

Contribution d'entretien après le divorce

Soutien financier par des proches parents

Aide sociale

Lorsque après une séparation ou un divorce le revenu familial ne suffit pas pour deux ménages:
jurisprudence relative aux cas de déficit et modifications nécessaires

Résumé succinct¹ d'une analyse de décisions judiciaires et de la législation ainsi que de la pratique en matière d'aide sociale, effectuée sur mandat de la Commission fédérale pour les questions féminines

par ELISABETH FREIVOGEL

Sommaire

I. Introduction

II. Contribution d'entretien après le divorce

1. Généralités
2. Jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux cas de déficit
 - a) Jurisprudence
 - b) Appréciation critique
3. Chiffrage du déficit et augmentation ou nouvelle fixation de la contribution d'entretien après le divorce
4. Chiffrage du déficit et réduction de la contribution d'entretien après le divorce
5. Constitution de la prévoyance vieillesse après le divorce

III. Soutien financier apporté par des proches parents

1. Généralités et compétences
2. Conditions liées à l'obligation alimentaire des proches parents
3. Ampleur et exercice du droit à un soutien financier vis-à-vis des proches parents
4. Obligation de remboursement envers les proches parents
5. Pratique dans les cantons

IV. Aide sociale

1. Généralités concernant le droit régissant l'aide sociale
 - a) Bases, organisation, principes fondamentaux
 - b) Délimitation du minimum d'existence social par rapport au minimum d'existence du droit des poursuites
2. Non-respect des obligations d'entretien relevant du droit de la famille
3. Remboursement de l'aide sociale à la collectivité publique

V. Limitation, en vertu des droits fondamentaux, de l'obligation de rembourser prévue dans la législation sur l'aide sociale et de l'obligation alimentaire des proches parents

1. Exiger le remboursement de l'aide sociale constitue une atteinte aux droits fondamentaux
2. Mesures à prendre dans le cadre du pouvoir d'appréciation des autorités
3. Invocation des droits fondamentaux par les personnes concernées

VI. Conclusions

Liste des abréviations

I. Introduction

Les femmes divorcées sont dans une proportion largement supérieure à la moyenne frappées par la pauvreté: 10.3% des femmes contre 5.3% seulement des hommes suite à un divorce, soit presque le double, vivent au-dessous du seuil de pauvreté.² Lors d'une séparation ou d'un divorce, le revenu familial ne suffit fréquemment pas pour couvrir les besoins de deux ménages (c'est ce qu'on appelle les cas de déficit). La jurisprudence met alors le déficit familial global exclusivement à la charge de la partie ayant droit à une contribution d'entretien. Vu la répartition des rôles pratiquée dans notre société, il s'agit presque toujours de la femme.³ En 2001, moins de 30% des femmes divorcées ont bénéficié d'une rente d'entretien ou d'une indemnité en capital (signalons à ce propos que le nombre des ayants droit a sensiblement diminué au cours des 10 dernières années).⁴ De plus, il s'agissait généralement de rentes limitées dans le temps (moins de 5 ans en moyenne dans 26% des cas, 5 à 10 ans dans 39% et plus de 10 ans dans 24% des cas). Des pensions n'ont été allouées pour une durée illimitée que dans 11% des cas.⁵

L'état de précarité des femmes divorcées s'est aggravé du fait que, lors du calcul des contributions d'entretien, on est resté au-dessous des plafonds fixés par la jurisprudence du Tribunal fédéral: une étude publiée en 1997 montre que dans quasiment 60% des cas où les ressources financières de l'épouse ne suffisaient pas pour couvrir le minimum vital majoré de 20% au sens du droit des poursuites, l'époux disposait encore pour son propre

usage d'un excédent supérieur à CHF 500.– par mois.⁶ Cette tendance préjudiciable aux femmes s'accroît et il est à craindre que depuis lors la situation ait empiré.⁷ Les femmes (et leurs enfants) doivent forcément recourir à l'aide sociale. Plus le montant dont ils ont besoin est élevé, plus leurs chances de se libérer de cette dépendance diminuent, et comme l'aide sociale doit être remboursée, l'endettement des bénéficiaires ne fait que progresser. De surcroît, en vertu du code civil, les proches parents doivent s'attendre à devoir, selon leur degré de parenté et leur situation financière personnelle, apporter un soutien à ces femmes.

L'auteure de la présente étude analyse la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux cas de déficit depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce. Elle examine si dans les décisions judiciaires rendues à tous les niveaux qui ont été publiées, ce déficit a été fixé, l'augmentation ou la diminution d'office des contributions d'entretien en cas d'évolution de la situation du débiteur ou du créancier a été prévue, et si un montant destiné à la constitution de la prévoyance vieillesse après le divorce a été calculé et est mentionné. En outre, elle explore la manière dont les cantons, dans le cadre de leur législation sur l'aide sociale, réglementent les obligations d'entretien relevant du droit de la famille, le remboursement de l'aide sociale, le soutien par des proches parents, et dont ils procèdent dans la pratique. Son objectif est d'établir quels changements s'avèrent nécessaires, afin de réduire le risque de pauvreté auquel les femmes en particulier sont exposées.

II. Contribution d'entretien après le divorce

1. Généralités

Les dispositions légales en matière d'entretien doivent permettre de répartir aussi équitablement que possible entre les conjoints les conséquences économiques du mariage et du divorce. Une contribution d'entretien est due après le divorce lorsqu'on ne peut pas raisonnablement exiger de l'épouse (ou de l'époux) qu'elle (qu'il) subvienne par ses propres moyens à ses besoins, lesquels incluent la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée. Elle (il) doit alors verser à l'autre partie une contribution équi-

table.⁸ En vertu du nouveau droit du divorce, elle est fondée sur la nécessité de compenser les désavantages découlant du mariage.⁹ Lorsque ce dernier se solde par un échec, non seulement les avantages acquis en commun (épargne, etc.), mais également les désavantages et les charges résultant de l'union doivent être répartis à égalité entre les époux. Il y a désavantages dus au mariage notamment lorsque la répartition des tâches pratiquée par les conjoints a eu pour effet de limiter l'indépendance économique et les possibilités de carrière de l'un plus que de l'autre, donc lorsque, pour s'occuper des enfants, l'un a renoncé à exercer une activité professionnelle ou a réduit son taux d'occupation plus que l'autre n'a réduit le sien.¹⁰

Dans le calcul de la contribution d'entretien après le divorce, il est tenu compte d'une part des besoins des ayants droit, d'autre part de la capacité économique de la personne astreinte à verser cette contribution.¹¹ Il arrive fréquemment que cette capacité soit insuffisante et que, de ce fait, la contribution due ne couvre pas les besoins auxquels l'épouse n'est pas en mesure de subvenir par ses propres moyens.¹² Il existe par conséquent un manque (ce sont les cas dits de déficit).¹³

2. Jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux cas de déficit

a) Jurisprudence

Antérieurement à la révision du droit du divorce, le Tribunal fédéral avait exclu à plusieurs reprises la possibilité d'empiéter sur les besoins propres du débiteur de la contribution d'entretien.¹⁴ Ces besoins ont été assimilés au minimum vital au sens du droit des poursuites, majoré de 20% et augmenté de la charge fiscale. Par conséquent, seul le revenu restant du débiteur après déduction du montant destiné à couvrir son minimum vital pouvait être attribué à titre de contribution d'entretien aux enfants ou à l'épouse. Le déficit était entièrement mis à la charge de l'ayant droit (en général l'épouse, souvent mère de famille). Une partie de la doctrine soutenait cette jurisprudence,¹⁵ pourtant rejetée dans de nombreux ouvrages spécialisés.¹⁶ Certaines cours suprêmes cantonales avaient même parfois rendu une décision contraire.¹⁷ Au cours des procédures de consultation et des débats parlementaires sur la révision du droit du divorce, il a de nouveau été question du partage du déficit entre les parties¹⁸ et le Conseil na-

tional s'est prononcé en sa faveur.¹⁹ Le Conseil des Etats ayant rejeté cet amendement, le Conseil national a finalement cédé.²⁰ La doctrine dans sa majorité a depuis lors critiqué ce refus.²¹ Le Tribunal fédéral, dans de nombreuses décisions pas vraiment aisées à comprendre et parfois divergentes, a maintenu pour l'essentiel son ancienne jurisprudence mais formulé certaines restrictions. Le minimum d'existence est calculé de façon plus stricte qu'avant: la charge fiscale n'est plus prise en considération et il est impossible de majorer de 20% le minimum vital au sens du droit des poursuites.²²

Dans un jugement récent, le Tribunal fédéral a tout de même soulevé pour la première fois la question de savoir «s'il ne serait pas nécessaire de réviser à nouveau cette jurisprudence, d'autant plus qu'elle a été critiquée (parfois violemment) par la doctrine dans sa majorité et notamment considérée comme incompatible avec le principe de l'égalité des droits.»²³ Cette révision n'a toutefois pas encore eu lieu.²⁴

b) Appréciation critique

En 1995 le Tribunal fédéral a pour la première fois examiné de plus près le reproche qui lui avait été adressé de violer, de par sa jurisprudence, le principe de l'égalité de traitement dans les cas de déficit.²⁵ Il importait selon lui de ne pas charger doublement l'aide sociale, comme cela se produit lorsque les deux conjoints en deviennent tributaires. Or le partage du déficit aboutit effectivement à cette situation. Vu la gravité de l'atteinte au principe susmentionné, il paraît toutefois difficile d'invoquer des intérêts fiscaux pour justifier une inégalité de traitement fondée sur le sexe.

Autre argument avancé par le Tribunal: la nécessité de préserver la motivation à travailler de la personne tenue de verser une contribution d'entretien. Il craignait qu'elle se soucie moins de préserver tant sa capacité que sa volonté de travailler si l'on empiétait sur son minimum d'existence. Or on ne comprend pas à première vue pourquoi il faudrait davantage motiver le débiteur que la personne dans le besoin. Les personnes bénéficiant de l'aide sociale sont elles aussi tenues, sous peine de réduction des prestations, de coopérer (notamment en cherchant du travail). En outre, la femme a la plupart du temps des enfants à élever et assume seule cette responsabilité et les charges qu'elle implique. Enfin, que le

débiteur réalise le minimum vital au moyen de son salaire ou doit pour cela solliciter l'aide sociale, il n'en est pas moins réduit à disposer de ce minimum uniquement; à la différence que, dans le second cas, il devra inévitablement demander à l'autorité compétente de le compléter et ne s'y résoudra assurément pas de gaieté de cœur – son épouse non plus d'ailleurs. Cette dernière a donc tout autant le droit de s'épargner cette pénible démarche.²⁶ Il s'agit que l'obligation d'assumer sa part du déficit et celle du débiteur ne viennent pas de surcroît compromettre ses chances de se passer de l'aide sociale ou de s'en libérer.

Le Tribunal fédéral n'exclut certes pas que l'épouse, si sa situation s'améliore, puisse se trouver confrontée à une demande de remboursement, mais déclare cela acceptable vu la faible probabilité que le cas se présente. Elle n'est toutefois pas moins faible lorsque le déficit est assumé par les deux parties. Par conséquent, pourquoi le mari (qui de surcroît n'a pas la garde des enfants) ne pourrait-il pas se trouver confronté à la même demande, d'autant plus que sa dette en cas de partage du déficit est moins élevée.

