

**Frauenfragen / Questions au féminin / Problemi al femminile**

**1/85**

Frauenfragen  
Questions au féminin  
Problemi al femminile



8. Jahrgang, Nr. 1  
April 1985

herausgegeben von der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen. Bundesamt für Kulturpflege, Thunstrasse 20, 3006 Bern, Tel. 031/61.92.75  
Redaktion: Dr. Lili Nabholz-Haidegger, gestützt auf Materialien von lic. iur. Ruth Reusser.

Abdruck der Beiträge nach Rücksprache mit der Redaktion und unter Quellenangabe erwünscht. Belegexemplare sind willkommen.

---

## NEUES EHERECHT - EIN ARGUMENTENKATALOG

### Vorwort:

Am 22. September 1985 wird das Schweizervolk über das neue Eherecht abstimmen. Dieses Gesetz ist in jahrzehntelanger Arbeit von Expertenkommission, Verwaltung, Bundesrat und Parlament sehr sorgfältig vorbereitet worden. Zwar kann keine Rechtsordnung glückliche Ehen garantieren und den Ehegatten die Verantwortung für einen guten Verlauf ihrer Ehe abnehmen. Sie stellt aber den rechtlichen Rahmen für eine funktionsfähige Ehe zur Verfügung. Sie muss im übrigen dafür sorgen, dass in Streitfällen den Interessen beider Ehegatten und der Familie angemessen Rechnung getragen wird. Das setzt voraus, dass das Eherecht unseren gelebten Verhältnissen entspricht und Lösungen anbietet, die wir aus unseren heutigen Anschauungen heraus als recht und billig empfinden. Darum ist die Anpassung der überholten Normen aus dem Jahre 1907 an unsere Lebenswirklichkeit dringlich geworden.

Das neue Eherecht ist eine der bedeutungsvollsten Vorlagen der jüngsten Rechtsgeschichte. Es ist die erste grosse Gesetzgebung, die die Folgerung aus dem in der Verfassung verankerten Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau zieht, ohne in Gleichmacherei zu verfallen. Es ist deshalb sehr wichtig, dass im Rahmen des Abstimmungskampfes eine gründliche Auseinandersetzung mit den Argumenten der Gegner des neuen Eherechts erfolgt. Ich begrüsse die Initiative der Eidg. Kommission für Frauenfragen, einen juristischen Argumentenkatalog zum neuen Eherecht zu publizieren und damit einen Beitrag zu einer sachlichen Diskussion zu leisten.

Möge das neue Eherecht am 22. September 1985 die Zustimmung des Souveräns finden.

Elisabeth Kopp, Bundesrätin

INHALTSVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
A. Allgemeine Information	1
B. Die einzelnen Argumente	2
I. Generell	2
1. Soziologische Untersuchungen	2
2. Etappenweise Revision	2
3. Eherecht und Scheidungsrecht gehören zusammen	2
4. Partialrevision des Eherechtes genügt	3
5. Unschweizerisch	3
6. Praktikabilität	4
II. Allgemeine Wirkungen der Ehe	5
7. Art. 160 Abs. 1 ZGB, Mann als Haupt der Gemeinschaft	5
8. Extremer Individualismus	6
9. Art. 160, Name	6
10. Art. 25 ZGB, Wohnsitz	7
11. Art. 173 ff. ZGB, Betreibungsverbot	8
12. Art. 161, Bürgerrecht bei der Heirat von Schweizerinnen	8
13. Art. 162, Eheliche Wohnung	10
14. Neues Leitbild: zwei berufstätige Ehegatten	11
15. Ehe- und Familienfeindlichkeit	11
16. Art. 163, Unterhalt der Familie	13
17. Art. 164, Betrag zur freien Verfügung des Haushaltführenden	14
18. Art. 165, Ausserordentliche Beiträge an den Unterhalt	16
19. Art. 166, Vertretung der ehelichen Gemeinschaft	18
20. Art. 167, Berufstätigkeit	19
21. Art. 169 und Art. 271a OR: Familienwohnung	20
22. Art. 170, Auskunftspflicht	22
23. Art. 171, Eheberatungsstellen	23
24. Richter als Haupt der Gemeinschaft	23
25. Art. 172 ff, Ganz allgemein unbefriedigend	26
26. Richter wird zu häufig erwähnt	26
27. Art. 175, Getrenntleben	27
III. Das Güterrecht	
28. Gütertrennung als ordentlicher Güterstand	27
29. Revision der Güterverbindung	28
30. Errungenschaftsgemeinschaft	28

## II

31. Einfache Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft	32
32. Bei Errungenschaftsgemeinschaft erübrigt sich Art. 164	33
33. Errungenschaftsbeteiligung ist während Ehe Gütertrennung	33
34. Gegenseitige hälftige Teilung der Errungenschaft ist ungerecht	35
35. Rückschlagsbeteiligung?	36
36. Schlechterstellung der Frau (kein Sondergut mehr)	36
37. Kompliziertheit der Errungenschaftsbeteiligung	37
38. Miteigentum ist 5. Vermögensmasse	37
39. Lebensweise der Bevölkerung: keine Buchhalterei	37
40. Art. 209, Ersatzforderungen	38
41. Sparsamer muss Schulden des Liederlichen bezahlen	39
42. Solidarhaftung	39
43. Art. 206, Mehrwertanteil	40
44. Anwendungsfälle der Mehrwertbeteiligung	41
45. Art. 208, Hinzurechnung	41
46. Güterrechtsregister	41
47. Kombinierbarkeit der Güterstände	42
48. Brautleute sollten Güterstand wählen	43
49. Gewerbe	43
50. Warum Sonderregelung nur für die Landwirtschaft ?	47
51. Gütertrennung bzw. Errungenschaftsgemeinschaft für Gewerbetreibende und Unternehmer	48
IV. Erbrecht	49
52. Unnötige Erbrechtsrevision	49
53. Sozialversicherung genügend ausgebaut	50
54. Ueberlebender Ehegatte erhält einmalig viel	50
55. Kinder aus 1. Ehe	51
56. Pflichtteil der Geschwister	52
V. Uebergangsrecht	53
57. Uebergangsrecht	53
58. Uebergangsrecht zum Namen und Bürgerrecht	54
Stichwortverzeichnis	56

## A. Allgemeine Information

### Schlussabstimmung im Parlament:

Nationalrat	160	: 3 Stimmen
Ständerat	33	: 5 Stimmen

Nationalrätl. Kommission: 30 Mitglieder (10 Frauen)  
26 Sitzungstage  
rund 1500 Seiten Protokoll

Ständerätl. Kommission: 13 Mitglieder (3 Frauen)  
11 Sitzungstage  
rund 780 Seiten Protokoll

Dauer der parlamentarischen Beratung: 5 Jahre

Hervorstechendes Ereignis: Wie beim Kindesrecht haben nach Abschluss der Beratungen sämtliche 25 Parlamentarierinnen durch alle Parteien hindurch sich mit dem neuen Recht solidarisiert (in anderen Bereichen noch nie vorgekommen).

Erster Beginn der Revisionsarbeiten 1957 im Rahmen einer vom EJPD eingesetzten Studienkommission. 1. Vernehmlassungsverfahren 1966/67. Bundesrätl. Entwurf wurde von 26-köpfigen (darunter 10 Frauen) Expertenkommission mit Vertretern aus Wissenschaft und Praxis vorbereitet. Präsident: Prof. Grossen, NE; Referent für das Eherecht: Prof. Deschenaux, FR. Der Schweiz. Anwaltsverband war durch eine Frau vertreten. Im Vernehmlassungsverfahren 1976 haben 19 Kantone, 12 Parteien und 58 Organisationen Stellung genommen. Die grosse Mehrheit der Eingaben nahm den Entwurf positiv auf und äusserte nur punktuelle Aenderungswünsche.

Sollte das neue Eherecht am 22. September in der Volksabstimmung verworfen werden, so dürfte es um die 8 Jahre dauern, bis ein neues Gesetz vorliegt, gegen das dann allenfalls von anderer Seite das Referendum ergriffen wird: Zwischen 2-3 Jahre für die Erarbeitung eines neuen Vorentwurfes mit Begleitbericht in den Amtssprachen (keineswegs leicht zu erstellen, da die Meinungen der Gegner uneinheitlich sind); mindestens 1/2 Jahr Vernehmlassungsverfahren, wobei die Frist immer überzogen wird; Ueberarbeitung des Vorentwurfes im Lichte der eingegangenen Stellungnahmen (weit über 1'000 Seiten zu erwarten); Ausarbeitung der Botschaft in den Amtssprachen. Parlamentarische Beratung um die 3 Jahre. Ein Vergleich beispielsweise mit dem Raumplanungsgesetz ist nicht schlüssig. Nach der Verwerfung der 1. Vorlage wurden dort einfach verschiedene Fragen den Kantonen zur Regelung überlassen. Zudem hatte jenes Gesetz viel kleineren Umfang.

Wird das neue Eherecht am 22. September angenommen, vergehen noch rund 2 Jahre, bis das Gesetz in Kraft gesetzt werden kann (Kantone müssen Ausführungsbestimmungen erlassen und Zivilstandsregisterführung muss der neuen Rechtslage angepasst werden):

## B. Die einzelnen Argumente

### I. Generell

(Es folgen stets zuerst die - authentischen - Argumente der Gegner in den Kästchen und anschliessend die Gegenargumente)

#### 1. SOZIOLOGISCHE UNTERSUCHUNGEN

Die Expertenkommission stützte sich auf soziologische Untersuchungen, die nur mit Vorsicht zu geniessen sind. Insbesondere die Angaben über die Berufstätigkeit der Frau sind leichtfertig.

Was in der Botschaft des Bundesrates 1979 angegeben wurde, hat sich in der Volkszählung 1980, die wohlverstanden die ganze Bevölkerung erfasst, bestätigt:

67 % der Ehefrauen sind nicht erwerbstätig  
14,5 % sind voll erwerbstätig  
18,5 % sind in Teilzeit erwerbstätig.

Von 1'439'000 Familienhaushaltungen von Ehepaaren haben 741'390 keine Kinder unter 18 Jahren im gemeinsamen Haushalt.

Heute kann die 20-jährige Frau erwarten, dass sie 80,5, der Mann, dass er 73,9 Jahre alt wird. Die durch Tod aufgelöste Ehe dauert deshalb durchschnittlich um die 45 Jahre.

#### 2. ETAPPENWEISE REVISION

Man sollte die verschiedenen Teile des Familienrechts nicht einzeln revidieren, denn die eine Revisions-etappe präjudiziert die andere. Es fehlt an einer Gesamtschau.

Eine Totalrevision würde viel zu lange dauern und zudem dem Bürger nur die Alternative zwischen allem oder nichts lassen. Jede Revisionsetappe umfasst ein in sich geschlossenes Gebiet. Die etappenweise Revision ist seinerzeit mit einem Postulat vom Parlament gefordert worden und wurde 1968 vom Bundesrat beschlossen. Die Aufteilung hat sich schon beim Adoptions- und Kindesrecht bewährt. Dank der Aufteilung sind die Interessierten viel früher in den Genuss eines neuen Rechts gekommen.

#### 3. EHERECHT UND SCHEIDUNGSRECHT GEHOEREN ZUSAMMEN

Man hätte zumindest das Scheidungsrecht miteinbeziehen sollen.

- a. Die Revision der allgemeinen Wirkungen der Ehe und des Ehegüterrechtes ist viel dringender als die Revision des Scheidungsrechtes.
- b. Die beiden Revisionsetappen haben eine ganz andere Thematik: Bei den allgemeinen Wirkungen der Ehe und dem Ehegüterrecht geht es um die Gleichberechtigung von Mann und Frau (Art. 4 BV). Diese ist im Scheidungsrecht auf der Gesetzesstufe längst verwirklicht; hier steht im Mittelpunkt, welche Bedeutung dem verschulden und dem Einverständnis der Ehegatten zukommen soll. Die eine Revisionsetappe präjudiziert die andere in keiner Weise.

Vgl. im übrigen zu Artikel 163, Buchstabe k.

#### 4. PARTIALREVISION DES EHERECHTES GENUEGT

Totalrevision nein - Partialrevision ja.  
Die Totalrevision des Eherechts verändert die grundlegenden tragenden Prinzipien, was nicht angebracht ist.

Das neue Recht ist vielleicht in der äusseren Form, nicht aber im materiellen Gehalt eine Totalrevision. Es bedeutet lediglich eine organische Weiterentwicklung des bisherigen Rechts. Die grundlegende, das ganze Eherecht überspannende Norm von Artikel 159 wird unverändert aus dem alten Recht ins neue übernommen und der neue ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung ist nichts anderes als eine bereinigte Güterverbindung (siehe hinten, "Revision der Güterverbindung"). Gerade die von gewissen, jedoch lange nicht von allen Gegnern des neuen Eherechts vorgeschlagene Errungenschaftsgemeinschaft würde einen totalen Umbruch zu unserer heutigen Tradition bringen und materiell eine Totalrevision des Güterrechtes bedeuten.

Das geltende Kapitel über die allgemeinen Wirkungen der Ehe enthält neben Artikel 159 18 Artikel. 11 davon widersprechen dem Gebot der Gleichbehandlung der Ehegatten, das in unserer Verfassung verankert ist.

Wer lediglich eine Teilrevision befürwortet, will im Grunde in gewissen Bereichen das heutige patriarchalische System beibehalten.

#### 5. UNSCHWEIZERISCH

Das neue Recht ist unschweizerisch (Unterschriftenkarten des Komitees gegen ein verfehltes Eherecht).

Das neue Eherecht ist ein eigenständiges Gesetz, bei dessen Ausarbeitung aber selbstverständlich auch Rechtsvergleich betrieben wurde. So schrieb Eugen Huber (Erläuterungen zum VE eines Schweiz. ZGB, Bern, 1914, Bd I, S. 6/7): "Ohne eine stete aufmerksame Vergleichung mit anderen Rechtsgebieten" verfällt die Gesetzgebung der Gefahr, "sich in einer ungerechtfertigten Ein-

seitigkeit zu entwickeln. Wie für den Einzelnen, so ist für die Völker der Umgang mit andern ein unentbehrliches Lebenselement. Die Gesetzgebung darf nicht zur chinesischen Mauer werden."

## 6. PRAKTIKABILITAET

Das neue Recht ist unpraktikabel.

- a. Komplizierte Tatbestände lassen sich nicht leicht in ganz einfache Rechtsnormen kleiden. Berühmter Satz: Alles Einfache ist etwas ungerecht, alles Gerechte etwas kompliziert.
- b. Das neue Recht bedeutet keinen Umbruch unserer Rechtsordnung, sondern eine logische Weiterentwicklung. Viele Begriffe, die uns aus dem geltenden Recht bekannt sind, werden ins neue übernommen, so die eheliche Wohnung, der gebührende Unterhalt, die laufenden Bedürfnisse der Familie, die Errungenschaft etc.
- c. Die Schwierigkeiten der Rechtsanwendung dürfen nicht überbewertet werden. Keiner unserer Umliegenderstaaten (ausser Liechtenstein) kennt beispielsweise mehr eine feste Rollenteilung und die Praktikabilität einer solchen Regelung hat sich im Ausland klar gezeigt. Dass die Schweiz auch hier ein Sonderfall sein soll und für den Streitfall eine klare Fixierung der Frau auf die Haushaltarbeit braucht, kann deshalb mit guten Gründen bezweifelt werden.
- d. Gewisse Argumente, die man heute hört, sind bereits anlässlich der Revision des Kindesrechtes 1976 vernommen worden. So schrieb das damalige Referendumskomitee: "Die Einheit der Familie wird zerstört, die Familie verprozessualisiert" (weil der Stichentscheid des Vaters bei Fragen der Kindererziehung aufgehoben und Vater und Mutter einander gleichgestellt wurden).

In den sieben Jahren seit dem Inkrafttreten des neuen Kindesrechtes hat sich klar erwiesen, dass die damaligen Vorwürfe aus der Luft gegriffen waren. Es ist überhaupt kein Urteil bekannt, indem zwischen streitenden Ehegatten entschieden werden musste.

- e. Jede Rechtsnorm ist auslegungsbedürftig. Auslegungsfragen lassen sich dann in einem gewissen Rahmen vermeiden, wenn man schlicht auf eine Norm verzichtet. So wäre es zweifellos denkbar, Artikel 165 Absatz 2 zu streichen. Die Frage ist dann aber, ob dies der materiellen Gerechtigkeit dient. Soll z.B. eine Frau, die ihrem Mann sein Studium zahlt, wenn dieser unmittelbar nach Abschluss des Studiums die Scheidung verlangt, weiterhin keinen Anspruch auf Ausgleich ihrer ausserordentlichen Leistung haben, wie das heute der Fall ist?

In weiten Bereichen würde aber ein Verzicht auf eine Norm die Probleme nicht einfach aus der Welt schaffen. Vielmehr müsste sich die Praxis dennoch damit befassen. Als Beispiel sei Arti-

kel 206 über die Mehrwertbeteiligung genannt (vgl. hinten, "Art. 206 Mehrwertanteil").

## II. Allgemeine Wirkungen der Ehe

(Vorbemerkung: Artikelangaben ohne Hinweis auf das Gesetz betreffen das neue Eherecht)

### 7. ART. 160 ABS. 1 ZGB, MANN ALS HAUPT DER GEMEINSCHAFT

Streichung der Bestimmung, dass der Mann das Haupt der Gemeinschaft ist, ist ein Einbruch in eine göttliche Ordnung (vgl. Unterschriftenkarte der Eidgenössisch-Demokratischen Union EDU).

Der Satz "Der Mann ist das Haupt der Gemeinschaft" stammt nicht aus den Evangelien selber. Vielmehr handelt es sich um einen abgeänderten, aus dem Zusammenhang gerissenen Satz des Apostels Paulus in seinem Brief an die Christen in Ephesus (Eph. 5, 23), der wörtlich heisst: "Denn der Mann ist das Haupt der Frau." Auch an anderen Stellen wird von der Unterordnung der Frau gesprochen, aber im gleichen Zusammenhang meist auch von der Unterordnung des Sklaven unter seinem Herrn (Eph. 6, 5-8; Kol. 3, 22-25; Titus 2, 9-10).

So wenig wie diese kann jene im Ernst als Teil der göttlichen Ordnung empfunden werden. Vielmehr sind die Sätze aus den damaligen sozialen und kulturellen Verhältnissen zu verstehen. So schreibt denn auch Paulus etwa im Brief an die Galater (3, 26-28): "Ihr alle seid Kinder Gottes durch den Glauben an Christus. Da ist nicht Jude noch Grieche, da ist nicht Sklave noch Freier, da ist nicht Mann und Frau; denn ihr seid alle einer in Christus Jesus." Hier ist der Weg zu einer partnerschaftlichen Gemeinschaft gleichwertiger Personen freigelegt. Dementsprechend weist übrigens das heutige Gesetzbuch der römisch-katholischen Kirche in Canon 1135 den beiden Ehegatten bezüglich der ehelichen Gemeinschaft die gleichen Rechte und Pflichten zu. Und die 5. internat. Bischofssynode schrieb 1980 in der "Botschaft an die Familien": "Gatte und Gattin sind verschieden, aber gleichrangig. Die Verschiedenheit ist zu beachten. Sie soll jedoch nie als Vorwand gebraucht werden, um die Vorherrschaft des einen Teils über den andern zu rechtfertigen."

Im Vernehmlassungsverfahren 1976 nahmen die Schweiz. Bischofskonferenz, der Schweiz. evangelische Kirchenbund und die Christkatholische Kirche der Schweiz zum Entwurf Stellung und waren mit dem Prinzip der Partnerschaft einverstanden.

Juristisch gesehen ist Artikel 160 Absatz 1 ZGB eine Leerformel. Der Mann kann aus der Bestimmung nicht konkrete Rechte ableiten. Er hat grundsätzlich nur mehr Rechte dort, wo ihm diese das Gesetz ausdrücklich zuweist (Wohnung, Vertretung der ehel. Gemeinschaft etc.).

## 8. EXTREMER INDIVIDUALISMUS

Die ganze Revision ist geprägt von einem fanatischen Hang, möglichst weitgehend die Einzelinteressen der Ehegatten zu verwirklichen.

Wie reimt sich dieser Vorwurf insbesondere mit dem Wortlaut folgender Bestimmungen zusammen: Art. 159, 162, 163, 166 Abs. 1, 167, 169, 203 Abs. 2? Das ganze Eherecht ist im Lichte von Artikel 159 auszulegen: "einträchtiges Zusammenwirken", "Treue und Beistand" sind die Grundpfeiler jeder Ehe.

Wenn man im neuen Recht davon ausgeht, dass nicht nur die Frau allein ihre persönlichen Interessen der Gemeinschaft opfern muss, so liegt darin noch lange kein extremer Individualismus.

Als Beispiele für den extremen Individualismus seien erwähnt: Die Einheit des Familiennamens wird aufgebrochen, der gemeinsame Wohnsitz wird preisgegeben und das Betreibungsverbot unter Ehegatten wird aufgehoben.

### I. Zum Namen

#### 9. ART. 160, NAME

- a. Der Gesetzestext sagt klar, dass es weiterhin einen Familiennamen gibt (= grundsätzlich Name des Ehemannes). Die Kinder erhalten auch nur diesen Familiennamen. Die Frau kann aber ihren bisherigen Namen dem Familiennamen voranstellen und hat damit einen Doppelnamen.
- b. Damit ändert sich in der Praxis lediglich, dass all die Frauen, die heute in ihrem privaten und beruflichen Bereich ihren Mädchennamen verwenden (Dorothea Furrer vom Fernsehen ist verheiratet mit Herrn Meyer) und verwenden dürfen, fortan auch im amtlichen Verkehr mit ihrem bisherigen Namen verbunden zum Doppelnamen auftreten dürfen. In Italien ist dies die generelle gesetzliche Lösung.
- c. Die Schweiz ist heute neben der Türkei und Liechtenstein das einzige Land der im Europarat vertretenen 21 Staaten, in welchem die Ehefrau zwingend den Namen des Mannes annehmen muss. In recht vielen Staaten (so z.B. Frankreich, Belgien, Luxemburg, Spanien, Portugal und Griechenland (ab 1983)) behält die Frau von Gesetzes wegen bei der Heirat ihren bisherigen Namen bei. Dass dort die Ehen schlechter seien als in der Schweiz, kann kaum im Ernst behauptet werden.
- d. Beim Namen geht es um eine Frage der Toleranz einer Minderheit mit besonderen Bedürfnissen gegenüber. In den allermeisten Fällen werden die Brautleute die traditionelle Lösung wählen.
- e. Das Zentralstrafregister wird heute unter Mädchennamen geführt, da Ehenamen wechseln können! Ebenso werden heute ver-

heiratete Frauen ins Grundbuch gewisser welscher Kantone zum Teil mit dem Mädchennamen eingetragen.

- f. Brautleute sind mündige Personen und müssen selber wissen, welche Lösung ihnen am besten passt. Leute, die es als unmöglich empfinden, wenn ein Herr Meyer seine Frau als Frau Müller-Meyer vorstellt, müssen ja nicht diese Lösung wählen.
- g. Ein Wahlrecht (Ehegatten wählen Namen des Mannes oder der Frau zum Familiennamen) würde die echten Probleme nicht lösen. Es ist nicht anzunehmen, dass eine unter ihrem Mädchennamen weit bekannte Frau oder eine Frau im fortgeschrittenen Alter einen Mann heiratet, dem es nichts ausmacht, seinen Namen zu wechseln. Wahlrecht zwingt einen Ehegatten zur Preisgabe seines Persönlichkeitsrechtes! Aber nicht zu übersehen: erleichterte Namensänderung gemäss neuem Artikel 30 Absatz 2 ZGB.

## II. Zum Wohnsitz

### 10. ART. 25 ZGB, WOHSITZ

- a. Das Eherecht regelt nur die eheliche Wohnung, also den Ort, wo sich das eheliche Leben tatsächlich abspielt (Art. 162, siehe hinten). Der Wohnsitz dagegen ist ein Rechtsbegriff des Personenrechts. Er legt die örtliche Zuständigkeit z.B. für eine Betreuung, eine Klage oder für den Erlass von vormundschaftlichen Massnahmen fest.
- b. Der heutige abgeleitete Wohnsitz der Ehefrau widerspricht Artikel 4 der Bundesverfassung. Materiell bedeutet er, dass eine Frau, die im Einverständnis mit ihrem Mann eine eigene Wohnung z.B. in Biel hat, während der Mann in Zürich arbeitet und auch dort wohnt (wobei das Ehepaar abwechselnd in den beiden Wohnungen lebt), von Dritten in Zürich eingeklagt oder betrieben werden muss.
- c. Da die Ehefrau heute unter den Voraussetzungen von Artikel 170 ZGB eigenen Wohnsitz begründen kann, muss der Dritte, der gegen eine Ehefrau mit eigener Wohnung vorgehen will, abklären, ob sie die Gründe von Artikel 170 ZGB erfüllt oder nicht. Das ist eine ungerechtfertigte Einmischung ins Privatleben und führt in der Praxis auch immer wieder zu Schwierigkeiten.
- d. Unter dem neuen Recht werden nicht mehr und nicht weniger Ehegatten getrennt leben als jetzt. Die neue Regelung hat den Vorteil, dass ein Wohnsitzwechsel des Ehemannes nicht notwendigerweise auch einen Wohnsitzwechsel der ganzen Familie nach sich zieht. Das neue Recht regelt auch den Wohnsitz der Kinder für den Fall klar, dass die Ehegatten tatsächlich getrennt leben. Bis dahin musste sich die Praxis bei getrenntem Wohnsitz der Eltern irgendwie helfen.
- e. Die Ehegatten gemeinsam den Wohnsitz bestimmen zu lassen, wie zum Teil vorgeschlagen wird, hat wenig Sinn. Für die Gemeinschaft wird damit nichts gewonnen und für die Dritten werden nur wieder völlig unübersichtliche Verhältnisse geschaffen. Welche Behörde örtlich zuständig ist, sollte möglichst einfach bestimmt werden können: Massgebend soll für die Frau fortan

wie heute schon für den Mann der Lebensmittelpunkt sein (Art. 23 ZGB).

### III. Zum Betreibungsverbot unter Ehegatten

#### 11. ART. 173 ff. ZGB, BETREIBUNGSVERBOT

- a. Es soll dem ehelichen Frieden dienen. In Tat und Wahrheit schützt es aber den unverschämteren Ehegatten, der eine gerechtfertigte Forderung nicht bezahlen will. So kann während der Dauer des gemeinsamen Haushaltes die Ehefrau zwar vom Eheschutzrichter das Haushaltungsgeld festsetzen lassen, wenn ihr der Mann nichts oder zu wenig gibt. Aber mit den Mitteln des Zwangsvollstreckungsrechts kann sie das Urteil nicht durchsetzen (BGE 81 III 1). Gibt umgekehrt der Mann der Frau z.B. für den Aufbau eines Geschäftes (ist Sondergut!) ein Darlehen auf 3 Jahre, und zahlt die Frau nach drei Jahren dieses Geld nicht zurück, so kann der Mann nichts tun. Das ist schlicht unbillig! Das Verbot führte dazu, dass der Gläubiger-Ehegatte häufig seine Ansprüche verlor, weil er sie im Moment nicht durchsetzen durfte und später möglicherweise nichts mehr erhalten konnte. Beim Zuwarten mit Eintreiben einer Forderung bis zur Auflösung der Ehe bestehen im allgemeinen auch Beweisschwierigkeiten.
- b. Das eherechtliche Gebot der Rücksichtnahme (Art. 159) verlangt Zurückhaltung mit einer Betreibung. Die Ehegatten sind aber erwachsen genug, selber zu entscheiden, ob in einer Krisensituation diese Rücksichtnahme noch am Platz ist oder nicht.
- c. Das Betreibungsverbot steht in Widerspruch zur heutigen uneingeschränkten Möglichkeit, Prozesse durchzuführen oder Strafklage gegen den Ehegatten einzureichen. Das kommt aber in der Praxis kaum vor.
- d. Kein Ehegatte muss den andern betreiben, um zu verhindern, dass seine Forderung verjährt. Artikel 134 OR, wonach Forderungen unter Ehegatten während der Dauer der Ehe nicht verjähren, bleibt weiterhin bestehen.
- e. Das neue Eherecht nimmt auf den Schuldnerhegatten Rücksicht, indem dieser bei Zahlungsschwierigkeiten Anspruch auf Zahlungsfristen hat.
- f. Das schweizerische Betreibungsverbot unter Ehegatten ist bezeichnenderweise beim Vergleich mit den ausländischen Rechtsordnungen absolut singulär.

#### 12. ART. 161, BÜRGERRECHT BEI DER HEIRAT VON SCHWEIZERBÜRGERN

Die neue Bürgerrechtsregelung ist eine Ungleichbehandlung zu Lasten des Mannes. Das neue Doppelbürgerrecht der Frau bringt einen unnötigen Verwaltungsaufwand und gefährdet die ordentliche Zivilstandsregisterführung. Ein echtes Interesse der Frau an ihrem bisherigen Bürgerrecht besteht nicht. Fakultative Lösung hätte genügt.

- a. Nur der Mann kann sein Bürgerrecht an die Kinder aus der Ehe weitergeben (Ungleichbehandlung zu Lasten der Frau). Dass die Frau neben ihrem bisherigen Bürgerrecht auch das Bürgerrecht des Mannes bekommt, gewährleistet deshalb die Einheit des Bürgerrechtes der Mutter mit demjenigen der Kinder.
- b. Da es weiterhin ein Familienbürgerrecht gibt, besteht die Möglichkeit, den zusätzlichen Verwaltungsaufwand auf ein Minimum zu reduzieren. Der Eidg. Fachausschuss für Zivilstandsfragen arbeitet an einer möglichst einfachen Lösung. Sicher ist, dass die neue Lösung praktikabel sein wird und die ordentliche Führung des Familienregisters nicht gefährden wird.

