

Revision du régime matrimonial

Autor(en): **Deschenaux, Henri**

Objektyp: **Article**

Zeitschrift: **Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse =
Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II.
Referate und Mitteilungen des SJV**

Band (Jahr): **76 (1957)**

PDF erstellt am: **22.07.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-896165>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrücke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Revision du régime matrimonial

Rapport présenté par
Henri Deschenaux
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université de Fribourg

TABLE DES MATIÈRES

§ 1. Introduction	423a
I. Les régimes matrimoniaux devant la Société suisse des juristes	423a
II. L'évolution législative à l'étranger et la Suisse	426a
III. Délimitation du sujet et méthode	432a
IV. Plan	435a

Chapitre I

Les effets généraux du mariage	437a
§ 2. Le principe de l'égalité des époux et l'institution du mariage	437a
I. Rappel des inégalités dans le droit en vigueur . .	437a
II. La nécessité d'une autorité dans le mariage . . .	441a
III. Vers une plus large reconnaissance de l'égalité entre époux	448a
§ 3. L'égalité de droit sur le plan des effets généraux du mariage	449a
I. Rapports internes	451a
1. Organisation de la vie commune	451a
2. Devoir réciproque d'entretien	453a
II. Rapports externes	457a
1. Représentation de l'union conjugale	457a
2. Exercice d'une profession par la femme . . .	460a
3. Les restrictions de la capacité civile des époux	461a
A. L'intercession de la femme en faveur de son mari	461a
B. Les actes entre époux relatifs aux biens ma- trimoniaux	464a

Chapitre II

Le régime matrimonial en général	468a
§ 4. Les grandes options	468a
I. Le système actuel	468a
II. Revision du système?	470a
III. Le postulat de l'égalité de droit et le choix du régime légal	471a
1. Le régime de l'union des biens	471a
2. Le régime de communauté	475a
3. Le régime de la séparation de biens	477a
4. Le régime de séparation avec participation au bénéfice	480a
§ 5. La revision des dispositions générales relatives au régime des biens entre époux	485a
I. Le contrat de mariage	485a
1. En général	485a
2. Conclusion du contrat de mariage	487a
3. Effets du contrat de mariage	489a
II. Le régime extraordinaire	489a
1. Le régime légal subsidiaire est celui de l'union des biens	489a
2. Le régime légal subsidiaire est celui de la participation au bénéfice	494a
III. Protection des créanciers en cas de modification du régime et de liquidation matrimoniale	495a
1. Interprétation jurisprudentielle	496a
2. Linéaments d'une revision	498a
IV. Les biens réservés	500a
1. Réformes dans le cadre du système actuel	501a
A. Constitution des biens réservés	501a
B. Régime des biens réservés	505a
2. Les biens réservés dans le système du régime légal de la participation au bénéfice	507a

Chapitre III

L'union des biens	508a
§ 6. La structure patrimoniale de l'union des biens	509a
I. La structure générale du régime	509a
II. Les apports	510a
1. Apports de la femme	510a
2. Apports du mari	511a
III. Les acquêts	513a
1. Acquêts de la femme	513a

Revision du régime matrimonial	421a
2. Acquêts du mari	514a
IV. La subrogation patrimoniale	514a
V. La preuve	515a
1. Les présomptions	515a
2. L'inventaire	517a
§ 7. L'administration, la jouissance et la disposition des biens matrimoniaux	519a
I. L'administration, la jouissance et l'usage en général	519a
II. Administration maritale	520a
III. Droit de jouissance du mari	521a
IV. Responsabilité du mari	521a
V. Disposition des biens matrimoniaux	524a
1. Disposition des biens du mari	524a
2. Disposition des apports de la femme	524a
A. En général	524a
B. Le consentement	525a
C. La répudiation d'une succession échue à la femme	527a
VI. Sûreté des biens de la femme	528a
1. La demande de renseignements	528a
2. La demande de sûretés	528a
Appendice au § 7. Procès et poursuites	529a
1. Les procès de la femme relatifs à ses apports	529a
2. Les poursuites relatives aux créances et aux dettes de la femme	531a
A. Les poursuites à raison de créances comprises dans les apports de la femme	531a
B. Les poursuites contre la femme	532a
§ 8. La responsabilité des époux pour leurs dettes	535a
I. Responsabilité externe	535a
1. Responsabilité du mari	535a
2. Responsabilité de la femme	535a
A. Dettes générales	536a
B. Dettes réservataires	538a
II. Responsabilité interne et récompenses	541a
1. La répartition interne des dettes	541a
A. La répartition des dettes du mari	541a
B. La répartition des dettes de la femme	542a
C. La répartition des dettes entre le mari et la femme	544a
2. Récompenses	544a
§ 9. Reprises de la femme et dissolution du régime	545a
I. La protection des apports de la femme dans l'exécution forcée contre le mari	545a

1. Reprise des apports représentés	546a
2. Les créances pour apports non représentés . . .	546a
3. Le privilège	547a
II. La dissolution du régime ensuite du décès d'un des époux	549a
1. La reprise des apports de la femme en nature ou en valeur	549a
2. La reprise des apports du mari	550a
3. Bénéfice et déficit	551a
4. Le droit au bénéfice	552a
5. La charge du déficit	553a
6. Les conventions modifiant la répartition du bénéfice	554a

Chapitre IV

Les autres régimes matrimoniaux	557a
§ 10. Le régime de séparation de biens	557a
I. Généralités	557a
II. Les masses de biens	557a
III. Gestion des biens	558a
IV. Jouissance des biens	560a
V. Contribution des époux aux charges du mariage	561a
VI. Responsabilité pour les dettes	561a
VII. Reprises et liquidation	562a
§ 11. Les régimes de communauté, en particulier la com- munauté d'acquêts	563a
I. Généralités	563a
II. Structure de la communauté	564a
III. Gestion de la communauté	564a
1. En général	564a
2. Administration	565a
3. Disposition des biens communs	566a
IV. La responsabilité externe	569a
1. En général	569a
2. Responsabilité du mari	569a
3. Responsabilité de la femme	571a
V. Responsabilité interne	572a
VI. La protection des apports de la femme dans l'exécution forcée contre le mari	573a
VII. La dissolution du régime ensuite du décès d'un époux	574a
1. Partage et liquidation	574a
2. Responsabilité du survivant	575a

§ 12.	Le régime de participation au bénéfice	576a
	I. Généralités	576a
	II. Structure du régime	577a
	1. Les masses de biens	577a
	2. La preuve	578a
	III. La gestion des biens	579a
	1. L'administration	579a
	2. La disposition des acquêts	580a
	IV. La responsabilité externe	582a
	V. La responsabilité interne	584a
	VI. Dissolution du régime	585a
	1. Généralités	585a
	2. La liquidation	586a
	Conclusion	588a
	Liste des ouvrages et articles cités	590a

§ 1. Introduction

I. Les régimes matrimoniaux devant la Société suisse des juristes

C'est la quatrième fois que la Société suisse des juristes met à l'ordre du jour de son assemblée annuelle le problème général de l'organisation des régimes matrimoniaux.

1. En 1872, à Lucerne, le professeur Munzinger préconisait déjà l'unification du droit dans ce domaine. Soumettant à un examen critique les régimes matrimoniaux cantonaux, il marquait sa préférence pour l'union des biens mais voulait reconnaître à la femme une certaine participation aux acquêts.

2. En 1894, à Bâle, la question posée était celle des «principes qu'il conviendrait de placer à la base d'une législation fédérale sur le droit matrimonial quant aux biens». Le rapporteur principal était le professeur *Eugène Huber* lui-même¹, qui avait exposé le système des droits

¹ Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht, RDS (ZSR) 13 (1894) p. 48 sv.

cantonaux en la matière, dans le premier volume de son ouvrage «System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes»² et dont le Département fédéral de justice et police venait de publier (1893) le projet partiel, avec un exposé des motifs, sur les effets du mariage. Le second rapporteur était le professeur *Alfred Martin*, de Genève.

Reprenant les idées de son projet, Eugène Huber avait énoncé les thèses suivantes:³

a) Le mariage ne supprime pas la capacité civile de la femme, mais l'épouse est soumise aux restrictions qu'imposent aux conjoints les nécessités de l'union conjugale et le régime matrimonial.

b) Le régime légal subsidiaire est celui de l'union des biens avec participation de la femme survivante au bénéfice des biens matrimoniaux.

c) Par contrat de mariage conclu avant ou après les noces, les époux peuvent adopter la communauté de biens ou la séparation de biens, telles que la loi les régit à titre supplétif, avec ou sans modifications.

Le professeur Martin se prononçait aussi nettement pour la capacité civile de la femme, sous réserve de l'autorité du mari et du régime matrimonial. En revanche il se déclarait partisan de la séparation des biens comme régime de droit commun (avec participation de la femme aux charges du ménage) et se montrait hostile à la mutabilité du régime matrimonial⁴.

3. En 1928, c.-à-d. 34 ans plus tard et 16 ans après l'entrée en vigueur du Code civil, la Société suisse des juristes s'est préoccupée, dans son assemblée de Zurich, de faire le point: quelle était l'influence que le code avait

² Bâle 1886, p. 237–391. Dans le quatrième volume du même ouvrage paru en 1899, p. 349 sv., il avait retracé l'histoire des régimes matrimoniaux en Suisse.

³ RDS 1894, p. 567. Nous les donnons dans un ordre différent, en laissant de côté la question du droit de succession du conjoint survivant.

⁴ RDS 1894, p. 573, 590, 577.

exercée sur la structure et notamment sur le choix du régime matrimonial⁵.

L'avocat *Armin Schweizer* après avoir comparé les systèmes cantonaux au système suisse, s'est attaché aux problèmes de droit transitoire, pour montrer ensuite l'évolution des régimes du CC suisse et s'arrêter enfin à quelques questions posées par le droit nouveau: la position de la femme mariée dans la poursuite et dans le procès, l'exécution forcée. Le rapporteur ne s'est pas prononcé sur les mérites des divers régimes; mais le système suisse rencontrait visiblement son approbation.

Le notaire *Ernest-Léon Martin* approuva la liberté des conventions matrimoniales et même la mutabilité du régime. Mais il ne ménagea pas ses critiques au régime légal de l'union des biens, qui présente surtout, à son sens, le défaut de «maintenir indirectement l'épouse sous la tutelle du mari», et il ne cacha pas ses sympathies pour le régime de séparation de biens qu'il tenait pour le régime de l'avenir. Il ne formulait cependant aucune proposition de réforme⁶.

4. Près de trente ans se sont écoulés, et voici que la Société suisse des juristes pose ouvertement la question de la revision du droit des régimes matrimoniaux. Sans doute une législation âgée de 45 ans peut-elle avoir besoin de retouches plus ou moins importantes. De fait, dans le domaine matrimonial, notre code laisse planer bien des incertitudes et offre nombre de lacunes, quand il n'impose pas des solutions qui, dans l'esprit même de la loi, sont cri-

⁵ Armin Schweizer, *Der Einfluss des ZGB auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechts*, RDS 1928, p. 61 a sv. Ernest-Léon Martin, *L'influence du CCS sur le choix du régime matrimonial*, ibidem, p. 113 a sv.

⁶ RDS 1928, p. 118 a sv. 121 a sv., 128 a, 132 a sv. Au cours de la discussion, le professeur A. Egger admit que nous devions reconsidérer nos conceptions sur le régime matrimonial au regard de ce qui s'était fait à l'étranger. Mais il se bornait à proposer pour l'avenir que le bénéfice de l'union des biens fût partagé par moitié et que les époux fussent placés sur le même pied à la dissolution du mariage.

tiquables. Mais ce ne sont pas tant ces insuffisances qui font souffler un vent de réforme. C'est bien plutôt le mouvement d'émancipation de la femme, qui aspire à parvenir à son terme sur le plan du droit privé comme sur celui du droit public⁷. Il s'agirait, dans le domaine du mariage et de la famille, de réaliser l'égalité complète de l'homme et de la femme, par la suppression des restrictions que le droit civil apporte à cette égalité. Ces tendances revisionnistes ne visent pas uniquement les effets généraux du mariage, mais s'étendent à l'aménagement du régime matrimonial lui-même. Elles sont en quelque sorte portées par une évolution remarquable qui s'est produite à l'étranger.

II. L'évolution législative à l'étranger et la Suisse

Le Code civil suisse qui était progressiste en 1912⁸, est aujourd'hui dépassé.

Les droits *scandinaves* (suédois, islandais, danois, norvégien, finlandais) ont réalisé une égalité quasi totale de l'homme et de la femme dans le mariage. Le modèle a été la loi suédoise du 11 juin 1920. En particulier, le droit de décision du mari dans les affaires concernant la vie commune a été supprimé⁹. Le régime légal est une combinaison de séparation de biens pendant la vie des époux et de communauté universelle à la dissolution, avec les mêmes droits pour les deux conjoints¹⁰.

En URSS, le premier code de la famille de 1918 visait en particulier à réaliser l'égalité juridique des deux sexes. Le

⁷ Cf. sur l'institution éventuelle du suffrage féminin, l'important message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, du 22 février 1957, FF p. 693 à 822.

⁸ Cependant, en Angleterre, les *Married Woman's Property Act* de 1870, 1882 et 1893 avaient déjà abrogé les règles de la *common law* qui restreignaient la capacité de la femme mariée. P. Arminjon, B. Nolde et M. Wolff, *Traité de droit comparé* (cité dans la suite: Arminjon), t. II (1950) n° 736, p. 606.

⁹ Arminjon, t. II, n° 623, p. 450; n° 632, p. 457.

¹⁰ Arminjon, op. cit., n° 633, p. 457-458. Kaden, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, article «Gütergemeinschaft auf Todesfall», vol. IV 1933, p. 1 sv. Ce régime revêt d'ailleurs deux

code de 1926 accentue cette tendance et la revision de 1944, qui proscrit le mariage de fait, n'y change rien. L'art. 122 de la Constitution soviétique de 1936 reconnaît aux femmes les mêmes droits qu'aux hommes dans tous les domaines. Le chapitre III du code de la famille applique rigoureusement cette idée aux rapports conjugaux; on a pu dire qu'aucune autre législation ne va aussi loin dans le sens de l'indépendance réciproque des époux¹¹. Tandis que, dans l'ancien droit russe, le régime matrimonial était celui de la séparation de biens, le code de 1926 soumet impérativement les époux au régime de la communauté d'acquêts, du moins s'ils font partie de la population urbaine (art. 10). Mais le mari n'est pas le chef de la communauté. Les deux

formes différentes que le traité d'Arminjon caractérise brièvement de la manière suivante:

«En Suède, en Finlande, il y a durant le mariage une séparation de biens (Boskillnad); après la dissolution du mariage les deux patrimoines – à l'exception de certains biens réservés à l'un ou l'autre des époux – sont unis en un seul et chacun des époux ou ses héritiers reçoivent la moitié de ces biens communs. Durant le mariage cette moitié future est l'objet d'un véritable droit (giftorätt, droit matrimonial). Ce droit grève les biens de l'autre époux et fait naître certaines restrictions pour chacun d'eux dans la disposition de ses biens. Les dettes ne sont pas communes.

Le Danemark, la Norvège et l'Islande ont adopté un régime d'union de biens de nature très originale. C'est une communauté de biens caractérisée par les particularités suivantes: les biens des époux sont communs, mais chacun d'eux a seul le droit d'administrer les biens dont il a fait l'apport et d'en disposer. Dans certains cas, par exemple, pour pouvoir disposer des immeubles qu'il a apportés, l'époux a besoin du consentement de son conjoint. Les créanciers d'un époux ne peuvent saisir que les biens dont leur débiteur peut disposer. Après la dissolution du mariage, les biens forment une masse vraiment commune qui est divisée en parts égales entre les époux divorcés ou entre le conjoint survivant et les héritiers de l'autre».

¹¹ Arminjon, t. III (1951) n° 977 p. 381. Cette loi est «la charte des libertés conjugales», plutôt qu'un code des devoirs des époux. Le nom n'est même pas commun (art. 7). Chaque époux choisit librement ses occupations et sa profession (art. 9). L'habitation commune n'est pas obligatoire (même article, *in fine*).

époux, égaux en droit, gèrent ensemble les biens communs. Le partage a lieu par moitié, sauf décision différente du tribunal¹².

En *Allemagne*, la Constitution de Weimar de 1919 avait déclaré, dans son art. 119 al. 1, que le mariage reposait sur l'égalité de droit des deux sexes. Aujourd'hui, la loi fondamentale de la *République fédérale allemande*, du 23 mai 1949, proclame dans son art. 3: «Mann und Frau sind gleichberechtigt. Niemand darf wegen seines Geschlechtes . . . benachteiligt oder bevorzugt werden».

Selon la doctrine largement dominante et consacrée par un arrêt du Tribunal constitutionnel du 18 décembre 1953, il s'agit là, non pas seulement de directions pour le législateur, mais d'une norme de droit positif¹³. Aussi bien l'article 117 de la même constitution a-t-il déclaré que le droit contraire à ce principe cesserait d'être en vigueur le 1^{er} avril 1953, délai prévu pour l'adoption de la législation. Mais, en raison des divergences de vues qui se sont manifestées, le projet de revision n'a pu être adopté pour cette date¹⁴. Dès lors l'état du droit est actuellement des plus incertains en Allemagne. Toutefois on s'accorde très généralement pour admettre que toutes les dispositions du BGB

¹² Arminjon, op. cit. n° 978, p. 381. Le régime matrimonial des populations rurales dépend de l'existence de la communauté familiale, le *dvor*, cellule juridique distincte au sein du kolkhoz (Arminjon, n° 909, p. 295). Le même traité explique que «les bénéfices qui résultent pour le mari ou pour la femme de la gestion du patrimoine propre du *dvor* appartiennent en totalité à la communauté familiale dont ils sont membres avec d'autres personnes». Il y a confusion entre les biens des époux et ceux de la communauté (n° 978).

¹³ Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Becksche Kurz-Kommentare, t. 7. Munich et Berlin, 15^e édit. 1956, Familienrecht, commenté par le Senatspraesident Dr Lauterbach, Einleitung vor § 1297, n° 7, p. 1068-1069. Cf. aussi Habscheid-Meyer, Neues Familienrecht, Rechtsgrundsätze zur Gleichberechtigung von Mann und Frau, Bielefeld 1957.

¹⁴ Le Ministère fédéral de la justice avait d'abord chargé Mme Hagemeyer, juge d'appel, d'établir un mémoire sur l'adapt-

qui consacrent des inégalités entre époux, que ne justifierait aucun autre principe constitutionnel – celui par ex. de la protection par l'Etat du mariage et de la famille (art. 6 al. 1 loi fondamentale) – sont virtuellement abrogées¹⁵. Il suffit de consulter, dans une dernière édition du BGB, la liste des paragraphes qui sont touchés par le principe de l'égalité de droit¹⁶, pour mesurer l'importance des transformations subies par le droit de famille en Allemagne. Ainsi, le mari perd son pouvoir de décision (§ 1354), le régime de l'administration maritale (§§ 1373 sv.) est supprimé comme régime légal et se trouve remplacé par la séparation des biens^{17, 18}.

tation du BGB au principe de l'égalité du mari et de la femme. Le projet du ministère ne trouva pas l'agrément du Gouvernement fédéral. Celui-ci le remania et le soumit au Bundesrat le 26 septembre 1952. Le 24 octobre 1952 il a été transmis au Bundestag avec les amendements du Bundesrat. Il n'a pas abouti. Un deuxième projet a vu le jour, daté du 18 décembre 1953 (Entwurf eines Gesetzes über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts», Bonn, Bundesdruckerei 1953). Il est en discussion devant le Bundestag. Une sous-commission «Familienrechtsgesetz» de la commission «für Rechtswesen und Verfassungsrecht» en a établi une nouvelle rédaction. Voir ce texte, auquel nous nous référerons généralement, dans Habscheid-Meyer, en appendice. Cf. indications dans J. Zajtay, Réforme du régime matrimonial en France, Belgique et Allemagne, Revue internationale de droit comparé, 1955, p. 572 sv. spéc. 577 sv. *

¹⁵ Palandt-Lauterbach, loc. cit.

¹⁶ Edition de poche de la Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1956, p. XXII sv.

¹⁷ Palandt-Lauterbach, p. 1093. Les projets prévoient un régime de participation aux acquêts (Zugewinnngemeinschaft, Güterstand des Gewinnausgleichs), qui est fondé sur deux principes: indépendance des époux au point de vue patrimonial pendant le régime, participation réciproque à certains éléments des deux patrimoines lors de la dissolution du régime.

¹⁸ En *Allemagne orientale*, l'art. 7 de la Constitution démocratique allemande pose aussi le principe de l'égalité de droit de l'homme

* Pendant l'impression de ce rapport, la loi a vu le jour. Elle a été promulguée le 21 juin 1957 et doit entrer en vigueur le 1^{er} juillet 1958.

En *France*, la législation a rattrapé son retard par la promulgation de la loi du 18 février 1938, sur la capacité civile de la femme mariée, et de la loi du 22 septembre 1942, sur les droits et les devoirs des époux. L'épouse a désormais le plein exercice de sa capacité civile (art. 212 rev. C. c.). Les pouvoirs de la femme dans le régime matrimonial ont été mis en harmonie avec ce principe. Le mari reste « chef de la famille », mais « dans l'intérêt commun du ménage et des enfants » (art. 213). Quel que soit le régime, la femme peut se faire autoriser par justice à faire tout acte de disposition sans le concours ou le consentement de son mari. D'autres dispositions sur les pouvoirs extraordinaires de la femme (art. 213), sur sa résidence propre (art. 215), sur le « mandat domestique » (art. 223), sur l'exercice d'une profession (art. 223), rejoignent la législation suisse et parfois reconnaissent à la femme plus de liberté¹⁹. L'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil accentue nettement la tendance²⁰. Dès avant la guerre, la revision des régimes matrimoniaux avait également été entreprise. Un projet Renault, s'inspirant de la loi suédoise (dont Henri Capitant était un admirateur), avait été déposé au Sénat en 1932. En 1946, l'adoption d'un régime légal de participation aux acquêts fut de nouveau proposée. En dernier

et de la femme. Toutes les dispositions contraires sont formellement abrogées (art. 30 al. 2, 144 al. 1). Les §§ 1363 à 1425 sur les régimes matrimoniaux doivent être considérés comme abolis; les époux sont aussi soumis à la séparation de biens. Palandt-Lauterbach, p. 1095 n° 4.

¹⁹ Arminjon, t. I, p. 249 sv. H. Dolus, Mari et femme selon la loi de 1942, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1943, p. 81.

²⁰ *Avant-projet de Code civil* présenté au Ministre de la justice par la Commission de réforme du Code civil, Première partie, Livre préliminaire et livre premier (Des personnes physiques et de la famille), avec rapport préliminaire et exposé des motifs, Paris Sirey 1955. Cf. art. 319 sv. sur les effets généraux du mariage; art. 351 sv. sur les régimes matri/moniaux. V. Travaux de la Commission de réforme du Code civil sur le mariage: années 1948-1949, 1949-1950, 1950-1951, Paris Sirey.

lieu, la Commission de réforme du Code civil a donné sa préférence par 6 voix contre 4, à la communauté d'acquêts²¹.

En *Belgique*, une proposition de loi du 17 décembre 1947, dite projet *Ciselet*, s'inspire de la loi suédoise comme du projet français de 1946. Elle est liée à la reconnaissance de la pleine capacité civile de la femme mariée. Le but du projet est de «concilier tout à la fois l'indépendance et la solidarité des époux en attribuant à chacun d'eux la libre gestion des biens acquis, en organisant pendant la vie commune leurs contributions respectives aux charges du ménage et en constituant à la dissolution du mariage un fonds commun comprenant le reliquat des acquêts et partagé entre les époux considérés en cette mesure comme associés». Tel quel, le projet n'a pas abouti, mais les travaux se poursuivent en vue d'une réforme du régime légal de communauté, qu'on veut adapter aux exigences de la vie moderne²².

Enfin, *last but not least*, l'art. 16 de la Charte des Nations-Unies veut que le principe de l'égalité de l'homme et de la femme s'applique à la conclusion du mariage, pendant le mariage et à sa dissolution.

* * *

Ce mouvement d'idées ne s'est pas arrêté devant nos frontières. Comme le relève le Conseil fédéral «la pleine égalité civile des femmes a souvent été exigée conjointement avec l'égalité politique»²³. Dans la doctrine, la prééminence qui reste au mari dans les rapports personnels entre époux comme dans leurs relations a été critiquée²⁴. Récemment,

²¹ Cf. Zajtay, article cité, p. 573 sv. M. Vasseur, La communauté légale et la communauté conventionnelle dans l'avant-projet de Code civil, Rev. trim. de dr. civil, 1955, p. 408 sv.

²² Zajtay, op. cit, p. 375 sv.

²³ Message cité, FF p. 742.

²⁴ H. Herta Meyer. Das Eherecht unter dem Gesichtspunkte der Gleichberechtigung von Mann und Frau, thèse Zurich 1937; Paul Signer, Die ehemännliche Autorität im heutigen Eherecht,

le professeur *Egger*, dans son étude «Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung»²⁵, qui revêt un peu le caractère d'un testament juridique, nous invitait à une sorte d'examen de conscience sur ces problèmes. Dans sa leçon inaugurale: «L'égalité de l'homme et de la femme au regard du droit de la famille»²⁶, le professeur *J.-M. Grossen* lui fait écho. D'autre part, l'Alliance de sociétés féminines suisses étudie la question et prépare même un projet. Enfin, le Conseil fédéral déclare dans son message qu'une révision de notre code civil accentuant la reconnaissance de la personnalité juridique de la femme est à l'étude.

C'est dans ce climat que se pose la question de la révision des régimes matrimoniaux.

III. Délimitation du sujet et méthode

1. *Le sujet.* Cette étude a pour objet le régime matrimonial. Mais la révision éventuelle de cette partie de notre droit de famille est intimement liée au problème général des effets personnels du mariage. Le coup d'œil jeté sur l'évolution législative à l'étranger a montré déjà que l'adoption plus ou moins complète du principe de l'égalité des époux n'allait pas sans influencer le choix du régime légal et l'organisation même de ce régime, sans parler du sort réservé aux régimes conventionnels. La règle de l'autorité maritale, le devoir réciproque d'entretien, les pouvoirs reconnus à l'épouse, l'exercice d'une profession par la femme, les restrictions apportées à la capacité de la femme, voire à celle du mari ont leurs répercussions directes sur l'organisation du régime des biens²⁷. Force nous est donc de prendre

Thèse Zurich 1938; Sahli Türkman, Les restrictions apportées au principe de l'égalité des époux par les dispositions du CCS sur les effets généraux du mariage, thèse Genève 1942.

²⁵ RDS 73 (1954), p. 1 sv.

²⁶ Neuchâtel 1957.

²⁷ On s'en est bien rendu compte en Allemagne lorsque, à un moment donné, pour sortir des controverses que suscitait le règle-

parti dans le débat de l'heure, celui de la promotion de la femme mariée à la complète égalité avec le mari.

La matière même des régimes matrimoniaux est immense et les problèmes qu'elle a suscités sont à peine dénombrables²⁸. Une première délimitation résulte du titre sous lequel le sujet de ce débat a été annoncé: «Questions *actuelles* du régime matrimonial». Actuelles, c'est-à-dire qui ont été plus ou moins vivement discutées ces dernières années au prétoire ou dans la doctrine, à l'exclusion de controverses plus anciennes qui peuvent être tenues pour closes. Mais encore faut-il, pour trouver accueil dans un rapport d'ampleur limitée, que ces questions revêtent une certaine importance pratique: des points secondaires pourront être laissés de côté, si intéressants qu'ils puissent être en soi. Actuelles, seront plus particulièrement les questions qui sont dominées par la conception du rôle respectif de l'homme et de la femme dans le mariage. Nous nous en voudrions cependant de négliger certains problèmes d'ordre plus technique, comme celui de la protection des créanciers dans les liquidations matrimoniales, qui se posent toujours aux tribunaux.

Nous voyons un autre principe de délimitation dans la notion même de *revision*. Notre rôle n'est pas tant d'inter-

ment des effets généraux du mariage, on eut décidé de s'attaquer tout de suite à l'organisation des régimes matrimoniaux. Il fallut vite se rendre à l'évidence qu'on ne pouvait légiférer à ce sujet sans s'être mis d'accord sur les fondements mêmes de la famille. Cf. E. Arnold, Wird die Familienrechtsreform gelingen? Ehe und Familie, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Fam RZ) Bielefeld 1955, p. 225.

²⁸ La «littérature» est, elle aussi considérable. La bibliographie que donne le regretté professeur Knapp dans son livre posthume sur le Régime matrimonial de l'union des biens, Neuchâtel, 1956, compte 140 ouvrages et 100 articles de revue (uniquement en relation avec le régime légal suisse). Ce n'est pas le rôle de ce rapport de dresser la bibliographie de la matière, ni même des sujets traités. Nous donnerons simplement, à la fin de ce travail, une liste des ouvrages et articles cités.

prêter le droit positif que de préparer modestement les voies d'une législation nouvelle. La solution à donner *de lege lata* aux controverses soulevées par l'application de tel ou tel article du code civil, ne nous intéressera que secondairement: *de lege ferenda*, il est permis de trancher dans le vif pour arrêter la solution la plus opportune. En même temps, conscient des limites qui s'imposent au législateur lui-même, nous nous abstenons de nous prononcer partout où il convient de laisser à la jurisprudence et à la doctrine le soin de le faire²⁹.

2. *La méthode* de cette étude est dictée par les tâches assignables à une revision législative. D'abord, des remaniements peuvent s'imposer, qui ont un caractère purement technique, presque rédactionnel. Ainsi, aux articles 194, 195, 196, 206, 207, ce n'est pas la célébration ou la date du mariage qui compte, mais l'entrée en vigueur du régime de biens³⁰. Nous ne nous arrêterons pas à ce genre de questions.

Ensuite, après 45 ans d'application du code, il y a des questions dont la solution est fixée par la jurisprudence et acceptée par la presque unanimité des auteurs. Le moment peut être venu pour le législateur de condenser en des textes cette *communis opinio* (art. 1 al. 3 CC), ainsi qu'il l'a

²⁹ Cf. sur la méthode législative suisse, notamment en matière de droit de famille, Egger, *Die Gleichberechtigung*, p. 42. Nous ne partageons cependant pas entièrement les vues de l'éminent auteur. Sans approuver la méthode allemande d'une réglementation aussi complète et détaillée que possible, nous sommes partisan, sur les points essentiels, de solutions législatives nettes, énoncées avec précision et dans un langage technique conséquent. Sous prétexte de nous donner un code populaire, on a trop souvent renoncé à établir des notions claires et uniformes et on a laissé indécis trop de problèmes. Le résultat est que le «peuple» comprend peut-être le code, mais que, s'il ne veut pas s'y méprendre, il doit recourir constamment aux «augures», ce qu'on voulait précisément éviter. Si une certaine réserve est de mise dans la réglementation des effets personnels du mariage, elle ne se justifie plus du tout lorsqu'il s'agit de régler les conséquences de l'union sur les biens des époux.

³⁰ Cf. p. ex. Knapp, *op. cit.*, p. 3.

fait dans d'autres secteurs, p. ex. en matière de cautionnement. Nous signalerons au passage nombre de ces questions.

Enfin, viennent les réformes proprement dites. Nous en distinguons de deux sortes: les réformes d'aménagement et les réformes de structure.

Les premières se situent dans la perspective du maintien, sans transformations profondes, de notre droit matrimonial: prépondérance du mari, d'ailleurs premier responsable de l'union conjugale, avec les incidences de ce principe sur le statut patrimonial des époux (régime légal de l'union des biens). Il s'agit alors d'envisager les adaptations qui seraient propres, sans rompre l'équilibre traditionnel entre les époux, à améliorer la position de la femme mariée dans le ménage.

Les secondes – les réformes de structure – présupposent une modification radicale du système adopté par le législateur de 1907, dans le sens d'une égalité des époux aussi complète que possible. Le postulat étant admis dans les limites commandées par l'institution même du mariage, il s'agit d'en tirer les conséquences pour l'organisation du régime de biens entre époux.

Ce sont ces réformes – tant de structure que d'aménagement – qui seront avant tout l'objet de nos réflexions. On peut personnellement marquer ses préférences pour une revision des bases mêmes du système actuel. Mais il faut compter avec le fait que le Suisse (*vir helveticus*), de longue date³¹, aime peu la nouveauté lorsqu'il s'agit de la promotion de la femme. Aussi, pour tenter de faire œuvre utile quelle que soit l'option définitive du législateur, nous nous placerons alternativement, sur la plupart des problèmes importants, dans les deux perspectives évoquées ci-dessus.

IV. Plan

Dans un *chapitre premier* sur les effets généraux du mariage, nous nous prononcerons d'abord sur le principe

³¹ Cela remonte au moins à l'époque de la Constitution helvétique, cf. Egger, *Die Gleichberechtigung*, p. 2. Staehelin, *Zivilgesetzgebung der Helvetik*, 1931, p. 89.

de l'égalité des époux; optant pour le maintien d'une certaine autorité du mari, nous proposerons tout de même de reconnaître à la femme une plus large indépendance juridique (§ 2). Puis nous tirerons les conséquences de notre position sur l'aménagement des rapports des époux entre eux et de leurs rapports avec les tiers, en nous limitant aux aspects qui intéressent le statut de leurs biens (§ 3).

Le *chapitre II* sera consacré aux problèmes généraux du régime matrimonial. Parmi les grandes questions à reconsidérer dans une revision éventuelle, la plus importante est celle du choix du régime légal subsidiaire; nous nous déciderons pour un régime de séparation avec participation au bénéfice (§ 4). En fonction notamment de cette option, nous envisagerons alors les modifications qui pourraient être apportées aux dispositions générales des art. 178 à 193 (§ 5).

Le régime de l'union des biens sera l'objet du *chapitre III*. Nous plaçant dans une perspective purement réformiste (puisque nous aurons proposé l'abandon de ce régime comme système légal), nous suggérerons divers amendements à la réglementation en vigueur, en vue, d'une part, de rationaliser le fonctionnement du régime, d'autre part, de renforcer la position de la femme (§§ 6 à 9).

Dans un *quatrième* et dernier *chapitre*, nous traiterons plus brièvement des autres régimes, en évoquant certaines modifications que pourraient subir le régime de séparation de biens (§ 10) et les régimes de communauté (§ 11), et en traçant les linéaments du nouveau régime de participation au bénéfice (§ 12).

CHAPITRE PREMIER

Les effets généraux du mariage

§ 2. Le principe de l'égalité des époux et l'institution du mariage

I. Rappel des inégalités dans le droit en vigueur

Comme telle, la femme est l'égale de l'homme en droit civil suisse. Les différences isolées qui existent sont pratiquement négligeables³². La pleine capacité civile reconnue à la femme correspond à l'égalité de nature et de valeur qui existe entre elle et l'homme, égalité foncière qu'il revient au christianisme d'avoir proclamée dans notre civilisation occidentale. Non pas qu'il n'y ait entre l'homme et la femme des différences, non seulement physiologiques, mais psychiques et intellectuelles³³; cependant on ne voit pas qu'elles justifient des discriminations, du moins dans le domaine des relations privées³⁴. Pour pouvoir développer ses virtualités propres, il faut précisément que la femme ait les mêmes droits que l'homme. Cela n'est plus contesté par personne³⁵.

³² On ne peut guère citer que l'art. 621 al. 3 CC (privilège des fils par rapport aux filles pour l'attribution du domaine). Le délai de viduité (art. 103 CC) est biologiquement conditionné. D'autres inégalités sont à l'avantage de la femme: la majorité matrimoniale (art. 96 CC), l'absence d'obligation d'accepter la tutelle (art. 382 CC).

³³ J. Leclercq, *Leçons de droit naturel*, III, La famille, Louvain 1950, p. 48; Message du Conseil fédéral, p. 770.

³⁴ Les incapacités qui frappaient la femme comme telle à l'époque moderne (*Geschlechtsvormundschaft*) représentaient un recul par rapport au moyen âge qui avait largement réalisé l'émancipation complète de la femme non mariée. «Une fille vaut un homme», disait Beaumanoir. La femme vivant hors mariage était «dame de soi», cf. C. Lefebvre, *Le droit des gens mariés*, Paris 1908, p. 28, 32. Huber, *Schw. Privatrecht*, IV p. 290 sv.

³⁵ A la femme non mariée, l'Eglise catholique reconnaît la même indépendance qu'à l'homme: Leclercq, *op. cit.*, p. 359.

En revanche, on sait que, dans le mariage, la femme n'est pas absolument l'égal de l'homme, ni sous le rapport des droits, ni d'ailleurs sous celui des devoirs.

Le mari est le chef de l'union conjugale (art. 160 al. 1). A ce titre, il choisit la demeure commune (art. 160 al. 2). Il représente en premier l'union conjugale (art. 162), la femme n'ayant normalement ce pouvoir que pour les besoins courants du ménage (pouvoir des clés: art. 163; pouvoirs exceptionnels: art. 166). Le consentement du mari est nécessaire à la femme pour exercer une profession ou une industrie (art. 167). L'unité juridique de la famille est centrée autour de la personne du mari: nom (art. 161 al. 1), droit de cité (art. 161 al. 1), domicile (art. 25). La puissance paternelle appartient aux deux époux, mais à défaut d'entente le père décide (art. 274 al. 1 et 2). Dans le régime légal de l'union des biens, le mari a l'administration et la jouissance des apports de sa femme (art. 200 al. 1, 201 al. 1, 168 al. 2). Il est en principe seul propriétaire des acquisitions faites durant le mariage, dont il dispose librement comme de ses propres biens. La femme ne peut disposer de ses apports sans le consentement de son conjoint (art. 202-204). Le mari a droit aux deux tiers du bénéfice de l'union conjugale, et quant au tiers revenant à la femme, ses héritiers n'y ont droit que s'il y a des descendants (art. 214 al. 1).

En compensation, le mari subvient principalement à l'entretien de la famille (art. 160 al. 2), la femme – sous réserve de son devoir d'assistance (art. 159 al. 3) – ne devant y contribuer que selon les règles du régime matrimonial. Le mari s'oblige personnellement par ses actes, quel que soit le régime matrimonial (art. 162 al. 2), tandis que la femme ne répond que subsidiairement, sous tous les régimes, des dettes contractées pour l'entretien du ménage commun (art. 207 al. 2, 220 al. 2, 243 al. 3). Dans le régime matrimonial, le mari ou ses créanciers supportent le poids des mesures destinées à conserver et à garantir les apports de la femme (art. 205, 210/211, 224). Le déficit de l'union des

biens est en principe à sa charge (art. 214 al. 2). Pour le surplus, le mari sera peut-être plus exposé à voir prendre contre lui des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169 sv.), propres à neutraliser sa prépondérance (cf. art. 171). D'autres cautèles impliquent pour la femme de nouvelles inégalités: elle ne peut intercéder pour son mari sans l'approbation de l'autorité tutélaire (art. 177 al. 3) et elle ne peut sans cette approbation passer avec son mari des actes relatifs à ses apports (art. 177 al. 2), tandis que son mari peut intercéder pour elle et contracter avec elle relativement à ses propres apports³⁶.

En dépit de ces inégalités, l'union conjugale – communauté ou société du droit de famille – est portée par l'idée de l'équivalence et de l'égalité des époux³⁷. La loi insiste d'abord sur les devoirs réciproques des conjoints: ils s'obligent mutuellement à assurer *d'un commun accord* la prospérité de l'union conjugale et à pourvoir *ensemble* à l'entretien et à l'éducation des enfants. «D'un commun accord», «ensemble», c'est-à-dire comme des collaborateurs, placés sur le même pied, non pas dans un rapport de subordination. Par ailleurs, le Code civil veut conserver à la femme mariée toute la liberté compatible avec son état: elle a l'exercice des droits civils, le droit d'ester en justice, la capacité de contracter même avec son mari, d'agir pour l'union conjugale en s'obligeant elle-même subsidiairement; la plupart des inégalités qui la frappent, quand elles ne sont pas fonction du régime matrimonial (art. 168 al. 2), sont voulues pour protéger sa faiblesse présumée. Quant à l'autorité

³⁶ S'agissant de biens communs, la restriction joue dans les deux sens. D'ailleurs, s'agissant même d'apports féminins, l'art. 177 al. 2 entraîne aussi une incapacité pour le mari, cf. Egger, Familienrecht, Das Eherecht, Kommentar zum schw. Recht, Zurich 1936, art. 177 rem. 7. Les conjoints sont en revanche logés à la même enseigne quant à la nécessité d'obtenir le consentement l'un de l'autre pour cautionner un tiers (art. 494 CO).

³⁷ Exposé des motifs (ci-après, motifs), p. 94; Egger, art. 159 rem. 10; P. Lemp, Familienrecht: Eherecht, Schweizerisches Recht, Berne 1954. Vorbemerkungen, n° 7.

maritale, elle existe par rapport à l'union conjugale; le mari est le chef de cette union (art. 160 al. 1), non celui de la femme³⁸. C'est dire que ses prérogatives lui sont reconnues pour le bien commun de la famille. Ses droits sont en même temps des devoirs. Ce sont des droits finalisés, qui perdent leur justification dès qu'ils ne sont plus subordonnés à leur fin, et dont, pour ce motif, l'exercice doit être subordonné à un contrôle (art. 169 sv.)³⁹. Mais il n'en reste pas moins qu'ils assurent au mari une position prédominante. En particulier, c'est en vain – à notre sens – qu'on voudrait se refuser à dégager de la règle de l'art. 160 al. 1 le corollaire que le mari dispose d'un certain droit de décision dans les affaires touchant à la vie commune, en sus des cas où la loi le lui accorde expressément⁴⁰.

³⁸ Lemp, art. 160 rem. 2.

³⁹ Sur la distinction entre les droits-fonctions, donnés à leur titulaire pour le service d'autrui, et les droits à fin égoïste (comme les droits patrimoniaux), cf. J. Dabin, *Le droit subjectif*, Paris 1952, p. 217 sv. Le droit-fonction est essentiellement relatif à sa fin. Il est impossible de séparer le droit de son usage. Tout mauvais usage du droit (détournement, carence, exercice défectueux) est d'emblée constitutif non pas d'abus, mais d'acte illégal, parce qu'il contrevient au principe du droit-fonction. La question de l'abus ne se pose que pour les droits à fin égoïste, en raison de la marge de liberté laissée à l'usage; on conçoit alors un usage légal qui heurte cependant la règle de moralité (Dabin, p. 241 sv., 268 sv.).

⁴⁰ Egger, art. 160 rem. 1; Lemp, art. 160 rem. 2, qui admet pourtant que le mari décide là où les mœurs générales (*allgemeine Sitte*) lui reconnaissent ce droit; P. Signer op. cit. p. 106 sv. On s'applique à tirer de toutes les règles morales des premiers articles du titre Ve des principes juridiques utilisables et, devant une disposition claire comme: «le mari est le chef de la communauté», on ne veut voir que l'annonce d'inégalités créées ailleurs, au lieu d'une règle générale des relations entre époux pour les cas non réglés. Au demeurant, si et dans la mesure où une décision doit intervenir dans les divergences conjugales, on aurait, d'après l'interprétation proposée, une lacune de la loi. On ne pourrait la combler, par rapprochement avec d'autres dispositions, notamment avec l'art. 374 CC, que par l'attribution du pouvoir de décision au mari. Dans le sens de l'autorité maritale: ATF 49, I 377;

II. La nécessité d'une autorité dans le mariage

Dans son principe, la structure donnée par notre loi aux rapports des époux sur le plan civil nous paraît correspondre à la nature des choses. Certes l'égalité foncière entre l'homme et la femme doit-elle se refléter dans le mariage. La femme qui est justement assimilée à l'homme tant qu'elle est célibataire, veuve ou divorcée, ne saurait perdre capacité et liberté parce qu'elle se marie. D'une certaine manière, l'égalité de la femme face à son mari est la condition d'une collaboration efficace entre les époux.

Mais il n'est pas dit que cette égalité doive être mécanique, et non pas plutôt organique⁴¹, c'est-à-dire fonction, d'une part, d'une institution – le mariage – qui dépasse sous certains rapports la personne des époux, d'autre part, des différences biologiques, psychiques et sociales qui peuvent exister entre le mari et la femme. Dans cette subordination à une fin commune de deux êtres divers, on comprend que, sous certains aspects, la communauté se centre sur la personne d'un époux, tandis que l'autre se voit accorder certains avantages compensatoires. Le premier n'est investi que d'une supériorité fonctionnelle, non pas d'une supériorité de nature⁴².

P. Tuor, *Le Code civil suisse*, traduction Deschenaux, Zurich 1950, p. 155; Rossel et Mentha, *Manuel de droit civil suisse*, Lausanne 1922, t. I p. 283; Droin, *Les effets généraux du mariage*, thèse, Genève 1916, p. 32; Schultz, *Die privatrechtliche Stellung der Ehefrau nach Zürcher Recht und ZGB*, thèse Zurich 1908, p. 7.

⁴¹ H. Dölle, *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht*, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart et Cologne, 1950, p. 19 sv., spéc. p. 27–28.