Autre argument encore avancé par le Tribunal fédéral: la répartition du déficit se heurte à des obstacles relevant du droit d'exécution, vu que la collectivité publique chargée des avances et du recouvrement des pensions alimentaires n'est pas autorisée, lorsque le débiteur fait l'objet de poursuites, à empiéter sur son minimum vital. Elle ne subit toutefois guère de perte pour autant: si elle ne parvenait pas à se faire rembourser les avances de pensions, elle devrait de toute façon verser des montants à l'ayant droit, qui auraient valeur non seulement d'avances mais aussi d'aide sociale justement. Seule différence: reste à savoir de qui et quand l'on pourrait exiger le paiement de la dette ou le remboursement de l'aide sociale.

L'élément déterminant, dans le calcul de la contribution d'entretien, n'est plus le même qu'autrefois: on accordait alors une importance encore plus grande aux enfants et à leurs besoins, notamment dans ce contexte. En prévision d'une éventuelle avance de pension alimentaire, le montant fixé était assez souvent plus élevé qu'actuellement, même s'il fallait à cet effet empiéter sur le minimum d'existence du débiteur (cela ne concernait toutefois que les contributions à l'endroit des enfants, pas celle destinée

à l'épouse!). Actuellement, seule la limite fixée par le Tribunal fédéral est déterminante; le montant avancé ne peut pas excéder celui décidé par ce dernier. Les contributions convenues pour les enfants ont tendance à diminuer. Elles sont quelquefois même inférieures aux montants limites prévus dans les règlements cantonaux en matière d'avancement et de recouvrement des pensions alimentaires. Il s'ensuit que l'entière responsabilité à l'égard des enfants est en fin de compte mise à la charge de la mère, du point de vue tant humain que financier.

3. Chiffrage du déficit et augmentation ou nouvelle fixation de la contribution d'entretien après le divorce

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce, il est possible dans certaines limites, et même après coup (soit dans un délai de 5 ans à compter de l'entrée en force du jugement de divorce), de fixer à nouveau le montant de la contribution d'entretien ou de l'augmenter par rapport au montant figurant dans le jugement (art. 129, al. 3 CC). C'est le cas lorsqu'il est explicitement stipulé dans le jugement qu'une rente suffisante n'a pas pu être fixée, et que la situation économique du débiteur s'est améliorée depuis lors.²⁷ Cette nouvelle disposition devrait permettre d'adoucir la rigueur, d'ailleurs reconnue, de la situation des femmes divorcées dans les cas de déficit. Pas une seule décision judiciaire à ce sujet ne figure cependant dans les recueils de décisions, un indice évident que cet instrument ne constitue pas une véritable aide pour les femmes.

4. Chiffrage du déficit et réduction de la contribution d'entretien après le divorce

Les recueils de décisions ne contiennent aucun jugement de divorce dans lequel le déficit a été calculé et chiffré, ce qui, vu le nombre élevé de cas de déficit, ne manque pas de surprendre. Par ailleurs, il faut se garder de conclure que cela ne se produit jamais. Les jugements de première instance sont très rarement publiés, et dans les cas de déficit évidents précisément, les parties font rarement recours. Un jugement dans lequel le déficit n'est pas ou pas correctement chiffré, quel que soit le mode de calcul, n'est presque jamais contesté lorsque les parties vont de toute façon devoir solliciter l'aide sociale.

Il est également possible de diminuer la contribution d'entretien (art. 129, al. 1 CC); d'une part, lorsque la situation économique du débiteur s'est notablement et durablement²⁸ aggravée²⁹ depuis le divorce, d'autre part lorsque celle du créancier s'est notablement et durablement améliorée.³⁰ Dans le second cas, la rente fixée dans le jugement ne peut toutefois être diminuée ou supprimée que si elle a effectivement permis à l'ayant droit d'assurer convenablement son entretien et de se constituer une prévoyance vieillesse appropriée. Cette nouvelle formulation issue de la révision est destinée à empêcher que la contribution d'entretien soit diminuée de façon précipitée et sans que la situation globale ait fait l'objet d'une nouvelle appréciation. Nous n'avons toutefois connaissance que d'un cas publié.³¹

5. Constitution de la prévoyance vieillesse après le divorce³²

Lors d'un divorce, les prestations de sortie de la prévoyance professionnelle sont partagées entre les époux à la date du jugement, de sorte que la constitution de la prévoyance vieillesse après le divorce n'est ni couverte ni assurée. Elle fait pourtant partie de l'entretien convenable (art. 125 CC). Lorsque la constitution de la prévoyance vieillesse de la femme, du fait de son mariage, n'est pas assurée après le divorce par le biais de son activité lucrative ou d'un autre moyen, il s'agit d'en tenir compte dans le calcul de la contribution d'entretien. Les personnes divorcées et ayant des charges familiales, dont par conséquent on ne peut pas raisonnablement exiger qu'elles exercent une activité professionnelle, du moins à plein temps, ne sont pas elles non plus en mesure de constituer une prévoyance vieillesse par le biais de leur revenu (ou, lorsqu'elles travaillent à temps partiel, une prévoyance jugée suffisante).

Voyons si les besoins en la matière des ayants droit à une contribution d'entretien sont réellement pris en considération dans la pratique (aussi dans les cas de déficit!), et dans quelle mesure ils sont estimés et calculés. Seules deux décisions abordant ce thème ont été publiées. Le Tribunal fédéral a confirmé qu'après le divorce la prévoyance vieillesse appropriée fait partie de l'entretien convenable, lorsqu'elle comporte des lacunes ayant leur origine dans la répartition des tâches convenue durant le mariage.³³ Si

le débiteur a des économies, le tribunal peut en vertu de l'art. 126, al. 2 CC ordonner un règlement définitif en capital. Le tribunal cantonal saint-gallois a confirmé lui aussi le droit à des aliments, y compris une part suffisante destinée à la constitution de la prévoyance vieillesse.³⁴ Comme la part du revenu disponible suffisait, en l'espèce, pour couvrir l'entretien courant mais pas pour constituer la prévoyance vieillesse, le tribunal a prolongé la durée prévue du versement de la contribution d'entretien après le divorce, de façon à compenser le déficit quant à la prévoyance. Ce faisant, il a estimé que ce déficit représentait les cotisations manquantes de l'employeur et de l'épouse jusqu'à concurrence du taux d'occupation souhaité par cette dernière. Les méthodes (différentes et adaptées à la situation concrète) utilisées dans les deux cas jugés pour calculer le déficit de prévoyance après le divorce ne sont par les seules possibles et n'ont pas été consolidées dans la pratique. Reste à savoir également quelle sera l'attitude des tribunaux vis-à-vis de la doctrine à ce sujet.³⁵

Bien que les données statistiques à ce sujet fassent défaut,³⁶ les résultats d'une enquête informelle, menée auprès d'avocates et d'avocats sur leurs expériences en la matière devant les tribunaux de première instance, incitent malheureusement à craindre qu'en présence d'un déficit, la constitution de la prévoyance vieillesse après le divorce ne soit même pas du tout prise en considération dans le calcul de ce déficit.

III. Soutien financier apporté par des proches parents

1. Généralités et compétences

L'obligation de la collectivité publique de fournir des prestations d'assistance repose sur le droit public. Son pendant est l'obligation de droit privé faite à certains membres de la famille d'apporter un soutien destiné également (et surtout) à couvrir le minimum vital d'une personne et à l'empêcher ainsi de tomber dans le besoin (art. 328 et 329 CC). De nos jours, les personnes nécessiteuses recourent en général sans attendre à l'aide sociale publique. Lorsqu'elles ont des proches parents tenus de leur apporter un soutien financier, leurs prétentions vis-à-vis de ces parents passent directe-

ment à la collectivité publique qui leur verse les prestations d'assistance. Dès lors, seule cette dernière, et non plus la personne dans le besoin, est légitimée à faire valoir ces prétentions.

Cette démarche est du ressort du canton de domicile de la personne assistée (art. 25, al. 1 LAS). La compétence de l'autorité est réglée dans les lois cantonales sur l'aide sociale ou la prévoyance. Dans 20 cantons, les communes sont compétentes. Dans celui du Jura, le canton, sur requête de la commune, est lui aussi habilité à faire valoir devant le tribunal l'obligation d'entretien des proches parents.³⁷ Dans ceux d'AI, de BL, SO et TI, seul le canton est compétent. Dans celui de Vaud enfin, il appartient à la commune ou à une fédération de communes d'examiner les éventuelles obligations alimentaires des proches parents. En revanche, il incombe au canton de faire valoir si nécessaire ces obligations devant le tribunal.

Contrairement à ce qui se passe dans le cadre de l'aide sociale, les autorités cantonales n'ont pas à se prononcer sur l'ampleur et les limites de l'obligation alimentaire des proches parents, laquelle relève du droit fédéral. Seuls les tribunaux civils sont habilités à le faire: soit le tribunal civil du domicile de la personne ayant besoin d'aide, soit celui du domicile des proches parents contre lesquels est intentée l'action alimentaire (art. 329, al. 3 en rel. avec l'art. 329, al. 2 CC). Dans tous les cantons, il existe au moins une voie de recours à l'échelon cantonal contre des jugements de première instance. Le Tribunal fédéral peut être saisi par la voie d'un recours en réforme de droit civil, pour autant que la valeur litigieuse nécessaire soit atteinte; dans le cas contraire, seul le recours de droit public est possible (lorsqu'il y a violation de droits fondamentaux).

2. Conditions liées à l'obligation alimentaire des proches parents

Les parents de sang ou les parents adoptifs en ligne directe ascendante et descendante (cf. ci-après sous chif. 3) sont tenus d'apporter un soutien financier, pour autant qu'ils vivent dans l'assistance (art. 328, al. 1 CC); c'est-à-dire lorsque cela ne portera pas grandement atteinte à leur niveau de vie actuel.³⁸ Cette définition soulève la controverse. Concrètement, cela signifie-t-il sans porter atteinte à un mode de vie aisé ou sans le réduire considérablement?³⁹ Quoi qu'il

en soit, tant le revenu que la fortune – sous l'angle non seulement des gains mais également de sa valeur réelle – sont inclus dans l'évaluation. La situation économique des proches parents ne doit pas être mise en péril.⁴⁰ A l'échelon cantonal, on se base dans la plupart des cas sur les dispositions de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS⁴¹ ou sur les normes CSIAS.⁴² Il faut de toute façon entendre par capacité économique des proches parents bien davantage que la capacité de couvrir le minimum vital au sens du droit des poursuites.⁴³ Le droit de conserver l'intégralité de sa fortune n'a toutefois été appliqué durant des années que si le soutien apporté aurait mis en péril dans un proche avenir déjà les moyens d'existence du débiteur.⁴⁴ Cette jurisprudence a été modifiée dans un arrêt de principe récent du Tribunal fédéral, dans le sens que la sécurité matérielle du débiteur doit au contraire être assurée jusque dans ses vieux jours.⁴⁵ Le droit de la personne contre laquelle une action alimentaire a été intentée de constituer une prévoyance vieillesse convenable l'emporte sur le droit à un soutien financier vis-à-vis des proches parents.⁴⁶

Quant à savoir quand exactement ces conditions aiséées, selon les dispositions légales, sont données, il convient de l'établir au cas par cas. Il n'est pas envisageable de formuler des directives générales à partir de la jurisprudence, rarement publiée. En revanche, les normes CSIAS (non contraignantes pour les tribunaux) peuvent s'avérer utiles: on y considère qu'à partir d'un revenu d'environ CHF 100 000.– et/ou d'une fortune supérieure à CHF 500 000.–, une personne vit en principe dans des «conditions aiséées». Les valeurs limites sont la plupart du temps inférieures dans les cantons ayant défini plus précisément ces conditions. Quant aux directives ou ordonnances cantonales à ce sujet, elles non plus ne sont pas contraignantes pour les tribunaux civils.

