Zeitschrift: Femmes suisses et le Mouvement féministe : organe officiel des informations de l'Alliance de Sociétés Féminines Suisses

Herausgeber: Alliance de Sociétés Féminines Suisses

Band: 75 (1987)

Heft: [12]

Artikel: Le mariage change, le divorce aussi !

Autor: Bugnion-Secretan, Perle

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-278481

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.07.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Le mariage change, le divorce aussi !

On divorce de plus en plus, mais on divorce autrement. La loi est désormais en porte-à-faux avec les mœurs. Faut-il la changer, et comment ?

Notre société n'est plus celle de 1907, année à laquelle remonte notre droit du divorce (art. 137 sq du Code civil suisse), et notre législation a subi des révisions importantes : adoption de l'art. 4 al. 2 de la constitution fédérale sur l'égalité des droits, d'un nouveau droit de la filiation et d'un nouveau droit matrimonial. La révision du droit du divorce, qui en est la suite logique, est dans l'air. Il n'est pas trop tôt pour commencer à se renseigner et s'interroger.

Le droit en vigueur connaît deux types de causes de divorce : quelques causes nommément désignées comme l'adultère ou l'atteinte à l'honneur, dites causes « déterminées » et les causes « indéterminées » prévues à l'art. 142 CCS. C'est en se référant à cet article que sont aujourd'hui prononcés la plupart des divorces : 97 % à Genève, Zurich et au Tessin, 78 % à Neuchâtel, 56 % à Fribourg, 52 % dans la canton de Vaud, 47 % en Valais, soit une moyenne suisse de 84,92 %. L'adultère n'est indiqué en moyenne que dans 14,63 % des cas, avec des extrêmes qui vont de 2 % à Zurich, Berne et au Tessin, 45 % dans le canton de Vaud et 52 % en Valais.

Une étude détaillée* portant sur 490 cas de divorce jugés à Genève en 1980, ainsi que sur la jurisprudence récente du Tribunal fédéral et sur la doctrine, montre l'écart entre le droit formulé en 1907 et son application actuelle. Certes, les procédures varient d'un canton à l'autre, mais seulement dans les limites que leur trace le Tribunal fédéral ; on peut donc considérer l'exemple de Genève comme significatif. Sans aller contre la loi, mais en utilisant la marge d'interprétation qu'elle leur laisse, les juges genevois ont pu tenir compte au cours des années des changements intervenus dans la conception que notre société se fait du mariage et du divorce.

En pratique, c'est aujourd'hui la rupture d'un lien conjugal — rupture reconnue d'un commun accord par les époux en même temps qu'ils en envisagent les effets — qui est considérée comme la « cause » du divorce.

Il n'apparaît plus indispensable de rechercher, à travers enquêtes et témoignages — la ou les causes de la rupture, « les causes de la cause ». Le rôle du juge consiste, dans la plupart des cas, principalement à vérifier, avant de l'homologuer, que l'accord passé entre les époux sur les effets du divorce offre des garanties suffisantes de clarté et d'équité, notamment en ce qui concerne les enfants et les effets économiques de la dissolution de l'union conjugale.

Il y a, bien entendu, des cas conflictuels où le juge doit intervenir de façon décisive, lorsque l'un des époux refuse la séparation ou ne veut pas accepter les termes de l'accord sur les effets accessoires du divorce. Ces cas représentent les 14 % de ceux analysés ; dans 6,7 % des cas, le juge n'a pas réussi à amener les divorçants à un accord ; dans 1 % seulement des cas le juge a dû renoncer à entériner un accord, parce qu'il était incompétent en raison du for. En cas

d'opposition d'un des époux au divorce, la jurisprudence tend actuellement à limiter la durée au-delà de laquelle cette opposition n'est plus acceptable et constitue un abus de droit — 12 ans selon l'un des jugements genevois —, à moins qu'il n'y ait des considérations économiques impératives.

La faute : une notion dépassée

Du moment qu'on renonce à préciser la ou les causes de la cause du divorce, on évacue la notion de faute, et on arrive dans la grande majorité des cas à une forme de divorce à l'amiable, à une privatisation du divorce. Cela correspond à la privatisation du mariage à laquelle nous assistons : même s'il est encore enregistré à l'état civil, les décisions y relatives sont devenues l'affaire privée des époux, tout comme le nouveau droit matrimonial leur laisse une plus grande liberté dans la gestion de l'union conjugale.

