse, qui porte son nom, le même droit dont il use lui-même, au lieu d'être en rapport jour après jour avec une personne civilement incapable. Les bonnes mœurs aussi l'exigent, lorsqu'on voit combien souvent, sous un régime contraire, le bon droit et le meilleur jugement de la femme sont bafoués » (16).

Cette reconnaissance de principe de la relation de partenaires entre mari et femme s'exprime très clairement dans l'article 159 CC, mais les époux ne sont pas pour autant mis entièrement sur pied d'égalité dans le droit matrimonial du code civil. L'idée de la prééminence du mari sur la femme a continué d'inspirer

le législateur. On la justifiait par l'avis selon lequel la femme manquait d'autonomie et d'expérience. Eugen Huber alléguait en particulier que le principe de la capacité civile de la femme ne peut en aucun cas modifier le rapport naturel entre époux ni saper l'autorité personnelle du mari sur la femme, qui trouve son fondement dans la nature et dans les mœurs. «Nous estimons, était-il ajouté, que le rapport entre les sexes est donné par un ordre auquel les lois humaines ne peuvent pas changer grand-chose. En particulier, le mari reste le chef de l'union conjugale même là où la tutelle maritale est abolie. Mais la situation se présente différemment selon que le mari dirige sa femme comme une pupille ou que, *primus inter pares*, il l'amène, par ses capacités prépondérantes et son autorité naturelle, à obéir à sa volonté dans les affaires qui la concernent personnellement». (17)

Ces considérations se fondaient sur la situation sociale qui existait à la fin du 19^e siècle. Dans le mariage type, le mari ne se bornait pas à représenter la famille à l'égard des tiers, mais la dirigeant à l'intérieur, il répondait au premier chef de son bien moral et matériel. La femme, en revanche, était cantonnée pour une bonne part dans une activité ménagère. Elle ne participait pas à la vie politique et n'avait guère d'influence dans les sphères commerciales et économiques.

Aussi l'image caractéristique d'un mari qui exerce une profession et d'une femme qui tient le ménage et l'assiste peut-être dans sa profession, a-t-elle, sans égard à d'autres situations (18), été consacrée par la loi comme modèle unique et s'est-elle imposée depuis lors.

Pour suivre l'opinion dominante, même si elle n'était pas entièrement incontestée (19), il a fallu remettre le pouvoir de direction au mari et assimiler, dans une large mesure, les intérêts de l'union conjugale à ceux du mari exerçant une activité lucrative. Divers privilèges ont été aussi accordés au mari, qui, d'autre part, était chargé d'une responsabilité spéciale et du devoir de protéger la famille. C'était subordonner unilatéralement la femme au bien de l'union conjugale, déterminé en bonne partie par le mari. L'image du mariage dans le code civil ressort spécialement des dispositions suivantes, groupées sous le titre des effets généraux du mariage:

- Le mari est le chef de l'union conjugale (art. 160, 1^{er} al. CC); il choisit la demeure commune (art. 160, 2^e al., CC); il représente l'union conjugale (art. 162 CC); il pourvoit à l'entretien de la famille (art. 160, 2^e al., CC), principalement par son activité lucrative. Il détermine lui-même le genre de cette activité.
- La femme est légalement tenue de diriger le ménage et de prendre soin des enfants; elle assiste le mari selon ses capacités dans le soin qu'il prend de l'union conjugale (art. 161, 2^e et 3^e al., CC). Elle ne peut représenter l'union conjugale que dans les limites des besoins du ménage (art. 163 CC). Le mari peut d'ailleurs lui retirer ce pouvoir (art. 164 CC). (20)
- La femme ne peut exercer une profession ou une industrie qu'avec le consentement du mari (art. 167, 1^{er} al., CC). Pour pouvoir le faire contre la volonté du mari, elle doit prouver au juge que l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille commande cette activité lucrative (art. 167, 2^e al., CC).
- La femme porte le nom et acquiert le droit de cité du mari (art. 161, 1^{er} al., CC); elle perd la condition qui était la sienne jusqu'alors. Cette disposition ne

s'explique pas uniquement par l'ancienne prééminence du mari, car elle répond également au souci de sauvegarder les intérêts des enfants communs.

Les régimes matrimoniaux, eux aussi, portent la marque de cette prééminence maritale. L'extrême diversité des droits cantonaux et des opinions a rendu difficile l'unification du droit dans ce domaine. La discussion sur le choix du régime légal ordinaire portait tour à tour sur la communauté de biens, la séparation de biens et l'union des biens. Eugen Huber a écarté le premier en raison des risques qu'il comportait pour la femme. La principale conséquence de la communauté, à savoir le fait que les deux époux disposent conjointement de leurs biens, n'aurait pu se réaliser que dans une faible mesure pour ne pas entraver les transactions, de sorte qu'en définitive, le mari serait ainsi devenu l'organe véritable et exclusif de la communauté (21).

Dans un droit matrimonial moderne, appelé à promouvoir la capacité civile de la femme, la séparation de biens semblait convenir spécialement comme régime légal ordinaire, car elle assure à chacun des époux l'autonomie économique. Aussi l'accent a-t-il été mis sur ce régime dans les débats de la Société des juristes suisses en 1894, et diverses organisations féminines l'on soutenu (22).

C'est cependant l'union des biens qui est entrée dans la loi comme régime légal ordinaire (art. 194 ss CC). Diverses raisons plaidaient en sa faveur. Le régime assurait la continuité de la vie juridique, car il était fort répandu en droit cantonal. Eugen Huber (23) considérait qu'il répondait spécialement aux situations les plus fréquentes et aux opinions les plus courantes, tandis qu'avec la séparation de biens, on pouvait s'attendre à ce que la femme confie volontairement au mari l'administration de ses biens. On estimait d'ailleurs que, pour être mis à profit de façon optimale, les biens du mari et ceux de la femme devaient former une unité économique (24).

Mis à part les biens réservés, l'union des biens fait du patrimoine des deux époux les biens matrimoniaux (25) (art. 194 CC). Elle les soumet à l'administration et à la jouissance du mari, chef de l'union conjugale (art. 200 et 201 CC). Le mari peut ainsi disposer des apports de la femme, dont le consentement est cependant réservé dans certains cas (art. 202, 1^{er} al., CC). Mais il est présumé en faveur des tiers (art. 202, 2^e al., CC). Sous ce régime, l'autonomie économique de la femme, c'est-à-dire son pouvoir d'administrer ses biens et d'en disposer, est limitée aux biens réservés. Il s'agit ici essentiellement des biens qui servent à son usage personnel ou à l'exercice de sa profession ou de son industrie et du produit de son travail indépendant (art. 191 et 190 CC). Par contre, la femme ne peut disposer librement de ses apports et des autres éléments des biens matrimoniaux que dans les limites de son pouvoir domestique (art. 203 et 200, 3^e al., CC).

Le code civil s'est borné à étendre la notion des biens réservés; il a aussi amélioré la position de la femme par rapport au droit cantonal.

L'union des biens du code civil accordait à la femme une part du bénéfice de l'union conjugale. C'était reconnaître que la femme contribue à la formation de ce bénéfice par son activité, en particulier par le concours qu'elle apporte au mari dans l'exercice de sa profession ou de son industrie, ainsi qu'en usant d'économie dans la tenue du ménage. Toutefois, son activité est réputée moins importante que celle du mari. Sa part au bénéfice reste d'un tiers (art. 214, 1^{er} al.,

CC). Au décès de la femme, ses droits passent à ses descendants, tandis que la part de bénéficiaire du mari tombe dans sa succession, quels que soient les héritiers. L'avant-projet du Département fédéral de justice et police du 15 novembre 1900 accordait à la femme mariée davantage de droits qu'elle n'en a finalement reçus. Il prévoyait en particulier que sous n'importe quel régime matrimonial, elle pouvait exercer une profession ou une industrie, tant que cela ne portait pas atteinte à l'union conjugale ou ne la mettait pas en péril (art. 190 AP). De plus, seul le juge pouvait retirer à la femme le pouvoir de représenter l'union conjugale (art. 187 AP).

Dans l'ensemble, le droit matrimonial du code civil a cependant institué un régime qui, à l'époque, pouvait passer pour progressiste par rapport aux anciens droits cantonaux et à de nombreux droits étrangers (26).

14 L'abolition de l'inégalité de traitement dans le droit du mariage

141 Evolution de la situation

141.1 Le mariage en chiffres

La famille est une forme originelle de la vie sociale. Famille et société sont tributaires l'une de l'autre. Dans la civilisation occidentale, la famille a pris des formes très variées. Toutes sont centrées sur l'union de l'homme et de la femme en un mariage monogame. La protection juridique était conçue au premier chef dans l'intérêt de la famille et des enfants. Rien ne permet de prédire que le mariage à structure juridique cessera de remplir son rôle. Certes, comme le montre le tableau qui suit, on se marie moins depuis quelque temps, en Suisse comme dans les autres pays industrialisés:

Mariages par 1000 habitants (27)

1880	6,8	1972	6,7
1900	7,7	1974	6,0
1930	7,9	1976	5,1
1960	7,8	1977	5,2
1970	7,5		

Cependant la part des personnes mariées de la population résidante de 1900 à 1970, n'a cessé de croître, passant de 32,6 pour cent à 47,5 pour cent. Cette croissance est démontrée par les chiffres suivants (28):

Personnes mariées sur 1000 habitants capables de contracter mariage (hommes de 20 ans et plus, femmes de 18 ans et plus)

1860	469	1941	573
1900	532	1960	639
1920	537	1970	671

En 1970, sur une population suisse de 6 269 783 habitants, 2 978 769 étaient mariés (29). Certes, bien que le nombre des divorces ne cesse de croître, il ne saurait toutefois servir à lui seul de critère de la stabilité ou de l'instabilité du

mariage (30). Il convient plutôt de l'analyser prudemment, en liaison avec d'autres facteurs. A la suite d'un postulat déposé par le conseiller national Zbinden le 24 juin 1977, le Conseil fédéral a ordonné à ce sujet une enquête dont les résultats sont attendus pour la fin de 1979. Quoi qu'il en soit, il est acquis que les Suisses demeurent enclins à se marier. Ce fait est confirmé notamment par l'enquête de l'Institut sociologique de l'université de Zurich, publiée sur l'ordre de la Commission suisse de l'UNESCO (31).

141.2 Mutations sociales

De tout temps, le mariage a rempli une triple mission : sur le plan naturel, il unit l'homme et la femme et assure la conservation de l'espèce; sur le plan économique, il assure le gîte et le couvert de la famille; sur le plan moral, il est le fondement de la vie commune des époux et de l'éducation des enfants (32). Depuis l'entrée en vigueur du code civil, de profondes mutations sociales se sont cependant produites. Elles ont influé fortement aussi sur le mariage et la famille, sur la conception de leur organisation et modifié l'importance respective des différentes tâches de la famille. Le Conseil fédéral et l'administration fédérale ont eu maintes fois l'occasion d'en rendre compte (33). Récemment, l'Office fédéral des assurances sociales a publié un rapport sur la situation de la famille en Suisse, qui contient quantité de chiffres auxquels on peut ici se référer.

Rappelons brièvement les principaux changements qui ont motivé les efforts tendant à reviser le droit du mariage. Ils montrent que les fondements sociologiques sur lesquels Eugen Huber a édifié le code civil ne valent plus qu'en partie. Les changements qui sont intervenus dans les rapports entre époux et ceux qui touchent leur position réciproque offrent le même intérêt.

Tant que la majeure partie de la population vivait de l'artisanat, de l'agriculture et du petit commerce, la famille constituait une communauté de production qui pourvoyait notamment à son entretien par le travail de tous. L'industrialisation de la société et l'emprise de la technique, allant de pair avec la division progressive du travail, ont réduit la plupart des familles, sur le plan économique, à une simple communauté de consommation.

Si les personnes occupées dans l'agriculture et la sylviculture en Suisse représentaient en 1888 encore 37,5 pour cent de la population active, et 26,7 pour cent en 1910 (34), époque où fut introduit le code civil, ce taux est tombé à 7,7 pour cent en 1970 (35). Aujourd'hui, la production s'obtient pour une large part hors du milieu familial; elle met à forte contribution les forces de ceux qui l'assurent. La famille doit recourir au commerce pour satisfaire ses besoins vitaux, se nourrir et s'habiller par exemple.

Cette évolution (36) a réduit le nombre des couples formés d'époux travaillant ensemble dans une entreprise et de ceux où la femme tient un grand ménage accueillant aussi les employés. Le revenu courant du travail est devenu le principal fondement financier de la famille; il est généralement obtenu par l'un des époux ou par tous les deux, exerçant une activité hors du ménage commun.

La majeure partie des femmes exercent aujourd'hui une activité lucrative jusqu'à leur mariage; elles sont, de la sorte, financièrement indépendantes. Elles

s'habituent à disposer de sommes plus importantes et font des affaires. Souvent, elles continuent de travailler après leur mariage, jusqu'à la naissance des enfants et reprennent leur occupation lorsque ceux-ci ont quitté la maison familiale. Sa profession et le gain qu'elle en tire rendent la femme plus autonome et plus consciente de ce qu'elle est. Aujourd'hui, 30 pour cent environ des femmes mariées exercent une profession à plein temps ou à temps partiel.

Taux d'occupation de la population de nationalité suisse résidante entre 15 et 64 ans, par sexe et état civil, en 1970 (37)

Sur 1000 personnes exerçant une activité lucrative:

Etat civil	Femmes	Hommes
célibataires	750	776
mariés (époux vivant ensemble)	292	976
veufs et veuves	492	892
divorcés, séparés	772	923

Pour la femme, les possibilités d'instruction et de formation professionnelles se sont considérablement améliorées. De plus en plus rares sont les jeunes filles qui se contentent de la scolarité obligatoire, laquelle, dans les grandes lignes, est la même pour les deux sexes; beaucoup fréquentent d'autres écoles ou font un apprentissage. La statistique révèle qu'au cours de l'année scolaire 1977/78, 62 pour cent des jeunes filles âgées de 17 ans ont acquis une formation post-obligatoire (formation générale ou formation professionnelle) (38). D'après le recensement de 1970, 80 pour cent des femmes âgées de 70 ans et plus n'avaient pas suivi d'école post-obligatoire, tandis qu'entre 20 et 24 ans, ce taux n'était plus que de 65 pour cent (39). Ces chiffres n'ont trait qu'à la formation donnée à plein temps dans une école. Ils ne tiennent pas compte non plus de la formation professionnelle acquise en apprentissage. Or, l'apprentissage forme davantage de candidats que l'école à plein temps et davantage de jeunes gens que de jeunes filles. Le nombre d'apprenties ne cesse cependant de croître:

Nombre total des contrats d'apprentissage (apprenties) (40)	1955	1977	
	20 606	45 730	(+122 %)
Population résidante féminine entre 15 et 19 ans	164 700	239 000	(+ 45 %)

Le nombre de femmes qui suivent l'université en Suisse croît lentement, mais de façon continue. Si, à la fin des années cinquante (1958/59), la proportion des femmes était d'environ 17 pour cent, elle est montée depuis lors à 29 pour cent (1977/78). (41)

L'évolution économique et l'urbanisation (42) ont eu notamment pour conséquence qu'aujourd'hui, la famille cellulaire prédomine. Celle-ci ne comprend que le père, la mère et les enfants mineurs. Diverses tâches assumées auparavant par la famille, telles le soin donné aux vieillards et aux malades, ont été reprises en bonne partie par la société et par l'Etat. Il en va de même de l'éducation des enfants. (43)

141.3 Mutations au sein de la famille

Le nombre moyen d'enfants par couple a diminué (44).

Nombre de ménages et nombre d'enfants (45)

	1920	1970
	En pour-cent	
sans enfant	25,5	33,2
avec 1 enfant	23,5	26,9
avec 2 enfants	19,9	22,8
avec 3 enfants	13,0	10,8
avec 4 enfants	7,8	4,1
avec 5 enfants et plus	10,3	2,2
	100,0	100,0

En même temps, l'espérance de vie des deux époux a considérablement augmenté, surtout en ce qui concerne la femme. De 1881 à 1888, une femme de vingt ans avait encore une espérance de vie de 41,0 ans; celle de l'homme du même âge était de 39,6 ans. De 1901 à 1910, époque où le code civil a été conçu, cette espérance atteignait 43,69 ans pour les femmes et 41,70 ans pour les hommes, alors qu'aujourd'hui, une femme de 20 ans peut espérer vivre encore 57,79 ans, et un homme du même âge 52,39 ans (46).

Le déclin du nombre d'enfants et l'espérance de vie accrue des époux ont conduit de plus en plus à diviser la vie conjugale en périodes caractérisées par des objectifs et des tâches différents. Cette évolution touche surtout la femme (47). En moyenne, les femmes se marient à 23 ans (48). La plupart d'entre elles, nous l'avons signalé, continuent à exercer une activité lucrative après leur mariage, tout au moins jusqu'à la naissance du premier enfant. Un mariage, au cas où il est dissout par la mort, dure environ 40 ans (49). La période où l'enfant réclame des soins assidus représente donc pour la femme moins de la moitié de la vie conjugale.

Une fois les enfants élevés, la femme dans la cinquantaine est disponible pour de nouvelles tâches. C'est alors que se pose la question des possibilités de réintégrer la femme mariée d'âge moyen dans la profession qui était la sienne ou dans une autre. En raison de l'espérance de vie accrue, de la diminution du nombre des enfants et de la régression de la mortalité infantile, la maternité ne prend plus dans la vie de la femme et dans la vie conjugale la même place qu'auparavant. En outre, le nombre des ménages (jusqu'ici de 10 à 15 %) qui restent sans enfants, s'accroît.

Les réalisations techniques actuelles ont simplifié la tenue du ménage. Pour une grande partie de la population, les appareils techniques de tout genre sont monnaie courante. L'offre de produits prêts à être consommés augmente sans cesse. En se déplaçant de la campagne vers la ville, une fraction de la population a modifié les conditions de l'habitat. Quantité de gens logent dans des appartements plus petits que jadis, ce qui simplifie aussi le travail ménager.

En raison de cette évolution, la prédominance d'un genre de mariage donné est beaucoup moins marquée que par le passé. L'enquête sur la situation de la femme en Suisse (50), paru en 1973, indique les diverses formes typiques d'organisation du mariage au regard de la répartition des tâches et de la prédominance d'un époux.

Ainsi, il existe dans notre société, à côté des mariages et des familles à structure paritaire, de genres divers, des communautés organisées de façon patriarcale ou matriarcale, où la répartition des tâches diffère. En liaison avec la répartition inégale des droits et des obligations entre époux, cela conduit souvent à des excédents ou à des insuffisances de charges.

141.4 Insertion de la femme dans la vie politique

Déchargée du ménage et du soin des enfants, disposant de possibilités d'instruction et de formation alignées sur celles de l'homme, la femme – en droit comme en fait – a été intégrée de plus en plus dans la vie politique. Bien que le droit de vote ne lui ait été accordé qu'en 1971 sur le plan fédéral, un premier projet ayant été rejeté en 1959, la politique ne serait plus concevable sans le concours des femmes.

142 Objectifs principaux de la revision

142.1 L'égalité de l'homme et de la femme dans le mariage

Ces changements dans les réalités de la vie conduisent à se demander si le sexe peut encore être considéré comme un facteur essentiel d'inégalité, de nature à justifier un traitement juridique différent du mari et de la femme. La réponse à cette question ne tombe pas sous le sens. «Où trouver ailleurs une coexistence aussi nette d'états de fait, les uns analogues, les autres différents, que dans le mariage? En effet, celui-ci, d'une part, unit deux partenaires «fondamentalement égaux»; d'autre part, par sa nature intime, il vit de leur diversité» (51). Il sied cependant de relever que le droit n'est pas appelé à régler en tous points les rapports entre époux. Il n'en règle que les aspects principaux, fondamentaux, en esquissant d'un côté l'état de droit normal, et en cherchant, d'un autre côté, à en écarter les anomalies. Il ne fait donc que dresser le cadre dans lequel va se dérouler la vie conjugale. Le mariage est soumis, de plus, aux règles de la morale et des bonnes mœurs (52). C'est à chaque couple qu'il appartient de l'aménager.

Nous avons exposé dans quelle mesure le législateur de 1907 était disposé à prévoir pour l'homme et pour la femme des droits et des obligations différents tout en sauvegardant l'égalité de droit entre eux. Il partait de l'idée que la femme, même si elle a l'exercice des droits civils, a dans tous les cas besoin de protection, que son instruction et sa formation sont généralement inférieures à celles du mari, qu'elle est axée sur le ménage et, pour une large part, inexpérimentée dans la vie politique et économique.

La mutation sociale décrite ci-dessus a cependant aboli dans une mesure considérable les différences qui, dans la réalité juridique, doivent jouer leur rôle dans le droit du mariage. Il ne saurait donc plus être question de différences de nature et de fonctions propres au sexe, susceptibles de justifier une inégalité de traitement juridique. De nos jours, les femmes ont, dans leur majorité, les mêmes possibilités d'instruction et de formation que les hommes, de sorte qu'en principe, toutes les professions leur sont ouvertes. Hors du mariage, elles sont devenues aussi indépendantes et autonomes que les hommes; dans le mariage, elles n'ont généralement plus besoin de l'assistance et de la protection du mari. En revanche, les deux époux doivent trouver dans l'union conjugale protection et appui réciproques.

Les relations d'ordre matériel entre les membres de la famille, comme les tâches économiques de celle-ci, en tant que communauté de production notamment, ont perdu de leur importance. Mais les relations personnelles entre époux ont gagné toujours plus de terrain.

L'union conjugale peut donc davantage devenir une relation de partenaires qui s'appuie au premier chef sur l'amour, la confiance, l'assistance mutuelle dans le domaine de l'esprit, sans que l'un des époux doive être d'emblée et définitivement soumis à l'autre.

La nature veut cependant que la femme procréée d'où pour elle la responsabilité du soin et de l'éducation des enfants. Tandis qu'autrefois, dans les générations antérieures, on confiait souvent le soin des enfants à des tiers, cette tâche a pris davantage d'ampleur au sein de la famille cellulaire. Scientifiques et pédagogues insistent toutefois pour que le rôle du père dans le développement et l'éducation des enfants soit renforcé. Du moment où le mariage est conçu comme une relation de partenaires, il va de soi que père et mère assument cette tâche conjointement.

Du fait que la femme joue incontestablement un rôle important en mettant les enfants au monde et en prenant soin d'eux, il serait faux de déduire que la maternité doit être prise comme critère exclusif de l'ordre juridique à instituer dans le mariage. Le législateur qui le ferait agirait au mépris du grand nombre d'épouses pour qui la maternité n'entre pas encore, n'entre plus ou n'est jamais entrée en considération.

On ne voit pas non plus pourquoi, fondamentalement, le rôle de mère assumé par la femme depuis l'origine devrait s'opposer aux efforts tendant à mettre les époux sur un pied d'égalité. Les différences fonctionnelles entre homme et femme n'ont pas à influencer sur l'équilibre de l'union conjugale. L'égalité juridique entre homme et femme renforce plutôt les idées d'unité et de communauté, tandis que des différences juridiques peuvent susciter conflits et désunions.

Il est donc temps de réaliser dans le mariage et au sein de la famille une égalité qui, au cours des décennies, s'est déjà établie pour une large part dans la vie publique.

Dans les conditions sociales actuelles, l'infériorité juridique de la femme porte atteinte à la dignité personnelle, valeur considérée comme fondamentale par notre constitution et par notre sentiment du droit. Relever la condition

juridique de la femme revient à reconnaître son égalité essentielle en tant que personne, en abandonnant des vues surannées et de vieux préjugés (53). La législation sur le mariage doit-elle prendre la femme au sérieux en lui donnant les mêmes droits qu'à l'homme, son partenaire, mais en la chargeant aussi des mêmes obligations et des mêmes responsabilités. Par conséquent, si l'on veut placer l'homme et la femme dans le même cadre juridique pour leur permettre de développer réciproquement leur personnalité, il faut renoncer à accorder une protection spéciale à la femme (54).

142.2 Le mariage fondé désormais sur une relation de partenaires

Etant donné la conscience que la femme a prise de ce qu'elle est et la position qu'elle occupe aujourd'hui dans la société, l'idée de l'égalité de droit commande que les époux soient mis en tous points sur le même pied. Mais cela est encore loin d'indiquer comment doit se présenter un nouveau droit du mariage axé sur l'idée de l'égalité de droit, ni quel cadre juridique il doit instituer pour les époux.

L'égalité de droit ne doit pas se confondre avec un nivellement systématique. Elle n'exige nullement qu'une règle identique soit appliquée en toutes circonstances aux époux, ni que la position effective de la femme soit alignée entièrement sur celle de l'homme. Ce qu'elle exige, c'est que chacun des époux ait les mêmes possibilités d'épanouissement dans le cadre de la vie commune convenue entre eux, suivant sa condition, ses inclinations et ses capacités personnelles. Il est impossible de dire dans une loi ce que cela signifie dans chaque cas, mais cela oblige de renoncer à fixer dans des dispositions légales des tâches et des privilèges différents pour l'homme et la femme. La relation de partenaires n'est pas quelque chose de fixe, reposant sur un partage rigide des rôles et des tâches, sans aucune prééminence de l'un ou de l'autre. S'il y a prééminence, elle ne dépendra ni du sexe ni de la fonction, ni de l'état civil ou de la position juridique. Elle résulte d'un «plus» de qualités et de possibilités individuelles, qui ne peuvent être qualifiées les unes de masculines, les autres de féminines, et ne doivent pas déboucher sur des positions de force. La relation de partenaires vit de ce que chacun peut lui apporter, de ce qu'il est, de ce qu'il a, et de ce que l'autre l'accepte comme tel. Etre soi-même et donner de soi-même, voilà la condition. Ne peut donner que celui qui a, ne peut avoir que celui qui a reçu. Epanouissement de la personne et relation de partenaires sont tributaires l'un de l'autre. L'épanouissement de la personne et l'émancipation ne sont pas des «problèmes de femmes»; ils concernent aussi bien l'homme. Ils sont une exigence pour l'un et l'autre sexe (55).

Conçue de la sorte, la relation de partenaires laisse place à bien des formes d'organisation de l'union conjugale et à une foule de possibilités de répartir les tâches entre époux.

Un droit du mariage appelé à tenir compte des besoins de la pratique ne peut tenir à un schéma légal uniforme, celui de la femme mariée au foyer, celui des deux époux exerçant chacun une activité lucrative et celui où les époux sont tous deux sans activité lucrative, comme c'est le cas en particulier chez les gens âgés. Un tel schéma peut avantager ou désavantager l'homme ou la femme, et

exercer ainsi des effets inéquitables. On objectera peut-être que les époux peuvent se soustraire aisément aux dispositions du droit matrimonial et trouver d'un commun accord le régime qui leur convient. Il est évident que le droit en vigueur cesserait alors d'exercer l'action directrice qui lui revient. (56) Il faut reconnaître que le nombre des couples vivant en concubinage (57) ne cesse d'augmenter non seulement à l'étranger, mais aussi en Suisse. Sans doute n'est-il pas toujours aisé de saisir les nuances entre le mariage à l'essai, le concubinage imposé par les circonstances – qu'on pense aux effets du droit international privé – et le concubinage librement voulu. Par ailleurs, cette évolution n'est pas la conséquence d'une cause unique. Il y a lieu de considérer que les causes du concubinage sont multiples et que la société ne condamne plus comme jadis cette manière de vivre. L'ordre juridique ne peut avoir raison de ce phénomène que dans une mesure limitée. Il suffit de penser ici au sort réservé à l'interdiction pénale du concubinage dans différents cantons. L'ordre juridique ne doit cependant pas, par une réglementation désuète du mariage et des suites du divorce et par l'effet d'autres lois défavorables à l'union conjugale, encourager lui-même le concubinage. En outre, lorsque surgissent des conflits entre époux, la loi doit offrir des solutions adaptées aux situations d'espèce. Or les dispositions actuelles ne répondent pas à cette exigence particulièrement importante. Pour empêcher que le droit du mariage ne soit miné de l'intérieur, il faut l'adapter aux nouveaux besoins effectifs des époux. Et puis, la façon dont le droit civil traitera le mariage aura des répercussions sur d'autres secteurs juridiques: que l'on songe par exemple au droit des assurances sociales. (58)

Partant de ces considérations, le projet du Conseil fédéral entend instaurer pour les époux des droits et des obligations qui leur permettent, dans une véritable collaboration de partenaires à droits égaux, d'assurer le bien de l'union conjugale et de trouver, par une libre décision, la répartition des tâches qui correspond le mieux à leur situation. Les époux doivent s'entendre, dans une collaboration harmonieuse, sur les questions relatives à l'union conjugale, et cette entente doit se renouveler sans cesse.

142.3 Devoir des époux de veiller au bien de la communauté familiale

Le mariage est une communauté de vie étroite à la quelle chacun des époux doit apporter sa contribution; conçu comme relation de partenaires, il n'échappe pas à cette définition. Dans le domaine personnel comme en matière patrimoniale, chaque conjoint doit, dans la mesure de ses capacités, consacrer une partie de sa liberté et de ses forces au bien commun. En vertu du principe de l'égalité de droit, la soumission des époux aux exigences du bien commun doit toucher chacun d'eux de la même façon; inversement, chacun doit conserver la même latitude pour ses décisions personnelles. Ainsi comprise, l'égalité de droit ne conduit pas à un individualisme excessif, inconciliable avec l'idée de l'union conjugale. Aussi le nouveau droit porte-t-il l'accent sur l'idée de communauté; il l'accentue même à plusieurs égards, comme nous le verrons de plus près dans la partie spéciale. Les droits individuels ne sont pas reconnus aux époux pour eux-mêmes, mais en relation avec la communauté. Les époux

sont toujours engagés envers l'union conjugale; ils sont tenus d'utiliser dans l'intérêt commun les possibilités que leur donne leur capacité civile étendue. (59) L'égalité de droit instituée entre homme et femme doit donc finalement favoriser la stabilité de l'union conjugale. L'expérience montre en effet que le sentiment de l'infériorité ou de la supériorité juridique risque bien de provoquer des comportements qui portent atteinte, chez le partenaire, à la conscience de sa propre valeur et d'entraîner ainsi des crises dans le mariage. Le droit, pour l'homme, de conduire l'union conjugale devant céder le pas à une certaine autonomie de chacun des époux, ceux-ci se sentent plus engagés envers la communauté et deviennent plus soucieux de l'intérêt commun. En laissant à la libre décision des époux la répartition des fonctions, le projet met au premier plan la responsabilité commune dans le soin et l'éducation des enfants ainsi que dans l'entretien de la famille. Envisagée sous cet angle, la révision n'est pas un bouleversement des idées fondamentales de notre droit actuel. Elle ne fait que les développer à la lumière des conditions sociales d'aujourd'hui. Cela se traduit en particulier par le fait que l'idée dominante de l'article 159 CC a été reprise telle quelle dans le nouveau droit du mariage.

142.4 Renforcement de la protection de l'union conjugale

Dans une crise conjugale, il faut empêcher qu'un époux ne puisse, à son gré, détruire ce qui constitue les fondements de la famille. En outre, la communauté de vie étendue exige, elle aussi, que la personnalité des époux soit protégée. Tels sont les deux objectifs visés par la protection du mariage. Les éléments essentiels de la protection actuelle ont prouvé leur valeur; ils sont repris dans le nouveau droit. La réglementation en vigueur présente cependant bien des lacunes et des défauts. Un autre objectif important de la révision consiste par conséquent à mettre à disposition des moyens d'action qui, tout en sauvegardant les droits de la personnalité des époux, permettent de prendre les mesures nécessaires pour protéger un mariage ou l'un des époux.

142.5 Protection des créanciers et des transactions

La protection de l'union conjugale et des époux ne saurait aller jusqu'à gêner excessivement les transactions. Créer des situations simples et transparentes, tel fut l'un des soucis dominants qui ont inspiré l'aménagement des effets externes des divers régimes matrimoniaux. Le droit du mariage ne doit pas non plus s'attacher au bien de l'union conjugale au point de porter atteinte aux intérêts légitimes des créanciers des époux. Il faut, dans les régimes matrimoniaux, en particulier protéger ces créanciers contre des transactions déloyales entre époux.

142.6 Efforts internationaux

En résumé, l'objectif général de la révision du droit de la famille peut se définir ainsi: réaliser l'égalité de droit entre mari et femme sur la base d'un mariage de

partenaires, renforcer la famille et l'encourager dans l'accomplissement de ses tâches.

Cet objectif, notamment en ce qui concerne l'égalité préconisée, est en harmonie avec les efforts internationaux. Sur le plan européen, il convient de citer en premier lieu l'article 14 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui proscriit toute inégalité de traitement fondée sur le sexe. Cette disposition ne peut, il est vrai, être invoquée par un justiciable qu'en liaison avec un autre droit garanti par ladite convention. Celle-ci n'oblige cependant pas les Etats à prévoir dans leurs lois le principe de l'égalité. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté en 1974 la recommandation 741 relative à la situation juridique de la femme. Cette recommandation invite les gouvernements à appliquer, entre autres, le principe de l'égalité des époux dans le droit de la famille. De son côté, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a voté le 27 septembre 1978 la résolution n° 37 sur l'égalité des époux en droit civil, qui demande aux gouvernements des Etats membres de prendre toutes les mesures nécessaires pour que le droit civil n'accorde aucune suprématie à l'un des époux sur l'autre. La résolution désigne les différents domaines dans lesquels les conjoints doivent être mis sur pied d'égalité.

La même tendance apparaît à l'échelle mondiale. En accord avec la Charte de l'Organisation des Nations Unies, le pacte international relatif aux droits civils et politiques, en particulier, reconnaît à son article premier la famille comme élément naturel et fondamental de la société; il astreint, à l'article 23, les Etats parties à prendre les mesures appropriées pour assurer l'égalité des droits et responsabilités des époux durant le mariage et lors de sa dissolution. Il est prévu d'introduire le contenu de cette disposition dans une convention européenne élargie des droits de l'homme.

143 Le mariage de partenaires et le régime ordinaire actuel en particulier

Le régime matrimonial ordinaire qui est actuellement en vigueur, l'union des biens (60), n'est guère autre chose, si l'on en juge par son évolution historique, qu'une séparation de biens assortie de la tutelle du mari, au sens de l'ancienne tutela usufructuaria (61).

Certes, le groupement des apports de la femme et des biens du mari en une unité administrative placée en mains de ce dernier devrait, dans l'idée du législateur, ne restreindre pour la femme que son pouvoir de disposer et non pas sa capacité civile. En fait, l'union des biens conduit souvent à une dépendance économique de la femme, même si elle conserve la nue-propriété de ses apports. Sa fortune, à l'exception de ses biens réservés, qui ne comprennent même pas les économies antérieures au mariage, est frappée d'une sorte d'usufruit légal du mari, qui prive la femme de l'administration et de la jouissance de ses biens. Elle en perd ainsi la maîtrise, même si le mari ne peut, sans le consentement de sa femme, disposer des apports de celle-ci dans une mesure qui dépasse l'administration usuelle. Le pouvoir qu'elle a de gérer les

biens matrimoniaux en vertu de son mandat domestique ne suffit pas à restaurer l'équilibre.

De nos jours, la femme ne peut voir dans un tel régime qu'une restriction considérable de sa capacité civile. Avant son mariage, la jeune fille était juridiquement indépendante. Elle gérait ses économies, elle en disposait librement comme des biens qu'elle pouvait tenir de ses parents. Une fois mariée, elle perd son autonomie; son mari peut légalement lui retirer son livret d'épargne, régler l'emploi qu'elle fera de sa voiture. Même si la femme peut encore s'engager personnellement, ses apports ne répondent de ses engagements que si le mari a donné son consentement. Rappelons encore ici la répartition inégale du bénéfice que prévoit l'article 214, 1^{er} alinéa, CC et que de larges milieux de la population ne comprennent plus (62). Il convient toutefois de relever parallèlement que la question des biens réservés de la femme provenant de son activité lucrative doit aussi être revue, car il pourrait y avoir là un privilège difficile à justifier.

Les dispositions légales actuelles sont incompatibles avec l'égalité de droit entre époux. Elles sont contraires à la dignité de la femme et à sa reconnaissance comme personne à part entière.

Le fait que 90 à 95 pour cent des couples vivent sous le régime de l'union des biens (voir ch. 152) ne signifie en aucune façon qu'il soit tenu par le peuple, et en particulier par les femmes, pour le régime idéal, qu'il soit enraciné dans la conscience juridique et qu'il soit effectivement appliqué. Ignorance du droit, laisser faire, crainte des formalités et, chez la femme, hésitation à proposer au mari un contrat de mariage sont quelques-unes des raisons pour lesquelles ces contrats ne sont pas plus nombreux (63). Le régime légal en vigueur laisse aux époux une grande liberté dans l'aménagement de leurs rapports patrimoniaux, tant que le mariage se déroule harmonieusement et qu'il ne se produit pas de conflits qui doivent être réglés selon la loi. Même sous le régime de l'union des biens, il existe des couples dans lesquels chaque époux administre librement ses biens et en jouit à son gré, ou qui réunissent tous leurs biens pour acquérir en commun le mobilier de ménage ou d'autres valeurs. Des études sociologiques montrent ces faits de façon convaincante. D'après l'enquête sur la situation de la femme en Suisse, parue en 1973 (64), 30 pour cent environ des femmes mariées disposent d'une fortune propre appréciable, dont 45 pour cent provient d'héritages et 43 pour cent de l'épargne (65). Dans 17 pour cent des cas, c'est le mari qui administre les biens, dans 41 pour cent c'est la femme, et dans 42 pour cent ce sont les deux époux conjointement. Une enquête menée à Genève montre aussi fort bien le grand écart qui existe entre la réalité juridique, ou la conscience juridique, et la loi. Selon cette enquête, 6,1 pour cent des femmes croient que leur mari a le droit d'administrer seul leurs apports (66).

On voit aussi clairement que le régime matrimonial ordinaire ne correspond plus, dans une large mesure, à la vie réelle (67). D'après l'état actuel de l'instruction et de la formation de la femme suisse, le législateur n'a plus aucun motif d'admettre que la femme mariée est en général moins capable d'administrer ses biens que le mari. D'ailleurs, avant de se marier, elle administrait elle-même ses biens. On ne voit dès lors pas pourquoi elle ne serait plus en

mesure de la faire après s'être mariée. En outre, elle a le droit d'administrer ses biens réservés. Dans les questions difficiles, elle peut, tout comme le mari, se faire conseiller. Il n'est ainsi plus besoin de l'union des biens pour protéger la femme. La meilleure protection consiste dans la possession; il en fut toujours ainsi, et cela vaut aussi pour les biens de la femme; or l'union des biens la prive de cette possession. Il sied, avec le professeur Grossen (68), de dénoncer le «féminisme à rebours» qui consiste à refuser des droits à la femme sous prétexte de la mieux protéger. La pratique a montré que l'union des biens pouvait entraîner pour la femme des pertes considérables. En effet, les mesures nécessaires à empêcher ces pertes (69), autant qu'elles existent, interviennent généralement trop tard, car une femme soucieuse de ne pas compromettre la paix du ménage hésite à en user. Le fait que le consentement de la femme est présumé au profit des tiers lorsque le mari dispose des biens de son épouse (art. 202, 2^e al., CC) met sérieusement en péril les apports de cette dernière. Il en va de même de la présomption légale selon laquelle le mari est propriétaire des biens matrimoniaux (art. 196, 1^{er} al., CC) (70).

Les besoins économiques de la famille ne peuvent plus servir d'argument en faveur de l'union des biens. Certes, le législateur de 1907 a estimé que la réunion des biens en une seule main était nécessaire pour donner à la famille, principalement en sa qualité de communauté de production, une solide base économique. Cet argument a perdu depuis lors beaucoup de son poids. Il vaut encore tout au plus pour les cas dans lesquels le mari exerce une activité dans l'agriculture, l'artisanat, le petit commerce ou dans une petite entreprise familiale (71). Or le nombre d'hommes exerçant une activité lucrative autonome dans un de ces secteurs est tombé à moins d'un cinquième de la population masculine active. Pour plus des quatre cinquièmes des ménages, la réunion des biens que prévoit le régime légal actuel n'est pas nécessaire. Pour les couples, une bonne capacité de travail et une bonne formation professionnelle sont le «capital» principal.

Le régime matrimonial ordinaire doit donc être envisagé sous un autre angle que jadis. Le législateur est tenu au premier chef d'orienter son choix d'après la situation d'une famille moyenne. Par contre, les dispositions sur les droits réels et le code des obligations (dans le cas, par exemple, où les époux unissent leurs biens par un contrat de société), ainsi que les dispositions spéciales sur les régimes matrimoniaux et le contrat de mariage permettent de tenir compte sans autre des besoins spéciaux du petit nombre de citoyens qui exploitent encore une entreprise familiale (72).

On a parfois invoqué l'image de la femme au foyer pour justifier l'union des biens. Selon cette opinion, l'idée du mariage telle qu'elle ressort de l'article 159 CC s'exprime au mieux dans le régime de l'union des biens par la formation des biens matrimoniaux. Les vœux et les conditions qui prédominent actuellement contredisent cette manière de voir. Un bon mariage ne dépend nullement de la réunion des apports. Nombre de ménagères et de mères souhaitent, tout en tenant compte comme il convient de la communauté, régler elles-mêmes leurs affaires patrimoniales. L'attrait du mariage pour celle qui sera la femme au foyer est même plus grand lorsque celle-ci, ménagère et mère, ne dépendra pas entièrement du mari pour ce qui est des questions financières. L'union des

biens désavantage la ménagère puisque, faute de gain, elle n'a généralement pas de biens réservés considérables, et, partant, aucun moyen dont elle puisse disposer librement. Il y a d'ailleurs, sur le plan psychologique, une différence essentielle dans l'administration maritale des biens de la femme selon qu'elle est imposée par la loi ou que les époux la choisissent librement.

Il n'est pas possible, sans rendre ce régime méconnaissable, de réformer l'union des biens pour instituer l'égalité entre époux. Dans la procédure de consultation organisée en 1976/77, une association a, il est vrai, préconisé une révision de l'union des biens. Chaque époux serait propriétaire de ses apports et en aurait l'administration et la jouissance. En revanche, le bénéficiaire, supposé copropriété des époux, devrait être partagé par moitié lors de la dissolution du mariage; il n'y aurait plus de biens réservés. Les promoteurs de cette solution méconnaissent toutefois que le nouveau régime ordinaire ainsi proposé perdrait les traits fondamentaux de l'union des biens actuelle, caractérisée par l'unité de l'administration et de la jouissance des apports, et qu'il serait assimilable dans une large mesure à une communauté des acquêts.

Pour tous ces motifs, le Conseil fédéral, se ralliant aux vues de la commission d'experts, propose de renoncer désormais à l'union des biens comme régime ordinaire. En raison de ses défauts, l'union des biens ne doit pas non plus être reprise comme régime conventionnel. Les époux ne doivent pas pouvoir choisir un régime contraire aux idées fondamentales du nouveau droit.

15 Choix d'un nouveau régime matrimonial ordinaire

151 Remarque préliminaire

En vertu du droit en vigueur, les époux peuvent en principe choisir librement le régime matrimonial qui convient le mieux à leur situation particulière. Cette liberté ne leur permet toutefois pas de passer n'importe quelle convention. Ils sont tenus, sous réserve de diverses combinaisons admissibles, d'opter pour l'un des régimes réglés par la loi (art. 179, 2^e al., CC). Cette restriction n'est pas seulement utile aux époux, qui doivent pouvoir profiter des expériences de la communauté juridique. Elle sert aussi à la transparence des régimes matrimoniaux et, partant, à la sécurité des transactions. La décision une fois prise ne lie cependant pas les époux pour toute la durée de l'union conjugale. Ils peuvent aussi changer de régime au cours du mariage. Les époux qui ne passent pas de contrat de mariage sont soumis au régime légal ordinaire, aujourd'hui, l'union des biens. Afin de protéger les intérêts d'un époux ou de ses créanciers, la loi prévoit encore, à côté du régime ordinaire et des régimes conventionnels, un régime extraordinaire, qui s'instaure de plein droit (art. 182 CC) ou sur prononcé judiciaire (art. 183 à 185 CC). Ce régime est la séparation de biens.

Cette structure fondamentale du droit matrimonial en vigueur a donné satisfaction; il convient de la reprendre telle quelle dans le nouveau droit. Le Conseil fédéral estime qu'un droit matrimonial qui offrirait aux époux le choix entre divers régimes en les obligeant à opter pour l'un d'eux lors du mariage n'entre pas en considération. Certes, l'option écarte la nécessité d'un régime

matrimonial ordinaire qui devrait répondre à divers besoins fort différents les uns des autres et porterait ainsi les signes indéniables d'un compromis. Il ne faut cependant pas perdre de vue que le contrat de mariage est peu prisé en Suisse (voir ch. 152) (73). Ainsi que nous l'avons exposé ailleurs (voir ch. 143), cette attitude est due à des causes diverses. Le législateur répondra donc aux besoins de la pratique en offrant une solution qui s'applique de par la loi tant que les époux ne choisissent pas un régime matrimonial déterminé. Un autre argument milite contre une option obligatoire. L'information approfondie de tous les fiancés sur les différents régimes matrimoniaux se heurte à des difficultés non négligeables. Les perspectives d'une décision objective sont de toute façon peu favorables, car les fiancés ne peuvent ou ne veulent envisager de sérieuses difficultés matrimoniales, voire le divorce. Enfin, il faut tenir compte du fait qu'un jeune couple se trouve généralement dans une phase d'établissement, où sa situation financière n'est pas encore consolidée, ce qui rend difficile le choix d'un régime matrimonial.

Même sous le nouveau droit matrimonial, les époux devront par conséquent avoir l'assurance que ce qui convient à la plupart des familles leur sera applicable sans autre forme de procès (74).

152 Importance des régimes matrimoniaux actuels dans la pratique

Les indications que fournit la statistique fédérale sur les inscriptions dans les registres des régimes matrimoniaux ne couvrent que la période allant jusqu'à 1954.

On peut en tirer les chiffres suivants (75):

Mariages inscrits	Années	
	1920	1954
Nouvelles inscriptions	—	2 660
Radiations	—	4 249
Etat à la fin de l'année	81 329	95 911
<hr/>		
Etat à la fin de l'année	Années	
	1920	1954
<i>Ancien droit</i> (art. 9, titre final)	61 204	30 553
<i>Contrats de mariage</i>		
– communautés de biens	1 464	2 452
– séparations de biens	7 828	35 127
<i>Prononcés du juge</i>		
– selon l'article 155	226	1 105
– selon les articles 183 et 185	2 300	3 113
<i>Séparations de biens légales</i>		
– après faillite	4 844	13 166
– sur demande d'un fiancé	41	440
<i>Transactions entre époux</i>	753	6 072

En 1954, on comptait, pour quelque 1 100 000 couples, seulement 37 579 contrats inscrits au registre des régimes matrimoniaux (76). Ainsi, 3,4 pour cent des couples avaient passé un contrat de mariage déployant des effets extérieurs. Pour obtenir de nouveaux chiffres, l'Office fédéral de la justice a dû faire une enquête auprès des bureaux du registre des régimes matrimoniaux. L'image qui en est ressortie pour la Suisse, sans tenir compte des cantons de Lucerne, Uri, Schwyz, Argovie, Vaud et Genève est la suivante:

-- Total des séparations de biens inscrites à la fin de 1975 .. environ 16 400
 -- Total des communautés de biens inscrites à la fin de 1975 .. 2 900

Rapportés aux 1 086 031 couples qui vivent dans les cantons en question, ces chiffres donnent une proportion de 1,5 pour cent pour les séparations de biens et de 0,3 pour cent pour les communautés de biens. En ce qui concerne la proportion relativement forte des séparations de biens, il y a lieu de noter qu'une partie non négligeable d'entre elles n'ont pas été convenues, mais sont des séparations légales ou judiciaires. Ces chiffres laissent d'ailleurs de côté tous les contrats de mariage conclus entre époux, inopposables aux tiers, et qui, par conséquent, ne sont pas inscrits au registre des régimes matrimoniaux. Pour avoir néanmoins une idée du nombre de contrats de mariage qui n'ont d'effet que sur les rapports internes des époux, l'Office fédéral de la justice a demandé aux autorités tutélaires des villes de Zurich, Winterthour, Bâle, Saint-Gall et Genève de lui indiquer les contrats de mariage qu'elles ont approuvés:

Régimes matrimoniaux conventionnels entre époux approuvés en 1976:

-- Séparation de biens 366
 -- Communauté de biens 870

Régimes matrimoniaux nouvellement inscrits dans ces villes en 1976 (exception faite des contrats passés entre fiancés):

-- Séparation de biens 476 dont 326 conventionnelles
 -- Communauté de biens 77

Retenons, comme valeur indicative, que 90 pour cent des séparations de biens environ, et 10 pour cent des communautés de biens environ, sont inscrites.

90 à 95 pour cent des époux ne passent pas de contrat de mariage, mais vivent -- tant bien que mal -- sous le régime matrimonial ordinaire.

153 **Considérations particulières relatives au choix du régime matrimonial ordinaire**

Dans le régime matrimonial ordinaire, norme juridique et réalité doivent coïncider autant que possible pour la plupart des familles. Le régime légal subsidiaire devrait donc correspondre à ce que des époux, de condition économique et sociale moyenne dans une union plus ou moins harmonieuse, considèrent comme une solution équitable et qu'ils désirent effectivement appliquer (77). Le régime doit tenir compte de la variété des besoins des différents couples et du fait que leur situation et leurs idées sur les questions patrimoniales peuvent changer considérablement pendant la durée du mariage. Il faut donc laisser aux époux une certaine latitude de conclure des accords

sans forme correspondant à leurs besoins particuliers. Les conjoints éviteraient ainsi de passer chaque fois un contrat de mariage lorsque le régime légal ne répond pas entièrement à leurs vœux.

Le rôle que jouent les régimes matrimoniaux dans la solution des conflits est un autre point important de la revision. Tant que les époux sont d'accord, il leur est loisible, dans leurs rapports internes tout au moins, de vivre conformément aux décisions personnelles prises en commun. Le régime a ainsi peu d'importance pour l'harmonie de la vie conjugale quotidienne. Mais si les époux ou leurs héritiers ne parviennent pas à s'entendre, si un époux veut faire passer ses intérêts avant ceux de son conjoint, s'il y a divorce ou conflit avec des tiers, le droit doit offrir une solution qui, dans de telles situations également, soit encore jugée équitable et puisse être appliquée.

D'ailleurs, conformément aux buts généraux de la revision du droit du mariage, il faut chercher dans les régimes matrimoniaux un équilibre entre, d'une part, l'égalité de droit des époux, le respect de la personnalité de chacun d'eux et, d'autre part, le souci de favoriser le bien de l'union conjugale.

Conseil fédéral et commission d'experts ont examiné si l'un des trois régimes suivants pouvait convenir comme régime ordinaire (78): la séparation de biens, la communauté d'acquêts, qui est une communauté de biens limitée aux acquêts, (79) et la participation aux acquêts. Pour faciliter le choix, des études de droit comparé étendues ont été entreprises, des modèles de régimes ont été élaborés et un tableau comparatif de la liquidation du régime matrimonial, tenant compte des effets de droit successoral, a été dressé pour chacune des solutions envisagées. Ces travaux n'ont pas à être examinés ici en détail. Nous devons nous contenter d'en exposer les résultats essentiels.

154 Appréciation de la séparation de biens comme nouveau régime matrimonial ordinaire

L'égalité à établir entre époux fournit le premier argument en faveur de la séparation de biens (80), régime sous lequel chaque époux dispose de ses biens de façon autonome et où il n'y a de participation ni pendant le mariage, ni lors de sa dissolution. L'amélioration générale des revenus des couples d'aujourd'hui permet de renoncer dans une large mesure à réunir les biens des époux, et peut être considérée comme plaçant en faveur de ce régime.

La critique de la séparation de biens par le législateur de 1907 (voir ch. 13), et particulièrement l'argument selon lequel ce régime est défavorable à l'union conjugale, paraissent aujourd'hui dépassés. Les époux peuvent, sans difficultés, coopérer au bien commun tout en conservant la maîtrise de leurs ressources. Tel est déjà dans l'union des biens, en vertu des dispositions sur les biens réservés de la femme (voir ch. 141.2), le cas de quelque 30 pour cent des ménages où les deux époux exercent une activité lucrative. Des enquêtes ont montré que l'on ne pouvait plus guère présumer que la femme remet d'elle-même au mari l'administration de ses biens. En 1928 déjà, le rapporteur E. L. Martin parlant devant la Société suisse des juristes (81), avait relevé cette évolution.

Simplicité et clarté sont les principaux avantages de la séparation de biens. Les

rapports pécuniaires des époux demeurent soumis pour une bonne part aux dispositions sur les droits réels et au code des obligations. Les questions de responsabilité sont faciles à résoudre et la dissolution du régime ne pose pas de problèmes spéciaux. Plus besoin, en principe, de liquider le régime matrimonial puisque la conclusion du mariage est restée sans effet sur les biens des époux. La pratique montre pourtant qu'au cours de longues années de mariage, des transactions entre époux sont inévitables et que, lors de la dissolution du régime, elles donnent naissance à des droits des époux ou de leurs héritiers qui sont aussi difficiles à déterminer que sous un autre régime matrimonial. Dans bien des cas, il faudrait, lors de la dissolution du régime, distinguer trois masses différentes, à savoir les biens qui sont la propriété exclusive du mari, ceux qui sont la propriété exclusive de la femme et ceux dont les deux époux sont copropriétaires. L'argument de la simplicité ne doit donc pas être surestimé, mais il garde tout son poids.

D'ailleurs, même dans la séparation de biens, la conclusion du mariage ne peut pas rester sans effet sur les biens des époux. Ainsi l'entretien de la famille, le pouvoir des clés ou le droit de disposer de la demeure familiale, doivent être résolus dans le cadre des effets généraux du mariage.

Le droit comparé montre aussi que, dans sa forme pure, la séparation de biens n'intervient que très rarement comme régime matrimonial ordinaire. Toutes les réformes récentes de droits étrangers tendent à y intégrer davantage d'éléments communautaires (voir celles qui ont eu lieu en Autriche et en Angleterre), si ce n'est à l'abandonner comme régime légal (voir p. ex. la réforme italienne).

La pure séparation de biens a surtout le gros inconvénient de ne tenir aucun compte de la communauté d'intérêts des époux, même à la dissolution du mariage. Il paraît cependant normal que les économies faites pendant le mariage, principalement grâce à l'activité lucrative, soient en définitive attribuées aux deux époux. Des enquêtes ont révélé à cet égard que le mariage est considéré comme générateur d'une unité économique et que la séparation de biens ne trouve que peu d'appui dans le peuple. L'idée de la participation d'un époux aux acquêts de l'autre inspire déjà le droit actuel (voir ch. 13). On ne saurait retenir l'opinion selon laquelle l'époux qui tient le ménage ne fait que dépenser l'argent que l'autre gagne, réduisant ainsi la possibilité de faire des économies (82), du fait que le mariage ne constitue plus, économiquement, une communauté de production, mais dans une large mesure une communauté de consommation. Si la séparation de biens tient compte équitablement du cas où les deux époux tirent de leur activité lucrative des revenus à peu près égaux, elle méconnaît l'importance économique de l'activité exercée au foyer. Or l'époux qui renonce à une activité lucrative pour se vouer aux enfants et au ménage permet à son conjoint d'engager toute sa capacité de travail pour obtenir un gain. De surcroît, le conjoint au foyer, par sa gestion économe, permet à l'autre de constituer des acquêts.

Lorsque la séparation de biens est dissoute au décès, on pourrait, il est vrai, écarter l'inconvénient présenté dans le précédent paragraphe en augmentant la part successorale et la réserve du conjoint survivant (83). Cette solution aurait l'avantage d'éliminer la différence entre acquêts et apports. La part du conjoint survivant resterait cependant exactement la même, que ses biens proviennent

d'héritages, de biens économisés avant le mariage ou d'acquêts. Il ne serait ainsi plus possible de faire de différence selon la provenance effective des biens (84). Il est cependant indéniable que la formation d'acquêts dépend largement des efforts communs des deux époux et de la durée du mariage sans qu'il soit possible de ventiler exactement les contributions de chacun. Par conséquent, le droit du conjoint survivant à une part des acquêts du défunt a une autre motivation intrinsèque que lorsqu'il s'agit de biens hérités, reçus à titre gratuit ou économisés avant le mariage. Une solution purement successorale est cependant nécessairement schématique et ne peut assurer au conjoint survivant une part aux acquêts supérieure aux apports du défunt, comme le permettait la combinaison d'une part matrimoniale et d'une part successorale. La réserve du conjoint survivant, elle aussi, devrait être la même, quelle que soit la masse de biens. Si, considérant les cas où les biens des époux consistent surtout en acquêts, on prévoyait une réserve très élevée, la souplesse qui s'impose dans la transmission de grandes fortunes familiales en pâtirait, surtout quand cette fortune est investie dans une entreprise. Le conjoint survivant recevrait une si grande part des biens familiaux que les descendants ne seraient plus en mesure de maintenir la cohésion des valeurs économiques. Si, par contre, la réserve était fortement réduite par rapport au droit successoral en vigueur, le conjoint survivant ne serait plus assuré de recevoir une part équitable des acquêts.

Relevons enfin que, lorsque les biens des époux ne consistent qu'en acquêts du conjoint survivant, que le défunt a aussi contribué à constituer, la solution purement successorale aboutirait à priver d'héritage les enfants du conjoint précéde qui ne seraient pas des enfants communs.

Pour le cas de divorce également, il faudrait chercher à corriger les effets entraînés par la suppression de la participation aux acquêts. Ainsi, la majoration de la part successorale du conjoint survivant se répercuterait sur le calcul des dommages-intérêts dus en raison de la perte des expectatives successorales (conformément à l'art. 151 CC). Il y aurait lieu de prévoir en outre une indemnité équitable pour l'époux qui aurait voué toutes ses forces à la famille et renoncé de la sorte à un gain propre, tandis que son conjoint aurait pu mettre de côté des montants importants. Or une disposition de ce genre ne manquerait pas de susciter de grosses difficultés dans la pratique. Elle serait d'ailleurs peu utile, à moins qu'on ne retienne, pour fixer l'indemnité, le montant des acquêts constitués pendant le mariage, ce qui obligerait de nouveau à distinguer apports et acquêts (85).

Le Conseil fédéral estime que les inconvénients signalés dépassent nettement les avantages de la séparation de biens. Il recommande par conséquent de renoncer à celle-ci comme régime matrimonial ordinaire.

155 Appréciation de la communauté d'acquêts comme nouveau régime ordinaire

La communauté de biens limitée aux acquêts (86), appelée communauté d'acquêts, est un régime matrimonial relativement simple: si les biens qui sont

exclus de la communauté sont soumis d'une façon générale au régime de la séparation de biens, et non, comme actuellement, à celui de l'union (art. 239, 3^e al., CC), on ne distingue que trois masses: les acquêts, propriété commune des deux époux, les biens propres de la femme et les biens propres du mari, dont chaque conjoint dispose de façon autonome.

Plus qu'aucun autre régime, la communauté d'acquêts réalise sur le plan patrimonial l'idée qu'en contractant mariage, les époux se lient par une communauté de vie étroite. Ce régime tient particulièrement compte de la relation de partenaires qu'il faut voir dans le mariage en remettant aux mains des deux époux l'administration et la jouissance des biens communs, c'est-à-dire des économies réalisées pendant le mariage. Ce régime serait certainement approuvé par de nombreux couples qui, actuellement déjà, réunissent leurs revenus. Il revalorise la position de l'époux au foyer, généralement la femme, en lui conférant des droits immédiats sur les revenus que son conjoint tire d'une activité lucrative. Au décès d'un des époux, le partage des biens communs assure pour une large part l'existence matérielle du conjoint survivant. En outre, la communauté d'acquêts est de nature à renforcer l'assise financière de la famille en accroissant le crédit de l'époux qui exploite une industrie ou un commerce.

On fera cependant valoir contre la communauté d'acquêts que le régime matrimonial ordinaire n'est pas fait pour les mariages harmonieux qui, pour diverses questions, pourraient se passer de réglementation légale. En fait, le régime matrimonial ne déploie tous ses effets que lorsque les époux ne peuvent ou ne veulent plus s'entendre au sujet de leurs rapports patrimoniaux internes. Même si les enquêtes ont révélé que bien des couples paraissent souhaiter une collaboration économique étendue, le législateur ne saurait perdre de vue qu'en cas de conflit, les positions diffèrent considérablement des vues idéales exprimées auparavant. A cet égard, une certaine autonomie des époux offre une plus grande garantie contre l'abus ou la chicane. Quoi qu'il en soit, il est frappant de voir que les révisions les plus récentes de droits étrangers ont tendu à mieux tenir compte, dans le cadre de la communauté de biens traditionnelle, du besoin pour chaque époux d'avoir une certaine indépendance financière. Ce faisant, elles ont parfois dénaturé ce régime à tel point qu'il n'a plus grand-chose d'une communauté d'acquêts (cf. ch. 186). Pour maintes femmes, l'avantage procuré par le fait que le produit du travail de leur mari augmenterait les biens communs ne saurait compenser le désavantage de voir le produit de leur propre travail exclu des biens réservés (art. 191, ch. 3, CC).

Les avantages dont bénéficie le conjoint survivant lors de la dissolution de la communauté de biens peuvent donc tout aussi bien lui être procurés par une participation au bénéfice du conjoint.

Après ces considérations, qui portent surtout sur les principes, il convient de signaler les grandes difficultés pratiques que présente la communauté d'acquêts en tant que régime légal. Pour répondre à l'idée fondamentale de la révision, il faudrait que l'administration et la jouissance des biens communs soient réglées de façon à mettre les époux sur pied d'égalité. Comme le montre l'étude de droit comparé, la communauté d'acquêts ne permet pas de résoudre aisément

ce problème. Le modèle d'une communauté de biens conventionnelle, telle que la présente le projet de loi, ne saurait ici servir d'exemple. Le législateur peut admettre que les époux ont adopté un régime conventionnel en pleine connaissance de ses avantages et de ses inconvénients, tandis que quantité d'époux n'ont même pas idée du régime légal sous lequel ils vivent.

Une solution qui permettrait aux deux époux de procéder chacun de son côté aux actes d'administration courante des biens communs conduirait à des actes contradictoires, surtout dans les mariages peu harmonieux. Elle sacrifierait de surcroît l'idée de communauté, qui est en soi bienvenue. Une administration commune en tous points paraît en revanche trop lourde. Une solution de compromis, selon laquelle, par exemple, chaque époux administrerait lui-même les biens qu'il a acquis, revient en fait à la participation aux acquêts.

La question que pose le droit de disposer des biens communs serait encore plus difficile à résoudre. Sans doute faudrait-il, pour protéger suffisamment les droits du conjoint de l'époux qui dispose, prévoir le concours des deux époux pour les actes de disposition qui vont au-delà de l'administration ordinaire. Cette exigence alourdirait toutefois singulièrement les transactions avec des personnes mariées. Si, par contre, le consentement du conjoint était présumé, cette facilité serait acquise aux dépens de la sécurité des biens communs. Même avec la réserve que prévoit actuellement l'article 217 CC, les tiers pourraient, dans bien des cas, invoquer cette présomption en leur faveur, ce qui permettrait à l'époux gérant d'éviter l'obligation de requérir le consentement de son conjoint.

Enfin, ces difficultés ne manqueraient pas de se concentrer sur le problème de la responsabilité (87). On pourrait certes concevoir une distinction entre les dettes générales d'un époux, dont il répond sur ses biens réservés et sur l'ensemble de ses biens, et celles dont il ne répond que sur ses biens réservés, comme c'est le cas actuellement en vertu des articles 220 et 221 CC, pour la femme soumise au régime de la communauté de biens. Toutefois, même avec cette solution, les biens apportés dans la communauté par un époux devraient répondre des dettes générales du conjoint, en particulier des engagements contractés dans l'exercice d'une profession ou l'exploitation d'une entreprise. Si, par exemple, chacun des époux met sur pied une industrie pendant le mariage, la ruine d'une entreprise pourrait, du fait de la responsabilité commune, entraîner celle de l'autre. Les biens communs risqueraient d'ailleurs aussi d'avoir à répondre de transactions spéculatives d'un époux. Les dettes résultant d'actes illicites conduiraient en définitive à une coresponsabilité civile du conjoint au cas où les biens communs constituent le gros de l'actif provenant de part et d'autre.

Ces considérations font comprendre que des compromis doivent être recherchés. C'est ainsi qu'au cours de la procédure de consultation relative à l'avant-projet de 1976, il a été proposé d'exclure de par la loi les entreprises de la communauté de biens pour les soumettre à la séparation de biens. Il paraît cependant peu satisfaisant que les salariés soient soumis à un autre régime ordinaire que les personnes de condition indépendante et, en particulier, qu'en cas de divorce, le bénéfice tiré de l'entreprise ne soit pas partagé entre les époux.

Compte tenu du gros risque que la communauté d'acquêts fait courir aux époux, une autre proposition tend à ce que chacun d'eux ne réponde de ses dettes que sur sa part aux biens communs. Mis à part le fait que la réalisation de parts aux biens communs se heurte à des difficultés considérables dans l'exécution forcée, une telle solution n'offrirait cependant une certaine sécurité pour le conjoint que si la séparation de biens était instituée de par la loi après la réalisation de la part aux biens communs. En effet, à défaut de cette mesure, la part restante des biens communs continuerait de croître au profit de l'époux débiteur. L'instauration de la séparation de biens ne serait pourtant pas satisfaisante au cas où l'époux qui l'a occasionnée revient à meilleure fortune.

Si par conséquent la communauté d'acquêts ne s'impose pas comme nouveau régime ordinaire, cela ne signifie en aucune façon qu'il faille rejeter l'idée même de la communauté de biens. Des considérations pratiques, qui ne peuvent ici qu'être esquissées, mais que le législateur clairvoyant devra mettre en balance avec soin, conduisent à écarter la communauté d'acquêts comme nouveau régime ordinaire.

156 La participation aux acquêts comme nouveau régime ordinaire

Les motifs qui font rejeter aussi bien la séparation de biens que la communauté d'acquêts comme régime ordinaire, plaident en faveur d'un régime qui, tout en accordant la plus grande liberté possible aux époux, mette aussi en valeur l'idée de communauté. La participation aux acquêts tend à concilier ces deux points de vue. Ce régime se caractérise par le fait que, pendant le mariage, la séparation s'applique en principe (88) : chaque époux administre l'ensemble de ses biens, en jouit et en dispose. Il découle de l'article 159 CC que, ce faisant, chacun doit avoir égard au bien de la communauté. Rien n'empêche les époux d'alimenter un « pot commun » qu'ils administrent ensemble (89), ou de placer des valeurs à leurs noms. Ils peuvent également constituer une société simple, gardant ainsi toute latitude de réaliser leurs vœux particuliers. D'ailleurs, certains éléments communautaires du nouveau droit du mariage s'opposent aux principes de la séparation de biens en sorte que diverses limites sont mises à la liberté de chacun des époux. Cela permet d'écarter le reproche selon lequel la pure participation aux acquêts ne réalise une communauté d'intérêts qu'à la dissolution du régime, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a plus de communauté. Il convient d'évoquer ici en premier lieu le droit de l'époux qui voue ses soins au ménage de recevoir une part équitable du revenu de son conjoint (art. 164). Sans cette disposition, la participation aux acquêts, tout en concédant à la ménagère l'égalité formelle, n'améliorerait en rien sa situation matérielle, puisqu'elle laisserait subsister la dépendance financière actuelle.

Les dettes contractées par un époux ne grèvent que ses biens, à moins d'avoir été faites dans les limites du pouvoir domestique (art. 166, 3^e al.). Ainsi, ce régime est simple et claire pour la durée du mariage et n'entraîne pas de nouvelles difficultés dans les transactions.

A la dissolution du mariage, quelle qu'en soit la cause, chaque époux participe aux acquêts de l'autre. Le décompte consiste à additionner de part et d'autre

Comparaison entre l'ancien et le nouveau régime ordinaire

Union des biens

	Apports de la femme (art. 195, 1 ^{er} al., CC)	Biens réservés de la femme (art. 190 à 193 CC)	Apports du mari (art. 195, 2 ^e al., CC)	Acquêts (art. 195 et 214 CC)	Biens réservés du mari (art. 190 à 193 CC)
Propriété	femme; biens fongibles: mari (art. 201, 3 ^e al., CC)	femme	mari	mari	mari
Administration	mari; femme dans les limites du pouvoir des clés (cf. art. 200, 3 ^e al., CC)	femme	mari	mari	mari
			femme dans les limites du pouvoir des clés (cf. art. 200, 3 ^e al., CC)		
Disposition	mari et femme (cf. art. 202 CC)	femme	mari	mari	mari
			femme dans les limites du pouvoir des clés (cf. art. 203 CC)		
Jouissance	mari (cf. art. 195, 3 ^e al., CC)	femme	mari	mari	mari
Dissolution du régime	femme	femme	mari	mari $\frac{2}{3}$, femme $\frac{1}{3}$ valeur (cf. art. 214 CC)	mari

Participation aux acquêts

	Biens propres de la femme (art. 197)	Acquêts de la femme (art. 198)	Biens propres du mari (art. 197)	Acquêts du mari (art. 198)
Propriété	femme	femme	mari	mari
Administration	femme	femme	mari	mari
Disposition	femme	femme pour libéralités dans le cadre de l'article 208, consentement du mari	mari	mari pour libéralités dans le cadre de l'article 208, consentement de la femme
	Mari dans les limites du pouvoir de représentation (cf. art. 166, 3 ^e al.)		Femme dans les limites du pouvoir de représentation (cf. art. 166, 3 ^e al.)	
Jouissance	femme	femme	mari	mari
Dissolution du régime	femme	1/2 femme, 1/2 mari (en valeur) (cf. art. 212 ss)	mari	1/2 mari, 1/2 femme (en valeur) (cf. art. 212 ss)

les acquêts, c'est-à-dire les économies faites par les deux époux pendant le mariage. Seul l'excédent est partagé: l'époux dont le gain a été plus faible est créancier de son conjoint pour la moitié de cet excédent. Si, par contre, il y a un déficit pour un époux, il n'est pas, comme ce serait le cas dans la communauté d'acquêts, supporté par les deux époux, ce qui pourrait être une grande injustice. La contribution de l'autre époux se borne à remettre la moitié de ses propres acquêts au conjoint endetté.

Cette communauté de liquidation présuppose toutefois qu'à la dissolution du régime, les patrimoines des deux époux, entre lesquels peuvent exister des créances portant éventuellement sur une part à la plus-value d'un bien (art. 206), soient séparés, et que soit déterminée pour chaque époux la part des acquêts et celle des biens propres. Des récompenses peuvent également être dues entre ces deux masses (cf. art. 209). Ainsi, la liquidation des biens matrimoniaux paraît bien compliquée. Les difficultés signalées existent toutefois déjà lorsqu'il s'agit de calculer le bénéfice dans l'union des biens. La pratique est tout à fait en mesure de les surmonter. D'ailleurs, même la communauté d'acquêts ne permet pas de les éviter entièrement, puisqu'elle oblige à distinguer au moins trois masses de biens assorties de récompenses. Quoi qu'il en soit, la participation aux acquêts représente une simplification par rapport à l'union des biens puisqu'elle réduit cinq masses de biens à quatre. Pour les calculs, cela revient finalement au même que si les époux réunissaient leurs acquêts et les partageaient, à condition qu'aucun d'entre eux ne soit endetté.

Dans son ensemble, la participation aux acquêts représente un développement de l'union des biens qui tient compte de la situation actuelle. Elle apparaît comme une bonne solution moyenne, qui tend à éviter les inconvénients de la communauté d'acquêts et de la séparation de biens sans sacrifier entièrement leurs avantages. Le Conseil fédéral recommande par conséquent la participation aux acquêts comme nouveau régime légal.

157 Principes communautaires dans le nouveau droit patrimonial

Il n'est possible d'apprécier la participation aux acquêts qu'à travers une vue globale du nouveau droit patrimonial. De nombreux éléments communautaires y figurent. Ils se trouvent en partie dans les effets généraux du mariage et valent alors pour tous les régimes matrimoniaux, en partie dans les dispositions sur les régimes matrimoniaux proprement dits. Il s'agit, en bref, des points suivants:

- Mari et femme sont tenus de contribuer, chacun selon ses facultés, à l'entretien de la famille (art. 163). Dans ces limites, leurs biens sont affectés à un but déterminé.
- L'époux qui voue ses soins au ménage (mari ou femme) participe déjà pendant le mariage, en vertu de l'article 164, au revenu du conjoint.
- Dans les limites du pouvoir domestique, chaque époux peut contracter des engagements dont les biens du conjoint répondent également (art. 166).
- L'époux propriétaire ne peut, sans le consentement du conjoint, disposer de l'appartement ou de la maison de famille (art. 169). Les transactions qui

- risquent spécialement de mettre en péril l'existence d'une famille ne peuvent donc être conclues que par les deux époux conjointement.
- Chaque époux peut demander à son conjoint qu'il le renseigne sur ses revenus, ses biens et ses dettes (art. 170).
 - Sous certaines conditions, le juge peut interdire à un époux de disposer de ses biens sans le consentement de l'autre (art. 178).
 - S'il n'est pas prouvé qu'un bien appartient à l'un ou l'autre des époux, il est réputé appartenir en copropriété à tous deux (art. 199, 1^{er} al.).
 - Des délais spéciaux peuvent être accordés pour le règlement d'une dette ou la restitution d'une chose entre époux (art. 203, 2^e al.).
 - L'époux qui a contribué aux acquisitions de l'autre a droit également à une part de la plus-value (art. 206).
 - Les libéralités faites sur les acquêts sans le consentement du conjoint peuvent être prises en considération dans le calcul du bénéfice lorsqu'elles ont eu lieu dans les cinq années antérieures à la dissolution du régime (art. 208, 1^{er} al., ch. 1).
 - Les biens d'acquêts qu'un époux a aliénés dans l'intention manifeste de compromettre la participation de son conjoint sont retenus également, sans limitation de temps (art. 208, 1^{er} al., ch. 2).
 - Au décès d'un époux, le conjoint peut demander que lui soient attribués la maison ou l'appartement, ainsi que le mobilier du ménage (art. 216 et 612a).

Certains éléments communautaires découlent du code des obligations (art. 494 CO: consentement du conjoint au cautionnement, art. 226c et 318d du projet de loi du 12 juin 1978 sur le crédit à la consommation: consentement du conjoint à la conclusion d'un contrat de vente par acomptes ou d'un petit crédit).

16 Revision partielle du droit des successions

161 Relation entre régimes matrimoniaux et successions

Au décès d'un époux, la situation financière du conjoint survivant dépend de ce qui lui échoit, d'une part, en application du régime matrimonial et, d'autre part, en vertu du droit des successions. Or les régimes matrimoniaux et le droit successoral ont des fonctions fondamentalement différentes. Les régimes matrimoniaux règlent les rapports pécuniaires des époux pendant le mariage et, compte tenu de ces rapports, déterminent la part qui échoit à chacun d'eux à la dissolution du régime. Le droit successoral, par contre, fixe la destination des biens du défunt. L'attribution au conjoint survivant de parts successorales différentes selon qu'il est en concurrence avec des descendants, des ascendants ou des collatéraux ne peut être que le fait du droit des successions. (90)

Partant de cette considération, le Conseil fédéral, après avoir étudié les différentes solutions, a opté, comme la commission d'experts, pour une séparation claire entre aspects matrimoniaux et aspects successoraux, et réglé en conséquence le partage du bénéfice dans le régime légal (voir ch. 222.54). Toutefois, comme les régimes matrimoniaux et les successions sont étroitement liés et se complètent réciproquement, il s'agit d'examiner, en relation avec la

présente revision, si la situation successorale du conjoint survivant doit être améliorée. En effet, l'union conjugale a pour corollaire la prévoyance en faveur du conjoint survivant. Comparé à d'autres législations contemporaines et même à quelques-unes des plus récentes, le Code civil suisse (art. 462 et 471 CC) (91) lui fait, il est vrai, la part assez belle. Divers facteurs éclairent cependant d'un jour différent l'équilibre établi jadis entre les intérêts du conjoint survivant et ceux des autres héritiers.

162 Raisons d'améliorer les droits successoraux du conjoint survivant

- La revision partielle du droit de la famille, adoptée en 1976, a amélioré les droits successoraux des enfants nés hors mariage. Elle a restreint du même coup la possibilité pour les époux de s'avantager réciproquement. Les Chambres fédérales ont souligné à ce propos que la situation successorale du conjoint survivant ne répondait plus aux vues actuelles sur la relation de partenaires des époux. Le Conseil fédéral a été chargé, par une motion (92), de préparer les adaptations du droit successoral qui s'imposaient à cet égard.
- Depuis l'adoption du Code civil, les espérances de vie de la population ont augmenté dans une mesure appréciable (voir ch. 141.3). Ainsi, aujourd'hui, les enfants héritent généralement de leurs parents alors qu'eux-mêmes sont âgés de 40 à 50 ans et qu'ils se sont déjà fait une situation. Si, dans bien des cas, il fallait jadis, pour construire une existence, le capital nécessaire à une entreprise autonome, aujourd'hui, où la grande majorité de la population se compose de salariés, une bonne et solide formation professionnelle y pourvoit. Les enfants reçoivent cette formation pendant leurs années d'apprentissage et d'études. Il faut donc assurer l'avenir du conjoint survivant avant de se soucier des espérances successorales d'enfants, à l'égard desquels les parents ont déjà accompli leurs devoirs principaux. Certes, l'AVS contribue actuellement à assurer l'avenir du conjoint survivant. Bien des époux reçoivent en outre des prestations d'une institution de prévoyance en faveur du personnel (93). Mais souvent, la fortune personnelle est un garant important du maintien du niveau de vie, et l'article 34^{quater} de la constitution fédérale reconnaît en elle le troisième pilier de la prévoyance-vieillesse.
- Selon la réglementation actuelle de l'union des biens (régime ordinaire), le mari qui survit à sa femme peut conserver les $\frac{2}{3}$ du bénéfice de l'union conjugale. D'après le projet de revision, par contre, il doit en verser la moitié dans la succession de sa femme. Il est vrai que, d'après le projet de revision, il reçoit aussi la moitié des économies de la femme. Mais, dans la plupart des cas, ceci ne compense pas cela - que ce soit sous l'ancien ou le nouveau droit - car souvent la femme, en particulier celle qui a renoncé à exercer une activité lucrative pour se consacrer à sa famille, ne peut réaliser qu'un faible bénéfice. Donc, si l'on ne veut pas que la revision appauvrisse les droits du mari, il faut améliorer sa part à la succession de la femme.
- L'objection de principe faite à cette amélioration consiste à dire que le droit successoral du conjoint survivant viole le système de la succession naturelle verticale et se justifie tout au plus dans la mesure où il répond à l'idée de sécurité économique. Or le développement des prestations sociales fait que

cette fonction de sécurité n'est pas plus importante que jadis (94). Il faut opposer à cette critique, outre les arguments déjà formulés, le fait que, même en partant du principe de la succession verticale, on ne peut se dispenser de mettre en balance les intérêts du conjoint survivant. En 1894 déjà, Eugen Huber écrivait dans son rapport à la Société des juristes suisses (95): «On ne saurait nier que la famille, dans son ancien rôle de communauté des parents du sang, dont le conjoint ne fait pas partie pour ce qui est du droit successoral, ne répond plus à nos vues actuelles.» Un autre argument décisif peut être tiré du fait que, de nos jours, les biens hérités consistent beaucoup moins qu'autrefois en biens familiaux transmis par les générations précédentes; souvent, ils proviennent d'un pécule gagné et économisé par le défunt, peut-être avec la coopération énergique de son conjoint. C'est une raison de plus qui explique que, non seulement en Suisse mais aussi à l'étranger, (96) des milieux étendus de la population estiment qu'il faut favoriser en premier lieu le conjoint survivant, et non les enfants. Aussi l'évolution la plus récente tend-elle, dans bien des pays, à renforcer les droits successoraux du conjoint survivant.