Vu l'impossibilité de mettre les parents par alliance à contribution, seuls en principe le revenu et la fortune du parent tenu d'apporter un soutien sont déterminants, pas ceux de son conjoint ou de sa conjointe. La situation financière du conjoint ou de la conjointe peut néanmoins, dans le cadre de l'obligation d'assistance entre époux, être indirectement prise en compte dans la mesure où il (elle) doit contribuer davantage à l'entretien de la famille que ce ne serait le cas si

l'obligation alimentaire des proches parents n'existait pas. Le rapport entre ces diverses obligations suscite toutefois la controverse.⁴⁷

Le Tribunal fédéral s'est aussi penché sur la question du dénuement que connaissent des familles monoparentales.⁴⁸ Il s'agit de savoir si l'on peut raisonnablement exiger d'une personne élevant seule des enfants et tombée dans le besoin, sans emploi et allant devoir solliciter le soutien de proches parents, qu'elle exerce une activité lucrative. Le Tribunal fédéral a jugé déraisonnable d'exiger d'une mère célibataire qu'elle travaille pendant les premiers temps après la naissance de son enfant, sauf si des tiers peuvent assurer individuellement une prise en charge qualitativement comparable de l'enfant.⁴⁹ Dans une décision non publiée, il a déclaré en termes plus concrets qu'il n'y a aucunement violation du droit fédéral lorsque, 26 mois après la naissance, la prise en charge personnelle de l'enfant par la mère pendant la journée n'est plus jugée nécessaire.⁵⁰ Le fait de donner ses enfants à garder toute la journée et pouvoir dès lors exercer une activité professionnelle à plein temps n'est pas assimilable à une situation de besoin.⁵¹ Le Tribunal fédéral part donc du principe qu'une mère qui élève seule les enfants n'est pas dans une situation de besoin, au sens de l'art. 328 CC, lorsque ceux-ci ne sont plus des nourrissons et que des tiers peuvent en assurer personnellement la prise en charge durant la journée.

3. Ampleur et exercice du droit à un soutien financier vis-à-vis des proches parents

Il est impossible de délimiter en termes clairs et précis l'ampleur du soutien financier que la personne dans le besoin peut requérir de ses proches parents. Dans les ouvrages spécialisés, il est fait référence tant au seuil de pauvreté défini dans le cadre de l'aide sociale qu'au seuil de pauvreté selon le droit des poursuites – parfois majoré de 20% –, et la réponse varie selon le cas. On y insiste sur le fait que ni l'un ni l'autre ne sont déterminants pour établir s'il s'agit d'une situation de besoin au sens de l'art. 328 CC.⁵² Une fois de plus, il appartient aux tribunaux civils d'interpréter la prescription de droit fédéral et de fixer une limite au cas par cas. Les décisions judiciaires publiées ne permettent pas de conclure d'une manière générale à une

limite à partir de laquelle il conviendrait de considérer qu'une personne est dans le «besoin» (art. 328 CC). Le Tribunal fédéral a uniquement déclaré que les autorités cantonales, lorsqu'elles se basent sur le minimum vital au sens du droit des poursuites, n'agissent pas contrairement au droit fédéral, tout en ayant souligné pendant longtemps qu'il s'agissait bien d'un minimum.⁵³ Dans sa décision la plus récente, il précise d'une part que l'autorité inférieure ne commet pas d'erreur d'appréciation lorsqu'elle refuse d'ajouter un supplément en pourcentage au minimum vital du droit des poursuites.⁵⁴ Il ajoute d'autre part que les tribunaux civils n'abusent pas non plus de leur pouvoir d'appréciation lorsqu'ils se fondent sur le besoin calculé selon les directives en matière d'aide sociale, supérieur au minimum vital du droit des poursuites.⁵⁵ Le premier représente la limite supérieure, le second la limite inférieure quant au besoin justifiant une aide. Les autorités et les tribunaux jouissent à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation dans chaque cas.⁵⁶

Lorsque plusieurs proches parents sont tenus d'apporter un soutien, les contributions sont fixées en fonction de leurs moyens financiers respectifs. Il n'existe pas de responsabilité solidaire. Ils sont simplement obligés de fournir une aide proportionnelle à leur capacité économique.⁵⁷ On ne pourra par conséquent déterminer le montant de la contribution individuelle qu'après avoir vérifié en même temps ou à titre préjudiciel si et dans quelle mesure d'autres proches parents du même degré ont les moyens de soutenir la personne nécessiteuse⁵⁸ (chose la plupart du temps difficile voire impossible lorsque, par exemple, ils vivent à l'étranger; on se contente donc souvent d'émettre l'hypothèse qu'ils n'en ont pas les moyens).

L'action alimentaire est intentée (par la collectivité publique également) contre les débiteurs dans l'ordre de leurs droits de succession (art. 457 et suiv. CC):

- les enfants de la personne dans le besoin; si elle n'en a pas ou s'ils n'ont pas de ressources ou pas d'obligation alimentaire,
- les petits-enfants/arrière-petits-enfants; si elle n'en a pas ou s'ils n'ont pas de ressources ou pas d'obligation alimentaire,
- les parents; si elle n'en a pas ou s'ils n'ont pas de ressources ou pas d'obligation alimentaire,
- les grands-parents.

Les proches parents en aval peuvent être mis à contribution seulement lorsque tous les proches parents en amont ne sont pas à eux tous en mesure de réunir la somme requise, sont inatteignables (c'est-à-dire vivent à l'étranger) ou que leur lieu de séjour est inconnu. Lorsqu'il n'est pas possible d'atteindre un parent à un degré donné, sa part est dans un premier temps répartie entre les autres parents de même degré.

4. Obligation de remboursement envers les proches parents

La question est de savoir si une personne ayant bénéficié du soutien de proches parents est tenue de leur rembourser les montants reçus à partir du moment où sa situation économique s'est assainie. Selon la doctrine depuis longtemps dominante, il n'existe pas de droit au remboursement. Plus récemment, des voix se sont élevées, la qualifiant d'inappropriée. Il convient toutefois de faire la distinction entre l'obligation de remboursement proprement dite de la dette alimentaire et l'obligation de rapport faite à un héritier ou une héritière, qui autrefois a été soutenu-e financièrement par le proche parent décédé ou inversement a apporté un soutien à ce dernier. Le droit en vigueur ne prévoit pas d'obligation générale de remboursement.⁵⁹ Par conséquent, il n'existe pas non plus de décisions judiciaires stipulant cette obligation. En revanche, des considérations relevant du droit de succession ont en partie été prises en compte dans des décisions.⁶⁰

5. Pratique dans les cantons

Presque tous les cantons ont édicté des dispositions d'exécution. Dans 23 d'entre eux, elles stipulent l'obligation expresse pour l'autorité compétente de soumettre à examen l'obligation alimentaire des proches parents. Il peut revêtir des formes diverses. Dans quelques cantons seulement, cet examen est requis dans chaque cas.⁶¹ La plupart accordent un pouvoir d'appréciation plus large aux autorités. En définitive, seul un très petit nombre de cantons prescrivent l'obligation de faire valoir également devant les tribunaux, si nécessaire, ce devoir des proches parents.

Des données solides relatives à la pratique dans des cas concrets font défaut. Les cantons et les communes n'établissent pas de statistiques en la matière et ne sont pas en mesure de livrer des

données détaillées et scientifiquement fiables.⁶² WIDMER,⁶³ qui a entrepris des enquêtes systématiques à ce propos et interrogé des institutions d'aide sociale, a néanmoins fourni quelques indications intéressantes dans sa thèse de doctorat.⁶⁴

Lorsque la possibilité d'un soutien de la part des proches parents fait l'objet d'un examen, celui-ci porte également si nécessaire sur les ressources des grands-parents. Les comportements diffèrent toutefois énormément d'un canton à l'autre et d'une commune à l'autre; 12 cantons indiquent avoir plus souvent procédé à cet examen au cours des dernières années, cinq d'entre eux que les rentrées d'argent consécutives ont augmenté. La plupart n'ont cependant pas pu répondre à la question de savoir si les collectivités publiques (év. en raison de leur mauvaise santé financière) avaient plus souvent fait valoir l'obligation alimentaire des proches parents.

De 1987 à 1998, 208 actions alimentaires ont été ouvertes contre des proches parents par des collectivités publiques, dont 89 rien que dans le canton d'Argovie. Les autres concernent Bâle-Ville (25), Soleure (18), Zurich (17 seulement), Berne (2). On en compte même aucune dans le canton de Genève. Le comportement des collectivités publiques et le nombre d'actions en justice ne dépendent ni de l'importance numérique de la population ni de l'ampleur des dépenses sociales d'une collectivité. Il n'y a pas d'explications rationnelles à de tels écarts.

Plus récemment (c'est-à-dire jusqu'à 1999, les tendances au-delà n'étant pas connues), les autorités d'aide sociale ont étudié plus systématiquement l'éventualité d'une action contre des proches parents. Les différences restent néanmoins considérables entre cantons et entre communes.⁶⁵ Les membres de la CSIAS ont déclaré, lors d'une enquête, avoir examiné dans près de 50% des cas l'obligation alimentaire des proches parents, et seuls près de 4% d'entre eux n'avoient jamais eu à examiner l'éventualité d'un recours contre de telles personnes.⁶⁶ Les frais administratifs qu'occasionnent cet examen et les démarches à entreprendre pour faire respecter l'obligation alimentaire ne semblent pas valoir la peine. Il n'existe certes pas de statistique à l'échelon national des sommes encaissées dans ce domaine par les autorités d'aide sociale. Nous savons tout de même qu'en Suisse, jusqu'en 1994, des prestations ont été exigées de proches parents dans seulement 2% env. de tous les cas d'aide

sociale.⁶⁷ Nous savons également que dans le canton de Lucerne, les montants réclamés à ce titre ne représentaient en 1992 que 0,2% de l'aide sociale versée.⁶⁸ Rien n'indique nulle part que la situation diffère beaucoup ailleurs.

L'institution de l'obligation alimentaire entre parents soulève de plus en plus la controverse quant au principe même.⁶⁹ Dans les ouvrages spécialisés, sa légitimité est pour divers motifs mise en doute, et l'on exige parfois que cette obligation soit encore davantage restreinte ou carrément supprimée.⁷⁰ Raisons principales invoquées: l'évolution de la situation sociodémographique, les modifications de l'environnement familial, l'inégalité de traitement manifeste due à l'application différente de l'obligation d'un canton à l'autre, et le fait qu'elle est pratiquement éludée lorsque les proches parents vivent à l'étranger, d'où une discrimination croissante des personnes domiciliées en Suisse.