Konkret (wenn das neue Recht eingespielt ist) ist laut Angaben zuständiger Experten im Zivilstandswesen mit 6 Stunden Mehrarbeit pro Zivilstandsbeamten und pro Jahr bei den Eheschliessungen zu rechnen: 38'000 Eheschliessungen pro Jahr (1983: 37'600, 1980: 35'700), die schon heute an den Heimatort der Frau gemeldet werden müssen. 20 % Doppelbürgerrechte (geschätzt) = 45'600 neue Blätteröffnungen für Frauen. Durchschnittlich 15 Minuten Arbeitszeit pro Blätteröffnung = 11'400 Stunden pro Jahr verteilt auf 2'000 Zivilstandsbeamten. Wenn die Kinder der Ehegatten nicht auf den Frauenblättern eingetragen werden (haben nur Bürgerrecht des Vaters), bleibt die Zahl der Nachträge relativ gering (Scheidung, Tod, 2. Eheschliessung, Namensänderung, Bürgerrechtswechsel).

- c. Es ist doch erstaunlich, dass man mit Verwaltungsaufwand argumentiert, wenn es um ein Anliegen der Frauen geht. Bisher sind in den Kantonen recht wenige Anstrengungen unternommen worden, Mehrfachbürgerrechte zu unterbinden. Zuerst sollte man drei- und vielfach Bürgerrechte verbieten, bevor man bei den Frauen mit Sparen beginnt.
- d. Das Verbundenheitsgefühl der Frauen zu ihrem Bürgerort, d.h. zu ihren Eltern und ihrer angestammten Familie, ist durchaus achtens- und schützenswert. Wenn dieses Verbundenheitsgefühl nicht mehr besteht, können wir unser 3-fach Bürgerrecht (Gemeinde-, Kantons-, und Schweizerbürgerrecht) abschaffen und uns wie das Ausland auf die Staatsangehörigkeit beschränken. Im übrigen hat das Bürgerrecht praktische Bedeutung für Bürgernutzen, Mitwirkung in politischen Gremien, Zulassung zu bestimmten Examen, Tarifen für Altersheime etc.
- e. Die Bewegung, den verheirateten Frauen ihr angestammtes Bürgerrecht zu belassen, ist von den Kantonen her gekommen. Die Kantone Basel-Stadt und Genf haben bereits solche Gesetze erlassen, wurden aber vom Bundesgericht "zurückgepfiffen", da die Materie in die ausschliessliche Bundeszuständigkeit fällt.
- f. Dass die Frau von Gesetzes wegen ihr bisheriges Bürgerrecht beibehält, geht auf den Wunsch der Experten im Zivilstandswesen zurück. Eine fakultative Lösung wäre administrativ aufwendiger.

- g. Seit 1952 kann die Schweizerin bei Heirat mit Ausländer ihr Bürgerrecht beibehalten. Inskünftig wird nun einfach das gleiche auch bei innerschweizerischer Heirat gelten.

13. ART. 162, EHELICHE WOHNUNG

Die Notwendigkeit eines gemeinsamen Wohnortes ist nicht mehr gegeben. Die gemeinsame Bestimmung der Wohnung beutet den erwerbstätigen Ehegatten aus, da diesere nicht mehr allein nach den Bedürfnissen des wirtschaftlichen Fortkommens die Wohnung wechseln kann. Lösung für den Streitfall fehlt: Richter muss entscheiden

- a. Aus Artikel 159 geht klar hervor, dass die Ehegatten einen gemeinsamen Haushalt führen sollen. Das neue Recht unterscheidet sich vom bisherigen Recht lediglich dadurch, dass nicht mehr der Ehemann allein, sondern beide Ehegatten zusammen die eheliche Wohnung bestimmen. Damit ist es bedeutend gemeinschaftsfreundlicher. Der Begriff der ehelichen Wohnung ist in beiden Rechten identisch. Schon heute kann der Mann zwei Wohnungen als eheliche Wohnung bezeichnen.
- b. Ein Ehegatte, der sich weigert, dort zu wohnen, wo ihm sein Partner vorschlägt, verletzt, wenn der Vorschlag den Lebensbedingungen der Familie (Kriterien: Berufstätigkeit von Mann und Frau, Erziehung der Kinder, Einkommen der Familie, Wohnungsmarkt) entspricht, eine eherechtliche Pflicht. Ungerechtfertigtes Nichtzusammenwohnen hat im alten wie im neuen Recht Sanktionen zur Folge: Es führt zum Verlust der Unterhaltsansprüche (Art. 176 Abs. 1 Ingress in Verbindung mit Art. 175) und wird bei einer Scheidung als Verschulden gewertet. Lediglich der abhängige Wohnsitz der Ehefrau wird preisgegeben (vgl. vorne "Art. 25"). Das ist aber eine wenig erfolgreiche Sanktion. Damit kann ja nicht verhindert werden, dass die Frau nicht in der vom Mann bestimmten Wohnung lebt. Sie bewirkt nur, dass die Ehefrau an einem andern Ort als ihrem Wohnsitz lebt. Im übrigen trifft die Sanktion nur die Frau.
- c. Ein Wohnungswechsel betrifft die ganze Familie (33 % berufstätige Ehefrauen, Schule für Kinder etc.) und muss deshalb gemeinsam entschieden werden. Die wirtschaftliche Mobilität des Ehemannes darf nicht das einzige Kriterium sein. Keinem Mann kann aber untersagt werden, eine neue Stelle anzunehmen.
- d. Im Streitfall kann der Eheschutzrichter (wie heute) nur vermitteln. Wo die eheliche Wohnung sein soll, kann er niemals entscheiden.

Wer dem neuen Recht vorwirft, es sehe keine Regelung für den Streitfall vor, muss das Argument mutatis mutandis auch für das geltende Recht anerkennen: Dieses regelt nämlich nicht, was geschieht, wenn der Ehemann die gemeinsame Wohnung nicht bestimmt.

- e. Eine Lösung, wonach derjenige Ehegatte die eheliche Wohnung bestimmt, der überwiegend für den Unterhalt der Familie aufkommt, befriedigt keineswegs. Sie vernachlässigt den Gemeinschaftsgedanken und die Interessen der übrigen Familienmitglieder, d.h. insbesondere der Kinder, und kann bei den 33 % berufstätigen Ehefrauen zum Streit führen, wer nun wirklich überwiegend für die Familie aufkommt. Buchhalterei würde gefördert.

#### 14. NEUES LEITBILD: ZWEI BERUFSTAETIGE EHEGATTEN

Als ideale Familie schwebt dem Gesetzgeber voneinander unabhängige Ehegatten vor, die irgendwie so nebenbei Haushalt und Kinderbetreuung bewältigen und beide voll erwerbstätig sind.

Diese Behauptung entbehrt jeder Grundlage. Artikel 163 gibt dafür keinerlei Anhaltspunkte. Eines der Anliegen der Revision ist es, die Stellung der Hausfrau und Mutter aufzuwerten. Bleibt heute eine Ehefrau im Interesse der Familie zu Hause, hat sie wie ein Kind höchstens Anspruch auf ein Sackgeld und bei der Auflösung der Ehe bekommt sie lediglich einen Drittel der Ersparnisse des Mannes. Ist die Frau dagegen heute berufstätig, so bildet ihr Arbeitsverdienst Sondergut, den sie güterrechtlich nicht zu teilen hat. Bei Auflösung der Ehe bekommt sie aber wie die Hausfrau einen Drittel der Ersparnisse des Mannes.

Bleibt unter dem neuen Recht eine Frau zu Hause, so kommt Artikel 164 zur Anwendung und bei der Auflösung bekommt sie die Hälfte der Ersparnisse des Mannes. Ist sie inskünftig berufstätig, so bekommt sie bei der Auflösung der Ehe zwar auch die Hälfte der Ersparnisse des Mannes, muss aber ihre eigenen Ersparnisse ebenfalls partnerschaftlich teilen.

Wäre das neue Leitbild der Ehe zwei berufstätige Ehegatten, die nebenbei den Haushalt erledigen, so hätte der Gesetzgeber die Gütertrennung und nicht die Errungenschaftsbeteiligung (= bereinigte Güterverbindung, siehe hinten "Revision der Güterverbindung") als ordentlichen Güterstand wählen müssen und auf Artikel 164 verzichten können.

#### 15. EHE- UND FAMILIENFEINDLICHKEIT

Das neue Gesetz ist ehe- und familienfeindlich. Alle Regeln, die einem Ehegatten eine besondere Funktion zuweisen, werden aufgehoben. Der Richter wird damit zum Haupt der Gemeinschaft

- a. Im heutigen Gesetz bei den allgemeinen Wirkungen der Ehe geregelt ist:

- dass der Mann die eheliche Wohnung bestimmt (vgl. dazu vorn Art. 162)

- dass der Mann primär die Kosten des Unterhalts der Familie zahlt
- dass die Frau den Haushalt führt (vgl. dazu hinten Art. 163)
- dass der Mann primär die eheliche Gemeinschaft vertritt (vgl. dazu hinten Art. 166)
- dass die Frau für eine Berufstätigkeit die Zustimmung des Mannes (vgl. dazu hinten Art. 167) braucht.

Weitere Bereiche mit einer klaren Funktionsteilung gibt es schon heute nicht. Vielmehr müssen sich die Ehegatten schon heute bei allen übrigen Fragen des ehelichen Lebens einigen.

Die Philosophie, die hinter der Preisgabe der Führungsbefugnisse steht, kann man wohl kaum besser ausdrücken als mit den Worten von Professor August Egger aus dem Jahre 1954 (ZSR 73, 1954 S. 37). Er schreibt von der Rechtsform, in die die Ehe gekleidet sein sollte:

"Diese kann nur noch in der Gemeinschaft Gleichberechtigter bestehen. Die Ehe kann immer nur ein Bund zweier Menschenkinder sein - zweier selbständiger Personen. Das ist eine zu schmale Basis für herrschaftliche Ansprüche; denn sie ist Lebensgemeinschaft, und diese erträgt doch auf die Dauer nicht mehr jene Differenzierung, sondern erheischt Zusammenwirken aufgrund gemeinsamen Wollens. Ihrer Natur nach ist die Ehe angewiesen auf die volle Auswirkung aller Gemeinschaftskräfte, das Wohlwollen, die Rücksichtnahme, das Geltenlassen des Gefährten, (...) gegenseitige Hilfe."

- b. Wie wenig nötig es ist, um Streitsituationen zu vermeiden, das Patriarchat aufrechtzuerhalten, zeigen übrigens die Erfahrungen mit dem neuen Kindesrecht. Auch dort hat die Aufhebung des Stichtentscheids des Vaters bei Uneinigkeit der Eltern in den Fragen der Kindererziehung 1976 zum Vorwurf geführt, die Familie werde verprozessualisiert. Sieben Jahre praktische Erfahrungen mit dem neuen Kindesrecht belegen klar die Unhaltbarkeit des Vorwurfs.
- c. Klare Führungsbefugnisse eines Ehegatten bringen vielleicht mehr äussere Ordnung, haben aber nichts zu tun mit einer glücklichen Ehe, die das Wohl beider Ehegatten gewährleistet. Jede gute Ehe setzt Gesprächs- und Kompromissbereitschaft der Ehegatten voraus. Dort, wo sie fehlt, wird eine Ehe meist über kurz oder lang geschieden. Streit zeigt, dass Mann und Frau unterschiedliche Interessen haben. Einem Ehegatten das Entscheidungsrecht zu geben, heisst, seine Interessen den Interessen des andern voranzustellen.
- d. Die praktische Erfahrung lehrt, dass es eine Frage der Persönlichkeit der Ehegatten und nicht des Gesetzes ist, wer in der Ehe den Ton angibt. Der Mann ist zu bedauern, der sich für die Durchsetzung seines Willens auf das Gesetz berufen muss.
- e. Der Eheschutzrichter hat grundsätzlich keinen "Stichtentscheid", wenn sich die Ehegatten nicht einigen. Seine Hauptaufgabe ist die Vermittlung. Seine Entscheidungskompetenzen, die

fast ausschliesslich im wirtschaftlichen Bereich liegen, sind abschliessend aufgezählt (vgl. hinten Art. 172).

16. ART. 163, UNTERHALT DER FAMILIE

Das neue Recht kennt keine klare Rollenteilung mehr, dabei gehört die Mutter zu den Kindern. Es gibt keine klare Anleitung mehr, was die Ehegatten zum Unterhalt beizutragen haben. Die neue Regelung wird sich für die Frauen negativ auswirken, indem sie weniger häufig als heute eine Scheidungsrente erhalten werden.

- a. Heutiges Recht kennt nur ein Leitbild: Hausfrauenehe. Damit wird man aber der Wirklichkeit nicht gerecht:

Eidg. Volkszählung 1980 (Momentaufnahme):

14,5 % voll berufstätige Ehefrauen  
18,5 % in Teilzeit berufstätige Ehefrauen

Beinahe 3/4 der Frauen, die heiraten, geben Erwerbstätigkeit nicht endgültig auf, denn bei einer durchschnittlichen Ehe-dauer von 45 Jahren nimmt bei durchschnittlich zwei Kindern die Zeit der intensiven Kinderbetreuung weniger als die Hälfte des Ehelebens in Anspruch. Eidg. Volkszählung 1980: Von 1'439'339 Familienhaushaltungen von Ehepaaren haben 741'390 keine Kinder unter 18 Jahren im gemeinsamen Haushalt.

- b. Diese Realität bedingt eine neue offene Lösung. Ehegatten sollen Aufgabenteilung entsprechend ihren konkreten Bedürfnissen und Möglichkeiten festlegen (Motto: mehr Freiheit, weniger Staat). Das heisst in keiner Weise, dass fortan beide Ehegatten berufstätig sein sollen.
- c. Man stelle sich einmal eine Mutter vor, die nur den Haushalt führt und Kinder betreut, weil sie vom Gesetz dazu gezwungen wird. Schon heute besteht keine Sanktion, wenn eine Frau nicht den Haushalt führt, ausser die Ermahnung durch den Eheschutzrichter und die Anrechnung des Verhaltens als Verschulden bei einer Scheidung.
- d. Partnerschaftliche Verteilung der Aufgaben bedeutet keine schematische Gleichmacherei. Vielmehr wird auf die "Kräfte", d.h. auf die individuelle Leistungsfähigkeit der einzelnen Ehegatten abgestellt.
- e. Die Aufzählung von Absatz 2 stellt Hausarbeit und Kinderbetreuung gleichwertig neben die finanziellen Leistungen des erwerbstätigen Ehegatten. Damit wird die Hausarbeit aufgewertet.
- f. Was jeder leistet, haben die Ehegatten in gegenseitigem Einvernehmen festzulegen. Bei der einmal gewählten Aufgabenteilung werden die Ehegatten behaftet. Einseitige Aenderungswünsche bestimmen sich danach, ob nicht wichtige Gemeinschaftsinteressen (z.B. Betreuung der Kinder) entgegenstehen. Ueber-

nimmt die Frau die Haushaltführung und Kinderbetreuung, muss der Mann im gleichen Umfang wie bisher die Kosten des Unterhaltes der Familie tragen.

- g. Der Begriff des gebührenden Unterhaltes ist aus dem geltenden Recht bekannt (Art. 160 Abs. 2 ZGB). Ein klarer Massstab ist nicht möglich, da jeder Fall für sich beurteilt werden muss.
- h. Die Unterhaltspflicht gegenüber den Kindern ist im Kindesrecht, Artikel 276 ff. ZGB, geordnet. Die Verteilung unter verheirateten Eltern bestimmt sich aber nach Artikel 163.
- i. Keiner unserer grossen Nachbarstaaten kennt mehr eine feste Aufgabenteilung aus ähnlichen Gründen wie unter a. beschrieben. Dass deswegen vermehrt Streitigkeiten unter den Ehegatten auftreten, trifft in keiner Art und Weise zu, wie die ausländischen Erfahrungen zeigen.
- k. Bei der Scheidung spielt es für die Anwendung von Artikel 151 und 152 ZGB grundsätzlich keine Rolle, ob inskünftig die faktischen Verhältnisse und Vereinbarungen (so, wie die Ehegatten während der Dauer der Ehe gelebt haben), oder ob der geltende Artikel 160 Absatz 2 ZGB einen Unterhaltsanspruch zugunsten der Frau begründen. Auch im neuen Recht hat die Hausfrau und Mutter Anspruch darauf, dass der berufstätige Ehemann finanziell für den Unterhalt sorgt. Dieser Anspruch muss nach wie vor bei der Scheidung beachtet werden, da ja der Ehemann vom Vertrauensprinzip her nicht einseitig die Aenderung einer einmal gewählten Aufgabenteilung verlangen kann. Der Unterhaltsanspruch der Frau ist aber auch im geltenden Recht nicht absolut. Vielmehr ist bei der Scheidung zu prüfen, wie weit die Frau die durch die Scheidung freiwerdende Arbeitskraft teilweise zur Bestreitung ihres Unterhaltes einsetzen kann (vgl. Lemp, Berner Kommentar, N 24 zu Artikel 160 ZGB).

#### 17. ART. 164, BETRAG ZUR FREIEN VERFUEGUNG DES HAUSHALTFUEHRENDEN

Der Lohnanspruch des Haushaltführenden belastet den Erwerbstätigen unverhältnismässig und verkommerzialisiert die Ehe. Von der Bildung eines Familienvermögens und der Reservebildung bei einem Unternehmen ist keine Rede mehr. Der Betrag soll, so hat sich in zahlreichen Aeusserungen von Persönlichkeiten, die an der Ausarbeitung des Gesetzes beteiligt waren, bestätigt, grundsätzlich die Hälfte desjenigen Einkommens betragen, das nach der Bestreitung des Familienunterhaltes übrig bleibt. Hinter dieser fragwürdigen Lösung steht letztlich eine Geringschätzung der Haushaltführung, die besonders kompensiert werden soll.

- a. Vom Hausfrauenlohn zu sprechen, ist absurd. Die Auslegung von Artikel 164 wurde immer in gleicher Weise vertreten (siehe insbesondere auch die Erklärungen der Berichterstatter im Parlament): Artikel 164 kämpft gegen Egoismus und Geiz und will die Partnerschaft auch im finanziellen Bereich verwirklichen: Jeder Ehegatte soll ungefähr einen gleich grossen finan-

ziellen Spielraum für seine persönlichen, kulturellen und Freizeitbedürfnisse haben. Es darf nicht so sein, dass ein Ehegatte sich teure Hobbys leisten kann, während der andere für sich überhaupt keinen Spielraum hat.

- b. Umfang des Anspruchs bemisst sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. Mit dem Begriff "angemessen" ist die Rechtspraxis durchaus vertraut. Obere Grenze des Anspruchs ist das, was der Erwerbstätige für sich selber ausgibt (sofern er nicht geizig ist). Dieser obere Massstab zeigt, dass Artikel 164 in keiner Art und Weise eine unzumutbare Belastung für die Gewerbetreibenden oder im Hinblick auf Sparkapitalien ist. Nur was der Erwerbstätige sich selber gönnt, soll er auch dem Partner gönnen. Im übrigen bietet Artikel 164 Absatz 2 die nötigen Garantien für die Gewerbler.
- c. Dass zahlreiche Persönlichkeiten, die bei der Ausarbeitung des Gesetzes beteiligt waren, erklärt hätten, dass grundsätzlich die Hälfte des Ueberschusses dem Haushaltführenden abzugeben sei, ist eine schlichte Behauptung, die durch Wiederholung nicht besser wird.

Wenn die Behauptung richtig wäre, hätte man die Gütertrennung als ordentlichen Güterstand vorsehen müssen. Es geht doch nicht an, über Artikel 164 den Ueberschuss zu teilen und dann güterrechtlich noch einmal die Ersparnisse bei der Auflösung des Güterstandes zu teilen.

Auch Artikel 164 Absatz 2, der auf Betreiben der Gewerbekreise im Parlament ins Gesetz aufgenommen wurde, widerlegt klar die Behauptung.

- d. Bei einer Grosszahl der Arbeitnehmereinkommen kann es sich nicht um mehr als um ein blosses Taschengeld handeln. Die BIGA-Haushaltrechnungen haben gezeigt, dass bei mittleren Einkommen (3'500-4'000 Franken pro Monat) im Durchschnitt nur ca. 7 % zum Sparen bleibt. Es sind also nicht grosse Beträge, die zu verteilen sind. In kleineren Verhältnissen - aber nur in diesen - ist es übrigens denkbar, dass der Ueberschuss halbiert wird: Bleiben nach dem Abzug der Kosten des Unterhaltes der Familie Fr. 50.- übrig, kann man diesen Betrag teilen.
- e. Artikel 164 dient unmittelbar dem Interesse der Familie, indem Hausarbeit etwas aufgewertet wird.
- f. Das Argument der Verkommerzialisierung der Ehe kommt merkwürdigerweise immer dann, wenn Ansprüche des Haushaltführenden, d.h. der Frau zur Diskussion stehen. Umgekehrt wollen die gleichen Kreise, die Artikel 164 bekämpfen, die Frau wie bis anhin gesetzlich auf die Haushaltsführung festlegen.
- g. Die Ehegatten brauchen ihre finanziellen Verhältnisse nicht im Detail auszurechnen, um den Betrag festzulegen. Auch im Streitfall steht dem Richter genügend Ermessen zur Verfügung, um nicht eine Buchhaltung zu benötigen.

- h. Der Betrag kann immer nur rückwirkend auf ein Jahr geltend gemacht werden (Art. 173 Abs. 3). Grosse Beträge können sich damit nicht ansammeln.
- i. Verhältnis von Artikel 164 zum Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft, vgl. hinten Nr. 32.

18. ART. 165, AUSSERORDENTLICHE BEITRAEGE AN DEN UNTERHALT

Die Beiträge an den ehelichen Lebensaufwand beider Partner - so Artikel 165 - sollen gleich sein. Trägt einer mehr bei, hat ihn der andere zu entschädigen - mit allen fragwürdigen Rechenverhältnissen. Das führt zu einer Verkommerzialisierung der Ehe (Buchführung im Gewerbebetrieb des Mannes, Mithilfe im Verkaufslokal z.B. Bäckerei muss finanziell ausgeglichen werden). Der Gewerbetreibende kann seine Ehefrau nicht mehr wie bis anhin zur Mithilfe anhalten, selbst wenn dies notwendig wäre. Ihre Mithilfe ist ein völlig freier Akt (Art. 164 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 165 Abs. 1).

Vorbemerkung: Absatz 1 und Absatz 2 haben verschiedenen Hintergrund und sind deshalb getrennt zu behandeln.

Zu Artikel 165 Absatz 1

- a. Eine sachgerechte Beurteilung der Bestimmung setzt einmal Kenntnis der heutigen Rechtslage voraus: Arbeitet eine Ehefrau im Beruf oder Gewerbe des Mannes mit, so liegt nach der Bundesgerichtspraxis grundsätzlich kein Arbeitsvertrag vor. Vielmehr seien Leistungen nach Eherecht (Art. 159 und 161 Abs. 2 ZGB) unentgeltlich geschuldet, selbst wenn die Tätigkeit weit über die eheliche Beistandspflicht hinausgeht. Anders dagegen, wenn ein Mann im Betrieb der Frau mitarbeitet. Hier wird vom Bundesgericht aufgrund von Artikel 320 Absatz 2 OR gewöhnlich Arbeitsvertrag angenommen (durch konkludentes Handeln geschlossen) (vgl. Staehelin, Zürcher Kommentar, Teilband V 2e, Der Einzelarbeitsvertrag 1984, N. 24 ff. zu Art. 320 OR). (Im Konkubinat wendet Bundesgericht Art. 320 OR für die Frau an, BGE 109 II 228)
- b. Der unterschiedlichen Behandlung von Mann und Frau ist in einem neuen rechtsgleich ausgestalteten partnerschaftlichen Eherecht der Boden entzogen. Ohne Artikel 165 Absatz 1 würde das Bundesgericht insbesondere auch im Hinblick auf Artikel 4 der Bundesverfassung wohl inskünftig durchwegs die Anwendung von Artikel 320 Absatz 2 OR bejahen müssen. Indessen soll der Tatsache, dass es sich um Ehegatten handelt, Rechnung getragen werden und eine Lösung im Familienrecht und nicht im OR gesucht werden:
- c. Artikel 165 ist nicht zwingendes Recht, wie Absatz 3 zeigt: Der ausdrückliche Abschluss eines Arbeitsvertrages wie aber auch der Verzicht auf ein Entgelt bleiben ohne weiteres möglich.

- d. Verständnis von Artikel 165 setzt ferner sorgfältige Lektüre des Gesetzestextes voraus:
- aa. Notwendige und zumutbare Mithilfe im Beruf oder Gewerbe ist nach Artikel 163 ein gewöhnlicher Unterhaltsbeitrag, der keinen Anspruch auf angemessene Entschädigung gibt. Das ist wichtig insbesondere für kleingewerbliche und bäuerliche Verhältnisse. Überall dort, wo Mann und Frau zusammenwirken müssen, damit das notwendige Einkommen für den Unterhalt der Familie und den Weiterbestand des Gewerbes erzielt wird, kann Artikel 165 auf keinen Fall zur Anwendung kommen.
  - bb. Auch Mehrleistungen an sich führen noch zu keinem Entschädigungsanspruch. Vielmehr setzt Artikel 165 eine erhebliche Mehrarbeit voraus.
  - cc. Entschädigung geschuldet ist nur für die erhebliche Mehrarbeit (Gesetzestext: "... so hat er dafür Anspruch ...).
  - dd. Geschuldet ist kein Lohn und keine volle, sondern nur eine angemessene Entschädigung. "Angemessen" bedeutet, dass auf die Leistungsfähigkeit des Schuldners Rücksicht genommen werden muss. Artikel 165 darf zu keiner unzumutbaren Belastung des Schuldners führen. Der Begriff der angemessenen Entschädigung wird übrigens bereits im geltenden Recht in Artikel 334 ZGB über den Lidlohn der Kinder verwendet und hat sich dort durchaus bewährt. Eine untragbare Belastung der Bauernleute hat sich daraus nie ergeben.
  - e. Überall dort, wo ein Ehegatte auf die Mithilfe des Partners angewiesen ist, ist die Mitarbeit kein freier Akt, sondern ergibt sich aus der ehelichen Beistandspflicht (Art. 159 und 163).
  - f. Typischer Anwendungsfall von Artikel 165: Die Arztgehilfin arbeitet in der Praxis des Ehemannes und ersetzt ihm damit eine Angestellte, die er bedenkenlos bezahlt hätte. Hat die Ehefrau hier keinen Anspruch auf angemessene Entschädigung, so bedeutet das materiell eine Ausbeutung ihrer Arbeitskraft. Der Mann kann den Lohn für eine Angestellte einfach sparen und sich damit auf Kosten seiner Frau bereichern.
  - g. Artikel 165 Absatz 1 bei der Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung geltend zu machen, hat grundsätzlich keinen Sinn, wenn die Ehegatten unter dem ordentlichen Güterstand leben. Die Schuld ist aus Errungenschaft zu zahlen und bildet beim Gläubiger ebenfalls Errungenschaft. Und die Errungenschaft ist gegenseitig je hälftig zu teilen.

Beispiel: Der Mann hat 100'000 Franken Errungenschaft. Die Frau macht gestützt auf Artikel 165 bei der Auflösung der Ehe eine Forderung von 30'000 Franken geltend. Damit reduziert sich die Errungenschaft des Mannes auf 70'000 Franken. Dafür hat die Frau ebenfalls eine Errungenschaft von 30'000 Franken. Güterrechtlich muss der Mann von seinen 70'000 Franken 35'000 Franken der Frau abgeben und erhält dafür 15'000 Franken von dieser, so dass beide nach der güterrechtlichen Auseinandersetzung 50'000 Franken haben. Hätte man die 100'000 Franken

beim Mann gelassen und sie einfach güterrechtlich halbiert, wäre man zum gleichen Resultat gekommen.

- h. Eine Beschränkung der Möglichkeit, Artikel 165 geltend zu machen, wie beim Lidlohn, wäre sachlich nicht richtig. Die Kinder können jederzeit die Fälligkeit der Forderung dadurch bewirken, dass sie den gemeinsamen Haushalt mit den Eltern aufgeben. Eine solche Lösung ist unter Ehegatten undenkbar. Zudem besteht kein Altersunterschied, der es erlauben würde, einen Ehegatten auf den Todestag des andern zu verträsten.

#### Zu Artikel 165 Absatz 2

- a. Auch die Anwendung dieser Bestimmung setzt nicht bloss Mehrleistung, sondern erhebliche Mehrleistung voraus. Geschuldet ist ebenfalls nur angemessene Entschädigung und nicht voller Ausgleich und dies nur für die erhebliche Mehrleistung.
- b. Die Bestimmung regelt nur Spezialfälle, denen im heutigen Recht nicht Rechnung getragen werden kann, zum Beispiel:

Student heiratet Sekretärin und lässt sich von ihr sein Studium bezahlen. Bevor er eigenes Erwerbseinkommen erzielt, verlangt er die Scheidung. Wird die Ehe aus gegenseitigem Verschulden geschieden, steht die Frau nicht nur mit leeren Händen da, sondern hat in vielen Fällen noch ihre Ersparnisse vor der Ehe oder eine Erbschaft aufgebraucht.

Anderes Beispiel: Frau ist mit einem Alkoholiker verheiratet und bestreitet aus ihrem Arbeitsverdienst den ganzen Unterhalt der Familie, besorgt den Haushalt und betreut die Kinder. Wenn hier der Mann eine Erbschaft macht, sollte die Frau eine angemessene Entschädigung verlangen können, für das, was bedeutend über den normalen Unterhaltsbeitrag hinausgegangen ist. Das ist sicher familienfreundlicher, als wenn der Mann seine ganze Erbschaft in Alkoholika investieren kann.

- c. Auch Artikel 165 Absatz 2 ist bei der Auflösung der Ehe dann nicht geltend zu machen, wenn die Forderung aus Errungenschaft zu zahlen ist und beim Gläubiger Errungenschaft bildet.

