Effets juridiques du nouveau droit matrimonial

Version abrégée du
rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines

Edition: Commission fédérale pour les questions féminines
Case postale, 3000 Berne 6

Traduction: Chantal Froehlich

Diffusion: Office centrale fédéral des imprimés
et du matériel
3000 Berne

Berne, janvier 1992

Form. 301.916 f 12.91 1200 58961/2

AVANT-PROPOS

Le nouveau droit matrimonial qui est entré en vigueur le 1er janvier 1988 est basé sur le principe de l'égalité des droits de la femme et de l'homme. Il implique tant un mariage fondé sur des relations de partenaires égaux en droit que l'équivalence du travail fourni par chacun des conjoints. Contrairement à l'ancien droit, il n'attribue plus de rôle et de tâches en fonction des sexes. L'accent est mis sur la responsabilité commune pour les soins et l'éducation des enfants ainsi que pour l'entretien de la famille. Les époux sont libres de choisir la répartition des rôles et du travail qui leur convient.

Les dispositions du nouveau droit matrimonial ont suscité les espoirs de nombreuses femmes qui en attendaient la réalisation de l'égalité des sexes. Les premières expériences faites révèlent que l'application du nouveau droit a soulevé une série de problèmes qui peuvent avoir des effets défavorables pour les femmes, dans les procédures de divorce avant tout. Ces problèmes sont examinés de manière détaillée dans le rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines intitulé "Effets juridiques du nouveau droit matrimonial" qui a été publié en novembre 1991.

La présente brochure donne un résumé des résultats de ce rapport. La première partie de l'ouvrage contient une synthèse des études réalisées sur mandat de la Commission fédérale pour les questions féminines par deux avocates, Mesdames Doris Farner-Schmidhauser, lic. iur., Zurich, et Elisabeth Freivogel, lic. iur., Binningen, ainsi que par Monsieur Jean-François Perrin, juriste et professeur de sociologie du droit à l'Université de Genève. La deuxième partie comprend le bilan et les conclusions développées par la Commission fédérale pour les questions féminines. Un tableau synoptique des dispositions de l'ancien et du nouveau droit matrimonial qui revêtent une importance particulière pour les femmes ainsi qu'un bibliographie viennent enfin compléter la brochure.

Ce petit ouvrage s'adresse en premier lieu aux personnes et aux services qui ont pour tâche de conseiller les femmes dans les questions de mariage et de divorce ainsi qu'aux différents centres de consultation pour les femmes, aux organisations et aux associations féminines et aux juristes concernés. Il est également destiné à toutes les personnes que la question de l'égalité entre femmes et hommes intéresse. La Commission pour les questions féminines s'est donc efforcée, dans ses conclusions, de formuler des remarques concrètes et de mettre en évidence les domaines auxquels il faut consacrer une attention accrue afin d'éviter que les femmes ne doivent con-

tinuer à subir les effets préjudiciables du nouveau droit qui sont contraires à l'intention du législateur.

COMMISSION FEDERALE POUR LES QUESTIONS FEMININES
La Présidente:

Judith Stamm, dr en droit

TABLE DES MATIERES

Avant-propos 1

Les effets du nouveau droit matrimonial - résumés 5

I. Le Canton de Zurich
par Doris Farner-Schmidhauser 5

II. Les Cantons de Genève et Vaud
par Jean-François Perrin 11

III. Les Cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne
par Elisabeth Freivogel 15

Bilan de la Commission fédérale pour les questions féminines 22

Comparaison des plus importantes dispositions de l'ancien et du nouveau droit matrimonial 40

Bibliographie 56

LES EFFETS DU NOUVEAU DROIT MATRIMONIAL

I. LE CANTON DE ZURICH

par Doris Farner-Schmidhauser

1.Objet et méthode

L'étude examine si et dans quelle mesure le nouveau droit matrimonial entré en vigueur le 1er janvier 1988 a eu des effets sur la pratique et la jurisprudence des tribunaux du canton de Zurich. Elle porte sur la période allant du début de 1988 à la fin de 1990.

L'étude prend en considération les arrêts de la Cour suprême du canton de Zurich en matière de divorces et de séparations de corps, de mesures provisoires aux termes de l'art. 145 CCS ainsi que de mesures protectrices de l'union conjugale. Elle tient également compte des décisions prises dans ces domaines par quelques tribunaux de district du canton de Zurich. Elle se base en outre sur les informations fournies par quelques juges de la Cour suprême du canton de Zurich et des tribunaux de district qui ont été contactés.

2. Résultats (concrétisation du nouveau droit matrimonial)

2.1. Mesures protectrices de l'union conjugale pendant la vie commune et en cas de suspension de la vie commune

Les nouvelles dispositions du droit matrimonial ont rarement été invoquées durant les années 1988 à 1980. Comme sous l'ancien droit, les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale visent, dans la plupart des cas, à obtenir l'autorisation de vie séparée. Ces requêtes sont toujours déposées en majorité par les épouses.

Les art. 163 et 173 CCS (fixation des contributions à l'entretien de la famille) sont invoqués isoléement, le plus souvent par les femmes. Selon la pratique la plus fréquente, les frais du ménage doivent être supportés par les époux au prorata de leurs revenus. S'il reste un solde, celui-ci est, en règle générale, partagé par moitié entre les époux qui peuvent en disposer librement.

L'étude a révélé que jusqu'ici les requêtes tendant à obtenir un montant à libre disposition aux termes de l'art. 164 CCS ont toujours été assorties d'une demande d'autorisation de vie séparée. En cas de suspension de la vie conjugale, les juges n'allouent pas séparément un montant à libre disposition mais règlent la question en attribuant une part du solde éventuellement disponible.

Une autre disposition à n'avoir jusqu'ici jamais été appliquée est l'art. 165 CCS (compensation équitable pour contribution extraordinaire d'un époux sous forme de travail ou d'argent).

Les requêtes visant à pouvoir résilier le contrat de bail ou vendre la maison ou l'appartement familial selon l'art. 169 al. 2 CCS sont également très rares. Les demandes de ce genre sont admises lorsque les charges financières du logement familial ne sont manifestement plus supportables.

Les requêtes fondées sur les art. 170 CCS (devoir de donner des renseignements sur la fortune et les dettes) et 178 CCS (restriction du pouvoir de disposer) ne sont que rarement déposées indépendamment d'une demande d'autorisation de vie séparée. Ces dispositions jouent un rôle bien plus important dans les séparations sur mesures protectrices de l'union conjugale ou les séparations aux termes de l'art. 146 CCS ainsi que dans les procédures de divorce. Un époux qui contrevient à son devoir de renseigner est astreint à le faire par le juge. Lorsqu'il est établi qu'un époux met de l'argent de côté pour son compte ou viole son obligation d'entretien, le juge peut aussi ordonner le blocage de ses biens.

2.2. Droit de visite

Lorsqu'en cas de séparation ou de divorce les époux se mettent d'accord sur les effets accessoires, ils conviennent en règle générale d'un droit de visite plus étendu que ce n'était le cas dans le passé. Ce droit porte fréquemment sur deux week-ends par mois et trois semaines de vacances par année. En revanche, si les parents n'arrivent pas à s'entendre pour régler le droit de visite, les juges se montrent plus restrictifs. La pratique à cet égard n'est toutefois pas uniforme. Les appréciations personnelles des différents juges se manifestent très fortement. Toutefois, même lorsque le droit de visite est fixé par le tribunal, on constate une tendance à être plus généreux. Alors qu'auparavant, la pratique était d'accorder un droit de visite d'un demi-jour puis d'un jour par mois sur les enfants d'âge préscolaire, il est fréquent aujourd'hui de prévoir un week-end par mois. Pour les enfants en bas âge, le droit de visite est souvent fixé à deux après-midi ou un jour par mois. En règle générale, il est prévu, en sus, 14 jours de vacances par année à partir du moment où les enfants vont au jardin d'enfants ou à l'école.

Il n'est pas possible de répondre péremptoirement à la question de savoir dans quelle mesure le droit de visite est effectivement exercé. Ce n'est que lorsque des problèmes surgissent que les parties ont recours aux juges. Ceux-ci sont sollicités lorsque le parent gardien ou détenteur de l'autorité parentale empêche l'autre parent d'exercer son droit de visite ou qu'il demande une réduction ou la supression du droit de visite en

arguant du fait que l'exercice de ce droit a un effet négatif sur les enfants. Par rapport au nombre des séparations et des divorces, de telles procédures sont relativement rares. On peut en conclure que, dans la majorité des cas, le droit de visite est manifestement exercé et qu'il ne suscite aucun problème. Selon l'opinion qui prévaut, l'exercice du droit de visite constitue une obligation certes morale mais non juridique et il n'est pas possible de sanctionner le non exercice de ce droit.

2.3. Attribution des enfants

Il y a de plus en plus d'hommes qui, bien qu'ayant travaillé jusque là à plein temps et laissé la mère s'occuper de manière prépondérante des enfants, réclament l'attribution des enfants en se référant à l'égalité des époux introduite par le nouveau droit matrimonial. Mais en règle générale, dans ces cas également, les parents finissent par se mettre d'accord pour attribuer les enfants à la mère. Une comparaison statistique des années 1985 et 1989 montre que, dans le domaine de l'attribution des enfants, le nouveau droit matrimonial n'a guère entraîné de changements. En cas de divorce, les enfants de moins de 14 ans sont, dans plus de 90% des cas, attribués à la mère. Les enfants plus âgés sont un peu plus souvent confiés à la garde du père. On n'a toutefois pas pu constater, depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, une augmentation du nombre de cas dans lesquels les enfants sont attribués au père.

Tout comme sous l'ancien droit, les enfants sont confiés à la garde du père principalement lorsque la mère souffre de problèmes psychiques et/ou de toxicomanie. Très rares sont les cas dans lesquels le père s'est vu confier la garde des enfants du fait qu'il s'en occupait déjà de manière prépondérante avant la séparation. Dans ces situations d'ailleurs, les parties trouvent souvent une solution à l'amiable. Les conflits portant sur l'attribution des enfants surgissent fréquemment dans les cas où l'un des époux se sent particulièrement blessé par la séparation ou le divorce et tente par le biais des enfants d'asseoir son pouvoir.

2.4. Autorité parentale conjointe

Le nombre de parents qui demandent à pouvoir exercer conjointement l'autorité parentale après le divorce est en augmentation. Dans le canton de Zurich, les tribunaux de district, suivant leur composition, admettent ou rejettent de telles requêtes. Lorsqu'un tribunal de district, conformément à la requête des parties, admet l'autorité parentale conjointe après divorce, sa décision est définitive. Il est possible de recourir à la Cour suprême du canton de Zurich contre les décisions de première instance rejetant la demande d'autorité parentale conjointe.

La pratique montre que seuls les parents qui s'entendent parfaitement sur tout ce qui touche aux enfants demandent à obtenir l'autorité parentale conjointe. Cela ne constitue évidemment pas une garantie pour l'avenir. On ne peut exclure qe des différends surgiront au sujet de l'éducation des enfants. Mais ce problème se pose aussi aux parents qui vivent ensemble et exercent donc l'autorité parentale en commun.

2.5. Contributions d'entretien

Il convient de faire une distinction entre les contributions d'entretien pendant la vie commune et durant la séparation d'une part et les indemnités en cas de divorce aux termes des art. 151 et 152 CCS d'autre part.

Pendant la vie commune, en cas de séparation sur mesures protectrices de l'union conjugale ou de séparation de corps aux termes de l'art. 146 CCS, on calcule en règle générale les besoins des deux époux et l'on partage par moitié le solde disponible éventuel. La différence capitale par rapport à l'ancien droit, c'est que désormais l'épouse doit se laisser imputer l'intégralité de son revenu. Dans les procédures de séparation, la question de la capacité contributive des parties est celle qui suscite plus fréquemment qu'autrefois des litiges. Il s'agit en effet de déterminer dans quelle mesure l'épouse qui s'occupe ou s'occupait jusque là d'enfants mineurs et qui n'exerce pas ou que partiellement une activité lucrative doit désormais prendre un emploi rémunéré ou étendre son activité professionnelle. La pratique sur ce sujet n'est pas uniforme. En principe, on peut dire que plus la situation économique de l'époux est bonne, plus les critères sont sévères. Selon la pratique concordante des tribunaux zurichois, la contribution qu'un conjoint fournit sous forme de tâches domestiques et éducatives n'est pas évaluée en argent. On cherche à déterminer d'une part la contribution que ce conjoint fournit par ce travail et, d'autre part, si et dans quelle mesure il est tenu, en plus, d'exercer une activité lucrative. On a plus souvent que sous l'ancien droit tendance à exiger des femmes qu'elles prennent un emploi à temps partiel tout en s'occupant de leurs enfants encore en âge de scolarité. En règle générale, les épouses dont l'âge varie entre 40 et 50 ans - plus rarement celles qui ont plus de 50 ans - qui n'ont plus d'enfants à charge et qui, jusque là, n'étaient pas ou que partiellement actives sont contraintes de prendre un emploi ou de passer d'une activité à temps partiel à une activité à temps complet. Généralement, des exceptions ne sont consenties que lorsque l'épouse a des problèmes de santé ou se trouve dans une situation particulière.

Pour déterminer si l'épouse a droit à une rente selon les art. 151 ou 152 CCS et, le cas échéant, pour fixer le montant et la durée de cette rente, on se base toujours sur la faute bien que, dans la majorité des cas, celle-ci ne soit pas définitivement éclaircie du fait que les parties ont conclu une convention. Lorsqu'un tel droit est en principe admis, le point litigieux le plus important est à nouveau de savoir si, malgré les enfants dont elle doit s'occuper ou malgré son âge, l'épouse doit prendre un emploi rémunéré ou étendre l'activité qu'elle exerçait jusque là. Les juges se basent sur les mêmes critères que ceux, mentionnés ci-dessus, appliqués lors de séparations.

Lorsque le mariage a duré très longtemps, on tient davantage compte du fait que l'épouse qui a tenu le ménage, s'est occupé des enfants et n'a donc pas exercé d'activité professionnelle n'a pas pu se constituer de prévoyance vieillesse. On lui alloue donc plus facilemnt une rente selon l'art. 151 ou 152 CCS. On n'accorde moins d'attention à ce problème lorsque le mariage est dissous après une période relativement courte et que l'épouse doit s'occuper d'enfants en bas âge bien que, dans ces cas, la mère sera pendant

longtemps encore dans l'impossibilité de se constituer une prévoyance vieillesse.