⁴² C'est ainsi que Leclercq, *op. cit.*, p. 363, interprète la doctrine catholique de la soumission de la femme au mari, inspirée du fameux texte de St.-Paul: «Que les femmes soient soumises à leurs maris comme au Seigneur; parce que l'homme est le chef de la femme comme le Christ est le chef de l'Eglise» (Eph. V, 22–23). Cf. l'encyclique «*Casti connubii*» de Pie XI, Chevalier et Marmy, *La communauté humaine selon l'esprit chrétien*, Fribourg, 1944, p. 154, nos 258–260. Le code de droit canon donne au mariage, sans

Le mariage, conçu comme union conjugale, normalement prolongée dans la communauté des parents et enfants, a le caractère d'une institution, c'est-à-dire d'un groupe de personnes qui, sans former nécessairement un nouveau sujet de droit, concourent à la réalisation d'une œuvre commune durable⁴³. La subordination des personnes à l'entité juridique qui les domine implique organisation, hiérarchie.

préjudice de l'égalité fondamentale des époux, notamment dans les devoirs (can. 1111), une structure hiérarchique (p. ex. can. 1112). Cf. K. Mörsdorff, Die rechtliche Stellung von Mann und Frau in Ehe und Familie nach kanonischem Recht, Fam RZ 1954, p. 25 sv. La Commission du droit de famille de l'Église évangélique allemande ne pense pas que l'égalité juridique soit incompatible avec l'autorité évoquée par l'apôtre et met en garde contre une interprétation «patriarchaliste» du texte rappelé, Décision des 24/25 septembre 1954, Fam RZ, 1954, p. 232 sv.

Le législateur civil chrétien nous paraît jouir ici d'une large liberté. L'autorité qui peut revenir au mari selon les Écritures et le magistère ecclésiastique est de nature religieuse, voire sacrée: elle n'est guère susceptible, comme telle, d'être traduite dans une règle de droit positif profane, cela d'autant moins que, d'après le texte de St-Paul, le devoir d'obéissance de la femme est comme la contre-partie de l'amour que le mari doit à son épouse («Maris, aimez vos femmes comme le Christ a aimé l'Église»), loi d'amour qui répugne à toute formulation juridique. Cf. W. Hamel, Von den Grenzen profaner Gesetzgebung in Ehesachen, Archiv für civilistische Praxis. N. F. 33 (1954), p. 481 sv., spéc. p. 488/489. Aussi peut-on admettre que le législateur profane renonce à vouloir donner corps sur le plan des effets civils du mariage au principe hiérarchique qu'il trouve dans sa religion, sans vouloir pour autant nier la vérité de celui-ci sur le plan moral. Mais cela ne le dispense pas – et là nous nous séparons de M. Hamel – de prendre parti, dans le domaine qui est le sien, celui de l'aménagement des relations *civiles* des époux, entre le principe d'une certaine autorité et celui d'une pure coopération.

⁴³ Cf. sur la théorie de l'institution, C. Du Pasquier, Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit, Neuchâtel 1948, n° 279, p. 256 sv. Hauriou, Principes de droit public, 2^e éd.; Renard, La théorie de l'institution, Paris 1930. On connaît la définition que donne Hauriou de l'institution: «Une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social».

Toute institution est le siège d'une autorité qui coordonne les efforts communs⁴⁴. La famille est l'institution fondamentale où se forment les hommes et sur laquelle s'édifie la société. Donnée par la nature, elle est reconnue par le droit civil et même protégée spécialement par la Constitution fédérale (art. 34 quinquies). Elle ne se conçoit pas sans un pouvoir qui la dirige; si et dans la mesure où ce n'est pas l'un ou l'autre époux, ce sera l'autorité publique.

Qu'on mette l'accent sur le concours des conjoints dans les décisions à prendre; qu'on tente de concevoir la direction de la famille comme un condominium; qu'on envisage le mariage, avec les interprètes du Code civil autrichien de 1811, comme une «*Dyarchia communicato consilio*»: il pourra toujours se faire, à un moment donné, qu'un désaccord surgisse. Peut-on alors se passer d'une instance de décision? Le professeur *Egger* l'affirme en tirant argument du fait que dans l'indivision (art. 340–341 CC), dans la communauté d'héritiers (art. 602 CC), dans la société simple et dans la société en nom collectif (art. 534–535, 537 CO), un principe d'organisation fait défaut⁴⁵. Mais comparaison n'est pas raison.

D'abord, sans compter que la loi facilite une constitution hiérarchique de ces communautés (représentant de l'indivision, représentant de l'hoirie, associé gérant), elles n'ont qu'une existence relativement précaire⁴⁶, en ce sens que, par la volonté de leurs membres, elles peuvent être dissoutes presque en tout temps (art. 343 sv. CC, art. 604 CC, art. 545 ch. 4–6 CO), tandis que l'union conjugale est une institution de soi permanente, qui ne prend fin que par la mort ou le divorce prononcé pour les causes légales; elle doit donc être à même de franchir le cap des conflits inévitables entre «associés». Ensuite, dans une communauté comme la société simple ou la société en nom collectif, si une proposition

⁴⁴ Renard, *Théorie*, p. 311 sv.

⁴⁵ *Egger*, article cité, p. 11.

⁴⁶ Par définition, pour la communauté d'héritiers.

ne rencontre pas l'assentiment unanime, on renonce à l'affaire et les choses en restent là. Dans la famille, il faut généralement qu'une solution soit prise: Mangera-t-on à la cuisine ou à la «chambre»? Ira-t-on en vacances à la mer ou à la montagne? Le bébé qui vient de naître s'appellera-t-il Isabelle ou Marie-Claire? Tel enfant fera-t-il des études littéraires et tel autre des études commerciales?

Pourrait-on légalement délimiter les attributions respectives du mari et la femme de façon à éviter l'institution d'un pouvoir de décision? C'est une entreprise irréalisable⁴⁷. D'ailleurs, pourquoi p. ex. le mari n'aurait-il rien à dire dans les affaires «internes» et pourquoi la femme serait-elle exclue des affaires «extérieures»? Si tant est que l'éducation des enfants soit une affaire interne, on voit tout de suite qu'elle intéresse au même degré les deux époux.

Certains réformateurs pensent aussi que, sous un régime de pure coopération, le «pouvoir» appartiendra automatiquement à celui des époux qui aura le plus d'autorité naturelle, qui possédera les plus hautes qualités intellectuelles et sera doté de la plus grande force de caractère. Nul n'ignore, il est vrai, que, dans nombre de ménages, c'est l'épouse qui en réalité commande. Mais il peut se faire aussi que les personnalités des deux époux soient bien accusées et que nul ne veuille céder. On prétend que ces conflits sont rares. Mais s'ils le sont effectivement, n'est-ce pas que l'«existence d'un chef crée dans la famille un climat qui empêche les discussions? Si les deux époux sont persuadés d'avance qu'ils ont les mêmes droits et que l'avis de l'un n'a aucune raison de l'emporter sur l'avis de l'autre, au lieu de s'entendre, comme on peut s'entendre lorsqu'on sait que l'avis de l'un doit prédominer, on ira nécessairement devant le tribunal»⁴⁸.

Il y a, en effet, deux solutions: attribuer le dernier mot

⁴⁷ Egger, article cité, p. 11.

⁴⁸ Ainsi s'exprime M. Mazeaud, devant la Commission de réforme du code civil français, Travaux, 1949-1950, p. 49.

à l'un ou à l'autre des conjoints ou en appeler à une autorité pour aplanir et, au besoin, trancher les conflits.

La solution traditionnelle du mari-qui-décide, se heurte à l'objection que la femme, par ses qualités propres, par l'instruction et l'éducation qu'elle reçoit actuellement, est généralement aussi qualifiée que son époux pour apprécier en connaissance de cause les problèmes de la vie familiale⁴⁹. Dira-t-on que, d'une façon générale, son jugement est meilleur ? Il le sera sans doute sous certains rapports, tandis que, sous d'autres, le mari pourra avoir des vues plus justes⁵⁰. Quoi qu'il en soit, nul ne préconise sérieusement que la femme se substitue au mari dans la direction du ménage. Personne n'a non plus proposé que le « pouvoir » soit confié par l'autorité à l'un ou à l'autre époux selon les titres qu'il pourrait faire valoir.

Faut-il alors, à l'exemple de certaines législations⁵¹, faire

⁴⁹ Egger, article cité, p. 11; Grossen, p. 17-18.

⁵⁰ Il est intéressant de lire, dans le procès-verbal de l'assemblée de la Société des juristes de 1896, ces propos de l'avocat Serment : « Dans les classes populaires, la femme est, pour la famille, l'élément conservateur; elle représente l'ordre, l'épargne. Son souci est l'amélioration du foyer. Tandis que le mari, qui travaille et produit, a plutôt le centre de sa vie hors de la maison. A pousser l'idée jusqu'au bout, on pourrait dire que le meilleur régime populaire serait une *union des biens avec administration par la femme*. On ne peut songer à un pareil renversement des rôles. »

Le mari ne manque pas non plus de titres au commandement. Il peut invoquer en sa faveur une certaine hérédité de la fonction. Et, malgré le changement des conditions sociales, malgré le travail de la femme hors du foyer (l'évolution paraît, ici, stabilisée, voir les données fournies par le Conseil fédéral dans son message, tirage à part, p. 54 sv.), le mari est celui des époux qui, dans la généralité des cas, est à la fois à l'intérieur et à l'extérieur et qui, de ce fait, dispose peut-être d'une vue d'ensemble qui le prédispose normalement à diriger sa famille au milieu des écueils de l'existence. Quant à la femme, elle éprouve encore le plus souvent le besoin du soutien masculin dans les affaires de la vie pratique.

⁵¹ P. ex. art. 18 d'une loi uruguayenne du 18 septembre 1946. V. Cahier de législation et de bibliographie juridique de l'Amérique latine, Paris, 1949, t. I p. 236 sv.

intervenir systématiquement le magistrat à défaut d'entente entre les époux ? Le rôle protecteur du juge selon les art. 169 sv. CC est hors de discussion. Mais il s'agit ici de davantage. Le recours au magistrat serait ouvert indépendamment de toute menace directe pesant sur l'union conjugale. Or cette possibilité d'immixtion constante de l'autorité dans l'intimité des familles est extrêmement discutable. Les difficultés qui peuvent surgir entre époux sont de nature si personnelle, elles mettent en jeu tant de facteurs impondérables, qu'on ne voit pas comment un juge, si perspicace et expérimenté qu'il soit, serait à même de les arbitrer avec quelque sûreté. Au fond, les conflits dont il s'agit échappent pour la plupart à la prise du droit ; ils ne sont pas «*justiciable*». Ainsi, pour un résultat des plus aléatoires, on ferait entrer un fonctionnaire-directeur de ménage dans le foyer familial, au risque de le faire définitivement éclater⁵² ; nouvelle formule du ménage à trois qui réserve de beaux jours à la comédie de boulevard de demain ! Nous n'insistons pas sur les problèmes de réalisation, sur la peine qu'on aura à trouver des juges tant soit peu qualifiés, sur la surcharge de travail qui pèsera sur les tribunaux.

Nous nous retournons donc vers l'union conjugale ; d'elle seule peut se dégager l'autorité nécessaire. Comme un renversement du pouvoir n'entre pas en ligne de compte, qu'il faut bien légiférer pour la généralité des cas et qu'on ne peut se passer d'une certaine prééminence juridique d'un époux sur l'autre, il ne reste qu'à maintenir celle du mari, conformément à la tradition chrétienne et occidentale, aux conceptions communes de notre peuple et peut-être aussi à certaines prédispositions naturelles et sociologiques qu'il paraît difficile de nier⁵³.

⁵² « Il est trop évident que lorsque les époux auront appris à connaître le chemin du Palais pour faire trancher leurs différends..., ils l'emprunteront une dernière fois pour demander au juge de leur rendre leur liberté » (Vasseur, op. cit. p. 420).

⁵³ Ci-dessus, note 50.

Mais qu'on nous entende bien. Il ne s'agit pas de restaurer l'obéissance personnelle que la femme devait à son mari selon l'art. 213 du Code Napoléon. Il importe uniquement de prévoir, pour la viabilité de l'union conjugale, une instance de décision dans les affaires communes. Afin d'éviter toute méprise, nous renoncerions au terme même de «chef», pour définir uniquement de cas en cas les zones de prééminence maritale, en premier lieu dans le domaine de la direction morale et matérielle de la famille. A ce sujet, le second projet allemand énonçait d'abord l'obligation des époux de régler d'un commun accord les affaires communes et de chercher, en cas de divergence, à parvenir à une entente⁵⁴. C'est l'interprétation qui convient pour l'art. 160 CC suisse, rapproché de l'art. 159 al. 2. A ce stade, l'épouse a toute latitude de faire valoir sa supériorité éventuelle. Si le mari doit en définitive trancher, c'est en tenant compte le plus possible de l'avis de sa femme. Les mesures protectrices de l'union conjugale sont réservées à l'égard de toute décision qui mettrait en péril cette union. C'est ce que la loi dirait⁵⁵.

⁵⁴ Projet du gouvernement pour le § 1354:

«Die Ehegatten haben alle Angelegenheiten, die Ehe und Familie betreffen, in gegenseitigem Einvernehmen zu regeln. Jeder Ehegatte hat auf den wirklichen oder mutmasslichen Willen des anderen Rücksicht zu nehmen. Bei Meinungsverschiedenheiten müssen die Ehegatten versuchen, zu einer Einigung zu gelangen. Ist dies nicht möglich, so ist der Mann berechtigt und verpflichtet, unter Berücksichtigung der Auffassung der Frau die Entscheidung zu treffen. Eine Entscheidung, die dem wohlverstandenen Interesse der Ehegatten nicht entspricht, ist für die Frau nicht verbindlich». Actuellement, faute d'entente, on a renoncé à un § 1354 réglant la question. Cf. le journal «Das Parlament», Bonn, 8 mai 1957.

L'avant-projet français a supprimé l'autorité maritale. Cf. Exposé des motifs, p. 106.

⁵⁵ Quant à la *puissance paternelle* qui, en Allemagne, appartient désormais aussi à la femme, le dernier projet conserve le pouvoir de décision du père. Mais la mère peut demander à l'autorité tutélaire de lui confier la décision d'une affaire déterminée ou d'un genre déterminé d'affaires, lorsque la décision prise par le

III. Vers une plus large reconnaissance de l'égalité entre époux

Ce sont les exigences de l'institution du mariage qui nous font admettre, sur le plan de la direction des affaires communes, une certaine prééminence du mari. La loi dominante de l'union conjugale n'en demeure pas moins la collaboration libre de deux êtres égaux en droit. Or, s'il ne paraît pas possible de résoudre l'antinomie qui existe entre la prédominance maritale et la personnalité féminine, c'est certainement aujourd'hui sur le second terme qu'il convient de porter l'accent. «La femme aussi est une personne», titrait il y a quelques années une grande revue française (*Esprit*). On ne contestera pas qu'elle a acquis aujourd'hui, dans presque tous les milieux, sa pleine majorité sociale. Nous n'en entreprendrons pas, après tant d'autres, la démonstration⁵⁶. Ce fait sociologique ne saurait demeurer sans influence sur l'aménagement des relations juridiques entre époux et même de leurs relations avec les tiers. Il ne peut que se traduire par une extension du principe de coopération entre conjoints, comme par la reconnaissance plus large de l'indépendance de la femme mariée, coopération et indé-

père dans une circonstance particulièrement importante est contraire au bien de l'enfant; elle peut même requérir l'autorité de lui attribuer le pouvoir général de décision en ce qui concerne la personne ou les biens de l'enfant, quand le père s'obstine à faire fi de son avis (§§ 1627, 1628). L'avant-projet français supprime le droit de décision du père et, sur le modèle soviétique, donne à chacun des parents, en cas de désaccord, la faculté de saisir l'autorité judiciaire, art. 583. — Le problème déborde de notre sujet. Disons que, par analogie de motifs, nous sommes en principe pour le maintien de l'art. 274 al. 2 CC et contre l'arbitrage systématique des conflits de ce genre, qui ne pourrait qu'énerver l'autorité parentale. En revanche, les idées du projet allemand pourraient nous conduire à faciliter l'intervention des autorités de tutelle pour éviter de graves erreurs d'aiguillage dans l'éducation d'un enfant (interprétation plus large de l'art. 283 CC). Cf. Egger, article cité, p. 25 sv., Grossen, p. 27.

⁵⁶ Le message du Conseil fédéral déjà souvent cité est éloquent.

pendance devant normalement entraîner une égalisation dans les charges et la perte de certaines des sauvegardes dont bénéficie l'épouse.

Dans cette perspective, une revision de notre législation sur les effets généraux du mariage et sur le régime matrimonial nous paraît s'imposer. Elle aurait, nous semble-t-il, à s'inspirer des idées directrices suivantes :

a) Toute inégalité entre époux qui n'est pas commandée par la nécessité de maintenir l'unité et la solidité de l'union conjugale, voire peut-être encore par la protection de la partie plus faible⁵⁷, doit être proscrite.

b) Partout où cela sera possible de ce point de vue, on substituera un régime de coordination aux vestiges actuels du régime de subordination. Il est temps de miser sur l'émancipation achevée de la femme.

c) Si dans un domaine donné, p. ex. celui de la direction morale de la famille, l'égalité de droit n'est pas réalisable sans compromettre l'institution matrimoniale, on se montrera plus hardi dans les domaines où le postulat ne rencontrera guère d'obstacle, p. ex. dans celui du régime des biens.

d) L'indépendance juridique des époux ne doit pas offusquer le sens de leurs intérêts communs. Jusque sur le plan pécuniaire, l'idée de la communauté doit trouver son expression pendant et après le mariage.

§ 3. L'égalité de droit sur le plan des effets généraux du mariage

Nous ne nous arrêterons, au texte, qu'aux aspects qui ont leur importance pour le régime des biens⁵⁸. Parmi ces

⁵⁷ On admet en droit public que la réalisation de l'égalité de droit n'autorise pas d'emblée à renoncer à la protection du « socialement faible ».

⁵⁸ Pour être complet, disons brièvement notre sentiment sur les *aspects purement personnels* :

1. *Obligations réciproques*. Elles sont l'expression de l'égalité des époux : concours mutuel au bien commun de l'union conjugale

aspects, nous avons traité dans une perspective générale, du pouvoir de décision du mari: nous n'y reviendrons qu'en relation avec les autres points qui nous intéressent. Nous distinguerons un peu arbitrairement entre les rapports internes et les rapports avec les tiers.

(art. 159 al. 2), devoirs de fidélité et d'assistance (art. 159 al. 3; sur l'assistance morale, ATF 79 II 127). Tout au plus devrait-on revoir l'art. 161 al. 2 d'après lequel la femme ne doit à son mari qu'«aide et conseil en vue de la prospérité commune», alors qu'en principe elle concourt sur le même pied que lui à la bonne marche de l'union conjugale (cf. Grossen, p. 22, sous l'angle d'une égalité quasi absolue entre époux). En particulier, l'obligation de vie commune, qui est essentielle au mariage (ATF 65 II 132, 77 II 1, 77 II 193), doit subsister (c'est l'opinion générale en Allemagne, sous l'empire de la «Gleichberechtigung»). Le débat porte sur le *choix de la demeure commune* (art. 160 al. 2). C'est une affaire qui regarde les deux époux et à propos de laquelle ils doivent d'abord chercher à s'entendre, en tenant compte des nécessités (lieu de travail) et des goûts de chacun. Mais en cas de désaccord, le mari continuerait à décider sous les cautèles des art. 169–170. Pour la suppression pure et simple du choix du mari, sans recours à l'autorité judiciaire ou tutélaire, Egger, article, p. 12, dans le sens du projet I allemand.

2. *Unité juridique de la famille: nom, nationalité, domicile.* D'une façon générale, la sauvegarde de l'institution familiale et la considération des intérêts des tiers doivent freiner la réalisation de l'égalité de droit.

a) *Nom.* Des raisons d'ordre exigent que le mari continue à donner son nom à la famille, de sorte que tous ses membres – époux, femme et enfants – portent le même nom. Egger, article, p. 19–20, qui invoque l'intérêt des relations sociales et la force de la tradition. En revanche, il est excessif que la femme perde par son mariage une composante de sa personnalité (le point est d'ailleurs controversé; pour la conservation, Droin, p. 52). Il convient de lui donner le *droit*, selon un usage répandu en certaines régions du pays, de faire suivre de son nom de famille le nom de son mari. En ce sens les projets allemands et Palandt-Lauterbach, déjà pour le droit actuel. Cf. aussi Dölle, op. cit., p. 33–34.

b) *Nationalité.* Que les époux aient le même statut national et que, conformément à la réglementation actuelle, la femme acquière le droit de cité ou la nationalité de son époux (art. 54 al. 4 Cst. f., art. 161 al. 1 CC, art. 3 LF sur l'acquisition et la perte de la natio-

I. Rapports internes

1. Organisation de la vie commune

Il s'agit de régler le genre de vie du ménage, de répartir les tâches entre les époux, de déterminer les personnes qui

nalité du 29 septembre 1952), cela correspond au postulat de l'unité de la famille. Que la femme doive en même temps perdre automatiquement le droit de cité ou la nationalité qu'elle possédait jusqu'à son mariage, c'est une atteinte grave à sa personnalité. Nous n'avons pas prise sur le statut des femmes étrangères qui épousent un Suisse. Pour les Suissesses épousant un étranger, nous leur avons ménagé la possibilité de conserver leur nationalité (art. 9 al. 2 LN); dans le sens de l'égalité de droit, on concevrait le maintien pur et simple de la nationalité. Pour les Suissesses épousant un Suisse, il est de droit coutumier qu'elles perdent leur droit de cité bourgeoisial et cantonal (ATF 36 I 223, 53 I 45). En face de cette coutume suisse, il est douteux que les cantons puissent, comme l'a fait le canton de Genève, par une loi du 16 décembre 1955, introduire pour leurs ressortissantes un régime analogue à celui des Suissesses épousant un étranger; le Tribunal fédéral appelé à statuer sur un recours contre la décision du Conseil d'Etat de suspendre la mise en vigueur de cette loi dont l'application se révélait impossible eu égard aux prescriptions de l'état civil, a pu laisser la question indécise (ATF 82 II 93). Nous saluerions, au nom de l'égalité des époux, la généralisation, sur le plan fédéral, de la solution genevoise, sans ignorer les difficultés d'ordre constitutionnel qu'elle soulève. — Rappelons que la loi sur la nationalité a respecté la personnalité de la femme mariée en ne permettant pas qu'elle soit libérée de la nationalité suisse ni naturalisée sans son consentement (art. 32 al. 1, art. 43 al 1).

c) *Domicile légal*. Nous maintiendrions l'art. 25 al 1, 1^{ère} phrase, et al. 2. Pour Egger (article cité p. 20), l'égalité de droit veut que le domicile de la femme se détermine selon les critères habituels; il propose, à l'instar du projet allemand, de supprimer les dispositions citées. On imagine les répercussions en matière de for, d'exécution des obligations, de droit fiscal, de droit international privé (vu l'importance du domicile comme point de rattachement). Le domicile des enfants mineurs deviendrait lui-même incertain. Ces considérations engagent Dölle à recommander, pour le droit allemand, le statu quo (p. 32): la sécurité des relations juridiques exige l'unité du domicile, et la tradition, les faits sociaux veulent que cette unité se règle sur le mari. Dans le même sens, pour la

seront admises au foyer. Comme le dit l'art. 320 de l'avant-projet français, «les époux concourent, dans l'intérêt de la famille, à en assurer la direction matérielle et morale», mais sous réserve du droit de décision du mari, placé lui-même sous le contrôle du juge des mesures protectrices. Dans

Suisse, Grossen, p. 24. Le droit pour la femme mariée de se constituer un domicile séparé selon l'interprétation donnée par la jurisprudence aux art. 25 al. 2 et 170 CC (ATF 64 II 399, 79 II 126, avec un point d'interrogation) demeure réservé; un texte nouveau (qui ne rangerait pas l'épouse parmi les personnes dépendantes) consacrerait cette jurisprudence qui, sur le vu des textes français et italien de l'art. 25 et des travaux préparatoires, n'est pas hors de contestation (cf. p. ex. J. Strebél, *Zum Gerichtsstand im Eheschutz und Ehescheidungsverfahren*, Mélanges François Guisan, p. 47 sv.).

3. *Puissance paternelle*. V. ci-dessus, note 55.

4. *Protection de l'union conjugale*. Les mesures des art. 169 sv. sont déjà placées sous le signe de l'égalité des époux (Lemp, art. 169, rem. 4). Mais il s'agit de savoir si l'«émancipation» de la femme mariée ne recèle pas de nouveaux dangers pour l'union conjugale; «l'égalité absolue peut devenir un instrument de guerre entre les époux», si le «lien de subordination» n'est pas remplacé par un «lien de coopération au moins équivalent» (Grossen, p. 21). Devant ce risque, faut-il améliorer la protection de l'union conjugale, en donnant au juge une plus grande latitude (il ne peut actuellement prendre que les «mesures prévues par la loi»)? – Conformément à l'égalité de droit, l'art. 171 sur les mesures relatives aux débiteurs des époux, devrait être révisé de façon qu'il concerne aussi la femme. D'ailleurs, une partie de la doctrine admet qu'il s'applique déjà par analogie à l'épouse si et dans la mesure où elle a l'obligation de subvenir aux besoins de la famille (cf. Lemp, art. 171, rem. 6).

5. *Interdiction de l'exécution forcée entre époux* (art. 173–176). C'est un domaine où la protection du mariage l'emporte en principe sur la protection des intérêts personnels des époux, même de la femme. Le principe de l'égalité de droit veut que les exceptions à la règle soient interprétées de la même manière pour le mari et la femme; cela n'est pas discuté. – Signalons trois points pour la revision :

a) Il faudrait supprimer, dans l'art. 111 LP, les termes «créances résultant du mariage»; l'art. 174 CC permet la participation pour toute espèce de créances. Cf. Lemp, art. 174, rem. 6; ATF 61 III 86.

cette mesure, le mari continuerait à fixer en dernière analyse l'étendue des dépenses communes.

Le principe de l'égalité de droit n'exclut pas une division du travail. La place de la femme est avant tout à son foyer, où elle crée le cadre familial et pourvoit à l'éducation des enfants (dont la présence constitue le cas normal avec lequel le législateur doit opérer): il ne s'agit pas uniquement de «manier torchons et balais⁵⁹», comme si d'ailleurs le travail du mari hors du ménage n'avait pas aussi ses servitudes. Nous conserverions le droit et le devoir de la femme de diriger le ménage, ce qui n'exclut pas sa collaboration à l'entreprise maritale, ni son droit d'exercer elle-même une profession ou une industrie, sauf à la soulager convenablement de ses tâches ménagères directes⁶⁰.

2. Devoir réciproque d'entretien

La réglementation actuelle n'est pas des plus claires. Une obligation générale d'entretien n'est prévue explicitement qu'à la charge du mari (art. 160 al. 2), dans l'idée que celui-

b) Le Tribunal fédéral interprète étroitement le terme de «subsidés» de l'art. 176 al. 2 et en exclut les sommes nécessaires à l'entretien du ménage (Haushaltungsgeld) que le mari doit verser à sa femme en vertu d'une décision du juge des mesures protectrices ou en vertu d'une convention approuvée par lui (ATF 81 III 1). Cette jurisprudence a été critiquée *de lege lata* (Grossen, Journal des Tribunaux, 1955 I, p. 67). *De lege ferenda* en tout cas, l'argument suivant doit être retenu: Si le mari peut poursuivre la femme à raison de la contribution fixée par le juge en vertu de l'art. 246 al. 2 (ATF 80 III 32), on ne voit pas pourquoi la femme, de son côté, ne pourrait diriger contre son mari une poursuite pour une créance de nature identique, dont le paiement ne souffre pas plus de retard. On ajouterait au terme de subsidé de l'art. 176 al. 2 celui de contribution.

c) Nous proposerons de permettre l'exécution forcée à l'effet de procurer à la femme unie en biens les sûretés de l'art. 205, cf. chapitre III § 7 VI 2.

⁵⁹ Grossen, p. 22. Cf. aussi Egger qui semble reprocher au législateur de n'avoir eu en vue que les «Hausfrauen-Ehen».

⁶⁰ Cf. p. ex. Lemp, art. 161 rem. 58.

ci gagne l'argent nécessaire aux dépenses communes, tandis que la femme s'occupe de la direction du ménage⁶¹. Mais cette «direction» implique par elle-même un apport important⁶². L'obligation d'entretien résulte ensuite pour la femme de son devoir de contribuer à la prospérité commune (art. 159 al. 2) et de son devoir d'assistance (al. 3). La confirmation s'en trouve dans l'art. 161 al. 2 d'après lequel la femme, dans la mesure de ses forces, doit aider son mari à faire face aux nécessités de l'union conjugale («hat ihn in seiner Sorge für die Gemeinschaft nach Kräften zu unterstützen»). La jurisprudence a considéré que cette disposition n'imposait pas à la femme d'obligations financières qui n'auraient pas déjà leur base dans le régime matrimonial (art. 192, 201, 215, 246)⁶³. Mais elle peut tout de même être tenue d'entamer (ou de laisser entamer) la substance de ses biens si le mari n'est pas en mesure de subvenir à l'entretien commun; en ce cas cependant, elle a une récompense contre son mari pour ce qui dépasse ce qu'elle devait en vertu du régime matrimonial, du moins sous l'union des biens⁶⁴.

⁶¹ Egger, Kommentar, art. 160 rem. 8.

⁶² Surtout si elle se prolonge par le concours fourni à l'entreprise du mari, ATF 72 III 122, 74 II 208, 79 II 168, 82 II 94. Cette collaboration, sauf convention contraire, ne donne à la femme aucun droit à un salaire à la dissolution (mêmes arrêts). La femme recueille le fruit de son travail du fait que le niveau de vie de la famille s'élève et qu'elle voit augmenter les biens matrimoniaux, dont dans le régime légal une part lui est attribuée à la dissolution du mariage. Et si les époux sont séparés de biens, p. ex. ensuite de faillite du mari? – La femme n'a d'ailleurs qu'un tiers du bénéfice et celui-ci échappe à ses héritiers s'ils ne comprennent pas de descendants. Sans vouloir commercialiser le mariage, on pourrait songer à introduire une disposition analogue à l'art. 633 CC (indemnité en raison des sacrifices faits pour la famille). Mais la meilleure solution est sans doute la participation égale aux acquêts à la dissolution du mariage.

⁶³ ATF 52 II 425, 72 I 150, 78 II 305, 81 II 185.

⁶⁴ D'une façon générale, le bénéficiaire de prestations alimentaires n'est pas tenu à restitution. Mais, dans le régime de l'union des biens, le mari est comptable envers sa femme des apports de

Ainsi, selon le système de la loi, l'obligation première de pourvoir aux charges du mariage incombe-t-elle bien au mari. Mais on ne peut considérer de façon générale que l'obligation de la femme soit «subsidaire»⁶⁵. Elle doit son activité dans le ménage ou dans l'entreprise familiale, elle

celle-ci non représentés à la dissolution (art. 212–213) et, comme il supporte le déficit tant que son épouse ne l'a pas causé elle-même (art. 214 al. 2), il doit restitution même lorsque les apports ont été entamés pour l'entretien du ménage en raison de sa propre carence. Cf. Haeschel, *Le devoir d'entretien entre époux*, thèse Lausanne 1942, p. 115 sv.; Egger, art. 161 rem. 15, 201 rem. 8; Lemp, art. 161 rem. 53; contra, *Exposé des motifs*, p. 133, Gmür, *Familienrecht*, 2^e éd. 1923, art. 161 rem. 12. Le Tribunal fédéral opère avec l'art. 201 et l'art. 209 (ATF 81 II 187–188). Mais, sur la base de l'art. 201, le mari pourrait invoquer l'absence de faute de sa part; quant à l'art. 209, il vise le règlement des récompenses au sens strict et ne fournit d'ailleurs aucune règle de répartition interne des dettes. – *Sous le régime de la séparation de biens*, qui s'applique aussi aux biens réservés, le Tribunal fédéral considère, dans le même arrêt, que les sommes consacrées par la femme à l'entretien de la famille par suite de l'incapacité du mari de remplir ses obligations, ne donnent pas lieu à récompense. Nous convenons qu'en stricte logique, si le mari n'est pas tenu de restituer la «contribution équitable» de l'art. 246 al. 1 et 2, il ne s'ensuit pas encore qu'il soit obligé de rembourser des prestations bénévoles supplémentaires. Il est vrai aussi que, sauf si la femme lui remet l'administration de ses biens (art. 242 al. 2), le mari n'a par définition pas d'obligation de restitution. Mais il resterait à savoir si, lorsque la femme entame son capital ou ses biens réservés pour faire face aux charges du ménage dans une mesure qui dépasse sa contribution normale, elle ne fait pas un prêt à son mari. L'arrêt 81 II 185 revient à feindre toujours une donation ou l'accomplissement d'un devoir moral. Quoi qu'il en soit, il conduit à des résultats inacceptables; comme le fait remarquer Haeschel à propos des arrêts antérieurs (p. 122), «le mari pourrait purement et simplement négliger l'exécution de son obligation d'entretien, sans jamais être tenu de restituer quoi que ce soit à l'épouse qui aurait fait vivre le ménage sur le compte de ses biens réservés ou séparés». Il conviendrait d'admettre ici une lacune de la loi par insuffisance.

⁶⁵ Ce que note Egger, article, p. 13, contrairement à l'expression courante.

doit participer aux charges communes sur ses biens réservés et le produit de son travail extérieur, même en l'absence de besoin du mari⁶⁶. Il en va autrement pour ce qu'on peut appeler, par opposition à son devoir de contribution fondé sur l'art. 161 al. 2, son devoir d'assistance⁶⁷ résultant de l'art. 159 al. 3; celui-ci n'existe qu'en cas de carence du mari et les prestations faites au-delà de la contribution matrimoniale peuvent devoir être restituées.

Le postulat de l'égalité des époux veut qu'ils contribuent tous deux, selon leurs forces et facultés, aux charges du mariage⁶⁸. En réalité, la formule correspond à l'état actuel du droit; il n'est que de consulter la jurisprudence sur la contribution de la femme aux charges du ménage en cas de saisie du salaire du mari⁶⁹. La femme satisfait en premier lieu à son obligation par son travail domestique, qui a en soi la même valeur que l'activité professionnelle du mari⁷⁰, et le cas échéant, par sa collaboration à l'entreprise matrimoniale⁷¹. A cela s'ajoute, sous les régimes de l'union des biens et de la communauté, sa participation au moyen du revenu de ses apports placés sous la jouissance maritale ou entrés dans les biens communs. Au besoin, si cela est nécessaire pour faire vivre la famille, la femme devra chercher une

⁶⁶ Sur le malentendu créé par les termes «en tant que besoin» au 2^e alinéa de l'art. 192, cf. ATF 73 II 98 cons. 2.

⁶⁷ Distinction heureuse proposée par Haeschel, op. cit. p. 16 sv.

⁶⁸ *Projet allemand*: § 1360 «Die Ehegatten sind einander verpflichtet, durch ihre Arbeit und mit ihrem Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten».

Projet français, art. 325: «Si le contrat de mariage ne règle pas la contribution aux charges du mariage, les époux contribuent à celles-ci en proportion de leurs facultés respectives.

⁶⁹ ATF 82 III 26, 79 III 152, 78 III 121, 65 III 25, 63 III 108.

⁷⁰ *Projet allemand*, § 1360, 2^e phr.: «Die Frau erfüllt ihre Verpflichtung, durch Arbeit zum Unterhalt der Familie beizutragen, in der Regel durch die Führung des Haushaltes».

⁷¹ Le *projet allemand* consacre l'obligation pour chacun des époux de prêter son concours à l'autre «soweit dies nach den Verhältnissen, in denen die Ehegatten leben, üblich ist» (§ 1356 al. 2).

occupation rémunératrice⁷² et contribuer alors avec ses gains aux charges communes dans une mesure tenant compte notamment du fait qu'elle dirige déjà le ménage⁷³. La différence – théorique – avec le régime actuel serait que le mari, lui aussi, ne devrait qu'une «contribution» aux charges du mariage, tant sur le revenu de son travail que sur les revenus (ou la substance) de ses biens. En cas de dissentiment au sujet de la contribution de chacun des époux, il faudrait nécessairement prévoir le recours à une autorité; ce serait la généralisation de la solution prévue par l'art. 246 al. 2⁷⁴. Ce que chaque époux aurait, au cours de l'union, fourni au-delà de sa contribution équitable, serait en principe sujet à remboursement sous réserve de renonciation expresse ou tacite. A cet égard, on pourrait, à l'instar du droit allemand⁷⁵, établir non pas tant une présomption qu'une règle d'interprétation selon laquelle, dans le doute, l'époux n'entend pas se faire rembourser ses prestations supplémentaires.

II. Rapports externes

1. Représentation de l'union conjugale

Si le mari est le chef de l'union conjugale et qu'il subvient en première ligne à ses charges, il est normal qu'il en soit le représentant attitré en même temps que le principal répondant (art. 162). Le Code civil suisse s'est montré

⁷² ATF 79 II 140, qui fonde cette obligation sur l'art. 161 al. 2. Cf. le *projet allemand* § 1360, suite de la 2^e phr.: «Zu einer Erwerbstätigkeit ist sie nur verpflichtet, soweit die Arbeitskraft des Mannes und die Einkünfte des Ehegatten zum Unterhalt nicht ausreichen und es den Verhältnissen der Ehegatten auch nicht entspricht, dass sie den Stamm ihres Vermögens verwerten».

⁷³ ATF 65 III 27.

⁷⁴ Avec droit de poursuite de part et d'autre, cf. note 58 n° 5.

⁷⁵ Cf. § 1429 BGB et *projet allemand*, § 1360b: «Leistet ein Ehegatte zum Unterhalt der Familie einen höheren Beitrag als ihm obliegt, so ist im Zweifel anzunehmen, dass er nicht beabsichtigt von dem anderen Ersatz zu leisten».

novateur en reconnaissant à la femme un pouvoir concurrent révocable, limité aux besoins courants du ménage («Schlüsselgewalt»), sans parler de ses pouvoirs exceptionnels (art. 163–166). Cette réglementation ne correspond plus aux conceptions contemporaines sur l'égalité entre les époux. Une revision doit être envisagée.

On pourrait d'abord conserver le schéma actuel avec certains aménagements. Le droit pour le mari de retirer lui-même, par simple déclaration, les pouvoirs de son épouse avec effet immédiat pour les tiers qui sont au courant, et en n'ayant à justifier de ses motifs que devant l'autorité de réintégration⁷⁶, porte atteinte à la dignité de la femme. Il est peu en accord avec l'idée d'un pouvoir légal de représenter l'union conjugale, mais s'expliquerait plutôt par un mandat privé, conféré par le mari pour le représenter. On n'insiste pas sur l'incertitude que le système entraîne pour les tiers⁷⁷. Il faut revenir à la solution de l'avant-projet (art. 187) qui réservait au juge le droit de prononcer la déchéance. – Cette mesure devrait pouvoir être prise aussi contre le mari, à la requête de la femme qui se verrait alors confier le pouvoir général de représenter l'union conjugale⁷⁸. – Enfin, on ne craindrait pas de reconnaître d'emblée à la femme des pouvoirs exceptionnels si le mari est, par suite d'absence, de maladie ou d'autres causes, hors d'état de manifester sa volonté, ceci sans préjudice de pouvoirs plus étendus exercés, non pas tant en vertu d'une procuration du mari qu'avec son autorisation, qui actualiserait le pouvoir virtuel de la femme de représenter pleinement l'union conjugale.

⁷⁶ Dans certains cantons, p. ex. Fribourg, l'autorité qui doit ordonner la publication entend les époux et s'efforce d'amener entre eux un arrangement, art. 54 al. 2 LA/CC.

⁷⁷ Cf. Lemp, art. 164 rem. 7.

⁷⁸ Cf. Egger, article, p. 18: les offices d'assistance ont couramment à s'occuper de cas où le mari, par suite de son ivrognerie, de sa légèreté, de son ambition ou de son égoïsme, compromet, par sa «direction», les intérêts de la famille.

Mais il convient d'aller plus loin et de donner à la femme les mêmes pouvoirs qu'au mari, les deux époux étant alors solidairement obligés par leurs actes respectifs⁷⁹. La prédominance reconnue au mari sur le plan des décisions internes et de l'unité juridique de la famille n'a pas nécessairement à se traduire sur le plan des relations avec les tiers; ici, le principe d'association prévaut et chaque époux doit pouvoir représenter l'union conjugale, comme un associé la société simple⁸⁰. Sera-ce pour tous les besoins du ménage (projet français) ou seulement pour les besoins courants (projet I allemand)? En d'autres termes, faut-il créer l'égalité en élevant les pouvoirs de la femme au niveau de ceux du mari, ou en ramenant ceux-ci au niveau des pouvoirs de la femme? Nous pencherions pour la seconde solution. La femme ne pourrait p. ex. toujours pas louer seule un appartement et obliger par là son mari, mais celui-ci ne pourrait désormais plus, par un acte de ce genre, engager subsidiairement sa femme. Chaque époux n'aurait qu'un pouvoir des clés⁸¹. Les actes excédant ce pouvoir

⁷⁹ *Projet I allemand*, § 1357: «Jeder Ehegatte ist berechtigt, für den laufenden Unterhalt der Familie, Geschäfte mit Wirkung auch für den anderen zu besorgen. Durch solche Rechtsgeschäfte werden beide Ehegatten berechtigt und verpflichtet... – Missbraucht ein Ehegatte dieses Recht, so kann es auf Antrag des andern durch Beschluss des Vormundschaftsgerichts beschränkt oder ausgeschlossen werden». Le dernier projet revient en arrière et adopte en gros la solution suisse.

Projet français, art. 323: «Sous tous les régimes, chacun des époux a le pouvoir de faire tous les actes justifiés par les charges du mariage. Toute dette contractée pour cet objet oblige solidairement les deux époux à l'égard des tiers. – Le conjoint qui n'a pas donné son consentement ou son acquiescement n'est pas tenu personnellement, si la dette n'était pas justifiée par les charges du mariage et si le créancier avait eu ou dû avoir connaissance de ce caractère».

⁸⁰ En ce sens Egger, article, p. 17–18; Grossen, L'égalité, p. 25.

⁸¹ Actuellement, le mari le possède déjà (art. 163 al. 1), mais comme un *minus* compris dans son pouvoir général de représentation.

lieraient naturellement leur auteur, mais n'obligeraient son conjoint qu'avec son assentiment. Pour les actes du mari justifiés par les besoins du ménage mais débordant la «Schlüsselgewalt», les créanciers perdraient leur action subsidiaire contre la femme⁸²; pour les actes du mari et de la femme commandés par les besoins courants, les créanciers gagneraient en l'épouse un débiteur principal. D'autre part, chaque époux, aussi bien la femme que le mari, pourrait provoquer la déchéance totale ou partielle de son conjoint, s'il se révèle qu'il abuse de ses pouvoirs ou se montre incapable de les exercer.

2. Exercice d'une profession par la femme

Sous le régime actuel, la femme n'a le droit d'exercer une profession ou une industrie qu'avec le consentement de son mari (art. 167). Il ressort de l'al. 2 que le mari est libre, sauf abus de droit, de refuser ce consentement, tant que l'exercice de la profession n'est pas commandé par l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille. Il peut de la sorte s'opposer à l'activité professionnelle ou industrielle de sa femme, quand bien même cette activité ne menacerait pas l'union. L'avant-projet (art. 190), et le projet (art. 174) allaient moins loin, en ce sens que la femme avait d'emblée le droit d'exercer une profession ou une industrie, mais que le mari pouvait s'y opposer si le propos féminin contredisait les intérêts de l'union conjugale.

Le droit pour l'épouse de se livrer à une activité économique propre, d'apprendre un métier et d'y faire valoir ses capacités, notamment de continuer à exercer sa profession après le mariage, ce droit dérive de la personnalité de la femme. Mais il entre éventuellement en conflit avec les exigences du mariage et avec la répartition naturelle des tâches entre les époux. La place normale de la femme mariée reste à son foyer où elle peut donner la pleine mesure de ses

⁸² Sur l'étendue différente de la «Schlüsselgewalt» et de la responsabilité subsidiaire de la femme pour les dettes du ménage, cf. ATF 49 II 452.

aptitudes propres, en particulier dans l'éducation des enfants; mais, même dans le ménage sans enfant, le climat de vie commune est difficile à créer si la femme, comme le mari, s'adonne à une activité qui l'éloigne des préoccupations familiales. Par là, nous ne voulons nier ni la nécessité fréquente d'un gain accessoire de l'épouse⁸³, ni le besoin légitime qu'elle peut ressentir de mettre en valeur ses talents. L'antinomie signalée explique que le droit de la femme mariée d'exercer une profession ou une industrie puisse être limité. Le législateur se doit d'abord de reconnaître ce droit, sans le faire dépendre du consentement du mari. Mais il accorderait à celui-ci la faculté de s'adresser au juge des mesures protectrices pour s'opposer à ce que son épouse se livre à une activité économique propre. Ce n'est que si celle-ci était de nature à compromettre sérieusement les intérêts de l'union conjugale que le juge admettrait l'opposition. Seule la décision judiciaire produirait les effets attachés aujourd'hui au refus de consentement du mari, moyennant d'ailleurs publication⁸⁴.

3. Les restrictions de la capacité civile des époux

A. *L'intercession de la femme en faveur de son mari*

En restreignant la capacité civile de la femme mariée, l'art. 177 al. 3 vise directement à la protéger elle-même⁸⁵,

⁸³ Qui peut impliquer pour elle l'obligation de travailler hors de la famille, ce sur quoi on insiste plutôt aujourd'hui, cf. Egger, article, p. 15-16.