S'il se justifie de renforcer ces droits aux dépens des descendants, il le faut a fortiori à l'égard de parents éloignés. En plus des motifs exposés, le passage de la grande famille à la famille cellulaire, composée des époux et des enfants, mérite une attention spéciale. Les liens avec les autres parents se sont bien relâchés. Dans la vie moderne, les traces de la parenté du sang s'effacent assez rapidement, et ce qui nous touche de très près n'est plus que le cercle étroit des membres de la famille, dont le conjoint survivant fait également partie. Aussi le législateur ne peut-il avoir pour tâche de consacrer ses soins à cet ancien cercle étendu de la parenté, mais il se doit de vouer son attention au cercle étroit des membres de la famille. (97) C'est pourquoi le projet prévoit, outre une majoration de la part successorale du conjoint survivant, la suppression de l'usufruit des arrière-grands-parents et celle de la réserve des frères et sœurs. (98) Ayant un but bien circonscrit, la revision du droit des successions peut se limiter aux dispositions qui sont en relation étroite avec les régimes matrimoniaux. Comme une revision complète du droit successoral n'est pas prévue, il serait souhaitable d'inclure cette revision partielle du droit des successions dans celle du droit du mariage.

17 Genèse de la revision

171 La commission d'étude

Depuis l'entrée en vigueur du Code civil, la discussion relative aux régimes matrimoniaux n'a jamais cessé. En 1928 déjà, la Société suisse des juristes a choisi ce sujet comme thème de son assemblée annuelle. (99) Le rapporteur de langue française Martin a constaté que l'union des biens maintenait indirectement la femme sous la tutelle du mari; il s'est prononcé en faveur d'un droit libéral du mariage. (100) Lorsque, après la seconde guerre mondiale, l'opposition entre la réalité sociale et le droit du mariage s'est encore accentuée, le droit de la famille aussi a été l'objet d'une critique accrue.

En 1954, August Egger déclarait, dans son exposé sur l'égalité de droit entre mari et femme dans la législation la plus récente sur le droit de la famille, (101) que le temps était venu d'introduire aussi dans le droit suisse du mariage les principes de la relation de partenaires. Le professeur Grossen, de son côté, a choisi, en 1957, l'égalité de droit entre mari et femme dans le droit de la famille comme sujet de sa leçon inaugurale à l'Université de Neuchâtel. (102) Enfin, les délibérations de la Société suisse des juristes en 1957 (103) ont donné l'impulsion décisive à la révision. Le professeur Deschenaux, de Fribourg, rapporteur de langue française, a préconisé à cette occasion un nouveau régime légal, tandis que le juge fédéral Stocker, rapporteur de langue allemande, se prononçait pour le maintien de l'union des biens.

Le 13 décembre 1957, le Département fédéral de justice et police a institué une commission d'étude, (104) qui a présenté en 1962 et en 1965 ses rapports, accompagnés de propositions en vue d'une révision partielle du droit de la filiation illégitime, de l'adoption, du mariage et de la tutelle. (105) Outre l'introduction d'un nouveau régime matrimonial ordinaire, ces propositions tendaient à une révision partielle du droit de la famille.

Les propositions de la commission d'étude ont trouvé un large écho dans la procédure de consultation qui s'est ouverte le 5 avril 1966. Nombreuses furent les remarques critiques et les suggestions relatives à la révision et au complètement du droit de la famille. Elles ont montré surtout qu'une révision sectorielle ne pouvait donner satisfaction, et qu'il fallait réexaminer tout le droit de la famille de façon approfondie.

172 **Elaboration par étapes**

Répondant au postulat Buri du 16 mars 1966 et à un postulat Muheim du 13 mars 1969, le Conseil fédéral a décidé que ce projet serait traité par étapes. La révision devait porter successivement sur l'adoption, sur les autres dispositions du droit de la famille, sur les effets généraux du mariage et les régimes matrimoniaux, enfin sur le droit du divorce et la conclusion du mariage ainsi que sur le droit de la tutelle. (106) Le nouveau droit de l'adoption est entré en vigueur le 1^{er} avril 1973, (107) et un nouveau droit de la filiation est appliqué en Suisse depuis le 1^{er} janvier 1978. (108) Les deux lois se sont bien intégrées dans notre vie juridique. Dans le droit de la tutelle, enfin, les dispositions sur la privation de liberté à des fins d'assistance, qui avaient spécialement besoin d'une révision, ont été modifiées le 6 octobre 1978 (109) et adaptées à la convention européenne des droits de l'homme. La nouvelle réglementation n'est pas encore entrée en vigueur.

L'élaboration par étapes n'est pas approuvée de toutes parts. D'aucuns demandent que tout le droit du mariage soit révisé en une seule fois. Le Conseil fédéral ne peut accéder à ces vœux. L'élaboration en deux étapes est tout à fait possible. Les dispositions sur les effets généraux du mariage et sur les régimes matrimoniaux d'une part, celles qui régissent la conclusion du mariage et le divorce de l'autre, forment deux unités juridiques distinctes et peuvent être délimitées assez clairement. Le projet que vous soumet le présent message est

aménagé de telle sorte que toutes les questions qui se posent dans le cadre de la liquidation d'un régime matrimonial en cas de divorce, et que devrait régler la loi, reçoivent une réponse définitive. (110) Il n'y aura donc plus à revenir sur les régimes matrimoniaux lors de la révision du droit du divorce. De même, la présente révision cherche une solution définitive (111) en ce qui concerne le nom et le droit de cité de la femme divorcée, ce qui limite la révision du droit du divorce en la déchargeant de problèmes secondaires. Un des points principaux de cette future révision sera de redéfinir les causes de divorce, causes qui ne sont pas directement touchées par la révision proposée du droit matrimonial où mari et femme sont unis durablement dans des rapports réciproques de fidélité et d'assistance. La nouvelle réglementation de l'entretien de la famille (art. 163 ss) est compatible avec les dispositions sur les prestations en cas de divorce (art. 151 et 152 CC) qui constituent le deuxième point essentiel de la révision du droit du divorce. En raison de la forme neutre de ces dispositions, il est possible de diviser la matière. (112)

La révision du droit du mariage en deux étapes est commandée principalement par le degré de maturation différent des deux objets. Si les postulats fondamentaux de la réforme des dispositions sur les effets généraux du mariage et sur les régimes matrimoniaux et les objectifs de cette réforme sont pratiquement incontestés, les avis se heurtent déjà sur les questions de principe, dans la discussion relative à un nouveau droit du divorce. Il faudrait, pour trouver la juste voie, des connaissances sociologiques bien fondées qui, aujourd'hui encore, font largement défaut en Suisse. Cette situation a conduit le Conseil fédéral à ordonner, pour donner suite à un postulat Zbinden du 15 décembre 1976, une enquête portant sur le divorce en Suisse, enquête dont les résultats complets seront connus à la fin 1979. Alors seulement, l'avant-projet portant sur le nouveau droit du divorce pourra être achevé (113) et soumis à la procédure de consultation. La publication du message devra donc être attendue encore quelque temps.

L'équité à l'égard des femmes mariées commande par conséquent de ne pas les faire attendre plus longtemps la révision des dispositions sur les effets généraux du mariage et sur les régimes matrimoniaux, révision qui a déjà tant tardé.

173 La commission d'experts

A la fin 1968, le Département fédéral de justice et police a institué, pour préparer les différentes étapes de la révision du droit de la famille, une grande commission d'experts, composée de représentants de la science et de la pratique. Comme l'avait déjà été celle de la commission d'étude, la présidence de cette commission a été confiée au professeur Jacques-Michel Grossen, de Neuchâtel. Les personnes suivantes ont fait partie de la commission durant les travaux relatifs à la révision du droit du mariage:

M. Walter Ackermann, président de la Fédération suisse «Pro Familia» (Lucerne), remplacé, après sa démission en cours de travaux, par la nouvelle présidente de la Fédération, M^{me} Hedi Lang, conseiller national (Wetzikon); M^{me} Elisabeth Blunschy-Steiner, conseiller national (Schwyz); M^{me} Valy

Lenoir-Degoumois, professeur (Genève); M. Henri Deschenaux, professeur (Fribourg); M. Hans Farner, secrétariat central de la Fondation Pro Juventute (Zurich); M. Rolando Forni, juge fédéral (Lausanne); M^{me} Béatrice Gukelberger, avocate (Berne); M. Heinz Hausheer, professeur et sous-directeur de l'Office fédéral de la justice (Berne); M. Cyril Hegnauer, professeur (Wädenswil); M. Hans Hinderling, professeur (Bâle); M^{me} Verena Jost, avocate (Bienne); M^{me} Emma Kammacher, avocate (Genève); M. Werner Kämpfer, juge fédéral (Lausanne); M^{me} Verena Keller, avocate (Aarau); M. Arno Liesch, secrétaire de département (Coire); M^{me} Valeria Masoni, avocate (Lugano), qui s'est retirée en cours de travaux; M^{me} Elisabeth Nägeli (Winterthur); M. Alfred von Overbeck, professeur (Fribourg); M. Jean-François Perrin, professeur (Genève); M. Gilles Petitpierre, professeur (Genève); M^{me} Edith Plattner-Rüttimann, avocate (Grancy); M^{me} Janine Robert-Challandes, juge de district (Saint-Blaise); M. Carl Schlatter, ancien tuteur officiel (Zurich); M. Bernhard Schnyder, professeur (Fribourg); M. Gerd Spitzer (Zurich); M. Rolf Weber, président de tribunal de district et conseiller national (Arbon); M. Maurice Veillard (Lausanne).

Les bases des délibérations du projet élaboré sont dues principalement à la plume du professeur Henri Deschenaux, de Fribourg et à la collaboration du professeur Gilles Petitpierre, de Genève.

La commission d'experts disposait pour ses travaux du matériel de l'Office fédéral de la statistique, de l'enquête sociologique sur la situation de la femme en Suisse, ordonnée par la commission nationale suisse de l'UNESCO, de 1973, et de diverses études sociologiques empiriques de l'Université de Genève. (114) Elle s'est servie aussi des travaux préparatoires pour le rapport de l'Office fédéral des assurances sociales sur la situation de la famille en Suisse. Elle a en outre tiré de rapports étrangers des points de repère relatifs à diverses questions. (115)

Enfin, la commission a pu mettre à profit de nombreuses études juridiques sur la révision du droit de la famille, études qui avaient été suscitées par la publication des rapports de la commission d'étude. (116)

En 1976, la commission d'experts a soumis au Département fédéral de justice et police son avant-projet relatif aux effets généraux du mariage et aux régimes matrimoniaux.

174 L'avant-projet de la commission d'experts, de 1976

174.1 Les effets généraux du mariage

Partant de la conception générale du mariage de partenaires, l'avant-projet a mis en discussion, comme variante à la solution actuelle, un droit de choisir le nom combiné avec une présomption en faveur du nom de famille du mari; c'est là sa principale innovation concernant le droit au nom. La réglementation en vigueur sur le droit de cité a été complétée en ce sens que la femme mariée peut, en le déclarant, conserver son droit de cité cantonal et communal. Pour le surplus, les époux ont été mis sur pied d'égalité. Le principe des décisions communes a été ancré dans le texte, en particulier quant au choix de la demeure

conjugale. La commission a renoncé à des dispositions de protection spéciales en faveur de la femme.

Il convient de relever en particulier que les époux doivent supporter les charges du mariage en commun, chacun selon ses facultés. Contrairement aux dispositions en vigueur, les contributions du mari et celles de la femme ne sont plus fixées séparément, elles sont seulement énumérées; il a été prévu expressément qu'une contribution entière pouvait consister non seulement en prestations pécuniaires, mais aussi dans la tenue du ménage, dans le soin des enfants et, autant que les circonstances la font apparaître nécessaire et supportable, dans la collaboration à l'entreprise ou l'industrie du conjoint. Afin d'empêcher que l'époux qui voue ses soins au ménage ne tombe dans une dépendance économique excessive, l'avant-projet a prévu qu'il avait le droit de recevoir régulièrement de son conjoint un montant équitable dont il puisse disposer librement. De surcroît, l'époux au foyer devrait, lorsque la situation le permet, avoir droit à une part équitable du revenu du conjoint. Enfin, l'époux qui, par son travail, ses revenus ou sa fortune, a contribué à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il devait, aurait droit à ce chef à une récompense équitable.

Un postulat important tendait à développer la protection du mariage. Contentons-nous de signaler le fait que les cantons devraient créer ou appuyer des offices de consultation conjugale ou familiale, et que les compétences du juge des mesures protectrices ont été élargies.

174.2 Les régimes matrimoniaux

La commission d'experts unanime estimait qu'un nouveau régime légal devait remplacer l'union des biens. Elle a porté son choix sur la participation aux acquêts. Seule la séparation de biens demeurerait prévue comme régime conventionnel. La communauté de biens était abandonnée. Il ne s'agissait pas, pour la commission d'experts, de restreindre la liberté de passer un contrat de mariage. Elle a plutôt estimé pouvoir renoncer sans dommage à la communauté de biens vu la souplesse du nouveau régime ordinaire et l'amélioration apportée aux droits successoraux du conjoint survivant (voir ch. 174.3).

La participation aux acquêts préconisée dans l'avant-projet distinguait pour chaque époux les acquêts des apports. Ces deux masses de biens n'étaient définies que d'une façon toute générale. Il était prévu que chaque époux pouvait lui-même administrer ses biens et en jouir. Chaque époux participait pour moitié au bénéfice de l'autre à la dissolution du régime. La participation pouvait, par contrat de mariage, être réglée de façon différente, à condition que soit sauvegardée la réserve des descendants. De telles conventions devenaient cependant caduques en cas de divorce, de séparation de biens ou d'annulation du mariage.

174.3 Les droits successoraux des époux

La position successorale du conjoint survivant en concours avec des descendants a été améliorée par l'augmentation de son droit de succession légal du

quart à la moitié. En revanche, la réserve ne portait plus sur tout le droit de succession, mais seulement sur les trois-quarts. Le droit de succession du conjoint survivant en concours avec le père et la mère du conjoint et leur postérité devait également être majoré. Au surplus, l'avant-projet supprimait la réserve des frères et sœurs pour toute la Suisse, ainsi que l'usufruit des arrière-grands-parents et de leurs enfants.

174.4 Droit transitoire

Soucieuse d'assurer une mise en vigueur aussi rapide que possible du nouveau droit, et convaincue qu'il ne serait pas possible de liquider tous les régimes d'union des biens, la commission d'experts a proposé les principes suivants pour régler le droit transitoire: les époux vivant sous le régime de l'union des biens seraient de par la loi soumis aux nouvelles dispositions sur la participation aux acquêts. La liquidation du régime s'opérerait, pour toute la durée du mariage, d'après le nouveau droit. L'union des biens pourrait cependant être maintenue par contrat de mariage. Tous les contrats de mariage existants demeurerait en vigueur.

175 Le résultat de la procédure de consultation

175.1 En général

Au cours du second semestre de 1976, l'avant-projet de la commission d'experts a été soumis avec un rapport d'accompagnement à l'avis des cantons, des partis politiques ainsi que des associations et organisations intéressées. Il a suscité un vif intérêt. Jusqu'au printemps de 1977, tous les cantons, à l'exception de Thurgovie et de Neuchâtel, avaient pris position; Berne, Soleure, les deux Bâle et Argovie ont présenté un mémoire commun. Douze partis et associations féminines d'orientation politique se sont prononcés. Soixante associations intéressées ont donné leur opinion. Enfin, cinq avis individuels ont été envoyés. Il en est résulté un rapport étendu, qui était achevé au mois d'août 1977.

Nul n'a contesté la nécessité de reviser le droit du mariage, mais nul n'a approuvé l'avant-projet ou proposé de le rejeter. La grande majorité des opinants a pris position de façon très différenciée sur les diverses propositions de modifications. Par conséquent, la mise en valeur des consultations a pris quelque temps. Nous allons donner un aperçu sommaire des principaux résultats, en éclairant de plus près certains aspects spéciaux dans le commentaire des dispositions du projet.

175.2 Appréciation globale de l'avant-projet

Dans aucun avis, l'idée fondamentale de l'avant-projet, tendant à réaliser dans le mariage l'égalité de droit et la relation de partenaires, n'a été rejetée par principe. D'aucuns ont toutefois exprimé la crainte que la recherche de l'égalité ne relègue par trop à l'arrière plan la protection du mariage et de la famille;

d'autres ont estimé que l'avant-projet n'appliquait pas l'idée d'égalité de façon assez conséquente.

175.3 Les différentes propositions relatives aux effets généraux du mariage

La question du nom de la famille a suscité quantité d'avis et, comme il fallait s'y attendre, les opinions ont été très partagées. Bien des milieux consultés ont cependant souligné que cette question ne méritait pas d'emporter le sort du projet. Dans cette véritable mosaïque, une grande partie des avis ont montré de la compréhension pour le besoin de la femme mariée de conserver son nom de famille dans sa profession, comme dans la politique ou la science.

La possibilité pour la femme mariée de conserver le droit de cité de sa famille a été approuvée par divers milieux. Les gens de la pratique se sont toutefois montrés très réticents. Quelques-uns seulement ont regretté que la mise sur pied d'égalité avec le mari désavantage la femme dans la représentation de l'union conjugale et que celle-ci soit moins bien protégée qu'elle ne l'était jusqu'ici.

En ce qui concerne les charges du mariage, cette égalité a généralement été approuvée. Le fait que l'avant-projet n'opère plus de partage des tâches entre les époux n'a donné lieu à aucune discussion. Les auteurs de nombreux avis ont apprécié que l'avant-projet tende à mettre en valeur, en réglant les charges du mariage, le travail domestique et le soin des enfants. C'est pourquoi le droit, pour l'époux qui voue ses soins au ménage, de recevoir une contribution pour ses besoins personnels, a généralement été incontesté. La disposition selon laquelle, outre cet argent de poche, l'époux au foyer devrait participer dans une mesure équitable au revenu de l'autre a été d'autant plus critiquée. Une partie des opinants réclamaient un droit à une part fixe, généralement la moitié du revenu du conjoint. D'autres considéraient, d'une façon générale, ce droit comme superflu. Ce nouveau droit risquait en outre de susciter d'interminables litiges, et de pénaliser l'épargne, nécessaire pour notre économie. D'aucuns ont vu aussi un germe de contestations dans le droit pour un époux de compenser ses prestations extraordinaires.

L'obligation pour les cantons de créer ou de soutenir des offices de consultation conjugale ou familiale a été accueillie avec des sentiments mitigés. On a craint de voir l'Etat reléguer l'initiative privée, qui a pourtant déjà fait beaucoup à cet égard. Les avis étaient également partagés quant à l'extension des compétences du juge des mesures protectrices. La critique était fondée principalement sur l'appréhension de le voir prendre le premier rôle dans les conflits conjugaux de tout genre (mariage à trois) puis sur le fait que, les époux étant mis sur pied d'égalité, la décision d'aucun d'eux ne prévale de par la loi.

175.4 Les diverses propositions relatives aux régimes matrimoniaux

Les options fondamentales de l'avant-projet concernant les régimes matrimoniaux ont été approuvées dans la plupart des avis. Nombre d'opinants ont

demandé toutefois qu'à côté du régime ordinaire de la participation aux acquêts et de la séparation de biens comme régime conventionnel soient prévues la communauté de biens universelle ou la communauté d'acquêts, ou l'une et l'autre. Deux ont demandé que soit maintenue la possibilité d'adopter l'union des biens, du moins à titre conventionnel. Un certain nombre d'opinants auraient préféré un autre régime légal; tous les régimes actuels, parfois fortement modifiés, ont été recommandés à ce titre, de même que certaines combinaisons. Le régime opposé le plus souvent à la participation aux acquêts a été la communauté d'acquêts, mais l'aménagement concret proposé ne s'écartait parfois guère du régime critiqué.

De même, l'aménagement de la séparation de biens judiciaire et de la participation aux acquêts a généralement été approuvé, mais bien des modifications et améliorations rédactionnelles ont été proposées. Ainsi, d'aucuns ont objecté que, dans le régime ordinaire, l'administration et la jouissance séparées ne correspondaient pas à la réalité. Quelques-uns ont demandé que les époux ne puissent disposer des acquêts qu'en commun lorsqu'il s'agit d'actes dépassant l'administration ordinaire. La disposition réglant le partage du bénéfice a été la plus discutée. Le partage par moitié a été approuvé pour le cas où le régime est dissout par le juge. Plusieurs ont demandé qu'au décès d'un époux, la part du conjoint survivant soit accrue, et que seule soit protégée la réserve des descendants non communs. Certains voulaient que la liberté dans l'attribution des acquêts ne fût limitée par aucune réserve. Les options étaient divisées sur la question de savoir si les clauses qui modifient la participation étaient aussi applicables dans les cas de divorce.

175.5 Les diverses propositions relatives au droit successoral et au droit transitoire

L'insertion dans la révision de certaines dispositions de droit successoral n'a été combattue que dans un seul avis, dont les auteurs entendaient discuter les modifications proposées dans le cadre d'une révision totale du droit successoral.

L'abandon de l'usufruit des arrière-grands-parents et de leurs descendants directs n'a pas suscité de grandes résistances. De même, la suppression de la réserve des frères et sœurs n'a plus guère donné lieu à discussion. En revanche, la question de la majoration de la part successorale du conjoint survivant a été abondamment débattue. La réglementation proposée a cependant rencontré un écho favorable dans bien des avis. Il est vrai que certains lui ont reproché de ne pas aller assez loin, et d'autres, trop loin.

Dans le droit transitoire, la discussion a surtout porté sur la question de savoir dans quelles conditions les mariages contractés avant l'entrée en vigueur du nouveau droit doivent être soumis au nouveau régime ordinaire. La solution proposée a parfois été taxée de trop radicale. Quelques avis visaient une modification de la conception fondamentale en demandant que le régime matrimonial en vigueur soit maintenu pour les mariages déjà contractés, tant que les époux ne remettent pas de déclaration contraire.

Le résultat de la procédure de consultation exigeait que l'avant-projet (117) fut réexaminé encore une fois et, au besoin, remanié. Il s'agissait notamment, comme le vœu en avait été exprimé dans bien des avis, d'introduire la communauté de biens dans le projet comme régime conventionnel. Le droit en vigueur ne pouvait être repris qu'en partie, car il est encore empreint de la prééminence maritale. Il a donc fallu, dans de larges secteurs, remanier les dispositions sur la communauté de biens et les accorder aux objectifs de la revision.

Un groupe de travail départemental, composé de membres de la commission d'experts, a été constitué pour mettre au point l'avant-projet. Le Conseil fédéral s'appuie largement, dans le présent message, dont la partie consacrée au commentaire des articles se fonde sur des travaux du professeur Deschenaux, de Fribourg, sur le projet convaincant de la commission. Le projet reprend, sans rien y changer d'essentiel, la systématique du Code civil de 1907, sans article supplémentaire, mais avec trois dispositions de moins.

18 Aperçu de droit comparé

La revision proposée s'inscrit dans un mouvement législatif qui couvre l'Europe entière et s'étend même bien au-delà de notre continent (118). Que ce soit par une réforme globale ou, comme il est plus souvent arrivé, par une série de modifications successives, la plupart des législateurs contemporains ont jugé indispensable d'établir de nouvelles dispositions au sujet des effets généraux du mariage et des régimes matrimoniaux. Parallèlement, plusieurs pays ont entrepris ou réalisé une réforme des droits successoraux du conjoint survivant.

Les réformes dont il s'agit sont toutes de fraîche date. Beaucoup d'entre elles sont intervenues au cours des cinq ou dix dernières années. Il n'en est guère qui remontent à plus de vingt ans. Pour limiter les références aux pays voisins et à quelques pays proches du nôtre par la géographie et par leur tradition juridique, il nous suffira de mentionner (119) les réformes faites dans la République fédérale d'Allemagne (principalement par les lois du 18 juin 1957 et du 14 juin 1976), en Autriche (lois du 1^{er} juillet 1975 et du 15 juin 1978), en Belgique (lois du 30 avril 1958 et du 14 juillet 1976), en France (lois du 13 juillet 1965, du 4 juin 1970 et du 11 juillet 1975), en Italie (loi du 19 mai 1975), au Grand-Duché de Luxembourg (lois du 12 décembre 1972 et du 4 février 1974) ou encore aux Pays-Bas (lois du 14 juin 1956 et du 3 avril 1969).

Si différentes soient-elles au plan des techniques législatives ou des détails, les lois nouvelles se caractérisent par une grande ressemblance de leurs objectifs généraux. Les points de convergence que leur comparaison révèle sont d'autant plus frappants qu'ils ne résultent ni d'une concertation organisée entre les Etats ni d'imitations délibérées. Il est vrai que la plupart des législateurs ont pu tirer parti d'études comparatives plus ou moins approfondies. Aucun d'eux, cependant, n'a jugé opportun de reprendre purement et simplement un modèle étranger à son compte. Les convergences qui existent néanmoins apparaissent

dès lors comme le produit d'une évolution largement concordante des idées et des faits sociaux (120).

Les indications qui suivent porteront seulement sur les principes qui inspirent les réformes contemporaines et, à titre d'illustration, sur quelques modalités essentielles de leur mise en œuvre.

181 Les principes directeurs

La première chose à en dire est que, loin de poursuivre une seule idée, les lois d'aujourd'hui tentent de concilier des exigences parfois contradictoires.

Ainsi est-il certain que, d'une part, la suppression des derniers vestiges de la tutelle maritale et l'établissement de l'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille représentent une des fins primordiales de toutes les réformes en cause. La qualité de chef de famille du mari est abolie. Le droit de la famille écarte toute idée de subordination de l'un des époux à son conjoint. A l'un et à l'autre il attribue une marge d'autonomie dans l'ordre personnel, professionnel et matériel. Mais, d'autre part, cette poussée d'individualisme ne va pas jusqu'au sacrifice des intérêts du couple. Elle trouve un contrepoids dans l'accent que les lois nouvelles mettent sur la concertation des époux. L'accord des époux sur toute question d'importance pour la société conjugale qu'ils forment est considéré à la fois comme la condition indispensable et comme la meilleure garantie possible du succès de leur union. Les époux sont égaux. Ils sont des partenaires égaux.

En même temps qu'il consacre l'égalité des époux et qu'il leur reconnaît une plus grande liberté d'action, le législateur s'engage, par une nécessité logique, à protéger les intérêts individuels du mari et de la femme. De fait, parmi les dispositions insérées dans les lois d'aujourd'hui, beaucoup servent à cette protection. Pour autant, les intérêts de l'union conjugale prise comme telle ne sont pas oubliés. Au contraire, des règles nouvelles ont été édictées, notamment sous la forme de restrictions de pouvoir, qui ont l'effet de subordonner les intérêts personnels des époux aux intérêts et aux fins de l'union conjugale.

La volonté d'aboutir à un point d'équilibre entre des exigences contraires se manifeste encore dans le rôle assigné soit à la loi elle-même, soit aux autorités qui ont la charge de l'appliquer. D'un côté, en effet, les lois nouvelles sont caractérisées par une certaine auto-limitation (121). Le législateur de notre temps n'entretient plus l'ambition de régler la vie de famille dans ses détails quotidiens. Partant d'une vue plus réaliste des choses, conscient de ce que le succès ou l'échec d'un mariage dépend avant tout des époux eux-mêmes, il les laisse libres, dans une large mesure, d'adopter le mode de vie qui leur convient. Il s'abstient en particulier de leur imposer un modèle déterminé de répartition des rôles dans la famille. D'un autre côté, la doctrine du «laissez-faire» ne saurait évidemment valoir sans restriction. Il incombe tant au législateur qu'au juge de veiller à ce que la justice règne non seulement dans la société en général, mais aussi dans la famille et dans les rapports entre époux (122). C'est pourquoi les lois nouvelles ne redoutent pas d'aménager des mesures de protection des époux et du couple. Elles prévoient l'intervention du juge

lorsqu'elle peut seule empêcher que les intérêts du ménage ou de l'un des époux ne soient injustement compromis par un conjoint oublieux de ses devoirs ou incapable de s'en acquitter. Du même coup veulent-elles éviter que les difficultés d'une vie conjugale ne puissent trouver d'autre sanction que la séparation ou le divorce.

Si le souci de concilier des exigences diverses est très apparent dans les nouvelles dispositions sur les effets généraux du mariage, on verra plus loin qu'il est tout aussi sensible dans le domaine du régime matrimonial légal (123).

182 Le modèle de la concertation

En droit suisse, il a déjà trouvé une heureuse expression dans l'article 159 du Code civil, dont le projet reprend le texte. Des formules analogues se lisent dans les lois étrangères les plus récentes. Ainsi, selon l'article 213 du Code civil français, «les époux assurent ensemble la direction morale et matérielle de la famille». Ou bien, selon le paragraphe 91 du Code civil général autrichien (ABGB:) «Die Ehegatten sollen ihre eheliche Lebensgemeinschaft ... einvernehmlich gestalten.» Ou encore, selon l'article 143, 2^e alinéa, du Code civil italien: «Dal matrimonio deriva l'obbligo reciproco ... alla collaborazione nell'interesse della famiglia.»

Le principe de la concertation est souvent réaffirmé dans les règles spéciales qui se rapportent à la demeure commune des époux. Lors même qu'elles ont cessé d'assigner un domicile légal à la femme mariée, les lois nouvelles maintiennent que le mariage entraîne normalement une obligation pour les époux de vivre ensemble. Toutefois, à la différence des anciens textes, elles ne remettent plus le choix de la demeure commune au mari, mais le font dépendre de l'accord des époux (124).

Parfois, l'exigence de l'accord des deux époux sert à assurer la protection de certains intérêts essentiels de l'union conjugale ou du moins à empêcher qu'ils ne soient compromis par des initiatives individuelles d'un des conjoints. Dans ces cas-là, le modèle de la concertation opère comme une restriction du pouvoir de disposer. Ainsi, selon l'article 215, alinéa 3, du Code civil français, «les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits par lesquels est assuré le logement de la famille, ni des meubles meublants dont il est garni.» Mais le droit français n'est pas le seul à prévoir une protection spéciale du logement de la famille (125). Au contraire est-il rejoint, dans cette préoccupation, par un grand nombre de législations contemporaines (126). L'article 215 du code civil belge porte du reste la même règle que son homologue français et il est fréquent aussi que les objets du ménage ne puissent être aliénés que d'un commun accord entre les époux (voir notamment le paragraphe 1369 du Code civil allemand [BGB]).

183 Le modèle égalitaire

La concertation s'entend d'un accord sans cesse renouvelé entre des partenaires égaux. A cet égard, les lois récentes ne se bornent pas à éliminer les

dispositions qui établissaient de façon toute générale – à la manière de l'article 160, 1^{er} alinéa, du Code civil suisse – la prééminence (juridique) du mari. Elles expriment positivement et concrètement l'égalité des droits et des devoirs des époux.

Les charges du mariage en fournissent un exemple fort important. Traditionnellement, elles pesaient en première ligne sur le mari, tenu d'une obligation d'entretien vis-à-vis de sa femme. Les lois nouvelles disposent au contraire que les époux contribuent aux charges du mariage «à proportion de leurs facultés respectives». La formule est celle de l'article 214, 1^{er} alinéa, du Code civil français. Elle a ses parallèles à l'article 221, 1^{er} alinéa, du Code civil belge, à l'article 148 du Code civil italien, au paragraphe 94 du Code civil général autrichien et au paragraphe 1360 du Code civil allemand.

En bonne logique, la question de la représentation de l'union conjugale devait être revue elle aussi. Les solutions d'autrefois consistaient à attribuer un pouvoir général de représentation au mari, à la femme un pouvoir plus limité, sous la forme du pouvoir domestique (en Allemagne ou en Suisse), du mandat domestique (en France) ou de l'«agency of necessity» (comme en Angleterre). Les nouvelles règles se placent sous le double signe de l'égalité et de la solidarité. L'article 220 du Code civil français dispose que «chacun des époux a pouvoir pour passer seul les contrats qui ont pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants» et que «toute dette ainsi contractée par l'un oblige l'autre solidairement». Il exclut toutefois de la solidarité «les dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant». Le même principe est consacré par l'article 222 du Code civil belge. Le paragraphe 1357, 1^{er} alinéa, du Code civil allemand, dans la version entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1977, est très proche de ces solutions: «Jeder Ehegatte ist berechtigt, Geschäfte zur angemessenen Deckung des Lebensbedarfs der Familie mit Wirkung auch für den andern Ehegatten zu besorgen. Durch solche Geschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet, es sei denn, dass sich aus den Umständen etwas anderes ergibt». En revanche, le paragraphe 96 du Code civil général autrichien a une portée plus restrictive. Il recourt à une «Schlüsselgewalt» modifiée, en prévoyant que l'époux qui tient le ménage commun et n'a pas de revenus représente son conjoint dans les actes juridiques de la vie quotidienne, pourvu que ceux-ci soient accomplis pour les besoins du ménage commun et qu'ils ne dépassent pas la mesure déterminée par le train de vie des époux.

184 Le modèle d'autonomie

Il y a d'abord une autonomie du couple, par rapport à la loi, dans la mesure où les lois nouvelles renoncent à imposer aux époux la répartition des rôles qui était de tradition (voir art. 160, 2^e al., et 161, 3^e al., CC). Ceci n'augmente pas seulement les possibilités de la femme, mais supprime également l'obligation du mari d'être le soutien premier de la famille. A côté de l'autonomie du couple par rapport à la loi, il y a l'autonomie individuelle de chacun des époux par rapport à son conjoint.

Cette autonomie individuelle se manifeste notamment au plan de la profession. Auparavant, la femme mariée ne pouvait exercer de profession ou d'industrie qu'avec l'autorisation expresse ou tacite de son mari. Les lois nouvelles prévoient au contraire la liberté pour chacun des époux d'exercer la profession de son choix. Certaines d'entre elles affirment cette liberté sans restriction. L'article 223 du Code civil français dispose par exemple que «la femme a le droit d'exercer une profession sans le consentement de son mari». D'autres l'assortissent de la réserve, valable pour le mari comme pour la femme, de l'intérêt de la famille. C'est ainsi que l'article 216 du Code civil belge dit que «chaque époux a le droit d'exercer une profession sans l'accord de son conjoint», en ajoutant que «toutefois, si celui-ci estime que cette activité est de nature à porter un préjudice sérieux à ses intérêts moraux ou matériels ou à ceux des enfants mineurs, il a un droit de recours devant le tribunal de première instance et en cas d'urgence devant le président de ce tribunal». De même, en disposant que les deux époux sont en droit d'exercer une activité lucrative, le paragraphe 1356, 2^e alinéa du Code civil allemand précise que dans le choix de l'exercice d'une profession, chacun des époux doit prendre égard aux intérêts de son conjoint et de la famille. Tel est aussi le sens du paragraphe 91 du Code civil général autrichien.

L'autonomie individuelle des époux apparaît encore dans la réglementation nouvelle de la gestion et de la disposition des biens. Sous la réserve importante de l'obligation de contribuer aux charges du mariage, chacun des époux est désormais libre, en particulier, de disposer de ses gains et salaires. Voir par exemple l'article 224 du Code civil français: «Chacun des époux perçoit ses gains et salaires et peut en disposer librement après s'être acquitté des charges du mariage»; l'article 217 du Code civil belge: «Chaque époux perçoit seul ses revenus et les affecte par priorité à sa contribution aux charges du mariage». Des solutions semblables résultent, dans d'autres pays, du régime matrimonial légal. Enfin, les normes d'après lesquelles l'époux qui se voue au ménage et n'exerce pas d'activité lucrative peut prétendre que des sommes d'argent soient périodiquement mises à sa disposition visent aussi à lui assurer une certaine marge d'autonomie dans l'ordre matériel.

185 L'intervention du juge

Il y a peu de temps encore, beaucoup de législations européennes ne connaissaient d'autres sanctions des devoirs entre époux que la séparation ou le divorce. Des lois récentes ont complètement modifié la situation. Actuellement, de nombreux textes de loi ouvrent aux époux la possibilité de saisir le juge, par une procédure simple et rapide, des difficultés – ou du moins de certaines difficultés – de leur vie conjugale.

Dans ce contexte, il convient de mentionner en particulier la règle très générale de l'article 145 du Code civil italien, qui dispose qu'en cas de désaccord, chacun des époux peut requérir, sans formalité, l'intervention du juge. L'article 220-1 du Code civil français est un peu plus restrictif par le fait qu'il subordonne l'intervention judiciaire à un manquement grave en même temps qu'à un péril pour l'union conjugale. Il porte que «si l'un des époux manque

gravement à ses devoirs et met ainsi en péril les intérêts de la famille, le président du tribunal de grande instance peut prescrire toutes les mesures urgentes que requièrent ces intérêts». La question a d'ailleurs été discutée, en France, de savoir si ce texte visait exclusivement les intérêts patrimoniaux des époux ou également leurs intérêts personnels. Elle paraît résolue maintenant dans le sens du second terme de l'alternative. L'article 223 du Code civil belge, lui, est rédigé de manière à prévenir toute hésitation sur ce point. Il prévoit que «si l'un des époux manque gravement à ses devoirs, le juge de paix ordonne, à la demande du conjoint, les mesures urgentes et provisoires relatives à la personne et aux biens des époux et des enfants».

186 Spécialement: Le régime matrimonial légal

Un régime matrimonial représente par définition «un corps de règles cohérentes, un ensemble de dispositions dont les éléments sont en étroite corrélation» (127). Dans les régimes du passé, la cohérence a souvent été obtenue par l'application systématique d'un principe absolument dominant, comme celui de la séparation (qui, poussée à l'extrême, revient à prévoir que le mariage reste sans influence sur les biens des époux), celui de la communauté (qui, lorsqu'elle est universelle, entraîne, tout à l'opposé, une fusion complète des patrimoines du mari et de la femme) ou encore celui de la concentration de tous les pouvoirs (sinon nécessairement de tous les droits) dans la personne du mari.

Mais le propre des nouveaux régimes légaux est justement d'abandonner l'idée de réduire les rapports patrimoniaux entre époux à un principe unique. En matière de régime matrimonial comme dans le domaine des effets généraux du mariage, l'ambition des législateurs contemporains est de concilier autant qu'il se peut des exigences diverses et pour une part contradictoires (128). Ils s'adressent résolument, aujourd'hui, aux régimes mixtes, lesquels recherchent un équilibre entre la liberté, l'égalité et la solidarité des époux.

C'est ainsi que la séparation de biens, qui fut considérée naguère comme le régime de l'avenir, ou du moins comme le plus propre à réaliser l'émancipation de la femme, a perdu ses adeptes (129). L'Italie, qui avait fait d'elle son régime légal, l'a abandonnée en 1975. Au Danemark comme en Suède, les commissions de réforme n'ont pas voulu d'un régime légal de séparation. Mais c'est sans doute l'Angleterre qui fournit ici l'illustration la plus impressionnante. Longtemps attachée à une sorte de séparation qui confinait à la négation même du concept de régime matrimonial, elle s'oriente depuis quelques années – en partie par des réformes législatives, en partie grâce à une série de précédents novateurs – vers un ensemble complexe de solutions comportant des éléments communautaires (130).

Les lois récentes ont généralement retenu comme régime ordinaire soit un régime de communauté d'acquêts, soit un régime de participation aux acquêts (dit aussi de compensation des masses ou de communauté différée des augmentations).

Il est malaisé de décrire ces régimes en quelques lignes. Ce peut même être

dangereux parce que chacun d'eux comporte des nuances propres, en quantité, parce qu'une analyse sommaire néglige nécessairement l'interaction de dispositions multiples et aussi parce que la portée exacte d'un régime matrimonial ne peut être appréciée que s'il est tenu compte de sa relation avec les règles qui gouvernent les effets généraux du mariage et les successions (131).

L'originalité des lois nouvelles qui consacrent comme régime ordinaire la communauté d'acquêts tient surtout au fait que, désormais, le mari n'apparaît plus comme le maître, en tout cas plus comme le seul maître de la communauté. Le législateur qui retient ce système doit principalement s'attacher à définir les différentes masses de biens (surtout ces «acquêts» qui entrent en communauté), à organiser les pouvoirs de gestion et de disposition des époux sur ces masses, à déterminer comment la masse des biens communs sera attribuée ou partagée au moment de la liquidation du régime.

Le système de la participation aux acquêts ou de la compensation des masses prévoit, pour la liquidation, que chacun des époux a droit à une part soit de l'actif net, soit des acquêts obtenus par son conjoint. Cette participation peut être aménagée selon plusieurs techniques. Le législateur qui opte pour un régime de ce genre doit non seulement fixer les modalités de la participation ou de la compensation, mais aussi prévoir les mesures de protection grâce auxquelles, malgré la liberté de disposer reconnue à chaque époux, l'expectative de bénéfice ne sera pas illusoire (132).

Il ressort de ces brèves notations que les deux régimes en cause ont certains avantages communs. Ils permettent l'un et l'autre d'assurer une répartition égale du fruit des efforts communs des époux, d'honorer comme il convient la contribution de l'époux qui s'occupe du ménage et des enfants plutôt que de s'engager dans une activité lucrative (133). Chacun des deux régimes permet au surplus de ménager une bonne marge d'initiative individuelle aux époux, encore que celle-ci soit plus accentuée par le système de la participation aux acquêts.

L'inconvénient majeur de tout système de communauté réside apparemment dans la difficulté de résoudre de façon satisfaisante le problème de l'administration des biens communs. La solution de la loi française du 13 juillet 1965 a consisté à confier cette administration au mari, mais il y a là une entorse au principe de l'égalité du mari et de la femme et, par cette raison même, la règle de l'article 1421 CC est remise en cause par un projet du Sénat français. Une autre solution consiste à faire dépendre tout acte d'administration concernant les biens communs de l'accord des époux. On voit toutefois immédiatement que la cogestion généralisée est une grande complication – surtout pour les relations juridiques avec des tiers. Les lois qui l'adoptent ne peuvent dès lors éviter d'en atténuer l'effet par l'établissement d'une présomption de l'accord des époux.

Une autre solution encore permet à chacun des époux d'administrer les biens qui sont entrés dans la communauté de son chef. Elle a été retenue au Grand-Duché de Luxembourg. L'ennui est qu'elle travestit l'idée de communauté au point de n'en conserver que le nom. Enfin peut-on, à l'exemple du droit belge, tenter de juxtaposer divers modes de gestion: individuelle, concurrente, con-

jointe. Le risque est alors que les distinctions savantes que le code trace soient oubliées dans la pratique. Le droit italien prévoit aussi un système mixte: chacun des époux peut faire seul des actes de simple administration, tandis que l'accord des époux est nécessaire pour les actes de disposition plus importants. Si l'un des époux dispose de biens en dépassant son pouvoir d'administration, l'acte n'est pas simplement nul. Lorsque l'acte de disposition concerne des biens immobiliers ou des biens mobiliers immatriculés, l'époux qui n'a pas donné son accord peut introduire une action en nullité dans le délai d'une année (art. 184 I-II) (134).

L'inconvénient majeur de la participation aux acquêts est dans la complexité des calculs que sa mise en œuvre suppose au moment de la liquidation du régime. On lui reproche aussi de se présenter, durant le mariage, comme une séparation, sous réserve de certains tempéraments qui résultent notamment des effets généraux du mariage.

187 Conclusion

Cet aperçu devrait avoir montré, entre autres choses, que les objectifs assignés aux réformes contemporaines des effets généraux du mariage et des régimes matrimoniaux étaient déjà, pour une large part, ceux du Code civil suisse, plus récent que la plupart des codes qui viennent d'être révisés. Le modèle de la concertation se dessinait déjà très clairement à son article 159 CC. Les articles 169 et suivants instituaient des mesures protectrices de l'union conjugale. Le régime de l'union des biens se présentait dès l'origine comme l'essai d'un régime de type mixte. C'est dire que si l'examen des lois étrangères apporte une quantité de suggestions utiles, il confirme en même temps que, dans notre pays, la réforme désormais indispensable consistera à prolonger et parfaire l'œuvre réalisée au début du siècle, non point à la renier.

2 Partie spéciale: Commentaire du projet

21 Des effets généraux du mariage

211 Droits et devoirs des époux (art. 159)

L'article 159 CC est repris tel quel (135). Il définit avec bonheur la substance du mariage monogamique. Dans son 2^e alinéa, il affirme à la fois la subordination des époux au bien commun et l'égalité dans les charges et les droits. Ainsi, cette disposition fait ressortir le but de la revision, qui tend à faire en principe de la femme l'égale de l'homme dans le mariage. Le devoir, pour les époux, d'assurer d'un commun accord la prospérité de l'union conjugale, domine tout le droit du mariage. Chaque époux doit faire passer le bien de la communauté avant ses vœux personnels et s'entendre avec son partenaire également sur les questions qu'il pourrait résoudre seul, lorsqu'elles concernent l'union conjugale.

Point n'est besoin de préciser, comme le fait le paragraphe 1353 BGB, que les époux doivent mener une vie commune (eheliche Lebensgemeinschaft). L'ar-

ticle 159 le sous-entend, et cela ressort aujourd'hui de l'article 140 CC sur l'abandon malicieux, et de l'article 170, 1^{er} et 2^e alinéas, CC, sur la suspension de la vie commune. Le projet n'entend rien changer à ce devoir (art. 175 et 176), même si les époux peuvent organiser plus librement leur vie commune. L'époux qui manque à ses devoirs découlant du mariage encourt une sanction civile consistant dans les mesures protectrices de l'union conjugale (cf. art. 172 ss). En outre, l'inobservation de ces devoirs peut jouer un rôle dans le procès en divorce ou en séparation de corps (136).

212 Le nom de famille et le droit de cité

212.1 Le nom de famille pendant le mariage (art. 160)

Selon le code civil, la femme mariée porte le nom de son mari (art. 161, 1^{er} al., CC), et les enfants le nom commun des parents (art. 270, 1^{er} al., CC). La femme a le droit de porter ce nom; elle en a aussi le devoir (137). Par exemple comme titulaire d'une raison de commerce, elle doit figurer sous son nom de femme mariée (art. 945 CO). Il en va de même en droit administratif, notamment en droit électoral. En se mariant, la femme ne perd cependant pas tout à fait son nom (138). Ainsi, la femme commerçante qui se marie peut conserver son ancienne raison sociale (art. 954 CO). De plus, il est loisible aux époux de faire suivre le nom du mari du nom de la femme (139). En fait, l'usage du double nom est assez répandu dans notre pays, ne serait-ce que pour des raisons pratiques tenant au besoin d'identification des couples. Indépendamment de cet usage, il est aussi admis que la femme artiste, écrivain, journaliste, cantatrice etc. se présente dans la vie courante sous le nom sous lequel elle s'est fait connaître (140). Il convient enfin de retenir que, sauf dans les actes authentiques où les lois applicables posent des exigences de forme rigoureuses, il suffit, pour la plupart des actes sous seing privé, que la signature apposée identifie suffisamment son auteur (141).

Le Conseil fédéral a décidé de conserver le principe admis jusqu'à présent. Un droit d'option selon le modèle des droits japonais, allemand et autrichien, tel que l'avant-projet de 1976 l'avait mis en discussion, répond certes au postulat de l'égalité entre époux et assure l'unité du nom de famille, puisque les fiancés peuvent choisir comme nom de famille le nom de la femme ou celui de l'homme. Toutefois, une telle égalité est plus formelle qu'effective, car l'un des époux doit renoncer à son nom. Dans la procédure de consultation ouverte sur l'avant-projet de 1976, on a exprimé l'avis que le droit d'option pourrait devenir une pierre d'achoppement au projet matrimonial et la source de divergences entre les familles des fiancés, qu'il compliquait la situation quant à l'état civil et créait ainsi de nouvelles sources d'erreurs; il ne correspondrait d'ailleurs à aucun besoin véritable (142). Pour ces motifs et pour d'autres, la majorité a rejeté le droit d'option mis en discussion.

Dans la même procédure, d'aucuns ont proposé l'adoption d'un nom composé. Cette solution implique cependant des difficultés considérables. L'un ou l'autre époux ou même les deux peuvent déjà porter un double nom; le nom de famille s'allongerait démesurément. Indépendamment de ce cas, il faut régler

l'ordre des deux noms: si l'on s'en remet aux époux, qu'en sera-t-il en cas de désaccord? De plus, le double nom serait porté par les enfants. Or, à la seconde génération déjà, un enfant qui se marie aurait à porter quatre nom. On statuerait sans doute que le nom composé ne peut comprendre que deux noms, mais il faudrait prévoir des critères pour les éliminations ou des règles subsidiaires en l'absence de choix ou en cas de désaccord des époux. Ces quelques explications montrent que la solution du double nom est compliquée et que par conséquent, elle ne peut pas entrer en considération pour la Suisse. On pourrait envisager, comme l'ont suggéré en principe les cantons de Vaud et de Genève, que le mariage n'exerce pas d'effet sur le nom des époux. A l'étranger, cette solution a été appliquée sous des formes diverses (143), mais nulle part elle ne l'a été intégralement. En outre, dans tous les pays qui l'ont adoptée, les enfants reçoivent le nom du père, de sorte que la pleine égalité entre époux n'existe pas. Il convient cependant d'opposer avant tout à une solution aussi radicale le fait que le Code civil suisse a introduit pour toute la Suisse le principe de l'unité du nom, il y a près de 70 ans, alors que la tradition du droit romain régnait, avant 1912, dans les cantons romands, et au Tessin. Innover ainsi qu'on l'envisage serait donc faire fi de la tradition juridique, ce que de larges milieux comprendraient mal.

Comme il n'existe pas de variante convaincante en regard de la solution actuelle, le projet ne prévoit pas de modification fondamentale. S'il existe de justes motifs, les époux peuvent, conformément à l'article 30 CC, être autorisés à changer de nom, pour porter comme nom de famille celui qu'avait la femme lorsqu'elle était jeune fille. Cependant, le droit du mariage ne saurait être révisé sans qu'on pense à l'avenir, car enfin, les nouvelles dispositions doivent répondre pendant quelques décennies encore au sentiment du droit. Il serait donc regrettable d'en rester simplement au statu quo en ce qui concerne le nom, c'est-à-dire de s'en tenir à la réglementation rigide actuelle, sans chercher à permettre une certaine ouverture pour tenir compte des développements sociaux et de l'avis de nombreuses jeunes femmes. Le Conseil fédéral ne peut ignorer le fait que le nom est l'objet d'un droit de la personne et que, pour nombre de femmes, le changement de nom imposé lors du mariage constitue une grave atteinte à leur statut personnel (144). Les femmes qui se sont acquies une position en vue, en particulier dans leur profession ou sur le plan politique, ont le droit de souhaiter une réglementation plus ouverte, ne serait-ce que pour écarter les difficultés résultant pour elles du changement de nom.

La revision doit par conséquent donner à la femme mariée le droit, non seulement de faire suivre, mais aussi de faire précéder le nom de famille de son ancien nom (art. 160, 2^e al.), à la condition toutefois que le nom de famille demeure reconnaissable comme tel; cela suppose une référence au mariage. Si Mademoiselle Blanc épouse Monsieur Favre, elle pourra d'emblée s'appeler Favre-Blanc. Mais si elle veut se désigner d'abord comme Blanc, elle devra ajouter «alliée Favre», ou «épouse de Favre». Cette solution permet d'éviter les difficultés administratives que peut entraîner l'innovation proposée puisqu'elle montre clairement quel est le nom de famille.

L'ancien nom que la femme peut accoler au nom de famille est d'abord le nom qu'elle portait avant de se marier (son nom de jeune fille, de veuve, ou de

divorcée). Mais la femme peut aussi se servir du nom qu'elle portait avant un précédent mariage, à savoir son nom de jeune fille ou le nom qu'elle tenait d'un mariage antérieur. Il convient en effet de laisser à la femme la plus grande latitude à cet égard, pour tenir compte de ses besoins personnels spécifiques.

Au deuxième alinéa, le droit accordé à la femme mariée de porter un nom composé en faisant précéder ou suivre le nom de famille du nom qu'elle portait jusqu'alors ou avant un précédent mariage doit souffrir certaines réserves pour des raisons aisément compréhensibles. Ce droit trouve une première limite dans l'intérêt majeur de la collectivité et des tiers à identifier une personne d'une manière incontestable. Ainsi, par exemple, tant que dure le lien conjugal, la femme qui désirerait se faire inscrire sous plusieurs noms dans le registre de l'état civil (145) ou dans les registres de l'AVS, ne le pourrait pas. Dans ces domaines, des règles uniformes d'entérinement devront être établies pour toutes les femmes mariées; dans les circonstances actuelles, seul le nom commun des époux, au sens du premier alinéa, est le plus souvent pris en considération. Le même argument vaut aussi pour l'établissement de certaines pièces d'identité officielles, par exemple l'acte d'origine ou la carte AVS. On se heurterait en effet à de graves difficultés si une seule et même personne était désignée par des noms différents dans diverses pièces d'identité. Cette exigence d'une désignation uniforme ne s'impose pas de la même manière pour tous les registres officiels et pour toutes les pièces de légitimation. Elle pourrait se modifier par exemple, parallèlement à une nouvelle conception des registres. Une formule souple peut donc se révéler utile. Elle laissera une certaine latitude aux autorités pour adopter les législations adéquates. Pour ces raisons, l'article 160, 3^e alinéa, prévoit que si cela est nécessaire, le nom de famille de la femme figurera seul dans les registres officiels et sur les pièces de légitimation. Hors du champ d'action de cet alinéa, la femme mariée pourra accoler son propre nom au nom du son mari de la façon prescrite. Elle pourra le faire dans tous les actes de la vie juridique privée, même s'ils doivent être reçus en la forme authentique. Elle pourra faire figurer son double nom dans des registres publics, comme le registre foncier, le registre du commerce, le registre des pactes de réserve de propriété, registres dans lesquels la nécessité d'un nom uniforme ne s'impose pas. Dans ses relations avec les autorités administratives et de poursuite, la femme mariée pourra aussi se prévaloir de la faculté que lui accorde l'article 160, 2^e alinéa du projet. Le droit administratif cantonal et fédéral devra en tenir compte. Ainsi, en matière d'élection, une femme mariée devra pouvoir se présenter sous le nom qu'autorise le code civil: par exemple, Madame Favre née Blanc pourra figurer sur les listes sous le nom de «Madame Blanc alliée Favre».

212.2 Le nom des époux à la dissolution du mariage (art. 134, 2^e al., et art. 149, 2^e al.)

D'après le droit en vigueur, la femme divorcée perd le nom qu'elle a acquis par le mariage, ce qui n'est pas le cas de la veuve. Par contre, le divorce n'affecte en rien le nom du mari: la balance n'est pas égale entre les époux. Bien des femmes divorcées usent de la possibilité que leur donne l'article 30 du Code

civil de solliciter un changement de nom pour de justes motifs afin de pouvoir conserver le nom de leur mari, mais cette procédure leur occasionne des frais supplémentaires. En outre, les cantons appliquent l'article 30 de façon fort inégale, et l'autorisation ne dépend pas uniquement de l'intérêt de la femme concernée.

Si la loi astreint la femme à changer de nom lorsqu'elle se marie, il faut bien qu'elle lui accorde, en compensation, le droit de conserver son nouveau nom. Le nom est l'objet d'un droit personnel; son maintien doit être garanti dans toute la mesure possible. Il convient de prévoir que la femme divorcée conserve en principe le nom qu'elle a acquis par la mariage (art. 149 [nouveau], 2^e al., début), la même règle s'appliquant en cas de nullité de mariage pour la femme de bonne foi (art. 134 [nouveau], 2^e al., début). Dans les deux cas, il est préférable d'adopter légalement une solution nette, plutôt que de confier au juge le soin de statuer, cas par cas, sur la conservation ou la perte du nom acquis par la femme.

Toutefois, le postulat de la permanence du nom de famille doit céder le pas à l'intérêt personnel manifesté par la femme à reprendre son ancien nom afin de retrouver son identité d'avant le mariage dissous. C'est pourquoi les nouvelles dispositions prévoient que la femme peut reprendre le nom qu'elle portait avant de se marier ou avant un précédent mariage (cf. art. 134, 2^e al., et 149, 2^e al.). Pour reprendre son ancien nom, elle devra en faire la déclaration à l'officier de l'état civil dans les six mois à compter du jugement passé en force sur le divorce ou la nullité du mariage. L'officier de l'état civil compétent sera désigné dans l'ordonnance sur l'état civil. Le délai de six mois prévu pour la déclaration permet à la femme de se familiariser avec sa nouvelle situation et de prendre une décision objective.

En cas de veuvage, les intérêts sont différents. Dans la grande majorité des cas, la veuve n'éprouvera pas le besoin de reprendre son ancien nom. Au contraire, le sentiment de piété pour le mari défunt et/ou la considération des enfants attachent la veuve au nom qu'elle a acquis. Dans la situation exceptionnelle où il en irait autrement, l'épouse survivante a la ressource de solliciter un changement de nom pour de justes motifs (art. 30 CC).

212.3 Le droit de cité (art. 161)

Selon le droit en vigueur, la femme suisse, par son mariage, acquiert le droit de cité de son mari (art. 161, 1^{er} al., CC), à savoir son droit de cité cantonal et son droit de cité communal, voire les divers droits de cité cantonaux qu'il possède.

Cette disposition n'a qu'une portée de droit interne. Les questions que posent l'acquisition et la perte de la nationalité suisse sont régies par la loi fédérale du 29 septembre 1952 (art. 3, 1^{er} et 2^e al., art. 4, 9, 18 ss, art. 32 et 43 LN). Il n'y a pas lieu d'aborder dans le présent contexte les problèmes touchant à la revision éventuelle de cette loi, en particulier sous l'angle de l'égalité des époux car, pour être judicieuses, de nouvelles solutions exigent une revision constitutionnelle (art. 54, 4^e al.) que le Conseil fédéral préfère prendre en main séparément.

L'article 161, 1^{er} alinéa, CC procède de l'article 54, 4^e alinéa de la constitution fédérale, aux termes duquel «la femme acquiert par le mariage le droit de cité et de bourgeoisie de son mari.» Du droit coutumier fédéral, qui remonte à l'époque de la première constitution (146), il ressort que la femme mariée perd du même coup son indigénat cantonal et communal.

Pendant toute la durée du mariage, le droit de cité de la femme dépend de celui du mari. La dissolution du mariage par la mort ou le divorce ne fait pas perdre à la femme sa «condition,» qui comprend notamment son droit de cité (art. 149, 1^{er} al., CC). Il en va de même, en cas de nullité du mariage, pour la femme qui l'avait contracté de bonne foi (art. 134, 1^{er} al., CC; voir aussi art. 120, ch. 4 CC).

Le système actuel, dans son ensemble, n'est pas sans heurter le postulat de l'égalité de traitement des époux. En acquérant le droit de cité de son mari, la femme perd le sien, tandis que le statut du mari ne subit aucune modification. Nombre de femmes confédérées ressentent plus ou moins vivement cette inégalité comme une atteinte aux droits destinés à protéger leur personnalité. L'acquisition par la femme du droit de cité du mari n'est guère mise en question, mais le souhait de lui voir conserver le droit de cité cantonal et communal est assez souvent exprimé par les associations féminines. L'attachement de la femme suisse à son canton et à sa commune d'origine n'est pas uniquement sentimental – ce qui est d'ailleurs hautement respectable. Le droit de bourgeoisie offre encore, dans certains cantons, des avantages divers; il confère parfois le droit de vote et d'éligibilité. Dans le domaine des écoles, de l'hospitalisation, des bourses et des concours, les citoyens d'un canton ou d'une commune bénéficient quelquefois de certaines faveurs.

On ne peut raisonnablement envisager de réaliser l'égalité de traitement dans le sens que chaque époux communiquerait son droit de cité à l'autre. Le cumul des droits de cité augmenterait à chaque génération et créerait des situations inextricables. En revanche, l'égalité peut être réalisée en ce sens que le mariage n'aurait plus d'effet direct sur le droit de cité des époux: chacun d'eux – la femme comme le mari – conserverait ses liens avec son canton et sa commune d'origine (147). L'article 161, 1^{er} alinéa CC repose cependant sur l'idée profondément enracinée de l'unité du droit de cité dans la famille, qui trouve son pendant dans l'unité du nom. Selon l'écrasante majorité des avis émis lors de la procédure de consultation organisée en 1975 sur les questions que pose le droit de cité, il n'y a rien à changer à cela.

Compte tenu de ce résultat, l'avant-projet de 1976 prévoyait que, comme jusqu'ici, la femme mariée acquiert l'indigénat cantonal et communal du mari, tout en pouvant, à condition d'en faire la déclaration, conserver son droit de cité (148). Cette innovation, saluée par certains, a suscité de sérieuses réserves dans les milieux de praticiens. Il est hors de doute que la possibilité de conserver son droit de cité offre à la femme des avantages tout à fait appréciables mais qui, dans l'ensemble, ne sont pas particulièrement importants. Ils ne semblent pas contrebalancer les inconvénients que présente cette solution. Celle-ci va à l'encontre des efforts tendant à éviter les doubles nationalités. Actuellement, l'importance de l'indigénat cantonal et communal

réside principalement dans l'ordre formel qu'il a pour mission d'établir surtout dans la tenue des registres. La solution proposée dans l'avant-projet de 1976 compliquerait sérieusement ce système, en particulier dans le registre des familles (art. 113 ss de l'ordonnance sur l'état civil). La femme devrait être inscrite au registre des familles du lieu d'origine du mari et au registre des familles de son propre lieu d'origine – sans parler des cas où la femme, comme d'ailleurs aussi le mari, aurait plusieurs lieux d'origine. Toutes les modifications de l'état civil des époux devraient être portées dans les divers registres. Afin d'éviter une accumulation indésirable et insupportable d'indigénat, avec toutes les charges administratives qui en découleraient, il faudrait tout au moins prévoir que la femme ne peut conserver qu'un seul de ses droits de cité, cantonal et communal. Toutefois, dans une telle solution, les aspects négatifs du compromis prédomineraient par trop. Ce sont donc des considérations pratiques qui conduisent le Conseil fédéral à proposer d'en rester à la réglementation actuelle des droits de cité cantonal et communal.

213 L'organisation de l'union conjugale

213.1 En général

L'état du droit à cet égard a été décrit plus haut (voir ch. 13). Les raisons de passer d'une conception quasi patriarcale du mariage à l'idée de deux partenaires égaux ont aussi été exposées (voir ch. 142). La nouvelle conception, reçue par l'avant-projet de 1976, a recueilli dans la procédure de consultation une approbation de principe (voir ch. 175.3). On a vu qu'à l'étranger, les idées ont suivi la même évolution (voir ch. 183).

Le projet abroge l'article 160, 1^{er} alinéa, CC, selon lequel «le mari est le chef de l'union conjugale». Ce qui devait être le contenu essentiel d'une telle disposition, à savoir le devoir d'obéissance de la femme vis-à-vis du mari, n'est pas reconnu, même selon le droit actuel. En particulier, le mari ne saurait, en vertu de cette disposition, avoir le droit de déterminer le mode de vie de son épouse. Il n'a de droits particuliers et accrus vis-à-vis d'elle que lorsque le Code civil ou les coutumes générales lui en attribuent (149). On n'a jamais tiré de cette phrase aucune autre conséquence juridique. Dans la diversité des opinions qui traversent notre population et dans celle des situations qu'offre notre époque, chaque mariage, pour ainsi dire, a son propre statut, et ce sont les époux eux-mêmes qui sont en mesure de l'établir et de l'élaborer. Régir l'ordre interne de l'union conjugale, c'est-à-dire les rapports des époux entre eux, ne peut être la tâche du législateur.

Au principe de l'autorité maritale se substitue donc celui de la concertation (art. 159). Si les époux divergent d'avis, il leur incombe de chercher un terrain d'entente. Dans les désaccords sur un point important, le juge de l'article 172 peut leur apporter son aide médiatrice (voir ch. 219.221). S'il s'agit des enfants, dont le développement est menacé, l'autorité tutélaire peut être appelée à intervenir (art. 307 s. CC) (150). En dehors de son rôle conciliateur, le juge n'aura pas pour mission d'arbitrer les différends qui peuvent se produire entre les époux; le magistrat ne saurait ainsi s'immiscer dans l'intimité des familles.

Il faut réserver les cas limités où le projet attribue au juge la compétence de statuer sur des difficultés déterminées (art. 169, 170, 173, 174, 176, 177, 178, 185). Sauf ces cas, dont la plupart ne sont pas nouveaux (voir ch. 219.222), il se pourra qu'aucune décision ne soit prise par les époux dans l'affaire débattue. Mais, pour la paix de l'union conjugale, cela vaut mieux qu'une décision imposée par un époux à l'autre. En fait, une autorité se dégage naturellement de la société conjugale. Elle n'appartient pas toujours au même époux dans tous les domaines, ni non plus pendant toute la durée du mariage.

Selon l'article 161, 2^e alinéa, CC, la femme doit, «dans la mesure de ses forces, aide et conseil» à son mari «en vue de la prospérité commune». L'énoncé procède aussi de l'idée que le mari est le chef de l'union conjugale et que le rôle de la femme est de le seconder.

213.2 Le choix de la demeure commune (art. 162)

Actuellement, le mari choisit la demeure commune (art. 160, 2^e al, CC). Mais ce pouvoir du mari n'est nullement illimité; il doit se régler sur le bien de l'union conjugale et tenir compte dans la mesure du possible de besoins et des désirs de la femme (151). Le choix une fois opéré, chaque époux – le mari comme la femme – peut avoir une demeure séparée aussi longtemps que sa santé, sa réputation ou la prospérité de ses affaires sont gravement menacées par la vie en commun (art. 170, 1^{er} al., CC).

Le choix de la demeure est une question vitale pour les époux et les enfants; c'est le type de décision qui doit être prise d'un commun accord dans un mariage conçu comme l'union de deux partenaires égaux. A vrai dire, ce choix sera la plupart du temps indiqué par divers facteurs: lieu de l'activité professionnelle du mari et/ou de la femme, école pour les enfants, ressources de la famille, conditions du marché du logement, etc. Comme c'est déjà le cas selon le droit actuel, c'est le bien de l'union conjugale qui doit prévaloir (cf. art. 159).

Dans la procédure de consultation, certaines organisations ont proposé de donner au juge un pouvoir de décision dans ce domaine en cas de désaccord des époux, alors que, d'un autre côté, des craintes ont été émises sur une trop grande extension des pouvoirs du juge. S'agissant de la liberté essentielle du citoyen de s'établir là où il le désire, le choix de la demeure ne peut être fixé d'autorité même pour des époux (art. 45 cst.). Cela ne signifie toutefois pas qu'à défaut d'entente, chaque époux ait toute liberté d'avoir une demeure séparée. Celui des époux qui n'accepte pas de vivre là où le lui propose son conjoint, alors que ce choix correspond aux conditions de la famille et n'attente pas à ses intérêts personnels (art. 28 CC), viole un devoir découlant du mariage, avec les conséquences que cela comporte en matière de suspension de la vie commune (cf. art. 175 et 176), de divorce et de séparation de corps. Mais, en lui-même, le droit formel à la vie séparée ne peut être désormais dénié, pas plus à la femme qu'au mari.

La notion de «demeure commune» n'exclut d'ailleurs pas que, par un choix délibéré des époux, dicté le plus souvent par des motifs d'ordre professionnel,

leur vie commune se déroule dans deux demeures conjugales, tantôt dans l'une tantôt dans l'autre, chacune étant constitutive d'un domicile pour l'un ou l'autre des conjoints. Des situations de ce genre se rencontrent déjà aujourd'hui.

213.3 La suppression du domicile légal de la femme mariée (art. 25)

Actuellement, l'article 25, 1^{er} alinéa, CC, dispose que le domicile de la femme mariée est celui du mari, cependant que le 2^e alinéa reconnaît à la femme dont le mari n'a pas de domicile connu ou qui est fondée, au sens de l'article 170, 1^{er} alinéa, CC, à vivre séparée, la faculté de se créer un domicile personnel aux conditions de l'article 23, 1^{er} alinéa, CC.

La solution adoptée pour le choix de la demeure commune amène à renoncer au domicile légal de la femme mariée. Dans le projet, la femme n'est plus dans une condition dépendante qui justifie qu'elle partage le domicile de son mari, comme un enfant qui partage le domicile de ses père et mère. Même si, de sa part, la suspension de la vie commune n'est pas fondée, elle doit être à même – comme le mari dans la même situation – de se constituer un domicile aux conditions ordinaires (art. 23 CC) (152).

Dans la procédure de consultation, on a relevé les inconvénients que pourrait présenter pour les tiers, les autorités de tutelle, d'assistance, de poursuite, etc. le fait que des époux n'auraient pas le même domicile. Mais ces inconvénients sont la conséquence d'une émancipation nécessaire de la femme mariée. Ils ne doivent pas être surestimés. Déjà aujourd'hui, d'accord entre eux ou par une application souple de l'article 170 CC, d'assez nombreux époux vivent séparés de fait, de sorte que les autorités prennent leur parti d'un domicile propre de la femme mariée. Ces cas ne devraient pas se multiplier à l'avenir de façon sensible du fait de l'application du nouveau droit.

Cette décision aura une influence sur le domicile des enfants sous autorité parentale. L'article 25 CC doit en conséquence être révisé (voir ch. 231).

214 Entretien de la famille

214.1 L'entretien de la famille en général (art. 163)

214.11 Droit actuel

«Le mari doit pourvoir convenablement à l'entretien de la femme et des enfants» (art. 160, 2^e al., *in fine* CC). On admet donc qu'il supporte principalement les charges du mariage. La femme qui lui doit «assistance» et «aide» (art. 161, 2^e al., art. 159, 3^e al., CC), apporte sa contribution avant tout par la «direction du ménage» (art. 161, 3^e al., CC). Cette contribution se prolonge, s'il y a des enfants, dans les soins qu'elle leur voue (art. 159, 2^e al., *in fine* CC). En outre, il est admis que l'épouse aide son mari dans la profession ou l'industrie qu'il exerce, sans avoir droit en principe à une rémunération (153). Pour le surplus, la contribution pécuniaire de la femme résulte du fonctionne-

ment du régime matrimonial. Dans le régime ordinaire de l'union des biens, les revenus des apports de la femme appartiennent au mari (art. 195, 3^e al., et 201, 1^{er} al., CC) qui doit les appliquer en premier lieu aux nécessités de l'union conjugale. Dans un régime de communauté, les biens de la femme sont fondus dans la masse commune (art. 215 CC) et sont affectés de la sorte à l'entretien de la famille.

Dans les deux régimes matrimoniaux, la femme est tenue de contribuer sur ses biens réservés à l'entretien de la famille, notamment à l'aide du produit de son travail (art. 192, CC). Dans le régime de la séparation également – conventionnelle, légale ou judiciaire – la femme contribue aux charges du mariage (art. 246 CC.) à l'aide du revenu de ses biens ou du produit de son travail (art. 245 CC). Le devoir d'aide de la femme peut aussi l'obliger, le cas échéant, à exercer une activité lucrative afin de pouvoir contribuer aux charges du mariage (154).

214.12 La conception du projet

214.121 Répartition, objet et étendue de l'obligation d'entretien

Dans la ligne générale de l'égalité entre époux, l'article 163 consacre une conception paritaire de la répartition des charges du mariage: mari et femme contribuent chacun selon ses facultés, c'est-à-dire à proportion de ses moyens personnels et matériels et dans la mesure de ses forces, à l'entretien ... de la famille.

L'entretien de la famille vise tous les besoins de la vie domestique et de la vie personnelle de chaque époux et des enfants. L'objet du devoir d'entretien a été défini par la doctrine et la jurisprudence en ce qui concerne le mari. Les précisions apportées s'appliquent au devoir conjoint des époux. Parmi ces besoins personnels, il y a, pour les époux, le besoin de sociabilité, le besoin de culture et de distractions, et aussi le besoin d'assistance judiciaire, pour la défense d'intérêts pécuniaires, comme d'intérêts non pécuniaires. (155)

Les charges du mariage au sens large comprennent aussi les devoirs légaux d'entretien d'un époux envers des tiers, par exemple envers les enfants d'un précédent mariage (art. 278, 2^e al., CC) et envers le conjoint divorcé. Il résulte du devoir d'assistance que chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'accomplissement et son obligation d'entretien (156).

L'entretien à assurer est l'entretien «convenable» (art. 163, 1^{er} al.). Il est déterminé par la situation de la famille. Cette situation dépend en premier lieu des ressources des époux: produit du travail de l'un ou/et de l'autre, revenu des capitaux, arrérages de rentes. Mais elle est aussi fonction du train de vie que les époux décident d'adopter d'un commun accord.

214.122 Mode de contribution de chacun

Comme pour le niveau de vie, les époux «conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution». Il ne s'agit pas de proposer aux époux un modèle de

répartition des tâches. Par là, le Conseil fédéral n'entend pas jeter un discrédit sur une forme d'organisation du mariage qui est celle de la «femme au foyer». Mais les époux doivent pouvoir s'organiser autrement, notamment lorsqu'ils n'ont pas d'enfants ou que leurs enfants sont plus grands. A ce sujet, on ne saurait méconnaître le besoin qu'éprouvent nombre de femmes, à un moment donné de leur vie, de s'intégrer ou de se réintégrer dans une profession pour disposer de plus d'indépendance économique ou pour affirmer leur personnalité.

Le 2^e alinéa de l'article 163 énumère – non limitativement – les modes sous lesquels chaque époux contribue à l'entretien de la famille. Les époux doivent s'entendre sur le choix de ces modes. En faisant ce choix, pour prédéterminé qu'il soit par les circonstances, les époux «tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle» (3^e al.). C'est dire que les époux doivent avoir en vue, dans leur choix, l'intérêt commun, sans méconnaître les aspirations individuelles de chacun.

Les «prestations en argent» seront avant tout fournies par le produit du travail des époux. Dans le mariage traditionnel, c'est le mari qui gagne la vie de la famille, par son activité lucrative. Si la femme exerce aussi une telle activité, elle devra évidemment aussi à l'avenir, en vertu du 1^{er} alinéa, participer avec son gain à l'entretien de la famille. Il n'est ainsi pas besoin de la rappeler ailleurs, à l'instar des articles 192, 2^e alinéa, et 246 du code civil actuel.

Les prestations en argent peuvent aussi provenir de la fortune des époux. Si elle doit être mise à contribution, c'est normalement au moyen de son rendement. Cependant, d'une part, les époux peuvent convenir d'entamer leur capital (par exemple, pour le mettre en viager); d'autre part, le devoir général d'assistance peut exiger, dans des circonstances extraordinaires, qu'un époux réalise des actifs pour assurer la vie de la famille – sous réserve d'une récompense éventuelle (art. 165, 2^e al.).

L'article 163, 2^e alinéa, fait ressortir que le travail au foyer et les soins voués aux enfants – tâches généralement dévolues à la femme – sont un mode, pleinement équivalent aux prestations en argent, de contribuer à l'entretien de la famille. Mais, à cet égard, il ne faut pas sous-estimer la part que l'autre époux – généralement le mari – prend à l'accomplissement de ces tâches, ni les services qu'il rend, notamment dans les rapports avec les autorités. On relèvera encore que dès le moment où, d'entente entre les époux ou par nécessité, la femme vient à prendre un travail rémunéré, le mari doit accepter d'assumer une part plus grande des tâches domestiques et d'éducation, faute de quoi la charge de la femme serait disproportionnée au regard du 1^{er} alinéa de l'article 163.

La contribution d'un époux à l'entretien de la famille peut aussi consister dans l'aide qu'il prête à son conjoint dans l'exercice de sa profession ou de son industrie. Jusqu'à présent, on admet communément en Suisse que le mari qui exploite une entreprise ou exerce une profession peut exiger le concours de sa femme si les conditions économiques et sociales de la famille l'exigent et compte tenu des forces de l'épouse, sinon de sa formation (157). Cependant, le devoir de contribution peut, selon le nouveau droit, dans des conditions données, également impliquer une collaboration à l'entreprise du conjoint ou le concours à une activité même dépendante de celui-ci (voyageur de commerce

invalide que sa femme conduit en voiture). Mais il faut que l'aide prêtée soit nécessaire et qu'on puisse raisonnablement l'attendre de l'époux concerné, eu égard à son travail domestique, aux soins voués aux enfants, à ses aptitudes et à ses goûts. Cela ressort du 3^e alinéa de l'article 163. L'accent doit ainsi être mis sur une activité professionnelle rémunérée et non pas sur une contribution d'entretien, ce qui vise à protéger celui qui exerce cette activité.

Le droit à l'entretien d'un époux envers l'autre est éminemment personnel. Comme tel, il ne peut être ni cédé, ni mis en gage, et il n'est pas sujet à l'exécution forcée. En revanche, la créance tendant à une contribution pécuniaire, fixée conventionnellement ou arrêtée par le juge, est cessible et – dans les limites de l'article 93 LP – saisissable. (158)

A cet égard, le projet prévoit, en s'inspirant de l'article 279, 1^{er} alinéa, CC, que des prestations financières ne peuvent être réclamées que pour l'avenir et pour l'année qui précède la réclamation (art. 173, 3^e al., voir ch. 219.222.13). C'est une application limitée du principe qu'on ne vit pas dans le passé (*in praeteritum non vivitur*).