#### 19. ART. 166, VERTRETUNG DER EHELICHEN GEMEINSCHAFT

Die Haftungs- und Vertretungsregelung stellt die Hausfrau schlechter, weil sie nicht mehr nur subsidiär haftet. Die Handlungsmöglichkeiten des Ehemannes und damit auch der Rechtsverkehr werden zu stark eingeschränkt.

- a. Artikel 166 regelt nur das Aussenverhältnis. Wer unter den Ehegatten schliesslich für die Schulden aufkommen muss, bestimmt sich nach Artikel 163. Nach aussen ist eine schematische Aufteilung nötig, da der Gläubiger nicht wissen kann, wer intern die Schulden tragen muss.

Der Gläubiger wird sich kaum je an den Ehegatten wenden, der nichts hat; er will schliesslich befriedigt werden.

- b. Die ordentliche Vertretungsmacht jedes Ehegatten entspricht inskünftig derjenigen der Ehefrau im geltenden Recht (Schlüsselgewalt). Für eine weitergehende Vertretungsbefugnis braucht jeder Ehegatte (ausser in Notfällen oder bei Ermächtigung des Richters) in gemeinschaftsfreundlicher Weise die Zustimmung des andern. Heute hat der Mann eine umfassende Vertretungskompetenz, ohne dass er seine Frau konsultieren muss. Für die dabei abgeschlossenen Geschäfte haftet er zwar primär. Ist er aber zahlungsunfähig, wird die Ehefrau für alles zur Kasse gebeten (Art. 207, 220 und 243 ZGB). Die neue Solidarhaftung dagegen gilt für einen viel eingeschränkteren Bereich.
- c. Der Ehemann ist nachwievor frei, Schulden zu begründen. Er haftet dafür auch wie heute mit seinem ganzen Vermögen. Nur die Mithaftung der Ehefrau ist eingeschränkter als im geltenden Recht. Will er, dass sein persönlicher Kredit durch die Ehe erhöht wird (Verkommerzialisierung der Ehe), muss er die Zustimmung des Ehepartners zum betreffenden Geschäft einholen.

#### 20. ART. 167, BERUFSTÄTIGKEIT

Die freie Möglichkeit der Frau, eine Berufstätigkeit auszuüben, trägt den Interessen der Kinder zu wenig Rechnung. Die Bestimmung, dass auch der Ehemann bei der Berufsausübung auf den andern und das Wohl der ehelichen Gemeinschaft Rücksicht nehmen muss, schränkt den Erwerbstätigen zu stark in seiner wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeit ein. Nur er muss Rücksicht nehmen, nicht aber der Haushaltführende. Durch Artikel 167 kann der Richter die Ehefrau zwingen, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen.

- a. Das neue Recht bestimmt ausdrücklich, dass die Ehegatten bei der Wahl des Berufes auf die eheliche Gemeinschaft, die auch die Kinder erfasst, Rücksicht zu nehmen haben.
- b. Das Gebot der Rücksichtnahme ist lediglich eine Wiederholung von Artikel 159 in bezug auf die Berufstätigkeit. Für den Haushaltführenden gilt Artikel 159.
- c. Der Richter hat keinerlei Kompetenz, rechtsgültig über die Wahl und Ausübung eines Berufes zu entscheiden. Einzige Sanktionen bestehen hier in der Berücksichtigung eines Scheidungs- oder Trennungsverschuldens.

21. ART. 169 UND ART. 271a OR: FAMILIENWOHNUNG

Artikel 169 und Artikel 271a OR sind gesetzgeberisch völlig verfehlt:

- a. Der Begriff der "Familienwohnung" ist nicht klar.
- b. Der Vermieter muss unzumutbare Abklärungen treffen. Diese Abklärungen verletzen zudem das Persönlichkeitsrecht des Mieters.
- c. Die Zustimmung ist an keine Form gebunden und damit weiss der Vermieter gar nicht, ob sie vorliegt oder nicht.
- d. Wer kann Mieterstreckung verlangen und wer bezahlt den Mietzins, wenn der Mieter das Verhältnis nicht erstrecken lassen will, sein Ehegatte aber eine Erstreckung erwirkt?
- e. Was geschieht, wenn nur einer kündigt oder nur einem gekündigt wurde und die Ehegatten ausziehen?
- f. Die richterliche Substitution der Zustimmung kommt zu spät.
- g. Der Immobilienhandel wird erschwert.
- h. Es besteht gar kein Bedürfnis für diese Bestimmungen.
- i. Der Unternehmer kann nicht mehr frei über Betrieb verfügen, wenn sich die Wohnung in der gleichen Liegenschaft befindet.

- a. Eine genaue Definition der Familienwohnung kann im Gesetz nicht gegeben werden. Klar ist, dass damit alle Räumlichkeiten gemeint sind, die nach dem Willen der Ehegatten ihnen und den Kindern dauernd als Unterkunft dienen. Zweitwohnung nicht erfasst. Der gleiche Begriff besteht auch in ausländischen Gesetzen und dort sind keine namhaften Probleme bekannt.
- b. Normalerweise weiss der Vermieter, wer in seinen Wohnungen lebt. Ohne weiteres kann auch in einem Mietvertrag mit einem Ledigen die Verpflichtung aufgenommen werden, eine Heirat dem Vermieter zu melden. Im übrigen ist in einem Land, das eine Einwohnerkontrolle kennt, die Abklärung nicht unzumutbar. Es ist einfach, in Erfahrung zu bringen, ob der Mieter verheiratet ist und ob er alleine oder mit seinem Ehegatten und allenfalls mit den Kindern in dieser Wohnung lebt. Das Erfragen, ob jemand verheiratet ist und ob er alleine oder mit seiner Ehefrau in der Mietwohnung lebt, durch den Vermieter, kann nicht als Persönlichkeitsverletzung angesehen werden. Von sich aus sind die Vermieter noch zu ganz anderen Abklärungen bereit (z.B. gute Zahlungsmoral).

- c. Auch die Kündigung ist an keine Form gebunden. Formvorschriften bestehen nur im Bereich des Bundesbeschlusses über Missbräuche im Mietwesen. Bei dieser Rechtslage in bezug auf die Kündigung konnten keine Formvorschriften in bezug auf die Zustimmung vorgesehen werden. Die geplante Revision des Mietrechtes soll aber Aenderung bringen: Schriftlichkeit für Kündigung und Zustimmung des Ehegatten:

Zur heutigen Rechtslage ist aber festzuhalten, dass sowohl die Kündigung als auch die Zustimmung empfangsbedürftige Rechtsgeschäfte sind (vgl. von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen OR, Bd I, S. 166 ff.). Die Zustimmung muss somit gegenüber dem Vermieter erklärt werden. Wird ihm gegenüber die Kündigung erklärt, ohne dass der Kündigende sich über die Zustimmung des Ehegatten ausweisen kann, darf der Vermieter die Kündigung zurückweisen (von Tuhr/Peter, a.a.O., S. 146).

- d. Mieterstreckung können beide Ehegatten unabhängig von einander verlangen. Für den Mietzins haftet immer der Mieter, auch wenn nicht er, sondern sein Ehegatte die Miete erstrecken liess. Wie die Mietkosten intern aufzuteilen sind, bestimmt sich aber nach Artikel 163, geht aber den Vermieter nichts an.
- e. Wenn die Ehegatten ausgezogen sind, können sie sich nicht mehr auf den Schutz des Artikels 169 berufen. Der Mangel bei der Kündigung wird durch den Auszug geheilt. Die Wohnung ist nach dem Auszug keine Familienwohnung mehr und der Schutz von Artikel 169 ist damit auch nicht mehr nötig.
- f. Die Kantone müssen durch prozessrechtliche Vorschriften dafür sorgen, dass der Entscheid des Richters sehr rasch erfolgt. Es bedarf keines komplizierten Verfahrens. Vorsorgliche Anordnungen sind möglich.
- g. Der Verkauf einer Liegenschaft geht nicht so schnell vor sich, als dass es nicht möglich wäre, nötigenfalls rechtzeitig die Zustimmung des Richters zu erhalten. Zudem braucht der Richter nicht erst angegangen zu werden, wenn ein konkreter Veräußerungsvertrag vorliegt. Er kann die Zustimmung des Ehegatten bereits im voraus ersetzen, wenn die Umstände des geplanten Verkaufs hinlänglich konkret sind (z.B. geplante Ersatzwohnung). Im allgemeinen wird der Ehepartner aber ohne weiteres Zustimmung geben. Güterverbindungsehefrau kann heute auch nur mit Zustimmung des Mannes über eine eingebrachte Liegenschaft verfügen.

Im übrigen wäre bei einer Errungenschaftsgemeinschaft nicht nur der Verkauf der Familienwohnung, sondern jedes Verfügungsgeschäft, das Errungenschaft betrifft, zustimmungsbedürftig.

- h. Bestimmung entspricht Empfehlung des Europarates. Die Wohnung ist für die Familie existenziell. Es geht nicht an, dass ein Ehegatte in einer Krisensituation sie der Familie entzieht. Ein Verfügungsverbot im Einzelfall kommt meistens zu spät, da in den kritischen Fällen ein Ehegatte von den Kündigungs- oder Verkaufsabsichten des Partners meistens nichts weiss. Der generelle Schutz ist nötig. Es gilt, das Schutzbedürfnis der Fa-

milie gegen gewisse, keineswegs unüberwindbare Schwierigkeiten abzuwägen, die in gewissen Einzelfällen möglicherweise auftreten können. Es wäre im übrigen kaum verständlich, wenn nach Artikel 162 die Ehegatten zwar die eheliche Wohnung nur gemeinsam bestimmen, ein Ehegatte sie aber alleine durch Kündigung oder Verkauf aufheben könnte.

- i. Will der eine Ehegatte nicht nur die Familienwohnung, sondern auch den Betrieb, der bis jetzt die Existenzgrundlage der Familie bildete, verkaufen, verletzt er ohnehin Artikel 159, wenn er dies nicht mit seinem Ehegatten ausführlich bespricht (im neuen Recht verletzt er zudem Art. 167).

## 22. ART. 170, AUSKUNFTSPFLICHT

Die neue Auskunftspflicht geht zu weit. Richter soll z.B. nicht in Geschäftsgeheimnissen herumschnüffeln. Skandalös ist, dass eine Bank Auskunft geben muss.

- a. Artikel 170 ist Ausdruck der Partnerschaft. An sich ist selbstverständlich, dass Ehegatten gegenseitig ihre finanzielle Situation kennen. Jeder Anwalt weiss auch aus seiner Praxis, welche Schwierigkeiten entstehen, wenn ein Ehegatte in Krisensituation durch Manipulationen seine Vermögensverhältnisse verschleiert und Dritte nicht zur Auskunft verpflichtet werden können.
- b. Auskunftspflicht ist nicht nur Grundlage, um güterrechtliche Ansprüche festzulegen (z.B. um zu beurteilen, ob ein Ehegatte nach Art. 185 Gütertrennung verlangen will), sondern um auch z.B. die gegenseitigen Beiträge an den Unterhalt der Familie (Art. 163) festzulegen.
- c. Auskunft geschuldet ist nur über den Stand des Vermögens, Einkommen und der Schulden. Rechenschaft über die Vermögensanlage und die einzelnen Schuldverhältnisse muss grundsätzlich nicht gegeben werden.
- d. Würden Banken bundesrechtlich nicht zur Auskunft verpflichtet, so wäre nicht einfach das Bankgeheimnis gewahrt. Vielmehr würde sich nach kantonalem Prozessrecht entscheiden, ob eine Bank Auskunft geben muss oder nicht. Heute kennen nur sieben Kantone im Zivilprozessrecht das Bankgeheimnis als Zeugnisverweigerungsgrund. In sieben weiteren Kantonen entscheidet der Richter nach freiem Ermessen, ob eine Bank Auskunft geben muss oder nicht. In elf Kantonen dagegen muss eine Bank schon jetzt immer Auskunft geben (vgl. Aubert/Kernen/Schönle, Das Schweizerische Bankgeheimnis, S. 87 f.).

Eine derartige Rechtszersplitterung ist im Eherecht nicht erwünscht. Es ist ein kaum haltbarer Zustand, wenn ein Ehegatte in einem Kanton eine Auskunft erhalten kann, während in einem anderen Kanton die Auskunft verweigert werden darf.

- e. Der Richter kann den Ehegatten oder Dritte nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur insoweit zur Auskunft verpflichten, als

dies für den Schutz eherechtlicher Ansprüche erforderlich ist. Blosser Neugier eines Ehegatten vermag die richterliche Verpflichtung zur Auskunft nicht zu rechtfertigen!

### 23. ART. 171, EHEBERATUNGSSTELLEN

Artikel 171 führt zu neuer staatlichen Tätigkeit und zur Liquidation bestehender privater Organisationen. Die Kantone werden mit neuen Kosten konfrontiert werden.

- a. Artikel 171 stellt eine konkrete gesetzgeberische Massnahme zur Verbesserung des Familienschutzes dar und entspricht damit Artikel 34 quinquies Absatz 1 der Bundesverfassung. Man muss sich bewusst sein, dass eine Ehe direkt durch rechtliche Massnahmen wohl überhaupt nicht geschützt werden kann. Die Therapie kranker Ehen ist wie die Therapie kranker Personen nur auf der Grundlage der Freiwilligkeit und durch Sachverständige möglich.
- b. In vielen Kantonen gibt es schon Eheberatungsstellen und man hat gute Erfahrungen damit gemacht. Sie erfüllen eine wichtige soziale Funktion. Die Bedeutung dieser Institution sollte im Gesetz zum Ausdruck kommen.
- c. Die Kantone werden durch diese Norm nicht verpflichtet, selber Beratungsstellen zu eröffnen. Es genügt, wenn es in jedem Kanton Beratungsstellen gibt, auch wenn diese von privaten oder gemeinnützigen Organisationen betrieben werden. Oder wenn mehrere kleine Kantone zusammen eine Beratungsstelle fördern. Die Bestimmung setzt aber für die Kantone wie auch für die Ehegatten ein Signal. Private Organisationen werden in keiner Weise gefährdet.
- d. Die Kantone sind zu nichts verpflichtet, was wesentliche Kosten verursachen würde. Das Gesetz besagt in keiner Weise, dass die Eheberatung unentgeltlich sein muss. Soweit die Kantone selber Eheberatungsstellen betreiben wollen, können sie von den Benutzern Gebühren verlangen, die kostendeckend sind. Unentgeltlichkeit ist nach der Botschaft (S. 83) nur dort geboten (aber nicht vorgeschrieben!), wo die Betroffenen nicht in der Lage sind, die Kosten selber zu tragen. Eine effiziente Eheberatung kommt den Kantonen aber auf jeden Fall billiger, als die Sozialkosten nach einer gescheiterten Ehe und allfällige Arztkosten.

### 24. RICHTER ALS HAUPT DER GEMEINSCHAFT

Der Richter ist das neue Haupt der ehelichen Gemeinschaft. Er kann irgendwelche Streitigkeiten unter den Ehegatten entscheiden.

- a. Der Richter kommt nur zum Zug, wenn ein Ehegatte ihn anruft.

b. Der Richter hat grundsätzlich nur Vermittlungsfunktion. Seine Entscheidungskompetenz ist im Gesetz abschliessend umschrieben. Wie die untenstehende Liste zeigt, sind seine Befugnisse nicht wesentlich grösser als heute.

Die "vom Gesetz vorgesehenen" Massnahmen (Art. 172 Abs. 3), die der Richter anordnen kann:

1. Eheschutzmassnahmen im engeren Sinne

<u>Neues Recht</u>	<u>Altes Recht</u>
<u>Art. 173 Abs. 1:</u> Unterhaltsbeiträge in Geld der einzelnen Ehegatten gemäss Art. 163	Festlegung des Haushaltsgeldes für Ehefrau. Aus ZGB 171 abgeleitet (Lemp, N 17 zu Art. 169 ZGB). Je nach kant. Zuständigkeitsordnung Festlegung des Beitrages der Frau an die ehelichen Lasten (ZGB 192, 246 Abs. 2)
<u>Art. 173 Abs. 2:</u> Betrag für Haushaltführenden gemäss Art. 164	Nur im Rahmen des Taschengeldes bereits im geltenden Recht enthalten
<u>Art. 174:</u> Entzug der Vertretungsbefugnis (neue Bedeutung einer bereits bestehenden Kompetenz)	<u>ZGB 165:</u> Richterliche Aufhebung eines ungerechtfertigten Entzuges der Vertretungsbefugnis durch Ehemann
<u>Art. 176:</u> - Bewilligung zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes:  - Festsetzung der Geldbeiträge  - Regelung der Benützung der Wohnung und des Hausrates  - Anordnung der Gütertrennung wenn es die Umstände rechtfertigen  - Massnahmen für Kinder nach Kindesrecht	<u>ZGB 170</u> - Bewilligung zur Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes  - Festsetzung der Geldbeiträge  - Benützung der Wohnung und des Hausrates (Lemp, N 13/14 zu Art. 170 ZGB)  - -  - Massnahmen für Kinder nach Kindesrecht
<u>Art. 177:</u> Anweisung an die Schuldner	<u>ZGB 171:</u> Anweisung an Schuldner des Ehemannes; gilt nach Praxis auch für Schuldner der Ehefrau (Lemp, N 5 zu Art. 171 ZGB)

Neues Recht

Altes Recht

Art. 178:  
Beschränkung der Verfügungs-  
befugnis

Beschränkung der Verfügungsbe-  
fugnis mit Grundbuchsperre heute  
vom Bundesgericht im Scheidungs-  
verfahren zugelassen

2. Massnahmen zum Schutze der Ehe oder zum Schutze eines  
Ehegatten im weiteren Sinn

---

Neues Recht

Altes Recht

Art. 165:  
Ausgleich für ausseror-  
dentliche Beiträge an Un-  
terhalt.

- -

Art. 166 Abs. 2 Ziff. 1:  
Erweiterung der Vertre-  
tungsbefugnis durch Richter

Nach Praxis im Rahmen von Art.  
169 ZGB möglich, vgl. Lemp, N.  
14 zu Art. 166 ZGB

Art. 169:  
Ermächtigung des Richters,  
ohne Zustimmung des Part-  
ners über eheliche Wohnung  
zu verfügen. Diese Best.  
macht eine gesetzliche  
Eheschutzmassnahme prakti-  
kabel.

- -

Art. 170:  
Durchsetzung der Aus-  
kunftspflicht

Kompetenz ergibt sich teilweise  
aus Güterrecht (vgl. insb. ZGB  
205 Abs. 1)

Art. 185:  
Anordnung der  
Gütertrennung auf Begehren  
eines Ehegatten

ZGB 183:  
Gütertrennung auf Begehren der  
Ehefrau

ZGB 184:  
Gütertrennung auf Begehren des  
Ehemannes

ZGB 205 Abs. 2:  
Sicherstellung des eingebrachten  
Frauengutes

- -

Neues Recht

Altes Recht

ZGB 167 Abs. 2:

Bewilligung zur Ausübung einer Berufstätigkeit für Ehefrau

ZGB 177 Abs. 2 und 3:

Zustimmung der Vormundschaftsbehörde bei Rechtsgeschäften unter den Ehegatten sowie bei Verpflichtungen der Ehefrau zugunsten des Ehemannes.

ZGB 181 Abs. 2:

Zustimmung der Vormundschaftsbehörde zu Eheverträgen.

25. ART. 172 ff, GANZ ALLGEMEIN UNBEFRIEDIGEND

Der Richter findet im Gesetz zuwenig Richtlinien, wie er zu vermitteln und zu entscheiden habe. Dadurch entsteht Rechtsunsicherheit und der stärkere Ehegatte setzt sich durch. Die Möglichkeiten des Richters sind zu beschränkt, weil er nur die im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Massnahmen anordnen kann. Die Richter sind für die Vermittlung ungeeignet, denn wenn ein Ehegatte zum Richter läuft, ist die Ehe ohnehin schon scheidungsreif.

- a. Eine Vermittlung setzt grosse Flexibilität des Richters voraus. Das Gesetz kann mit generell abstrakten Normen hier gar nicht wirklich weiterhelfen. Der Richter muss sich am Einzelfall orientieren. Dort wo der Richter aber entscheiden muss, gibt ihm das Gesetz genügend Richtlinien. Dass diese eine gewisse Allgemeinheit aufweisen und auslegungsbedürftig sind, ist bei dieser Materie unvermeidlich.
- b. Könnte der Richter beliebige Massnahmen anordnen, wäre der Willkür Tür und Tor geöffnet. Es sind die Ehegatten, die ihr gemeinsames Leben organisieren müssen, nicht der Richter. Es soll eben keine Ehe zu Dritt sein.
- c. Weil die Schwellenangst gegenüber dem Richter häufig so gross ist, dass er erst angerufen wird, wenn die Ehe nicht mehr zu retten ist, sieht Artikel 171 Ehe- und Familienberatungsstellen vor.

26. RICHTER WIRD ZU HAEUFIG ERWAEHNT

Welchen Stellenwert der Richter im Gesetz hat, zeigt sich daran, wie häufig er im Gesetz erwähnt wird.

- a. Man hätte den Richter nur einmal erwähnen müssen, wenn er sämtliche Streitigkeiten unter Ehegatten entscheiden dürfte.

- b. Weil man seine Kompetenz beschränken wollte, hat man die Fragen, die er entscheiden kann, abschliessend im Gesetz aufgezählt.
- c. Das neue Recht regelt neu ausdrücklich die örtliche Zuständigkeit. Allein deshalb muss in Artikel 180 viermal das Wort "Richter" verwendet werden.

#### 27. ART. 175, GETRENNTLEBEN

Es ist zu einfach möglich, getrennt zu leben. Dadurch wird die Kompromissbereitschaft der Partner immer kleiner und immer mehr Ehen scheitern. Die Voraussetzungen für das getrennte Leben sind zu individualistisch. Das Getrenntleben ist keine Eheschutzmassnahme.

- a. Das neue Recht lehnt sich hier an das geltende an. Die allgemeine Fassung des neuen gegenüber dem geltenden Recht stellt keine materielle Neuerung dar, sondern kodifiziert weitgehend nur die geltende Rechtsprechung (vgl. Botschaft, S. 87), die über den bisherigen Gesetzestext hinausgegangen ist. Zudem könnte eine restriktivere Formulierung das faktische Getrenntleben nicht verhindern.
- b. Bestreben der Revision war es, die rein individualistische Formulierung des geltenden Rechts durch eine mehr auf die Gemeinschaft bezogene zu ersetzen. Deshalb wurde auch das Wohl der Familie als möglichen Getrenntlebensgrund aufgenommen (Botschaft, S. 87).
- c. Der Begriff der Persönlichkeit entspricht Artikel 28 ZGB und ist damit genügend eng.
- d. Es ist zutreffend, dass das Getrenntleben häufig eine Vorstufe zur Scheidung ist. Das braucht aber nicht immer so zu sein. Die Anzahl der Fälle, bei denen das Getrenntleben in einer Krisensituation zu einer Beruhigung führt und damit auch für die Partner ein gemeinsamer Neubeginn möglich wird, sind nicht so selten. Auch das geltende Recht reiht das Getrenntleben unter den Eheschutzmassnahmen ein.

### III: Das Güterrecht

#### 28. GUETERTRENNUNG ALS ORDENTLICHER GUETERSTAND

Gütertrennung sollte ordentlicher Güterstand sein. Normalerweise leistet ein Ehegatte keine nennenswerten Beiträge zur Schaffung der Errungenschaft des andern. Das gilt namentlich für die Hausfrau und Mutter. Ihre Beteiligung an der Errungenschaft des Ehemannes entbehrt deshalb jeder inneren Begründung.

- a. Dieses Argument unterschätzt den ökonomischen Vorteil, den eine sparsame Hausfrau darstellt.

- b. Die Bildung und Bewahrung von Ersparnissen hängen vom Verhalten beider Ehegatten ab.
- c. Auch die Solidarität unter Ehegatten, die Ausfluss des Partnerschaftsgedankens ist, rechtfertigt die Beteiligung. Ehe ist umfassende Lebensgemeinschaft, also auch Wirtschaftsgemeinschaft. Was deshalb während der Ehe gespart wird, soll geteilt werden.
- d. Gütertrennung würde Rückschritt zu geltendem Recht bedeuten, das bereits Beteiligung am Vorschlag kennt.

#### 29. REVISION DER GÜTERVERBINDUNG

Neuer ordentlicher Güterstand hätte eine bereinigte Güterverbindung sein sollen.

Man scheint zu vergessen, dass das Kennzeichen der Güterverbindung das anachronistische Verwaltungs- und Nutzungsrecht des Mannes am eingebrachten Frauengut ist. Hebt man dieses auf, so handelt es sich eben nicht mehr um eine Güterverbindung, sondern um einen neuen Güterstand. Die Güterverbindung als solche ist nicht reformierbar im Sinne des partnerschaftlichen Ehebildes. Die eingebrachten Güter beider Ehegatten bei getrenntem Eigentum von beiden Ehegatten gemeinsam verwalten zu lassen, während wie heute der Arbeitsverdienst von Mann und Frau während der Ehe der Gütertrennung unterliegt, ist sachlich kaum eine befriedigende Lösung und bringt überdies abrechnungstechnisch zusätzliche Schwierigkeiten. Die Errungenschaftsbeteiligung ist materiell aber nichts anderes als eine bereinigte Güterverbindung. Während der Dauer der Ehe ändert lediglich die Regelung für das eingebrachte Frauengut: bezüglich des Mannesvermögens und des Arbeitsverdienstes sind grundsätzlich keine Neuerungen zu verzeichnen.

#### 30. ERRUNGENSCHAFTSGEMEINSCHAFT

Neuer ordentlicher Güterstand hätte die Errungenschaftsgemeinschaft sein sollen. Nötig ist sodann eine Sonderregelung für unternehmerisch genutztes Vermögen, die die Erhaltung des Geschäftes auch bei der Scheidung oder beim Tod eines Ehegatten gewährleistet. (Blocher, NZZ vom 20. November 1984).

#### A. Allgemeines

- a. Sowohl die Expertenkommission als auch der Bundesrat als auch das Parlament haben die Errungenschaftsgemeinschaft als ordentlichen Güterstand geprüft. Die nationalrätliche Kommission hat ihren Entscheid zugunsten der Errungenschaftsbeteiligung nur nach Vergleich eines ausformulierten Entwurfes einer Errungenschaftsgemeinschaft mit der Errungenschaftsbeteiligung gefällt.

- b. Der ordentliche Güterstand muss sowohl intern wie extern (d.h. im Verhältnis zu den Gläubigern und Schuldnern der Ehegatten) wirken. Die Erfahrungen mit den heutigen vertraglichen Gütergemeinschaften sind hier in keiner Weise schlüssig, da sie bisher praktisch ausschliesslich als rein interne Güterstände vereinbart wurden. Eine bloss interne Errungenschaftsgemeinschaft wäre eine Lösung, die den Ehegatten Sand in die Augen streuen würde. Jeder Ehegatte könnte dann nämlich völlig frei über sein ganzes Vermögen verfügen, ohne dass der andere ihn an der Verschwendung des ehelichen Vermögens hindern könnte. Zudem würde diese Lösung erhebliche sachenrechtliche Probleme stellen.
- c. Es ist erstaunlich, dass die Kreise, die Artikel 164 als Ausbeutung des erwerbstätigen Ehegatten empfinden, ausgerechnet Errungenschaftsgemeinschaft als ordentlichen Güterstand vorschlagen, bei welcher die Frau sofort am ganzen Arbeitsverdienst des Mannes eigentumsässig beteiligt wird. Pikant ist auch, dass insbesondere Gewerbe- und Unternehmerkreise die Errungenschaftsgemeinschaft propagieren, für sich selber aber Gütertrennung wollen (vgl. hinten, Gütertrennung für Gewerbetreibende).
- d. Die Errungenschaftsgemeinschaft ist ein sehr gemeinschaftsfreundlicher, aber äusserst komplizierter und schwerfälliger Güterstand. Insbesondere haftungsrechtlich kann er gefährlich werden. Deshalb sollen nur Ehegatten, die die Rechtslage kennen, unter diesem Güterstand stehen. Der ordentliche Güterstand muss möglichst einfach und klar sein, da er für alle Leute gilt, die nichts besonderes vereinbaren, also auch für solche ohne jegliche Rechtskenntnisse.
- e. Bei einer konsequent ausgestalteten Errungenschaftsgemeinschaft kann der eine Ehegatte den andern jederzeit blockieren. Die ausländischen Staaten mit Errungenschaftsgemeinschaft mussten deshalb Korrekturmechanismen vorsehen: So verwaltet in Luxemburg jeder Ehegatte die Vermögenswerte, die von seiner Seite in die Gemeinschaft gekommen sind, und verfügt darüber frei, unter Vorbehalt einer Liste von zustimmungsbedürftigen Geschäften. Mit dieser Regelung wird die Errungenschaftsgemeinschaft aber weitgehend ausgehöhlt. Praktisch sind die Errungenschaftsmassen im Bereich der Verwaltung und Verfügung dann doch getrennt. In Frankreich wird der Arbeitsverdienst der Ehegatten erst dann Gesamtgut, wenn er tatsächlich gespart wird.
- f. Von unseren Nachbarstaaten haben F und I die Gütergemeinschaft, A die Gütertrennung und die BRD die Zugewinnsgemeinschaft, eine Sonderform der Errungenschaftsbeteiligung, als ordentlichen Güterstand.

## B. Eigentum

Die Errungenschaftsgemeinschaft vereinigt die Errungenschaft beider Ehegatten zu einem Gesamtgut (Art. 652 ff. ZGB), das beiden Ehegatten gehört, das beide verwalten und über das beide verfügen.