2.6. Prévoyance vieillesse

La plupart des couples adoptent aujourd'hui encore la répartition traditionnelle des rôles: l'épouse s'occupe des enfants et tient le ménage alors que le mari est professionnellement actif. Il en résulte que les femmes présentent un fort déficit en matière de prévoyance tant au niveau du premier que du deuxième pilier. Lorsqu'en raison de la faute, l'épouse ne peut prétendre à une rente aux termers des art. 151 et/ou 152 CCS, la disparité qui existe entre les époux en matière de prévoyance n'est absolument pas compensée. Lorsque la prétention de l'épouse à une rente selon l'art. 151 et/ou 152 CCS est admise, le déficit de l'épouse en matière de prévoyance n'est en règle générale pas totalement compensée. Il peut arriver que l'on ne lui alloue rien à ce titre. Une compensation par le biais de la liquidation du régime matrimonial ou l'attribution d'une part des avoirs de caisse de pension accumulés par le mari pendant le mariage n'est pas admise par la loi.

3. Appréciation

- Le fait que le nouveau droit matrimonial se fonde sur l'égalité des deux époux ne permet pas à lui seul d'imposer ce principe bien que les tribunaux tentent, encore trop peu à mon avis, de le réaliser. La concrétisation du nouveau droit se heurte bien souvent à la réalité sociale. Les époux qui souhaiteraient partager la tenue du ménage et les soins aux enfants d'une part, ainsi que l'activité professionnelle d'autre part, en sont fréquemment empêchés parce qu'en règle générale, les femmes disposent d'une moins bonne formation et touchent des salaires sensiblement plus faibles. Il existe en outre beaucoup trop peu d'emplois à temps partiel permettant d'obtenir de l'avancement. De plus, le désir d'un homme d'occuper un poste à temps partiel est le plus souvent encore mal compris et mal accepté. On trouve quelques rares exceptions dans des professions privilégiées.

- Le travail domestique, les soins aux enfants et la collaboration de l'épouse à l'activité professionnelle de son mari ne sont toujours pas considérés comme équivalents aux prestations fournis par l'homme. En cas de divorce, par exemple, on ne compense en effet pas les inconvénients économiques qui en découlent, en particulier en matière de prévoyance vieillesse.

- Les réalités sociales font souvent obstacle à la concrétisation de l'esprit égalitaire du nouveau droit matrimonial: il suffit pour s'en convaincre de songer au déficit de formation de nombreuses femmes, aux inégalités de salaires entre femmes et hommes, au manque d'emplois à temps partiel adéquats, à l'insuffisance des possibilités de faire garder les enfants, etc. Les tribunaux ne peuvent en soi rien changer à

cet état de fait. La jurisprudence pourrait toutefois l'améliorer en accordant aux femmes, lors de la dissolution du mariage, une compensation économique pour le travail qu'elles ont fourni sous forme de tenue du ménage et de soins aux enfants.

En ce qui concerne la prévoyance vieillesse, il convient également de tenir davantage compte du fait que les femmes qui s'occupent du ménage et des enfants sont privées d'importantes années de vie active alors que les hommes construisent leur carrière entre 20 et 40 ans environ. Même lorsque les femmes peuvent, une fois les enfants élevés, réintégrer la vie professionnelle ou même reprendre leur métier, il leur reste un déficit. Il faut donc, dans le domaine des assurances sociales, dans l'AVS/AI ainsi que dans le deuxième pilier, réaliser aussi rapidement que possible une compensation afin que les femmes ne soient plus contraintes d'essayer de faire valoir leur prétentions en matière de prévoyance dans un procès en divorce âprement disputé et pénible pour elle. En outre, la compensation en matière de prévoyance ne devrait plus dépendre de la faute qui serait à l'origine du divorce.

II. LES CANTONS DE GENEVE ET VAUD

par Jean-François Perrin

1. Objet du mandat de recherche et méthode

Le nouveau droit matrimonial (art. 159ss. CCS) est entré en vigueur le 1er janvier 1988. A fin 1990, on dispose donc de trois années d'expérience. Il est déjà intéressant de tenter de savoir comment les idées forces de cette réforme, - surtout le principe de l'égalité des sexes dans la famille - ont été reçues par la pratique judiciaire et par la société. Le lien matrimonial survit (à tout le moins provisoirement) aux mesures dites "protectrices de l'union conjugale" (art. 171ss. CCS). Même si, d'un point de vue statistique, on peut montrer que ce contentieux est très souvent l'antichambre de la séparation définitive, l'étude de ces dossiers est intéressante car l'intervention judiciaire "colle" bien au vécu matrimonial, pour répartir les acquis et les charges, en fonction de ce qu'est ou de ce que fut dans un très récent passé, la vie commune. Les normes du nouveau droit, qui sont faites pour définir les devoirs des époux pendant le mariage trouvent encore un domaine d'application. Nous avons dès lors étudié les dossiers judiciaires qui contiennent un jugement prononcé depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit (tous les dossiers à Genève, de nombreuses décisions dans le canton de Vaud). Nous avons de plus interrogé tous les juges des deux cantons (à de très rares exceptions) qui, à l'époque de l'enquête, étaient compétents pour prendre ces mesures. Ils ont répondu, tantôt par écrit, tantôt oralement, à une série de questions qui concernent l'usage qu'ils font du nouveau droit matrimonial.

2. Résultats

2.1. Le recours au juge, prévu par les effets généraux du mariage

Les époux qui vivent encore en ménage commun ne saisissent que dans des cas très rares le juge des mesures protectrices pour faire trancher une question qui les oppose. Ainsi l'instauration du mariage de partenaires n'a pas entraîné une avalanche de procès entre époux; le juge n'est pas le 3ème membre du couple, contrairement à une crainte formulée pendant la campagne référendaire qui avait précédé l'acceptation du nouveau droit en votation populaire. Par contre il arrive souvent que l'un des époux néglige ses devoirs et que l'autre sollicite l'intervention du juge pour se faire attribuer le logement, pour obtenir des contributions pécuniaires et pour se faire attribuer les droits sur les enfants. Les nouvelles dispositions légales peuvent et doivent avoir certains effets dans ces cas.

2.2. Contributions pécuniaires

Nous avons observé que les modifications introduites concernant la répartition des rôles (surtout la suppression du devoir unilatéral d'entretien du mari) ont entraîné des conséquences qui sont à certains égards surprenantes et contradictoires:

- L'épouse est un partenaire à part entière, incitée à rejoindre le marché du travail extérieur rémunéré (à terme si les enfants sont encore petits) dès la séparation. Telle est la conséquence de la suppression de la répartition légale des rôles et du devoir d'entretien du mari. La justice a rapidement tenu compte de ces nouvelles règles.

- Par contre, les prestations que l'épouse accomplit pour le ménage et les enfants ne valent pas autant que les prestations du mari (fruits du travail sur le marché extérieur rémunéré). On en veut pour preuve le fait que l'épouse n'obtient pas, sauf exception, le partage par deux des ressources disponibles, après déduction de toutes les charges. Ce partage égalitaire n'est certes pas imposé par la lettre du nouveau droit. Il correspond cependant à ce que l'esprit prescrit pour tous les cas normaux. On constate, en réalité, que la répartition des ressources obéit à des principes difficiles à connaître. Le pouvoir d'appréciation des juges est considérable. Il faut ajouter que les conventions, préparées dans les études des avocats, dispensent le plus souvent de faire des calculs précis et complets concernant la répartition des charges et des ressources. Cette observation n'élimine pas le problème. Le flou, - l'absence de normes certaines au sujet des modalités de cette répartition - peut avoir des conséquences inéquitables, même si elle intervient par une convention, car les termes de celle-ci ont parfois été arrêtés sur le conseil de professionnels qui n'ont pas encore réalisé ce que coûtent réellement les sacrifices qui ont été consentis, pendant le mariage, pour les soins prodigués aux enfants communs. Les pratiques étudiées font une place très grande au pouvoir d'appréciation du juge, par comparaison avec celles de Bâle et de Zürich.

Nous avons aussi pu établir certaines comparaisons avec les cas de divorce. L'évaluation de la capacité contributive future de l'épouse constitue alors un facteur qui influe négativement sur le montant des contributions qui sont fixées à long terme. De plus, en cas de divorce, ces contributions sont très souvent limitées dans le temps en fonction des chances de retour de la créancière sur le marché du travail. Cette relation entre la réinsertion de l'ex-épouse sur le marché du travail et la limitation des contributions pécuniaires n'est certes pas une invention du nouveau droit. Les nouvelles normes ont cependant accentué, voire accéléré le mouvement. Telle est la conséquence, juste au niveau des principes, dure au plan économique, de l'idée d'égalité dans le mariage.

Nous avons encore observé qu'il est impossible, actuellement, de compenser équitablement les pertes que subissent, en cas de divorce, les épouses qui ne cotisaient pas personnellement pendant le mariage à une caisse de pension du 2ème pilier. La pratique ne peut pas redresser cette injustice. Les quelques cas de convention prévoyant des droits différés constituent ce que l'on peut faire de mieux en l'état. Ces conventions sont encore très rares

et les magistrats déclarent souvent qu'ils sont mal à l'aise, face à ce système boiteux.

2.3. Droits et responsabilités parentales

Les droits parentaux font l'objet de décisions qui sont le plus souvent prises d'accord entre les parties. Dans 85% des cas, environ, les enfants sont attribués à la mère. Le nouveau droit matrimonial ne contient pas de textes précis qui concernent la répartition des droits et responsabilités parentales en cas de séparation de la vie commune. Des textes antérieurs continuent à régir les pratiques. L'esprit égalitaire du nouveau droit aurait pu provoquer un infléchissement de la tendance à confier l'autorité parentale à la mère exclusivement, en cas de séparation des époux. La question méritait à tout le moins d'être posée. Les décisions de justice ne peuvent, dans ce domaine, qu'être fonction des possibilités économiques. Même égaux en droit, les pères ne parviennent pas à sacrifier le temps qui est nécessaire pour éduquer personnellement les enfants, surtout petits. Le nouveau droit matrimonial n'a donc pas changé grand chose à cet égard. Et pourtant, face à la revendication des pères et aux garanties qu'ils offrent parfois, certains juges, très minoritaires, ont, contre le texte légal (s'il s'agit d'un divorce), accepté des conventions passées entre époux, qui partagent l'autorité parentale. Ces pratiques sont intéressantes parce qu'elles traduisent bien l'existence de nouvelles nécessités sociales. Ces tentatives sont marginales et le resteront tant que le nouveau droit du divorce ne les aura pas légitimées.

3. Exploitation des résultats

Les changements législatifs intervenus sont-ils suivis d'effet? Toutes les innovations ne sont pas (ou ne sont pas encore) un thème judiciaire. Elles ne sont pas inefficaces ou définitivement inutiles pour autant. Certaines mesures concrètes et très précises sont d'ores et déjà suivies de l'effet voulu par le législateur, du moins dans de nombreux cas. Ainsi en va-t-il, par exemple, du devoir de renseigner (art. 170 CCS). D'autres mesures passent mal, - mais peut-être n'est-ce qu'une question de temps. Ainsi, nous n'avons pas identifié une seule mention du nouvel art. 164 CCS qui concerne le montant à libre disposition du conjoint qui voue ses soins au ménage ou aux enfants. Nous avons constaté, comme dit plus haut, que la tendance à partager les acquis par deux, qui devrait être une conséquence du nouveau droit, s'installe avec beaucoup de difficultés. Ce partage constitue le corrolaire du principe de l'égalité de valeur des prestations accomplies par les deux époux pendant la vie commune. Ce point est essentiel, tant au niveau concret qu'à celui des principes. Il faut surtout rappeler que le nouveau droit matrimonial a un "esprit" large, mais une "lettre" précise et limitée. Nous avons constaté qu'il ne peut pas grand chose contre les nécessités économiques et contre la pauvreté. Il ne peut rien concernant le problème de la répartition des droits et devoirs parentaux en cas de divorce. Il est plus inapte encore à régler l'épineux problème du partage des droits du 2ème pilier. Ces questions, - et bien d'autres problèmes qui ont

trait à la projection du principe d'égalité en cas de dissociation et de recomposition de la famille - devront faire l'objet de décisions politiques prochaines, qui sont autant d'occasions de montrer que l'art. 4 bis CF n'est pas un voeu pie, mais un programme politique qui implique encore de nombreuses décisions courageuses.

III. LES CANTONS DE BALE-VILLE ET BALE-CAMPAGNE

par Elisabeth Freivogel

1. Objet et méthode

L'étude cherche à établir les modifications qu'a entraîné le nouveau droit matrimonial dans la jurisprudence des tribunaux de première instance de Bâle-Ville et Bâle-Campagne durant les années 1988-1990 et ce qu'il n'a éventuellement pas (encore) apporté dans la perspective de l'égalité des sexes. Elle repose pour l'essentiel sur les réponses données par les juges des mesures protectrices de l'union conjugale (et les présidents des tribunaux de divorce) au questionnaire qui leur a été soumis. La littérature publiée sur le sujet, les décisions des tribunaux, l'analyse des réponses ainsi que les conclusions de l'auteur sont présentés séparément.

2. Résultats

2.1. Réglementation et suspension de la vie commune

Le nouveau droit matrimonial n'exerce aucun effet sur la réglementation des difficultés conjugales pendant la vie commune (sans séparation). Ni les parties, ni les tribunaux ne se comportent différemment qu'autrefois. Le juge n'occupe pas la place de "troisième partenaire" dans le mariage comme on pouvait le craindre. Le droit qu'a l'épouse qui tient le ménage de disposer d'un montant à libre disposition, droit dont on a beaucoup discuté, est pratiquement ignoré. Si la question du travail lucratif que l'on peut raisonnablement exiger des deux époux est, selon les circonstances, abordée, celle d'une répartition adéquate du travail domestique et éducatif n'est jamais soulevée. C'est également le cas lorsqu'il s'agit de suspendre la vie commune et de répartir (et de se procurer) les ressources financières. La réponse à la question de savoir quand et dans quelle mesure on peut exiger raisonnablement d'une épouse qu'elle exerce une activité lucrative n'obéit à aucune règle claire. Elle varie selon les tribunaux et les juges. Toutefois - et contrairement à ce qui se passait auparavant - cette question est presque toujours soulevée car, en se référant au nouveau droit, les parties et avant tout les avocats soutiennent régulièrement que l'épouse est tenue de prendre un emploi rémunéré. Une partie des juges tirent effectivement de la loi une obligation d'assurer son indépendance économique pour autant que les soins à vouer aux enfants n'y fassent pas manifestement obstacle (ou qu'une réinsertion professionnelle semble ne pas pouvoir être exigée en raison de l'âge avancé de la femme ou de la durée du mariage). Leurs réflexions se concentrent donc sur la question de savoir à quel nombre d'enfants de quels âges correspond quel taux d'activité rémunérée. D'autres juges en revanche estiment que le nouveau droit n'établit aucun principe d'indépendance économique mais laisse aux parties le soin de répartir les rôles comme elles l'entendent. Il faut donc, selon eux, se baser sur la répartition des rôles qui a été choisie. Sous cet angle, une mo-

dification n'entre en ligne de compte que lorsque le revenu ne suffit pas à entretenir deux ménages même si chacune des parties se restreint et que l'on puisse raisonnablement exiger de l'épouse qu'elle travaille pour couvrir le déficit. Plus les ressources financières sont limitées et les enfants grands, plus l'obligation d'exercer une activité lucrative s'impose. La modification touche toujours et uniquement le revenu de la femme. Même lorsque la double charge que celle-ci doit assumer est manifestement excessive, il n'est jamais question d'examiner la possibilité de créer une compensation.