214.2 Epoux au foyer (art. 164)

L'époux au foyer – généralement la femme – qui contribue aux charges du mariage en vouant ses soins au ménage et aux enfants, ou encore en aidant son conjoint dans l'exercice de son activité lucrative et dans la mesure où il n'a pas de revenus propres dépend entièrement de son conjoint sur le plan économique. En revanche, l'autre époux – généralement le mari – dispose pratiquement d'une grande liberté dans l'affectation de ses gains, notamment pour la satisfaction de ses besoins personnels. La situation décrite, qui se rencontre aussi chez des couples de milieux aisés, s'accorde mal avec le postulat de l'égalité entre époux et ne respecte pas la dignité de la femme.

Cependant, actuellement déjà, il est de jurisprudence que le mari doit remettre à sa femme l'argent nécessaire au ménage, sans qu'elle ait à s'adresser chaque fois à lui pour la moindre dépense. (159) En outre, elle peut prétendre – comme un enfant mineur – recevoir, pour ses menus besoins, de l'argent de poche («épingles», Nadelgeld) dont elle puisse disposer sans contrôle. (160)

Cette situation de l'époux au foyer ne satisfait pas le sentiment de l'équité. Il doit pouvoir disposer pour autant qu'il n'a pas de revenus propres, d'une indépendance financière analogue à celle de son conjoint. On ne voit pas pourquoi l'époux au foyer devrait se contenter d'un argent de poche dérisoire, alors que son conjoint peut s'offrir nombre de fantaisies. L'article 164 prévoit donc que l'époux au foyer a droit de recevoir régulièrement de son conjoint, un montant équitable dont il puisse disposer librement. Il ne s'agit pas d'un salaire de la femme au foyer qui serait une simple rémunération pour des prestations ménagères. Il s'agit plutôt de donner aux deux époux une indépendance analogue.

De la sorte, l'époux au foyer pourra faire face lui-même à certains de ses besoins personnels, autres que les menus besoins couverts par les «épingles». Il

pourra, avec cet argent courant, satisfaire ses besoins de sociabilité et de culture, faire de modestes cadeaux à ses proches, soutenir les œuvres qui lui tiennent à cœur, etc. Il pourra aussi économiser ce qu'il aura reçu, en prévision de besoins exceptionnels.

Il n'est pas possible de définir l'étendue de cette prétention de l'époux au foyer autrement que par un recours à la notion d'équité. Par ce renvoi à l'article 4 CC, usuel en droit suisse, le projet se réfère à divers facteurs. Du côté de l'époux qui exercera l'activité lucrative, il faut considérer notamment toutes les charges générales qui lui incombent pour le gîte et le couvert, le vêtement, les impôts, et aussi la nécessité pour lui de constituer des réserves, surtout si ses gains proviennent d'une entreprise commerciale ou industrielle. Du côté de l'époux au foyer, il faut tenir compte de l'importance plus ou moins grande de sa contribution, du sacrifice qu'il a fait en renonçant à son indépendance économique, des avantages qu'il retire effectivement de la vie commune, des quelques ressources propres qu'il peut quand même avoir. Il est clair que le «montant équitable» ne sera pas fixé une fois pour toutes, mais devra être adapté aux circonstances.

Les époux s'entendront sur l'importance de ce montant, comme sur les modalités de son règlement. A défaut d'entente, le juge pourra prêter ses bons offices (art. 172) et, au besoin, statuera, comme sur la contribution due pour l'entretien de la famille (art. 173, 2^e al.). Pour éviter des querelles incessantes et des calculs mesquins de même que pour sauvegarder les intérêts des tiers, ce montant équitable peut être exigé, à l'instar de la contribution d'entretien, pour l'année qui précède l'introduction de la requête. D'ailleurs, ce montant a la même nature juridique que la contribution d'entretien (voir ch. 214.122).

L'époux au foyer doit pouvoir disposer librement du montant versé par son conjoint. Cela signifie qu'il n'a pas à justifier de l'emploi qu'il en fait, pas plus que l'époux qui exerce une activité lucrative n'a à tenir un compte rigoureux de ce qu'il prélève pour ses propres besoins. Le versement est fait à fonds perdu.

Enfin, il convient de décrire brièvement la relation qui existe entre l'article 164 et le régime matrimonial. Sous le régime de la participation aux acquêts et sous celui de la séparation, chaque époux dispose librement de ses biens. Sous le régime de la communauté, il en va en principe autrement, puisque les époux ne disposent et ne jouissent que conjointement des biens communs (cf. art. 224 et 225). Cependant, par la force des choses, chaque époux administre assez librement les biens entrés de son chef dans la communauté, en particulier le produit de son travail (voir ch. 223.311). L'article 164 *in fine* veut assurer la même latitude à l'époux au foyer quant au montant mis à sa disposition. Il n'empêche que si ce montant est représenté par des économies à la dissolution, il entrera dans les biens communs. Le cas échéant, l'article 164 peut aussi signifier que, dans la communauté de biens les deux époux ont droit à cette somme, dont ils peuvent disposer comme bon leur semble. Sous le régime légal, les sommes remises au titre de l'article 164 constituent un acquêt dans le patrimoine de l'époux au foyer. A la dissolution, ce qu'il en reste entrera dans le calcul de son bénéfice et sera soumis à la péréquation. Ces sommes n'ont pas le caractère d'une répartition anticipée qu'il faudrait imputer sur la créance de participation. (161)

214.3 Contribution extraordinaire d'un époux à l'entretien de la famille (art. 165)

214.31 En général

En vertu de son devoir général d'assistance (art. 159, 3^e al.), un époux peut être appelé à contribuer à l'entretien de la famille dans une mesure qui excède ce à quoi il serait normalement tenu au regard de l'article 163. Cela peut être la conséquence d'une longue maladie du conjoint ou de la décision des époux de recevoir chez eux leurs parents.

En principe, la contribution accrue qu'un époux fournit à l'entretien de la famille n'a pas à se monnayer. La cause de ces services qui dépassent la mesure usuelle doit être trouvée dans les liens affectifs qui unissent les époux et dans la communauté d'intérêts (au sens le plus large) qu'ils forment entre eux. (162) C'est une raison pour ne pas édicter une disposition aussi générale que l'article 166 de l'avant-projet de 1976. (163)

Dans la pratique, on rencontre cependant des cas où on devrait en toute équité accepter l'idée de compensations pour la contribution accrue qu'un époux fournit à l'entretien de la famille, ce dont le droit actuel ne tient pas suffisamment compte. L'étudiant, par exemple, dont les études sont payées par le conjoint et qui demande le divorce dès qu'il les a terminées devrait être contraint de rembourser une partie de l'argent reçu. De même, on ne devrait pas opposer le devoir d'assistance à la femme qui collabore bénévolement à l'activité professionnelle de son mari au point de remplacer pour lui une employée salariée. On ne devrait pas davantage opposer ce devoir d'assistance à l'époux qui, par un travail accru ou par le sacrifice de ses économies, assure seul l'entretien de la famille parce que son conjoint, paresseux et dépensier, ne remplit pas convenablement son devoir d'entretien. Pour ces diverses situations, l'article 165 trouve des solutions adéquates.

214.32 Collaboration extraordinaire d'un époux à la profession ou à l'industrie de son conjoint (1^{er} al.)

Tant que cette collaboration ne dépasse pas le niveau d'une contribution normale à l'entretien de la famille, elle n'appelle pas de rémunération (voir ch. 214.122). Mais, dès qu'elle ne s'inscrit plus dans le prolongement de l'activité domestique, il en va autrement. Pour le Tribunal fédéral, même dans ce cas, l'activité de la femme n'est pas celle d'une employée, mais celle d'une épouse intéressée à la prospérité commune et qui en tire profit; (164) aussi le Tribunal fédéral refuse-t-il d'appliquer la présomption de l'article 320, 2^e alinéa, CO (165).

Le souci de ne pas «commercialiser» le mariage est sans doute légitime, mais il peut conduire à des injustices. Selon les cas, la femme ne participe guère à l'élévation du niveau de vie de la famille, et notamment si le mariage prend fin par le divorce, avant que l'entreprise du mari se soit consolidée, l'épouse (ou sa succession) ne retirera pas les fruits de son travail par une participation aux acquêts ou aux biens communs. Au reste, si les époux sont séparés de biens, cette perspective n'existe pas. Enfin on ne voit pas pourquoi l'époux qui exerce

une activité chez un tiers devrait être favorisé par rapport à celui qui travaille dans l'entreprise de son conjoint.

Ces raisons ont conduit à reconnaître à l'époux qui collabore à la profession ou à l'industrie de son conjoint dans une mesure qui dépasse notablement la contribution qu'il doit normalement à l'entretien de la famille, le droit à une compensation équitable. Dans une hypothèse semblable, la qualité d'époux des intéressés ne permet en effet pas d'emblée de supposer qu'ils sont liés par un contrat de travail (art. 320, 2^e al., CO). Encore convient-il, dans chaque cas, de rechercher si leur situation respective dans la profession ou l'entreprise ne doit pas s'interpréter dans ce sens ou dans le sens d'un contrat de société. Mais, s'il n'en est pas ainsi, ce n'est pas une raison de ne pas honorer le travail de l'époux qui prête à son conjoint une aide équivalente aux services d'un employé.

La «compensation équitable» ne correspond pas à un salaire. Il faut considérer que, pour une part, l'aide fournie l'est à titre de contribution normale à l'entretien de la famille. C'est pour le surplus qu'une compensation est due.

214.33 Contribution pécuniaire extraordinaire (2^e al.)

La seconde situation qui appelle une solution légale est celle où un époux, par ses revenus ou sa fortune, a contribué à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à la contribution qu'il devait normalement (art. 165, 2^e al.). Là aussi, il faut mettre à part le cas où les époux ont conclu un contrat de prêt. Mais, la plupart du temps, ces avances se font d'un époux à l'autre sans plus ample réflexion. Interprétant l'article 246, 3^e alinéa, CC, selon lequel «le mari n'est tenu à aucune restitution en raison des prestations de la femme», le Tribunal fédéral a jugé que la disposition s'applique non seulement aux prestations dues par la femme en vertu de l'article 246, 1^{er} alinéa, CC (contribution équitable), mais aussi à celles qu'elle fait volontairement, en sus de son obligation, alors que dans l'union des biens, la femme peut, par le jeu du régime actuel (art. 212 et 213 CC), obtenir la restitution des avances faites sur ses apports. (166)

Dans l'esprit du projet, les avances qu'un époux fait à l'autre au-delà de sa contribution ordinaire à l'entretien de la famille donnent lieu en principe à remboursement, même si celui-ci n'a pas été stipulé. La solution contraire créerait des injustices. L'éventualité d'une donation ou d'une renonciation est réservée; mais on ne peut d'emblée la présumer, même entre époux.

Dans le cas visé par l'article 165, 2^e alinéa, il y a donc lieu à récompense, mais pas de toute l'avance: seulement de la part qui excède ce que l'époux devait de toute façon verser pour satisfaire à son devoir de contribuer à l'entretien de la famille.

214.34 Mise en œuvre des prétentions

L'article 165, 3^e alinéa, vise le cas où un époux «a fourni sa contribution extraordinaire en vertu d'un contrat de travail, de prêt ou de société ou d'un

autre rapport juridique». On a déjà fait allusion à ces hypothèses. Un rapport analogue pourrait être un mandat, un contrat d'entreprise, mais aussi une gestion d'affaires. Dans ces cas-là, l'époux ne pourra pas élever les prétentions des 1^{er} et 2^e alinéas de l'article 165, mais il fera valoir les droits dérivant du genre de rapport qui le lie à son conjoint. La contre-partie reçue sera affectée à l'entretien de la famille selon les règles de l'article 163.

Les prétentions résultant de l'article 165 sont des créances ordinaires. Elles sont soumises au droit des obligations quant à l'exigibilité et à la prescription; pendant le mariage, elles ne se prescrivent pas (art. 134, 1^{er} al., ch. 3, CO). En cas de divergence entre les époux ou leurs héritiers, le litige ressortit au juge ordinaire, non au juge des mesures protectrices de l'union conjugale.

L'avant-projet de 1976 (art. 166, 3^e al.) avait prévu que la créance pour contribution extraordinaire aux charges du mariage jouirait, pour la moitié, d'un privilège conformément à la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Entre des époux égaux en droit, un privilège d'exécution n'a pas la même raison d'être que pour la femme dans un statut marqué par la prépondérance du mari (cf. art. 211 et 224 CC qui accordent un privilège à la femme pour la restitution de ses apports dans les régimes de l'union des biens et de la communauté). En dépit du fondement familial des prétentions de l'article 165, le projet ne prévoit plus de les faire bénéficier d'un privilège.

215 Représentation de l'union conjugale (art. 166 et 174)

215.1 Droit actuel

Le mari et la femme représentent l'union conjugale (art. 162 et 163, 1^{er} al., CC). Mais leurs pouvoirs sont différents et les effets de leurs actes le sont aussi.

Le mari représente l'union conjugale pour tous les besoins réels de celle-ci (167) tandis que le pouvoir de la femme est limité aux besoins courants (art. 163, 1^{er} al., CC), à moins que le mari ne lui confère, expressément ou tacitement, des pouvoirs exceptionnels (art. 166 CC).

La représentation de l'union conjugale signifie que, par ses actes, chaque époux s'oblige lui-même et oblige aussi son conjoint – tout en lui conférant les droits correspondants. Cependant le mari est débiteur primaire de toutes les dettes contractées, qu'elles le soient par lui-même ou par sa femme dans les limites de son pouvoir domestique (art. 162, 2^e al., 163, 2^e al., 206 ch. 3, 219 ch. 2, et 243, 1^{er} al., CC), tandis que la femme n'est obligée par ces dettes que subsidiairement (art. 207, 2^e al., 220, 2^e al., et 243, 3^e al., CC).

Si la femme fait des actes qui excèdent, «d'une manière reconnaissable pour les tiers», son pouvoir domestique, le mari n'est pas obligé (art. 163, 2^e al., CC). La femme demeure personnellement tenue, mais, dans les régimes de l'union des biens et de la communauté, elle ne répond que sur ses biens réservés (art. 208, 1^{er} al., ch. 3 et art. 221, 1^{er} al., ch. 3, CC).

De plus, le mari peut unilatéralement retirer à la femme son pouvoir de représenter l'union conjugale lorsqu'elle en abuse ou est incapable de l'exercer

(art. 164, 1^{er} al., CC). Fondé ou non, ce retrait produit effet à l'égard des tiers qui en ont connaissance ou sont censés le connaître en raison d'une publication faite par l'autorité compétente (art. 164, 2^e al., CC). Cependant la femme peut obtenir du juge la réintégration dans ses droits (art. 165 CC).

Ce système reflète aussi une conception selon laquelle le mari, censé supporter le poids principal des charges, est le premier représentant «répondant» de l'union conjugale, cependant que la femme voit simplement se prolonger la direction interne du ménage dans un pouvoir domestique limité. La possibilité pour le mari de retirer unilatéralement ce pouvoir à la femme, alors que la loi ne prévoit pas de déchéance pour le mari, consacre une inégalité.

215.2 La réglementation proposée

215.21 Le pouvoir de chaque époux de représenter l'union conjugale (art. 166)

Dans le système du projet les époux sont placés sur un pied d'égalité, et la femme jouit de la même liberté que le mari dans la gestion de ses biens (dans un tiers environ des ménages, l'épouse exerce une activité lucrative). Il convient donc de réaliser la parité aussi dans la représentation de l'union conjugale. Le projet conserve le système éprouvé de la représentation d'un époux par l'autre pour les affaires du ménage, au lieu de prévoir simplement que les actes faits par un époux n'obligeraient que lui. (168)

Si les deux époux doivent avoir le même pouvoir de représenter l'union conjugale, avec cette conséquence de les obliger l'un et l'autre, il ne convient pas que ce soit pour tous les besoins du ménage, sans restrictions. (169) Un pouvoir aussi étendu de chacun, comme l'est aujourd'hui celui du mari, présente trop de risques pour le conjoint de l'époux qui agit. Il y a lieu de restreindre le pouvoir légal de représentation aux besoins courants de la famille; ainsi, chaque époux aurait dorénavant le pouvoir qui est à présent celui de la femme. Doctrine et jurisprudence en ont déterminé l'objet et l'étendue: acheter des denrées, des vêtements, des combustibles, des livres d'école, engager du personnel pour les travaux de nettoyage, de couture, charger des artisans de petites réparations, consulter le médecin, faire soigner les dents des enfants, etc. – le tout dans les limites des moyens dont dispose la famille. (170)

Le pouvoir de représenter l'union conjugale n'existe que pendant la vie commune. (171) Le premier alinéa de l'article 166 le précise.

Au-delà des besoins courants, par exemple, pour acheter un appareil de télévision, une voiture, renouveler un mobilier, décider un traitement dentaire coûteux, entreprendre d'importantes réparations, conclure un bail, un époux ne peut en principe représenter l'union conjugale qu'avec le consentement du conjoint (art. 166, 2^e al., ch. 1). Cela correspond aux «pouvoirs exceptionnels» accordés par le mari à la femme selon l'article 166 CC.

Mais il faut prévoir deux éventualités. La première est celle où, pour une affaire importante intéressant l'union conjugale, un époux se heurte au refus parfaitement injustifié de son conjoint. Il s'agit par exemple de renouveler un

bail ou de réparer un toit qui menace ruine. Dans ce cas, le juge des mesures protectrices doit autoriser l'époux à conclure l'affaire (172).

Pour une affaire qui ne souffre aucun retard, un conjoint peut être empêché par la maladie, par l'absence ou d'autres causes semblables, de donner son consentement. La situation peut se présenter lorsqu'il faut prendre d'urgence une décision sur un traitement médical important ou sur des travaux pressants de réparation à un immeuble. Dans ce cas, un époux est habilité à agir seul dans l'intérêt de l'union conjugale. Il n'est pas nécessaire de réserver expressément la compétence d'intervention des autorités de tutelle, compétence qui demeure entière.

Un époux s'oblige toujours personnellement par ses actes, sauf si sa capacité est restreinte ou s'il ne fait que représenter son conjoint dans une affaire personnelle de celui-ci. Quand il représente l'union conjugale, il s'oblige aussi toujours lui-même. Mais, en outre, il oblige solidairement son conjoint (art. 166, 3^e al.), aux conditions des deux premiers alinéas de l'article 166: c'est-à-dire lorsqu'il contracte dans les limites des besoins courants de la famille (1^{er} al.) ou – si c'est au-delà de ces besoins – lorsqu'il est autorisé par son conjoint ou par le juge (2^e al., ch. 1) ou lorsqu'il y a péril en la demeure et que le conjoint soit empêché de donner son consentement (2^e al., ch. 2).

Dans tous ces cas, le conjoint de l'époux qui agit est obligé aussi longtemps que ce dernier n'excède pas ses pouvoirs – ceux du 1^{er} alinéa, comme ceux du second – d'une manière reconnaissable pour les tiers (3^e al., *in fine*). (173) S'il y a excès dans le sens indiqué, seul l'époux qui a contracté est obligé.

Dorénavant, la femme sera donc, comme le mari, obligée principalement pour les dettes dites de ménage. Mais il n'en sera ainsi normalement que pour les dettes afférentes à la satisfaction des besoins courants, alors qu'aujourd'hui, si elle est obligée subsidiairement, elle l'est pour toutes les dettes, même importantes, contractées par son mari pour les besoins de l'union conjugale. Pour le surplus, la femme dispose librement, sous le régime légal et le régime de séparation, de sa fortune et de ses revenus, qui peuvent donc être mis à contribution pour faire face aux dettes de ménage contractées dans les conditions des 1^{er} et 2^e alinéas de l'article 166. Sous le régime de communauté, ces mêmes dettes, à part la responsabilité de chaque époux, grèvent les biens communs (art. 230 et 231).

215.22 Le retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale (art. 174)

Dans la ligne de la revision, le retrait des pouvoirs ne peut qu'être réglé de la même manière pour les deux époux. On concevrait que chaque époux pût retirer tout ou partie des pouvoirs de l'autre, sauf la possibilité d'une réintégration judiciaire. Mais la privation d'un pouvoir légal ne doit pouvoir être ordonnée que par le juge comme mesure protectrice de l'union conjugale.

Ainsi, l'article 174 dispose que «lorsqu'un époux excède son droit de représenter l'union conjugale ou se montre incapable de l'exercer, (174) le juge peut, à la requête de son conjoint, lui retirer tout ou partie de ses pouvoirs». Le cas

échéant, s'il y a péril en la demeure, le juge des mesures protectrices peut prendre immédiatement des dispositions provisionnelles ou superprovisionnelles.

Si les pouvoirs sont retirés ou restreints, il appartient au requérant de le faire connaître aux tiers, comme pour la révocation de la procuration externe (art. 34, 3^e al., CO). Pour ménager le conjoint, l'article 174, 2^e alinéa, dispose que le requérant ne peut porter ce retrait à la connaissance des tiers que par avis individuels (par lettre ou oralement). De son chef, il ne pourra donc pas faire publier la décision dans un organe officiel ou dans les journaux. Si pourtant la nécessité s'en fait sentir, il pourra demander au juge d'ordonner la publication de façon appropriée. Seul le retrait publié sur l'ordre du juge sera opposable aux tiers de bonne foi (3^e al.). Mais un tiers pourra avoir connaissance du retrait par une autre voie; il devra alors se le laisser opposer.

Si la déchéance prononcée ne se justifie plus, l'époux privé de son pouvoir domestique peut demander de se faire réintégrer dans ses droits. Cela résulte de l'article 179, 1^{er} alinéa, d'après lequel «à la requête d'un époux, le juge . . . rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus».

216 Profession et industrie d'un époux (art. 167)

216.1 Droit actuel

La femme n'a le droit d'exercer une profession ou une industrie qu'avec le consentement de son mari (art. 167, 1^{er} al., CC). Le mari est libre de lui refuser ce consentement tant que l'activité lucrative de la femme n'est pas «commandée» par l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille. Si cet intérêt existe, la femme peut, en cas de refus du mari, se faire autoriser par le juge (art. 167, 2^e al., CC). En revanche, la loi ne limite pas, autrement que par le biais de l'article 159 CC, la liberté du mari dans le choix et l'exercice de sa profession.

La femme qui exerce une profession ou une industrie sans le consentement du mari ou sans l'autorisation du juge viole un devoir découlant pour elle du mariage. Dans les rapports avec les tiers, les actes juridiques qu'elle accomplit n'en sont pas moins valables, mais ne donnent naissance qu'à des dettes réservataires (art. 208, 1^{er} al., ch. 2 et art. 221, 1^{er} al., ch. 2, CC). A cet égard d'ailleurs, la défense faite par le mari n'est opposable au tiers de bonne foi qu'après avoir été publiée par l'autorité compétente (art. 167, 3^e al., CC).

Dans sa portée limitée, l'article 167 CC est quand même lié aux restrictions de capacité dont la femme était naguère frappée.

216.2 La solution proposée

Le postulat de l'égalité veut que chaque époux puisse exercer la profession ou l'industrie de son choix. Pour la femme comme pour le mari, l'exercice d'une activité lucrative – et aussi non lucrative – est un aspect de la liberté personnelle.

A vrai dire, il faut reconnaître que cette activité peut entrer en conflit, dans des

conditions données, avec les devoirs qui s'imposent aux époux – aujourd'hui à la femme – notamment envers des enfants encore jeunes. Mais il n'est pas juste d'autre part d'ignorer les inconvénients que peut avoir pour la famille la pleine liberté du mari dans ce domaine, d'après le droit actuel.

Le choix et le mode d'exercice d'une profession par le mari, par la femme ou par les deux sont d'abord une affaire commune, dont les époux doivent débattre (voir ch. 211) – encore que les aptitudes de chacun, la situation de la famille et les conditions économiques puissent ici jouer un rôle déterminant. Faute d'entente, il faut faire prévaloir la liberté individuelle: la suppression de l'article 167 CC placera la femme sur le même pied que son mari. Toutefois, avec la commission d'experts, le Conseil fédéral n'a pas voulu se borner à cette abrogation. En effet, un époux ne peut prendre sa décision sans avoir égard à la personne de son conjoint et sans considérer les intérêts – moraux et matériels – de l'union conjugale, qui comprend les enfants (art. 159, 2^e al.). C'est ce qu'énonce le nouvel article 167. Si un époux ne tenait pas compte de ces facteurs en choisissant et en exerçant une profession ou une industrie, il violerait les devoirs dérivant du mariage. Ce serait un motif pour son conjoint de recourir aux bons offices du juge – sans cependant que celui-ci puisse trancher le différend.

217 Actes juridiques des époux

217.1 En général

(art. 168)

En l'état du droit, le mariage ne restreint pas en principe l'exercice des droits civils des époux. D'une part, ceux-ci peuvent librement traiter avec les tiers et déduire leurs prétentions en justice. D'autre part, ils peuvent conclure entre eux tous actes juridiques (art. 177, 1^{er} al., CC).

L'article 168 énonce ce double principe. Actuellement, il souffre certaines exceptions dans les rapports avec les tiers et dans les rapports entre époux (voir ch. 217.2 et 217.3).

Le régime matrimonial de l'union des biens restreint non seulement le pouvoir de la femme de disposer, mais aussi sa capacité de s'obliger sur tous ses biens (voir ch. 13). La renonciation à ce régime comme régime légal et comme régime conventionnel entraînera la suppression de cette incapacité. Si la femme est déjà capable d'ester en justice (art. 168, 1^{er} al., CC), son mari a cependant seul qualité pour la représenter dans ses contestations avec les tiers relativement à ses apports (2^e al.). Il est inutile d'énoncer la première règle, car la capacité d'ester en justice découle de l'exercice des droits civils; quant à la seconde, elle devient sans objet de par l'abandon du régime de l'union des biens. Dans le régime conventionnel de la communauté de biens, la capacité de plaider relativement aux biens communs relève des règles sur l'administration et la disposition de ces biens (art. 224 à 226). Les dispositions spéciales touchant la position de la femme dans la poursuite en rapport avec le régime matrimonial de l'union des biens, notamment celles de l'article 68^{bis} LP, deviennent caduques.

D'autres règles touchant les rapports avec les tiers sont édictées dans l'intérêt de la famille, pour protéger les deux époux contre des engagements inconsidérés. Ainsi en est-il de l'exigence du consentement du conjoint pour la souscription d'un cautionnement (art. 494, 1^{er} al., CO) ou la conclusion d'une vente par acomptes ou avec paiements préalables (art. 226*b* et 228 CO). Le projet de loi du 12 juin 1978 sur le crédit à la consommation pose une exigence semblable pour la conclusion du contrat de petit crédit (art. 318*d*, 3^e al.) (175). Ces restrictions affectent la liberté juridique des époux de façon égale. La révision du droit du mariage ne les met pas en cause. En revanche, le présent projet vise à introduire une restriction nouvelle, concernant le droit d'un époux de disposer du logement de la famille (voir ch. 217.221).

217.2 Restrictions dans les rapports avec les tiers

217.21 Abrogation de l'article 177, 3^e alinéa, CC

(«intercession» de la femme mariée en faveur de son mari)

L'interdiction ou la limitation des actes dits d'intercession remonte au droit romain (*sénatus-consulte velléien*). Elle s'est maintenue jusqu'à l'époque des grandes codifications. Elle a disparu de la presque totalité des législations étrangères.

Le but de l'article 177, 3^e alinéa, CC, est de protéger la femme contre elle-même et, indirectement, de sauvegarder les intérêts de la famille. L'application de la disposition a soulevé de graves difficultés. L'interprétation jurisprudentielle a été restrictive, tant pour définir les «obligations» contractées par la femme que pour retenir «l'intérêt du mari» dès que la femme est aussi juridiquement intéressée à l'affaire. (176)

La disposition consacre une incapacité de la femme mariée. Elle est donc en désaccord avec la tendance du projet de réaliser l'égalité des époux dans les responsabilités comme dans les droits. En outre, cette disposition, elle aussi, n'a atteint que partiellement l'effet de protection que l'on en attendait, car elle ne touche que les obligations de la femme, et non ses actes de disposition. Elle peut être aisément éludée, et cela arrive souvent. Transférer des droits réels sur des immeubles ou d'autres biens, mêmes sur des titres, céder des créances, opérer des compensations, renoncer à des droits et même constituer des droits de gage, tout cela, selon la jurisprudence, ne tombe pas sous le contrôle de l'autorité tutélaire. De plus, dans bien des cas concrets, il est très difficile de savoir si, juridiquement, on se trouve en présence d'une obligation ou d'un acte de disposition. Cette situation a provoqué de nombreux procès; elle incite même les banques à exiger l'approbation pour des actes juridiques qui ne la postulent pas à coup sûr, à seule fin d'éviter leur nullité. Si le tiers intéressé n'est pas une banque, le cas peut aisément se produire où les participants négligent de solliciter l'approbation de l'autorité tutélaire.

Le Conseil fédéral, suivant la commission d'experts, vous propose aussi d'abroger cette disposition. Des voix plutôt isolées se sont fait entendre pour évoquer la dépendance psychologique dans laquelle vivrait encore souvent la femme par rapport à son mari; d'autres argumentent de son inexpérience en

affaires ou de sa disposition à sacrifier trop facilement ses intérêts pour préserver l'harmonie du foyer.

Ces craintes paraissent fortement exagérées en l'état de l'émancipation féminine et de la formation dont bénéficient les jeunes filles comme les garçons, non seulement par l'école et les mass media, mais aussi par l'information que procurent aux femmes leurs propres organisations. Si la femme mariée avait vraiment besoin d'une protection, il faudrait l'étendre aux actes de disposition. Mais on ne peut songer à instaurer de telles entraves aux transactions.

Si l'on abroge l'article 177, 3^e alinéa, CC, l'article 494, 4^e alinéa, CO devient sans objet en tant qu'il se réfère à un cautionnement souscrit par la femme en faveur de son mari. (177)

217.22 Logement de la famille

217.221 Restriction du droit d'un époux de disposer des droits dont dépend le logement de la famille (art. 169)

Dans le dessein de protéger l'union conjugale, plusieurs législations modernes soustraient à la disposition d'un seul époux les droits qui assurent le logement de la famille, ainsi que les meubles qui le garnissent ou qui sont affectés à l'usage de celle-ci (voir les indications de droit comparé, ch. 182).

L'avant-projet de 1976 introduisait ces deux sortes de restrictions. Etant donné le résultat de la consultation, la restriction de la liberté de chaque époux de disposer d'objets mobiliers doit être supprimée (178). L'article 178 qui donne au juge la possibilité de restreindre le pouvoir d'un époux de disposer de certains de ses biens devrait suffire.

Mais sont maintenues les restrictions relatives à la disposition du logement. La possession d'un logement est une affaire vitale pour la famille. Il faut éviter que, notamment en cas de tension ou par légèreté, l'époux titulaire des droits dont dépend le logement ne puisse en disposer unilatéralement, par exemple en résiliant le bail, en vendant la maison familiale ou l'appartement en propriété par étage. L'intervention du juge de l'article 178 pourrait ici se révéler souvent tardive.

C'est la raison pour laquelle l'article 169, 1^{er} alinéa, dispose qu'«un époux ne peut, sans le consentement de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend le logement de la famille».

Le «logement de la famille» ne comprend pas la résidence secondaire qui n'est pas vitale pour l'union conjugale, ni des locaux à caractère uniquement professionnel ou commercial.

Les «autres actes juridiques» visés par le 1^{er} alinéa comprendront, par exemple, la cession des parts de société (notamment d'actions) conférant la jouissance d'un appartement, la renonciation à un usufruit ou à un droit d'habitation, la cession du bail ou la sous-location. La constitution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation sur la maison ou la part d'étage exigera aussi le consentement du conjoint. Le cas échéant, la constitution d'un droit de gage

sur un immeuble déjà fortement hypothéqué peut mettre en péril la conservation du logement familial.

Le consentement du conjoint ne peut être simplement tacite, mais il n'est pas nécessaire que le consentement exprès soit donné par écrit. (179)

S'il est impossible de recueillir le consentement du conjoint ou s'il est refusé sans motif légitime, on ne peut laisser les choses en l'état, vu l'importance de l'affaire. En particulier, un refus de consentement peut être contraire aux intérêts bien compris de l'union conjugale. Aussi le 2^e alinéa statue-t-il que «l'époux intéressé» – l'époux titulaire des droits dont dépend le logement – «peut en appeler au juge», c'est-à-dire se faire autoriser par lui à agir seul. Il a paru préférable de désigner le juge déjà habilité à s'occuper d'autres difficultés conjugales – plutôt que l'autorité tutélaire.

L'absence de consentement du conjoint ou d'autorisation du juge entraînera la nullité de l'acte juridique en cause. Cependant si le bailleur n'a pas repoussé la résiliation, elle sera validée si le consentement ou l'autorisation est donnée après coup. (180) Mais dans tous les cas, le consentement de l'autre époux doit être requis avant le début du délai de renonciation. En matière de transfert d'immeubles ou de constitution de droits réels sur des immeubles, l'inscription ne pourra avoir lieu sans le consentement du conjoint ou l'autorisation du juge (art. 965 à 966 CC).

217.22 Résiliation du bail par le bailleur lorsque les locaux loués servent de logement au preneur et à sa famille (nouvel art. 271a CO)

Si, en matière de bail portant sur le logement de la famille (art. 169; voir ch. 217.221), l'époux preneur ne peut résilier le contrat sans le consentement de son conjoint, il importe que le bailleur ne puisse non plus y mettre fin en s'adressant seulement à un cocontractant. L'article 1751 CC français prévoit que le droit au bail est réputé appartenir à l'un et à l'autre des époux, donc même si le contrat n'a été conclu qu'avec l'un d'eux. Il n'a pas paru nécessaire d'aller aussi loin. Il suffit de prévoir que la résiliation doit être signifiée à la fois au preneur et à son conjoint et que celui-ci soit mis en mesure d'exercer les droits tendant au maintien du bail.

Le 1^{er} alinéa a en vue toutes déclarations qui tendent à mettre fin au bail, donc non seulement le congé selon l'article 267 CO, mais aussi la résiliation immédiate pour violation des obligations du preneur (art. 261, 2^e al., CO), l'assignation du délai comminatoire en cas de demeure du preneur (art. 265 CO), le congé prévu par le contrat dans un bail fait pour un temps fixé (art. 268 CO), la résiliation anticipée pour circonstances graves (art. 269 CO). En cas de mort du preneur (art. 270 CO), la résiliation devra de toute façon être signifiée séparément aussi au conjoint, même s'il n'est pas héritier. La «dénonciation» par l'acquéreur, selon l'article 259, 2^e alinéa, CO, devra également être adressée au conjoint. (181) La disposition est sans objet lorsque le contrat expire après une durée déterminée sans clause de reconduction; ici, le bail s'éteint sans déclaration du bailleur.

Pour rendre efficace la protection du logement dans l'intérêt de la famille, il importe que les moyens dont dispose le preneur à l'encontre des déclarations du bailleur selon le 1^{er} alinéa puissent aussi être exercés par son conjoint (nouvel art. 271 a, 1^{er} al., CO).

Il s'agit avant tout du droit d'obtenir la prolongation du bail selon les articles 267 a et suivants CO. (182) Ce droit est accordé par l'article 267 a contre les congés donnés valablement conformément aux articles 259, 267 et 270 CO. L'article 267 b CO prévoit également la prolongation des baux «qui expirent après une durée déterminée ou à une date déterminée». Le refus du bailleur est une déclaration au sens de l'article 271 a, 1^{er} alinéa, CO, qui doit par conséquent aussi être signifiée au conjoint du preneur. Quant à la requête en prolongation du bail, elle pourra être également formée par ce conjoint en vertu du 2^e alinéa. De ces prérogatives du conjoint du preneur, il faut déduire que, de son côté, il pourra préalablement demander lui-même au bailleur, selon l'article 267 b, 1^{er} alinéa, CO, de prolonger un bail de durée déterminée. Il n'est pas nécessaire de l'énoncer formellement dans la loi.

Dans les autres cas où une déclaration du bailleur tend à mettre fin au bail (art. 261, 265, 268 et 269 CO), le preneur peut disposer de moyens juridiques pour contester la résiliation du bail. De son côté, le conjoint du preneur sera à même de les exercer de façon indépendante.

217.3 Restrictions dans les rapports entre époux

217.31 Abrogation de l'article 177, 2^e alinéa, du Code civil

A la liberté des actes entre époux, l'article 177, 2^e alinéa, CC apporte une exception pour les actes relatifs aux apports de la femme ou aux biens de la communauté: la validité de ces actes est subordonnée à l'approbation de l'autorité tutélaire. La règle est liée au régime matrimonial. Elle devient sans objet pour les apports de la femme dans le régime de la participation aux acquêts, mais le projet prévoit aussi sa suppression pour le régime de communauté. La liberté du contrat de mariage conclu après la célébration est aussi restreinte par l'exigence de l'approbation tutélaire (art. 181, 2^e al., CC); la question sera traitée en rapport avec le régime matrimonial (voir ch. 221.23).

L'article 177, 2^e alinéa, CC ne se heurte pas directement au principe de l'égalité de droit, car il restreint la capacité des deux époux. (183) On tend à y voir aujourd'hui une sauvegarde pour l'union conjugale elle-même. (184) La disposition tendrait à assurer une certaine stabilité dans la composition des masses matrimoniales. De plus, on dispute si elle a également pour but de protéger les héritiers présomptifs des époux et de garantir les droits des créanciers. (185)

L'interprétation de l'article 177, 2^e alinéa, CC, a soulevé beaucoup de difficultés. (186) Tel a été le cas notamment pour la relation qui doit exister entre l'acte considéré et les apports de la femme ou les biens communs. La jurisprudence s'est fixée en ce sens que seuls sont soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire les actes qui affectent directement la consistance des apports

fémminins ou des biens communs ou qui créent une obligation tendant à un tel résultat; la disposition ne s'applique pas aux actes qui entraînent seulement la garantie de ces biens. (187)

Sur le principe, cette sorte de mise sous tutelle des deux époux a déjà été l'objet de critiques à l'époque des travaux préparatoires du code civil. Au reste, la protection assurée aux époux par l'article 177, 2^e alinéa, CC, n'est que partielle si elle ne s'étend pas aux biens réservés de la femme et aux biens du mari. Dorénavant, sous le régime conventionnel de la communauté, il faudrait donc l'appliquer aux mouvements entre biens propres du mari et de la femme. Mais il ne peut être question de grever à ce point les transactions entre époux. (188)

Le Conseil fédéral, suivant les propositions de la commission d'étude et de la commission d'experts, propose de renoncer à l'article 177, 2^e alinéa, CC.

Dans la procédure de consultation, quelques voix se sont élevées en faveur du maintien de la protection procurée aux époux par l'article 177, 2^e alinéa, CC. Mais il faut considérer aujourd'hui que les époux sont des «majeurs» qui doivent pouvoir régler librement entre eux leurs intérêts pécuniaires. Si tant est que la règle vise à protéger la femme, l'argument tiré de son inexpérience ne tient plus (voir ch. 217.21). A l'encontre d'actes qui porteraient atteinte aux droits des héritiers réservataires, ceux-ci disposent des protections que leur accorde le droit successoral (art. 522 ss, notamment 527 CC). L'article 193 qui reproduit l'article 188 CC, est propre à garantir les droits des créanciers contre les actes qui soustrairaient à leur action des biens sur lesquels ils pouvaient jusqu'alors exercer leurs droits.

217.32 Suppression de l'interdiction de l'exécution forcée entre époux

217.321 Les articles 173 à 176 du Code civil

L'article 173, 1^{er} alinéa, CC, pose le principe que «les époux ne peuvent requérir l'exécution forcée l'un contre l'autre». La règle s'applique aussi aux mesures d'exécution du droit cantonal. Le principe souffre certaines exceptions ou réserves pour sauvegarder des intérêts qui, dans des situations données, ont paru supérieurs.

Ces intérêts sont d'abord ceux des époux eux-mêmes: l'article 174 CC permet au conjoint d'un époux poursuivi par un tiers de participer à la saisie ou d'intervenir dans la faillite; l'article 176 CC donne à un époux la faculté de poursuivre l'exécution forcée à l'effet de réaliser la séparation de biens légale ou judiciaire et pour recouvrer des subsides alloués par le juge en cas de suspension de la vie commune.

L'article 175 CC a ensuite en vue les intérêts des créanciers d'un époux qui subissent une perte dans l'exécution forcée dirigée contre lui, alors que cet époux possède des créances contre son conjoint.

Rappelons que l'interdiction s'applique à tous les époux indépendamment du régime et tant que dure le mariage, donc aussi pendant l'instance de divorce et après la séparation de corps. Elle concerne – sous réserve de l'article 176 – toutes espèces de créances d'un époux contre l'autre, même des créances

exigibles afférentes aux biens réservés. Selon la jurisprudence, elle ne permet pas à la femme, pendant la vie commune, de recouvrer l'«argent de ménage» que le juge des mesures protectrices aurait prescrit au mari de verser. (189) L'exécution forcée n'est même pas ouverte pour garantir les sûretés destinées à protéger les apports de la femme. (190)

217.322 Critique de l'interdiction

Le législateur de 1907 a estimé que l'intimité du lien conjugal s'oppose à ce qu'un époux poursuive l'exécution forcée de ses droits contre l'autre. Il n'est certes pas niable qu'une telle procédure soit de nature à créer ou à augmenter un état de tension dans le mariage. Mais la capacité des époux demeure entière pour l'introduction d'un procès ou le dépôt d'une plainte pénale, qui menacent sans doute autant la paix conjugale.

Ce qu'il faut considérer avant tout, ce sont les inconvénients que l'interdiction présente pour l'époux ayant droit. (191) A cet égard, les praticiens ont signalé que l'effet pratique de l'article 173 CC a été souvent de faire perdre à un époux ses prétentions contre l'autre. Ordinairement c'est la femme qui est la victime. Le système veut que le créancier doive généralement attendre la dissolution du mariage pour faire valoir ses droits. Certes la suspension de la prescription (art. 134, 1^{er} al., ch. 3, CO) sauvegarde-t-elle la créance comme telle, mais elle ne garantit naturellement pas qu'à la dissolution du mariage, et encore moins en cas de poursuite par un tiers, l'époux débiteur offre une surface financière suffisante – sans compter qu'après des années, l'époux créancier sera en peine d'établir l'existence de son titre. Ces inconvénients ne tiennent pas uniquement au système de l'union des biens. Sous tous les régimes matrimoniaux, il arrivera qu'un des époux confie à l'autre l'administration de ses biens; or, au moment où le mandant voudra reprendre cette administration, le maintien de l'article 173 CC aurait pour effet de différer le règlement de comptes.

A mettre en balance les avantages de l'interdiction de l'exécution forcée entre époux et ses désavantages, on est amené à conclure que ceux-ci l'emportent.

Une simple extension des cas où la poursuite entre époux serait ouverte ne paraît pas suffisante. Une règle statuant que les prétentions fixées par le juge pourraient être l'objet de l'exécution forcée permettrait sans doute d'assurer pendant le mariage le recouvrement de la contribution pécuniaire due pour l'entretien de la famille (art. 173). Mais il demeurerait impossible à un époux d'obtenir le règlement d'autres créances découlant d'un mandat de gestion, d'avances d'investissements, d'un contrat de travail ou de société, d'une contribution extraordinaire à l'entretien de la famille. Il est vrai aussi qu'on réaliserait un progrès en limitant l'interdiction de l'exécution forcée aux époux qui font ménage commun; mais ce serait engager un époux qui a des prétentions à élever contre l'autre à suspendre la vie commune pour parvenir à ses fins.

Pour ces raisons, le Conseil fédéral, se rangeant à l'avis de la commission d'experts, propose de supprimer l'interdiction de l'exécution forcée entre époux.

217.323 Conséquences de la suppression de l'interdiction

La suppression de l'interdiction des poursuites entre époux (art. 173, 1^{er} al., CC) rend sans objet l'article 174 CC sur la participation à la saisie et l'intervention dans la faillite, ainsi que l'article 176 CC sur la poursuite en cas de séparation de biens et de recouvrement de subsides.

Dans l'article 175 CC, il faut distinguer deux règles :

- En cas d'insuffisance des biens d'un conjoint poursuivi par voie de saisie, ses créances contre l'autre deviennent exigibles. Cette exigibilité est de droit en cas de faillite (art. 208 LP). Par le 2^e alinéa de l'article 175 CC, le législateur a simplement voulu lever tout doute au regard du principe de l'article 173 CC. (192)
- A la même condition d'insuffisance, les créances peuvent être saisies (saisissabilité subsidiaire), ce qui, dans les relations entre époux, ne serait pas possible. (193)

Il n'y a pas lieu d'énoncer la règle de l'exigibilité dans le projet. (194) Selon le nouveau droit, le régime matrimonial n'exercera pas d'influence sur l'exigibilité des dettes entre les époux (art. 203, 232 et 247). Comme il en est aujourd'hui pour la créance de bénéfice de la femme, la créance de participation d'un époux (art. 212 ss) ne devient actuelle qu'à la dissolution du régime légal. Dans le régime de la communauté, il n'y a lieu à récompense entre les biens communs et les biens propres d'un époux qu'à la liquidation (art. 235); c'est seulement si la dissolution est entraînée par la faillite d'un époux ou provoquée par un créancier saisissant (art. 188 et 189) que la créance de récompense tombe sous la prise des créanciers.

Il est vrai que, selon la doctrine, l'article 175, 1^{er} alinéa, CC rend exigibles n'importe quelles créances entre les époux, dérivant d'un titre quelconque (vente, acte illicite, enrichissement illégitime) (195). Mais on ne voit pas pourquoi des créances qui ne sont pas exigibles en vertu du droit commun le deviendraient – et par conséquent seraient saisissables – parce qu'elles appartiennent à un époux contre son conjoint. C'est discriminer l'époux qui est débiteur de son conjoint, par rapport à d'autres débiteurs. Il convient donc de ne pas reprendre la règle de l'exigibilité de l'article 175, 1^{er} alinéa, CC. En cas de collusion entre époux, les créanciers disposent des moyens de protection que leur offre en particulier la loi sur la poursuite (art. 285 ss LP).

Quant au 2^e alinéa de l'article 175 CC, il n'a plus de raison d'être.

La règle suivant laquelle les créances d'un époux contre l'autre ne sont saisies qu'en cas d'insuffisance des biens du poursuivi conserve toute sa justification. Elle se présente comme un moyen de protection du conjoint du débiteur et, indirectement, de la famille elle-même. Mais il convient de faire figurer la règle dans la loi sur la poursuite, comme article 95^{bis} LP. L'interprétation en sera la même. Il suffit que les autres biens du débiteur apparaissent insuffisants pour couvrir la créance du poursuivant (cf. art. 95, 2^e al., LP); il n'est pas nécessaire que des actes de défaut de biens aient été délivrés. (196)

La suppression de l'interdiction des poursuites entre époux n'affecte pas nécessairement le privilège de l'article 111 LP (participation à la saisie sans poursuite préalable). Il y a toujours de bonnes raisons, sous l'empire du nou-

veau droit, pour permettre au conjoint de différer la poursuite jusqu'au dernier moment. Bien que la poursuite entre époux soit juridiquement possible, on l'omet généralement pour des motifs d'ordre psychologique et elle n'est en principe pas du tout souhaitable. Si l'on ne veut pas forcer le conjoint à intenter immédiatement une poursuite contre l'autre dont la situation financière se détériore, il faut quand même lui laisser la possibilité de participer à la saisie qu'un autre débiteur a obtenue. C'est pourquoi le Conseil fédéral maintient inchangé l'article 111 LP.

217.324 Nouvel article 2 a de la loi sur les conséquences de droit public de la saisie infructueuse et de la faillite

Pour les cas où une poursuite peut même être exercée entre époux, l'article 173, 2^e alinéa, CC dispose que «la privation des droits civiques pour cause de saisie infructueuse ou de faillite n'est pas encourue par suite des pertes que l'un des époux a subies du fait de l'autre». Cette exclusion doit naturellement être maintenue. Il ne faut, bien sûr, pas nier qu'un certain intérêt public est attaché à la privation des droits civiques lorsqu'un acte de défaut de biens a été délivré à la suite d'une poursuite entre époux. Ainsi, suivant les circonstances, il pourrait être souhaitable qu'un canton puisse retirer sa patente à un notaire dont l'épouse a subi une perte à la suite d'une poursuite intentée contre lui. En revanche, il y a un intérêt majeur à ce que la poursuite entre époux n'emporte que des suites de nature patrimoniale. L'exclusion de la «privation des droits civiques» a été conçue comme une mesure de sauvegarde du lien conjugal (197), et elle doit être maintenue. Mais il convient de la sortir du code civil pour l'inscrire, comme article 2a, dans la loi du 29 avril 1920 sur les conséquences de droit public de la saisie infructueuse et de la faillite.

218 Devoir de renseigner (art. 170)

Selon le droit en vigueur, le devoir des époux de se renseigner sur l'état de leurs biens est essentiellement rattaché au régime matrimonial. Dans l'union des biens, «le mari est tenu, à la demande de la femme, de la renseigner sur l'état des biens par elle apportés» (art. 205, 1^{er} al., CC). Dans les régimes de communauté, le mari doit renseigner sa femme sur l'état des biens communs et sur leur gestion; cela découle des droits de la femme sur le patrimoine commun; dans la mesure où la femme administre, un devoir correspondant lui incombe. (198) En revanche, dans l'union des biens, le mari n'a en principe pas à renseigner sa femme sur ses apports à lui (199), sauf – selon certains auteurs – pour permettre à l'épouse d'estimer la couverture de sa créance d'apports (200). Cependant la doctrine déduit généralement des devoirs généraux du mari envers sa femme (art. 159, 2^e et 3^e al., et 160, 2^e al., CC) qu'il doit quand même la renseigner à grands traits sur sa situation financière. En revanche, lors de la liquidation du régime, le mari doit fournir tous renseignements sur les biens matrimoniaux (apports et acquêts) et produire des pièces à l'appui de ses dires. (201) Dans le régime de séparation, les époux n'ont pas à se renseigner réciproquement sur leur situation financière, (202) et il en va de même pour

leurs biens réservés sous tous les régimes, sauf le devoir général d'information évoqué plus haut.

Cet état du droit ne donne pas satisfaction. Si les époux s'obligent à assurer d'un commun accord la prospérité de l'union conjugale (art. 159, 2^e al., CC), il est naturel qu'ils se mettent réciproquement au courant de leur situation matérielle. Cela est déduit de la nature du mariage et de l'étroit rapport de confiance qu'il crée entre les époux. Cette information réciproque est certes importante pour le fonctionnement du régime matrimonial, en particulier du régime légal de la participation aux acquêts. Mais la connaissance par chaque époux du revenu et de la fortune de son conjoint est aussi nécessaire pour déterminer la contribution de chacun à l'entretien de la famille (art. 163) pour fixer la prétention de l'époux au foyer (art. 164), pour mesurer l'étendue du pouvoir de représentation d'un époux (art. 166). Aussi convient-il, en consacrant le devoir des époux de se renseigner sur leur situation matérielle, de disjoindre ce devoir du régime matrimonial et de l'inscrire dans les effets généraux du mariage.

Aux termes de l'article 170, 1^{er} alinéa, «chaque époux peut demander à son conjoint qu'il le renseigne sur ses revenus, ses biens et ses dettes». Le devoir de renseigner suppose une requête. Celle-ci peut être formée en tout temps, sous réserve d'abus. Les renseignements demandés doivent servir à la protection des droits découlant pour le requérant des effets généraux du mariage et du régime matrimonial; il n'a pas paru nécessaire, comme dans l'avant-projet de 1976 (203), de formuler une réserve à ce sujet, tout droit étant subordonné à l'existence d'un intérêt à l'exercer. L'information porte à la fois sur les revenus – produit du travail et rendement des capitaux – et sur la fortune de l'époux requis, c'est-à-dire sur ses biens et ses dettes.

L'époux requérant peut se contenter de renseignements donnés de vive voix, mais il peut demander à consulter des pièces.

Si les époux sont en désaccord sur l'existence, l'étendue et les modalités du devoir de renseigner, chacun d'eux peut saisir le juge. Le différend ressortit aux mesures protectrices de l'union conjugale (art. 172). A défaut de conciliation, le juge statue (art. 170, 2^e al.). Il peut astreindre le conjoint du requérant «à fournir les renseignements utiles et à produire les pièces nécessaires». Il peut aussi y obliger des tiers: mandataires, dépositaires, gérants de fortune, banques, etc.; ceux-ci ne pourront s'abriter derrière le secret professionnel (204). Le juge peut d'ailleurs aussi ordonner d'autres preuves (art. 170, 3^e al), par exemple une expertise.

Indépendamment des mesures prévues par l'article 170, un époux peut, lorsque son conjoint refuse de le renseigner, demander au juge de prononcer la séparation des biens (art. 185, 2^e al., ch. 4; voir ch. 221.331).

219 Protection de l'union conjugale (art. 171 à 180)

219.1 Droit actuel

Le législateur de 1907 a pensé que le juge doit pouvoir intervenir dans les conflits conjugaux autrement que pour statuer sur une action en divorce ou en

séparation de corps. Avant qu'on en arrive à cette extrémité, il doit y avoir place pour des mesures appropriées de nature à empêcher que la désunion ne se consomme. C'est le but des articles 169 à 172 CC et de quelques autres dispositions.

L'intervention du juge se justifie lorsqu'un époux manque à ses devoirs (art. 169, 1^{er} al., CC), sans même que ce soit nécessairement par sa faute. (205) D'ailleurs, le juge peut parfois être saisi en l'absence d'un tel manquement, parce qu'il y a désaccord entre les époux, ainsi sur l'exercice d'une profession par la femme (art. 167 CC).

Le rôle du juge est avant tout de tenter la conciliation; s'il n'y réussit pas, «il prend les mesures prévues par la loi pour sauvegarder l'union conjugale». Par les termes employés, le législateur a voulu restreindre l'initiative du juge. (206)

«Les mesures prévues par la loi» sont celles des articles 170, 3^e alinéa, CC (subsides en cas de suspension de la vie commune), 171 CC (avis aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme), et selon les prescriptions cantonales de compétence en la matière, notamment les mesures des articles 165 CC (réintégration de la femme dans son pouvoir domestique), 167 CC (autorisation donnée à la femme d'exercer une profession ou une industrie), 183 et 184 CC (séparation de biens judiciaire), 205 CC (sûretés pour les apports de la femme). (207)

En réalité, le juge est fondé à prendre certaines autres mesures: fixer l'«argent de ménage» que le mari doit remettre à sa femme; en cas de suspension de la vie commune, répartir le mobilier, attribuer la garde des enfants et régler la question de leur entretien. (208) En revanche, l'interdiction des poursuites entre époux ne permet pas de rendre effective, pendant le mariage, la condamnation à verser les sommes nécessaires à l'entretien du ménage. Si le juge peut, en cas de suspension de la vie commune, autoriser la femme à demeurer dans la maison ou l'appartement du mari, il ne peut, pour garantir cette jouissance, décider de bloquer un feuillet du registre foncier. (209)

La pratique a fait un usage plus ou moins étendu, selon les cantons, des mesures de protection de l'union conjugale. Quoi qu'il en soit, dès le début, le mouvement de révision du droit du mariage a tendu à améliorer et à développer le système. Tel a été le point de vue de la commission d'étude. De son côté, la doctrine s'est le plus souvent prononcée dans le même sens. (210) Dans la procédure de consultation, le renforcement des mesures protectrices a généralement été salué dans son principe.

219.2 La solution du projet

219.21 Offices de consultation conjugale ou familiale (art. 171)

On a parfois relevé le manque de préparation des magistrats appelés à exercer la fonction de juge conciliateur entre les époux et à appliquer les mesures protectrices de l'union conjugale. (211) Si l'expérience humaine peut souvent remplacer la formation spécialisée, il est certain que le magistrat peut utilement

recourir à l'aide du psychologue ou de l'assistant social. Cette aide peut même, le cas échéant, suppléer son intervention.

Il existe depuis quelques années, dans un bon nombre de cantons, des offices de consultation conjugale ou familiale qui, outre la préparation lointaine ou rapprochée au mariage (éducation sexuelle des adolescents et jeunes gens, cours sur les problèmes psychologiques, économiques, juridiques du couple), prêtent leur aide aux époux en crise et leur donnent des conseils dans les difficultés de la vie quotidienne, y compris dans les problèmes d'éducation. Il s'agit d'une véritable thérapeutique individuelle et conjugale, non d'une psychothérapie au sens médical.

Ces offices de consultation conjugale ou familiale peuvent être de la plus grande utilité. On conçoit que des époux s'y rendent plus volontiers que chez le magistrat investi d'un caractère officiel. Les conseils donnés par les préposés à ces institutions peuvent se révéler aussi efficaces que les objurgations d'un juge. Pour ces motifs, il importe que les époux trouvent, dans chaque canton, un office de consultation auquel ils puissent s'adresser dans les difficultés de leur vie commune et dans l'accomplissement de leurs tâches de parents. Ils doivent être libres d'y recourir, ensemble ou séparément. Aucune contrainte ne saurait être exercée sur un époux qui s'y refuserait.

L'article 171 charge les cantons de veiller à ce que de tels offices soient à la disposition des époux (voir ch. 32). Ils encourageront les institutions existantes et, au besoin, en susciteront la création, sans que celles-ci doivent nécessairement avoir le caractère d'un service public. Ils édicteront à cet effet les dispositions nécessaires. Pour les époux aux prises avec des difficultés financières, la consultation devrait être gratuite. Il n'est pas question que, devant ces offices, un époux se fasse représenter ou assister par un homme de loi. La neutralité confessionnelle doit être assurée.

219.22 Mesures judiciaires

219.221 L'intervention du juge en général (art. 172)

L'article 172 s'inscrit dans la ligne de l'article 169 CC. Que les époux se soient ou non adressés à un office de consultation conjugale ou familiale, ils peuvent requérir l'intervention du juge dans leurs difficultés. Ils peuvent le faire «ensemble ou séparément». L'article 172 concerne d'abord le cas où un époux «ne remplit pas ses devoirs de famille, que ce soit ou non par sa faute»; il est inutile d'évoquer spécialement le cas où l'époux «expose son conjoint à péril, honte ou dommage», car, par cette attitude, il viole nécessairement des obligations découlant du mariage (art. 159, 2^e et 3^e al.). En revanche, il faut viser spécialement le cas où les époux sont en désaccord, mais seulement sur une «affaire importante pour l'union conjugale». D'une part, il ne peut s'agir d'une affaire personnelle à un époux, comme une option religieuse ou politique. D'autre part, le désaccord doit affecter les intérêts vitaux de l'union conjugale: choix de la demeure commune, exercice d'une profession, éducation d'un enfant (sous réserve des mesures prévues par les art. 307 ss CC).

La mission du juge est avant tout de prêter aux époux ses bons offices. Son rôle est moins d'admonester un époux défaillant que de rappeler aux deux conjoints leurs devoirs et – indirectement – leurs droits. L'accent est mis sur la conciliation.

Dans l'accomplissement de sa mission, le juge peut – mais avec l'accord des époux – requérir le concours de personnes qualifiées: médecins, psychologues, assistants sociaux, ecclésiastiques, qui lui serviront d'«experts» au stade de la conciliation. Il peut aussi conseiller aux époux – sans donc le leur imposer – de s'adresser à un office de consultation conjugale ou familiale.

Les efforts du juge peuvent demeurer vains ou se révéler d'emblée inutiles. A ce moment, il peut être appelé à prendre des mesures, soit pour la continuation de la vie commune (art. 173 et 174, 166, 2^e al., ch. 1), soit en vue de sa suspension (art. 176), certaines mesures s'appliquant dans un cas comme dans l'autre (art. 177 et 178), sans préjudice de mesures prévues dans un autre contexte (art. 169, 170 et 185).

En dehors de là, pour les raisons indiquées (voir ch. 213.1), le juge des mesures protectrices de l'union conjugale n'est pas appelé à jouer un rôle d'arbitre dans les différends conjugaux, contrairement à ce que prévoient certaines législations étrangères récentes (France, Italie). Les domaines où lui sont confiées des tâches réellement nouvelles se limitent à la représentation de l'union conjugale au-delà des besoins courants (art. 166, 2^e al., ch. 1), à la protection du logement familial (art. 169), à la prétention de l'épouse au foyer (art. 173, 2^e al.) et aux restrictions du pouvoir de disposer (art. 178).

En dépit de certaines suggestions, (212) le projet s'en tient au principe que le juge ne peut prendre que les «mesures prévues par la loi». Vu son caractère sommaire, la procédure des mesures protectrices n'offre pas au justiciable les mêmes garanties que la procédure ordinaire, de sorte que la libre initiative du juge pourrait aboutir à restreindre trop facilement la liberté personnelle d'un époux. De plus, on ne pourrait compter qu'une jurisprudence quelque peu uniforme se forme en cette matière pour l'ensemble de la Suisse, d'où le double risque de l'inégalité de traitement et de l'insécurité juridique. Le système actuel n'empêche pas le juge, qui ne peut prendre une mesure déterminée, par exemple prescrire à un alcoolique de suivre une cure de désintoxication, de signaler le cas à l'autorité compétente.

L'intervention du juge a pour but premier la protection de l'union conjugale, comme cela ressort avant tout de son rôle médiateur mais aussi de la plupart des mesures prévues par la loi. Cependant il faut convenir que cette intervention tend souvent à protéger les intérêts personnels d'un conjoint (213), comme c'est le cas pour l'organisation de la vie séparée (art. 176), l'allocation d'un montant équitable à l'épouse au foyer (art. 164). Aussi l'article 172, 3^e alinéa, se borne-t-il à disposer qu'«au besoin, le juge prend à la requête d'un époux, les mesures prévues par la loi», sans spécifier – comme l'article 169, 2^e alinéa, CC – qu'elles le sont «pour sauvegarder les intérêts de l'union conjugale». Cependant les mesures judiciaires des articles 172 et suivants peuvent continuer à être rangées sous le titre de «protection de l'union conjugale» car, même si elles protègent parfois les intérêts personnels d'un époux, elles s'inscrivent dans le cadre du maintien du mariage.

219.222 Mesures judiciaires pendant la vie commune

219.222.1 Contributions pécuniaires

(art. 173)

219.222.11 Contributions pour l'entretien de la famille

Les époux déterminent d'un commun accord le mode et l'étendue de leur contribution à l'entretien de la famille. Mais, s'ils ne s'entendent pas, force est au juge d'exercer sa mission conciliatrice et, au besoin, de statuer. Déjà aujourd'hui, le juge peut être appelé à fixer l'«argent de ménage», sauf que sa décision n'est pas exécutoire (voir la remarque 189).

Il s'agit d'abord de déterminer la contribution pécuniaire que l'époux qui exerce une activité lucrative doit verser à son conjoint. Mais ce conjoint peut aussi avoir des ressources provenant des revenus de sa fortune, voire du produit de son travail. Dans ce cas, à l'instar de ce que prévoit l'article 246, 1^{er} alinéa, CC pour la femme séparée de biens, le juge doit aussi fixer la contribution de l'autre époux. Ce faisant, il tiendra nécessairement compte de l'apport fourni par chacun sous une forme autre que pécuniaire, en particulier des prestations en travail de l'épouse qui tient le ménage; il n'est pas nécessaire de le relever comme le faisait l'avant-projet de 1976 (art. 176, 2^e al.). Ceci ressort clairement de l'article 163.

Il va sans dire aussi que, dans ce cas, les contributions dues par chacun des époux se «compensent» et que le juge prescrira à un seul d'entre eux de s'acquitter de la différence.

Les contributions à fixer doivent couvrir l'entretien des enfants, qui est supporté par les père et mère conformément aux dispositions du droit de la filiation (art. 278, 1^{er} al., CC). La compétence du juge des mesures protectrices à cet égard est exclusive de celle du juge ordinaire (art. 279, 3^e al., *in fine*, CC).

219.222.12 Montant dû à l'époux au foyer

En même temps qu'il statue sur la contribution pécuniaire à verser par l'un des époux pour l'entretien de la famille, le juge peut être appelé à fixer le montant dû à l'époux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide son conjoint dans l'exercice de sa profession ou de son industrie (art. 164; voir ch. 214.2). Mais le juge peut aussi être saisi d'une requête de l'époux au foyer, indépendamment de la requête en détermination de la contribution d'entretien.

219.222.13 Limitation des prétentions dans le temps

Les prétentions visées par l'article 173, 1^{er} et 2^e alinéas, peuvent être réclamées pour l'avenir; dans le passé, elles ne peuvent l'être que pour l'année qui précède l'introduction de la requête (3^e al.; voir ch. 214.122 *in fine* et 214.2).

219.222.2 Retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale (art. 174)

On se réfère à ce qui a été dit plus haut (voir ch. 215.22). Une autre mesure judiciaire qui ressortit à la vie commune est l'autorisation donnée par le juge à un acte de représentation de l'union conjugale (art. 166, 2^e al., ch. 1).

219.223 Mesures judiciaires en cas de suspension de la vie commune

219.223.1 Causes de suspension de la vie commune (art. 175)

Les époux doivent mener une vie commune, quelle que soit la façon dont ils l'organisent (voir ch. 211). Lorsqu'un époux s'y refuse sans motifs légitimes, il viole un devoir découlant du mariage. Mais, pas plus à l'avenir qu'aujourd'hui, on ne peut l'empêcher d'avoir une demeure séparée (voir ch. 213.2). (214) La différence sera seulement que désormais la femme, même si elle n'est pas fondée à suspendre la vie commune, pourra se constituer un domicile propre (voir ch. 213.3).

Mais, pour obtenir du juge qu'il intervienne en vue d'organiser la vie séparée (art. 176, 1^{er} et 2^e al.), l'époux requérant doit établir que celle-ci est justifiée en ce qui le concerne. Il importe d'ailleurs à d'autres points de vue encore de savoir si un époux est fondé à suspendre la vie commune, à savoir pour l'appréciation des causes de divorce, notamment de l'abandon malicieux (art. 140 CC), et aussi de la clause générale (art. 142 CC).

Comme actuellement, la suspension de la vie commune n'exige pas une décision judiciaire (215), mais il restera loisible à un époux qui veut vivre séparé de solliciter à cet effet l'autorisation du juge. (216) Il est aussi possible aux époux de suspendre la vie commune d'accord entre eux (217). A cette occasion, ils peuvent régler les questions relatives à l'entretien, au logement, au mobilier de ménage et peuvent mettre fin à leur régime matrimonial. Ces arrangements ne sont pas subordonnés à l'approbation du juge (218).

Lorsqu'un des époux refuse de continuer ou de reprendre la vie commune, chacun d'eux peut d'abord requérir l'intervention du juge aux fins de conciliation. Cela résulte de la disposition générale de l'article 172.

Selon l'article 170, 1^{er} alinéa, CC, «un époux peut avoir une demeure séparée aussi longtemps que sa santé, sa réputation ou la prospérité de ses affaires sont gravement menacées par la vie en commun». Ces motifs sont apparus en partie trop restrictifs (menace pour la santé ou la réputation). De plus, ils sont conçus dans un sens trop individualiste, sans référence au bien de la famille. La pratique ne se tient guère à ces critères, et déjà la commission d'étude voulait envisager le cas où un époux serait encore menacé «d'une autre manière».

En définitive, il faut retenir l'exigence d'une menace grave prévue par l'article 175. Celle-ci peut viser :

- les «intérêts personnels» d'un époux, au sens de l'article 28 CC, c'est-à-dire sa santé physique ou psychique, son honneur, sa liberté, etc.;

- la sécurité matérielle, c'est-à-dire un minimum de garanties au plan économique – plutôt que la prospérité des affaires;
- le bien de la famille, conçu en ce sens que la séparation de fait peut être dans l'intérêt commun d'un époux et des enfants.

219.223.2 Organisation de la vie séparée

(art. 176)

En cas de vie séparée, si les époux ne règlent pas eux-mêmes leurs intérêts réciproques, chacun d'eux peut à cet effet s'adresser au juge. Mais c'est à condition – comme selon l'article 170, 3^e alinéa, CC – que la suspension de la vie commune soit justifiée au sens de l'article 175 du projet (art. 176, 1^{er} al., début). (219)

En dehors des conditions fixées par l'article 176, 1^{er} alinéa, la requête peut aussi être formée par un époux lorsque la vie commune se révèle en fait impossible, notamment lorsqu'il l'accepte alors que son conjoint la refuse sans y être fondé (art. 176, 2^e al.). Il en va de même lorsqu'un époux ne parvient pas à connaître le lieu de résidence de son conjoint, que celui-ci ne se fixe nulle part, qu'il est interné dans un établissement psychiatrique, etc. (220)

Les mesures à prendre concernant les époux sont énumérées par le 1^{er} alinéa de l'article 176: il s'agit d'abord de fixer la contribution pécuniaire due par l'un des époux à l'autre (ch. 1). Les conditions de la vie séparée appellent en partie, pour la détermination de l'entretien que se doivent les époux, l'application d'autres critères que pendant la vie commune. La situation est analogue à celle qui se présente après l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps selon l'article 145 CC – sauf que, dorénavant, il ne sera plus question, dans cet article, de «l'entretien de la femme», mais de l'«entretien de la famille» (nouvel art. 145, 2^e al., voir ch. 234). Dans la détermination de ce qu'une partie doit à l'autre, le juge tiendra compte du montant équitable qui revient à l'époux au foyer en vertu de l'article 164.

Ensuite, le juge des mesures protectrices – comme le juge du divorce – «prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage». Le chiffre 2 du 1^{er} alinéa complète à cet égard l'article 170, 3^e alinéa, CC. Le juge peut attribuer la jouissance du logement à un époux qui n'est pas le locataire ou le propriétaire. (221) Il doit veiller, sans considérer la question de la propriété, à ce que chaque époux dispose des meubles et des ustensiles de ménage qui lui sont nécessaires, eu égard notamment aux enfants qui lui sont confiés. (222)

La suspension de la vie commune, même justifiée, n'entraîne pas la dissolution du régime matrimonial. Il se peut que, dans les circonstances où un époux est fondé à cesser la vie commune, il ait aussi de justes motifs de provoquer la séparation de biens. En ce cas, il pourra la demander en vertu de l'article 185. Mais, en l'absence même de tels motifs, il peut se révéler opportun, si les époux doivent vivre séparés, de liquider le régime matrimonial. Tel sera le cas lorsqu'un époux rend vraisemblable que ses intérêts pécuniaires sont réellement menacés et que d'autres mesures paraissent insuffisantes pour les proté-

ger. (223) Aussi l'article 176, 1^{er} alinéa, chiffre 3, dispose-t-il que le juge «ordonne la séparation de biens si les circonstances le justifient».

Le 3^e alinéa de l'article 176 vise le cas où il y a des enfants mineurs. Dans ce cas, que la suspension de la vie commune soit ou non justifiée, et même si les époux ont déjà pris des arrangements entre eux, le juge des mesures protectrices est compétent pour ordonner d'office «les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation». Ces mesures sont relatives à l'attribution de l'autorité parentale (art. 297, 2^e al., CC) ou de la garde, aux relations personnelles de l'époux avec les enfants qui ne lui sont pas confiés (art. 275, 2^e al., CC), ainsi qu'à la contribution qu'il est tenu de verser pour leur entretien (art. 279 CC).

L'article 297, 2^e alinéa, CC dispose que «lorsque la vie commune est suspendue . . . , le juge peut confier l'autorité parentale à un seul des époux». L'article 176, 3^e alinéa, fonde ici la compétence du juge des mesures protectrices de l'union conjugale. Au lieu d'attribuer l'autorité parentale, le juge peut aussi ne confier que la garde à l'un des époux. (224) C'est même la solution la plus indiquée en cas de suspension de la vie commune. (225) Le retrait de l'autorité parentale ne devrait être ordonné, que si une entente des époux au sujet de l'éducation des enfants paraît exclue.

En revanche, à la différence du juge du divorce (art. 315a CC), le juge des mesures protectrices de l'union conjugale n'est pas compétent pour prendre les mesures nécessaires à la protection de l'enfant (art. 307 ss CC). Mais, s'il apparaît à ce juge que de telles mesures seraient indiquées, il doit en informer les autorités de tutelle.

219.223.3 Suspension de la vie commune pendant la durée du procès en divorce ou en séparation de corps

(art. 170, 2^e al., CC et art. 145, 1^{er} al. [nouveau])

Aux termes de l'article 170, 2^e alinéa, CC, «chacun des époux a le droit, après l'introduction d'une action en divorce ou en séparation de corps, de cesser la vie commune pendant la durée du procès». En l'état du droit, cette disposition signifie que la femme qui intente une telle action est d'emblée fondée à réclamer des subsides à son mari. Elle pourrait ainsi avoir intérêt à ce que le procès tire en longueur. Dans le système du projet, l'époux qui n'avait pas jusqu'alors de moyens d'existence propres posséderait ce même droit inconditionnel.

Dans son avant-projet de 1976, la commission d'experts avait proposé d'abroger l'article 170, 2^e alinéa, CC, de sorte que le juge des mesures provisoires de l'article 145 CC aurait eu la possibilité de refuser des subsides à l'époux qui n'aurait pas de raisons suffisantes de suspendre la vie commune.

Cette abrogation s'est heurtée à certaines oppositions. Il faut convenir qu'il n'est pas aisé pour le juge saisi d'une action en divorce ou en séparation de corps de se prononcer, en début de procédure, sur le bien-fondé d'une cessation de la vie commune. D'un autre côté, l'introduction d'une telle action révèle l'existence d'une situation telle que l'époux qui demande des subsides

pourra la plupart du temps invoquer la sauvegarde de ses intérêts personnels. Enfin les nouvelles règles sur la contribution proportionnelle des époux à l'entretien de la famille (art. 163) sont de nature à empêcher certains des abus signalés.

Quoi qu'il en soit, la règle ressortit plutôt à la procédure de l'action en divorce ou en séparation de corps. Pour le moment, elle doit être sortie de son contexte actuel pour devenir le 1^{er} alinéa de l'article 145 CC. Lors de la révision du droit du divorce, le législateur examinera si elle peut subsister telle quelle ou si elle doit subir certains amendements eu égard à la nouvelle réglementation du devoir d'entretien.

219.224 Mesures relatives aux débiteurs des époux (art. 177)

L'article 171 CC dispose que «lorsque le mari néglige ses devoirs de famille, le juge peut, quel que soit le régime matrimonial, prescrire aux débiteurs des époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de la femme». Le législateur de 1907 avait emprunté cette institution à certaines législations nord-américaines. Selon les informations des praticiens, elle a donné de bons résultats, même lorsque les époux font ménage commun. Le projet la consacre de nouveau dans l'article 177.

La disposition actuelle vise le cas du mari qui néglige ses devoirs de famille. Mais si et dans la mesure où l'entretien de la famille incombe à la femme (art. 246 et 192 CC), il est généralement déjà admis que le juge peut appliquer l'article 171 CC par analogie et donc prescrire que les débiteurs de la femme devront faire leurs paiements entre les mains du mari. (226) Dans le système du projet où les deux époux contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien de la famille, il faut d'emblée aménager l'institution dans un sens paritaire. Il n'y a pas lieu de prévoir, comme actuellement, que cet ordre peut s'adresser aux débiteurs des deux époux; par là, le législateur voulait viser aussi les débiteurs de la femme. Cette précision s'explique par le fait que, dans le droit en vigueur, le mari est en principe habilité à encaisser les créances de la femme; or, il fallait l'exclure dans les prévisions de l'article 171 CC. (227)

La doctrine et la jurisprudence ont précisé la nature, les conditions et les effets de l'ordre de paiement donné au débiteur d'un époux. (228) La pratique pourra s'y référer pour le nouvel article 177.

Selon l'opinion dominante, l'avis (Anweisung) donné aux débiteurs n'opère pas la cession de la créance de l'époux à son conjoint, ni ne constitue une assignation au sens de l'article 466 CO. L'époux défaillant demeure créancier du tiers, mais perd le pouvoir de disposer de sa créance, notamment d'en accepter le paiement. Ce pouvoir passe à son conjoint, qui est investi d'une sorte de mandat d'encaissement en faveur de l'union conjugale. (229)

L'ordre du juge ne peut recevoir exécution que dans la mesure où la créance de l'époux n'est pas déjà cédée ou saisie.

Si, par exemple, le salaire a été partiellement cédé, l'avis au débiteur ne pourra concerner que la partie non cédée. Cependant l'article 325, 1^{er} alinéa, CO,

déclare que «le travailleur ne peut valablement céder son salaire futur ou le mettre en gage que dans la mesure où il est saisissable», et la disposition ajoute qu' «à la demande d'un intéressé, l'office des poursuites du domicile du travailleur fixe le montant insaisissable». Or le conjoint du travailleur est certainement un «intéressé», au sens de l'article 325 CO, qui pourra provoquer une telle décision. L'ordre du juge pourra alors s'exécuter pour le surplus.

L'existence d'une saisie n'empêche pas la mesure judiciaire. Mais l'ordre de paiement au débiteur du conjoint ne portera que sur la partie non saisie. En particulier, la saisie faite en faveur d'un autre créancier d'aliments reste en force; éventuellement, l'office des poursuites devra recalculer la partie saisissable du salaire en faveur de ce créancier, en tenant compte de l'époux au bénéfice de l'ordre du juge. Pour le surplus, l'avis donné au débiteur n'empêche pas une saisie de la créance concernée, car celle-ci appartient toujours à l'époux défaillant, son conjoint n'ayant sur elle qu'un pouvoir d'encaissement. (230)

L'application de l'article 177 peut susciter des difficultés du fait que le système de l'avis au débiteur est ou serait prévu pour la sauvegarde d'autres contributions d'entretien. Le nouveau droit de la filiation contient déjà une disposition à ce sujet (art. 291 CC). Il se peut qu'en matière de divorce on adopte aussi une solution semblable pour garantir le paiement de la pension due à un époux divorcé.

Les devoirs de famille visés par l'article 177 renferment le devoir d'entretien envers les enfants. Dans cette mesure, l'article 177 recouvre l'article 291 CC pour autant que le conjoint de l'époux défaillant est le représentant légal de l'enfant mineur.

Mais il est possible qu'un enfant soit placé chez des tiers et qu'un époux néglige à la fois de contribuer à l'entretien de son conjoint (art. 173 et 176) et de verser la pension de l'enfant. S'il se trouve que le même juge est saisi des deux requêtes, il statuera sur l'une et l'autre, répartira les crédits de l'époux défaillant et avisera ses débiteurs. C'est ce que prévoyait l'article 181, 2^e alinéa, de l'avant-projet de 1976. Cependant la solution va de soi.

Il peut arriver que ces requêtes soient introduites à des fors différents. L'article 181, 3^e alinéa, de l'avant-projet de 1976 disposait pour ce cas que «la compétence pour statuer sur toutes les requêtes appartient au juge saisi en premier lieu, tant que sa décision produit encore effet». Cependant, cette question, comme d'autres, ressortit plutôt à la procédure cantonale.