Die Frage, ob ein Vermögenswert zum Eigengut oder zur Errungenschaft eines Ehegatten gehört, wird damit während der Ehe ausserordentlich wichtig, entscheidet doch diese Frage darüber, ob Alleineigentum eines Ehegatten vorliegt oder ob der Vermögenswert im Gesamteigentum beider Ehegatten steht und damit ein ganz anderes Verwaltungs- und Verfügungssystem besteht. Eigengut und Errungenschaft sind somit immer klar voneinander zu trennen, da für diese Vermögensmassen eine unterschiedliche Verwaltungsordnung gilt. Auch Forderungen gehören zur Errungenschaft, so dass zwischen persönlichen Forderungen und gemeinsamen Forderungen zu unterscheiden ist. Besondere Probleme ergeben sich bei Liegenschaften.

Handelt es sich bei der Liegenschaft um Errungenschaft, steht sie im Gesamteigentum der Ehegatten. Gehört sie zum Eigengut eines Ehegatten, steht sie in seinem Alleineigentum. Die Frage, welcher Vermögensmasse ein Aktivum angehört, hängt aber, wenn es während der Ehe erworben wird, von der Herkunft der zum Erwerb verwendeten Mittel ab.

Das sachenrechtliche Eigentum ist für die Frage, ob ein Vermögenswert zum Gesamtgut oder Eigengut gehört, nicht massgebend. - Hier überspielt das Güterrecht das Sachenrecht: Beispiel: Liegenschaft, die Errungenschaft darstellt, im Grundbuch als Alleineigentum eines Ehegatten eingetragen, ist trotzdem Gesamtgut. Grundbucheintrag in diesem Zusammenhang hat deklaratorische, nicht konstitutive Bedeutung (Lemp, N 61 zu Art. 215 ZGB).

Soll der Eintrag im Grundbuch der Wahrheit entsprechen, muss der Grundbuchverwalter oder der Notar die Herkunft der verwendeten Vermögenswerte untersuchen. Das können aber die genannten Personen kaum. Es stehen ihnen gar nicht die nötigen verfahrensrechtlichen Instrumente zur Verfügung, um eine sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht komplizierte Frage abzuklären. Zudem steht dem Grundbuchverwalter gar keine so breite Kognition zu. Der Gesetzgeber muss somit eine Vermutung aufstellen. Diese muss - um die Gemeinschaft zu fördern - dahin gehen, dass alle Vermögenswerte, die während der Ehe erworben werden, als Gesamtgut vermutet werden, solange das Gegenteil nicht bewiesen ist. Wird nun aber das Grundstück als Gesamteigentum im Grundbuch eingetragen, hat dieser Eintrag teil am öffentlichen Glauben des öffentlichen Registers. Damit wird aber die möglicherweise nicht den wahren Verhältnissen entsprechende Vermutung zugunsten der Errungenschaft praktisch nur noch schwer widerlegbar.

In diesem Zusammenhang kann die Errungenschaftsgemeinschaft einen unerwünschten Eingriff in die Privatsphäre der Ehegatten bewirken. Dieser hängt damit zusammen, dass dem Veräusserer einer von den Ehegatten zu erwerbenden Liegenschaft offenbart werden muss, aus welchen Mitteln sie bezahlt werden soll, wenn sie nicht wollen, dass sie aufgrund der gesetzlichen Vermutung einfach in das Gesamtgut fällt.

Speziell kompliziert ist die Sache, wenn sowohl die Mittel der Errungenschaft wie das Eigengut zum Erwerb eines Vermögensgegenstandes beigetragen haben. Offen ist dann, welcher Vermögensmasse er zuzuweisen ist.

### C. Verwaltung und Verfügung

Da die Ehegatten Gesamthandeigentümer der Errungenschaft sind (der Arbeitsverdienst jedes Ehegatten würde damit sofort, wenn er ausbezahlt wird, wertmässig zur Hälfte dem andern gehören), sollten sie das Gesamtgut auch gemeinsam verwalten, nutzen und darüber verfügen.

Die gemeinsame Verwaltung und Verfügung ist in ihrer idealen Form aber nicht praktikabel. Nimmt man sie wirklich ernst, könnten die Ehegatten immer nur noch gemeinsam handeln. Auch bei der einfachsten Verwaltungshandlung müssten beide Ehegatten zusammenwirken, was den Rechtsverkehr zu sehr erschweren würde. Eine Korrektur kann in dem Sinne angebracht werden, dass jeder Ehegatte allein gewöhnliche Verwaltungshandlungen vornehmen kann. Das führt allerdings zum Problem der Abgrenzung der ordentlichen von der ausserordentlichen Verwaltung. Bei den ausserordentlichen Verwaltungshandlungen wäre es im übrigen möglich, die Zustimmung des Ehegatten zu vermuten. Diese Lösung würde den Rechtsverkehr erleichtern, wäre aber für den nicht handelnden Ehegatten nicht ungefährlich. Auf jeden Fall könnte jeder Ehegatte den anderen bei ausserordentlichen Verwaltungshandlungen blockieren. Damit bekommt ein Ehegatte, der Obstruktion betreiben will, eine grosse Macht in die Hände. So kann zum Beispiel die Ehefrau die Übertragung von Grundeigentum, die Verpfändung von Grundstücken, die Liquidation eines Geschäftes usw. verhindern, auch wenn der Mann noch so gute Gründe für die Vornahme dieser Verfügungsgeschäfte anführen kann. Zwar kann er in dieser Situation gemäss Artikel 185 Gütertrennung verlangen, doch entspricht dieser Güterstand nicht immer seiner Interessenlage, verliert er doch damit seine Beteiligung an der Errungenschaft, die die Frau in Zukunft erwirbt. Zu diskutieren wäre deshalb, ob der Richter eine ungerichtlich verweigerte Zustimmung im Rahmen des ordentlichen Güterstandes ersetzen könnte. Aber abgesehen davon, dass dies wohl ein sehr schwerwiegender richterlicher Eingriff in die Privatsphäre der Ehegatten wäre - Schlagwort der Ehe zu Dritt -, ist kaum zu sehen, nach welchen Kriterien der Richter entscheiden sollte. Er hätte ja materiell zu prüfen, ob die Verwaltungshandlung sinnvoll ist oder nicht. Dabei handelt es sich aber nicht um eine juristische, sondern um eine wirtschaftliche Frage. Der Richter müsste somit sozusagen Vermögensverwalter spielen.

### D. Haftung

Hier muss zwischen den Schulden eines Ehegatten, für die er mit seinem Eigengut und dem Gesamtgut haftet, und den Schulden, für die er nur mit seinem Eigengut und allenfalls seinem Anteil am Gesamtgut haftet, unterschieden werden. Die Unterscheidung von Eigenschulden und Vollschulden ist voll Schwierigkeiten, wie schon das geltende Recht zeigt. Welche Lösung man auch immer wählt, so riskiert ein Ehegatte, dass das Gesamtgut, das er vielleicht allein gespiesen hat, für Schulden des andern, denen er nicht zugestimmt hat, haften muss. Die Lösungen bei einer vertraglichen Gütergemeinschaft dürften nicht einfach auf den ordentlichen Güterstand übertragen werden, da dieser dann unbesehen für den Grossteil der Bevölkerung gilt.

Bezahlt im übrigen ein Ehegatte seine Schulden nicht, so wird in einer Betreuung mit Zwangsverwertung die Gütertrennung angeord-

net werden müssen. Der sehr gemeinschaftsfreundliche Güterstand wird deshalb relativ rasch "platzen".

### 31. EINFACHE AUFLÖSUNG DER ERRUNGENSCHAFTSGEMEINSCHAFT

Die Auflösung der Errungenschaftsgemeinschaft wäre bedeutend einfacher als die Auflösung der Errungenschaftsbeteiligung.

Das ist weitgehend eine reine Hoffnung. Da die Errungenschaft ja beiden Ehegatten zur gesamten Hand gehört, haben auch beide Ehegatten den gleichen Anspruch auf die verschiedenen Vermögenswerte. In einer ideal ausgestalteten Errungenschaftsgemeinschaft müsste der Ehegatte, der während der Ehe ein Gewerbe aufgebaut hat, bei der Scheidung seinem Ehegatten nicht nur die Hälfte des Wertes des Gewerbes herausgeben, sondern der Ehegatte hätte den gleichen dinglichen Anspruch auf das Gewerbe wie der Gewerbetreibende selber. Das Gesetz müsste deshalb besondere Zuweisungsansprüche enthalten, die allerdings zu Streitigkeiten führen können.

Auch bei der Errungenschaftsbeteiligung ist es ohne weiteres möglich, die Errungenschaften beider Ehegatten zusammenzuzählen und zu halbieren, sofern ein Ehegatte nicht überschuldet ist. Das Problem, dass die Eigengüter von der Errungenschaft getrennt werden müssen, stellt sich bei beiden Güterständen in gleicher Weise. Das gleiche gilt für die Frage der Ersatzforderungen und der Mehrwertbeteiligung. Auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft ist es möglich, dass eine Eigengutsmasse in die andere oder ins Gesamtgut oder aber das Gesamtgut in eine der Eigengutmassen investiert. Wie bei der Errungenschaftsbeteiligung wäre es auch hier ungerecht, diejenige Masse, welche zum Erwerb, zur Verbesserung oder zur Erhaltung eines Vermögenswertes einer andern Masse beigetragen hat, nach Jahren mit einer nominal gleichbleibenden Ersatzforderung abzuspeisen. Die Mehrwertanteile müssen deshalb auch bei der Errungenschaftsgemeinschaft vorgesehen werden. Sie entfallen lediglich im Verhältnis zwischen den Errungenschaften. Und gerade hier kann auch bei der Errungenschaftsbeteiligung in der Regel auf die Berechnung des Mehrwertanteils verzichtet werden, da die Vorschlagsbeteiligung zum gleichen Resultat führt.

Die Problematik bezüglich der Hinzurechnung von verschleuderten Vermögenswerten bei der Auflösung der Errungenschaftsbeteiligung stellt sich bei der Errungenschaftsgemeinschaft zwar aus legislatorischer Sicht anders, materiell bleibt aber das Problem das gleiche. Bei der Errungenschaftsgemeinschaft darf ein Ehegatte grundsätzlich nicht ohne die Zustimmung des andern über Vermögenswerte der Errungenschaft verfügen. Macht er es dennoch in Überschreitung seiner Verwaltungsbefugnisse, ist das Rechtsgeschäft an sich ungültig. Die Regeln über den Schutz des gutgläubigen Dritten können aber bewirken, dass der Dritte in seinem Rechtserwerb geschützt wird. Dann wird der handelnde Ehegatte dem andern gegenüber schadenersatzpflichtig. Die für die Errungenschaftsbeteiligung in den Artikeln 208 und 220 geregelten Fragen wären in der Errungenschaftsgemeinschaft aufgrund der Regeln über den Gutgläubensschutz und die analoge Anwendung der Bestimmungen

über die Vertragsverletzung zu beantworten. Der Gesichtswinkel ändert, die Probleme bleiben aber die gleichen.

### 32. BEI ERRUNGENSCHAFTSGEMEINSCHAFT ERUEBRIGT SICH ART. 164

Bei einer Errungenschaftsgemeinschaft würde sich ein Anspruch des haushaltführenden Ehegatten auf einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung erübrigen und generell die Stellung des Haushaltführers aufgewertet.

- a. Es ist ein Grundbedürfnis jedes Menschen, einen gewissen Betrag zur freien Verfügung zu haben, über den er dem andern nicht Rechenschaft ablegen muss. Artikel 164 erübrigt sich deshalb nicht. Bezeichnenderweise steht denn die Bestimmung auch nicht bei der Errungenschaftsbeteiligung, sondern bei den allgemeinen Wirkungen der Ehe und gilt damit auch für die vertraglichen Güterstände (bei Gütergemeinschaft sinngemäss für beide Ehegatten).
- b. Im übrigen ist ernsthaft zu fragen, ob die Errungenschaftsgemeinschaft die Stellung der Hausfrau tatsächlich wesentlich verbessert, da der Ehemann jederzeit gegen die Wünsche der Frau das Veto einlegen kann. Ohnehin lehrt die Erfahrung, dass sich bei der gemeinsamen Verwaltung der Stärkere durchsetzen wird.

### 33. ERRUNGENSCHAFTSBETEILIGUNG IST WAEHREND EHE GUETERTRENNUNG

Im neuen ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung gibt es kein gemeinsames Vermögen mehr. Es gibt nur noch "mein" und "dein". Während der Dauer der Ehe gilt also Gütertrennung. Eine Gemeinschaft besteht erst bei der Auflösung des Güterstandes.

Was hier dem neuen Recht vorgeworfen wird, ist im bisherigen Güterverbindungsrecht vorgezeichnet.

Das Verständnis des neuen ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung setzt Kenntnis der bisherigen Güterverbindung voraus! Dieser Güterstand bedeutet während der Dauer der Ehe für das Mannesvermögen und das Sondergut der Frau, zu dem insbesondere der Arbeitsverdienst während der Ehe gehört, Gütertrennung. Dagegen verwaltet und nutzt der Ehemann das eingebrachte Frauengut, das aus dem Vermögen der Frau im Zeitpunkt der Eheschliessung und Schenkungen und Erbschaften, die sie während der Ehe erhält, gebildet wird. Dieses eingebrachte Frauengut bildet deshalb mit dem eingebrachten Mannesgut und der Errungenschaft des Mannes zusammen eine Verwaltungs- und Nutzungseinheit, d.h. das eheliche Vermögen. Eigentumsmässig ist dieses eheliche Vermögen aber (unter Vorbehalt der vertretbaren Sachen wie Bargeld) getrennt.

Bei der Auflösung der Ehe nimmt die Frau ihr eingebrachtes Gut zurück und erhält - andere ehevertragliche Vereinbarung vorbehal-

ten - einen Drittel der Errungenschaft (= des Vorschlages des Mannes).

Unter der Errungenschaftsbeteiligung ändert sich während der ganzen Dauer der Ehe (abgesehen von der Haftung, die vereinfacht wird, indem jeder Ehegatte einfach für seine Schulden mit seinem ganzen Vermögen haftet) nur, dass die Ehefrau fortan ihr eingebrachtes Frauengut selber verwaltet und nutzt. Die Regelung für das ganze übrige Vermögen bleibt gleich (abgesehen von neuen Gemeinschaftselementen!). Bei der Auflösung dagegen sind zwei wesentliche Neuerungen zu verzeichnen: die Frau erhält die Hälfte der Errungenschaft des Mannes, muss aber ihrerseits ihre Errungenschaft ebenfalls mit dem Manne hälftig teilen. Das Arbeitseinkommen der Frau bildet damit nicht mehr Sondergut. Daraus ist ersichtlich, dass der neue Güterstand nicht nur der Frau, sondern auch den Männern Vorteile bringt.

Die Errungenschaftsbeteiligung bietet den grossen Vorteil, dass das Vermögen der Ehegatten zwar getrennt verwaltet werden kann, aber nicht muss. Die Ehegatten können ohne weiteres ihr Einkommen auf ein gemeinsames Konto legen, über das sie gemeinsam verfügen. Dieser "pot commun" wird durch das neue Recht insofern gefördert, als für sämtliche Vermögenswerte, bei denen nicht klar bewiesen werden kann, dass sie Alleineigentum eines Ehegatten sind, Miteigentum angenommen wird (Art. 200 Abs. 2). Zudem kann ein Ehegatte ohne weiteres den andern beauftragen, sein Vermögen zu verwalten.

Im übrigen bedeutet die Errungenschaftsbeteiligung nur vom Grundschema her Gütertrennung. Bezüglich des Mannesvermögens und des Arbeitsverdienstes der Frau ist sie viel gemeinschaftsfreundlicher als die Güterverbindung, da viele neue Gemeinschaftselemente vorgesehen sind:

- a. Über Miteigentumsanteile kann nur gemeinsam verfügt werden (Art. 201 Abs. 2).
- b. Die Anwartschaft eines Ehegatten bezüglich seines Vorschlagsanteils wird geschützt (Art. 208).
- c. Grössere Schenkungen aus der Errungenschaft müssen gemeinsam erfolgen (Art. 208 Ziff. 1).
- d. Beteiligt sich ein Ehegatte an Investitionen des andern, hat er Anteil am dadurch geschaffenen Mehrwert (Art. 206).
- e. Über die Wohnung der Familie kann nur gemeinsam verfügt werden, auch wenn sie nur einem Ehegatten gehört (Art. 169).
- f. Beim Tod eines Ehegatten kann der überlebende die Nutzniessung oder das Eigentum an der Familienwohnung und das Eigentum am Hausrat beanspruchen (Art. 219). Der Wert dieser Vermögenswerte wird aber auf die Vorschlagsforderung angerechnet. Ist er grösser, muss ein Ausgleich bezahlt werden.
- g. Für die Bezahlung von Forderungen unter Ehegatten besteht Anspruch auf Zahlungsfristen bei Liquiditätsschwierigkeiten (Art. 203 Abs. 2 und 218).

- h. Die Ehegatten schulden sich gegenseitig Auskunft über ihr Einkommen, Vermögen und Schulden (Art. 170).
- i. Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Richter einen Ehegatten verpflichten, über gewisse Vermögenswerte nur noch mit Zustimmung des andern zu verfügen. (Art. 178).
- k. Die Frau ist am Vermögen des Mannes nicht mehr nur über den reinen Unterhaltsanspruch beteiligt, sondern hat im Rahmen von Artikel 164 Anspruch auf einen angemessenen Betrag zur freien Verfügung für ihre persönlichen, kulturellen und Freizeitbedürfnissen.

#### 34. GEGENSEITIGE HÄELFTIGE TEILUNG DER ERRUNGENSCHAFT IST UNGERECHT

Haben beide Ehegatten Vermögen gebildet, bedeutet die gegenseitige hälftige Teilung der Errungenschaft bloss den Ausgleich der Spitzen. War aber nur einer erfolgreich oder sparsam, so verliert er bis zur Hälfte seines Vermögen. Anders ausgedrückt: Was ein Ehegatte ausgibt, wofür auch immer, zahlt am Ende der andere zur Hälfte mit.

Haben beide Ehegatten Vermögen gebildet, ist es richtig, dass nur die Spitzen ausgeglichen werden, da beide ja gleichgestellt sein sollten.

Bildet ein Ehegatte kein Vermögen, weil er seine ganze Arbeitskraft der Familie widmet, ist es vom Gedanken der Partnerschaft her richtig, dass er die Hälfte der während der Ehe vom andern gemachten Ersparnisse erhält.

Ist nur ein Ehegatte sparsam, während der andere sein Einkommen verschleudert, kann der sparsame Ehegatte gemäss Artikel 185 die Anordnung der Gütertrennung verlangen. Im übrigen schützt Artikel 208 die Anwartschaft eines Ehegatten auf einen Vorschlagsanteil und im Normalfall haben beide Ehegatten ungefähr den gleichen Lebensstil. Wenn Ersparnisse gebildet werden können, haben beide dazu beigetragen.

Bei der - von Gegnern des neuen Rechts vorgeschlagenen - Errungenschaftsgemeinschaft würde dieser Vorwurf weit mehr zutreffen. Während bei der Errungenschaftsbeteiligung ein mögliches Mittragen erst bei der Auflösung des Güterstandes aktuell wird und zudem seine Schranke immer darin findet, dass der eine Ehegatte nicht für einen Rückschlag im Vermögen des andern Ehegatten einstehen muss, hätte eine Errungenschaftsgemeinschaft zur Folge, dass der sparsame Ehegatte schon während der Ehe die Ausgaben des andern mittragen und für dessen Schulden mithaften müsste.

35. RUECKSCHLAGSBETEILIGUNG ?

Es ist ungerecht, nur eine Vorschlags- und keine Rückschlagsbeteiligung vorzusehen.

- a. Bereits der Entwurf von Eugen Huber zum ZGB von 1894 sah eine hälftige Zuweisung des Vorschlages an die überlebende Ehefrau vor. In der Folge wählte man die Lösung von Artikel 214 ZGB. Danach besteht auch im geltenden Güterverbindungsrecht grundsätzlich keine Rückschlagsbeteiligung. Nur wenn nachgewiesen ist, dass die Frau einen Rückschlag verursacht hat, wird sie daran beteiligt. Im Hinblick auf die Flexibilität der neuen Unterhaltsregelung (Art. 163 und 165) rechtfertigt sich diese Einschränkung nicht mehr.
- b. Ein Ehegatte, bei dem die Berechnung der Errungenschaft einen Passivsaldo ergibt, bleibt dessen ungeachtet am Vorschlag des andern beteiligt. Dieser hilft insofern mit, das Defizit zu tragen, als er die Hälfte seines Vorschlages abgibt. Die Ehe bleibt also auch bei Defizit eines Ehegatten Schicksalsgemeinschaft.
- c. Dass im Gegensatz zu einer Errungenschaftsgemeinschaft keine Beteiligung am Defizit vorgesehen ist, ist für den Schutz der Familie in einer Krisensituation wichtig.
- d. Die von Referendumskreisen geforderte Rückschlagsbeteiligung steht in krassem Gegensatz zum Vorwurf, die Errungenschaftsbeteiligung führe dazu, dass der eine Ehegatte alle Ausgaben des andern zur Hälfte mittrage. Sähe der neue Güterstand auch eine Rückschlagsbeteiligung vor, müsste der sparsame die Schulden des andern mittragen helfen.

36. SCHLECHTERSTELLUNG DER FRAU

Die Ehefrau ist im neuen Recht schlechtergestellt, da ihr Arbeitsverdienst nicht mehr Sondergut ist.

- a. Es ist selbstverständlich, dass in einem partnerschaftlichen Eherecht nicht nur die Ersparnisse des Mannes, sondern auch diejenigen der Frau geteilt werden müssen.
- b. Die Zuweisung des Arbeitsverdienstes zum Sondergut versteht sich aus dem System der Güterverbindung. Nur diese Vermögensmasse kann die Frau frei verwalten und darüber frei verfügen. Eine Errungenschaftsmasse der Frau gibt es nicht.
- c. Auch bei einer Errungenschaftsgemeinschaft als ordentlichen Güterstand könnte der Arbeitsverdienst der Frau kein Sondergut bilden.

### 37. KOMPLIZIERTHEIT DER ERRUNGENSCHAFTSBETEILIGUNG

Die Errungenschaftsbeteiligung ist viel zu kompliziert.

Der neue ordentliche Güterstand ist einfacher als die Güterverbindung. Statt fünf sind nur noch vier Vermögensmassen zu unterscheiden. Da jeder Ehegatte sein Vermögen selber verwaltet und nutzt und für seine Schulden einfach mit seinem ganzen Vermögen haftet, entfallen verschiedenste Probleme des geltenden Rechts, so z.B.: Übergang von vertretbaren Sachen des eingebrachten Frauengutes ins Eigentum des Mannes, Abgrenzung der ordentlichen von der ausserordentlichen Verwaltung beim eingebrachten Frauengut, Unterscheidung von Vollschnulden und Sondergutsschnulden der Frau.

Was die güterrechtliche Auseinandersetzung betrifft, so sind die Schritte, die vorzunehmen sind, vom Güterverbindungsrecht her bestens bekannt. Neu ist im wesentlichen lediglich das Institut der Hinzurechnung (Art. 208), die Vermutung von Miteigentum bei Beweislosigkeit (Art. 200) und dass das Problem des Mehrwertanteils, das sich schon heute in der Praxis stellt, nun gesetzlich geregelt wird (Art. 206 und 209 Abs. 3).

### 38. MITEIGENTUM IST FÜENFTE VERMOEGENSMASSE

Das Miteigentum ist bei der Errungenschaftsbeteiligung aber die fünfte Vermögensmasse.

Miteigentumsverhältnisse können unter Ehegatten wie mit Dritten bestehen. Dass ein Vermögen auch Miteigentumsanteile umschliesst, ist nichts besonderes. Deswegen besteht keine besondere Vermögensmasse.

### 39. LEBENSWEISE DER BEVOELKERUNG: KEINE BUCHHALTEREHE

Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung widerspricht der Lebensweise des Gros unserer Bevölkerung. Er setzt nach Auffassung von Fachleuten eine getrennte Buchhaltung der beiden Ehegatten voraus.

- a. Der Vorwurf "Buchhaltung" wurde bereits bei der Schaffung des ZGB erhoben. Inzwischen haben wir über 70 Jahre unter Güterverbindungsrecht gelebt.
- b. Der neue ordentliche Güterstand setzt sogar weniger als die heutige Güterverbindung eine Buchhaltung voraus. Im geltenden Recht bilden die Erwerbseinkommen von Mann und Frau verschiedene Vermögensmassen, die vollständig verschiedenen Regeln folgen. Demgegenüber sind im neuen Recht die Regeln diesbezüglich bei der Auflösung des Güterstandes so ausgestaltet,

dass es egal ist, ob ein Vermögenswert aus dem Arbeitserwerb des Mannes oder der Frau stammt. Rechnerisch kommt es, ausser bei einem Defizit, genau auf das gleiche heraus, ob die Errungenschaft von Mann und Frau zusammengelegt und halbiert werden, oder ob die Errungenschaften getrennt bleiben und jeder Ehegatte dem Partner die Hälfte seiner Ersparnisse abgibt. Während der Dauer der Güterverbindung muss bei der Frau ferner zwischen Sondergutsschulden und Vollschulden unterschieden werden. Auch diese Verkomplizierung entfällt im neuen Recht. Dass das Vermögen der Frau vom Vermögen des Mannes zu trennen ist und dass bei Auflösung des Güterstandes die eingebrachten Güter auszuscheiden sind, sind Probleme, die heute wie in Zukunft bestehen. Heute muss eine Frau darauf achten, dass sie ihr Vermögen nachweisen kann, weil sonst bei Beweislosigkeit von Frauengut oder von eingebrachtem Mannesgut von Gesetzes wegen angenommen wird, ein Vermögenswert gehöre zur Errungenschaft des Mannes, an der die Frau erst bei der Auflösung des Güterstandes und auch dann nur mit einem Drittel beteiligt ist. Im neuen Recht besteht zwar noch immer die Vermutung zugunsten der Errungenschaft, es wird aber bei vollständiger Beweislosigkeit Miteigentum beider Ehegatten angenommen, so dass beide Ehegatten gleichermaßen an diesem Vermögenswert beteiligt sind, und zwar nicht erst bei Auflösung, sondern auch während des Güterstandes.

- c. Der geltende ordentliche Güterstand der Güterverbindung entspricht - wie durch Untersuchungen belegt wird - nur in sehr geringem Masse der gelebten Wirklichkeit. Nur in rund 17 % der Fälle wird das Frauenvermögen vom Mann allein verwaltet. Demgegenüber verwalten ca. 41 % Frauen ihre Vermögenswerte alleine. Hier ist der neue ordentliche Güterstand weit mehr "dem Leben abgeguckt" als der alte. Er lässt auch ohne weiteres eine gemeinsame Verwaltung zu und ist deshalb sehr flexibel. Dagegen würde eine Errungenschaftsgemeinschaft alle Ehegatten zur gemeinsamen Verwaltung der Errungenschaft zwingen und keinen Spielraum für getrennte Verwaltung lassen. Schon heute wird der Arbeitsverdienst von Mann und Frau nach Güterverbindungsrecht getrennt verwaltet.

#### 40. ART. 209, ERSATZFORDERUNGEN

Ganz besonders schwierig wird die Auseinandersetzung innerhalb des Vermögens eines Ehegatten. Sind Schulden der Errungenschaft aus Eigengut, und Schulden des Eigengutes aus Errungenschaft bezahlt worden, muss bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung, damit der andere Teil seinen vollen Vorschlagsanteil erhält, diese Schuldenzahlung wieder ausgeglichen werden.

Das System der Ersatzforderungen besteht - trotz Fehlens einer entsprechenden Gesetzesbestimmung - bereits bei der heutigen Güterverbindung (Berner Kommentar, Lemp, zu Art. 214 ZGB) und wäre in genau gleicher Weise auch bei einer Errungenschaftsgemeinschaft vorzusehen. Dass es Ersatzforderungen gibt, ist nichts anderes als ein Gebot der Gerechtigkeit und liegt im Interesse beider Ehegatten. Hat zum Beispiel ein Gewerbetreibender wegen Li-

quiditätsschwierigkeiten in dem von ihm aufgebauten Geschäft sein ererbtes Vermögen für den Unterhalt der Familie verbraucht, ist es nichts als recht und billig, wenn er bei der Auflösung der Ehe gegenüber der Errungenschaft eine Ersatzforderung geltend machen kann, damit ihm die Substanz seiner Erbschaft erhalten bleibt. Umgekehrt ist nicht einzusehen, warum eine Erbschaftsschuld eines Ehegatten zur Verminderung der Errungenschaft führen kann (Beispiel: Ein Ehegatte erbt einen Nachlass im Wert von 200'000 Franken und muss 20'000 Schulden des Verstorbenen bezahlen. Der Wert der Erbschaft beträgt demzufolge 180'000 Franken. Zahlt die Errungenschaft die 20'000 Franken, ist ihr eine entsprechende Forderung gutzuschreiben.). Da im Zweifel eine Schuld die Errungenschaft belastet (Art. 209 Abs. 2), werden nur dort Ersatzforderungen geltend gemacht, wo dies sachlich gerechtfertigt ist. Jeder Ehegatte ist frei, auf die Ersatzforderungen seines Eigentums zu verzichten.

#### 41. SPARSAMER MUSS SCHULDEN DES LIEDERLICHEN BEZAHLEN

Bei einem liederlichen Lebenswandel des Ehemannes kann das Vermögen der Ehefrau (heute oft eiserne Reserve) auch für die Schulden des Ehemannes haften. Beim Konkurs muss der solvent gebliebene Gatte seine Ersparnisse mit den Gläubigern des andern teilen, was eine wichtige Auffangmöglichkeit für die Familie in Frage stellt.

Ausser im Rahmen von Artikel 166 (Vertretung der ehelichen Gemeinschaft) haftet kein Ehegatte für die Schulden des andern.