⁸⁴ Faut-il aller plus loin et permettre à la femme de s'opposer à l'exercice d'une profession par le mari? Cf. le projet français, art. 326: «Chacun des époux peut exercer la profession de son choix à moins que l'autre époux ne demande au tribunal de lui interdire, dans l'intérêt de la famille, l'exercice de cette profession».

Pour nous, la limitation se justifie pour l'épouse en raison du rôle naturel que nous lui reconnaissons. Demeurent réservées, en ce qui concerne le mari, les mesures générales de protection de l'union conjugale, s'il venait à exercer une profession par trop inopportune, voire répréhensible.

⁸⁵ Non le mari, ATF 53 II 367.

indirectement à sauvegarder les intérêts de la famille. Il s'agit d'abord d'éviter qu'en raison de son attachement pour son mari ou cédant à ses pressions, la femme ne prenne en sa faveur des engagements inconsidérés⁸⁶. Mais par là-même, on s'assure que la réserve financière représentée par les biens de la femme ne soit pas compromise à la légère⁸⁷. On sait les difficultés que la disposition légale a réservées à l'interprétation et on connaît les solutions auxquelles s'est arrêté le Tribunal fédéral⁸⁸. On n'ignore pas non plus les critiques que ces solutions ont suscitées, notamment en ce qui concerne l'interprétation restrictive du terme « obligations » (« Verpflichtungen »), qui a pour conséquence que la constitution d'un droit de gage ne tombe pas sous le coup de la restriction de capacité⁸⁹. Mais ce ne sont pas tant

⁸⁶ Bull. stén. 1905, p. 661.

⁸⁷ Egger, Kommentar, art. 177 rem. 18; Lemp, art. 177 rem. 40.

⁸⁸ Cf. l'exposé récent de Lemp, art. 177 rem. 38–100. Voir depuis R. Horisberger, *L'intercession de la femme mariée*, thèse Lausanne, 1956.

⁸⁹ Egger, art. 177 rem. 21; Gmür, art. 177 rem. 23a et 25; Guhl, *Revue de la société des juristes bernois (RSJB = ZBJV)* 62 (1926) p. 438, 70 (1934) p. 505; Horisberger, op. cit. p. 23 sv. Ces critiques nous paraissent fondées. La notion traditionnelle d'intercession recouvre non seulement l'obligation personnelle assumée pour autrui, mais aussi l'engagement de sa chose en garantie de la dette d'autrui (Windscheid-Kipp, *Pandektenrecht*, 9^e édit. II, p. 1129), ce qui doit mettre en garde contre une interprétation purement littérale du mot « obligation ». Les travaux préparatoires ne renseignent pas sûrement sur la volonté du législateur; le rapporteur Huber avait déclaré au Conseil national que l'art. 177 al. 3 CC visait aussi la constitution d'un droit de gage (Bull. stén. 1905 p. 657). Si une précision n'a pas été apportée dans ce sens, cela peut aussi être qu'on ne l'ait pas jugée nécessaire (Horisberger, p. 39–40). L'argument tiré de l'art. 202 revient à une pétition de principe: il n'est pas dit que si un acte de disposition du mari avec le consentement de sa femme, ou de celle-ci avec le consentement du mari, est fait sur les apports féminins dans l'intérêt de ce dernier, il ne soit pas sujet à l'approbation tutélaire; il s'agit de fixer d'abord la notion spécifique de l'intercession au sens de l'art. 177 al. 3. La considération que les effets de la constitu-

ces difficultés que l'archaïsme de la disposition, son parfum velléien, qui en ont souvent fait proposer l'abrogation⁹⁰.

Le maintien d'une telle incapacité est déjà peu en accord avec la position relativement indépendante que le Code civil suisse fait à la femme mariée par rapport à d'autres législations, comme le Code civil français, qui pourtant ne connaissent pas la défense d'intercéder⁹¹. Si les considérations qui ont guidé le législateur ne sont pas devenues complètement inactuelles, il faut tout de même tenir compte de l'évolution qui s'est produite, depuis 1912, dans l'éducation de la femme et dans le climat conjugal⁹². Si l'on invoque l'intérêt de la famille à empêcher que les biens de l'épouse ne soient entraînés dans la déconfiture du mari, on peut objecter que l'intercession de la femme est souvent de nature à empêcher précisément cette déconfiture⁹³. Certes l'autorité tutélaire peut-elle approuver l'acte sauve-

tion de gage apparaissent immédiatement à l'esprit de la femme est controuvée par les faits pour le gage immobilier et même pour le gage mobilier sur des titres déposés en banque. On n'insiste pas sur la difficulté théorique provenant de ce que l'acte de disposition fait pratiquement toujours suite à un acte obligationnel qui, lui, est en tout cas passible de l'art. 177 al. 3 (Guhl). Cependant, il n'est pas question que le Tribunal fédéral revienne sur sa jurisprudence, de nombreux créanciers s'étant fondés sur elle pour ne pas soumettre à l'autorité tutélaire la constitution de sûretés réelles. Horisberger (p. 108) y voit une raison de supprimer purement et simplement la disposition.

⁹⁰ Cf. notamment Guhl, loc. cit.; H. Spillmann, Inwieweit kann die Ehefrau ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde im Interesse des Ehemannes interzedieren? Festgabe solothurnischer Juristen, 1936, p. 111 sv.; Horisberger, op. cit. p. 108.

⁹¹ Ni l'ABGB autrichien, ni le BGB allemand ne l'instituent non plus.

⁹² Spillmann, op. cit. p. 122.

⁹³ Spillmann, p. 122, qui relève que, dans le régime de communauté, l'art. 177 al. 3 est pratiquement sans effet, les biens apportés par la femme répondant d'emblée, à titre de biens communs, des dettes du mari, sauf l'existence assez rare de biens réservés notables; on a pu dire que le régime de communauté est une sorte d'intercession continue (Horisberger, p. 108).

teur. Mais est-elle bien qualifiée pour cela⁹⁴, et n'aura-t-elle pas tendance à opposer systématiquement un refus pour mettre à couvert sa responsabilité ?

Quoi qu'il en soit, dans la perspective d'un ensemble de réformes destinées à améliorer le statut de la femme mariée, on ne saurait maintenir une incapacité qui jurerait par trop avec ce statut. Sans sacrifier à une sorte de «fiat aequalitas pereat mulier», nous pensons tout de même que l'accès à l'égalité de droit entraîne normalement la perte des protections attachées aux anciennes inégalités, à moins qu'en fait la revision législative ne laisse subsister durablement la faiblesse de la partie émancipée. Certes, les mœurs seront peut-être encore longtemps, dans certains milieux notamment ruraux, plus fortes que la loi, et à cet égard, on ne peut nier que la nécessité de recourir à l'approbation tutélaire ne continue de mettre à l'aise une épouse soumise, qui discerne les dangers de sa signature sans oser se dérober. Mais, d'une part, la femme mariée devenue plus complètement l'associée de son mari dans le ménage et dans les relations avec les tiers, appelée à gérer ses biens et ceux de la famille de façon plus indépendante, ne tardera sans doute pas à conquérir une autorité grâce à laquelle elle saura se soustraire aux pressions maritales; la loi aussi agit sur les mœurs. D'autre part, on peut compter que les organisations féminines ne négligeront pas, par la parole, la presse et la radio, de jouer leur rôle d'information. Enfin, on ne légifère pas sans prendre certains risques, du moins pendant une période d'adaptation⁹⁵.

B. Les actes entre époux relatifs aux biens matrimoniaux

L'art. 177 al. 2 restreint le droit des époux de contracter entre eux relativement aux apports de la femme et aux

⁹⁴ Spillmann, p. 123, le nie, en raison des facteurs engagés qui échappent à une appréciation officielle.

⁹⁵ Ajoutons – il est à peine besoin de le dire – que la suppression de l'art. 177 al. 3 simplifiera grandement la vie des affaires et mettra fin à toutes les incertitudes.

biens communs. Cette limitation est donc fonction du régime matrimonial, bien qu'elle intéresse non le pouvoir de disposer, mais l'exercice des droits civils⁹⁶. On est à peu près d'accord aujourd'hui pour admettre, sur la base des travaux préparatoires⁹⁷, que la disposition a pour but de protéger les deux époux⁹⁸ ou l'union conjugale elle-même⁹⁹. Il n'est en effet pas douteux que le mari aussi puisse être l'objet de pressions de la part de son épouse; dans l'hypothèse du transfert de biens communs à la femme, c'est sans doute la protection du mari que le législateur aura eue en vue. Mais s'il en est ainsi, pourquoi n'avoir pas soumis à autorisation les contrats relatifs aux apports du mari¹⁰⁰? Et s'il s'agit de neutraliser les influences que les époux exercent l'un sur l'autre, pourquoi ne pas appliquer la restriction aux biens séparés et aux biens réservés?

De lege ferenda, le principe de l'égalité du mari et de la femme veut que les époux soient ici placés sur le même pied. S'il leur faut une protection contre leurs entraînements réciproques, on ne voit pas que le mari en ait moins besoin que la femme, alors surtout que l'indépendance juridique de

⁹⁶ Cf. Egger, Kommentar, art. 177 rem. 7.

⁹⁷ Eugène Huber, au Conseil national, déclara que le rôle de l'autorité tutélaire était de veiller «dass nicht etwa die Interessen der Frau durch Machenschaften des Mannes verletzt werden *oder umgekehrt*», Bull. stén. 1905 p. 657.

⁹⁸ Egger, Kommentar, art. 177 rem. 7 et 14; ATF 46 II 350, 53 II 366, 78 I 293.

⁹⁹ Lemp, art. 177 rem. 4.

¹⁰⁰ Dans l'espèce ATF 78 I 289, où le mari vendait un immeuble à sa femme pour le montant des dettes hypothécaires, parties, autorités cantonales et Tribunal fédéral n'ont pu admettre qu'une approbation était nécessaire que parce que la femme s'obligeait sur tous ses biens, donc aussi sur ses apports. Cette opinion, qui est celle notamment de Egger (art. 177 rem. 9), est fort contestable, car on ignore avec quels biens la dette sera acquittée (cf. Lemp, art. 177 rem. 21 et les auteurs qu'il cite). Quand le mari fait donation à sa femme d'un immeuble franc de dette, l'acte n'est en tout cas pas soumis à l'approbation tutélaire, bien qu'il soit beaucoup plus dangereux pour lui.

celle-ci sortirait renforcée d'une revision. Le tout est de savoir si une telle protection est nécessaire. Il faut y renoncer, même au prix de certains risques, dans toute la mesure où elle n'est pas commandée par les exigences du régime matrimonial; mais, dans cette mesure, on ne doit pas craindre de l'étendre. La fonction de l'art. 177 al 2 est analogue à celle de l'art. 181 al. 2; de même que les époux ne peuvent pas modifier sans contrôle le statut juridique de leurs biens, de même ils ne doivent pas pouvoir librement opérer des déplacements de biens qui rompent l'équilibre du régime choisi. De ce point de vue, un nouvel art. 177 al. 2 aurait à viser tous les biens proprement matrimoniaux, tant du mari que de la femme, à l'exclusion donc des biens séparés ou réservés; savoir, aussi les apports du mari¹⁰¹, les acquêts dans le régime légal¹⁰², les biens sujets à répartition *post mortem*¹⁰³. Il faudrait toutefois réserver les cadeaux d'usage.

¹⁰¹ Au lieu de modifier par contrat de mariage la répartition du bénéfice en faveur de la femme, le mari peut actuellement lui faire sur ses apports, sans approbation quelconque, une donation qui revienne à lui laisser les deux tiers ou l'entier du bénéfice présumable. Cela est inconséquent.

¹⁰² Knapp. Le régime matrimonial de l'union des biens, p. 11 à 12, nos 43–47, signale que les donations d'acquêts par le mari (qui en est propriétaire) à la femme déséquilibrent le régime de l'union en faveur de celle-ci. «La femme (ou son hoirie) reprendra à la dissolution de l'union des biens, ses apports en nature, y compris ceux qui proviennent de donations maritales d'acquêts. Mais le mari (ou son hoirie) ne pourra jamais faire figurer dans la reprise comptable de ses apports le moindre bien d'acquêts. La valeur de tout bien d'acquêts qui n'aura pas été donné à la femme devra entrer dans le compte de ce bénéfice auquel la femme participe à côté du mari.» Knapp, qui tient pour discutables les donations entre époux *de lege ferenda* (n° 46), ne voit d'autre solution, pour rétablir l'équilibre, qu'une renonciation par la femme, faite à titre singulier (5000 fr., 10000 fr.), à une partie de son bénéfice futur.

¹⁰³ Biens dont la disposition en cours de régime exigerait le consentement du conjoint lorsqu'elle est faite en faveur de tiers (biens soumis au «giftorätt» du droit suédois).

En revanche nous pensons que le contrôle de l'autorité tutélaire ne doit tendre qu'à la protection des époux dans le cadre du régime matrimonial. Il n'est pas fait pour sauvegarder les intérêts des héritiers présomptifs, notamment des héritiers du premier lit¹⁰⁴; les règles sur la réserve et l'action en réduction (art. 470 sv., 522 sv., spécialement 527) doivent suffire, alors que, d'une part, les héritiers n'ont pas d'autres moyens à l'encontre des libéralités faites à un tiers, p.ex. par un père à un neveu, et que, d'autre part, leurs intérêts sont tout autant menacés par des transferts entre époux de biens séparés ou réservés. Quant aux intérêts des créanciers, ils sont aussi déjà protégés par des moyens propres: nécessité de l'inscription au registre des régimes matrimoniaux pour que l'acte leur soit opposable, action révocatoire, cautèles de l'art. 188 CC lorsque le déplacement a sa cause dans une liquidation matrimoniale; on ne voit d'ailleurs pas non plus pourquoi les créanciers disposeraient d'une garantie seulement lorsque l'acte viserait des biens matrimoniaux¹⁰⁵. Nous proposerions de dire, pour éviter toute discussion, que les actes en question sont soumis, *dans l'intérêt des époux*, à l'approbation de l'autorité tutélaire.

Pour le surplus, s'il n'est pas au pouvoir de la loi de lever, par une formulation adéquate, toute incertitude sur l'interprétation d'un nouvel article 177 al. 2, il s'impose au moins de préciser le sens du mot «relatif». L'idée du législateur – qui demeure valable – était de subordonner à une autorisation officielle les actes de la femme avec son mari (d'un époux avec l'autre) qui, s'ils étaient faits avec un tiers, exigeraient le consentement du conjoint (avant-projet, art. 200)¹⁰⁶. Il s'agissait, au fond, des actes de disposition au sens des art. 202 et 217 CC. D'où l'interprétation restrictive

¹⁰⁴ Cf. Lemp, art. 177 rem. 5, contrairement à l'avis de Gmür, art. 177 rem. 35; question laissée ouverte dans ATF 78 I 292.

¹⁰⁵ Lemp, loc. cit. contre Gmür, rem. 2 et 34. La doctrine est divisée, comme la pratique.

¹⁰⁶ Cf. Egger, art. 177 rem. 2.

de la doctrine et de la jurisprudence: l'art. 177 al. 2 ne vise que les actes par lesquels l'époux intéressé abandonne ou grève un droit faisant partie de la masse considérée, ou s'oblige à faire une telle disposition¹⁰⁷. Il conviendrait de consacrer législativement cette solution, en disant p. ex.: «tous actes par lesquels les époux disposent entre eux de biens matrimoniaux» ou bien «tous actes entre époux qui produisent une modification dans l'état des biens matrimoniaux»¹⁰⁸.

CHAPITRE II

Le régime matrimonial en général

§ 4. *Les grandes options*

L'organisation du régime matrimonial pose un certain nombre de grandes questions que la législation doit commencer par résoudre. Nous rappellerons dans quel sens s'est fixé le choix du législateur suisse, pour nous demander ensuite si ce choix doit être revu sur un point ou sur un autre. Nous constaterons que l'option centrale porte sur le régime légal à adopter. Une révision éventuelle de cette option influencera le parti à prendre sur d'autres points.

I. Le système actuel

Il peut être ramené aux propositions suivantes:

1. La loi régit le statut des époux quant à leurs biens; on ne laisse pas aux conjoints le soin de s'arranger à leur convenance, en optant pour l'une des sociétés du Code des obligations¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Lemp, art. 177 rem. 18; Bartholmès, De la condition de la femme mariée sous le régime du Code civil suisse, thèse Genève 1918, p. 80; Ganzoni, Die Verträge der Ehegatten mit Dritten und unter sich, thèse Zurich 1915, p. 204; ATF 62 II 198.

¹⁰⁸ Donation, vente, cession de créances, constitution de droits réels limités, renonciation à de tels droits (même accessoires).

¹⁰⁹ Motifs, p. 103.

2. La loi n'impose pas aux époux un régime déterminé: le même pour tous ou un régime différent selon la région ou la profession¹¹⁰. Faisant droit notamment aux désirs de la Suisse romande attachée à l'institution du contrat de mariage, elle consacre en principe la liberté pour les conjoints de conclure des conventions matrimoniales, sous réserve d'observer certaines règles (art. 180, 181 al. 1), d'adopter un régime légalement prévu (art. 179 al. 2) et de faire publier le contrat pour le rendre opposable aux tiers (art. 181 al. 3, 248 sv.). Si les époux n'ont pas passé de convention, ils sont soumis d'emblée à un régime légal donné (système du choix relatif, par opposition à celui du choix absolu, selon lequel les époux devraient nécessairement opter entre plusieurs régimes organisés par la loi).¹¹¹

3. Les époux peuvent, en cours d'union, modifier leur régime matrimonial (art. 179 al. 1), sauf à respecter les règles établies pour le contrat de mariage (art. 179 al. 2, 180–181, 248 sv.) et à le faire approuver par l'autorité tutélaire (art. 181 al. 2), et sous réserve des droits acquis des créanciers (art. 188)¹¹².

4. A titre de régime légal subsidiaire, le CC a choisi l'union des biens (art. 178 al. 1)¹¹³. Mais en même temps il a fait une large place aux biens réservés constitués par acte juridique (art. 190) ou créés par la loi (art. 191, notamment en faveur de la femme, ch. 2 et 3), de telle sorte que, pratiquement, le régime d'union se combine toujours, dans une plus ou moins grande mesure, avec le régime de séparation (art. 192).

5. En vue de situations exceptionnelles où il s'agit de protéger les intérêts d'un époux ou ceux de ses créanciers,

¹¹⁰ Motifs, p. 106; Huber, Rapport RDS (ZSR) 13 (1894) p. 490 sv.

¹¹¹ Solution qui fut aussi envisagée, Erläuterungen, 1914, p. 166.

¹¹² Motifs, p. 104; Huber, rapport, p. 529 sv. Contra, A. Martin, p. 575. Le projet français admet désormais la mutabilité des conventions matrimoniales moyennant homologation du tribunal, art. 360.

¹¹³ Sur les raisons de ce choix, Motifs, p. 105 sv.

un régime légal extraordinaire est institué sous la forme de la séparation de biens (art. 182–187).

II. Revision du système ?

Sur la nécessité d'un droit matrimonial, on n'imagine plus guère aujourd'hui une discussion. Le mariage produit fatalement sur le patrimoine des deux époux, pour eux et leurs créanciers, des répercussions caractéristiques qu'il incombe au législateur de régir de façon uniforme, quitte à offrir aux intéressés le choix entre diverses formules. A tout le moins, il faut prévoir comment les biens des conjoints et le produit de leur travail seront assujettis aux fins du mariage, comment ils répondront des dettes qu'ils contractent pour les besoins du ménage, comment seront traités en cours d'union et à la dissolution les biens qu'ils auront acquis par un travail commun.

On ne s'attend pas non plus à voir proposer l'abandon de la liberté des conventions matrimoniales avant et après le mariage, en faveur d'un régime imposé et immuable. Quel que soit le régime légal adopté, il pourra ne pas convenir à toutes les situations, au début de l'union comme par la suite. Mais, à constater le peu d'usage qui a été fait du contrat de mariage en Suisse depuis l'entrée en vigueur du Code civil¹¹⁴, on peut se demander si cette liberté valait tous les efforts qu'on a déployés pour la conquérir. On sait aussi que lorsqu'elle a été utilisée, cela n'a pas toujours été sans inconvénients pour l'un des époux, pour les créanciers de l'un ou l'autre, pour les héritiers. Il semble donc que certaines atténuations au principe ne seraient aujourd'hui pas hors de propos. Cela dépend aussi en partie du choix du régime légal subsidiaire.

C'est la question centrale, qui est rouverte par le postulat de l'égalité de droit des époux¹¹⁵. Sa solution peut boule-

¹¹⁴ En 1954, sur 1 312 204 ménages, 37 579 seulement vivaient sous un régime conventionnel (2452 avaient adopté la communauté, 35 127 la séparation de biens).

¹¹⁵ Egger, article, p. 21 sv.

verser tout notre régime de biens, y compris les institutions régies par les «Dispositions générales» du chapitre premier. Ainsi, supposé que le choix se porte sur un régime de séparation sans aucune confusion de biens, il n'y aura plus place pour un régime légal extraordinaire. De même, l'institution des biens réservés perdra une grande partie de sa portée et devra probablement être revue.

III. Le postulat de l'égalité de droit et le choix du régime légal

1. Le régime de l'union des biens

Historiquement, le régime dit de la communauté d'administration (*Verwaltungsgemeinschaft*) se présente comme la superposition de l'ancienne tutelle maritale (*tutela usufructuaria*) sur un système de séparation de biens¹¹⁶. Le législateur suisse a pensé qu'il pouvait à la fois consacrer la capacité civile de la femme mariée et adopter comme régime légal l'union (administrative) des biens dans les mains du mari, grâce à une distinction entre l'exercice des droits civils et le pouvoir de disposer, lequel était susceptible de recevoir, chez la femme, les restrictions commandées par les nécessités de l'union conjugale¹¹⁷. Effectivement, il s'est efforcé, avec plus de conséquence que p. ex. le législateur allemand (§§ 1376, 1377), d'effacer les vestiges de la tutelle maritale, cependant qu'il créait la notion de biens matrimoniaux comprenant les apports de part et d'autre (art. 194), ainsi que les acquêts. Il n'en reste pas moins que la femme est, en fait et en droit, placée dans un état de dépendance par rapport au mari quant à sa fortune d'apports. Elle en perd l'administration courante¹¹⁸. Elle est privée de

¹¹⁶ Huber, Schweiz. Privatrecht, t. IV p. 350 sv.; cf. aussi t. I, p. 242.

¹¹⁷ Motifs, p. 95.

¹¹⁸ Ce qui n'est que peu compensé par son droit d'administrer les biens matrimoniaux, y compris les apports de son mari, dans les limites du pouvoir des clés.

la jouissance directe de ses biens, qui passe au mari. Elle n'en a désormais plus la disposition; il lui faut le consentement du mari pour les aliéner, les grever. Sa fortune cesse, à défaut de consentement du conjoint, de former le gage général de ses créanciers (art. 208 ch. 2 et 3), alors qu'elle répond sur tous ses biens – il est vrai subsidiairement – des dettes de ménage contractées unilatéralement par le mari. Ainsi, par le fait de son mariage, la femme voit ses biens actuels et ses biens futurs (sauf ses éventuels biens réservés) frappés d'une sorte d'usufruit particulièrement efficace¹¹⁹. En guise de cadeau de noces, le législateur greève la fortune de la nouvelle épouse à la fois d'une servitude et d'une restriction du droit d'aliéner, quand il ne lui enlève pas la propriété même de ses biens (art. 201 al. 3).

Un tel régime est incompatible avec le postulat d'une égalité aussi complète que possible du mari et de la femme, ainsi qu'on le reconnaît unanimement aujourd'hui en Allemagne. Pour ne point attenter théoriquement à la capacité civile de la femme, l'administration, la jouissance et la codisposition du mari, n'emportent pas moins pour elle une limitation sensible de sa liberté juridique et, partant, une grave inégalité¹²⁰. Sa position s'apparente à celle d'un failli. Il ne s'agit pas de nier les servitudes même matérielles que peut entraîner l'union conjugale pour les époux. Force est cependant de constater que, dans l'union des biens, elles sont essentiellement à sens unique, les droits du mari sur son patrimoine n'étant limités en rien¹²¹. La femme, comme le mari, doit sans doute contribuer aux charges du mariage; mais, au lieu de laisser en principe les époux libres de fixer d'un commun accord les modalités de cette contribution, le législateur, en instituant comme régime légal l'union des biens, refuse de faire crédit et à l'apti-

¹¹⁹ Le nu-propriétaire ordinaire peut en principe disposer des biens grevés.

¹²⁰ Egger, article, p. 48.

¹²¹ Ce qu'observe le Tribunal fédéral allemand dans son arrêt de 1953, BVerfGE 3, p. 225.

tude de la femme de gérer ses biens, et à sa volonté d'aider son époux, pour adopter une solution qui consacre encore un large autoritarisme marital¹²².

Ces considérations nous suffisent pour rejeter, *de lege ferenda*, l'union des biens comme régime légal subsidiaire. Nous ne voyons pas la nécessité de débattre plus longuement des mérites et des inconvénients de ce régime, comme on l'a fait en 1894 et même en 1928. Nous nous bornerons aux observations suivantes¹²³.

Peu importe que les garanties dont bénéficie la femme (art. 205, demande de renseignements, réquisition de sûretés; art. 211, privilège dans la faillite du mari) soient ou non efficaces. Ces protections sont la contre-partie d'une dépendance que nous rejetons dans son principe.

On a souvent insisté sur les complications auxquelles donnait lieu le fonctionnement du régime légal: existence de cinq masses de biens (biens réservés du mari et de la femme, apports de l'un et de l'autre, acquêts), avec les difficultés relatives à la preuve et la nécessité d'inventaires fréquents; répartition interne des dettes et récompenses entre les masses; reprises de la femme et calcul du bénéfice; incertitudes pour les tiers, notamment pour les banques, sur nombre de points, comme l'ouverture de livrets d'épargne au nom de la femme¹²⁴. On pourrait voir là un motif suf-

¹²² Ces critiques ne sont pas nouvelles. Cf. p. ex. A. Martin, rapport 1894, p. 584 sv. et 706; E. L. Martin, rapport 1928 p. 122a sv. spéc. 128a; Egger, article, p. 21 sv.; Knapp, Le régime, n° 307: «Un jour viendra, sans doute, où notre droit, conservateur par tempérament, devra, lui aussi, se mettre au pas général de droits plus évolués que lui, et il abandonnera le régime de l'union des biens qu'il a maintenant le privilège d'avoir seul». Cf. aussi même auteur, p. 170 note 202.

¹²³ Sur certaines possibilités d'amendement du régime, voir chapitre III.

¹²⁴ On peut en croire le professeur Knapp, qui a consacré à l'union des biens, un livre de 300 pages bourré de notes. Il écrit p. ex. au n° 86: «régime très difficile»; au n° 780, à propos des reprises: «complications de fait le plus souvent inextricables». Nous

fisant de renoncer à l'union des biens, au moins comme régime légal, « tout ce qui est compliqué étant inutilisable » (Valéry). La considération reste cependant pour nous secondaire.

Que le régime de l'union des biens se soit acclimaté en Suisse, même dans les régions du pays qui paraissaient attachées à d'autres régimes, et qu'il régisse l'immense majorité des ménages, ce sont des faits qui ne nous impressionnent guère. La force d'inertie et le recul des époux devant des démarches et des frais, sans parler des mesures de publicité, suffisent à expliquer la rareté du contrat de mariage. Nul doute que si le législateur de 1907 avait adopté le régime de séparation, on n'aurait pas vu non plus beaucoup d'époux aller chez le notaire pour convenir d'un autre régime. Quoi qu'il en soit, le poids de l'habitude ne saurait arrêter aujourd'hui le mouvement d'émancipation de la femme mariée.

A cet égard, si l'unité des biens matrimoniaux au service de la famille reste un postulat législatif, c'est dans l'égalité entre les époux, non dans la subordination de la femme au mari, qu'il faut songer à le réaliser, selon la formule de la collaboration dans la liberté.

La grande innovation du Code civil suisse a été d'introduire dans le régime d'administration maritale un élément de communauté en faisant participer la femme au bénéfice de l'union. C'était rompre avec la règle « Frauengut soll weder wachsen noch schwinden », du moins avec son premier terme. La participation ne pouvait être étendue au déficit, sans fausser un régime dans lequel le mari est comptable des biens de sa femme passés sous son pouvoir. Par une sorte de compensation, on a assigné au mari une part plus grande du bénéfice et on n'en a fait profiter les héritiers de la femme que lorsqu'il y avait des descendants¹²⁵. Quoiqu'il en soit,

constaterons au chapitre III que plus on veut perfectionner ce régime, plus on le rend compliqué.

¹²⁵ Toute l'institution se ressent d'une certaine improvisation (Knapp, n° 310). Ne relevons ici que deux points. Le législateur

la participation de l'épouse au bénéfice, même si elle était plus équitable et mieux garantie, n'est pas de nature à compenser pour la femme la perte de ses droits d'administration, de jouissance et de libre disposition sur ses apports. L'idée de la communauté de bénéfice peut se réaliser plus naturellement dans un autre contexte.

2. Le régime de communauté

On connaît les arguments moraux qui militent en faveur de ce régime, notamment sous sa forme universelle: la communauté intime de vie se prolonge dans la communauté des biens, de manière qu'il n'y a dans le mariage ni tien ni mien; les époux sont également riches, également pauvres¹²⁶. Deux considérations – outre l'argument historique du recul de la communauté universelle en Suisse – ont fait écarter l'adoption d'un régime communautaire comme système légal. La première, c'est que «pendant le mariage la disposition en commun n'est que très partiellement réalisable, de sorte qu'en fait le mari est le vrai détenteur des biens de la communauté»¹²⁷; la responsabilité que la femme encourt sur les biens communs et sa participation aux pertes ne sont alors pas en rapport avec son influence réduite sur la communauté¹²⁸. La seconde raison réside dans certaines conséquences iniques qui peuvent se produire à la liquidation du régime, lorsqu'un époux a déjà succédé à ses parents, cependant que l'autre n'a encore rien reçu des siens¹²⁹.

n'a rien prévu pour empêcher que le mari ne dispose librement des acquêts et ne compromette ainsi la part bénéficiaire de la femme. D'un autre côté, il est injuste que la femme profite du produit du travail du mari mais puisse garder pour elle son gain professionnel ou industriel (art. 191 ch. 3). Nous reviendrons sur ces points dans le chapitre III.

¹²⁶ Cf. Huber, rapport 1894, p. 498 sv., Motifs, p. 106.

¹²⁷ Motifs, p. 107.

¹²⁸ Huber, rapport 1894, p. 500, 524.

¹²⁹ Motifs, p. 107, Huber, 1894, p. 500–501.

Cette dernière objection est toujours valable pour tout régime de communauté autre que la communauté d'acquêts. Ajoutons qu'un régime de communauté réduite aux meubles (et acquêts), comme la communauté légale du droit français, ne saurait convenir comme régime légal, à cause de la différence de traitement, à la liquidation, des meubles et des immeubles¹³⁰.

Quant à la première raison tirée des larges pouvoirs du mari et du danger qu'ils font courir à la femme, elle mérite d'être reconsidérée. La loi qui nous régit a déjà consacré, par opposition au Code civil français (art. 1421 sv.), le droit de codisposition de l'épouse sur les biens communs, en dehors des actes de simple administration (art. 217)¹³¹. Si la femme perd la libre disposition des biens entrés de son chef dans la communauté, la même limitation frappe aussi le mari, de sorte que les deux époux sont placés sur le même pied. L'administration maritale ne fait guère courir à la femme plus de risques que dans l'union des biens, et ce risque est aussi partiellement équilibré par un privilège de faillite d'ailleurs illogique (art. 224). N'était la garantie des biens communs de provenance féminine pour les dettes du mari administrateur, on eût compris que, dans sa perspective, le législateur de 1917 eût regardé d'un œil favorable un régime de communauté d'acquêts dûment amendé, qui correspondait à son idée de participation aux gains. Aujourd'hui, un tel régime, greffé non pas sur l'union des biens mais sur la séparation des propres, entre sérieusement en considération comme régime légal.

¹³⁰ Ce régime est presque unanimement condamné en France. Cf. Vasseur, article cité de la Revue trimestrielle, 1955, p. 408: « Il est, en effet, injuste et en même temps contraire aux désirs des intéressés que l'époux qui est propriétaire d'immeubles au jour du mariage ou à qui des immeubles échoient pendant le mariage en conserve la propriété pour lui seul, alors que l'époux dont la fortune est mobilière se trouve contraint de partager celle-ci avec son conjoint sans rien recevoir en échange ».

¹³¹ Le projet français conserve au mari le pouvoir de disposer à titre onéreux des valeurs mobilières de la communauté, art. 395.

Si nous le rejetons comme tel, c'est tout de même encore à cause du pouvoir d'administration qu'il paraît pratiquement impossible de ne pas reconnaître au mari sur la masse commune¹³². Il y a là pour la femme une diminution de ses droits, analogue à celle qu'elle subit dans l'union des biens. Du point de vue auquel nous nous plaçons, ce résultat ne devrait être accepté que s'il n'était pas possible d'adopter un régime de biens qui concilie les exigences communautaires avec la pleine égalité des époux.

3. Le régime de la séparation de biens

Il n'est pas besoin de démontrer que la séparation de biens est le régime qui consacre la réelle indépendance de l'épouse dans l'ordre patrimonial. La capacité civile de la femme mariée n'est plus mise en veilleuse par les droits de gestion du mari. Elle demeure maîtresse de sa fortune actuelle et de ses acquisitions futures.

Les critiques retenues à l'époque contre ce régime sont connues. D'une part, il divise économiquement les époux, alors que l'union conjugale postule une certaine association des patrimoines; «au fond, la séparation n'est pas un régime matrimonial, mais seulement la négation des effets du mariage quant aux biens»¹³³. D'autre part, la séparation de biens ne se suffit pas à elle-même, mais demande à être complétée par le contrat de mariage; la femme doit au moins remettre l'administration de ses biens au mari, auquel cas elle ne jouira pas des garanties dont elle dispose dans d'autres régimes¹³⁴.

¹³² A moins d'admettre une administration conjointe; tel serait l'état actuel du droit en Allemagne pour le régime conventionnel de communauté, Palandt-Lauterbach, Vorbem. à § 1443. Mais une gestion conjointe pour les actes courants serait singulièrement lourde et conduirait, en cas de divergence, à des impasses qui, si on ne consacre pas le pouvoir de décision du mari, nécessiteraient de nouveau l'intervention du juge. Le contrat de mariage pourrait chaque fois désigner le chef de la communauté (en ce sens les projets allemands); mais alors le régime ne convient pas comme régime légal.

¹³³ Motifs, p. 107.

¹³⁴ Motifs, *ibidem*; Huber, rapport 1894, p. 504-505.

Ces critiques portent leur date, au regard de l'évolution qui s'est produite depuis les années 1900¹³⁵.

On considère aujourd'hui que si les époux doivent bien toujours unir leurs efforts en vue de la prospérité commune, c'est dans le respect de l'autonomie de chacun. On fonde ses espoirs sur la collaboration spontanée de deux personnes égales en droit. La transposition de ces idées sur le plan des rapports pécuniaires entre époux, appelle un régime d'indépendance réciproque dans lequel chaque époux, maître de ses intérêts matériels, apporte aux charges du mariage une contribution équitable, arrêtée d'un commun accord. Que ce «*modus vivendi*» mérite encore le nom de régime matrimonial, n'a qu'un intérêt théorique; on ne peut en tout cas dire, lorsque la loi prescrit le devoir de contribution, que le mariage demeure sans effets sur les biens des époux.

L'idée que la séparation de biens ne serait la plupart du temps pas effective, apparaît aussi dépassée. La formation donnée aujourd'hui à la jeune fille dans les écoles secondaires, professionnelles, gymnasiales, supérieures, la met à même de gérer son avoir ou ses économies, la plupart du temps aussi bien et quelquefois mieux que son mari. On ne peut plus partir de l'idée que la femme remettra pratiquement toujours la gestion de ses biens à son conjoint. Elle le fera quand elle le jugera bon, et il n'est plus improbable aujourd'hui que le mari donne parfois mandat à sa femme d'administrer sa fortune. La séparation de biens ouvre toutes les possibilités d'aménagement conventionnel sur la base d'une confiance librement consentie¹³⁶.

Sans doute la femme qui confie l'administration de ses biens à son mari court-elle un risque que n'équilibre pas un privilège pour sa créance de restitution. Mais il lui incombe d'exercer un contrôle et de révoquer, au besoin, le mandat donné; elle a toute facilité de le faire, sans passer par une procédure judiciaire. Le régime de séparation fait fond sur

¹³⁵ On le constatait déjà en 1928. E. L. Martin, rapport, p. 132a.

¹³⁶ E. L. Martin, rapport 1928, p. 133a.

la maturité de la femme en affaires et sur son sentiment des responsabilités, en renonçant à la barder de garanties et de privilèges^{136a}.

Nous n'insistons pas sur les avantages pratiques de la séparation des biens: simplicité des rapports pécuniaires entre époux, soumis pour l'essentiel au droit commun, suppression des problèmes relatifs aux récompenses et aux reprises, clarté de la situation pour les créanciers. Ce régime a la faveur de l'immense majorité des époux qui concluent un contrat de mariage¹³⁷. En fait, il s'applique, sous la forme du statut des biens réservés, dans tous les ménages où la femme travaille hors de chez elle (art. 191 ch. 3). Et dans les milieux dits aisés, combien de jeunes foyers dans lesquels la femme reçoit de ses parents des subsides dont elle dispose librement (art. 190 al. 1)!

Cependant la séparation de biens souffre, en tant que régime légal, d'un vice rédhibitoire: elle méconnaît l'existence entre les époux d'une communauté d'intérêts qui est la conséquence naturelle de l'union des personnes. Si cette communauté doit se réaliser dans l'indépendance (ce qui nous a fait écarter l'adoption d'un régime proprement communautaire), elle implique du moins, à la dissolution du régime, une participation des conjoints au résultat de l'association. De fait, lorsque l'union est prospère, la séparation de biens a des conséquences iniques pour la femme qui n'a pas exercé d'activité lucrative propre: le mari a pu amasser une fortune dans l'exercice d'une profession ou d'un négoce, libéré qu'il était de tout autre souci par la présence de son

^{136a} Cf. E. L. Martin, *ibidem*.

¹³⁷ Le nombre des contrats de séparation de biens suit une courbe presque régulièrement ascendante:

1920: 7 828	1935: 23 855	1950: 35 513
1925: 12 497	1940: 28 311	1953: 34 419
1930: 17 699	1945: 31 720	1954: 35 127

Il est entendu que le nombre des ménages a aussi augmenté dans le même laps de temps, mais pas dans la même proportion (de 886 874 en 1920 à 1 312 204 en 1950).

épouse au foyer et auprès des enfants; la femme ne retirera rien de ce qu'elle a contribué, indirectement mais efficacement, à constituer. Ce sont ces considérations qui ont conduit juristes et législateurs à la recherche de solutions consistant à doubler la séparation de biens d'une communauté en cas de décès (systèmes scandinaves), d'une communauté d'acquêts (système soviétique, avant-projet français retenu), d'une participation différée aux acquêts (un des deux avant-projets français écarté), d'une compensation des gains (projets allemands). Nous pensons que le législateur suisse doit s'engager dans ces mêmes voies en rejetant le régime de la pure séparation au profit d'un régime de séparation avec participation.

4. Le régime de séparation avec participation au bénéfice

La participation réciproque des époux peut se réaliser de façons différentes.

Nous écartons le système scandinave de la mise en commun *post mortem* portant en principe sur tous les biens des époux¹³⁸. Cette communauté universelle en cas de mort, greffée sur une séparation de biens, était appelée, dans les législations dont il s'agit, à prolonger sous une forme moderne le vieux régime de communauté des coutumes nordiques. Ce régime ne saurait se réclamer chez nous d'une telle tradition. Il se heurte d'ailleurs, comme système légal, aux objections qui ont été retenues plus haut (n° 2) contre les régimes de communauté *inter vivos*: la communauté universelle et la communauté mobilière¹³⁹.

Nous nous sommes prononcé contre l'adoption de la communauté d'acquêts, même superposée à la séparation de biens (ci-dessus n° 2).

Il ne reste donc plus qu'à envisager un mode consistant à faire participer les époux, lors de la dissolution, aux

¹³⁸ Kaden, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, t. IV p. 4 sv.

¹³⁹ Arminjon, *op. cit.* II p. 457.

acquisitions faites de part et d'autre durant le mariage. Mais diverses formules se présentent de nouveau.

a) Le projet *allemand* prétend se passer de la distinction entre propres et acquêts, qui est source de difficultés (appartenance d'un bien à une masse ou à une autre, responsabilité interne des masses). Il ne connaît que les deux patrimoines du mari et de la femme. Pendant la durée du régime, chaque époux administre seul ses biens et en dispose en principe librement (§ 1364). Cependant il ne peut, sans le consentement de son conjoint, disposer ni de l'ensemble de son patrimoine (§ 1365) ni de ses meubles servant à l'usage commun du ménage (§ 1369). A la dissolution du régime, la participation de chaque époux porte sur le gain réalisé par son conjoint. Ce gain consiste dans la différence entre son patrimoine final (net) et son patrimoine initial (net) (1373). C'est la valeur de cette différence que chaque époux partage avec son conjoint (§ 1378). En cas de décès, la part successorale du survivant est augmentée du quart de la succession (§ 1371).

La formule de participation est ingénieuse; mais, comme on l'a démontré¹⁴⁰, la définition du patrimoine initial, auquel il faut ajouter les biens que l'époux a acquis pendant le régime par succession ou à quelque autre titre gratuit (§ 1374), revient à restaurer la distinction entre deux masses: les biens à partager et les autres¹⁴¹. Et la définition du patrimoine final (§ 1375), auquel on ajoute la valeur de biens donnés, gaspillés, aliénés au préjudice du conjoint, voire absorbés par le paiement de dettes délictuelles (selon un premier projet), revient à rétablir la distinction entre

¹⁴⁰ Zajtay, article cité, p. 580 sv.; du même auteur, Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinnes und régime de participation aux acquêts, *Rabels-Zeitschrift*, 1954, p. 650.

¹⁴¹ «Lorsqu'on décide que certains biens acquis pendant la durée du régime font partie du patrimoine initial, on résout exactement la même question que lorsqu'on dit que certains biens échus à l'époux pendant le régime constituent quand même des propres et non plus des acquêts» (Zajtay).

deux catégories d'obligations : le passif commun à la charge définitive des acquêts et le passif propre à chaque époux, et à reposer le problème des récompenses¹⁴². Ce régime comporte tout de même, dans le patrimoine de chaque époux, deux masses au moins virtuelles, celle des propres et celle des acquêts, chacune ayant son actif et son passif (interne). Autant alors en admettre ouvertement l'existence. La solution relative au droit de disposition apparaît aussi boiteuse. Si l'on veut assurer à chaque époux une participation réelle au bénéfice réalisé par son conjoint, il est indispensable d'apporter des restrictions au droit de ce dernier de disposer de ses biens pendant le régime ; la reconstitution *à posteriori* de son patrimoine par des réunions de toutes sortes apparaît très problématique. Or, à cet égard, l'interdiction pour un époux de disposer de l'ensemble de son patrimoine est une garantie insuffisante, puisque rien ne l'empêchera de disposer d'éléments importants, comme un immeuble, un porte-feuille de titres, qui peuvent constituer pratiquement toute sa fortune¹⁴³.

b) Le projet *français*¹⁴⁴ distingue nettement, dans le patrimoine de chaque époux, les propres et les acquêts (art. 1^{er}). Chaque époux administre seul ses biens propres

¹⁴² «Ajouter la valeur de biens inexistants au patrimoine final, c'est augmenter la valeur que l'époux doit partager avec son conjoint ; on ne peut le faire qu'en partant du principe que certaines dépenses, certaines obligations contractées par l'époux sont à la seule charge de ce dernier et n'affectent pas les droits du conjoint» (Zajtay).

¹⁴³ Zajtay, article de la Revue internationale, p. 582.

¹⁴⁴ Nous visons par là l'avant-projet adopté par la Sous-Commission «Personnes et familles», Travaux, 1950-1951, p. 451 sv. C'est la mise au point du texte établi à l'époque en prévision de l'adoption de la participation aux acquêts comme régime légal. Depuis lors, le choix s'étant porté sur la communauté d'acquêts, le régime de participation, prévu comme régime conventionnel, a été rapproché de la communauté par une série de renvois. Il a perdu son autonomie technique. Dans l'avant-projet de 1953, le régime de participation aux acquêts fait l'objet des art. 470 à 479.

et ses acquêts (art. 25) et dispose librement de ses propres (art. 26). Il est en revanche limité dans la disposition de ses acquêts; il a besoin du consentement de son conjoint pour en disposer à titre gratuit, et même pour disposer à titre onéreux d'immeubles, de fonds de commerce, de meubles affectés à la vie courante du ménage (art. 27)¹⁴⁵. Chaque époux est tenu sur tous ses biens – propres et acquêts – de ses dettes antérieures et postérieures au mariage (art. 20). A la dissolution du régime, certaines récompenses sont dues à la masse des acquêts (paiement de dettes antérieures au mariage, de dettes successorales, de dettes délictuelles, art. 23). A la dissolution, l'idée de la communauté différée prend corps. Chaque époux peut d'abord renoncer à prendre sa part dans les acquêts réalisés par son conjoint; il le fera si le passif qui grève définitivement cette masse dépasse l'actif; dans ce cas les acquêts du renonçant sont seuls partagés, sauf son droit de demander la séparation de biens (art. 12 sv., 68). Si les deux époux renoncent, il n'y a aucun partage d'acquêts, et le régime équivaut à un régime de séparation ordinaire (art. 69). Si les deux époux partagent les acquêts, leur situation se trouve, en principe, la même que s'ils avaient été mariés sous le régime de la communauté d'acquêts. Il est procédé à la liquidation et au partage de la masse constituée par les acquêts: reprise des propres (art. 50), compte et règlement des récompenses entre propres et acquêts de chaque époux (art. 51–55), partage des biens (art. 56–59), acquit du passif (art. 60–66)¹⁴⁶.