219.225 Restrictions du pouvoir de disposer (art. 178)

Lorsque des tensions graves se produisent dans un couple, il arrive qu'un époux s'apprête à disposer de certains de ses biens au risque d'ébranler le substrat économique de l'union conjugale et de compromettre les intérêts pécuniaires de son conjoint. L'article 169 restreint le pouvoir de chaque époux de disposer du logement familial, mais la liberté des époux demeure légalement entière en ce qui concerne d'autres biens. Rien n'empêche donc un époux, en

cas de crise conjugale, de vendre des objets garnissant les locaux d'habitation, de faire des libéralités inconsidérées, de transférer fiduciairement des objets à des tiers, allant jusqu'à aliéner des immeubles ou à les hypothéquer sans raison. L'expérience apprend que ce risque n'est pas négligeable. De la sorte, un époux peut se mettre dans l'impossibilité de faire face à ses obligations envers son conjoint, soit que celles-ci découlent des effets généraux du mariage (devoir d'entretien, prétention de l'époux au foyer), soit qu'elles dérivent du régime matrimonial (acquiescement de récompenses, participation aux acquêts).

Le juge des mesures provisoires dans l'instance de divorce ou de séparation de corps dispose déjà, en vertu de l'article 145 CC, d'une assez grande latitude pour restreindre la liberté d'un époux de menacer par ses actes les intérêts pécuniaires de son conjoint (231). En revanche, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale (voir ch. 219.1) est désarmé (art. 169, 2^e al. *in fine*, CC).

Pour parer aux risques signalés, la commission d'étude avait proposé que le juge des mesures protectrices de l'union conjugale pût «au besoin supprimer ou restreindre le droit des conjoints de disposer de leur fortune». (232) Cette proposition a suscité de sérieuses réserves en raison de son caractère incisif et général. La commission d'experts n'a pas abandonné l'idée, mais a proposé un texte plus nuancé (art. 182 de l'avant-projet de 1976) qui a recueilli une large approbation, en dépit des réticences de certaines organisations consultées. Il est vrai que toute restriction mise au pouvoir d'un époux de disposer de ses biens affecte la liberté juridique de l'intéressé et peut compliquer la vie des affaires. C'est une raison d'en préciser les conditions et les effets, mais non d'y renoncer, dès le moment où il s'agit de protéger les bases financières de l'union conjugale ou d'épargner à un époux de lourdes pertes.

Selon l'article 178, 1^{er} alinéa, c'est uniquement «pour assurer les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage» qu'à la requête d'un des époux, le juge peut restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de ses biens. La restriction ne s'appliquera pas au règlement d'autres intérêts pécuniaires entre époux, tels qu'ils peuvent résulter d'un contrat d'entreprise ou de société. Les actes de disposition visés peuvent consister dans des aliénations, des constitutions de droits réels, des renoncations, l'annotation de droits personnels, etc. La restriction pourra porter sur des meubles destinés à l'usage de la famille, mais aussi sur des objets n'ayant pas cette affectation, ainsi que sur des immeubles.

Le juge ne pourra pas supprimer, de façon générale, le droit d'un époux de disposer de sa fortune, ce qui reviendrait à une mesure tutélaire; il pourra seulement restreindre ce pouvoir quant à des biens déterminés qu'il devra désigner de façon précise. Les termes «dans la mesure nécessaire» signifient aussi que le juge pourra limiter dans le temps l'effet de la mesure restrictive.

L'indisponibilité statuée implique que l'époux propriétaire ou titulaire de créances ou d'autres droits ne pourra en disposer sans le consentement de son conjoint. Il va sans dire que si ce consentement est refusé sans des motifs tirés du but de la mesure, l'époux intéressé pourra demander au juge qu'il lève la restriction.

Il appartiendra au juge de prendre les mesures de sûreté propres à assurer

l'efficacité de la restriction décidée (art. 178, 2^e al.). La situation est analogue au cas de la saisie (art. 98 à 101 LP). Les lois de procédure cantonale doivent offrir les moyens appropriés.

En ce qui concerne les immeubles, l'interdiction faite à l'époux propriétaire d'en disposer doit être l'objet d'une opération au registre foncier. On ne peut pas prévoir l'annotation d'une restriction du droit d'aliéner au sens de l'article 960, 1^{er} alinéa, chiffre 1, CC, car cette disposition vise des prétentions personnelles qui touchent l'immeuble en question, et qui tendent au transfert de la propriété, à la constitution de servitudes ou à l'annotation de droits personnels selon l'article 959 CC, (233) tandis que, dans l'hypothèse de l'article 178, le conjoint du propriétaire n'a aucune prétention à faire valoir sur l'immeuble de son conjoint. L'interdiction de disposer selon le projet n'est pas non plus un «acte juridique» au sens de l'article 960, 1^{er} alinéa, chiffre 3, CC (tel qu'une substitution fidéicommissaire), et n'a aussi rien à voir avec une inscription provisoire au sens de l'article 961 CC.

D'ailleurs, l'annotation prévue par les articles 959 à 961 CC n'exclut pas la constitution subséquente de droits réels sur l'immeuble, sauf que la restriction annotée leur est opposable (2^e al. de ces articles). Or l'article 178 vise à protéger le conjoint du propriétaire contre tout acte de disposition, sans l'obliger à prendre des mesures pour obtenir la radiation d'inscriptions qui auraient été opérées malgré l'annotation.

Le moyen adéquat d'assurer la restriction du pouvoir d'un époux de disposer de ses immeubles est de fermer le feuillet du grand livre et d'empêcher que ne s'y fasse n'importe quelle opération relative aux droits réels. Il s'agit d'un blocage (Kanzleisperre) qui fait l'objet d'une mention (234). Certains cantons, tels que Zurich (235) prévoient déjà le blocage du registre foncier à l'effet de protéger les prétentions d'un époux dans la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale et dans celle des mesures provisoires en cas de divorce. Le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé définitivement sur la compétence des cantons à cet égard. (236) Mais le législateur fédéral est évidemment habilité à instituer une telle mesure. Le droit fédéral connaît déjà des cas de blocage partiel du registre foncier. (237) L'interdiction prévue par l'article 178 n'est pas non plus totale, puisque, avec le consentement du conjoint ou l'autorisation du juge, le propriétaire peut disposer de son immeuble, et elle est aussi essentiellement temporaire. De plus, le juge pourra renoncer à prescrire l'interdiction de disposer si l'époux concerné offre de garantir autrement les prétentions de son conjoint. (238)

La restriction ordonnée par le juge produira ses effets dès qu'elle sera portée à la connaissance du conservateur du registre foncier. Il y a lieu, dans le système du registre foncier, de la mentionner, non de l'annoter. Une annotation laisserait croire que le propriétaire peut encore, malgré cette opération au registre, requérir l'inscription d'un transfert ou la constitution de droits réels. De plus, la mention n'empêche pas que des tiers requièrent l'inscription de droit sur l'immeuble, notamment d'une hypothèque légale d'artisan et d'entrepreneur.

219.226 Mesures subséquentes au rejet d'une action en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage

Donnant suite à une suggestion du juge d'appel Walter Bühler au congrès de la société suisse des juristes de 1955, (239) la commission d'experts avait proposé de prévoir que «le juge qui rejette une action en divorce, en séparation de corps ou en nullité de mariage en informe, s'il l'estime opportun, le juge des mesures protectrices», afin que ce dernier puisse prendre, sur requête ou d'office, les mesures prévues par la loi (art. 185 de l'avant-projet de 1976).

L'idée était que, puisque le mariage n'est pas irrémédiablement compromis, il convient que les autorités judiciaires aident les époux à reprendre éventuellement la vie commune ou que, sinon, elles ordonnent les mesures nécessitées par la vie séparée. Les mesures provisoires prises pour la durée de l'instance cessent leurs effets et le juge du fond est dessaisi. C'est alors au juge des mesures protectrices d'intervenir, au besoin d'office.

Cette proposition n'a en général pas été bien accueillie. Il faut convenir qu'après le rejet de l'action, chaque époux peut spontanément recourir aux bons offices du juge et solliciter de lui les mesures nécessaires (art. 172 ss). On peut se demander s'il est indispensable d'aller plus loin.

En définitive, l'opportunité de légiférer à ce sujet pourra être reconsidérée à l'occasion de la révision du droit du divorce.

219.227 Faits nouveaux (art. 179)

L'article 179 reprend, en le complétant, l'article 172 CC. Cette disposition prévoit que «les mesures prescrites par le juge sont rapportées, à la demande d'un époux, lorsque les clauses qui les ont déterminées n'existent plus». Il est admis que, sans rapporter les mesures, le juge peut aussi ordonner les modifications commandées par les faits nouveaux, (240) comme il en est pour les mesures prises par le juge du divorce (art. 157 CC). L'article 178, 1^{er} alinéa, le précise. Au demeurant, en l'absence de faits nouveaux, le juge peut aussi revenir sur sa décision si le requérant établit que celle-ci reposait sur des constatations inexacts (241). Il n'est pas nécessaire de le dire.

Lorsque les époux reprennent effectivement la vie commune, les mesures ordonnées deviennent caduques pour autant qu'elles étaient destinées à organiser la vie séparée. On l'admet aujourd'hui sans texte, mais il convient de l'énoncer (art. 179, 2^e al.). Ainsi prennent fin les mesures relatives aux subsides, au logement, au mobilier de ménage, et aussi aux dispositions prises pour les enfants (art. 176). (242) Mais il en va autrement d'une éventuelle séparation de biens; il faut, en l'absence de contrat de mariage, une décision du juge pour rétablir le régime antérieur (art. 187, 2^e al.).

219.228 Compétence matérielle et for (art. 180)

Comme actuellement, il appartiendra aux cantons de désigner, dans leur organisation judiciaire, le juge compétent à raison de la matière pour prendre

les mesures protectrices de l'union conjugale. Il est souhaitable que ce soit un juge unique.

Le législateur de 1907 n'a pas déterminé pour ce domaine le juge compétent à raison du lieu. La jurisprudence y a suppléé en optant pour le juge du domicile du requérant, par analogie avec l'article 144 CC relatif au for du divorce (243). Cette compétence locale s'applique dans les rapports intercantonaux comme à l'intérieur d'un canton. (244)

A l'occasion de la révision du droit du mariage, il convient de trancher les questions de for. L'article 180, 1^{er} alinéa, codifie la jurisprudence en disposant que «le juge compétent pour prendre les mesures protectrices de l'union conjugale est celui du domicile de l'époux requérant». Le 2^e alinéa prévoit le cas où les époux sont domiciliés en des lieux différents et requièrent tous deux des mesures protectrices de l'union conjugale. La compétence appartiendra alors au juge qui aura été saisi en premier lieu.

Lorsqu'il s'agit de modifier, de compléter ou de rapporter des mesures protectrices, il est souhaitable que la compétence revienne au juge qui les a prononcées. Mais les époux peuvent avoir changé de domicile entre temps. C'est ce qui a conduit le Tribunal fédéral à juger que le requérant doit s'adresser au juge du domicile de l'époux contre lequel la requête en modification est dirigée; (245) le tribunal a cependant réservé le cas où un époux demande la modification d'une mesure qu'il avait lui-même requise. (246)

Cependant il convient de maintenir autant que possible la compétence du juge qui a pris les mesures attaquées. Cela se justifie en tout cas aussi longtemps qu'un des époux est encore domicilié à ce for. Lorsqu'il n'en est plus ainsi, il y a lieu de revenir au for du domicile du requérant, à savoir de l'époux qui forme la nouvelle requête, sans distinguer selon qu'il demande la modification d'une mesure que son conjoint a requise ou d'une mesure qu'il a requise lui-même (art. 180, 3^e al.).

La procédure des mesures protectrices de l'union conjugale demeurera de la compétence des cantons. En règle générale, elle sera sommaire. Il importe que les mesures soient prises le plus rapidement possible. (247)

22 Du régime matrimonial

221 Dispositions générales (art. 181 à 195)

221.1 Régime ordinaire (art. 181)

Le projet reprend la disposition du Code civil de 1907. L'article 181 du projet n'institue d'abord un régime ordinaire que si les parties n'ont pas adopté un autre régime par contrat de mariage. Le régime ordinaire sera dorénavant le régime de la participation aux acquêts (art. 196 à 217), au lieu du régime de l'union des biens. Les régimes conventionnels seront ceux de la communauté de biens (sous l'un ou l'autre de ses types) (art. 218 à 243) et de la séparation de biens (art. 244 à 248).

Le régime ordinaire peut ensuite se trouver écarté du fait que les époux sont soumis au régime matrimonial extraordinaire qui sera – comme actuellement – la séparation de biens. Aussi bien pour la participation aux acquêts que pour la communauté de biens, le juge peut, à la demande d'un époux, prononcer, à des conditions déterminées, la séparation de biens (art. 185 à 187). Quand les époux vivent sous un régime de communauté, la faillite de l'un d'eux entraîne de plein droit la séparation de biens, laquelle peut aussi être requise du juge par le créancier d'un époux qui subit une perte dans la saisie pratiquée contre lui (art. 188 à 191).

Le projet renonce à l'institution du registre des régimes matrimoniaux (voir ch. 221.8) – ce qui entraîne la suppression du chapitre V du titre sixième du Code civil (art. 248 à 251 CC).

221.2 Contrat de mariage (art. 182 à 184)

221.21 Choix du régime (art. 182)

En relation avec l'article 181, l'article 182 consacre, comme le droit actuel, la liberté et la mutabilité du contrat de mariage. Si les époux ont adopté un régime conventionnel, ils peuvent passer ou revenir au régime ordinaire: le contrat de mariage peut être passé avant ou après la célébration du mariage. Ils peuvent modifier le régime auquel ils sont soumis, par exemple, la répartition du bénéfice dans le régime de participation aux acquêts (art. 213). Si, à la demande d'un des époux, le juge a prononcé la séparation de biens, ils peuvent en tout temps adopter à nouveau leur régime antérieur ou un autre régime (art. 187, 1^{er} al.).

Cependant, les fiancés ou les époux ne peuvent adopter un régime, le révoquer ou le modifier que dans les limites de la loi (art. 182, 2^e al., correspondant à l'art. 179, 2^e al., CC). Ainsi, comme aujourd'hui, les parties ne pourront pas choisir un régime du droit étranger, ni un régime de l'ancien droit fédéral (sous réserve des dispositions du droit international privé ou du droit transitoire). Elles ne pourront modifier les règles applicables à un régime que dans le cas où la loi ouvre la possibilité d'y déroger. Ce n'est par exemple pas le cas pour des notions telles que celles des biens propres et d'acquêts (art. 197 et 198).

La liberté de choix des parties est aussi limitée par la considération des intérêts des créanciers (art. 193 correspondant à l'art. 179, 3^e al., et 188 CC; voir ch. 221.4) et des droits des héritiers réservataires (art. 213, 3^e al. et 238, 3^e al.; voir ch. 222.542.1 et 223.662).

221.22 Capacité des parties (art. 183)

Le projet s'en tient à l'idée que le contrat de mariage est un acte strictement personnel, en ce sens qu'il exige la présence effective de chaque partie à l'acte

(art. 184, correspondant à l'art. 181, 1^{er} al., CC) et qu'il ne peut être conclu que par des personnes capables de discernement (art. 183, 1^{er} al., correspondant à l'art. 180, 1^{er} al., CC). Mais si ces personnes sont des mineurs ou des interdits, elles doivent être autorisées par leur représentant légal (art. 183, 2^e al., correspondant à l'art. 180, 2^e al., CC). Le contrat de mariage est ainsi un acte strictement personnel au sens relatif. (248) Une partie au contrat qui est sous tutelle a besoin du consentement de son tuteur, auquel doit s'ajouter l'approbation de l'autorité tutélaire (art. 421, ch. 9, CC). Le consentement des représentants légaux doit s'exprimer par la signature du contrat (art. 184, correspondant à l'art. 181, 1^{er} al., CC). Puisque le contrat de mariage est un acte strictement personnel, le représentant légal ne peut conclure un contrat de mariage pour le représenté sans l'accord et la collaboration de celui-ci. Il suffit de prévoir que lorsqu'un époux devient incapable de discernement pour une cause durable, son représentant légal peut demander que la séparation de biens soit prononcée pour ce motif (art. 185, 3^e al.).

221.23 Suppression de l'exigence de l'approbation par l'autorité tutélaire

L'article 181, 2^e alinéa, CC dispose que «les conventions matrimoniales passées pendant le mariage sont soumises à l'approbation de l'autorité tutélaire». Cette exigence doit permettre à l'autorité de s'assurer que les époux sont au clair sur les conséquences de leur acte et qu'aucun d'eux n'a circonvenu ou exploité l'autre. (249) Dans l'exercice de leur contrôle, certaines autorités se préoccupent aussi de sauvegarder les expectatives successorales d'héritiers présomptifs, notamment des descendants, (250) quand elles ne se soucient pas aussi des intérêts des créanciers.

L'exigence de l'approbation entraîne certains inconvénients. L'ignorance du droit, la répugnance à se présenter devant l'autorité, la crainte de révéler une situation financière difficile dissuadent les époux de requérir une approbation, au risque de voir leur contrat annulé un jour, avec toutes les conséquences que cela comporte. Si l'autorité n'approuve pas le contrat, les parties, au lieu de modifier leur convention, recherchent une autre solution par des voies non contrôlables.

En dépit de quelques opinions favorables au maintien de l'exigence de l'approbation tutélaire, il convient d'y renoncer. La tendance du projet est de considérer que les époux, conseillés par un notaire, doivent aujourd'hui être à même de régler librement entre eux leurs intérêts pécuniaires (voir ch. 217.31, au sujet des actes juridiques entre époux relativement aux apports ou aux biens communs). Ils ne devraient pas avoir besoin d'une protection autre que celle que leur offre le droit commun: invalidation pour erreur, dol ou menaces (art. 23 ss CO), pour lésion (art. 21 CO); nullité d'un contrat qui a un objet impossible, illicite ou contraire aux mœurs, ou qui limite par trop la liberté personnelle (art. 20 CO, art. 19, 2^e al., CO en relation avec l'art. 27 CC). Les héritiers présomptifs sont protégés par les dispositions du droit successoral (art. 522 ss CC, réservés par les art. 213, 3^e al., et 238, 3^e al.). (251) Quant

aux créanciers, leur sauvegarde est assurée par les moyens du droit de poursuite (art. 285 ss LP) et surtout par la protection que leur procurera, à l'instar de l'article 188 CC, l'article 193.

221.24 Forme du contrat de mariage (art. 184)

Le contrat de mariage reste pour les époux et pour les tiers – héritiers, créanciers – un acte important de la vie juridique, même s'il ne porte que sur une clause déterminée du régime matrimonial, comme la répartition du bénéfice ou le partage des biens communs. On ne voit donc pas de raison de renoncer à l'exigence de la forme authentique (art. 181, 1^{er} al., CC), pour ce contenter, fût-ce dans certains cas, de la forme écrite. Il demeure souhaitable que les époux choisissent et aménagent leur régime conventionnel avec le concours d'un homme de loi.

La forme authentique est qualifiée en ce sens que, même si d'après le droit cantonal, elle n'exige pas la signature des parties, cette exigence est posée par l'article 184, comme elle l'est actuellement par l'article 181, 1^{er} alinéa, CC et elle s'applique – comme on l'a vu – aussi au consentement d'un éventuel représentant légal d'un époux (voir ch. 221.22).

221.25 Suppression de la distinction entre les effets internes et externes des régimes matrimoniaux

Aux termes de l'article 181, 3^e alinéa, CC les conventions matrimoniales «deviennent opposables aux tiers en conformité des dispositions relatives au registre des régimes matrimoniaux». La règle est reprise à l'article 248, 1^{er} alinéa, CC. Si donc les époux ne font pas inscrire dans ce registre leur contrat de mariage, ils sont soumis, dans leurs rapports avec les tiers, au régime ordinaire (actuellement l'union des biens) ou à un régime conventionnel qui aurait été précédemment inscrit et publié, tandis qu'entre eux ils sont régis par leur convention matrimoniale. Le droit en vigueur distingue donc entre le régime interne et le régime externe. Cette distinction suscite nombre de complications; les relations juridiques sont peu claires. C'est pourquoi le nouveau droit abandonne cette distinction. Pour les raisons qui seront exposées plus loin (voir ch. 221.8), le projet renonce à l'institution du registre des régimes matrimoniaux, de sorte qu'il n'y aura plus lieu de distinguer entre un régime interne et un régime externe. Au besoin, des dispositions particulières protégeront les tiers qui traitent avec des époux soumis au régime de la communauté de biens (voir ch. 223.43).

221.3 Régime extraordinaire (art. 185 à 192)

221.31 Séparation de biens légale, selon l'article 182 CC

Selon l'article 182, 1^{er} alinéa, CC, «les époux sont soumis de plein droit au régime de la séparation de biens dès que les créanciers de l'un d'eux subissent

une perte dans sa faillite». Ce n'est donc pas le jugement de faillite qui provoque la dissolution du régime. La disposition n'est pas conçue principalement dans l'intérêt des créanciers. Ceux-ci sont suffisamment protégés par les règles de l'exécution forcée et par l'article 175, 2^e alinéa, CC. L'article 182, 1^{er} alinéa, CC est conçu avant tout dans l'intérêt des époux, surtout de la femme dans l'union des biens, parce que le mari administre les biens apportés par l'épouse; dans la communauté aussi, le droit d'administration du mari est au premier plan. Mais les intérêts du mari et de l'union conjugale elle-même doivent aussi être protégés. En dissociant les patrimoines, on clarifie les relations entre les époux. (252)

Dans le régime ordinaire de la participation aux acquêts, les patrimoines des époux sont déjà séparés quant à la propriété, à la gestion et aux dettes. Le seul effet d'une séparation de plein droit serait d'obliger le conjoint du failli, dans la liquidation du régime dissous, à partager de façon anticipée ses acquêts. Or il ne se justifie pas que les créanciers d'un époux puissent provoquer sa faillite aux fins de mettre la main sur sa participation au bénéfice de son conjoint. La créance correspondante n'a pas le caractère d'une part de liquidation dans une société qui garantit les créanciers (art. 575 CO). Un époux qui vit sous le régime de la participation aux acquêts n'a qu'une expectative sur la part au bénéfice et son créancier ne peut compter que sur les biens qui sont propriété de son débiteur. S'il a fait fond sur des expectatives matrimoniales de celui-ci, il doit – comme le créancier d'un héritier réservataire – attendre l'événement qui les actualise. (253) Le plus souvent d'ailleurs, le conjoint de l'époux insolvable demandera au juge de prononcer la séparation de biens (art. 185, 2^e al., ch. 1). Les époux ne doivent pas être tenus légalement au partage du bénéfice. En revanche, la séparation de biens légale conserve sa raison d'être lorsque les époux vivent sous un régime de communauté et que l'un d'eux est déclaré en faillite (art. 188, 1^{er} al.; voir ch. 221.341) (254).

Selon l'article 182, 2^e alinéa, CC «lorsqu'une personne dont les créanciers sont porteurs d'actes de défaut de biens se marie, le régime des époux est celui de la séparation de biens, à la condition que l'un d'eux le fasse inscrire, avant le mariage, dans le registre des régimes matrimoniaux». Cette disposition ne se justifie qu'en raison du régime ordinaire de l'union des biens, qui associe administrativement les patrimoines des époux et présente un risque surtout pour la femme du failli, eu égard notamment à ses fongibles (art. 201, 3^e al., CC). Dans le nouveau régime ordinaire de la participation aux acquêts, les biens des époux demeurent entièrement séparés pendant le mariage. Il n'y a donc pas lieu de reprendre l'institution de la séparation de biens sur requête unilatérale.

221.32 Séparation de biens judiciaire à la demande des créanciers, selon l'article 185 CC

L'article 185 CC permet à un créancier qui a subi une perte dans la saisie faite contre un des époux de demander au juge de prononcer la séparation de biens. Cette disposition offre un intérêt médiocre pour les créanciers d'un époux, à mesure qu'ils n'ont pas besoin de provoquer la séparation pour saisir les

créances de leur débiteur contre son conjoint (art. 175 CC). Pourtant, les créanciers de la femme peuvent avoir intérêt à écarter le risque que peut comporter la gestion par le mari des apports de la femme; s'il y a séparation, les apports retournent à la femme. Si les époux sont en communauté de biens, les créanciers du mari peuvent avoir à redouter que des dettes de la femme ne grèvent les biens communs et que le mari n'ait à en répondre. La séparation de biens permet aux créanciers d'un époux en communauté de biens d'agir sur la part de leur débiteur à ces biens. Sous le régime ordinaire, les créanciers de la femme peuvent, dans la liquidation, exercer leurs droits sur sa créance de bénéfice. (255)

Dans le système du projet, les créanciers d'un époux soumis au régime ordinaire de la participation aux acquêts, pourront d'emblée s'en prendre à tous les biens et revenus de leur débiteur, sans avoir à craindre – si celui-ci est la femme – les risques que peut faire courir à son patrimoine l'administration maritale. De même pourront-ils toujours faire saisir les créances d'un des époux contre l'autre, en cas d'insuffisance de biens du débiteur (nouvel art. 95^{bis} LP). Le seul intérêt que présenterait, pour les créanciers d'un époux, la séparation de biens judiciaire serait de pouvoir, dans la liquidation, saisir une éventuelle créance de participation de leur débiteur. Mais – pour les motifs retenus plus haut et en dépit de ce qui résulte aujourd'hui pour la femme de l'article 185 CC – il ne doit pas appartenir aux créanciers d'un conjoint de provoquer, pour cette seule raison, la dissolution d'un régime dont s'accommodent les époux.

En revanche, dans le cas où les époux sont soumis à un régime de communauté, il demeure juste que les créanciers de l'un d'eux puissent demander la séparation de biens pour exercer leur mainmise sur la part de leur débiteur aux biens communs (voir ch. 221.342).

221.33 Séparation de biens judiciaire à la demande d'un époux (art. 185 à 187)

221.331 Jugement fondé sur de justes motifs (art. 185)

Le droit actuel distingue entre les motifs qu'a la femme et les motifs qu'a le mari de demander la séparation de biens (art. 183 et 184 CC). Cette distinction n'aura désormais plus de fondement. De plus, disparaissent tous les motifs en rapport avec le droit actuellement en vigueur et qui justifiaient une séparation de biens:

- L'article 183, chiffre 1, CC, qui réfère à l'entretien de la femme et des enfants par le mari.
- L'article 183, chiffres 2 et 3, CC, dans la mesure où le mari administre les biens de la femme dans l'union des biens et les biens matrimoniaux dans la communauté des biens.
- L'article 184, chiffres 2 et 3, CC, lorsqu'il prend en considération le fait que le mari, tenu d'administrer les biens de la femme et les biens matrimoniaux peut avoir un intérêt à la séparation.

L'article 185, 1^{er} alinéa, accorde à un époux le droit de demander la séparation de biens pour des justes motifs. En effet, un époux ou son représentant légal – avec le consentement de l'autorité tutélaire (art. 421, ch. 8, CC) – doit pouvoir demander la séparation chaque fois que le fonctionnement de la participation aux acquêts ou du régime de communauté choisi par les époux est sérieusement compromis ou n'a plus véritablement de sens. L'article 185, 2^e alinéa, cite, à titre d'exemple, quelques justes motifs :

- L'insolvabilité d'un époux (ch. 1), correspondant à l'article 183, chiffre 3 et 184, chiffre 1, CC. Dans ce cas, une participation réciproque aux acquêts perd sa raison d'être. Si les époux sont soumis à un régime de communauté, il importe, pour la sauvegarde des droits du conjoint, de dissocier les patrimoines. L'insolvabilité de la communauté elle-même justifie aussi la séparation de biens, comme d'après l'article 183, chiffre 3, CC.
- Un époux met en péril les intérêts de son conjoint ou ceux de la communauté (ch. 2). Ainsi en est-il, dans le régime ordinaire, lorsqu'un époux contracte inconsidérément des dettes, qu'il néglige la gestion de ses acquêts ou les dilapide. Son conjoint a alors intérêt à obtenir le règlement anticipé de sa créance de participation. De même, il se peut qu'un époux fasse des économies substantielles sur le produit de son travail, tandis que son conjoint vit dans l'oisiveté ou dépense tout ce qu'il gagne. Là également, le requérant a des raisons de ne plus vouloir partager ses futurs acquêts. Sous le régime de communauté, un époux peut aussi, par ses engagements ou sa mauvaise gestion, compromettre la formation de biens communs ou en épuiser la substance. Le juge appréciera, en se gardant de considérations mesquines.
- Un époux vivant sous un régime de communauté refuse indûment à son conjoint le consentement requis à un acte d'administration (ch. 3 et art. 225; correspond à l'art. 184, ch. 2, CC).
- Un époux refuse de renseigner son conjoint sur ses biens, ses revenus et ses dettes ou sur l'état des biens communs (ch. 4). Le devoir général de renseigner est prescrit à l'article 170, (voir ch. 218). Au besoin, le juge peut astreindre l'époux requis à fournir les renseignements nécessaires et à produire les pièces utiles. Mais, indépendamment de cette mesure protectrice, l'époux requérant peut, en plus, demander la séparation de biens. Le devoir de l'époux qui administre les biens communs de renseigner son conjoint sur leur état découle de la notion même de propriété commune.
- Lorsqu'un époux devient incapable de discernement pour une cause durable, la communauté d'intérêts – même différée dans la participation aux acquêts – est privée de base. Aussi le conjoint de l'époux incapable doit-il être fondé à provoquer la séparation de biens (ch. 5). Mais il peut aussi être dans l'intérêt de l'incapable lui-même de mettre fin au régime. C'est pourquoi le 3^e alinéa de l'article 185 donne au représentant légal de l'époux qui est incapable de discernement pour une cause durable, la faculté de demander à sa place que la séparation de biens soit prononcée pour ce motif.

L'énumération des justes motifs n'est pas exhaustive. A part les éventualités visées, on rappelle qu'en cas de suspension fondée de la vie commune, le juge peut aussi ordonner la séparation de biens si les circonstances le justifient (art. 176, 1^{er} al., ch. 3), donc éventuellement hors des prévisions de l'article 185 (voir ch. 219.223.2).

221.332 Compétence matérielle et for

(art. 186)

Comme pour les mesures protectrices de l'union conjugale (voir ch. 219.228), il appartiendra aux cantons de désigner le juge compétent à raison de la matière pour prononcer la séparation de biens à la demande d'un époux. Ce juge pourra être le même que celui qui ordonne les mesures protectrices; il pourra aussi être un autre juge. (256)

L'article 186 détermine, au plan fédéral, la compétence à raison du lieu: la demande (qui peut être une requête) est portée devant le juge du domicile de l'époux qui requiert la séparation de biens (art. 180). La procédure à suivre est de la compétence des cantons.

221.333 Révocation

(art. 187)

Pour le droit actuel, la doctrine dominante admet que des époux séparés de biens judiciairement à la requête de l'un d'eux ne peuvent, de leur propre chef, supprimer le régime extraordinaire. (257) Dans l'optique de la revision, rien ne s'oppose sérieusement à ce que ces époux concluent un contrat de mariage pour revenir à leur ancien régime ou en adopter un nouveau. L'article 187, 1^{er} alinéa, le prévoit. La décision du juge, prise dans le seul intérêt des époux, n'a pas créé un état de droit qui serait soustrait à leur libre volonté. (258)

Indépendamment d'un accord des époux, le juge doit pouvoir, comme actuellement (art. 187, 2^e al., CC), prescrire, à la requête de l'un d'eux, le rétablissement du régime antérieur (art. 187, 2^e al.): c'est à la condition que les motifs justifiant la séparation de biens aient disparu. Le régime antérieur peut être le régime de participation aux acquêts ou un régime de communauté.

221.34 Séparation de biens en cas d'exécution forcée

221.341 Faillite d'un époux sous un régime de communauté de biens

(art. 188)

La faillite d'un époux, sous le régime de communauté, justifie la dissolution du régime matrimonial: c'est l'intérêt du conjoint de l'époux en faillite de reprendre ses biens propres devenus communs (art. 239, 1^{er} al.) et de retirer sa part aux autres biens communs et c'est l'intérêt des créanciers du failli de pouvoir exercer leur droit sur ce qui revient à leur débiteur dans la même liquidation.

Actuellement, la séparation de biens ne date que de la délivrance des actes de défaut de biens, mais «rétroagit au jour de l'acquisition pour tout ce qui échoit aux époux à titre de succession ou autrement après la déclaration de faillite» (art. 186, 1^{er} al., CC). L'application de cette rétroactivité a soulevé des problèmes délicats dans la pratique. (259) De plus, pour le régime de communauté, il est juste que les créanciers de l'époux en faillite puissent tout de suite exercer leur mainmise sur la part de leur débiteur aux biens communs,

sans devoir attendre le constat de perte dans la faillite. C'est pourquoi, donnant suite à une suggestion faite au cours de la procédure de consultation, le projet dispose que «les époux vivant sous un régime de communauté sont soumis de plein droit au régime de la séparation de biens dès que l'un d'eux est déclaré en faillite» (art. 188, 1^{er} al.).

Mais il se peut que la faillite soit révoquée, fût-ce par l'homologation d'un concordat (art. 195 et 317 LP). (260) En ce cas, il se révélera que la dissolution du régime n'était pas justifiée. L'article 188, 2^e alinéa, prévoit alors que «les époux sont replacés sous le régime de communauté». Sans doute, à ce moment, la liquidation peut-elle être en cours ou même terminée. Cependant il ne sera pas trop difficile de reconstituer les biens communs. Au demeurant, les révocations de faillite sont rares. Plus fréquentes sont les suspensions de faillite faute d'actif (art. 230 LP). Mais en cas de suspension, il n'y aura pas lieu de revenir sur la dissolution du régime, la preuve étant faite que le débiteur est insolvable.

221.342 Saisie

(art. 189 et 190)

Selon l'article 189, «lorsque les époux vivent sous un régime de communauté, le créancier qui subit une perte dans la saisie pratiquée contre l'un d'eux peut demander au juge de prononcer la séparation de biens». La justification de cette règle a aussi été donnée plus haut (voir ch. 221.32).

La demande (ou la requête) est dirigée contre les deux époux (art. 190, 1^{er} al.), puisque le conjoint du débiteur est aussi intéressé à la suppression du régime. (261)

Le droit cantonal désignera le juge compétent à raison de la matière pour en connaître. (262) L'article 190, 2^e alinéa, prévoit la compétence locale du juge du domicile de l'époux débiteur.

221.343 Révocation

(art. 191)

A l'instar de l'article 187, 2^e alinéa, CC, l'article 191, 1^{er} alinéa, dispose que lorsque le débiteur en faillite ou saisi a désintéressé ses créanciers, le juge peut, à la requête d'un époux, prescrire le rétablissement du régime de communauté.

Comme c'est le cas actuellement, les époux ne pourraient pas, de leur chef, se replacer sous ce régime. En revanche, rien ne s'oppose à ce que, par contrat de mariage, ils adoptent le régime de participation aux acquêts (art. 191, 2^e al.), qui offre, pour les créanciers, autant de garanties que le régime de séparation.

221.35 Séparation de biens en cas de séparation de corps (art. 155 [nouveau])

Selon l'article 155 CC, «en cas de séparation de corps, le juge ordonne la séparation de biens ou le maintien du régime matrimonial, eu égard à la durée de la séparation et à la situation des conjoints». Mais, «il ne peut refuser la séparation de biens, si l'un des époux le demande». L'idée du législateur était que la séparation de corps est un moyen d'apaisement et tend à la réconciliation; dès lors, il faut éviter un règlement d'intérêts pécuniaires qui serait propre à susciter de nouveaux désaccords; d'un autre côté, il faut prendre les dispositions qui s'imposent dans l'intérêt des époux et qui peuvent prévenir des conflits. D'où le pouvoir d'appréciation laissé au juge, qui doit toutefois s'effacer devant la volonté d'un époux de mettre fin au régime. (263)

La fonction dévolue naguère à la séparation de corps ne semble plus guère reconnue aujourd'hui. Si le juge a prononcé cette mesure, il a dû constater, comme pour le divorce, une désunion profonde et durable, sinon irrémédiable sur le plan personnel. Il n'y a alors plus de raison que les époux demeurent pour un avenir incertain associés sur le plan pécuniaire et qu'ils continuent à participer réciproquement à leurs acquêts. On ne voit pas non plus comment ils maintiendraient la mise en commun de leurs biens ou d'une partie de ceux-ci. On peut aussi pronostiquer qu'une liquidation immédiate de leur régime serait de nature à supprimer pour l'avenir une source de conflits. Pour ces raisons, le Conseil fédéral propose d'abroger l'article 155 CC et de le remplacer par une nouvelle disposition selon laquelle «la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens».

221.36 Liquidation du régime ensuite de séparation de biens (art. 192)

La séparation de biens légale (art. 188) produit ses effets immédiatement. Le jugement de séparation de biens aura, comme actuellement, un effet rétroactif au jour de la demande ou de la requête; il en sera de même de la séparation de biens (art. 155) consécutive à la séparation de corps (art. 204, 2^e al., et art. 233, 2^e al.).

La séparation de biens une fois intervenue, il y a lieu à la liquidation du régime antérieur. Les époux y procèdent en principe eux-mêmes. (264) La liquidation s'opère conformément aux règles du régime sous lequel vivaient les époux. Par là, l'article 192, renvoie aux articles 205 et suivants pour le régime ordinaire et aux articles 234 et suivants pour la communauté, en réservant les dispositions légales contraires. Sous le régime de la participation aux acquêts, il n'y a pas de biens qui rentrent de plein droit dans le patrimoine personnel d'un époux, comme le prescrit actuellement, en cas de séparation de biens, l'article 189, 1^{er} alinéa, CC. Pour le régime de communauté, l'article 239, 1^{er} alinéa, reprend la règle du retour des biens devenus communs. De plus, les articles 214 et 239, 3^e alinéa, excluent l'application des clauses qui modifient la répartition légale du bénéfice ou des biens communs. Ces diverses règles ne s'appliquent pas en cas de séparation de biens conventionnelle.

221.37 Suppression de l'inscription des décisions judiciaires au registre des régimes matrimoniaux

Selon le droit en vigueur, les décisions judiciaires prononçant la séparation de biens ou prescrivant le rétablissement du régime antérieur doivent être inscrites dans le registre des régimes matrimoniaux pour qu'elles déploient leurs effets (art. 248 CC). Elles sont communiquées d'office au fonctionnaire préposé à la tenue du registre (art. 186, 3^e al et 187, 3^e al., CC). La délivrance d'actes de défaut de biens dans la faillite doit aussi être communiquée d'office; cependant, la séparation de biens déploie ses effets à l'égard des tiers, même sans inscription.

Pour les raisons qui seront exposées plus loin (voir ch. 221.8), le projet renonce à l'institution du registre des régimes matrimoniaux, de sorte que les décisions judiciaires prononçant la séparation de biens (art. 185 et 189) ou prescrivant le rétablissement du régime antérieur (art. 187, 2^e al., et 191, 1^{er} al.) produiront d'emblée leurs effets entre les époux et envers les tiers, sous réserve de dispositions qui protégeront les créanciers.

221.4 Protection des créanciers (art. 193)

221.41 Droit actuel

Prolongeant l'article 179, 3^e alinéa, CC, l'article 188 CC protège les créanciers d'un conjoint contre l'atteinte que peuvent porter à leurs droits un changement de régime matrimonial ou une liquidation entre époux. Ces dispositions s'opposent à ce que des biens qui jusqu'alors garantissaient les droits de créanciers soient désormais soustraits à leur action. Cela peut se produire, pour les créanciers réservataires, lorsqu'un bien réservé de la femme est transformé en apport de celle-ci ou en bien commun. (265) C'est surtout la conséquence de mutations entre époux, liées à une liquidation matrimoniale: paiements ou datations en paiement, en vue de régler des récompenses (art. 201, 3^e al., 209, 1^{er} al., 212, 213 et 223, 2^e al., CC) ou d'éteindre la créance de bénéfice de la femme (art. 214 CC); attribution de biens communs à l'un ou à l'autre époux lors du partage de la communauté. Les moyens de protection accordés aux créanciers consistent, d'une part, dans le maintien de la garantie des biens sur lesquels ils pouvaient exercer leur action (art. 188, 1^{er} al.), d'autre part, dans la naissance d'une obligation personnelle – subsidiaire et limitée – de l'époux attributaire (2^e al.).

221.42 Garantie des droits des créanciers dans le projet

221.421 Changement de régime

L'abandon du régime de l'union des biens restreint le champ d'application de règles garantissant les droits des créanciers en cas de changement du régime matrimonial ou de liquidations entre époux. En outre, le passage du régime de

participation au régime de séparation n'entraîne par lui-même aucune modification de la garantie des créanciers; ceux-ci peuvent, après comme avant, s'en prendre à tous les biens de leur débiteur. Il en va de même quand des époux séparés de biens adoptent le régime de la participation aux acquêts; l'introduction de cette participation n'affecte pas, pendant le régime, les droits des créanciers.

En revanche, le passage du régime ordinaire ou de la séparation de biens à un régime de communauté, et le cas inverse du passage d'un tel régime au régime ordinaire ou au régime de séparation peuvent affecter les droits des créanciers. A vrai dire, les créanciers d'un époux qui convient avec son conjoint d'adopter un régime de communauté ne sont pas lésés de ce seul fait; leur débiteur continuera de répondre de ses dettes antérieures sur ses biens devenus communs, et les créanciers verront même s'accroître leur garantie qui s'étendra aux biens du conjoint entrés dans la masse commune (art. 230 et 231). (266) Il en va autrement lorsqu'un régime de communauté fait place au régime ordinaire ou à la séparation de biens; à ce moment-là, des biens communs qui pouvaient garantir les créanciers d'un époux, mais qui passent à son conjoint, échapperaient à leur action. Il importe d'y remédier en maintenant le principe de l'article 188 CC en l'introduisant dans l'article 193.

221.422 Liquidation matrimoniale

Il n'y a pas de liquidation matrimoniale proprement dite à la dissolution du régime de séparation de biens, faute de biens matrimoniaux: les règles de l'article 188 CC ne trouvent donc pas application. (267)

Il en va de même, dans le régime ordinaire de la participation aux acquêts, pour la reprise éventuelle par chaque époux de la possession de ses biens (art. 205, 1^{er} al.) et pour le règlement des dettes d'un époux envers l'autre (art. 205, 3^e al., et 206); il n'y a pas place ici pour une protection des créanciers autre que celle que procure le droit de poursuite (art. 285 ss LP). Et il n'en va pas autrement, dans les régimes de communauté, pour les reprises éventuelles de biens propres et pour le règlement entre époux de dettes intéressant lesdits biens.

En revanche, comme actuellement, il y a lieu de sauvegarder les droits des créanciers dans la liquidation d'un régime de communauté, en matière de règlement de récompenses entre biens communs et biens propres (art. 235) et d'attribution de biens communs lors du partage (art. 240 ss).

Cette protection se justifie aussi, comme c'est le cas aujourd'hui dans l'union des biens, (268) dans le régime ordinaire de la participation aux acquêts, lorsqu'un époux fait des attributions à l'autre, en règlement de la créance de participation, ou lorsqu'il fait des attributions à titre d'avance en imputation sur la créance de participation (269). Pour ces motifs, l'article 193 reprend le texte de l'article 188, 1^{er} et 2^e alinéas, CC, avec quelques modifications rédactionnelles.

On renvoie, pour l'interprétation de la nouvelle disposition, à la doctrine et à la jurisprudence éprouvées. (270) Le 3^e alinéa de l'article 188 CC est lié à la

situation particulière de la femme dans l'union des biens (art. 210 et 211 CC) et dans la communauté (art. 224 CC). La disposition devient sans application dans le système du projet.

221.5 For des actions en liquidation du régime matrimonial (art. 194)

Il y a lieu, pour le législateur fédéral, de déterminer dans les dispositions générales sur le régime matrimonial, le for des contestations relatives à la liquidation d'un régime. Il appartient aux cantons de désigner le juge compétent à raison de la matière pour connaître de ces actions.

Les contestations visées par l'article 194 sont uniquement de celles qui opposent les époux ou leurs héritiers, à l'exclusion de l'action que l'article 217 accorde à un époux ou à ses héritiers contre des tiers, lorsque les biens qui appartiennent à l'époux débiteur ou à sa succession ne couvrent pas la créance de participation.

Lorsque le régime matrimonial prend fin par le décès, il est normal que la contestation matrimoniale soit portée devant le juge du dernier domicile du défunt (art. 194, ch. 1), ce juge étant aussi compétent pour connaître d'éventuelles actions successorales (art. 538, 2^e al., CC).

Lorsque le régime matrimonial est dissous par le divorce, la séparation de corps, la nullité de mariage ou la séparation de biens judiciaire, la compétence revient naturellement au juge du for des actions correspondantes (art. 194, ch. 2).

Dans les autres cas, il convient de revenir au for ordinaire, c'est-à-dire d'attribuer la compétence au juge du domicile de l'époux défendeur (art. 194, ch. 3; cf. art. 59 cst.).

221.6 Administration des biens d'un époux par l'autre (art. 195)

221.61 Application des règles du mandat

Dans le régime actuel de la séparation de biens, l'article 242, 2^e et 3^e alinéas, CC, vise le cas où la femme remet l'administration de ses biens au mari. Pour cette éventualité, la loi établit deux présomptions: la première, que la femme renonce à demander compte à son mari pendant le mariage; la seconde, qu'elle lui abandonne la totalité des revenus pour subvenir aux charges du mariage (2^e al.). Cependant la femme peut en tout temps reprendre l'administration de ses biens (3^e al.). En général, le rapport ainsi créé est un mandat qui, pour le surplus, est régi par les articles 394 et suivants CO. (271) De son côté, le mari peut aussi confier l'administration de ses biens à sa femme: ce rapport est alors soumis uniquement au droit des obligations; l'article 242, 2^e alinéa, CC, ne s'applique pas par analogie. (272)

Pour le nouveau droit, il faut aussi prévoir le cas où un époux confie l'administration de ses biens à son conjoint, mais sans faire dorénavant de distinction

selon la personne des époux. Au surplus, il pourra arriver, à l'avenir, et quel que soit le régime, qu'un époux fasse administrer ses biens par l'autre, de telle sorte que la nouvelle disposition est insérée dans les dispositions générales du régime matrimonial.

L'article 195 soumet cette situation aux règles du mandat, comme en droit actuel, mais réserve la convention contraire. La gestion dont il s'agit ne ressortit pas au régime matrimonial; (273) les parties peuvent donc écarter le mandat ou déroger à ses règles, sans devoir conclure à cet effet un contrat de mariage. C'est ainsi qu'un époux peut confier la gestion de ses biens à son conjoint dans le cadre d'un contrat de travail ou d'un contrat de société.

Le mandat de gestion – comme un autre contrat – peut être tacite; tel pourra être le cas si un époux laisse son conjoint prendre en mains ses intérêts, sans s'y opposer.

Faute de convention contraire, ce mandat sera gratuit entre époux, (274) son exécution se présente comme un mode de contribution à l'entretien de la famille. Sont réservés les droits du mandataire pour ses avances et frais selon l'article 402, 1^{er} alinéa, CO, et, le cas échéant, pour le dommage subi (2^e al.). (275)

L'étendue du mandat sera déterminée par la convention et comprendra, dans cette mesure, le pouvoir de faire les actes juridiques nécessités par son exécution (art. 396, 2^e al., CO). Le plus souvent, il s'agira d'un mandat général. Mais, même dans ce cas, l'époux mandataire ne pourra pas, sans pouvoir spécial, faire les actes énumérés par l'article 396, 3^e alinéa, CO.

Le mandataire doit en tout temps, à la demande du mandant, lui rendre compte de sa gestion et lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef (art. 400 et 401 CO). Il n'y a pas lieu de reprendre – fût-ce en faveur de la femme comme du mari – la présomption de renonciation de l'article 242, 2^e alinéa, CC; il y va de la protection des intérêts du mandant, quel qu'il soit.

Le mandataire doit délivrer au mandant les revenus des biens administrés, sous déduction des frais de gestion. Le projet ne reprend pas non plus la règle de l'abandon des revenus au mandataire (le mari, selon l'art. 242, 2^e al., CC). Dans le nouveau statut matrimonial, l'époux mandant – femme ou mari – doit pouvoir disposer librement de ces revenus, sauf à s'entendre avec son conjoint sur leur affectation à l'entretien de la famille.

L'extinction du mandat de gestion est régie par les articles 404 à 406 CO. En particulier, «le mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps» (art. 404, 1^{er} al., CO), sous réserve que «celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit... indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause» (art. 404, 2^e al., CO).

Dans les rapports entre époux, la révocation abrupte du mandat peut plus particulièrement exposer le mandataire à de sérieuses difficultés. Tel sera par exemple le cas lorsqu'il aura géré les biens de son conjoint avec les siens dans l'exploitation d'une entreprise agricole, artisanale ou commerciale. Dans des cas semblables, le mandant s'expose à la responsabilité légale. L'avant-projet de 1976 était allé plus loin en permettant au juge de différer les effets de la

révocation, à moins que les intérêts du mandant ne soient mis en péril (art. 196, 2^e al., AP). Dans la procédure de consultation, les avis ont été divisés sur cette innovation. Effectivement, la règle créerait une certaine insécurité, vu la difficulté pour le juge de mettre en balance les intérêts du mandant et ceux du mandataire.

En définitive, ce qui importe, c'est que ce dernier ne soit pas mis dans la nécessité de restituer sur le champ les biens, droits et valeurs qu'il administrerait jusqu'alors. Or le législateur peut éviter cette conséquence de la révocation en donnant au mandataire la possibilité d'obtenir qu'il soit sursis à la reddition de comptes. Les articles 203, 232 et 247 sur les dettes entre époux disposent que «si le règlement d'une dette ou la restitution d'une chose exposent le débiteur à des difficultés graves qui mettent en péril l'union conjugale, celui-ci peut solliciter des délais de paiement, à charge de fournir des sûretés si les circonstances le justifient» (2^e al. de ces art.). L'article 195, 2^e alinéa, réserve ces dispositions.

221.62 La question du privilège

Dans le régime de l'union des biens, la femme bénéficie d'un privilège d'exécution pour sa créance d'apports nette contre son mari, dans la mesure où elle n'est pas désintéressée à concurrence de la moitié par ses reprises ou garantie dans la même mesure par des sûretés (art. 210, 211 CC et 219, 4^e al., quatrième classe, let. a, LP). Dans la communauté de biens, la femme qui peut, en cas de faillite du mari ou de saisie faite sur les biens communs, réclamer le montant de ses apports, jouit du même privilège (art. 224 CC).

Ces avantages se justifient pour la femme sous le régime de l'union des biens avant tout par le fait que ses apports sont légalement administrés par le mari et que, n'en ayant pas le contrôle en dépit d'une certaine protection que lui offre l'article 205 CC, elle est exposée à les perdre. S'il est vrai qu'en se soumettant à un régime de communauté, elle accepte que ses biens entrent dans la masse commune, elle n'a cependant pas la liberté d'exclure ou de contrôler efficacement l'administration de son mari. La situation est tout à fait différente dans un régime où chacun des époux conserve tout pouvoir sur son patrimoine, mais où l'un d'eux confie à l'autre l'administration de ses biens. C'est ainsi que, selon l'article 244 CC, la femme séparée de biens ne peut revendiquer aucun privilège dans l'exécution forcée contre son mari, même si elle lui avait donné un mandat de gestion. La commission d'experts avait pourtant prévu de privilégier la créance de restitution de l'époux mandant (art. 197 de l'avant-projet de 1976, calqué sur l'art. 211 CC). Le motif retenu était qu'en raison des obligations d'assistance réciproque, dérivant de l'article 159 CC, un époux peut devoir mettre des éléments de sa fortune à la disposition de son conjoint, par exemple pour créer une entreprise. La créance de l'époux mandant aurait ainsi un certain caractère familial, de sorte qu'elle mériterait priorité sur les autres créanciers du mandataire.

Pendant on ne peut justifier un tel privilège comme on le fait pour les créanciers des personnes dont la fortune se trouve placée sous l'administration du

débiteur en vertu de la tutelle ou de la puissance paternelle (art. 219, 4^e al., deuxième classe, LP). Finalement, un époux reste juridiquement libre de confier ou non l'administration de ses biens à son conjoint, et si, dans des conditions données, c'est pour lui un devoir moral, il lui est loisible de prendre ses dispositions pour conserver un contrôle sur la gestion des biens confiés. Le projet a renoncé à privilégier la créance d'un époux à raison de sa contribution extraordinaire à l'entretien de la famille (voir ch. 214.34). Il convient d'adopter ici la même solution. Lors de la révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, le problème des privilèges d'exécution pourra être repris dans son ensemble.

221.7 Suppression des dispositions sur les biens réservés

Le Code civil connaît des biens réservés de l'un et de l'autre époux. Ils sont constitués par contrat de mariage, par des libéralités de tiers ou par l'effet de la loi (art. 190, 1^{er} al., CC). Sont biens réservés légaux, pour chaque époux, les effets exclusivement destinés à son usage personnel (art. 191, ch. 1, CC). Les autres biens réservés légaux sont propres à la femme: ce sont les biens qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie (ch. 2) et le produit de son travail en dehors de son activité domestique (ch. 3). Les biens réservés forment une catégorie spéciale de biens, à côté des apports de la femme et des biens du mari (apports et acquêts) ou à côté des biens communs. Ils sont soumis aux règles de la séparation de biens (art. 192, 1^{er} al., CC).

Dans les régimes proposés par le projet, il n'y a pas de biens réservés: le régime ordinaire comprend des biens propres et des acquêts de chaque époux; les régimes de communauté comprennent des biens propres et des biens communs. La distribution des biens des époux entre ces diverses masses est l'objet des dispositions régissant ces régimes (art. 197, 198, 207, 2^e al., 218 à 222 et 234). Le commentaire en sera fait dans les chapitres suivants (voir ch. 222 et 223).

221.8 Suppression du registre des régimes matrimoniaux

221.81 Le registre des régimes matrimoniaux dans le Code civil

Selon l'article 248, 1^{er} alinéa, CC, «les contrats de mariage, les décisions judiciaires concernant le régime matrimonial et les actes juridiques intervenus entre époux au sujet des apports de la femme ou des biens communs, ne déploient d'effets à l'égard des tiers qu'après leur inscription au registre des régimes matrimoniaux et leur publication». Entre les époux, ces actes et ces décisions produisent leurs effets sans inscription. A l'égard des tiers, même s'ils connaissent par ailleurs l'existence du contrat de mariage ou de la décision judiciaire, l'inscription est constitutive. Ce système commande la distinction entre le régime interne et le régime externe (voir ch. 221.25).

L'institution du registre est régie par les articles 249 à 251 CC et par une ordonnance du Conseil fédéral du 27 septembre 1910 (RS 211.214.51). Ne sont inscrites au registre que les clauses que les époux entendent rendre opposables aux tiers (art. 249, 1^{er} al., CC). En principe, l'inscription peut être requise par

chacun des époux (art. 249, 2^e al., CC). Elle a lieu dans le registre du domicile du mari; si le mari transporte son domicile dans un autre arrondissement, elle doit y être aussi faite dans les trois mois; l'inscription précédente n'a plus d'effets trois mois après le changement de domicile (art. 250 CC). Le registre est public; des extraits sont délivrés à quiconque en fait la demande (art. 251 CC).

Dans la pratique, le registre des régimes matrimoniaux ne remplit guère la fonction qui lui est dévolue de renseigner les tiers sur le statut matrimonial des époux avec lesquels ils entrent en relations d'affaires. Le système légal veut que les données figurant au registre et publiées soient censées connues, de telle sorte que les tiers peuvent avoir à supporter les conséquences du fait qu'ils ignorent le régime sous lequel vivent les époux. Malgré cela, le nombre des demandes de renseignements adressées aux bureaux des registres des régimes matrimoniaux de la part de tiers est étonnamment faible. Cela ressort d'enquêtes faites auprès de divers offices. (276) On doit en conclure que le pesant appareil mis en place est hors de proportion avec les services que l'institution devait rendre au monde des affaires. A cela s'ajoute que, du fait de la mobilité de la population, nombre d'inscriptions continuent à figurer au registre alors qu'elles ont perdu leur valeur parce que les époux ont changé de domicile et n'ont pas fait inscrire leur régime dans l'arrondissement de leur nouveau domicile (cf. art. 250 CC). Pratiquement, le tiers qui traite avec un époux une affaire relativement importante se protège contre les conséquences préjudiciables d'une éventuelle inscription au registre des régimes matrimoniaux en demandant que le conjoint contresigne le contrat.

221.82 L'abandon du registre

Dans le système du projet, le registre des régimes matrimoniaux perdrait de toute façon une grande partie de son champ d'application :

D'abord, il n'y a pas de raison de soumettre à inscription, dans l'intérêt des tiers, les actes entre époux relativement aux biens communs selon l'article 177, 2^e alinéa, CC (voir ch. 217.31).

Le législateur de 1907 a voulu protéger les tiers contre le risque de collusion entre les époux. (277) Mais, s'il fallait craindre des transferts occultes d'apports de la femme ou de biens communs entre les époux, cette crainte se justifierait tout autant quand ils portent sur des apports du mari, des biens réservés des époux ou des biens séparés. La protection des tiers résulte de l'article 193 (art. 188 CC) et des articles 285 et suivants LP. (278)

Ensuite, l'exigence d'une inscription au registre des régimes matrimoniaux deviendra sans objet dans la mesure où elle concerne, en droit actuel, le passage de l'union des biens à un autre régime, ou le retour de cet autre régime à l'union des biens, que ce soit par contrat de mariage ou par décision judiciaire.

Enfin, sous le nouveau droit, il serait sans intérêt de rendre opposable aux tiers un contrat de mariage instituant la séparation de biens au lieu du régime ordinaire de la participation aux acquêts, ou prévoyant le remplacement du

régime de séparation par le régime ordinaire; et il en va de même pour les décisions judiciaires ordonnant la séparation en lieu et place de la participation ou le rétablissement, après séparation, du régime ordinaire.

En effet, pour les tiers, la situation est exactement la même, que les époux soient placés sous le régime de la participation aux acquêts ou qu'ils soient séparés de biens; dans les deux cas, les tiers sont en présence d'époux qui sont libres propriétaires de leurs biens et qui répondent séparément pour leurs dettes sur toute leur fortune. Ces changements de régime ne concernent que les rapports entre époux; les tiers n'en peuvent tirer aucun droit ni en subir aucun préjudice. Quant aux clauses qui modifient la répartition du bénéfice ou le partage égal des biens communs, elles ne sont déjà aujourd'hui pas propres à être rendues opposables aux tiers et ne sont pas susceptibles d'inscription (279)

En revanche, dans le système du projet, il n'est pas indifférent que les tiers qui traitent avec un époux sachent qu'il est soumis au régime de la communauté de biens, c'est-à-dire qu'il a, en sus de ses biens propres, une part à des biens communs, qu'il ne peut disposer de ceux-ci qu'avec le consentement de son conjoint (art. 225), qu'il ne répond pas toujours sur les biens communs des dettes qu'il contracte (art. 230 et 231). Quand des époux vivant sous le régime de la communauté décident d'adopter le régime ordinaire ou le régime de séparation, les tiers ont peut-être aussi intérêt à le savoir; de même, lorsque les époux viennent à être soumis au régime extraordinaire par décision du juge.

Cependant, ces considérations ne suffisent pas à justifier le maintien du registre des régimes matrimoniaux pour le petit nombre d'époux qui ont choisi la communauté de biens. En effet, on peut attendre des époux qu'ils signalent au tiers avec lequel ils traitent qu'ils vivent sous un régime de communauté ou que, s'ils avaient précédemment adopté ce régime à la connaissance du tiers, ils sont revenus au régime ordinaire ou ont choisi la séparation de biens.

S'ils ne le font pas, il n'en demeure pas moins qu'une protection efficace du tiers peut être assurée, sans qu'il soit besoin de recourir au registre des régimes matrimoniaux. Le problème est surtout celui de la responsabilité pour les dettes dans le régime de la communauté. Un époux ne répond que sur ses biens propres d'un certain nombre de dettes, notamment de celles qu'il a contractées, en dehors de l'administration ordinaire de la communauté, sans le consentement de son conjoint (dettes propres, cf. art. 231). Cette limitation de la responsabilité peut certes être portée à la connaissance des tiers par l'inscription de la communauté dans un registre. Mais on peut aussi attendre des époux qu'ils informent de cas en cas, et si besoin est, le tiers avec lequel ils traitent. Dans cette optique, les époux ne peuvent pas d'emblée se prévaloir de ce que la dette contractée par l'un d'eux ne grève pas les biens communs; on ne peut les y autoriser que si le tiers contractant savait ou devait savoir qu'ils vivaient sous le régime de communauté. Dans le cas contraire, le tiers doit pouvoir exercer ses droits non pas sur tous les biens communs, mais, outre sur les biens propres de son débiteur, sur les biens de celui-ci qui sont devenus communs de son chef. Autrement dit, dans l'hypothèse visée, tout se passe pour le créancier comme si son débiteur vivait sous le régime ordinaire. C'est la solution que prévoit

l'article 231, 2^e alinéa (voir ch. 223.43). Elle concilie les intérêts des époux et ceux du créancier et permet de se passer à cet égard de l'inscription de la communauté dans le registre des régimes matrimoniaux.

En ce qui concerne, dans la communauté, les actes de disposition qui sortent de l'administration ordinaire (art. 225), l'époux qui traite avec un tiers ne peut lui opposer l'absence de consentement du conjoint s'il n'a pas informé son interlocuteur de l'existence de la communauté ou si celui-ci ne la connaissait pas ou ne devait pas la connaître par ailleurs. De toute façon, le tiers peut se mettre au bénéfice de la présomption de consentement (art. 225, 2^e al., voir ch. 223.312.2).

Si des époux soumis jusqu'alors au régime de la communauté se trouvent désormais soumis au régime ordinaire (ou au régime de séparation), il n'y a plus de biens communs qui garantissent les dettes générales d'un époux. Mais les anciens créanciers ne sauraient s'en plaindre: les biens communs qui les garantissaient jusqu'alors n'échappent pas à leur action (art. 193). A cet égard aussi, la publicité du contrat de mariage ou de la décision judiciaire se révèle superflue. Pour le surplus, les tiers ne peuvent pâtir du fait qu'il n'y a plus, entre les époux, de biens communs à l'égard desquels leur liberté de disposer était restreinte. Pour toutes ces raisons, il y a lieu d'abolir, pour le nouveau droit, l'institution du registre des régimes matrimoniaux.

222 De la participation aux acquêts

222.1 Propriété (art. 196 à 200)

222.11 En général

«Le régime de participation aux acquêts comprend les biens propres et les acquêts de chaque époux» (art. 196). Chaque époux est ainsi propriétaire de deux masses de biens.

Il n'y a pas lieu d'instituer, à côté de biens propres de chaque époux, des biens réservés. Chacun des époux – la femme comme le mari – est maître de ses biens, de sorte qu'il ne s'agit plus de ménager à un époux ou à un autre une marge de liberté plus grande sur certains biens. L'existence de biens réservés signifierait seulement que ceux-ci seraient exclus du système de la part à la plus-value (art. 206) et que leurs revenus n'entreraient pas dans les acquêts (art. 198, 2^e al., ch. 4).

Mais, quant au premier point, les époux peuvent, de cas en cas, écarter par convention écrite la part à la plus-value (art. 206, 3^e al.). Quant au second point, dans une communauté d'intérêts telle que veut la réaliser le régime ordinaire de la participation aux acquêts, il n'y a pas de raison de sortir légalement de la péréquation les revenus de certains biens. Cependant, par contrat de mariage, les époux pourront atteindre indirectement ce résultat (cf. art. 213, 2^e al.; voir ch. 222.542). Pour le surplus, la possibilité pour les tiers de constituer en faveur d'un époux des biens exempts de la participation ne répond pas à un besoin. Quant aux biens réservés légaux du droit actuel (art. 191 CC) ou

aux biens qui leur sont assimilés par la doctrine ou la pratique (280), ils seront distribués selon les nouveaux critères entre biens propres et acquêts (voir ch. 222.12 et 222.13).

Les articles 197 et 198 définissent impérativement la notion de biens propres et celle d'acquêts («de par la loi»). Cette qualification des biens ne peut pas être modifiée en cours de régime. Les époux ne peuvent, ni par contrat de mariage, ni d'une autre manière (par exemple, par le biais d'un inventaire), transformer un bien propre en acquêt ni un acquêt en bien propre dans le patrimoine de l'un d'eux. Ces conversions reviendraient à modifier indirectement la répartition du bénéfice, sans que l'un ou l'autre époux, ses héritiers, voire ses créanciers puissent souvent en mesurer les conséquences. Les époux peuvent modifier la répartition légale (art. 213), mais ils doivent le faire par un contrat de mariage conclu directement à cet effet.

Pendant le régime, le statut des biens propres et celui des acquêts sont les mêmes, sauf – indirectement – quant à la liberté d'un époux de disposer de ses acquêts par des libéralités entre vifs ou par des aliénations propres à réduire la participation du conjoint (art. 208). La distinction ne joue un rôle décisif qu'à la liquidation du régime dissous (art. 207 à 211).

222.12 Biens propres (art. 197)

L'article 197 énumère les biens qui ont le caractère de propres :

Chiffre premier (Les effets d'un époux exclusivement affectés à son usage personnel)

Ce sont les biens actuellement visés, comme biens réservés, par l'article 191, chiffre 1, CC. Il s'agit de choses mobilières, qui sont la propriété d'un époux et qui sont affectées, de par leur nature ou même par la destination qui leur est donnée, à l'usage propre et exclusif de leur propriétaire. La notion en a été précisée par la doctrine et la jurisprudence. (281)

Ces biens peuvent appartenir à un époux au début du régime ou lui être échus dans la suite à titre gratuit. Ils seraient alors de toute façon biens propres au sens du chiffre 2 (apports). Mais ils peuvent aussi avoir été acquis par un époux à titre onéreux, par le moyen des acquêts; ils n'en restent pas moins des biens propres, sous réserve d'une récompense à leur charge.

Chiffre 2 (Les biens qui appartenaient à un époux au début du régime ou qui lui échoient dans la suite par succession ou à quelque autre titre gratuit)

C'est la définition des apports dans le régime de l'union des biens, telle qu'elle résulte des articles 194 et 195, 1^{er} alinéa, CC. La notion en a aussi été élucidée par la doctrine et la jurisprudence. (282) Les précisions apportées conserveront toute leur valeur – en dépit des controverses – pour l'application du nouveau droit, notamment en ce qui concerne la distinction entre les biens propres du chiffre 2 et les acquêts. (283)

Chiffre 3 (Les créances en réparation du tort moral)

Ces créances sont rangées aujourd'hui dans les biens réservés (284). Elles naissent à raison de souffrances physiques ou psychiques éprouvées par une personne du fait d'une atteinte à un bien de la personnalité (intégrité corporelle, sentiments d'affection, honneur, nom, liberté personnelle, etc.). La compensation allouée à ce titre n'est pas destinée à réparer un dommage proprement dit. Elle ne peut donc être rangée dans les acquêts, à la différence des dommages-intérêts dus à raison d'une incapacité de travail (art. 198, 1^{er} al., ch. 3; voir ch. 222.13).

Chiffre 4 (Les biens acquis en remploi des biens propres)

Il s'agit de biens qui sont subrogés à des biens propres. (285) Le remploi peut s'appliquer à toutes les masses distinctes d'un régime matrimonial et consiste dans le remplacement d'un bien donné par un bien nouvellement acquis, de telle sorte que celui-ci a le même statut que celui-là.

Cette subrogation réelle suppose un rapport de connexité entre le sacrifice d'un bien et l'acquisition d'un autre bien. A cet égard, le remploi peut être direct ou indirect: direct, comme lorsque l'indemnité d'assurance ou d'expropriation remplace la chose détruite ou l'immeuble exproprié; indirect, lorsqu'un bien est vendu, un prix payé et qu'au moyen de ce prix, un autre bien est acheté (vente d'un tableau pour financer l'acquisition d'une voiture).

Les conditions et les effets du remploi (286) peuvent être laissés à la pratique, (287) comme jusqu'à présent. Les situations sont trop diverses et trop complexes pour qu'elles puissent être saisies dans les textes législatifs.

222.13 Acquêts (art. 198)

Selon le 1^{er} alinéa de l'article 198, «sont acquêts de par la loi les biens acquis par un époux à titre onéreux pendant le régime». Il s'agit de toutes acquisitions faites au moyen d'une contre-partie et autrement qu'en remploi des biens propres. Ne sont cependant pas acquêts les effets personnels de l'article 197, chiffre 1, même s'ils sont acquis à titre onéreux pendant le mariage. Les créances en réparation du tort moral, nées pendant le régime, ne rentrent pas, en raison de leur cause, dans la catégorie des acquêts (voir ch. 222.12). Par ailleurs, tout ce qui n'est pas couvert par la définition des biens propres de l'article 197 est un acquêt. L'article 198, 2^e alinéa, énumère les éléments les plus importants des acquêts. Cependant, la liste n'est pas exhaustive.

Chiffre premier (Le produit du travail d'un époux)

Les valeurs acquises en contrepartie de prestations de travail sont par nature des acquêts. Selon l'article 191, chiffre 3, CC, le produit du travail de la femme en dehors de son activité domestique est bien réservé. Dorénavant, il sera acquêt dans le patrimoine de la femme, comme le produit du travail du mari le sera dans le patrimoine de celui-ci.

La qualification d'acquêt ne prive pas un époux de disposer librement du produit de son travail, notamment de le consommer, sous réserve de l'accomplis-

sement de son devoir d'entretien. Mais, dans la mesure où il est représenté à la dissolution par des économies ou des biens de remploi (art. 198, 2^e al., ch. 5), il entre dans le calcul du bénéfice (art. 207 ss, notamment art. 208).

Il faut remarquer que «les biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie» autrefois biens réservés selon l'article 191, chiffre 2, CC, ne sont plus au bénéfice d'un statut spécial. Tout comme les biens correspondants du mari, ils seront biens propres ou acquêts selon les critères ordinaires.

Chiffre 2 (Les sommes versées par des institutions de prévoyance en faveur du personnel ou par des institutions d'assurance ou de prévoyance sociale)

Les prestations des institutions de prévoyance en faveur du personnel (cf. art. 89^{bis} CC, art. 673, 805 et 862 CO) sont une compensation pour la cessation ou la diminution de la capacité de travail; elles ont économiquement le caractère d'un salaire différé, les caisses de pension étant alimentées par les versements des employeurs et des travailleurs (deuxième pilier). Les institutions d'assurance ou de prévoyance sociale, financées par les intéressés et les pouvoirs publics, ont pour but de remédier à l'influence de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, des accidents, sur l'aptitude à exercer une activité lucrative; les prestations de ces institutions tendent à remplacer la rémunération tirée d'une telle activité, ou à rendre possible leur reprise, en assurant dans l'intervalle la subsistance de la victime.

Toutes ces prestations doivent être traitées comme des acquêts, par analogie avec le produit du travail (161 et 162). Il faut leur assimiler les indemnités versées par les caisses de chômage.

Les sommes visées par le chiffre 2 sont généralement versées sous forme de rente. Elles le sont pourtant parfois sous forme d'un capital (par exemple, indemnité de départ allouée à un employé qui prend sa retraite). Ce capital entre aussi dans les acquêts. Cependant, il n'en va pas de même lorsque le régime prend fin. Si les prestations de prévoyance avaient été réglées sous forme de rente, l'ayant droit aurait continué à toucher les arrérages après la dissolution du régime. Il convient alors qu'à la dissolution, la part du capital relative à ces arrérages futurs entre dans les biens propres en vue de la liquidation (art. 207, 2^e al.; voir ch. 222.531).

Chiffre 3 (Les dommages-intérêts dus à raison d'une incapacité de travail)

Les créances en réparation d'un dommage corporel, c'est-à-dire «les dommages qui résultent pour la victime de son incapacité de travail totale ou partielle, ainsi que de l'atteinte portée à son avenir économique» (art. 46 CO) compensent aussi la perte ou la diminution d'une aptitude à exercer une activité rémunératrice. A ce titre, ces créances ont leur place dans les acquêts.

Les dommages-intérêts sont généralement alloués sous la forme d'un capital. On appliquera à cet élément des acquêts la même règle que pour le capital versé par une institution de prévoyance (cf. art. 207, 2^e al.).

Chiffre 4 (Les revenus des biens propres)

Pour accentuer le caractère de communauté d'intérêts entre les époux, le pro-

jet prévoit que les revenus des biens propres tombent dans les acquêts de chaque époux, auxquels l'autre époux participe au moment de la dissolution du régime matrimonial. La communauté est ainsi, en quelque sorte, usufruitière des biens propres. Cette solution reprend la réglementation actuelle de la communauté d'acquêts (288) et de l'union des biens (289).

Chiffre 5 (Les biens acquis en remploi des acquêts)

A ce sujet, il suffit de se référer aux commentaires sur les biens acquis en remploi des biens propres (voir ch. 222.12).

Il peut y avoir d'autres biens d'acquêts que ceux qui sont énumérés expressément par exemple: le montant équitable dû à l'époux au foyer (art. 164; voir ch. 214.2), de la compensation pour collaboration extraordinaire d'un époux à la profession ou à l'industrie de son conjoint (art. 165, 1^{er} al.; voir ch. 214.3), (290) de la contribution pécuniaire versée par un époux à l'autre (art. 173 et 176, 1^{er} al.). Seront aussi acquêts les prestations d'entretien faites par un tiers en vertu d'un devoir légal (cf. art. 276, 295 et 328 CC) ou moral; l'indemnité pour perte d'un soutien qui serait versée à une personne mariée (art. 45, 3^e al., CO); les dommages-intérêts qui seraient dus pour les conséquences pécuniaires d'une atteinte à un bien personnel (honneur, droit au nom, liberté économique).

222.14 Preuve

222.141 La preuve de la propriété d'un bien

(art. 199, 1^{er} al., 1^{re} phrase)

Il n'y a pas de présomption en faveur de la propriété de l'un ou de l'autre époux – contrairement à ce qu'il en est dans l'union des biens où l'article 196, 1^{er} alinéa, CC, présume que les biens matrimoniaux appartiennent au mari. Le système est celui de la séparation de biens: (291) il incombe à toute personne qui prétend qu'un bien déterminé est la propriété d'un époux et non de l'autre, de l'établir. Cette règle, qui découle de l'article 8 CC, s'applique entre les époux, entre un époux et les héritiers de l'autre, entre un époux et des tiers, notamment les créanciers du conjoint. La preuve sera facilitée par les présomptions découlant de la possession des meubles (art. 930 et 931 CC), (292) par l'inscription au registre foncier (art. 937 CC). Elle pourra être faite par tous moyens: production de pièces, témoignages, expertises. Parmi ces moyens, figurent les inventaires authentiques (voir ch. 222.144).

222.142 La fiction de copropriété en cas d'échec de la preuve

(art. 199, 1^{er} al., 2^e phrase et 2^e al.)

Il se peut que les présomptions tirées de la possession soient en faveur de l'un et de l'autre époux et que chacun se prétende propriétaire d'un bien, sans que la présomption en faveur de l'autre soit détruite. (293) Ainsi, une libéralité peut avoir été faite par un tiers sans qu'on puisse décider si le bénéficiaire est un des époux plutôt que l'autre (cadeau de nocés). Ou bien, durant le mariage, des objets d'usage commun (livres, tableaux, collections, voiture) ou des titres ont

été acquis avec les deniers des époux, sans qu'on puisse déterminer la contribution de chacun et sans que rien ait été précisé quant à l'appartenance de la chose. L'article 199, 1^{er} alinéa, 2^e phrase, dispose qu'en ce cas, le bien est réputé appartenir en copropriété aux deux époux. (294) Il faut préférer ce statut à celui de la propriété commune, qui est moins flexible.

Les règles applicables seront celles des articles 646 à 651 CC (295). Les quotes-parts des époux seront présumées égales (art. 646, 2^e al., CC). Si les biens considérés font partie du mobilier de ménage (cf. art. 216), ils seront, tant que dure la vie commune, réputés affectés à un but durable, au sens de l'article 650, 1^{er} alinéa *in fine*, CC, de telle sorte qu'aucun des époux n'en pourra exiger le partage. En revanche, rien n'empêcherait qu'un époux ne dispose de sa part sur la chose indivise (art. 646, 3^e al., CC), mais il faut l'exclure, dans l'intérêt de l'union conjugale, pour la copropriété de l'article 199, 2^e alinéa. La règle ne s'appliquera pas à des biens que les époux ont constitué eux-mêmes en copropriété.

222.143 La preuve du caractère de bien propre ou d'acquêt (art. 199, 3^e al.)

Quand il est établi qu'un bien ou une quote-part d'un bien appartient à un époux déterminé, il reste à savoir s'il fait partie de ses biens propres ou de ses acquêts. Dans le régime actuel de l'union des biens, il y a, pour les biens du mari, présomption en faveur des acquêts. (296) La même solution se justifie pour chaque époux dans le régime de participation aux acquêts. La preuve du contraire est ouverte.

222.144 Inventaire (art. 200)

Un moyen pour les époux de constater la propriété respective de leurs biens et la qualité de biens propres ou d'acquêts de ceux-ci est d'établir des inventaires.

Ils peuvent dresser entre eux des inventaires sous seing privé ou même des états non signés. Ces documents auront la force probante que leur reconnaît la procédure cantonale. Mais un époux n'est pas tenu de s'en contenter. Chaque époux peut demander en tout temps à son conjoint de concourir à la confection d'un inventaire authentique (art. 55, titre final, CC) de leurs biens propres (art. 200, 1^{er} al.): Indirectement, on pourra déterminer quels sont les biens d'acquêts. C'est là un devoir découlant du régime, analogue au devoir de renseigner (art. 170). En cas de refus, le requérant pourra s'adresser au juge désigné par le droit cantonal, au for prévu par l'article 180 (297).

D'un commun accord, les époux pourront joindre à l'inventaire une estimation de leurs biens propres. Un inventaire estimatif n'aura pas le même intérêt que dans l'union des biens pour les apports de la femme, où le mari est responsable de leur gestion. Aussi le projet ne fait-il pas mention d'un tel inventaire. Il pourra cependant être utile pour établir le montant d'une récompense quand un bien propre aura été sacrifié à titre de contribution extraordinaire à l'entretien de la famille ou pour financer une acquisition.

L'inventaire authentique des apports est présumé exact (art. 200, 2^e al.). Cette présomption ne dépendra pas du fait que cet inventaire a été dressé dans un certain délai à compter du jour où les biens sont entrés dans le patrimoine de l'époux considéré. La condition des six mois de l'article 197, 2^e alinéa, CC, a paru trop restrictive. La force probante est celle que l'article 9 CC attribue aux titres authentiques. La preuve du contraire est ouverte.