Wird ein Ehegatte unter Errungenschaftsbeteiligung von seinen Gläubigern fruchtlos betrieben, können diese im Gegensatz zum geltenden Güterverbindungsrecht auch nicht mehr die Auflösung des Güterstandes verlangen (vgl. Art. 185 ZGB). Die Gütertrennung wird nur angeordnet, wenn ein Ehegatte ein berechtigtes Interesse hat (Art. 185). Selbst der Konkurs eines Ehegatten zieht keine Auflösung des Güterstandes nach sich. Die Vorschlagsbeteiligung ist eine reine Anwartschaft, auf die die Gläubiger vor der ordentlichen Auflösung des Güterstandes nicht greifen können. Bei der heutigen Güterverbindung dagegen führt der Konkurs automatisch zur Auflösung des Güterstandes.

#### 42. SOLIDARHAFTUNG

Als beunruhigend vom wirtschaftlichen Standpunkt aus muss das Prinzip der solidarischen Haftung der Ehepartner nicht nur für Haushalts-, sondern auch für private Schulden des Partners bezeichnet werden.

Eine solidarische Haftung für private Schulden ist im neuen Ehe-recht in keiner Weise vorgesehen! Grundsätzlich haftet ein Ehegatte nur solidarisch für Schulden, die für die laufenden Bedürfnisse der Familie begründet wurden (Miete einer Wohnung gehört nicht dazu), vgl. dazu vorn Artikel 166. In den übrigen Fällen

braucht es für solidarische Haftung die Zustimmung des Partners oder eine Notsituation. Die Schuld muss aber auch in diesen Fällen für die eheliche Gemeinschaft begründet sein, also beide Ehegatten angehen.

#### 43. ART. 206, MEHRWERTANTEIL

Der Mehrwertanteil ist äusserst kompliziert und sachlich unbillig. Unter Ehegatten ist nur eine Mehr-, nicht aber eine Minderwertbeteiligung vorgesehen (Art. 206).

Vorauszuschicken ist: Mehrwertanteil besteht nur, wenn Investitionshilfe ohne Gegenleistung erbracht wird und Mehrwert erzielt wird. Der Mehrwertanteil kann zudem schriftlich ausgeschlossen oder geändert werden (Formerfordernis dient Klarheit der Rechtslage).

- a. Der Gesetzgeber muss zur Frage der Mehrwertbeteiligung Stellung nehmen, denn heute versuchen Doktrin und Rechtsprechung, die gesetzliche Lücke auszufüllen.

Das neue Recht will eine klare Rechtslage schaffen. Artikel 206 geht davon aus, dass ein bestimmter Vermögenswert immer und ausschliesslich zum Vermögen des Ehegatten, der rechtlich Eigentümer ist, gehört. Damit ist die güterrechtliche und sachenrechtliche Ordnung in Übereinstimmung. Dafür wird der andere Ehegatte an einem allfälligen Mehrwert beteiligt.

- b. Das Nennwertprinzip wäre extrem stossend. Die Inflation würde dazu führen, dass der investierende Ehegatte in jedem Fall nicht mehr das zurück erhält, was er dem andern Ehegatten gegeben hat. Zudem hat derjenige Ehegatte, welcher Eigentümer des Vermögenswertes ist, auch dessen Ertrag, der andere aber nicht.

- c. Die Mehrwertbeteiligung rechtfertigt sich daraus, dass ein Ehegatte nicht in der gleichen Lage ist wie ein normaler Gläubiger, da Zahlungsfristen (Art. 203 Abs. 2) eingeräumt werden können und weil sich aus Artikel 159 eine Pflicht zur Beitragsleistung ergeben kann. Eine Minderwertbeteiligung einzuführen, ist dagegen nicht gerechtfertigt. Der Ehegatte, der sein Vermögen beim andern investiert, soll nicht schlechter gestellt sein als ein gewöhnlicher Geldgeber oder derjenige, der bei einem Dritten investiert. Im übrigen wäre es sehr stossend, für einen Ehegatten, der ohne Entgelt Hilfe erbringt, Minderwertbeteiligung vorzusehen, während der Ehegatte, der Entgelt erhält, Nominalwert zurückerhält.

Im Falle eines Konkurses würde unter Umständen Minderwertbeteiligung dazu führen, dass nur eine verminderte Konkursdividende dem Geldgeber ausbezahlt würde: Bestimmung schützt somit auch die Ehe.

Eine Minderwertbeteiligung wäre zudem ein Bruch mit der bisherigen Rechtstradition. Das geltende Güterrecht kennt sie nicht und

sie wurde - im Gegensatz zur Mehrwertbeteiligung - auch nicht von der Rechtsprechung eingeführt.

#### 44. ANWENDUNGSFAELLE DER MEHRWERTBETEILIGUNG

Mehrwertbeteiligung besteht auch, wenn ein Ehegatte das Vermögen des andern verwaltet und vermehrt. Das ist stossend.

Vermögensverwaltung ist keine Investition eines Ehegatten ins Vermögen des andern und fällt deshalb nicht unter Artikel 206.

#### 45. ART. 208, HINZURECHNUNG

Es hätte genügt, Artikel 208 auf Ziffer 2 zu beschränken. Mit Ziffer 1 und Artikel 220 hat eine Scheidung in Zukunft nicht nur zur Folge, dass eine Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten selber stattfindet, sondern der Streit wird auch noch auf die Kinder ausgedehnt. Unter die Bestimmung fallen auch Unterhaltsbeiträge und Schenkungen an Kindern.

Vorbemerkung: Wie die Erfahrungen mit Artikel 522 ff., insbesondere Artikel 527 ZGB zeigen, dürfte das Institut der Hinzurechnung vor allem präventive Bedeutung haben: Die Ehegatten werden sich während der Ehe so verhalten, dass sich die Frage der Hinzurechnung bei der Auflösung gar nicht stellt.

- a. Unterhalts- und Unterstützungsbeiträge fallen sicher nicht unter Artikel 208, da sie eine gesetzliche Grundlage im Familienrecht haben und keine Schenkung sind. Auch nicht alle Schenkungen werden erfasst, sondern nur solche, die mehr sind als ein gewöhnliches Gelegenheitsgeschenk. Zudem muss die unentgeltliche Zuwendung weniger als fünf Jahre zurückliegen und aus der Errungenschaft erfolgen. Zuwendungen aus dem Eigengut sind frei.
- b. Artikel 208 schafft einen Ausgleich dafür, dass jeder Ehegatte, wenn der Unterhalt der Familie bezahlt ist, frei über sein Vermögen und damit über seine Errungenschaft verfügen kann (vgl. Art. 201) und dient damit dem Schutz der Vorschlagsforderung, was im neuen Recht umso wichtiger ist, da beide Ehegatten gegenseitig partizipieren.

Die Bestimmung schafft in einem gewissen Sinn für Schenkungen (und Verschleuderungen) eine Art Errungenschaftsgemeinschaft, indem für diese Verfügungen indirekt die Zustimmung des Ehegatten verlangt wird. Es ist doch erstaunlich, dass die gleichen Kreise, die eine Errungenschaftsgemeinschaft propagieren, bei der für jegliche Verfügung grundsätzlich die Zustimmung beider Ehegatten nötig ist, es bei der Errungenschaftsbeteiligung als zu weitgehend empfinden, wenn wesentliche Schenkungen zustimmungsbedürftig sind und damit das Zusammenwirken der Ehegatten gefördert wird.

- c. Artikel 208 und 220 entsprechen der erbrechtlichen Herabsetzungsklage (Art. 522 ff., insb. 527 ZGB). Das Institut ist deshalb durchaus bekannt. Wenn Schenkungen erbrechtlich aufgerechnet werden (Art. 527 Ziff. 3 ZGB) zugunsten der Erben, ist nicht einzusehen, warum das gleiche Institut nicht auch zugunsten eines Ehegatten im Güterrecht vorgesehen werden darf.
- d. Die Parallelität zwischen Erbrecht und Güterrecht vereinfacht die Rechtslage (vgl. BGE 107 II 119 ff.).
- e. Eine Klage gegen Dritte (Art. 220) ist nur denkbar, wenn das Vermögen des Schuldners nicht ausreicht, die Beteiligungsforderung zu decken. In diesem Fall ist sie aber die einzige Möglichkeit, um die Beteiligungsforderung sofort oder überhaupt durchzusetzen.

#### 46. GUETERRECHTSREGISTER

Das Güterrechtsregister hätte nicht aufgehoben werden dürfen. Die Unterscheidung zwischen internem und externem Güterstand erlaubte eine Anpassung an die ehelichen Verhältnisse.

- a. Die Unterscheidung von internem und externem Güterstand ist rechtlich ausserordentlich kompliziert. Das neue Recht bedeutet eine willkommene Vereinfachung.

Materiell bedeutet die Unterscheidung, dass ein Ehepaar einen Güterstand wählt, diesen aber gegenüber Dritten nicht gelten lassen will. Mit anderen Worten wird ein interner Güterstand in aller Regel aus erbrechtlichen Gründen gewählt, was die Praxis klar zeigt. Mit dem neuen Erbrecht ist aber genügend Flexibilität gewährleistet.

- b. Das Güterrechtsregister ist im neuen Recht aus Rechtssicherheitsgründen nicht mehr nötig: Die Haftung gegenüber Dritten ist beim ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung und bei der Gütertrennung identisch. Bei der Gütergemeinschaft wurde eine Haftungsregelung gewählt, die die Dritten genügend schützt.
- c. Die Aufhebung des Güterrechtsregisters geht auf eine Anregung von Güterrechtsregisterführern zurück, nach deren Feststellungen das Register nur selten konsultiert wird.

#### 47. KOMBINIERBARKEIT DER GUETERSTAENDE

Das neue Recht kennt nur noch drei Güterstände (Errungenschaftsbeteiligung, Gütergemeinschaft und Gütertrennung), die nicht mehr miteinander kombiniert werden können. Dadurch wird die Vertragsfreiheit eingeschränkt und den Partnern die Möglichkeit einer individuellen Ausgestaltung ihrer finanziellen Verhältnisse genommen.

- a. Die Frage, ob das Mischen von Güterständen zulässig ist oder nicht, ist keine Frage der Vertragsfreiheit, sondern der Gesetzestchnik. Lässt der einzelne Güterstand genügend Ausgestaltungsmöglichkeiten offen, kommt man materiell zum gleichen Resultat, wie wenn man Güterstände mischt.
- b. Materiell lässt das neue Recht die gleichen Möglichkeiten offen wie bisher. Bei der Gütergemeinschaft kann das Gesamtgut beliebig umschrieben werden und im Rahmen der Errungenschaftsbeteiligung kann durch obligationenrechtlichen oder sachenrechtlichen Vertrag (einfache Gesellschaft, Miteigentum) gemeinschaftliches Eigentum begründet werden. Ferner kann die Frau im Rahmen eines Auftragsverhältnisses jederzeit dem Mann ihr Vermögen zur Verwaltung übergeben.

#### 48. BRAUTLEUTE SOLLTEN GUETERSTAND WAEHLLEN

Mit einer Bestimmung, wonach inskünftig von den Brautleuten bei Eheabschluss die Wahl eines Güterstandes verlangt wird, wäre der Sache mehr gedient.

Die Idee, das bei Eheabschluss gleichzeitig der Abschluss eines Ehevertrages verlangt würde, mit welchem die güterrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten geregelt würden, mag gut gemeint sein, ist aber nicht praktikabel. Die Ehevertragsfreudigkeit ist in der Schweiz nicht gross (höchstens 10 % der Ehegatten schliessen einen Ehevertrag). Der Gesetzgeber entspricht deshalb den Bedürfnissen der Praxis, wenn er einen Güterstand anbietet, der von Gesetzes wegen gilt, sofern die Ehegatten nicht ausdrücklich etwas anderes wählen. Gegen den Zwang zur Wahl spricht auch, dass die gründliche Information aller Brautleute über die verschiedenen Güterstände erhebliche Schwierigkeiten bieten dürfte. Schliesslich ist zu bedenken, dass sich ein junges Paar meist in einer Aufbauphase befindet und seine Vermögensverhältnisse noch nicht gefestigt sind, was den Entscheid für einen bestimmten Güterstand erschwert.

#### 49. GEWERBE

Das neue Güter- und Erbrecht ist zusammen mit den Entschädigungen von Ehegatten für das Gewerbe ausserordentlich stossend.

Zu Artikel 164 und 165 vgl. vorn. Ein Interesse, gestützt auf diese beiden Bestimmungen bei Scheidung und Tod eines Ehegatten Ansprüche geltend zu machen, besteht grundsätzlich nicht, wenn die Ehegatten unter dem ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung stehen.

##### I. Die Behandlung des Gewerbes im allgemeinen

- a. Im neuen ordentlichen Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung werden zwar die Ersparnisse des Mannes bei der Auflösung des Güterstandes nicht mehr im Verhältnis zwei Drittel für den

Ehemann oder seine Erben und einen Drittel für die Ehefrau oder ihre Nachkommen, sondern hälftig geteilt. Dafür ist der Arbeitsverdienst der Ehefrau während der Ehe nicht mehr Sondergut, das ihr allein gehört, sondern ebenfalls mit dem Mann hälftig zu teilen. Der Ehemann muss deshalb nur im schlechtesten Fall 16,7 % mehr von seinen Ersparnissen abgeben. Sobald die Ehefrau mitverdient, verändert sich das Bild und das neue Recht kann sogar in gewissen Fällen den Ehemann besser stellen als das geltende Recht.

- b. Güterrechtliche Forderungen bei Scheidung oder Tod eines Ehegatten sind heute sofort fällig. Im neuen Recht ist der Gewerbler geschützt, indem er bei Liquiditätsproblemen Anspruch auf Zahlungsfristen (Art. 218) hat. Auch für die Begleichung gemeinrechtlicher Forderungen unter Ehegatten können Zahlungsfristen verlangt werden (Art. 203 Abs. 2, 235 Abs. 2, 250 Abs. 2).
- c. Das neue Erbrecht vergrössert zwar den gesetzlichen Erbanteil des überlebenden Ehegatten. Der Pflichtteil ist aber gleich gross wie im geltenden Recht. Deshalb ist niemand gezwungen, erbrechtlich mehr zu geben als heute.
- d. Dank der neuen vergrösserten frei verfügbaren Quote im Erbrecht kann die neue güterrechtliche Regelung für die Ersparnisse während der Ehe zum guten Teil wieder ausgeglichen werden. Die folgende Tabelle zeigt, was ein Gewerbler nach heutigem und neuem Recht seinem Kind, das das Gewerbe übernimmt, durch Testament (also ohne Zustimmung des Partners) von seinem gesamten Vermögen zuhalten kann, und zwar im schlechtesten Fall, nämlich wenn die Frau keine eigenen Ersparnisse hat.

Zur Berechnung: Ordentlicher Güterstand aufgelöst. Vorschlagsanteil der überlebenden Ehefrau abgegeben. Nachlass des Mannes berechnet. Verfügbare Quote an Unternehmensnachfolger. Die Quoten sind in Bruchteilen der gesamten Errungenschaft, resp. des gesamten Eigengutes des Mannes angegeben.

(Beispiel: Bei Auflösung der Güterverbindung erhält die Frau 1/3 der Errungenschaft des Mannes. 2/3 bilden Nachlass des Mannes. Von diesen 2/3 fällt 1/4 aus Erbrecht an die Frau. 3/4 der 2/3 gehen an die Kinder.)

Tabelle: (Errungenschaft = während der Ehe aufgebautes Gewerbe; Eingebrahtes Gut bzw. Eigengut = ererbtes Gewerbe)

1 Kindfamilie:

Heute	4/8	Errungenschaft	+	12/16	Eingebrahtes Gut
morgen	3/8	Errungenschaft	+	12/16	Eigengut

2 Kinderfamilie:

Heute	10/32	Errungenschaft	+	15/32	Eingebrahtes Gut
morgen	9/32	Errungenschaft	+	18/32	Eigengut

3 Kinderfamilie:

Heute 4/16 Errungenschaft + 6/16 Eingebrahtes Gut  
morgen 4/16 Errungenschaft + 8/16 Eigengut

4 Kinderfamilie:

Heute 14/64 Errungenschaft + 21/64 Eingebrahtes Gut.  
morgen 15/64 Errungenschaft + 30/64 Eigengut

- e. Unabhängig von dieser Möglichkeit der testamentarischen Begünstigung des Unternehmensnachfolgers ist das neue Recht immer dann unternehmerfreundlicher, wenn mehrere Kinder da sind, die auf Barauszahlung beharren, während die überlebende Ehefrau und Mutter zum Familienunternehmen steht und ihr Vermögen im Betrieb lässt.
- f. Die Nachfolgeproblematik ist von Unternehmen zu Unternehmen verschieden. Mit einer generellen Gesetzesregelung kann der Vielfalt der möglichen Situationen nicht Rechnung getragen werden. Für Lösungen nach Mass bieten sich Ehe- und Erbverträge, Testament, Gesellschafts-, insbesondere aktienrechtliche Dispositionen oder andere obligationenrechtliche Vorkehren an.
- g. Lösungen nach Mass werden durch das neue Ehe- und Erbrecht gefördert:
- Dank Artikel 199 steht ein Ehepaar nicht einfach nur vor der Alternative "ordentlicher Güterstand oder Gütertrennung", sondern kann die im Einzelfall angepasste Lösung im Rahmen des ordentlichen Güterstandes vereinbaren.
  - Das neue Güterrecht stellt klar, dass ehevertraglich auch für den Scheidungsfall besondere Lösungen für ein Gewerbe getroffen werden können (Art. 217).
  - Das neue Erbrecht ist flexibler, da die freiverfügbare Quote grösser ist.
- h. Der Abschluss eines Vertrages, der beiden Ehegatten angemessen Rechnung trägt, ist durchaus zumutbar, gerade für Gewerbetreibende, die täglich mit Rechtsgeschäften zu tun haben. Im Arbeitsrecht hat man im Gewerbe immer die Ansicht vertreten, dass der Vertrag einem staatlichen Gesetz vorzuziehen ist. Es ist nicht einzusehen, warum man nun im Eherecht dem Vertrag misstraut und nach staatlichen Normen ruft. Schon unter geltendem Recht muss die Unternehmensnachfolge an sich vertraglich geregelt werden (die Frau erhält ja gesamthaft beim Tod des Mannes 1/2 der Errungenschaft; die andere Hälfte verteilt sich unter die Kinder, so dass bei zwei Kinder der Unternehmensnachfolger schon heute lediglich 1/4 des während der Ehe aufgebauten Gewerbes erhält) und das wird auch in vielen Fällen getan. Da der Mann heute eine durchschnittliche Lebenserwartung von über 70 Jahren hat, stellt sich das Problem der Unternehmensnachfolge ohnehin in vielen Fällen bereits lange vor seinem Tod, wenn der Sohn oder die Tochter die Verantwortung für den Betrieb übernimmt. Entscheidend ist, dass die Zu-

kunft des überlebenden Ehegatten gesichert ist. Erbrechtlich kann dem überlebenden Ehegatten auch die Nutzniessung zugewiesen werden (Art. 473 ZGB), ohne dass man ihn einfach auf den Pflichtteil setzt.

## II. Landwirtschaftliche Gewerbe

### Heutige Rechtslage

Gemäss ZGB Artikel 620 / 617 gilt im Erbrecht für landwirtschaftliche Gewerbe, die eine wirtschaftliche Einheit bilden, das Ertragswertprinzip, wenn ein Erbe den Hof übernehmen will und hierfür geeignet ist. Mit diesem Rechtsinstitut wurde erreicht, dass landwirtschaftliche Gewerbe in der Familie erhalten bleiben, ohne dass dabei der Uebernehmer untragbare finanzielle Lasten auf sich nehmen muss. Das Ertragswertprinzip gilt ferner u.a. im BG über Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes (EGG) beim Vorkaufsrecht der Verwandten und des Ehegatten bei Veräusserung eines landwirtschaftlichen Gewerbes.

Die Bedeutung dieser Rechtsinstitute wird durch Tatsache unterstrichen, dass laut Betriebszählung 1975 85 % des von den Eigentümern selber bewirtschafteten Bodens von den Eltern oder von weiteren Verwandten übernommen wurden.

Im ehelichen Güterrecht fehlt heute eine entsprechende Norm, so dass bei güterrechtlicher Auseinandersetzung, wenn es darum geht, die Ersparnisse während der Ehe zu teilen, der Verkehrswert massgebend ist, sofern man sich nicht einigt.

Gilt bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung, die sowohl im Scheidungs- wie im Todesfall stattfinden muss, der Verkehrswert, so können daraus Forderungen in einer Höhe entstehen, die der Eigentümer bzw. Unternehmer nicht mehr tilgen kann - wenn er kein weiteres Vermögen besitzt -, ohne das landwirtschaftliche Gewerbe zu veräussern. Es ist ihm ja verwehrt, zu diesem Zweck das Gewerbe über die Belastungsgrenze (125 % des Ertragswertes) zu belasten.

Zu beachten ist aber, dass der Bauer (bzw. Bäuerin), die zufolge der güterrechtlichen Auseinandersetzung den Hof verkaufen müsste, ohnehin nur den Ertragswert lösen würde, sobald ein Verwandter gemäss EGG Artikel 6 und 12 sein Vorkaufsrecht ausübt.

### Der neue ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung

Das neue Recht sieht nun in Artikel 212 vor, dass landwirtschaftliche Gewerbe bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung grundsätzlich zum Ertragswert eingesetzt werden, und bringt damit das Güterrecht und das Erbrecht in willkommene Harmonie.

Drei Korrektive zum Ertragswertprinzip sind vorgesehen:

- a. Der Ehegatte des Eigentümers eines landwirtschaftlichen Gewerbes soll dem Eigentümer oder dessen Nachlass von seinem Vermögen aufgrund der güterrechtlichen Auseinandersetzung (z.B. eigene Errungenschaft) nicht mehr abgeben, als was er müsste, wenn beide Vermögen gesamthaft zum Verkehrswert berechnet und

die gegenseitigen Forderungen miteinander verrechnet würden (Art. 212 Abs. 2).

Beispiel: Ein Bauer baut auf seinem ererbten Hof während der Ehe aus seinen Ersparnissen (Errungenschaft) eine neue Scheune für Fr. 200'000.--. Diese Scheune erhöht den Ertragswert des gesamten landwirtschaftlichen Gewerbes um total Fr. 50'000.--. Bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung erhält die Frau die Hälfte dieses Mehrwertes, also Fr. 25'000.--. Wenn die Frau selber ebenfalls Fr. 200'000.-- erspart hat, so gilt für die Teilung ihres Vorschlags der Verkehrswert und sie müsste ihrem Mann Fr. 100'000.-- abgeben (bzw. Fr. 75'000.-- nach Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche). Das wäre ungerecht. Gemäss der neuen gesetzlichen Regelung sollen sich die Ehegatten im vorliegenden Fall nichts mehr schulden (unter der Voraussetzung, dass die Scheune einen Verkehrswert von mindestens Fr. 200'000.-- hat). (Nach geltendem Recht müsste der Ehemann noch ein Drittel der Errungenschaft, berechnet aufgrund des Verkehrswerts der Scheune, d.h. Fr. 66'666.-- herausgeben, die Ehefrau könnte zudem ihre Ersparnisse soweit Sondergut (Arbeitsverdienst) behalten).

- b. Artikel 213 sieht eine Härteklausel vor, die ihr Vorbild in Artikel 12 EGG hat.

Der anrechenbare Wert kann "angemessen" (d.h. in Würdigung aller Umstände) erhöht werden, wenn dies gerechtfertigt erscheint.

- c. Wird ein landwirtschaftliches Gewerbe zum Ertragswert angerechnet, so soll der Ehegatte, der eine Kürzung seiner Ansprüche in Kauf nehmen muss, am Gewinn beteiligt sein, sofern das Gewerbe binnen 25 Jahren veräussert wird (Art. 212 Abs. 3).

#### 50. WARUM SONDERREGELUNG NUR FUER DIE LANDWIRTSCHAFT ?

Es ist nicht einzusehen, warum nur für die Landwirtschaft und nicht auch für die übrigen Gewerbe eine Sonderregelung geschaffen wurde.

Die Sonderregelung für die Landwirtschaft betrifft nur die Frage, zu welchem Wert ein landwirtschaftliches Gewerbe bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung angerechnet wird. Dieses kann vom Eigentümer oder Uebernehmer nur dann mit Erfolg selber weiterbewirtschaftet werden, ohne sich zu überschulden, wenn er nicht viel mehr als den Ertragswert bezahlen muss. Der landwirtschaftliche Ertragswert entspricht damit auch dem "Fortführungswert" des Gewerbes. Der Verkehrswert dagegen ist ein blosser Liquidationswert, der wesentlich von andern Faktoren (Kapitalanlageinteresse, "Flucht in die Sachwerte") als dem Ertrag bestimmt wird. Ein Unterschied zwischen Liquidationswert und Fortführungswert kann auch bei Gewerbe- und Industrieliegenschaften bestehen, dort allerdings in einem umgekehrten Verhältnis. Ueblicherweise ist der Fortführungswert einer Unternehmung oder eines Gewerbes höher als sein Liquidationswert. Daher stellen sich bei der Uebernahme einer solchen Unternehmung im Rahmen der güter- und erbrechtlichen Auseinandersetzung keine spezifischen Probleme.

51. GÜTERTRENNUNG BZW. ERRUNGENSCHAFTSGEMEINSCHAFT FUER GEWERBE-  
TREIBENDE UND UNTERNEHMER

"Industriell oder gewerblich genutztes Vermögen und im Geschäft verbliebene Erträge sollten Sondergut des Unternehmers sein und den Regeln der Gütertrennung unterstehen. Wo aber, was häufig der Fall sein wird, die Ehegatten den Gewerbebetrieb gemeinsam leiten, ist die Errungenschaftsgemeinschaft (also nicht die Errungenschaftsbeteiligung) eher der Wirklichkeit angemessene Güterstand." (Clavadetscher, Direktor des Schweiz. Gewerbeverbandes, Publikation des Gewerblichen Informations- und Pressedienstes vom 16. Januar 1985).

- a. Die Lösung, dass das ganze Gewerbe von Gesetzes wegen der Gütertrennung unterliegt, wäre eine eklatante Missachtung der Leistungen der Ehefrauen vieler Gewerbetreibender, die sich tagtäglich für das Gewerbe voll einsetzen oder ihren Männern ermöglichen, sich voll für das Gewerbe einzusetzen, indem sie ihnen den Haushalt führen und die Kinder betreuen. Die Ehefrau eines Gewerbetreibenden würde dadurch gegenüber den anderen Ehefrauen benachteiligt.
- b. Wenn der Gewerbebetrieb des Mannes von Gesetzes wegen der Gütertrennung unterstellt wird, so bedeutet dies einen massiven Rückschritt gegenüber dem heutigen Güterverbindungsrecht, wonach die Frau Anspruch auf 1/3 der Ersparnisse (Vorschlag) hat.
- c. Industriell oder gewerblich genutztes Vermögen im Rahmen des ordentlichen Güterstandes (sei es die Errungenschaftsbeteiligung oder die Errungenschaftsgemeinschaft) zu Sondergut zu erklären, würde zu stossenden zusätzlichen Ungerechtigkeiten führen, nämlich, wenn die Frau Errungenschaft bildet und diese dann bei Auflösung des Güterstandes mit dem Mann teilen müsste, während der Mann sein ganzes Gewerbevermögen für sich behielte.
- d. Leiten zwei Ehegatten zusammen einen Gewerbebetrieb, so können sie auf sehr einfachem Weg im Rahmen des neuen ordentlichen Güterstandes der Errungenschaftsbeteiligung durch Abschluss eines einfachen Gesellschaftsvertrages (OR Art. 530 ff.) gemeinschaftliches Eigentum begründen. Dieser kann nach der neuen Bundesgerichtspraxis zum Konkubinatsvertrag sogar stillschweigend abgeschlossen werden. Wenn die Ehegatten aber eine so enge Bindung wie dies ein Gesamthandverhältnis bedeutet, wollen, so ist es vernünftig, die gegenseitigen Rechte und Pflichten ausdrücklich zu regeln, vor allem auch, wer den Betrieb bei Auflösung der Ehe übernimmt. Sonst können bei Scheidung die grössten Schwierigkeiten entstehen, da ja der Betrieb beiden Ehegatten gehört, wenn er Errungenschaft ist.
- e. Es wäre auch völlig unpraktikabel, verschiedene güterrechtliche Regeln anzuwenden, je nach dem ob beide Ehegatten den Betrieb leiten oder nur einer. Der Güterstand bestimmt ja auch, in welchem Ausmass ein Ehegatte über das eheliche Vermögen

verfügen kann. Der Dritte, der wissen muss, ob eine Verfügung, die nur ein Ehegatte vornimmt, rechtsgültig ist oder nicht, sieht aber nicht ohne weiteres, wer den Betrieb leitet. Zudem können sich auch die Verhältnisse ändern, was jedes Mal eine Veränderung des Güterstandes möglicherweise mit güterrechtlicher Auseinandersetzung zur Folge hätte.

### Erbrecht

#### 52. UNNOETIGE ERBRECHTSREVISION

Die Revision des Erbrechts wäre nicht nötig gewesen.

Finanzielle Situation eines überlebenden Ehegatten beurteilt sich aufgrund des Güter- und des Erbrechts. Beide Bereiche hängen sehr eng zusammen. Gesamtschau wichtig.

Die ganze Ehrechtsrevision steht unter dem Stichwort: Anpassung unserer Rechtsordnung an geänderte gesellschaftliche Verhältnisse. Dieses Stichwort gilt auch für das Erbrecht:

a. Mittlere Lebenserwartung seit Erlass des ZGB stark gestiegen:

Zur Zeit der Schaffung des ZGB (1901-1910) konnte eine zwanzigjährige Frau erwarten, dass sie 63,6 Jahre, der zwanzigjährige Mann konnte erwarten, dass er 61,7 Jahre alt wird.

Heute kann die zwanzigjährige Frau erwarten, dass sie 80,5, der Mann, dass er 73,9 Jahre alt wird.