Dans la majorité des cas, les contributions d'entretien sont fixées selon un système uniforme et facile à comprendre et à utiliser: on calcule, selon des minima déterminés, les besoins mensuels des deux parties que l'on compare au revenu mensuel net global. En cas de solde négatif, on attribue à l'époux le minimum vital, le reste étant versé à l'épouse qui n'a souvent plus d'autre solution que de s'adresser à l'assistance sociale. S'il reste un solde disponible, certains tribunaux le partagent par moitié entre les parties alors que d'autres adoptent une clé de répartition différente selon le nombre d'enfants. Les besoins minimum de l'épouse et des enfants plus leur part au solde actif, sous déduction du revenu propre de l'épouse, donnent la contribution d'entretien. Si l'on aboutit, avec cette méthode, à un revenu supérieur à celui qui serait nécessaire pour garantir le niveau de vie habituel et qui permettrait donc de faire des économies, la contribution d'entretien est réduite en conséquence.

Le nouveau droit a apporté des améliorations décisives en ce qui concerne le droit d'être renseigné et les possibilités de garantir des contributions d'entretien ou des prétentions découlant du régime matrimonial qui sont en péril. Les nouvelles possibilités ont très rapidement été concrétisées. La collaboration avec les employeurs, les autorités et les banques s'est bien instaurée. Les demandes de renseignements officiels sur les revenus et, en cas de nécessité, les blocages de salaires (contributions d'entretien directement déduites du salaire par l'employeur qui les verse à l'épouse) sont déjà devenus, pour les juges, un travail de routine. Il en est de même des renseignements concernant les avoirs et les expectatives qui sont demandés aux caisses de pension et aux banques ainsi que des documents fiscaux. Lorsqu'il ne s'agit plus de contributions d'entretien mais de prétentions découlant du régime matrimonial, les juges se montrent plus réservés. Ils font également preuve de davantage de retenue lorsqu'ils doivent non plus simplement demander des renseignements mais restreindre la liberté de disposer. Ils acceptent cependant de bloquer des avoirs ou de limiter la liberté de disposer tout au moins provisoirement quand le danger encouru est rendu vraisemblable et que l'existence et l'ampleur des prétentions sont établies.

2.2. Droit de visite

En ce qui concerne le droit de visite, on constate une tendance à être plus généreux: un week-end sur deux et trois semaines de vacances par année. Les "mères modernes" souhaitent une plus forte participation des pères. Les mères qui se plaignent du fait que les pères n'exercent pas leur droit de visite de manière fiable sont nombreuses. Il en va de même des pères qui se

voient refuser la possibilité de voir leur enfant. Lorsque les enfants vivent avec leur père et que c'est donc la mère qui a le droit de visite, la situation est différente: les mères s'occupent de manière plus intense et plus régulière de leurs enfants qu'elles voient le plus souvent non seulement pendant les week-ends mais également durant la semaine. Même lorsqu'elles n'ont pas la garde de leurs enfants, les mères cherchent à adapter leur activité lucrative aux besoins des enfants. Dans la réalité juridique, le droit de visite constitue toujours un droit qui n'est assorti d'aucune obligation. On n'exige pas de prendre en considération l'activité lucrative du parent gardien, même lorsque cela serait possible. La question de l'ampleur et des modalités de la participation aux soins et à l'éducation des enfants que l'on pourrait raisonnablement exiger du parent non gardien n'est pas posée. Ne pas s'occuper du bien-être et de l'éducation des enfants n'entraîne aucune conséquence.

2.3. Attribution des enfants

Les conflits portant sur l'attribution des enfants ont légèrement augmenté mais pas le nombre des cas qui doivent être tranchés par les tribunaux. La plupart du temps, un accord peut être trouvé en cours de procédure. Les pères se réfèrent à l'égalité des droits que leur donne le nouveau droit. On ne constate aucune relation avec la répartition des rôles adoptée pendant le mariage: même dans les cas contentieux, les enfants étaient, avant la séparation, soignés et éduqués de manière prépondérante par la mère. Les pères qui revendiquent la garde de leurs enfants ne sont pas nombreux à prévoir de s'en occuper seuls. Dans la grande majorité des cas, ils font valoir la présence d'une grand-mère, d'une amie ou d'une tierce personne. Lorsque la décision de se séparer a été prise par l'homme ou par les deux époux, l'attribution des enfants n'est généralement pas contentieuse. Les conflits surgissent lorsque c'est la femme qui a décidé de quitter son mari. Il y a toujours un grand danger à ce que le potentiel de conflit entre mari et femme soit reporté sur les enfants. Les critères de décision ne sont ni clairs, ni établis.

2.4. Autorité parentale conjointe

Selon la doctrine dominante, l'autorité parentale après divorce doit impérativement être attribuée au seul parent gardien. Différents tribunaux, précisément dans le canton de Bâle-Campagne, ont malgré tout accepté ces derniers temps, sur requête conjointe, de laisser l'autorité parentale aux deux parties (en invoquant toutefois des arguments différents). La discussion porte avant tout sur les conditions nécessaires pour admettre ces requêtes: l'accord des deux parties est-il suffisant? Quelles sont les décisions qui sont précisément envisagées et qui doivent être prises en commun? Faut-il ou non établir un rapport entre l'autorité parentale et le fait d'assumer effectivement ses obligations en matière de soins et d'éducation? S'agit-il d'une autonomie privée abstraite, de supprimer une discrimination du parent non gardien en laissant le plus possible aux deux parties les pouvoirs de décision? Ou alors s'agit-il de ne pas séparer les pouvoirs de décision de la prise en charge effective des tâches éducatives et des re-

sponsabilités? Dans quelle mesure le parent non gardien devrait-il alors s'occuper effectivement des enfants?

2.5. Fixation des contributions d'entretien

Après le divorce, la fixation des contributions d'entretien pour les enfants obéit à des règles de pourcentage relativement fixes (15%, 25%, 30% du revenu mensuel net du débiteur selon le nombre d'enfants). En ce qui concerne les rentes allouées aux femmes, le pouvoir d'appréciation du juge et l'équité individuelle (spécificité de chaque cas) jouent un rôle très important. On constate cependant des tendances très nettes: les rentes dépendent certes de la capacité financière du débirentier, de la durée du mariage et des obligations éducatives mais elles sont en grande majorité allouées sous forme de rentes transitoires (d'une durée toujours plus courte) permettant de couvrir les besoins minimaux jusqu'à l'intégration complète (qui doit intervenir le plus rapidement possible) dans la vie professionnelle avec le bagage acquis autrefois. Les besoins en matière de formation et de perfectionnement ne sont en effet guère pris en considération. Le travail au foyer et les soins aux enfants ne sont pas concrètement pondérés et l'on n'en tient compte que de manière lacunaire (indirectement). Les mécanismes permettant de compenser la double charge que l'on ne saurait raisonnablement exiger d'une femme sont totalement ignorés. La nouvelle compréhension des rôles se traduit uniquement par l'obligation pour la femme d'exercer une activité lucrative. Les conséquences concrètes qu'exerce à long terme la répartition des rôles adoptée en plein accord pendant le mariage sur la situation professionnelle et les conditions de vie des parties ne sont guère examinées. Lorsque la femme divorcée dispose d'une fortune, on déduit généralement encore de sa contribution d'entretien éventuelle le rendement prévisible de cette fortune.

2.6. Prévoyance vieillesse

La prévoyance vieillesse de l'épouse (divorcée) constitue un problème particulier. Pendant toute la durée du mariage (même en cas de suspension de la vie commune), la prévoyance vieillesse du conjoint actif augmente continuellement grâce aux acquêts (la famille dispose toujours uniquement du salaire net). Pour l'épouse qui n'exerce pas (ou que partiellement) une activité lucrative, les montants correspondants ne sont pas mis de côté en vue de constituer une prévoyance équivalente, pas même en cas de vie séparée. Lors du divorce, la prévoyance vieillesse constituée pendant le mariage n'est pas partagée bien qu'elle ait été développée au moyen des acquêts. L'absence ou l'insuffisance crasse de prévoyance vieillesse de la femme divorcée est prise en considération tout au plus dans les cas où la femme est âgée et qu'elle a, pendant un mariage qui a duré très longtemps, assumé son rôle traditionnel: on tente alors, en fixant la rente, de lui assurer le minimum vital pour sa vieillesse pour autant qu'elle ne soit manifestement plus à même de se constituer elle-même une prévoyance (et qu'elle ne dispose pas d'une fortune) et que le mari soit considéré comme ayant les capacités nécessaires. En règle générale, on ne détermine pas concrètement la situation en faisant des calculs mais on se contente d'estimations. S'agissant de femmes plus jeunes (moins de 45 ans environ), on part apparemment du principe qu'elles seront capables d'assurer elles-mêmes leur minimum vital pour leur vieillesse.

3. Appréciation

- Le nouveau droit matrimonial doit concrétiser le principe de l'égalité entre femme et homme dans les relations conjugales. Il supprime la répartition des tâches autrefois inscrite dans la loi, ce qui ne signifie pas qu'il supprime la reconnaissance légale de la répartition traditionnelle des rôles. Il n'établit aucun principe enjoignant aux deux parties de contribuer de la même manière à l'entretien du ménage tant par des prestations en argent que par le travail domestique et éducatif. Il ne demande pas non plus que chaque époux soit économiquement autonome et financièrement indépendant et n'exige pas que chacun des conjoints participe à la tenue du ménage et à l'éducation des enfants et qu'il ne dépende donc pas de l'autre à cet égard. Il laisse au couple toute liberté pour convenir de la répartition des rôles qu'il entend adopter. Les époux doivent cependant être sur un pied d'égalité et aucun des deux ne doit être lésé par la répartition interne des tâches. Le nouveau droit matrimonial accorde expressément la même importance et la même valeur aux différentes formes d'entretien et de contribution à l'union conjugale. Il dispose que celui qui, selon l'accord interne, s'occupe du ménage et des enfants et renonce ainsi à une profession et à un salaire a droit non seulement à l'entretien mais aussi à une compensation équitable sous forme d'un montant dont il peut disposer librement. En cas de dissolution du mariage, le mari doit, selon le sens et le but du nouveau droit matrimonial, partager honnêtement avec sa partenaire ce qu'il a gagné et accumulé pendant le mariage et inversement.

  La manière dont le nouveau droit a jusqu'ici été concrétisé ne correspond pas à ces principes. Le nouveau droit n'est que partiellement appliqué, une grande partie de ses dispositions a été complètement négligée jusqu'à aujourd'hui alors qu'une troisième partie est interprétée à l'encontre des principes mentionnés ci-dessus. Son application se fait actuellement au détriment de l'épouse qui, pendant le mariage, assume (le plus souvent entièrement) le travail au foyer et les soins aux enfants tout en exerçant souvent en plus une activité lucrative (à temps partiel) (le plus souvent sans carrière professionnelle) et au bénéfice de l'époux qui ne s'occupe pas de la maison et a pu faire une carrière professionnelle suivie. De l'avis de l'auteur, on ne peut pas dire qu'en pratique on attribue une valeur égale aux tâches domestiques et éducatives d'une part, et au travail professionnel d'autre part. Si les deux formes d'entretien ne sont pas considérées comme équivalentes, il en va de même de l'obligation de les assumer: le devoir de s'occuper du ménage et des enfants incombe toujours uniquement aux femmes qui sont également tenues, selon les conditions financières, à exercer une activité rémunérée. Les hommes, en revanche, ont uniquement le devoir d'exercer une activité lucrative; ils ne sont pas tenus d'accomplir des tâches domestiques et éducatives, même lorsque leur aide serait néces-

saire et que leur épouse assume les deux obligations. La question de l'activité lucrative raisonnablement exigible est régulièrement posée alors que celle d'une répartition équitable et raisonnablement exigible du travail au foyer et des soins aux enfants ne l'est jamais. Lorsque l'on considère pouvoir raisonnablement exiger de la femme qu'elle exerce une activité rémunérée, le revenu qu'elle gagne ainsi est pris en compte et ses prétentions d'entretien réduites en conséquence. Les mécanismes qui permettraient de compenser le travail domestique et éducatif qui n'est pas assumé par l'époux ne sont pas plus souvent envisagés que les mécanismes de compensation en cas de double charge épuisante ou de répartition inégale (ou de manque) des périodes de loisirs et de détente.

La différence d'importance accordée à la liberté économique, surtout lorsqu'il y a des enfants, montre clairement que l'on n'attribue pas la même valeur au travail domestique et éducatif d'une part et à l'activité professionnelle d'autre part. Pour calculer les besoins, on prend en considération les montants minimaux fixés en matière de poursuites pour dettes et faillites qui ne permettent pas de vivre décemment (et qui sont encore inférieurs aux taux de l'assistance). Lorsque le couple a des enfants et que le solde disponible est partagé par moitié, la femme ayant la garde des enfants doit, contrairement à l'homme, utiliser sa part avant tout pour les entretenir. On ne cherche pas à établir les frais effectifs qu'occasionnent les enfants en menant un train de vie adéquat. Ceci constitue un fondement décisif de l'inégalité de traitement entre la femme et l'homme sur le plan économique. Même lorsqu'un standard de vie adéquat, voire élevé, est garanti, le fait que la répartition du solde disponible soit limitée montre clairement que l'on n'accorde pas à chacune des parties la même liberté économique. En cas de divorce, la faible valeur attribuée au travail domestique et éducatif est flagrante. Les ressources accumulées en commun, parmi lesquelles figurent au premier rang les expectatives en matière de prévoyance et le potentiel de gain, ne sont pas partagées de façon égale. La femme divorcée est largement replacée dans la situation qui était la sienne au moment de se marier comme si elle n'avait pas contribué autant que son mari à la prospérité de l'union conjugale. Sous l'angle économique, il est rare que le mari se retrouve au même point qu'avant son mariage. L'injustice de cette situation n'est atténuée que dans le cadre restreint de l'assistance par le versement d'une rente provisoire - d'une durée toujours plus courte - qui doit être permettre une réinsertion professionnelle complète. La majorité des femmes divorcées ayant des enfants ont une situation économique sensiblement moins bonne que leurs époux.