222.2 Administration, jouissance et disposition (art. 201)

Jusqu'à la dissolution, le régime de participation aux acquêts a pour l'essentiel le caractère d'une séparation de biens. Comme le prévoit l'article 242, 1^{er} alinéa, CC, les époux demeurent maîtres de leurs biens. Selon l'article 201, chaque époux a l'administration, la jouissance et la disposition de ses biens propres et de ses acquêts. Il en supporte naturellement les charges. Légalement, aucun époux n'administre les biens de l'autre, si ce n'est dans le cadre de la représentation de l'union conjugale (art. 166).

Cependant l'article 201 précise que la liberté de chaque époux est contenue dans les limites de la loi. Ces limites résultent du devoir réciproque des époux de se renseigner sur leur situation pécuniaire (art. 170), de l'exigence du consentement du conjoint pour disposer des droits dont dépend le logement de la famille (art. 169) et, indirectement, des règles sur la réunion aux acquêts de certaines aliénations (art. 208).

222.3 Dettes envers les tiers (art. 202)

Le régime matrimonial n'exerce aucune influence sur les dettes qui naissent à la charge des époux; les règles ordinaires du droit sont en principe seules applicables à cet égard, notamment pour décider si un époux oblige son conjoint par des actes juridiques ou d'autres actes. (298) Toutefois, en vertu des règles sur la représentation de l'union conjugale (art. 166, 1^{er} et 2^e al.), chaque époux est tenu solidairement avec son conjoint des dettes que celui-ci contracte pour les besoins de la famille en tant qu'il n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable pour les tiers (art. 166, 3^e al.).

«Chaque époux répond de ses dettes sur tous ses biens» (art. 202). Il n'y a pas de cas où, en vertu du régime, un époux ne répondrait que sur certains de ses biens et où son patrimoine garantirait des dettes de son conjoint, à moins qu'il ne s'agisse de dettes contractées dans le cadre des pouvoirs de représenter l'union conjugale (art. 166, 3^e al.).

La poursuite d'un époux vivant sous le régime ordinaire, comme d'un époux séparé de biens, est dirigée uniquement contre lui. (299)

222.4 Dettes entre époux (art. 203)

Sous le régime de la participation aux acquêts il n'y a plus entre époux de récompenses matrimoniales spécifiques, comme celles qui résultent aujourd'hui

des articles 201, 3^e alinéa, 209, 210, 212, 2^e alinéa, et 213, CC, dans l'union des biens, ou de l'article 223, 2^e alinéa, CC, dans la communauté de biens. Mais, au cours de mariage, des rapports juridiques fondés sur le droit des obligations peuvent se nouer, qui donnent naissance à des créances d'un époux contre l'autre (vente, baux, prêts, contrats de travail, d'entreprise ou de société, gestion d'affaires, enrichissement illégitime, actes illicites). Il peut aussi arriver qu'un époux paie une dette incombant à l'autre. Cela peut se produire dans l'entretien de la famille, lorsqu'un époux règle de ses deniers une dette de ménage qui, dans les rapports internes, regarde au moins en partie son conjoint. La contribution extraordinaire peut de même donner lieu à compensation pécuniaire ou à remboursement (art. 165). Des dettes réciproques peuvent encore naître du mandat de gestion confié par un époux à l'autre (art. 195).

Pour tous ces cas, le projet pose le principe que «le régime n'exerce pas d'influence sur l'exigibilité des dettes entre les époux» (art. 203, 1^{er} al.), pas plus que sur la naissance des obligations. Ce sont donc les règles générales du droit qui s'appliquent. (300) Ainsi, dès qu'une dette est exigible, l'époux créancier peut en réclamer le paiement, au besoin par les moyens de l'exécution forcée. Mais il peut aussi différer sa réclamation sans avoir à redouter la perte de sa créance; en effet, l'article 134, 1^{er} alinéa, chiffre 3, CO, sur l'empêchement et la suspension de la prescription à l'égard des créances d'un époux contre l'autre, demeurera applicable.

L'article 203, 2^e alinéa, apporte une autre atténuation à la rigueur du droit, en considération du fait que les époux ne sont pas dans la situation de créancier et de débiteur quelconques. Le règlement d'une dette ou la restitution d'une chose (notamment dans le cas du mandat, [voir ch. 221.6]) sont de nature à exposer l'époux débiteur à des difficultés graves qui peuvent avoir leurs répercussions sur l'union conjugale en la mettant en péril. Dans cette éventualité, les égards que se doivent les époux (art. 159, 2^e et 3^e al., CC) imposent au créancier d'user de ménagements envers son conjoint. Aussi le projet dispose-t-il que le débiteur «peut solliciter des délais de paiement». Si le conjoint créancier n'est pas d'accord, le débiteur pourra s'adresser au juge désigné par le droit cantonal – qui pourra être le juge des mesures protectrices de l'union conjugale – au for de l'article 180. Mais le sursis au paiement ne peut d'emblée être imposé à l'époux créancier sans que sa créance soit de quelque façon garantie, si du moins on peut attendre du débiteur qu'il y pourvoie. Les délais de paiement ne seront dès lors accordés qu'à charge de fournir des sûretés si les circonstances le justifient (art. 203, 2^e al., *in fine*).

222.5 Dissolution et liquidation du régime (art. 204 à 217)

222.51 Moment de la dissolution (art. 204)

Les causes de dissolution du régime sont: le décès d'un époux, la conclusion d'un contrat par lequel les époux adoptent un autre régime (la séparation de biens ou un régime de communauté de biens), un jugement prononçant la séparation

de biens judiciaire (art. 185), le divorce (art. 154), la nullité du mariage (art. 134) ou la séparation de corps (art. 155). La dissolution judiciaire pour cause d'absence (art. 102 CC) s'assimile à un jugement de divorce, sans qu'il soit nécessaire de le préciser.

Quant au moment de la dissolution, le régime est dissous au jour du décès d'un époux ou au jour du contrat adoptant un autre régime (art. 204, 1^{er} al.). «S'il y a divorce, séparation de corps, nullité de mariage ou séparation de biens judiciaire, la dissolution du régime remonte au jour de la demande ou de la requête» (art. 204, 2^e al.). Le projet accorde ainsi un effet rétroactif à toutes les causes de dissolution judiciaire du régime – effet qui s'applique actuellement à la séparation de biens prononcée en vertu de l'article 186, 2^e alinéa, CC. Cela signifie que la composition des biens propres et des acquêts est arrêtée au jour fixé par l'article 204 (cf. art. 207, 1^{er} al.). En revanche, l'estimation des acquêts se fait à l'époque de la liquidation (art. 210, 1^{er} al.). Cette solution a pour but d'éviter qu'un conjoint n'épuise toutes les voies de droit et ne fasse traîner la procédure en longueur, afin que les acquêts de l'autre époux s'accroissent et que le droit à la participation augmente d'autant.

222.52 Reprise et règlement des dettes (art. 205 et 206)

222.521 En général

Il importe en premier lieu de dissocier, en tant que besoin, les patrimoines des époux, sans d'abord distinguer entre biens propres et acquêts.

A la dissolution du régime, il n'y a pas matière à une véritable reprise de biens dont chaque époux est demeuré propriétaire, avec leurs plus-values et leurs moins-values. Mais il peut se révéler nécessaire d'élucider la question de la propriété de certains biens ou de régler certains rapports juridiques existant entre époux. (301) En particulier, si le mandat de gestion donné par un époux à son conjoint ne s'est pas déjà éteint par le décès ou d'autres causes (art. 405 CO), l'un ou l'autre époux ne manquera pas, généralement, d'y mettre fin par la révocation ou la répudiation (art. 404 CO). Le règlement de comptes entre le mandant et le mandataire devrait opérer la liquidation du régime.

L'article 205, 1^{er} alinéa, prévoit que chaque époux reprend ceux de ses biens qui se trouvent en possession de son conjoint. Cette disposition s'appliquera naturellement aussi à la dissolution d'un rapport de copossession ou de possession commune. (302)

Un bien déterminé peut être la copropriété des époux en vertu de l'article 199 1^{er} alinéa, ou à la suite d'une convention entre eux. Le partage de cette copropriété est en principe soumis aux règles des articles 650 et 651 CC. Si des copropriétaires ne s'entendent pas sur le mode de partage, l'article 651, 2^e alinéa, ne donne au juge que deux possibilités: ordonner le partage en nature (quand il est possible ou faisable) ou ordonner la vente aux enchères. S'agissant de copropriétaires qui étaient unis par les liens du mariage, il convient d'offrir au juge une troisième faculté, celle d'attribuer le bien considéré à celui des époux qui justifie d'un intérêt prépondérant à le recevoir (art. 205, 2^e al.).

Ainsi, une collection de timbres en copropriété pourra être attribuée à l'époux expert en la matière; l'immeuble indivis où un époux exerce sa profession ou exploite son entreprise pourra être dévolu à cet époux. Il est clair que l'attributaire devra désintéresser son conjoint.

Le droit éventuel d'attribution est un privilège d'un époux comme tel; en cas de dissolution du régime par le décès, il n'appartient pas aux héritiers du défunt qui aurait pu s'en prévaloir.

La dissociation des patrimoines exige que les époux (ou leurs héritiers) arrêtent les dettes qu'ils peuvent encore avoir l'un contre l'autre (art. 205, 3^e al.), dans l'éventualité où, malgré l'exigibilité de ces dettes pendant le régime (art. 203), elles n'ont pas encore été acquittées.

Le règlement d'une dette entre époux s'opère en principe à la valeur nominale. Si donc un époux, il y a dix ou vingt ans, a payé une dette de son conjoint ou lui a fait un prêt, il recevra en monnaie du pays (art. 84 CO) le montant payé ou avancé, quelle que soit la diminution du pouvoir d'achat de l'argent. (303) Mais le projet apporte à la règle une exception importante qu'il convient de décrire en détail.

222.522 Part à la plus-value d'un bien (art. 206)

Il arrive qu'un époux contribue à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation d'un bien de son conjoint et qu'à la liquidation ce bien se retrouve dans le patrimoine de celui-ci avec une plus-value. Cette contribution peut résulter d'une avance, mais aussi de services (comme le travail d'un époux architecte). Dans des situations semblables, il est équitable que l'époux qui a fourni les prestations participe proportionnellement à la plus-value, au lieu de devoir se contenter du seul remboursement de son avance ou de la rémunération de ses services. Cela correspond à la communauté d'intérêts d'époux soumis au régime de participation aux acquêts. De plus, le conjoint d'un époux n'est pas dans la situation d'un créancier ordinaire; le juge peut accorder à l'époux débiteur des délais de paiement (art. 203, 2^e al.). Il faut aussi considérer qu'un tiers – bailleur de fonds – décide librement, en consultant ses seuls intérêts, s'il accordera ou non un prêt à un sollicitant; au contraire, un époux, n'a pas, en face de son conjoint, la même liberté; souvent il ne peut se dérober.

Dans la doctrine, certaines voix se sont élevées en faveur de la variabilité des récompenses au sein du régime de l'union des biens: on devrait le déduire de la nature de ce régime et de celle du mariage. (304)

La jurisprudence s'est engagée dans une autre voie en ce qui concerne les acquisitions faites par un époux au moyen des deniers de l'autre, ou faites au profit d'une masse aux dépens d'une autre masse du même époux. Ainsi, elle a admis – en outre – qu'un bien déterminé, par exemple un immeuble, constitue pour partie un apport dans la mesure où il a été acquis à titre gratuit (par exemple, par succession), et pour partie un acquêt dans la mesure où il a été acquis à titre onéreux. (305) La doctrine a aussi envisagé la possibilité d'un remploi proportionnel ou partiel. (306)

Le système de l'article 206 est différent: il rejoint la théorie des récompenses variables. (307) Le bien considéré fait toujours et entièrement partie du patrimoine de l'époux qui en est juridiquement propriétaire. Mais le conjoint qui a contribué à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation du bien profite, en sus de sa créance de remboursement, de la plus-value.

Il y a par exemple contribution à l'acquisition d'un bien dans le cas suivant: un époux se voit attribuer un immeuble dans un partage pour un prix dépassant sa part successorale; son conjoint lui avance la somme nécessaire pour acquitter la soulte. L'amélioration d'un bien vise par exemple l'édification de constructions sur un fonds, l'exécution de travaux de réfection et de transformation. La «conservation» se rapporte à de grosses réparations (comme le remplacement d'un toit), mais à l'exclusion de simples travaux d'entretien.

Selon l'article 206, le créancier participe au moment de la liquidation à la plus-value d'un bien dans la proportion qui existait, à l'époque de l'investissement, entre la contribution et le bien acquis, amélioré ou conservé.

Dans l'exemple cité, supposons que l'immeuble ait été, dans le partage, attribué à l'époux héritier pour le prix de 400 000 francs, alors que sa part successorale était de 300 000 francs. Son conjoint lui avance 100 000 francs pour payer la soulte. Sa contribution à l'acquisition de l'immeuble est ainsi de 25 pour cent. A la liquidation du régime, vingt ans plus tard, l'immeuble vaut 1 200 000 francs. La créance de l'époux qui a fait l'avance sera donc de 300 000 francs, et non de 100 000 francs. Dans un cas semblable, l'époux investisseur n'aura pas à pâtir de la baisse éventuelle du pouvoir d'achat de la monnaie et profitera, le cas échéant, de la plus-value, même de conjoncture, due à son investissement.

Normalement, la part à la plus-value, n'est échue qu'à la liquidation du régime, c'est-à-dire lors de la dissociation des patrimoines. Sans l'accord de l'époux créancier, l'époux débiteur ne peut régler sa dette avant qu'elle soit exigible. Il pourrait par là priver son conjoint du droit éventuel de participer plus tard à la plus-value. La nature de la prétention de l'article 206 est telle qu'elle exclut une exécution anticipée (art. 81 CO). (308)

Cependant le bien acquis, amélioré ou conservé peut avoir été aliéné avant la liquidation. Dans ce cas, la créance est immédiatement exigible. Elle se calcule sur la valeur du bien à l'époque de l'aliénation (art. 206, 2^e al.). S'il y a remploi, sans que les époux soient convenus de leurs créances, le nouveau bien prend la place de l'ancien et la part à la plus-value se calcule, à la liquidation, sur la valeur du bien subrogé.

Les règles de l'article 206, 1^{er} et 2^e alinéas, ne sont pas impératives. Au moment de l'investissement, les époux peuvent écarter ou modifier la part à la plus-value d'un bien (art. 206, 3^e al.). Pour la sécurité du droit on ne peut cependant se contenter d'un accord verbal ou, encore moins, tacite. Cet accord doit être fait par écrit. Les époux pourraient d'ailleurs, par contrat de mariage, exclure une fois pour toutes l'application des règles en question.

En cas de moins-value d'un bien acquis, amélioré ou conservé, la créance ne se réduit pas dans la même mesure, contrairement à ce qui se passerait dans le

système du remploi proportionnel ou à ce qui résulte de la mise en commun des biens dans un régime de communauté. En effet, il n'y a pas de raisons de traiter dans ce cas l'époux créancier moins bien qu'un bailleur de fonds ordinaire, qui aurait pu se soustraire à la demande de crédit ou qui aurait demandé des garanties ou exigé des intérêts plus élevés.

222.53 Détermination du bénéfice de chaque époux

222.531 Dissociation des biens propres et des acquêts

(art. 207)

Après que les patrimoines des époux ont été reconstitués et les dettes réciproques arrêtées, il s'agit de dissocier, dans chaque patrimoine, les biens propres et les acquêts, ceux-ci étant seuls l'objet de la participation. Cette dissociation s'opère selon la composition des masses au jour de la dissolution du régime (art. 207, 1^{er} al.). Elle se fera selon les critères des articles 197 et 198. La part de copropriété d'un bien sera, pour chaque époux, rangée dans ses biens propres ou ses acquêts, selon que l'acquisition du bien a eu lieu pour lui à titre gratuit ou à titre onéreux et, dans ce dernier cas, selon l'origine des moyens sacrifiés pour l'acquérir.

La part à la plus-value d'un bien selon l'article 206 entrera dans les biens propres ou les acquêts de l'époux investisseur, selon que la contribution fournie l'a été par l'une ou l'autre de ces masses; en tout cas, elle fera partie des acquêts si la contribution a consisté en services.

C'est le moment, à la dissolution du régime, de corriger la composition respective des masses lorsqu'un capital a été versé à un époux par une institution de prévoyance ou à raison de son incapacité de travail et qu'il est entré dans les acquêts (art. 198, ch. 2 et 3; voir ch. 222.13). L'article 207, 2^e alinéa, dispose que ce capital est «compté dans les biens propres à concurrence de la valeur capitalisée de la rente qui eût appartenu à cet époux à la dissolution du régime». Il sera aisé de connaître ce montant en s'adressant à l'institution de prévoyance ou en consultant les tables de capitalisation reconnues.

222.532 Réunion aux acquêts

(art. 208)

Le projet prévoit, sous le terme de réunion, la réintégration comptable aux acquêts de biens qu'un époux en a distraits par des actes déterminés. Si chacun des conjoints doit participer au bénéfice réalisé par l'autre, il est de toute importance qu'aucun d'eux ne puisse rendre illusoire cette expectative en aliénant des biens d'acquêts qui auraient contribué à former ce bénéfice. Le problème se pose déjà aujourd'hui pour l'expectative de la femme sur le bénéfice réalisé par le mari, mais n'est que très partiellement résolu. (309)

Un moyen de protéger l'expectative de bénéfice de conjoint d'un époux serait d'instituer une responsabilité de ce dernier pour la mauvaise gestion de ses acquêts. Mais outre que celle-ci n'engloberait pas nécessairement toutes sortes

de libéralités, une telle responsabilité ne serait pas compatible avec la liberté d'action reconnue aux époux sur tous leurs biens pendant le régime. Il faudrait en dire autant d'un autre moyen qui, à l'instar du paragraphe 1365 BGB, frapperait d'indisponibilité le patrimoine d'un époux pris dans son ensemble, même si on la limitait à la fortune d'acquêts ou à des éléments importants de celle-ci. (310)

La solution choisie par le projet s'inspire du paragraphe 1375, 2^e alinéa, BGB, et de l'article 1573 CC français. Elle consiste à réunir fictivement aux acquêts de chaque époux certaines aliénations de nature à vider cette masse de sa substance.

La réunion matrimoniale, à l'instar de la réunion successorale (art. 474 et 475, en relation avec les art. 527 et 529 CC) ne s'opère que sur les biens qui faisaient partie des acquêts (cf. art. 208, 1^{er} al., ch. 1, début, et 2^e al.). La liberté de disposer des biens propres n'est restreinte que par les règles du droit successoral et du droit de poursuite.

L'article 208 ne prescrit la réunion que pour les aliénations faites pendant le régime (cf. 1^{er} al., ch. 1 et 2). Les acquêts servant à établir le bénéfice sont arrêtés, dans leur composition, à la dissolution (art. 207, 1^{er} al.). S'ils sont aliénés subséquemment, ils seront néanmoins comptés pour le calcul de la participation à leur valeur au jour de la liquidation (art. 210, 1^{er} al.).

Le 1^{er} alinéa de l'article 208 énumère limitativement les aliénations qui sont réunies en valeur aux acquêts.

Selon le chiffre 1^{er}, il s'agit des biens dont un époux a disposé par libéralités entre vifs sans le consentement de son conjoint dans les cinq années antérieures à la dissolution du régime, les présents d'usage exceptés. Par libéralités, il faut entendre toutes les attributions faites à titre gratuit: non seulement les donations au sens de l'article 239 CO, mais aussi par exemple la dotation d'une fondation (art. 80 CC), les avancements d'hoirie (sujets ou non au rapport), les prestations faites en vue de l'accomplissement d'un devoir moral. C'est ce qu'impose le but de l'institution qui est de maintenir la consistance des acquêts en vue de leur péréquation à la liquidation. (311) Mais il n'y a lieu à réunion que pour des libéralités entre vifs (312) et que pour des libéralités à des tiers. (313)

Les présents d'usage sont exempts de la réunion (cf. art. 527, ch. 3, et art. 632 CC), ainsi que les libéralités faites avec le consentement du conjoint de l'auteur, fût-ce par actes concluants. Ce consentement signifie que le conjoint renonce à faire valoir sa participation sur la valeur que représentent les biens cédés, par exemple à titre d'avancement d'hoirie. La validité même de la libéralité n'est d'ailleurs par subordonnée au consentement du conjoint. Mais son auteur ne voudra généralement pas que les biens en cause entrent dans le calcul de son bénéfice et que son conjoint participe ainsi à la moitié de leur valeur. Il voudra aussi probablement mettre le bénéficiaire à l'abri d'une action en paiement de la créance de participation (art. 217). Ainsi, pratiquement, la règle légale reviendra à subordonner la libéralité faite sur les acquêts au consentement du conjoint.

Le projet exempte de la réunion les libéralités qui remontent à plus de cinq années avant la dissolution du régime (cf. art. 527, ch. 3, CC). Il convient de

créer le plus tôt possible une situation nette. On peut aussi supposer que, si le conjoint de l'auteur de la libéralité n'y a pas consenti, il en a, après quelques années, pris son parti. Si tel n'est pas le cas, il a encore la ressource de requérir la séparation de biens (art. 185, 2^e al., ch. 2) et de provoquer ainsi le partage anticipé des acquêts.

Selon le chiffre 2, sont aussi soumis à la réunion les aliénations de biens d'acquêts faites dans l'intention de compromettre la participation du conjoint. La règle s'inspire de l'article 527, chiffre 4, CC. Il s'agit d'atteindre des actes qui, tout en étant – du moins apparemment – des actes à titre onéreux, tendent visiblement à rendre illusoire l'expectative du conjoint de l'aliénateur. Le chiffre 2 permettra de saisir, par exemple, une vente conclue pour un prix nettement inférieur à la valeur de la chose mais sans que l'acquéreur ait conscience de la disproportion. (314)

A la différence de l'avant-projet de 1976 (art. 203, 2^e al.) et du Code civil allemand (par. 1375), le projet ne prévoit pas la réunion des valeurs dilapidées. La notion de dilapidation est trop difficile à cerner. Par des dépenses inconsidérées, un époux met en péril les intérêts de son conjoint. C'est un motif pour celui-ci de demander la séparation de biens judiciaire afin de provoquer tout de suite une péréquation des acquêts. Cette protection juridique devrait suffire.

Quant aux effets des réunions, ils consistent en ce que la valeur des biens distraits est ajoutée aux acquêts en mains de l'époux considéré, en vue d'établir l'existence d'un bénéfice éventuel. L'opération ne concerne d'abord que les rapports des époux entre eux. L'auteur de l'attribution, qui est comptable envers son conjoint de la valeur des biens aliénés, ne pourra pas se retourner contre le tiers bénéficiaire pour obtenir restitution.

En revanche, ce tiers pourra être recherché par le conjoint de l'attribuant si les biens de ce dernier, à la liquidation, ne couvrent pas la créance de participation (art. 217; voir ch. 222.553). A cet égard, il est possible qu'une contestation se soit déjà élevée entre les époux ou leurs héritiers sur la réunion de certaines libéralités ou aliénations. Le litige peut avoir été tranché par le juge. Il importe alors que ce jugement soit rendu opposable au tiers qui peut être appelé dans la suite à restituer en tout ou en partie la valeur de ce qu'il a reçu. L'article 208, 2^e alinéa, le prévoit à condition que le procès entre les époux ait été dénoncé au tiers bénéficiaire, lequel participera au procès en qualité de tiers intervenant.

222.533 Récompenses entre biens propres et acquêts (art. 209)

Pour établir la masse des acquêts de chaque époux, il faut déterminer les récompenses dues par cette masse aux biens propres et les récompenses dues par les biens propres aux acquêts (art. 209, 1^{er} al.). Les régimes de l'union des biens et de la communauté de biens connaissent aujourd'hui déjà de telles récompenses. (315) Le droit actuel n'énonce pas de règles sur la répartition interne des dettes entre, d'une part, les acquêts détenus par le mari et, d'autre part, les apports et les biens réservés des deux époux. Les règles dégagées par

la doctrine et la jurisprudence se ramènent à l'idée d'un rapport naturel de connexité entre le paiement opéré et une masse donnée. Ainsi, lorsque le mari paie à l'aide de ses économies une importante réparation faite à la maison héritée de ses parents, la dette acquittée grève ses apports. Le 2^e alinéa de l'article 209 énonce cette règle de connexité. Le législateur doit laisser à l'interprétation le soin d'en tirer les corollaires. Mais, pour les cas douteux, il convient de lever les incertitudes; aussi le projet prescrit-il que, dans le doute, la dette grève les acquêts (art. 209, 2^e al. *in fine*).

Le 3^e alinéa de l'article 209 applique aux récompenses entre les biens propres et les acquêts d'un même époux le principe de la part à la plus-value, selon l'article 206. Cette règle est impérative dans les rapports entre les masses d'un même époux: elle ne peut être écartée par convention avec l'autre époux, sauf naturellement par renonciation au moment de la liquidation.

222.534 Estimation

(art. 210)

La composition des acquêts est arrêtée à la dissolution (art. 207, 1^{er} al.), mais l'estimation se fait à l'époque de la liquidation (art. 210, 1^{er} al.), contrairement à la solution admise actuellement, où l'on se reporte au jour de la dissolution. (316) Du fait de la participation réciproque de chaque époux au bénéfice de l'autre, les conjoints forment, à la liquidation, une sorte de communauté, bien que celle-ci n'ait que des effets personnels et non réels; il se justifie alors de la liquider comme une communauté d'héritiers dans laquelle l'estimation des biens se fait au moment du partage (art. 617 CC; pour la communauté de biens, voir art. 237).

L'estimation des acquêts se fera à la valeur vénale, selon les méthodes généralement admises. Il n'y a pas lieu de prévoir que, si les acquêts d'un époux comprennent des immeubles agricoles, ils seront estimés à la valeur de rendement. Les considérations d'économie agraire qui justifient cette solution pour le partage de la succession n'ont pas le même poids dans un régime de participation réciproque au bénéfice, où chacun des époux est censé avoir contribué à la formation des acquêts de l'autre, comme s'ils étaient deux associés.

Quant aux biens sujets à réunion, l'article 210, 2^e alinéa, prévoit qu'ils seront estimés à leur valeur au jour de leur aliénation. La solution est la même qu'en matière de rapport successoral (art. 630, 1^{er} al., CC).

222.535 Bénéfice

(art. 211)

Au terme des opérations décrites, il ne s'agit plus que de déduire des acquêts bruts de chaque époux, y compris les réunions et les récompenses, les dettes afférentes à certains biens de cette masse. Le résultat, s'il est positif, exprime le bénéfice (art. 211, 1^{er} al.).

Si le résultat est négatif, il n'en est pas tenu compte (art. 211, 2^e al.). (317) En

effet, dans les régimes de participation, chaque époux supporte lui-même son déficit (par. 1378 BGB, art. 1575, 1^{er} al., CC français). Il n'y a pas de participation aux pertes, à la différence de ce qui est le cas dans la communauté. L'époux dont le compte d'acquêts présente un solde passif peut néanmoins participer, sans imputation de celui-ci, au bénéfice de son conjoint. Celui-ci aide à combler le déficit dans la mesure où il cède la moitié de son bénéfice.

222.54 Participation au bénéfice

(art. 212 à 214)

222.541 Participation légale

(art. 212)

Dans le régime de participation aux acquêts, comme dans une communauté d'acquêts, chaque époux – aussi l'époux au foyer – est censé avoir contribué également à la prospérité commune. (318) On ne doit pas perdre de vue que cette conception n'est que très approximativement réalisée dans la multitude des communautés conjugales. Cependant il faut éviter que des activités et des prestations de services de toute sorte puissent être financièrement portées en compte et qu'au moment de la dissolution du régime, un mariage soumis à des liens les plus divers soit, après coup, réduit à une comptabilité commerciale. Une communauté conjugale est avant tout une communauté de destin. Comme telle, elle influence les enfants qui en sont issus et qui, plus tard, à leur tour, fonderont une communauté conjugale, sans qu'ils songent, dès l'abord, aux aspects économiques de l'institution. Il s'ensuit qu'à la dissolution chaque époux doit participer dans la même mesure aux acquêts nets de l'autre. L'article 212 dispose que «chaque époux ou sa succession a droit à la moitié du bénéfice de l'autre», les créances étant compensées.

Supposons, par exemple, que le mari ait un bénéfice de 100 000 francs et sa femme un bénéfice de 60 000 francs. Le mari a envers sa femme une créance de 30 000 francs et la femme a envers son mari une créance de 50 000 francs. Après compensation, le mari doit à sa femme 20 000 francs, de sorte qu'il lui en reste 80 000. La femme garde son bénéfice de 60 000 francs et en reçoit 20 000, de sorte qu'elle retire de la liquidation aussi 80 000 francs. Tout se passe, financièrement, comme si les époux avaient été soumis à la communauté d'acquêts. Les biens communs se seraient élevés à 160 000 francs et chacun aurait reçu, en immeubles, objets mobiliers ou titres, la valeur de 80 000 francs. (319) Si un époux n'a pas constitué des acquêts (ce sera souvent le cas de l'époux au foyer), il participe quand même, comme dans la communauté, au bénéfice réalisé par son conjoint.

Le projet ne distingue pas – en ce qui concerne la participation légale – selon que le régime prend fin par le décès ou pour une autre cause, notamment le divorce. Il rejette ainsi la solution dite successorale du droit allemand, qui consiste à remplacer la créance de participation du conjoint survivant par une augmentation de son droit de succession (par. 1371 BGB: majoration de la part successorale à raison d'un quart de la succession). (320) Cette augmentation porterait tant sur les biens propres que sur les acquêts formés avec le

concours du survivant. La solution allemande a quelque chose de schématique, voir d'arbitraire, en ce qu'elle ne distingue pas selon les composantes de la fortune du défunt et ne tient pas compte de la durée du mariage, dont dépend la constitution d'économies. (321) Elle mélange le titre matrimonial en vertu duquel le survivant participe aux acquêts de son conjoint (322) et le titre successoral en vertu duquel il fait valoir des droits sur la succession du défunt (y compris ce qui échoit à celle-ci du chef de la liquidation matrimoniale). Le même grief de schématisme s'adresserait à une solution consistant à laisser au conjoint survivant les acquêts en sa possession, tout en lui reconnaissant un droit de succession (majoré) sur les biens du défunt, y compris ses acquêts. (323)

En cas de dissolution du régime par le décès d'un époux, le projet ne distingue pas non plus selon que le défunt laisse ou non des descendants, en ce sens que, dans le premier cas, la répartition se ferait par moitié et que, dans le second, le survivant garderait son bénéfice et participerait encore, dans une plus ou moins large mesure, au bénéfice de l'autre. Il convient au contraire de liquider pour elle-même la communauté d'intérêts qu'ont formée les époux et à laquelle chacun a participé à droit égal. Si l'on tient compte de la présence ou de l'absence de descendants, on passe du plan matrimonial au plan successoral. (324) Si le besoin se fait sentir d'améliorer la situation du conjoint survivant dans ses rapports avec les diverses catégories d'héritiers, c'est au droit des successions d'y pourvoir (voir ch. 235).

La participation réciproque égale aux bénéfices, en cas de décès et dans les autres cas de dissolution, en particulier en cas de divorce, pourra parfois sembler inéquitable, ainsi lorsqu'un époux n'aura, en aucune façon, contribué à la prospérité commune. Pour de telles éventualités, des législations étrangères (par. 1381 BGB, art. 1579 CC français) donnent au juge la faculté d'ordonner une participation différente. Mais cette clause dite de rigueur («Härteklausel») créerait trop d'incertitudes et serait source de contestations, notamment dans les procédures de divorce. Lorsqu'un époux, par son comportement, néglige totalement les intérêts communs, il est loisible à son conjoint de requérir à temps la séparation de biens judiciaire (art. 185) pour éviter, en cas de rupture, d'avoir à partager ses acquêts avec lui ou d'éviter que ses héritiers doivent le faire. Demeure d'ailleurs toujours réservé le moyen tiré de l'abus de droit (art. 2, 2^e al., CC).

222.542 Participation conventionnelle (art. 213)

Comme l'article 214, 3^e alinéa, CC, l'article 213, 1^{er} alinéa, dispose que, par contrat de mariage, les époux peuvent prévoir une autre participation au bénéfice. Ils pourront ainsi tenir compte des circonstances qui leur sont propres et convenir, par exemple, que le mari recevra un tiers du bénéfice de la femme et celle-ci les deux tiers du bénéfice de celui-là. Ils pourront prévoir qu'un époux gardera tout son bénéfice et participera dans une mesure plus ou moins importante au bénéfice de l'autre ou en recevra même l'entier. Au lieu de

modifier la participation de cette manière, les époux pourront aussi en exclure le bénéfice afférent à certains acquêts ou le revenu de certains biens propres (art. 213, 2^e al.). C'est ainsi qu'ils pourront stipuler que la valeur d'une entreprise dépendra des acquêts ou que le produit du travail d'un époux n'entrera pas dans le calcul du bénéfice. Tous ces avantages pourront aussi être concédés à un époux seulement pour le cas de survie ou l'être au conjoint survivant comme tel.

La forme de ces dérogations conventionnelles sera le contrat de mariage, même si elles peuvent renfermer, quant au fond, une disposition pour cause de mort. (325) Les conventions modifiant la participation légale au bénéfice soulèvent deux questions: celle de la protection des héritiers réservataires et celle de leur application en dehors du cas du décès.

222.542.1 La protection des héritiers réservataires

(art. 213, 3^e al.)

Lorsque le plus clair de la fortune d'un époux consiste en acquêts et qu'il est prévu que, s'il précède, tout son bénéfice ira au conjoint survivant, les héritiers du prédécédé peuvent être gravement désavantagés. D'autres faveurs faites au conjoint survivant peuvent aussi avoir cette conséquence. Et cela peut encore être le cas d'une liquidation du régime, antérieure au décès, qui favorise un des époux.

Pour la communauté de biens, l'article 226 CC dispose que si le contrat de mariage prévoit un mode de partage autre que le partage par moitié, les descendants du conjoint prédécédé ont droit, dans tous les cas, au quart des biens communs existant lors du décès. Il s'agit d'une réserve dite matrimoniale, limitée aux descendants. (326)

L'article 214, 3^e alinéa, CC ne restreint pas de la même manière la liberté des époux de modifier la répartition légale du bénéfice du mari en faveur du survivant. Jusqu'à récemment, le Tribunal fédéral ne tenait pas ces avantages pour réductibles par application des règles du droit successoral. (327) Cette solution a été critiquée par une partie notable de la doctrine. (328) Dans un arrêt Nobel de 1976, le Tribunal fédéral est revenu sur sa jurisprudence: l'attribution, par contrat de mariage, du bénéfice au conjoint survivant doit être considérée comme une donation pour cause de mort au sens de l'article 245, 2^e alinéa, CO; elle est soumise à réduction, comme une disposition pour cause de mort, dans la mesure où les descendants sont lésés dans leur droit à la réserve. (329) Ce revirement a été approuvé par les uns, critiqué par les autres. (330) Il a suscité une initiative parlementaire, tendant à la modification de l'article 214, 3^e alinéa, CC, de façon à permettre aux époux, comme par le passé, de modifier la répartition du bénéfice en faveur du conjoint survivant sans avoir à tenir compte des réserves héréditaires des descendants communs. (331) Mais, suite n'a pas été donnée à cette initiative.

Il n'y a pas lieu de prendre parti sur l'interprétation à donner à l'article 214, 3^e alinéa, CC. Dans la perspective du projet, la protection des héritiers réservataires, notamment des descendants, en face de modifications conventionnelles

de la répartition du bénéfice se présente sous un jour différent. Légalement, la participation réciproque au bénéfice est égale; la femme au foyer qui n'a pas d'acquêts recevra déjà la moitié du bénéfice de son conjoint, au lieu du tiers. Pour des raisons qui ont déjà été données plus haut (voir ch. 162), le projet augmente le droit de succession du conjoint survivant, en présence de descendants, le faisant passer du quart à la moitié (art. 462, ch. 1); en concours avec le père, la mère ou leur postérité, la part en propriété passe du quart aux trois quarts (art. 462, ch. 2). Les réserves des héritiers, qui par ailleurs ne sont encore prévues que pour les descendants et les parents, portent sur des parts plus faibles et sont réduites en conséquence: pour un descendant, la réserve est de $\frac{3}{8}$ ($\frac{3}{4}/\frac{1}{2}$) au lieu de $\frac{9}{16}$; pour les parents, elle est de $\frac{1}{8}$ ($\frac{1}{2}/\frac{1}{4}$) au lieu de $\frac{3}{8}$. La réserve des frères et sœurs (art. 471, ch. 4, et 472, CC) doit être supprimée pour toute la Suisse. Ainsi, la position du conjoint survivant sera notablement améliorée, de telle sorte que les raisons de l'avantager par le biais de conventions matrimoniales ne seront plus les mêmes.

Dans la mesure où on reconnaît le bien-fondé de réserves héréditaires, celles-ci doivent être respectées. La protection des héritiers réservataires ne saurait être éludée par des conventions matrimoniales, sinon, on pourrait aussi bien renoncer au droit à la réserve héréditaire. Si la faveur qui est accordée à un époux au-delà de sa participation légale ne dépend que du fait qu'il survit à l'autre, on est en présence d'une disposition pour cause de mort. (332) En dehors de là, les avantages spéciaux concédés à un époux dans une liquidation matrimoniale du vivant des époux ont le caractère d'une libéralité entre vifs sujette à réduction (art. 527 CC), à moins qu'ils ne soient justifiés par la part toute spéciale que le bénéficiaire aurait prise à la formation des acquêts générateurs de bénéfice.

Pour ces raisons, l'article 213, 3^e alinéa, dispose que les conventions modifiant la répartition du bénéfice ne peuvent porter atteinte aux droits des héritiers réservataires. Cette règle protège tous les héritiers nécessaires, non seulement les descendants. Il n'y a pas de raisons de créer, dans ce domaine, deux catégories d'héritiers réservataires. Cependant la réforme est liée à la suppression de la réserve des frères et sœurs.

La réserve héréditaire se calculera sur l'ensemble de la fortune du prédécédé, comprenant ses biens propres et la moitié de la somme des bénéfices. C'est seulement si les descendants ou les parents ne reçoivent pas leur réserve sur cette masse, parce que le défunt a augmenté la participation légale du survivant, qu'ils pourront intenter l'action en réduction.

222.542.2 Non-application de la répartition conventionnelle en cas de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de séparation de biens judiciaire (art. 214)

Les clauses qui modifient la répartition légale renferment, dans la généralité des cas, une libéralité à l'époux avantagé, serait-ce une donation rémunératoire. C'est pourquoi ces clauses ne doivent pas s'appliquer en cas de dissolution du

régime pour cause de divorce, de séparation de corps ou de nullité de mariage. (333) Il doit en aller de ces faveurs comme des avantages découlant de dispositions pour cause de mort (art. 154, 3^e al., CC). La plupart du temps d'ailleurs, les époux n'auront pas envisagé que la répartition conventionnelle pût s'appliquer dans l'éventualité d'une rupture de l'union conjugale. Demeure réservé le droit pour l'époux lésé par la perte d'un avantage matrimonial d'obtenir réparation en vertu de l'article 151, 1^{er} alinéa, CC ou en se fondant sur sa contribution extraordinaire à l'entretien de la famille (art. 165). Pour le cas de la séparation de biens judiciaire, il ne se justifie pas non plus d'appliquer la participation conventionnelle. Les conditions dans lesquelles cette séparation est prononcée (art. 185) militent en faveur de la participation légale.

222.55 Règlement de la créance de participation

(art. 215 à 217)

222.551 Sursis au paiement

(art. 215)

Le règlement de la créance de participation peut, s'il doit s'opérer sitôt les comptes établis, exposer le débiteur à des difficultés graves. Tel sera par exemple le cas d'un époux, à la tête d'une entreprise, qui doit acquitter une dette relativement élevée, sans disposer de liquidités suffisantes. Comme pour le règlement des dettes entre époux pendant le régime (art. 203, 2^e al.), l'article 215, 1^{er} alinéa, donne au débiteur la faculté de solliciter des délais de paiement. En ce cas, le débiteur doit verser des intérêts dès la clôture de la liquidation et, si les circonstances le justifient, il peut être tenu de fournir des sûretés (art. 215, 2^e al.).

222.552 Logement et mobilier de ménage

(art. 216)

D'une manière générale, le projet ne confère pas à l'époux créancier de la participation le droit d'exiger l'attribution de certains biens en imputation sur sa créance de participation (cf. par. 1383 BGB). Mais, à certaines conditions, l'article 216 accorde un tel droit au conjoint survivant pour le logement conjugal et/ou le mobilier de ménage. La disposition va dans le même sens que l'article 169 sur la restriction du pouvoir de disposer du logement; elle tend à assurer le maintien des conditions de vie de la famille après le décès d'un époux. Le conjoint survivant doit pouvoir demander, en imputation sur sa créance de participation, que la propriété de la maison ou la part d'étage, la part de copropriété, le mobilier appartenant au défunt ou une partie de celui-ci lui soit attribuée. Bien que la créance de participation soit une émanation des acquêts, on ne distinguera pas selon que le logement ou le mobilier faisait partie des biens propres ou des acquêts du défunt. Il s'agit simplement d'un mode de règlement de la créance de participation. Si la valeur des biens attribués dépasse le montant de cette créance, l'attributaire réglera la différence par une soulte (art. 216, 1^{er} al.).

Suivant les circonstances, le conjoint survivant ou les héritiers du défunt peuvent, aux mêmes conditions, demander en lieu et place de la propriété du logement ou du mobilier la constitution d'un usufruit ou d'un droit d'habitation (art. 216, 2^e al.). Il s'agira d'établir la valeur capitalisée de ces droits.

L'article 216, 3^e alinéa, réserve les dispositions du droit successoral paysan. Il se peut que l'attribution du domaine agricole, avec des locaux d'habitation destinés uniquement à l'exploitant ne permette pas de réserver le logement au conjoint survivant.

Ce droit est de nature matrimoniale mais peut être exercé seulement à la suite du décès d'un époux. Cela n'exclut pas que la loi accorde un droit d'attribution semblable dans le partage de la succession (art. 612a; voir ch. 235.8).

222.553 Action contre le tiers (art. 217)

L'époux titulaire de la créance de participation ou ses héritiers peuvent exercer leurs droits sur tous les biens qui sont en mains du débiteur ou de sa succession à l'époque de la liquidation, sans distinction entre biens propres et acquêts. (334) Si ces biens ne couvrent pas la créance de participation, l'article 217 accorde au créancier ou à ses héritiers une action subsidiaire pour le manquant contre les tiers qui ont bénéficié, pendant le régime, d'aliénations sujettes à réunion. C'est le seul moyen, dans ce cas-là, de rendre effective la créance de participation. La solution est consacrée par plusieurs droits étrangers (cf. par. 1390 BGB en relation avec les par. 1378, 2^e al., et 1375; art. 1577 CC français). Il s'agit d'une action personnelle en réduction et en restitution, analogue à l'action en réduction successorale des héritiers réservataires, dirigée contre le bénéficiaire de libéralités entre vifs au sens de l'article 527 CC. (335) Si et dans la mesure où la créance de participation est couverte par le patrimoine de l'époux débiteur ou de sa succession dans son état lors de la liquidation, le créancier n'a pas d'action contre le tiers. (336)

Cette action s'attaque aux aliénations entre vifs visées par l'article 208, 1^{er} alinéa. Pour le surplus, le 3^e alinéa de l'article 217 lui applique en principe par analogie les règles sur l'action en réduction successorale (337). Cela signifie notamment que la réduction des aliénations s'opérera dans l'ordre prévu par l'article 532 CC, c'est-à-dire en remontant de la plus récente à la plus ancienne. Des libéralités, simultanées seront réduites au marc le franc (art. 523 et 525 CC). Le bénéficiaire de bonne foi ne sera tenu de restituer que la valeur de son enrichissement au jour de la dissolution du régime (cf. art. 528 CC). On appliquera aux libéralités d'assurances l'article 529 CC.

En revanche, l'article 217, 2^e alinéa, règle spécialement la péremption de l'action: celle-ci «s'éteint par l'expiration d'une année à compter du jour où l'époux créancier ou ses héritiers ont connu la lésion et, dans tous les cas, par l'expiration de dix ans dès cette dissolution. Le premier de ces délais ne peut naturellement lui-même courir qu'après la dissolution du régime. D'ailleurs, l'application par analogie des règles sur l'action en réduction n'englobe pas

l'article 538 CC, même en cas de dissolution par le décès (art. 217, 3^e al.). Le for de l'action contre le tiers est le for ordinaire des actions personnelles.

223 De la communauté de biens

223.1 Généralités

La communauté de biens, que le projet propose aux époux sous diverses variantes comme régime conventionnel, correspond dans ses traits juridiques essentiels au régime des articles 215 à 228 CC. Mais, d'une part, il s'agissait d'appliquer à la communauté traditionnelle le principe de l'égalité de droit entre époux, notamment dans la gestion des biens communs et dans la responsabilité pour les dettes; d'autre part, il fallait viser une certaine harmonisation avec le régime ordinaire de la participation aux acquêts. Ces points mis à part, le régime de communauté du projet n'est pas une institution nouvelle pour le droit suisse. L'interprétation pourra largement utiliser les acquis de la doctrine et de la jurisprudence. (338)

223.2 Propriété

(art. 218 à 223)

223.21 Composition

(art. 218)

Le régime de la communauté de biens comprend les biens communs et les biens propres de chaque époux (art. 218). Il compte donc trois masses de biens.

Les biens communs appartiennent indivisément aux deux époux (art. 219, 2^e al.). Les conjoints forment une communauté (*Gesamte Hand*), qui répond à la notion de propriété commune (art. 652 à 654). Celle-ci, à la différence de la copropriété, ne comporte pas de quotes-parts idéales (cf. art. 646, 3^e al., CC). Si chaque époux a une part à la communauté, il n'en peut disposer (art. 219, 3^e al., qui correspond à l'article 215, 2^e al., CC). (339)

Les biens exclus de la communauté forment les biens propres (art. 222). Il n'y a pas, à côté des biens propres de chaque époux, des biens réservés. Ceux-ci n'ont pas plus de raison d'être dans la communauté de biens que dans le régime de participation aux acquêts (voir ch. 222.11; voir également ch. 223.22 à propos de l'art. 221).

223.22 Biens communs

(art. 219 à 221)

Ce qui est bien commun diffère selon le type de communauté:

La communauté universelle

Elle se compose de tous les biens et revenus des époux (art. 218, 1^{er} al.,

correspondant à l'art. 215, 1^{er} al., CC). En sont uniquement exclus les biens propres légaux visés par l'article 222, 1^{er} alinéa.

Les communautés réduites

Par contrat de mariage, les époux peuvent convenir d'exclure de la communauté certains biens ou espèces de biens (art. 221, 1^{er} al., correspondant à l'art. 237, 1^{er} al., CC). La solution que les époux pourraient le plus facilement être amenés à choisir est la communauté d'acquêts (art. 220, 1^{er} al., correspondant à l'art. 239 CC). Sont ici exclus de la communauté, à part les biens propres légaux (art. 222, 1^{er} al.), les apports au sens de l'article 197, chiffre 2, et leurs remplois (art. 197, ch. 4). Les biens communs comprennent uniquement les acquêts au sens de l'article 198. Les revenus des biens propres entrent dans les biens communs (art. 220, 2^e al.), comme ils entrent dans les acquêts du régime de participation (art. 198, ch. 4).

Mais les époux peuvent, à leur convenance, restreindre autrement la catégorie des biens communs (autres communautés). C'est ainsi qu'ils peuvent exclure de la communauté les immeubles (ou certains d'entre eux), le produit du travail d'un époux ou les biens qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie (art. 221, 1^{er} al.). Les autres biens seront communs, comme dans la communauté universelle; ce sera le cas même de biens qui ont le caractère d'apports (cf. art. 197, ch. 2).

Dans les communautés réduites visées par l'article 221, les revenus des biens propres ne deviennent en principe pas communs (art. 221, 2^e al.). A cet égard, tout se passe, par rapport à ces biens, comme si les époux vivaient sous le régime de séparation. Cependant les biens exclus demeurent intégrés dans le régime et sont notamment soumis aux règles sur la part à la plus-value dans les relations entre les biens propres de l'un et de l'autre époux et dans les relations entre les biens propres d'un époux et les biens communs (art. 236). Au surplus, les époux peuvent stipuler dans leur contrat de communauté réduite que les revenus des biens exclus entreront dans la communauté (art. 221, 2^e al.).

Il peut y avoir subrogation réelle à un bien commun, dans n'importe quel type de communauté. Les règles du remploi s'appliquent. Pas plus qu'actuellement, il n'est besoin de le préciser.

223.23 Biens propres (art. 222)

Ils se définissent comme biens exclus de la communauté. Légalement (art. 222, 1^{er} al.) ils comprennent, comme dans la participation aux acquêts, les effets exclusivement affectés à l'usage personnel d'un époux (art. 197, ch. 1^{er}) et les créances en réparation du tort moral (art. 197, ch. 3). Dans les communautés réduites, sont en outre biens propres les biens exclus par contrat de mariage (art. 222, 2^e al.). Dans la communauté d'acquêts, ils comprendront – comme on l'a vu – les apports. Dans les communautés réduites, les biens exclus seront spécifiés par le contrat.

Les règles du remploi s'appliquent à tous les biens propres.

223.24 Preuve et inventaire (art. 223)

Dans un régime de communauté, la présomption de propriété est en faveur des biens communs. C'est ce que prévoit déjà l'article 215, 3^e alinéa, CC. L'article 223, 1^{er} alinéa, dispose que tout bien est présumé commun s'il n'est prouvé qu'il est bien propre de l'un ou de l'autre époux.

Il incombe donc à qui prétend qu'un bien n'est pas commun, mais appartient en propre à un époux, de l'établir. L'instant à la preuve peut être non seulement un époux mais aussi un tiers.

Il se peut que la présomption des biens communs soit infirmée mais qu'il ne soit pas possible d'établir à qui, du mari ou de la femme, appartient le bien propre. Dans cette éventualité, puisque les époux vivent sous un régime de communauté, il y a lieu de s'en tenir à la présomption de biens communs, sans recourir à la fiction d'une copropriété, à la différence de ce qui est prévu dans le régime de participation aux acquêts (art. 199, 1^{er} al.). La présomption de bien commun s'applique donc, soit que la preuve que le bien considéré est un bien propre ait échoué, soit qu'il ne puisse être établi à qui des deux époux le bien propre appartient.

Comme dans le régime ordinaire de la participation (art. 200), la confection d'un inventaire facilitera la preuve de la qualité de bien propre d'un bien donné et la propriété d'un époux déterminé sur ce bien. L'article 223, 2^e alinéa, confère donc à chaque époux le droit d'exiger en tout temps de son conjoint qu'il concoure à la confection d'un inventaire authentique de leurs biens propres. L'exactitude de cet inventaire, indépendamment de l'époque à laquelle il a été dressé, est aussi présumée (art. 223, 3^e al.; voir ch. 222.144).

223.3 Gestion (art. 224 à 229)

223.31 Gestion des biens communs (art. 224 à 228)

223.311 Administration ordinaire (art. 224)

L'égalité entre les époux implique qu'ils aient le même droit d'administrer les biens communs. Il n'est plus question d'attribuer légalement la gestion de la communauté au mari.

L'idée de la «main commune» voudrait que les époux administrent conjointement les biens communs. Cela signifierait que pour tous les actes de gestion, même les plus courants, comme le règlement d'une dette échue, l'acceptation d'un paiement, la conversion d'un titre, une petite réparation à l'immeuble commun, le concours des deux époux ou le consentement de l'un à l'acte de l'autre serait nécessaire. Cette solution alourdirait par trop les rapports des époux avec les tiers et rendrait le régime impraticable. Elle ne peut être retenue que pour les engagements et les actes de disposition qui excèdent l'administration ordinaire.

Quant aux actes de simple administration, le projet opte pour le système de l'administration concurrente ou parallèle: «Dans les limites de l'administration ordinaire, chaque époux peut engager la communauté et disposer des biens communs» (art. 224, 2^e al.). (340) Dans le domaine en question, chacun des époux peut donc agir valablement, de sorte que son acte sera opposable à son conjoint: la dette contractée sera une dette générale, grevant les biens communs (art. 230 et 231, 1^{er} al., ch. 2); l'acte de disposition produira effet.

Les époux pourront naturellement régler à leur gré l'administration des biens communs: désigner l'un d'eux comme administrateur ou se répartir les tâches. Mais, face aux tiers, l'époux chargé d'administrer n'aura qu'un pouvoir révocable (art. 34 CO); entre les conjoints, il s'agira d'un mandat qui pourra être révoqué ou répudié en tout temps (art. 404 CO).

Il n'y a pas lieu de prévoir que les époux pourraient désigner l'un d'eux comme administrateur par contrat de mariage. Il ne serait alors possible de revenir sur cette désignation que par un nouveau contrat, de sorte que, faute d'entente, l'autre époux, désireux d'administrer aussi la communauté ou mécontent de l'administration de son conjoint, serait définitivement écarté de la gestion des biens; il ne lui resterait que la possibilité de tenter d'obtenir la séparation de biens judiciaire (art. 185).

Il n'en reste pas moins qu'une certaine «division du travail» s'opérera naturellement, en ce sens notamment que chaque époux administrera couramment les gains provenant de son travail et les revenus de ses biens propres, ainsi que les économies réalisées à l'aide de ces ressources. Cependant le projet n'entend pas consacrer législativement le principe que chaque époux administre les biens entrés de son chef dans la communauté (cf. art. 1421 CC luxembourgeois). Il paraît trop difficile d'établir quand cette condition est réalisée; il y aurait là pour les tiers un facteur d'insécurité. De plus, un tel système enlèverait à l'époux au foyer, qui n'a pas comme tel de produit du travail et n'aurait pas de revenus des biens propres, tout pouvoir d'administration ordinaire sur les biens communs.

S'il n'est possible d'aménager une gestion conjointe des biens communs, il n'en reste pas moins que le pouvoir d'administration de chaque époux doit être exercé «dans l'intérêt de l'union conjugale». L'article 224 le rappelle dans son 1^{er} alinéa. Cela signifie que l'époux administrateur de biens communs doit en procurer la jouissance à son conjoint, avant tout en les faisant servir à l'entretien de la famille. En effet, dans un régime de communauté, il va de soi que les deux époux usent et jouissent ensemble des biens communs. Le législateur de 1907 n'a pas jugé nécessaire de le dire (341). Dans le projet, le principe ressort suffisamment de la finalité donnée au pouvoir d'administrer.

223.312 Administration extraordinaire (art. 225)

223.312.1 Principe

Le postulat de la gestion conjointe reprend son empire dès le moment où un engagement pris pour la communauté ou un acte de disposition sur des biens

communs dépassent les limites de l'administration ordinaire. C'est ce qu'exprime l'article 225, 1^{er} alinéa. La notion de ce qui sort de l'administration ordinaire a été élaborée par la doctrine et la jurisprudence, en ce qui concerne les actes de disposition du mari sur les apports de la femme, à partir de l'article 202 CC et a été reprise dans l'application de l'article 217 CC relatif à la disposition des biens communs (342). L'interprétation de l'article 225, 1^{er} alinéa, pourra tout naturellement s'en inspirer et les mêmes critères pourront sans difficultés s'étendre aux engagements contractés pour la communauté.

Lorsqu'un époux refuse de concourir ou de consentir à un acte de disposition souhaité par son conjoint, l'article 217 CC ne prévoit pas de recours au juge. Le projet n'institue pas non plus un tel recours et il n'en va pas différemment pour un engagement. Le refus en question peut compromettre la viabilité du régime de communauté. En ce cas, l'intéressé a la faculté de demander au juge de prononcer la séparation de biens (art. 185, 2^e al., ch. 3; voir ch. 221.331).

Un époux peut aussi être empêché par la maladie, l'absence ou d'autres causes semblables de coopérer à un engagement ou à un acte de disposition qui dépasse l'administration ordinaire. Il n'y a pas lieu non plus ici de faire intervenir le juge. Dans des cas extrêmes, où l'époux empêché n'est pas à même de donner une procuration, l'article 392, chiffre 1, CC, confère à son conjoint la faculté de demander à l'autorité tutélaire d'instituer une curatelle si l'affaire est urgente.

223.312.2 La présomption de consentement

La règle de l'action conjointe ou du consentement de l'autre époux pour les engagements et les actes de disposition importants est de nature à entraver gravement les relations des tiers avec les époux sous le régime de la communauté de biens. Si l'engagement dépasse l'administration ordinaire, l'époux contractant répond de la dette sur ses seuls biens propres, à l'exclusion des biens communs (art. 231, 1^{er} al., ch. 2). Dans les mêmes conditions, l'acte de disposition est nul. Actuellement l'article 217, 2^e alinéa, CC présume que lorsqu'un époux fait seul un acte de disposition, son conjoint a donné son consentement. L'article 225, 2^e alinéa, du projet reprend cette règle et l'étend aux actes générateurs d'obligation. La présomption tombe si le tiers sait ou doit savoir que le consentement n'a pas été donné.

Pour les actes de disposition, l'actuel article 217, 2^e alinéa, exclut aussi la présomption lorsqu'il s'agit de «biens que chacun peut reconnaître comme appartenant à la communauté», par exemple grâce à l'inscription au registre foncier. Cette règle – qui est reprise de l'article 203, 2^e alinéa, CC, où elle vise un apport de la femme – est critiquée en doctrine. (343)

On ne voit en effet pas pourquoi le fait que le tiers sait qu'un bien est commun, le prive du droit d'invoquer sa bonne foi, c'est-à-dire sa croyance à l'existence du consentement. Dans le régime de communauté, la présomption est en faveur des biens communs; cela signifie pratiquement que le tiers devrait toujours s'assurer du consentement, ce qui compliquerait les relations d'affaires. L'article 225, 2^e alinéa, ne reprend pas cette exception.

Lorsqu'un tiers traite avec une personne qui est mariée, il ne peut ignorer le fait en raison de la publicité du mariage. Mais il est en droit de supposer que son partenaire est soumis au régime ordinaire de la participation aux acquêts (cf. art. 181) et qu'il est donc en mesure de s'obliger sur tous ses biens et de disposer des actifs qui sont en sa possession. Si le tiers est informé par son cocontractant ou par une autre voie que celui-ci vit sous un régime de communauté, il doit savoir que son partenaire a besoin du consentement de son conjoint dès que l'engagement pris ou l'acte de disposition sort de l'administration ordinaire. Mais le tiers peut présumer l'existence de ce consentement.

223.312.3 La réserve des règles sur la représentation de l'union conjugale

L'article 225, 3^e alinéa, réserve les règles sur la représentation de l'union conjugale. Il est en effet possible qu'en vertu de l'article 166, notamment lorsqu'un époux est autorisé à représenter l'union conjugale au-delà des besoins courants, il soit habilité à faire un acte de disposition en dehors de l'administration ordinaire. De plus, dans la représentation de l'union conjugale, un époux peut être lui-même obligé par les dettes contractées par son conjoint (art. 166, 3^e al.).

223.313 Entreprise commune (art. 226)

Un époux gère librement ses biens propres qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie, par exemple les biens qui forment une exploitation agricole ou une entreprise artisanale héritée de ses parents. En revanche, quand l'entreprise a été créée pendant le régime autrement qu'au moyen de biens propres, les biens qui la constituent sont communs et leur gestion devrait être soumise aux règles ordinaires, notamment quant aux actes de disposition (art. 224 et 225). Toutefois il arrivera souvent qu'un des époux exploite seul l'entreprise, avec le consentement souvent tacite de son conjoint. Dans ce cas, il est indiqué, dans l'intérêt des affaires, que l'époux agriculteur, commerçant ou industriel, dispose de la plus grande liberté possible. Son pouvoir doit aller au-delà de l'administration ordinaire. Pour cette hypothèse, l'article 226 prévoit qu'il peut accomplir «tous actes qui rentrent dans l'exercice de cette industrie» (cf. par. 1431 et 1456 BGB). Il y a là une analogie avec l'associé-gérant dans la société en nom collectif, lequel est autorisé à faire «tous les actes que peut impliquer le but social» (art. 564, 1^{er} al., CO). L'époux qui gère seul – c'est-à-dire sans que son conjoint soit associé à la gestion – peut donc disposer des biens communs et contracter des engagements qui les grèvent, pour autant que ces actes soient commandés par l'exploitation de l'entreprise considérée. Mais ce pouvoir ne va naturellement pas jusqu'à aliéner tout ou partie du fonds de commerce.

Une entreprise au sens de l'article 226 peut aussi consister dans une participation à une société, dès le moment où l'époux considéré lui consacre une part

importante de son activité. De plus, la disposition s'appliquera par analogie aux biens servant à l'exercice d'une profession indépendante, comme celle d'ingénieur, de médecin, d'avocat.

223.314 Répudiation et acquisition de successions (art. 227)

Selon l'article 218, 1^{er} alinéa, CC, l'un des époux ne peut pendant le mariage répudier une succession sans le consentement de l'autre. Il convient de reprendre cette règle pour le nouveau droit. Elle n'est applicable que si, faute de répudiation, les biens dépendant de la succession devaient devenir communs. (344) L'article 227, 1^{er} alinéa, du projet le précise. Dans une communauté d'acquêts ou dans une autre communauté réduite dont on aurait exclu les acquisitions successorales, le consentement du conjoint n'est pas requis, encore que les dettes de la succession non répudiée viennent à grever les biens communs (art. 219 et 220, 1^{er} al., ch. 4, CC; art. 230 et 231).

En droit actuel, un époux peut accepter une succession, même insolvable, sans le consentement de son conjoint. (345) Si la succession est passive, l'excédent non couvert par l'actif diminuera définitivement les biens communs. Cela étant, il se justifie de subordonner l'acceptation d'une succession insolvable au consentement du conjoint, que la succession tombe ou non dans les biens communs (art. 230 et 231); cela vaut dans les cas des articles 575 CC et 196 LP.

Comme l'article 218 CC, l'article 227, 2^e alinéa, du projet, prévoit un recours. Celui-ci est ouvert s'il n'est pas possible de recueillir le consentement du conjoint ou si ce consentement est refusé sans motif légitime. Le projet consacre la compétence, non plus de l'autorité tutélaire, mais du juge, qui sera celui des mesures protectrices de l'union conjugale. Le for sera celui du domicile de l'époux recourant (art. 180).

223.315 Responsabilité et frais de gestion (art. 228)

En l'absence d'une disposition légale, on admet, en droit actuel, que le pouvoir d'administrer, qui appartient essentiellement au mari, est en même temps un devoir, et que la violation de celui-ci entraîne une responsabilité envers la communauté. (346)

Selon l'article 228, 1^{er} alinéa, l'époux qui fait des actes de gestion pour la communauté encourt la responsabilité d'un mandataire (art. 398 CO). La créance qui en résulte en faveur des biens communs n'est cependant exigible qu'à la liquidation, tout comme une récompense due par les biens propres aux biens communs (art. 235).

Comme l'article 216, 2^e alinéa, CC, l'article 228, 2^e alinéa, dispose que les frais de gestion sont à la charge de la communauté. La règle concerne les rapports entre les époux, non l'obligation envers les tiers.

223.32 Gestion des biens propres (art. 229)

Chaque époux demeure maître de ses biens propres, comme chaque époux, dans le régime ordinaire de la participation, est maître de tous ses biens (art. 201). L'article 229, 1^{er} alinéa, dispose que chaque époux a l'administration et la disposition de ses biens propres, dans les limites de la loi. Un époux peut naturellement confier l'administration de ses biens propres à son conjoint (art. 195).

Quant à la jouissance, il faut distinguer selon que, dans le type de communauté convenu, les revenus entrent ou non dans les biens communs (voir ch. 223.22). Dans le premier cas, la jouissance des biens propres d'un des époux est commune aux deux; dans le second, elle est exclusive en faveur du propriétaire des biens propres (art. 229, 2^e al.) sous réserve de son devoir de contribuer à l'entretien de la famille. Dans les communautés réduites autres que la communauté d'acquêts, la règle est que les revenus des biens propres n'entrent pas dans la communauté.

Les frais entraînés par la gestion des biens propres sont à leur charge s'ils n'entrent pas dans la communauté; dans le cas contraire, ils sont à la charge de celle-ci (art. 229, 3^e al.).

223.4 Dettes envers les tiers (art. 230 et 231)

223.41 En général

Les dispositions sur le régime matrimonial n'ont à régler que la responsabilité (garantie) des époux pour leurs dettes, c'est-à-dire le point de savoir sur quels biens les créanciers d'un époux peuvent exercer leurs droits. Ce sont les règles ordinaires qui disent qui, des deux époux, est débiteur d'une dette déterminée, éventuellement si les deux époux sont obligés solidairement.

Les articles 230 et 231 reprennent ici le système consacré pour l'essentiel par les articles 206 à 208 CC (union des biens) et 219 à 221 CC (communauté). (347) Les règles actuelles sur la responsabilité des époux pour leurs dettes dans la communauté de biens distinguent entre la situation du mari et celle de la femme. Selon l'article 219 CC, le mari «est tenu personnellement et sur les biens communs» de ses dettes antérieures au mariage et des dettes faites par lui pendant le mariage; mais il l'est aussi des dettes de sa femme antérieures au mariage, des dettes qu'elle a contractées comme représentant de l'union conjugale et de toutes les dettes qu'elle a faites pendant le mariage à la charge de la communauté, c'est-à-dire de ses dettes qui grèvent les biens communs. Quant à la femme, elle a des dettes générales dont répondent les biens communs et ses biens réservés (art. 220 CC) et des dettes réservataires dont répondent ses seuls biens réservés (art. 221 CC). Ces dernières dettes sont celles qu'elle a contractées en restreignant sa responsabilité dans cette mesure, qu'elle a faites sans le consentement de son mari ou en outrepassant son droit de représenter l'union conjugale. La femme n'est pas tenue des dettes de son mari qui grèvent la communauté (art. 220, 3^e al., CC).

Ce système reflète l'inégalité des époux dans les charges. Le projet les place au contraire sur le même pied à cet égard. Le régime des dettes est en effet identique pour les deux époux. Chacun d'eux a des dettes générales, dont il répond sur ses biens propres et ses biens communs (art. 230), et des dettes propres ou personnelles dont il ne répond que sur ses biens propres (art. 231). Aucun des époux n'est tenu personnellement des dettes que l'autre a contractées à la charge de la communauté – sauf l'obligation solidaire pour les dettes faites dans la représentation de l'union conjugale (art. 166, 3^e al.). Chaque époux est en somme placé dans la situation qui est actuellement celle de la femme sous le régime de la communauté de biens.

223.42 Dettes générales et dettes propres

La distinction entre les dettes générales et les dettes propres correspond précisément à celle qui est faite par les articles 220 et 221 CC. L'article 230 dispose en principe que «chaque époux répond de ses dettes sur ses biens propres et sur les biens communs». L'article 231, 1^{er} alinéa, énumère les dettes dont un époux ne répond pendant le régime que sur ses biens propres. Ces dettes propres sont les suivantes :

Chiffre 1 (Dettes qu'un époux a contractées en restreignant sa responsabilité dans cette mesure)

Ainsi, dans un marché conclu par un époux avec un tiers, les parties conviennent que celui-ci ne pourra s'en prendre qu'aux biens propres de l'époux débiteur, pour une dette qui, sans cela, grèverait les biens communs (cf. art. 221, 1^{er} al., ch. 1, CC).

Chiffre 2 (Dettes qu'un époux a contractées en outrepassant son pouvoir de représenter l'union conjugale, celui de gérer la communauté ou d'exploiter une entreprise dépendant de celle-ci)

Les limites du pouvoir de représenter l'union conjugale sont tracées par l'article 166. Le droit de gérer la communauté est donné par les articles 224 et 225 (voir ch. 223.311 et 223.312). L'étendue du pouvoir d'un époux d'exploiter seul l'entreprise commune est définie par l'article 226 (voir ch. 223.313).

Chiffre 3 (Dettes qu'un époux a contractées sans le consentement de son conjoint)

Comme il en est aujourd'hui pour les dettes de la femme sous le régime de la communauté selon l'article 220, 1^{er} alinéa, chiffres 2 et 3, CC, les autres dettes qu'un époux fait par contrat ne grèveront les biens communs que si son conjoint y a consenti. C'est le cas notamment des dettes contractées dans l'exercice d'une profession ou d'une industrie qui ne dépend pas de la communauté. Il incombe à celui qui se prévaut du consentement du conjoint, en particulier au créancier, d'en faire la preuve. (348) A défaut, la dette ne grève que les biens propres.

Les dettes autres que celles énumérées par l'article 231 sont des dettes générales. Ont notamment ce caractère :

- les dettes contractées dans la représentation de l'union conjugale (art. 166);
- les dettes liées à la gestion régulière de la communauté (art. 224 à 226);
- les autres dettes contractées par un époux avec le consentement de son conjoint;
- les dettes des époux antérieures au mariage (correspond à l'art. 220, 1^{er} al., ch. 1, CC);
- les dettes grevant les successions échues à l'un d'eux (correspond à l'art. 220, 1^{er} al., ch. 1, CC);
- les dettes résultant d'actes illicites (correspond à l'art. 220, 1^{er} al., ch. 5, CC);
- certaines autres dettes naissant par l'effet de la loi comme les dettes dérivant d'un devoir d'entretien, de la gestion d'affaires, etc. (349)

223.43 Protection du tiers de bonne foi (art. 231, 2^e al.)

Lorsqu'un tiers traite avec une personne mariée, il n'est pas censé savoir qu'elle est soumise à un régime de communauté. Si les époux ne le renseignent pas à ce sujet ou s'il n'est pas informé par ailleurs et qu'il n'ait pas de raison de penser que les époux vivent sous le régime de communauté, il ne doit pas pâtir de son ignorance. L'époux débiteur ne doit pas pouvoir lui opposer par exemple qu'il a contracté sa dette sans le consentement de son conjoint et qu'il ne répond donc que sur ses biens propres. On ne peut pour autant permettre au tiers de se payer sur l'ensemble des biens communs qui appartiennent indivisément à l'autre époux. En revanche, il se justifie que, dans cette éventualité, l'époux débiteur réponde de la dette non seulement sur ses biens propres, mais aussi sur les biens compris dans la masse commune, qui sont devenus communs de son chef (art. 231, 2^e al.). Tout se passera donc, pour le créancier, comme si les époux étaient soumis au régime ordinaire de la participation aux acquêts. Il s'agira seulement de déterminer quels eussent été sous ce régime les biens qui auraient appartenu à l'époux débiteur.

223.44 Action pour enrichissement (art. 231, 3^e al.)

Indépendamment de la protection du tiers de bonne foi, il convient – comme le fait l'article 221, 2^e alinéa, CC – de réserver l'action pour enrichissement dans le cas où seuls les biens propres répondent envers un créancier. En effet, il est possible que, par exemple, un acte de gestion important fait pour la communauté n'ait pas été approuvé par le conjoint, mais qu'il en soit quand même résulté une plus-value pour les biens communs. Il est juste que le créancier qui n'est pas couvert par les biens propres puisse exercer ses droits sur les biens communs proportionnellement à l'enrichissement de ceux-ci. (350)

223.45 Poursuites contre des époux sous le régime de la communauté de biens

(nouvel art. 68^{bis} LP)

La poursuite d'un époux à raison de dettes propres n'exige pas que son conjoint y soit impliqué. Il en va comme de la poursuite d'un époux soumis au régime ordinaire ou à la séparation de biens.

La poursuite d'un époux à raison de dettes générales appelle l'application du système du double commandement de payer, sur le modèle de ce qui est prévu pour la femme poursuivie à raison de dettes dont répondent ses apports ou les biens communs (art. 68^{bis}, 1^{er} al., LP qui a modifié l'art. 222 CC). Il en va de même si le créancier de bonne foi au sens de l'article 231, 2^e alinéa, prétend agir sur des biens communs qui sont devenus tels du chef de son débiteur. Il s'agira de reviser en conséquence l'article 68^{bis} LP (voir ch. 27).

223.46 Responsabilité pour les dettes propres après la dissolution du régime

Actuellement, la responsabilité limitée de la femme pour ses dettes réservataires se prolonge après le mariage (ou le régime), en ce sens qu'elle continue à n'en être tenue que jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens réservés (art. 221, 1^{er} al., CC).

Dans ce projet, la distinction entre dettes générales et dettes propres ne s'appliquera que «pendant le régime» (cf. art. 231, 1^{er} al.). Après sa dissolution, les créanciers de dettes propres pourront faire valoir leurs créances dans toute leur étendue, sans que leur montant soit ramené à la valeur des biens propres qui les garantissaient. Le débiteur répondra désormais sur tous ses biens, y compris sur ce qu'il retirera dans la liquidation de la communauté. Sur le sort des dettes des époux après le partage, voir ch. 223.75.

223.5 Dettes entre époux (art. 232)

Il s'agit de dettes qui prennent naissance entre des époux sous le régime de la communauté de biens, comme entre des époux soumis au régime ordinaire ou au régime de séparation. L'article 232 reproduit l'article 203 en ce qui concerne l'exigibilité de ces dettes et les facilités de paiement (voir ch. 222.4).

223.6 Dissolution et liquidation du régime

223.61 Moment de la dissolution (art. 233)

Les causes de dissolution sont d'abord celles qui mettent fin au régime de la participation aux acquêts (art. 204). Le moment de la dissolution est fixé de la même manière (art. 233, 1^{er} et 2^e al.). Mais, de plus, la faillite d'un des époux

entraîne la dissolution immédiate de la communauté (art. 233, 1^{er} al., et art. 188). Le moment de la dissolution du régime est décisif pour fixer la composition des biens communs et des biens propres (art. 233, 3^e al.).

Il peut y avoir lieu d'abord à la dissociation des biens propres de l'un et de l'autre époux. Cette dissociation peut impliquer une reprise de possession (cf. art. 205, 1^{er} al.) et la détermination des dettes réciproques entre ces masses (cf. art. 205, 3^e al.). Il n'est pas nécessaire de le rappeler; cependant l'article 236 sur la part à la plus-value d'un bien s'applique aussi aux dettes entre les époux relatives à leurs biens propres (voir ch. 223.64).

Il s'agit ensuite d'arrêter définitivement les biens communs, sujets au partage. A cet égard, le projet prévoit un redressement en faveur des biens propres (art. 234) et le règlement des récompenses entre ceux-ci et les biens communs (art. 235).

223.62 Attribution aux biens propres (art. 234)

Le projet règle, dans le même sens que l'article 207, 2^e alinéa, le sort d'un capital qui aurait été versé à un époux par une institution de prévoyance ou à raison de la perte de sa capacité de travail et qui serait entré dans les biens communs; ce capital est compté dans les biens propres à concurrence de la valeur capitalisée de la rente qui eût appartenu à cet époux à la dissolution du régime (voir ch. 222.531).

223.63 Récompenses entre biens propres et biens communs (art. 235)

Les règles applicables sont analogues à celles qui régissent les récompenses entre les biens propres et les acquêts d'un même époux dans le régime de la participation aux acquêts (art. 209, 1^{er} et 2^e al.; voir ch. 222.533). Les récompenses en question ne sont exigibles qu'à la liquidation (art. 235, 1^{er} al.). Une dette grève la masse avec laquelle elle est en rapport de connexité; dans le doute, elle grève les biens communs (art. 235, 2^e al.).

223.64 Part à la plus-value d'un bien (art. 236)

Dans les rapports entre les biens propres d'un époux et les biens propres de l'autre, ou dans les rapports entre les biens communs et les biens propres d'un époux, une masse peut avoir contribué à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation d'un bien appartenant à une autre masse. Dans un cas semblable, si le bien considéré se retrouve à la liquidation avec une plus-value, les règles des articles 206 et 209, 3^e alinéa, relatives au régime de la participation aux acquêts sont applicables par analogie. Cela signifie qu'en cas de plus-value, la créance d'une masse contre l'autre sera proportionnelle à la contribution

fournie et se calculera sur la valeur du bien à la liquidation ou sur sa valeur à l'époque de son aliénation. Il n'y a pas non plus de participation à la moins-value; cette participation-là se réalise uniquement au sein des biens communs, pour les biens qui y sont entrés. Par convention écrite ou par contrat de mariage, les parties pourront écarter ou modifier la part à la plus-value d'un bien (cf. art. 206, 3^e al.), même dans les rapports entre les biens communs et les biens propres d'un époux.

223.65 Estimation (art. 237)

Comme les acquêts dans le régime de participation (cf. art. 210, 1^{er} al.; voir ch. 222.534), les biens communs existant à la dissolution sont estimés à leur valeur à l'époque de la liquidation (art. 237). Il va sans dire que des actifs bruts, on déduit les dettes qui n'auraient pas été réglées, ainsi que le solde passif éventuel du compte de récompenses à la charge des biens communs. (351)

223.66 Partage des biens communs (art. 238 et 239)

223.661 En général

Le projet distingue selon les causes qui mettent fin au régime. L'article 238 régit le partage des biens en cas de décès d'un époux ou d'adoption d'un autre régime. L'article 239 règle le sort des biens en cas de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de séparation de biens légale ou judiciaire.

Le projet s'inspire de la réglementation actuelle: les articles 225 à 228 CC visent la dissolution de la communauté par le décès d'un époux, tandis que les articles 154 et 189 CC s'appliquent en cas de divorce et de séparation de biens légale ou judiciaire. (352).

223.662 En cas de décès ou d'adoption d'un autre régime (art. 238)

Comme actuellement (art. 225 CC), le projet consacre le principe du partage des biens communs par moitié entre les époux ou leurs héritiers (art. 238, 1^{er} al.). Il y a correspondance avec la participation égale de chaque époux aux acquêts de l'autre. (353) Le partage égal des biens communs se justifie aussi lorsque les époux conviennent d'adopter la séparation de biens ou le régime ordinaire; dans la liquidation du régime de communauté, chaque époux peut prétendre recevoir sa part des biens communs, qui deviendra bien propre dans le régime de participation aux acquêts.

Le contrat de mariage peut prévoir un partage des biens communs autre que le partage par moitié (art. 238, 2^e al., correspondant à l'art. 226, 1^{er} al., CC).

Pour les motifs qui ont été retenus en matière de conventions modifiant la participation légale aux acquêts (voir ch. 222.542.1), l'article 238, 3^e alinéa,

dispose aussi que la convention prévoyant un partage inégal des biens communs «ne peut porter atteinte aux droits des héritiers réservataires». On a justifié plus haut l'abandon de la réserve dite matrimoniale de l'article 226, 2^e alinéa, CC, qui ne protège que les descendants: le projet garantit la réserve héréditaire des père et mère, mais non celle des frères et sœurs, qui doit être supprimée.