Le projet français, avec sa structure traditionnelle de masses distinctes déjà pendant le mariage, nous paraît pré-

¹⁴⁵ Le dernier projet rétablit la pleine liberté du conjoint de disposer même de ses acquêts (art. 471), ce qui correspond au projet allemand.

¹⁴⁶ Le sort des dettes non acquittées lors du partage est réglé comme en cas de dissolution de la communauté: responsabilité illimitée de chaque époux pour les dettes nées de son chef, responsabilité de la moitié pour les dettes nées du chef de l'autre époux, et pour les dettes qui ne donnent pas lieu à récompense (art. 60 sv.).

férable au projet allemand. Mais il est peut-être trop axé sur le régime de communauté, familier aux juristes d'Outre-Jura.

c) Une solution *suisse* consisterait à réaliser, pour la greffer sur le régime de séparation, l'idée d'une (double) participation au bénéfice empruntée au régime légal de l'union des biens, avec les conséquences que cela comporte pour la gestion des acquisitions matrimoniales.

En résumé¹⁴⁷, le régime de participation au bénéfice se présenterait de la façon suivante :

Le patrimoine de chaque époux comprendrait, à côté de biens propres, des acquêts. Ceux-ci seraient composés, pour chaque époux, des biens acquis à titre onéreux pendant la durée du mariage, des fruits naturels et civils de ses biens personnels, du produit de son travail. Les autres biens formeraient les biens propres, notion qui engloberait à la fois les apports dans l'union des biens et les biens réservés (à l'exclusion du produit du travail de la femme). Chaque époux conserverait naturellement toute sa liberté de gestion quant à ses biens propres (cf. art. 242 al. 1 CC). Son pouvoir de disposition serait en revanche restreint en ce qui concerne ses acquêts, cela dans une mesure à déterminer. Par exemple il aurait besoin du consentement de son conjoint pour faire des actes débordant le cadre de l'administration ordinaire. Quant au passif, chaque époux répondrait envers les tiers sur tous ses biens (propres et acquêts) de ses dettes contractées avant et après le mariage. Mais, dans les rapports entre époux, des récompenses seraient dues; ainsi, la masse des acquêts ne saurait supporter définitivement la charge de dettes antérieures au mariage ou de dettes délictuelles de l'un ou de l'autre conjoint. A la dissolution, chaque époux garderait non seulement ses biens propres mais aussi ses acquêts, en faisant valoir ses créances contre l'autre époux et en acquittant ses dettes envers lui. En outre, il aurait droit à la moitié du bénéfice réalisé par son conjoint. Ce bénéfice serait représenté par les acquêts de cet époux, dé-

¹⁴⁷ Les modalités de ce régime seront précisées dans le chapitre IV § 12.

duction faite des dettes y afférentes. Il serait augmenté des récompenses contre les biens propres et diminué des récompenses dues à ces derniers. Chaque époux aurait ainsi contre l'autre une créance, comme c'est le cas de la femme envers le mari dans l'union des biens. Quant au déficit, chaque époux supporterait en principe le sien, comme le mari dans le régime légal actuel. A l'égard des tiers, aucune modification n'interviendrait après la dissolution; chaque époux continuerait de répondre seul et sans limitation de toutes ses dettes antérieures et postérieures au mariage.

*§ 5. La revision des dispositions générales relatives
au régime des biens entre époux*

Quelles sont les conséquences du choix du régime légal subsidiaire sur les règles générales du droit matrimonial? C'est ce qu'il nous échet de considérer avant tout. Mais nous évoquerons aussi des réformes qui sont indépendantes du parti adopté et pourraient être entreprises dans le cadre du système actuel. Nous traiterons du contrat de mariage, du régime légal extraordinaire, de la protection des créanciers en cas de changement de régime et de liquidations matrimoniales, de l'institution des biens réservés¹⁴⁸.

I. Le contrat de mariage

1. En général

Les époux sont placés sous le régime de la participation au bénéfice, à moins qu'ils n'aient adopté un autre régime par contrat de mariage. Tel serait le nouveau principe inscrit

¹⁴⁸ Nous renonçons à aborder dans ce rapport les problèmes plus techniques du *registre des régimes matrimoniaux* et de ses relations avec le registre foncier. Cf. récemment à ce sujet, H. P. Friedrich, Grundbuch und eheliches Güterrecht, ZBGR 35 (1954) p. 241 sv.; Schlatter, op. cit., p. 7 sv., p. 19 sv.

Nous pensons aussi qu'il est prématuré d'envisager les *questions de droit transitoire* que soulèverait la revision du régime matrimonial actuel.

à l'art. 178. La liberté initiale des conventions matrimoniales serait donc maintenue. Au lieu du régime légal, les époux pourraient adopter, s'ils y trouvent leur convenance, le régime de l'union des biens, celui de la séparation de biens pure et simple ou l'une ou l'autre espèce de communauté¹⁴⁹, que la loi organiserait¹⁵⁰ et entre lesquels les époux devraient opter (art. 179 al. 2)¹⁵¹. Si l'union des biens devait rester le régime légal subsidiaire, nous proposerions à tout le moins que la séparation de biens avec participation au bénéfice soit réglementée par la loi, de sorte que les époux puissent la choisir comme régime conventionnel¹⁵².

La mutabilité des conventions matrimoniales demeurerait également acquise, moyennant le maintien des garanties actuelles, tant pour les créanciers que pour les époux. Des situations nouvelles peuvent se présenter en cours d'union (héritage, difficultés financières, changement de profession, etc.,) auxquelles ni le régime légal si rationnel qu'il soit, ni surtout le régime choisi ne s'adaptent. On peut cependant prévoir un recul du contrat de mariage si le régime légal est un régime de séparation. Car, aujourd'hui, ce contrat sert, dans la grande majorité des cas, à passer de l'union des biens à la séparation de biens. On voit mal, dans l'éventualité où nous nous plaçons, les époux revenir conventionnellement

¹⁴⁹ Le projet allemand ne régit que la communauté universelle (1415 sv.). Mais les époux peuvent adopter par contrat d'autres systèmes, à condition de les régler dans le détail (§ 1408).

¹⁵⁰ Nous ferions un sort à l'archaïque unité de biens de l'art. 199.

¹⁵¹ Nous pensons qu'il faut conserver l'interdiction du «panachage»; les tiers doivent savoir à quoi s'en tenir et les époux eux-mêmes ont intérêt à un régime cohérent. Cf. Egger, Kommentar, art. 179 rem. 11.

¹⁵² Cette possibilité n'est pas ouverte aujourd'hui, vu le caractère «sui generis» du régime en question. Cf. une décision du Département fédéral de justice, dans Burckhardt-Bovet, Droit fédéral suisse, 1932, III n° 1297, VI; Egger, loc. cit. En revanche la combinaison d'une communauté d'acquêts et d'une séparation de biens apparaît possible (contra, E. L. Martin, Rapport p. 135). Nous proposerons d'en faire la règle, ci-dessous, § 11.

à l'union des biens. En revanche, la séparation pure et simple pourra à un moment donné être désirée par un époux qui voudrait pouvoir disposer librement de ses acquêts.

2. Conclusion du contrat de mariage¹⁵³

a) *Conditions de capacité.* Il paraît excessif d'exiger la capacité de discernement (art. 180 al. 1) des parties et la conclusion personnelle du contrat (art. 181 al. 1), ce qui exclut toute représentation, légale ou conventionnelle¹⁵⁴. L'adoption ou la modification d'un régime engage essentiellement des intérêts pécuniaires, de sorte que cet acte n'a pas un caractère si strictement personnel qu'il ne souffre pas représentation. La réglementation actuelle ne permet notamment pas au tuteur du conjoint atteint d'aliénation mentale de conclure avec l'autre un contrat de séparation de biens ou de prendre toutes autres dispositions matrimoniales opportunes. Nous proposons donc d'admettre la représentation, au moins légale, pour la conclusion du contrat de mariage et de modifier en conséquence les art. 180 et 181¹⁵⁵.

b) *Forme.* Nous ne voyons pas de raison d'alléger les formalités de la conclusion du contrat. Si le régime légal subsidiaire est judicieusement choisi de façon à répondre aux besoins de la généralité des époux, une dérogation conventionnelle doit demeurer l'exception. Il convient que les parties s'en rendent compte et soient amenées à préciser dûment leurs intentions. L'acte authentique est le moyen

¹⁵³ Il appartient à la doctrine et à la jurisprudence de préciser la notion du contrat de mariage et de le distinguer de l'acte de disposition pour cause de mort. Nous évoquerons ce dernier problème à propos des conventions qui modifient la répartition des biens communs et du bénéfice.

¹⁵⁴ Cf. Egger, Kommentar, art. 180 rem. 3; Gmür, Kommentar art. 181 rem. 9. La représentation est possible en droit allemand, Palandt-Lauterbach, § 1432 rem. 1.

¹⁵⁵ En ce sens Schlatter, op. cit. p. 110 note 2 et p. 111 note 4.

adéquat à cette fin; seul aussi il constitue une base sûre pour l'inscription au registre des régimes matrimoniaux¹⁵⁶.

c) *Approbation des conventions matrimoniales passées après le mariage.* Nous pensons que cette cautèle, que ne prévoyait pas encore l'avant-projet et qui a parfois été critiquée comme entravant par trop la liberté des parties, continue à se justifier pour combattre les «abus d'influence» entre époux¹⁵⁷. En revanche nous voudrions que cette considération soit la seule dont ait à s'inspirer l'autorité tutélaire. Celle-ci ne doit pas se transformer en organisme de protection des héritiers réservataires ou des créanciers. Ces derniers sont suffisamment protégés par la publicité du contrat de mariage et par les règles sur le maintien de leur garantie (art. 188 CC).¹⁵⁸ Quant aux héritiers, seuls les réservataires peuvent entrer en ligne de compte¹⁵⁹; or, ils disposent de la protection que leur assurent les règles sur la

¹⁵⁶ Egger, art. 181 rem. 1. – On a évoqué la possibilité que les fiancés, au moment de la célébration du mariage, déclarent à l'officier d'état civil qu'ils entendent adopter tel ou tel régime; ils seraient orientés à ce sujet lors de la requête de publication du mariage, au besoin par la remise d'une notice explicative. Une information de ce genre nous paraît très souhaitable. Mais, pour prendre, en connaissance de cause, une décision qui tienne compte de leur situation particulière, les fiancés devraient tout de même s'adresser à l'officier public spécialisé dans ces questions. Il est permis de mettre en doute la compétence des officiers d'état civil en général pour donner en la matière les conseils appropriés. D'ailleurs, les fiancés souhaiteront souvent déroger partiellement aux règles du régime de leur choix ou voudront dresser inventaire de leurs biens. Pour des raisons analogues, nous pensons qu'un changement de régime par simple déclaration au bureau du registre des régimes matrimoniaux n'offrirait pas les garanties suffisantes.

¹⁵⁷ Cf. Egger, art. 181 rem. 4 qui signale les plaintes auxquelles a donné lieu en Allemagne la liberté presque complète des modifications matrimoniales. En France, la Commission de réforme du Code civil n'a finalement admis la mutabilité des conventions matrimoniales que moyennant la garantie d'approbation judiciaire, Travaux, 1949–1950 p. 376 sv.

¹⁵⁸ Egger, art. 181 rem. 6. Contra, Gmür, art. 181 rem. 18.

¹⁵⁹ ATF 77 I 3.

réserve; si celles-ci se révèlent insuffisantes, il faut reviser le droit successoral, mais non pas charger l'autorité tutélaire d'une mission pour laquelle elle n'est pas faite¹⁶⁰. Nous précisions donc à l'art. 181 al. 2 (comme à l'art. 177 al. 2) que l'autorité tutélaire ne doit se placer qu'au seul point de vue de l'intérêt des époux¹⁶¹.

3. Effets du contrat de mariage

Le contrat de mariage régulièrement conclu et, éventuellement, dûment approuvé, produit ses effets de plein droit entre les époux. A l'égard des tiers même de «mauvaise foi», son efficacité dépend de son inscription au registre des régimes matrimoniaux et de la publication de cette inscription (art. 181 al. 3, art. 248). La distinction entre effets internes et effets externes serait maintenue.

II. Le régime extraordinaire

Nous nous placerons dans la double perspective du maintien de l'union des biens comme régime légal et de l'adoption comme tel du régime de participation au bénéfice.

1. Le régime légal subsidiaire est celui de l'union des biens

L'institution d'un second régime légal extraordinaire, sous la forme de la séparation de biens, a pour but, dans certaines situations, de protéger les intérêts des époux et de la famille, voire de sauvegarder les droits des créanciers. Si ces divers intérêts viennent à être menacés, c'est toujours en raison du fait que les biens des époux sont, sous le régime légal ordinaire et sous le régime conventionnel de com-

¹⁶⁰ Contra, *de lege lata*, Egger, art. 181 rem. 6; Gmür, art. 181 rem. 17, ATF 78 I 292.

¹⁶¹ A l'occasion d'une révision des art. 177 et 181, on pourra aussi déterminer l'autorité tutélaire compétente *ratione loci*. Elle ne peut être, par rapprochement avec l'art. 396 CC, que l'autorité du domicile des époux; en cas de domicile propre de la femme, celle du domicile du mari. Cf. ATF 81 II 417 cons. 3a.

munauté, réunis dans les mains du mari, avec les risques que cela fait courir à la femme, les responsabilités qui en résultent pour le mari, les déplacements de biens que cela entraîne (art. 201 al. 3, 195 al. 3, 215).

a) *Ouverture*. Les cas de séparation de biens légale (art. 182) n'appellent pas d'observation, pas plus que la séparation judiciaire à la demande des créanciers (art. 185).

Aux cas de séparation judiciaire à la demande de la femme (art. 183)¹⁶², nous voudrions voir ajouter celui de l'interdiction du mari. Si la femme n'est pas désignée comme tutrice de son époux pour gérer tous les biens matrimoniaux¹⁶³, on conçoit mal aujourd'hui qu'elle doive accepter l'autorité d'un tiers dans la gestion de sa fortune. L'union des biens n'est-elle pas une société qui doit prendre fin quand un associé est frappé d'interdiction (cp. art. 545 ch. 3 CO) ?

Nous introduirions encore une autre cause de séparation au bénéfice de la femme: le refus indu du mari de l'autoriser à disposer de ses biens matrimoniaux. L'interprétation des art. 202 et 203 révèle que la femme n'est pas dépouillée du droit d'agir elle-même relativement à ses apports, sauf qu'elle ne peut le faire sans le concours de son mari¹⁶⁴; pour le régime de communauté, l'art. 217 ne laisse pas planer de doute à ce sujet. Si donc la femme peut prendre des initiatives et que celles-ci se heurtent à l'incompréhension du mari, il se justifie, *de lege ferenda*, de lui permettre de provoquer la dissolution du régime¹⁶⁵. Nous accorderions à la

¹⁶² Dans le texte de l'art. 183 ch. 1, il faudrait remplacer le *et* par un *ou*: «... négliger de pourvoir à l'entretien de sa femme *ou* de ses enfants», conformément à l'ATF 41 II 19.

¹⁶³ Egger, art. 183 rem. 1; Gmür, art. 200 rem. 6a; Knapp, *Le régime*, nos 526 sv., p. 163–164.

¹⁶⁴ Egger, art. 203 rem. 3; Knapp, p. 130 n° 424.

¹⁶⁵ Cf. à ce sujet, Egger, art. 203 rem. 5; Knapp, p. 134 n° 440. On concède que la *ratio legis* de l'art. 184 ch. 2 est différente pour le mari; il s'agit de le débarrasser d'une administration qui devient impossible du fait de l'obstruction de sa femme.

femme la même faculté dans le cas où, sans raisons plausibles, son mari refuserait de consentir à ce qu'elle contractât un engagement¹⁶⁶.

Quant à la procédure, on pourrait préciser dans la loi que le for est celui de l'époux requérant¹⁶⁷.

b) Effets. La séparation de biens légale pour cause de faillite¹⁶⁸ produit ses effets de plein droit dès la délivrance des actes de défaut de biens (art. 186 al. 1); selon l'opinion dominante, elle est opposable aux tiers sans inscription au registre des régimes matrimoniaux¹⁶⁹. Mais elle «rétroagit au jour de l'acquisition, pour tout ce qui échoit aux époux à titre de succession ou autrement après la déclaration de faillite». Interprétant cette disposition, le Tribunal fédéral a estimé qu'elle présentait une lacune eu égard aux biens acquis par la femme avant la déclaration de faillite: il n'était nullement dans l'intention du législateur de comprendre les revenus intérimaires de ces biens dans la masse en faillite du mari et de les faire réaliser au profit de ses créanciers¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Cf. P. Steiner, Die persönlichen Schulden der Ehefrau nach dem Güterverbindungsrecht des ZGB, thèse Berne p. 35.

¹⁶⁷ Cf. ATF 74 II 11.

¹⁶⁸ En ce qui concerne la séparation de biens de l'art. 182 al. 2, on pourrait supprimer l'anomalie selon laquelle l'inscription est constitutive même dans les rapports internes, cf. Egger, art. 182 rem. 6.

¹⁶⁹ Dominante, mais point incontestée (cf. Schlatter, p. 10 sv.). Quoi qu'il en soit, *de lege ferenda*, il conviendrait de supprimer cette exception apportée au principe de l'art. 248. Il paraît excessif qu'en cas de changement de domicile des époux, les tiers doivent, en dépit de l'art. 250 al. 3, se laisser opposer une séparation de biens qui ne ressort pas du registre.

¹⁷⁰ ATF 68 III 42, «Si la loi ne dispose pas que les époux sont soumis au régime de la séparation de biens dès l'ouverture de la faillite, c'est uniquement parce que la procédure de faillite n'aboutit pas nécessairement à la délivrance d'actes de défaut de biens... La lacune qui existe à l'art. 186 CC s'explique par le fait que le législateur, en réglant aux art. 212 CC et 242 LP la reprise des apports de la femme, pensait avoir édicté toutes les dispositions nécessaires en la matière», ATF p. 46. Cf. aussi 68 III 122.

La revision consacrerait cette jurisprudence par une adjonction à l'art. 186 al. 1 disant p. ex. : «y compris le produit des biens acquis par la femme avant cette déclaration et demeurés sa propriété».

La séparation de biens judiciaire rétroagit au jour de la demande (art. 186 al. 2). Cette rétroactivité, qui n'est pas prévue pour la séparation de biens prononcée dans le cadre des art. 145, 155 et 170, doit être restreinte aux rapports internes¹⁷¹; la sécurité des transactions exige que l'inscription et la publication ne produisent leurs effets à l'égard des tiers que pour l'avenir; au besoin la loi aurait à le préciser.

Doctrine¹⁷² et jurisprudence¹⁷³ ont admis, sur la base de l'art. 189, que la liquidation consécutive à la séparation de biens légale ou judiciaire, comme celle qui a lieu ensuite de divorce (art. 154), se fait sans égard au régime matrimonial préexistant, en sorte que celui-ci est en quelque sorte aboli rétroactivement; ainsi la femme reprend en propres, pour autant qu'elles existent en nature, les valeurs passées dans la propriété du mari en vertu de l'art. 201 al 3. Si cette leçon est exacte, il faudrait écarter un malentendu qui résulte de la place de l'art. 189 sous la rubrique générale de «modification de régime» (marginale de l'art. 188), ce qui pourrait faire croire que la règle de la dissociation des biens matrimoniaux en leurs éléments originaires s'applique aussi en cas de séparation de biens conventionnelle¹⁷⁴. On dirait à l'art. 189 al. 1: «En cas de séparation de biens légale ou judiciaire, les biens matrimoniaux . . .»

¹⁷¹ Egger, art. 186 rem. 3. La question est controversée.

¹⁷² Egger, art. 189 rem. 2 sv., art. 154 rem. 3; Gmür, art. 189 rem. 5, art. 154 rem. 5 et 7. Cf. cependant Tuor, Code civil suisse 1950, p. 144 et 172; Dénéreaz, Le calcul du bénéfice de l'union conjugale dans le régime matrimonial légal, Lausanne 1946, p. 170 sv., Knapp, 289.

¹⁷³ ATF 40 II 169, 305; 41 II 323, 47 II 6, 129.

¹⁷⁴ Un changement conventionnel de régime, même par adoption de la séparation de biens, n'a pas d'effet rétroactif et il est douteux que les parties puissent directement le lui attribuer. Cf. Schlatter, op. cit. p. 154 sv.

c) *Révocation*. La séparation de biens pour cause de faillite (art. 182 al. 1) ou de perte dans la saisie (art. 185) ne devient pas caduque du seul fait que l'époux débiteur a désintéressé ses créanciers (art. 187 al. 1). Mais dans cette éventualité, le juge peut, à la requête d'un époux, révoquer la séparation en prescrivant le rétablissement du régime antérieur (art. 187 al. 2), lequel peut être un régime conventionnel. Dans les autres cas de séparation prononcée à la requête d'un époux, le juge peut certainement aussi prendre la même mesure, dès que les conditions qui ont motivé sa décision ont disparu¹⁷⁵. Mais les époux peuvent-ils, dans ces cas-là, supprimer par contrat de mariage la séparation de biens ordonnée en vertu des art. 182 al. 2, 183-184, 155 al. 2? La doctrine dominante répond par la négative¹⁷⁶, bien que la question ne soit pas limpide au regard du texte de la loi et des travaux préparatoires. *De lege ferenda*, rien ne s'oppose sérieusement à ce que, dans les hypothèses envisagées (à l'exclusion des cas des art. 182 al. 1 et 185), les époux séparés de biens par le juge concluent un contrat de mariage pour revenir à leur ancien régime ou en adopter un nouveau (ce que le juge ne peut faire)¹⁷⁷. La décision du juge, prise dans leur seul intérêt, n'a pas créé entre eux un état de droit qui serait soustrait à leur libre pouvoir de disposition. Pas plus que la séparation de corps judiciaire n'empêche les époux de reprendre la vie commune sans intervention du juge, la séparation de biens ne les prive de régler, d'un commun accord, sous le contrôle de l'autorité tutélaire, leurs rapports patrimoniaux. L'art. 187 devrait être remanié en conséquence¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Egger, art. 187 rem. 2 in fine.

¹⁷⁶ Egger, art. 187 rem. 3; Gmür, art. 187 rem. 8a; Contra: Droin, p. 336; Schlatter, p. 121 sv.

¹⁷⁷ Schlatter, p. 123 et 124 note 4.

¹⁷⁸ La même solution s'applique à la séparation de biens ordonnée à titre de mesure provisionnelle ou protectrice (art. 145, 155 al. 1, 170). Cf. Schlatter, p. 124.

2. Le régime légal subsidiaire est celui de la participation au bénéfice

Si les époux sont mariés sous le régime légal, la faillite de l'un doit demeurer sans effet sur ce régime. Les biens sont déjà séparés quant à la propriété et quant à l'administration. Le conjoint de l'époux en faillite, comme les créanciers de l'un ou l'autre époux, sont déjà à l'abri de tout risque; la séparation pure et simple ne leur apporterait aucun avantage. Il n'y a de même aucune raison pour que, lorsqu'une personne dont les créanciers sont porteurs d'actes de défaut de biens se marie (art. 182 al. 2), le régime des époux ne soit pas le régime légal. Enfin le créancier d'un époux soumis au régime légal peut d'emblée s'en prendre à tous les biens et revenus de biens appartenant à son débiteur et n'a pas à craindre les charges qu'entraîne pour celui-ci la gestion du patrimoine de son conjoint, de sorte que l'art. 185 (séparation de biens judiciaire à la demande des créanciers) devient aussi sans objet¹⁷⁹. Les art. 182 et 185 conservent leur raison d'être pour les époux unis ou communs en biens en vertu d'un contrat. Mais alors le régime légal de séparation avec participation suffit.

La séparation de biens judiciaire à la demande des époux est fonction, comme on l'a vu, d'un régime d'administration unique ou de confusion des patrimoines. Par rapport au régime légal proposé, la *ratio* des art. 183 et 184 disparaît aussi. En revanche, pour les motifs énoncés dans ces articles, les époux unis ou communs en biens en vertu d'un contrat pourront demander au juge de les soumettre au régime légal ordinaire.

Toutefois, dans certaines circonstances exceptionnelles, le régime de participation aux gains peut lui-même perdre sa raison d'être; ainsi, lorsqu'un époux viole ses devoirs résultant du mariage, compromet l'expectative de son con-

¹⁷⁹ Nous ne permettrons pas aux créanciers d'un époux de provoquer la dissolution du régime pour rendre exigible la créance de leur débiteur contre son conjoint. Cf. § 12 IVb.

joint, s'oppose inconsidérément à des actes de disposition sur les acquêts. Dans des hypothèses de ce genre, un des époux doit pouvoir demander la séparation de biens judiciaire. Dans cette mesure limitée, on aurait encore un régime extraordinaire¹⁸⁰.

III. Protection des créanciers en cas de modification du régime et de liquidation matrimoniale (art. 179 al. 3, art. 188)

L'adoption comme régime légal subsidiaire d'un système séparatiste aurait l'immense avantage de restreindre le champ d'application des règles destinées à garantir les droits des créanciers dans les liquidations matrimoniales. Le passage éventuel du régime de participation au régime de la séparation pure n'entraîne aucune modification du statut des biens des époux par rapport à leurs créanciers et n'implique de déplacement patrimonial qu'en vue du règlement du bénéfice. Resterait les liquidations résultant soit de la dissolution d'un régime conventionnel d'union ou de communauté, soit du passage du régime légal (ou du régime de séparation) à un de ces régimes conventionnels.

Les difficultés qu'a suscitées l'interprétation des art. 188 et 179 al. 3 sont familières au juriste suisse. La jurisprudence des années 1935 à 1940 a apporté de la clarté en cette matière¹⁸¹. Le rôle du législateur serait d'en consacrer les résultats essentiels moyennant certains correctifs.

¹⁸⁰ Cf. *projet français*, art. 361: «Après la célébration du mariage, chacun des époux peut demander en justice la séparation de biens lorsque l'application des règles du régime adopté ou du régime légal se révèle contraire à l'intérêt de la famille». *Projet allemand*, §§ 1385, 1386. Cf. ci-dessous, § 12 VI.

¹⁸¹ Elle a été étudiée systématiquement par le prof. Knapp dans un article de la *Revue de la société des juristes bernois*, 78 (1942), p. 337 sv., 80 (1944), p. 97 sv. La doctrine est aussi considérable. Cf. pour la période antérieure à 1936, Egger, *Kommentar* à l'art. 188. Voir en outre, J. A. Cuttat, *De l'influence des régimes matrimoniaux sur la poursuite dirigée contre la femme mariée*,

1. L'interprétation jurisprudentielle

Le système qui se dégage de la jurisprudence est en résumé le suivant :

a) L'art. 188¹⁸² ne protège pas les créanciers de chacun des fiancés contre l'adoption initiale d'un régime matrimonial quelconque¹⁸³.

b) L'art. 188 ne concerne que les changements de régime et les liquidations matrimoniales, à l'exclusion d'actes qui ne touchent pas au régime lui-même, comme les actes entre époux de l'art. 177 al. 2¹⁸⁴.

c) Malgré les termes généraux de l'art. 179 al. 3 («le contrat... ne peut porter atteinte aux droits que les tiers avaient sur les biens des époux»), le nouveau régime ou la liquidation matrimoniale produisent en principe leurs effets envers les créanciers anciens comme envers les nouveaux. Ceux-là doivent notamment accepter de voir s'augmenter le passif à la charge de la masse de biens qui les garantit, comme lorsque les apports de la femme sont transformés en biens réservés et que désormais les créanciers généraux de l'époux doivent souffrir le concours des créanciers réservataires¹⁸⁵. Ce à quoi s'oppose l'art. 188, c'est que des biens qui jusqu'alors garantissaient les droits des créanciers soient désormais soustraits à leur action.

d) Le principe du maintien de la garantie signifie d'abord que le changement de statut juridique d'un bien resté dans le patrimoine de l'époux débiteur n'est pas opposable à ses créanciers. Cette règle n'a de portée pratique que dans l'hypo-

thèse Berne 1932. Denzler, Die Liquidation der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten, thèse Zurich 1937; Schlatter, op. cit. p. 78 sv.

¹⁸² L'art. 179 al. 3 n'est en réalité qu'un cas d'application de l'art. 188 qui vise, entre autres, les changements de régime matrimonial opérés par contrat de mariage. Cf. Schlatter, p. 102.

¹⁸³ ATF 62 II 260.

¹⁸⁴ ATF 61 II 314 (donations entre époux).

¹⁸⁵ Demeure réservée l'action révocatoire. Cf. Schlatter, p. 172 sv. et p. 83 sv.

thèse de la transformation d'un bien réservé en apport (ou en bien commun)¹⁸⁶.

e) Quand le changement de régime ou la liquidation matrimoniale entraîne un transfert de biens, les créanciers disposent, pour sauvegarder leurs droits, de deux voies de droit:

aa) Une procédure de réintégration permettant de saisir, entre les mains de l'ancien propriétaire, des biens devenus la propriété de l'autre époux (art. 188 al. 1)¹⁸⁷. C'est alors dans l'action en contestation de l'art. 109 LP que se vide, entre le créancier et l'attributaire, le différend relatif au maintien de la garantie; le défendeur n'y est recherché qu'en tant que propriétaire des biens reçus, sur lesquels il ne répond pas de sa propre dette mais de la dette de son conjoint.

bb) Une action personnelle, accessoire et subsidiaire contre l'époux attributaire, qui ne répond toutefois qu'à concurrence de ce qu'il a reçu mais sur tous ses biens (dette limitée à garantie illimitée), art. 188 al. 2.

f) L'action révocatoire n'est pas donnée contre une liquidation entre époux découlant d'un changement de régime matrimonial¹⁸⁸. Il faut réserver les cas où la liquidation de

¹⁸⁶ ATF 45 II 110.

¹⁸⁷ ATF 65 II 108 ainsi qu'un arrêt *Banque commerciale d'Annecy*, non publié au recueil officiel mais paru dans la Semaine judiciaire 62 (1940) p. 161. – Le Tribunal fédéral se fonde sur l'art. 10 al. 1 ch. 2 et al. 2 ORI «qui a résolu affirmativement pour les immeubles, une question laissée indécise dans l'arrêt RO 45 II 115, à savoir si l'art. 188 al. 1 CC permet au créancier de saisir directement dans la poursuite contre l'époux débiteur, l'objet devenu la propriété de l'autre époux.» On ne peut douter que, dans la ligne de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la réintégration des meubles soit aussi possible, cf. Knapp article 1942, p. 355; Schlatter, p. 83.

¹⁸⁸ ATF 54 III 254; *Banque commerciale d'Annecy*, Sem. jud. 1940 p. 161: «Une action révocatoire tendant à soumettre à l'exécution dirigée contre l'époux débiteur les biens dont celui-ci s'est dessaisi en faveur de son conjoint n'a plus aucun objet. Car, du fait de l'aliénation, les biens ne sont nullement soustraits à l'action des créanciers. Ceux-ci ne sont pas lésés. La première condition d'un acte révocable fait donc défaut.»

biens serait fictive et ne servirait qu'à masquer des libéralités entre époux¹⁸⁹.

g) Quant à la créance de la femme mariée pour ses apports, qui a été éteinte par une liquidation matrimoniale, elle reprend vie dès le moment où les créanciers font valoir leurs droits résultant de l'art. 188. Dans le cas du premier alinéa, c'est-à-dire dans la procédure de réintégration, la femme a la possibilité de participer à la saisie de l'objet réintégré ou d'intervenir dans la faillite du mari pour sa créance d'apports privilégiée. Dans le cas du 2^{me} alinéa, c'est-à-dire lorsque la femme est recherchée personnellement en raison des biens reçus, elle peut opposer aux demandeurs, selon le rang légal des droits respectifs, la créance qu'elle avait contre son mari en raison de ses apports et qui devait être couverte par le transfert de biens opéré¹⁹⁰.

2. Linéaments d'une revision

Sur le vu de cette jurisprudence qui paraît stabilisée, les dispositions légales applicables pourraient être rédigées de façon plus explicite, sans que le législateur soit appelé à trancher toutes les controverses.

L'art. 179 al. 3 qui fait double emploi avec l'art. 188 et qui, dans sa rédaction actuelle, prête à malentendu, devrait être supprimé.

La loi poserait d'abord, comme actuellement, la règle générale que les changements de 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 (art. 188 al. 1). Elle viserait ensuite spécialement les cas – qui sont les plus importants – où ces changements de régime et ces liquidations entraînent un transfert de biens entre époux. A cet égard le système jurisprudentiel des deux voies ouvertes aux créanciers ne laisse pas d'être curieux. D'une part, la loi

¹⁸⁹ ATF 63 III 27.

¹⁹⁰ ATF 66 II 4 (65 II 110).

assureraient aux créanciers le maintien de leur garantie sur les biens transférés, qu'ils ont la faculté de faire réintégrer; d'autre part, elle leur donnerait, indépendamment de cette garantie objective, un nouveau débiteur qui répond personnellement envers eux, dans une mesure il est vrai limitée, mais sur son patrimoine propre tout entier. *De lege lata*, malgré les termes de l'art. 188 al. 2, notamment du texte français («est personnellement tenu»), cette interprétation est discutable¹⁹¹. Il paraît difficile de rompre le rapport de l'al. 2 avec l'al. 1^{er} et d'admettre que, selon le libre choix du créancier, la position de l'époux attributaire diffère juridiquement du tout au tout. A tout le moins devrait-on retenir une dette personnelle mais à garantie limitée aux valeurs reçues, comme la responsabilité de la femme unie en biens pour les dettes réservataires¹⁹². *De lege ferenda*, il conviendrait d'assurer l'unité du système et de s'en tenir à l'idée du maintien de la garantie au profit des créanciers. Il est proprement anormal que, sauf les obligations spéciales attachées à un objet déterminé («obligationes propter rem», comme le droit de préemption annoté au registre foncier), l'acquisition de biens quelconques entraîne une responsabilité personnelle de l'acquéreur pour les dettes dont l'aliénateur répond sur lesdits biens. La responsabilité de l'époux attributaire ne peut être qu'objective, c.-à-d. qu'il ne sera garant des dettes grevant les biens passés en ses mains que sur la substance ou la valeur de ceux-ci, avec

¹⁹¹ Cf. les critiques pertinentes de Schlatter, p. 84 sv. spécialement p. 90 sv.

¹⁹² Schlatter, p. 91 qui nie en définitive, avec Vogel, RSJB 50 p. 126, et Held, RSJ 19 p. 38 sv. l'existence d'une telle dette personnelle. La formulation de l'al. 2 aurait dépassé les intentions du législateur, si l'on se reporte aux travaux préparatoires, notamment à l'avant-projet de 1893, art. 126:

«Une liquidation ou un changement de régime ont-ils pour conséquence de faire passer entre les mains de l'un des époux certains biens de l'autre ou de la communauté ensuite de partage des bénéfices ou de la masse commune, ces biens continuent de servir aux créanciers qu'ils garantissaient précédemment».

la faculté de se libérer de cette responsabilité en restituant ce qu'il a reçu à son conjoint ou aux créanciers de ce dernier ¹⁹³. A vrai dire, la garantie limitée disparaît lorsque les biens transférés cessent d'exister en nature, sous réserve de l'application des règles sur la subrogation réelle. En revanche, l'époux attributaire, qui n'a acquis ces valeurs que grevées de dettes, s'enrichit illégitimement, voire commet un acte illicite s'il les mélange au reste de son patrimoine, s'il les aliène (peut-être même à titre gratuit)¹⁹⁴.

Le système de la double voie serait en lui-même maintenu. La responsabilité purement objective de l'époux (ou de la communauté) attributaire peut être mise en œuvre de deux manières : par une poursuite contre l'époux débiteur avec réintégration des biens transférés ; par une poursuite contre l'époux attributaire, analogue à celle qui est dirigée contre le tiers constituant du gage¹⁹⁵, et tendant uniquement à la réalisation des biens reçus.

La loi réserverait enfin, pour l'une et l'autre procédures, les droits de l'attributaire dérivant du régime matrimonial sur les biens objet de l'exécution, dans le sens de la jurisprudence ^{195 bis}.

IV. Les biens réservés

L'institution des biens réservés est liée au mouvement d'émancipation de la femme mariée. Il s'est agi d'assurer l'indépendance de l'épouse en sortant certains de ses biens – surtout le produit de son travail – de la masse des biens

¹⁹³ Selon l'arrêt du T.F. non publié *Minoteries de Flamatt* du 12 juin 1941, cité par Knapp, RSJB p. 108, l'époux attributaire est aussi libéré s'il remet les biens à un créancier déterminé de son conjoint (selon la règle : « Wer zuerst kommt, der mahlt zuerst »).

¹⁹⁴ Schlatter, p. 186–187.

¹⁹⁵ Ce qui impliquerait que l'époux débiteur soit toujours en même temps poursuivi. Cf. sur ces problèmes de procédure, Schlatter, p. 205 sv.

^{195 bis} La question des rapports entre l'art. 188 CC et les art. 285 sv. LP doit être abandonnée à la doctrine et à la jurisprudence.

matrimoniaux soumis à l'administration maritale, pour les laisser à sa libre disposition. Les biens réservés restent, en droit positif suisse, essentiellement un moyen de sauvegarde pour la femme. Si le mari a aussi des biens réservés, on sait que, en raison des règles du régime matrimonial, ils ont beaucoup moins d'importance juridique que ceux de l'épouse, sans compter que certains biens ne sont réservés que pour elle (art. 191 ch. 2 et 3). Mais à mesure que la position de la femme mariée s'améliore sur le plan des rapports personnels des époux comme sur celui de leurs rapports pécuniaires, les biens réservés n'ont plus, comme mesure de protection féminine, la même raison d'être. Ils peuvent même entrer en conflit avec l'idée de la communauté d'intérêts entre époux.

Dans la perspective d'une refonte du droit matrimonial, notamment si l'on adopte pour régime légal ordinaire le régime de participation au bénéfice, l'institution des biens réservés doit être reconsidérée. Mais même dans l'éventualité du maintien du système actuel, diverses améliorations peuvent être envisagées.

1. Réformes dans le cadre du système actuel

A. Constitution des biens réservés

a) Contrat de mariage et libéralités de tiers (art. 190 al. 1 et 2)

Nous proposons la suppression de la règle de l'art. 190 al. 2 selon laquelle les biens réservés ne peuvent comprendre la réserve héréditaire à laquelle un des époux a droit dans la succession de ses parents, éventuellement l'énonciation formelle de la règle contraire. Si l'on permet – justement – à l'auteur d'une libéralité faite à un époux d'influer sur le statut matrimonial des biens cédés, on voit mal pourquoi, dans le cas de loin le plus fréquent, celui de la succession des parents, ceux-ci ne pourraient prendre une telle décision. Il est exact que, théoriquement, la clause de biens réservés est une charge incompatible avec la notion de réserve

héréditaire, puisqu'elle prive les époux d'organiser à leur guise le régime des biens échus¹⁹⁶. Mais pour les considérations mêmes qui ont fait admettre la constitution de biens réservés par libéralités de tiers (désir d'assurer l'autonomie financière de la femme, souci de mettre la fortune féminine à l'abri de l'inexpérience ou de la légèreté maritale), nous voudrions, *de lege ferenda*, apporter ici une atténuation à l'intangibilité de la réserve héréditaire¹⁹⁷. Le sacrifice de l'expectative du mari sur les revenus, voire sur la substance des biens héréditaires (art. 201 al. 3, art. 215), n'est pas plus grave que lorsque le juge prononce la séparation judiciaire à la requête d'un créancier de la femme. Si le mari se voit privé de la jouissance directe de certains biens de son épouse, il a le droit d'exiger la contribution équitable aux charges du mariage (art. 192 et 242). Quant aux créanciers des époux (créanciers du mari qui comptent sur les revenus des biens hérités par la femme, créanciers généraux de la femme qui craignent le concours des créanciers réservataires), pourquoi leurs intérêts seraient-ils pris en considération, alors qu'ils n'ont aucun moyen de s'opposer à l'adoption initiale d'un régime de séparation de biens (ce à quoi revient la clause de biens réservés) ?

b) Biens réservés légaux

aa) Effets personnels des époux (ch. 1). – On pourrait être tenté d'y ajouter, en ce qui concerne la femme, l'argent de poche ou «les épingles» (non pas l'argent du ménage) que le mari doit lui remettre pour ses besoins personnels en vertu de son devoir d'entretien¹⁹⁸.

¹⁹⁶ Mindlin, *Das Sondergut der Ehegatten*, thèse Zurich 1940, p. 47.

¹⁹⁷ A l'instar du droit allemand, § 1369 BGB. Voir les critiques adressées à l'art. 190 al. 2 CC par Subilia, *Des biens réservés des époux dans le Code civil suisse*, thèse Lausanne 1917, n° 122; pour Egger, art. 190 rem. 14, la justification de la disposition est problématique. Contra, Mindlin, loc. cit.

¹⁹⁸ Cf. Egger, art. 191 rem. 3; Mindlin, p. 10.

bb) Biens professionnels ou industriels de la femme (ch. 2). On devrait préciser, dans le sens de l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle¹⁹⁹, qu'il s'agit de biens de la femme (éventuellement de biens communs?), mis à sa disposition pour l'exercice, à titre indépendant et avec le consentement de son mari, d'une profession ou d'une industrie.

cc) Produit du travail de la femme en dehors de son activité domestique (ch. 3). – La loi entend le produit de tout travail, même non proprement professionnel, même non autorisé par le mari²⁰⁰. Mais on pourrait mentionner dans le ch.3, comme l'application la plus importante, le résultat de l'activité professionnelle ou industrielle, qui ne tombe pas directement, à notre sens, sous le coup du ch. 2, dans la mesure précisément où il est fonction du travail, et non seulement du capital d'exploitation²⁰¹.

c) Autres biens réservés légaux

Les auteurs admettent l'existence de biens réservés autres que ceux énumérés par les art. 190 et 191. Le législateur devrait du moins fixer les points acquis, sans fermer la voie à l'admission d'autres catégories controversées²⁰².

aa) Les succédanés de droits de la personnalité, c'est-à-dire les dommages-intérêts et les indemnités pour tort moral dus à raison de lésions corporelles ou d'atteinte à d'autres intérêts personnels, voire les pensions d'invalidité ou de retraite²⁰³. Ces biens sont réservés tant pour le mari que pour la femme.

¹⁹⁹ Cf. Egger, art. 191 rem. 7 sv.; Gmür, art. 191 rem. 12 sv.; Mindlin, p. 11 sv.; ATF 66 II 229.

²⁰⁰ Egger, art. 191 rem. 16; Mindlin, p. 19.

²⁰¹ Contra: Gmür, art. 191 rem. 24–25; Egger, art. 191 rem. 9.

²⁰² Cf. Gmür, art. 191 rem. 13–21; Egger, art. 190 rem. 5, 192 rem. 2, Subilia, nos 123 sv.; Genner, *Das Surrogationsprinzip und seine Anwendung beim Sondergut und beim eingebrachten Gut*, thèse Zurich 1932, chap. III; Mindlin, p. 22 sv.

²⁰³ Cf. Knapp, n° 154 pour les assurances-maladie, maternité, invalidité, vieillesse, même si les primes sont payées au moyen des

bb) Les sommes retirées par la femme de sa participation à la saisie. Ces sommes non seulement sont soustraites à l'action des créanciers du mari, mais doivent devenir réservées pour la femme, de façon qu'elles ne retombent pas dans la propriété du mari (art. 201 al. 3) ou de la communauté²⁰⁴. Une adjonction serait apportée en conséquence à l'art. 188 al. 3.

cc) Les fruits naturels et civils des biens réservés. Cela résulte de la jouissance que l'époux a de ces biens (art. 242, 245 al. 1).

dd) Les biens qui remplacent des biens réservés. – La théorie de la subrogation patrimoniale doit être abandonnée à la doctrine²⁰⁵. Mais le législateur pourrait soit risquer une formule générale comme le § 1370 BGB²⁰⁶, soit, à la manière

deniers maritaux; ces assurances sont aujourd'hui impliquées par l'entretien de la famille; les sommes assurées sont biens réservés comme les vêtements du conjoint qui les porte. En ce qui concerne l'assurance-vieillesse fédérale, cf. I. Stiffel, *Familienrechtliche Auswirkungen der AHV*, RSJ (SJZ) 51 (1955) p. 133 sv.

²⁰⁴ Egger, art. 188 rem. 18; Gmür, art. 188 rem. 28.