De l'avis de l'auteur, le nouveau droit matrimonial n'a jusqu'ici pas encore été concrétisé dans les domaines suivants notamment:

Il reste à établir clairement que le devoir d'assumer le travail domestique et éducatif tout comme, selon les circonstances, le devoir d'exercer une activité lucrative concerne les deux époux. Lorsqu'un conjoint accomplit, volontairement ou par nécessité financière, davantage de travail rémunéré que ne le lui laisserait sa capacité "libre",

l'autre conjoint doit assumer la part correspondante de travail domestique et éducatif. Ce travail doit, lui aussi, être partagé de manière équitable et comme les circonstances l'exigent. Si cette contrepartie est refusée ou qu'elle ne peut être exécutée pour d'autres motifs, il faut prévoir une compensation financière.

La question de savoir dans quelle mesure le parent non gardien (le plus souvent le père) doit, dans les modalités des soins voués aux enfants, tenir compte, sur le plan de l'organisation, de l'activité lucrative que doit exercer l'autre parent mérite une attention particulière. Il s'agit, en particulier, de garantir une répartition tant soit peu équilibrée du temps de loisirs et de détente.

Le calcul des contributions d'entretien doit permettre d'assurer une liberté économique effectivement égale. Pour ce faire, il convient d'accorder une plus grande attention à la question des frais effectifs occasionnés par les enfants. Lorsque les conditions matérielles sont bonnes, les deux parties doivent pouvoir disposer librement de montants égaux pour leurs dépenses personnels et bien évidemment jouir des mêmes possibilités d'épargne.

Il faut offrir aux femmes qui ne travaillent pas ou que partiellement la possibilité de se constituer, tout comme l'homme, une prévoyance vieillesse propre grâce aux acquêts.

Si le recours à l'assistance est inévitable, on ne voit en principe pas pourquoi il serait imposé uniquement à l'épouse, le mari restant épargné. Cette pratique est en tout cas contraire à l'esprit du nouveau droit matrimonial. Si elle doit être saluée pour des raisons pragmatiques, elle n'est pas évidente et doit être repensée.

- En matière de divorce, il convient tout d'abord de redéfinir les biens qui doivent être considérés comme acquis en commun et qui doivent donc être partagés en conséquence. Il faut résolument traiter différemment la question de la prévoyance tout comme celle de la participation à un potentiel de gain accru que la femme elle-même ne pourra jamais plus atteindre. Une plus grande attention doit être portée aux charges que les parties doivent continuer à assumer en commun après le divorce. A cet égard, les conséquences à long terme de la répartition traditionnelle des rôles adoptée d'un commun accord par les parties sont actuellement fortement sous-estimées. Il faut oeuvrer dans cette direction au lieu de chercher à décharger financièrement le plus rapidement possible le conjoint débiteur.

Lorsqu'une réinsertion professionnelle est envisageable, il convient d'examiner comment la perte due à l'interruption de la carrière professionnelle peut être compensée. Le critère de base ne doit pas être la situation de la femme lorsqu'elle a cessé de travailler mais la situation dont elle pourrait jouir si elle n'avait pas interrompu son activité au profit de la famille. Seule l'union de toutes les forces permettra éventuellement d'atteindre cet objectif.

BILAN
DE LA COMMISSION FEDERALE POUR LES QUESTIONS FEMININES

Le nouveau droit matrimonial qui est entré en vigueur le 1er janvier 1988 repose sur le principe de l'égalité des droits de la femme et de l'homme. Il a supprimé, en particulier, l'ancien art. 160 du Code civil suisse (CCS) selon lequel le mari était le chef de l'union conjugale, choisissait la demeure commune et pourvoyait à l'entretien de la famille. En vertu du nouveau droit, l'homme et la femme sont, dans le mariage, des partenaires égaux en droit qui sont responsables ensemble du bien de la famille et aménagent ensemble leur vie conjugale. Dans le domaine personnel et patrimonial, la femme et l'homme sont tenus dans la même mesure de fournir, chacun selon ses facultés, une contribution équivalente pour le bien commun. L'activité lucrative, le travail au foyer, les soins voués aux enfants et l'aide prêtée au conjoint dans sa profession ou son entreprise sont expressément qualifiés de formes de travail de valeur équivalente. Dans la mesure où la répartition des tâches dans le couple est laissée à la libre décision des époux, la **responsabilité commune** des soins et de l'éducation des enfants ainsi que de l'entretien de la famille figure au premier plan. Lorsqu'un conjoint tient le ménage, s'occupe des enfants, aide l'autre dans sa profession ou son entreprise et ne peut dès lors gagner des revenus propres, il a droit à recevoir régulièrement de son partenaire un montant équitable dont il puisse disposer librement. En cas de contributions extraordinaires d'un époux à la profession ou à l'entreprise de son conjoint, cet époux a droit à une indemnité équitable. Si un époux, par ses revenus ou sa fortune, contribue à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il devrait, il a également droit à une indemnité.

Le nouveau **régime ordinaire** qui a été introduit est celui de la participation aux acquêts. Pendant le mariage, les deux époux administrent et disposent séparément de tous leurs biens (biens propres et acquêts). Cela signifie que désormais la femme reste, sans aucune restriction, propriétaire de la fortune qui lui appartenait avant le mariage ou qui lui échoit ensuite par succession ou à quelque autre titre gratuit. Lors de la dissolution du mariage par décès ou par divorce, les biens acquis pendant le mariage (acquêts) sont partagés par moitié entre les époux. En d'autres termes, la femme participe par moitié aux acquêts du mari et le mari participe par moitié à ceux de la femme.

Un grand nombre de femmes mais aussi d'hommes ont placé de grands espoirs dans les dispositions du nouveau droit matrimonial qui devaient réaliser l'égalité entre les sexes. Ces attentes ne semblent pas avoir toutes été comblées jusqu'ici.

Les études sur la concrétisation du nouveau droit matrimonial dans les procédures de divorce et de mesures protectrices de l'union conjugale qui ont été effectuées sur mandat de la Commission fédérale pour les questions féminines ne portent pas sur la pratique judiciaire dans l'ensemble de la Suisse. Elles ne prétendent donc pas être exhaustives. Les interviews menées dans des districts sélectionnés des cantons de Bâle-Campagne, Bâle-Ville, Genève, Vaud et Zurich donnent toutefois des renseignements sur l'application qui est faite du nouveau droit matrimonial dans les tribunaux civils ainsi que sur les expériences vécues par les avocates, les avocats et les juges avec ce nouveau droit.

Les rapports de Doris Farner-Schmidhauser, Elisabeth Freivogel et Jean-François Perrin révèlent que dans les procédures de divorce et de mesures protectrices de l'union conjugale, le nouveau droit matrimonial n'a pas jusqu'ici sensiblement amélioré la position des femmes.

Ils montrent également que **les tribunaux n'ont pas de pratique uniforme.** Les jugements varient en fonction du canton, de la ville, de la région, du tribunal, de la section et de la composition du tribunal ainsi que de la procédure cantonale. Les tribunaux jouissent d'une marge d'appréciation relativement importante car il n'existe aucun critère unanimement reconnu pour déterminer, par exemple, ce que signifie en pratique l'équivalence, ancrée dans le nouveau droit matrimonial, du travail rémunéré et du travail familial. En outre, des bases de calcul impératives pour fixer par exemple l'"entretien convenable" font défaut. Il existe un fossé marquant entre le principe des partenaires égaux en droit postulé par le nouveau droit et la répartition des rôles toujours largement répandue qui veut que la femme - même lorsqu'elle exerce une activité lucrative - soit responsable du travail au foyer et des soins voués aux enfants et qu'elle assume les devoirs qui en découlent. Il semble que les tribunaux également soient peu sensibles au fait que l'égalité des sexes implique, pour les hommes aussi, la prise en charge de devoirs supplémentaires. A cet égard, tant les avocates et les avocats que les tribunaux manquent souvent d'imagination.

On enregistre les **tendances fondamentales** suivantes:

a) Le nouveau droit matrimonial n'est jusqu'ici que partiellement appliqué

b) Une partie des dispositions est interprétée à l'encontre des principes qui veulent que les époux soient des partenaires égaux en droit, et aux dépens des femmes.

Dans les domaines examinés, l'application concrète du nouveau droit n'a pas conduit (jusqu'ici) à une véritable égalité des sexes mais plutôt à un déplacement des devoirs qui s'est opéré au détriment des femmes. Les dispositions qui, en règle générale, pourraient avoir des effets favorables aux femmes sont encore trop rarement prises en considération par les avocates et les avocats ainsi que par les tribunaux. D'une part, on remarque toujours que les femmes sont trop peu ou même pas du tout informées de leurs droits. D'autre part, il est objectivement difficile pour les femmes et, selon les circonstances source de conflits pour elles, de faire valoir avec fermeté leurs droits face à leur propre époux.

On ne veut absolument pas dire par là que le nouveau droit matrimonial ne constitue pas un pas dans la bonne direction. Le principe du mariage fondé sur des relations de partenaires égaux en droit tient convenablement compte de l'évolution qu'a connue la société au cours des dernières décennies. Le fait de renoncer à fixer dans la loi une nouvelle répartition des rôles offre des possibilités d'évolution pour l'avenir. Les limites de ce nouveau droit sont toutefois aussi manifestes: d'une part une prise en considération conséquente et une application réfléchie du nouveau droit font défaut, d'autre part on constate aussi que même un droit matrimonial progressiste a des limites. Des limites que lui fixent d'autres domaines du droit dans lesquels le postulat de l'égalité est encore lettre morte (exemples: droit du divorce, droit des assurances sociales). Des limites que lui fixent aussi les conditions générales structurelles et sociales qui ne répondent pas du tout au principe de l'égalité des chances de la femme et de l'homme (exemples: discriminations salariales, offre insuffisante d'institutions prenant en charge les enfants, horaires bloqués et écoles de jour, obstacles à la réinsertion professionnelle).

Les études sur l'application du nouveau droit matrimonial dans les procédures de divorce et de mesures protectrices de l'union conjugale réalisées sur mandant de la Commission fédérale pour les questions féminines tirent une série de conclusions intéressantes et importantes. Même si sur certaines des questions examinées, on constate que la pratique diffère d'un tribunal à l'autre, on perçoit sur d'autres points des tendances communes. C'est la raison pour laquelle la Commission souligne l'importance des suggestions formulées par les auteurs de ces études en vue de combler le déficit constaté jusqu'ici au niveau de l'application du nouveau droit.

La Commission résume, ci-après, les résultats fondamentaux des trois études dans les domaines des mesures protectrices de l'union conjugale, du droit de visite, de l'attribution des enfants, de l'autorité parentale conjointe après divorce, des contributions d'entretien et de la prévoyance vieillesse en cas de divorce et développe ses propres conclusions.

1. Mesures protectrices de l'union conjugale

Le nouveau droit matrimonial a développé le système des mesures protectrices de l'union conjugale. Il contient une série de dispositions dont les effets pourraient, en règle générale, être favorables aux femmes. Dans les mesures protectrices de l'union conjugale pendant la vie commune, il s'agit en particulier des art. 163 (répartition des rôles et contribution des époux à l'entretien convenable de la famille), 164 (montant à libre disposition de l'époux qui tient le ménage), 165 (contribution extraordinaire d'un époux), 169 (disposition en commun du logement familial), 170 (devoir de renseigner) et 178 (restriction du pouvoir de disposer).

Dans quelle mesure les nouvelles dispositions sont-elles invoquées et comment sont-elles interprétées? Avant l'introduction du nouveau droit matrimonial, on a souvent formulé l'hypothèse selon laquelle, en raison des nouvelles dispositions, la juge ou le juge des mesures protectrices de l'union conjugale deviendrait le "troisième partenaire du mariage". Or, il ressort

des estimations des trois études que les juges ne sont pas plus souvent sollicités qu'autrefois. La réglementation de la procédure étant, comme sous l'ancien droit, de la compétence des cantons, les mesures protectrices de l'union conjugale sont en outre appliquées différemment selon les cantons. Une tendance se dessine toutefois: dans les régions rurales, on fait plutôt appel au juge pour obtenir des conseils concernant des problèmes conjugaux généraux tandis que, dans les régions urbaines, on a comparativement plus souvent recours à eux pour des questions financières.

Les études réalisées sur mandat de la Commission pour les questions féminines ont révélé que, tout au moins durant la période prise en considération, les dispositions importantes pour améliorer la situation des femmes n'ont pas été invoquées ou alors rarement seulement (cf. Farner-Schmidhauser, Freivogel, Perrin, chapitre II).

L'art. 164 CCS (**montant à libre disposition** de l'époux qui tient le ménage) qui, lors de la votation, a suscité des discussions controversées n'a, durant la période sur laquelle a porté l'enquête, été invoqué dans aucun des tribunaux de district considérés. Cela étonne d'autant plus que l'on peut estimer que nombre d'épouses qui s'occupent du ménage et des enfants ne reçoivent de leur époux qu'une modeste somme d'argent pour le ménage même lorsque les finances permettraient de consacrer davantage d'argent à ce poste. Il semble que si les femmes ne font pas usage de ce droit, c'est que nombre d'entre elles ignorent avoir droit de recevoir un tel montant à libre disposition. En outre, nombreuses sont probablement les femmes qui n'osent avoir recours au juge par crainte de mettre en danger la "paix du ménage". Il semble également que les femmes appréhendent de faire appel au juge.

Si les autres dispositions mentionnées ne sont que relativement peu invoquées, c'est probablement pour les mêmes raisons. Selon les estimations des trois études, il est beaucoup plus souvent fait usage de l'art. 170 (**devoir de renseigner**) et de l'art. 178 (restriction du pouvoir de disposer) dans les procédures de séparation et de divorce que sur mesures protectrices de l'union conjugale pendant la vie commune. Les trois études n'ont pu cependant fournir d'indications statistiques sur la fréquence de ces requêtes (cf. Farner-Schmidhauser, Freivogel, Perrin, chapitre II).

Les requêtes de mesures protectrices de l'union conjugale pendant la vie commune les plus fréquentes sont visiblement celles qui ont pour but de rappeler l'autre conjoint à ses devoirs. Il semble toutefois que les problèmes soulevés ne soient pas nouveaux comme serait par exemple celui de la répartition des rôles et du travail dans la famille mais que ce sont les mêmes qui faisaient déjà l'objet de requêtes sous l'ancien droit. Il s'agit avant tout des problèmes d'alcool, de passion du jeu, de relations adultères et de négligence envers la famille (cf. Farner-Schmidhauser, Freivogel, Perrin, chapitre II).

Tout comme sous l'ancien droit, la plupart des requêtes tendent à obtenir **l'autorisation de vie séparée**. Alors que sous l'ancien droit, pour qu'un époux ait le droit d'avoir une demeure séparée il fallait que sa santé, sa réputation ou la prospérité de ses affaires soient gravement menacées par la vie commun, il faut aujourd'hui que sa personnalité, sa sécurité maté-

rielle ou le bien de la famille soient gravement menacés (art. 175 CCS). De l'avis des juges interrogés, il n'y a cependant guère eu de modification dans la pratique quotidienne du droit: depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit comme sous l'ancien droit déjà, ce sont en majorité les femmes qui requièrent la séparation sur mesures protectrices de l'union conjugale. Les hommes demandent plus fréquemment directement le divorce ou réagissent à la requête de leur femme tendant à l'autorisation de vie séparée par une demande en divorce.