223.663 Dans les autres cas (art. 239)

En cas de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de séparation de biens légale ou judiciaire, le projet reprend le système actuel selon lequel la communauté est en quelque sorte abolie rétroactivement, en ce sens que chaque époux reprend son «patrimoine personnel» (art. 154, 1^{er} al., et art. 189, 1^{er} al. CC). L'article 239, 1^{er} alinéa, dispose que, dans les hypothèses visées, «chacun des époux reprend ceux des biens communs qui auraient formé ses biens propres sous le régime de la participation aux acquêts». Cette reprise porte sur les biens énumérés par l'article 197. Il s'agit pratiquement des apports au sens de l'article 197, chiffre 2, et de leurs remplois (ch. 4), qui ont pu entrer dans une communauté universelle ou dans une communauté réduite autre que la communauté d'acquêts; les effets personnels d'un époux (ch. 1) et les créances en réparation du tort moral (ch. 3) sont de toute façon des biens propres dans tous les régimes de communauté. Vu les raisons qui conduisent un époux à demander au juge de prononcer la séparation de biens, la solution de la reprise se justifie aussi pour ce cas: la preuve est faite que le régime exceptionnel de la communauté, conçu pour la vie des époux, a abouti à un échec, de sorte qu'il convient de rétablir la situation patrimoniale initiale. (354)

Les reprises une fois effectuées, les biens communs restants, savoir les acquêts, sont partagés par moitié (art. 239, 2^e al.). Dans les hypothèses visées, les clauses qui modifient le partage légal ne s'appliquent pas (art. 239, 3^e al.). La solution est la même que pour la participation au bénéfice dans le régime de la participation aux acquêts (art. 214; voir ch 222.542.2).

223.7 Mode et procédure de partage (art. 240 à 243)

223.71 En général

Le droit en vigueur ne prévoit rien sur le mode et la procédure de partage de la communauté. L'article 654 CC sur la fin de la propriété commune renvoie (2^e al.) à l'article 651 sur le partage de la copropriété. On admet que les articles 610, 1^{er} alinéa, 611, 1^{er} alinéa, 612 à 615, 634 CC s'appliquent par analogie au partage de la communauté de biens, mais non les articles 620 et suivants CC sur l'attribution du domaine agricole. (355) Le projet déclare applicables par analogie «les dispositions sur le partage de la copropriété et sur le mode et la procédure du partage successoral» (art. 243). Ce renvoi est subsidiaire, les articles 240 à 242 énonçant des règles spéciales.

223.72 Biens propres (art. 240)

Selon l'article 228 CC «le conjoint survivant peut demander que les biens entrés de son chef dans la communauté lui soient attribués en imputation sur sa part». L'article 240 du projet énonce une règle analogue pour le cas où la communauté prend fin par le décès d'un époux. Le conjoint survivant peut demander que cette imputation se fasse pour les «biens qui eussent été ses biens propres sous le régime de la participation aux acquêts». Il s'agit, dans une communauté universelle ou dans une communauté réduite autre que la communauté d'acquêts, des apports visés par l'article 197, chiffre 2, ainsi que des biens acquis en remploi des apports. (356)

223.73 Logement et mobilier de ménage (art. 241)

L'article 241, 1^{er} et 2^e alinéas, adapte au partage de la communauté les règles de l'article 216 relatives à l'attribution du logement et du mobilier de ménage au conjoint survivant en imputation sur sa créance de participation. En matière de communauté, il faut que ces éléments d'actif soient compris dans les biens communs. Leur attribution en imputation sur la part revenant au conjoint survivant se justifie comme dans la liquidation de la participation aux acquêts (voir ch. 222.552). La réserve du droit successoral paysan au sujet de l'attribution du logement (cf. art. 216, 3^e al., et 612a, 3^e al.) n'a pas sa place ici. Chacun des époux est propriétaire commun du domaine agricole, y compris le logement. L'époux survivant qui demande l'attribution prévue par l'article 241, 1^{er} et 2^e alinéas, le fait comme ayant droit à l'indivision matrimoniale qu'il formait avec son conjoint; il ne s'agit pas de la liquidation d'une succession.

Le 3^e alinéa de l'article 241 étend le droit d'attribution de la maison ou du mobilier de ménage avec imputation à chaque conjoint dans les autres cas de dissolution de la communauté, notamment en cas de divorce et de séparation de biens. Mais il faut que l'époux qui entend exercer ce droit justifie d'un intérêt prépondérant à l'attribution. La même idée a inspiré l'article 205, 2^e alinéa. Un intérêt prépondérant à l'attribution du logement ou d'une partie du mobilier de ménage peut résulter de ce qu'un époux, en cas de divorce ou de séparation de fait, se voit confier les enfants. Ou bien, dans la communauté universelle, les meubles qu'un époux a hérités de ses parents sont devenus communs; lors du partage, cet époux peut faire valoir son intérêt d'affection pour ces biens. Le juge statuera selon son appréciation (art. 4 CC).

223.74 Autres biens (art. 242)

Dans le sens de l'article 241, le projet reconnaît à chacun des époux le droit de demander que «d'autres biens communs» – autres que le logement ou le mobilier de ménage – «lui soient attribués en imputation sur sa part, s'il

justifie d'un intérêt prépondérant». Par exemple, un époux a pris une part décisive à l'acquisition d'un bien devenu commun ou il manifeste pour un bien déterminé (collection de timbres, instruments de musique) un intérêt particulier. La règle s'appliquera dans tous les cas de dissolution de la communauté, donc non seulement en cas de décès; mais, dans ce cas, ce droit n'appartiendra qu'au conjoint survivant, non aux héritiers du défunt.

223.75 Dettes des époux après le partage

Le projet ne contient aucune disposition sur le sort des dettes des époux après le partage, quelle que soit la cause de dissolution de la communauté. (357) Il n'y a pas lieu, en cas de dissolution par le décès, de distinguer entre la situation de la femme et celle du mari. L'organisation du régime est paritaire. La femme y occupe la même position que le mari; il n'est donc pas nécessaire de prévoir pour elle des sauvegardes particulières.

Après la dissolution de la communauté, chaque époux reste naturellement tenu par les dettes qui étaient les siennes pendant le régime, sans qu'il y ait lieu, sous le rapport de l'obligation, de distinguer entre dettes générales et dettes propres (voir ch. 223.46). Sous le rapport de la responsabilité, les dettes propres de chaque époux seront garanties par tous ses biens, aussi par ce qu'il aura retiré de la communauté. Pour les dettes générales, il répondra de la même manière, mais les biens communs dévolus à son conjoint pourront aussi être mis à contribution en vertu de l'article 193 du projet sur la protection des créanciers dans les liquidations matrimoniales; cas échéant, ledit conjoint encourra la «responsabilité» personnelle du 2^e alinéa de cet article (voir ch. 221.4).

224 De la séparation de biens

224.1 En général

La séparation de biens réalise la dissociation complète des intérêts matériels des époux. Ceux-ci demeurent entièrement libres de disposer de leur fortune et de leurs revenus. Du point de vue patrimonial, ils ne sont soumis qu'aux restrictions découlant des effets généraux du mariage. Pour le surplus, les relations juridiques qu'ils nouent sont celles de particuliers quelconques. Ils ont d'ailleurs toute latitude d'aménager leurs intérêts réciproques en se servant des institutions mises à leur disposition par le droit: copropriété, société simple, contrat de travail, participation aux plus-values en cas de financement conjoint, etc.

Ce statut doit pouvoir être choisi par les époux qui, sur le plan patrimonial, entendent conserver leur totale indépendance. C'est aussi le régime qui convient aux époux lorsque le juge ou la loi a mis fin au régime ordinaire ou au régime de communauté sous lequel ils vivaient (art. 185, 188 et 189).

La séparation de biens, même conventionnelle, s'étend à tout le patrimoine des époux. Le projet ne prévoit pas la possibilité pour ceux-ci – à la différence de l'article 241, 2^e alinéa, CC – de restreindre la séparation à certains biens, tandis

que d'autres seraient soumis au régime de participation. Le besoin de cette combinaison ne se fait pas sentir: elle serait source de complications. Il suffit de rappeler que, dans le régime ordinaire, les époux peuvent facilement écarter dans un cas donné la part à la plus-value dans leurs relations réciproques (art. 206, 3^e al.) et qu'ils peuvent exclure de la participation le bénéfice afférent à certains acquêts ou au revenu de certains biens propres (art. 213, 2^e al.). Mais une modification de la participation au bénéfice est sans valeur en cas de divorce. De plus, l'aménagement des communautés réduites permet de réaliser pratiquement une sorte de combinaison de communauté et de séparation (art. 221, 2^e al. et 229, 2^e al.).

La séparation de biens peut être régie sommairement, par emprunt aux dispositions relatives au régime de la participation aux acquêts, puisque ce régime a, pour l'essentiel, un caractère séparatif jusqu'à la dissolution. Il n'y a pas lieu d'édicter de règles sur la contribution des époux aux charges du mariage (cf. art. 246 CC), ce point relevant exclusivement des effets généraux du mariage (art. 163). La constitution d'une partie des biens de la femme en dot au profit du mari (art. 247 CC) n'a pas de raison d'être non plus comme institution distincte; mais il sera loisible aux époux d'organiser une communauté de biens réduite, qui ne comprendrait que certains biens d'un époux.

224.2 Administration, jouissance et disposition (art. 244 et 245)

Comme dans le régime ordinaire, chaque époux conserve la propriété de ses biens, sans distinction entre biens propres et acquêts. Lorsque la propriété d'un époux sur un bien donné est litigieuse, le fardeau de la preuve incombe à la personne (époux ou tiers) qui prétend que ce bien appartient à un conjoint déterminé (art. 245, 1^{er} al.). Si cette preuve échoue, l'article 245, 2^e alinéa, dispose aussi que le bien en question est réputé appartenir en copropriété aux deux époux (voir ch. 222.142). Pour prévenir cette conséquence, il est d'ailleurs loisible aux époux séparés de biens de dresser des inventaires, sous seing privé ou en la forme authentique. (358)

Chaque époux a l'administration, la jouissance et la disposition de ses biens, mais dans les limites de la loi (art. 244). Celles-ci dérivent uniquement des effets généraux du mariage (art. 163 sur l'entretien de la famille, art. 169 sur la disposition du logement, art. 170 sur le devoir de renseigner), sans préjudice des restrictions ordonnées par le juge des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 177 et 178). Il n'y a pas de limites liées au régime lui-même.

Demeure réservée la faculté pour chaque époux de confier l'administration de ses biens à son conjoint (art. 195; voir ch. 221.6).

224.3 Dettes envers les tiers (art. 246)

Comme sous le régime ordinaire (art. 202), chaque époux répond de ses dettes sur tous ses biens (voir ch. 222.3). Il n'est obligé par une dette contractée par

son conjoint qu'en vertu des règles sur la représentation de l'union conjugale (art. 166, 3^e al.). La poursuite d'un époux séparé de biens est dirigée uniquement contre lui (voir remarque 175).

224.4 Dettes entre époux (art. 247)

L'article 247 reproduit l'article 203 (voir ch. 222.4): le régime n'exerce pas d'influence sur l'exigibilité des dettes entre les époux, mais le débiteur peut, à certaines conditions, solliciter des délais de paiement.

224.5 Attribution d'un bien en copropriété (art. 248)

Le régime de séparation prend fin par les mêmes causes que le régime ordinaire de la participation aux acquêts. A la dissolution du régime, il n'y a pas de liquidation proprement dite. Mais il peut se révéler nécessaire de dénouer certains rapports juridiques existant entre époux (voir ch. 222.521). Il peut aussi y avoir lieu à la reprise par un époux de ceux de ses biens qui se trouvent en possession de son conjoint (cf. art. 205, 1^{er} al.). Il n'est pas nécessaire de le rappeler.

Pour le cas où un bien est en copropriété des époux, l'article 248 confère aussi à chacun d'eux le droit d'en demander l'attribution s'il justifie à cet égard d'un intérêt prépondérant (cf. art. 205, 2^e al.; voir ch. 222.521).

La fin du régime de séparation appelle également un règlement des dettes réciproques (cf. art. 205, 3^e al.). Ce règlement se fait à la valeur nominale, même pour les avances d'investissements; en effet, dans la séparation, les patrimoines ne sont associés à aucun égard. Mais les époux peuvent naturellement avoir prévu dans leurs arrangements une participation réciproque aux plus-values.

23 Revision d'autres dispositions du Code civil

231 Domicile légal (art. 25 CC)

On a exposé plus haut pourquoi la solution adoptée pour le choix de la demeure commune entraîne la suppression du domicile légal de la femme mariée (voir ch. 213.3). Il faut alors, pour le cas où les époux n'ont pas le même domicile, déterminer le domicile de l'enfant sous autorité parentale.

Le texte proposé maintient le principe d'un domicile dépendant, pour l'enfant sous autorité parentale. (359) Comme actuellement (art., 25, 1^{er} al., 2^e phrase, CC), le nouvel article 25, 1^{er} alinéa, dispose d'abord que «l'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère». Si l'enfant, par suite du décès de l'un des deux ou par suite de leur divorce, ou encore parce que la mère n'est pas mariée avec le père, n'est placé que sous l'autorité parentale

d'un des parents (art. 297, 3^e al., et 298, 1^{er} al., CC), le domicile de celui-ci détermine le domicile de l'enfant – sans qu'il soit nécessaire de le spécifier. Il n'importe pas que, dans ce cas, les père et mère ou l'un d'eux n'aient pas la garde de l'enfant.

Si les père et mère n'ont pas un domicile commun, le projet fixe le domicile de l'enfant sous autorité parentale au domicile du parent qui a le droit de garde, au sens des dispositions sur la filiation (cf. art. 297, 2^e al. et 310, CC). L'exercice de fait de la garde ne fournirait pas un critère suffisamment sûr.

Mais il est possible que ni l'un ni l'autre des parents, détenteurs de l'autorité parentale, n'aient le droit de garde; pour cette éventualité, le nouvel article 25, 1^{er} alinéa, situe le domicile de l'enfant au lieu de sa résidence, au sens de l'article 24, 2^e alinéa, CC (art. 310 CC). (360)

Quant à l'enfant mineur qui n'est pas sous autorité parentale, il est placé sous tutelle (art. 311, 2^e al., et 368, 1^{er} al. CC). Son domicile est alors au siège de l'autorité tutélaire. Le nouvel article 25, 2^e alinéa, le rappelle pour toutes les personnes sous tutelle.

232 Droit de cité et nom de la femme à la dissolution du mariage (art. 134 et 149)

En ce qui concerne le droit de cité, les nouveaux articles 134, 1^{er} alinéa, et 149, 1^{er} alinéa, consacrent le statu quo: «la femme qui a contracté mariage de bonne foi est, nonobstant le jugement de nullité, maintenue dans le droit de cité qu'elle avait acquis par le mariage». (art. 134, 1^{er} al., CC); et il en va de même de la femme divorcée (art. 149, 1^{er} al., CC). A ce sujet, on renvoie à ce qui a été dit du droit de cité de la femme mariée (voir ch. 212.3) (361)

Quant au nom de la femme dont le mariage a été dissous par un jugement de nullité ou de divorce, nous vous renvoyons au chiffre 212.2.

233 Liquidation des biens en cas de divorce et de séparation de corps (art. 154 et 155)

La liquidation du régime ordinaire de la participation aux acquêts et la liquidation du régime de la communauté de biens en cas de divorce sont régies dans le titre VI^e relatif au régime matrimonial (art. 214 et 239; voir ch. 222.542.2 et 223.663). Les deux premiers alinéas de l'article 154 CC deviennent ainsi sans objet. Il suffit de rappeler, dans un nouveau premier alinéa, que la liquidation des biens des époux est régie par les dispositions sur le régime matrimonial. La règle demeure que les époux divorcés cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre et perdent tous avantages résultant de dispositions pour cause de mort faites avant le mariage. Elle sera énoncée au 2^e alinéa de l'article 154.

Selon le nouvel article 155 «la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens» (voir ch. 221.35). La liquidation des régimes de participation aux acquêts et de communauté s'opérera comme en cas de divorce (art. 214 et 239).

234 Mesures provisoires après l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps
(art. 145)

La règle qu'après l'introduction d'une action en divorce ou en séparation de corps, chacun des époux a le droit de cesser la vie commune, sera énoncée au nouvel article 145, au premier alinéa, au lieu de l'être à l'article 170, 2^e alinéa, CC (voir ch. 219.223.3).

Le 2^e alinéa visera les mesures provisoires à prendre après l'introduction de la demande. Il reproduit en substance l'article 145 actuel, mais vise l'«entretien de la famille», et non «l'entretien de la femme».

235 Revision partielle du droit des successions
(art. 460, 462, 466, 470, 1^{er} al., 471, 473, 3^e al., 612a, 635, 1^{er} al.;
abrogation des art. 463, 464, 472, 561, 747 CC)

235.1 En général

Dans la partie générale de ce message, nous avons exposé les raisons qui doivent conduire le législateur à améliorer le statut successoral du conjoint survivant (voir ch. 162). Il est apparu nécessaire, en fonction des réalités sociales actuelles qui ont été relevées, de reconsidérer le droit de succession et la réserve héréditaire de ce conjoint en concours avec les autres héritiers (art. 462 et 471, ch. 4, CC). Il ne s'agit pas d'entreprendre, au-delà de cet objectif, une refonte totale du droit des successions. Cependant, sur certains points qui ne sont pas tous directement liés à l'amélioration du sort du conjoint survivant, le moment paraît venu de revoir aussi d'autres dispositions.

235.2 Droits de succession et réserves héréditaires en cas de concours du conjoint survivant avec des descendants

235.21 Concours avec des descendants communs
(art. 462, ch. 1, et 471, 1^{er} al., ch. 1 et 3)

Selon le droit en vigueur, le conjoint survivant en concours avec les descendants peut opter entre la propriété du quart de la succession et la moitié en usufruit (art. 462, 1^{er} al., CC). Son droit de succession est entièrement protégé par la réserve (art. 471, ch. 4, CC). S'il choisit le quart en propriété, la part revenant aux descendants est des trois quarts; la réserve de ceux-ci est des trois quarts de leurs parts réunies, donc de $\frac{9}{16}$ ($\frac{3}{4} \times \frac{3}{4}$); la quotité disponible est ainsi de $\frac{3}{16}$. Si le conjoint opte pour l'usufruit, les descendants reçoivent l'entier de la succession, mais celle-ci est grevée pour moitié dudit usufruit.

Le souci d'améliorer la situation du conjoint survivant conduit à porter sa part successorale du quart à la moitié, la part des descendants étant aussi de la moitié. Il n'est pas suffisant de réduire uniquement la réserve des descendants –

par exemple à la moitié de leur part ($\frac{3}{8}$) ou à la moitié de leur réserve actuelle ($\frac{9}{32}$) – de façon à permettre à chaque conjoint d'utiliser la quotité disponible pour augmenter la part du survivant. En effet, on ne peut pas compter qu'un époux pensera à faire un testament dans ce sens et on n'a pas non plus l'assurance qu'il disposera de la quotité disponible en faveur de son conjoint.

La part de succession majorée du conjoint survivant s'ajoutera à ses droits dans la liquidation du régime de la participation aux acquêts ou d'un régime de communauté de biens. Mais cela n'est que normal. Le titre en vertu duquel le conjoint survivant reçoit la moitié de la somme des bénéficiaires ou la moitié des biens communs représente sa part dans une sorte de société matrimoniale, à la prospérité de laquelle il est censé avoir participé dans la même mesure que le défunt, même si, comme époux au foyer, il n'a contribué qu'indirectement à la formation d'acquêts. Ce qui lui revient à ce titre lui est dû en vertu d'un droit propre, non du chef du défunt; le législateur n'a donc pas de raison d'en tenir compte pour mesurer l'expectative successorale du conjoint survivant. On peut en dire autant des prestations de prévoyance sociale ou privée qui sont allouées au conjoint survivant.

Si l'on veut considérer à la fois l'aspect matrimonial et l'aspect successoral, il faut relever deux points. D'un côté, le mari survivant sera moins bien traité qu'en droit actuel, en ce sens qu'il ne pourra pas garder pour lui les deux tiers de son bénéfice (cf. art. 214, 1^{er} al., CC): l'augmentation de son droit de succession sur la fortune de sa femme (biens propres et part de bénéfice éventuel) constituera, à cet égard un correctif. D'un autre côté, la femme survivante, qui a exercé une activité lucrative et a fait des économies, n'a pas, actuellement, à les partager avec son mari ou ses héritiers (art. 191, ch. 3, CC), ni dans l'union des biens, ni dans la communauté de biens: l'augmentation de son droit de succession est aussi de nature à lui procurer une compensation. Il ne faut pas négliger non plus le cas où, dans le régime de participation, les acquêts de l'un et de l'autre époux sont peu importants ou tendent à s'équilibrer mais où l'un ou l'autre époux ou les deux possèdent des biens propres plus ou moins considérables. Enfin il y a le cas des époux qui sont séparés de biens.

Si la part successorale du conjoint survivant est portée à la moitié, il n'y a pas lieu de lui accorder une option en faveur d'un usufruit. Celui-ci devrait nécessairement porter sur une portion plus élevée de la succession. Mais l'usufruit du tout serait exagéré en tant que solution légale, même si on faisait des réserves en faveur des descendants non communs. Un usufruit des trois quarts restreindrait par trop – peut-être pour longtemps – la part de la fortune laissée à la libre disposition des enfants du défunt. (362)

Dès le moment où la part du conjoint survivant est plus élevée, il ne se justifie plus de la protéger entièrement par la réserve. L'avant-projet de 1976 fixait la réserve du conjoint survivant aux trois quarts de son droit de succession. Il convient de réduire cette réserve à la moitié (art. 471, 1^{er} al., ch. 3), de façon à permettre au disposant de tenir compte de circonstances particulières, comme le besoin de certains descendants ou le fait que le survivant retirera déjà une part importante des acquêts ou des biens communs. La réserve des descendants restera des trois quarts de leur part de moitié (art. 471, 1^{er} al., ch. 1).

En définitive, les droits du conjoint survivant et des descendants communs, par rapport à la succession, seront les suivants :

Parts successorales

Conjoint survivant : $\frac{1}{2}$ (au lieu d'un quart) et suppression de l'option
Descendants : $\frac{1}{2}$ (au lieu des $\frac{3}{4}$)

Réserves

Conjoint survivant : $\frac{1}{4}$ (comme actuellement)
Descendants : $\frac{3}{8}$ ($\frac{6}{16}$ au lieu de $\frac{9}{16}$)

Le total des réserves ($\frac{1}{4} + \frac{3}{8}$) étant de $\frac{5}{8}$, la quotité disponible sera de $\frac{3}{8}$ au lieu de $\frac{3}{16}$. Par disposition pour cause de mort, le disposant pourra attribuer $\frac{5}{8}$ de sa succession ($\frac{1}{4} + \frac{3}{8}$) à son conjoint. Il pourra aussi réduire son conjoint à sa réserve d'un quart et laisser à ses descendants les trois quarts de la succession.

235.22 Concours avec des descendants non communs
(art. 471, 2^e al.)

235.221 Part successorale du conjoint survivant

Le droit de succession du conjoint survivant peut-il être maintenu à la moitié en présence d'enfants non communs? Le problème ne se pose pas de la même manière pour les enfants que le défunt a eus, pendant le mariage, de ses relations avec une personne autre que son conjoint. Au moment de cette naissance, le droit de succession du conjoint face à d'autres héritiers existait déjà. Quant aux enfants que le défunt a eus d'une première union dissoute ou qu'il a eus hors mariage, il est vrai qu'ils peuvent s'attendre, si leur auteur ne se remarie pas (ou ne se marie pas), à hériter de la totalité de sa fortune; par le fait de ce mariage, leur expectative est réduite de moitié, et si des enfants naissent de cette union, elle se rétrécira encore. Cependant, il n'y a pas lieu, pour cette hypothèse, de réduire la part du conjoint survivant (363) ou de la pondérer selon la durée du (nouveau) mariage. En effet le principe de la liberté du mariage ne permet pas de discriminer les nouvelles unions. Les mariages célébrés in extremis pour capter un héritage sont une rareté; et là, l'interdiction de l'abus de droit (art. 2, 2^e al., CC) pourrait porter remède. La durée de la nouvelle union n'est pas non plus un critère sûr de sa qualité et ne peut servir à mesurer l'étendue des droits du conjoint survivant. Il ne faut pas oublier non plus qu'un époux est tenu de contribuer à l'entretien des enfants mineurs que son conjoint a eus avant le mariage (art. 278, 2^e al., CC).

Il est vrai que les descendants non communs ne viennent pas, à la différence des descendants communs, à la succession du conjoint de leur auteur et ne participent donc pas aux valeurs qui ont pu parvenir au survivant du chef de l'époux prédécédé. Mais c'est, pour les descendants non communs, une conséquence naturelle du remariage (ou du mariage) de leur ascendant.

Dès lors, il ne se justifie pas de réduire la part successorale du conjoint survivant en présence d'enfants non communs.

235.222 Réserve héréditaire des descendants non communs

La dernière considération émise plus haut amène pourtant à renforcer la réserve héréditaire des descendants non communs. Il convient qu'au décès de leur auteur, ils soient assurés de recevoir leur part légale, dans une succession où ils sont en concours avec le conjoint survivant et, éventuellement, avec des descendants communs. Sans doute le descendant non commun participe-t-il aussi (ou a-t-il participé) à la succession de son autre parent. (364) Mais il faut apprécier les espérances successorales des descendants non communs pour elles-mêmes, dans la succession dont il s'agit. Or ces espérances sont notablement amoindries du fait du remariage (ou du mariage) de leur auteur, le seront dorénavant davantage que selon le droit en vigueur, en raison de l'augmentation de la part successorale du conjoint survivant. Si on renonce à augmenter la part de succession de ces héritiers, du moins faut-il la protéger contre des libéralités que leur auteur serait en mesure de faire à son conjoint, soit par testament ou pacte successoral, soit par un contrat de mariage modifiant la participation aux bénéfices ou le partage des biens communs.

En conséquence, l'article 471, 2^e alinéa, dispose: «Lorsque des enfants non communs ou leurs descendants sont en concours avec le conjoint survivant, leur réserve est de tout leur droit de succession». La règle ne modifie ni la part légale de moitié revenant au conjoint survivant, ni sa réserve d'un quart. En revanche elle exercera une influence sur l'étendue de la quotité disponible dont le disposant peut se servir pour avantager le conjoint survivant. (365)

235.23 Réduction de la libéralité d'usufruit en faveur du conjoint survivant en cas de remariage (art. 473, 3^e al.)

La loi fédérale du 25 juin 1976, revisant le droit de la filiation, a donné une nouvelle teneur au premier alinéa de l'article 473 CC: «L'un des conjoints peut, par disposition pour cause de mort, laisser au survivant l'usufruit de toute la part dévolue à leurs enfants communs et aux enfants du seul disposant, conçus pendant le mariage, ainsi qu'à leurs descendants.» Le 2^e alinéa a été modifié seulement en ce sens que c'est en concours avec «ces descendants», et non avec les «descendants communs» que «cet usufruit tient lieu de droit de succession attribué par la loi au conjoint survivant». (366)

Il n'est pas question, dans la présente revision, de priver un époux de la faculté de laisser à son conjoint l'usufruit de sa succession dans l'étendue ainsi fixée. Comme par le passé, des époux pourront, en dépit de l'augmentation de la part successorale du conjoint survivant, trouver dans cette institution une solution à leurs problèmes successoraux, en permettant à ce dernier de continuer à jouir de toute la fortune du défunt – encore que l'usufruit n'exclue pas un partage de la nue-propriété entre les héritiers. (367)

Il n'y pas lieu de trancher législativement tous les problèmes que soulève l'interprétation du legs d'usufruit de l'article 473 CC. (368) Toutefois le 3^e

alinéa de cet article laisse planer une incertitude qui doit être levée. Aux termes de cette disposition, «si le conjoint survivant se remarie, son usufruit est réduit de moitié». Les auteurs divergent dans leur interprétation. (369) Le législateur doit choisir une solution.

Le principe de la réduction en cas de remariage doit être conservé. On est fondé à penser que, dans cette éventualité, le disposant n'aurait pas voulu maintenir l'avantage découlant de l'article 473, 1^{er} alinéa. Mais on ne peut pas non plus présumer qu'il aurait réduit le survivant à sa réserve; retenir légalement cette solution reviendrait à pénaliser le remariage.

La solution la plus naturelle consiste, en cas de remariage du conjoint survivant, à prendre comme référence la part de succession qui lui serait échue comme héritier. Il y a dès lors lieu de réduire son usufruit «de façon que, selon la durée présumable de son droit, sa valeur capitalisée à l'ouverture de la succession n'excède pas sa part légale en propriété». C'est de la même manière que l'article 530 CC prévoit – à titre alternatif – la réduction des libéralités d'usufruit ou de rente à concurrence de la quotité disponible.

235.3 Droits de succession et réserves héréditaires en cas de concours du conjoint survivant avec le père, la mère du défunt ou leur postérité (art. 462, ch. 2, et 471, 1^{er} al., ch. 2 et 3)

Actuellement, le conjoint survivant a droit, en concours avec le père, la mère du défunt ou leur postérité, au quart en propriété et aux trois quarts en usufruit (art. 462, 2^e al., CC). Si on augmente la part de succession du conjoint survivant en concours avec les descendants, il faut aussi la majorer quand il est en concours avec les héritiers de la deuxième parentèle. Dans la généralité des cas, en raison de la différence d'âge, les père et mère ne voient pas la fin de l'usufruit du conjoint qui a survécu à leur enfant. Ce sont, le cas échéant, leurs enfants, c'est-à-dire les frères et sœurs du défunt, qui recouvreront la pleine propriété des biens grevés de l'usufruit des trois quarts. La part successorale des parents du défunt, part hypothéquée par l'usufruit, n'a guère de raison d'être – sans parler des considérations qui militent de façon générale, contre le système des usufruits successoraux (voir remarque 362). Il reste que les père et mère qui perdent un enfant relativement jeune, déjà marié mais sans descendance, ont un titre à succéder en concours avec le conjoint survivant. A côté de la proximité du lien de parenté, on doit considérer les sacrifices qu'ils ont faits en faveur de l'enfant décédé prématurément.

En définitive, il convient de porter la part successorale du conjoint survivant aux trois quarts de la succession, le quart restant allant aux père et mère ou à leur postérité. Les parents du défunt recevront ainsi une part en propriété libre de charge, tandis que le conjoint survivant, s'il ne restera pas en possession de toute la succession, aura l'avantage d'en être propriétaire pour la plus grande partie. Si le père et/ou la mère sont précédés, les frères et sœurs du défunt recevront aussi tout de suite une part de succession, en pleine propriété.

La réserve des père et mère reste de la moitié (art. 471, 1^{er} al., ch. 2, correspondant à l'art. 471, ch. 2, CC, actuel), le conjoint survivant conservant sa réserve de la moitié (art. 471, 1^{er} al., ch. 3). En revanche, pour les raisons qui seront exposées plus loin (voir ch. 235.5), la réserve des frères et sœurs est supprimée.

Si les père et mère survivent tous deux, la situation successorale sera la suivante:

Parts successorales

Conjoint survivant: $\frac{3}{4}$ (suppression de l'usufruit complémentaire)
Père et mère (ensemble): $\frac{1}{4}$ (au lieu des $\frac{3}{4}$ grevés de l'usufruit)

Réserves

Conjoint survivant: $\frac{3}{8}$ (au lieu de $\frac{1}{4}$)
Père et mère (ensemble): $\frac{1}{8}$ (au lieu des $\frac{3}{8}$ grevés de l'usufruit)

Quotité disponible $\frac{4}{8}$ ou $\frac{1}{2}$ (au lieu de $\frac{3}{8}$)

Si un des parents est prédécédé, sa part de $\frac{1}{8}$ échoira aux frères et sœurs, mais ceux-ci ne seront pas protégés par la réserve. Le total des réserves sera de $\frac{7}{16}$ ($\frac{1}{16} + \frac{3}{8}$), et la quotité disponible de $\frac{9}{16}$ ($1 - \frac{7}{16}$).

Si les père et mère sont prédécédés, leur part d'un quart reviendra aux frères et sœurs, mais ne bénéficiera pas de la réserve héréditaire. La quotité disponible sera de $\frac{5}{8}$ ($1 - \frac{3}{8}$).

235.4 Droits de succession en cas de concours du conjoint survivant avec des grands-parents ou leur postérité (art. 462, ch. 3)

Actuellement, le conjoint survivant a droit, en concours avec des grands-parents ou leur postérité, à la moitié en propriété et à l'autre moitié en usufruit (art. 462, 2^e al., CC). En face de ces membres de la troisième parentèle – grands-parents paternels et maternels, oncles, tantes, cousins, cousines, etc. – il convient de donner la priorité au conjoint survivant. Le lien d'alliance qui unit les époux doit l'emporter sur des liens de parenté relativement éloignés et aujourd'hui distendus. Dès lors, l'article 462, chiffre 3, dispose que le conjoint survivant a droit «à défaut du père, de la mère ou de leur postérité, à la succession tout entière».

235.5 Suppression de la réserve des frères et sœurs (abrogation de l'art. 471, ch. 3 et de l'art. 472 CC)

Selon l'article 471, chiffre 3, CC, la réserve est, pour chacun des frères et sœurs, du quart de son droit de succession. Cependant l'article 472 CC a sacrifié ici le principe de l'unification du droit privé, en autorisant les cantons «à supprimer la réserve des frères et sœurs, ou à étendre cette réserve aux descendants de

frères et sœurs, pour les successions de ceux de leurs ressortissants qui ont eu leur dernier domicile dans le territoire cantonal». On sait que l'interprétation de cette dernière disposition a soulevé de sérieuses difficultés tant en droit intercantonal qu'en droit international privé.

Aujourd'hui, près de 70 ans après l'entrée en vigueur du Code civil, les liens de famille se sont fortement distendus (voir ch. 162). On n'accepte de restrictions à la liberté de tester qu'au bénéfice de la famille la plus étroite, qui s'étend tout au plus jusqu'aux père et mère. Au-delà, l'institution de réserves héréditaires ne correspond plus au sentiment juridique de la population dans son ensemble. C'est ce qu'on peut admettre pour tout le territoire de la Confédération sans qu'il y ait lieu de réserver à cet égard la compétence exceptionnelle des cantons de légiférer en droit privé.

Aussi vous proposons-nous d'abroger l'article 471, chiffre 3, et l'article 472 CC. Cette décision entraîne la suppression, dans l'énumération des héritiers réservataires figurant à l'article 470, 1^{er} alinéa, CC, de la mention des frères et sœurs.

235.6 Suppression des usufruits légaux des arrière-grands-parents, des grands-oncles et des grand-tantes (abrogation de l'art. 460, 2^e et 3^e al., CC)

L'article 460, 2^e alinéa, CC, accorde aux arrière-grands-parents «l'usufruit de la part qui eût été dévolue à leurs descendants s'ils avaient survécu». Selon le 3^e alinéa, «cet usufruit, en cas de prédécès, passe aux grands-oncles et grand-tantes du défunt».

Aucun cas d'application de ces usufruits n'est venu à la connaissance du Conseil fédéral. De toute façon, le développement de la prévoyance professionnelle et sociale, comme des institutions en faveur de la vieillesse, ne fait plus ressentir le besoin de ces usufruits légaux. Aussi le projet ne fait-il que maintenir le 1^{er} alinéa de l'article 460, selon lequel, «parmi les parents, les derniers héritiers sont les grands-parents et leur postérité». Il y a lieu de supprimer, dans l'article 466, la réserve de l'usufruit des arrière-grands-parents, des grands-oncles et des grand-tantes.

235.7 Conséquences de la suppression des usufruits légaux (abrogation des art. 463, 464, 561 et 747 CC)

La suppression des usufruits légaux, alternatifs ou cumulatifs, du conjoint survivant rend sans objet les articles 463 et 464 CC sur la conversion de l'usufruit en rente et les sûretés en faveur des cohéritiers.

L'article 561 CC sur le mode d'acquisition des usufruits légaux du conjoint survivant, des arrière-grands-parents, des grands-oncles et des grand-tantes perd aussi son champ d'application. Il en va de même de l'article 747 CC sur la constitution des usufruits légaux. Toutes ces dispositions doivent être abrogées.

235.8 Attribution dans le partage, du logement et du mobilier de ménage au conjoint survivant
(art. 612a)

Dans la liquidation du régime de participation, l'article 216 du projet accorde au conjoint survivant le droit de se faire attribuer, en imputation sur sa créance de participation, la maison ou l'appartement qu'occupaient les époux, et/ou tout ou partie du mobilier de ménage; le survivant peut aussi se faire attribuer l'usufruit de la maison ou de l'appartement ou un droit d'habitation. Dans le partage de la communauté, l'article 241 reconnaît de même au conjoint survivant de tels droits d'attribution en imputation sur sa part aux biens communs.

Pour des raisons semblables à celles qui ont inspiré ces dispositions (voir ch. 222.552 et 223.73), nous vous proposons d'introduire aussi dans le droit des successions une règle analogue pour le cas où le logement ou le mobilier de ménage sont compris dans la succession (art. 612a).

Le droit d'attribution matrimonial ne rend pas superflue la règle successorale proposée. D'abord, il se peut que les époux aient vécu sous le régime de la séparation de biens. Ensuite, il est possible qu'au moment de la liquidation du régime de participation aux acquêts ou du régime de communauté, le survivant n'ait pas pu ou pas voulu exercer son droit d'attribution, parce qu'il n'avait pas de créance de participation, parce que sa créance ou sa part de liquidation était trop peu importante en regard de la soulte à payer, ou pour toute autre raison.

Inversement, le droit d'attribution successoral ne fait pas perdre son intérêt aux règles matrimoniales des articles 216 et 241. Le conjoint survivant peut ne pas venir au partage parce qu'il a renoncé à sa qualité d'héritier par pacte successoral ou parce qu'il a répudié la succession. De plus, s'il est sursis au partage (art. 604, 2^e al., 605, 1^{er} al., CC), l'application de l'article 612a sera aussi différée. Enfin, il appartiendra au de cujus d'écarter par testament la règle de partage successorale, tandis que les époux ne pourront pas déroger, par contrat de mariage, à la règle impérative des articles 216 et 241 du projet. En outre, le conjoint survivant est également exclu du partage quand le de cujus lui a attribué l'usufruit entier et qu'il a accepté ce legs.

Mais le droit d'attribution prévu par l'article 612a sera aussi primé par les règles du droit successoral paysan (2^e al.).

235.9 Modification d'autres dispositions du droit des successions

235.91 Frais d'éducation d'enfants non élevés
(art. 631, 2^e al., texte allemand)

Il ne s'agit que d'une modification rédactionnelle dans le texte allemand.

235.92 Conventions sur parts héréditaires (art. 635, 1^{er} al.)

Selon l'article 635, 1^{er} alinéa, CC, «la forme écrite est nécessaire pour les cessions de droits successifs entre cohéritiers, ainsi que pour les contrats passés entre père et mère et leurs enfants au sujet de la part échue à ces derniers du chef de leur auteur prédécédé».

Il ne peut s'agir que du cas où le conjoint survivant a choisi l'usufruit de la moitié et où il passe contrat avec ses enfants; si le père ou la mère a opté pour le quart en propriété, il est héritier et la cession de droits successifs à laquelle il est partie est faite «entre cohéritiers» au sens du premier membre de phrase.

(370) Comme le projet supprime le droit d'option du conjoint survivant, l'hypothèse visée par le second membre de phrase ne peut pas se réaliser; il convient donc de le biffer. (371)

24 Droit transitoire

241 Effets généraux du mariage

241.1 Le droit transitoire du code civil du 10 décembre 1907 (372)

Selon l'article 8, 1^{er} alinéa, du titre final, «la célébration et la dissolution du mariage, ainsi que *les effets du mariage relatifs à la personne des époux*, sont régis par la loi nouvelle dès l'entrée en vigueur du code civil». Cette règle se présente essentiellement comme une application de l'article 3 du titre final, aux termes duquel «les cas réglés par la loi indépendamment de la volonté des parties sont soumis à la loi nouvelle, après l'entrée en vigueur du code civil, même s'ils remontent à une époque antérieure». (373) Par «effets relatifs à la personne des époux», l'article 8, 1^{er} alinéa, vise les effets généraux du mariage régis par les articles 159 à 177 CC. (374) Dès le 1^{er} janvier 1912, ces dispositions se sont appliquées à toutes les unions célébrées avant cette date sous l'empire du droit cantonal, comme aux unions célébrées depuis. Mais seuls, en principe, sont soumis au droit nouveau les effets d'un mariage antérieur qui se sont produits après le 1^{er} janvier 1912: les effets «personnels» qui se rattachent à des faits antérieurs à cette date continuent à relever de l'ancien droit cantonal, conformément au principe de non-rétroactivité de l'article 1^{er}, 1^{er} alinéa, du titre final. (375)

241.2 Le droit transitoire du projet (art. 8, 1^{er} al., titre final)

241.21 Le principe

La nouvelle loi ne peut que consacrer en la matière le principe de l'application immédiate du nouveau droit. Il suffit à cet effet de reproduire le 1^{er} alinéa de l'article 8 du titre final, en remplaçant l'expression «effets du mariage relatifs à la personne des époux» par les mots «effets généraux du mariage». Les effets du rapport de droit de la famille ont leurs racines principalement dans la

conception morale de la communauté de personnes pour laquelle la loi est édictée. Il se justifie par conséquent de juger les effets futurs d'après le nouveau droit. «Car l'application simultanée de droits différents aux personnes appartenant à la même communauté de droit irait dans ce domaine à l'encontre de la conscience juridique populaire» (trad.) (376)

L'article 8, 1^{er} alinéa, concernera désormais et le passage des anciens droits cantonaux au Code civil de 1907 et le passage des règles de ce code sur les effets généraux du mariage aux règles correspondantes de la loi nouvelle, c'est-à-dire aux articles 159 à 180.

241.22 Principales applications

241.221 Nom de la femme

Après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la femme mariée pourra user des facultés que lui accorde l'article 160, 2^e alinéa, en faisant «suivre le nom de famille du nom qu'elle portait jusqu'alors ou avant un précédent mariage, ou encore de faire précéder son ancien nom à condition que le nom de famille demeure reconnaissable comme tel». En revanche, la disposition n'aura pas d'effet rétroactif; ainsi la femme mariée ne pourra demander la rectification d'une inscription dans des registres publics où elle figure sous le seul nom de son mari, mais dans lesquels elle pourrait se servir désormais de son double nom (voir ch. 212.1).

Les nouveaux articles 149, 2^e alinéa, et 134, 2^e alinéa, s'appliqueront désormais à la femme divorcée ou à la femme dont le mariage, contracté de bonne foi, aura été annulé: elles conserveront le nom de famille qu'elles auront acquis par le mariage si le jugement de divorce ou de nullité est passé en force après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle; elles auront aussi la faculté de reprendre le nom qu'elles portaient avant de se marier ou avant un précédent mariage. Les femmes divorcées ou dont le mariage aura été annulé antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle garderont le nom de famille qu'elles auront repris conformément aux articles 149 et 134 du Code civil en vigueur.

241.222 Suppression de l'autorité maritale

Dès l'entrée en vigueur de la loi, le mari ne sera plus le «chef de l'union conjugale» selon l'article 160, 1^{er} alinéa, du Code civil de 1907. Cependant les décisions prises par le mari dans l'exercice de l'autorité qui lui appartient ne pourront être remises en cause si elles avaient par elles-mêmes un caractère définitif; ainsi en sera-t-il du choix d'un prénom pour l'enfant.

241.223 Demeure commune; domicile de la femme mariée et de l'enfant sous autorité parentale

Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le mari ne pourra plus fixer unilatéralement la *demeure commune* (cf. art. 160, 2^e al., actuel et art. 162). Il

n'y aura plus de *domicile légal de la femme mariée* (art. 25, 1^{er} al., actuel) et celle-ci pourra se constituer un domicile propre en dehors des conditions de l'article 25, 2^e alinéa, en vigueur. Il pourra s'ensuivre que le domicile de quelques femmes mariées change. (377)

Le nouvel article 25, 1^{er} alinéa, sur le domicile de l'enfant sous autorité parentale s'appliquera aussi immédiatement. Il pourra en résulter un changement de domicile pour des enfants, lorsque le père et la mère n'auront pas le même domicile, ou lorsque ni l'un ni l'autre n'auront la garde de l'enfant.

241.224 Contribution des époux à l'entretien de la famille

La règle de la contribution proportionnelle des époux à l'entretien de la famille (art. 163) s'appliquera immédiatement à toutes les unions, mais sans effet pour le passé. Il en ira de même pour le droit de l'«époux au foyer» à un montant équitable (art. 164). Enfin un époux ne pourra élever de prétentions à raison de sa contribution extraordinaire à l'entretien de la famille (art. 165) qu'à raison de prestations faites depuis l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. (378) Il n'y a pas lieu de reconnaître à ces règles un effet rétroactif, les bonnes mœurs et l'ordre public au sens de l'article 2 du titre final n'étant pas en cause.

241.225 Représentation de l'union conjugale

Les règles de l'article 166 s'appliqueront à toutes les unions dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Les effets des actes accomplis antérieurement par le mari ou par la femme dans la représentation de l'union conjugale demeurent soumis à l'ancien droit.

Désormais, le mari ne pourra plus retirer les pouvoirs de sa femme (art. 164 CC), même pour des actes accomplis sous l'ancien droit; il pourra, le cas échéant, s'adresser au juge (art. 174).

Si, avant l'entrée en vigueur de la loi, le mari a retiré tout ou partie des pouvoirs de la femme, ce retrait deviendra caduc pour l'avenir. Eventuellement, il appartiendra au mari de solliciter à temps une mesure du juge dès l'entrée en vigueur de la loi.

241.226 Profession et industrie d'un époux

L'article 167 CC cessera immédiatement de s'appliquer pour faire place à l'article 167. Une éventuelle publication de la défense faite par le mari (art. 167, 3^e al., CC) deviendra caduque. En revanche, une défense du mari antérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle continuera à produire ses effets sur les actes juridiques antérieurs que la femme aura accomplis en relation avec sa profession ou son industrie (cf. art. 208, 1^{er} al., ch. 2, et

art. 221, 1^{er} al., ch. 2, CC). Les conséquences de ces actes sur la liquidation matrimoniale relèveront du droit transitoire en matière de régimes (voir ch. 242.53).

241.227 Actes juridiques des époux -

241.227.1 Dans les rapports avec les tiers

Le droit transitoire du régime matrimonial (voir ch. 242.51) s'applique au pouvoir du mari d'ester en justice relativement aux apports de la femme (art. 168, 2^e al., CC).

Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, une femme mariée pourra contracter des obligations envers un tiers dans l'intérêt de son mari (abrogation de l'art. 177, 3^e al., CC). Les engagements antérieurs, qui auraient dû être approuvés par l'autorité tutélaire et qui ne l'ont pas été, demeureront nuls, en dépit du fait que désormais ils ne dépendraient plus d'une approbation.

La liberté de disposer des droits dont dépend le logement de la famille sera restreinte pour l'époux qui en est titulaire (art. 169) dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. La restriction s'appliquera aux baux déjà conclus comme à la propriété de la maison de famille ou de l'appartement qu'un époux aura déjà acquis. En revanche, une résiliation antérieure émanant d'un époux seul, comme des actes de disposition précédemment accomplis par l'époux propriétaire, ne seront pas remis en cause. L'article 271a CO s'appliquera aussi, pour le bailleur, aux baux existants.

241.227.2 Les rapports des époux entre eux

L'article 177, 2^e alinéa, CC, est lié au régime matrimonial. Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, il cessera de s'appliquer aux actes juridiques entre époux relatifs aux apports de la femme dans l'union des biens, puisque ce régime fera place au régime de la participation aux acquêts (art. 9b). Mais les actes juridiques antérieurs qui auraient dû être approuvés par l'autorité tutélaire et ne l'ont pas été, demeureront nuls. Quant aux époux qui auront décidé de rester soumis à leur ancien régime de l'union des biens (art. 9e) ou à leur régime conventionnel de communauté (art. 10 [nouveau]), leurs actes juridiques relatifs aux apports de la femme ou aux biens communs, ne seront plus sujets à l'approbation de l'autorité tutélaire. Le titre cinquième du Code civil de 1907 sur les effets généraux du mariage sera abrogé dans son ensemble et, avec lui, l'article 177, 2^e alinéa, instituant une incapacité partielle des époux. De même, en vertu du droit transitoire relatif au régime matrimonial, les modifications d'un contrat conclu sous l'ancien droit ne seront pas non plus soumises à l'approbation de l'autorité tutélaire (voir ch. 242.4).

L'article 170 sur le devoir de renseigner sera immédiatement applicable. Les renseignements demandés pourront concerner même le passé, s'ils sont nécessaires pour informer un époux sur l'état actuel des revenus, des biens et des dettes de son conjoint.

Il deviendra tout de suite possible pour un époux d'exercer des *poursuites contre son conjoint*, même pour des dettes antérieures à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Le projet n'a pas repris la règle de l'article 175, 1^{er} alinéa, CC, selon laquelle «en cas d'insuffisance des biens d'un conjoint poursuivi par voie de saisie, ses créances contre l'autre époux deviennent *exigibles* ...» (voir ch. 217.323). Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, aucune créance d'un époux contre l'autre, dérivant d'un titre quelconque, ne deviendra exigible du simple fait de l'insuffisance des biens de l'époux poursuivi par voie de saisie.

241.228 Protection de l'union conjugale

Les mesures protectrices applicables seront désormais celles des articles 171 à 180, même si les faits qui peuvent les justifier remontent en partie à une période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Les décisions rendues par le juge en vertu de l'article 170 CC pour la suspension de la vie commune (y compris les mesures relatives aux enfants, au logement et au mobilier de ménage) et en vertu de l'article 171 CC (mesures relatives aux débiteurs des époux) demeurent en force, sous réserve des faits nouveaux qui justifient leur modification par le juge (art. 179, 1^{er} al.) ou qui entraînent leur caducité de plein droit (art. 179, 2^e al.). (379)

Dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le juge pourra ordonner les restrictions du pouvoir de disposer prévues par l'article 178, même pour des faits antérieurs ou des obligations pécuniaires préexistantes.

242 Régime matrimonial

242.1 Le droit transitoire du Code civil du 10 décembre 1907 (380)

Ce droit est axé sur la distinction entre le régime interne et le régime externe. (381) Le système est le suivant:

242.11 Régime interne

Dans leurs rapports entre eux, les époux mariés avant le 1^{er} janvier 1912 demeurent en principe soumis, après l'entrée en vigueur du Code civil, aux règles de l'ancien droit de famille qui les régissait (art. 9, 1^{er} al., titre final). Il s'agit des dispositions proprement matrimoniales, ainsi que des dispositions que les cantons font rentrer dans le droit matrimonial. Le régime interne vise les droits et obligations des époux entre eux, ainsi que les rapports d'un époux avec les héritiers de l'autre. (382) Il comprend notamment la responsabilité du mari comme administrateur des apports de la femme, le droit de celle-ci d'exiger des sûretés, la question des récompenses, et surtout la liquidation du régime; cependant, à cet égard, les articles 154 et 189 CC, s'appliquent en cas de divorce et de séparation de biens.

Ce cas mis à part, l'article 9, 1^{er} alinéa *in fine*, excepte les règles concernant le régime légal extraordinaire, les biens réservés et le contrat de mariage.

De plus, les époux ont la faculté, par une déclaration écrite adressée conjointement à l'autorité compétente, de «soumettre au droit nouveau le règlement entre eux de leurs intérêts pécuniaires» (art. 9, 3^e al.). (383) Enfin, un contrat de mariage passé avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeure toujours valable dans les rapports entre époux (art. 10, 1^{er} al., 1^{re} phrase).

242.12 Régime externe

A l'égard des tiers, les époux mariés avant 1912 sont en principe soumis au droit nouveau, c'est-à-dire au régime de l'union des biens (art. 9, 2^e al., 1^{er} phrase, titre final). Ce régime externe vise la situation d'un époux envers les tiers, notamment envers ses créanciers ou les créanciers de l'autre époux. Il s'applique notamment au pouvoir d'un époux de disposer d'un bien matrimonial, à la responsabilité pour les dettes, à la garantie des droits des créanciers.

Au principe de l'application du nouveau droit au régime externe, le titre final apporte deux exceptions :

- Avant l'entrée en vigueur du Code civil, les époux peuvent déclarer conjointement par écrit qu'ils s'en tiennent à leur régime antérieur et faire inscrire cette déclaration dans le registre des régimes matrimoniaux (art. 9, 2^e al., titre final).
- Le contrat de mariage qui régit les époux entre eux peut être rendu opposable aux tiers par son inscription au registre des régimes matrimoniaux (art. 10, 1^{er} al., 2^e phrase, et 2^e al., titre final).

L'article 11 du titre final assure la garantie des droits des tiers en déclarant applicables aux modifications déterminées par l'entrée en vigueur du Code civil les règles relatives au changement de régime matrimonial (référence à l'art. 188 CC).

242.2 Les principes du nouveau droit transitoire du projet

Le projet du Conseil fédéral du 3 mars 1905 prévoyait, dans l'article 1781, que les effets du mariage touchant au régime matrimonial sont soumis au droit nouveau dès l'entrée en vigueur du Code civil. Cette règle était en accord avec le principe fondamental de l'article 3 du titre final : en effet, pour autant que les parties ne règlent pas leurs intérêts pécuniaires par un contrat de mariage, leur régime devrait être déterminé indépendamment de leur volonté et devrait donc être soumis à la loi nouvelle, sans distinguer entre leurs rapports internes et leurs relations avec les tiers. (384)

L'Assemblée fédérale n'a pas suivi le Conseil fédéral en ce qui concerne le régime interne. Elle a été guidée par l'idée de la sauvegarde des droits acquis et s'est appuyée sur la solution admise en droit international privé suisse. (385) Cette dérogation au principe de l'effet immédiat du droit nouveau en matière de personnes et de famille semble procéder de l'idée que le régime matrimonial ordinaire repose sur une volonté présumée : puisque les époux n'ont pas écarté le système légal, celui-ci aurait un caractère contractuel qu'il faudrait respecter sous le droit nouveau.

Cette conception d'une volonté hypothétique des époux doit être tenue aujourd'hui pour dépassée. (386) La concordance avec le droit international privé ne peut plus être invoquée. Il est très douteux que la révision de la loi fédérale sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour se fonde encore sur la distinction entre le régime interne et le régime externe. (387) En droit transitoire comme en droit international, cette distinction soulève, dans la pratique, de sérieuses difficultés d'interprétation. Le projet l'a abandonnée pour le droit national, en supprimant l'institution du registre des régimes matrimoniaux (voir ch. 221.8), sous réserve de la protection des tiers de bonne foi. Le système des articles 9 et 10 du titre final du Code civil de 1907 ne pourrait être maintenu que si l'on conserve, pour les seuls besoins du droit transitoire et pour une durée indéterminée, le lourd appareil du registre matrimonial. Cela ne se justifie pas.

Pour ces raisons, nous vous proposons de revenir à la solution préconisée par le Conseil fédéral en 1905, en prévoyant que le régime matrimonial des époux mariés à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle sera en principe soumis au droit nouveau sous tous les rapports (art. 9a). Cela implique au premier chef le remplacement du régime ordinaire de l'union des biens par le nouveau régime ordinaire de la participation aux acquêts dans les rapports des époux entre eux et avec les tiers (art. 9b à 9d). Cependant il convient, à certaines conditions, de permettre aux époux de demeurer soumis au régime de l'union des biens (art. 9e). De même, les époux doivent pouvoir rester régis par le contrat de mariage qu'ils ont conclu avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi (nouvel art. 10).

242.3 Régime matrimonial des époux mariés avant le 1^{er} janvier 1912 (nouvel art. 9, titre final)

Le régime de ces époux qui se sont mariés sous l'empire du droit cantonal relève encore de l'ancien droit transitoire.

L'article 9 (*nouveau*) dispose que les effets pécuniaires de leur mariage sont régis par les dispositions du Code civil du 10 décembre 1907 sur l'application du droit ancien et du droit nouveau. Le renvoi concerne les articles 9 à 11 du titre final actuellement en vigueur. Il est possible qu'en cas de décès d'un de ces époux mariés avant 1912, le régime matrimonial ne soit pas encore liquidé à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

242.4 Régime matrimonial des époux mariés après le 1^{er} janvier 1912 (nouvel art. 9a, titre final)

Il faut mettre à part le cas des époux mariés après le 1^{er} janvier 1912 mais *dont l'union a été dissoute avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle*. Le régime matrimonial de ces époux reste soumis à l'ancien droit, c'est-à-dire aux dispositions du Code civil de 1907 relatives au régime matrimonial (art. 9a, 2^e al.).

Les dispositions transitoires de la loi nouvelle s'appliquent aux époux qui sont encore mariés à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Selon ces dispositions, «le régime matrimonial de ces époux est, sauf disposition contraire, soumis au droit nouveau» (art. 9a, 1^{er} al.).

Le principe s'applique aux dispositions générales sur le régime matrimonial (art. 181 à 195). Ainsi en sera-t-il des règles sur le contrat de mariage, même pour les modifications des anciens régimes maintenus sous la loi nouvelle (art. 9e [nouveau] et 10). L'application immédiate s'étendra, en règle générale, aussi au régime extraordinaire (sous réserve des règles spécifiques des anciens régimes), à la séparation de biens consécutive à la séparation de corps, à la protection des créanciers, au for des actions en liquidation du régime matrimonial, à l'administration des biens d'un époux par l'autre, à la suppression des biens réservés (sauf pour les anciens régimes), à la suppression de l'approbation officielle pour les contrats de mariage, à l'abolition du registre des régimes matrimoniaux, même en ce qui concerne les anciens régimes.

Il va sans dire que, dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, les époux peuvent écarter le régime ordinaire de la participation aux acquêts, en adoptant, par contrat de mariage, un régime de communauté ou le régime de la séparation du nouveau droit.

242.5 Passage de l'union des biens au régime de la participation aux acquêts (nouveaux art. 9b à 9d, titre final)

242.51 En général

Conformément au principe de l'article 9a, 1^{er} alinéa, l'article 9b, 1^{er} alinéa, dispose que «les époux qui étaient jusqu'alors mariés sous le régime de l'union des biens sont soumis au régime de la participation aux acquêts dans leurs rapports entre eux et avec les tiers». Il s'agira, dans la presque totalité des cas, d'époux qui n'ont pas adopté un régime conventionnel et ne sont pas soumis au régime extraordinaire de la séparation de biens. Mais la disposition vise aussi des époux qui avaient choisi le régime de la communauté de biens ou celui de la séparation de biens et qui, par contrat de mariage, se sont ensuite soumis au régime de l'union des biens. Il n'y a pas lieu de les traiter différemment des époux mariés sous le régime subsidiaire de l'union des biens. Ils auraient pu tout aussi bien abolir sans plus leur régime conventionnel et se seraient trouvés placés sous le régime légal ordinaire, comme des époux qui, avant la célébration, n'ont pas conclu de contrat de mariage. Le projet ne les considère donc pas comme des époux liés par un contrat de mariage, au sens du nouvel article 10 du titre final.

Par l'effet de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, les époux seront désormais placés d'abord entre eux, quant à la propriété de leurs biens, à la gestion de ceux-ci, à leurs dettes réciproques et à la liquidation consécutive à la dissolution, sous le régime de la participation aux acquêts.

Leurs relations avec les tiers seront dorénavant aussi soumises aux règles de ce nouveau régime. En particulier, les dettes de la femme seront garanties par tous ses biens, sans aucune distinction entre elles.

Le changement de régime que détermine l'entrée en vigueur de la loi nouvelle devrait entraîner une liquidation de l'ancienne union des biens. Cette liquidation comporterait la dissociation des patrimoines des époux (reprises), le décompte des dettes réciproques, la détermination des acquêts nets du mari en vue de dégager le bénéficiaire ou le déficit, l'établissement du compte de chaque époux. Les biens retirés par le mari et la femme de cette liquidation, y compris les créances d'un époux contre l'autre, en particulier la créance de bénéfice de la femme, seraient apports, c'est-à-dire biens propres dans le nouveau régime de participation aux acquêts (art. 197, ch. 2).

Mais il est déjà apparu à la commission d'étude qu'une telle liquidation préalable n'est pas indispensable. Dans la grande généralité des cas, elle ne serait pas souhaitée par les époux. On ne saurait exiger d'eux qu'ils l'entreprennent avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Sans doute pourrait-on prévoir que la liquidation devrait avoir lieu dans un certain délai après l'entrée en vigueur de la loi; passé le délai légal, la liquidation se ferait, pour toute la durée du mariage, selon les règles du régime de participation. Mais une liquidation entreprise à temps peut se prolonger au-delà de ce délai, de telle sorte qu'il faudrait tout à coup liquider d'après le nouveau droit. De plus, en cas de dissolution du mariage dans l'intervalle, par le décès ou le divorce, il faudrait procéder à deux liquidations: l'une, pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi; l'autre, pour la période qui se serait écoulée depuis ce moment-là jusqu'au décès ou au divorce, puisque dans cette période les époux auraient été soumis au nouveau droit.

Une telle solution paraît trop compliquée. Pour cela, le Conseil fédéral, suivant la commission d'experts, propose une solution différente.

Les époux qui étaient mariés sous le régime de l'union des biens sont tout de suite soumis au nouveau régime de la participation aux acquêts. Les biens matrimoniaux et les biens réservés qu'ils possédaient jusqu'alors sont, selon leur caractère, convertis en biens propres et acquêts du nouveau droit (art. 9b, 2^e al.). La femme reprend immédiatement l'administration, la jouissance et la disposition de ses biens, aussi par rapport aux tiers. Les époux sont déjà pleinement soumis, dans leurs relations réciproques, notamment en ce qui concerne leurs dettes, aux règles du nouveau régime qui s'appliquent jusqu'à la dissolution. A ce moment-là, la liquidation se fait en principe, pour toute la durée de l'ancien et du nouveau régime, selon les règles de la participation aux acquêts; mais chaque époux a la faculté d'exiger que la liquidation se fasse selon l'ancien régime de l'union des biens (art. 9d).

242.52 Sort des biens

(nouveaux art. 9b, 2^e et 3^e al., et 9c, titre final)

L'entrée en vigueur de la nouvelle loi détermine d'abord un changement de qualification des biens qui sont la propriété des époux. Ces biens deviendront propres ou acquêts selon le caractère que leur attribue le projet (art. 9b, 2^e al.). Les apports de l'un et de l'autre époux (art. 194 et 195 CC) seront des biens propres (art. 197, ch. 2). Ce sera aussi le cas de leurs effets personnels (art. 197,

ch. 1) et de leurs créances en réparation du tort moral (art. 197, ch. 3). Les économies réalisées par la femme sur le produit de son travail (art. 191, ch. 3, CC) entreront dans ses acquêts. Les biens de la femme qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie (art. 191, ch. 2, CC), comme les biens du mari qui ont la même affectation, seront biens propres ou acquêts dans leur patrimoine selon qu'ils leur appartenaient ou non au début du régime de l'union des biens ou qu'ils leur sont ou non échus dans la suite par succession ou à quelque autre titre gratuit.

Les sommes versées à un époux par des institutions de prévoyance en faveur du personnel ou par des institutions d'assurance ou de prévoyance sociale, ainsi que les dommages-intérêts dus à raison d'une incapacité de travail (art. 198, ch. 2 et 3), entrent dans leurs acquêts, qu'il s'agisse d'économies réalisées sur ces montants ou d'un capital encore représenté ou remployé. Les revenus non consommés de biens qui ont désormais le caractère de propres sous le nouveau régime appartiennent aux acquêts; les revenus afférents aux anciens apports de la femme, qui sont entrés dans la propriété du mari en raison de sa jouissance légale, lui restent acquis, tout en conservant dans son patrimoine le caractère d'acquêts sujets à la péréquation. Les biens réservés constitués par contrat de mariage (art. 190, 1^{er} al., CC) deviennent des biens propres, quelle que soit leur origine (art. 9b, 2^e al., 2^e phrase): les époux ont en effet manifesté qu'ils les sortaient des biens matrimoniaux. Quant aux biens réservés provenant de libéralités de tiers, ils ont, à ce titre, le caractère de biens propres (art. 197, ch. 2).

Ensuite, la femme «reprend . . . la propriété de ses apports passés dans la propriété du mari» (art. 9b, 3^e al.). Il s'agit essentiellement des titres au porteur non individualisés de la femme qui appartiennent au mari en vertu de l'article 201, 3^e alinéa, CC, ainsi que, le cas échéant, des apports passés dans la propriété du mari en vertu d'un contrat de mariage stipulant l'unité des biens (art. 199 CC). Le changement de régime a ici le même effet que la séparation de biens légale ou judiciaire (art. 189, 1^{er} al., CC) ou que la liquidation des biens en cas de divorce (art. 154, 1^{er} al., CC en vigueur). Si ces apports ne sont pas représentés, la femme exercera la récompense correspondante, conformément à l'ancien droit.(388)

Sur les biens qui lui font retour, comme sur ses apports désormais libérés de l'administration et de la jouissance du mari, la femme recouvre sa liberté de propriétaire, selon les règles de la participation aux acquêts (art. 201).

Cependant les apports de la femme administrés par le mari ou devenus sa propriété peuvent n'être pas représentés à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Il convient alors de ne pas priver la femme de la protection dont elle jouissait sous l'empire du Code civil de 1907. C'est pourquoi l'article 9c prévoit que «les dispositions de l'ancienne loi sur la créance de la femme du chef de ses apports non représentés dans l'exécution forcée contre le mari demeurent applicables pendant cinq ans dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle». Il s'agit des articles 210 et 211 du Code civil en vigueur.

Enfin, l'entrée en vigueur du nouveau régime rendra exigibles les dettes entre les époux qui ne l'étaient pas en vertu du régime de l'union des biens: il s'agit des récompenses nées du chef des anciens apports de l'un ou l'autre époux

(art. 209, 1^{er} al., CC). (389) En effet, selon l'article 203, 1^{er} alinéa, le régime n'exerce pas d'influence sur l'exigibilité des dettes entre les époux. En revanche la créance afférente à la plus-value d'un bien n'est exigible qu'à la liquidation, à moins que le bien n'ait été aliéné auparavant (art. 206, 1^{er} et 2^e al.). (390) Les récompenses entre biens propres et acquêts d'un même époux ne sont échus qu'à la liquidation (art. 209). L'application du nouveau droit aux dettes entre époux antérieures à l'entrée en vigueur de la loi permettra à l'époux débiteur de solliciter des délais de paiement conformément à l'article 203, 2^e alinéa (voir en outre art. 11 [nouveau] sur le règlement de dettes en cas de liquidations matrimoniales; voir également ch. 242.7).

242.53 Liquidation du régime sous l'empire de la loi nouvelle (nouvel art. 9d, titre final)

Après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la liquidation se fait entre les époux pour toute la durée de l'ancien et du nouveau régime ordinaire selon les règles de la participation aux acquêts (art. 9d, 1^{er} al., début). Cela signifie que les époux seront censés avoir toujours vécu, même avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, sous le régime de la participation aux acquêts. Les masses de biens auront déjà été reconstituées selon les règles de ce régime (art. 9b). Il ne s'agit plus que d'appliquer à la dissolution et à la liquidation entre les époux les dispositions des articles 204 à 216. Cependant l'effet rétroactif des règles sur la liquidation ne peut concerner que les époux et leurs héritiers: l'article 217 sur l'action contre le tiers n'est pas applicable aux aliénations antérieures à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Au principe énoncé par l'article 9d, 1^{er} alinéa, la suite de la disposition apporte trois réserves ou exceptions:

- D'abord, il faut naturellement réserver le cas où les époux, à la date de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, ont déjà liquidé leur régime de l'union des biens d'après les règles qui lui étaient applicables (art. 9d, 1^{er} al., *in fine*). Ce que chaque époux retirera de cette liquidation sera bien propre dans le nouveau régime.
- Ensuite, l'application rétroactive des nouvelles règles sur la liquidation à l'union des biens ne doit pas pouvoir être imposée à un époux qui tient à ce que ce régime soit liquidé conformément aux règles qui le régissaient. L'article 9d, 2^e alinéa, permet à chaque époux d'obtenir ce résultat en signifiant sa volonté à son conjoint avant l'entrée en vigueur de la loi. Pour garantir le sérieux de cette déclaration et en assurer la preuve, le projet exige qu'elle soit reçue en la forme authentique. La conséquence est que les époux procèdent, pour la période située entre la conclusion du mariage et l'entrée en vigueur du nouveau droit, à la liquidation de leur régime de l'union des biens conformément aux règles du Code civil de 1907. En revanche, depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit et jusqu'à la dissolution du régime, les époux sont soumis aux dispositions sur la participation aux acquêts; pour

cette période, ce sont donc les dispositions correspondantes qui s'appliquent à la liquidation de leur régime.

- Enfin, l'article 9*d*, 3^e alinéa, vise le cas où le régime matrimonial est dissous par suite d'une demande formée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Ainsi, une action en divorce a été introduite sous l'empire du régime matrimonial du Code civil de 1907 et n'a été admise qu'après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Le projet dispose que la liquidation aura aussi lieu conformément à la loi ancienne. Les anciens articles 154, 1^{er} et 2^e alinéas, et 189, 1^{er} et 2^o alinéas, CC, seront applicables.

242.54 Maintien conventionnel de l'union des biens (nouvel art. 9*e*, titre final)

Les époux qui vivaient sous le régime de l'union des biens doivent pouvoir décider, d'un commun accord, de rester soumis à ce régime. Contrairement au droit transitoire actuel où le maintien de l'ancien régime était légal du moins dans les rapports internes (art. 9, 1^{er} al., titre final, CC 1907), les époux doivent manifester leur volonté dans ce sens. A cet égard, on ne doit pas se contenter d'une simple déclaration conjointe adressée à une autorité (art. 9, 3^e al., titre final, CC 1907; voir ch. 242.11). La décision des époux de maintenir l'union des biens est importante pour eux et pour leurs héritiers, sans parler des tiers. Il faut qu'ils en mesurent pleinement les conséquences, et ne se déterminent pas sur la base d'informations lacunaires ou unilatérales. C'est pourquoi l'article 9*e* exige que les époux concluent un contrat de mariage avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Ce contrat sera passé sous l'empire des règles du Code civil de 1907. Cependant on ne voit pas la nécessité d'en subordonner la validité à une approbation officielle (art. 181, 2^e al., CC 1907). D'une façon générale, l'article 10*c* dispose que «les contrats de mariage conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du ... et qui ne doivent produire effet que sous le nouveau droit ne sont pas soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire» (voir ch. 242.65).

En principe, le maintien conventionnel de l'union des biens doit aussi produire effet envers les tiers. Le projet ne fait pas dépendre cet effet de l'inscription dans un registre public. (391) Mais le contrat stipulant le maintien de l'ancien régime ne sera «opposable aux tiers que s'ils en ont ou devaient en avoir connaissance» (art. 9*e*, 2^e al.). Il incombera à l'époux qui traite avec un tiers de s'assurer que celui-ci est au courant. A l'égard d'un tiers de bonne foi, les époux seront censés vivre sous le régime ordinaire de la participation aux acquêts, notamment sous le rapport des actes de disposition et de la responsabilité pour les dettes.

Les époux qui demeurent sous le régime de l'union des biens conservent les biens réservés constitués par contrat de mariage, par des libéralités de tiers ou par l'effet de la loi (art. 190 à 193 CC). D'après l'article 192, 1^{er} alinéa, CC, ces biens réservés sont soumis aux règles de la séparation de biens. Il continuera à en être ainsi, sauf que désormais ce seront les dispositions nouvelles sur la séparation de biens qui s'appliqueront (art. 9*e*, 3^e al.).

242.55 Maintien de la séparation de biens légale ou judiciaire (nouvel art. 9f, titre final)

Les époux qui, à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, seront placés sous le régime de la séparation de biens par l'effet de la loi (art. 182 CC) ou sur l'ordre du juge (art. 183 à 185 CC) demeureront soumis à ce régime. Dans un cas comme dans l'autre, on ne peut conjecturer que ces époux désireront vivre désormais sous le nouveau régime ordinaire de la participation aux acquêts. Il leur sera toujours loisible d'adopter ce régime par contrat de mariage, en se prévalant du nouvel article 187, 1^{er} alinéa, et de l'article 191, 2^e alinéa (voir ch. 221.333 et 221.343). Les époux qui continuent à vivre sous le régime de la séparation de biens sont désormais soumis aux dispositions nouvelles applicables à ce régime (art. 9f).

242.6 Contrats de mariage

242.61 En général

Il convient de reprendre le principe de l'article 10 du titre final du Code civil de 1907, aux termes duquel «les contrats de mariage passés avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeurent valables même postérieurement à cette date». Il y va du respect de la volonté contractuelle des parties. Toutefois l'effet de ces contrats envers les tiers ne dépendra plus d'une inscription dans un registre.

242.62 Communauté de biens, unité de biens, régime dotal (nouvel art. 10, titre final)

«Lorsque les époux ont adopté, sous l'empire du code civil du 10 décembre 1907, un régime de communauté ou le régime de l'unité des biens ou qu'ils ont constitué en dot une partie des biens de la femme, ils demeurent soumis aux dispositions de l'ancien droit» (nouvel art. 10, 1^{er} al.). (392) La disposition concerne les régimes de communauté des articles 215 à 228 et 237 à 240; (393) l'unité des biens de l'article 199 et le régime dotal de l'article 247. Pour être valables sous l'ancien droit, les contrats de mariage instituant ces régimes doivent avoir été approuvés par l'autorité tutélaire: s'ils ne l'ont pas été, ils ne produiront pas non plus d'effets sous le nouveau droit. Mais si les époux entendent adopter un régime de l'ancien droit en vue de son application sous le nouveau, ils n'auront pas besoin de le faire approuver par l'autorité tutélaire (art. 10c; voir ch. 242.65).

Sous l'empire du droit actuel, les régimes visés par le nouvel article 10 ne sont opposables aux tiers que moyennant leur inscription au registre des régimes matrimoniaux (art. 181, 3^e al., et 248, 1^{er} al., CC). S'ils l'étaient de ce fait, ils le demeureront, mais seulement à l'égard des tiers qui en auront ou auraient dû en avoir connaissance (nouvel art. 10, 2^e al.). La solution est la même pour le contrat maintenant le régime de l'union des biens (art. 9e, 2^e al.). Les contrats de mariage qui n'étaient pas inscrits dans le registre avant l'entrée en

vigueur de la loi nouvelle ne seront en aucun cas opposables aux tiers et ceux-ci ne pourront pas s'en prévaloir. (394)

Les régimes en question subsistent avec les biens réservés qui leur étaient liés. Mais ceux-ci seront désormais aussi soumis aux dispositions nouvelles sur la séparation de biens (art. 10, 3^e al., correspondant à l'art. 9^e, 3^e al.).

242.63 Modification conventionnelle de la répartition du bénéfice ou du déficit (nouvel art. 10a, titre final)

Les époux qui vivaient sous le régime de l'union des biens peuvent avoir conclu un contrat de mariage modifiant la répartition du bénéfice ou du déficit (art. 214, 3^e al., CC). Cette clause doit en principe être respectée sous le nouveau droit.

Mais on ne peut pas pour autant considérer que les époux étaient soumis à un régime conventionnel qui devrait continuer à les régir sous tous les rapports après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cela signifierait notamment que la femme ne reprendrait pas l'administration, la jouissance et la disposition de ses apports, qu'elle ne serait toujours pas capable de s'obliger sur tous ses biens, que son expectative de bénéfice demeurerait mal protégée. On ne peut pas conjecturer que, parce que les époux ont entendu modifier à leur convenance la répartition légale du bénéfice ou du déficit, ils auraient entendu échapper pour le surplus à un nouveau régime qui les place dorénavant sur un pied d'égalité.

C'est pourquoi l'article 10a dispose que ces époux sont néanmoins soumis au nouveau régime de la participation aux acquêts. En revanche, la convention de répartition du bénéfice doit en principe être respectée. Mais il serait en pratique très difficile d'opérer cette répartition comme si les époux étaient encore soumis au régime de l'union des biens. Ainsi les intérêts des apports de la femme, par exemple, devraient-ils être compris dans les acquêts du mari et l'épargne réalisée sur le produit du travail de la femme, qui ne serait pas comprise dans la participation, devrait être exclue des calculs.

Dans le cas de l'article 10a, on ne peut guère supposer que les époux acceptent les complications liées à ce mode de liquidation. Aussi le projet prévoit-il que «la répartition conventionnelle du bénéfice s'applique désormais à la somme des bénéfices des deux époux» (art. 10a, 2^e al.). Supposons que les époux soient convenus que la femme aurait droit aux trois quarts du bénéfice de son mari. Selon le projet, cette fraction portera désormais sur le montant des deux bénéfices. Cela revient à la clause selon laquelle, dans la participation aux acquêts, la femme aurait droit aux trois quarts du bénéfice de son mari, et celui-ci au quart du bénéfice de celle-là, chaque époux gardant le surplus de son bénéfice. Dans un cas semblable, lorsque la femme est le conjoint au foyer (ce qui se vérifie encore dans à peu près 70 % des cas) et où elle n'a pas ou que peu de bénéfice, l'application de l'article 10a ne s'écartera pas des intentions des parties. D'ailleurs, la plupart du temps, les conventions conclues en vertu de l'article 214, 3^e alinéa, CC, avantagent au maximum le conjoint survivant ; dans ces cas, la solution du projet ne change rien au résultat.

Cependant, si les prévisions dans lesquelles un époux a avantage son conjoint ne sont plus ce qu'elles étaient sous l'ancien droit, les époux peuvent, avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, modifier la répartition convenue en concluant un nouveau contrat de mariage (art. 10a, 2^e al., *in fine*). Faute d'entente à ce sujet, l'époux qui s'estimerait dorénavant trop désavantagé pourra user de la faculté que lui réserve l'article 9d, 2^e alinéa, d'exiger, avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, que le régime de l'union des biens soit liquidé conformément aux règles de la loi ancienne.

La répartition du bénéfice découlant de l'article 10a, 2^e alinéa, ne doit pas porter atteinte aux droits des héritiers réservataires (3^e al.).

Si la liquidation du régime de l'union des biens fait ressortir un déficit, la convention que les époux auraient conclue relativement à sa répartition demeurera applicable.