Zunahme der Lebenserwartung: Frau 16,9 Jahre, Mann 12,2 Jahre. Damit ist die Altersvorsorge für den überlebenden Ehegatten viel wichtiger geworden.

b. Lange Lebenserwartung bewirkt, dass Kinder erst im Alter von 40 oder 50 Jahren erben, wenn sie bereits eine eigene Existenz aufgebaut haben. Startkapital ist heute eine gute Ausbildung und nicht eine Erbschaft!

c. Kinderzahl in der Familie zurückgegangen:

Gemäss dem Index der Gesamtfruchtbarkeit kamen im Jahr 1900 auf eine Frau 3,8 Kinder, im Jahr 1983 dagegen 1,51 Kinder. Nachlass teilt sich heute durch weniger Kinder als früher! Zahlenbeispiel: Wenn drei Kinder sich bisher in  $\frac{3}{4}$  des Nachlasses, und wenn zwei Kinder sich neu in die Hälfte des Nachlasses teilen, erhält jedes Kind in beiden Fällen genau gleich viel, nämlich  $\frac{1}{4}$  des Nachlasses.

d. Verbessert man das Erbrecht nicht, ist der Mann in den 3 von 10 Fällen, in denen er überlebt, im neuen Recht schlechter gestellt als heute. Nach geltendem Recht behält er  $\frac{2}{3}$  des Vorschlages nach Güterrecht und bekommt zudem vom Drittel, der Nachlass der Frau bildet (wenn sie Nachkommen hinterlässt), noch ein Viertel aus Erbrecht. Gesamthaft stehen ihm damit  $\frac{3}{4}$  des Vorschlages zu.

### 53. SOZIALVERSICHERUNG GENUEGEND AUSGEBAUT

Dank dem Ausbau der Sozialversicherung ist eine Verbesserung des Erbrechts des überlebenden Ehegatten hinfällig.

- a. Unsere Altersvorsorge basiert auf dem 3-Säulen-Prinzip. Eigene Ersparnisse sind die 3. Säule. Artikel 34quater 6 Bundesverfassung erklärt klar, dass der Bund die Selbstvorsorge zu fördern hat.
- b. Nach dem beruflichen Vorsorgegesetz (Inkrafttreten 1. 1.1985) ist lediglich ein Verdienst bis 49'000 Franken obligatorisch versichert.
- c. Die Notariatspraxis deutet in eine andere Richtung: Die meisten Ehegatten, die Ehe- und Erbverträge abschliessen, wollen eine Besserstellung des überlebenden Ehegatten, trotz der verbesserten Sozialversicherung.

### 54. UEBERLEBENDER EHEGATTE ERHAELT EINMALIG VIEL

Die Erbberechtigung im neuen Eherecht ist in keiner andern vergleichbaren Rechtsordnung anzutreffen. Kombiniert man die Vorschlagsbeteiligung, erhält der überlebende  $\frac{3}{4}$  bis  $\frac{13}{16}$  des vom Erblasser gebildeten Vermögens.

- a. Die erbrechtlichen Lösungen der verschiedenen Staaten lassen sich nur sehr beschränkt vergleichen. Um die Stellung des überlebenden Ehegatten wirklich zu erfassen, müsste in die Untersuchung nicht nur das Erbrecht, sondern auch das Güter- und Sozialversicherungsrecht einbezogen werden. Im übrigen ist zu bedenken, dass der überlebende Ehegatte im Ausland zum Teil Vorausbezüge hat. (BRD: alle Haushaltsgegenstände, soweit für angemessenen Haushalt benötigt. A: ganzer Hausrat. Zudem hat überlebender Ehegatte Anspruch auf Unterhalt gegen den Nachlass, muss sich aber anrechnen lassen, was er aus Erbrecht erhält). In Italien erhält der überlebende Ehegatte, wenn er mit einem einzigen Kind zu teilen hat,  $\frac{1}{2}$  des Nachlasses zu Eigentum, bei mehreren Kindern  $\frac{1}{3}$ . In Belgien erhält der Ueberlebende neben Kindern den ganzen Nachlass zur Nutzniessung.
- b. Entscheidend ist, was wir heute in der Schweiz als richtig ansehen. Wenn davon gesprochen wird, dass  $\frac{3}{4}$  des vom Erblasser gebildeten Vermögens an den überlebenden Ehegatten gehen, so handelt es sich dabei nur um die Ersparnisse (Vorschlag), die das Ehepaar während der Ehe machen konnte und nicht um das Eigengut. Ferner setzt die Zahl voraus, dass der Ehepartner des Erblassers selber keine Errungenschaft gebildet hat (Beispiel: Haben Mann und Frau je Fr. 50'000.- erspart, so erhält der überlebende Ehegatte gesamthaft lediglich die Hälfte des vom Erblasser gebildeten Vermögens). Von den  $\frac{3}{4}$  sind  $\frac{2}{4}$  oder 50 % abzuziehen, die aus Güterrecht auf den überlebenden Ehe-

gatten übergegangen sind. Güterrecht und Erbrecht dürfen aber nicht miteinander verwechselt werden. Die Hälfte des Vorschlages beider Ehegatten steht dem Überlebenden aus eigenem Recht aufgrund der eigenen Leistungen während der Ehe zu. Aufgrund des Erbrechts, also unentgeltlich, erhält der Überlebende Ehegatte nur  $1/4$  oder 25 % der ganzen Ersparnisse.

Dass  $13/16$  der Ersparnisse an den Überlebenden Ehegatten gehen, passiert nicht von Gesetzes wegen, sondern muss in einer letztwilligen Verfügung angeordnet werden und entspricht damit dem Willen des Erblassers.

- c.  $3/4$  des Vorschlages gehen schon heute an den Überlebenden Mann in den 3 von 10 Fällen, in denen die Frau zuerst stirbt. Im neuen Recht wird die Frau einfach dem Mann gleichgestellt. Heute erhält sie - Güterrecht und Erbrecht zusammengenommen -  $1/2$  des Vorschlags des Mannes.
- d. Wenn man bedenkt, was eine gute Ausbildung der Kinder die Eltern heute kostet, ist es nichts als richtig, dass die Interessen des Überlebenden Ehegatten im Erbrecht besser beachtet werden.
- e. Das Komitee gegen ein verfehltes Eherecht propagandiert die Errungenschaftsgemeinschaft als ordentlichen Güterstand. Damit ist das güterrechtliche Resultat im Todes- und Scheidungsfall rechnerisch gleich wie bei der Errungenschaftsbeteiligung, sofern keiner der Ehegatten überschuldet ist: 50 % der Ersparnisse während der Ehe gehen güterrechtlich an den Überlebenden Ehegatten. Kombiniert mit dem heutigen Erbrecht von  $1/4$  des Nachlasses erhält der Überlebende zumindest  $5/8$  des Nachlasses. Im neuen Recht erhält er dagegen nach Gesetz  $6/8$ , kann aber auf den Pflichtteil gesetzt werden und bekommt dann  $5/8$ .
- f. Das gesetzliche Erbrecht muss auf den Normalfall ausgerichtet sein. Nach der Untersuchung über die wirtschaftliche Lage der Rentner in der Schweiz hatten 1976 42,3 % der Rentner ein Totalvermögen von weniger als 50'000 Franken und 61 % der Rentner hatten ein Totalvermögen von weniger als 100'000 Franken. Es sind also bei der grossen Mehrheit der Bevölkerung nicht grosse Beträge, die zu verteilen sind.

#### 55. KINDER AUS 1. EHE

Die Bevorzugung des Überlebenden Ehegatten ist vor allem bei Zweitehen störend. Das Vermögen des verstorbenen Ehegatten endet dann zu einem wesentlichen Teil beim zweiten Ehepartner.

- a. Je länger eine Ehe dauert, desto grösser dürfte das Vermögen sein. Je älter aber ein Überlebender Ehegatte ist, desto kleiner sind die Wiederverheiratungschancen vor allem der Frauen.
- b. In der zweiten Ehe ist im Rahmen des ordentlichen Güterstandes das Vermögen aus der ersten Ehe auf jeden Fall Eigengut, so dass der zweite Ehegatte güterrechtlich daran keinen Anteil

hat. Im Erbrecht von Gesetzes wegen Ehegatten besserer Qualität (1. Ehe) und Ehegatten geringerer Qualität (2. Ehe) vorzusehen, ist nicht denkbar.

- c. Da der Pflichtteil nicht grösser ist als heute, kann für den Fall einer Zweitehe vorgesorgt werden. Das ist bei Eheverträgen über die Vorschlagszuweisung üblich. Aber auch durch Testament können beispielsweise im Rahmen der verfügbaren Quote die Kinder als Nacherben eingesetzt werden.
- d. Im Normalfall wollen die Eltern ihre Kinder nicht benachteiligen. Es kommt deshalb nicht selten vor, dass bei Zweitehen die neuen Ehepartner sogar Erbverzichtsverträge schliessen. Einseitig kann der überlebende Ehegatte seine Kinder erbrechtlich aber auf jeden Fall gleichgut stellen wie heute.
- e. Gemäss Artikel 631 Absatz 2 ZGB ist Kindern, die noch in Ausbildung stehen oder die gebrechlich sind, bei der Teilung ein angemessener Vorausbezug einzuräumen.
- f. Stiefkindadoption ist in der Schweiz recht verbreitet. In vielen Zweitehen übernimmt der neue Ehegatte des leiblichen Elternteils voll die Elternrolle.
- g. Durch Begründung einer Gütergemeinschaft kann schon heute 12/16 des Gesamtgutes dem überlebenden Ehegatten zugehalten werden.
- h. Der Pflichtteil der Kinder aus 1. Ehe wird güterrechtlich geschützt (Art. 216 Abs. 2; 241 Abs. 3).

#### 56. PFLICHTTEIL DER GESCHWISTER

Mit dem Streichen des Vorbehalts zugunsten der Kantone betr. Pflichtteile der Geschwister und ihrer Kinder greift der Bund einmal mehr in eine kantonale Domäne ein und das Recht kann die Vielfalt der Schweizerischen Rechtsanschauung weniger widerspiegeln.

- a. Die Bundesverfassung gebietet die einheitliche Regelung des Zivilrechts. Der geltende Vorbehalt zugunsten der Kantone in bezug auf die Geschwister wurde 1907 nur aufgenommen, um ein Referendum gegen das ZGB zu vermeiden.
- b. Der Vorbehalt schafft ein Sonderrecht für Personen, die im Heimatkanton ihren letzten Wohnsitz haben. Der Vorbehalt hat stösende Rechtsungleichheiten zur Folge und erweist sich oft als Fallstrick für eine angemessene testamentarische Regelung der Erbfolge.
- c. Durch Vereinbarung der Gütergemeinschaft kann der Pflichtteil der Geschwister schon heute umgangen werden (vgl. Art. 226 ZGB).
- d. 12 Kantone, darunter die bevölkerungsreichsten, kennen schon heute keinen Pflichtteilsschutz für Geschwister (Zürich, Bern,

Basel-Stadt, Basel-Land, Tessin, Genf, Waadt, Neuenburg, Freiburg, Jura, Solothurn, Aargau).

- e. Im Vernehmlassungsverfahren hat sich lediglich der Kanton Wallis für Beibehaltung ausgesprochen.

#### V. Uebergangsrecht

#### 57. UEBERGANGSRECHT

Das Uebergangsrecht zum neuen Eherecht ist ein totalitärer Eingriff in bestehende Rechtsverhältnisse.

Das Uebergangsrecht zum neuen Eherecht konkretisiert lediglich die in Artikel 1-4 enthaltenen Grundprinzipien des geltenden Schlusstitels ZGB.

##### a. Allgemeine Wirkungen:

Keine Aenderung gegenüber 1912: Neues Recht ab Inkrafttreten anwendbar. Sonderregelung für Name und Bürgerrecht.

##### b. Grundprinzipien des Güterrechts

- aa. Die Ehegatten, die ohne Ehevertrag unter Güterverbindung leben, unterstehen von Gesetzes wegen nicht rückwirkend, sondern erst ab Inkrafttreten des neuen Rechts der Errungenschaftsbeteiligung. Die güterrechtliche Auseinandersetzung erfolgt aber aus Praktikabilitätsgründen bei der Auflösung der Ehe für die ganze Dauer der Ehe nach neuem Recht, ausser ein Ehegatte verlangt vor dem Inkrafttreten, dass die Zeit von der Eheschliessung bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts nach altem Recht abgerechnet wird. Es wird also niemandem die Abrechnung der ganzen Ehedauer nach neuem Recht aufgezwungen. Der Gesetzgeber darf davon ausgehen, dass, wer nichts unternimmt, mit der Anwendung des neuen Rechts einverstanden ist.
- bb. Durch gemeinsame schriftliche Erklärung beim Güterrechtsregisteramt können die Ehegatten die Güterverbindung beibehalten.
- cc. Ehegatten unter Güterverbindung mit Ehevertrag über Vorschlagszuweisung bleiben unter altem Recht.
- dd. Für alle Ehegatten mit Eheverträgen über eine Gütergemeinschaft, eine Gütereinheit oder eine Ehesteuer gilt weiterhin altes Recht. Dagegen werden Gütertrennungsehegatten dem neuen Gütertrennungsrecht unterstellt, da sich dieses nur unwesentlich vom bisherigen Gütertrennungsrecht unterscheidet.

Zusammenfassend: Alle Eheverträge bleiben gültig. Wer also bewusst eine Lösung gewählt hat, wird vom neuen Güterrecht nicht betroffen.

Die Unterstellung der Ehegatten ohne Ehevertrag, die unter dem ordentlichen Güterstand leben, unter das neue Recht, entspricht dem Entwurf des Bundesrates bzw. Eugen Hubers vom 3. März 1905.

Das Parlament folgte damals aber dem Bundesrat mit Artikel 9 SchlT nicht, sondern liess die Ehegatten im internen Verhältnis weiterhin unter dem alten Güterrecht und stellte sie nur extern unter das neue Recht. Indessen: Im letzten Jahrhundert war die Güterverbindung bereits in 11 Kantonen bekannt und es bestand regelmässig eine recht weitgehende Munt des Ehemannes über die Ehefrau und ihr Vermögen. Heute dagegen verlangen die Frauen seit langem, dass sie ihr eingebrachtes Frauengut selber verwalten und nutzen dürfen. Belässt man sie intern unter altem Recht, können sie weiterhin ohne Zustimmung des Mannes nicht einmal ihr eigenes Vermögen verwalten und nutzen.

#### 58. UEBERGANGSRECHT ZUM NAMEN UND BUERGERRECHT

Zumindest auf Artikel 8a und 8b Schlusstitel hätte man verzichten sollen.

- a. Eine Frau soll es nicht entgelten müssen, dass sie unter dem bisherigen Recht geheiratet hat.
- b. Bei sämtlichen Revisionen des Bürgerrechtsgesetzes wurde eine Uebergangslösung vorgesehen.
- c. Von der Uebergangslösung zum Namen dürfte kaum häufig Gebrauch gemacht werden. Diejenigen Frauen, die sich im beruflichen und privaten Bereich bereits heute mit Mädchennamen bezeichnen, sollen aber die Möglichkeit erhalten, ihre gewohnte Namensführung auch im amtlichen Verkehr zu verwenden.

STICHWORTVERZEICHNIS

	<u>Seite</u>
Arbeitsvertrag	16
Aufgabenteilung	13
Aufhebung des gemeinsamen Haushaltes	27
Auskunftspflicht	22
Ausland	3, 4, 6, 8, 29, 50
Auslegung	4
Bankgeheimnis	22
Bauernstand	47
Beitrag an den Unterhalt der Familie	13
ausserordentlich	16
Betrag zur freien Verfügung	14, 29, 33
Berufstätigkeit	11, 13, 19
Betreibung der Ehefrau	7
Betreibungsverbot	8
Bibel	5
Buchhalterei	15, 37
Bürgerrecht	8, 54
Ehe zu Dritt	23, 31
Eheberatungsstellen	23
Ehefeindlichkeit	11
Eheschutz	23, 26
Ehevertrag	43, 45
Ehevertragsfreiheit	42
Entschädigungen	16
Erbrecht	49
Erbanteile	50
Errungenschaft	27, 35, 44, 50
Errungenschaftsbeteiligung	14, 28, 33, 51
Errungenschaftsbeteiligung, Kompliziertheit	37
Errungenschaftsgemeinschaft	28, 41, 48,
Errungenschaftsgemeinschaft, Auflösung	32
Ersatzforderung	32, 38
Ertragswertprinzip	46
Europarat	21
Familienfeindlichkeit	11
Familienname	6, 54
Familienwohnung	20, 34
Funktionsteilung	11
Gemeinschaft gleichberechtigter Partner	12, 28
Gemeinsames Konto	34
Gemeinschaftselemente bei der Errungenschafts- beteiligung	34
Geschwister-Pflichtteile	52
Getrenntleben	27
Gewerbe	43, 47, 48
Gleichmacherei	11
göttliche Ordnung	5
Güterrecht	27
Güterrechtsregister	42
Güterstand	27 ff, 42, 43
Gütertrennung	14, 27, 33, 35, 48
Güterverbindung	28, 33, 38
Güterverbindung, Beibehaltung	53
Haftung gegenüber Dritten	18, 31, 35, 39

	<u>Seite</u>
Haftung unter den Ehegatten	13, 18
Haupt der Gemeinschaft	5, 11, 23
Hausfrau	11, 14, 27, 33, 48
Hausfrauenlohn	14, 29, 33
Hinzurechnungen	35, 41
Individualismus	6
Kinder aus 1. Ehe	51
Kinderrecht	4, 12
Klagen gegen die Ehefrau	7
Kombinierbarkeit der Güterstände	42
Kündigung der Familienwohnung	20
Landwirtschaftliche Gewerbe	46, 47
Lebensweise der Bevölkerung	37
Leitbild, neues	11
Liegenschaften	20, 30
Lohnanspruch des haushaltführenden Teils	14, 33
Lohnanspruch des mitarbeitenden Ehegatten	16
Mehrleistung, erhebliche	16
Mehrwertbeteiligung	32, 40, 41
Miete	20
Minderwertbeteiligung	40
Mitarbeit im Betrieb	16
Miteigentum	34, 37
Name	6
Praktikabilität	4, 9
Quote, verfügbare	44
Rechtsvergleich	3
Religion	5
Revision, etappenweise	2
Teilrevision	3
Totalrevision	3
Richter	10, 11, 23, 26
Rollenteilung	13
Rückschlagsbeteiligung	36
Schenkungen an Dritte	41
Scheidung	2, 14, 17, 44
Schlechterstellung der Frau	13, 36
Schlüsselgewalt	19
Solidarhaftung	18, 39
Sondergut	36, 44, 48
Streitsituationen	12
Taschengeld	14, 33
Teilung der Errungenschaft	32, 35, 44
Uebergangsrecht	53
unschweizerisch	3
Unterhalt der Familie	13
Unterordnung	5
Verkommerzialisierung	14
Vernehmlassungsverfahren	1, 53
Vertretung der ehelichen Gemeinschaft	18
Verjährung von Forderungen gegen Ehegatten	8
Wahl des Güterstandes bei Eheschluss	43
Wohnung, eheliche	10, 20
Wohnsitz	7, 10
Zivilstandsregisterführung	9
Zweitehen	51
Zahlungsfristen	8, 34

## NOUVEAU DROIT MATRIMONIAL - CATALOGUE D'ARGUMENTS

### Préface

Le 22 septembre 1985, le peuple suisse se rendra aux urnes pour se prononcer sur le nouveau droit du mariage. Ce nouveau droit, dont l'élaboration a débuté il y a quelques dizaines d'années déjà, est le fruit d'un travail scrupuleux fourni par une commission d'experts ainsi que par l'administration, le Conseil fédéral et le Parlement. Certes, aucun ordre juridique ne saurait garantir aux conjoints un mariage heureux, ni assumer la responsabilité du bon déroulement de leur union. Mais le droit matrimonial crée le cadre juridique nécessaire au fonctionnement du mariage. Il doit notamment veiller à ce que, dans les périodes de crise, les intérêts des deux conjoints et ceux de la famille soient sauvegardés de manière équitable. Pour cela, il faut que notre droit matrimonial soit conforme à nos conditions de vie et qu'il prévoie des solutions répondant au sentiment de la justice tel que nous l'éprouvons à l'heure actuelle. Les dispositions de notre droit de 1907 n'étant plus à la page, il est donc devenu urgent de les adapter aux réalités de la vie d'aujourd'hui.

Le nouveau droit matrimonial est l'un des projets de loi les plus importants de l'histoire juridique récente. C'est la première loi de grande portée qui met en application le principe constitutionnel de l'égalité des droits entre hommes et femmes, sans pour autant tomber dans un nivellement systématique. C'est pourquoi il est essentiel que les débats précédant la votation permettent une solide confrontation entre partisans et adversaires du nouveau droit. Je me réjouis de l'initiative prise par la Commission fédérale pour les questions féminines, qui a décidé de publier un catalogue d'arguments juridiques en faveur du nouveau droit matrimonial; ce faisant, elle a contribué au développement des discussions.

Puisse le nouveau droit du mariage obtenir l'approbation du souverain le 22 septembre 1985.



Elisabeth Kopp, Conseillère fédérale

TABLE DES MATIERES

	<u>Page</u>
A. Informations générales	1
B. Les différents arguments	2
I. En général	2
1. Enquêtes sociologiques	2
2. Révision par étapes	2
3. Le droit du mariage et le droit du divorce forment un tout	3
4. Une révision partielle du droit du mariage suffit	3
5. Loi non helvétique	4
6. Applicabilité	4
II. Effets généraux du mariage	5
7. Art. 160 al. 1 CC, le mari est le chef de l'union conjugale	5
8. Trop d'individualisme	6
9. Art. 160, le nom de famille	7
10. Art. 25 CC, domicile légal	8
11. Art. 173 ss. CC, l'interdiction de l'exécution forcée entre époux	8
12. Art. 161, droit de cité	9
13. Art. 162, demeure commune	11
14. Dans la nouvelle famille, les deux époux exer- cent une activité professionnelle	12
15. Le nouveau droit, ennemi du mariage, ennemi de la famille	13
16. Art. 163, entretien de la famille	14
17. Art. 164, montant à la libre disposition de l'époux au foyer	16
18. Art. 165, contribution extraordinaire d'un époux à l'entretien de la famille	18
19. Art. 166, représentation de l'union conjugale	21
20. Art. 167, profession et entreprise des époux	22
21. Art. 169 et art. 271a CO, logement de la fa- mille	23
22. Art. 170, devoir de renseigner	25
23. Art. 171, offices de consultation	26
24. Le juge, nouveau chef de l'union conjugale	27
25. Art. 172 ss, peu satisfaisants sur toute la ligne	30
26. Le juge est mentionné trop fréquemment	31
27. Art. 175, vie séparée	31
III. Régimes matrimoniaux	32
28. La séparation de biens comme régime matrimo- nial ordinaire	32
29. Révision de l'union des biens	32
30. Communauté d'acquêts	33

## II

31. Dissolution de la communauté d'acquêts: c'est simple	36
32. Dans la communauté d'acquêts, l'art. 164 est superflu	37
33. Durant le mariage, la participation aux acquêts est une séparation de biens	38
34. La participation réciproque égale aux bénéfices est inéquitable	40
35. Participation au déficit?	41
36. Epouse désavantagée	41
37. Complexité du régime de la participation aux acquêts	42
38. Les biens en copropriété forment une cin- quième masse de biens	42
39. Il n'est pas dans les moeurs des couples suisses de tenir un livre de comptabilité	43
40. Art. 209, récompenses	44
41. L'époux économe devra payer les dettes de l'époux gaspilleur	44
42. Responsabilité solidaire	45
43. Art. 206, Part à la plus-value	45
44. Cas d'application de la part à la plus-value	46
45. Art. 208, réunions aux acquêts	47
46. Abandon du registre des régimes matrimoniaux	48
47. Possibilités de combiner les différents régimes	48
48. Les fiancés devraient choisir le régime matrimonial qui leur convient	49
49. Entreprises	49
50. Pourquoi ne faire de réglementation particulière que pour l'agriculture?	53
51. Séparation de biens ou communauté d'acquêts pour l'exploitant d'une entreprise artisanale ou industrielle	54
IV. Droit des successions	55
52. Inutilité de la révision du droit des successions	55
53. Les assurances sociales sont suffisamment développées	56
54. Le conjoint survivant reçoit beaucoup trop	57
55. Enfants d'un premier lit	58
56. Réserve des frères et soeurs	59
V. Dispositions transitoires	60
57. Droit transitoire	60
58. Droit transitoire relatif au nom et au droit de cité	61
Index alphabétique	62

## A. Informations générales.

### Votation finale au Parlement:

Conseil national 160 : 3 voix  
Conseil des Etats 33 : 5 voix

Commission du Conseil national 30 membres (dont 10 femmes)  
26 séances  
environ 1500 pages de procès-verbal

Commission du Conseil des Etats: 13 membres (dont 3 femmes)  
11 séances  
environ 780 pages de procès-verbal

Durée des délibérations parlementaires: 5 ans

A signaler: comme lors de la révision du droit de la filiation, toutes les députées au Conseil national et au Conseil des Etats - elles sont 25 - ont apporté leur soutien aux nouvelles dispositions du droit matrimonial et du droit successoral, en signant une déclaration à ce sujet (une telle solidarité entre parlementaires de tous les partis ne s'est encore jamais vue dans d'autres domaines).

Les travaux de révision ont débuté en 1957, lorsque le DFJP a institué une commission d'étude. La première procédure de consultation a eu lieu en 1966/67. Le projet du Conseil fédéral a été élaboré par une commission d'experts formée de 26 représentants de la science et de la pratique (dont 10 femmes). Président de cette commission: M. le prof. Grossen, de Neuchâtel; principal auteur du projet: M. le prof. Deschenaux, de Fribourg. La Fédération suisse des avocats était représentée au sein de la commission par une femme. Lors de la procédure de consultation de 1976, 19 cantons, 12 partis politiques et 58 organisations ont exprimé leur avis. Dans l'ensemble, le projet a été accueilli favorablement et seules des modifications portant sur des points particuliers ont été souhaitées.

Si le nouveau droit matrimonial devait être rejeté lors de la votation populaire du 22 septembre, il faudrait compter environ 8 ans pour préparer une nouvelle loi: 2 - 3 ans pour élaborer, dans les langues officielles, un nouvel avant-projet accompagné d'un rapport explicatif (ce qui ne serait pas facile, car les adversaires du projet actuel ont des conceptions très diverses); 6 mois au moins pour la procédure de consultation, tout en sachant que ce délai est toujours dépassé; ensuite, il faudrait remanier l'avant-projet en tenant compte des avis exprimés dans le cadre de la procédure de consultation (et qui pourraient représenter plus de 1000 pages); puis il s'agirait de rédiger le message du Conseil fédéral, dans les trois langues officielles; enfin, il y aurait les délibérations parlementaires, qui prendraient 3 ans environ; tout cela sans oublier qu'un referendum pourrait également être lancé contre cette nouvelle loi.

On ne peut pas établir de parallèle avec ce qui s'est passé p.ex. lorsque le peuple a refusé le premier projet de loi fédérale sur l'aménagement du territoire; en effet, si, après ce rejet, quelques années ont suffi pour préparer une nouvelle loi, c'est parce que l'on a pu laisser aux cantons le soin de régler un certain nombre de questions.

Si, le 22 septembre, le peuple suisse dit oui au nouveau droit matrimonial, il se passera encore à peu près deux ans avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions (car les cantons doivent avoir le temps d'édicter leur législation d'exécution et il faut procéder aux adaptations nécessaires dans la tenue des registres d'état civil).

## B. Les différents arguments

(Chaque argument - authentique - des opposants au nouveau droit matrimonial est encadré et suivi de contre-arguments)

### I. En général

#### 1. ENQUETES SOCIOLOGIQUES

La commission d'experts s'est basée sur des enquêtes sociologiques dont les résultats doivent être appréciés avec prudence. Ne sont notamment pas très sérieuses les données relatives à l'activité professionnelle des femmes.

Le recensement fédéral de 1980, qui concerne bien entendu la population dans son ensemble, confirme les indications contenues dans le message du Conseil fédéral de 1979:

- 67 % des femmes mariées n'exercent pas d'activité professionnelle
- 14,5 % exercent une profession à plein temps
- 18,5 % exercent une profession à temps partiel

Parmi les 1'439'000 ménages familiaux dirigés par un couple, il y en a 741'390 qui n'ont pas d'enfants en dessous de 18 ans vivant dans le ménage commun.

A l'heure actuelle, une femme de 20 ans peut espérer atteindre l'âge de 80,5 ans et un homme du même âge celui de 73,9 ans. C'est pourquoi le mariage qui se dissout par le décès d'un époux dure en moyenne 45 ans.

#### 2. REVISION PAR ETAPES

On ne devrait pas réviser les différents domaines du droit de la famille un à un; en effet, il y a un lien entre chaque étape et il est nécessaire d'avoir une vue d'ensemble de la matière.

Une révision totale prendrait beaucoup trop de temps; de plus, elle ne laisserait au citoyen que le choix entre tout ou rien. Chaque étape de la révision porte sur un domaine bien déterminé. C'est en réponse à un postulat que le Conseil fédéral a décidé, en 1968, de procéder par étapes à la révision du droit de la famille. Cette méthode a déjà fait ses preuves pour le droit de l'adoption ainsi que pour celui de la filiation. Grâce à la révision par étapes, les personnes concernées ont pu bénéficier beaucoup plus tôt d'une législation nouvelle.

### 3. LE DROIT DU MARIAGE ET LE DROIT DU DIVORCE FORMENT UN TOUT

En même temps que le droit du mariage, on aurait dû réviser au moins le droit du divorce.

- a. La révision des dispositions sur les effets généraux du mariage et sur les régimes matrimoniaux est beaucoup plus urgente que celle du droit du divorce.
- b. Ces deux étapes de la révision du droit de la famille n'ont pas du tout le même objet: le principe qui est à la base de la révision des dispositions sur les effets généraux du mariage et sur les régimes matrimoniaux est celui de l'égalité des droits entre hommes et femmes (art. 4 al. 2 cst. féd.). Or, ce principe est concrétisé depuis longtemps dans la législation sur le divorce; les problèmes à résoudre dans le cadre de la révision de cette législation sont donc d'un autre ordre: il s'agit principalement d'examiner la question du rôle joué par la faute ainsi que celle du divorce par consentement mutuel. Chacune de ces deux étapes de révision est bien distincte.