Lors de la **fixation des contributions d'entretien** en cas de séparation (et de divorce), on se dispute plus souvent sur la question de savoir ce qu'est une contribution de 100% que chacun des époux doit fournir. Le nouveau droit matrimonial a pour effet que, lors de la fixation des contributions d'entretien, l'épouse doit se laisser imputer en principe l'intégralité de son salaire qui n'est plus un bien réservé. Il n'existe pas de pratique uniforme pour la fixation de l'"entretien convenable". Il semble toutefois courant de toujours prendre en compte la totalité du revenu de l'épouse. Cela signifie que la **prestation supplémentaire** que fournit une mère gardienne qui, à côté de son activité lucrative, veille au bien de son enfant en lui procurant nourriture et vêtements, en passant avec lui les soirées et les week-ends et en assumant la responsabilité de son éducation ne soit pas prise en considération. Il serait indiqué de toujours prendre en compte une telle prestation supplémentaire lors de l'imputation du revenu selon le nouveau droit matrimonial.

Dans les jugements examinés et selon les réponses fournies par les juges, les **allocations pour enfants** sont calculées diversement. Les frais de garde des enfants pendant les heures de travail de la femme sont, en règle générale, inclus dans le calcul des besoins. La femme doit en revanche supporter seule les frais éventuels de garde des enfants en dehors de ses heures de travail. Les frais effectifs occasionnés par les enfants (formation, musique, loisirs, vêtements, train de vie, vacances, etc.) ne sont pas pris en compte (cf. Farner-Schmidhauser, Freivogel, chapitre II*).

Alors que la femme peut être tenue de **reprendre une activité lucrative** à 100%, même lorsqu'elle s'occupe des enfants, le mari n'est pas obligé par le tribunal à assumer des tâches éducatives. Le fait de ne pas s'occuper des enfants n'entraîne pour le mari aucune conséquence: il n'est tenu ni de vouer ses soins aux enfants, ni de compenser financièrement la prestation qu'il ne fournit pas (cf. Freivogel, chapitre II).

Le solde disponible qui reste éventuellement une fois les besoins des deux époux couverts est, en règle générale, partagé par moitié entre les deux parties. Il semble que ce soit le cas même lorsque l'un des conjoints doit s'occuper des enfants (cf. Farner-Schmidhauser, Freivogel, Perrin, chapitre II). Lorsqu'il y a des enfants, le **partage par moitié du solde disponible** ne peut se justifier que si les frais effectifs et les besoins élémentaires ont, auparavant, été entièrement couverts. Si tel n'est pas le cas, le parent gardien doit utiliser la part du solde qui lui revient pour couvrir

* Les numéros des chapitres se réfèrent au rapport intégral: Les effets juridiques du nouveau droit matrimonial. Rapport de la Commission fédéral pour les questions féminines, Berne 1991.

les besoins élémentaire des enfants alors que l'autre peut disposer librement de sa part.

Conclusions:

1. **Les dispositions du nouveau droit matrimonial que les femmes pourraient en premier lieu faire valoir à leur avantage sur mesures protectrices de l'union conjugale ne sont en pratique guère invoquées. Il semble donc nécessaire, dans ce domaine, d'intensifier le travail d'information afin que les femmes connaissent mieux leurs droits.**

2. **La prestation supplémentaire que fournit le parent gardien qui non seulement s'occupe des enfants mais exerce encore une activité lucrative doit être prise en considération au moment de fixer les contributions d'entretien pour imputer le produit du travail.**

3. **Les frais effectifs occasionnés par les enfants et le travail éducatif effectivement accompli doivent être englobés dans le calcul de la pension pour les enfants.**

4. **Les frais de garde des enfants par des tiers en dehors des heures de travail du parent gardien doivent en principe être évalués lors de la fixation de la contribution d'entretien des enfants. Le conjoint gardien (le plus souvent la femme) a également le droit de passer une partie de ses loisirs sans ses enfants.**

5. **En cas de séparation, un éventuel solde disponible doit être partagé par moitié après couverture de tous les besoins élémentaires correspondant au standard de vie habituel, pour les enfants également, *et* après compensation financière des prestations raisonnablement exigibles qui n'ont pas été fournies. Les *deux parties* doivent pourvoir disposer *librement* d'un tel montant.**

2. Droit de visite

Le nouveau droit matrimonial dispose que le devoir des deux parents envers leurs enfants ne se limite pas aux prestations en argent mais s'étend aussi aux soins et à l'éducation (art. 159/163 CCS). Négliger ses devoirs envers les enfants constitue entre autres un violation du devoir envers l'union conjugale. Lors de la suspension de la vie commune ou après le divorce, il convient de régler la question de la garde et de fixer les contributions d'entretien ainsi que le droit de visite du parent non gardien. Le droit de visite est considéré comme le droit du parent non gardien à entretenir des contacts personnels avec l'enfant pour autant que le bien de l'enfant soit sauvegardé. Il implique aussi le droit de l'enfant à avoir des contacts avec le parent non gardien et de bénéficier de ses soins et de son éducation.

Les études Farner-Schmidhauser et Freivogel (l'étude Perrin ne traite pas cette question) arrivent à la conclusion que les tribunaux sont aujourd'hui davantage disposés qu'autrefois à accorder des droits de visite les plus étendus possible. Lorsque les rapports entre parents et enfants sont bons, le droit de visite porte fréquemment sur deux week-ends par mois auxquels s'ajoutent des jours fériés ainsi que 2 à 4 semaines de vacances par année. Il arrive aussi plus fréquemment que le droit de visite soit accordé un jour de semaine (l'après-midi ou le soir). Dans son rapport de 1987 sur la révision du droit du divorce, la Commission fédérale pour les questions féminines a signalé qu'il était important pour l'enfant de pouvoir maintenir un bon contact avec le parent avec lequel il ne vit pas. **L'extension du droit de visite** est donc en principe une évolution qu'il convient de saluer.

Les trois études mettent toutefois en évidence le fait que cette évolution ne va pas sans poser de problèmes:

On constate dans l'aménagement et l'exercice du droit de visite des **différences spécifiques au sexe** (Freivogel, chapitre IV). Il ressort des déclarations des juges interrogés que les mères non gardiennes sont davantage prêtes à réduire leur activité lucrative ou à aménager leurs horaires de travail de manière à pouvoir s'occuper personnellement de leurs enfants le plus souvent possible. Les pères gardiens semblent pouvoir compter sur le fait que leurs épouses continueront à s'occuper de leurs enfants dans une mesure bien plus large que la réglementation du droit de visite ne le prévoit. Dans le cas inverse, les pères non gardiens sont moins disposés à le faire. On peut avancer, pour explication, que la société accepte encore largement le fait qu'un homme ne s'occupe pas de ses enfants. En revanche, on estime que la femme qui ne prend pas personnellement soin de ses enfants ne correspond pas aux normes de la société. La mère non gardienne se trouve donc souvent aux prises avec des sentiments de culpabilité et doit faire face aux reproches de tiers.

En ce qui concerne l'exercice du droit de visite, rien n'a changé. Les pères sont toujours plus nombreux que les mères à n'avoir de contact avec leurs enfants que dans le cadre du droit de visite. Il arrive fréquemment que les pères n'exercent qu'irrégulièrement leur droit de visite ou ne l'exercent plus après un certain temps. Il ressort des études que le fait de ne pas exercer le droit de visite n'entraîne pratiquement aucune conséquence. Le droit de visite est considéré comme un **droit dont ne découle aucun devoir** alors que, selon le droit établi, il serait lié à certaines obligations. Il convient de mentionner le devoir de participer (en partie au moins) aux soins et à l'éducation des enfants ainsi que le devoir de tenir compte du travail lucratif du parent gardien. Bien que les présidentes et présidents de tribunal interrogés aient en partie admis que le droit de visite implique au moins un devoir (moral), ils se montrent sceptiques quant à la possibilité d'imposer (juridiquement) un tel devoir. Il est étonnant de constater que, dans ce domaine, on ne discute pas d'une indemnité tendant à compenser le dommage résultant du non exercice du droit de visite.

Conclusions:

1. **La situation professionnelle et les conditions de vie quotidiennes du parent gardien doivent constituer un critère important pour aménager le droit de visite.**

2. **Il faut, par la réglementation du droit de visite, créer des possibilités concrètes de décharger le parent gardien, c'est-à-dire largement adapter les heures de visite aux besoins (temporels) du parent gardien.**

3. **Le droit de visite implique le droit du parent non gardien à avoir des contacts personnels avec l'enfant et le droit de l'enfant à avoir des contacts avec ce parent. Par conséquent, le droit de visite suppose aussi une certaine obligation du parent non gardien à participer aux soins et à l'éducation de l'enfant.**

4. **Celui qui n'exerce pas ou n'exerce qu'irrégulièrement son droit de visite doit pouvoir être tenu de verser une compensation financière.**

3. Attribution des enfants

La question de l'attribution des enfants suscite des litiges non seulement en cas de divorce mais également dans le cadre des mesures provisoires ordonnées aux termes de l'art. 145 CCS ainsi que des mesures protectrices de l'union conjugale. Dans le canton de Zurich par exemple, pendant la période examinée, les décisions des tribunaux relatives à l'attribution des enfants ont été moins nombreuses en cas de divorce que dans le cadre des mesures provisoires (cf. Farner-Schmidhauser, chapitre V).

Théoriquement, les tribunaux partent du principe de l'égalité de la mère et du père qui se base essentiellement sur la jurisprudence du Tribunal fédéral dans ce domaine et non, en premier lieu, sur le nouveau droit matrimonial. En cas de séparation et de divorce, le tribunal décide toujours en se fondant sur les circonstances concrètes du cas particulier. Le bien de l'enfant constitue le critère principal. Les juges prennent également en considération le fait qu'un des parents se soit jusque là davantage occupé personnellement de l'enfant ainsi que la stabilité probable pour l'avenir. Lorsque les enfants sont plus âgés, on tient également compte de leur désirs.

Farner-Schmidhauser/Freivogel/Perrin constatent qu'aujourd'hui les hommes revendiquent plus souvent leurs enfants que par le passé. A l'appui de leur requête, ils invoquent l'égalité des époux postulée par le nouveau droit matrimonial. Les hommes qui réclament le plus souvent l'autorité parentale sont ceux qui jouissent d'une situation professionnelle privilégiée - par exemple, universitaires, indépendants, travailleurs sociaux - et qui, pendant le mariage déjà, ont réduit leurs activités professionnelles afin de pouvoir également s'occuper de leurs enfants.

Quelles sont les conséquences du fait que davantage de pères demandent la garde de leurs enfants? On pourrait s'attendre à ce que le nombre d'enfants

confiés à leur père ait augmenté. Or, une comparaison des données de 1985 et de 1989 montre que tel n'est pas le cas, dans le canton de Zurich tout au moins (cf. Farner-Schmidhauser, chapitre V).

En ce qui concerne l'attribution concrète des enfants, le nouveau droit matrimonial n'a donc (encore) guère entraîné de changements. En revanche, le nouveau droit exerce des effets dans la mesure où les hommes l'invoquent comme argument pour obtenir la garde des enfants. La répartition du travail adoptée pendant le mariage ne joue à cet égard aucun rôle (cf. Freivogel, chapitre V). Aujourd'hui, les hommes se battent davantage qu'autrefois pour avoir leurs enfants. Dans la majorité des cas, les enfants sont cependant attribués à la mère. De l'avis de la Commission pour les questions féminines, cela ne signifie pas pour autant que les hommes soient désavantagés (cf. Perrin, chapitre V). Il s'agit simplement de l'expression de la réalité sociale dans laquelle les femmes, en règle générale, s'occupent de manière prépondérante des enfants même lorsqu'elles exercent une activité lucrative, tiennent le ménage et le plus souvent renoncent à leurs loisirs et à leur liberté d'action. Les trois études (Farner-Schmidhauser/Freivogel/Perrin) mettent également en évidence le fait que les femmes sont toujours davantage disposées que les hommes à faire des sacrifices sur le plan tant personnel que professionnel pour obtenir la garde des enfants.

L'étude Freivogel signale, dans ce contexte, un autre point important: il faut supposer que l'augmentation des requêtes des pères tendant à obtenir l'autorité parentale accroît d'une manière générale la pression qui s'exerce sur les femmes. Les demandes d'attribution sont probablement utilisées fréquemment comme moyen de pression dans le sens "Je renonce aux enfants à condition que tu te satisfasses de contributions d'entretien plus modestes" ou comme instrument de vengeance dans le sens "Comme tu m'as quitté, ..." Elisabeth Freivogel relève que l'augmentation des litiges portant sur l'attribution des enfants ne revêt pas grande importance pour les tribunaux car, dans la majorité des cas, un accord peut être trouvé au cours de procédures parfois longues si bien que les juges n'ont finalement pas à prendre de décisions quant au sort des enfants. Les négociations en vue de conventions s'en trouvent cependant compliquées.

Le conflit entre les parties s'est aggravé. Les femmes sont soumises à une pression considérable et sont prêtes à renoncer à tout, sauf à leurs enfants, pour mettre fin au conflit (cf. Freivogel, chapitre V). Les hommes semblent être plus sensibles aux prétendus privilèges des femmes que conscients de la discrimination et des préjudices que subissent les femmes. La tendance veut que les hommes revendiquent pour eux les mêmes droits - le droit de se voir attribuer les enfants - sans être prêts pour autant à assumer les mêmes devoirs - tenue du ménage et soins aux enfants pendant le mariage déjà.

Conclusions:

1. **Même lorsqu'ils ont, pendant le mariage, adopté une répartition traditionnelle des rôles, les hommes revendiquent toujours plus fréquemment l'attribution des enfants en invoquant l'égalité des droits de la femme et de l'homme dans le nouveau droit matrimonial.**

2. **Il n'en reste pas moins que l'on n'a constaté aucune modification de la pratique de l'attribution des enfants depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit matrimonial: dans la majorité de tous les cas litigieux, les enfants sont placés sous la garde de la mère.**
3. **Soumettre les femmes a une plus grande pression et leur faire assumer davantage de devoirs que jusqu'ici dans le domaine des soins aux enfants, de la tenue du ménage et de la vie professionnelle, tel ne peut être le sens de la nouvelle loi.**

4. **Pour attribuer les enfants, en veillant avant tout à sauvegarder leur bien et leur intérêt, il faut déterminer si le parent qui revendique l'autorité parentale s'est également occupé d'eux dans une grande mesure pendant le mariage. Il s'agit là d'un critère essentiel.**

4. Autorité parentale conjointe après le divorce

En Suisse, le droit du divorce ne prévoit actuellement pas l'autorité parentale conjointe après le divorce. Cette question devra être examinée lors de la prochaine révision du droit du divorce. Mais en pratique, elle se pose aujourd'hui déjà.