²⁰⁵ Cf. Girsberger, *Die dingliche Surrogation*, thèse Zurich 1955. Cet auteur montre de façon convaincante que l'idée même de patrimoine – le patrimoine séparé étant identique, dans sa nature, au patrimoine général – suffit à expliquer la substitution juridique d'un bien à un autre, sans qu'on doive recourir à la notion de la subrogation réelle, telle que la consacrent les art. 750 al. 3, 774 al. 2, 721 al. 3 CC et 57 LCA. Il est normal que l'administrateur d'un patrimoine aliène des valeurs qui y sont comprises pour en acquérir d'autres; le patrimoine reste semblable à lui-même. Tout ce qui se développe juridiquement à partir du patrimoine séparé doit lui revenir. Les actes d'administration faits dans le domaine propre de ce patrimoine doivent nécessairement produire leurs effets à son égard (p. 36 sv.). La «subrogation patrimoniale» est l'expression du fait qu'un patrimoine peut être modifié dans sa consistance par des actes de son titulaire. Pour un patrimoine spécial, il faut pour cela, selon la leçon des pandectistes, que ces actes soient objectivement et subjectivement en rapport avec ce patrimoine (p. 45).

²⁰⁶ «Vorbehaltsgut ist, was die Frau auf Grund eines zu ihrem Vorbehaltsgute gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zer-

française, viser certains cas particuliers²⁰⁷. Ces règles s'appliqueraient d'ailleurs, sous réserve de prescriptions spéciales, à toutes les masses de biens constitutives d'un régime. Elles auraient à figurer dans les dispositions générales sur les régimes matrimoniaux.

B. Régime des biens réservés

A ce sujet, la loi renvoie aux règles de la séparation de biens (art. 192). Ce renvoi pourrait être pur et simple, sans même une allusion à la contribution de la femme aux charges du mariage. On supprimerait en tout cas le 2^e alinéa qui a fait penser que, sur le produit de son travail, le devoir de contribution de la femme n'était pas le même que sur ses autres biens réservés²⁰⁸. *De lege ferenda*, une discrimination, qui est étrangère à la séparation de biens (art. 246), ne se justifie en tout cas pas^{209, 210}.

störung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Vorbehaltsgute gehörenden Gegenstandes oder durch ein Rechtsgeschäft erwirbt, das sich auf das Vorbehaltsgut bezieht».

²⁰⁷ Au sujet des propres dans la communauté légale, le *projet français* a plusieurs dispositions visant la subrogation patrimoniale:

Art. 372: «Est propre la créance du prix de vente ou d'une soulte d'échange ou de partage d'un bien propre. Il en est de même de la créance d'une indemnité d'assurance ou de dommages-intérêts pour préjudice causé à un bien propre.»

Art. 373: «Est propre le bien acquis en échange d'un bien appartenant en propre à l'un des époux sauf récompense...»

Art. 376: «Le bien acquis par l'un des époux en emploi de deniers qui lui sont propres ou en remploi du prix de biens propres, reste propre si, lors de l'acquisition, il a été déclaré qu'elle était faite au moyen de ces deniers ou de ce prix et pour tenir lieu d'emploi ou de remploi.»

Si l'emploi ou le remploi est fait par anticipation, le bien acquis est propre sous la condition que les deniers propres ou le prix de vente des biens propres aient été versés à la communauté avant la liquidation de celle-ci.»

²⁰⁸ Aggravé («verabsolutiert») ATF 63 III 109, ou au contraire atténué, «subsidiarisé» en raison des termes «en tant que besoin», ce que nie l'ATF 73 II 98.

²⁰⁹ La question relève d'ailleurs des effets généraux du mariage;

Si l'institution des biens réservés répond au besoin d'assurer l'indépendance de la femme, voire du mari dans la communauté de biens, elle est toutefois en contradiction avec l'idée de participation de chacun aux gains de l'union conjugale, telle qu'elle est réalisée non seulement dans les régimes de communauté, mais aussi dans celui de l'union des biens. On a déjà relevé le déséquilibre du système²¹¹ : la femme qui exerce une profession ou une industrie garde pour elle tout le produit accumulé de son travail, tandis qu'elle participe aux économies réalisées par son mari. Ce privilège de la femme est injustifiable, même compte tenu de ce que la répartition du bénéfice est inégale selon l'art. 214 al. 1. La loi française du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée est plus sage ; «s'il y a communauté ou société d'acquêts, les biens réservés entreront dans le partage du fonds commun» (art. 5), en sorte que la séparation ne s'applique qu'à la gestion durant le régime²¹². Les époux qui exercent tous deux une activité rémunératrice ont un moyen de remédier à la situation créée par la loi suisse : c'est d'adopter la séparation de biens. Mais ils n'y penseront généralement pas et, de plus, c'est sacrifier l'idée juste de la participation. Il vaut mieux consacrer la solution à laquelle des conjoints raisonnables se seraient généralement attendus : faire entrer dans le calcul du bénéfice (ou

il ne peut s'agir que d'un rappel du devoir réciproque d'entretien des époux.

²¹⁰ Le régime de la *preuve* est naturellement différent pour les biens réservés de ce qu'il est pour les séparés. Les biens réservés sont l'exception par rapport aux biens matrimoniaux (apports et acquêts ou biens communs) des régimes d'union ou de communauté. L'art. 193 doit être maintenu. Mais, comme la présomption de biens matrimoniaux vaut aussi à l'égard des tiers, il faudrait dire : «La qualité de bien réservé doit être établie par celui qui l'allègue».

²¹¹ E. L. Martin, aux débats de 1928, RDS 231 a ; Egger, art. 191 rem. 1.

²¹² Le projet français supprime les biens réservés comme tels, sauf le droit pour chaque époux de percevoir ses gains et salaires et d'en disposer librement (art. 327). V. Motifs, p. 109.

intégrer à la masse commune lors de la dissolution) le revenu des biens servant à l'exercice de la profession ou de l'industrie de la femme, ainsi que les économies qu'elle a réalisées sur le produit de son travail. La solution devrait même, en ce qui concerne les revenus, être étendue, tant pour le mari que pour la femme, à tout ce que produisent les biens réservés légaux (p. ex. intérêts d'un capital alloué pour lésions corporelles)²¹³. En revanche, selon l'intention présumable des parties, le revenu des biens réservés constitués par contrat de mariage ou libéralités de tiers n'entrerait pas dans la formation du bénéfice ni dans la masse commune.

2. Les biens réservés dans le système du régime légal de la participation au bénéfice

Les biens réservés légaux au sens du droit actuel (sauf le produit du travail des époux) sont des propres. La qualité de bien réservé constitué par contrat de mariage ou par libéralités de tiers a pour seul effet que les revenus de ces biens ne font pas partie des acquêts soumis à partage. En revanche les fruits naturels et civils des biens réservés légaux, ainsi que le produit du travail des époux constituent des acquêts. La notion de biens réservés légaux est donc sans objet sous le régime de la participation au bénéfice. Un contrat de séparation est nécessaire pour faire échapper tout ou partie des acquêts à la répartition finale.

En revanche, l'institution des biens réservés conserve son sens (sauf l'intégration du produit du travail de la femme et du revenu des biens réservés légaux dans les acquêts) dans les régimes conventionnels d'union des biens et de communauté de biens²¹⁴.

²¹³ La règle n'aurait évidemment guère d'application pratique pour les effets d'usage personnel.

²¹⁴ Du point de vue de la technique législative, seules figure-raient dans les dispositions générales les règles sur les biens réservés volontaires (éventuellement sur les effets à l'usage personnel des époux). Les règles sur les (autres) biens réservés légaux auraient leur place dans la réglementation des régimes conventionnels, puisque ces biens n'auraient d'intérêt que pour ces régimes.

CHAPITRE III

L'union des biens

Dans notre perspective, l'union des biens deviendrait un régime conventionnel. Mais, en raison de la liberté relative du contrat de mariage (art. 179 al. 2), elle demeurerait organisée par la loi. De ce point de vue déjà, il se justifie d'envisager les améliorations qui pourraient lui être apportées. Mais il convient plus encore de se préoccuper de ces réformes, pour l'éventualité où l'union des biens demeurerait le régime légal.

A vrai dire, sous l'angle du postulat que nous avons adopté en principe, celui de l'égalité de droit entre les époux, le régime de l'union des biens est foncièrement inamendable, puisqu'il repose par définition sur la prépondérance du mari, investi de l'administration et de la jouissance des apports de sa femme. Cependant, d'une part, il est peut-être possible, sans faire violence au système, de renforcer la position de l'épouse. D'autre part, à la suite des expériences faites et des nombreux travaux qui ont paru sur le sujet, la technique même de l'institution paraît susceptible de divers perfectionnements. A cet égard, nous nous inspirerons largement du maître-ouvrage laissé par le professeur *Knapp*, *Le régime matrimonial de l'union des biens* (Neuchâtel 1956), qui est une véritable somme de la matière. Nous ne saurions évidemment, dans le cadre de ce rapport, aborder tous les problèmes qui donneraient prise à une solution législative. Nous nous arrêterons à ceux qui nous paraissent les plus importants, conscient de ce que notre choix pourra avoir d'arbitraire²¹⁵.

²¹⁵ Pour être conséquent, nous aurions dû commencer par exposer le système que nous préconisons comme régime subsidiaire, celui de la participation au bénéfice. Si nous nous en tenons à l'ordre légal actuel, c'est parce que l'union des biens forme le cadre familial dans lequel le juriste suisse a coutume de considérer les problèmes du droit matrimonial, qui se posent de façon analogue dans tous les régimes. Cette méthode nous permettra de traiter plus succinctement des autres systèmes, y compris le nouveau régime proposé.

§ 6. La structure patrimoniale de l'union des biens

I. La structure générale du régime

Les art. 194 et 195 sont fondés sur la distinction entre les biens matrimoniaux et les biens réservés. *Les biens matrimoniaux* sont, exactement, «les biens que les époux ont au moment de leur entrée dans le régime de l'union et ceux qu'ils acquièrent pendant celui-ci»²¹⁶. *Les biens réservés* sont ceux qui sont définis dans les art. 190 et 191. La loi n'excepte apparemment des biens matrimoniaux que les biens réservés de la femme (art. 194 al. 2), mais les biens réservés du mari en sont aussi exclus²¹⁷. La loi révisée aurait à le dire.

Les biens matrimoniaux comprennent des *apports* et des *acquêts*.

Le mari, comme la femme, a des *apports*²¹⁸. Il conviendrait que cela ressortît de la loi, qui donnerait une définition générale de cette catégorie de biens (art. 195 al. 1). Les apports sont les biens qui appartiennent aux époux à l'entrée en vigueur du régime et ceux qui leur échoient pendant celui-ci par succession ou à quelque (autre) titre gratuit²¹⁹. Les produits des apports (comme les remplois) constituent normalement de nouveau des apports; c'est vrai pour le mari, non pour la femme, puisque les fruits naturels et civils de ses apports deviennent propriété du mari (art. 195 al. 3).

Sont *acquêts* les biens acquis à titre onéreux pendant le mariage. L'art. 195 al. 2 veut qu'ils soient la propriété du mari. Mais il peut arriver qu'ils appartiennent à la femme, auquel cas leur statut est incertain (ci-dessous II 1 et III 2). Parmi les acquêts du mari figurent les produits des apports de la femme.

²¹⁶ Knapp, n° 5.

²¹⁷ La doctrine est quasi unanime: Gmür, art. 194 rem. 17; Egger, art. 194 rem. 3; Knapp, nos 13 sv.

²¹⁸ ATF 50 II 433.

²¹⁹ La formule «à quelque autre titre gratuit» semble impliquer que la succession acquise à titre onéreux ne serait pas constitutive d'apports, cf. Knapp, nos 34–36.

Rappelons, en ce qui concerne les *biens réservés*, que, selon notre suggestion, le produit du travail de la femme et les revenus des biens réservés légaux sont, sauf convention contraire, compris dans le calcul du bénéfice. Ils constituent à cet égard des acquêts.

II. Les apports

1. Apports de la femme

L'exégèse de la notion d'apports sort du cadre de cette étude. La définition légale est incomplète en ce qu'elle n'englobe pas les créances de récompense de la femme en tant que titulaire du patrimoine d'apports (art. 200, 201, 209); on ne peut guère contester que ces créances fassent partie dudit patrimoine, encore que les droits du mari ne puissent pratiquement s'exercer sur ces avoirs²²⁰.

La notion ne recouvre pas non plus les biens acquis par la femme, pendant le régime, à titre onéreux, autrement qu'en remploi de ses apports ou de ses biens réservés (immeubles inscrits comme sa propriété, carnets d'épargne, papiers-valeurs établis en son nom). Que la femme unie en biens qui achète personnellement un immeuble au moyen de deniers mis à disposition par le mari (acquêts, apports ou biens réservés maritaux) devienne réellement propriétaire par l'inscription au registre foncier, cela n'est pas douteux. Mais le statut juridique de cette acquisition a embarrassé la jurisprudence. Le Tribunal fédéral a d'abord considéré que l'immeuble constituait un acquêt²²¹; puis il a reconnu que la femme ne peut avoir que des biens réservés ou des apports, mais ne s'est pas prononcé pour l'une ou l'autre des qualifications²²². *De lege lata*, puisque «tertium non datur», l'acquisition ne peut, il est vrai, être qu'un apport. Cependant,

²²⁰ Egger, art. 195 rem. 3; Knapp, nos 83 sv. Contra: Gmür, art. 195 rem. 34.

²²¹ ATF 74 II 145.

²²² Arrêt Waltisberger du 29 novembre 1951, ZBGR 35 (1954) p. 323; cf. aussi ATF 61 III 80.

en tout cas si elle est payée – ce qui sera le cas le plus fréquent – au moyen d’acquêts matrimoniaux et qu’elle ait de ce fait le caractère d’une avance sur part au bénéfice futur²²³, la qualification d’apport semble peu adéquate. Elle explique que le mari administre le bien et en jouisse, la femme n’en pouvant disposer seule, pas plus que son conjoint. Mais qu’est-ce qu’un apport que son propriétaire ne peut pas reprendre sans autre à la dissolution et dont la valeur entre dans le calcul du bénéfice? *De lege ferenda*, nous proposons, pour rester dans l’esprit de l’union des biens, que les acquêts de la femme, dont on ne peut nier l’existence, soient néanmoins, pendant le régime, assimilés à ses apports quant à leur gestion et à leur jouissance (ci-dessous § 7 II); mais à la dissolution, ils seront traités comme les acquêts du mari.

2. Apports du mari

a) Ils comprennent d’abord les biens mêmes qui, dans le patrimoine de la femme, sont *apports*.

b) Ils comprennent ensuite les *biens fongibles* de la femme visés par l’art. 201 al. 3²²⁴. Cette règle, qui s’apparente à celle de l’art. 772 pour l’usufruit des choses consommables, est inséparable du système de la jouissance maritale sur des biens qui, de leur nature, se mêlent aux biens du même genre possédés par l’usufruitier (cp. § 1377 BGB)²²⁵.

Parmi les biens énumérés à l’art. 201 al. 3, ce sont avant tout les «titres au porteur non individualisés», comme les désigne le texte français, qui ont soulevé des difficultés d’interprétation. Le texte allemand parle de «titres au porteur qui n’ont été déterminés que par leur genre» («die

²²³ Cf. Knapp, nos 77–79. ATF 62 II 12, 74 II 148.

²²⁴ Cette règle, qui vise la composition patrimoniale du régime, ne devrait pas être reléguée dans l’article relatif à la jouissance du mari, cf. Knapp, p. 80 note 63.

²²⁵ Cf. Knapp, n° 93. Il y aurait aussi l’idée que le mari doit supporter les risques de dépréciation, ATF 47 II 132.

nur der Gattung nach bestimmt worden sind)»²²⁶. Sans vouloir entrer dans la controverse, nous pensons qu'il faudrait faire concorder les textes. La doctrine dominante²²⁷ et le Tribunal fédéral²²⁸ se fondent sur le texte allemand pour admettre la leçon suivante :

Les titres au porteur dont il s'agit doivent avoir le caractère de fongibles, de «vertretbare Sachen», dans la conception générale des affaires (titres émis en série, p.ex.). Mais ce critère objectif ne suffit pas. Il faut que les époux eux-mêmes aient attribué à ces titres un caractère générique. C'est ainsi l'accord des conjoints qui décidera s'ils passeront dans la propriété du mari. Dès le moment qu'ils sont des fongibles, cet accord pourra être présumé. Mais chaque époux pourra établir que, par une déclaration expresse ou des actes concluants, il a manifesté sa volonté que les titres ne deviennent pas des choses de genre. En ce sens, l'individualisation est unilatérale.

Le texte français autorise une autre interprétation. Les titres au porteur qui ont le caractère de fongibles appartiennent au mari tant qu'ils ne sont pas individualisés. Ils sont en quelque sorte d'emblée des choses de genre. Pour qu'ils cessent de l'être, il faut qu'ils soient individualisés d'un commun accord; ni le veto de la femme, ni celui du mari n'empêchent le transfert (individualisation bilatérale)²²⁹.

De lege ferenda en tout cas²³⁰, nous optons pour la pre-

²²⁶ Contrairement à ce que croit Knapp, le texte italien «titoli al portatore indicati soltanto nella specie» a certainement voulu rendre le texte allemand. Dans l'art. 71 CO, «genre» est aussi rendu par «specie».

²²⁷ Gmür, art. 201 rem. 29 sv.; Egger, rem. 13-14; Rossel et Mentha, Manuel de droit civil suisse, 2^e édit. Lausanne 1922, I n^o 476 bis.

²²⁸ ATF 41 II 11, 47 II 137, 57 II 447, 63 II 225.

²²⁹ Knapp, n^{os} 106 sv., spécialement n^{os} 114-120.

²³⁰ *De lege lata* déjà, la première interprétation mérite la préférence. La règle a été pensée en allemand, de sorte qu'il est difficile

mière interprétation qui seule sauvegarde l'autonomie des époux. Il est en particulier inacceptable que la femme ne puisse pas empêcher unilatéralement que ses titres passent dans la propriété du mari. Il convient donc, pour éviter la seconde interprétation, de faire concorder le texte français avec le texte allemand: «titres au porteur qui n'ont été déterminés que par leur genre».

III. Les acquêts

1. Acquêts de la femme

Ce sont les biens acquis par la femme pendant le régime, à titre onéreux et autrement qu'en remploi (ou emploi) de ses apports ou biens réservés²³¹.

Le produit du travail de la femme et les revenus de ses biens réservés légaux constituent, en soi, aussi des acquêts. Mais, selon le droit en vigueur, ils échappent aux règles de l'union des biens. Dans le système proposé (ci-dessus chap. II § 4 IV p. 507a), ils resteraient des biens réservés, sauf à être compris dans le calcul du bénéfice à la dissolution.

d'écarter le texte établi en cette langue. Ce texte opère avec une notion technique, celle du genre (cf. art. 71 CO), que la doctrine distingue du fongible en insistant sur la portée de la volonté des parties pour la détermination du *genus* (p. ex. von Tuhr-Siegwart, Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, Zurich 1942/1944, I p. 419). Comment ne pas voir dans la spécification «nur der Gattung nach» une précision apportée à la notion de fongibles, qui empêche de l'interpréter dans un sens uniquement objectif? A notre avis, cette précision doit s'étendre aux «autres choses fongibles» de l'art. 201 al. 3; elles doivent aussi être entendues dans le sens de choses de genre, comme p. ex. les choses fongibles de l'art. 206 CO, cf. Oser/Schoenenberger, Kommentar zum Obligationenrecht, Zurich 1936, art. 206 rem. 2. Elles doivent aussi pouvoir être individualisées unilatéralement.

²³¹ S'ils ont été acquis en partie au moyen d'apports ou de biens réservés maritaux, la femme devra sur cette masse une récompense à son mari. L'excédent de valeur représentera l'acquêt net, qui entrera dans le calcul du bénéfice.

2. Acquêts du mari

Ils comprennent :

a) le produit du travail du mari²³² et les revenus de ses apports (mais non les revenus de ses biens réservés légaux²³³).

b) les fruits naturels et civils des apports de la femme (art. 195 al. 3),

c) les acquisitions faites à titre onéreux au moyen des biens susdits (a et b),

d) les fruits naturels et civils de ces acquisitions.

Il n'est pas nécessaire que la loi définisse les acquêts du mari de cette manière. Mais on pourrait faire ressortir que ce sont ceux des biens matrimoniaux, propriété du mari, qui ne sont pas ses apports²³⁴.

IV. La subrogation patrimoniale

L'image des diverses masses de biens dans le régime de l'union n'est pas complète si l'on ne tient compte du renouvellement qui se produit dans chacune de ces masses par l'effet de la subrogation patrimoniale. Comme nous l'avons suggéré (p. 505a), des règles communes seraient édictées à ce sujet dans la partie générale²³⁵.

Pour ce qui est du remploi²³⁶, il revêt naturellement une

²³² Voire de la femme, dans son activité domestique et par-domestique, Knapp, n° 131.

²³³ Ces revenus seraient, selon notre proposition, réunis à la masse des acquêts lors de la dissolution.

²³⁴ Knapp, n° 91.

²³⁵ La jurisprudence étend l'application de l'art. 196 al. 2 aux apports maritaux (ATF 75 II 27); Knapp étudie dans son chapitre IV «le renouvellement des apports mulièbres et maritaux». Mais la substitution d'un bien à un autre peut s'opérer au sein de la masse des acquêts.

²³⁶ Le remploi désigne les acquisitions faites pour remplacer un bien aliéné ou un bien détruit ou détérioré (remplacement ensuite d'aliénation, remplacement ensuite de perte ou de détérioration, selon la distinction adoptée par Knapp, nos 161 sv.). La notion de subro-

importance particulière pour la femme, puisqu'il est destiné à lui assurer la conservation de ses propres. De plus, la subrogation patrimoniale offre ici cette particularité qu'elle n'est pas opérée par le titulaire du patrimoine, mais par le mari administrateur. On aurait donc des raisons suffisantes de consacrer au remploi d'apports féminins une disposition spéciale. Mais celle-ci devrait être conçue en termes très généraux, car il paraît impossible de trancher par voie législative les nombreuses controverses qu'a suscitées ce point²³⁷. La loi pourrait se borner à dire: «Les acquisitions faites pendant le régime par le mari²³⁸ en vue de remplacer des apports de la femme qui ont été aliénés ou qui ont été détruits ou détériorés deviennent des apports, sauf application d'autres règles du régime matrimonial»²³⁹. La question serait ainsi transportée du plan de la preuve (art. 196) sur celui de la composition même de la masse d'apports.

V. La preuve

1. Les présomptions

La présomption mucienne (art. 196 al. 1) tient à la logique du régime, le mari étant propriétaire de tous les biens ma-

gation patrimoniale est plus vaste: elle désigne aussi ce qui est acquis en vertu d'un droit faisant partie d'un patrimoine (prestation en exécution d'une dette), les créances d'indemnité d'assurance, de dommages-intérêts, d'expropriation, afférentes à un bien compris dans la masse en question, sans parler de l'«emploi».

²³⁷ Cf. Knapp, loc. cit. P. ex., la provenance des deniers importe-t-elle dans le remploi ensuite d'aliénation? la femme doit-elle donner son accord au mari? le mari est-il tenu au remploi en cas de perte ou de détérioration? la femme est-elle protégée en cas d'omission du remploi?

²³⁸ Il n'y a pas de problème spécial de remploi si l'acquisition est faite par la femme elle-même, cf. Knapp, n° 163.

²³⁹ Ainsi, selon une opinion, lorsque le remplacement d'apports aliénés se fait au moyen de deniers du mari, et que le bien acquis devient apport marital ou acquêt, cf. Knapp, n° 162. Contra, Egger, art. 196 rem. 9.

trimoniaux qui ne sont pas des apports de la femme (art. 195 al. 2). Cette présomption l'emporte sur les règles de la possession, même à l'égard des biens réservés de la femme²⁴⁰. *De lege lata*, l'opinion dominante, non sans certaines hésitations ou certains regrets, est que la présomption de l'art. 196 al. 1 vaut entre les époux aussi bien qu'à l'égard des créanciers du mari et des créanciers de la femme²⁴¹. C'est la portée que le législateur doit lui donner pour rester clair et conséquent²⁴².

La présomption que tous les biens sont propriété du mari se combine d'abord, pour les biens prouvés propriété de la femme, avec la *présomption d'apports*; quand il est établi qu'un bien appartient à la femme, c'est un apport, sauf preuve de bien réservé (art. 193).

Mais la présomption mucienne se combine aussi, pour les biens propriété du mari, avec la *présomption d'acquêts*. Celle-ci résulte implicitement de la loi. A la dissolution, le mari retire ses apports de la masse des biens matrimoniaux où ils sont mêlés aux acquêts; il doit pour cela en établir la qualité²⁴³. *De lege ferenda* en tout cas, on ne saurait obliger la femme à faire la preuve de l'existence d'acquisitions en mains du mari. La loi devrait donc énoncer en ce qui le concerne la présomption d'acquêts, qui naturellement ne présente d'intérêt qu'à la dissolution du régime²⁴⁴. Cette

²⁴⁰ Egger, art. 196 rem. 2; Gmür, art. 196 rem. 6; Knapp, n° 260 et note 273.

²⁴¹ Références chez Knapp, n°s 262 sv. Cf. ATF 58 II 334.

²⁴² Dans l'appréciation de la preuve du contraire, le juge pourra toujours tenir compte, *entre époux*, des difficultés d'établir les faits, notamment de la «faute» du mari qui n'a pas pris les mesures pour distinguer clairement sa propriété de celle de sa femme, Knapp, n°s 264–265.

²⁴³ Cf. Gmür, art. 214 rem. 17, Egger (pour le divorce) art. 154 rem. 12; O. Denzler, *Die Liquidation der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten*, thèse Zurich, p. 77; Knapp, n°s 270 et 277.

²⁴⁴ On pourrait songer à appliquer également la présomption d'acquêts aux biens de la femme. Cependant il n'est pas dans la

présomption étant détruite, les biens du mari sont alors censés être des apports, et non des biens réservés; mais la distinction n'aurait désormais d'importance à la dissolution que pour les biens réservés volontaires dont les revenus n'entrent pas dans le calcul du bénéfice.

Un texte nouveau devrait révéler mieux l'articulation de ces présomptions²⁴⁵.

2. L'inventaire

a) *En général.* – L'inventaire est le moyen privilégié de prouver la qualité d'apports et d'opérer ainsi les discriminations nécessaires au sein des biens matrimoniaux (apports féminins, apports maritaux, acquêts), comme par rapport aux biens réservés. Il convient législativement d'en favoriser la confection.

Concernant «l'inventaire authentique» («Inventar mit öffentlicher Urkunde»), tout le monde est d'accord aujourd'hui que l'officier public n'a pas besoin d'intervenir personnellement et directement, mais que son rôle peut se borner à consigner les déclarations des conjoints²⁴⁶. Le texte légal devrait faire ressortir que l'inventaire peut être fait *par* un acte authentique ou *dans* un acte authentique. Mais

logique du système que des acquisitions matrimoniales soient faites au nom de la femme. On peut exiger du mari qu'il établisse l'existence d'acquêts de la femme constitués à titre d'avance sur bénéfice futur.

²⁴⁵ Par exemple: «Les biens en possession des époux sont présumés la propriété du mari, tant que la preuve n'est pas faite qu'ils appartiennent à la femme.

Les biens appartenant à la femme sont réputés apports de celle-ci, sauf preuve de leur qualité de biens réservés.

Les biens propriété du mari sont réputés acquêts, sauf preuve de leur qualité de propres; si cette preuve est faite, ils sont réputés apports.

Ces présomptions s'appliquent tant entre les époux ou leurs héritiers qu'à l'égard de leurs créanciers.»

²⁴⁶ Cf. Egger, art. 197 rem. 3; Gmür, art. 197 rem. 8; Knapp, n° 273.

ne faut-il pas aller plus loin et se contenter de la forme écrite²⁴⁷, sauf à exiger que l'inventaire soit déposé en mains de l'autorité tutélaire? L'inventaire ainsi déposé dans les six mois à compter du jour où les biens ont été apportés serait au bénéfice de la présomption d'exactitude (art. 197 al. 2). La démarche notariale, les frais qu'elle entraîne sont de nature à retenir les conjoints de procéder à un inventaire et surtout de le modifier au fur et à mesure des variations que subit la masse des apports. Or l'institution n'atteint son but que moyennant des mises à jour constantes. D'autre part, dès le moment où l'office du notaire se ramène à une légalisation, l'enregistrement par l'autorité offre les mêmes garanties.

b) *Estimation*. – L'art. 198 al. 1 selon lequel l'estimation constatée par acte authentique²⁴⁸ fait règle entre époux pour la valeur des biens non représentés, prête à confusion. On en pourrait déduire p. ex. que le mari doit, en cas de disparition d'un bien usagé, une récompense égale à la valeur du neuf, alors qu'il ne répond d'une perte ou d'une dépréciation qu'en cas de faute de sa part (cf. art. 200 al. 1 et 2); inversement, il s'ensuivrait que p. ex. la femme ne pourrait, quand son mari est responsable de la perte d'un objet, lui en réclamer que la valeur initiale, alors même qu'il aurait dans l'intervalle accusé une forte plus-value²⁴⁹. Tel n'est pas le sens de la disposition qui ne veut établir qu'une présomption²⁵⁰. Le texte serait modifié en conséquence et dirait à peu près: «...l'estimation vaut présomption entre eux pour le calcul de récompenses dues à raison de biens non représentés».

En cas de vente d'un objet, la loi régit le cas où l'aliénation a lieu *au-dessous* de l'estimation: le prix de vente fait règle si l'aliénation est faite de bonne foi. La loi n'a pas prévu

²⁴⁷ Opinion de Knapp, n° 277.

²⁴⁸ Elle pourrait l'être aussi, selon notre proposition, par acte sous seing privé déposé en mains de l'autorité.

²⁴⁹ Cf. Knapp, n° 298.

²⁵⁰ Motifs, p. 164; Knapp, n° 299.

le cas où la vente a lieu *au-dessus* de l'estimation. Cette lacune doit être comblée dans le sens admis par la doctrine dominante²⁵¹: le prix de vente fait aussi règle²⁵².

§ 7. *L'administration, la jouissance et la disposition des biens matrimoniaux*

I. L'administration, la jouissance et l'usage en général

Les droits du mari sur les biens matrimoniaux, notamment sur les apports de sa femme, caractérisent le régime de l'union des biens. Dans l'esprit de ce régime, les pouvoirs reconnus au mari le sont pour le bien de l'union conjugale en général, pour celui de la femme en particulier. L'idée tutélaire reste sous-jacente au système. C'est dire que ces pouvoirs ont une origine familiale; les droits de nature réelle qu'ils impliquent sont finalisés; ce sont des droits-fonctions. Autrement dit, les pouvoirs du mari se doublent de devoirs correspondants²⁵³. C'est ce que le texte de la loi devrait faire ressortir²⁵⁴; cela signifierait que le triple droit du mari ne peut s'éteindre, ni par renonciation, ni par péremption ou par prescription²⁵⁵.

²⁵¹ Egger, art. 178 rem. 4; Gmür, art. 198 rem. 13; Knapp, n° 301. Contra, Rossel et Mentha, I n° 470.

²⁵² Nous faisons abstraction de l'«*estimatio venditionis causa*» de l'art. 199, puisque nous proposons de supprimer le régime de l'unité des biens.

²⁵³ Cf. ATF 74 II 74. Dans ce sens, surtout Knapp, nos 303 sv. Mais il ne suit pas du caractère fonctionnel des droits du mari qu'ils doivent s'interpréter restrictivement (n° 309); comme pour les «compétences» du droit public, l'interprétation doit se régler sur la finalité de ces droits.

²⁵⁴ Cf. § 1374 BGB: «Der Mann hat das eingebrachte Gut ordnungsmässig zu verwalten.» – L'obligation de jouissance et d'usage existe dans la mesure où les besoins familiaux l'exigent, cf. Knapp, n° 312.

²⁵⁵ Ce qui n'empêche pas le mari de laisser à sa femme, à titre révocable, l'administration de tout ou partie de ses apports, ATF 74 II 73.

Le pouvoir d'administration que possède la femme dans la mesure où elle a qualité pour représenter l'union conjugale est naturellement aussi pour elle une charge (art. 200 al. 3).

II. Administration maritale

En principe le mari administre seul les biens matrimoniaux, c'est-à-dire ses apports, les apports de sa femme et les acquêts. En ce qui concerne les acquêts devenus propriété de la femme, on pourrait songer, *de lege ferenda*, à en confier à celle-ci l'administration, sauf à faire dépendre leur disposition juridique du consentement marital. Mais outre les complications qui résulteraient de la création d'une nouvelle catégorie de biens soumis à un statut spécial pendant le régime (ni apports, ni biens réservés), cette solution est trop étrangère à l'esprit du système pour être adoptée. Nous assimilerions donc, comme on le fait actuellement, les acquêts propriété de la femme à ses apports, du moins quant à la gestion et à la disposition.

A l'égard des apports féminins, le mari agit *en son nom*, comme une sorte de gérant fiduciaire²⁵⁶. Le texte légal pourrait le relever.

La gestion des apports de la femme comprend, de soi, les actes de disposition juridique²⁵⁷ sur ces biens. Mais, dans la mesure où lesdits actes dépassent la simple administration, ils exigent le consentement de la femme (art. 202). A cet égard, le texte de l'art. 200 al. 1 est trop général et on pourrait l'assortir d'une réserve.

La loi n'a pas à énumérer les devoirs que comporte pour le mari l'administration des biens matrimoniaux, notamment des apports de la femme : maintien de la substance de ceux-ci, éventuellement règlement des dettes de la femme²⁵⁸.

²⁵⁶ Egger, art. 200 rem. 6; Knapp, n° 327.

²⁵⁷ Les actes de disposition de fait rentrent dans l'administration maritale, sous réserve de l'application analogique des règles sur l'usufruit, cf. Knapp, nos 411-412, 382.

²⁵⁸ Cf. à ce dernier égard, ATF 81 II 89.

En revanche la responsabilité du mari administrateur devrait être précisée. Mais elle ne peut l'être séparément de la responsabilité pour la jouissance. Nous traiterons ce point pour lui-même (ci-dessous IV).

Il est dans l'ordre des choses que le mari ait à supporter les frais de gestion (art. 200 al. 2), tant pour les apports de la femme (cf. 764 sv. CC), que – naturellement – pour les acquêts et ses propres apports. La règle a une portée aussi bien externe qu'interne²⁵⁹, ce que la loi pourrait mettre en évidence en ajoutant: «et il en répond envers les tiers»²⁶⁰.

III. Droit de jouissance du mari

La jouissance inclut l'usage des biens sur lesquels elle s'exerce²⁶¹; l'art. 201 al. 1 devrait mentionner cet usage.

Comme l'administration, la jouissance et l'usage portent sur l'ensemble des biens matrimoniaux, non seulement sur les apports de la femme²⁶². Encore que pour les biens du mari, ces facultés découlent de sa propriété elle-même, il n'est pas inutile de le dire, car elles sont finalisées par le bien de l'union conjugale²⁶³.

IV. Responsabilité du mari

1. Le mari gère *ses apports* avec la même liberté que ses biens réservés. Sa mauvaise gestion peut tout au plus appeler l'intervention du juge des mesures protectrices de l'union conjugale ou l'intervention des autorités de tutelle.

²⁵⁹ Cf. Gmür, art. 200 rem. 24; Egger, art. 200 rem. 14; Knapp, n° 393.

²⁶⁰ Tels frais de gestion pourront, dans les rapports entre époux, donner lieu à une récompense en faveur du mari (impenses somptuaires, amortissements de dettes de la femme). Cf. Knapp, nos 401 sv. Ces discriminations échappent à la prise législative.

²⁶¹ Art. 755 al. 1: «L'usufruitier a la possession, l'*usage* et la jouissance de la chose.» Cf. Gmür, art. 201 rem. 13; Knapp, n° 383.

²⁶² Knapp, nos 380 et 311.

²⁶³ Knapp, n° 384.

2. Quant aux *apports de la femme*, l'art. 200 ne régit pas directement la responsabilité du mari administrateur. L'art. 201 al. 1 lui fait en revanche encourir pour sa jouissance la même responsabilité que l'usufruitier. On peut y voir un renvoi général aux règles de l'usufruit, et notamment à l'art. 755 al. 3 CC selon lequel l'usufruitier observe, dans l'exercice de ses droits, les règles d'une bonne administration. Comme administrateur légal, il n'est pas douteux que le mari doive en principe appliquer la diligence d'un bon père de famille²⁶⁴. Mais il faut considérer que cette administration est orientée vers les besoins de l'union conjugale, qui peuvent, le cas échéant, entrer en conflit avec les intérêts immédiats ou égoïstes de la femme²⁶⁵. On exprimerait ces idées en disant que «le mari administre les apports de sa femme en administrateur diligent, dans l'intérêt de l'union conjugale». La disposition ajouterait, dans le sens de l'art. 201 al. 1 actuel, qu'«il répond de leur perte et de leur dépréciation comme un usufruitier», ce qui entraîne l'application de l'art. 752 et des règles qui l'explicitent (art. 764 al. 1, 767 al. 1, 768 al. 1, 769 et 770, 771). Mais la faute du mari – qui est présumée²⁶⁶ – serait appréciée eu égard à sa position particulière d'administrateur de biens assujettis aux fins de la famille.

3. Qu'en est-il des *acquêts* propriété du mari? Selon le droit en vigueur, le mari paraît avoir, comme propriétaire, toute liberté dans la gestion de ces biens, sans devoir de comptes à son épouse; il serait donc en mesure, tant par une administration désastreuse que par des actes de disposition ou le paiement de dettes personnelles, de dissiper les acquisitions génératrices du bénéfice et de rendre illu-

²⁶⁴ Gmür, art. 200 rem. 19.

²⁶⁵ Un aspect dont Gmür, art. 201 rem. 20 et 21 a, tient justement compte. Comme *bonus maritus*, l'usufruitier qu'est le mari pourrait ainsi encourir une responsabilité moins sévère que comme *bonus pater familias*.

²⁶⁶ Seule opinion contraire, Gmür, loc. cit.

soire la participation de la femme²⁶⁷. Mais cela ne peut pas être le sens de l'institution, si maladroitement qu'elle ait été plaquée sur le régime traditionnel de l'union des biens. On dispute, *de lege lata*, si l'expectative de la femme est de fait ou de droit. De bons arguments militent en faveur de cette seconde opinion de minorité²⁶⁸. Par le rôle qu'elle joue dans l'union conjugale (art. 161 al. 2 et 3), par les revenus qu'elle procure à son mari, la femme contribue à la formation des acquêts; sa situation est donc différente de celle d'héritiers même réservataires d'une personne, qui ne sont pour rien dans l'augmentation du patrimoine de celle-ci²⁶⁸. Quoi qu'il en soit, il convient, *de lege ferenda*, de consolider l'expectative de la femme en faisant produire à sa créance de bénéfice lors de la dissolution du régime des avant-effets appropriés pendant celui-ci. Il incombera à la doctrine de définir la nature du droit de l'épouse ainsi renforcé.

Parmi ces effets anticipés, il faut prévoir une responsabilité du mari pour la gestion des acquêts²⁶⁹. Légalement, le mari est fait l'administrateur de biens qui, tout en étant sa propriété, sont grevés pour partie d'un droit expectatif de sa femme. Il ne peut pas se comporter à leur égard en maître absolu²⁷⁰. Nous dirions donc, dans la disposition sur la responsabilité du mari, qu'«il répond envers sa femme, pour la part de bénéfice revenant à celle-ci, de la bonne gestion des acquêts».

²⁶⁷ Cf. A. Wegmann, Der Vorschlagsanspruch der Ehefrau bei böswilliger Verhinderung einer Vorschlagsbildung durch den Ehemann, RSJ (SJZ) 47 (1951), p. 40 sv.

²⁶⁸ Knapp, n^o 810 et Wegmann, loc. cit.

²⁶⁹ Quant à la disposition des acquêts, cf. ci-dessous V; quant au paiement des dettes sur les acquêts, cf. § 8 B I 1 et 2b.

²⁷⁰ *De lege lata*, Knapp n'admet pas, «pour fondée qu'elle soit en équité», une prétention de la femme découlant d'une mauvaise gestion des acquêts, dans la crainte de complications dans les relations conjugales. Dans le même sens, O. Müller, Zur Berechnung des ehgüterrechtlichen Vorschlags, RSJB (ZBJV) 88 (1952) p. 22. Mais les considérations de principe nous paraissent devoir l'emporter ici sur le souci de difficultés pratiques.

V. Disposition des biens matrimoniaux

1. Disposition des biens du mari

Le mari dispose librement – comme de ses biens réservés – des biens matrimoniaux qui sont sa propriété. Faut-il restreindre ce pouvoir en ce qui concerne les acquêts ? On le concevrait, mais ce serait introduire dans le régime de l'union des biens un élément hétérogène, emprunté aux régimes de communauté d'acquêts (actuelle ou différée) ou au régime de participation proposé comme régime légal. Ce serait aussi compliquer singulièrement la structure et le fonctionnement de l'union des biens. En revanche nous sanctionnerions légalement, pour les motifs qui viennent d'être exposés (ci-dessus IV 3), la solution proposée notamment par *Knapp*²⁷¹, selon laquelle la femme qui n'a pas consenti à l'acte de disposition du mari à titre gratuit (avances d'hoiries, autres libéralités) aurait contre lui ou ses héritiers une récompense, égale à la part de bénéfice qui lui serait revenue sur ces biens à la dissolution. Autrement dit, la valeur de la libéralité serait réunie à la masse des acquêts. Pour les actes de disposition faits à titre onéreux, le mari encourt la responsabilité décrite plus haut.

2. Disposition des apports de la femme

A. En général

Le système qui résulte des art. 202 et 203 ainsi que de l'interprétation générale qui leur a été donnée, est le suivant :

Dans les limites de la « simple administration », le mari peut disposer librement des apports de sa femme ; passé ces limites, il a besoin pour cela du consentement de l'épouse. Cependant ce consentement est présumé au profit des tiers à des conditions déterminées. Quant à la femme, elle a un pouvoir général de disposer – sans le consentement de son

²⁷¹ Op. cit., nos 811–812 ; cf. aussi Dénéréaz, p. 141 ; O. Müller, p. 22 ; Wegmann, p. 40 sv.

mari – de ses apports comme des autres biens matrimoniaux (y compris les apports maritaux), dans la mesure où elle a qualité pour représenter l'union conjugale. En dehors de là, contrairement à l'apparence créée par l'art. 202, la femme n'est pas dépouillée de son propre pouvoir de disposer qui tient à sa qualité de propriétaire²⁷², mais elle ne peut l'exercer qu'avec le consentement de son mari.

Une revision éventuelle devra faire mieux ressortir ce système. L'art. 203 explicitera la «règle muette» (Knapp) qu'il contient et ramènera à une réserve la règle qu'il proclame et qui découle des effets généraux du mariage:

«La femme ne peut disposer de ses apports qu'avec le consentement de son mari.

Demeure réservé son pouvoir de disposer des biens matrimoniaux dans la mesure où elle a qualité pour représenter l'union conjugale.»

Quant aux pouvoirs du mari, il n'appartient pas à la loi de définir la notion d'administration ordinaire par opposition à l'administration extraordinaire.

B. Le consentement

Les problèmes posés par l'octroi du consentement de l'un ou de l'autre époux et par les conséquences d'un refus de consentement ne sont guère propres à être tranchés par la loi, pas plus que les questions d'application soulevées par les opérations bancaires et les opérations immobilières.

En revanche, l'art. 202 al. 2 relatif au consentement présumé de la femme mériterait d'être revu.

Selon cette disposition dont l'illogisme a déjà été relevé²⁷³, la présomption cesse d'abord lorsque le tiers sait ou

²⁷² Cf. ATF 67 II 86; Egger, art. 203 rem. 3; Gmür, art. 203 rem. 13; Knapp, nos 421, 424.

²⁷³ S. Jegher, Über das Verfügungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut der Ehefrau, thèse Zurich 1929, p. 93 sv.; Knapp, n° 443:

«... si le bien n'apparaît pas à quiconque, donc au tiers non plus, appartenir à la femme, ce tiers peut valablement penser qu'il est dans la propriété du mari; alors, ledit tiers n'a plus aucune raison

doit savoir que le consentement n'a pas été donné. Mais il n'a à se soucier de ce consentement qu'au moment où la présomption de biens maritaux (art. 196 al. 1) aura été détruite à son égard. Elle ne peut l'avoir été que par le mari ou par la femme. Voit-on le mari prouver la qualité d'apports féminins et le tiers s'en remettre alors à la présomption du consentement de sa femme? Voit-on la femme prouver que le bien est un de ses apports sans se prononcer sur l'acte de disposition? La présomption cesse ensuite, d'après l'art. 202 al. 2, s'il s'agit de biens que chacun peut reconnaître comme appartenant à la femme (droits réels immobiliers, titres nominatifs, etc.); dans ce cas le consentement de la femme doit être exprès. Mais quelle différence y a-t-il entre des biens qui se prouvent, par eux-mêmes, être de la femme et des biens dont l'appartenance féminine a été prouvée par les conjoints? Pourquoi ici le tiers devrait-il s'assurer du consentement exprès de la femme et là serait-il fondé à présumer ce consentement²⁷⁴?