On voit la même évolution à propos des conséquences économiques du divorce, dans l'évaluation desquelles la notion de faute n'est plus un critère déterminant, bien qu'il y ait encore une certaine corrélation entre ce qu'il faut bien appeler la faute et l'attribution d'une rente. Ce qui est déterminant aujourd'hui, ce sont les besoins de l'époux créancier et la faculté économique de l'époux débiteur. Une rente n'est plus attribuée à l'épouse que dans les deux tiers des cas, et dans 40 % des cas elle est limitée dans le temps. Selon un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 110 II p. 305) rapporté dans la Semaine Judiciaire 1986, p. 536, « les prestations doivent compenser, après l'échec du mariage, le préjudice consécutif à l'investissement (en temps, en force...) consenti au service de la communauté conjugale. Il s'agit ensuite d'inciter l'ex-épouse à faire ce qui est en son pouvoir pour effacer les conséquences de « l'échec », pour récupérer une position sur le marché du travail, pour recouvrer son indépendance. Elle ne devrait être définitivement indemnisée que dans la mesure où l'on pense qu'elle ne pourra jamais, vu l'ampleur des « investissements » faits dans le mariage, surmonter le handicap consécutif à l'écoulement du temps et des forces engagées. »*

Notons toutefois qu'une rente symbolique sans limitation de durée est parfois allouée à la femme afin de lui conserver éventuellement son droit à une rente de veuve, vu les dispositions de l'AVS.

Des enfants mineurs sont impliqués dans le règlement de 58 % des cas examinés. Leur situation doit, depuis 1978, être vue en fonction non seulement des articles relatifs au divorce, mais aussi de ceux sur la filiation (273 et 274 CCS), où se trouve la notion d'autorité parentale. La jurisprudence tend à s'éloigner de l'attribution quasi automatique et exclusive de l'enfant à la mère (84 % des cas examinés), et à distinguer entre l'autorité parentale et le droit de garde. La « faute » n'est plus un critère déterminant, bien qu'elle puisse être un signe du degré de confiance que l'on peut faire aux qualités d'éducateur du parent fautif. La rupture du lien conjugal ne doit pas rompre les relations entre l'un ou l'autre des parents et l'enfant ; la priorité est attribuée à l'intérêt de l'enfant ; même le droit de visite n'est pas absolu, mais est subordonné à cet intérêt.

Photo Burckhard

La jurisprudence évolue, faut-il changer la loi ?

Ce résumé, forcément trop bref, de l'évolution de la jurisprudence montre toutefois l'écart qui peut se creuser entre les normes du droit et la pratique judiciaire, parce que le droit a en quelque sorte sa vie propre. En matière de divorce, le statu quo pourrait à la rigueur être maintenu, vu la souplesse dont il a fait montre. Mais est-il bon que la justice s'éloigne du droit positif, car c'est ouvrir la porte à l'incertitude et au pire à l'arbitraire ? Ce n'est pas au juge à changer la loi, mais bien au législateur. On a interrogé sur ce point les juges dont on analysait la pratique. Leurs vues divergent sur la nécessité d'une révision du droit du divorce. Les uns apprécient la liberté d'interprétation et donc d'adaptation à chaque cas dont ils jouissent actuellement. Les autres estiment qu'il faut revenir d'une pratique qu'on peut estimer légitime puisqu'elle correspond aux tendances de la société, à une pratique reposant sur la légalité. On voit aussi par leurs réponses à tous qu'ils considèrent bénéfique une procédure qui laisse au juge la possibilité d'agir comme conseiller et médiateur.

Le Conseil fédéral a déjà chargé une commission d'experts d'étudier la question d'une révision. De son côté, la Commission fédérale pour les questions féminines a demandé à Me Ursula Nordmann de préparer un rapport** et des propositions à l'intention des experts fédéraux ; elle souscrit aux conclusions de Me Nordmann.

Celle-ci a commencé par présenter l'avis de quelques sociologues sur les causes de l'augmentation du taux des divorces : il est actuellement d'environ 30 % des mariages, contre 5 % au début du siècle. Nous renvoyons nos lectrices et lecteurs à cet intéressant rapport, qu'il est difficile de résumer sur ce point en quelques lignes. Disons seulement que l'accent est mis sur l'attente parfois excessive des fiancés ou jeunes mariés à l'égard de la vie conjugale, et sur les risques qu'entraîne la privatisation du mariage, soit lors de sa conclusion, soit pendant la durée de l'union conjugale. Le nouveau droit matrimonial ne renversera probablement pas cette tendance.