Les trois études réalisées sur mandat de la Commission pour les questions féminines ont abordé cette question pour établir si et dans quelle mesure les tribunaux sont confrontés à ce problème et comment ils le résolvent.

Les trois études mentionnent des cas dans lesquels une demande tendant à obtenir l'autorité parentale conjointe a été déposée. Les tribunaux de district qui ont été interrogés n'ont **pas de pratique uniforme.** Les demandes communes de parents souhaitant se partager l'autorité parentale après le divorce sont en partie admises, en partie rejetées. Dans leur majorité, les juges interrogés estiment que la possibilité légale d'exercer conjointement l'autorité parentale répond à un besoin croissant de la société (Farner-Schmidhauser/Freivogel/Perrin, chapitre VI). Ils soulignent que l'exercice de l'autorité parentale conjointe devient problématique lorsqu'il y a de sérieuses divergences de vues entre les parents.

Il convient donc de se demander sur quels critères se basent les tribunaux pour juger une requête tendant à obtenir l'autorité parentale conjointe. Tout le monde est d'accord pour dire que l'autorité parentale conjointe pose de hautes exigences aux parents. Les avis divergent lorsqu'il s'agit de formuler concrètement ces exigences. Un tribunal de district lie le partage de l'autorité parentale à la condition que les deux parties s'occupent dans la même mesure des enfants et de leur éducation. Il faut donc qu'il y ait un rapport direct entre l'autorité parentale et la prise en charge effective des devoirs de garde et des tâches éducatives. Un autre tribunal, en revanche, considère l'autorité parentale conjointe indépendamment de la garde effective, des soins et de l'éducation des enfants. Les exemples pré-

sentés dans les rapports illustrent bien le manque d'uniformité de la pratique des tribunaux.

Conclusions:

1. **Le manque d'uniformité dont font preuve les tribunaux dans leur pratique relative à l'autorité parentale conjointe n'est pas satisfaisante. Une décision dans ce domaine doit absolument être prise à l'occasion de la révision du droit du divorce.**

2. **Il faut prendre des mesures afin d'éviter que l'introduction de l'autorité parentale conjointe ne crée un nouveau moyen de pression lors de litiges portant sur l'attribution des enfants et/ou sur le montant et la durée des contributions d'entretien.**

3. **Pour la Commission, l'établissement d'un catalogue de critères clairs et impératifs permettant de déterminer dans quelles circonstances l'autorité parentale conjointe peut éventuellement être admise est prioritaire.**

5. Contributions d'entretien en cas de divorce

Le droit du divorce n'a pas été inclus dans la révision du droit matrimonial introduit le 1er janvier 1988. Cela signifie que pour les indemnités en cas de divorce, l'art. 151 CCS (dommages-intérêts et réparation morale) et l'art. 152 CCS (pension alimentaire) sont toujours applicables. Selon le droit en vigueur, il faut toujours, en cas de divorce, éclaircir la **question de la faute** en ayant recours à une procédure probatoire. Sur ce point, la pratique des tribunaux interrogés conduit à des résultats parfois divergents:

Dans le canton de Zurich, les tribunaux admettent ou refusent le droit à une rente en fonction de la faute. En cas de faute concomitante de l'époux demandeur, on constate tout d'abord que la rente à déterminer doit être réduite selon la gravité de cette faute. Selon les rôles des tribunaux de district zurichois, plus de 90% des cas sont liquidés par un accord des parties sur la réglementation des effets accessoires du divorce. Dans ce pourcentage sont comprises les conventions de divorce conclues avec le concours du tribunal. Dans ces cas également, la rente est fixée en fonction de la faute. La question de la faute est laissée de côté uniquement lorsque la prétention doit être refusée pour d'autres raisons déjà, par exemple lorsque l'époux demandeur ne subit aucun dommage du fait du divorce et/ou ne risque pas de tomber dans le dénuement (cf. Farner-Schmidhauser, chapitre VII).

Dans les cantons de Bâle-Ville et de Bâle-Campagne, les tribunaux interrogés n'attribuent pratiquement plus la faute uniquement à une partie ou essentiellement à une partie. En raison de la modification perceptible de

l'attitude de la société face au divorce, il n'est souvent plus possible d'attribuer clairement une faute dans l'esprit où l'a voulu le législateur, de sorte que le divorce est prononcé pour des raisons objectives. Il en résulte que la plupart du temps les rentes ne sont pas allouées en fonction de la faute mais en fonction du besoin d'assistance (art. 152 CCS) (cf. Freivogel, chapitre VII). Pour les femmes, cette pratique a parfois de lourdes conséquences: comme, selon le droit du divorce actuellement en vigueur, une compensation de la perte de l'entretien n'est possible que lorsqu'il y a faute prépondérante de l'époux défendeur, les femmes obtiennent des rentes plus basses que sous l'ancien droit matrimonial. Les rentes attribuées en vertu du principe d'assistance sont plus faibles que celles calculées en fonction de la faute. Le droit du divorce actuel ne permet pas aux tribunaux de prévoir une compensation.

Les critères tels que l'indépendance économique et l'objectif de la réinsertion professionnelle de la femme, utilisés pour fixer le montant et la durée d'une **rente** sont diversement évalués par les tribunaux. Ceux-ci prennent généralement en considération les conditions économiques et les facultés financières de l'époux débiteur, la répartition des rôles pendant le mariage, les soins voués aux enfants, l'âge des enfants, l'âge de l'ayant droit, son état de santé, la durée du mariage, les possibilités de gains, la gravité de la faute et les déficits éventuels en matière de prévoyance vieillesse. Les cas mentionnés dans les études montrent à quel point la pondération de ces critères peut varier. Il est exceptionnel qu'une compensation soit prévue pour l'époux qui a renoncé à sa propre carrière professionnelle pendant le mariage au profit de son conjoint, par exemple lorsqu'une femme a exercé une activité lucrative pour permettre à son mari de faire des études. Le fait de libérer son partenaire des obligations familiales d'une manière générale n'est pas considéré comme un critère justifiant une compensation.

La femme ne participe plus au revenu acquis par le mari après le divorce, sauf d'une manière limitée si elle bénéficie d'une rente allouée en fonction d'une faute. Après un divorce, l'homme dispose par conséquent d'une liberté d'action financière bien plus importante que la femme. La situation financière de l'épouse est généralement pire en cas de divorce qu'en cas de séparation car la dissolution du mariage supprime l'obligation du partenaire de contribuer à l'entretien de la communauté familiale.

Dans l'ensemble, la tendance actuelle est d'allouer aux épouses des rentes de plus courte durée et plus modestes que sous l'ancien droit matrimonial. Les rentes couvrant les besoins, en particulier les rentes viagères, sont devenues des exceptions. En règle générale, on estime pouvoir, après le divorce, raisonnablement exiger des femmes qu'elles **prennent une activité lucrative**, en tout cas après un certain délai transitoire. On exige aujourd'hui plus souvent et plus rapidement des femmes qu'elles réintègrent le monde du travail après le divorce même si elles doivent s'occuper des enfants ou qu'elles sont restées éloignées pendant des années de la vie professionnelle parce qu'elles se sont consacrées, pendant le mariage, à la tenue du ménage et aux soins aux enfants. En outre, on discute davantage aujourd'hui de ce qu'il faut entendre par "entretien convenable" ou "standard de vie conforme." Les trois études sont d'accord sur ce point. Les avis divergent toutefois quant aux motifs de cette évolution. Farner-

Schmidhauser estime qu'elle dépend davantage de la jurisprudence du Tribunal fédéral qui a été développée sous l'ancien droit que du nouveau droit matrimonial alors que Freivogel et Perrin mettent davantage l'accent sur les rapports avec le nouveau droit.

Bien qu'en cas de divorce ou de séparation, les tribunaux prennent en considération le nombre et l'âge des enfants à charge pour déterminer dans quelle mesure on peut exiger que la femme prenne une activité rémunérée à plein temps ou à temps partiel, ils se préoccupent encore trop rarement des **chances effectives qui s'offrent aux femmes sur le marché du travail.** Les études réalisées sur mandat de la Commission fédérale pour les questions féminines montrent que la tendance à faire supporter aux femmes davantage de charges et d'obligations financières s'impose plus rapidement que la tendance à lui attribuer en termes réels la moitié des ressources disponibles (cf. en particulier Perrin, chapitre VII). Lorsqu'une femme souhaite **se former ou se perfectionner** et qu'elle ne peut alors travailler qu'à temps partiel ou même pas du tout ou encore qu'il en résulte pour elle des frais supplémentaires, il arrive qu'une rente plus élevée lui soit allouée pendant cette période (cf. Farner-Schmidhauser, chapitre VII). Mais dans l'ensemble, le problème de la réinsertion professionnelle de la femme qui a souvent été éloignée du marché du travail pendant des années et manque donc d'expérience pratique et des qualifications toujours plus importantes dans le monde professionnel n'est pas convenablement pris en considération.

Bien qu'il n'existe pas de base de calcul unanimement reconnue pour fixer les montants à disposition, il semble que les juges aient tendance à **sous-évaluer le travail éducatif.** Dans les cas examinés, les tâches domestiques et éducatives ne jouent guère de rôle lorsqu'il s'agit de fixer le montant et la durée des contributions d'entretien après le divorce. En pratique, le travail au foyer et les soins voués aux enfants ne sont pas reconnus et évalués comme une prestation équivalente à une activité lucrative. Le travail ménager et éducatif fourni par la femme est le plus souvent pris en compte uniquement lorsqu'il s'agit d'établir dans quelle mesure on peut exiger d'elle qu'elle reprenne une activité lucrative ou de déterminer les incidences de l'activité rémunérée exercée jusque là.

La pratique actuelle ne tient pas assez compte du fait que ce sont toujours en premier lieu les femmes qui, pendant des années, se consacrent aux enfants et au ménage et renoncent à une carrière professionnelle au profit de la famille (Farner-Schmidhauser/Freivogel/Perrin, chapitre VII). Les hommes se consacrent toujours presque exclusivement à leur activité professionnelle et à leur carrière. Les conséquences, pour les femmes, sont considérables: les années entre 20 et 50 ans sont décisives pour l'avancement professionnel; il est impossible de rattraper ces années tant sous l'angle de la situation professionnelle que sous celui de la prévoyance vieillesse et invalidité. Les femmes qui pendant ces années cruciales pour la vie professionnelle n'ont pas exercé d'activité lucrative ou l'ont fait de façon limitée doivent, lors d'une réinsertion dans la vie professionnelle, se satisfaire de salaires plus bas, de chances d'avancement faibles ou nulles et, bien souvent, d'activités qui ne correspondent pas à leur formation. Leur prétention à une rente de vieillesse et d'invalidité découlant de leur propre revenu est dès lors faible.

Dans les cantons de Bâle-Campagne, Bâle-Ville et Zurich, aucun des tribunaux interrogés n'a dû, pendant la période examinée, rendre de décision sur une liquidation du régime matrimonial en vertu du nouveau droit (cf. Farner-Schmidhauser, Freivogel, chapitre VIII). Dans les conventions de divorce, les acquêts sont partagés par moitié lorsque les parties sont placées sous le nouveau régime ordinaire de la participation aux acquêts. Sont comprises dans ces acquêts les économies réalisées par l'épouse sur le revenu de son travail pendant la durée du mariage.

Conclusions:

1. **Après un divorce, les époux doivent en principe disposer de chances égales de progresser tant sur le plan professionnel qu'économique. Les contributions d'entretien, les indemnités uniques et les rentes doivent être aménagées en conséquence.**

2. **Si l'on veut faire preuve de retenue dans l'attribution de la faute, le calcul des rentes versées à titre de remplacement selon le principe de l'assistance ne constitue pas une solution. Il convient, lors de la révision du droit du divorce, de créer une compensation. Lorsque la faute n'est pas attribuée, il faut créer une compensation à la perte d'entretien.**

3. **Le nouveau droit matrimonial part du principe de l'équivalence du travail au foyer et des soins voués aux enfants d'une part et de l'activité lucrative d'autre part. Il faut accorder à ce principe l'attention nécessaire tant lors de la fixation du montant et de la durée des rentes que lorsqu'il s'agit d'établir dans quelle mesure on peut raisonnablement exiger la reprise d'une activité lucrative. Il convient d'élaborer des critères de validité générale pour définir sous quelles conditions le travail domestique et éducatif peut être assimilé à un activité rémunérée exercée à plein temps.**

4. **Il convient en outre d'établir dans chaque cas dans quelle mesure l'époux qui a tenu le ménage pendant la durée du mariage est en droit d'attendre de son conjoint qu'il finance ou participe au financement de cours de formation, de perfectionnement ou de recyclage.**

6. Prévoyance vieillesse

S'agissant de la prévoyance vieillesse de la femme dans le cadre des contributions d'entretien après le divorce, la situation actuelle est généralement tenue pour **insuffisante** (Farner-Schmidhauser, Freivogel, Perrin, chapitre VII). Les tribunaux semblent toutefois reconnaître de plus en plus le problème de la disparité qui existe entre femme et homme dans le domaine de la prévoyance vieillesse. On constate que les parties, les femmes également, invoquent encore trop peu et trop peu concrètement ce problème et ne cherchent pas suffisamment à y trouver des solutions (cf. Farner-Schmidhauser, Freivogel, Perrin, chapitre VII).

La question de la détermination des déficits de l'épouse en matière de prévoyance est l'une des plus difficiles qui se posent dans les procédures de divorce (cf. Freivogel, chapitre VII). Dans les cas examinés, la compensation éventuelle a été faite par le biais des contributions d'entretien. Il s'agit d'une compensation minimale qui vise à ce que l'épouse ne tombe pas dans le dénuement à l'âge de la retraite (garantie du minimum vital). Elle n'est accordée que lorsque la femme n'a plus la possibilité, durant les années de vie active qui lui restent, de se constituer par ses propres revenus une prévoyance suffisante.

Selon la réglementation légale actuelle, aucune compensation ne peut être opérée par le biais du régime matrimonial. Lorsque les époux disposent de biens qui, selon les circonstances, pourraient être attribués à l'épouse pour combler le déficit en matière de prévoyance, une telle compensation nécessiterait un accord avec l'époux. C'est du moins l'avis des juges interrogés par Elisabeth Freivogel. Selon eux, il s'agit de biens qui ne peuvent juridiquement pas être compensés par le biais du régime matrimonial car ils n'appartiennent pas à une masse de biens (cf. Freivogel, chapitre VII).