En réalité, il ne se justifie pas de prolonger la présomption de biens maritaux par une présomption de consentement de la femme. Quand le tiers est dans l'incertitude sur la qualité d'apport féminin du bien qui est l'objet de la disposition, il est protégé par la présomption de l'art. 196 et il n'a que faire de la présomption de l'art. 202 al. 2. Quand le tiers sait ou doit savoir que le bien appartient à la femme, on peut exiger de lui qu'il s'enquière du consentement de celle-ci, aussi bien lorsque la présomption de bien marital est détruite par les époux que lorsque la preuve du contraire est administrée par le bien lui-même. On ne voit pas pourquoi on aggraverait par une règle équivoque la situa-

de supposer l'existence d'un consentement implicite de la femme. Si, au contraire, le tiers suppose le consentement de la femme, il ne peut plus, alors, penser que le bien appartient au mari et, par conséquent, qu'importe que le bien de la femme ne soit pas reconnaissable, comme tel, à quiconque.»

²⁷⁴ C'est la distinction que veut faire Knapp (n° 446) *de lege lata*, tout en reconnaissant qu'elle n'est pas très heureuse.

tion de la femme. Tout au plus conviendrait-il, dans l'art. 202, de rappeler ou même d'interpréter les règles de preuve sur l'appartenance des biens matrimoniaux. L'al. 2 dirait p. ex. :

«Le tiers est cependant protégé dans son acquisition s'il ne s'agit pas de biens que chacun peut reconnaître comme appartenant à la femme ou s'il ne savait ou ne devait pas savoir qu'ils avaient cette qualité²⁷⁵.

C. *La répudiation d'une succession échue à la femme*

La femme qui répudie une succession prive en fait le mari de ses droits sur des apports. Mais les biens héréditaires ont-ils cette qualité avant que la femme ait pris parti? Pour lever cette difficulté théorique, la loi a exigé le consentement du mari, assimilant ainsi la répudiation à un acte de disposition²⁷⁶. Pour le reste, elle a réservé le droit de répudier à la femme héritière; en dérogation au système de l'art. 202, le mari n'a pas lui-même un droit de répudiation. L'art. 204, avec la possibilité pour la femme de recourir à l'autorité tutélaire contre le refus du mari de consentir à la répudiation, doit être maintenu²⁷⁷.

Il n'y a pas lieu d'exiger le consentement du mari à l'acceptation d'une succession (non-répudiation)²⁷⁸, même pas à l'acceptation d'une succession qui est légalement censée répudiée (art. 566 al. 2, 575 al. 2). Même dans le second cas, l'acceptation n'a pas le caractère d'un acte de disposition au sens des art. 202–203, en dépit de l'endettement qui peut en résulter²⁷⁹.

²⁷⁵ C'est déjà ainsi que Schlatter, p. 34 sv. (36) lit le texte de l'art. 202 al. 2.

²⁷⁶ Cf. Egger, art. 204 rem. 1.

²⁷⁷ Tout au plus pourrait-on étendre la règle de l'art. 204 à la demande de liquidation officielle dont les effets sont analogues à la répudiation. En ce sens, Egger, art. 204 rem. 3; Knapp, n° 464.

²⁷⁸ Avant-projet, art. 232.

²⁷⁹ En ce sens, Knapp, n° 462; l'opinion dominante (Egger, art. 204 rem. 3 in fine, Tuor, Das Erbrecht, Berne 1929, art. 566

L'application des art. 202–204 aux autres actes de nature successorale ressortit à l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle²⁸⁰.

VI. Sûreté des biens de la femme

1. La demande de renseignements

Le mari doit renseigner sa femme sur l'état des biens par elle apportés. Il faudrait préciser, dans le sens de l'interprétation doctrinale²⁸¹, que les renseignements sont aussi dus sur la couverture de la récompense pour les apports passés en la propriété maritale (art. 201 al. 3), ce qui revient à dire que le mari doit renseigner sa femme sur ses biens à lui.

Si ce n'est pas déjà le cas²⁸², l'obligation du mari doit être assortie d'une sanction : la faculté pour la femme d'aborder le juge de l'art. 169 en vue d'obtenir la production des pièces utiles ou des sûretés.

2. La demande de sûretés

Selon la marginale de l'art. 205, la femme ne peut requérir des sûretés qu'en garantie de ses apports, par quoi il faut entendre aussi les créances y afférentes (art. 200, 201 al. 1 et 2, 209 al. 1 ?); celles-ci correspondent aux récompenses pour apports non représentés qui sont privilégiées dans la faillite du mari (art. 211)²⁸³. La loi vise-t-elle aussi

rem. 6) exige le consentement du mari pour l'acceptation d'une succession ouvertement obérée. On pourrait songer à excepter des dettes générales de l'art. 207 ch. 4 les dettes grevant les successions que la femme a acceptées en vertu de l'art. 575 al. 2.

²⁸⁰ Cf. les commentaires à l'art. 204 et Knapp, nos 465 sv.

²⁸¹ Egger, art. 205 rem. 3; O. Müller, Der interne Schuldenausgleich nach Art. 209 und 223, thèse Zurich 1934, p. 118–119; Knapp, n° 497.

²⁸² Sur la question, voir Knapp, n° 498.

²⁸³ Egger, art. 205 rem. 8 in fine; Knapp, n° 500. A l'interprète de dire si les récompenses de l'art. 209 al. 1 (apports de la

implicitement la participation de la femme au bénéfice²⁸⁴ ? On en peut douter, mais *de lege ferenda*, il convient d'assurer aussi la garantie de cette créance future. L'art. 205 al. 2 dirait donc :

«La femme peut en tout temps requérir des sûretés du mari pour ses apports, ses récompenses y afférentes et sa participation au bénéfice».

Actuellement, le jugement ordonnant des sûretés n'est pas exécutable en raison de l'interdiction des poursuites entre époux : la femme a seulement la faculté de demander la séparation de biens (art. 183 ch. 2). La «sanction» passe le but des sûretés. Il faut ici apporter une exception à l'art. 173 et prévoir à l'art. 176 al. 1 que l'exécution forcée peut aussi être poursuivie à l'effet de procurer à la femme des sûretés²⁸⁵.

APPENDICE AU § 7

Procès et poursuites

1. Les procès de la femme relatifs à ses apports²⁸⁶

Les droits procéduraux du mari dans les contestations de la femme relatives à ses apports sont un aspect de ses droits (droits de la femme contre biens du mari) rentrent dans ces créances, alors qu'elles ont leur cause, non dans le régime des biens comme tel, mais dans des actes juridiques de caractère général conclus entre les époux ou par eux avec les tiers, comme ils peuvent l'être entre et par des époux séparés de biens. Egger, Gmür (art. 205 rem. 15), Knapp, font profiter ces créances de la protection de l'art. 205. Schlatter (p. 160 sv.) est d'avis que leur acquittement ne donne pas ouverture à une liquidation entre époux et qu'elles ne sont pas privilégiées (p. 163 note 4).

²⁸⁴ En ce sens, Knapp, n° 501.

²⁸⁵ Ce qui permettra aussi au juge d'ordonner une constitution d'hypothèque en dehors du prononcé d'une séparation de biens (cf. ATF 78 I 443).

²⁸⁶ Voir le commentaire de Lemp à l'art. 168 et renvoi soit à ses références d'auteur. Cf. récemment la thèse de Y. de Rougemont, *Le droit d'ester en justice de la femme mariée*, Neuchâtel 1956.

pouvoirs d'administration. La loi restreint la capacité de la femme d'ester en justice afin de sauvegarder sur les apports féminins les droits de gestion et de jouissance du mari, qui pourraient être compromis par la manière dont l'épouse mènerait le procès²⁸⁷. Malgré sa place dans les effets généraux du mariage, l'art. 168 al. 2 est donc une disposition qui ressortit aux régimes matrimoniaux; plus précisément, il est une pièce du régime de l'union des biens²⁸⁸.

On connaît la controverse sur la nature du pouvoir du mari dans le procès relatif aux apports de sa femme: droit propre, résultant d'une véritable *legitimatio ad causam*²⁸⁹, ou pouvoir légal de représentation de la femme qui demeure partie au procès²⁹⁰. Le maintien du texte actuel consacrerait indirectement la seconde solution, qui paraît plus conforme au but de la règle: les droits du mari sont suffisamment sauvegardés par l'octroi d'un pouvoir de représentation²⁹¹.

La notion de contestations avec des tiers (contentieux civil) et la relation qu'elles doivent avoir avec les apports²⁹¹ doivent être abandonnées à l'interprétation. Tout au plus pourrait-on trancher négativement, dans le sens de la doctrine dominante, la question de savoir si le mari «représente» sa femme dans les actions en paiement de dettes dont répondent les apports²⁹². Le texte parlerait de contestations relatives à des biens compris dans les apports.

²⁸⁷ ATF 51 II 272.

²⁸⁸ Cf. Schlatter, p. 54.

²⁸⁹ ATF 39 II 87, 45 II 112.

²⁹⁰ ATF 51 II 272. On dit aussi, dans la terminologie allemande, que le mari a le «Prozessführungsrecht» ou la «Legitimation zum Verfahren». Cf. F. Konrad, *Die Ehefrau als Gläubigerin und Schuldnerin im Betreibungsverfahren*, thèse Zurich 1951, p. 37 sv.

²⁹¹ Le mari a pleine qualité pour soutenir les procès relatifs aux *acquêts* en sa propriété, sous réserve de sa responsabilité à la dissolution du régime. Les procès relatifs aux *acquêts*, propriété de la femme, tombent sous le coup de l'art. 168 al. 2.

²⁹² Cf. Lemp, art. 168 rem. 22: l'existence et l'étendue des

En revanche la loi doit tracer les limites des pouvoirs du mari. Quoi qu'il en soit des controverses *de lege lata*²⁹³, ces pouvoirs trouvent leur mesure dans leur raison d'être même. Ils ne doivent pas aller au-delà des droits d'administration qu'ils veulent garantir. En dehors de la simple administration de l'art. 202, le mari doit avoir le consentement de sa femme: ainsi, pour se désister, acquiescer, transiger. L'art. 168 al. 2 énoncerait cette restriction²⁹⁴.

2. Les poursuites relatives aux créances et aux dettes de la femme

A. Les poursuites à raison de créances comprises dans les apports de la femme

On dispute si c'est en vertu des art. 200/202 ou en vertu de l'art. 168 al. 2 appliqué par analogie que le mari intervient dans ces poursuites²⁹⁵. *De lege ferenda*, il convient de faire cadrer la situation de la femme comme poursuivante avec sa situation comme partie au procès. Si on appliquait les règles ordinaires de l'administration maritale, l'époux, en

apports ne sont pas directement touchés par l'issue du procès, puisqu'on ne sait pas au moyen de quels biens la dette sera payée. Et dans la mesure où les biens réservés de la femme répondent en tout cas de ces dettes, le mari ne saurait agir pour sa femme. Reste à savoir comment le mari sauvegardera son intérêt indirect à l'issue du procès, et comment le jugement pourra lui être rendu opposable. Ces points peuvent être laissés législativement indécis.

²⁹³ Cf. Lemp, art. 168 rem. 14; Schlatter, p. 53-54; de Rougemont, p. 45.

²⁹⁴ Faut-il aller plus loin et exiger un consentement de la femme pour admettre un fait allégué par la partie adverse? – Un tel aveu peut avoir autant d'importance qu'un passé-expédient et renfermer pratiquement un acte de disposition. Ce n'est cependant pas, juridiquement, un tel acte, et – comme on l'a fait observer (de Rougemont, n° 50 note 2) – limiter à ce point les pouvoirs du mari reviendrait à le priver presque complètement de son pouvoir de plaider. Autant alors prévoir que le mari agit en justice pour sa femme mais avec son consentement.

²⁹⁵ Cf. à ce sujet, Lemp, art. 168 rem. 18; Konrad, p. 56 sv.

vertu de ses pouvoirs propres, aurait logiquement la *legitimatío ad causam* dans la poursuite. Il est plus conforme à la position reconnue aujourd'hui à la femme, comme au système général de la poursuite, de considérer la créancière comme partie poursuivante et son mari comme «représentant» au sens de l'art. 168 al. 2. Les limites assignées plus haut aux pouvoirs procéduraux du mari n'entrent pas en ligne de compte, car l'encaissement d'une créance de la femme ressortit à l'administration ordinaire. Pour couper court à toute incertitude, l'art. 168 al. 2 spécifierait donc que le mari représente aussi la femme dans les poursuites relatives aux créances comprises dans ses apports.

B. Les poursuites contre la femme

Ce ne sont ni les art. 200/202, ni l'art. 168 al. 2 qui s'appliquent, mais l'art. 68^{bis} LP, introduit lors de la révision du Code des obligations de 1936. Les incertitudes qui planaient auparavant sur le problème des poursuites contre la femme mariée, les controverses abondantes qu'il a suscitées, la genèse troublée de la disposition nouvelle, les critiques qui ont été apportées à sa rédaction sont connues. Il n'est pas question, dans le cadre de ce rapport, de rouvrir un débat qui, sur les points essentiels, paraît clos. Jurisprudence récente²⁹⁶ et doctrine²⁹⁷ se sont arrêtées, dans l'interprétation de l'art. 68^{bis} LP, à des solutions qui

²⁹⁶ Cf. pour la jurisprudence fédérale: ATF 64 III 72, 98, 159; 66 III 35; 68 III 120; 75 III 1; 76 III 95; 78 III 55.

²⁹⁷ A. Panchaud, La poursuite pour les dettes de la femme mariée, JdT 85 (1937) II p. 99 sv.; W. Stauffer, Obligationenrecht, Schluss- und Übergangsbestimmungen, Kommentar, Berne, 1940, à l'art. 15 p. 119 sv. (auquel soit rapport pour la bibliographie antérieure); F. C. Vaney, La poursuite pour les dettes réservataires après la dissolution du mariage, thèse Lausanne 1949; F. Konrad, op. cit.; B. Habberthür, *Betriebung gegen eine Ehefrau*, Bl. f. Sch. B. u. K., 15, p. 2 sv. 33 sv.; Schlatter, op. cit. p. 59 sv.; Favre, Cours de droit des poursuites, Fribourg 1953, p. 146 sv.; H. Fritsche, *Schuldbetriebung, Konkurs und Sanierung*, Zurich 1954, I p. 108, 149, 211–213.

n'attendent plus que d'être «précipitées» dans un texte légal de meilleure facture.

Les points suivants paraissent acquis pour une revision²⁹⁸ :

a) *La poursuite pour les dettes de la femme mariée est dirigée contre elle sous tous les régimes.*

De même que l'épouse a toujours la *legitimatío ad causam* dans les procès relatifs à ses apports, de même elle a la qualité de partie à la poursuite, même si celle-ci tend à la réalisation de ses apports. D'ailleurs, comme la femme ne répond jamais d'une dette sur ses seuls apports mais toujours (aussi) sur ses biens réservés, elle doit de toute façon figurer dans la poursuite. La première phrase du 3^e alinéa de l'art. 68^{bis} LP²⁹⁹, qui laisse croire qu'une poursuite pourrait ne viser que les seuls apports, doit être supprimée. La femme commune en biens a elle aussi qualité de partie dans la poursuite exercée à raison de ses dettes, même lorsque celles-ci ont le caractère de dettes générales dont répondent la communauté (art. 220 CC) et, avec elle, le mari (art. 219 CC). L'art. 222 CC, selon lequel *toutes* poursuites fondées sur des dettes communes sont dirigées contre le mari, serait abrogé^{300, 301}.

b) *Si les époux vivent sous le régime de la séparation de biens (ou sous celui de la participation au bénéfice) ou si le créancier ne fait valoir ses droits que sur les biens réservés, la pour-*

²⁹⁸ Par raison de simplification, nous évoquons ici le problème de la poursuite de la femme mariée dans son ensemble, en tenant compte de tous les régimes.

²⁹⁹ «Les biens réservés de la femme ne peuvent être saisis au cours de la poursuite dirigée contre le mari en raison des dettes de la femme».

³⁰⁰ Il resterait à examiner, dans le régime de communauté, si la poursuite à raison d'une dette du mari, dont répondent nécessairement les biens communs, ne devrait pas aussi être notifiée à la femme en raison de ses droits sur ces biens.

³⁰¹ L'attribution générale à la femme de la qualité de poursuivie résout le problème du *for* (même pour la femme commune en biens). Une précision légale ne paraît pas nécessaire.

suite est dirigée seulement contre la femme. Ici, la femme possède à la fois qualité de partie et pleine capacité de poursuite.

c) Si les époux vivent sous le régime de l'union des biens ou de la communauté de biens, le créancier qui entend exercer ses droits aussi sur les apports ou sur les biens communs (poursuite générale) doit en outre faire notifier le commandement de payer et tous les actes de poursuite au mari. C'est donc le système dit du double commandement de payer. La notion du mari «représentant de l'épouse» doit être abandonnée. La «représentation» n'existe en tout cas pas en ce qui concerne les biens réservés; et sur les apports, ce sont avant tout les droits propres d'administration et de jouissance du mari que la loi veut sauvegarder; dans la communauté, l'expression est plus inadéquate encore, le mari répondant personnellement.

d) Dans la poursuite générale, le mari et la femme peuvent tous deux former opposition pour contester l'existence ou le montant de la dette ou le droit du créancier d'exercer des poursuites; de plus, par une opposition motivée, ils peuvent chacun prétendre que les apports ou les biens communs ne répondent pas de la dette en poursuite. Il n'y a pas de sens à prévoir l'opposition motivée pour invoquer le fait que les époux sont séparés de biens (art. 68^{bis} al. 2, 1^{ère} éventualité), puisque sous ce régime il n'y a pas d'apports. Les effets de l'opposition, tant motivée que générale, de l'un ou de l'autre époux, comme ceux de l'absence d'opposition de leur part se déduisent logiquement du système et n'ont pas à être régis par la loi; il en va de même de la procédure de mainlevée; ces questions peuvent être laissées à l'interprétation.

e) Si la poursuite n'est dirigée ou n'est continuée que contre la femme mariée sous le régime de l'union des biens ou sous celui de la communauté, il ne peut être procédé à la saisie de biens qui rentrent dans les apports ou dans les biens communs. C'est par la voie de la tierce opposition que les époux obtiendront que la saisie soit limitée aux biens réservés. Les

autres points relatifs à la continuation de la poursuite par voie de saisie et par voie de faillite peuvent, semble-t-il, demeurer hors de la revision.

§ 8. La responsabilité des époux pour leurs dettes

Les art. 206 à 208 ne règlent que la responsabilité des époux envers les tiers. La charge qui en résulte pour les divers patrimoines en cause n'est pas nécessairement définitive. A côté de la responsabilité externe, il y a la responsabilité interne, c'est-à-dire la répartition entre les époux, voire entre les diverses masses de biens, des dettes qui leur incombent selon les règles du régime; c'est par le jeu des récompenses que se rétablit l'équilibre. La loi devrait mieux marquer cette distinction fondamentale, en faisant ressortir dans les art. 206 à 208, que la responsabilité dont il s'agit s'entend à l'égard des tiers (p.ex. par une marginale: «responsabilité à l'égard des créanciers»).

I. Responsabilité externe

Le principe de la responsabilité séparée du mari et de la femme est essentiel à notre union des biens.

1. Responsabilité du mari

Le système de l'art. 206 n'appelle aucune modification ³⁰².

2. Responsabilité de la femme

Le problème est dominé par la distinction entre dettes générales et dettes réservataires. L'énumération de ces deux catégories de dettes dans les art. 207 et 208 n'est pas exhaustive. La distribution des dettes «oubliées» (Knapp) dans l'une ou l'autre catégorie doit s'inspirer de l'économie du régime. Pour les cas douteux, nous inclinerions à ad-

³⁰² Tout au plus pourrait-on parler plus exactement, au chiffre 1, de dettes *nées* antérieurement au régime. Knapp, n° 549 sv.

mettre, avec la minorité de la doctrine³⁰³, une présomption de dette réservataire, l'usufruit marital sur les biens de la femme s'opposant en principe à ce que les créanciers puissent exercer leur action sur ces biens.

A. Dettes générales

a) *Les dettes antérieures au mariage* (ch. 1) sont, en réalité, les dettes antérieures au régime.

b) *Les dettes faites avec le consentement du mari* (ch. 2 in initio). Ne faudrait-il pas préciser que le consentement ne peut être donné que pour une affaire ou une catégorie d'affaires³⁰⁴? Rappelons que, pour nous, le refus arbitraire du mari de consentir à l'acte serait une cause de séparation de biens judiciaire (ci-dessus, p. 490a).

c) *Les dettes faites en faveur du mari avec l'approbation de l'autorité tutélaire* (ch. 2 in fine). Ces dettes disparaîtraient comme catégorie distincte (ci-dessus, p. 464a); la dette d'intercession serait une dette comme une autre, qui ne grèverait les apports que moyennant le consentement du mari. Si l'art. 177 al. 3 était maintenu, nous serions de ceux qui exigent ledit consentement en sus de l'approbation tutélaire, la question de la couverture de la dette n'étant pas du ressort de l'autorité³⁰⁵.

d) *Les dettes contractées dans l'exercice régulier d'une profession ou d'une industrie* (ch. 3). La loi ne précise pas qu'il s'agit uniquement de l'exercice autorisé par le mari ou par le juge. Selon notre proposition (ci-dessus, p. 461a), les dettes

³⁰³ A. Panchaud, *Le régime matrimonial et la poursuite pour dettes*, thèse Lausanne 1924, p. 69-70; Knapp, n° 543.

³⁰⁴ Knapp, n° 562: un consentement général reviendrait à supprimer – au moins provisoirement – la distinction, fondamentale pour le régime, entre dettes générales et dettes réservataires.

³⁰⁵ Subilia, p. 185; Wolfer, *Die Verpflichtungen der Ehefrau zugunsten des Ehemannes nach dem ZGB*, thèse Zurich 1927, p. 74; Knapp, n° 576, Contra: Egger, art. 207 rem. 7; Gmür, art. 207 rem. 20. La loi viserait donc, dans l'art. 207 ch. 2: «les dettes faites avec le consentement du mari et, le cas échéant, avec l'approbation de l'autorité tutélaire».

professionnelles ou industrielles de la femme ne cesseraient d'être générales que si le juge admettait l'opposition du mari à l'activité économique de la femme. Une précision n'apparaît pas indispensable.

e) *Les dettes grevant les successions échues à la femme* (ch. 4). Il faut laisser à l'interprétation le soin de faire les distinctions nécessaires en ce qui concerne les dettes de la dévolution ainsi que les dettes de délivrance de legs et d'exécution de charges.

f) *Les dettes résultant des actes illicites de la femme* (ch. 5). Tout le monde s'accorde à y ajouter les dettes nées d'une responsabilité *ex lege*³⁰⁶. La loi pourrait simplement viser les dettes dérivant de la responsabilité civile au sens de la pratique des assurances. Elle y ajouterait les dettes découlant de l'enrichissement illégitime, sans distinguer selon que l'enrichissement a profité aux apports ou aux biens réservés, sauf règlement interne³⁰⁷.

g) *Autres dettes générales*. Les auteurs admettent que l'énumération de la loi n'est pas limitative³⁰⁸: il est des «dettes oubliés»: dettes alimentaires, dettes résultant d'une gestion d'affaires (au moins de la femme gérante), dettes résultant d'un procès (à l'égard desquelles des distinctions doivent être faites). Faut-il compléter l'énumération en tranchant des controverses délicates, ou faut-il simplement réserver l'existence d'autres dettes générales, analogues à l'une ou l'autre catégorie mentionnée? Nous penchons pour ce second parti. La femme répond aussi sur tous ses biens des dettes qui s'apparentent, par leur cause ou leur nature, aux dettes énumérées ci-dessus.

h) *Les dettes contractées pour l'entretien du ménage* (art. 207 al. 2). La responsabilité de la femme est subsidiaire en droit actuel. Selon ce que nous avons proposé pour la re-

³⁰⁶ Egger, art. 207 rem. 12; Gmür, art. 207 rem. 26; Knapp, n° 597.

³⁰⁷ Knapp, n° 599.

³⁰⁸ Egger, art. 207 rem. 13; Gmür, art. 207 rem. 27; Knapp, nos 600 sv.

présentation de l'union conjugale, le mari aurait les mêmes pouvoirs que la femme, c'est-à-dire qu'ils seraient limités aux besoins courants; en revanche la femme serait principalement (et solidairement) responsable des dettes contractées par lui et par elle pour l'entretien du ménage commun. Les dettes de l'art. 207 al. 2 seraient donc soumises au régime ordinaire des dettes générales.

B. *Dettes réservataires*

a) *Responsabilité pendant le régime.* Il n'y a pas à revoir la définition des dettes réservataires donnée par les trois chiffres de l'art. 208. Parmi les «dettes oubliées», d'aucunes pourraient être réservataires, p. ex. les honoraires d'avocat dans un procès relatif aux biens réservés. Mais la loi ne peut entrer dans de telles spécifications.

La responsabilité de la femme pour ses dettes réservataires n'existe que «sur ses biens réservés» (marginale de l'art. 208). On a une limitation objective de la responsabilité. Là-dessus, l'accord est maintenant fait³⁰⁹. Mais les termes de la loi qui font allusion à la valeur des biens réservés ont soulevé une difficulté. De cette notion de valeur, on a déduit qu'il fallait tenir compte des rapports des biens réservés avec les biens matrimoniaux et par conséquent déduire de la masse des biens réservés les récompenses dues par ceux-ci et y ajouter les récompenses qui leur sont dues³¹⁰. Cette manière de voir a été critiquée *de lege lata*³¹¹. Elle n'est effectivement pas conforme au système de la loi. Quant aux créances contre les biens matrimoniaux, il appartient au créancier réservataire de les saisir dans les conditions de l'art. 175. Quant aux créances dues aux biens matrimoniaux, le mari doit normalement les faire valoir par la participation à la saisie en concours avec les créanciers réservataires de la femme. Il convient donc de dire simple-

³⁰⁹ Gmür, art. 208 rem. 4; Egger, art. 208 rem. 7. ATF 64 III 103.

³¹⁰ Gmür, art. 208 rem. 9 sv.; Egger, loc. cit.

³¹¹ Steiner, p. 100–107; Mindlin, p. 87.

ment que la femme, du moins pendant le régime, *répond sur ses biens réservés*.

b) *Responsabilité après le régime*. Elle demeure limitée. Mais comment concevoir cette limitation prolongée? On sait que deux opinions s'affrontent. Selon la première, rien n'est changé à la situation existant pendant le régime; les créanciers continuent à ne pouvoir se payer que sur les biens qui étaient réservés pendant le mariage (limitation objective). Selon la seconde, la femme répond désormais sur tous ses biens, mais à concurrence seulement du montant pour lequel la dette se trouvait couverte par les biens réservés à la fin du régime, sous déduction encore du paiement dans l'intervalle d'autres dettes grevant les biens réservés (limitation comptable³¹²). Le Tribunal fédéral s'est prononcé pour cette dernière interprétation³¹³. Elle n'a pas échappé à la critique³¹⁴.

³¹² Dans le premier sens, notamment, Egger, art. 208 rem. 10; Vaney, p. 113; Schlatter, p. 95 sv.; dans le second sens, notamment: Gmür, art. 208 rem. 11; Knapp, nos 636-637.

³¹³ ATF 64 III 159 sv. La conséquence en est que la femme poursuivie pour une dette réservataire après le régime doit exciper de la limitation de sa responsabilité par le moyen de l'opposition. Dans le système de la couverture limitée, la femme fait valoir par l'opposition le caractère réservataire de sa dette, et c'est dans la procédure des art. 107-109 LP qu'elle soustrait à l'action de ses créanciers ses biens non réservés.

³¹⁴ Cf. notamment Vaney, en particulier p. 59 sv.; Schlatter, loc. cit. Il est déjà assez «inattendu», comme le dit le TF, qu'une limitation de responsabilité qui tient à l'existence d'un certain régime de biens survive à ce régime. Mais que cette responsabilité limitée change encore de nature, cela paraît bien étrange. Pourquoi les biens réservés, tout en s'incorporant au reste de la fortune, ne continueraient-ils pas d'exister pour les besoins de la poursuite? N'est-ce pas la situation qui se présente, pendant le régime légal, pour les biens réservés qui sont transformés en apports ou en biens communs; en vertu de l'art. 188 CC, ces biens réservés continuent de garantir les créanciers réservataires. La difficulté tenant à ce qu'il faudrait attribuer à la débitrice elle-même la qualité de tiers revendiquant pour empêcher que l'exécution ne porte sur le restant de ses biens, n'est pas insurmontable; comme on l'a dit,

De lege ferenda, nous proposons de supprimer la survivance de la limitation de responsabilité. Comme le dit le Tribunal fédéral, «la loi reconnaît à la femme l'exercice des droits civils, ce qui entraîne sa responsabilité personnelle, et celle-ci n'est limitée que dans la mesure nécessaire pour sauvegarder les droits du mari sur les apports. Or, ces droits cessant à la dissolution du mariage, la responsabilité devrait redevenir pleine et entière à ce moment-là»³¹⁵. Il semble que le législateur ait été guidé par une «raison sentimentale»: empêcher que les créanciers réservataires en viennent à spéculer sur un changement de régime, voire sur la dissolution du mariage, et ne cherchent à hâter ces événements pour étendre leur garantie aux apports³¹⁶. C'est leur prêter des intentions bien noires, surestimer leurs possibilités d'intervention et s'exagérer la crainte de voir la femme contracter inconsidérément des dettes réservataires. Il n'y a pas là de raisons suffisantes pour sacrifier la logique juridique³¹⁷.

la procédure d'exécution doit se plier au droit de fond. Et il ne sera pas moins difficile de fixer la valeur qu'avaient les biens réservés au moment de la dissolution et de savoir de combien cette valeur a diminué ensuite du règlement des dettes que d'identifier les ex-biens réservés dans le patrimoine de la femme et de rétablir leur développement économique.

³¹⁵ ATF 64 III 162. – La garantie limitée aux biens réservés pour les dettes de l'art. 208 est un aspect de la restriction du pouvoir de la femme de disposer des apports. Or, il est de règle que lorsqu'une restriction de ce genre disparaît, l'acte paralysé par elle produit son plein effet, cf. von Tuhrr-Siegwart, § 28 VI 3 note 42.

³¹⁶ Vaney, p. 21 sv.; Knapp, n° 635.

³¹⁷ La responsabilité externe pose un dernier problème, celui du *concours des créanciers généraux et des créanciers réservataires*. Les biens réservés servent en effet à couvrir les deux catégories de créances. Une série de solutions ont été proposées (cf. Knapp, n° 647 et références). La solution la plus exacte paraît être celle de Vaney (p. 92 sv.). Cet auteur opère une division dans les créances générales elles-mêmes; il les attribue aux apports et aux biens réservés, proportionnellement à la valeur respective des deux groupes de biens. L'application de cette formule donne lieu à des

II. Responsabilité interne et récompenses

La récompense, au sens propre du terme, est «la créance qui a pour rôle d'assurer le partage interne des dettes des époux entre les divers groupes de biens»³¹⁸. L'art. 209 vise trois hypothèses ou groupes d'hypothèses :

récompenses entre les biens du mari et les apports de la femme³¹⁹;

récompenses entre les biens du mari et les biens réservés de l'épouse;

récompenses entre les apports de la femme et ses biens réservés.

Mais, d'une part, la disposition ne dit pas quand une dette grève définitivement l'une de ces masses, de façon qu'il y ait lieu à récompense lorsqu'elle a été payée au moyen de deniers d'une autre masse. C'est la question préalable de la répartition interne des dettes. D'autre part, elle n'envisage pas que des récompenses puissent naître dans les relations entre les propres d'un conjoint (apports et biens réservés) et les acquêts en sa propriété.

1. La répartition interne des dettes

Nous pensons que la loi pourrait ici, sans épuiser tous les cas, poser quelques règles indicatives.

A. La répartition des dettes du mari

La formation du bénéfice dépend de l'existence d'acquêts, c'est-à-dire de biens qui ne sont dans les mains du mari ni de ses apports, ni de ses biens réservés, ni des apports de la

calculs un peu compliqués. Knapp propose des règles empiriques qui s'inspirent de l'idée que la femme ne doit en aucun cas conserver des biens quand un de ses créanciers, fût-il réservataire, n'est pas désintéressé. Est-ce là un problème qui puisse être tranché législativement ?

³¹⁸ Knapp, n° 649.

³¹⁹ Le texte français est inexact en visant des récompenses entre les *apports* des deux conjoints; cf. Knapp, n° 686 et ATF 81 II 89.

femme. Si l'on veut sauvegarder l'expectative de l'épouse sur une part du bénéfice, on ne peut permettre au mari de payer toutes ses dettes par la masse des acquêts de façon à retrouver ses apports francs et libres à la dissolution. Il faut, en tout cas *de lege ferenda*, opérer un départ entre les dettes du mari qui grèvent ses apports et biens réservés et celles qui grèvent les biens d'acquêts³²⁰. Le critère doit être pris du caractère personnel de la dette, par opposition à l'intérêt de l'union conjugale. La loi pourrait exemplifier en visant les dettes du mari antérieures au régime, les dettes grevant une succession ou une libéralité comprises dans ses apports ou biens réservés, les dettes dérivant de la responsabilité civile (et pénale), les dettes relatives à l'acquisition ou à l'amélioration d'un apport ou d'un bien réservé, les dettes dont le mari a tiré un profit personnel³²¹.

B. La répartition des dettes de la femme

a) *Entre les apports et les biens réservés.* – Il s'agit uniquement de la répartition des dettes générales, les dettes réservataires grevant aussi, dans les rapports internes, les seuls biens réservés.

La question est fort débattue sur le terrain du droit en vigueur³²². La loi ne pourrait de nouveau que poser un principe général en l'assortissant de quelques exemples. Les biens réservés supportent définitivement le poids des dettes qui, par leur cause ou leur nature, sont en connexité avec eux ou qui intéressent la femme personnellement. Au contraire, les dettes assumées dans l'intérêt de l'union conjugale sont supportées par les apports. La formule proposée implique que la répartition est proportionnelle lorsque la dette a été faite aussi bien dans l'intérêt de la femme que

³²⁰ Knapp, n° 653.

³²¹ Cf. art. 394 de l'avant-projet français, pour les récompenses dues à la communauté.

³²² Knapp, nos 659 sv. et références.

dans celui de l'union conjugale³²³. La loi pourrait spécifier que sont dettes personnelles de la femme au sens indiqué, les dettes grevant des successions ou des libéralités comprises dans les biens réservés, les dettes dérivant de la responsabilité civile (ou pénale), les dettes relatives à l'acquisition ou à l'amélioration des biens réservés, les dettes contractées dans l'exercice régulier d'une profession ou d'une industrie³²⁴, les dettes alimentaires³²⁵.

b) *Entre les acquêts, d'une part, les apports et biens réservés, d'autre part.* – La femme peut avoir en mains des acquêts qui, s'ils sont assimilés aux apports pour leur gestion, n'entrent pas moins dans le calcul du bénéfice à la dissolution du régime. Le produit du travail de la femme, bien réservé pendant le régime, aurait, selon notre proposition, qualité d'acquêts à la liquidation. Or, la femme pourrait – avec le consentement de son mari pour les biens remis en imputation sur le bénéfice, sans ce consentement pour les économies réalisées sur le produit de son travail – payer à l'aide de ces biens des dettes personnelles au sens défini plus haut pour le mari. Ces dettes ne sauraient grever définitivement lesdits acquêts, sous peine de compromettre le droit du mari au bénéfice. Il faut procéder à une répartition interne entre cette masse de biens et la double masse des apports et des biens réservés, comme nous l'avons proposé pour le mari. Cela peut donner lieu à des récompenses dans un sens et dans l'autre.

³²³ O. Müller, p. 42 sv.; Egger, art. 209 rem. 3 et 5. Knapp, n° 644. – Pour les dettes antérieures au mariage, une répartition se justifie proportionnellement à la valeur respective des apports et des biens réservés dans le patrimoine de la femme à l'entrée du régime. Cf. Knapp, n° 665.

³²⁴ Sauf qu'à la dissolution, ces dettes-là – du moins celles contractées directement pour l'acquisition du gain – grevent le produit du travail de la femme qui, selon notre proposition, s'incorpore aux acquêts.

³²⁵ Par ces suggestions, nous n'entendons pas prendre parti sur toutes les controverses en la matière. Cf. Mindlin, p. 75 sv.; Knapp, nos 665–680.

C. La répartition des dettes entre le mari et la femme

Elle correspond en principe à la division de la responsabilité externe et il ne paraît pas nécessaire de la spécifier dans la loi. Ainsi, dans les rapports internes, chaque époux répond aussi de ses dettes antérieures au régime et de ses dettes nées pendant le régime. Toutefois le mari pourra reporter sur les apports de sa femme certaines dépenses dont il était débiteur envers les tiers selon l'art. 200 al. 2. Et la charge des dettes de ménage, telle qu'elle aura été supportée en raison de la responsabilité solidaire, ne sera pas nécessairement définitive ni pour la femme³²⁶ ni même pour le mari, si l'on admet que chacun contribue proportionnellement à ses facultés aux charges du mariage (ci-dessus, chap. I p. 456a sv.).

2. Récompenses

Les récompenses ont leur cause dans les règles de la responsabilité interne. Ces règles étant acquises, il n'est plus que de fixer le statut des créances elles-mêmes.

Nous avons en définitive cinq catégories de récompenses.

A. Récompenses entre les biens du mari et les apports de la femme

La créance du mari contre les apports de la femme peut ressortir à ses propres apports, à ses biens réservés ou aux acquêts. De toute façon, le mari en a la gestion exclusive.

La créance de la femme contre le mari fait partie des apports féminins. De soi, elle est soumise à l'administration maritale (ci-dessus, p. 510a).

³²⁶ En vertu des règles du régime, le mari doit récompense à sa femme pour les dettes payées sur la substance des apports, ATF 78 II 305; 81 II 188. Sur les biens réservés, la femme pourra devoir – mais non nécessairement – supporter la charge définitive des dettes de ménage qu'elle aura payées au moyen de ces biens. Cf. ci-dessus, note 64.

Ces créances de part et d'autre doivent continuer de n'être exigibles qu'à la dissolution du régime, sauf application des art. 174 et 175 (art. 209 al. 1).

*B. Récompenses entre les biens du mari
et les biens réservés de la femme*

Le mari et la femme sont chacun maîtres de leurs créances. L'exigibilité doit être immédiate (art. 209 al. 2).

*C. Récompenses entre les apports de la femme
et les biens réservés de celle-ci*

Le mari administre la récompense comprise dans les apports féminins, tandis que la femme dispose de la récompense appartenant à ses biens réservés. Ces créances doivent rester immédiatement exigibles (art. 209 al. 2).

*D. Récompenses entre les apports et biens réservés du mari
et les acquêts en sa propriété*

Le règlement ne s'opère qu'à la dissolution du régime. La créance afférente aux apports ou biens réservés vient en diminution des acquêts pour reconstituer les biens propres du mari. La créance afférente aux acquêts vient en diminution des apports et biens réservés pour reconstituer le bénéfice.

*E. Récompenses entre les apports et biens réservés de la femme
et les acquêts en sa propriété*

(y compris le produit de son travail)

Il en va comme pour les récompenses de la catégorie précédente.

§ 9. Reprises de la femme et dissolution du régime

*I. La protection des apports de la femme
dans l'exécution forcée contre le mari*

La revision pourrait fixer quelques points élucidés par la doctrine ou la jurisprudence.

1. Reprise des apports représentés
(210 al.3)

Il s'agit de toutes valeurs comprises dans le patrimoine d'apports («Vermögenswerte»), y compris les droits et créances contre des tiers. L'expression du texte français «apports qui existent en nature» peut prêter à malentendu. Il conviendrait de dire que la femme reprend «tous biens et créances apportés par elle». Ces créances envers des tiers s'opposent aux récompenses contre le mari, du 1^{er} alinéa ³²⁷.

2. Les créances pour apports non représentés
(art.210 al.1)

On y fait rentrer communément, outre les créances fondées sur les art. 200 et 201 al. 1 et 3, les récompenses (au sens étroit) de l'art. 209, ce qui est discutable mais peut être laissé à l'interprétation ³²⁸.

³²⁷ Knapp, n^o 731. – La femme reprend aussi les acquêts dont elle est propriétaire. Mais elle est exposée à ce que les créanciers du mari saisissent la créance de récompense de celui-ci pour les avances consenties et ne fassent réaliser les biens en question. Cependant il se peut que les acquêts aient été faits à une époque de prospérité de l'union conjugale, grâce à des économies réalisées. Il serait choquant que les créanciers n'aient pas d'action sur ces acquisitions, alors qu'ils subissent une perte dans l'exécution forcée contre le mari. Rappelons que les acquêts propriété de la femme ont le caractère d'avance sur bénéfice futur. On pourrait considérer que les époux ont virtuellement procédé à une liquidation matrimoniale, comme si le mari avait acquis lui-même les biens et les avait ensuite transférés à son épouse en imputation sur sa créance future. Les créanciers *antérieurs* pourraient alors exercer leurs droits sur ces biens, en vertu de l'art. 188 al. 1. Mais qu'en est-il pour les créanciers *postérieurs*? – On pourrait admettre que, dans les rapports internes, l'attribution faite à la femme n'a plus de cause dès le moment où il n'y a pas de bénéfice, ce que révèle l'exécution forcée contre le mari. Les acquêts doivent alors faire retour à leur propriétaire naturel et les créanciers pourraient saisir la créance du mari en restitution contre la femme.

³²⁸ Egger, art. 210 rem. 2; Knapp, n^o 734. De toute façon, la femme peut produire ces créances-là en vertu de l'art. 111 LP. Mais il reste à savoir si c'est à titre d'apports non représentés et si en

La compensation prévue par l'art. 210 al. 2 est surtout à l'avantage de la femme qui évite ainsi de payer en bonne monnaie ses dettes aux créanciers du mari pour recevoir en monnaie de dividende le paiement de ses apports. *Knapp* estime que cet avantage doit demeurer dans le cadre strict du régime, de sorte que la compensation ne peut avoir lieu qu'avec des créances maritales intéressant les apports de la femme³²⁹. La loi pourrait le préciser.

3. Le privilège

A. Principe et montant

Le principe du privilège est indiscutable. La femme, du fait des pouvoirs du mari sur ses biens (dont certains passent même en sa propriété), est dans une situation qui l'apparente à celle des «personnes dont la fortune se trouvait placée sous l'administration du débiteur» (art. 219 al. 4, 2^e classe a) LP). Sa créance d'apports est singulièrement menacée si le mari fait de mauvaises affaires. La possibilité qu'elle a d'exiger des sûretés ou même de demander la séparation de biens est plus théorique que pratique.

Nous ne proposons cependant pas d'étendre le privilège à la totalité de la créance de la femme³³⁰. Nous nous en tenons au jugement de Salomon rendu par le législateur entre l'épouse qui demande restitution de son avoir et les créanciers du mari qui ont consenti leurs crédits sur le vu des biens réunis dans les mains du débiteur. Sans doute, si tous les

conséquence elles bénéficient du privilège de la moitié. Ces récompenses, si elles naissent à l'occasion du régime, ont leur cause dans des rapports d'obligation entre époux qui relèvent du droit commun. Cf. Schlatter, p. 160 sv. et 163 note 4. Les art. 210/211 CC sont en corrélation avec les pouvoirs du mari sur les apports de la femme: la créance n'est d'apports et n'est privilégiée que si et dans la mesure où la femme a dû souffrir immixtion dans ses biens. Voir l'ancienne jurisprudence du Tribunal fédéral sur l'art. 219 LP, ATF 27 II 661.

³²⁹ Op. cit., n° 737.

³³⁰ *Knapp* suggère que le législateur aille plus loin dans la protection de la femme.

apports de la femme existent encore *in natura*, les créanciers du mari ne peuvent-ils s'opposer à ce que la femme les reprenne. Mais il leur est tout de même plus facile en ce cas de reconnaître l'appartenance féminine des biens (immeubles, titres nominatifs, etc.) et de mesurer en conséquence leurs crédits au mari^{330 bis}.

B. Cession et renonciation

Il faut consacrer la solution jurisprudentielle³³¹, qui est celle de la majorité de la doctrine³³², selon laquelle la femme peut céder sa créance assortie du privilège. Le texte de l'art. 211 al. 2 doit être modifié de manière à éviter un malentendu à ce sujet. Le principe demeure que la cession isolée du privilège est exclue. La renonciation à la créance avec son privilège est évidemment possible, mais la renonciation au privilège seul en faveur de créanciers déterminés (et non en faveur de la masse des créanciers) reste pros-
crite^{332 bis}.

^{330 bis} Quant au calcul du privilège, on pourrait spécifier que les biens repris en nature s'imputent à leur valeur actuelle, cf. ATF 81 III 97 et Knapp, p. 252 note 28: «La reprise à la valeur actuelle s'explique tout simplement par la notion même de l'apport, qui reste dans la propriété de la femme. Quant à la part privilégiée de la créance de récompense, il est évident qu'elle augmente avec la moins-value de l'apport et diminue avec sa plus-value.»

³³¹ ATF 57 II 14.

³³² Egger, art. 211 rem. 6; Jaeger, art. 219 rem. 9 et 19; Fritsche, II p. 83 et 100; Knapp, n° 754. Contra: Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetriebsrechts Berne, 1911, p. 692; Gmür, art. 211 rem. 20.