Cf. également infra ch. 16, art. 163, let. k.

### 4. UNE REVISION PARTIELLE DU DROIT DU MARIAGE SUFFIT

Révision totale: non - Révision partielle: oui. La révision totale du droit du mariage modifie de manière inappropriée les principes fondamentaux qui sont à la base de l'institution du mariage.

Formellement, le nouveau droit du mariage est peut-être une révision totale; mais il ne l'est pas du point de vue de son contenu. En effet, les nouvelles dispositions ne constituent qu'une adaptation du droit actuel aux mutations sociales intervenues depuis l'entrée en vigueur du Code civil. Ainsi, l'art. 159 CC - norme qui sous-tend tout notre droit du mariage - est repris tel quel dans le nouveau droit; quant au nouveau régime matrimonial ordinaire, celui de la participation aux acquêts, il ne fait que corriger les inégalités de l'union des biens, régime ordinaire actuel (cf. infra ch. 29, révision de l'union des biens). C'est plutôt le régime proposé par certains des adversaires du nouveau droit, à savoir le régime de la communauté d'acquêts, qui bouleverserait complètement notre tradition juridique et qui nécessiterait une révision totale de notre droit des régimes matrimoniaux.

Le droit en vigueur (titre cinquième du Code civil) compte, outre l'art. 159, 18 dispositions relatives aux effets généraux du mariage; parmi elles, il y en a 11 qui sont contraires au principe constitutionnel de l'égalité des droits entre hommes et femmes.

Préconiser une révision partielle du droit du mariage signifie en fait vouloir maintenir en certains domaines l'actuel système patriarcal.

#### 5. LOI NON HELVETIQUE

Le nouveau droit n'est pas suisse (listes de signatures du comité contre un droit du mariage inapproprié).

Lors de l'élaboration du nouveau droit matrimonial, on a bien sûr procédé à des études de droit comparé; mais cela n'empêche pas que ce nouveau droit est bel et bien suisse. D'ailleurs, Eugène Huber n'écrivait-il pas (Erläuterungen zum Vorentwurf eines Schweiz. ZGB, Berne, 1914, vol. I, pp. 6/7): "Ohne eine stete aufmerksame Vergleichung mit anderen Rechtsgebieten" verfällt "die Gesetzgebung der Gefahr, sich in einer ungerechtfertigten Einseitigkeit zu entwickeln. Wie für den Einzelnen, so ist für die Völker der Umgang mit andern ein unentbehrliches Lebenselement. Die Gesetzgebung darf nicht zur chinesischen Mauer werden."

#### 6. APPLICABILITE

Le nouveau droit est inapplicable

- a. Il n'est pas facile de formuler une règle juridique simple lorsque l'état de faits est compliqué.
- b. Le nouveau droit est une adaptation des dispositions en vigueur aux changements sociaux intervenus depuis 1907, et non pas un bouleversement de notre ordre juridique. Beaucoup de notions du droit actuel sont reprises dans le nouveau droit, comme p. ex. celles de demeure commune, d'entretien convenable de la famille, de besoins courants de la famille, d'acquêts, etc.
- c. Il ne faut pas exagérer les problèmes posés par l'application du nouveau droit. Ainsi, en ce qui concerne p. ex. la répartition des rôles entre hommes et femmes, aucun de nos voisins (hormis le Liechtenstein) ne connaît de règle fixe et pourtant, leur système s'est révélé tout à fait praticable. On ne voit donc pas pourquoi la Suisse serait un cas particulier et devrait disposer d'une règle qui, en prévision des cas litigieux, fixerait strictement la répartition des rôles entre conjoints.
- d. Certains des arguments que font valoir les adversaires du nouveau droit ont déjà été utilisés en 1976, lors de la révision du droit de la filiation. Le comité de referendum qui avait

été constitué à cette occasion déclarait p. ex. que l'on détruisait l'unité de la famille et que l'on faisait trop intervenir le juge (car le droit de décision du père était supprimé et les parents mis sur un pied d'égalité pour toutes les questions relatives à l'éducation des enfants).

Or, cela fait maintenant 7 ans que le nouveau droit de la filiation est en vigueur et on ne connaît aucun cas où le juge ait dû intervenir pour prendre une décision à la place des parents; c'est bien la preuve que les reproches faits en son temps au nouveau droit de la filiation étaient dénués de tout fondement.

- e. Il y a certes un moyen de ne pas avoir de problèmes d'interprétation: ce moyen, c'est tout simplement de renoncer à édicter une norme. On pourrait p. ex. songer à supprimer l'art. 165 al. 2; mais une telle solution serait-elle vraiment conforme au sentiment de justice? Prenons l'exemple d'une femme qui paye les études de son mari; celui-ci, sitôt ses études terminées, demande le divorce. Serait-il alors juste que, comme c'est le cas actuellement, l'épouse de cet homme n'ait pas droit à une indemnité équitable pour sa contribution extraordinaire?

Dans de nombreux domaines, ce n'est pas en renonçant à édicter une norme que l'on résoudre les problèmes; c'est plutôt dans la pratique qu'il faut chercher des solutions. Citons à titre d'exemple l'art. 206 relatif à la part à la plus-value (cf. infra ch. 43, art. 206: part à la plus-value).

## II. Effets généraux du mariage

(Remarque préliminaire: les articles cités sans référence à la loi sont ceux du nouveau droit)

### 7. ART. 160 AL. 1 CC: LE MARI EST LE CHEF DE L'UNION CONJUGALE

En supprimant la disposition selon laquelle le mari est le chef de l'union conjugale, on porte atteinte à une règle de droit divin (listes de signatures de l'Union démocratique fédérale - UDF).

"Le mari est le chef de l'union conjugale" est une phrase qui ne provient pas des Evangiles. Il s'agit plutôt d'une modification de celle qui figure dans une lettre de l'apôtre Paul aux Ephésiens et qui a la teneur suivante: "le mari est le chef de la femme" (Eph. 5, 23). On trouve encore d'autres passages du Nouveau Testament qui parlent de "soumission" de la femme; mais le terme "soumission" est également utilisé pour caractériser le rapport esclave-maître (Eph. 6, 5-8; Tt 2, 9-10; 1 P 2, 18-25).

Il faut évidemment replacer ces différentes phrases du Nouveau Testament dans le contexte socio-culturel de l'époque: la forme patriarcale de la société et du mariage était alors acceptée et ces passages bibliques en sont l'expression; il ne serait donc pas sérieux de les considérer comme l'émanation d'une réglementation.

tion divine. De plus, au milieu de l'ordre patriarcal et de la croyance juive, un nouvel ordre de valeurs apparaît dans les écrits de l'apôtre Paul; ce nouvel ordre, fondé sur la foi dans le Christ, est celui de l'égalité des êtres humaines devant Dieu. Paul affirme en effet dans sa lettre aux Galates: "... tous vous êtes, par la foi, fils de Dieu, en Jésus Christ .... Il n'y a plus ni Juif, ni Grec; il n'y a plus ni esclave, ni homme libre; il n'y a plus l'homme et la femme; car tous, vous n'êtes qu'un en Jésus Christ" (Gal. 3, 26-28). On retrouve du reste ce principe d'égalité dans le Code de droit canon de l'Eglise catholique; car selon ce Code, mari et femme ont, au sein de la communauté conjugale, les mêmes droits et les mêmes devoirs (canon 1135). D'autre part, dans son message de 1980 aux familles chrétiennes, le 5ème Synode international des évêques écrivait ceci: "Mari et femme (...) sont différents, mais ils ont une dignité égale. On doit respecter leur différence, mais on ne pourra jamais s'en prévaloir pour justifier la domination de l'un par l'autre" (cf. "Message aux familles chrétiennes dans le monde d'aujourd'hui", "La Documentation catholique", 23 novembre 1980).

Lors de la procédure de consultation de 1976, la Conférence des évêques suisses, la Fédération des Eglises protestantes de la Suisse ainsi que l'Eglise catholique chrétienne de Suisse se sont montrées favorables à une nouvelle législation du mariage fondée sur une relation de partenaires.

L'article 160 alinéa 1 CC n'a pas une grande portée juridique. Il ne confère pas de droits particuliers au mari. Celui-ci ne jouit de tels droits que lorsque la loi les lui attribue expressément (choix de la demeure commune, représentation de l'union conjugale, etc.).

#### 8. TROP D'INDIVIDUALISME

Toute la révision tend à développer à l'extrême les intérêts particuliers de chaque conjoint.

Cette affirmation a-t-elle encore un sens si l'on songe à des dispositions telles que les art. 159, 162, 163, 166 al. 1, 167, 169 et 203 al. 2? Le droit du mariage dans sa totalité doit être interprété à la lumière de l'art. 159: "commun accord", "fidélité et assistance" demeurent les principes fondamentaux de toute union conjugale.

Puisque le nouveau droit part de l'idée que ce n'est plus seulement la femme qui doit sacrifier ses intérêts personnels à la communauté, on ne peut surtout pas lui reprocher d'être un droit par trop favorable à l'individualisme.

Voici des exemples d'individualisme extrême: on porte atteinte au principe de l'unité du nom de famille, on abandonne la notion de domicile conjugal et on supprime l'interdiction de l'exécution forcée entre époux.

I. Le nom de famille

9. ART. 160

- a. La loi dit clairement qu'il y a toujours un nom de famille (en principe celui du mari). C'est ce nom que portent les enfants. L'épouse a toutefois la possibilité de conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors, suivi du nom de famille; elle porte alors un double nom.
- b. En pratique, cette possibilité laissée à l'épouse n'aura qu'une conséquence: les femmes qui, actuellement déjà, peuvent porter leur nom de jeune fille dans la vie privée ou professionnelle, pourront désormais porter ce nom (suivi du nom de famille) dans leurs rapports avec les autorités également. Telle est déjà la solution générale de la loi italienne.
- c. Parmi les 21 Etats membres du Conseil de l'Europe, la Suisse est, avec la Turquie et le Liechtenstein, le seul pays où la femme mariée est obligée de porter le nom de son mari. Dans plusieurs autres pays (p.ex. en France, en Belgique, au Luxembourg, en Espagne, au Portugal et, depuis 1983, en Grèce), la femme qui se marie conserve, de par la loi, le nom qu'elle portait jusqu'alors. Et les couples de ces pays s'entendent aussi bien que ceux de Suisse!
- d. La question du nom ne doit pas être réglementée de manière rigide; il faut au contraire permettre une certaine ouverture, pour tenir compte des besoins particuliers d'une minorité. Mais dans la plupart des cas, les conjoints s'en tiendront à la solution traditionnelle.
- e. Le casier judiciaire du Bureau central suisse de police mentionne les femmes mariées sous leur nom de jeune fille, car le nom acquis par mariage peut changer! De même, dans certains cantons romands, les femmes mariées sont parfois inscrites au registre foncier sous leur nom de jeune fille.
- f. Les conjoints sont des personnes adultes, capables de choisir elles-mêmes la solution qui leur convient. Prenons l'exemple de M. Dupont qui épouse Mlle Durand; si, pour eux, il est tout à fait impensable que l'épouse se fasse appeler Mme Durand-Dupont, il est clair que ces conjoints n'adopteront pas une telle solution.
- g. Le système du droit d'option (les conjoints choisissent comme nom de famille soit le nom du mari soit le nom de la femme) ne résoudrait pas les problèmes. Ainsi, ce n'est pas parce qu'il épouse une femme qui est très connue sous son nom de jeune fille qu'un homme renoncera volontiers à son propre nom! Avec la solution du droit d'option, l'un des conjoints est contraint d'abandonner son nom; il subit donc une grave atteinte dans ses intérêts personnels! Dans ce contexte, il convient de ne pas oublier l'article 30 alinéa 2 CC (nouveau), relatif au changement de nom.

## II. Le domicile

### 10. ART. 25 CC, DOMICILE LEGAL

- a. La demeure commune, c'est-à-dire l'endroit où se déroule la vie conjugale, est une question qui est réglementée par le droit matrimonial (cf. infra ch. 13, art. 162). En revanche, la notion de domicile relève du droit des personnes. Le domicile sert de critère pour déterminer le for (compétence ratione loci) en matière de poursuite p.ex., ou bien encore lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre des mesures tutélaires, etc.
- b. L'actuel domicile légal de la femme mariée est contraire à l'article 4 alinéa 2 de la constitution fédérale. Et du point de vue matériel, que signifie le domicile légal de la femme mariée? Prenons un exemple: Mme Martin a son propre logement à Bienne; son mari, quant à lui, travaille et habite à Lausanne (le couple vit alternativement aux deux endroits). Admettons que des tiers désirent poursuivre Mme Martin: puisque le for de la poursuite est au domicile du débiteur (cf. aussi ci-dessus let. a) - donc au domicile de Mme Martin - et que le domicile de la femme mariée est celui du mari, cela implique que Mme Martin doit être poursuivie à Lausanne.
- c. Actuellement, la femme mariée a le droit de se constituer un domicile séparé aux conditions de l'article 170 CC; celui qui désire agir en justice contre une femme mariée qui a une demeure séparée doit par conséquent vérifier que les conditions de l'article 170 CC sont bel et bien remplies. C'est une imixtion injustifiée dans la vie privée des époux concernés et de plus, cela pose beaucoup de difficultés pratiques.
- d. Le nouveau droit n'aura pas d'influence sur le nombre des couples vivant séparés. Grâce aux nouvelles dispositions, un changement de domicile du mari ne signifiera pas nécessairement un changement de domicile de toute la famille. En outre, le nouveau droit indique clairement quel est le domicile de l'enfant lorsque ses parents n'ont pas de domicile commun.
- e. Selon certains, il faudrait laisser aux conjoints le soin de choisir ensemble le domicile; une telle solution n'aurait guère de sens. La communauté conjugale n'en tirerait aucun avantage et les rapports avec les tiers n'en seraient que plus compliqués. L'autorité compétente à raison du lieu doit pouvoir être déterminée de la manière la plus simple possible; le critère déterminant pour le domicile de la femme sera celui du centre de son existence, critère qui est déjà retenu actuellement pour le domicile du mari (art. 23 CC).

## II. L'interdiction de l'exécution forcée entre époux

### 11. ART. 173 ss. CC

- a. Le but de cette interdiction est de préserver la paix conjugale. Mais en réalité, elle a pour effet pratique d'offrir une protection à l'époux qui n'a pas envie de s'acquitter des dettes qu'il a envers son conjoint. Prenons le cas d'une épouse à laquelle le mari ne verse qu'une somme ridicule pour subvenir

aux besoins du ménage: tant que dure la vie commune, cette femme peut certes demander au juge des mesures protectrices de l'union conjugale de fixer la somme qui doit être affectée aux besoins du ménage; mais elle ne peut pas, par la voie de la poursuite, obtenir l'exécution du jugement rendu (ATF 81 III 1 = JDT 1955 II 45). Autre exemple: une femme désire mettre sur pied un commerce (qui fera partie de ses biens réservés!); à cette fin, son mari lui accorde un prêt, remboursable dans les 3 ans. Si, après trois ans, l'épouse n'a pas remboursé à son mari la somme prêtée, celui-ci ne peut rien faire pour récupérer son argent. Que d'injustice! L'interdiction de l'exécution forcée entre époux a donc souvent pour conséquence de faire perdre à un conjoint ses prétentions contre l'autre. En effet, l'époux créancier doit généralement attendre la dissolution du mariage pour faire valoir ses droits et rien ne garantit qu'au moment de cette dissolution, l'époux débiteur offre encore une surface financière suffisante; de plus, l'époux créancier aura du mal, après des années, à prouver l'existence de son titre.

- b. Le mariage implique des égards entre époux (art. 159) et, par conséquent, de la retenue en matière de poursuites. Toutefois, lorsque leur couple traverse une crise, les époux sont assez grands pour décider eux-mêmes du maintien ou non des égards qu'ils se doivent.
- c. Le droit actuel comporte une contradiction: il interdit les poursuites entre époux, mais permet à chacun d'eux, sans aucune restriction, d'introduire un procès ou de déposer une plainte pénale contre l'autre. En réalité, les conjoints font très rarement usage de cette possibilité.
- d. Point n'est besoin pour un conjoint d'exercer une poursuite contre l'autre dans le but de prévenir la prescription de sa créance; car de toute façon, le Code des obligations prévoit en son article 134 alinéa 1 chiffre 3 que pendant le mariage, les créances des époux l'un contre l'autre ne se prescrivent pas.
- e. Le nouveau droit traite l'époux débiteur avec ménagements: il lui permet en effet de solliciter des délais de paiement lorsque le règlement de sa dette l'expose à de graves difficultés (art. 203 al. 2).
- f. Si l'on compare le droit suisse aux législations étrangères, l'interdiction de l'exécution forcée entre époux apparaît vraiment comme une particularité de notre ordre juridique!

12. ART. 161, DROIT DE CITE  
(pour les mariages de citoyens suisses)

La nouvelle règle sur le droit de cité est discriminatoire à l'égard des hommes. Elle entraîne des charges administratives indésirables et est source de complications dans la tenue des registres d'état civil. La femme n'a aucun intérêt à conserver le droit de cité qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire. Une solution facultative aurait suffi.

- a. L'enfant de conjoints acquiert seulement le droit de cité du père (discrimination à l'égard de la femme). La solution adoptée par le nouveau droit - outre le droit de cité qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire, la femme acquiert celui du mari - garantit par conséquent l'unité du droit de cité entre la mère et les enfants.
- b. Il y aura toujours un droit de cité de la famille; il sera donc possible de réduire au minimum les charges administratives supplémentaires résultant de la nouvelle réglementation. La Commission d'étude pour les questions d'état civil est en train de rechercher une solution qui soit aussi simple que possible. Il est indubitable que le nouveau système est réalisable et que les registres des familles seront tenus de manière aussi sûre qu'actuellement.

Voici, en chiffres approximatifs, les charges administratives supplémentaires qu'entraînerait la nouvelle réglementation (chiffres fournis par les experts en matière d'état civil): 38'000 mariages par année (en 1983, il y en a eu 37'600 et en 1980, 35'700) sont aujourd'hui déjà communiqués à l'office d'état civil du lieu d'origine de l'épouse. On estime que 20 % des femmes qui se marient ont un double droit de cité, ce qui implique l'ouverture de 45'600 nouveaux feuillets (dont il faudrait encore déduire les mariages entre personnes de nationalités différentes, qui ne nécessitent pas l'ouverture d'un nouveau feuillet). Pour ouvrir un nouveau feuillet, il faut compter en moyenne 15 minutes de travail; cela ferait donc 11'400 heures, à répartir entre 2'000 officiers d'état civil. Autrement dit, chaque officier d'état civil devrait travailler 6 heures de plus par année. En admettant que les enfants de parents mariés ne soient pas inscrits sur le feuillet de l'épouse (car ils n'acquièrent que le droit de cité du père), le nombre des inscriptions supplémentaires serait relativement peu important (divorce, décès, deuxième mariage, changement de nom ou de droit de cité).

- c. Ce qui est en jeu, c'est l'intérêt des femmes; dès lors, vaut-il vraiment la peine d'accorder tant d'importance à un problème de charges administratives? Jusqu'à présent, les cantons n'ont pas fait grand-chose pour interdire les droits de cité multiples. Que l'on commence donc par là, plutôt que de vouloir réaliser des économies au détriment des femmes!
- d. L'attachement des femmes à leur lieu d'origine - c'est-à-dire le lien qu'elles ont avec leurs parents et leur famille - est un sentiment respectable, qui mérite d'être protégé. Car si ce sentiment devait ne plus exister, nous pourrions abandonner notre système de nationalité à 3 degrés (droit de cité communal, indigénat cantonal et nationalité suisse) et nous contenter, comme les Etats étrangers, d'un système à une seule nationalité. De plus, il ne faut pas oublier que la portée du droit de cité s'étend p.ex. aux domaines des droits politiques, des conditions d'admission à certains examens, des tarifs de homes pour personnes âgées, etc.
- e. L'idée de laisser à la femme mariée le droit de cité qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire a d'abord germé dans

les cantons: Bâle-Ville et Genève ont en effet édicté une réglementation dans ce sens; mais le Tribunal fédéral a "balayé" ces législations cantonales, car leur objet relève de la compétence exclusive de la Confédération.

- f. La solution adoptée par le nouveau droit - la femme mariée conserve de par la loi le droit de cité qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire - correspond au voeu des experts en matière d'état civil. Du point de vue des charges administratives, une solution facultative - la femme mariée pourrait, à condition d'en faire la déclaration, conserver son droit de cité - serait plus coûteuse.
- g. Depuis 1952, la Suisse qui épouse un étranger peut conserver son droit de cité. Désormais, il en sera tout simplement de même pour les mariages entre citoyens suisses.

### 13. ART. 162, DEMEURE COMMUNE

Il n'est plus nécessaire que les conjoints aient une demeure commune. En décrétant que les conjoints choisissent ensemble la demeure commune, on exploite le conjoint qui exerce une activité lucrative, car il n'a plus la possibilité de décider seul d'un déménagement dicté par des motifs d'ordre professionnel. Aucune solution n'est prévue pour les cas de litige: c'est au juge qu'il appartient de trancher.

- a. Il ressort clairement de l'art. 159 que les époux doivent mener une vie commune. La révision du droit matrimonial n'introduit qu'une nouveauté: désormais, ce n'est plus le mari qui, seul, choisit la demeure commune, mais ce sont les conjoints qui, ensemble, effectuent ce choix. Le nouveau droit est donc beaucoup plus favorable à l'idée de communauté. La notion de demeure commune ne change pas; actuellement déjà, le mari peut décider que la vie commune se déroulera dans deux demeures différentes.
- b. Celui des époux qui refuse de vivre là où le lui propose son conjoint, alors que ce choix correspond aux conditions de vie de la famille (conditions déterminées par des critères tels que l'activité professionnelle de chacun des conjoints, l'éducation des enfants, les ressources familiales, le marché du logement), viole un devoir découlant du mariage. Dans le nouveau droit comme dans celui qui est actuellement en vigueur, cette violation est sanctionnée: le conjoint qui, de manière infondée, refuse la vie commune est privé de son droit à l'entretien (cf. art. 176 al. 1 en relation avec l'art. 175) et, en cas de divorce, on considère qu'il y a faute de sa part. Seul le domicile légal de la femme mariée est supprimé (cf. supra ch. 10, art. 25 CC); de toute façon, il s'agit là d'une sanction du droit actuel qui n'est pas très utile, car elle ne permet pas d'empêcher que la femme n'habite pas auprès de son mari et de plus, c'est une sanction discriminatoire, puisqu'elle ne concerne que la femme.

- c. Un changement de domicile est l'affaire de toute la famille (33 % des femmes mariées exercent une activité professionnelle, les enfants vont à l'école, etc.): il doit par conséquent faire l'objet d'une décision commune. La mobilité économique du mari ne doit pas être le seul critère fondant cette décision; mais on ne peut empêcher personne d'accepter un nouvel emploi.
- d. En cas de litige, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale ne peut que prêter ses bons offices aux époux: comme actuellement, l'accent est mis sur la conciliation. Le juge ne peut donc en aucun cas décider de l'endroit où doit se dérouler la vie commune.

On reproche au nouveau droit de ne pas prévoir de règle pour les cas litigieux; mutatis mutandis, cette critique s'applique également au droit en vigueur: en effet, le droit actuel ne fournit lui non plus aucune indication sur ce qui se passe lorsque le mari ne choisit pas la demeure commune.

- e. Prévoir que le choix de la demeure commune appartient au conjoint qui subvient de manière prépondérante à l'entretien de la famille serait une très mauvaise solution. En effet, l'idée de relation de partenaires serait complètement laissée de côté, de même que les intérêts des autres membres de la famille, ceux des enfants en particulier; de plus, une telle solution pourrait être source de conflits lorsqu'il s'agirait de déterminer qui, du mari ou de la femme (33 % des femmes mariées ont une activité professionnelle), subvient de manière prépondérante à l'entretien de la famille. Cette solution favoriserait les comptes d'apothicaire au sein du mariage!

#### 14. DANS LA NOUVELLE FAMILLE, LES DEUX EPOUX EXERCENT UNE ACTIVITE PROFESSIONNELLE

Aux yeux du législateur, la famille idéale est celle où les deux conjoints sont complètement indépendants, l'un de l'autre; tous deux exercent une activité professionnelle à plein temps et ne s'occupent qu'accèssoirement des enfants et du ménage.

Rien, dans le nouveau droit, ne justifie une telle affirmation, surtout pas l'art. 163. L'un des buts de la révision est de revaloriser le travail ménager et les soins voués aux enfants, tâches qui sont généralement dévolues à la femme. Actuellement, la femme au foyer peut tout au plus prétendre - comme un enfant - recevoir de l'argent de poche et à la dissolution du mariage, elle ne reçoit qu'un tiers des économies du mari (art. 214 CC). En revanche, si la femme exerce une activité professionnelle, le droit actuel prévoit que le produit de son travail fait partie de ses biens réservés (art. 191 ch. 3 CC): la femme qui exerce une activité lucrative ne doit donc pas partager le gain qu'elle en retire; mais à la dissolution du mariage, elle reçoit, tout comme la femme au foyer, un tiers des économies de son mari.

Dans le nouveau droit, c'est l'art. 164 qui s'applique à la femme au foyer: celle-ci a le droit de recevoir régulièrement de son

conjoint un montant équitable dont elle puisse disposer librement; à la dissolution du mariage, elle a droit, aux termes du nouvel art. 215, à la moitié des économies du mari. Quant à la femme qui exerce une activité professionnelle, elle reçoit elle aussi, lorsque le mariage est dissous, la moitié des économies de son époux; mais le produit de son travail fait désormais partie de ses acquêts (art. 197 al. 2 ch. 1): à la dissolution du mariage, la femme qui exerce une activité lucrative doit donc partager avec son mari le gain qu'elle en a retiré.

Si aux yeux du législateur, la nouvelle famille type était telle que celle décrite par les adversaires du nouveau droit - les deux conjoints exercent une activité professionnelle et ne s'occupent qu'accessoirement de l'éducation des enfants et des tâches ménagères -, il aurait choisi comme nouveau régime matrimonial ordinaire non pas la participation aux acquêts, mais la séparation de biens; de plus, il n'aurait pas édicté l'art. 164.

#### 15. LE NOUVEAU DROIT, ENNEMI DU MARIAGE, ENNEMI DE LA FAMILLE

Le nouveau droit est hostile au mariage ainsi qu'à la famille. Il abolit toutes les règles qui attribuent une fonction déterminée à chaque époux. C'est par conséquent le juge qui est désormais le chef de l'union conjugale.

##### a. Selon le droit actuel sur les effets généraux du mariage:

- c'est le mari qui choisit la demeure commune (cf. supra ch. 13, art. 162 demeure commune);
- c'est le mari qui pourvoit à l'entretien de la famille;
- c'est la femme qui dirige le ménage (cf. supra ch. 14, art. 163);
- c'est le mari qui représente l'union conjugale; la femme ne peut en général la représenter que pour les besoins courants du ménage (cf. infra ch. 19, art. 166 représentation de l'union conjugale);
- la femme qui désire exercer une profession ou une industrie a besoin du consentement de son mari (cf. infra ch. 20, art. 167 profession et entreprise des époux).

Telles sont les règles du droit actuel qui répartissent les rôles entre conjoints; il n'y en a pas d'autres. En effet, aujourd'hui déjà, toutes les autres questions qui se posent dans le mariage nécessitent un accord entre les époux.

##### b. Il est faux de prétendre que pour éviter les conflits, le système patriarcal doit être maintenu. Les expériences faites depuis l'entrée en vigueur (en 1978) du nouveau droit de la filiation en sont la preuve. En effet, en 1976 déjà, les adversaires des nouvelles dispositions sur la filiation soutenaient que la suppression du droit de décision du père entraînerait

une très fréquente intervention du juge dans les affaires familiales; or, les 7 années d'application du nouveau droit de la filiation démontrent qu'une telle affirmation est dénuée de tout fondement.

- c. Vue de l'extérieur, l'organisation de l'union conjugale est peut-être plus claire si l'un des conjoints y détient le pouvoir. Mais qui dit "mariage heureux" dit non pas "pouvoir", mais "épanouissement" de chacun des conjoints. Tout mariage réussi est fondé sur le dialogue entre époux et les concessions réciproques!
- d. En réalité, c'est la personnalité des conjoints, et non la loi, qui est déterminante pour savoir par qui sont tenues les rênes du ménage. Celui qui a besoin de la loi pour faire passer ses volontés est bien à plaindre!
- e. Lorsque les époux ne parviennent pas à se mettre d'accord, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale n'a en principe aucun droit de décision: il ne peut que tenter de concilier les conjoints (cf. infra ch. 25, art. 172 ss.). La loi énumère exhaustivement les mesures que le juge peut prendre; elles ont presque toutes trait à des questions pécuniaires.

#### 16. ART. 163 ENTRETIEN DE LA FAMILLE

La contribution de chaque conjoint à l'entretien de la famille n'est plus fixée de manière claire. Et pour tant, la place de la femme est auprès de ses enfants. La nouvelle réglementation sera défavorable aux femmes: en cas de divorce, elles auront plus de mal qu'aujourd'hui à obtenir une pension alimentaire.

- a. Le droit actuel n'envisage qu'un type de mariage: la femme reste au foyer, tandis que le mari exerce une activité lucrative. Mais la réalité est différente; le recensement fédéral effectué en 1980 indique en effet que:

14,5 % des femmes mariées exercent une profession à plein temps;

18,5 % des femmes mariées exercent une profession à temps partiel.

Environ 3/4 des femmes qui se marient n'abandonnent pas définitivement leur profession; car pour un mariage qui, en moyenne, dure 45 ans et compte deux enfants, la période où ceux-ci réclament des soins assidus représente moins de la moitié de la vie conjugale. Parmi les 1'439'339 ménages familiaux dirigés par un couple, il y en a 741'390 qui n'ont pas d'enfants en dessous de 18 ans vivant dans le ménage commun (recensement fédéral de 1980).