D'une manière générale, les femmes - même celles qui ont été mariées pendant longtemps et qui sont manifestement dans l'impossibilité de se créer un avenir professionnel - ne reçoivent aucune compensation équitable sur les biens que le mari a pu se constituer pendant le mariage tant au niveau des revenus que de la prévoyance sociale. Aujourd'hui, dans la majorité des cas, la "fortune" qui a été constituée pendant le mariage consiste précisément - et souvent exclusivement - en expectatives de prévoyance et en potentiel de gain. La pratique actuelle a pour effet que tout les biens qui ont été accumulés pendant le mariage sous forme d'expectatives reviennent au mari en cas de divorce.

Conclusions:

1. **Une attention accrue doit être accordée à la prévoyance vieillesse, généralement insuffisante, des femmes après le divorce.**

2. **Les avocates et les avocats qui représentent les femmes sont invités à tenir davantage compte de ce problème et à en informer en détail leurs clientes. Les tribunaux sont tenus d'éclaircir chaque cas aussi scrupuleusement que possible. Un certain temps va encore s'écouler avant que cette question ne soit réglée de façon satisfaisante dans le cadre de la révision du droit du divorce. Jusque là, il convient d'épuiser les possibilités actuelles pour trouver une solution qui puisse satisfaire les femmes concernées.**

3. **Tous les éléments du patrimoine (revenus et expectatives en matière de prévoyance) qui ont été accumulés durant le mariage doivent être pris en compte dans le calcul des contributions d'entretien et des rentes. Cela inclut la participation de l'épouse qui tient le ménage au potentiel de gain et aux expectatives de l'homme actif.**

4. **Ce principe doit être appliqué par analogie à toutes les autres variantes de répartition des rôles et des tâches entre les époux. Selon le nouveau droit matrimonial, les conjoints sont libres de choisir la répartition qui leur convient. Cela signifie qu'aucune des variantes choisies ne doit entraîner des désavantages sur le plan de la prévoyance vieillesse de la femme et de l'homme.**
5. **Il convient de trouver, dans le cadre de la révision du droit du divorce, une solution fondée (splitting des cotisations versées pendant la durée du mariage) au problème jusqu'ici irrésolu de la prévoyance vieillesse de la femme et de l'homme. En outre, l'égalité de la femme et de l'homme doit également être réalisée dans le cadre des assurances sociales. A l'occasion de la 10e révision de l'AVS, il convient d'introduire un modèle de splitting combiné avec un bonus éducatif; la Commission fédérale pour les questions féminines a développé un modèle de ce genre en 1987.**

7. Remarques finales

Le nouveau droit matrimonial constitue un pas important vers l'égalité de la femme et de l'homme en Suisse. Les études réalisées sur mandat de la Commission pour les questions féminines et portant sur l'application du nouveau droit dans les procédures de divorce et de mesures protectrices de l'union conjugale donnent de premières indications sur la pratique adoptée jusqu'ici et signalent de nettes tendances. Il paraît dès lors judicieux d'étudier les effets du nouveau droit de façon plus complète et sur une plus longue période. La Commission suggère donc de réaliser un programme de recherche ayant pour but de déterminer à long terme les effets du nouveau droit matrimonial. Celui-ci viendrait s'inscrire dans le cadre du programme national de recherche (PNR) 35 "La femme dans le droit et la société - voies vers l'égalité".

Afin de concrétiser le nouveau droit matrimonial, il est nécessaire d'une part de réaliser de manière conséquente le principe du mariage fondé sur des relations de partenaires et, d'autre part, de disposer d'une palette d'autres mesures. Parmi celles-ci figurent en toute première place la **révision du droit du divorce**.

La Commission fédérale pour les questions féminines a, en 1987, présenté une série de propositions concrètes tendant à modifier le droit du divorce. Les solutions esquissées par la Commission dans son "Rapport sur la révision du droit du divorce en Suisse" mettent l'accent principal sur une simplification juridique du divorce et sur l'établissement systématique de l'égalité entre femmes et hommes. En vertu de ces propositions, il doit être possible de divorcer soit par consentement mutuel, soit dans le cadre d'une solution dite du délai. Une "solution du délai" est prévue pour le cas où un conjoint s'oppose au divorce de sorte que le législateur puisse admettre le divorce après un certain temps de séparation. La question de la faute ne doit plus jouer de rôle pour le divorce. Parmi les autres principes retenus figurent l'indépendance économique de toute personne adulte, la mise des époux sur un pied d'égalité, le maintien de l'autorité parentale commune après le divorce, le droit fondamental du père à se voir attribuer

un petit enfant, l'extension du droit de visite et la prise en considération la plus large possible des souhaits des enfants.

Bien que l'application de certaines de ses propositions, comme l'autorité parentale conjointe ou l'attribution des enfants au père, se soient révélée problématique dans les procédures de divorce et de mesures protectrices de l'union conjugale, la Commission fédérale pour les questions féminines s'en tient aux suggestions qu'elle a développées en 1987. La Commission considère que la **discussion** sur les ambivalences de la lutte visant à **obtenir l'autorité parentale conjointe**, discussion qui ne s'est instaurée qu'au cours de ces dernières années, est capitale. Ce qui est importe c'est que le législateur établisse des critères valables pour tous afin de définir quand sont réunies les conditions permettant d'admettre l'autorité parentale conjointe après le divorce ou d'attribuer l'enfant au père. Cela suppose d'ailleurs que le **travail ménager et éducatif** (toujours accompli en majorité par les femmes) soit reconnu **comme une contribution équivalente** à une activité lucrative. Ce n'est qu'à ce moment que les conditions d'une égalité (formelle) de traitement de la femme et de l'homme seront réunies. La Commission pour les questions féminines part du principe que le projet de nouveau droit du divorce traitera ces questions de manière différenciée.

La réalisation de l'égalité de la femme et de l'homme se fait attendre non seulement dans le droit du divorce dont la révision est nécessaire mais également dans le domaine du **droit des assurances sociales**. Un système de rentes indépendantes de l'état civil et du sexe devrait être introduit dans le cadre de la 10e révision de l'AVS. La Commission fédérale pour les questions féminines renvoie à cet égard au modèle de splitting combiné avec un bonus éducatif qu'elle a développé en 1987. En ce qui concerne la prévoyance professionnelle, la Commission pour les questions féminines a exposé une série de proposition permettant de mettre la femme et l'homme sur un pied d'égalité dans ce domaine également.

Créer des possibilités professionnelles égales pour la femme et l'homme, imposer le principe de l'égalité des salaires par le biais d'une loi efficace sur l'égalité et susciter une modification plus profonde des mentalités pour arriver à dépasser des schémas traditionnels surannés et ouvrir la voie à différents modèles de vie, telles sont encore les autres mesures qu'il convient de prendre d'urgence.

Il est nécessaire que l'équivalence des formes de travail soit reconnue par le droit **et** par la société. Le travail au foyer et les soins voués aux enfants sont des formes de travail équivalentes à une activité lucrative. Ce principe est expressément ancré dans le nouveau droit matrimonial. La répartition du travail et des rôles dans le mariage est volontairement laissée au libre choix des époux. D'autres réglementations légales (droit des assurances sociales, système fiscal) défavorisent cependant toujours les modèles de vie dans lesquels les conjoints se partagent, par exemple, par moitié le travail lucratif d'une part et le travail au foyer et les soins aux enfants d'autre part. C'est ainsi que le droit fiscal traite le revenu de l'activité professionnelle de la femme comme un salaire d'appoint et le pénalise par la progression de l'impôt.

Vu la réalité sociale - salaires féminins en moyenne plus faibles, rares emplois à temps partiel pour les hommes, insuffisance d'institutions de tous genres prenant en charge les enfants, etc. - la mise en oeuvre de nouvelles formes de travail et de vie entraîne un grand nombre d'inconvénients, de nature financière avant tout. Ces inconvénients touchent tout particulièrement les femmes. Un mariage fondé sur des relations de partenaires égaux en droit ne saurait imposer aux femmes davantage de charges et d'obligations financières. Une égalité effective doit en premier lieu permettre à la femme de profiter réellement de la moitié des ressources disponibles dans **tous** les domaines de la vie.

COMPARAISON DES PLUS IMPORTANTES DISPOSITIONS DE L'ANCIEN ET DU NOUVEAU DROIT MATRIMONIAL

Ancien droit matrimonial

DROITS ET DEVOIRS

Droits et devoirs du mari

Art. 160

[1] Le mari est le chef de l'union conjugale.

[2] Il choisit la demeure commune et pourvoit convenablement à l'entretien de la femme et des enfants.

Droits et devoirs de la femme

Art. 161

[2] Elle lui doit, dans la mesure de ses forces, aide et conseil en vue de la prospérité commune.

[3] Elle dirige le ménage.

Nouveau droit matrimonial

DROITS ET DEVOIRS

Le nouveau droit matrimonial renonce à prescrire une répartition des tâches entre les époux

Art. 162

Les époux choisissent ensemble la demeure commune.

Art. 163

[1] Mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille.

[2] Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, son travail au foyer, les soins qu'il voue aux enfants ou l'aide qu'il prête à son conjoint dans sa profession ou son entreprise.

[3] Ce faisant, ils tiennent compte des besoins de l'union conjugale et de leur situation personnelle.

DROIT DE CITE ET NOM DE FAMILLE

Art. 161

[1] La femme porte le nom et acquiert le droit de cité de son mari.

Art. 164

[1] L'époux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide l'autre dans sa profession ou son entreprise a le droit de recevoir régulièrement de son conjoint un montant équitable dont il puisse disposer librement.

[2] Dans la détermination de ce montant, il faut considérer les revenus propres de l'époux créancier ainsi que le devoir du débiteur d'assurer l'avenir de la famille et de pourvoir aux besoins de sa profession ou de son entreprise.

Art. 169

[1] Un époux ne peut, sans le consentement exprès de son conjoint, ni résilier le bail, ni aliéner la maison ou l'appartement familial, ni restreindre par d'autres actes juridiques les droits dont dépend le logement de la famille.

[2] S'il n'est pas possible de recueillir ce consentement ou s'il est refusé sans motif légitime, l'époux intéressé peut en appeler au juge.

DROIT DE CITE ET NOM DE FAMILLE

Art. 160

[1] Le nom de famille des époux est le nom du mari.

[2] La fiancée peut toutefois déclarer à l'officier de l'état civil vouloir conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors, suivi du nom de famille.

[3] Lorsqu'elle porte déjà un tel double nom, elle ne peut faire précéder le nom de famille que du premier de ces deux noms.

Art. 161

La femme acquiert le droit de cité de son mari sans perdre le droit de cité qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire.

Représentation par le mari

Art. 162

[1] Le mari représente l'union conjugale.

[2] Il s'oblige personnellement par ses actes, quel que soit le régime matrimonial.

Représentation par la femme

Art. 163

[1] L'union conjugale est représentée, pour les besoins courants du ménage, par la femme comme par le mari.

[2] Le mari est tenu des actes de la femme, en tant qu'elle n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable pour les tiers.

Art. 164

[1] Le mari peut retirer tout ou partie des pouvoirs de la femme, lorsqu'elle abuse de son droit de représenter l'union conjugale ou est incapable de l'exercer.

[2] Ce retrait des pouvoirs de la femme n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'après avoir été publié par l'autorité compétente.

L'union conjugale est représentée par les deux époux

Art. 166

[1] Chaque époux représente l'union conjugale pour les besoins courants de la famille pendant la vie commune.

[2] Au-delà des besoins courants de la famille, un époux ne représente l'union conjugale que:

1. Lorsqu'il y a été autorisé par son conjoint ou par le juge;
2. Lorsque l'affaire ne souffre aucun retard et que le conjoint est empêché par la maladie, l'absence ou d'autres causes semblables de donner son consentement.

[3] Chaque époux s'oblige personnellement par ses actes et il oblige solidairement son conjoint en tant qu'il n'excède pas ses pouvoirs d'une manière reconnaissable pour les tiers.

PROFESSION ET ENTREPRISE

Mari

Le mari décide en principe seul de son activité lucrative.

Femme

Art. 167

[1] La femme a le droit, quel que soit son régime matrimonial, d'exercer une profession ou une industrie avec le consentement exprès ou tacite du mari.

[2] Si le mari refuse son consentement, la femme peut être autorisée par le juge à exercer une profession ou une industrie lorsqu'elle établit que cette mesure est commandée par l'intérêt de l'union conjugale ou de la famille.

[3] La défense faite par le mari n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'après avoir été publiée par l'autorité compétente.

DEVOIR RECIPROQUE DE RENSEIGNER

La femme n'avait aucune prétention légale à être au courant des questions financières.

PROFESSION ET ENTREPRISE

Art. 167

Dans le choix de sa profession ou de son entreprise et dans l'exercice de ces activités, chaque époux a égard à la personne de son conjoint et aux intérêts de l'union conjugale.

DEVOIR RECIPROQUE DE RENSEIGNER

Art. 170

[1] Chaque époux peut demander à son conjoint qu'il le renseigne sur ses revenus, ses biens et ses dettes.

[2] Le juge peut astreindre le conjoint du requérant ou des tiers à fournir les renseignements utiles et à produire les pièces nécessaires.

[3] Est réservé le secret professionnel des avocats, des notaires, des médecins, des ecclésiastiques et de leurs auxiliaires.

ACTES JURIDIQUES ENTRE EPOUX

Art. 177

[2] Leurs actes juridiques relatifs aux apports de la femme ou aux biens de la communauté ne sont valables que s'ils ont été approuvés par l'autorité tutélaire.

[3] Il en est de même des obligations que la femme assume envers des tiers dans l'intérêt du mari.

"BESOIN DE PROTECTION DE LA FEMME"

Art. 168

[1] La femme, quel que soit son régime matrimonial, est capable d'ester en justice.

[2] Toutefois, le mari a seul qualité pour la représenter dans ses contestations avec des tiers relativement à ses apports.

PROTECTION DE L'UNION CONJUGALE

Art. 169

[1] Lorsqu'un des époux néglige ses devoirs de famille ou expose son conjoint à péril, honte ou dommage, la partie lésée peut requérir l'intervention du juge.

[2] Le juge cherche à ramener l'époux coupable à ses devoirs et, s'il n'y réussit pas, prend les mesures prévues par la loi pour sauvegarder les intérêts de l'union conjugale.

ACTES JURIDIQUES ENTRE EPOUX

Art. 168

Chaque époux peut, sauf disposition légale contraire, faire tous actes juridiques avec son conjoint et avec les tiers.

"BESOIN DE PROTECTION DE LA FEMME"

PROTECTION DE L'UNION CONJUGALE

La protection a été étendue.

Art. 171

Les cantons veillent à ce que les conjoints puissent dans les difficultés de leur vie d'époux s'adresser, ensemble ou séparément, à des offices de consultation conjugale ou familiale.

Art. 170

[1] Un époux peut avoir une demeure séparée, aussi longtemps que sa santé, sa réputation ou la prospérité de ses affaires sont gravement menacées par la vie en commun.