IV. Aide sociale

1. Généralités concernant le droit régissant l'aide sociale⁷¹

a) Bases, organisation, principes fondamentaux

L'aide sociale, en vertu de l'art. 115 Cst., relève de la compétence des cantons. Chaque canton réglemente lui-même les conditions et l'ampleur des prestations d'assistance. Aussi les réglementations diffèrent-elles beaucoup de l'un à l'autre. Ce déséquilibre est quelque peu compensé par le fait que la Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS) édicte des normes applicables au calcul de l'aide sociale, et que plusieurs cantons s'y conforment. Les personnes dans le besoin ont droit à l'aide sociale dans leur canton de domicile.⁷² Dans la plupart des cantons, elle est du ressort des communes, qui sont parfois regroupées et assument en commun les tâches en la matière. Actuellement, elles les délèguent de plus en plus à des privés. Ce fédéralisme communal a pour conséquence que la pratique diffère parfois considérablement non seulement d'un canton à l'autre, mais aussi d'une commune à l'autre.⁷³

L'Etat se doit d'apporter dans le cas particulier une aide au nom du principe de la dignité humaine. Par conséquent, le droit fondamental, en référence à ce principe précisément, d'être secouru

dans une situation de besoin est lui aussi inscrit dans la nouvelle Constitution fédérale.⁷⁴ Il est soumis, de même que toutes les prestations d'assistance, au principe de subsidiarité.⁷⁵ L'aide sociale n'est accordée que si la personne nécessiteuse ne peut pas se tirer d'affaire par ses propres moyens ou obtenir l'aide de tiers.⁷⁶ Elle doit donc avoir épuisé toutes les possibilités de s'en sortir seule. Ce principe de subsidiarité a également été introduit dans les lois cantonales sur l'aide sociale.⁷⁷ S'y ajoute le principe d'individualisation, en vertu duquel les autorités sont tenues de fournir une aide adaptée à la situation spécifique de la personne. Quant au principe de la couverture des besoins, il signifie que l'aide sociale doit permettre de remédier à une situation de détresse concrète et actuelle. Les prestations doivent donc être fournies indépendamment des causes et pour faire face à l'avenir exclusivement. Presque toutes les lois cantonales régissant l'aide sociale stipulent qu'il appartient aux autorités d'établir les causes du dénuement et si possible de les éradiquer (postulat de la lutte contre les causes). Dans la nouvelle Constitution fédérale, ce principe est repris sous la forme des buts sociaux dans le droit constitutionnel matériel.⁷⁸ La CSIAS, dans ses normes, ajoute à ces principes de base: la proportionnalité de l'aide, le professionnalisme et le rapport coût-efficacité.⁷⁹

b) Délimitation du minimum d'existence social par rapport au minimum d'existence du droit des poursuites

Les termes minimum vital, minimum d'existence au sens du droit des poursuites ou minimum d'existence absolu désignent une seule et même chose. Le minimum d'existence est défini dans la législation sur la poursuite pour dettes et la faillite.⁸⁰ Le revenu provenant d'une activité lucrative, quel qu'il soit, les prestations pour perte de gain (rentes, indemnités de chômage) de même que les contributions d'entretien (pour autant qu'elles ne soient pas insaisissables) ne peuvent être saisis que dans la mesure où ils ne sont pas indispensables au débiteur et à sa famille. Les normes fixées par la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse servent à calculer le minimum d'existence. Ce dernier tient également lieu de base dans le calcul de la contribution d'entretien après le divorce dans les cas de déficit (cf. chap. III). En revanche, le minimum d'existence social est défini

d'une toute autre façon. Selon la plupart des lois cantonales sur l'aide sociale, les prestations d'assistance sont versées aux personnes dans le besoin, c'est-à-dire qui ne peuvent pas assurer d'une manière suffisante ou en temps utile leur entretien par leurs propres moyens. La majorité des cantons se réfèrent aux normes CSIAS pour déterminer si une personne a effectivement droit à l'aide sociale. Ces normes s'appuient sur les enquêtes concernant les revenus et la consommation effectuées par l'Office fédéral de la statistique.

Le minimum d'existence social d'une part et le minimum d'existence au sens du droit des poursuites d'autre part sont donc deux choses tout à fait distinctes.⁸¹ Le second est en principe inférieur au premier. Une situation de besoin sur le plan social existe dès le moment où le revenu mensuel disponible ne suffit pas pour couvrir le minimum d'existence social. Ce dernier correspond à une couverture matérielle des besoins de base plus élevée que dans le cas du minimum d'existence du droit des poursuites. Par conséquent, cela ne signifie pas forcément que le minimum d'existence du droit des poursuites d'une personne dans le besoin sur le plan social n'est pas couvert, alors que, inversement, lorsque son revenu ne suffit pas pour couvrir le minimum vital au sens du droit des poursuites elle a en règle générale droit aux prestations d'assistance.

2. Non-respect des obligations d'entretien relevant du droit de la famille

Lors du calcul du minimum d'existence social, les obligations d'entretien relevant du droit de la famille de la personne nécessiteuse envers les membres de la famille faisant ménage commun avec elle sont généralement prises en considération dans tous les cantons, en vertu de la législation sur l'aide sociale en vigueur. Il n'en est pas de même des contributions d'entretien dues à des membres (par ex. des enfants) dont elle vit séparée. Lorsqu'un père, tenu selon le jugement de divorce de verser des contributions d'entretien à ses enfants (voire à son ex-épouse aussi), sollicite l'aide sociale parce qu'il ne parvient plus à honorer ces obligations et à satisfaire ses besoins personnels vitaux, ces contributions ne sont pas incluses dans le calcul de son minimum d'existence social. S'il est capable de pourvoir à son en-

tretien par ses propres moyens, il n'a pas droit à l'aide sociale, mais dans le cas contraire seule la somme manquante lui est versée à titre d'aide sociale. Les obligations alimentaires des bénéficiaires de l'aide sociale ne sont donc pas prises en compte dans le budget d'aide.⁸² Cette répartition inéquitable des charges familiales conduit à la dépendance unilatérale et à l'endettement par conséquent vis-à-vis de l'aide sociale du conjoint qui élève seul des enfants.⁸³

3. Remboursement de l'aide sociale à la collectivité publique

A quelques exceptions près, les cantons prévoient l'obligation de rembourser les prestations d'aide sociale.⁸⁴ Les normes CSIAS contiennent des recommandations concernant les modalités en la matière. Seuls les cantons de Vaud et de Genève procèdent d'une manière fondamentalement différente: Vaud, en reformant sa Constitution, a en principe exclu cette obligation. Genève l'a supprimée de façon générale et pour tous les bénéficiaires lors de la révision effectuée en 2004; au motif que cette dette constitue pour ces personnes une véritable épée de Damoclès lorsqu'elles entreprennent de reconquérir leur autonomie et les dissuade de prendre un emploi au lieu de les y encourager.⁸⁵

Il incombe à chaque canton de désigner la collectivité publique habilitée à exiger le remboursement de l'aide sociale. Dans la grande majorité des cas, ce sont les communes. Comme il s'agit d'une question relevant du droit public cantonal, c'est ce dernier uniquement qui détermine les voies de recours à disposition pour attaquer les décisions des autorités en matière de remboursement. Le recours ordinaire auprès du Tribunal fédéral est exclu. Il n'existe qu'un moyen d'attaquer des décisions cantonales de dernière instance: le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels.

Lorsqu'une personne bénéficiant de l'aide sociale décède, les montants versés à ce titre font partie de la succession en tant que dettes de droit public. Si la succession comporte des actifs, les montants à rembourser seront prélevés en premier lieu sur ces actifs. Les lois cantonales contiennent en général des dispositions particulières à ce sujet. L'ampleur de l'obligation de rembourser après le décès de la personne assistée est dans la plupart des cantons limitée au mon-

tant de la succession ou, si celle-ci a déjà été répartie, au montant de la part reçue par les héritières et héritiers. Quelques réglementations cantonales mentionnent en outre des circonstances spécifiques que la collectivité publique doit prendre en considération lorsqu'elle décide si les héritières et héritiers doivent ou non restituer les prestations versées antérieurement.⁸⁶

L'obligation de rembourser faite aux bénéficiaires mêmes de l'aide sociale, nous l'avons vu, diffère selon le canton. Vaud et Genève ont en principe carrément supprimé cette obligation. Dans les cantons de Neuchâtel, Schaffhouse, Schwyz, Zurich⁸⁷ et vraisemblablement de Nidwald, Obwald et Zoug, la personne n'est pas tenue, dès le moment où elle réalise un revenu, de rembourser les montants reçus (mais seulement en cas de gain à la loterie, d'héritage, etc.). Dans les autres cantons, elle y est en principe obligée dès que sa situation financière s'améliore, quelle que soit la cause. En outre, les enfants ou adolescents mineurs ayant bénéficié d'une aide durant leur formation ne sont la plupart du temps pas obligés de la rembourser personnellement, sauf dans quelques cantons mais le montant est sensiblement réduit.

V. Limitation, en vertu des droits fondamentaux, de l'obligation de rembourser prévue dans la législation sur l'aide sociale et de l'obligation alimentaire des proches parents

1. Exiger le remboursement de l'aide sociale constitue une atteinte aux droits fondamentaux

La jurisprudence du Tribunal fédéral dans les cas dits de déficit a engendré une inégalité de traitement dont pâtissent les couples divorcés (et leurs proches parents). L'Etat social est tenu de garantir non seulement la sécurité sociale, mais encore la justice sociale, et il lui appartient également de créer les conditions sociales propices à l'exercice effectif des droits fondamentaux.⁸⁸ Selon l'art. 35, al. 1 Cst., ces droits doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique. L'obligation de rembourser les prestations d'assistance peut rendre plus

difficile l'intégration sociale de la personne concernée, affaiblir sa motivation à lutter pour s'en sortir et l'entraîner dans un cercle vicieux (piège de la pauvreté).⁸⁹ Or l'égalité entre femmes et hommes est inscrite dans la Constitution fédérale (art. 8, al. 3 Cst.) et, en tant que droit constitutionnel, directement applicable. Elle protège dans une mesure égale contre les discriminations directes et indirectes. Toutes les autorités étatiques sont tenues d'éliminer les discriminations.⁹⁰

La pratique du Tribunal fédéral (refus de partager le déficit entre les parties) constitue une discrimination fondée sur le sexe qui, conjuguée avec la législation sur l'aide sociale, porte atteinte à l'égalité des chances.⁹¹ Le tribunal a jusqu'à présent⁹² nié avoir violé le principe d'égalité de traitement de la femme et de l'homme, puisque sa jurisprudence n'est pas (directement) fondée sur le critère du sexe mais sur la répartition des tâches convenue par les conjoints durant les années de mariage.⁹³ Il apparaît ainsi clairement qu'il ne reconnaît pas qu'il y a discrimination indirecte, alors même qu'elle existe sous une forme tout à fait typique.

2. Mesures à prendre dans le cadre du pouvoir d'appréciation des autorités

La majorité des lois cantonales sur l'aide sociale prévoient une marge d'appréciation (parfois considérable) en ce qui concerne tant le soutien requis des proches parents que le remboursement de l'aide sociale. Les critères, tels l'«exigibilité» ou l'«équité»,⁹⁴ figurant dans les dispositions légales permettent de tenir compte des circonstances individuelles. Les particularités du cas de déficit lors d'une séparation ou d'un divorce pourraient également en faire partie. En l'occurrence, les autorités devraient se résoudre à tenir compte des circonstances et à faire preuve d'une certaine retenue dans leurs exigences en matière de remboursement. Cela s'applique également à l'obligation alimentaire des proches parents. A celles qui rétorquent qu'il n'est pas possible, en matière de remboursement, de traiter les femmes divorcées autrement que d'autres bénéficiaires de l'aide sociale, on peut objecter que dans ce domaine précisément, l'égalité de traitement avec ces derniers est un argument qui semble peu solide car elle n'est de toute façon manifestement pas garantie: il ressort de toutes les enquêtes

et études réalisées, que non seulement les lois diffèrent d'un canton à l'autre, mais encore que les communes au sein d'un canton ne les appliquent pas de façon uniforme. C'est bien davantage le fait que telle autorité d'aide sociale dans tel canton et, au sein de ce dernier, dans telle commune est compétente pour décider de mettre à contribution des proches parents et d'exiger le remboursement de l'aide sociale qui s'avère déterminant, que la situation individuelle des personnes concernées.