Le rapport examine ensuite la question de l'égalité entre hommes et femmes telle qu'elle est vécue concrètement dans la famille et telle qu'elle devrait dicter le règlement des effets économiques du divorce. Mais « les informations collectées ne révèlent aucunement une spectaculaire avance dans l'égalité ou dans la modification du

partage des rôles. Toutefois, il y a toujours un certain décalage entre la vie réelle et le moment où elle apparaît dans la littérature scientifique. Il nous plaît dès lors de conclure avec les trois sociologues bernoises que la réalité change plus que l'on ne le perçoit. »

Puis vient l'examen de la législation relative au divorce. Si la constitution fédérale, le droit matrimonial et le droit des successions favorisent l'égalité entre l'homme et la femme, il n'en va pas de même des dispositions sur l'assurance vieillesse et de la loi sur la prévoyance professionnelle, qui sont encore conçues en fonction du Code civil de 1907. La veuve est protégée, mais la situation de la femme divorcée-retraitée est précaire. Un exemple : on l'a vu plus haut, une rente symbolique sans limitation de durée est parfois attribuée à l'épouse pour lui conserver son droit à une rente de veuve, mais cette rente n'est due que si la femme a été jugée innocente ou non-coupable lors du divorce ; ainsi son comportement dans une relation privée influe sur les prestations de l'assurance sociale. Le rapport, qui ne pense pas que le taux des divorces tendra à baisser, pousse un cri

La femme en colère. Gravure sur bois du XVIe siècle.

d'alarme : « La révision de l'AVS et de la LPP s'impose d'urgence. A défaut d'une modification du système, les femmes divorcées à la retraite tributaires de l'assistance publique se multiplieront dans quelques années, lorsque la génération touchée par l'augmentation de la divorcialité arrivera à la retraite. » En attendant ces révisions, des dispositions transitoires dans le nouveau droit du divorce pourraient rétablir le principe de l'égalité.

Les propositions de modification du droit du divorce que présentent Me Nordmann et la Commission fédérale ont pour buts :

— de dédramatiser le divorce en en simplifiant la procédure,
— d'aider les époux au mieux à renoncer à divorcer, mais plus généralement à passer d'une situation d'opposition violente à une attitude plus constructive pour l'avenir,

La dispute conjugale. Gravure sur bois du XVIe siècle.

— d'adoucir pour les enfants les conséquences de la rupture entre leurs parents.

Les moyens envisagés vont, à quelques différences près, dans le même sens que la pratique actuelle des tribunaux.

La loi devrait indiquer deux causes de divorce :

— le consentement mutuel
— l'absence de vie commune.

Le consentement mutuel : légaliser une pratique courante

La notion de *consentement mutuel* n'est pas aussi révolutionnaire qu'elle le paraît. Elle est appliquée déjà dans nombre de pays, et n'est guère éloignée du divorce à l'amiable qui se pratique déjà aujourd'hui sous le couvert des « causes indéterminées » de l'art. 142 CCS. Ce consentement serait déclaré dans une convention qui porterait aussi sur les effets accessoires du divorce : la situation des enfants et la situation économique des époux.

S'il n'y a pas consentement mutuel, l'époux non consentant ne devrait pas pouvoir s'opposer au divorce pour une période aussi longue que les 12 ou 15 ans actuellement prévus. Ce *délai* devrait être ramené de 2 à 5 ans. Il devrait pouvoir être encore raccourci lorsqu'il y a danger de violence de la part de l'époux non consentant.

Le *rôle du juge* consisterait principalement à constater qu'il y a rupture du lien conjugal selon l'une ou l'autre des causes indiquées par la loi : consentement mutuel ou absence de vie commune. Il aurait à vérifier et entériner la convention passée entre les époux. Mais il devrait aussi les informer qu'il existe pour les aider des offices de consultations conjugales, et la loi devrait en prévoir la création dans tous les cantons. En pensant aux enfants, la Commission attache beaucoup d'importance aux *offices de consultations conjugales.* Ils devraient servir de médiateurs entre les époux, les aider à préparer la convention sur les effets du divorce, à préparer l'après-divorce, à surmonter les effets psychologiques traumatisants du divorce, ainsi que, s'il en surgit, les difficultés financières ou celles relatives aux droits de garde ou de visite.

Les questions d'autorité parentale et de garde devraient être repensées. Il faudrait dissocier les difficultés nées pour les époux de la rupture de leurs relations des relations parents-enfants, que rien ne peut rompre. Il faut aussi distinguer en pratique les décisions importantes relevant de l'au-

torité parentale des décisions journalières et de routine relevant du droit de garde.