[2] Chacun des époux a le droit, après l'introduction d'une demande en divorce ou en séparation de corps, de cesser la vie commune pendant la durée du procès.

[3] A la demande de l'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est justifiée, le juge règle les subsides à verser par l'une des parties pour l'entretien de l'autre.

Art. 172

[1] Lorsqu'un époux ne remplit pas ses devoirs de famille ou que les conjoints sont en désaccord sur une affaire importante pour l'union conjugale, ils peuvent, ensemble ou séparément, requérir l'intervention du juge.

[2] Le juge rappelle les époux à leurs devoirs et tente de les concilier; il peut requérir, avec leur accord, le concours de personnes qualifiées ou leur conseiller de s'adresser à un office de consultation conjugale ou familiale.

[3] Au besoin, le juge prend, à la requête d'un époux, les mesures prévues par la loi.

Art. 173

[1] A la requête d'un époux, le juge fixe les contributions pécuniaires dues pour l'entretien de la famille.

[2] De même, à la requête d'un des époux, le juge fixe le montant dû à celui d'entre eux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide son conjoint dans sa profession ou son entreprise.

[3] Ces prestations peuvent être réclamées pour l'avenir et pour l'année qui précède l'introduction de la requête.

Art. 174

[1] Lorsqu'un époux excède son droit de représenter l'union conjugale ou se montre incapable de l'exercer, le juge peut, à la requête de son conjoint, lui retirer tout ou partie de ses pouvoirs.

[2] Le requérant ne peut porter ce retrait à la connaissance des tiers que par avis individuels.

[3] Le retrait des pouvoirs n'est opposable aux tiers de bonne foi qu'après avoir été publié sur l'ordre du juge.

Art. 175

Un époux est fondé à refuser la vie commune aussi longtemps que sa personnalité, sa sécurité matérielle ou le bien de la famille sont gravement menacés.

Art. 176

[1] A la requête d'un des conjoints et si la suspension de la vie commune est fondée, le juge:

1. Fixe la contribution pécuniaire à verser par l'une des parties à l'autre;
2. Prend les mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage;

INTERDICTION DE L'EXECUTION FORCEE ENTRE EPOUX PENDANT LE MARIAGE

Art. 173

[1] Les époux ne peuvent pendant le mariage requérir l'exécution forcée l'un contre l'autre que dans les cas prévus par la loi.

[2] La privation des droits civiques pour cause de saisie infructueuse ou de faillite n'est pas encourue par suite des pertes que l'un des époux a subies du chef de l'autre.

MONTANT A LIBRE DISPOSITION

3. Ordonne la séparation de biens si les circonstances le justifient.

[2] La requête peut aussi être formée par un époux lorsque la vie commune se révèle impossible, notamment parce que son conjoint la refuse sans y être fondé.

[3] Lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires, d'après les dispositions sur les effets de la filiation.

INTERDICTION DE L'EXECUTION FORCEE ENTRE EPOUX PENDANT LE MARIAGE

L'interdiction de l'exécution forcée a été supprimée. L'art. 203 sert dorénavant de protection.

Art. 203

[1] Le régime n'a pas d'effet sur l'exigibilité des dettes entre les époux.

[2] Cependant, lorsque le règlement d'une dette ou la restitution d'une chose exposent l'époux débiteur à des difficultés graves qui mettent en péril l'union conjugale, celui-ci peut solliciter des délais de paiement, à charge de fournir des sûretés si les circonstances le justifient.

MONTANT A LIBRE DISPOSITION

Art. 164

[1] L'époux qui voue ses soins au ménage ou aux enfants ou qui aide l'autre dans sa profession ou son entreprise a le droit de recevoir régulièrement de son conjoint un montant équitable dont il puisse disposer librement.

[2] Dans la détermination de ce montant, il faut considérer les revenus propres de l'époux créancier ainsi que le devoir du débiteur d'assurer l'avenir de la famille et de pourvoir aux besoins de sa profession ou de son entreprise.

REGIME MATRIMONIAL; REGIME ORDINAIRE

Le régime légal ordinaire était l'union des biens (art. 178 a.dr.). Alors que les masses de biens étaient en principe séparées en ce qui concerne la propriété mais elles formaient une unité au niveau de l'administration et de la jouissance. Le mari administrait les biens matrimoniaux et en avait la jouissance. A la dissolution de l'union des biens, la femme ou ses descendants avaient droit à un tiers du bénéfice restant, le mari et ses descendants aux deux tiers (art. 194ss. a.dr.).

REGIME MATRIMONIAL; REGIME ORDINAIRE

Le nouveau régime légal ordinaire est la participation aux acquêts (art. 181ss.). Les masses de biens sont séparées tant au niveau de la propriété que de l'administration. A la dissolution du régime, le mari reçoit la moitié du bénéfice de la femme, la femme la moitié du bénéfice du mari.

BIBLIOGRAPHIE

BALSCHEIT Peter, Gemeinsame Elternverantwortung auch nach der Scheidung?, in: SJZ 1988, S. 25ff.

BASTARD Benoit/CARDIA-VONECHE Laura, Les paradoxes de la médiation - L'irrésistible diffusion de la médiation familiale, in: Annales de Vaucresson No 29, 1988/2, Vaucresson 1988.

BERGER Markus, Die Stellung Verheirateter im rechtsgeschäftlichen Verkehr, Diss. Fribourg 1987.

BINDER Julius/WUNDERLIN Werner, Ehe - Rechte, Pflichten, Chancen im neuen Gesetz. Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, 4. Aufl., Glattbrugg 1991.

BRAUCHLI Andreas, Das Kindeswohl als Maxime des Rechts, Diss. Zürich 1982.

BROGGINI Gerardo/FORNI Rolando/HAUSHEER Heinz, Studi sul nuovo diritto matrimoniale e successorio: temi scelti, Bellinzona 1987.

CHEVALLEY Marie-José, L'influence du modèle familial sur les discriminations à l'égard des femmes, in: Charles-Albert Morand (Hrsg.), L'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, p. 111 - 122.

COESTER Michael, Das Kindeswohl als Rechtsbegriff, Frankfurt 1983.

Commission fédérale pour les questions féminines (ed.), Rapport sur la revision du droit du divorce en Suisse, Questions au féminin 2/87, Berne 1987.

CURTI Eugen, Eherecht - quo vadis? Der Beitrag zur freien Verfügung an den nicht berufstätigen Ehegatten, in: SJZ 1990, S. 149ff.

Département fédéral de justice et police (ed.), Le nouveau droit matrimonial et successoral. Un petit guide à l'intention des époux et des fiancés, Berne 1987.

DESCHENAUX Henri/STEINAUER Paul-Henri: Le nouveau droit matrimonial: effets généraux, régime matrimonial, successions, Berne 1987.

DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, Le mariage et le divorce: la formation et la dissolution du lien conjugal, 3e éd., Berne 1986.

DEUTSCH Emil, Das neue Kindesrecht: ein kleiner Führer für Mütter, Väter und Kinder, in Zusammenarbeit mit Bundesamt für Justiz, 2. Aufl., Bern 1986.

DUSS-VON WERDT Josef (Hrsg.), Kindeszuteilung - Richter, Anwälte, Gutachter, Aerzte, Sozialarbeiter und Familienberater im Gespräch, 2. erg. Aufl., Zürich 1986.

FLUEGGE Sibylla, Ambivalenzen im Kampf um das Sorgerecht - Die Geschichte der elterlichen Gewalt und die aktuelle Diskussion um die "gemeinsame Sorge", in: Streit 1/91, S. 4ff.

FRANK Richard, Grundprobleme des neuen Ehe- und Erbrechts der Schweiz, Basel 1987.

GEISER Thomas, Die Auswirkungen der AHV und der beruflichen Vorsorge auf die Scheidung, de lege lata et ferenda, in: Recht 1991/1, S. 1ff.

GROSSEN Jacques-Michel, Le nouveau droit matrimonial: Introduction, les effets généraux du mariage, in: Revue du droit de tutelle 1984/4, p. 121ff.

GUTKNECHT Bruno/PLATZER Peter/SCHRANZ Pierre-Alain, Das neue Ehe- und Erbrecht im geschäftlichen Alltag, Zürich 1987.

HANGARTNER Yvo (Hrsg.), Das neue Eherecht, Referate und Unterlagen der Tagungen vom 30./31. Oktober 1986 und 20./21. Mai 1987 in St.Gallen, St. Gallen 1987.

HÄNZI Brigit, Das neue Ehe- und Erbrecht: eine Einleitung, hrsg. vom Thurgauischen Obergericht, Frauenfeld 1987.

HASENBÖHLER Franz, SCHWENZER Ingeborg, JENE-BOLLAG Irène, STAEHELIN Adrian, BÖCKLI Peter, ENGLER Urs, Eherecht in der praktischen Auswirkung, hrsg. von der juristischen Fakultät der Universität Basel und des Basler Juristenvereins, Zürich 1991.

HAUSHEER Heinz (Hrsg.), Vom alten zum neuen Eherecht. Die vermögensrechtlichen Bestimmungen einschliesslich Übergangsrecht, Bern 1986.

HAUSHEER/REUSSER/GEISER, Kommentar zum Eherecht, Bd. I, Bern 1988.

HEGNAUER Cyril, Die Befugnisse des Richters und der vormundschaftlichen Behörde bei und nach der Scheidung von Eltern mit Kindern: Sollen die Art. 156, 157 und 315a ZGB revidiert werden?, in: Zeitschrift für Vormundschaftswesen 44 (1989), H. 4, S. 121 - 128.

HEGNAUER Cyril, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 3. überarbeitete und erg. Aufl. unter Mitarbeit von Peter Breitschmid, Bern 1989.

HEGNAUER Cyril, Gemeinsame elterliche Gewalt nach der Scheidung? in: SJZ 1990, S. 369ff.

HEGNAUER Cyril, Grundriss des Eherechts, 2. neubearb. Aufl., Bern 1987.

HOLLIGER Rolf, Das Recht in Ehe und Familie, Zürich 1991.

HOLLIGER Rolf, Wenn Ehegatten sich trennen oder scheiden, Zürich 1991.

INGLIN Ady, Das neue Kindesrecht, in: Zeitschrift für öffentliche Fürsorge 81 (1984), H. 1: S. 2 - 8, H. 2: S. 18 - 30.

JORIO Tino, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Diss. Fribourg 1977.

KAUFMANN Claudia, Die Gleichstellung von Frau und Mann in der Familie gemäss Art. 4 Abs. 2 BV, Diss. Basel 1985.

KAUFMANN H. Albert/HUWILER Bruno (Hrsg.), Das neue Ehe- und Erbrecht des ZGB mit seiner Übergangsordnung und seinen Auswirkungen auf das Scheidungs-, Miet-, Handels-, Steuer- und Betreibungsrecht, Bern 1988.

KNOEPFLER François, Nouveau droit du mariage, in: Revue de l'état civil 1986, no. 7/8, p. 221ff.

KOLLER Thomas, AHV und Eherecht - Standortbestimmung und Ausblick, in: ZBJV 1985, H. 7/8, S. 305ff.

Le nouveau droit du mariage: travaux des Journées d'étude de la Faculté de droit de l'Université de Lausanne des 7 et 8 mars 1986.

LIMBACH Jutta, Gemeinsame Sorge geschiedener Eltern, Heidelberg 1988.

LOCHER Thomas, Nahtstellen zwischen Scheidungs- und Sozialversicherungsrecht, in: ZBJV 1991, H. 7/8, S. 349ff.

Message concernant la revision du code civil suisse (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et succession) du 11 juillet 1979.

NÄF-HOFMANN Heinz/NÄF-HOFMANN Marlies, Das neue Ehe- und Erbrecht im Zivilgesetzbuch: Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht, Einführung für den Praktiker, 2. erg. und neubearb. Aufl., Zürich 1989.

OTT Walter, Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft im neuen Eherecht, in: Festschrift für Max Keller, Zürich 1989, S. 71 - 85.

PERRIN Jean-François, Le juge du divorce peut-il instaurer l'autorité parentale conjointe? in: SJ 1990, S. 372ff.

PIOTET Paul, Assurance-vie, prévoyance professionelle et AVS dans la participation aux acquêts, in: JT 1990, S. 622ff.

PIQUEREZ Gérard, Les mesures protectrices de l'union conjugale selon le nouveau droit du mariage, in: Problèmes de droit de la famille, Neuchâtel 1987, p. 113 - 126.

Rechtsauskunftsstelle Anwaltskollektiv (Hrsg.), Neues Ehe- und Erbrecht. Was tun?, Zürich 1987.

ROELLI Bruno, Materiell- und prozessrechtliche Gesichtspunkte der Kinderzuteilung, in: Richter und Verfahrensrecht, 150 Jahre Obergericht Luzern, Bern 1991, S. 225 - 282.

SANDOZ Suzette, Attribution conjointe de l'autorité parentale aux deux parents divorcés, in: Mélanges Paul Piotet, Berne 1990, p. 107 - 118.

SCHNEIDER-WERNER Cornelia, Wer zahlt den Preis für den Gang zum Mediator? - Kritische Anmerkungen zum "Mediation"-Modell, in: Streit 1/91, S. 16ff.

SCHOCH Claudia (Hrsg.), Neue Partnerschaft in der Ehe - Das revidierte Ehe- und Erbrecht, Zürich 1987.

TRACHSEL Daniel, Scheidung?, Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, Zürich 1982.

TSCHUEMPERLIN Urs, Die elterliche Gewalt inbezug auf die Person des Kindes, Diss. Fribourg 1989.

TUOR Peter/SCHNYDER Bernhard, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. neubearb. Aufl., Zürich 1986.

WEIMAR Peter, Zur Kritik des neuen Eherechts, in: SJZ 1985, S. 205ff.

Il existe, pour toutes les questions concernant le mariage, la séparation ou le divorce, un réseau étendu de services de consultation mis sur pied par des organisations féminines, les Eglises nationales ou d'autres organismes. Ils sont ouverts aux femmes comme et aux hommes et fournissent des conseils gratuitement ou à des tarifs avantageux.

Le manuel **Services de consultation pour les femmes en Suisse**, qui a été édité en 1990 à Berne par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes offre une vue d'ensemble des centres de consultation en indiquant l'adresse, les heures d'ouverture et les conseils proposés.

Ce manuel peut être commandé gratuitement à l'Office central fédéral des imprimés et du matériel OCFIM, 3000 Berne.

Adresses des auteur(e)s

Farner-Schmidhauser Doris, lic.iur., avocate
Ankerstrasse 61, 8026 Zürich

Freivogel Elisabeth, lic.iur., LL.M., avocate
Hauptstrasse 11, 4102 Binningen

Perrin Jean-François, professeur en sociologie du droit privé
à l'Université de Genève
6, chemin de la Moraine, 1162 St.Prex