3. Invocation des droits fondamentaux par les personnes concernées

Les femmes invitées à rembourser des prestations d'assistance, et dont la situation de besoin était (également) due au non-partage du déficit lors du calcul de la contribution d'entretien, devraient être encouragées, au nom des droits fondamentaux, à refuser de les rembourser ou au moins à exiger que soit déduite la part du déficit qu'aurait dû assumer leur conjoint. Il faudrait les aider non seulement à négocier dans ce but avec les autorités sociales, mais également à recourir contre des décisions à leur détriment en se réclamant des droits fondamentaux. Cela s'applique également aux proches parents sollicités. Toutefois il importe, dans l'intérêt de la femme divorcée, de tenir compte de la chose suivante: si ses proches parents ne lui apportent aucun soutien, elle devra recourir encore davantage à l'aide sociale et sa dette envers la collectivité publique augmentera, ce qui, dans le cas contraire, ne se produirait pas car elle ne serait pas tenue de rembourser ses proches parents.

VI. Conclusions

Contribution d'entretien après le divorce

La jurisprudence et la pratique juridique dans les cas de déficit, qui mettent à la charge des ayants droit à l'entretien (en fait des femmes) l'intégralité du déficit, discriminent les femmes et **portent atteinte à l'égalité des chances** en ce qui les concerne. En outre, le maintien de cette jurisprudence désuète et anticonstitutionnelle a certaines conséquences: lors du calcul des pensions alimentaires destinées aux enfants, les besoins de ces derniers sont de moins en moins au centre des préoccupations. On ne tient compte plus que de l'interdiction faite

par le Tribunal fédéral d'empiéter sur les propres besoins de la personne tenue de pourvoir à leur entretien, et les pensions alimentaires fixées tendent à diminuer. Il s'ensuit que la mère ne peut le plus souvent même pas profiter des avances de pensions alimentaires, d'où son endettement croissant envers l'autorité d'aide sociale.

La **jurisprudence** est globalement **insatisfaisante**. Comment se fait-il toutefois qu'au moins lorsqu'il s'agit des pensions alimentaires des enfants, on ne se résolve pas à empiéter sur les propres besoins du débiteur? Les deux parents effectivement sont responsables à parts égales de leurs enfants. La priorité absolue devrait consister à garantir le minimum vital des enfants! Même si le parent tenu de pourvoir à leur entretien ne peut pas (ou pas complètement) verser la contribution fixée, la mère aurait plus de chances d'obtenir par le biais des avances de pensions alimentaires de quoi faire vivre ses enfants; et elle ne devrait alors peut-être pas, ou en tout cas pas dans la même mesure, recourir à l'aide sociale. Dépendant moins de cette dernière, elle pourrait plus facilement s'en libérer totalement et bien sûr ne s'endetterait pas autant. Par ailleurs, il est possible de recouvrer les pensions avancées auprès du débiteur tout en tenant compte de son minimum d'existence. La partie non recouvrable est assimilée à une dette dont le remboursement, selon le cas, est exigible si la situation financière du débiteur s'est améliorée.

La jurisprudence ne donnant pas satisfaction, une question en particulier revient constamment: ne faudrait-il pas édicter des prescriptions fédérales quant à la manière de calculer en général, mais surtout dans les cas de déficit, **l'entretien de l'enfant** (prescriptions concernant l'entretien convenable minimum de l'enfant)?

Il y a tout lieu de soupçonner que dans les cas de déficit **la constitution de la prévoyance vieillesse après le divorce** n'est généralement même pas incluse dans le calcul de la contribution permettant d'assurer l'entretien convenable de la personne concernée; par conséquent, elle ne l'est pas non plus dans le calcul du déficit, ce qui est extrêmement regrettable. Il devient donc très difficile voire impossible pour cette personne de constituer une prévoyance vieillesse par ses propres moyens: or en mentionnant le déficit dans le jugement, on empêche que la contribution d'entretien soit précipi-

tamment diminuée dès que la situation financière de l'ayant droit s'améliore. S'il était tenu compte de la constitution de la prévoyance vieillesse après le divorce et si le déficit était majoré en conséquence dans le jugement, l'ayant droit pourrait au moins commencer à couvrir son déficit de prévoyance dès que ses propres revenus augmentent. En revanche, si elle n'entre pas dans le calcul du déficit figurant dans le jugement, l'ex-mari pourra réduire la contribution d'entretien versée à son ex-épouse lorsque le revenu de cette dernière s'améliorera. Dès lors, bien que ses ressources propres aient augmenté, elle ne disposera quand même pas des moyens financiers nécessaires pour constituer sa prévoyance vieillesse.

Obligation alimentaire des proches parents

La règle de l'obligation alimentaire entre proches parents **n'est plus adaptée à notre époque**. Eu égard à la diminution massive des grandes familles dans la société moderne et au développement des assurances sociales, cette obligation a perdu de son sens. Elle a principalement son origine dans le devoir qu'avaient autrefois les enfants devenus adultes de soutenir financièrement leurs vieux parents, devoir qui dans ce sens-là n'est pratiquement plus en usage. En revanche, les cas de précarité se multiplient actuellement parmi les personnes de la génération intermédiaire, qui devraient en fait être autonomes sur le plan économique. Aussi est-on ou pourrait-on être amené à examiner la question de l'obligation des parents (la plupart du temps déjà à la retraite) en tant que proches de leur venir en aide dans des situations problématiques telles que le divorce ou la séparation. Les assurances sociales ne couvrent pas les conséquences économiques de ces aléas de l'existence. En raison des effets conjugués de la jurisprudence et de la législation sociale, les parents ne risquent pas tous dans une mesure égale de devoir assumer cette obligation. Ce sont en premier lieu les parents (et grands-parents) de filles séparées ou divorcées qui sont exposés. Aussi la légitimité, déjà affaiblie dans l'ordre social actuel, de l'institution de l'obligation alimentaire entre parents est-elle encore davantage remise en question.

Les **dépenses** qu'entraînent pour les autorités d'aide sociale l'examen de cette

obligation et les démarches en vue de son application ne semblent aucunement valoir la peine en regard des résultats obtenus. Il n'existe certes pas de statistique à l'échelon national sur les rentrées d'argent provenant des recours formés contre des proches parents. Les documents accessibles connus indiquent cependant que ces **rentrées d'argent** sont **modestes** par rapport à la totalité des dépenses d'aide sociale. Même dans le canton d'Argovie, de loin le plus actif à cet égard, il n'existe pas de données qui permettraient de conclure que leur part dans le budget global d'aide sociale du canton est considérable. Et quand cela serait, il resterait à établir si elle justifie vraiment les énormes dépenses consenties par les autorités, c'est-à-dire si le travail et les frais administratifs occasionnés en valent la peine. Un grand nombre de cantons et de communes ont précisément abouti à la conclusion contraire et, ce qui paraît raisonnable, renoncent d'emblée dans la majorité des cas à entreprendre des démarches.

Le faible taux de recours⁹⁵ à lui seul a pour conséquence que la demande de soutien adressée aux parents, comparativement peu nombreux, contre lesquels une action est effectivement ouverte paraît arbitraire. Cette **inégalité de traitement** est encore aggravée par une **discrimination** manifeste des personnes domiciliées en Suisse: du fait de l'importante mobilité sur le plan international, le nombre d'étrangères et d'étrangers dans le besoin vivant en Suisse (en chiffres absolus et relatifs) a considérablement augmenté. Il est très peu probable que l'on réussisse à faire valoir et appliquer l'obligation alimentaire des proches parents envers ces personnes lorsqu'ils vivent dans un autre pays (de surcroît, les autorités estiment la plupart du temps d'emblée, sans chercher à en savoir davantage, qu'ils n'ont pas les moyens financiers de s'en acquitter). Aussi la règle de l'obligation alimentaire a-t-elle pour effet d'exposer à un recours uniquement les proches parents résidant en Suisse de bénéficiaires de l'aide sociale (suisse ou étrangers) résidant en Suisse. Ces proches parents doivent donc compenser cette inégalité et, selon le cas, sont sommés de s'acquitter d'une somme supérieure à celle qu'ils devraient équitablement verser. Enfin, l'inégalité de traitement est encore aggravée par le fait que précisément dans le domaine diversifié et en expansion des cas d'aide sociale conclusifs à des séparations et des divorces,

seuls **les proches parents des femmes**, pour les raisons précitées, risquent de faire l'objet d'un recours.

Il existe donc de nombreuses raisons de supprimer purement et simplement l'obligation alimentaire entre parents, notamment cette inégalité de traitement criante, tout à fait intolérable. Compte tenu des nouvelles réalités sociales, du point de vue financier et économique non plus il n'est guère indiqué de la maintenir.

Aide sociale

L'Etat social est tenu de garantir la justice et la sécurité sociales et doit créer les conditions sociales permettant à chaque individu d'exercer réellement les droits fondamentaux. Il lui appartient de favoriser l'intégration des personnes nécessiteuses dans la société, de les motiver à s'en sortir par leurs propres moyens (au lieu de les entraîner dans la spirale de la pauvreté) ainsi que de sauvegarder et d'assurer l'égalité des chances, également entre les sexes. Or il ne remplit actuellement pas ces obligations à de nombreux égards. Au contraire: les effets conjugués de la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la législation cantonale sur l'aide sociale **accentuent l'exclusion sociale des femmes divorcées et de leurs enfants**, rendent leur intégration plus difficile et portent gravement atteinte à l'égalité des chances en ce qui les concerne. Conséquences: les femmes (surtout les mères) tributaires de l'assistance suite à une séparation ou un divorce ont beaucoup plus de difficulté à sortir de l'ornière et à améliorer leur situation économique que si les principes susmentionnés étaient respectés.

Il s'agit de garantir à chacun et à parts égales dans notre pays l'égalité des chances, l'application de l'interdiction de discrimination et du principe de l'égalité de traitement entre les sexes et surtout la possibilité d'exercer les droits fondamentaux. **L'inégalité de traitement actuelle d'un canton à l'autre** (notamment concernant l'obligation de remboursement) due au fait que les cantons sont compétents en matière d'aide sociale est inacceptable, même dans notre système fédéraliste, et l'est de toute façon dans la mesure où les droits fondamentaux ne sont pas respectés. Il faut absolument, en cas de ressources insuffisantes, veiller à ne pas mettre les difficultés et les charges financières liées à une séparation ou à un divorce exclusivement à la charge du parent qui

élève les enfants et porter ainsi gravement atteinte à l'égalité des chances pour les femmes sur le plan économique. Le parcours, de l'état de personne assistée à l'indépendance économique, est d'autant plus ardu que la dépendance envers l'aide sociale est grande, que les dettes sont élevées, et la personne, à cause des obligations de remboursement, risque dès lors, malgré tous les efforts qu'elle déploie, de ne jamais voir vraiment le bout du tunnel. Il importe par conséquent de réglementer à l'échelon national, dans une législation cadre en matière d'aide sociale, au moins les domaines suivants.