L'autorité parentale : un droit à partager

Le droit suisse ne connaît pas encore *l'autorité parentale conjointe ou partagée.* C'est pourtant cette formule qui semble correspondre le mieux aux droits et aux responsabilités des parents en matière d'éducation et d'entretien des enfants, il y aurait donc lieu de l'introduire. Le *droit de garde* est encore attibué à la mère dans le plus grand nombre des cas, en raison de la jurisprudence plus que du droit. Or, cette jurisprudence ne suit l'évolution ni des connaissances en matière de psychologie, ni des conceptions relatives au partage des rôles dans la famille. On propose donc que l'attribution de la garde tienne compte de ce qu'a été dans la famille le partage des rôles entre le père et la mère, sans préjugé de principe en faveur de l'un ou de l'autre.

Le droit de visite doit être réglé de telle façon que se maintiennent les liens entre le parent non gardien et l'enfant ; il devrait être étendu par rapport à ce qu'il est aujourd'hui. Il y a lieu de respecter le *désir de l'enfant* capable de discernement et même prévoir que celui-ci, assisté d'un curateur, pourrait ouvrir une action en modification de la répartition des droits entre ses parents.

Les *questions économiques* constituent l'autre volet des points à régler dans la convention sanctionnant la rupture de l'union conjugale. Elles devraient l'être en tenant compte du principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes et du nouveau droit matrimonial. Ainsi :

- l'épouse divorcée ayant la garde des enfants devrait toucher, outre les prestations d'entretien, une rétribution pour son travail, dans la mesure où la garde des enfants l'empêche de reprendre son activité professionnelle ;
- elle devrait bénéficier d'une allocation de recyclage si son activité pour la famille a porté préjudice à sa carrière professionnelle ;
- il y aurait lieu de remédier à la discrimination dont l'épouse divorcée est l'objet dans l'AVS et la LPP.

On le voit : si on renonce à partir de la notion de faute, on fait davantage appel au sens de la responsabilité des époux l'un envers l'autre et envers leurs enfants, on regarde moins vers le passé que vers l'avenir. La Commission fédérale conclut en espérant « que le divorce tel qu'elle le propose est le règlement, à partir du constat de faillite du mariage, de l'avenir des personnes impliquées selon leurs besoins et leurs possibilités. » **Perle Bugnion-Secretan**

* *Bastard, Cardia-Vonèche et J.-F. Perrin. — Pratiques judiciaires du divorce, approche sociologique et perspectives de réforme. Ed. Réalités sociales, CP 1273, 1001 Lausanne.*

** *Questions au féminin, 2/87 Thunstrasse 20, 3006 Berne.*

Le divorce vécu : ce qu'elles/ils en pensent

Comment sont reçues les propositions novatrices de la Commission pour les questions féminines par ceux qui suivent l'évolution du droit dans ce domaine ?

Il nous a paru important de « tester » ce rapport auprès de différentes personnes ou organismes intéressés par cette question, y compris trois personnes ayant elles-mêmes divorcé dans les cinq dernièrs années.

Certaines femmes ont le sentiment que le droit actuel les protège mieux, en particulier sur le plan financier. Un avis que ne partage pas **Me Nathalie Vimic,** avocate, à Genève, réputée pour son engagement dans la défense des intérêts des femmes.

« La législation actuelle ne protège absolument pas les femmes. Elles doivent trop souvent, et avec les difficultés que cela suppose, prouver la faute de leur conjoint et sa responsabilité principale dans la cause du divorce, afin d'obtenir une indemnité pour perte de droit à l'entretien. Notre droit du divorce est parfaitement insuffisant et cette révision correspond à une évolution des situations sur le plan social, tout en étant plus conforme au principe de l'égalité instauré déjà dans le nouveau droit matrimonial. Je suis entièrement d'accord avec le postulat de base des propositions de la Commission, car l'autonomie financière de chaque personne fait partie de la dignité humaine. »

De l'entretien à la rémunération

Actuellement, remarque l'avocate genevoise, la faute détermine la nature des prestations auxquelles a droit la femme. A son avis, le nouveau système est plus juste. « On n'a pas droit a priori à un droit à l'entretien, mais à une rémunération pour un certain type de travail découlant de la répartition des rôles choisie par le couple au sein de la famille. La question est ainsi de savoir à quoi peut prétendre l'époux qui s'est principalement consacré à l'entretien du ménage et des enfants. Si, en raison de son âge ou de son manque de qualification, la femme ne retrouve pas d'activité professionnelle, elle touchera une contribution dite « de dureté » qui correspond à l'actuelle pension alimentaire. »

Pour Me Vimic, donc, les propositions