^{332 bis} Concernant la *fin du privilège*, la loi pourrait consacrer la jurisprudence selon laquelle la femme ou son hoir peut, après la cessation du régime de l'union des biens, faire encore valoir son privilège dans le délai nécessaire à la liquidation dudit régime, délai qui serait fixé à une année, par analogie avec le délai prévu par l'art. 219 LP pour l'admission de certaines créances en 2^e classe et par l'art. 111 al. 1 LP pour la participation de la femme à la saisie pratiquée sur les biens du mari. Cf. ATF 63 II 94, 67 III 195, 69 III 22. – A notre sens, le législateur aurait aussi à se prononcer,

II. La dissolution du régime en suite du décès d'un des époux³³³

1. La reprise des apports de la femme en nature ou en valeur

Les art. 212 et 213 ne sont pas rédigés de façon très précise³³⁴. Il s'agirait de rendre dans un nouveau texte les idées suivantes:

Au décès d'un des époux, la femme ou son hoirie reprend ses apports représentés avec les dettes qui les grèvent. Si c'est la femme qui est décédée, le mari fait partie de l'hoirie (sauf s'il opte pour l'usufruit, en concours avec la première parentèle), de sorte qu'il est inutile de réserver ses droits successoraux, comme le fait l'art. 212 al. 1; et ces droits ne pourront d'ailleurs s'exercer que sur les apports une fois repris³³⁵.

La femme ou son hoirie fait valoir ses créances contre la succession du mari ou le mari lui-même. Ce sont d'abord des créances pour apports non représentés, créances qui ont leur source dans les art. 200 al. 1 et 201 al. 1, ainsi que dans l'art. 201 al. 3³³⁶. Ce sont ensuite des récompenses nées du

dans le sens de la jurisprudence (mêmes arrêts), pour le maintien en principe du privilège dans les exécutions subséquentes du mari (tant que les époux sont encore unis en biens ou qu'ils sont dans la période transitoire d'un an après la séparation de biens).

³³³ Sur la dissolution par le divorce ou le changement de régime, cf. ci-dessus chap. II p. 492a notes 172 et 173.

³³⁴ Cf. les critiques de Knapp, nos 776–778.

³³⁵ Le sort des *moins-values* est réglé par les art. 200 et 201. Le régime des *plus-values* peut être abandonné à l'interprétation jurisprudentielle et doctrinale (plus-values de conjoncture profitant au propriétaire de l'apport; plus-values d'impenses entrant dans le calcul du bénéfice; plus-values mixtes, de conjoncture et d'impenses. Cf. notamment Knapp, nos 784 sv.; ATF 40 II 169; 58 II 326; 62 II 339; 74 II 145; 81 III 37.

³³⁶ La réserve « dans la mesure où il en est responsable » qui figure d'ailleurs seulement à l'art. 212 al. 2, ne convient qu'aux créances contre le mari administrateur, Knapp, n° 791.

paiement de dettes du mari au moyen de deniers d'apports (art. 209 al. 1)³³⁷.

Mais la femme comme son hoirie doit souffrir de se voir opposer en compensation les créances que le mari peut avoir contre elle, même à l'endroit de ses biens réservés³³⁸.

Quant aux acquêts propriété de l'épouse, celle-ci les «reprend» aussi, comme fait le mari des acquêts en ses mains; mais elle doit permettre qu'il en soit tenu compte pour le calcul du bénéfice. Les biens en question (y compris, *de lege ferenda*, le produit du travail de la femme et les revenus des biens réservés légaux) sont donc réunis, avec les récompenses contre les apports et les biens réservés féminins et déduction faite des récompenses dues à ces mêmes biens, à la masse générale des acquêts (ci-dessus, p. 543a). La femme est de même comptable, comme le mari, des donations qu'elle aurait faites à des tiers sur ses acquêts sans le consentement du mari (et qui n'auraient pas été attaquées).

2. La reprise des apports du mari

L'art. 214 al. 1 laisse croire que le mari «prélève» aussi ses apports. Cette expression ferait supposer que le solde après prélèvement des apports maritaux et féminins formerait une masse commune sur laquelle la femme comme le mari aurait des droits directs. Cette leçon, défendue par quelques-uns, ne correspond pas au système de l'union des biens dans lequel le mari est propriétaire de tous les biens matrimoniaux à l'exception des apports de la femme. Le prélèvement des apports maritaux n'est que comptable, destiné qu'il est à établir le bilan de la liquidation³³⁹. La loi devrait l'exprimer.

³³⁷ La femme fera naturellement valoir aussi ses créances réservées, Knapp, p. 296 note 21.

³³⁸ Il s'agit d'une compensation et non d'une imputation (Knapp, n° 777) et elle s'opère évidemment aussi dans l'hypothèse du décès du mari (art. 213).

³³⁹ Gmür, art. 214 rem. 17; Knapp, nos 795–796.

Mais, sous cette réserve, la reprise arithmétique des apports maritaux s'opère, *mutatis mutandis*, selon les mêmes principes que celle des apports féminins. Les biens représentés sont comptés pour leur valeur, déduction faite des dettes qui les grèvent. S'il n'est pas question de créances pour apports non représentés, le mari fait valoir ses récompenses contre la femme selon l'art. 209 al. 1, et doit souffrir la compensation avec les récompenses correspondantes de l'épouse. Le mari doit en outre récompense à la masse des acquêts pour les dettes qui grevaient ses apports et biens réservés et qui ont été payées par les deniers d'acquêts, comme il peut d'ailleurs aussi se rembourser des dettes qu'il a payées de ses deniers propres et qui étaient afférentes aux acquêts. Outre cela, le mari peut devoir une indemnité à raison de la mauvaise gestion des acquisitions réalisées (ci-dessus, p. 523a) et doit réunir à la masse des acquêts les libéralités faites aux dépens de cette masse sans le consentement de sa femme (ci-dessus, p. 524a).

3. Bénéfice et déficit

Les acquêts^{339 bis}, tels qu'ils se dégagent de ces diverses opérations: reprise (effective ou comptable) des apports de part et d'autre, règlement des récompenses et indemnités, rapport des avances sur gain futur en mains de la femme, réunion des libéralités faites aux dépens des acquêts, incorporation à ceux-ci du revenu existant des biens réservés légaux et du produit accumulé du travail de la femme, sous déduction encore du passif propre à la masse reconstituée, – ces acquêts ne sont pas autre chose que le *bénéfice*³⁴⁰.

^{339 bis} La loi pourra préciser qu'il faut estimer les éléments d'actif de la communauté matrimoniale à la valeur qu'ils avaient au moment de sa dissolution, à la différence ce qui est la règle en matière de partage de la succession, cf. ATF 80 II 194.

³⁴⁰ Knapp, n° 831: «La valeur conférée aux acquêts, après ces multiples opérations, est égale au bénéfice. Donc il n'est pas aussi faux qu'on le prétend d'assimiler le bénéfice aux acquêts. Mais ... il s'agit d'acquêts idéaux qui se séparent des acquêts représentés en nature à la fin du régime par toute une chaîne de métamorphoses.»

Il y a *déficit* lorsque, pour acquitter les dettes envers les tiers et régler les créances d'apports de la femme et ses récompenses, les acquêts existants ne suffisent pas et qu'il faut entamer les apports et biens réservés du mari.

4. Le droit au bénéfice

Selon l'art. 214 al. 1, le bénéfice appartient pour un tiers à la femme ou à ses descendants, et pour le surplus, au mari ou à ses héritiers. Pour la femme ou son hoirie, ce droit au bénéfice a le caractère d'une créance portant sur la valeur de ce tiers. Quant au mari ou à son hoirie, il détient sa part de bénéfice du fait qu'il est et demeure, après la dissolution, propriétaire des acquêts, à charge d'acquitter la créance de la femme³⁴¹.

1. On sait la difficulté qu'a suscitée le membre de phrase «ou à ses descendants». La grande majorité de la doctrine interprète la loi en ce sens que le bénéfice entre dans la succession de la femme s'il y a des descendants; en ce cas, le mari partage, avec ces derniers, la part de bénéfice revenant à sa femme, cela à concurrence de son quart en propriété³⁴². *De lege ferenda*, il n'y a pas à hésiter: on ne saurait admettre une succession propre des descendants (exclusive du mari) dans la créance de bénéfice de la femme, ce qui est en opposition avec le principe de la succession universelle.

2. Mais c'est le principe même que le droit de la femme au bénéfice n'entre pas dans les successions dévolues aux deuxième et troisième parentèles qui doit être abandonné. On ne voit pas pourquoi un actif qui revient à la femme en raison de sa coopération à la prospérité de la société conjugale échapperait à ses héritiers, parmi lesquels d'ailleurs

³⁴¹ Cf. ATF 82 II 487. Knapp, n° 799.

³⁴² Egger, art. 214 rem. 10; Gmür, art. 214 rem. 24; Escher, Kommentar zum Erbrecht 3^e édit. Zurich 1956, art. 462 rem. 6b; Knapp, nos 834 sv. Contra: Dénéreaz, p. 148 sv.; Suter-Wyrsh, Der Vorschlagsanteil der Nachkommen der Ehefrau, RSJ (SJZ) 48 (1952) p. 139 sv.

se trouve le mari avec sa part en propriété et le solde en jouissance³⁴³.

3. Enfin, avec *Egger*³⁴⁴, nous proposons le partage du bénéfice par moitié. Sans concourir toujours directement à la formation des acquêts, la femme crée, par son travail domestique, les conditions qui permettent au mari de se vouer à des activités fructueuses. Sa mission de mère de famille l'empêche la plupart du temps de s'adonner elle-même à un travail lucratif. Sans vouloir commercialiser le mariage, on peut penser que, pour cette raison aussi, sa participation doit être égale. Cela s'impose tout particulièrement si l'on fait rentrer dans les acquêts à partager le produit de son travail.

5. La charge du déficit

Il est dans la logique de l'union des biens que le déficit soit à la charge du mari («Frauengut soll nicht schwinden»). C'est la conséquence des reprises définitives et de la répartition finale des dettes³⁴⁵.

Il est vrai que l'élément communautaire introduit dans le régime par la participation au bénéfice pourrait justifier une atténuation du principe, dès le moment surtout où les droits des époux (et de leurs héritiers) deviendraient rigoureusement égaux. Cependant nous chercherions plutôt la solution du côté d'une interprétation plus large du «déficit causé par la femme». En réalité, il s'agit d'un problème de responsabilité interne et de récompenses³⁴⁶. En particulier, des dépenses extraordinaires dues à la maladie de la femme peuvent excéder la part contributive du mari à l'entretien du ménage et fonder une créance de récompense contre les

³⁴³ En ce sens Knapp, n° 838, qui relève qu'il n'y a en tout cas aucune raison de «préférer les héritiers du mari autres que les descendants à ceux de la femme autres aussi que les descendants».

³⁴⁴ Actes de la Soc. suisse des Juristes 1928, et RDS 1928, p. 233a. De même Grossen, l'égalité, p. 27.

³⁴⁵ Knapp, n° 833.

³⁴⁶ Egger, art. 214 rem. 15.

apports, qui diminue d'autant la reprise féminine et peut faire disparaître le déficit³⁴⁷.

6. Les conventions modifiant la répartition du bénéfice

(art. 214 al. 3)

«Le contrat de mariage peut prévoir une autre répartition du bénéfice ou du déficit». On connaît la controverse qui s'est instituée sur le point de savoir si la convention attribuant tout le bénéfice au conjoint survivant est une disposition pour cause de mort et par conséquent réductible comme telle (art. 522 CC) ; ou si du moins, d'une façon générale, les conventions modificatives de la répartition ne sont pas des libéralités entre vifs, sujettes à réduction en vertu de l'art. 527 CC. Confirmant sa jurisprudence antérieure, le Tribunal fédéral a jugé récemment que, dans les limites de l'art. 2 al. 2 CC sur l'abus de droit, les conjoints peuvent convenir par contrat de mariage que tout le bénéfice reviendra à l'époux survivant, et que cette disposition n'est pas réductible par application des règles du droit successoral.³⁴⁸

Sans vouloir entrer dans le fond du débat³⁴⁹, nous ferons, *de lege ferenda*, les observations suivantes :

La convention attributive de tout le bénéfice au conjoint survivant n'est en effet pas une disposition pour cause de mort³⁵⁰. La modification de la répartition légale est une clause du contrat de mariage qui, par définition, produit ses

³⁴⁷ Cf. arrêt du Tribunal fédéral non publié du 6 mai 1925 (époux Weissmann), cité par Knapp, p. 298 note 71.

³⁴⁸ ATF 82 II 477, confirmant ATF 58 II 1.

³⁴⁹ Sur les avis de doctrine, cf. ATF 82 II 481–482. Voir, depuis, Knapp, nos 841 sv. qui admet la réductibilité de la convention en se fondant sur l'art. 527 ch. 3, mais seulement pour ce qui dépasse les $\frac{3}{4}$ du bénéfice (exactement $\frac{35}{48}$) et en faveur uniquement des descendants. Nous ne pouvons résumer son argumentation subtile.

³⁵⁰ Encore que, quant à la forme, le législateur aurait pu exceptionnellement permettre qu'elle soit reçue par simple contrat de mariage.

effets à la dissolution, c'est-à-dire généralement au décès d'un conjoint. L'attribution du bénéfice à l'un ou à l'autre époux, qu'elle se fasse en vertu de la loi ou en vertu de la convention, a sa raison d'être dans le régime matrimonial. Comme le dit le Tribunal fédéral, «la mort de l'un des époux n'est pas la cause de la convention, elle n'est qu'un terme d'exécution»³⁵¹. Pour qui considère l'expectative de la femme comme un droit produisant déjà des effets pendant l'union, cette solution s'impose avec plus de force encore.

En revanche toute convention au sens de l'art. 214 al. 3 renferme une libéralité pour le conjoint qui reçoit (ou garde) plus que la part de bénéfice fixée par la loi. Economiquement, on n'en peut douter. Juridiquement, le Tribunal fédéral le nie en argumentant comme suit:

«De la part de la femme, la convention attribuant la totalité du bénéfice au mari ne peut être une donation, puisqu'au moment de la conclusion du contrat elle ne possède aucun droit au bénéfice et que, selon l'art. 239 al. 2 CO, le fait de renoncer à un droit avant de l'avoir acquis ne constitue pas une donation. Or, on ne saurait, d'une part, admettre l'application de l'art. 527 ch. 3 CC lorsqu'au décès du mari la totalité du bénéfice revient à la femme et, d'autre part, la rejeter lorsque c'est le mari qui a droit à tout le bénéfice à la mort de la femme.»

Mais on peut tout aussi bien raisonner en sens inverse comme le fait *Knapp*³⁵²:

«La libéralité dont jouit la femme est une donation, puisque le mari abandonne à terme une partie de la valeur des biens qui lui appartiennent. ... La libéralité dont jouit le mari ... n'apparaît pas être d'après 239 CO, une donation. Cependant nous ne pouvons traiter différemment le mari et la femme, et l'application analogique de l'art. 527, 3^o, à la répartition modifiée du bénéfice vaudra dans les deux hypothèses: la femme libérant, en tout ou en partie, le mari d'une obligation légale renonce à l'expectative légale du

³⁵¹ *Knapp*, n^o 849 qui précise: «Du point de vue juridique, la libéralité n'est pas prélevée sur la succession du prédécédé; mais, au terme de la mort, elle revient directement au survivant, par application des règles du régime de l'union.»

³⁵² n^o 861.

tiers qui peut s'assimiler au droit existant déjà qu'a le mari sur les deux tiers du bénéfice.»

Quoi qu'il en soit, pour une législation à venir, nous n'hésitons pas à proposer l'application de l'art. 527 ch. 3 et ch. 4³⁵³ aux conventions modifiant la répartition du bénéfice. Nul ne peut nier que ces conventions soient propres à rendre illusoire la protection des héritiers réservataires. Il suffit de songer à des époux qui se sont mariés en n'apportant que quelques meubles et hardes et dont toute la fortune est pratiquement composée d'acquêts. Le risque que l'art. 214 al. 3 fait courir aux héritiers réservataires est à peine moins grand que celui qui résulte des conventions permettant de modifier le partage des biens communs³⁵⁴. Par ailleurs, il nous paraît bien préférable de soumettre à réduction les conventions de l'art. 214 al. 3, plutôt que de recourir au correctif imprécis de l'abus de droit. Il y aurait abus dans le fait de détourner de son but la liberté contractuelle accordée aux époux³⁵⁵. Ce but serait de permettre à ceux-ci «d'aménager la répartition du bénéfice de l'union conjugale en considération de leurs intérêts réciproques, en particulier de corriger les effets du régime légal pour le conjoint survivant et d'assurer sa situation au point de vue

³⁵³ Le Tribunal fédéral veut écarter l'application de cette dernière disposition relative aux aliénations faites dans l'intention d'éluder les règles concernant la réserve, parce qu'en les concluant les époux ne font qu'user d'une faculté expressément conférée par l'art. 214 al. 3. Mais c'est toujours en usant d'un droit légal – qu'il soit ou non expressément reconnu – que le de cujus fait l'une ou l'autre des aliénations visées par l'art. 527 ch. 4. Dès le moment où ces actes en soi légitimes sont faits dans l'intention de léser une réserve, ils sont attaquables.

³⁵⁴ Le Tribunal fédéral retient la différence des situations pour écarter l'application par analogie de l'art. 226 al. 2 (arrêt cité p. 490). Si nous ne préconisons pas cette application, c'est parce que la solution adoptée en matière de communauté est exorbitante du droit commun des successions et que nous ne voyons pas de raison de ne pas protéger aussi les héritiers réservataires autres que les descendants.

³⁵⁵ Arrêt cité p. 490.

matériel». A ce titre, les époux peuvent se favoriser mutuellement. Mais alors où doivent-ils s'arrêter et quand la fin qu'ils recherchent cesse-t-elle d'être «normale»? Nécessairement il faudra recourir à toute une casuistique et distinguer selon que seront en cause les intérêts d'enfants de mariages antérieurs, de descendants communs, de père et mère, de frères et sœurs, en tenant compte chaque fois de la valeur des biens restant aux héritiers. Dans ce système, il est impossible aux époux de connaître, même approximativement, la limite de leurs possibilités³⁵⁶.

CHAPITRE IV

Les autres régimes matrimoniaux

§ 10. *Le régime de séparation de biens*

I. Généralités

Dans le système matrimonial que nous préconisons, la séparation de biens demeurerait un régime conventionnel. Elle ne serait jamais légale, mais pourrait être ordonnée par le juge, dans des cas déterminés, en lieu et place du régime légal ordinaire de la participation au bénéfice (ci-dessus, p. 494a). Par ailleurs, les règles de la séparation s'appliqueraient à la propriété et à la gestion des propres, comme à la responsabilité pour les dettes et aux reprises dans le régime légal.

La réglementation de la séparation de biens appelle peu d'observations *de lege ferenda*.

II. Les masses de biens

Tandis que la séparation judiciaire s'étend à tout le patrimoine des époux, la séparation conventionnelle peut

³⁵⁶ Voir les critiques de Knapp, n° 853. — Pour trancher le débat législativement, nous ajouterions à l'art. 214 al. 3 les termes: «sous réserve des dispositions relatives à la réduction des libéralités entre vifs».

laisser hors de sa prise certains biens soumis à un régime spécial, notamment par la constitution d'une dot ou la stipulation d'une communauté d'acquêts³⁵⁷. Une convention de participation au bénéfice n'aurait pas de sens, car elle reviendrait à l'adoption du régime légal proposé³⁵⁸.

Sous le régime de la séparation de biens, il n'y a pas d'autres présomptions que celles qui résultent de la possession et du registre foncier. Mais pour les choses mobilières détenues conjointement par les époux, la possession ne fournit pas de critère; et pour les biens dont la femme a remis l'administration à son mari, la présomption joue contre elle. Aussi a-t-on souvent relevé l'intérêt qu'il y aurait pour les époux à dresser inventaire de leurs biens³⁵⁹. Il serait indiqué que la loi attire l'attention des époux sur l'opportunité de cette mesure en édictant à ce sujet des règles appropriées, sur le modèle des dispositions relatives à l'union des biens.

Les biens des époux demeurent donc séparés pendant le régime et suivent leur propre destin juridique. En particulier, ils sont susceptibles de se renouveler selon les règles de la subrogation patrimoniale. Les dispositions générales qui seraient établies à ce sujet s'appliqueraient aussi aux biens séparés des époux.

III. Gestion des biens

Chaque époux conserve l'administration de ses biens (art. 242 al. 1), savoir la gestion dans le sens le plus large, comprenant tous actes de disposition.

L'art. 242 al. 2 vise le cas où la femme remet l'administration de ses biens au mari. L'étendue de ces pouvoirs dé-

³⁵⁷ Egger, art. 241 rem. 4; Gmür, art. 241 rem. 15-16b.

³⁵⁸ Une telle stipulation est actuellement jugée incompatible avec le régime de séparation, cf. ci-dessus note 152.

³⁵⁹ Egger, art. 241 rem. 5; Gmür, art. 241 rem. 9. Cf. art. 24 de l'ordonnance sur le registre des régimes matrimoniaux, en ce qui concerne les biens réservés.

pend de la convention des époux; à ce défaut, ce sont les règles du mandat qui s'appliquent. Au regard de ces règles, on ne peut dire que le mari n'aurait que l'administration ordinaire³⁶⁰; l'art. 396 CO permet au mandataire de faire tous actes juridiques nécessités par l'exécution du mandat; un pouvoir spécial n'est nécessaire que pour intenter un procès, transiger, compromettre, souscrire des engagements de change, aliéner ou grever des immeubles (al. 3). Hormis ces cas, le mari pourrait en soi disposer des biens de sa femme (en son nom à elle), dans une mesure plus étendue que comme administrateur de l'union des biens. A moins d'admettre que «la nature de l'affaire» ne l'autoriserait qu'à faire les actes de simple administration. Il paraîtrait indiqué de le dire, en énonçant une présomption qui rapprocherait l'art. 242 al. 2 du système des art. 200/202.

Bien que la loi ne le dise pas, il est certain que le mari aussi peut donner mandat à la femme d'administrer ses biens. Ce mandat ne peut avoir, dans le doute, que la même étendue.

Que la femme (ou le mari) ne puisse renoncer valablement à son droit de reprendre en tout temps l'administration de ses biens (art. 242 al. 3), cela résulte déjà des règles générales sur le mandat (art. 404 CO). Il ne paraît pas utile aujourd'hui de le rappeler.

L'art. 242 al. 2 présume que la femme qui a remis l'administration de ses biens au mari renonce à lui en demander compte pendant le mariage (pendant le régime). Cette règle ne se justifie guère. A première vue, la femme n'aurait même pas le droit de demander des renseignements (cp. art. 205 al. 1). Quoi qu'il en soit, si la femme peut en tout temps révoquer son mandat (et à ce moment exiger la reddition de comptes), pourquoi ne pourrait-elle pas le moins, consistant à se faire rendre des comptes pendant le régime? Quand c'est le mari qui a remis l'administration de ses

³⁶⁰ Comme l'affirme Egger, art. 242 rem. 4; pour Gmür, également, le mari n'aurait pas de pouvoir de disposition.

biens à sa femme, on admet que l'art. 242 al. 2 ne s'applique pas³⁶¹. Cette différence de traitement ne saurait de toute façon subsister eu égard à l'égalité de droit du mari et de la femme. Mais la meilleure solution est de revenir tout simplement au droit commun du mandat en supprimant la règle en question³⁶².

La présomption d'abandon des revenus à l'époux gérant pour subvenir aux charges du mariage (art. 242 al. 2 in fine) doit, selon notre postulat général, être étendu au cas du mari qui confie l'administration de ses biens à sa femme. Mais l'acquisition des revenus par l'époux gérant est strictement finalisée: ce qui n'est pas utilisé d'abord pour couvrir les frais de gestion, puis pour faire face aux dépenses de ménage (compte tenu de la constitution de certaines réserves) doit faire retour à l'époux propriétaire; sinon quelle serait la différence avec l'usufruit marital?³⁶³

IV. Jouissance des biens

Si chacun des époux conserve la propriété de ses biens, il en a automatiquement la jouissance (et d'ailleurs aussi l'administration), tant que la loi n'institue pas des droits de l'un sur les biens de l'autre. Des précisions à ce sujet ne s'expliquent que par un souci didactique. En tout cas, on pourrait se passer de l'art. 245 qui déclare que chacun des époux a droit aux revenus de ses biens et au produit de son travail³⁶⁴.

³⁶¹ Gmür, art. 242 rem. 19.

³⁶² Gmür, art. 242 rem. 14 et 19, critique cette règle. En ce sens, le projet français, art. 468: «L'époux qui a eu la jouissance des biens de l'autre avec le consentement ou malgré l'opposition de ce dernier, doit rendre compte de sa gestion dans les mêmes conditions qu'un mandataire et restituer toutes les sommes qu'il a perçues en cette qualité».

³⁶³ Contra, la doctrine dominante: Egger, art. 242 rem. 6; Gmür, art. 242 rem. 16.

³⁶⁴ Le projet allemand ne contient qu'une seule disposition sur la séparation de biens (§ 1414).

V. Contribution des époux aux charges du mariage

La question ressortit en réalité aux effets généraux du mariage. Il suffirait, dans le chapitre de la séparation de biens (comme dans celui de la participation au gain), d'énoncer, sous la forme d'une réserve, que les droits des époux sur leurs biens (disposition et jouissance) sont limités, dans les rapports internes, par leur devoir réciproque de contribuer aux charges du ménage.

Dans le système actuel où le mari a la charge principale de l'entretien du ménage, il se justifie de prévoir spécialement «la contribution équitable» de la femme séparée de biens, contribution fixée au besoin par le juge (art. 246 al. 1 et 2). Mais il faudrait compléter l'art. 246 al. 3, qui exclut la répétition des prestations de la femme versées en vertu des al. 1 et 2, en consacrant le droit à la restitution de ce qu'elle a fourni en sus au titre de son devoir d'assistance au sens étroit, sous réserve de renonciation expresse ou tacite³⁶⁵.

Dans le système que nous préconisons, où le mari aussi ne fait que «contribuer» aux charges du mariage, chaque époux peut exiger de l'autre cette contribution proportionnelle à ses facultés, que le juge, cas échéant, aurait à fixer. Mais la question serait tout entière régie dans le chapitre général des effets personnels du mariage.

VI. Responsabilité pour les dettes

Il n'est pas besoin de dire que la responsabilité des époux est séparée; l'art. 243 est inutile. La responsabilité de la femme pour les dettes de ménage doit être statuée dans les dispositions générales. Rappelons que, selon notre proposition, la femme est principalement responsable des dettes de ménage contractées par son mari dans les limites des besoins courants.

³⁶⁵ Cf. ci-dessus, chap. I § 3 II p. 454a sv. et note 64.

Pas plus qu'actuellement, la répartition interne des dettes et les récompenses n'exigent d'être évoquées par la loi.

VII. Reprises et liquidation

Tant que chaque époux conserve l'administration de ses biens, la fin du régime ne soulève aucun problème. Si un époux a confié à l'autre la gérance de certains de ses biens, le règlement à la dissolution se fait conformément aux règles du rapport juridique qui liait les époux (mandat, société, contrat de travail). Il va de soi qu'à défaut d'une règle formelle dans la loi, un époux ne peut prétendre qu'un privilège d'exécution assortisse sa créance de restitution contre l'autre. L'art. 244 est, au fond, superflu.

On a évoqué la possibilité d'accorder tout de même un privilège de faillite à la femme qui avait confié l'administration de ses biens à son mari, motif pris de ce qu'il pouvait être difficile à l'épouse de faire autrement; son inexpérience, le désintérêt qu'elle marquerait pour les affaires, la nécessité de faire travailler les capitaux féminins dans l'entreprise maritale, seraient autant de circonstances qui l'inclineraient à prendre cette mesure, pleine de risques pour elle³⁶⁶. Cependant nous ne proposons pas l'extension du privilège à la femme séparée de biens: on ne peut tout à la fois parachever l'émancipation de l'épouse et, dans le régime qui correspond le mieux à ce postulat, considérer qu'elle reste une mineure qui a besoin de garanties tutélaires³⁶⁷.

³⁶⁶ Rossel et Mentha, I p. 324; Gmür, art. 242 rem. 18.

³⁶⁷ Cf. les considérations de principe, ci-dessus, p. 478a. – Si l'on estimait que ces vues sont trop théoriques et qu'on voulût tout de même protéger, sous le régime de séparation comme sous celui de la participation au bénéfice, la femme qui aurait confié la gestion de ses biens à son mari et qui, psychologiquement, pourrait être gênée de la lui retirer à temps, nous proposerions de lier l'octroi du privilège à la confection d'un inventaire remis au bureau du registre des régimes matrimoniaux et à l'inscription (et à la publication) du mandat confié à l'époux.

§ 11. *Les régimes de communauté, en particulier
la communauté d'acquêts*

I. Généralités

Vu le peu de place que les régimes de communauté occupent dans la pratique suisse et qu'ils occuperont sans doute à l'avenir, nous n'entrerons pas dans le détail des réformes que pourraient appeler les dispositions qui les régissent.

Nous laisserons délibérément de côté la communauté de biens prolongée³⁶⁸, dont on peut d'ailleurs se demander s'il ne faut pas la reléguer au musée des antiquités.

Nous centrerons nos observations relatives aux autres régimes de communauté sur la communauté d'acquêts, qui est le système qui se rapproche le plus du système de participation que nous préconisons. Mais nous proposons de la greffer légalement sur la séparation de biens, au lieu que, d'après l'art. 239 al. 3, les apports des époux sont soumis au régime de l'union des biens³⁶⁹. Cette proposition correspond au postulat général qui nous a fait condamner l'union des biens comme régime subsidiaire. Elle répond aussi à un souci de simplification, car la formule légale revient, si les époux ont des biens réservés quelque peu notables, à la combinaison de trois régimes de biens. On comprend d'ailleurs mal pourquoi les acquêts ne sont pas soumis au même statut que les biens exclus du patrimoine commun dans les autres communautés réduites (art. 237 al. 2).

Les régimes de communauté demeureront conventionnels.

³⁶⁸ H. Frank, *Die fortgesetzte Gütergemeinschaft nach schweizerischem Recht*, thèse Zurich 1937.

³⁶⁹ On admet aujourd'hui généralement que la communauté d'acquêts puisse être combinée, par une clause spéciale du contrat de mariage, avec la séparation de biens, Egger, art. 239–240 rem. 5; I. Isenschmid, *Die Errungenschaftsgemeinschaft*, thèse Berne 1943, p. 78.

II. Structure de la communauté

Sauf convention spéciale d'union des biens pour les apports dans les communautés réduites, il n'y aurait qu'une masse de biens patrimoniaux : les biens communs, par opposition aux biens réservés.

Selon nos suggestions, le produit du travail de la femme et les revenus des biens réservés légaux des deux époux tomberaient aussi dans la masse commune, conformément à l'idée de la communauté d'acquêts qu'implique tout régime de communauté³⁷⁰.

L'art. 215 al. 3 consacre la présomption de biens communs. Cette présomption s'applique aussi aux acquêts dans la communauté réduite à ceux-ci³⁷¹. La loi pourrait l'énoncer.

III. Gestion de la communauté

1. *En général*

De tradition, l'administration de la communauté appartient au mari. Mais ce n'est pas là, comme dans les régimes d'administration et de jouissance maritales, une nécessité logique. La jouissance déjà est commune³⁷², comme sont communes les charges (art. 216 al. 2). On conçoit que l'administration soit confiée à la femme ou soit conjointe.

³⁷⁰ Cf. ci-dessus, p. 507a. Une solution intermédiaire ménageant en particulier le pouvoir d'administration de la femme sur ses économies, consisterait à n'intégrer ces acquêts à la masse commune qu'au moment de la liquidation, comme pour le calcul du bénéfice dans l'union des biens.

³⁷¹ Gmür, art. 239 rem. 8; Egger, art. 239–240 rem. 4. Cf. 1527 BGB; art. 369 projets français : « Tout bien est réputé acquêt de communauté s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou la possession antérieurement au mariage ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession, de donation ou de legs. » Les règles de la subrogation patrimoniale joueront un rôle particulier pour la preuve de la qualité de biens propres ou séparés, ci-dessus p. 504a.

³⁷² Gmür, art. 216 rem. 10.

Nous ne retenons pas cette seconde formule, même pas à titre facultatif, car elle nous paraît incompatible avec les nécessités d'une gestion efficace³⁷³. En revanche, dans une législation qui s'efforcerait d'accentuer l'égalité des époux, on doit autoriser la clause du contrat de mariage confiant à la femme l'administration de la communauté, clause qui serait naturellement inscrite au registre des régimes matrimoniaux et dûment publiée³⁷⁴. Dans ce cas, la femme aurait en tout les pouvoirs du mari administrateur, cependant que le mari serait placé dans la position de la femme; la responsabilité pour les dettes pendant le mariage et à la dissolution par décès serait modifiée en conséquence.

2. Administration de la communauté

Sauf clause contraire, le mari continuerait d'administrer la communauté. Le caractère et l'étendue de ses pouvoirs sont par rapport aux biens communs les mêmes que dans l'union des biens eu égard aux apports de la femme³⁷⁵.

Le Code civil n'a pas réglé la responsabilité du mari comme administrateur. Le fondement de cette responsabilité n'est pas le même que pour les apports de la femme. Le mari répond au titre de gérant d'une indivision dont il fait lui-même partie. En raison des liens personnels qui l'unissent à son conjoint et de la finalité des biens communs, nous estimons qu'il doit apporter à la gestion toute la diligence d'un bon père de famille, et non seulement la

³⁷³ V. ci-dessus note 132. Le projet allemand consacre les §§1450 à 1470 à l'administration conjointe de la communauté, avec ses conséquences pour les dettes.

³⁷⁴ Selon le § 1421 du projet allemand, les époux doivent se prononcer à ce sujet dans le contrat de mariage. Les §§ 1422 à 1449 règlent la gestion de la communauté par le mari ou par la femme. Le projet français permet aussi aux époux de convenir que la femme aura la gestion des biens de la communauté (art. 443 et sv.).

³⁷⁵ Les précisions proposées à ce sujet au § 7 I et II, p. 519a sv. seraient aussi apportées à l'art. 216.

diligentia quam in suis (art. 538 al. 1 CO)³⁷⁶. La loi dirait que «le mari gère la communauté en administrateur diligent et répond de toute perte ou détérioration causée par sa faute»³⁷⁷, faute que cependant nous ne présumerions pas. Il serait aussi spécifié que le mari doit tenir sa femme au courant de la gestion et, à sa demande, la renseigner sur l'état des biens communs³⁷⁸.

La femme, de son côté, a le pouvoir d'administrer dans la mesure de son pouvoir des clés. Si on admet que la femme puisse être constituée administratrice des biens communs, elle aura les pouvoirs, la responsabilité et les obligations définis plus haut pour le mari. Celui-ci conservera le droit d'administrer dans les limites de son pouvoir de représenter l'union conjugale pour les besoins courants.

Il y a controverse sur le point de savoir si l'art. 168 al. 2 relatif à la représentation de la femme en justice s'applique en matière de communauté³⁷⁹ ou si la direction des procès touchant les biens communs relève des art. 216 et 217. Nous aimerions voir la question tranchée législativement en ce sens que l'administrateur de la communauté agirait en justice en son nom et au nom de son conjoint avec le consentement (procuration) de ce dernier; un procès est de toute façon un acte d'administration si important qu'il justifie le concours des deux indivis³⁸⁰.

3. *Disposition des biens communs*

a) *En général.* – L'art. 217 al. 1 exprime bien, contrairement aux art. 200 et 202, que la femme, comme le mari, est

³⁷⁶ Cf. Egger, art. 216 rem. 3.

³⁷⁷ Cf. § 1435 du projet allemand.

³⁷⁸ Egger, loc. cit. et projet allemand.

³⁷⁹ Gmür, art. 168 rem. 22; Egger, art. 168 rem. 10; Lemp, art. 168 rem. 19; de Rougemont, p. 103.

³⁸⁰ La poursuite relative à une créance commune peut en revanche, jusqu'à ce qu'un procès au fond se noue, être considérée comme un acte de simple administration. Au sujet des poursuites

en mesure de disposer des biens communs, mais avec le consentement de son conjoint.

Contrairement à l'opinion dominante³⁸¹, certains auteurs³⁸² estiment que ce consentement est requis aussi pour l'acte obligationnel tendant à la disposition de biens communs, faute de quoi la protection des intérêts de la femme voulue par l'art. 217 serait rendue illusoire. Cette interprétation qui paraît contestable *de lege lata*³⁸³, devrait inspirer une revision. Sans le consentement de la femme (ou, de façon générale, du conjoint du disposant) un objet déterminé ne peut sortir des biens communs; mais les dommages-intérêts pour inexécution de l'obligation de transfert grèveraient d'emblée ces mêmes biens à concurrence de la valeur de cet objet. Dans l'union des biens, le mari usufruitier des apports n'a pas à souffrir qu'ils répondent de l'obligation (valable) qu'aurait assumée la femme d'aliéner l'un de ceux-ci. Dans le régime de communauté, le conjoint du contractant, propriétaire commun des biens indivis, devrait accepter que ceux-ci fussent grevés d'une dette correspondante à laquelle il n'aurait pas souscrit. Si cette obligation

contre les époux communs en biens, cf. chap. III § 7 Appendice II 2, p. 532a sv.

³⁸¹ Gmür, art. 217 rem. 4; Rossel et Mentha, I n° 520; Haab, Kommentar zum Sachenrecht, Zurich 1921 sv., art. 652 rem. 18.

³⁸² Egger, art. 217 rem. 2; Friedrich, article cité, ZBGR 35 (1954), p. 250 et 258.

³⁸³ Elle se réfère au § 1444 BGB, lequel vise toutefois la disposition des biens communs dans leur ensemble. Elle conduit, comme l'admet Egger, à interpréter restrictivement l'art. 219 al. 3 relatif à la responsabilité du mari: la communauté ne répondrait pas des dettes afférentes à des actes de disposition du mari sur les biens communs, tant que ces actes ne seraient pas ratifiés par la femme. Et alors, ou bien l'obligation elle-même serait nulle ou bien le mari en répondrait sur ses seuls biens réservés. La première solution oblige à déduire de l'art. 217 une incapacité propre au mari (la femme, dans l'hypothèse correspondante de l'art. 221 ch.2, répondant du moins sur ses biens réservés). La seconde solution suppose l'existence de dettes réservataires du mari, hypothèse qui ne trouve guère de base légale.

est valable, elle ne peut concerner que l'époux contractant. Nous proposons donc de dire que «le mari et la femme ne peuvent disposer ou *s'obliger à disposer* des biens de la communauté que conjointement...»

b) *Le consentement.* – La présomption de consentement de l'art. 217 al. 2 a été empruntée au régime de l'union des biens (art. 202 al. 2). Mais, dans ce régime, elle prolonge en somme la présomption de biens maritaux (ci-dessus p.525a). Au contraire, dans la communauté, la présomption existe en faveur des biens communs (art. 215 al. 3); dès lors, un tiers, sachant que les époux vivent en communauté, devrait normalement s'assurer du consentement de l'autre conjoint à un acte visant un bien en mains du disposant, tant qu'il n'a pas la preuve que c'est un bien réservé ou un apport. De ce point de vue, on s'explique mal la règle de l'art. 217 al. 2.

Mais n'a-t-elle pas en réalité pour fonction de neutraliser l'effet de publicité attaché au registre des régimes matrimoniaux. Les tiers qui traitent avec des époux ne peuvent en principe se prévaloir de ce qu'ils ont ignoré une inscription publiée (publicité positive)³⁸⁴. La personne qui conclut une vente avec un époux commun en biens serait donc censée connaître son régime matrimonial et, partant, la présomption de biens communs. Mais la loi présume le consentement exigé de l'autre époux, de sorte que tout se passe comme si le disposant était libre propriétaire de l'objet aliéné ou grevé. La présomption cesse si, sur le vu des signes apparents de la propriété (p. ex. une inscription au registre foncier), chacun peut le reconnaître comme appartenant à la communauté. A notre sens, elle doit cesser aussi – même *de lege lata* – si le tiers sait ou doit savoir par ailleurs que la chose est commune (parce qu'il connaît p. ex. le régime des époux³⁸⁵).

³⁸⁴ Ce principe énoncé p. ex. pour le registre du commerce par l'art. 933 al.1 CO, ne l'est nulle part pour le registre des régimes matrimoniaux, mais il paraît généralement admis. Cf. Gmür, art. 248 rem. 15; ATF 42 II 581.

³⁸⁵ Cf. les critiques adressées à la formule de l'art. 202 al. 2, ci-dessous note 273.

Pour notre part, nous voudrions remplacer la présomption de consentement par une sorte de présomption de non-communauté qui nous paraît mieux répondre à la fonction de l'art. 217 al. 2. On pourrait reprendre, en l'adaptant, la formule proposée sur la disposition des apports féminins :

«Le tiers est cependant protégé dans ses droits s'il ne s'agit pas de biens que chacun peut reconnaître comme appartenant à la communauté ou s'il ne savait pas ou ne devait pas savoir qu'ils avaient cette qualité.»³⁸⁶

IV. La responsabilité externe

1. *En général*

On connaît le système actuel : responsabilité personnelle distincte de chaque époux pour ses dettes (sur ses biens propres) ; responsabilité de la communauté pour toutes les dettes du mari ; responsabilité de la communauté pour les dettes générales de la femme ; responsabilité du mari pour toutes les dettes de la communauté, donc pour les dettes générales de la femme.

Sous l'angle de l'égalité de droit entre les époux, cette structure de la responsabilité est susceptible d'être revue. Remarquons préliminairement que si l'on devait reconnaître la convention désignant la femme comme administratrice, celle-ci occuperait, du point de vue de la responsabilité, la position qui est celle du mari : elle répondrait des dettes générales de ce dernier et la communauté répondrait de toutes ses dettes à elle³⁸⁷.

2. *Responsabilité du mari*

a) *Dettes réservataires ?* – Selon l'art. 219, le mari répond sur les biens communs de toutes ses dettes personnelles. Il

³⁸⁶ De la sorte, l'agriculteur commun en biens qui vend une vache à la foire n'a pas besoin du consentement de sa femme pour procurer la propriété de l'animal à l'acheteur, s'il ne lui révèle pas que c'est un bien commun ou si l'acquéreur ne sait pas ou ne doit pas savoir (autrement que par l'inscription au RRM) que le vendeur est marié sous le régime de communauté.

³⁸⁷ Nous ferons abstraction ci-après de cette éventualité.

n'y a pas de dettes réservataires du mari. *De lege ferenda*, il faudrait faire exception, si l'on modifiait l'art. 217 dans le sens préconisé, pour les obligations relatives à la disposition des biens communs et contractées sans le consentement de la femme. Mais ne faut-il pas aller plus loin et écarter la garantie des biens communs pour tous les engagements souscrits unilatéralement par le mari au-delà de l'administration courante, p. ex. pour l'acquisition d'un immeuble ?³⁸⁸ Dans l'union des biens, le mari peut s'opposer au grèvement des apports de la femme par des dettes auxquelles il n'a pas consenti, bien qu'il n'ait sur ces apports qu'un droit de jouissance; au contraire, la femme, qui a un titre de propriété sur les biens communs, devrait accepter qu'ils soient grevés sans son consentement de toutes les dettes qu'il plaît au mari de contracter. Nous pensons qu'il faut étendre la règle de l'art. 217 et exiger, d'une façon générale, le consentement du conjoint pour tous les actes créant des obligations à la charge des biens communs. Cela revient à instituer la catégorie des dettes réservataires du mari: dettes qu'il a faites sans le consentement de sa femme, en dehors de l'administration courante. Nous y ajouterions, comme pour la femme, les dettes qu'il a contractées en restreignant sa responsabilité dans cette mesure (ce qu'il lui est sans doute loisible de faire), ainsi que les dettes qu'il a faites en outrepassant son droit de représenter l'union conjugale (puisqu'il n'aurait lui aussi qu'un pouvoir limité par les besoins courants du ménage). Ces dettes seraient soumises en tous points au régime des dettes réservataires de la femme dans l'union des biens (comme dans la communauté), sous réserve des modifications proposées plus haut quant à l'objet de la garantie limitée et à la suppression de cette limitation après le régime (ci-dessus, p. 538a sv.).

Les autres dettes du mari seraient générales, en ce sens qu'il en répondrait personnellement et sur les biens com-

³⁸⁸ Friedrich, op. cit. p. 250, va déjà jusque là pour le droit en vigueur.

muns; ce sont les dettes qui correspondent aux dettes de la femme des art. 207 et 220³⁸⁹, y compris les dettes apparentées.

b) *Responsabilité personnelle pour les dettes de la communauté.* – Cette responsabilité instituée par l’art. 219 ch. 3, pour traditionnelle qu’elle soit (art. 1419 C.c.fr., § 1459 BGB), est fort lourde pour le mari. Elle se justifiait par sa position prépondérante dans la communauté et par la crainte qu’on avait qu’il ne paye ses propres dettes sur les biens communs et ne laisse en souffrance les dettes de sa femme³⁹⁰. Mais les pouvoirs du mari ne sont plus ce qu’ils étaient autrefois; selon nos propositions, il n’aurait plus toute latitude d’engager les biens communs par ses dettes personnelles. Dans ces conditions, on n’a pas de raison de maintenir la responsabilité propre du mari pour les dettes communes, qui s’harmonise mal avec l’idée moderne d’une division des dettes même au sein de la communauté. L’amoindrissement des droits du mari sur les biens communs doit aller de pair avec un allègement des charges qui lui incombent³⁹¹.