■ Lors du calcul du minimum d'existence social, les obligations d'entretien, prévues dans le droit de la famille, du requérant envers des personnes qui ne font pas ménage commun avec lui devraient également être prises en considération. Il s'agit avant tout de celles à l'égard de ses enfants mineurs, mais également de la femme séparée de lui ou divorcée; ceci dans la mesure où les montants fixés ne sont pas supérieurs aux barèmes de l'aide sociale applicables aux personnes ayant droit à l'entretien et ne font pas l'objet d'avances à l'endroit de ces dernières. Les avances de pensions alimentaires prévalent. Ces montants ne devraient évidemment pas être versés au requérant, mais par l'autorité d'aide sociale directement à l'ayant droit. C'est la seule manière de garantir que la situation de besoin d'un débiteur n'entraîne pas une détresse supplémentaire ou aggravée de l'ayant droit, et qu'à la dette de la femme envers l'aide sociale ne s'ajoutent pas de façon unilatérale toutes les sommes manquantes. Les montants seraient alloués, dans les limites définies par l'aide sociale, à titre de contributions d'entretien (et non de prestations d'assistance) à l'ayant droit, mais portés au compte du débiteur en tant qu'aide sociale versée en sa faveur. Par conséquent, la personne tenue de pourvoir à l'entretien, non pas l'ayant droit, devrait rembourser les montants reçus par ce dernier.

■ Tant que l'obligation alimentaire des proches parents sera maintenue, il faudrait au moins préciser, dans une législation cadre de portée nationale, que les autorités d'aide sociale cantonales ne sont habilitées qu'avec l'accord des personnes dans le besoin à faire la lumière sur les obligations de soutien des proches parents et éventuellement à les faire valoir.

■ Les conditions applicables à l'obligation de remboursement prévue dans les dispositions légales doivent elles aussi être définies à l'échelon national, afin de garantir l'égalité de traitement, l'égalité des droits ainsi que l'égalité des chances. Cependant, il importe non seulement d'uniformiser cette obligation, mais encore de la limiter par rapport à la pratique actuelle dans la plupart des cantons. Il est par exemple démotivant et contre-productif, pour des personnes ayant acquis leur indépendance économique et amélioré leur situation financière grâce au produit de leur travail, de devoir rembourser des prestations d'assistance touchées antérieurement. Feraient exception les cas où la personne est vraiment devenue riche, qui risquent d'ailleurs très rarement de se présenter (encore faudrait-il définir plus précisément ce qu'on entend par riche, et fixer les limites en la matière bien au-delà des normes CSIAS actuellement applicables concernant l'obligation de remboursement). De toute façon, il conviendrait en premier lieu d'évaluer, en faisant preuve de réalisme, la part de son budget d'aide sociale que chaque canton pourrait espérer récupérer par le biais des remboursements, et si, comparativement, le travail et les frais administratifs que cela occasionnerait en vaudraient la peine. Peut-être serait-il beaucoup plus judicieux pour des raisons économiques évidentes de supprimer purement et simplement l'obligation de rembourser (à l'instar du canton de Genève par exemple). En tout état de cause, il devrait exister dans toute la Suisse une obligation de rembourser tout au plus dans les cas suivants: lorsque la situation économique de la personne autrefois dans le besoin s'est améliorée à la suite d'un gain de loterie, etc. ou d'un héritage, de sorte que le remboursement des prestations d'assistance devient sans autres raisonnablement exigible, ou, comme mentionné ci-dessus, lorsque la personne est devenue riche à proprement parler d'une autre manière, de sorte que le remboursement peut également être exigé sans autres et sans porter atteinte à un niveau de vie devenu plus élevé.

■ L'obligation de rembourser devrait être totalement exclue dans les cas où la situation de besoin résultait du fait que, lors de la séparation ou du divorce, une contribution d'entretien suffisante pour couvrir le minimum d'existence n'avait pas été ou pas pu être fixée (en même temps que le revenu raisonnablement

exigible d'une activité) ou que le débiteur n'avait pas versé la contribution fixée. L'obligation de rembourser devrait de toute façon être exclue à cause de son caractère discriminatoire tant que la jurisprudence et la pratique juridique n'auront pas été modifiées de telle façon qu'il soit sûr que le déficit n'a pas, dans le jugement, été mis exclusivement à la charge de l'ayant droit à l'entretien.

Il a également été proposé que, dans ces cas-là, la personne ayant droit à l'entretien et autrefois assistée ne rembourse que la moitié des dettes accumulées, c'est-à-dire seulement la partie qui aurait été mise à sa charge au moment du jugement s'il le déficit avait été partagé. Cependant, même si cette proposition était concrétisée, les ayants droit à l'entretien seraient désavantagés aussi longtemps que, inversement, le débiteur de la contribution n'a pas de dette d'assistance et n'est pas réellement exposé au risque de devoir rembourser les prestations. Une telle solution serait indirectement discriminatoire et par conséquent insatisfaisante.

■ Il faudrait également exclure totalement toute obligation de rembourser les dettes d'assistance dues au fait que – qu'importe les raisons – des contributions d'entretien équitables destinées à couvrir les besoins vitaux et de formation d'enfants mineurs n'ont pas été versées.

■ D'une manière générale, les personnes ayant eu recours à l'aide sociale parce qu'obligées de s'occuper de leurs enfants mineurs durant la journée, elles ne pouvaient pas ou pas entièrement subvenir aux besoins de leur ménage, devraient être exemptées de toute obligation de remboursement.

Dans la situation juridique actuelle déjà, les autorités d'aide sociale compétentes pourraient mettre à profit leur marge d'appréciation de la manière suivante: renoncer à exiger des proches parents qu'ils s'acquittent de leur dette alimentaire (sauf si la personne dans le besoin le souhaite expressément) et, au nom de l'égalité de traitement et de l'égalité des chances, à demander aux femmes de rembourser l'aide sociale reçue.

Actuellement, une femme personnellement confrontée à une demande de remboursement peut, pour autant qu'elle ait autrefois eu besoin de l'aide sociale en raison d'un déficit au sens décrit ci-dessus, s'opposer à la demande de remboursement en invoquant l'interdiction de discrimination fondée sur le sexe, les

droits fondamentaux et le principe de l'égalité des chances.

Tant que l'**obligation alimentaire entre parents** est maintenue, une femme invitée à rembourser des prestations d'aide sociale peut en outre refuser d'obtenir lorsque l'autorité compétente n'a pas exigé un soutien financier des proches parents, alors qu'il aurait été possible de le faire. Ce soutien financier ne devant pas être remboursé, la dette d'assistance de cette femme aurait été moins élevée.

Traduction: Francine Matthey

Bibliographie

ARIOLI Kathrin, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben. Zürich 1992.

ARIOLI Kathrin, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung. In: Aktuelle Juristische Praxis 1993, 1327–1335.

BIGLER-EGGENBERGER Margrith, Kommentar zu Art. 41 BV. In: St. Galler Kommentar zur Bundesverfassung 2002a, 95–125.

BIGLER-EGGENBERGER Margrith, Überschuss und Manko bei Ehetrennung und Ehescheidung – ein Problem rechtlicher und tatsächlicher Gleichstellung von Frau und Mann? In: GEISER Thomas et al. (Hrsg.), Festschrift für Professor Heinz Hausheer. Bern 2002b.

BINKERT Monika, WYSS Kurt, Die Gleichstellung von Frau und Mann im Ehescheidungsrecht. Basel / Frankfurt a.M. 1997.

BREITSCHMID Peter, System und Entwicklung des Unterhaltsrechts. In: Aktuelle Juristische Praxis 1994, 835–846.

CSIAS / ARTIAS, Tagungsdokumentation Zukunft der Sozialhilfe vom 6. Mai 1999. Fribourg 1999.

CSIAS / ARTIAS, Tagungsdokumentation Armutsbekämpfung und Föderalismus, Antworten aus Forschung und Politik, Nationale Tagung vom 5. Juni 2003. Fribourg 2003.

EPINEY-COLOMBO Emanuela, La modification des prestations d'entretien selon l'ancien droit du divorce. In: La pratique du droit de la famille 2001, 631–650.

EPINEY-COLOMBO Emanuela, Prime esperienze nel nuovo diritto del divorzio. Bellinzona 2002.

EPINEY-COLOMBO Emanuela, La donna è mobile, quelques réflexions sur l'application anticipée de l'art. 125 CC avant le divorce. In: La pratique du droit de la famille 2003, 846–854.

FANKHAUSER Roland, Vorbemerkungen zu Art. 111–116 und Kommentar zu Art. 111, Art. 112, Art. 113, Art. 114, Art. 115, Art. 116, Art. 143, Art. 148, Art. 149 ZGB. In: SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung, Bern 2005, 16–87 et 499–525.

FLUDER Robert, STREMLow Jürgen, Armut und Bedürftigkeit: Herausforderungen für das kommunale Sozialwesen, Bern 1999.

FREIVOGEL Elisabeth, Zur Bedeutung der Begriffe angemessener Beitrag an den gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge (Art. 125 Abs. 1 ZGB). In: La pratique du droit de la famille 2000, 252–265.

FREIVOGEL Elisabeth, Anhang Unterhaltsberechnung. In: SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung. Bern 2005, 1014–1063.

FREIVOGEL Elisabeth, FANKHAUSER Roland, Kommentar zu Artikel 143 ZGB. In: SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung, Bern 2005, 437–451.

FREIVOGEL Elisabeth, GLOOR Urs, STIEGER-GMÜR Regula, Nachehelicher Unterhalt bei komfortablen bis sehr guten finanziellen Verhältnissen. In: La pratique du droit de la famille 2004, 811–727.

GEISER Thomas, Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten. In: Aktuelle Juristische Praxis 1993, 903–914.

GEISER Thomas, Ein Jahr neues Scheidungsrecht: Überblick über die Rechtsprechung. In: La pratique du droit de la famille 2001, 173–186.

Genf schafft die Rückerstattungspflicht ab. In: Zeitschrift für Sozialhilfe, 2004, 44.

GESSLER Dieter, Kritische Bemerkungen zur Rentenfestsetzung bei Scheidung. In: Revue suisse de jurisprudence RSJ 1995, 65–71.

GYSIN Charlotte, Der Schutz des Existenzminimums in der Schweiz. Thèse de doctorat. Basel/Genf/München 1999.

HAUSHEER Heinz, GEISER Thomas, Zur Festsetzung des Scheidungsunterhalts bei fehlenden Mitteln im neuen Scheidungsrecht. In: Revue de la société des juristes bernois 1998, 93–107.

JAGGI Kurt, Verwandtenunterstützung und Rückforderung von öffentlichrechtlichen Unterstützungsleistungen als Ausweg aus der Finanzkrise der öffentlichen Hand? In: Revue de la société des juristes bernois 1998, 393–405.

KNÖPFEL Carlo, Die steuerliche Belastung des Existenzminimums. In: Zeitschrift für Sozialhilfe 2001, 161–176.