242.64 Séparation de biens conventionnelle (nouvel art. 10b, titre final)

Le contrat de séparation de biens conclu sous l'ancien droit doit aussi être respecté sous le nouveau. Mais les époux seront désormais soumis au régime de séparation de la loi nouvelle (art. 10b).

242.65 Contrats de mariage conclus en vue de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (nouvel art. 10c, titre final)

Sous l'empire de la loi nouvelle, les contrats de mariage ne seront plus soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire (voir ch. 221.23). Il se justifie alors que ceux qui auront été conclus avant l'entrée en vigueur de cette loi mais qui ne doivent prendre effet que sous le nouveau droit n'exigent pas non plus, pour leur validité, une approbation officielle. C'est ce que dispose l'article 10c.

La règle concerne les contrats de mariage adoptant un régime conventionnel du nouveau droit, ou supprimant un régime conventionnel de l'ancien droit. Elle s'appliquera aussi – comme on l'a vu – à un contrat maintenant l'union des biens (art. 9e) après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

Quant aux contrats de mariage modifiant le régime de l'union des biens conservé par les époux (art. 9e) ou modifiant un régime conventionnel de l'ancien droit (nouvel art. 10), leur validité ne sera pas non plus, à l'avenir, subordonnée à une approbation officielle (voir ch. 242.4).

242.66 Registre des régimes matrimoniaux

Le nouveau droit transitoire abandonne la distinction entre le régime interne et le régime externe (voir ch. 242.2). Le registre des régimes matrimoniaux est par là même aboli pour l'avenir, même en ce qui concerne l'application du droit ancien et du droit nouveau. En conséquence, dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, aucune inscription ne sera plus faite dans ce registre (art. 10d, 1^{re} phrase).

En revanche, les inscriptions existantes demeureront un moyen d'information pour les intéressés, en ce qui concerne les rapports patrimoniaux qui existaient entre les époux avant l'entrée en vigueur de la loi; le registre pourra aussi révéler si les époux ont adopté sous l'ancien droit un régime conventionnel de l'article 10. A cet égard, il constituera un moyen de preuve, mais sans faire foi des faits qu'il constate, au sens de l'article 9, 1^{er} alinéa, CC. En raison de cette fonction probatoire, l'article 10*d*, 2^e alinéa, maintient un droit de consultation, mais qui ne portera que sur le registre principal visé par l'ordonnance du Conseil fédéral du 27 septembre 1910 (art. 2 et 21 à 30). Pour le surplus, le registre des régimes matrimoniaux sera fermé et les documents autres que le registre principal pourront être archivés.

242.7 Règlement des dettes en cas de liquidation matrimoniale (nouvel art. 11, titre final)

Le projet accorde des facilités de paiement à l'époux débiteur que le règlement d'une dette ou la restitution d'une chose exposent à des difficultés graves (2^e al., des art. 203, 232 et 247, art. 215). L'article 11 (*nouveau*) du titre final étend ces facilités aux liquidations consécutives à l'application de la loi nouvelle: restitution par le mari à la femme des apports qu'il administrait, règlement de récompenses pour des apports non représentés, liquidation du régime de l'union des biens selon l'ancien droit (art. 9*d*, 2^e al.), liquidation ultérieure d'un tel régime maintenu entre époux (art. 9*e*) ou d'un régime conventionnel de l'ancien droit (art. 10 [*nouveau*]).

242.8 Garantie des créanciers (nouvel art. 11*a*, titre final)

Il y a lieu de maintenir – avec certaines modifications rédactionnelles – le principe de l'article 11 actuel du titre final, aux termes duquel «les règles relatives au changement de régime matrimonial sont applicables, pour la garantie des droits des tiers, aux modifications déterminées par l'entrée en vigueur du Code civil». Cette disposition renvoie à l'article 188 CC sur la garantie des droits des créanciers. L'entrée en vigueur de la loi nouvelle peut aussi avoir pour effet de soustraire à l'action des créanciers des biens sur lesquels ils pouvaient exercer leurs droits. Ainsi en sera-t-il par exemple du retour dans le patrimoine de la femme de certains de ses apports passés dans la propriété du mari (cf. art. 9*b*, 3^e al.).

243 Revision partielle du droit des successions

Il n'est pas nécessaire d'édicter des règles spéciales de droit transitoire pour les nouvelles dispositions du droit des successions (voir ch. 235). Les articles 15 et 16 du titre final du Code civil de 1907 doivent suffire à régler les relations entre l'ancien et le nouveau droit.

La succession d'une personne décédée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle demeurera régie par les dispositions du Code civil de 1907. Les

nouvelles règles relatives aux parts successorales et aux réserves héréditaires, à la réduction de l'usufruit légué au conjoint survivant, à l'attribution du logement et du mobilier de ménage ne s'appliqueront qu'à la succession d'une personne décédée après cette date.

La réserve héréditaire à l'encontre de conventions modifiant la répartition du bénéfice dans l'union des biens ne sera protégée que dans la mesure où elle l'est actuellement selon le droit en vigueur. La réserve «matrimoniale» de l'article 226, 2^e alinéa, CC, en faveur des descendants du conjoint prédécédé demeurera applicable à la convention modifiant le partage par moitié dans une communauté de biens de l'ancien droit

La suppression de la réserve des frères et sœurs entraîne l'abrogation de l'article 59, 2^e alinéa, du titre final, selon lequel «les règles du droit cantonal sur la réserve des frères et sœurs ou descendants d'eux sont considérées comme loi d'origine pour les ressortissants du canton».

25 Droit international privé

La révision des dispositions du Code civil sur l'adoption et sur la filiation a corollairement amené une révision de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour (LRDC). L'ancien article 8 LRDC a été supprimé et remplacé par les articles 8a à 8e (395). Une adaptation comparable ne s'impose pas lors de la révision des dispositions sur les effets personnels du mariage et les régimes matrimoniaux. Les raisons en sont les suivantes:

La réglementation de la LRDC quant aux effets personnels et aux effets patrimoniaux du mariage est notablement plus complète et également plus souple que ne l'était l'ancien et sommaire article 8 LRDC. Cet article 8 ne couvrait qu'imparfaitement les multiples hypothèses du droit international de la filiation et de l'adoption et, en raison de son strict rattachement au principe de la nationalité, il conduisait souvent à des résultats choquants; au contraire, les articles 19 à 21 et 31 LRDC, inspirés du principe du domicile, ont pour l'essentiel abouti à une solution satisfaisante. Quand bien même ces dispositions ne sont pas exemptes de lacunes et de points faibles, elles constituent néanmoins une réglementation dont on peut se contenter pour le moment du moins. Par ailleurs, l'état des travaux du projet de loi sur le droit international privé – (396) appelé à remplacer la lacunaire et désuète LRDC – est fort avancé et laisse espérer l'entrée en vigueur de la nouvelle loi d'ici quelques années. Une révision anticipée de la LRDC, limitée aux effets personnels du mariage et aux régimes matrimoniaux, ne se justifierait donc pas.

Pour l'essentiel, les principes du droit international privé suisse en matière d'effets personnels du mariage et de régimes matrimoniaux, fondés sur la LRDC, se caractérisent comme il suit:

251 Effets personnels du mariage

La loi du pays de domicile des époux régit *en principe* les effets personnels du mariage. Tel est en particulier le cas pour les étrangers en Suisse. Pour les

Suisses de l'étranger, l'article 28 LRDC fournit la clé. En premier lieu, il faut établir si l'Etat du domicile les soumet à son droit. Si tel est le cas, ce droit s'appliquera; dans le cas contraire, le droit suisse sera applicable, à titre de loi nationale. Certaines questions appellent toutefois des solutions spécifiques; ainsi notamment le domicile séparé, mais aussi le nom de la femme mariée, l'admissibilité d'actes juridiques entre époux et la capacité de la femme mariée.

Si par exemple une Suisseuse quitte son mari domicilié à l'étranger pour s'installer en Suisse, c'est la loi suisse qui, selon la jurisprudence dominante, déterminera si l'intéressée s'est créé en Suisse un domicile indépendant. (397) Lorsqu'un des époux est domicilié en Suisse, un for à son domicile lui est reconnu et la loi suisse est applicable aux effets personnels du mariage. Pour autant, un for au domicile étranger du conjoint n'est pas exclu. (398)

Si le mari est suisse, la femme porte le nom de son mari. Il appartient finalement à la loi nationale du mari de décider si une ressortissante suisse ayant épousé un étranger porte le nom du mari. Si deux fiancés étrangers domiciliés en Suisse s'y marient, la femme porte le nom du mari sauf si la loi nationale de chacun des fiancés prévoit que la femme garde son nom de jeune fille. Cette réglementation se rattachant au principe de la nationalité pouvait se réclamer jusqu'ici de l'ancien article 8 LRDC. Vu la suppression de cette disposition, l'on se référera dorénavant plutôt, pour les questions de nom également, au principe général du domicile de l'article 2 LRDC. (399)

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, d'éventuelles limitations de la capacité civile de la femme mariée doivent être rattachées au statut général de la capacité et par là à la loi nationale. (400) Les contrats d'intercession au sens de l'ancien article 177 CC font toutefois exception; depuis peu, le Tribunal fédéral semble aussi leur appliquer le droit suisse. (401) Compte tenu de la disparition, dans le nouveau projet, des restrictions existant jusqu'à maintenant en matière de contrats entre époux (art. 168), la question perdra une bonne partie de son importance en droit international privé.

252 Régimes matrimoniaux

A l'égard également des régimes matrimoniaux, la LRDC se fonde avant tout sur le principe du domicile, et ce tant pour les étrangers en Suisse que pour les Suisses de l'étranger. (402) Elle suit en outre le principe de l'unité du régime matrimonial; en d'autres termes, elle entend que le droit applicable au régime englobe tous les éléments du patrimoine, qu'il s'agisse de biens mobiliers ou immobiliers et que ces biens se trouvent en Suisse ou à l'étranger. En matière de régimes matrimoniaux, la réserve de l'article 28 LRDC, relative aux immeubles sis en Suisse d'un Suisse de l'étranger, n'a par conséquent pas cours.

La LRDC attache une grande importance aux impératifs de la sécurité du droit et de la protection des transactions. Tandis qu'elle entend maintenir aussi stables que possible les rapports patrimoniaux des époux entre eux, elle se place quant aux rapports des époux avec les tiers sur le terrain du droit environnant. Dans cette perspective, elle soumet pour la durée du mariage les rapports patrimoniaux des époux *entre eux* à la loi du premier domicile

conjugal (art. 19, 1^{er} al., LRDC). En cas de doute, le domicile du mari est réputé premier domicile conjugal. (403) Pour les rapports *externes*, c'est-à-dire avec les tiers, le droit du domicile actuel est applicable (art. 19, 2^e al., LRDC).

Ces principes s'appliquent normalement tant aux étrangers en Suisse qu'aux Suisses de l'étranger. L'article 31, 1^{er} alinéa, LRDC, soumet les Suisses de l'étranger dont la loi du domicile ne se veut pas applicable à leur loi nationale, soit au droit suisse. Si des étrangers dont le premier domicile conjugal se trouvait à l'étranger viennent s'établir en Suisse, ou si des Suisses de l'étranger rentrent au pays, ils restent soumis quant à leurs rapports patrimoniaux internes au régime qui leur était applicable à l'étranger (art. 31, 2^e al., LRDC). (404) Ne sont pas expressément réglés dans la LRDC l'admissibilité, la forme et le contenu des contrats de mariage. La pratique admet toujours la conclusion d'un contrat de mariage selon le droit suisse, lorsque les époux sont matériellement soumis au droit suisse. (405)

Des difficultés d'application peuvent surgir de l'éventualité pour les époux d'être soumis entre eux à un autre régime matrimonial qu'à l'égard des tiers. L'article 20 LRDC offre la possibilité aux conjoints – suisses et étrangers – de soumettre également au droit suisse, par une déclaration commune, leurs rapports patrimoniaux entre eux. Ce système de la déclaration de soumission constitue en quelque sorte un mode particulier de contrat de mariage. Comme toutes les conventions matrimoniales de l'ancien droit, la déclaration visée à l'article 20 demandait aussi à être approuvée par l'autorité tutélaire du nouveau domicile suisse. Le projet de révision du régime matrimonial renonce en droit interne à toute approbation tutélaire (voir ch. 221.23). Aussi bien, l'obligation d'approbation peut être supprimée à l'article 20 LRDC. Il suffit que la déclaration soit adressée à l'autorité cantonale compétente au sens de l'article 36, lettre b, LRDC. A part cette adaptation formelle, le droit international privé suisse des régimes matrimoniaux et des effets personnels du mariage peut rester inchangé.

26 Code des obligations

La révision des effets généraux du mariage a entraîné l'adjonction au titre huitième sur le bail d'un article 271a relatif au logement de la famille (voir ch. 217.222), ainsi que l'abrogation, dans le titre vingtième sur le cautionnement, du 4^e alinéa de l'article 494 (voir ch. 217.21 *in fine*).

27 Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite

L'article 68^{bis} LP est abrogé en tant qu'il concerne des époux soumis dorénavant au nouveau régime ordinaire de la participation aux acquêts ou au nouveau régime de communauté. Il ne s'appliquera plus que rétroactivement à la poursuite contre la femme mariée, lorsque les époux seront convenus de maintenir leur régime conventionnel de communauté du Code civil de 1907 (voir remarques 391 et 394).

La poursuite contre un époux placé sous le régime ordinaire de la participation aux acquêts n'appelle aucune règle particulière. Il en va différemment pour la

poursuite dirigée contre un époux soumis à un régime de communauté. A cet égard, il faut édicter un nouvel article 68^{bis} LP, en s'inspirant de l'interprétation et des compléments qui lui ont été donnés par la doctrine et la jurisprudence. (406) (voir ch. 223.45). Si l'un des époux fait opposition sans la motiver, il conteste par là non seulement l'existence de la créance, mais également la responsabilité des biens communs.

Le nouvel article 95^{bis} LP est repris de l'article 175, 1^{er} alinéa, CC (voir ch. 217.323). L'article 107, 5^e alinéa, LP sur le pouvoir qu'a la femme, dans la saisie contre son mari, d'exercer elle-même les droits qu'elle a sur ses apports devient sans objet; la disposition doit être abrogée.

Il en est de même de l'article 219, 4^e alinéa, 4^e classe, lettre a, sur le privilège attaché à la créance d'apports de la femme dans le régime de l'union des biens (art. 211 CC) et dans celui de la communauté (art. 224 CC). Sauf en droit transitoire (art. 9e [nouveau], titre final, CC), l'union des biens est abolie. Dans le nouveau régime de communauté, la reprise des biens d'un époux devenus communs n'est assortie d'aucun privilège pour aucun des conjoints (voir également ch. 214.34 et 221.62).

Le nouvel article 2a de la *loi fédérale du 29 avril 1920 sur les conséquences de droit public de la saisie infructueuse et de la faillite* est repris de l'article 173, 2^e alinéa, CC (voir ch. 217.324).

3 Effets sur l'état du personnel et conséquences financières

31 Effets sur l'état du personnel

Alors que les effets sur l'état du personnel sont nuls en ce qui concerne la Confédération, il se pourrait que, dans les cantons, en raison de l'élargissement des compétences du juge en matière matrimoniale, les tribunaux doivent faire face à un surcroît de travail qu'il est difficile d'estimer; tout donne cependant à penser qu'il ne sera pas considérable. D'un autre côté, la révision proposée du Code civil déchargera aussi les cantons, puisqu'à l'avenir les autorités tutélaires n'auront plus à donner leur approbation aux contrats de mariage et que le registre des régimes matrimoniaux devrait être supprimé.

32 Conséquences financières

La présente loi n'aura aucune conséquence financière immédiate pour la Confédération. Le projet a été annoncé dans les grandes lignes de la politique gouvernementale pendant la législature 1975-1979 du 28 janvier 1976 (FF 1976 I 413, ainsi que 455 et 456): n'ayant pas d'incidences budgétaires, il n'est pas mentionné dans le plan financier. Pour les cantons également, aucune conséquence financière immédiate n'est à envisager, abstraction faite de l'article 171. Selon cette disposition, les cantons doivent veiller à ce que les époux puissent dans les difficultés de leur vie conjugale s'adresser, ensemble ou séparément, à des offices de consultation conjugale ou familiale (voir ch. 219.21). Pour mener à bien cette tâche, les cantons ont une liberté considérable. Ils peuvent confier ces consultations matrimoniales à des organisations

privées et soutenir celles-ci par un éventuel appui financier ou de toute autre manière. Les cantons ont cependant aussi la possibilité de constituer des offices publics et, au besoin, ils peuvent donner cette tâche à des institutions existantes. Il faut simplement prendre garde à ce que les époux qui cherchent une assistance puissent être conseillés dans des délais utiles. Le montant des dépenses ne peut toutefois pas être estimé. Il dépend notamment de l'existence actuelle dans certains cantons d'offices de consultation et du nombre d'institutions privées ou publiques déjà en place, aptes à accomplir cette tâche.

4 Constitutionnalité

41 Compétence de la Confédération

Le droit du mariage (effets généraux du mariage et régime matrimonial) et le droit successoral forment une matière du droit civil au sens de l'article 64, 2^e alinéa, de la constitution. Il est vrai que le projet pose des règles d'organisation judiciaire qu'en soi il appartient aux cantons d'édicter: tel est le cas de l'article 180 sur le for en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, de l'article 186 concernant le for pour prononcer le régime extraordinaire à la demande d'un époux ainsi que de l'article 190 concernant le for pour prononcer le régime extraordinaire à la demande d'un créancier, et de l'article 194 relatif au for des actions en liquidation du régime matrimonial. Il est cependant indispensable, sur le plan fédéral, d'unifier ces règles dans la mesure proposée si l'on veut que le droit matrimonial réponde aux exigences de la situation et qu'il devienne réalité. (407) Ces dispositions formelles de droit civil sont ainsi également couvertes par l'article 64, 2^e alinéa, de la constitution. La création d'offices de consultation conjugale et familiale (art. 171) peut aussi être ordonnée en vertu du droit privé formel mentionné. Le mariage est une institution du droit privé et l'assistance conjugale est une mesure qui encadre cette institution dans le but de la protéger. Dans ce sens, elle constitue une action d'orientation et de soutien pour l'amélioration des relations de droit privé. Cette aide, à laquelle les intéressés doivent pouvoir recourir spontanément, participe du caractère privé du mariage; elle ne doit pas être considérée comme une mesure étatique de nature contraignante. A l'avenir, si la Confédération, dans ses compétences de droit privé, prescrit la mise en place d'offices de consultation conjugale et familiale, elle exécutera en même temps son mandat de protéger la famille selon l'article 34^{quinquies}, 1^{er} alinéa, de la constitution. L'adaptation des autres lois au nouveau droit du mariage rentre dans le cadre de la constitutionnalité de ces lois fédérales.

42 Rapport avec les droits fondamentaux garantis par la constitution

L'article 54, 1^{er} alinéa, de la constitution place le droit au mariage sous la protection de la Confédération et établit une garantie institutionnelle parmi d'autres. Le projet concrétise cette institution dans le contexte des droits fondamentaux et protège la famille (art. 34^{quinquies}, 1^{er} al., cst.).

Remarques

- (1) Quant à la signification de l'égalité de droit pour le législateur, voir notamment Fleiner/Giacometti, Schweiz. Bundesstaatsrecht, Zürich 1949, p. 401 ss; Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, p. 644 ss et les ouvrages cités.
- (2) Cf. Kägi Werner, Le droit de la femme suisse à l'égalité politique, Edité par l'association suisse pour le suffrage féminin, 1956, p. 20 ss.
- (3) ATF 100 Ia 328
- (4) ATF 6 174
- (5) Kägi Werner, Le droit de la femme suisse . . . , p. 16, réf. à ATF 6 174.
- (6) «Quand le paysan ne peut se rendre à l'assemblée, qu'il y envoie sa femme» (tiré d'un ancien droit féodal).
- (7) Huber Eugen, Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das Ehe-recht, RDS 1894, NS 13, p. 550. Voir aussi von Ussel Jost: Die Kleinfamilie, dans Dieter Claessens und Petra Millhofer, Familiensoziologie, Frankfurt 1973, p. 96 ss.
- (8) Les lois sur le mariage civil (1791) et sur le divorce (1792), en particulier, tendaient à réaliser le postulat de l'égalité de droit entre les sexes. Le député Aubert-Dubaget déclarait que la femme ne devait plus rester l'esclave de l'homme, la victime du despotisme du père et de la perfidie du mari (Moniteur 13, 578). Voir aussi Grabowsky A., Die Politik, 2^e éd., p. 131 s.
- (9) La revision constitutionnelle de 1872, qui devait donner à la Confédération pouvoir de légiférer dans tout le domaine du droit civil, a été rejetée par le peuple et les cantons. La Constitution de 1874 a limité par conséquent la compétence de la Confédération à la capacité personnelle d'exercer les droits civils, au droit des obligations, droit commercial et droit de change inclus, ainsi qu'à la propriété intellectuelle. L'art. 64, 2^e al., est dans sa teneur actuelle n'a été adopté qu'en 1898.
- (10) Huber Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 1893, vol. IV, p. 295.
- (11) Voir art. 7 de la loi citée.
- (12) Hausheer Heinz, BJM 1977, p. 217 ss, notamment p. 219.
- (13) ATF 13 5
- (14) ATF 49 I 19
- (15) voir FF 1977 I 530
- (16) Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güter-recht, RDS 1894, NS 13, p. 553/554.
- (17) RDS 1894, NS 13, p. 553.
- (18) Que l'on songe, par exemple, aux nombreuses femmes qui exercent une activité rémunérée par nécessité pour entretenir la famille.
- (19) Le professeur Louis Bridel, parmi d'autres, a exprimé un avis différent dans ses nombreuses publications; citons à titre d'exemples: La femme et le droit, Lausanne 1884; Le mouvement féministe et le droit des femmes, Genève 1893; Le droit des femmes et le mariage, Paris 1893; Code civil suisse et Code civil français, Lausanne 1909. Diverses organisations féminines aussi ont alors déjà exprimé leurs critiques.

- (20) Le juge peut cependant réintégrer la femme dans ses droits si elle établit que sa déchéance n'est pas justifiée (art. 165, 1^{er} al., CC). C'est donc à elle qu'incombe la preuve.
- (21) Huber Eugen, Erläuterungen zum Vorentwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, p. 124/125.
- (22) RDS 1894, NS 13, p. 690 ss.
- (23) RDS 1894, NS 13, p. 510; cf. aussi p. 493, 505, 506.
- (24) Cf. Haller Monika, Auf dem Weg zu einem neuen ordentlichen Güterstand, thèse Zurich 1971, p. 2 avec référence à Wieland, RDS 1899, NS 18, p. 329 s.
- (25) Dans le doute, les biens matrimoniaux sont réputés être la propriété du mari (art. 195, 2^e al., et art. 196, 1^{er} al., CC).
- (26) Ainsi, le Code civil français, par exemple, exigeait de la femme qu'elle obéisse au mari. Le Code civil suisse se distingue aussi, à son avantage, de l'ancien droit coutumier, qui autorisait le mari à «battre sa femme quand elle ne veut pas lui obéir pourvu que ce soit modérément et sans que mort s'ensuive». Cf. Grossen Jacques-Michel, L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille, Neuchâtel 1957, p. 12.
- (27) Annuaire statistique suisse 1978, p. 35/36.
- (28) Rapport sur la situation de la famille en Suisse, Berne 1978, p. 21 s.; Annuaire statistique suisse 1978, p. 20.
- (29) Annuaire statistique suisse 1978, p. 18.
- (30) Rapport sur la situation de la famille en Suisse, p. 20 ss.
- (31) Voir «Ergebnis der Befragung (Tabellenband)» p. 22. Cette enquête a paru en librairie sous le titre: Held Thomas/Levi René: femme, famille et société, Enquête sociologique sur la situation en Suisse, Edition Delta, Vevey 1975.
- (32) Egger August, Kommentar zum Schweizerischen ZGB, Das Familienrecht, Zurich 1936, Einleitung N. 1.
- (33) Cf. rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur l'initiative populaire pour la famille, du 10 octobre 1944, FF 1944 825 ss; Messages du Conseil fédéral sur l'introduction du droit de vote des femmes, du 22 février 1957, FF 1957 I 746 ss et du 23 décembre 1969, FF 1970 I 80 ss; König René, Die Familie der Gegenwart, München 1974.
- (34) Annuaire statistique suisse 1959/60, p. 29.
- (35) Annuaire statistique suisse 1974, p. 48.
- (36) Voir par exemple Hausheer, BJM 1977, p. 222 ss.
- (37) Enquête sur la situation de la femme en Suisse, 1973, p. 73.
- (38) Comme une partie des jeunes filles qui ne suivent pas actuellement de formation le feront encore ultérieurement, par exemple dans les professions où un âge minimum est requis, la part effective de celles de cet âge qui suivent une formation post-obligatoire pourrait encore s'accroître de quelques pour-cent.
- (39) Recensement fédéral de 1970, Tableau 7.18.
- (40) Annuaire statistique suisse 1978, p. 472. Ces données n'englobent que les formations professionnelles réglementées par l'OFIAMT. Les groupes professionnels «agriculture» et «soins médicaux/professions para-médicales» n'y sont pas inclus. Or ces dernières professions sont très importantes pour les femmes.
- (41) Annuaire statistique suisse 1958, p. 460 s.; 1978, p. 478 s.
- (42) Pourcentage de la population résidant dans les zones urbaines (Annuaire statistique suisse, «Villes et agglomérations 1970», La Vie économique 1972, p. 219,

Tab. 5): 1930, 37,5 %, 1941, 38,3 %, 1950, 43,4 %, 1960, 51,3 %, 1970, 57,6 %. Aujourd'hui cependant, davantage de gens vont vivre à la campagne.

- (43) Cf. August Egger, *Die Familienordnung bei Jeremias Gotthelf und heute*, dans: *Festgabe für Max Huber*, Zurich 1934, S. 92 ff.
- (44) Au sujet du déclin des naissances, voir Keller Martine/Elisabeth Guyot-Noth, *Femmes Fécondité = Quels avenir?*, Vevey 1978.
- (45) *Statistiques de la suisse*, fascicule 561, tableau 8.01.
- (46) *Annuaire statistique suisse 1978*, p. 72.
- (47) Hausheer Heinz, *BJM 1977*, p. 224 s.
- (48) *Annuaire statistique suisse 1978*, p. 39.
- (49) *Rapport sur la situation de la famille en Suisse*, 1978, p. 43; cf. aussi Haller-Zimmermann Margareta, *Die UNO-Menschenrechtskonvention und die rechtliche Stellung der Frau in der Schweiz*, thèse Zurich 1973, p. 27 ss.
- (50) p. 147 et 169 ss
- (51) Karrer Martin, *Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht*, thèse Zurich 1965, p. 46; voir aussi Grossen Jacques-Michel, *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchâtel 1957, p. 17 ss.
- (52) Lemp Paul, *Berner Kommentar*, remarques avant art. 159 CC, N. 3.
- (53) Kägi Werner, *Le droit de la femme suisse à l'égalité politique*, 1956, p. 52.
- (54) Par exemple l'interdiction de l'«intercession» statuée à l'art. 177, 3^e al., CC, et le privilège accordé à la femme sur ses biens par l'art. 211 CC.
- (55) Duss-von Werdt Josef: *'Sich selber sein' – Widerspruch zur Partnerschaft?* dans: *La Suisse en l'année internationale de la femme. Rapport au Congrès*, Zurich 1975, p. 20.
- (56) Hausheer Heinz, *Das neue Kindesrecht im Rahmen der Gesamterneuerung des Familienrechts*, cours administratifs Saint-Gall, vol. 10, 1977, p. 24 ss.
- (57) Grossen Jacques-Michel, *Le ménage de fait devant la loi suisse*, Paris, Dalloz 1961; Baumann Alexis, *Die zivilrechtliche Bedeutung des Konkubinates in rechtsvergleichender Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des schweizerischen, deutschen, österreichischen und französischen Privatrechts*, Diss. Erlangen, Coburg 1932.
- (58) Les règles en vigueur concernant le droit des femmes et des enfants aux prestations de l'AVS et de l'AI sont axées sur le droit de la famille, tel qu'il est institué par le code civil (message du Conseil fédéral concernant la neuvième révision de l'assurance-vieillesse et survivants de juillet 1976, FF 1976 III 43). A l'occasion de la neuvième révision de l'AVS, l'examen de diverses suggestions de réforme du droit de la femme fut reporté, car on attendait la présente révision du droit de la famille. La prochaine révision de l'AVS, qui devra reconsidérer la situation de la femme, sera donc influencée par les nouvelles dispositions sur les effets généraux du mariage et le régime matrimonial.
- (59) Karrer Martin, *Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht*, thèse Zurich 1965, p. 55/56.
- (60) Cf. l'analyse complète de Deschenaux Henri, *Revision du régime matrimonial*, RDS 1957, NS 76, p. 423 a ss, spéc. 471 a ss., p. 508 a ss.
- (61) Huber Eugen, *Erläuterungen zum Vorentwurf*, 1914 I, p. 119; *Schweizerisches Privatrecht*, IV, p. 349 ss, et I, p. 242.
- (62) Cf. postulat Frei concernant les régimes matrimoniaux (n° 11 885 du 25. 9. 1974).

- (63) Voir aussi Landmann-Autenrieth Anna, *Entwicklungstendenzen im ehelichen Vermögensrecht*, thèse Zurich 1977, p. 115 s.
- (64) Voir recueil des tableaux, p. 121.
- (65) On ignore dans quelle mesure ces économies ont été faites avant ou pendant le mariage.
- (66) Perrin Jean-François, *Opinion publique et droit du mariage*, Genève 1974, p. 52.
- (67) Hausheer Heinz, RJB 1975, p. 1 ss, en particulier p. 6 ss.
- (68) Grossen Jacques-Michel, RSJ 1967, p. 155.
- (69) Inventaire, sûretés, demande de séparation judiciaire.
- (70) En regard de cette situation, mais aussi des art. 188 et 189, 1^{er} al., CC, qui, conformément à l'art. 183, ch. 3, CC, s'appliquent en cas de demande de restitution, l'avantage, pour la femme vivant sous le régime de l'union des biens, de n'avoir qu'à prouver, pour réclamer la restitution de ses apports, qu'elle les a remis au mari, paraît bien mince. C'est cependant cet avantage que Stocker, RDS 1957, NS 76, p. 621 a s., a souligné pour justifier le maintien de l'union des biens comme régime ordinaire.
- (71) «Dans les autres cas où le mari exerce une activité lucrative indépendante, en qualité d'entrepreneur par exemple, les risques démesurés que comporte l'union des biens (art. 201, 3^e al., 196, 1^{er} al., 188, CC) pour les biens de la femme et, partant, pour l'existence de la famille lorsque le mari subit une déroute financière, prédominent. Dans une telle situation, les époux adoptent la séparation de biens par contrat de mariage (trad.)» Haller Monika, *Auf dem Weg zu einem neuen ordentlichen Güterstand*, Zurich 1971, p. 69, voir aussi p. 70.
- (72) Voir en particulier art. 203, 2^e al., et art. 163 du projet.
- (73) En Suisse, non seulement le contrat de mariage exerce un attrait assez minime, mais, comme des enquêtes dans la population l'ont montré, l'ignorance des régimes matrimoniaux et l'indifférence à leur égard sont monnaie courante. Ainsi, lors d'une enquête menée à Genève, 57,1 % des époux interrogés ont déclaré ne pas connaître le nom de leur régime matrimonial. 52,6 % ignoraient totalement les grandes lignes du régime sous lequel ils vivent. Perrin Jean-François, *Opinion publique et droit du mariage*, Genève 1974, p. 37/38. La révision du droit du mariage devrait cependant – surtout au stade des débats parlementaires – susciter l'intérêt de plus larges milieux et donner lieu à une information par les services officiels, en particulier sur le passage de l'ancien au nouveau droit.
- (74) Huber Eugen, RDS 1894, p. 498.
- (75) Voir *Annuaire statistique suisse* 1954, p. 528.
- (76) Voir *Annuaire statistique suisse* 1954, p. 18.
- (77) Landmann-Autenrieth Anna, *Entwicklungstendenzen im ehelichen Vermögensrecht*, thèse Zurich 1977, p. 131.
- (78) Voir Deschenaux Henri/Petitpierre Gilles, *Vers une réforme du droit du mariage*, RNR 1975, p. 150 ss.
- (79) Seule parmi les diverses formes de communauté de biens, celle qui se limite aux acquêts pourrait – ainsi que le montre d'ailleurs l'étude de droit comparé (voir ch. 18), être envisagée sérieusement comme régime ordinaire. Aucun motif convaincant ne recommande une participation réciproque des époux à leurs apports lors de la dissolution du régime. Les acquêts, qui deviennent bien commun des deux époux, peuvent être définis de façon différente.
- (80) Voir Deschenaux Henri, RDS 1957, NS 76, p. 477 a ss, et le débat Piotet/Hausheer dans RDS 1976, NS 95, p. 459 ss et RDS 1977, NS 96, p. 157 ss.
- (81) RDS 1928, NS 47, p. 133 a.

- (82) Piotet Paul, RDS 1976, NS 95, I, p. 459 ss.
- (83) Voir aussi à ce propos les propositions de Baumeler Viktor, Die Beteiligung am Vorschlag, thèse Berne 1977.
- (84) Hausheer Heinz, RDS 1977, NS 96, I, p. 157 ss.
- (85) Le nouveau paragraphe 81 du code civil autrichien (introduit par la réforme du 15 juin 1978) prévoit par exemple que, lors du divorce, les biens d'usage des époux et leurs économies sont répartis équitablement entre eux. Selon le par. 83, il y a lieu de tenir compte spécialement de l'importance des contributions de chaque époux à l'acquisition des biens d'usage et des économies, ainsi que du bien des enfants. Valent également contribution, notamment la tenue du ménage commun, le soin et l'éducation des enfants communs et toute autre forme d'assistance dans le mariage.
- (86) Voir aussi les explications de Landmann-Autenrieth Anna, Entwicklungstendenzen im ehelichen Vermögensrecht, thèse Zurich 1977, p. 173 ss.
- (87) Hausheer Heinz, BJM 1977, p. 235 ss, 239.
- (88) Voir détails dans, Partic spéciale, ch. 222.
- (89) En cas de difficultés probatoires, la présomption de copropriété de l'art. 199, 1^{er} al., du projet jouc.
- (90) Huber Eugen, RDS 1894, NS 13, p. 541 s.
- (91) Le droit en vigueur fait dans tous les cas du conjoint survivant un héritier réservataire. Si le défunt laisse des descendants, le conjoint survivant a le choix entre la propriété du quart (soumis entièrement à la réserve) et la jouissance de la moitié de la succession (art. 462, 1^{er} al., et 471, ch. 4, CC). Au lieu de ce droit, le défunt peut lui laisser, à la charge des descendants communs et des descendants non communs conçus pendant le mariage, la jouissance de toute la succession (art. 473 CC). En concours avec les père et mère du défunt ou leurs descendants, le conjoint survivant a droit à la propriété du quart (soumis à réserve) et à la jouissance des trois quarts de la succession. En concours avec des grands-parents ou leur postérité, il a droit à la moitié (soumise à la réserve) en propriété et à l'autre moitié en usufruit (art. 462, 2^e al., et 471, ch. 4, CC). A défaut de grands-parents ou de leur postérité, il a droit à la succession entière.
- (92) Motion 12003 CCS, Filiation, modification du 5 mars 1975.
- (93) Toutefois, bien des institutions de prévoyance du deuxième pilier réduisent leurs prestations de plus de la moitié ou les suppriment entièrement lorsque le mari meurt avant la femme.
- (94) Voir l'argumentation de Weimar Peter dans NZZ, n° 286, 1978, p. 35.
- (95) RDS 1894 NS 13, p. 452.
- (96) Voir Revista del Instituto de derecho comparado (Barcelone), 1957, Rapports d'une session internationale sur les régimes matrimoniaux.
- (97) Huber Eugen, RDS 1894, NS 13, p. 543.
- (98) Voir Grossen Jacques-Michel, Les liens de droit civil entre frères et sœurs, dans Mélanges en l'honneur de Hinderling, Bâle et Stuttgart, 1976, p. 41 ss.
- (99) RDS 1928, NS 47, p. 61 a ss, et 113 a ss.
- (100) RDS 1928, NS 47, p. 128 a s., 132 a ss.
- (101) RDS 1954, NS 73, p. 1 ss.
- (102) L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de famille, Neuchâtel 1957.
- (103) RDS 1957, NS 76, vol. 2: Exposé Stocker, Zum Schweizerischen Ehegüterrecht (postulats de la revision et questions d'interprétation), p. 329 a ss, exposé Deschenaux, Revision du régime matrimonial, p. 419 a ss; discussion, p. 616 a ss.

(104) Voir FF 1971 I 1223

- (105) Les postulats et mémoires suivants ont été remis au Département fédéral de justice et police; la commission d'experts en a tenu compte dans ses travaux:
- Postulat Büchi, n° 7499 du 11 juin 1958 (Régimes matrimoniaux).
 - Postulat Grendelmeier, n° 7965 du 29 juin 1960 (Changement de nom de la femme divorcée).
 - Mémoire des Femmes socialistes suisses, du 15 juin 1959.
 - Mémoire de l'Alliance de sociétés féminines suisse, des 18 juin 1959, 27 juillet 1959 et 23 octobre 1959.
 - Mémoires de la Ligue suisse des femmes catholiques, du 24 mars 1959, complété le 12 avril 1960.

Les suggestions présentées dans ces mémoires coïncident en partie avec les considérations émises dans les ouvrages, en particulier dans les rapports Stocker et Deschenaux à la Société suisse des juristes, en 1957.

Les ouvrages fondamentaux en matière de droit du mariage sont le commentaire bernois de Paul Lemp, paru en quatre livraisons, 1954, 1958, 1962 et 1963, avec de nombreuses références à la doctrine et à la pratique, et l'ouvrage du professeur Charles Knapp, Le régime matrimonial de l'union des biens, Neuchâtel 1956, qui contient une analyse approfondie et une critique sévère des régimes matrimoniaux en vigueur.

La commission d'étude disposait, à côté de nombreux ouvrages de droit étranger, des écrits suivants relatifs à la révision du droit du mariage en Suisse: Bürgin-Kreis Hildegard, Zur Revision des ehelichen Güterrechts, tirage à part de „Die Schweizerin", cahier 3 (novembre 1958), cahier 4 (janvier 1959); Meyer Hermine Herta, Das Eherecht unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung von Mann und Frau, thèse Zurich 1937; Schweizer Armin, Der Einfluss des ZGB auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechts, RDS 1928, NS 47, p. 61 ss; Martin Ernest Léon, L'influence du code civil suisse sur le choix du régime matrimonial, RDS 1928, NS 47, p. 114a-135a; Speiser Ruth, Güterverbindung oder Gütertrennung? RDS 1929, NS 48, p. 183 ss; Türkmen Salih, Les restrictions apportées au principe de l'égalité des époux par les dispositions du CCS sur les effets généraux du mariage, thèse Genève 1942.

(106) Voir FF 1971 I 1226

(107) RO 1972 2873

(108) RO 1977 237

(109) FF 1978 II 877

(110) Voir en particulier art. 154, art. 214 sur la répartition du bénéfice en cas de divorce, art. 215 sur le règlement de la créance en bénéfice, et art. 239 sur la répartition des biens communs à la dissolution de la communauté de biens.

(111) Voir art. 149, mais aussi art. 134 et 145, 1^{er} al.

(112) Que le droit du mariage institué au premier chef pour la femme à l'égard du mari et, dans des situations exceptionnelles seulement, pour le mari, un droit d'entretien, ou que la situation de fait et les conventions des époux fondent ce droit en faveur de l'un d'eux, cela ne joue aucun rôle pour l'application de l'art. 151 CC, et cela conduit dans bien des cas au même résultat. La perte d'espérances, par exemple sur des successions ou des parts au bénéfice, est de toute façon hors de question dans ce contexte. Quant à l'art. 152 CC, il lie l'octroi d'une pension alimentaire à la situation effective d'un époux après le divorce, et au fait que celui-ci ne peut lui être imputé. Il reste ainsi à l'écart de la présente révision.

(113) Il sera possible d'ici là de tirer quelques leçons du succès ou de l'insuccès des réformes du divorce effectuées à l'étranger au cours des dernières années.

(114) Perrin Jean-François, Opinion publique et droit du mariage, Rapport d'enquête, Genève 1974; Kellerhals Jean/Steinauer Geneviève, Système de marché, classes et systèmes de mariage: Analyse de trois ensembles normatifs, Revue suisse de sociologie, 1976, n° 3, p. 19 ss.

- (115) Par exemple Sondages, Revue française de l'opinion publique 1967, n° 1, La réforme des régimes matrimoniaux; Pross Helga, Die Wirklichkeit der Hausfrau, Rowohlt Taschenbuchverlag AG, Hamburg 1975; Roussel Louis, Le mariage dans la société française, Institut national d'études démographiques, Presses universitaires de France, cahier n° 73 (408 p.); Roussel Louis, La femme après le mariage des enfants, Presses universitaires de France, 1976, cahier n° 78 (207 p.).
- (116) Blunschy-Steiner Elisabeth, Revision des Eherechts mit besonderer Berücksichtigung des Ehegüterrechts, RNRF 56, 1975, p. 129 ss; Deschenaux Henri/Petitpierre Gilles, Vers une réforme du droit du mariage, RNRF 56, 1975, p. 138 ss; Grossen Jacques-Michel, La réforme du régime matrimonial de l'union des biens et le droit comparé, RSJ 63, 1967, p. 149 ss; Drei aktuelle Probleme des schweiz. Familienrechts, REC 1976, p. 146 ss; Haller-Zimmermann Margareta, Die UNO-Menschenrechtskonvention und die rechtliche Stellung der Frau in der Schweiz, thèse Zurich 1973; Haller Monika, Auf dem Weg zu einem neuen ordentlichen Güterstand (Ein Vergleich des schweizerischen Rechts, insbesondere des Revisionsentwurfes, mit dem deutschen Recht), thèse Zurich 1971; Hausheer Heinz, Gesichtspunkte bei der Reform des ehelichen Güterrechts, RJB 1975, p. 1 ss; Hinderling Hans, Art. 188 ZGB und neues Ehegüterrecht, RSB 1976, p. 247 ss; le même, Wertsteigerungen und Ersatzforderungen bei der Güterverbindung, RSJ 1965, p. 17 ss; Karrer Martin, Gleichberechtigung von Mann und Frau im ehelichen Güterrecht, thèse Zurich 1965; Rappold Jörg, Güterverbindung und Zugewinnngemeinschaft in rechtsvergleichender Darstellung, thèse Zurich 1963.
- Interventions parlementaires relatives au droit du mariage:
 - 1971 P 10962 Revision des dispositions matrimoniales du CC (E 6. 10. 71 Luder)
 - 1972 P 11024 Revision du droit du mariage (N 14. 3. 72 Tanner)
 - 1974 P 11885 Régimes matrimoniaux (N 25. 9. 74 Frey).
- (117) L'avant-projet a suscité également diverses publications: Baumeler Viktor, Die Beteiligung am Vorschlag, grundsätzliche Gedanken zur Wahl eines neuen ordentlichen Güterstandes, thèse Berne 1977; Deschenaux Henri, La protection de l'expectative de bénéfice dans le régime de la participation aux acquêts selon l'avant-projet de la loi fédérale modifiant le CCS, dans Mélanges Jäggi, 1977, p. 151 ss; Haller-Zimmermann Margareta, Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm, Bemerkungen zur Gleichstellung von Mann und Frau im Eherecht, RSJ 1976, p. 301 ss; Hausheer Heinz, Die Eherechtsreform aus landwirtschaftlicher Sicht, Communications de droit agraire 1977, p. 89 ss; le même, Der zukünftige (ordentliche) gesetzliche Güterstand im schweizerischen Recht, RDS 1977, NS 96, p. 157 ss; le même, Zur Revision des Ehe- und Ehegüterrechts, BJM 1977, p. 217 ss; Hegnauer Cyril, Vom kommenden Eherecht, «Neue Zürcher Zeitung» 1978, Nr. 123, S. 35 und Nr. 127, S. 15; Kehl Robert, Hat sich das schweizerische Eheschutzrecht bewährt? RSJ 1978, p. 326 ss; Piotet Paul, Problèmes posés par l'art. 473 CC en droit actuel et selon l'avant-projet de loi sur les effets du mariage, dans Mélanges Henri Deschenaux, 1977, p. 207 ss; le même, Les droits respectifs du conjoint et des enfants au décès du de cujus selon l'avant-projet de loi sur les effets généraux du mariage et le régime matrimonial, RJB 1976, p. 321 ss; le même, le futur régime matrimonial légal suisse, RSD 1976, NS 95, I, p. 459 ss; Sandoz Suzette, La revision du droit matrimonial vue sous l'aspect de l'agriculture, Communications de droit agraire 1977, p. 100 ss; Landmann-Autenrieth Anna, Entwicklungstendenzen im ehelichen Vermögensrecht, thèse Zurich 1977, qui constitue une étude complète de droit comparé.
- (118) «Ce mouvement n'a pas la même vitesse, la même énergie et la même ampleur dans tous les pays; mais il existe partout» (Jean Patarin et Imre Zajtay dans: «Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines», 2^e éd., Paris 1974, p. 16).
- (119) De nombreux ouvrages traitent de l'évolution récente des régimes matrimoniaux en droit comparé. A celui qui est cité à la note précédente, il faut

- notamment ajouter: «Les régimes matrimoniaux» (Travaux de la 2^e Journée d'études juridiques Jean Dabin), Bruxelles 1966; A.K.R. Kiralfy (ED.): Comparative Law of Matrimonial Property, Leiden, 1972; A.G. Chloros (ED.): The Reform of Family Law in Europe, Deventer 1978. Des références abondantes se trouvent dans la thèse de M^{me} Anna Landmann-Autenrieth: Entwicklungstendenzen im ehelichen Vermögensrecht, 2 vol., Zurich 1977. Pour une analyse succincte, cf. Bernard Dutoit: L'évolution du régime matrimonial légal en droit comparé, Revue de droit suisse 1976, NS 95, I, p. 447 à 457.
- (120) Voir sur ce point l'ouvrage intitulé: «Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines» (Travaux des 8^{es} Journées d'études juridiques Jean Dabin), Bruxelles 1978, et spécialement le rapport de synthèse de M^{me} Marie-Thérèse Meulders-Klein, p. 683 ss.
- (121) L'analyse de cette tendance – par laquelle le législateur manifeste la conscience qu'il a des limites de ce que peut réaliser la loi – constitue le thème principal de l'ouvrage de M^{me} Mary Ann Glendon: State, Law and Family (Family Law in Transition in the United States and Western Europe), Amsterdam/New York/Oxford, 1977.
- (122) Sur ce point, voir surtout John Eekelaar: Family Law and Social Policy, Londres 1978.
- (123) Dans leur introduction à l'ouvrage cité à la remarque 118, MM. Patarin et Zajtay observent que l'évolution récente du régime matrimonial légal est dominée par un «idéal tendant à satisfaire ensemble des aspirations longtemps jugées peu compatibles» (p. 17).
- (124) Voir art. 215, 2^e al., du code civil français, art. 214 du Code civil belge, art. 144 du Code civil italien, par. 1353 BGB et par. 90 ABGB.
- (125) La situation juridique du logement de la famille était un des thèmes du X^e Congrès international de droit comparé, tenu en août 1978. Pour une comparaison entre le projet suisse et le droit français, cf. Grossen Jacques-Michel: La protection du logement de la famille, Mélanges Henri Deschenaux, Fribourg 1977, p. 99 à 111.
- (126) Voir l'étude comparative de M. Ingo W. Lill: Ehwohnung und Hausrat im Familienrecht europäischer Staaten, Bielefeld 1974, et, pour les développements ultérieurs, le rapport général et les rapports nationaux présentés au Congrès cité à la remarque 125.
- (127) Cornu Gérard: Les régimes matrimoniaux, 2^e éd., Paris 1977, p. 19.
- (128) Ce phénomène était déjà signalé dans l'introduction que M. André Rouast avait donnée à la première édition de l'ouvrage sur «le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines», publiée en 1957. L'auteur y parlait de la «compénétration des régimes» (p. 14). Voir aussi Colette Saujot: La pénétration des idées séparatistes dans les régimes communautaires, thèse, Paris 1954. Il s'est accentué et généralisé depuis lors.
- (129) D'après M^{me} Meulders-Klein, la séparation de biens ne peut satisfaire que les exigences abstraites d'une philosophie individualiste («Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines», Bruxelles 1978, p. 709).
- (130) Le droit anglais, écrit encore Sir Otto Kahn-Freund, se fraie lentement un chemin en direction d'un compromis entre les idées de séparation et de communauté («Matrimonial Law in England», dans «Selected Writings», London 1978, p. 187). Voir en outre les travaux importants de la Law Commission: Working Paper on Family Property Law, 1972 (N^o 42); First Report on Family Property: A New Approach, 1973 (N^o 52); Second Report on Family Property: Family Provision on Death, 1974 (N^o 61); Third Report on Family Property: The Matrimonial Home (Co-ownership and Occupation Rights) and Household Goods, 1978 (N^o 86).
- (131) L'unique possibilité d'avoir une connaissance approfondie de ces régimes matrimoniaux consiste à consulter les nombreux ouvrages qui ont paru à leur sujet

dans les différents pays où ces régimes sont déjà en vigueur. Ici, seuls sont présentés les avantages et les désavantages de ces systèmes. En ce qui concerne les traits essentiels des deux systèmes, voir ch. 154 ss.

- (132) Voir sur ce point Henri Deschenaux: La protection de l'expectative de bénéficiaire dans le régime de la participation aux acquêts, Gedächtnisschrift Peter Jäggi, Fribourg 1977, p. 151 ss.
- (133) Dans l'ouvrage cité à la remarque 118, MM. Patarin et Zajtay mentionnent la «réévaluation de l'activité de la femme à l'intérieur du foyer conjugal» comme un des buts des réformes récentes. Encore ne s'agit-il pas d'estimer, en argent, la valeur de cette activité. Le partage égal est surtout lié à ce fait d'expérience qu'il n'y a pas d'économies possibles, dans un ménage, à moins que les deux époux ne soient décidés à les faire et à les conserver (p. 11).
- (134) Cf. Dopffel Peter: Das neue italienische Familienvermögensrecht, FamRZ 25, 1978, p. 478 ss.
- (135) Cf. arrêt du Tribunal fédéral ATF 97 II 9: «Le mariage est une institution dont le contenu est fixé par la loi. L'échange des consentements devant l'officier de l'état civil est générateur d'un statut du droit de la famille: il crée l'union conjugale (art. 159, 1^{er} al., CC), avec tous les effets que la loi – et la loi seule – y attache, sans qu'il soit possible aux époux . . . de s'affranchir des devoirs et obligations qu'il comporte.»
- (136) ATF 80 I 305; von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, vol. I, Zurich 1974, p. 14, note 26; Schönenberger/Jäggi, Obligationenrecht, commentaire zurichois, 3^e éd., 1973, Vorbemerkungen vor Art. 1, n^o 95; Lemp Paul, commentaire bernois, Familienrecht, 1963, Vorbemerkungen vor Art. 159 CC s., n^o 3. Contra: Droin Jacques, La sanction civile des devoirs des époux, RDS, 1972, NS 91, I, p. 261 s.
- (137) Lemp Paul, op. cit., art. 161 CC, n^o 1.
- (138) Egger August, commentaire zurichois, Das Eherecht, 1936, art. 161 CC, n^o 3; Grossen Jacques-Michel, Revue suisse de l'état civil (ZZstW) 43, 1975, p. 415, note 12.
- (139) Lemp Paul, art. 161 CC, n^o 2; Grossen Jacques-Michel, Einzelpersonen, dans Schweizerisches Privatrecht, Bâle, 1967, p. 336; édition française, Fribourg 1974, p. 55; ATF 98 Ia 452. Selon l'art. 166, 1^{er} al., 2^e phrase, OEC, l'épouse qui, après la célébration, signe au registre des mariages, du nom de famille qu'elle a acquis, «peut y ajouter son nom de fille».
- (140) Lemp Paul, art. 161 CC, n^o 3.
- (141) Sur le fait de signer sous une désignation autre que le nom, cf. Schönenberger/Jäggi, op. cit., art. 13, n^o 29 s.: il suffit en principe qu'il n'en résulte pas d'ambiguïté ou que le caractère de l'acte (p. ex. une souscription d'actions) ne l'exclue pas; voir ATF 57 1931, II 15 sur la validité d'un testament olographe dont la signature portait: «Votre père».
- (142) En RFA, une enquête menée auprès des officiers de l'état civil a démontré que seulement 1 à 3 % des fiancés choisissent le nom de la femme comme nom de famille («Tagesspiegel», Berlin, 30 mars 1978; «Hamburger Abendblatt», n^o 232, du 5 octobre 1978).
- (143) Dans les pays de tradition *espagnole*, où la loi ne règle généralement pas la question, la femme mariée garde son nom de jeune fille, mais l'usage est qu'elle le fasse suivre du nom de son mari. En *Belgique*, le mariage ne fait pas acquérir à la femme le nom de son mari, mais elle use de ce nom et le mari ajoute à son propre nom le nom de sa femme (art. 216 CC, selon une nouvelle de 1958). En *France*, c'est par l'effet du droit coutumier, voire d'un simple usage, que la femme porte le nom de son mari, sans perdre son nom de famille. Aux *Pays-Bas*, la femme a simplement le droit de porter le nom de son mari, ou de le faire précéder de son propre nom (art. 9 CC, selon une nouvelle de 1969). En *Suède*, la femme acquiert le nom de son mari, mais elle peut, par une déclaration appropriée, garder son nom de famille (par. 6, loi sur le nom de

- 1963). En *Italie*, selon la nouvelle de 1975, la femme fait suivre son propre nom de celui de son mari (art. 143^{bis}).
- (144) Ruckstuhl Lotti, Die Schweizer Frau – ein Chamäleon?, Benglen 1976.
- (145) Götz Ernst, Die Beurkundung des Personenstandes, dans Schweizerisches Privatrecht, Bâle 1967, vol. II, p. 379 ss.
- (146) ATF 82 I 93 à 101; 71 I 77 s.; 69 I 141; 53 I 45; 36 I 223; Réponse du Conseil fédéral, du 28 février 1972, à une petite question de Madame Wicky, conseiller national, du 16 décembre 1971; Aubert Jean-François, Traité de droit constitutionnel suisse, I, Neuchâtel 1967, p. 356 et 366, n° 976 s.; Gmür Max, commentaire bernois, Familienrecht, 2° édit., 1923, art. 161 CC, n° 8. Le Tribunal fédéral a laissé indécis le point de savoir si l'art. 54, 4^e al., cst. et l'art. 161 CC consacraient l'effet dit négatif (ATF 82 I 93 à 101 à propos d'une loi genevoise, ouvrant la possibilité d'une réintégration dans le droit de cité cantonal aux Genevoises qui l'avaient perdu par le mariage). Mais l'existence de la coutume évoquée n'a pas été mise en doute.
- (147) En matière de nationalité, les législations nationales s'orientent vers un système dualiste; Dutoit Bernard, La nationalité de la femme mariée, vol. I: Europe, Genève 1963. La Convention des Nations Unies du 20 février 1957 déclare que la célébration du mariage ne devrait pas de plein droit modifier la nationalité de la femme. Une telle disposition relative au mariage des citoyens suisses avec des étrangères nécessiterait une révision de l'art. 54, 4^e al., cst. Lors de la procédure de consultation, la substance de cette disposition a trouvé une approbation surprenante, mais seulement sur le plan international. Mais le problème ne se pose pas nécessairement de la même manière dans le droit interne d'un Etat fédératif comme la Suisse.
- (148) Voir encore la petite question Wicky, du 16 décembre 1971 et la résolution du Grand Conseil de Genève, du 21 avril 1972, transmise au Conseil fédéral. A l'époque où la commission d'experts avait admis le droit d'option pour le nom, elle s'était aussi demandée si on ne pourrait pas de même permettre aux époux d'opter entre les droits de cité du mari et de la femme. Mais, outre la crainte de complications, la commission a douté qu'une solution qui ferait dépendre le droit de cité de la volonté des intéressés puisse s'inscrire dans la tradition suisse – sans parler de la nécessité de reviser pour cela la Constitution. Une autre possibilité eût été de lier le droit de cité au choix du nom. Quoiqu'il en soit des objections qu'elle suscite, cette solution n'entre pas en ligne de compte au stade actuel, car on ne peut faire abstraction de l'art. 54, 4^e al., cst.
- (149) Lemp Paul, art. 160 CC, n° 2 et 3.
- (150) Hegnauer Cyril, Grundriss des Kindesrechts, Berne 1977, p. 131; adaptation française par Schneider Bernhard, Berne 1978, p. 131.
- (151) Lemp Paul, art. 160 CC n° 7.
- (152) ATF 97 II 1; 90 II 213
- (153) ATF 95 II 129
- (154) ATF 79 II 140 s.
- (155) ATF 85 I 1. La défense d'intérêts non pécuniaires comprend l'avance des frais d'une instance en divorce ou en séparation de corps («provisio ad litem»). Il n'est pas nécessaire de le dire, vu la jurisprudence: ATF 66 II 70. Mais dorénavant, il n'incombera plus d'emblée au mari, et dans tous les cas, de faire cette avance.
- (156) Cf. ATF 94 III 4 et 78 III 124 sur la saisissabilité du salaire du débiteur; ATF 79 II 137 sur l'influence du remariage de l'époux condamné à verser une pension alimentaire.
- (157) Lemp Paul, art. 161 CC, n° 51 et références.
- (158) Lemp Paul, art. 160 CC, n° 32.
- (159) ATF 52 II 330; 51 II 98

- (160) Lemp Paul, art. 160 CC, n° 27.
- (161) C'est ce caractère que Paul Piotet a cru pouvoir donner à la prétention de l'article 164, 2^e al., de l'avant-projet de 1976 (Le régime matrimonial et l'art. 164, 2^e al., CC selon l'avant-projet de loi sur les effets du mariage, JdT 124, I, 1976, p. 354 ss.). Telle n'est pas en tout cas la conception à la base de l'art. 164 du présent projet.
- (162) ATF 95 II 126/127; 82 II 94; 74 II 202
- (163) «Si un conjoint, par son travail, son revenu ou sa fortune, a contribué aux charges du mariage dans une mesure notablement supérieure à ce qui pouvait être raisonnablement exigé de lui, il a droit à une compensation équitable.»
- (164) Voir arrêts cités à la remarque 162. Cette jurisprudence réserve cependant les circonstances particulières. Le premier arrêt cité a vu de telles circonstances dans le fait que le travail de l'épouse avait été fourni à une société en nom collectif dont faisait partie le mari, lequel n'avait que peu profité de l'avantage qu'aurait pu lui procurer sa qualité d'associé, de sorte que sa femme n'avait pas trouvé la compensation de ses efforts dans une aisance accrue.
- (165) «Il (le contrat de travail) est réputé conclu lorsque l'employeur accepte pour un temps donné l'exécution d'un travail qui, d'après les circonstances, ne doit être fourni que contre un salaire.»
- (166) ATF 95 II 599; 81 II 185. Cette jurisprudence a été critiquée en doctrine; cf. Haeschel Alex, Le devoir d'entretien entre époux, Lausanne 1942, p. 22; Deschenaux Henri, Revision du régime matrimonial, RDS, 1957, NS 76 II, p. 454a, note 64; Lemp Paul, RSJB (ZBJV) 99, 1963, p. 64 et, plus restrictif, dans le commentaire bernois, art. 246 CC, nos 17 et 45. Récemment, le Tribunal fédéral a exigé, pour exclure la restitution, que «ces prestations soient faites *animo donandi* ou pour accomplir un devoir moral, intention qu'on peut généralement présumer, mais non sans examiner les circonstances du cas particulier», ATF 96 II 1.
- (167) En principe, le pouvoir du mari ne s'étend pas au-delà de ce qui est normal pour un ménage donné; cf. Egger August, commentaire zurichois, 1936, art. 162 CC, n° 7.
- (168) Ainsi, dans le Royaume-Uni, selon le Matrimonial Proceedings Property Act, 1970.
- (169) C'est le cas en *Suède* (par. 12 du chap.V), aux *Pays-Bas* (par. 85 loi de 1958/1971). En *France*, chaque époux oblige l'autre pour les dettes de ménage, à l'exclusion des dépenses manifestement excessives (art. 220 CC français selon la nouvelle de 1965).
- (170) Lemp Paul, art. 163 CC, nos 6 ss et références; ATF 50 I 47; 86 II 65. Selon la jurisprudence, la représentation de l'union conjugale, même par le mari, concerne uniquement la satisfaction directe des besoins du ménage, à l'exclusion d'un emprunt (ATF 49 II 454).
- (171) Lemp Paul, art. 163 CC, n° 6, pour le pouvoir de la femme. Si, actuellement, ce pouvoir cesse dès que la vie commune est suspendue, les avis divergent sur la protection des tiers de bonne foi, Lemp, loc. cit. n° 23.
- (172) Une partie de la doctrine admet déjà aujourd'hui que le jugé des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169 CC) peut investir la femme des pouvoirs exceptionnels de l'article 166 CC; cf. Lemp Paul, art. 166 CC, n° 14.
- (173) La formule est reprise de l'art. 163, 2^e al., CC, et s'interprétera de la même manière; cf. Lemp Paul, art. 163 CC, nos 19 à 21.
- (174) La formule est reprise de l'art. 164, 1^{er} al., CC, sauf que la nouvelle disposition évoque un «excès», plutôt qu'un «abus» qui ferait penser à l'abus de droit de l'art. 2, 2^e al., CC.

- (175) Message du Conseil fédéral, du 12 juin 1978, FF 1978 II 481 s., 572.
- (176) Cf. Lemp Paul, art. 177 CC, nos 38 à 100.
- (177) En édictant l'art. 494, 4^e al., CO, le législateur est parti de l'idée que l'art. 177, 2^e al., CC, pourrait s'appliquer à un cautionnement donné par la femme à son mari pour la dette d'un tiers; cf. Oser/Schönenberger, commentaire zurichois, 2^e éd., 1945, art. 494 CO, n^o 36.
- (178) L'art. 172, 1^{er} et 2^e al., de l'avant-projet statuait:
 «¹ Les époux ne peuvent disposer que conjointement de leurs objets mobiliers qui sont directement affectés à l'usage de la famille.
² Cependant l'acte accompli par l'époux propriétaire est valable sans le consentement de son conjoint si l'acquéreur ne connaissait pas et ne devait pas connaître cette affectation.»
 Cette disposition aurait pour effet de compliquer par trop la vie des affaires. La notion d'objets «directement affectés à l'usage de la famille» susciterait des difficultés d'interprétation. La règle créerait des inégalités entre les époux, suivant que l'un serait à peu près seul à posséder de tels objets tandis que l'autre pourrait disposer librement de biens qui n'auraient pas d'affectation familiale. Si le 2^e al. était propre à protéger le tiers de bonne foi, il serait difficile de décider «si l'acquéreur ne connaissait pas ou ne devait pas connaître cette affectation», à savoir l'affectation à l'usage de la famille. Il reste qu'à raison des égards mutuels que se doivent les époux, aucun d'eux n'est libre de disposer à sa guise d'objets essentiels à la vie de famille.
- (179) Dans les relations avec le registre foncier, le conservateur doit être en possession d'une pièce signée; cf. art. 13 ORF ainsi que Homberger Arthur, commentaire zurichois, Besitz und Grundbuch, 1938, art. 963 CC, n^o 15 *in fine*.
- (180) Cf. von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, tome I, p. 146, note 18.
- (181) Selon l'opinion dominante (Schönenberger/Schmid, commentaire zurichois, 3^e édit., Zurich 1974, art. 259 CO, n^o 23), l'acquéreur entre dans le rapport de bail s'il ne donne pas l'avis - appelé «dénonciation» - de l'art. 259, 2^e al.; il devient donc bailleur. Cependant, pour lever toute hésitation, l'art. 271a mentionne spécialement l'acquéreur.
- (182) Le point de savoir si, déjà selon le droit en vigueur, le conjoint du preneur peut agir en prolongation du bail est controversé. Pour la négative, Jeanprêtre Raymond, La prolongation des baux à loyer, X^e Journée juridique, Genève 1970, p. 101/120; Hunziker Rolf, Das Verfahren in Mietsachen gemäss Art. 267a-267f. CO, Zurich 1977, p. 2/5. Pour l'affirmative, Moser Markus, Die Erstreckung des Mietverhältnisses nach Art. 267a-267f OR, thèse Fribourg 1975, p. 137, du moins dans le cas où la vie commune n'existe plus par suite du divorce, de la séparation de corps, de la suspension de la vie commune. C'est une raison de trancher la question dans la loi.
- (183) ATF 42 II 350; 53 II 366; 78 I 292
- (184) Lemp Paul, art. 177 CC, n^o 4.
- (185) Lemp Paul, art. 177 CC, nos 5 et 31, se prononce négativement sur les deux points.
- (186) Voir Lemp Paul, art. 177 CC, nos 4 à 37.
- (187) Cf. Lemp Paul, art. 177 CC, nos 18 à 25 et références; en ce sens, ATF 97 II 289/294.
- (188) Voir, pour les critiques faites à cette disposition, Stocker Werner, Zum Schweizerischen Ehegüterrecht, RDS 1957, NS 76, II, p. 348a ss.
- (189) ATF 81 III 1, arrêt critiqué cependant par Grossen Jacques-Michel, JdT 103, 1955, II p. 67 ss.
- (190) ATF 71 III 4

- (191) Rapport cité à la remarque 188, p. 360a ss.
- (192) Lemp Paul, art. 175 CC, n° 10.
- (193) Lemp Paul, art. 175 CC, n° 1 *in fine*.
- (194) Lemp Paul, art. 175 CC, n° 3.
- (195) Lemp Paul, art. 175 CC, n° 3.
- (196) Lemp Paul, art. 175 CC, n° 6.
- (197) ATF 40 I 41
- (198) Lemp Paul, art. 215 CC, n° 41, art. 216 CC, n° 36, art. 223 CC, n° 41, art. 239 CC, n° 23, art. 225 CC, n° 35.
- (199) Lemp Paul, art. 205 CC, n° 9.
- (200) Cf., par exemple, Knapp Charles, Le régime matrimonial de l'union des biens, Neuchâtel 1956, p. 155, n° 497.
- (201) ATF 90 II 467
- (202) Lemp Paul, art. 242 CC, n° 21.
- (203) Art. 173 al. 1 de l'avant-projet de 1976 disposait: «Dans la mesure utile à la protection de ses droits, chaque époux peut en tout temps demander à son conjoint qu'il le renseigne sur ses revenus, ses biens et ses dettes».
- (204) La disposition doit avoir une portée plus large que l'art. 581, 2° al., CC. Cf. Piotet Paul, Droit successoral, Traité de Droit Privé Suisse, vol. 4, Fribourg 1975, p. 720.
- (205) L'expression «époux coupable» du texte français du 2° alinéa ne rend pas la pensée législative.
- (206) ATF 91 II 417
- (207) Lemp Paul, art. 169 CC, n° 17 ss.
- (208) ATF 91 II 417
- (209) ATF 103 II 1; 91 II 412
- (210) Egger August, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau, RDS 1954, NS 73, p. 1 ss; Jäggi Peter, Vom Schutz der ehelichen Gemeinschaft, RDS 1956, NS 75, I, p. 55.
- (211) Hildebrand W., Massnahmen zum Schutz der ehelichen Gemeinschaft, Festgabe der Hochschule St. Gallen zum Schweizerischen Juristentag 1965, p. 133 ss.
- (212) Récemment, Kehl Robert, Hat sich das Schweizerische Eheschutzrecht bewährt?, RSJ 74, 1978, p. 326/328.
- (213) Cf. Kehl, op. cit., p. 327/328.
- (214) Cf. ATF 101 IV 45: l'obligation qu'a en principe la femme de vivre dans la demeure commune est un devoir juridique dont ni le mari ni une autorité ne peut imposer l'accomplissement par la force.
- (215) ATF 86 II 303; 85 II 297
- (216) Lemp Paul, art. 170 CC, n° 10.
- (217) Selon l'ATF 83 II 491, cette suspension à l'amiable ne permet pas à la femme de se constituer un domicile séparé selon l'art. 25, 2° al. CC, si les conditions de l'art. 170 CC ne sont pas réunies. Il en sera autrement selon le projet.

- (218) ATF 70 III 81 et Lemp Paul, art. 170 CC, n° 20, pour la contribution pécuniaire d'entretien. Au contraire, on admet généralement que les conventions passées entre époux pour la durée du procès en divorce ou en séparation de corps exigent pour leur validité l'approbation du juge par analogie avec l'art. 158, ch. 5, CC, applicable aux conventions relatives aux effets accessoires du divorce; cf. Bühler Walter, Commentaire bernois, Berne 1977, art. 145 CC, n° 426.
- (219) Si elle ne l'est pas, cela ne signifie pas encore que tout devoir d'entretien cesse entre les époux, cf. Lemp Paul, art. 170 CC, n° 16.
- (220) Lemp Paul, art. 170 CC, n° 2; ATF 52 I 143; 56 II 338.
- (221) Lemp Paul, art. 170 CC, nos 12/13.
- (222) Lemp Paul, art. 170 CC, n° 14; ATF 91 II 412/417.
- (223) Cf., au sujet de la séparation de biens comme mesure provisoire en procédure de divorce, Bühler Walter, art. 145, commentaire bernois, n° 324.
- (224) Hegnauer Cyril, Grundriss des Kindesrechtes, Berne 1977, p. 132; adaptation française par Bernhard Schneider, Berne 1978, p. 133: dans ce cas, il peut prendre des dispositions sur le droit d'intervention et de codécision de l'autre parent dans des domaines particuliers ou pour des questions déterminées.
- (225) Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9^e édition, Zurich 1979, p. 286; Jorio Tino, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Fribourg 1977, p. 268.
- (226) Lemp Paul, art. 171 CC, n° 5.
- (227) Lemp Paul, art. 171 CC, n° 11.
- (228) Cf. en particulier le commentaire de Paul Lemp à l'art. 171 CC et les références données.
- (229) Lemp Paul, art. 171 CC, nos 18/19.
- (230) La commission d'experts ne s'est pas caché les difficultés que peuvent soulever les relations entre la mesure judiciaire et l'exécution de la saisie. La pratique semble pourtant les avoir surmontées. Il appartiendra au législateur chargé de procéder à une révision d'ensemble du droit de l'exécution forcée de régler au besoin les points controversés.
- (231) Bühler Walter, commentaire bernois, art. 145 CC, nos 344 ss.
- (232) L'article 220 - 1 CC français (nouvelle de 1965) donne un pareil pouvoir au juge.
- (233) ATF 103 II 3; 91 II 422/423; Bühler Walter, commentaire bernois, art. 145 CC, n° 369; Riemer Hans Michael, Zur Frage der Zulässigkeit von Grundbuchsperrn, RNRF 57, 1976, p. 65/73.
- (234) Sur la notion de blocage, ATF 103 II 4; 91 II 418/419.
- (235) Par. 372 et 293 ZPO zurichois en relation avec le par. 29 de l'ordonnance cantonale sur le registre foncier.
- (236) ATF 103 II 5/6; Riemer Hans Michael, RNRF 57, 1976, p. 74/75 et 78/79; Bühler Walter, commentaire bernois, art. 145 CC, nos 370 à 378. Ces deux auteurs se prononcent en faveur de la possibilité de fermer le registre foncier comme mesure protectrice des intérêts pécuniaires d'un époux.
- (237) L'art. 841, 3^e al., CC, dit qu'après la mention du début des travaux des artisans et entrepreneurs, aucun gage immobilier ne peut être inscrit si ce n'est sous forme d'hypothèque. L'art. 7 de la loi fédérale du 25 juin 1930 sur la garantie des obligations assumées par les sociétés d'assurance sur la vie prévoit l'«annotation» d'une restriction du droit d'aliéner les immeubles affectés au fonds de sûreté. Selon l'art. 137 LP, lorsqu'un terme a été accordé à l'adjudicataire pour le paiement aucune inscription ne peut être faite au registre foncier sans l'autorisation de l'office.

- (238) Bühler Walter, commentaire bernois, art. 145 CC, n° 377, voir, par analogie, l'art. 839, 3° al. *in fine*, CC, relatif à l'inscription de l'hypothèque légale des artisans et entrepreneurs.
- (239) RDS 1955, NS 74, II, p. 648.
- (240) Lemp Paul, art. 172 CC, n° 9.
- (241) Lemp Paul, art. 172 CC, n° 10.
- (242) En ce qui concerne les enfants, voir Hegnauer Cyril, commentaire bernois, n° 208 à l'ancien art. 283 CC.
- (243) ATF 100 II 67; 93 II 1; 86 II 305; cf. Lemp Paul, art. 169 CC, n° 11 et références. Toutefois, *dans les rapports internationaux*, le Tribunal fédéral, comblant une lacune de la loi sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour, a jugé que l'époux – domicilié à l'étranger et fondé à vivre séparé – d'un étranger domicilié en Suisse peut requérir à ce domicile en Suisse des mesures protectrices de l'union conjugale (ATF 100 II 65).
- (244) Lemp Paul, art. 169 CC, n° 11.
- (245) ATF 93 II 1
- (246) Pour ce cas, Lemp Paul, art. 172 CC, n° 12 *in fine*, préconise le for du domicile du requérant.
- (247) Voir les indications chez Lemp Paul, art. 169 CC, n° 13.
- (248) Jacques-Michel Grossen, Das Recht der Einzelpersonen, Schweizerisches Privatrecht, p. 329; édition française, Fribourg 1974, p. 47; Tuor/Schnyder, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9^e éd. 1979, p. 70/71; Bucher Eugen, Das Personenrecht, commentaire bernois, 1976, art. 19, p. 421 ss/436.
- (249) ATF 77 I 3; Lemp Paul, art. 181 CC, nos 20–28.
- (250) ATF 99 Ia 305
- (251) En ce sens, Lemp Paul, art. 181 CC, n° 24; la pratique des autorités cantonales appliquant l'art. 181, 2° al., CC va plutôt en sens contraire.
- (252) Egger August, Das Familienrecht, commentaire zurichois, 1936, art. 182, nos 2 et 3. Dans *l'union des biens*, ce n'est qu'en cas de faillite de la femme qu'après la délivrance d'actes de défaut de biens, la liquidation du régime peut faire ressortir une créance de bénéfice en sa faveur, sur laquelle les créanciers pourront faire valoir leurs droits dans les limites de l'art. 265, 2° al., LP (retour à meilleure fortune). Dans la communauté de biens, la faillite d'un époux permet aux créanciers, en cas de perte, d'exercer leur mainmise sur la part du débiteur aux biens communs, toujours dans les mêmes limites.
- (253) Deschenaux Henri, RDS 1957, NS 76, II, 583a/584a.
- (254) Le projet introduit un nouveau cas de séparation de biens légale, fondée sur un tout autre motif: la séparation de corps doit entraîner de plein droit la séparation de biens (nouvel art. 155 CC; voir ch. 221.35 et 233).
- (255) Lemp Paul, art. 185 CC, n° 6.
- (256) Lemp Paul, art. 183 CC, n° 4 et art. 184 CC, n° 3.
- (257) Lemp Paul, art. 187 CC, n° 3 et références.
- (258) Deschenaux Henri, RDS 1957, NS 76, II, p. 493a.
- (259) ATF 68 III 42; Lemp Paul, art. 186 CC, nos 8 à 10.
- (260) Lemp Paul, art. 182 CC, n° 9. L'existence de cette possibilité a été le motif pour lequel le législateur de 1907 n'a pas attaché à la déclaration de faillite la dissolution du régime; cf. Erläuterungen zum Vorentwurf, 1914, p. 167/168.
- (261) Lemp Paul, art. 185 CC, n° 3.

- (262) Lemp Paul, *ibidem*.
- (263) Egger August, commentaire zurichois, art. 155, n° 2 ss.
- (264) ATF 45 II 117; Lemp Paul, art. 189, n° 80 et art. 183, n° 7. En cas de faillite, il faut réserver l'intervention de l'administration de la masse de l'époux débiteur.
- (265) ATF 45 II 110
- (266) Cf. actuellement, pour le passage de l'union des biens ou de la séparation de biens à la communauté de biens, Lemp Paul, art. 188 CC, nos 28 et 35.
- (267) Lemp Paul, *Vorbemerkungen zum vierten Abschnitt*, p. 974, n° 18.
- (268) Lemp Paul, art. 188 CC, n° 21 *in fine*.
- (269) Lemp Paul, art. 188 CC, n° 13. On a vu des époux se faire des libéralités sous le couvert de liquidations matrimoniales (cf. ATF 63 III 27). De tels actes donnent prise à l'action révocatoire des art. 285 ss LP. Mais il est admis que si les époux ont donné à l'opération l'apparence d'une liquidation matrimoniale sans que les créanciers s'en soient rendus compte, ils sont fondés à agir en vertu de l'art. 188, Lemp Paul, art. 188 CC, n° 71.
- (270) Si, par suite de la liquidation, une créance matrimoniale d'un époux contre l'autre s'est éteinte, elle reprend vie dans la mesure où les créanciers de l'aliénateur ont été désintéressés sur les biens reçus (cf. art. 291, 2° al., LP). Voir, en outre, ATF 66 II 10.
- (271) Lemp Paul, art. 242 CC, n° 25.
- (272) Lemp Paul, art. 242 CC, n° 52.
- (273) Lemp Paul, art. 242 CC, n° 25.
- (274) Lemp Paul, art. 242 CC, n° 28.
- (275) Cf. ATF 61 II 95 sur la responsabilité du mandataire en cas de mandat gratuit.
- (276) C'est ainsi que, dans le laps de temps de trois mois, l'office compétent du canton de Zurich a été saisi de 20 demandes de renseignements provenant de tiers. Pour le canton de Saint-Gall, le nombre des demandes se monte à deux douzaines dans l'espace de deux mois, et pour le canton de Lucerne, à une douzaine. Les enquêtes faites dans les cantons de Berne et de Vaud donnent des résultats analogues. En revanche des demandes de renseignements plus nombreuses émanent des époux eux-mêmes ou de leurs héritiers, ou encore d'offices publics, notamment des bureaux du registre foncier; il s'agit de 60 à 90 % de toutes les demandes; leur nombre absolu reste cependant peu élevé. Il faut rappeler que le but du registre est de rendre les dérogations au régime ordinaire opposables aux tiers, non aux époux eux-mêmes ou à leurs héritiers (cf. art. 248, 2° al., CC).
- (277) Procès-verbal de la commission d'experts, 1, p. 311 ss; ATF 51 II 251.
- (278) Lemp Paul, art. 248 CC, nos 80/81.
- (279) Lemp Paul, art. 248 CC, nos 20/21.
- (280) Lemp Paul, art. 190 CC, nos 16/17.
- (281) Lemp Paul, art. 191 CC, nos 6 à 11; ATF 85 II 70; 71 II 255.
- (282) ATF 97 II 294 cons. 4; 91 II 86; Lemp Paul, art. 195 CC, nos 3 à 39, 42/43 et références.
- (283) ATF 88 II 142; 96 II 307/308. En ce qui concerne les plus-values de biens propres dues à des investissements prélevés sur les acquêts, il faut réserver l'art. 209, 3° al., du projet. Pour le surplus, du moment que chaque époux - la femme aussi - a des biens propres et des acquêts, il n'y aura plus aucune difficulté à ranger dans les acquêts de la femme des biens qui ne sont pas acquis à titre gratuit ni en remploi d'apports et qui ne pourront plus être réservés.