3. *Responsabilité de la femme*

Elle correspondrait en tout à celle du mari, avec la distinction entre dettes générales et dettes réservataires. Pour nous, la femme répondrait principalement des dettes du ménage. Naturellement, la femme continuerait à n’assumer aucune responsabilité pour les dettes entrées dans la communauté du chef du mari (art. 221 al. 3).

³⁸⁹ Ci-dessus, § 8 A II 2 a et b. Sauf que le mari n’a pas besoin du consentement de sa femme pour exercer une profession ou une industrie.

³⁹⁰ Egger, art. 219 rem. 3; Gmür, art. 219 rem. 21, qui reconnaît la dureté de la règle et veut l’atténuer au moins dans la communauté d’acquêts avec union des biens, pour les dettes successorales de la femme, art. 239 rem. 20.

³⁹¹ Le projet français, art. 392, supprime la responsabilité du mari pour les dettes générales de la femme. Le projet allemand, § 1427, maintient la responsabilité de l’époux administrateur pour les dettes de l’autre.

V. Responsabilité interne

Si nous laissons de côté le cas des communautés réduites, combinées avec l'union des biens, nous n'avons dans la communauté que trois masses de biens et, dès lors, que trois relations de masse à masse : biens communs – biens réservés de la femme ; biens communs – biens réservés du mari ; biens réservés de la femme – biens réservés du mari. Cette dernière relation est complètement hors régime.

L'art. 223 al. 2 envisage comme donnant lieu à récompense le paiement de dettes communes au moyen de biens réservés (du mari ou de la femme) et le paiement de dettes réservataires (il n'en est légalement que de la femme) par les deniers de la communauté. En revanche, selon le 1^{er} alinéa, il n'y a pas lieu à récompense lorsque des dettes communes ont été payées de deniers communs. Le sens de cette règle, qui ne correspond pas à l'avant-projet (art. 253 al. 1), est controversé³⁹². Certains auteurs (Rüttener, Müller) voudraient en restreindre la portée aux dettes qui, dans les rapports internes, auraient le caractère de dettes communes. Pour le mari, l'al. 2, en évoquant la possibilité de récompenses entre les biens communs et les biens réservés maritaux, laisse entendre que le mari peut avoir des dettes réservataires *internes*. Mais alors, pourquoi n'en serait-il pas de même de la femme, comme sur le terrain de l'art. 209 ?

Quoi qu'il en soit, *de lege ferenda*, il importe, pour éviter des « duretés » reconnues par les auteurs, de prévoir une répartition interne des dettes payées par les biens communs. Il n'est pas juste par ex. que, dans la communauté d'acquêts, les biens communs supportent définitivement le poids d'une dette grevant une succession restant propre à un des époux,

³⁹² Egger, art. 223 rem. 3 ; Gmür, art. 223 rem. 3–5 ; K. Rüttener, *Die Rechtstellung der verheirateten Berufs- und Ehefrau nach dem ZGB*, thèse Zurich 1922, p. 200 ; O. Müller, *op. cit.*, p. 32. – En tout cas, elle ne s'appliquerait pas quand le régime prend fin autrement que par la mort, en raison de la reconstitution des propres des époux.

ou une dette délictuelle de celui-ci. La communauté a droit à récompense lorsque les biens qui la composent ont servi à acquitter des dettes qu'on peut considérer comme personnelles à un conjoint. Ce sont les mêmes catégories de dettes pour lesquelles le mari doit récompense à la dissolution de l'union des biens s'il les a payées sur les acquêts³⁹³. Dans les régimes de communauté aussi, les récompenses intéressant les dettes générales de l'un et l'autre époux ne seraient exigibles qu'à la dissolution du régime. L'exigibilité demeurerait immédiate pour les récompenses qui résultent du fait que des dettes grevant définitivement les biens communs (comme les dettes de ménage, ou des impenses sur acquêts) auraient été payées par les biens réservés, ou qui résultent du fait que des dettes réservataires externes (comme une obligation contractée sans le consentement du conjoint) auraient été payées au moyen de derniers communs.

VI. La protection des apports de la femme dans l'exécution forcée contre le mari

Tout juriste suisse est conscient de l'illogisme de l'art. 224 qui reconnaît à la femme commune en biens, en cas de faillite du mari ou de saisie sur les biens de la communauté, une créance pour ses apports devenus pourtant propriété commune des époux, et qui privilégie cette créance à concurrence de la moitié. Nous sacrifierions volontiers cette règle protectionniste; ni le droit français ni le droit allemand ne la connaissent, bien qu'ils accordent au mari administrateur des pouvoirs notablement plus étendus. L'argument pratique et familial perdrait encore de son poids dès le moment où, du fait des restrictions qui seraient apportées au droit du mari d'engager la communauté, la femme serait moins menacée. Si elle court tout de même certains risques, on peut dire qu'elle les accepte en convenant avec son

³⁹³ Ci-dessus, p. 541a. Cf. art. 394 du projet français.

mari d'un régime qui lui fait perdre la propriété individuelle de ses apports. Il lui est d'ailleurs loisible de lier son accord à l'octroi de garanties conventionnelles par le mari³⁹⁴.

VII. La dissolution du régime ensuite du décès d'un époux³⁹⁵

1. *Partage et liquidation*

Il n'est pas question de toucher à la règle du partage de la masse commune par moitié (art. 226 al. 2). Il est inutile de réserver les droits successoraux du conjoint survivant sur la moitié revenant au défunt, à condition de dire que cette moitié fait partie de la succession de ce dernier. Mais il conviendrait de rappeler le règlement des récompenses dont dépend l'établissement de la masse commune: récompenses de l'art. 223 al. 2 qui n'auraient pas encore été réglées, récompenses dues à la communauté pour le paiement de dettes générales qui, dans les rapports internes, sont personnelles à l'un ou à l'autre époux (ci-dessus V).

Quant à la modification conventionnelle du partage par moitié, nous voudrions voir supprimer la réserve «matrimoniale» du quart de la succession en faveur des seuls descendants, en faveur de l'application du droit commun de la réserve héréditaire. Pour les raisons développées au sujet des conventions modifiant la répartition du bénéfice (ci-dessus § 9 p. 554a sv.), nous voyons dans une attribution qui excède la part due légalement à un époux une libéralité entre vifs sujette à réduction, soit au titre d'une donation (art. 527 ch. 3), soit à celui d'une aliénation faite dans l'intention d'é luder la réserve (art. 527 ch. 4). La réglementation actuelle ne donne pas satisfaction. Si la part du défunt aux biens communs représente pratiquement toute sa suc-

³⁹⁴ Si l'on admettait que la femme pût être constituée administratrice de la communauté et qu'on voulût conserver la règle de l'art. 224, il faudrait logiquement l'étendre au mari.

³⁹⁵ Sur la dissolution par le divorce ou par la séparation de biens légale ou judiciaire, cf. ci-dessus chap. II § 5 II p. 492a.

cession, ses descendants n'en auront que la moitié (soit le quart de la communauté), au lieu des trois quarts de la réserve héréditaire (les trois huitièmes des biens communs). Reste le remède de l'abus de droit; mais outre les incertitudes qu'il comporte, il passe son but, car si le moyen est retenu, toute la disposition doit devenir caduque, de sorte que les héritiers feraient valoir tout leur droit de succession³⁹⁶. Par ailleurs, on ne voit pas pourquoi, face à une convention qui a tous les caractères d'un avantage concédé à un héritier, les réservataires de la deuxième parentèle devraient demeurer sans défense. L'arme de l'abus de droit est ici encore plus incertaine et inadéquate.

Sauf l'attribution des apports (art. 228), le Code civil ne régit pas la liquidation de la communauté. On pourrait envisager d'adapter à cette liquidation les règles relatives au partage de la succession³⁹⁷.

2. Responsabilité du survivant

Nous maintiendrions une différence selon que le conjoint survivant est le mari ou la femme³⁹⁸, en ce sens que seule celle-ci pourrait répudier la communauté. Pour le reste, la situation du mari serait rapprochée de celle de la femme.

En effet, durant le régime, le mari ne répondrait plus personnellement et sur les biens communs que des dettes entrées de son chef dans la communauté et des dettes de ménage contractées par l'épouse. A la dissolution il devrait donc bénéficier du régime que l'art. 227 al. 3 réserve à la femme, c'est-à-dire que pour les dettes communes dont il

³⁹⁶ Egger, art. 226 rem. 4. Le Tribunal fédéral (RO 53 II 97) considère cependant que les héritiers ne peuvent faire valoir que leur réserve héréditaire: le moyen tiré de l'art. 2 al. 2 fournirait ainsi un succédané de l'action en réduction.

³⁹⁷ Cf. 1471 sv. BGB.

³⁹⁸ Si l'on admet la variante conventionnelle de la femme administratrice, celle-ci occupera la position du mari, et celui-ci celle de l'épouse.

n'est pas personnellement tenu (les dettes générales de sa femme à la charge de la communauté), il pourrait se libérer de sa responsabilité en établissant que les biens reçus ne suffisent pas à désintéresser les créanciers (de la femme). Ceux-ci n'ont pas lieu de se plaindre, car pendant le régime ils ne pouvaient – selon la solution proposée – pas s'en prendre au mari personnellement.

La nature de cette responsabilité limitée, tant pour le mari que pour la femme, pose le même problème que celle de l'époux auquel des biens ont passé (art. 188 al. 2). Quoiqu'il en soit de la controverse *de lege lata*³⁹⁹, nous proposons qu'elle soit aussi conçue par le législateur comme une garantie objectivement limitée aux biens reçus, sans obligation personnelle.

En répudiant la communauté, la femme révoque son acquisition de plein droit de la moitié des biens communs et se libère de la garantie qu'elle devrait sur cette moitié pour les dettes du mari dont elle ne répond pas personnellement; les créanciers du mari ne pourront pas exercer contre elle l'action directe que leur ouvre sans cela l'art. 227 al. 2. Elle répond naturellement sur tous ses autres biens de ses dettes personnelles.

Enfin la loi pourrait énoncer le principe que, dans les rapports internes, les époux contribuent pour moitié aux dettes de la communauté qu'ils n'ont pas été acquittés lors du partage et que l'époux qui a payé au-delà de sa part a un recours contre l'autre pour l'excédent⁴⁰⁰.

§ 12. Le régime de participation au bénéfice

I. Généralités

Nous avons esquissé plus haut (chap. II § 4 p. 484a) la physionomie du régime de participation au bénéfice, dont

³⁹⁹ A la différence de l'art. 188 al. 2, le texte de l'art. 227 al. 3 ne plaide pas pour une responsabilité personnelle.

⁴⁰⁰ Projet français, art. 426.

nous proposons l'adoption comme régime légal, à tout le moins comme régime conventionnel. Il nous échet maintenant d'en fixer les contours de façon plus précise.

Nous avons opté pour une formule à mi-chemin entre la formule française et l'allemande. Elle est française en ce sens que l'expectative du bénéfice pour les deux époux nous fait reconnaître, déjà pendant le régime, l'existence dans le patrimoine de chaque conjoint d'une masse d'acquêts, ayant un statut propre. Elle est allemande en ce sens que nous écartons l'idée d'une communauté différée, sous-jacente au projet français et comportant (en principe) la mise en commun des dettes à la dissolution. Notre formule serait plus séparatiste que la française et plus communautaire que l'allemande. De toute façon, l'expression de régime de séparation devrait être évitée, d'une part en raison de la présence de biens soumis à disposition commune et, d'autre part, en raison même de la participation finale aux gains.

Pour l'élaboration d'une formule suisse, il convient d'opérer le plus possible avec les notions empruntées à notre droit matrimonial. Nous n'avons pas la prétention de tracer ici les traits définitifs du nouveau régime. Les solutions proposées n'ont que le sens de suggestions, limitées aux points principaux et susceptibles de diverses modalités.

II. Structure du régime

1. *Les masses de biens*

Nous avons deux sortes de biens de chaque époux: les propres et les acquêts, de sorte que le régime comporte quatre masses de biens⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Une cinquième masse pourrait être constituée par des biens réservés résultant d'un contrat de mariage ou de libéralités de tiers avec clause appropriée. Ces biens réservés auraient un statut distinct en ce sens que leurs revenus ne rentreraient pas dans les acquêts. On aurait la combinaison d'un régime de séparation pure et simple avec le régime de participation au bénéfice.

a) *Les propres*. – Ils comprennent les biens qui ont actuellement le caractère de biens réservés légaux (sauf le produit du travail de la femme) et celui d'apports dans l'union des biens.

b) *Les acquêts*. – La notion correspond à celle qui a été dégagée pour l'union des biens :

biens acquis à titre onéreux pendant le régime (autrement qu'en remploi des propres) ;

fruits naturels et civils des propres – comme si, eu égard à l'expectative de bénéfice du conjoint, la masse des acquêts était usufruitière des propres ;

les produits du travail de chaque époux.

2. *La preuve*

Comme dans la communauté d'acquêts, comme dans l'union des biens, la présomption doit jouer en faveur des acquêts⁴⁰², tant à l'égard des tiers⁴⁰³, qu'entre les époux. Il appartient à qui veut en déduire des droits de prouver qu'un bien en possession d'un époux lui appartenait avant le régime ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou à quelque autre titre gratuit.

En vue de faciliter à la dissolution le départ des propres et des acquêts et, par là, le calcul du bénéfice, les époux auront intérêt à dresser inventaire de leur patrimoine initial comme de leurs acquisitions subséquentes faites autrement qu'à titre onéreux. Le législateur devra édicter les règles appropriées, qui pourront être empruntées aux dispositions correspondantes de l'union des biens.

Pour la preuve des propres, les règles de la subrogation patrimoniale qui seraient établies dans la partie générale revêtiraient la plus grande importance.

⁴⁰² Art. 3 de l'avant-projet français de 1951 (art. 470/369 de l'avant-projet de la Commission de réforme du Code civil).

⁴⁰³ Sur la protection des tiers quant aux actes de disposition, cf. ci-dessous III 2b.

III. La gestion des biens

1. *L'administration*

Chaque époux administre seul ses biens: propres et acquêts.

Sa liberté est entière en ce qui concerne les premiers; elle comporte le pouvoir d'en disposer à titre onéreux et à titre gratuit sans le consentement du conjoint⁴⁰⁴.

Sur les acquêts, qui sont en quelque sorte «hypothéqués» par l'expectative de bénéfice de l'autre conjoint, la gestion du propriétaire doit subir des limitations (ci-dessous 2).

De ce même point de vue, une responsabilité de chaque époux pour ses acquêts peut être envisagée, tandis qu'elle ne saurait l'être pour la gestion des propres. On pourrait adopter une règle analogue à celle que nous avons proposée pour l'union des biens (ci-dessus, p. 523a) ou, si l'on craint une trop grande entrave pour la liberté du propriétaire, viser seulement les actes de prodigalité et les dépenses faites dans l'intention de nuire au conjoint⁴⁰⁵.

Comme dans la séparation de biens, un époux peut confier l'administration de tout ou partie de sa fortune à son conjoint. L'étendue, les effets et la révocation de ce mandat seraient régis de la même manière.

Chaque époux a naturellement la jouissance de ses biens, sous cette réserve que les revenus des propres entrent dans la masse des acquêts. Au demeurant, les droits d'un époux sur ses biens pendant le régime sont grevés de la charge de contribuer aux dépenses du ménage. Comme dans le régime de séparation de biens, la loi se bornerait à rappeler cet effet général du mariage.

⁴⁰⁴ La donation d'un propre peut, il est vrai, tarir une des sources des acquêts. Mais l'autonomie de chaque époux sur sa fortune initiale et ses acquisitions à titre gratuit est à ce prix.

⁴⁰⁵ Cf. § 1375 projet allemand, qui réunit au patrimoine final le montant dont il a été réduit par de tels actes.

2. *La disposition des acquêts*

a) *En général.* – Nous pensons que, pour sauvegarder le droit de participation de chaque époux aux acquêts de l'autre, des garanties indirectes sous la forme de réunions ou de récompenses à la fin du régime sont à elles seules insuffisantes; il faut prévoir des garanties directes sous la forme de restrictions apportées à la disposition des acquêts. A cet égard, on peut aller plus ou moins loin.

La formule la plus simple, qui serait familière au juriste suisse, consisterait à exiger le consentement du conjoint pour tous les actes de disposition dépassant la simple administration⁴⁰⁶. Du point de vue théorique, on peut avoir des scrupules à consacrer la règle de la main commune sur la seule base de l'expectative du conjoint sur le bénéfice. Du point de vue systématique, la formule tend à rompre l'équilibre entre le principe communautaire et le principe séparatiste. Du point de vue pratique, elle risque d'entraver singulièrement la liberté d'action des époux et de porter un coup à la sécurité des transactions⁴⁰⁷.

Une autre formule consisterait à restreindre l'exigence du consentement aux actes les plus importants, qui sont plus particulièrement propres à menacer les espérances du conjoint. La difficulté est alors de déterminer ces actes. Au minimum, il faudrait viser les dispositions à titre gratuit. Avec les auteurs des premiers avant-projets français, nous exigerions le consentement pour les actes de disposition à titre onéreux relatifs à des immeubles, à des fonds de commerce, aux meubles affectés à la vie courante du ménage

⁴⁰⁶ Notamment aussi pour se désister, acquiescer, transiger dans un procès.

⁴⁰⁷ Ce problème peut être considéré comme le plus embarrassant que posent les régimes de participation ou de communauté différée. Cf. K. H. Neumayer, *Die Kombination von Vermögensstreunung und Vermögensteilhabe im ehelichen Güterrecht*. *Rabelszeitschrift*, 18 (1953) p. 376 sv., spéc. p. 397 sv.

ou à l'exercice de la profession de l'un ou de l'autre époux⁴⁰⁸. Mais peut-on laisser de côté les valeurs mobilières (actions, parts sociales, obligations, etc.) dont l'importance pratique ne saurait être sous-estimée ?

b) *Le consentement.* – Les inconvénients pratiques résultant de l'exigence du consentement pourraient être corrigés par la protection du cocontractant de bonne foi. Mais une présomption de consentement appelle les mêmes réserves qu'en matière de communauté : les biens en possession d'un époux étant réputés acquêts, le tiers aurait toutes les raisons de s'enquérir du consentement du conjoint, tant que la preuve de propre n'est pas faite. C'est la présomption d'acquêts elle-même qu'il faut neutraliser dans le domaine des actes de disposition faits par un époux. Nous le ferions en édictant une règle de protection analogue à celle proposée pour l'union des biens :

« Le tiers est cependant protégé dans son acquisition s'il ne sait pas ou ne doit pas savoir qu'il s'agit d'un acquêt »⁴⁰⁹.

c) *Refus du consentement.* – Si un époux se voit refuser par son conjoint le consentement ou le concours requis pour un acte qu'il veut accomplir, deux solutions peuvent être envisagées :

Selon la première, l'époux en question pourrait demander la séparation de biens, comme le mari dans l'hypothèse de l'art. 184 ch. 2. Dans le régime de l'union des biens comme dans celui de la communauté (qui seraient tous deux

⁴⁰⁸ Art. 26 de l'avant-projet de 1951, Travaux 1950–1951, p. 455 ; § 1369 projet allemand. Cf. Neumayer, op. cit. p. 399.

⁴⁰⁹ Il n'y a guère de biens qui, dans le patrimoine d'un époux, se prouvent, par eux-mêmes, être des acquêts, c'est-à-dire que chacun peut reconnaître comme ayant cette qualité.

La portée de la présomption d'acquêts pour les tiers serait donc notablement réduite. Elle profiterait p. ex. au créancier d'un époux qui saisirait, après la dissolution du régime, la prétention au bénéfice du débiteur contre son conjoint ; elle nuirait aux créanciers de l'époux débiteur du bénéfice qui, dans l'exécution forcée contre cet époux, concourraient avec le conjoint ayant droit.

des régimes conventionnels, adaptés à des situations particulières), nous ne voyons pas d'inconvénient à la dissolution du régime, lorsque le mari ou même la femme (selon notre suggestion) n'obtient pas le consentement de son conjoint à un acte de disposition. En revanche nous craindrions que cette solution ne rende trop précaire le régime de participation qui, comme régime légal ordinaire, doit être aussi stable que possible. Il serait en effet relativement facile à un époux qui ne voudrait pas partager avec l'autre ses gains futurs, de solliciter de lui un consentement pour un acte peu raisonnable et de prétexter un refus pour obtenir la liquidation du régime. La séparation de biens ne devait être ordonnée par le juge que dans des circonstances exceptionnelles où elle correspond à l'intérêt de la famille.

Selon la seconde solution que nous préconisons pour assurer la permanence du régime, l'époux qui se voit refuser le consentement requis pourrait recourir à l'autorité tutélaire. L'acte envisagé peut être du plus grand intérêt pour celui qui veut l'accomplir, voire pour la famille tout entière; il s'agit p.ex. d'aliéner dans de bonnes conditions un immeuble acquis au cours du mariage; on n'en peut rester au veto du conjoint. L'autorité tutélaire, le cas échéant, habiliterait l'époux requérant à procéder à l'acte en question ⁴¹⁰.

IV. La responsabilité externe

Chaque époux répond sur tous ses biens, propres et acquêts, de ses dettes nées avant et après le mariage (ainsi que des dettes de ménage contractées par son conjoint). Il n'a jamais besoin du consentement de l'autre époux pour engager son patrimoine, même la partie de celui-ci sur laquelle doit s'exercer le droit de participation. Le principe de séparation l'emporte ici; le correctif ne pourra être recher-

⁴¹⁰ Cf. art. 364 de l'avant-projet français; § 1369 du projet allemand.

ché que sur le plan des garanties indirectes (récompenses ou réunions, ci-dessous V).

La situation des conjoints dans la poursuite est celle d'époux séparés de biens. Les créanciers n'ont jamais à poursuivre que leur propre débiteur, même pour agir sur ses acquêts.

La protection des créanciers pose deux problèmes :

a) Un époux peut transférer tout ou partie de ses biens à son conjoint pour les soustraire à l'action de ses créanciers; il peut le faire même préventivement, avant d'être endetté. S'il s'agit d'une opération étrangère au régime, l'action révocatoire est ouverte. Mais le transfert peut aussi avoir le sens d'une avance sur bénéfice futur. En ce cas, on a affaire à une liquidation anticipée de prétentions matrimoniales et les règles sur le maintien de la garantie s'appliquent (art. 188); en particulier, les créanciers peuvent saisir dans le patrimoine de l'époux attributaire les biens transférés⁴¹¹.

b) Un époux en faillite ou qui est l'objet d'une poursuite infructueuse peut avoir la perspective de participer au bénéfice réalisé par son conjoint. Les créanciers du failli ou du poursuivi doivent-ils avoir la faculté de provoquer la dissolution du régime pour mettre la main sur le droit de participation? – Nous ne le pensons pas. La créance afférente au bénéfice, si elle produit des avant-effets, n'a pas le caractère d'une part de liquidation dans une société; un conjoint n'a pas de droit direct ou réel sur les acquêts de l'autre. Les créanciers d'un époux ne sont donc pas du tout dans la situation de créanciers d'un associé en nom collectif (art. 577 CO). Si la loi a prévu la séparation de biens légale ou judiciaire en cas d'insolvabilité d'un époux uni ou commun en biens, c'est uniquement pour parer aux inconvénients résultant de la réunion des biens dans les mains du mari (ci-dessus, p. 489a); il n'a jamais, à notre con-

⁴¹¹ Voir ci-dessus note 327, pour les avances sur bénéfice futur à la femme unie en biens.

naissance, été fait allusion à l'intérêt qu'il y aurait p.ex. pour les créanciers de la femme à faire valoir la créance de leur débitrice sur le bénéfice de l'union conjugale. Le créancier d'un époux marié sous le régime de participation ne peut compter que sur la garantie des biens qui sont propriété de son débiteur. S'il fait fond sur des espérances matrimoniales de celui-ci, il doit, comme le créancier d'un héritier réservataire, attendre l'événement qui réalise ces espérances. On ne saurait normalement lui permettre d'exercer une action quelconque sur l'arrivée de cet événement⁴¹².

V. La responsabilité interne

La répartition des dettes entre le mari et la femme ne soulève pas de question. Chaque époux supporte, dans les rapports internes, les dettes dont il répond envers les tiers. Si un époux se trouve avoir payé une dette de l'autre, il a contre lui un recours qui relève strictement du droit commun. Demeure réservée la répartition des dettes de ménage.

Le problème se pose pour la répartition des dettes entre les deux masses de biens propriété de chaque époux. Il est analogue à celui de la répartition des dettes du mari dans l'union des biens (ci-dessus, p. 541a). Si l'on veut sauvegarder l'expectative du conjoint, il faut que certaines dettes, personnelles à l'époux ou qui intéressent sa fortune propre, ne soient pas supportées définitivement par la masse des acquêts. On peut aller plus ou moins loin à cet égard, suivant le degré d'indépendance financière qu'on veut reconnaître à l'époux. Pour notre part, nous préconisons une solution correspondant à celle que nous avons proposée pour les régimes d'union et de com-

⁴¹² Si on voulait néanmoins aller jusque là, il faudrait simplement prévoir que la faillite d'un époux ou la saisie infructueuse rend exigible ou actuelle sa créance de participation contre son conjoint. Cette créance tomberait dans la masse de l'époux débiteur ou pourrait être saisie par ses créanciers (art. 175). On établirait alors sur le papier le bénéfice actuel ou de l'autre époux. Mais les conjoints ne cesseraient pas de vivre sous le régime de participation.

munauté. A la dissolution, la masse des acquêts de chaque époux aurait droit à récompense contre la masse des propres chaque fois que la première aurait servi à acquitter notamment des dettes antérieures au mariage, des dettes grevant une succession ou une libéralité comprise dans les propres, des impenses afférentes à ces biens, des dettes délictuelles, des dettes dont la contre-partie aurait profité au seul époux. Inversement, si la masse des propres a été mise à contribution pour acquérir ou améliorer un bien d'acquêt, elle a naturellement aussi droit à récompense; autrement dit, la masse des acquêts est réduite d'un montant correspondant.

VI. Dissolution du régime

1. Généralités

La liquidation a lieu toujours selon les mêmes règles, quelle que soit la cause qui mette fin au régime: décès⁴¹³, divorce ou nullité, séparation de corps, adoption d'un régime conventionnel, séparation de biens judiciaire.

En ce qui concerne cette dernière cause de dissolution, la loi aurait à prévoir les motifs justifiant la requête. La violation durable par un époux de ses devoirs dérivant du mariage enlève sa raison d'être à un régime de participation. De même, ce régime n'est plus viable si un époux compromet l'expectative de son conjoint en procédant à des actes de disposition sans le consentement requis (les tiers pouvant être protégés par leur bonne foi) ou en dilapidant sa fortune sans égard à la répartition finale. Dans des hypothèses semblables, l'époux menacé dans ses droits doit pouvoir exiger le règlement anticipé du bénéfice et la séparation de biens⁴¹⁴.

⁴¹³ Selon le § 1371 du projet allemand, la compensation de gains s'opère, en cas de décès, par l'augmentation d'un quart du droit de succession légal du conjoint survivant, sans égard au fait que les époux ont en fait réalisé un bénéfice.

⁴¹⁴ De même, en cas de refus constant de consentir à des actes de disposition, cf. ci-dessus, p. 495a. Cf. § 1386 du projet allemand qui vise également le cas où un époux s'obstine à refuser de renseigner

2. *La liquidation*

a) *La reprise des propres.* – Il s'agit d'opérer, parmi les biens de chaque époux, le départ entre les propres et les acquêts. L'opération est analogue à la reprise comptable des apports du mari à la dissolution de l'union des biens. C'est ici que se placent les récompenses entre acquêts et propres (ci-dessus V). Aux récompenses dues aux acquêts s'ajoutent, le cas échéant, une indemnité pour mauvaise gestion ou dilapidation des biens sujets à participation (ci-dessus III, 1), une créance représentant la contre-valeur de libéralités faites aux dépens des acquêts sans le consentement du conjoint⁴¹⁵, voire la contre-valeur de la perte résultant d'actes à titre onéreux entrepris sans ce consentement.

La masse des acquêts ainsi rétablie (sous déduction naturellement de son passif propre) représente le bénéfice.

b) *La répartition du bénéfice.* – Chaque époux (ou son hoirie) a droit à la moitié du bénéfice réalisé par l'autre. Il est, par rapport à son conjoint, dans la situation de la femme unie en biens par rapport à son mari. Il est titulaire d'une créance qui s'actualise au moment de la dissolution.

Mais la participation s'arrête là. Il ne se crée pas, à la dissolution, une communauté *post mortem*, impliquant mise en commun des actifs et communication des dettes. Un époux ne vient pas à répondre des dettes de l'autre, pas

son conjoint sur l'état de sa fortune. Selon le § 1385, le partage anticipé peut aussi être demandé en cas de séparation de fait de trois ans, par l'époux autorisé à vivre séparé.

⁴¹⁵ Il n'est pas question de réunir des donations faites sur les propres des époux. Solution différente dans le projet allemand, § 1375, qui table sur la différence entre patrimoine initial et patrimoine final, et qui réintègre au patrimoine initial les valeurs qui en ont été distraites à titre gratuit. Pour nous, comme dans l'union des biens et dans le système de l'avant-projet français, les mouvements qui s'opèrent au sein du patrimoine propre ne jouent aucun rôle pour le calcul du bénéfice. – Le projet allemand § 1390, prévoit en outre une action directe en restitution contre le tiers bénéficiaire de la libéralité, lorsque du fait de celle-ci l'autre époux perd sa participation.

même pour moitié, ni à concurrence de son émolument; comme aucune communauté dans les dettes ne se forme, il n'est pas question d'une répudiation ou d'une renonciation aux acquêts du conjoint. Dans les rapports internes non plus, il n'y a pas de répartition du déficit. Chaque époux supporte le sien, comme le mari dans l'union des biens (sous une réserve qui ressortira de ce qui suit). Cela se justifie par le fait que chaque époux est l'administrateur de ses biens et qu'il a, du moins pratiquement, la possibilité de s'endetter aux dépens des acquêts.

Si les deux époux ont réalisé un bénéfice, la participation est réciproque. Les deux créances se compensent jusqu'à due concurrence. Cela étant, la loi peut se borner à prescrire la délivrance à l'époux qui a réalisé le gain le plus faible de la moitié du montant dont le gain de son conjoint excède le sien⁴¹⁶.

Si un époux a fait un bénéfice et l'autre un déficit, le premier doit partager avec le second l'excédent actif de sa gestion. Dans cette mesure, mais dans cette mesure seulement, – c'est-à-dire à concurrence de la moitié de ses acquêts nets – un époux se trouve contribuer aux dettes de l'autre⁴¹⁷.

Si les deux époux sont en déficit, les choses en restent là; il n'y a aucune répartition des pertes.

⁴¹⁶ Ainsi, le § 1378 du projet allemand. Supposons que le mari ait fait un bénéfice de 50 000 fr. et sa femme un bénéfice de 30 000. Le mari a une créance de 15 000 contre sa femme, et celle-ci a contre lui une créance de 25 000. Après compensation, le mari redoit à sa femme 10 000. Cette somme représente la moitié de la différence (20 000) entre les deux bénéfices.

⁴¹⁷ C'est exactement le résultat auquel conduit le système français de la renonciation unilatérale aux acquêts. L'époux qui craint que sa participation dans les acquêts de l'autre ne soit finalement négative peut renoncer à prendre part au partage de ces acquêts. Il se soustrait par là à l'obligation de devoir supporter une partie des dettes de son conjoint. Mais le renonçant doit tout de même souffrir de partager avec ce dernier ses propres acquêts (nets). Cf. art. 479 de l'avant-projet.

Toute modification conventionnelle de la participation légale au bénéfice apparaît comme une libéralité entre vifs, sujette à réduction.

Conclusion

A la question posée au seuil de cette étude: «Faut-il reviser le droit matrimonial?» nous croyons devoir répondre par l'affirmative.

Dans la ligne même du système en vigueur depuis 1912, on peut apporter à la loi une série d'amendements propres à en améliorer la technique et à rationaliser les institutions.

Mais surtout le droit suisse ne peut se tenir à l'écart d'une évolution générale en Europe, qui tend à réaliser plus complètement l'émancipation juridique de la femme mariée. Cette tendance se manifeste d'abord sur le plan des effets généraux du mariage. Elle demande à se traduire ensuite sur celui du régime des biens. Dans quelle mesure se justifie-t-il de faire droit aux exigences du postulat de l'égalité entre époux, c'est ce que le juriste ne peut décider à lui seul. Nous avons esquissé des réformes d'aménagement et des réformes de structure, évoquant le minimum et le maximum de ce qui pourrait être fait. Le choix ne nous appartient pas.

Nous ne condenserons pas en quelques thèses les propositions de revision assez nombreuses que nous avons formulées sur la plupart des points soulevés par les rapports personnels et patrimoniaux des époux; nous nous permettons de renvoyer le lecteur à la table des matières. Mais nous voudrions, pour terminer, définir l'esprit d'une revision possible, en revenant sur nos positions de départ.

Le principe de l'égalité de droit du mari et de la femme ne saurait être absolutisé. Il doit se subordonner à l'institution conjugale elle-même. Comme «Liebesgemeinschaft», celle-ci est au-delà de la loi. Mais comme «Lebensgemeinschaft», elle relève de l'ordre juridique, dans lequel il n'y a pas de groupement stable sans une certaine hiérarchie. A cet égard, nous avons pensé devoir maintenir dans le principe

l'autorité fonctionnelle du mari. Elle s'exerce essentiellement dans le domaine des relations personnelles et parentales et elle ne se présente que comme l'*ultima ratio* en cas d'échec des efforts de coopération, et sous réserve encore de la protection judiciaire.

En revanche, dans le domaine des relations pécuniaires, le principe hiérarchique doit dans la plus large mesure céder le pas au principe de la collaboration spontanée dans l'indépendance réciproque. Les vestiges de la tutelle maritale doivent être abolis, en même temps que l'idée communautaire doit être conservée ou restaurée. C'est ce qui nous a fait proscrire le régime quasi patriarcal de l'union des biens et recommander un régime de séparation avec participation aux gains.

Que peut-on attendre, pour le bien du mariage, d'une réforme du droit matrimonial dans le sens d'une amélioration du statut juridique de la femme mariée? Il ne faut sans doute se faire aucune illusion. Il arrive que plus les institutions se perfectionnent, plus les mœurs se dégradent. Mais est-il chimérique de caresser l'espoir que l'affermissement de la position de l'épouse la grandira aux yeux de son mari et qu'ainsi l'égalité de droit, garante de respect mutuel, contribuera à consolider l'union conjugale?

Liste des ouvrages et articles cités

Droit comparé et philosophie du droit

- Arminjon, P., Nolde, B., et Wolff, M.: *Traité de droit comparé*, t. I, II, et III, Paris 1950–1951.
- Chevalier et Marmy: *La communauté humaine selon l'esprit chrétien*, Fribourg 1944.
- Dabin, J.: *Le droit subjectif*, Paris 1952.
- Du Pasquier, C.: *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchâtel 1948.
- Kaden: *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, article «Gütergemeinschaft auf Todesfall», herausgegeben von F. Schlegelberger, t. IV, 1933.
- Leclercq, J.: *Leçons de droit naturel*, III, *La famille*, Louvain 1950.
- Renard: *La théorie de l'institution*, Paris 1930.
- Zajtay: *Réforme du régime matrimonial en France, Belgique et Allemagne*. *Revue internationale de droit comparé*, 1955, p. 572 sv.

Droit allemand

- Arnold, E.: *Wird die Familienrechtsreform gelingen? Ehe und Familie*, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Fam RZ)*, Bielefeld 1955.
- Dölle, H.: *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau im Familienrecht*, Festgabe für Erich Kaufmann, Stuttgart et Cologne 1950.
- Habscheid-Meyer: *Neues Familienrecht, Rechtsgrundsätze zur Gleichberechtigung von Mann und Frau*, Bielefeld 1957.
- Hamel, W.: *Von der Grenze profaner Gesetzgebung in Ehesachen*. *Archiv für civilistische Praxis*. N.F. 33 (1954), p. 481 sv.
- Lauterbach, voir Palandt.
- Mörsdorff, K.: *Die rechtliche Stellung von Mann und Frau in Ehe und Familie nach kanonischem Recht*, *Fam RZ* 1954, p. 25 sv.
- Neumayer, K. H.: *Die Kombination von Vermögenstrennung und Vermögensteilhabe im ehelichen Güterrecht*, *Rabelszeit-schrift*, 18 (1953), p. 376 sv.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch Beck'sche Kurz-Kommentare, t. 7. Munich et Berlin, 15^e édit. 1956, Familienrecht, commenté par le Senatspräsident Dr Lauterbach.

Zajtay: Gütertrennung mit Ausgleich des Zugewinnes und régime de participation aux acquêts, *Rabels-Zeitschrift*, 1954, p. 650.

Droit français

Avant-projet de Code civil, présenté au Ministère de la justice par la Commission de réforme du Code civil, Première partie, Livre préliminaire et livre premier (Des personnes physiques et de la famille), avec rapport préliminaire et exposés des motifs, Paris Sirey, 1955.

Dolus, H.: Mari et femme selon la loi de 1942. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1943, p. 81 sv.

Lefebvre, C.: *Le droit des gens mariés*, Paris 1908.

Travaux de la Commission de réforme du Code civil sur le mariage; années 1948–1949, 1949–1950, 1950–1951, Paris Sirey.

Vasseur, M.: La communauté légale et la communauté conventionnelle dans l'avant-projet de Code civil, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1955, p. 408 sv.

Droit suisse

Bartholmès: De la condition de la femme mariée sous le régime du Code civil suisse, thèse Genève 1918.

Blumenstein: *Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts*, Berne 1911.

Bosshardt, O.: *Der Gläubigerschutz bei Veränderung und Auflösung des Güterstandes*, thèse Zurich 1927.

Burckhardt-Bovet: *Droit fédéral suisse*, 1932.

Cosman, R.: *La capacité civile en droit suisse*, thèse Genève 1941.

Cuttat, J. A.: *De l'influence des régimes matrimoniaux sur la poursuite dirigée contre la femme mariée*, thèse Berne 1932.

Dénéreaz: *Le calcul du bénéfice de l'union-conjugale dans le régime matrimonial légal*, thèse Lausanne 1946.

Denzler, O.: *Die Liquidation der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten*, thèse Zurich 1937.

Diener, H.: *Vereinbarungen über Änderungen der Vorschlags-
teilung*, thèse Zurich 1950.

Droin: *Les effets généraux du mariage*, thèse Genève 1916.

Egger: *Familienrecht, Das Eherecht, Kommentar zum schw. Recht*, Zurich 1936.

– *Die Gleichberechtigung*, RDS (ZSR) 73 (1954), p. 1 sv.

- Favre, A.: Cours de droit des poursuites, Fribourg 1953.
- Frank, H.: Die fortgesetzte Gütergemeinschaft nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1937.
- Friedrich, H. P.: Grundbuch und eheliches Güterrecht, ZBGR 35 (1954), p. 241 sv.
- Fritsche, H.: Schuldbetreibung, Konkurs und Sanierung, Zurich 1954.
- Ganzoni: Die Verträge der Ehegatten mit Dritten und unter sich, thèse Zurich 1915.
- Gampert, R.: Les actes juridiques entre époux, thèse Lausanne 1924.
- Genner: Das Surrogationsprinzip und seine Anwendung beim Sondergut und beim eingebrachten Gut, thèse Zurich 1932.
- Girsberger: Die dingliche Surrogation, thèse Zurich 1955.
- Gmür: Familienrecht, Das Erbrecht. 2^e édit. Berne 1923.
- Grossen, J.-M.: L'égalité de l'homme et de la femme au regard du droit de la famille. Leçon inaugurale, Neuchâtel 1957.
- Guhl: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, RSJB (ZBJV) 62 (1926) p. 438; 70 (1936), p. 505.
- Haberthür, B.: Betreibung gegen eine Ehefrau, Bl. f. Sch. B. u. K., p. 2 sv., 33 sv.
- Haeschel, A.: Le devoir d'entretien entre époux, thèse Lausanne 1942.
- Held: Geldschuld und Vermögenshaftung, RSJ (SJZ) 19 (1923) p. 37 sv.
- Horisberger, R.: L'intercession de la femme mariée, thèse Lausanne 1956.
- Huber, Eugène: Die Grundlage einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht, RDS (ZSR) 13 (1894), p. 481 sv.
- System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes. t. I. Bâle 1886; IV Bâle 1889.
- Isenschmid, I.: Die Errungenschaftsgemeinschaft, thèse Berne 1943.
- Jegher, S.: Über das Verfügungsrecht des Ehemannes am eingebrachten Gut der Ehefrau, thèse Zurich 1929.
- Knapp: Le régime matrimonial de l'union des biens, Neuchâtel 1956.
- Konrad, F.: Die Ehefrau als Gläubigerin und Schuldnerin im Betreibungsverfahren, thèse Zurich 1951.
- Lemp, Paul: Familienrecht, Eherecht, Schweizerisches Recht, Berne 1954.
- Martin, A.: Rapport à la Société suisse des juristes, 1894, RDS (ZSR) 13 (1894), p. 568 sv.

- Martin, Ernest-Léon: L'influence du CCS sur le choix du régime matrimonial, RDS (ZSR) 47 (1928), p. 113 a sv.
- Message* du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale, 22 février 1957, Feuille fédérale, p. 693 sv.
- Meyer, Herta: Das Eherecht unter dem Gesichtspunkte der Gleichberechtigung von Mann und Frau, thèse Zurich 1937.
- Mindlin: Das Sondergut der Ehegatten, thèse Zurich 1940.
- Müller, O.: Zur Berechnung des ehégüterrechtlichen Vorschlags, RSJB (ZBJV) 88 (1952), p. 1 sv.
- Oser/Schoenenberger: Kommentar zum Obligationenrecht, Zurich 1936.
- Panchaud, A.: Le régime matrimonial et la poursuite pour dettes, thèse Lausanne, 1924.
- La poursuite pour les dettes de la femme mariée, JdT 85 (1937), p. 99 sv.
- Rossel et Mentha: Manuel de droit civil suisse, Lausanne 1922, t. I.
- De Rougemont, Y.: Le droit d'ester en justice de la femme mariée, thèse Neuchâtel 1956.
- Rüttener, K.: Die Rechtsstellung der verheirateten Berufs- und Ehefrau nach dem ZGB, thèse Zurich 1922.
- Türkman, Sahli: Les restrictions apportées au principe de l'égalité des époux par les dispositions du CCS sur les effets généraux du mariage, thèse Genève 1942.
- Schlatter: Die Änderung und Aufhebung des Güterstandes, thèse Zurich 1952.
- Schultz: Die privatrechtliche Stellung der Ehefrau nach Zürcher Recht und ZGB, thèse Zurich 1908.
- Schweizer, Armin: Der Einfluss des ZGB auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechts, RDS (ZSR) 47 (1928), p. 61 a sv.
- Signer, Paul: Die ehemännliche Autorität im heutigen Eherecht, thèse Zürich 1938.
- Spillmann, H.: Inwieweit kann die Ehefrau ohne Zustimmung der Vormundschaftsbehörde im Interesse des Ehemannes interzedieren? Festgabe solothurnischer Juristen, 1936, p. 111 sv.
- Stauffer, W.: Obligationenrecht, Schluss- und Übergangsbestimmungen, Kommentar, Berne, 1940.
- Steiner, P.: Die persönlichen Schulden der Ehefrau nach dem Güterverbindungsrecht des ZGB, thèse Berne 1931.
- Stiffel, I.: Familienrechtliche Auswirkungen der AHV, RSJ (SJZ) 51 (1955), p. 133 sv.
- Strebel, J.: Zum Gerichtsstand im Eheschutz und Ehescheidungsverfahren, *Mélanges François Guisan*, Lausanne 1950, p. 47 sv.

- Subilia: Des biens réservés des époux dans le Code civil suisse, thèse Lausanne 1917.
- Sutter, E.: Die Abgrenzung des Ehevertrages gegenüber dem Erbvertrag, thèse Zurich 1939.
- Suter-Wyrsh: Der Vorschlagsanteil der Nachkommen der Ehefrau, RSJ (SJZ) 48 (1952), p. 139 sv.
- Von Tuhr-Siegwart: Allgemeiner Teil des schweiz. Obligationenrechts, Zurich 1942/1944.
- Tuor, P.: Das Erbrecht, Kommentar, 1^{re} édit. 1929.
– Le Code civil suisse, traduction Deschenaux, Zurich 1950.
- Vaney, F. C.: La poursuite pour les dettes réservataires après la dissolution du mariage, thèse Lausanne 1949.
- Vogel, J.: Ehevertrag und güterrechtliche Auseinandersetzung, RSJB (ZBJV) 50 (1914), p. 122 sv.
- Wegmann, A.: Der Vorschlagsanspruch der Ehefrau bei böswilliger Verhinderung einer Vorschlagsbildung durch den Ehemann, RSJ (SJZ) 47 (1951), p. 40 sv.
- Wolfer: Die Verpflichtungen der Ehefrau zugunsten des Ehemannes nach dem ZGB, thèse Zurich 1927.