Liste des abréviations

aCC	ancienne version du code civil
aCst.	ancienne version de la Constitution fédérale
al.	alinéa
art.	article
ATF	arrêt du Tribunal fédéral (non publié, sur Internet)
ATF	arrêt du Tribunal fédéral (publié)
AVS	assurance-vieillesse et survivants
Bull. off. CE	bulletin officiel du Conseil des Etats
Bull. off. CN	bulletin officiel du Conseil national
CC	code civil
CDF	Conférence des directeurs cantonaux des finances
CFQF	Commission fédérale pour les questions féminines
CHF	francs suisses
chiff.	chiffre
Cst.	Constitution fédérale
en rel. avec	en relation avec
FamPra.CH	Revue La pratique du droit de la famille
FF	Feuille fédérale
LAS	loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin
LAS (JU)	loi sur l'action sociale du canton du Jura
LASo	loi (cantonale) sur l'action sociale
LIAS (VS)	loi sur l'intégration et l'aide sociale du canton du Valais
LP	loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite
LPC	loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS
OAS	ordonnance (cantonale) sur l'action sociale
rem. pr.	remarque préliminaire
RS	Recueil systématique du droit fédéral
TC FR	Tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
TC SG	Tribunal cantonal de St-Gall
TF	Tribunal fédéral
v.	voir
y c.	y compris

KOLLER Thomas, Das Institut der Verwandtenunterstützung im Lichte eines neueren Bundesgerichtsurteils. In: *recht* 2/06, 64–76.

KOLLER Thomas, Kommentierung von Art. 328/329 ZGB, In: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, 2. Aufl. Basel/Genf/München 2002.

LEU Robert E., BURRI Stefan, PRIESTER Tom, Lebensqualität und Armut in der Schweiz. Bern/Stuttgart/Wien 1997.

MEYER-BLASER Ulrich, GÄCHTER Thomas, Der Sozialstaatsgedanke. In: *THÜRER Daniel et al. (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich 2001.

OFFICE FEDERAL DES ASSURANCES SOCIALES, Combattre l'exclusion. L'aide sociale au Canada et en Suisse. Rapport de l'OCDE. Contributions à la sécurité sociale, vol. 3, Berne 1999.

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE (éd.), Annuaire statistique de la Suisse 2004. Données et atlas sur CD-ROM, Zurich 2004.

PICHONNAZ Pascal, RUMO-JUNGO Alexandra, Neuere Entwicklungen im nahehelichen Unterhalt. In: *Dieselben (Hrsg.), Familienvermögensrecht*. Bern 2003, 1–34.

PICHONNAZ Pascal, RUMO-JUNGO Alexandra, La protection du minimum vital du débirentier en droit du divorce: évolution récente. In: *Schweizerische Juristenzeitung* 2004, 81–89.

PROJEKT SOZIALHILFESTATISTIK, Programme national de recherche 29, rapport final. Berne 1994.

Rapport du Conseil fédéral sur le programme législatif du 26 février 1986 «Egalité des droits entre hommes et femmes». In: *FF*, 1986, I, 1132–1270.

RÜEGG Viktor, Für die Frau den Gang auf's Sozialamt. In: *plädoyer* 1994/1, 22–25.

SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung. Bern 2005.

SCHWENZER Ingeborg, Kommentar zu Art. 125–132. In: *Dieselbe (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung*. Bern 2005, 232–321.

SORROSAL Azucena, Soziale Wirksamkeit der Grundrechte, dargestellt am Beispiel der Ein-Elternfamilie. Thèse de doctorat. St. Gallen 2002.

SPYCHER Annette, Unterhaltsleistungen bei Scheidung: Grundlagen und Bemessungsmethoden. Thèse de doctorat. Bern 1996.

SUTTER Thomas, FREIBURGHAUS Dieter, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht. Zürich 1999.

THOMET Werner, Kommentar zum Bundesgesetz über die Zuständigkeit für die Unterstützung Bedürftiger (ZUG). 2. Aufl. Zürich 1994.

TRINKLER Judith, Kein Eingriff ins Existenzminimum der Alimentenzahlenden. In: *EinElternForum. Zeitschrift für Ein-Elternfamilien* 3/2005, 18.

URECH Peter, FASEL Urs, Geteiltes Leid – halbes Leid. Angelagerte Probleme der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu den Mangelfällen. In: *recht* 1997, 57–65.

VETTERLI Rolf, Scheidungshandbuch, St. Gallen / Lachen 1998.

VETTERLI Rolf, Aus der Praxis zum neuen Scheidungsrecht. In: *La pratique du droit de la famille* 2002, 450–470.

VONDER MÜHLL Georges, Kommentar zu Art. 93 SchKG. In: *STAEHELIN Adrian et al. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*. Basel/Genf/München 1998, 929–967.

WIDMER Judith, Verhältnis der Verwandtenunterstützungspflicht zur Sozialhilfe in Theorie und Praxis. Thèse de doctorat. Zürich 2001.

WIRZ Toni, ALFIREV-BIERI Charlotte, Habe ich Anspruch auf Sozialhilfe? Ratgeber des Beobachters. 2. Aufl. Zürich 2003.

WOLFFERS Felix, Grundriss des Sozialhilfrechts. 2. unveränderte Aufl., Bern 1999.

WULLSCHLEGER Stephan, Kommentar zu Art. 276–293 ZGB. In: *SCHWENZER Ingeborg (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung*. Bern 2005, 895–962.

WYSS Kurt, Evaluation der neuen SKOS-Richtlinien, Ergebnisse der Mitgliederbefragung. Hrsg. von der SKOS, Bern 2000.

WYSS Kurt, KNUFFER Caroline, Existenzsicherung im Föderalismus der Schweiz. In: *Zeitschrift für Sozialhilfe*, 2003, 1–24.

Notes

1 La version française intégrale au format PDF figure sur le site <http://www.comfem.ch>, rubrique Publications.

2 Cf. l'étude récente sur la pauvreté de *LEU BURRI/PRIESTER* 1997, 129.

3 Cf. Office fédéral de la statistique 2004, CD-ROM, T 1.3.2.3.4.

4 Cf. Office fédéral de la statistique 2004, CD-ROM, T 1.3.2.3.4: 1985: 55%, 1995: 53%, 2000: 35%.

5 Cf. Office fédéral de la statistique 2004, CD-ROM, T 1.3.2.3.4.

6 Cf. *BINKERT/WYSS* 1997, 184 s.

7 Opinion identique: *SCHWENZER* 2005, Vorbem. Art. 125–132 ZGB N 10.

8 La disposition est applicable quel que soit le sexe de la personne. Vu que, la répartition traditionnelle des rôles étant encore très répandue dans la pratique, ce sont le plus souvent les femmes qui peuvent prétendre à une contribution d'entretien et en règle générale les hommes qui sont tenus de verser une telle contribution, je me suis basée ci-après sur ce cas type, pour simplifier les choses, et j'ai renoncé à utiliser un langage neutre du point de vue du genre.

9 Elle est parfois aussi fondée sur le principe de la solidarité après le divorce, qui est alors en contradiction avec le principe quelquefois aussi invoqué du «clean break», c'est-à-dire de l'autonomie de chaque conjoint sur le plan économique après le divorce; pour des précisions et d'autres

références à ce propos, cf. *SCHWENZER* 2005, Vorbem. zu Art. 125–132 ZGB N 6–7.

10 *FREIVOGL* 2005 N 1–2.

11 Cf. à ce propos *SCHWENZER* 2005, Art. 125 ZGB N 1 s; *FREIVOGL* 2005 N 1 s.

12 Pour des précisions, cf. *FREIVOGL* 2000, 252 s.

13 Cf. *FREIVOGL* 2005, N 64 s, N 98 s.

14 Par ex. ATF 121 III 49, 121 III 301, 121 I 97, 118 III 97.

15 *GEISER* 1993, 903, 912; *HAUSHEER/GEISER* 1998, 93, 98

16 Cf. *URECH/FASEL* 1997, 57, 64; *GESSLER* 1995, 65, 68; *BREITSCHMID* 1994, 835, 842 s.

17 Cf. Obergericht BL, Amtsbericht Obergericht BL 1995, 38 s.; Obergericht St. Gallen, RSJ 99, 262; concernant la pratique cantonale, cf. aussi *RÜEGG* 1994, 22 s.

18 En conséquence d'un tel partage du déficit, la femme obtiendrait une contribution d'entretien plus élevée; elle correspondrait en effet au montant pouvant être versé par l'époux compte tenu de sa capacité économique, plus la moitié du déficit. Sa dépendance à l'égard de l'aide sociale serait ainsi réduite, et l'époux, pour sa part, devrait solliciter l'aide sociale pour couvrir la moitié du déficit (due à l'épouse).

19 *Bull. off. CN* 1997, 2696, 2702.

20 *Bull. off. CE* 1998, 325; *Bull. off. CN* 1998, 1190.

21 Pour des précisions et d'autres références, cf. *SCHWENZER* 2005, Art. 125 ZGB N 32.

22 Cf. dans la liste chronologique: ATF 126 III 353; ATF 127 III 289; TF, 6.9.2001, 5C.77/2001; TF, 12.3.2002 5C. 296/2001; TF, *FamPra.ch* 2002, 827; TF, *FamPra.ch* 2002, 832; TF, 12.6.2002, 5P. 121/2002; ATF 128 III 257; TF, 1.7.2002, 5P. 119/2002; TF, *FamPra.ch* 2002, 824; TF, 21.6.2002, 5C. 23/2002; TF, 11.6.2002, 5C. 6/2002; TC FR, 28.2.2003, *FamPra.ch* 2003, 637; 5C.282/2002; TF 27.3.2003, *FamPra.ch* 2003, 677; 5C. 282/2002; TF 27.5.2003, *FamPra.ch* 2004, 126; 5C.91/2003.

23 ATF 5C.77/2006 du 14.12.2006, E 4.

24 Dans la décision susmentionnée (FN 23), le tribunal ne s'est pas senti obligé de réviser directement la jurisprudence. Une femme avait demandé, au cours de la procédure de divorce, que ses dettes d'assistance accumulées pendant la période de séparation, vu la contribution d'entretien insuffisante qu'elle recevait, fussent mises pour moitié à la charge de son mari; ceci soit en contraignant ce dernier à s'acquitter d'une indemnité compensatoire selon les dispositions sur le régime matrimonial ou d'une indemnité en capital relevant du droit d'entretien, soit en prolongeant de façon appropriée son obligation d'entretien mensuelle. Toutes les instances ont rejeté cette demande: pendant la période de séparation, les dettes d'assistance accumulées sont des dettes personnelles qui grèvent les acquêts du conjoint concerné. Si la liquidation du régime matrimonial se solde par un déficit à son détriment, il doit l'assumer à lui seul. Ce déficit ne

peut pas non plus être compensé dans le cadre de la fixation de la contribution d'entretien après le divorce: le débiteur n'a justement pas à l'égard de ses enfants ou de son épouse d'obligations financières allant au-delà de la jurisprudence concernant les cas de déficit. Il n'est donc pas possible non plus de répartir à nouveau ultérieurement par le biais de la contribution d'entretien des dettes accumulées en raison de cette jurisprudence. C'est la conséquence inéluctable de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative aux cas de déficit (ATF 5C.77/2006 du 14.12.06, E 3). Cette jurisprudence ne pourrait cependant être remise en question que si la question du partage du déficit se posait directement dans le cadre du calcul de la contribution d'entretien après le divorce. Le Tribunal fédéral a par conséquent rejeté la thèse de SCHWENZER, lequel avait plaidé en faveur de la prolongation sous réserve de la durée d'allocation de la contribution d'entretien après le divorce dans le cadre de l'art. 125 CC, si cela permettait à l'ayant droit de rembourser les prestations d'assistance. Cf. à ce propos la décision de l'autorité inférieure et le commentaire y relatif de SCHWENZER in fampra.ch 2006, 726-731.