Voir, sur cette difficulté, les ATF 74 II 145; 97 II 294; 96 II 305; 102 II 73. Cf. au sujet de ce dernier arrêt, Piotet Paul, JdT 125 I, 1977, p. 152.

- (284) Lemp Paul, art. 190 CC, n° 16.
- (285) Pour le droit actuel voir art. 196 CC ainsi que Lemp Paul, art. 196 CC, n° 15; art. 190 CC, n° 14; art. 214 CC, n° 23; art. 215 CC, nos 23 et 25; art 242 CC, n° 8.
- (286) Certaines législations étrangères prévoient pour ce cas une disposition, cf. art. 1434/1435 CC français; par. 1418 ch. 3, 1474 BGB.
- (287) ATF 75 II 275; 82 II 492; 100 II 84 et 182; 102 II 70; 104 II 156. Cf. Knapp Charles, Le régime matrimonial de l'union des biens, Neuchâtel 1956, p. 37; Lemp Paul, art. 196 CC, nos 15 à 49 et références; Simonius Pascal, Die güterrechtliche Surrogation, Bâle 1970, notamment p. 1 à 8, 27 ss, 65 ss.
- (288) Lemp Paul, art. 239 CC, nos 13 et 22, en dépit de ce que l'art. 239, 3^e al., CC, soumet les apports de l'époux aux règles de l'union des biens.
- (289) Cf. art. 195, 3^e al., CC et Lemp Paul, art. 195 CC, n° 44.
- (290) La récompense visée par l'art. 165, 2^e al. entrera dans les biens propres ou les acquêts suivant que la contribution pécuniaire extraordinaire aura été fournie par l'une ou l'autre de ces masses.
- (291) Lemp Paul, art. 242 CC, nos 8 à 17.
- (292) En cas de litige entre un époux et un tiers, mais généralement pas en cas de litige entre les époux eux-mêmes qui sont le plus souvent des copossesseurs.
- (293) En matière d'immeubles et de droits immobiliers, le registre foncier permettra presque toujours de révéler le titulaire.
- (294) La doctrine se prononce en ce sens pour le cas de litige entre les époux dans la séparation de biens. Guldener Max, Beweiswürdigung und Beweislast, Zurich 1955, p. 20, remarque 59; Lemp Paul, art. 242 CC, n° 13. Même solution en droit français (art. 1538, 3^e al., CC français).
- (295) Ces dispositions sont applicables par analogie aux créances incorporées dans des papiers-values; cf. Meier-Hayoz Arthur, commentaire bernois, Das Eigentum, 1966, Vorbemerkungen zu den Art. 646-654, n° 13.
- (296) Lemp Paul, art. 214 CC, n° 23 et références.
- (297) Pour le droit actuel (art. 197 CC), voir Knapp Charles, Le régime matrimonial, p. 74; Lemp Paul, art. 197 CC, n° 11.
- (298) Il n'en va d'ailleurs pas différemment dans l'union des biens.
- (299) Pour la poursuite contre les époux séparés de biens, cf. Lemp Paul, art. 243 CC nos 26 à 28.
- (300) Néanmoins, la part à la plus-value d'un bien, au sens de l'art. 206, n'est due que lors de la liquidation. Mais, si le bien a été aliéné auparavant, la créance est immédiatement exigible (2^e al.).
- (301) Cf. sur ces problèmes, à la fin de la séparation de biens, Lemp Paul, Vorbemerkungen zum vierten Abschnitt, n° 19.
- (302) Sur ces notions, cf. Hinderling Hans, Der Besitz, dans Schweizerisches Privatrecht, V 1. Band, Bâle 1977, p. 420.
- (303) Contre la réévaluation des créances de récompense, ATF 96 II 309 à 311.
- (304) Hinderling Hans, Wertsteigerungen und Ersatzforderungen bei der Güterverbindung, RSJ 61, 1965, p. 17 ss; Wertsteigerungen eingebrachter Güter bei der Güterverbindung, Festgabe der Basler Juristischen Fakultät zum Schweizerischen Juristentag 1963, p. 107 ss; Wiederkehr Alfred J., Die Berücksichtigung der Wertsteigerungen der eingebrachten Güter bei der Vorschlagsberechnung, Zurich 1966.

- (305) ATF 91 II 90; 74 II 148; 50 II 433. Ce système n'a pas été appliqué à l'acquisition d'actions au moyen de droits de souscription attachés à des actions apportées par un époux et au moyen de deniers prélevés sur les acquêts: les nouvelles actions ont été tenues entièrement pour des acquêts, à charge de récompense envers les apports, cf. ATF 104 II 156.
- (306) Simonius Pascal, Die güterrechtliche Surrogation, Bâle 1970, p. 29, 134 ss, 138 ss.
- (307) Il s'inspire en partie d'une disposition récente du code civil français, relative aux récompenses entre la communauté et chacun des époux. Selon l'art. 1469, 3^e al., la récompense «ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la dissolution de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné pendant la communauté, le profit est évalué au jour de l'aliénation; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien».
- (308) L'art. 199, 3^e al., de l'avant-projet de 1976 énonçait cette règle. Elle se révèle inutile, sans parler du moyen tiré de l'abus de droit (art. 2, 2^e al., CC).
- (309) Knapp Charles, Le régime matrimonial, p. 270, n^o 810; Lemp Paul, art. 212/213 CC, n^o 27; art. 214 CC, n^o 40; Wegmann Alice, Der Vorschlagsanspruch der Ehefrau bei böswilliger Verhinderung einer Vorschlagsbildung durch den Ehemann, RSJ 47, 1951, p. 40 ss; Kradolfer Christoph, Schutz des Rechts der Ehefrau auf Vorschlagsteilhabe im ordentlichen Güterstand der Güterverbindung, Zurich 1974; Deschenaux Henri, La protection de l'expectative de bénéfice dans le régime de la participation aux acquêts, Gedächtnisschrift Jäggi, Fribourg 1977, p. 151 ss, 158 ss.
- (310) La règle du droit allemand a soulevé de graves difficultés d'interprétation; cf. Hans Dölle, Familienrecht, Karlsruhe 1964, p. 749 à 757; les commentaires de Soergel/Lange, et Staudinger/Felgenträger, au par. 1365.
- (311) Deschenaux Henri, La protection de l'expectative, p. 186 à 188. L'interprétation de la notion de donation selon l'art. 527, ch. 3, CC n'est ici pas nécessairement décisive. Des libéralités unilatérales, comme la renonciation à une servitude ou le fait de laisser prescrire une créance (cf. Piotet Paul, Droit successoral, p. 414/415), pourraient être saisies par l'art. 208, 1^{er} al., ch. 1, du projet.
- (312) Deschenaux Henri, La protection de l'expectative, p. 187.
- (313) L'attribution gratuite de biens d'acquêts comme de biens propres, qu'un époux fait à son conjoint, peut avoir le sens d'une avance sur la créance de participation de l'attributaire; c'est affaire d'interprétation; cf. Deschenaux Henri, La protection de l'expectative, p. 187/188.
- (314) Cet acte ne constitue pas une donation mixte au sens de la jurisprudence (ATF 98 II 352-353) et ne tomberait pas sous le coup du ch. 1 de l'art. 208, 1^{er} al. Cf. Deschenaux Henri, La protection de l'expectative, p. 190. Le projet n'exige pas une intention «manifeste».
- (315) Lemp Paul, art. 214 CC, n^{os} 32 à 52 et références; art. 223 CC, n^o 32 ss, art. 225 CC, n^o 8; Knapp Charles, Le régime matrimonial, p. 261 ss.
- (316) Lemp Paul, art. 214 CC, n^o 27; ATF 80 II 194.
- (317) Il y a lieu d'observer que, sauf ce dernier cas où le compte d'acquêts d'un époux s'annonce déficitaire, toutes les opérations de réunion, de récompenses, d'estimation et de déduction des dettes peuvent se faire d'emblée sur l'ensemble des acquêts des deux époux, sans qu'il soit nécessaire d'établir deux comptes. Le calcul n'est pas plus compliqué que pour la détermination du bénéfice du mari dans l'union des biens.
- (318) Piotet Paul, Le futur régime matrimonial suisse, RDS 1976, NS 95 I, p. 459/465, conteste que le rôle de l'époux au foyer ait un effet positif sur le plan

financier, le seul qui compte pour les acquêts; ce rôle serait négatif en ce sens que l'époux qui exerce une activité lucrative serait amené à contribuer à l'entretien de la famille dans une mesure d'autant plus grande que son conjoint ne gagne rien. Contra: Hausheer Heinz, Der zukünftige (ordentliche) gesetzliche Güterstand im schweizerischen Recht, RDS 1977; NS 96 I, p. 157/166-168. Cet auteur relève notamment qu'en dépit de sa charge accrue d'entretien, l'époux qui exerce une activité lucrative réussit à constituer des acquêts (épargne d'environ 7 % du gain dans une famille d'employé gagnant 30 000 à 40 000 fr. par an). Il n'est pas question - ajoute cet auteur - que dans notre économie, les deux époux doivent et puissent trouver un travail rémunéré. Finalement, c'est grâce au fait qu'un des époux y renonce que l'autre peut utiliser à plein sa capacité de travail et peut réaliser des économies d'autant plus grandes. On ne saurait nier non plus la relation qui existe entre un emploi ménager des ressources (par l'époux au foyer) et la formation de l'épargne. Les acquêts sont donc bien fonction de la communauté de destin qui unit les époux. C'est ce dont le législateur de 1907 a été conscient en faisant participer la femme au bénéfice réalisé par le mari.

- (319) On peut tout aussi bien - si on n'a pas d'emblée établi globalement les acquêts nets des deux époux (voir ch. 317) - additionner les bénéfices et diviser la somme en deux.
- (320) Cette disposition du code civil allemand n'est d'ailleurs pas impérative. Le conjoint survivant a un droit d'option en ce sens qu'il peut répudier la succession et faire valoir sa créance de participation selon le par. 1378. Cf. Dölle Hans, Familienrecht, p. 773 ss, 787 ss; Gernhuber Joachim, Lehrbuch des Familienrechts, Munich 1971, p. 387 ss, 392 ss; Hausheer Heinz, RDS 1977, NS 96 I 162 à 164.
- (321) Hausheer Heinz, Gesichtspunkte bei der Reform des ehelichen Güterrechts, RSJB 111, 1975, p. 1 ss/17.
- (322) ATF 82 II 487, au sujet de la nature du droit de la femme au bénéfice dans l'union des biens.
- (323) Dans ce sens, l'avant-projet de la commission d'étude, critiqué dans la première procédure de consultation, parce qu'il avantagerait trop le conjoint survivant.
- (324) C'est ce que fait actuellement l'art. 214, 1^{er} al., CC en prévoyant que le tiers du bénéfice de l'union des biens ne parvient à la succession de la femme que si elle comprend des descendants. Cette solution a été souvent critiquée: on ne voit pas pourquoi un actif, qui revient à la femme en vertu de sa coopération à la prospérité commune, échapperait à ses autres héritiers; cf. Knapp Charles, Le régime matrimonial p. 279 ss, n° 838.
- (325) Cf., pour le droit actuel Lemp Paul, art. 214 CC, n° 81 et références.
- (326) Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, elle ne laisse pas place à la réserve successorale d'autres héritiers nécessaires; ATF 99 II 11 et références; contra, Piotet Paul, Droit successoral, p. 382. L'interprétation de l'art. 226, 2^e al., CC a soulevé nombre de difficultés; Lemp Paul, art. 226 CC, nos 24 à 50; Piotet Paul, p. 381 à 385.
- (327) ATF 58 II 1; cf. aussi 99 Ia 305.
- (328) Lemp Paul, art. 214 CC, nos 90 ss et auteurs cités; Moor Pierre, La convention sur le bénéfice dans le régime matrimonial de l'union des biens, Lausanne 1966, p. 94 ss; Piotet Paul, Droit successoral, p. 186/187.
- (329) ATF 102 II 313.
- (330) Se prononcent favorablement: Piotet Paul, JdT 125 I, 1977, p. 146 ss, et RNRF 59, 1978, p. 1 ss; Hausheer Heinz, RSJB 114, 1978, p. 178 ss; se prononcent de façon critique, Huber Hans, RSNR 58, 1977, p. 251 ss; Petitjean Josy, RSJ 73, 1977, p. 288 ss.
- (331) N° 76 227, Initiative parlementaire. Union des biens. Partage du bénéfice et du

déficit, Kaspar Meier. Voir l'avis du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 11 janvier 1978, FF 1978 I 165 ss.

- (332) Lemp Paul, art. 214 CC, n° 93; Piotet Paul, Droit successoral, p. 186; ATF 102 II 313/325.
- (333) Sur le vu de l'art. 154, 2° al., CC, qui prévoit que le bénéfice est réparti entre les époux «conformément aux règles de leur régime», on dispute si la dérogation conventionnelle à la répartition du bénéfice s'applique en cas de divorce. Le Tribunal fédéral l'a d'abord nié (ATF 47 II 11), puis l'a admis, en passant, dans un arrêt subséquent (ATF 91 II 89). La doctrine est divisée; cf. Bühler Alfred, Die ehevertragliche Änderung der Vorschlagsteilung bei der Ehescheidung, RSJ 70, 1974, p. 117 ss avec références; cet auteur conclut en écartant l'application de la répartition conventionnelle.
- (334) Si, après la dissolution du régime mais avant la liquidation, le débiteur ou ses héritiers procèdent à des aliénations, l'époux créancier ou ses héritiers peuvent recourir aux moyens que leur offre le droit d'exécution pour que ces biens ne sortent pas du patrimoine du débiteur (mesures de sûreté, séquestre, action révocatoire). Tant que dure le mariage, l'époux menacé dans ses intérêts pécuniaires peut demander au juge des mesures protectrices ou au juge des mesures provisoires dans l'instance de divorce de restreindre le pouvoir du débiteur de disposer de certains de ses biens (art. 178 du projet).
- (335) Sur la nature, les conditions et les effets de cette action (selon l'avant-projet de 1976), cf. Deschenaux Henri, La protection de l'expectative, p. 192 ss.
- (336) Les modifications de la valeur des biens, qui se produisent après la liquidation, demeurent sans influence sur l'action contre le tiers; en ce sens, pour le droit allemand, Dölle Hans, Familienrecht, p. 847.
- (337) Sur les relations de l'action contre le tiers avec les actions successorales en rapport et en réduction, cf. Deschenaux Henri, La protection de l'expectative, p. 200 à 202.
- (338) Voir en particulier le commentaire de Lemp Paul, aux art. 215 à 228 CC.
- (339) Lemp Paul, art. 215 CC, n°s 45 à 52.
- (340) Voir art. 1416 CC belge et art. 180 CC italien.
- (341) Lemp Paul, art. 216 CC, n° 3 et, sur le rapport entre le pouvoir d'administration du mari et son devoir d'entretien, art. 215 CC, n° 47 et art. 216 CC, n°s 13/14.
- (342) Lemp Paul, art. 217 CC, n°s 13 à 16; art. 202 CC, n°s 12 à 15; Knapp Charles, Le régime matrimonial, p. 131, n° 427. L'action conjointe ou le consentement d'un époux à l'acte de l'autre sont notamment nécessaires: pour l'aliénation d'immeubles, de meubles de valeur ou de titres; pour la constitution de gages sur des immeubles (ATF 59 II 9) et même sur des meubles (ATF 41 II 7); pour la constitution de servitudes et la renonciation à celles-ci; pour la liquidation d'une entreprise; pour la renonciation à l'attribution du domaine à la valeur de rendement (ATF 52 II 193). L'introduction d'une poursuite au nom des deux époux peut être tenue pour un acte d'administration ordinaire, Lemp Paul, art. 216 CC, n° 21. La décision d'intenter un procès relatif aux biens communs appartient aux deux époux, Lemp Paul, art. 216 CC, n° 20.
- (343) Lemp Paul, art. 217 CC, n° 52 et art. 202 CC, n° 33.
- (344) Lemp Paul, art. 218 CC, n° 2.
- (345) Lemp Paul, art. 218 CC, n°s 5/10.
- (346) Lemp Paul, art. 216 CC, n°s 23 à 35, 51.
- (347) Les règles sur l'obligation des époux aux dettes contractées dans la représentation de l'union conjugale ressortit aux effets généraux du mariage (art. 166 du

projet), même si, en droit actuel, elles ont trouvé place en partie dans le titre sur le régime matrimonial (art. 162, 163, 2^e al., 206, ch. 3, 207, 2^e al., 219, ch. 2, 220, 2^e al., CC).

- (348) Lemp Paul, art. 207 CC, n^o 18.
- (349) Lemp Paul, art. 220 CC, n^o 6 et art. 207 CC, n^{os} 39 à 46.
- (350) Lemp Paul, art. 221 CC, n^{os} 15 à 31.
- (351) Lemp Paul, art. 225 CC, n^{os} 51 à 54.
- (352) Il y a controverse sur le point de savoir si la dissociation des biens communs en leurs éléments originaires s'opère aussi quand les époux adoptent conventionnellement la séparation de biens ou un autre régime, Lemp Paul, art. 189 CC, n^o 70 et références; art. 225 CC, n^o 1. Le projet résout le problème par la négative, (voir ch. 223.662).
- (353) Le projet ne reprend pas la règle de l'art. 225, 3^e al., CC selon laquelle «le conjoint survivant indigne de succéder ne peut faire valoir dans la communauté plus de droits que ceux qui lui appartiendraient en cas de divorce». Cette règle introduit dans le règlement d'intérêts matériels des considérations de faute qui n'y ont guère leur place. L'abus de droit est réservé (art. 2, 2^e al., CC).
- (354) Il n'y a pas lieu d'assortir d'un privilège d'exécution le droit de reprise des biens propres devenus communs, pour le cas où ces biens ne seraient plus représentés. Même si un époux a confié l'administration des biens communs à son conjoint, il est en mesure de contrôler sa gestion et aussi de retirer en tout temps le mandat donné (voir ch. 223.311). Les raisons qui ont fait écarter le privilège en cas d'administration des biens d'un époux par l'autre (voir ch. 221.62) parlent ici en faveur de la même solution.
- (355) Lemp Paul, art. 225 CC, n^{os} 55 à 57.
- (356) Pour le droit actuel, Lemp restreint l'application de l'art. 228 CC aux valeurs apportées qui figurent encore en nature dans les biens communs; contra: Egger August, commentaire zurichois, art. 228 CC, n^o 2; Gmür Max, commentaire bernois, art. 228 CC, n^o 5. Le projet tranche la question en faveur des biens de remploi.
- (357) Actuellement, l'art. 227 CC édicte des règles à ce sujet pour le cas où la communauté prend fin par le *décès* d'un époux. Il traite différemment le mari et la femme en ce qui concerne les dettes communes. Le mari reste obligé par toutes les dettes dont la communauté répondait envers les tiers, y compris les dettes générales de la femme (art. 227, 1^{er} al., CC). La femme survivante peut se libérer de son obligation pour les dettes communes en répudiant la communauté (2^e al.); si elle l'accepte, elle peut aussi se libérer dans la mesure où les biens qu'elle a reçus ne suffisent pas à désintéresser les créanciers (3^e al.). Cf. Lemp Paul, commentaire à l'art. 227 CC.
- (358) Lemp Paul, art. 242 CC, n^o 16.
- (359) Cf. à ce sujet dans un sens critique, Bucher Andreas, Der abhängige Wohnsitz nicht selbständiger Personen, RDT 32, 1977, p. 41 ss, spécialement p. 49.
- (360) Des situations particulières peuvent encore se présenter, cf. E. Bucher, commentaire bernois, Die natürlichen Personen, 1976, art. 25 CC, n^{os} 64 ss. Il appartient à la doctrine et à la pratique de leur donner une solution. Lors de la révision du droit de la tutelle, les dispositions relatives au domicile des personnes dépendantes seront soumises à réexamen.
- (361) Les textes actuels expriment cette règle en disant que la femme est maintenue dans la condition qu'elle avait acquise par le mariage. Cette condition se ramène essentiellement au droit de cité. Si le mariage rend majeure une personne qui était mineure au moment de se marier (art. 14, 2^e al., CC), il est clair que le statut ainsi acquis ne peut pas se perdre.

- (362) D'une façon générale, l'attribution d'un usufruit au conjoint survivant, en règlement de ses droits successifs, n'est pas heureuse comme solution légale. D'une part, elle est étroitement liée à l'idée que la famille forme encore, après le décès d'un conjoint et la majorité des enfants, un centre domestique et économique; or cette conception n'est plus typique pour la famille moderne. D'autre part, la jouissance par le conjoint de biens qui appartiennent à ses descendants ou à des parents plus éloignés offre de sérieux inconvénients. L'expérience apprend que, notamment, l'usufruit de la moitié se réduit souvent, pour le conjoint survivant, à une jouissance nominale qui ne correspond pas à l'entier des droits qu'il pourrait procurer; en particulier, lors de la vente des immeubles, on voit le conjoint renoncer à son droit sans toujours recevoir une contrepartie exactement mesurée. Si, au contraire, l'usufruitier tient à ce que ses droits soient respectés, il peut en résulter de pénibles conflits avec les nuspropriétaires. A cela s'ajoute que le régime de l'usufruit aboutit à immobiliser à long terme des fortunes ou des entreprises et à entraîner des difficultés de gestion analogues à celles que suscite la copropriété, sans qu'on puisse les pallier – comme on l'a fait pour celle-ci (art. 647a à 649c CC) – par un aménagement approprié des règles applicables.
- (363) En ce sens, l'art. II de la loi successorale israélienne de 1965.
- (364) Cf. Piotet Paul, Les droits respectifs du conjoint et des enfants au décès du de cujus selon l'avant-projet, RSJB 112, 1976, p. 321 ss, 337 à 340.
- (365) Supposons que le défunt ait eu un enfant d'un premier mariage. La part de cet héritier, en concours avec le conjoint survivant, est de moitié et sa réserve équivaldra à cette part. La réserve du conjoint survivant reste d'un quart. Le disposant ne pourra laisser au conjoint survivant plus que sa part légale de moitié. En face d'un descendant commun, le disposant peut laisser au conjoint survivant les $\frac{5}{8}$ de la succession.
- Supposons que le défunt ait aussi eu un enfant de son second mariage. La moitié de la succession revenant aux enfants se partagera également entre eux. Mais la réserve de l'enfant du premier lit sera égale à sa part d'un quart. La réserve de l'enfant du second lit sera de $\frac{3}{16}$, soit de $\frac{3}{4}$ de $\frac{1}{4}$. La réserve du conjoint survivant reste d'un quart. Le total des réserves sera de $\frac{11}{16}$ ($\frac{1}{4} + \frac{3}{16} + \frac{1}{4}$). La quotité disponible sera de $\frac{5}{16}$. Le disposant pourra laisser au survivant les $\frac{9}{16}$ de la succession ($\frac{1}{4} + \frac{5}{16}$), soit $\frac{1}{16}$ de moins que si les deux enfants étaient communs ($\frac{10}{16}$ ou $\frac{5}{8}$).
- (366) Le nouvel art. 473 CC a soulevé certaines critiques. Pour Piotet Paul (Problèmes posés par l'art. 473 CC en droit actuel et selon l'avant-projet de loi sur les effets du mariage, Mélanges Deschenaux Henri, Fribourg, 1977, p. 207 ss/219), «la véritable explication de l'ancien art. 473 est surtout que les enfants communs ont avec le conjoint survivant (qui est leur père ou leur mère) des liens de parenté qui permettent de leur imposer en sa faveur un sacrifice qu'on ne peut pas exiger d'enfants non communs ne descendant pas du conjoint survivant». Dès lors, même les enfants *non* communs conçus pendant le mariage n'auraient pas à supporter l'usufruit de la part qui leur est dévolue.
- (367) ATF 86 II 452
- (368) Ainsi, il y a controverse sur le point de savoir si le conjoint survivant qui accepte l'usufruit de l'art. 473 est un héritier ou un légataire, cf. Escher Arnold, commentaire zurichois, art. 473 CC, n^{os} 6 ss; Tuor Peter, commentaire bernois, art. 473 CC, n^{os} 16 ss; Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zurich 1979, p. 397; Piotet Paul, Droit successoral, p. 378 ss. L'avant-projet de 1976 prévoyait, dans un nouvel art. 561 CC, que «l'usufruit de tout ou partie de la succession légué au conjoint survivant produit les effets d'un droit réel dès l'ouverture de la succession, sous réserve des droits des créanciers» – ce que devait réserver un nouveau 3^e al. de l'art. 746 CC sur la constitution de l'usufruit. C'était assimiler, quant à son acquisition, l'usufruit de l'art. 473 à un usufruit légal, selon l'art. 561, 1^{er} al., CC. Cette innovation a été critiquée par Paul

Piotet, op. cit. à rem. 366, p. 235. Le projet ne l'a pas reprise. Il appartient à la doctrine et à la jurisprudence de se prononcer sur le mode d'acquisition de l'usufruit de l'art. 473 CC.

- (369) Jusqu'à présent, la doctrine a généralement interprété cette disposition en ce sens que le conjoint survivant reçoit l'usufruit de la moitié de la succession, comme si, ab intestat, il avait choisi l'usufruit (cf. Tuor Peter, art. 473, n° 22; Tuor/Schnyder p. 396): si le legs d'usufruit ne porte pas sur toute la succession, la réduction n'est pas «de moitié», mais s'opère jusqu'à concurrence de la moitié. Pour Piotet Paul (Droit successoral, p. 375 ss, spécialement 377/378; Mélanges Deschenaux Henri, p. 207/208), ce qui est réduit, c'est l'objet maximum de l'usufruit qui peut être laissé au conjoint survivant si les enfants n'étaient pas communs. «La réserve des enfants étant de $\frac{13}{16}$ en propriété et l'usufruit du conjoint survivant lui tenant lieu de réserve, cet usufruit grève au maximum $\frac{13}{16}$ de la succession; il doit donc être réduit à $\frac{13}{32}$ de la succession».
- (370) Cf. Tuor/Picenoni, commentaire bernois, art. 635 CC, n° 32; Tuor/Schnyder, 9^e éd. 1979, p. 493; Piotet, Droit successoral, p. 603.
- (371) Dans le cas où le père ou la mère aurait répudié ou serait exhéredé, et conviendrait avec ses enfants d'une cession de droits successifs, ce parent serait un tiers au sens de l'art. 635, 2^e al. CC; il n'aurait pas le droit d'intervenir dans le partage et ne pourrait prétendre qu'à la part de liquidation attribuée à ses cédants.
- (372) Mutzner Paul, Schlusstitel, 1. Abschnitt, commentaire bernois, 2^e éd., 1926, ad art. 8; le même, Das internationale eheliche Güterrecht, (RDS) 1915, NS 34 p. 175 ss; Huber Eugen/Mutzner Paul, System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts, Bâle 1933, 2^e fasc., p. 247; Lemp Paul, Das Eherecht, commentaire bernois, 1954, Vorbemerkungen zum fünften Titel, nos 25 à 29; Broggin Gerardo, Inter-temporales Privatrecht, dans Schweizerisches Privatrecht, I. Band, Bâle 1969, p. 355 ss/470.
- (373) Mutzner Paul, art. 8 nos 1 et 2; Broggin Gerardo, p. 471 et note 18.
- (374) Fait exception l'art. 168, 2^e al., CC, qui est lié au régime matrimonial de l'union des biens. Sur les cas d'application de l'art. 8 du titre final, cf. Mutzner Paul, art. 8, nos 27 à 47; Lemp Paul, nos 25 à 27. Vorbemerkungen zum fünften Titel.
- (375) Mutzner Paul, art. 3, n° 52: une déclaration de volonté émanant d'une femme mariée, qui était nulle pour cause d'incapacité civile, demeure nulle sous l'empire du nouveau droit. Inversement, un engagement contracté valablement sous l'empire du droit cantonal ne devient pas nul du fait qu'il aurait désormais besoin de l'approbation de l'autorité tutélaire, cf. Lemp Paul, n° 28. Vorbemerkungen zum fünften Titel.
- (376) Mutzner Paul, n° 48, ad art. 3, titre final, CC, n° 11 des remarques préliminaires concernant l'art. 1^{er}, titre final, CC.
- (377) Cf. Mutzner Paul, art. 3, nos 10 et 17 pour le passage du droit cantonal au droit fédéral.
- (378) Il faut réserver les sacrifices spéciaux en capital et en revenus qui dépassent la contribution équitable de l'art. 246, 1^{er} al., CC et qui peuvent déjà donner lieu à restitution en droit actuel; la prétention éventuelle relève de l'ancien droit.
- (379) Au sujet du retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale (voir ch. 241.225).
- (380) Mutzner Paul (cité à remarque 372) ad art. 9 et RDS 1915, NS 34, p. 175 ss; Huber/Mutzner (cité à remarque 372) p. 275 à 315; Lemp Paul (cité à remarque 372) p. 191 à 199; Broggin Gerardo (cité à remarque 372), p. 472 à 475.
- (381) Cette distinction est consacrée, en droit international privé suisse, par les art. 19 à 21, 31 et 32 LRDC.

- (382) Sur la distinction entre le régime interne et le régime externe, cf. Lemp Paul, art. 248 CC, n^{os} 3 ss.
- (383) Mutzner Paul, art. 9, titre final, n^{os} 142 à 151.
- (384) Broggin Gerardo (cité à remarque 372) p. 473.
- (385) BO, CN 16, p. 1092 et 1098 ss; 17, p. 130 et 138 ss; BO, CE 17, p. 362 ss.
- (386) Broggin Gerardo, (cité à remarque 372) p. 474/475.
- (387) Cf. le projet de loi fédérale sur le droit international privé, Dans Bundesgesetz über das internationale Privatrecht, Schlussbericht der Expertenkommission, Etudes suisses de droit international, vol. 13, Zurich 1979, art. 49 à 57. Sur la critique de la distinction entre régime interne et régime externe en droit international privé, voir p. 115 à 117 du rapport.
- (388) La créance est arrêtée à l'époque où les valeurs en question sont entrées dans le patrimoine du mari; elle est conçue en monnaie du pays (art. 84, 1^{er} al., CO) et elle est invariable, cf. Lemp Paul, art. 201 CC, n^{os} 66 à 71. Mais le nouvel art. 9b, 3^e al., la rend immédiatement exigible.
- (389) Les autres récompenses intéressant les rapports entre les biens réservés de la femme et les biens matrimoniaux (apports de la femme, apports et acquêts du mari) sont déjà exigibles pendant le mariage en vertu de l'art. 209, 2^e al., CC.
- (390) Si le bien a été aliéné avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la créance sera exigible à ce moment-là, mais se calculera sur la valeur du bien à l'époque de l'aliénation.
- (391) Une poursuite contre la femme mariée sera encore régie par l'art. 68^{bis} LP, dans sa teneur actuelle.
- (392) Les contrats de mariage conclus avant le 1^{er} janvier 1914 sous l'empire du droit cantonal relèvent du droit transitoire du Code civil de 1907 (art. 9 [nouveau]). Ils demeurent donc régis par l'ancien art. 10 du titre final et pourraient encore être rendus opposables aux tiers par une inscription opérée dans le registre des régimes matrimoniaux avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi.
- (393) Une communauté prolongée, conclue entre le conjoint survivant et ses enfants issus du mariage (art. 229 CC), subsistera aussi après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi et demeurera soumise aux art. 229 à 236 CC. Mais il ne sera pas possible de créer une nouvelle communauté de ce genre. Le besoin ne s'en fait pas sentir. Conjoint survivant et enfants peuvent recourir à d'autres formes d'association comme l'indivision (art. 336 ss CC), la société simple ou la société en nom collectif, commerciale ou non (art. 552/553 CO).
- (394) Le créancier qui est en droit de se prévaloir de l'existence entre les époux d'un régime de communauté de l'ancien droit devra se conformer à l'ancien art. 68^{bis} LP pour exercer contre la femme une poursuite à raison d'une dette dont répondent les biens communs.
- (395) RO 1972 2873, 1977 260
- (396) Cf. le projet de loi fédérale sur le droit international privé, op. cit. à rem. 387, p. 107 ss et 322 ss.
- (397) Cf. ATF 83 II 496; 86 II 307; Lemp Paul, Berner Kommentar, remarques préliminaires, ad art. 159 CC ss N 71; Vischer Frank, Droit international privé, Fribourg 1974, p. 607.
- (398) Lemp Paul, op. cit., remarques préliminaires, ad art. 159 CC ss, n^o 71.
- (399) Cf. en ce sens décision du Conseil d'Etat du canton de Neuchâtel du 23. 6. 1978 en la cause Pulinckx: Ann. suisse de dr. int. 1978, p. 337/338.
- (400) Cf. ATF 88 II 1; art. 34 LRDC; Stauffer Wilhelm, Praxis zum NAG, Zurich 1975, p. 102, n^o 2, ad art. 34.

- (401) Cf. ATF 99 II 241; Guinand Jean, Les conflits de lois en matière de capacité, Neuchâtel, 1970, p. 91.
- (402) Cf. pour ce qui précède et ce qui suit: Lalive Paul, Le régime matrimonial des étrangers en Suisse, Mémoires n° 16, Genève 1963, p. 71 ss; Schmid René, Das eheliche Güterrecht der Ausländer in der Schweiz, Berne 1962, p. 33 ss; Stauffer Wilhelm, op. cit. à rem. 400, p. 67 et 94; Vischer Frank, Droit international privé, p. 109 ss.
- (403) Cf. ATF 55 II 232
- (404) Cf. Stauffer Wilhelm, op. cit. à rem. 400, p. 69; VPB 38 (1974), n° 30.
- (405) Cf. Schmid René, op. cit. à rem. 402, p. 91 ss; Stauffer Wilhelm, op. cit., p. 70.
- (406) Fritsche Hans, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2^e éd., Zurich 1975, Bd I, p. 55, 124 et 173; Favre Antoine, Droit des poursuites, 3^e éd., Fribourg 1974, p. 163 ss, 199; Lemp Paul, Berner Kommentar, art. 207 CC, n° 50 à 70, 100 à 108; art. 208 CC, n° 13 à 35; art. 222 CC, n° 29 à 77, 78 à 89.
- (407) Cf. Eichenberger Kurt, RDS 1969. NS 88, II p. 490, 512 et réf.; Habscheid Walter J., Droit judiciaire privé suisse, Genève 1975, p. 15/16.

Modification du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 11 juillet 1979¹⁾,
arrête :

I

1. Les titres cinquième et sixième du code civil²⁾ sont modifiés comme il suit :

Titre cinquième: Des effets généraux du mariage

Art. 159 (159³⁾)

A. Droits et
devoirs des
époux

¹ La célébration du mariage crée l'union conjugale.

² Les époux s'obligent mutuellement à en assurer la prospérité d'un commun accord et à pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants.

³ Ils se doivent l'un à l'autre fidélité et assistance.

Art. 160 (161, 1^{er} al.)

B. Nom de
famille

¹ Le nom de famille des époux est le nom du mari.

² La femme est en droit de faire suivre le nom de famille du nom qu'elle portait jusqu'alors ou avant un précédent mariage, ou encore de faire précéder son ancien nom à condition que le nom de famille demeure reconnaissable comme tel.

³ Si cela est nécessaire, le nom de famille de la femme figurera seul dans les registres officiels et sur les pièces de légitimation.

Art. 161 (161, 1^{er} al.)

C. Droit de cité La femme acquiert le droit de cité de son mari.

¹⁾ FF 1979 II 1179

²⁾ RS 210

³⁾ Les chiffres accolés aux articles renvoient aux articles correspondants du texte en vigueur.

Art. 162 (160, al. 2)

D. Demeure commune

Les époux choisissent ensemble la demeure commune eu égard aux intérêts de l'union conjugale.

Art. 163 (160, 2^e al., et 161, 2^e et 3^e al.)

E. Entretien de la famille
I. En général

¹ Mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille, y compris la satisfaction des besoins personnels des époux et des enfants.

² Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans l'exercice de sa profession ou de son industrie.

³ A cet égard, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle.

Art. 164

II. Epoux au foyer

Lorsque l'époux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide l'autre dans l'exercice de sa profession ou de son industrie n'a pas de revenus propres, il a le droit de recevoir régulièrement de son conjoint un montant équitable dont il puisse disposer librement.

Art. 165

III. Contribution extraordinaire d'un époux

¹ Lorsque la collaboration d'un époux à la profession ou à l'industrie de son conjoint dépasse notablement la contribution qu'il doit à l'entretien de la famille, il a droit à une compensation équitable.

² Lorsqu'un époux, par ses revenus ou sa fortune, a contribué à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il devait, il a droit de ce chef à restitution.

³ Un époux ne peut élever ces prétentions lorsqu'il a fourni sa contribution extraordinaire en vertu d'un contrat de travail, de prêt ou de société ou en vertu d'un autre rapport juridique.

Art. 166 (162 à 166)

F. Représentation de l'union conjugale

¹ Chaque époux représente l'union conjugale pour les besoins courants de la famille pendant la vie commune.

² Au-delà des besoins courants de la famille, un époux ne représente l'union conjugale que:

1. lorsqu'il y a été autorisé par son conjoint ou par le juge;

2. lorsque l'affaire ne souffre aucun retard et que le conjoint est empêché par la maladie, l'absence ou d'autres causes semblables de donner son consentement.

³ Chaque époux s'oblige personnellement par ses actes et il oblige solidairement son conjoint en tant qu'il n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable par les tiers.

Art. 167 (167)

G. Profession et industrie des époux

Dans le choix et l'exercice de sa profession ou de son industrie, chaque époux prend égard à la personne de son conjoint et tient compte des intérêts de l'union conjugale.

Art. 168 (177)

H. Actes juridiques des époux
I. En général

Chaque époux peut, sauf disposition contraire, faire avec son conjoint et avec les tiers tous actes juridiques.

Art. 169

II. Logement de la famille

¹ Un époux ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend le logement de la famille.

² S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé sans motif légitime, l'époux intéressé peut en appeler au juge.

Art. 170 (205)

J. Devoir de renseigner

¹ Chaque époux peut demander à son conjoint qu'il le renseigne sur ses revenus, ses biens et ses dettes.

² Le juge peut astreindre le conjoint du requérant ou des tiers à fournir les renseignements utiles et à produire les pièces nécessaires.

³ Le juge peut ordonner d'autres preuves.

Art. 171

K. Protection de l'union conjugale
I. Offices de consultation

Les cantons veillent à ce que les conjoints puissent dans les difficultés de leur vie d'époux s'adresser, ensemble ou séparément, à des offices de consultation conjugale ou familiale.

Art. 172 (169)

II. Mesures judiciaires
1. En général

¹ Lorsqu'un époux ne remplit pas ses devoirs de famille ou que les conjoints sont en désaccord sur une affaire importante pour

l'union conjugale, ils peuvent, ensemble ou séparément, requérir l'intervention du juge.

² Le juge rappelle les époux à leurs devoirs et tente de les concilier; il peut requérir, avec leur accord, le concours de personnes qualifiées ou leur conseiller de s'adresser à un office de consultation conjugale ou familiale.

³ Au besoin, le juge prend, à la requête d'un époux, les mesures prévues par la loi.

Art. 173

2. Pendant la vie commune
a. Contributions pécuniaires

¹ A la requête d'un époux, le juge fixe les contributions pécuniaires dues pour l'entretien de la famille.

² De même, à la requête d'un des époux, le juge fixe le montant dû à celui d'entre eux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide son conjoint dans l'exercice de sa profession ou de son industrie.

³ Ces prestations peuvent être réclamées pour l'avenir et pour l'année qui précède l'introduction de la requête.

Art. 174 (164 et 165)

b. Retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale

¹ Lorsqu'un époux excède son droit de représenter l'union conjugale ou se montre incapable de l'exercer, le juge peut, à la requête de son conjoint, lui retirer tout ou partie de ses pouvoirs.

² Le requérant ne peut porter ce retrait à la connaissance des tiers que par avis individuels.

³ Le retrait des pouvoirs n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'après avoir été publié sur l'ordre du juge.

Art. 175 (170, al. 1)

3. En cas de suspension de la vie commune
a. Causes

Un époux est fondé à refuser la vie commune aussi longtemps que la sauvegarde de ses intérêts personnels, sa sécurité matérielle ou le bien de la famille sont gravement menacés.

Art. 176 (170)

b. Organisation de la vie séparée

¹ A la requête d'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge:

1. fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre;
2. prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage;

3. ordonne la séparation de biens si les circonstances le justifient.

² La requête peut aussi être formée par un époux lorsque la vie commune se révèle impossible, notamment parce que son conjoint la refuse sans y être fondé.

³ Lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation.

Art. 177 (171)

4. Mesures relatives aux débiteurs des époux

Lorsqu'un époux ne satisfait pas à son devoir d'entretien, le juge peut prescrire aux débiteurs de cet époux d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains de son conjoint.

Art. 178

5. Restrictions du pouvoir de disposer

¹ Dans la mesure nécessaire pour assurer les conditions matérielles de la famille ou l'exécution d'obligations pécuniaires découlant du mariage, le juge peut, à la requête de l'un des époux, restreindre le pouvoir de l'autre de disposer de certains de ses biens sans le consentement de son conjoint.

² Le juge ordonne les mesures de sûreté appropriées.

³ L'interdiction faite à un époux de disposer d'un immeuble est mentionnée d'office au registre foncier.

Art. 179 (172)

6. Faits nouveaux

¹ A la requête d'un époux, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus.

² Lorsque les époux ont repris la vie commune, les mesures ordonnées en vue de la vie séparée sont caduques, à l'exception de la séparation de biens.

Art. 180

7. For

¹ Le juge compétent pour prendre les mesures protectrices de l'union conjugale est celui du domicile de l'époux requérant.

² Lorsque les époux n'ont pas le même domicile et qu'ils ont tous deux requis des mesures protectrices de l'union conjugale, la compétence appartient au juge saisi en premier lieu.

³ Le juge compétent pour modifier, compléter ou rapporter des mesures protectrices est le juge du lieu où elles ont été prises et, lorsqu'aucun des époux n'est encore domicilié dans ce lieu, le juge du domicile du conjoint qui forme la nouvelle requête.

Titre sixième: Du régime matrimonial

Chapitre premier: Dispositions générales

Art. 181 (178)

A. Régime ordinaire

Les époux sont placés sous le régime de la participation aux acquêts, à moins qu'ils n'aient adopté un autre régime par contrat de mariage ou qu'ils ne soient soumis au régime matrimonial extraordinaire.

Art. 182 (179)

B. Contrat de mariage
I. Choix du régime

¹ Le contrat de mariage peut être passé avant ou après la célébration du mariage.

² Les parties ne peuvent adopter un régime, le révoquer ou le modifier que dans les limites de la loi.

Art. 183 (180)

II. Capacité des parties

¹ Les personnes capables de discernement peuvent seules conclure un contrat de mariage.

² Le mineur et l'interdit doivent être autorisés par leur représentant légal.

Art. 184 (181)

III. Forme du contrat de mariage

Le contrat de mariage est reçu en la forme authentique et il est signé tant des parties que de leurs représentants légaux.

Art. 185 (183 et 184)

C. Régime extraordinaire
I. A la demande d'un époux
1. Jugement

¹ A la demande d'un époux fondée sur de justes motifs, le juge prononce la séparation de biens.

² Il y a notamment justes motifs:

1. Lorsque le conjoint ou la communauté est insolvable;
2. Lorsque le conjoint met en péril les intérêts du requérant ou ceux de la communauté;
3. Lorsqu'un époux refuse indûment de donner le consentement requis à un acte de disposition sur les biens communs;
4. Lorsque le conjoint refuse de renseigner le requérant sur ses biens, ses revenus ou ses dettes ou sur l'état des biens communs;
5. Lorsque le conjoint est incapable de discernement pour une cause durable.

³ Le représentant légal de l'époux incapable de discernement pour une cause durable peut aussi demander que la séparation de biens soit prononcée pour ce motif.

Art. 186

2. For La demande est portée devant le juge du domicile de l'époux requérant.

Art. 187

3. Révocation ¹ Par contrat de mariage, les époux peuvent en tout temps adopter à nouveau leur régime antérieur ou convenir d'un autre régime.
- ² Lorsque les motifs justifiant la séparation de biens ont disparu, le juge peut, à la demande d'un époux, prescrire le rétablissement du régime antérieur.

Art. 188 (182)

- II. En cas
d'exécution
forcée
1. Faillite

¹ Les époux vivant sous un régime de communauté sont soumis de plein droit au régime de la séparation de biens dès que l'un d'eux est déclaré en faillite.

² Si le jugement de faillite est révoqué, les époux sont replacés sous le régime de communauté.

Art. 189 (185)

2. Saisie
a. Jugement

Lorsque les époux vivent sous un régime de communauté, le créancier qui subit une perte dans la saisie pratiquée contre l'un d'eux peut demander au juge de prononcer la séparation de biens.

Art. 190

- b. For

¹ La demande est dirigée contre les deux époux.

² Elle est portée devant le juge du domicile du débiteur.

Art. 191 (187)

3. Révocation

¹ Lorsque le débiteur a désintéressé ses créanciers, le juge peut, à la requête d'un époux, prescrire le rétablissement du régime de communauté.

² Par contrat de mariage, les époux peuvent adopter le régime de participation aux acquêts.

Art. 192 (189)

III. Liquidation
du régime
antérieur

Les époux procèdent à la liquidation consécutive à la séparation de biens conformément aux règles de leur régime antérieur, sauf dispositions légales contraires.

Art. 193 (179, al. 3, et 188)

D. Protection
des créanciers

¹ Les modifications du régime matrimonial et les liquidations entre époux ne peuvent soustraire à l'action des créanciers d'un conjoint ou de la communauté les biens sur lesquels ils pouvaient exercer leurs droits.

² L'époux auquel ces biens ont passé est personnellement tenu de payer lesdits créanciers, mais il peut se libérer de sa responsabilité dans la mesure où il établit que les biens reçus ne suffisent pas.

Art. 194

E. For des
actions en
liquidation du
régime
matrimonial

Les contestations entre les époux ou leurs héritiers relatives à la liquidation d'un régime matrimonial sont portées :

1. En cas de décès, devant le juge du dernier domicile du défunt;
2. En cas de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de séparation de biens judiciaire, devant le juge du for de ces actions;
3. Dans les autres cas, devant le juge du domicile de l'époux défendeur.

Art. 195 (242, al. 2, et 244)

F. Administra-
tion des biens
d'un époux par
l'autre

¹ Lorsqu'un époux confie expressément ou tacitement l'administration de ses biens à son conjoint, les règles du mandat sont applicables, sauf convention contraire.

² Sont réservées les dispositions sur les règlements des dettes entre époux.

Chapitre deuxième: De la participation aux acquêts

Art. 196

A. Propriété
I. Composition

Le régime de participation aux acquêts comprend les biens propres et les acquêts de chaque époux.

Art. 197

II. Biens
propres

Sont biens propres de par la loi :

1. les effets d'un époux exclusivement affectés à son usage personnel;

2. les biens qui lui appartenait au début du régime ou qui lui échoient dans la suite par succession ou à quelque autre titre gratuit;
3. les créances en réparation d'un tort moral;
4. les biens acquis en remploi des biens propres.

Art. 198

III. Acquêts

¹ Sont acquêts de par la loi les biens acquis par un époux à titre onéreux pendant le régime.

² Les acquêts d'un époux comprennent notamment:

1. le produit de son travail;
2. les sommes versées par des institutions de prévoyance en faveur du personnel ou par des institutions d'assurance ou de prévoyance sociale;
3. les dommages-intérêts dus à raison d'une incapacité de travail;
4. les revenus de ses biens propres;
5. les biens acquis en remploi de ses acquêts.

Art. 199

IV. Preuve

1. En général

¹ Il incombe à qui allègue qu'un bien appartient à l'un ou à l'autre des époux de l'établir; si cette preuve n'est pas faite, le bien est réputé appartenir en copropriété aux deux époux.

² Aucun d'eux ne pourra pendant le mariage disposer de sa quote-part à ce bien sans le consentement de son conjoint.

³ Tout bien d'un époux est présumé acquêt, sauf preuve du contraire.

Art. 200

2. Inventaire

¹ Chaque époux peut demander en tout temps à son conjoint de concourir à la confection d'un inventaire authentique de leurs biens propres.

² L'exactitude de cet inventaire est présumée.

Art. 201

B. Administration, jouissance et disposition

Chaque époux a l'administration, la jouissance et la disposition de ses biens propres et de ses acquêts, dans les limites de la loi.

Art. 202

C. Dette envers les tiers

Chaque époux répond de ses dettes sur tous ses biens.

Art. 203

D. Dettes entre époux

¹ Le régime n'exerce pas d'influence sur l'exigibilité des dettes entre les époux.

² Cependant, lorsque le règlement d'une dette ou la restitution d'une chose expose l'époux débiteur à des difficultés graves qui mettent en péril l'union conjugale, celui-ci peut solliciter des délais de paiement, à charge de fournir des sûretés si les circonstances le justifient.

Art. 204

E. Dissolution et liquidation du régime

¹ Le régime est dissous au jour du décès d'un époux ou au jour du contrat adoptant un autre régime.

I. Moment de la dissolution

² S'il y a divorce, séparation de corps, nullité de mariage ou séparation de biens judiciaire, la dissolution du régime remonte au jour de la demande ou de la requête.

Art. 205

II. Reprises et règlement des dettes

¹ Chaque époux reprend ceux de ses biens qui sont en possession de son conjoint.

1. En général

² Lorsqu'un bien est en copropriété, un époux peut, en sus des autres mesures prévues par la loi, demander que ce bien lui soit attribué entièrement s'il justifie d'un intérêt prépondérant, à charge de désintéresser son conjoint.

³ Les époux arrêtent leurs dettes réciproques.

Art. 206

2. Part à la plus-value d'un bien

¹ Lorsqu'un époux a contribué à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation d'un bien de son conjoint, qui se retrouve à la liquidation avec une plus-value, sa créance est proportionnelle à sa contribution et elle se calcule sur la valeur actuelle du bien.

² Si le bien considéré a été aliéné auparavant, la créance est immédiatement exigible et elle se calcule sur la valeur de réalisation du bien à l'époque de l'aliénation.

³ Par convention écrite, les époux peuvent écarter ou modifier la part à la plus-value d'un bien.

Art. 207

III. Détermination du bénéfice

¹ Les biens propres et les acquêts de chaque époux sont disjoints dans leur composition au jour de la dissolution du régime.

1. Dissociation des biens propres et des acquêts

² Le capital versé à un époux par une institution de prévoyance ou à raison de la perte de sa capacité de travail est compté dans les biens propres à concurrence de la valeur capitalisée de la rente qui eût appartenu à cet époux à la dissolution du régime.

Art. 208

2. Réunions
aux acquêts

¹ Sont réunis aux acquêts, en valeur :

1. Les biens qui en faisaient partie et dont l'époux a disposé par libéralités entre vifs sans le consentement de son conjoint dans les cinq années antérieures à la dissolution du régime, les présents d'usage exceptés ;
2. Les aliénations de biens d'acquêts qu'un époux a faites pendant le régime dans l'intention de compromettre la participation de son conjoint.

² S'il s'élève une contestation sur des libéralités ou des aliénations sujettes à réunion, le jugement est opposable au tiers bénéficiaire pour autant que le litige lui a été dénoncé.

Art. 209

3. Récompenses
entre biens
propres et
acquêts

¹ Il y a lieu à récompense, lors de la liquidation, entre les biens propres et les acquêts d'un même époux lorsqu'une dette grevant l'une des masses a été payée de deniers provenant de l'autre.

² Une dette grève la masse avec laquelle elle est en rapport de connexité ou, dans le doute, les acquêts.

³ Lorsqu'une masse a contribué à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation d'un bien appartenant à l'autre masse, la récompense, en cas de plus-value, est proportionnelle à la contribution fournie et elle se calcule sur la valeur du bien à la liquidation ou à l'époque de son aliénation.

Art. 210

4. Estimation

¹ Les acquêts existant à la dissolution sont estimés à leur valeur à l'époque de la liquidation.

² Les biens sujets à réunion sont estimés à leur valeur au jour de leur aliénation.

Art. 211

5. Bénéfice

¹ Des acquêts de chaque époux, réunions et récompenses comprises, on déduit toutes les dettes y afférentes pour dégager le bénéfice.

² Il n'est pas tenu compte d'un déficit.

Art. 212

IV. Participa-
tion au bénéfice
1. Légal

¹ Chaque époux ou sa succession a droit à la moitié du bénéfice de l'autre.

² Les créances sont compensées.

Art. 213

2. Convention-
nelle
a. En général

¹ Par contrat de mariage, les époux peuvent prévoir une autre participation au bénéfice.

² Ils peuvent aussi exclure de la participation le bénéfice afférent à certains acquêts ou au revenu de certains biens propres.

³ Les conventions modifiant la participation du bénéfice ne peuvent porter atteinte aux droits des héritiers réservataires.

Art. 214

b. En cas de
divorce, de
séparation de
corps, de nullité
de mariage
ou de sépara-
tion de biens
judiciaire

En cas de dissolution du régime pour cause de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de séparation de biens judiciaire, les clauses qui modifient la participation légale ne s'appliquent pas.

Art. 215

V. Règlement
de la créance
de partici-
pation
1. Sursis au
paiement

¹ Lorsque le règlement immédiat de la créance de participation expose l'époux débiteur à des difficultés graves, celui-ci peut solliciter des délais de paiement.

² Il doit des intérêts dès la clôture de la liquidation et peut être tenu de fournir des sûretés si les circonstances le justifient.

Art. 216

2. Logement
et mobilier
de ménage

¹ Lorsque la maison ou l'appartement qu'occupaient les époux, ou le mobilier de ménage, appartenait en tout ou en partie à l'époux défunt, le conjoint survivant peut demander que la propriété de ces biens lui soit attribuée en imputation sur sa créance de participation, le cas échéant moyennant une soulte.

² Aux mêmes conditions, l'usufruit de la maison ou de l'appartement ou un droit d'habitation peuvent être attribués au conjoint survivant.

³ Les dispositions du droit successoral paysan sont réservées.

Art. 217

3. Action
contre des tiers

¹ Si les biens qui appartiennent à l'époux débiteur ou à sa succession lors de la liquidation ne couvrent pas la créance de

participation, l'époux créancier ou ses héritiers peuvent rechercher pour le manquant les tiers qui ont bénéficié d'aliénations sujettes à réunion.

² L'action s'éteint par l'expiration d'une année à compter du jour où l'époux créancier ou ses héritiers ont connu la lésion et, dans tous les cas, par l'expiration de dix ans dès la dissolution du régime.

³ Pour le surplus, les règles de l'action en réduction successorale s'appliquent par analogie, excepté pour le for.

Chapitre troisième: De la communauté de biens

Art. 218

A. Propriété
1. Composition

Le régime de communauté de biens se compose de biens communs et de biens propres de chaque époux.

Art. 219 (215)

II. Biens communs
1. Communauté universelle

¹ La communauté universelle se compose de tous les biens et revenus des époux, qui ne sont pas biens propres de par la loi.

² La communauté appartient indivisément aux deux époux.

³ Aucun d'eux ne peut disposer de sa part aux biens communs.

Art. 220 (239)

2. Communautés réduites
a. Communautés d'acquêts

¹ Par contrat de mariage, les époux peuvent stipuler que la communauté sera réduite aux acquêts.

² Les revenus des biens propres entrent dans les biens communs.

Art. 221 (237 et 238)

b. Autres communautés

¹ Par contrat de mariage, les époux peuvent aussi convenir d'exclure de la communauté certains biens ou espèces de biens, notamment les immeubles, le produit du travail d'un époux ou les biens qui servent à l'exercice de sa profession ou de son industrie.

² Sauf stipulation contraire, les revenus de ces biens n'entrent pas dans la communauté.

Art. 222 (237, al. 2, et 239, al. 3)

III. Biens propres

¹ Les biens propres de chaque époux comprennent de par la loi les effets exclusivement affectés à son usage personnel, ainsi que ses créances en réparation d'un tort moral.

² Sont en outre biens propres les biens exclus de la communauté par contrat de mariage.

Art. 223 (215, al. 3)

IV. Preuve et inventaire

¹ Tout bien est présumé commun s'il n'est prouvé qu'il est bien propre de l'un ou de l'autre époux.

² Chaque époux peut demander en tout temps à son conjoint de concourir à la confection d'un inventaire authentique de leurs biens propres.

³ L'exactitude de cet inventaire est présumée.

Art. 224 (216)

B. Gestion
I. Biens communs

¹ Les époux gèrent les biens communs dans l'intérêt de l'union conjugale.

1. Administration ordinaire

² Dans les limites de l'administration ordinaire, chaque époux peut engager la communauté et disposer des biens communs.

Art. 225 (217)

2. Administration extraordinaire

¹ Au-delà de l'administration ordinaire, les époux ne peuvent obliger la communauté et disposer des biens communs que conjointement ou avec le consentement l'un de l'autre.

² Ce consentement est présumé au profit des tiers, à moins que ceux-ci ne sachent ou ne doivent savoir qu'il n'a pas été donné.

³ Les règles sur la représentation de l'union conjugale demeurent réservées.

Art. 226

3. Entreprise commune

Lorsqu'un époux exploite seul, avec le consentement de son conjoint, une entreprise créée au moyen des biens communs, il peut accomplir tous actes qui entrent dans l'exercice de cette industrie.

Art. 227 (218)

4. Répudiation et acquisition de successions

¹ Un époux ne peut, sans le consentement de son conjoint, répudier une succession qui entrerait dans la communauté ni accepter une succession insolvable.

² S'il n'est pas possible de recueillir le consentement ou s'il est refusé sans motif légitime, l'époux peut en appeler au juge de son domicile.

- 5. Responsabilité et frais de gestion**
- Art. 228 (216, al. 2)*
- ¹ L'époux qui fait des actes de gestion pour la communauté encourt envers elle la responsabilité d'un mandataire à la liquidation du régime.
- ² Les frais de gestion sont à la charge de la communauté.

- II. Biens propres**
- Art. 229 (237, al. 2)*
- ¹ Chaque époux a l'administration et la disposition de ses biens propres, dans les limites de la loi.
- ² Si les revenus des biens propres n'entrent pas dans la communauté, chaque époux en a la jouissance exclusive.
- ³ Dans ce cas, les biens propres supportent les frais de leur gestion.

- C. Dettes envers les tiers**
- I. En général**
- Art. 230 (219 à 221)*
- Chaque époux répond de ses dettes sur ses biens propres et sur les biens communs.

- II. Dettes propres**
- Art. 231*
- ¹ Cependant un époux ne répond pendant le régime que sur ses biens propres :
1. Des dettes qu'il a contractées en restreignant sa responsabilité dans cette mesure ;
 2. Des dettes qu'il a contractées en outre-passant son pouvoir de représenter l'union conjugale, de gérer la communauté ou d'exploiter une entreprise dépendant de celle-ci ;
 3. Des dettes qu'il a contractées sans le consentement du conjoint.
- ² Si le tiers ne savait pas et ne devait pas savoir que les époux vivaient sous un régime de communauté, le conjoint débiteur répond de la dette non seulement sur ses biens propres mais aussi sur les biens qui sont devenus communs de son chef.
- ³ L'action fondée sur l'enrichissement de la communauté est réservée.

- D. Dettes entre époux**
- Art. 232*
- ¹ Le régime n'exerce pas d'influence sur l'exigibilité des dettes entre les époux.
- ² Cependant, lorsque le remboursement expose l'époux débiteur à des difficultés graves qui mettent en péril l'union conjugale, celui-

ci peut solliciter des délais de paiement, à charge de fournir des sûretés si les circonstances le justifient.

Art. 233 (225 et 186)

E. Dissolution et liquidation du régime
I. Moment de la dissolution

¹ Le régime est dissous au jour du décès d'un époux, au jour du contrat adoptant un autre régime ou au jour de la déclaration de faillite d'un époux.

² S'il y a divorce, séparation de corps, nullité de mariage ou séparation de biens judiciaire, le régime est réputé dissous au jour de la demande ou de la requête.

³ La composition des biens communs et des biens propres est arrêtée au jour de la dissolution.

Art. 234

II. Attribution aux biens propres

Le capital versé à un époux par une institution de prévoyance ou à raison de la perte de sa capacité de travail et qui est entré dans la communauté est compté dans les biens propres à concurrence de la valeur capitalisée de la rente qui eût appartenu à cet époux à la dissolution du régime.

Art. 235 (223)

III. Récompenses entre biens propres et biens communs

¹ Il y a lieu à récompense, lors de la liquidation, entre les biens communs et les biens propres de chaque époux lorsqu'une dette grevant l'une des masses a été payée de deniers provenant de l'autre.

² Une dette greève la masse avec laquelle elle est en rapport de connexité ou, dans le doute, les biens communs.

Art. 236

IV. Part à la plus-value d'un bien

Lorsque les biens propres d'un époux ou les biens communs ont contribué à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation d'un bien appartenant à une autre masse, les règles concernant la part à la plus-value dans le régime de la participation aux acquêts sont applicables par analogie.

Art. 237

V. Estimation

Les biens communs existant à la dissolution sont estimés à leur valeur à l'époque de la liquidation.

VI. Partage
1. En cas de
décès ou
d'adoption
d'un autre
régime

Art. 238 (225, 226 et 240)

¹ Lorsque la communauté de biens prend fin par le décès d'un époux ou par l'adoption d'un autre régime, elle se partage par moitié entre les époux ou leurs héritiers.

² Le contrat de mariage peut prévoir un partage autre que par moitié.

³ Cette convention ne peut porter atteinte aux droits des héritiers réservataires.

2. Dans les
autres cas

Art. 239 (154 et 189)

¹ En cas de divorce, de séparation de corps, de nullité de mariage ou de séparation de biens légale ou judiciaire, chacun des époux reprend ceux des biens communs qui auraient formé ses biens propres sous le régime de la participation aux acquêts.

² Les biens communs restants sont partagés par moitié entre les époux.

³ Les clauses qui modifient le partage légal ne s'appliquent pas.

VII. Mode et
procédure de
partage
1. Biens
propres

Art. 240 (228)

Lorsque la communauté de biens prend fin par le décès d'un époux, le conjoint survivant peut demander que les biens qui eussent été ses biens propres sous le régime de la participation aux acquêts lui soient attribués en imputation sur sa part.

2. Logement
et mobilier
de ménage

Art. 241

¹ Si la maison ou l'appartement qu'occupaient les époux, ou le mobilier de ménage, étaient compris, en tout ou en partie, dans les biens communs, le conjoint survivant peut demander que la propriété de ces biens lui soit attribuée en imputation sur sa part, le cas échéant moyennant une soulte.

² Aux mêmes conditions, l'usufruit de la maison ou de l'appartement ou un droit d'habitation peuvent être attribués au conjoint survivant.

³ Si la communauté de biens prend fin autrement que par le décès, chacun des époux peut former les mêmes demandes s'il justifie d'un intérêt prépondérant à l'attribution.

3. Autres
biens

Art. 242

Chacun des époux peut aussi demander que d'autres biens communs lui soient attribués en imputation sur sa part, s'il justifie d'un intérêt prépondérant.

Art. 243

4. Autres règles de partage
- Pour le surplus, les dispositions sur le partage de la copropriété et sur le mode et la procédure du partage successoral sont applicables par analogie.

Chapitre quatrième: De la séparation de biens

Art. 244 (242, 1^{er} al., et 245)

- A. Administration, jouissance et disposition
- I. En général
- Chaque époux a l'administration, la jouissance et la disposition de ses biens, dans les limites de la loi.

Art. 245

- II. Preuve
- ¹ Il incombe à qui allègue qu'un bien appartient à l'un ou à l'autre des époux de l'établir.
- ² Si cette preuve n'est pas faite, le bien est réputé appartenir en copropriété aux deux époux.
- ³ Aucun d'eux ne pourra pendant le mariage disposer de sa quote-part à ce bien.

Art. 246 (243)

- B. Dettes envers les tiers
- Chaque époux répond de ses dettes sur tous ses biens.

Art. 247

- C. Dettes entre époux
- ¹ Le régime n'exerce pas d'influence sur l'exigibilité des dettes entre les époux.
- ² Cependant, lorsque le règlement d'une dette ou la restitution d'une chose exposent l'époux débiteur à des difficultés graves qui mettent en péril l'union conjugale, cet époux peut solliciter des délais de paiements, à charge de fournir des sûretés si les circonstances le justifient.

Art. 248

- D. Attribution d'un bien en copropriété
- Lorsqu'un bien est en copropriété, un époux peut, à la dissolution du régime, demander, en sus des autres mesures prévues par la loi, que ce bien lui soit attribué s'il justifie d'un intérêt prépondérant, à charge de désintéresser son conjoint.

Art. 249 à 251

Abrogés

2. Les dispositions ci-après du code civil¹⁾ sont modifiées comme il suit:

Art. 25

c. Domicile
légal

¹ L'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui a le droit de garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence.

² Le domicile des personnes sous tutelle est au siège de l'autorité tutélaire.

Art. 134

2. Quant aux
époux

¹ La femme qui a contracté mariage de bonne foi est, nonobstant le jugement de nullité, maintenue dans le droit de cité qu'elle avait acquis par le mariage.

² Elle conserve le nom de famille qu'elle a acquis par le mariage, à moins que dans les six mois à compter du jugement passé en force, elle ne déclare à l'officier de l'état civil vouloir reprendre le nom qu'elle portait avant de se marier ou avant un précédent mariage.

³ La liquidation du régime matrimonial et les indemnités réclamées par les époux à titre de dommages-intérêts, pension alimentaire ou réparation morale, sont réglées comme en cas de divorce.

Art. 145

III. Mesures
provisoires

¹ Après l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, chacun des époux a le droit de cesser la vie commune pendant la durée du procès.

² Le juge prend les mesures provisoires nécessaires, notamment au sujet de la demeure et de l'entretien de la famille, du régime matrimonial et de la garde des enfants.

Art. 149

IV. Condition
de la femme
divorcée

¹ La femme divorcée est maintenue dans le droit de cité qu'elle avait acquis par le mariage.

² Elle conserve le nom qu'elle a acquis par le mariage, à moins que dans les six mois à compter du jugement passé en force, elle ne déclare à l'officier de l'état civil vouloir reprendre le nom qu'elle portait avant de se marier ou avant un précédent mariage.

Art. 154

VII. Liquidation
des biens
1. En cas de
divorce

¹ La liquidation des biens des époux est régie par les dispositions sur le régime matrimonial.

¹⁾ RS 210

² Les époux divorcés cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre et perdent tous avantages résultant de dispositions pour cause de mort faites avant le divorce.

Art. 155

2. En cas de
séparation
de corps

La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens.

Art. 460

IV. Derniers
héritiers

Parmi les parents, les derniers héritiers sont les grands-parents et leur postérité.

Art. 462

B. Le conjoint
survivant

Le conjoint survivant a droit:

1. En concours avec les descendants, à la moitié de la succession;
2. En concours avec le père, la mère ou leur postérité, aux trois quarts;
3. A défaut du père, de la mère ou de leur postérité, à la succession tout entière.

Art. 463 et 464

Abrogés

Art. 466

D. Canton et
commune

A défaut d'héritiers, la succession est dévolue au canton du dernier domicile du défunt ou à la commune désignée par la législation de ce canton.

Art. 470, 1^{er} al.

¹ Celui qui laisse des descendants, ses père et mère ou son conjoint a la faculté de disposer pour cause de mort de ce qui excède le montant de leur réserve.

Art. 471

II. Réserve

¹ La réserve est:

1. Pour un descendant, des trois quarts de son droit de succession;

2. Pour le père ou la mère, de la moitié;
3. Pour le conjoint survivant, de la moitié.

² Lorsque des enfants non communs ou leurs descendants sont en concours avec le conjoint survivant, leur réserve est de tout leur droit de succession.

Art. 472

Abrogé

Art. 473, 3^e al.

³ Si le conjoint survivant se remarie, son usufruit est réduit de façon que, selon la durée présumable de son droit, sa valeur capitalisée à l'ouverture de la succession n'excède pas sa part légale en propriété.

Art. 561

Abrogé

Art. 612a (nouveau)

IV. Attribution
du logement
et du mobilier
de ménage au
conjoint
survivant

¹ Lorsque la succession comprend, en tout ou en partie la maison ou l'appartement qu'occupaient les époux, ou le mobilier de ménage, le conjoint survivant peut demander que la propriété de ces biens lui soit attribuée en imputation sur sa part, le cas échéant moyennant une soulte.

² Aux mêmes conditions, l'usufruit de la maison ou de l'appartement ou un droit d'habitation peuvent être attribués au conjoint survivant.

³ Les dispositions du droit successoral paysan sont réservées.

Art. 631, 2^e al.

(Ne concerne que le texte allemand)

Art. 635, 1^{er} al.

¹ La forme écrite est nécessaire pour les cessions de droits successifs entre cohéritiers.

Art. 747

Abrogé

Titre final

Art. 8, note marginale et 1^{er} al.

C. Droit de la famille
I. Célébration et dissolution du mariage; effets généraux du mariage

¹ La célébration et la dissolution du mariage, ainsi que les effets généraux du mariage, sont régis par la loi du ... ¹⁾
dès son entrée en vigueur.

Art. 9

II. Régime matrimonial des époux mariés avant le 1^{er} janvier 1912

Les effets pécuniaires des mariages célébrés avant le 1^{er} janvier 1912 sont régis par les dispositions du code civil²⁾ entré en vigueur à cette date sur l'application du droit ancien et du droit nouveau.

Art. 9a (nouveau)

IIbis. Régime matrimonial des époux mariés après le 1^{er} janvier 1912
1. En général

¹ Le régime matrimonial des époux mariés à l'entrée en vigueur de la loi du ... ¹⁾ est, sauf disposition contraire, soumis au droit nouveau.

² Les effets pécuniaires des mariages qui ont été dissous avant l'entrée en vigueur de la loi du ... ¹⁾ restent soumis à l'ancien droit.

Art. 9b (nouveau)

2. Passage de l'union des biens au régime de la participation aux acquêts
a. Sort des biens

¹ Les époux qui étaient jusqu'alors mariés sous le régime de l'union des biens sont soumis au régime de la participation aux acquêts dans leurs rapports entre eux et avec les tiers.

² Les biens de chaque époux entrent dorénavant dans ses biens propres ou ses acquêts selon le caractère que leur attribuent les règles de la loi nouvelle; les biens réservés constitués par contrat de mariage deviennent des biens propres.

³ La femme reprend la propriété de ses apports passés dans la propriété du mari ou, à défaut, exerce la récompense correspondante.

Art. 9c (nouveau)

b. Privilèges

Les dispositions de l'ancienne loi sur la créance de la femme du chef de ses apports non représentés dans l'exécution forcée contre le mari demeurent applicables pendant cinq ans dès l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

¹⁾ RO ...

²⁾ RS 23

Art. 9d (nouveau)

c. Liquidation
du régime sous
l'empire de la
loi nouvelle

¹ Après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la liquidation se fait entre les époux pour toute la durée de l'ancien et du nouveau régime ordinaire selon les règles de la participation aux acquêts, à moins que les époux n'aient, au moment de cette entrée en vigueur, déjà liquidé leur ancien régime d'après les règles de l'union des biens.

² Pour le surplus, chaque époux peut, avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, signifier à son conjoint, par une déclaration reçue en la forme authentique, que leur ancien régime sera liquidé conformément aux règles de l'ancienne loi.

³ Si un régime matrimonial est dissous par suite de l'admission d'une demande formée avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, la liquidation a aussi lieu conformément à la loi ancienne.

Art. 9e (nouveau)

3. Maintien
conventionnel
de l'union des
biens

¹ Les époux qui vivaient sous le régime ordinaire de l'union des biens peuvent, par un contrat de mariage conclu avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, convenir de demeurer soumis à ce régime.

² Ce contrat n'est opposable aux tiers que s'ils en ont ou devaient en avoir connaissance.

³ Les biens réservés des époux seront désormais soumis aux règles de la séparation de biens de la loi nouvelle.

Art. 9f (nouveau)

4. Maintien de
la séparation
de biens légale
ou judiciaire

Les époux qui étaient placés sous le régime de la séparation de biens légale ou judiciaire sont désormais soumis aux dispositions nouvelles sur la séparation de biens.

Art. 10

5. Contrats de
mariage
a. En général

¹ Lorsque les époux ont adopté, sous l'empire du code civil du 10 décembre 1907¹⁾, un régime de communauté ou le régime de l'unité des biens ou qu'ils ont constitué en dot une partie des biens de la femme au profit du mari, ils demeurent soumis aux dispositions de l'ancien droit.

² Ces régimes ne sont opposables aux tiers que s'ils en ont ou devaient en avoir connaissance.

¹⁾ RS 2 3

³ Les biens réservés des époux seront désormais soumis aux règles de la séparation de biens de la loi nouvelle.

Art. 10a (nouveau)

b. Modification conventionnelle de la répartition du bénéfice ou du déficit

¹ Nonobstant un contrat de mariage modifiant la répartition du bénéfice ou du déficit, les époux qui vivaient sous le régime de l'union des biens sont soumis au régime de la participation aux acquêts.

² La répartition conventionnelle du bénéfice s'applique désormais à la somme des bénéfices des deux époux, sauf stipulation contraire dans un contrat de mariage conclu avant ou après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

³ Cette répartition ne peut porter atteinte aux droits des héritiers réservataires.

Art. 10b (nouveau)

c. Séparation de biens conventionnelle de l'ancien droit

Les époux qui avaient adopté par contrat de mariage le régime de la séparation de biens sont désormais soumis au régime de la séparation de la loi nouvelle.

Art. 10c (nouveau)

d. Contrats de mariage conclus en vue de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle

Les contrats de mariage conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du ... ¹⁾ et qui ne doivent produire effet que sous le nouveau droit ne sont pas soumis à l'approbation de l'autorité tutélaire.

Art. 10d (nouveau)

e. Registre des régimes matrimoniaux

¹ Dès l'entrée en vigueur de la loi du ... ¹⁾, aucune nouvelle inscription ne sera faite dans le registre des régimes matrimoniaux.

² Le droit de consulter le registre demeure garanti.

Art. 11

f. Règlement des dettes en cas de liquidation matrimoniale

Lorsque dans une liquidation matrimoniale consécutive à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, le règlement d'une dette ou la restitution d'une chose exposent l'époux débiteur à des difficultés graves, celui-ci peut solliciter des délais de paiement, à charge de fournir des sûretés si les circonstances le justifient.

¹⁾ RO ...

Art. 11 a (nouveau)

7. Protection
des créanciers

Les règles relatives au changement de régime matrimonial sont applicables, pour la protection des créanciers, aux modifications déterminées par l'entrée en vigueur de la loi du ... ¹⁾

Art. 59, 2^e al.

Abrogé

II

Modification d'autres textes légaux

1. La loi fédérale du 25 juin 1891²⁾ sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour est modifiée comme il suit:

Art. 20, 1^{er} al.

¹ Lorsque les époux changent de domicile, ils peuvent adopter également pour leurs rapports entre eux la législation du nouveau domicile, moyennant une déclaration commune faite en ce sens à l'office cantonal compétent (art. 36, let. b).

2. Le code des obligations³⁾ est modifié comme il suit:

Art. 271 a (nouveau)

VII. Logement
de la famille

¹ Lorsque les locaux loués au preneur servent de logement à la famille, le bailleur ou l'acquéreur doit signifier séparément au preneur et à son conjoint la résiliation du bail, ainsi que toutes déclarations qui tendent à y mettre fin.

² Les moyens dont dispose le preneur à l'encontre de ces déclarations, notamment le droit à la prolongation du bail, peuvent aussi être exercés par son conjoint.

³ Le preneur ne peut résilier le bail qu'avec le consentement de son conjoint, conformément aux dispositions du droit du mariage.

Art. 494, 4^e al.

Abrogé

¹⁾ RO ...

²⁾ RS 211.435.1

³⁾ RS 220

3. La loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite¹⁾ est modifiée comme il suit:

V^{bis}. Poursuite des époux placés sous un régime de communauté

Art. 68^{bis}

¹ Si le créancier d'un époux placé sous un régime de communauté s'en prend non seulement à ses biens propres mais encore à des biens communs, il fait notifier le commandement de payer et tous actes de poursuite aussi au conjoint du débiteur.

² Chaque époux peut faire opposition au commandement de payer. Par une opposition motivée, il peut se borner à prétendre que les biens communs ou certains d'entre eux ne répondent pas de la dette.

³ Si les actes de poursuite n'ont été notifiés qu'à l'un des époux et que des biens communs aient néanmoins été saisis, chaque époux peut s'y opposer par la voie de la procédure de revendication (art. 106 à 109 LP).

⁴ Si l'époux est soumis à la poursuite par voie de faillite, même pour une dette propre, le commandement de payer, la commination de faillite et toutes les communications destinées au failli sont notifiés aux deux époux.

Art. 95^{bis} (nouveau)

Les créances d'un époux contre son conjoint ne sont saisies qu'en cas d'insuffisance des biens du poursuivi.

Art. 107, 5^e al.

Abrogé

Art. 219, 4^e al., 4^e classe, lettre a

Abrogé

4. La loi fédérale du 29 avril 1920²⁾ sur les conséquences de droit public de la saisie infructueuse et de la faillite est modifiée comme il suit:

Art. 2 a (nouveau)

Les conséquences de droit public de la saisie infructueuse et de la faillite ne sont pas encourues par suite de pertes que l'un des époux a subies du chef de l'autre.

¹⁾ RS 281.1

²⁾ RS 284.1

III

Entrée en vigueur

- ¹ La présente loi est soumise au référendum facultatif.
- ² Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.
- ³ Les dispositions transitoires des lois modifiées sont applicables.

25520

Message concernant la revision du code civil suisse (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1979
Année	
Anno	
Band	2
Volume	
Volume	
Heft	43
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	79.043
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	30.10.1979
Date	
Data	
Seite	1179-1405
Page	
Pagina	
Ref. No	10 102 596

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.