25 ATF 121 I 97; commentaire du jugement chez GEISER 1993, 939.

26 La probabilité augmente lorsque déjà les pensions alimentaires destinées aux enfants ont été fixées (en empiétant ou pas sur le minimum vital) conformément à leurs besoins: il est en effet généralement possible d'obtenir des avances de pensions.

27 Pour des précisions, cf. SCHWENZER 2005, Art. 129 N 38; FREIVOGEL 2005, N 46 s., 64 s.; FREIVOGEL/FANKHAUSER 2005, Art. 143 N 1 s., N 20 s.; TF du 27.3.2003, 5C.282/2002.

28 Il s'agit d'élever les exigences quant à la durabilité de l'aggravation, car après que la contribution d'entretien a été diminuée, il n'est plus question de l'augmenter à nouveau, cf. TF du 14.3.2003, 5C.281/2002; EPINEY-COLOMBO 2001, 631, 641.

29 Pour des précisions, cf. SCHWENZER 2005, Art. 129 N 9 s.

30 Pour des précisions à ce propos, cf. SCHWENZER 2005, Art. 129 N 12 s.

31 Décision du TF du 27.10.2004, 5C.170/2004, dans laquelle la rente personnelle d'une femme divorcée a subi une diminution en raison de la naissance d'un enfant du côté de son ex-époux, bien qu'un déficit eût été constaté dans le jugement de divorce.

32 Cf. les détails et d'autres références chez FREIVOGEL 2005, N 17 s. et SCHWENZER 2005, Art. 125 N 8 s.

33 TF du 1.4.2003, 5C.265/2002, FamPra.ch 2003, 685 (il ne s'agit pas d'un cas de déficit!).

34 TC St-Gall du 22.10.2001 dans l'affaire H.W.-A. versus O.W. – BF.2001.4, FamPra.ch 2/2002, 374 s.

35 Concernant les diverses (et autres) possibilités de calcul, cf. FREIVOGEL 2005, N 23 s. et surtout

N 27a s. et N 31 s., résumé N 34 s., exemples de calcul N 99 s., N 105 s., N 110 s.; FREIVOGEL/GLOOR/STIEGER-GMÜR 2004, 811, 813 s.; VETTERLI 1998, 146 s.

36 Un projet de recherche du Fonds national est en cours. Dans le cadre d'une recherche approfondie sur des faits de droit, des jugements de première instance également sont recensés et analysés, de sorte que l'on disposera peut-être de données claires à plus ou moins brève échéance.

37 Art. 93 LAS (JU).

38 Bull. off. CE 1998, 329.

39 Cf. à ce propos KOLLER 2006, 74 avec références.

40 Pour des détails et d'autres références, voir WIDMER 2001, 38 s.

41 LPC, RS 831.30.

42 Conférence suisse des institutions d'action sociale (CSIAS).

43 ATF 123 III 5.

44 Notamment TF 5C.209/1999 du 6.1.2000, E 5a.

45 ATF 132 III 97; cf. à ce propos le commentaire détaillé de KOLLER 2006, 64 s.

46 KOLLER 2006, 74; cf. également KOLLER 2002, Art. 328/329 N 16, qui en outre défend résolument l'idée qu'il faut donner la possibilité aux personnes contre lesquelles une action a été ouverte de continuer à vivre «dans l'aisance», même après la survenance d'un cas de prévoyance.

47 Pour des détails et d'autres références, cf. WIDMER 2001, 41 s.

48 ATF 121 III 441 s.

49 ATF 121 III 443.

50 TF du 28 avril 1997, 4 (5C.14/1997).

51 TF du 28 avril 1997, 4 (5C.14/1997).

52 Cf. respectivement les remarques de KOLLER 2002, Art. 328/329 N 10 et WIDMER 2001, 46 s.

53 ATF 116 V 328, 331; ATF 101 II 21, 23; ATF 83 II 7, 9.

54 ATF 132 III 97 E.2.3.

55 ATF 132 III 97 E.2.4.

56 Cf. également KOLLER 2006, 73.

57 ATF 101 II 21, 24; 83 II 7, 11.

58 ATF 101 II 21, 24.

59 Concernant les réflexions et d'autres références à ce propos, cf. WIDMER 2001, 55 s.

60 Par exemple, les aides alimentaires reçues des proches parents doivent, lors d'un éventuel partage successoral, être imputées en tant qu'avancements d'hoirie sur la part de la personne nécessiteuse (décision du tribunal de district de Lucerne du 8.7.1994, 14 s.); ou, lors du calcul de l'utilisation du patrimoine du proche parent tenu d'apporter un soutien, on ne peut raisonnablement exiger que seule la part réservataire supposée de la personne nécessiteuse soit utilisée (décision du tribunal de district de St-Gall du 20.8.1997, 17, confirmée par le tribunal cantonal saint-gallois le 7.7.1999, 14).

61 Par exemple Appenzell Rhodes-Intérieures, où selon l'art. 3 de la loi sur l'assistance, le département a dû établir sans délai dans chaque cas de soutien s'il existait des proches parents ayant

une obligation alimentaire en vertu des art. 328 et 329 CC. Pareil pour Appenzell Rhodes-Extérieures, à l'art. 22 de la loi sur l'assistance.

62 WIDMER s'est lui aussi heurté à cette limite dans sa tentative de recueillir ces données précisément.

63 WIDMER 2001.

64 Vu le nombre de communes en Suisse, WIDMER elle aussi, on le comprend aisément, a dû renoncer à inventorier de manière approfondie la pratique au niveau communal; elle s'est par conséquent limitée aux cantons, dans son étude et son enquête, à l'exception du canton de Zurich où elle a entrepris des recherches plus poussées au niveau des communes. Concernant le concept dans son ensemble, la réalisation et les résultats détaillés, v. WIDMER 2001, 114 s.

65 Informations concernant des communes bernoises également chez JAGGI 1998, 399 s., et Office fédéral des assurances sociales 1999, 74, concernant les cantons des Grisons, du Tessin et de Zurich.

66 WYSS 2000, 61.

67 Projet Statistique de l'aide sociale 1994, annexe 2, 12.

68 KOLLER 2002, Art. 328/329 N 4.

69 Elle l'était déjà lors de la procédure de consultation concernant la révision du CC en 1998/2000 (cf. Message, FF1996 I 1, 169–170, ch. 245; Jutzet, Bull. off. CN 1997, 2741 et von Felten 2740 et suiv.; Bull. off. CN 1997, 2743). Cette institution a par la suite été seulement réformée (abrogation de l'obligation alimentaire des frères et sœurs).

70 Pour des précisions et d'autres références à ce propos, cf. KOLLER 2002, Art. 328/329 ZGB N 3 s. et WIDMER 2001, 33 s.

71 Pour des précisions à ce propos, cf. WOLFFERS 1999, notamment 27, 59, 64, 70 s.

72 Art. 4, al. 1 LAS; autrefois, la commune d'origine était compétente dans le cas des citoyennes et des citoyens suisses.

73 Concernant les détails à ce propos, cf. SKOS-Studie de WYSS/KNUPFER 2003.

74 Art. 12 Cst.: «Quiconque est dans une situation de détresse et n'est pas en mesure de subvenir à son entretien a le droit d'être aidé et assisté et de recevoir les moyens indispensables pour mener une existence conforme à la dignité humaine». Cf. également l'art. 7 Cst.

75 BIGLER-EGGENBERGER 2002a N 13.

76 WOLFFERS 1999, 71.

77 Par ex. § 5, al. 1 LASo BL, qui stipule que l'aide n'est octroyée que si les efforts personnels raisonnablement exigibles, les prestations des personnes tenues de pourvoir à l'entretien ou d'apporter un soutien ainsi que les prestations légales, contractuelles et autres de tiers ne suffisent pas ou ne peuvent pas être obtenues dans les délais requis.

78 Art. 41 Cst.; BIGLER-EGGENBERGER 2002a, Art. 41 BV N 15 s.

79 Normes CSIAS, chap. A4.

80 Art. 92 et 93 LP.

81 L'uniformisation du minimum d'existence social et du minimum vital a été débattue puis rejetée dans le cadre de la révision du droit des poursuites et de la faillite. Les deux associations professionnelles, soit la Conférence des préposés aux poursuites et faillites de Suisse et la CSIAS, poursuivent leurs travaux en vue de l'adaptation des normes dont elles recommandent l'application, cf. VONDER MÜHLL 1998, Art. 93 N 21 s.

82 Cette lacune dans la législation sociale, inversement, justifie d'une certaine façon la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant les cas de déficit, cf. dans ce sens SPYCHER 1996, 185; HAUSHEER/GEISER, 1998, 100; VETTERLI 2002, 464. Il convient toutefois d'objecter que cette question relève purement du droit de l'assistance publique, et ne peut être déterminante lorsqu'il s'agit de définir des prétentions de droit civil; cf. à ce propos SUTTER/FREIBURGHAUS 1999, Art. 125 ZGB N 64 s.

83 TRINKLER 2005, 18.

84 Cette obligation de rembourser l'aide sociale est qualifiée de barrière «archaïque» dans l'étude comparative de l'OCDE sur l'aide sociale en Suisse et au Canada (Office fédéral des assurances sociales 1999, 328).

85 Zeitschrift für Sozialhilfe 2004, 44.

86 § 31 OAS (AG); art. 51, al. 3 LASo (NW); § 25, al. 3 LASo (SZ); § 28, al. 2 LASo (ZH).

87 Une motion a toutefois été transmise en 2001, visant à durcir l'obligation de rembourser. Il y est expressément demandé que l'aide sociale soit également remboursée lorsque le produit du travail a permis d'assainir la situation financière.

88 SORROSAL 2002, 159, qui se réfère à MEYER-BLASER/GÄCHTER 2001, N 3.

89 WOLFFERS 1999, 177; dès que sa situation économique s'est améliorée, la personne tenue de pourvoir à l'entretien doit utiliser une partie de son revenu pour rembourser les prestations d'assistance. Le revenu dont elle dispose effectivement est alors de nouveau sensiblement réduit. Il reste par conséquent faible, bien qu'elle ait un emploi, ce qui signifie qu'en dépit de tous ses efforts, elle n'a pas vraiment amélioré sa situation.

90 Concernant les détails à ce propos, cf. ARIOLI 1992, 29 s., 95 s.; ARIOLI 1993, 1329; cf. également le Rapport du Conseil fédéral sur le programme législatif du 26 février 1986 «Egalité des droits entre hommes et femmes», 1139; et SORROSAL 2002, 165 s.

91 Cf. également SORROSAL 2002, 169.

92 Concernant l'actualité récente à ce sujet et les indices incitant à penser qu'une éventuelle modification de la pratique ne paraît plus exclue, cf. ci-dessus II.2a et FN 23, 24.

93 ATF 121 I 97, 99 avec référence à l'ATF 119 Ia 241, 249.

94 Cf. par ex. l'art. 24 LASo (AG), soit d'un canton dont la pratique est particulièrement stricte

vis-à-vis des proches parents en matière de demande de soutien et de remboursement.

95 Pourcentage de cas dans lesquels la collectivité publique se retourne effectivement contre les proches parents, par rapport aux cas dans lesquels elle pourrait le faire (un très petit nombre de collectivités établissent systématiquement et dans chaque cas s'il existe des proches parents tenus d'apporter un soutien et quelques cantons y renoncent tout à fait).

Elisabeth Freivogel, licenciée en droit, LL.M., est avocate et médiatrice FSA à Binningen/Bâle, chargée de cours en Gender Law à l'Université de Bâle et vice-présidente de la Commission fédérale pour les questions féminines.