- b. Pour tenir compte de cette réalité, une réglementation souple est nécessaire. La répartition des tâches au sein de l'union conjugale est l'affaire des époux eux-mêmes, qui la fixeront

en fonction de leurs besoins et de leurs possibilités (devise: plus de liberté, moins d'Etat). Mais cela ne signifie nullement qu'à l'avenir, chaque conjoint exercera une activité professionnelle!

- c. Peut-on imaginer qu'une mère tiennne le ménage et prenne soin des enfants uniquement parce qu'elle y est contrainte par la loi? Même le droit actuel ne permet pas d'imposer ces tâches à l'épouse. En effet, ce que risque aujourd'hui une femme qui ne tient pas son ménage et qui ne s'occupe pas de ses enfants, c'est une admonestation de la part du juge des mesures protectrices de l'union conjugale et, en cas de divorce, l'imputation d'une faute; le droit en vigueur ne prévoit pas d'autres sanctions.
- d. Relation de partenaires dans la répartition des tâches entre conjoints ne signifie pas manie de tout niveler. Au contraire, les "facultés" de chaque conjoint - c'est-à-dire les moyens personnels et matériels de chacun d'eux - doivent être prises en considération.
- e. Il ressort de l'alinéa 2 que le travail au foyer et les soins voués aux enfants sont, parmi les modes de contribuer à l'entretien de la famille, équivalents aux prestations en argent. Les travaux ménagers sont ainsi revalorisés.
- f. Ce sont les conjoints qui, d'un commun accord, décident de la façon dont chacun apporte sa contribution à l'entretien de la famille. Ensuite, chose promise, chose due! Pour qu'un conjoint puisse modifier unilatéralement la répartition des tâches qui a été convenue, il faut qu'aucun intérêt commun important (p.ex. l'éducation des enfants) ne s'y oppose.
- g. La notion d'entretien convenable existe déjà en droit actuel (art. 160 al. 2 CC). Il n'est pas possible d'en donner une définition précise; l'entretien convenable est en effet déterminé par la situation de la famille: chaque cas mérite par conséquent un examen particulier.
- h. Le devoir d'entretien des parents à l'égard des enfants est réglementé par le droit de la filiation (art. 276 ss. CC). Mais entre parents mariés, les frais d'entretien sont répartis conformément à l'art. 163.
- i. Parmi les législations des grands Etats qui nous entourent, il n'y en a plus pas une qui fixe une stricte répartition des rôles entre conjoints; et cela pour les mêmes raisons que celles exposées sous a. Or, les expériences faites dans ces pays étrangers démontrent que les conflits entre conjoints n'en sont pas devenus plus fréquents pour autant.
- k. En droit actuel, c'est l'art. 160 al. 2 CC qui confère à la femme un droit à l'entretien; dans la nouvelle législation, ce droit est déterminé par le mode de vie choisi par les époux (c'est-à-dire par la façon dont ils se sont, d'un commun accord, répartis les rôles au sein de l'union conjugale). Mais en cas de divorce, cela ne change rien pour l'application des art. 151 et 152 CC. En vertu du nouveau droit, la femme au

foyer peut, comme actuellement, prétendre recevoir un entretien de la part de son mari qui exerce une activité professionnelle. Et comme actuellement aussi, ce droit à l'entretien doit être pris en considération en cas de divorce; car selon le principe de la confiance, la répartition des tâches telle qu'elle a été convenue entre époux ne peut pas être modifiée unilatéralement - par le mari - au moment du divorce. Toutefois, même en droit actuel, le droit de la femme à l'entretien n'est pas absolu; en effet, lorsqu'il s'agit de compenser la perte de ce droit, le juge du divorce tient compte des revenus que réalise l'épouse ou qu'elle pourrait réaliser du fait qu'elle est libérée (en partie au moins) des soins ménagers (cf. Lemp, Commentaire bernois, art. 160 CC, no 24).

17. ART. 164 MONTANT A LA LIBRE DISPOSITION DE L'EPOUX AU FOYER

Le droit qu'a l'époux au foyer de recevoir un salaire représente une charge financière énorme pour le conjoint qui exerce une activité lucrative; de plus, ce droit au salaire commercialise le mariage. Désormais, plus question pour la famille d'avoir une fortune ni, pour l'entreprise, de constituer des réserves. Le conjoint qui exerce une activité lucrative doit verser à l'époux au foyer un salaire qui se monte en principe à la moitié de la somme qui lui reste une fois qu'il a payé l'entretien de la famille; c'est ce qu'ont déclaré plusieurs personnages importants qui ont participé à l'élaboration du nouveau droit. En fin de compte, c'est pour tenter de compenser le mépris qu'il affiche envers les tâches ménagères que le nouveau droit prévoit une disposition comme l'article 164.

- a. Parler d'un salaire de la femme au foyer est une absurdité. Les objectifs assignés à l'article 164 ont toujours été les suivants (cf. en particulier les explications du rapporteur devant le Parlement): il s'agit d'une part de combattre l'égoïsme et l'avarice et, d'autre part, d'instaurer une relation de partenaires jusque dans les questions financières. L'article 164 vise en effet à conférer aux conjoints une indépendance financière analogue, qui permette à chacun d'eux de satisfaire ses besoins personnels, ses besoins de sociabilité, de culture et de loisirs. Car du point de vue de l'équité, il est inadmissible que - comme c'est le cas actuellement - l'un des conjoints puisse se payer des passe-temps coûteux, tandis que l'autre (l'époux au foyer) ne dispose d'aucune indépendance financière.
- b. Ce sont les circonstances concrètes qui déterminent l'étendue de la prétention de l'époux au foyer; chaque cas est donc particulier. En parlant de "montant équitable", on utilise une notion qui relève de la jurisprudence. Le conjoint qui exerce une activité lucrative ne doit pas verser à l'époux au foyer un montant supérieur à celui dont il dispose lui-même pour satisfaire ses propres besoins (pour autant qu'il ne soit pas avare!). L'article 164 ne représente donc pas une charge excessive pour l'époux qui exerce une activité lucrative; il ne

constitue pas non plus un obstacle à l'épargne, que ce soit au niveau familial ou au niveau de l'entreprise. D'ailleurs, l'article 164 alinéa 2 offre des garanties suffisantes aux exploitants d'entreprise.

- c. Plusieurs personnalités, qui ont participé à l'élaboration du nouveau droit, auraient déclaré que le montant à verser au conjoint au foyer devrait en principe correspondre à la moitié de la somme restante une fois l'entretien de la famille payé. C'est faux!

Si c'était vrai, on aurait dû prévoir la séparation de biens comme régime matrimonial ordinaire. Il n'est cependant pas possible de se fonder sur l'article 164 pour partager la somme qui reste une fois l'entretien de la famille payé, puis de partager encore une fois les économies en se fondant sur les dispositions relatives à la dissolution du régime matrimonial.

L'article 164 alinéa 2, introduit dans la loi à l'initiative des milieux industriels, prouvé lui aussi que de telles affirmations seraient absolument inexactes.

- d. Pour un grand nombre de revenus, le montant prévu à l'article 164 ne peut pas représenter plus qu'un simple argent de poche. Il ressort des budgets de ménage établis par l'OFIAMT qu'en moyenne, la part des revenus moyens (3'500-4'000 francs par mois) qui peut être consacrée à l'épargne n'est que de 7 % environ. Les montants à disposition des conjoints ne sont donc pas très élevés. Pour les couples à bas revenus - mais seulement pour eux - on peut imaginer la solution suivante: une fois que l'entretien de la famille a été payé, la somme qui reste - 50 francs p.ex. - est partagée en deux (une moitié pour chaque conjoint).
- e. L'article 164 est dans l'intérêt direct de la famille, puisqu'il revalorise le travail ménager.
- f. On constate - chose curieuse - que l'argument relatif à la commercialisation du mariage réapparaît chaque fois qu'il est question des droits de l'époux au foyer ou, en d'autres termes, des droits de la femme. Ceux qui s'opposent à l'article 164 sont aussi ceux qui voudraient que la loi prévoie, comme actuellement, que le ménage est l'affaire de la femme.
- g. Pour déterminer le montant à verser à l'époux au foyer, point n'est besoin que les conjoints tiennent des comptes détaillés. Même en cas de conflit, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation assez grand pour pouvoir se passer d'une comptabilité établie par les conjoints.
- h. Le montant de l'article 164 ne peut être réclamé que pour l'avenir et pour l'année qui précède l'introduction de la requête (art. 173 al. 3). Il n'est donc pas possible d'amasser des montants importants.
- i. En ce qui concerne les rapports entre l'article 164 et le régime de la communauté d'acquêts, cf. infra ch. 32.

18. ART. 165, CONTRIBUTION EXTRAORDINAIRE D'UN EPOUX A L'ENTRETIEN DE LA FAMILLE

Les deux conjoints doivent contribuer dans la même mesure à l'entretien de la famille. Si l'un d'eux y contribue dans une mesure supérieure à ce qu'il doit, il a droit à une indemnité de la part de l'autre: c'est ce que prévoit l'article 165, avec tous les calculs mesquins que cela implique. De plus, cette règle entraîne une commercialisation du mariage (ainsi, la femme qui tient la comptabilité dans l'entreprise de son mari a droit à une compensation financière; de même pour la femme du boulanger qui aide au magasin). Le mari qui exploite une entreprise ne peut plus réquerir l'aide de son épouse, quand bien même il en aurait besoin. La femme est tout à fait libre d'aider ou non son mari (art. 164 al. 2 en relation avec l'art. 165 al. 1).

Remarque préliminaire: l'alinéa 1 et l'alinéa 2 visent des situations différentes; c'est pourquoi nous les traitons séparément.

Art. 165 al. 1

- a. Pour bien comprendre l'article 165, il faut considérer la situation juridique actuelle: en principe, d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'y a pas contrat de travail au sens de l'article 320 alinéa 2 CO lorsque la femme collabore à la profession ou à l'entreprise de son mari; cela signifie que les prestations fournies par la femme ne sont pas rémunérées, même si elles dépassent largement ce qu'exige le devoir d'assistance de la femme envers son mari (art. 159 et 161 al. 2 CC). Il n'en va pas de même, en revanche, lorsque c'est le mari qui collabore à l'entreprise de son épouse: dans ce cas, le Tribunal fédéral admet qu'il y a contrat de travail au sens de l'article 320 alinéa 2 CO (contrat de travail par actes concluants) (cf. Staehelin, commentaire zurichois, vol. V 2e, der Einzelarbeitsvertrag, 1984, art. 320 CO, no 24 ss.). A noter que le Tribunal fédéral applique l'article 320 CO à la femme qui vit en concubinage et qui travaille dans l'entreprise de son compagnon (ATF 109 II 228).
- b. Grâce au nouveau droit du mariage, qui instaure entre conjoints une relation de partenaires, la femme n'est plus victime d'une telle inégalité de traitement. S'il n'y avait pas l'article 165 alinéa 1, le Tribunal fédéral devrait de toute façon admettre que désormais, eu égard à l'article 4 alinéa 2 de la constitution fédérale (principe de l'égalité des droits entre hommes et femmes), l'article 320 alinéa 2 CO est également applicable lorsque c'est la femme qui collabore à la profession ou à l'entreprise de son mari. L'article 165 alinéa 1 est cependant nécessaire: en effet, il faut tenir compte du fait que ce sont les conjoints qui sont concernés en prévoyant une solution dans le droit de la famille, et non dans le droit des obligations.

- c. L'article 165 n'est pas impératif; cela ressort de l'alinéa 3: les conjoints peuvent très bien conclure entre eux un contrat de travail; il est également possible que le conjoint qui collabore à la profession ou à l'entreprise de l'autre renonce à toute rémunération.
- d. Pour que tout soit clair en ce qui concerne l'article 165, il importe de lire attentivement le texte légal:
- aa. Dans la mesure où elle est nécessaire et raisonnable, l'aide fournie par l'un des conjoints l'est, d'après l'article 163, à titre de contribution normale à l'entretien de la famille; elle ne donne donc pas droit à une indemnité équitable. C'est important pour les exploitants de petites entreprises, ainsi que pour les agriculteurs; il ne saurait être question d'appliquer l'article 165 lorsqu'il est indispensable que mari et femme collaborent pour assurer le revenu nécessaire à l'entretien de la famille et pour pouvoir continuer l'exploitation de l'entreprise.
- bb. Ce n'est pas parce qu'il apporte à son conjoint plus d'aide qu'il ne lui en doit qu'un époux a droit à une indemnité; pour qu'il y ait droit, il faut, aux termes de l'article 165, qu'il collabore à la profession ou à l'entreprise de son conjoint dans une mesure notablement supérieure à ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille.
- cc. L'indemnité n'est due que pour les prestations qui dépassent notablement ce qu'exige la contribution à l'entretien de la famille.
- dd. L'époux qui fournit une contribution extraordinaire n'a droit ni à un salaire, ni à une indemnisation totale; il n'a droit qu'à une indemnité équitable. Autrement dit, il s'agit de tenir compte de la situation financière du conjoint débiteur de l'indemnité; l'article 165 ne doit pas représenter pour lui une charge insupportable. D'ailleurs, la notion d'indemnité équitable a déjà fait ses preuves en droit actuel: elle est en effet utilisée par l'article 334 CC, qui stipule que "les enfants ou petits-enfants majeurs qui vivent en ménage commun avec leurs parents ou grands-parents et leur consacrent leur travail ou leurs revenus ont droit de ce chef à une indemnité équitable" ("Lidlohn"); or, cette règle n'a pas entraîné de charges excessives pour les agriculteurs.
- e. Le devoir d'assistance d'un conjoint envers l'autre résulte du droit du mariage (art. 159 et 163); il est donc faux de prétendre que la femme - ou le mari - est libre d'aider ou non son mari - ou son épouse.
- f. Un exemple typique est celui de l'aide médicale qui travaille dans le cabinet de son mari, lui évitant ainsi de devoir engager et payer une employée. Sans droit à une indemnité équitable, la femme de ce médecin est purement et simplement exploitée!
- g. A la dissolution du mariage (par le décès de l'un des conjoints ou par divorce), les époux soumis au régime matrimonial

ordinaire - celui de la participation aux acquêts - n'ont en principe aucun intérêt à faire valoir l'article 165 alinéa 1. En effet, puisque le montant dû en vertu de l'article 165 alinéa 1 fait partie des acquêts de chaque conjoint (il représente une dette dans les acquêts du conjoint débiteur et une créance dans les acquêts du conjoint créancier) et que les acquêts sont partagés en deux, les conjoints ne gagnent rien à invoquer l'article 165 alinéa 1.

Exemple: le mari a 100'000 francs d'acquêts. A la dissolution du mariage, la femme fait valoir une créance de 30'000 francs fondée sur l'article 165 alinéa 1. Les acquêts du mari sont donc réduits à 70'000 francs; quant à la femme, elle a maintenant 30'000 francs d'acquêts. Puisque le mariage est dissous, chaque époux a droit à la moitié du bénéfice de l'autre: la femme a donc droit à 35'000 francs de la part de son mari; quant à lui, il a droit à 15'000 francs de la part de son épouse. Finalement, chaque époux a donc 50'000 francs. Si, au départ, on avait laissé les 100'000 francs dans les acquêts du mari pour tout simplement les partager en deux en vertu des règles sur la dissolution du régime matrimonial, on aurait obtenu le même résultat.

- h. La solution prévue en matière de "Lidlohn" - les enfants ne peuvent en principe réclamer leur indemnité qu'au décès des parents, mais lorsqu'ils cessent de vivre en ménage commun avec eux, ils peuvent la réclamer déjà du vivant de ceux-ci (art. 334bis CC) - est inconcevable en ce qui concerne l'indemnité due à l'un des époux en vertu de l'article 165 alinéa 1. En outre, si l'un des conjoints a droit à une telle indemnité, on ne peut pas le faire attendre jusqu'au décès de son époux (car en principe, la différence d'âge entre conjoints n'est pas très grande)!

Art. 165 al. 2

- a. Pour que cette disposition soit applicable, il faut, comme à l'alinéa 1, que l'un des époux ait, par ses revenus ou sa fortune, contribué à l'entretien de la famille dans une mesure notablement supérieure à ce qu'il devait (il ne suffit donc pas qu'il ait contribué à l'entretien de la famille dans une mesure supérieure à ce qu'il devait). Comme à l'alinéa 1 également, l'époux qui a fourni cette contribution extraordinaire n'a droit qu'à une indemnité équitable, et non pas à une indemnisation totale. De même, cette indemnité équitable ne lui est due que pour la part qui excède notablement ce qu'exige sa contribution à l'entretien de la famille.
- b. L'article 165 alinéa 2 ne vise que des cas spéciaux, qui ne font pas l'objet d'une réglementation en droit actuel; ainsi:
- un étudiant épouse une secrétaire. Celle-ci paye les études de son mari. Une fois ses études terminées et avant de gagner lui-même sa vie, le mari demande le divorce, qui est prononcé avec faute à la charge de chacun des conjoints. Notre secrétaire, qui a épuisé toutes les économies qu'elle avait réalisées avant de se marier, se retrouve donc les mains vides!

- l'épouse d'un alcoolique consacre tout le produit de son travail à l'entretien de la famille; de plus, elle s'occupe des enfants et tient le ménage. Si son mari fait un héritage, il est juste que cette épouse puisse exiger une indemnité équitable pour celles de ses prestations qui dépassent notablement ce qu'exige sa contribution normale à l'entretien. Mieux vaut cela pour la famille plutôt que de voir le mari boire tout son héritage!

c. A la dissolution du mariage, les époux soumis au régime ordinaire de la participation aux acquêts n'ont pas d'intérêt à invoquer l'article 165 alinéa 2, lorsque le montant dû en vertu de cette disposition représente une dette dans les acquêts du conjoint débiteur et une créance dans les acquêts du conjoint créancier.

#### 19. ART. 166, REPRESENTATION DE L'UNION CONJUGALE

La nouvelle réglementation relative à la représentation de l'union conjugale place la femme dans une plus mauvaise situation que jusqu'à présent; en effet, la femme s'oblige désormais principalement, et non plus seulement subsidiairement. Quant au mari, il ne peut plus prendre autant d'engagements qu'aujourd'hui, ce qui signifie une baisse des affaires.

a. L'article 166 ne réglemente que les rapports externes (rapports envers les tiers). Pour ce qui est des rapports internes - c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de savoir lequel des deux époux doit finalement répondre d'une dette - c'est l'article 163 qui est déterminant. Envers les tiers, il est nécessaire de prévoir une répartition des responsabilités, car le créancier ne peut pas savoir qui supporte les dettes du point de vue interne.

Le créancier ne va certainement pas s'adresser au conjoint qui n'a rien; ce qu'il veut, c'est être payé.

b. Dans le nouveau droit, les pouvoirs ordinaires de représentation conférés à chaque époux correspondent aux pouvoirs qui sont actuellement ceux de la femme (pouvoirs des clés ou pouvoirs de représentation limités aux besoins courants de la famille). Au-delà des besoins courants de la famille, un époux ne peut représenter l'union conjugale qu'avec le consentement de son conjoint (sauf en cas d'urgence ou d'autorisation par le juge). Grâce à cette nouvelle réglementation, l'union du mari et de la femme est donc renforcée! Actuellement, le mari a un pouvoir de représentation étendu: c'est lui qui représente l'union conjugale pour tous les besoins réels de celle-ci (art. 162 al. 1 CC) et pour le faire, il n'a pas besoin de consulter son épouse. Certes, le mari est débiteur primaire des dettes qu'il a ainsi contractées; mais s'il est insolvable, la femme est tenue de toutes les dettes contractées par son mari (art. 207 al. 2, 220 al. 2 et 243 al. 3 CC). En revanche, la responsabilité solidaire des conjoints qui est prévue dans le nouveau droit est beaucoup moins étendue (chaque

époux est obligé principalement mais, en principe, que pour les dettes afférentes à la satisfaction des besoins courants de la famille).

- c. Comme actuellement, le mari est tout à fait libre de contracter n'importe quelle dette; comme actuellement également, il en répond sur tous ses biens. Mais la différence, c'est que la responsabilité de la femme pour les dettes de son mari est moins étendue qu'en droit actuel. Si, en concluant une affaire, le mari entend se servir de son mariage pour augmenter son crédit personnel (ce qui équivaut à une commercialisation du mariage), il faut que son épouse consente à l'affaire en question.

20. ART. 167, PROFESSION ET ENTREPRISE DES EPOUX

En permettant à la femme d'exercer librement une activité professionnelle, on ne tient pas assez compte des intérêts des enfants. Aux termes de l'article 167, le mari doit lui aussi, dans l'exercice de sa profession, avoir égard à la personne de son épouse et aux intérêts de l'union conjugale; autrement dit, ses possibilités d'épanouissement professionnel sont désormais fort limitées. Seul le conjoint qui exerce une activité lucrative doit avoir égard à la personne de son conjoint et aux intérêts de l'union conjugale; celui qui tient le ménage n'a pas cette obligation. L'article 167 permet au juge de contraindre la femme à exercer une activité lucrative.

- a. Le nouvel article 167 prévoit notamment qu'en choisissant sa profession, chaque époux doit avoir égard aux intérêts de l'union conjugale; or, parmi ces intérêts, il y a ceux des enfants.
- b. En demandant à chaque époux d'avoir égard à la personne de son conjoint et aux intérêts de l'union conjugale, l'article 167 ne fait que répéter, pour tout ce qui touche à l'activité professionnelle des époux, les principes énoncés à l'article 159. Et c'est justement en vertu de cet article 159 que le conjoint qui tient le ménage doit lui aussi avoir égard à la personne de son partenaire ainsi qu'aux intérêts l'union conjugale.
- c. Le juge ne peut prendre aucune décision en ce qui concerne le choix et l'exercice d'une profession par l'un des conjoints. La seule sanction possible à l'égard d'un conjoint qui ne tient pas compte des facteurs prévus à l'article 167 est l'imputation d'une faute en cas de divorce ou de séparation (puisque ce conjoint a violé les devoirs découlant du mariage).

21. ART. 169 ET ART. 271a CO, LOGEMENT DE LA FAMILLE

L'article 169 ainsi que l'article 271a CO sont des dispositions qui ne sont pas réussies du tout:

- a. La notion de "logement de la famille" n'est pas claire.
- b. Le bailleur doit procéder à des vérifications absurdes. De plus, ces vérifications portent atteinte aux droits de la personnalité du preneur.
- c. Le consentement du conjoint n'a pas besoins de revêtir une forme déterminée, ce qui implique que le bailleur ne peut jamais savoir si ce consentement a été donné ou pas.
- d. Qui peut exiger la prolongation du bail? Et qui paye le loyer lorsque le preneur ne veut pas prolonger le bail mais que son conjoint obtient la prolongation?
- e. Que se passe-t-il si les deux conjoints déménagent alors que le bail n'a été résilié que par l'un d'entre eux? De même, que se passe-t-il si les deux conjoints déménagent alors que la résiliation du bail n'a été signifiée qu'à l'un d'entre eux?
- f. Lorsqu'intervient la décision du juge - décision qui remplace le consentement du conjoint -, il est déjà trop tard.
- g. Ces dispositions font obstacle aux transactions immobilières.
- h. Il n'y a aucune nécessité de prévoir de telles dispositions.
- i. Lorsque son logement se trouve dans le même immeuble que son exploitation, l'entrepreneur ne peut plus disposer librement de cette dernière.

- a. La loi ne peut pas donner une définition exacte du "logement de la famille". Mais il est clair que cette notion recouvre tous les locaux qui, d'après la volonté des époux, servent à abriter de manière durable les conjoints et leurs enfants. Le "logement de la famille" ne comprend pas la résidence secondaire. Certaines lois étrangères utilisent également cette notion et il n'en résulte pas de problèmes particuliers.
- b. Normalement, le bailleur connaît les gens qui habitent dans les appartements qu'il loue. Si le preneur est célibataire, il est possible de prévoir dans le contrat de bail une clause qui l'oblige à annoncer son mariage au bailleur. Du reste, notre pays connaît le système du contrôle des habitants: dès lors, pourquoi devrait-on considérer comme absurdes les vérifica-

tions du bailleur? Pour celui-ci, il s'agit simplement de savoir si le preneur est marié, s'il est seul dans l'appartement loué ou s'il y vit avec son conjoint et, éventuellement, avec des enfants. On ne saurait considérer qu'il y a atteinte aux droits de la personnalité du preneur lorsque le bailleur lui pose des questions à ce sujet. D'ailleurs, les bailleurs ont tendance à procéder à bien d'autres vérifications encore (est-ce que, p.ex., le preneur est un bon payeur?)!

- c. La résiliation du bail n'est, elle non plus, subordonnée à l'observation d'aucune forme particulière; seul l'arrêté fédéral instituant des mesures contre les abus dans le secteur locatif prévoit des règles de forme. C'est pourquoi le nouveau droit matrimonial ne fixe pas de règles quant à la forme du consentement que le conjoint est appelé à donner en vertu de l'article 169. Mais avec la révision des dispositions sur le bail, les choses vont changer: la forme écrite sera nécessaire pour la résiliation ainsi que pour le consentement du conjoint.

En ce qui concerne la situation juridique actuelle, il faut toutefois relever qu'aussi bien la résiliation du bail que le consentement du conjoint sont des actes juridiques sujets à réception (cf. von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen OR*, 1974, vol. I, pp. 166 ss.). Le consentement du conjoint doit par conséquent être signifié au bailleur. Si un époux notifie la résiliation au bailleur sans pouvoir justifier qu'il a obtenu le consentement de son conjoint, le bailleur peut refuser la résiliation (von Tuhr/Peter, loc. cit., p. 146).

- d. Chaque conjoint peut, de manière indépendante, demander la prolongation du bail. Le loyer doit toujours être payé par le preneur, même si c'est son conjoint qui a obtenu la prolongation du bail. Entre les époux, les frais de loyer sont répartis conformément à l'article 163; le bailleur n'a quant à lui pas à se mêler de cette question.
- e. Une fois que les époux ont quitté leur logement, ils ne peuvent plus invoquer l'article 169. Car d'une part, le logement dont ils sont partis a cessé d'être le logement de la famille et d'autre part, les époux n'ont plus besoin de la protection de l'article 169, puisqu'ils ont déjà déménagé. Le déménagement a donc un effet guérisseur sur les défauts de la résiliation.
- f. Les cantons doivent édicter des dispositions procédurales qui garantissent une décision rapide du juge; la procédure ne doit pas être compliquée. En outre, des mesures provisionnelles sont possibles.
- g. La vente d'un immeuble prend toujours un certain temps; si besoin est, le consentement du juge pourra toujours être obtenu dans les délais. Pour en appeler au juge, il n'est même pas nécessaire qu'un contrat de vente détaillé soit prêt; le juge peut donner son consentement dès que les conditions de la vente sont fixées de manière concrète (p.ex. lorsque le conjoint qui veut aliéner l'immeuble a déjà trouvé un autre logement

pour la famille). Mais normalement, le conjoint donnera son consentement; il n'y aura donc pas besoin de faire appel au juge. D'ailleurs, dans l'actuel régime matrimonial ordinaire - celui de l'union des biens - la femme a elle aussi besoin du consentement de son mari pour pouvoir disposer d'un immeuble qui fait partie de ses apports.

Et dans un régime de communauté d'acquêts, le consentement du conjoint serait nécessaire non seulement pour l'aliénation de l'appartement familial, mais encore pour tout acte de disposition relatif aux acquêts.

- h. Les nouvelles règles sur le logement familial sont conformes à la Recommandation du Conseil de l'Europe concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage (du 16 octobre 1981). Pour la famille, le logement est vital. Il ne faut pas qu'en période de crise, l'un des conjoints puisse priver la famille de son logement. On ne peut pas se contenter d'intervenir de cas en cas, en interdisant au conjoint concerné de disposer du logement familial (la plupart du temps, une telle intervention arriverait trop tard, car l'autre conjoint ne connaît pas forcément les intentions du premier). Une protection générale est donc nécessaire. Du reste, puisque l'article 162 prévoit que les époux choisissent ensemble la demeure commune, il ne serait pas logique qu'un époux puisse, sans l'accord de son conjoint, résilier le bail ou vendre l'appartement familial.
- i. Prenons le cas d'une famille dont le moyen d'existence est une entreprise. Sans en parler à son conjoint, l'un des époux décide de vendre l'appartement familial et, en même temps, l'entreprise: ce faisant, il contrevient à l'article 159 CC (ainsi qu'à l'article 167 dans le nouveau droit).

## 22. ART. 170 DEVOIR DE RENSEIGNER

Le devoir de renseigner prévu par le nouveau droit va trop loin. Le juge n'a p.ex. pas à mettre son nez dans les secrets commerciaux. Les banques peuvent être astreintes à fournir des renseignements: c'est un scandale!

- a. L'article 170 est l'expression de la relation de partenaires sur laquelle le mariage est désormais fondé: il est naturel que les conjoints se mettent réciproquement au courant de leur situation matérielle. Les avocats connaissent bien les difficultés qui surgissent lorsqu'en période de crise, un conjoint emploie toutes sortes de moyens pour camoufler l'état de ses biens et que les tiers ne peuvent pas être astreints à fournir des renseignements.
- b. Le devoir de renseigner est certes important lorsqu'il s'agit de déterminer les prétentions qui découlent du régime matrimonial (comme, p.ex., lorsqu'un conjoint désire connaître la situation financière de son époux pour savoir s'il va demander la séparation de biens conformément à l'art. 185); mais il

l'est également pour fixer p.ex. la contribution de chaque époux à l'entretien de la famille (art. 163).

- c. Les renseignements à fournir ne portent que sur l'état des revenus, des biens et des dettes; en principe, ils ne portent pas sur le placement de la fortune ni sur la personne des créanciers.
- d. Même si le droit fédéral n'obligeait pas les banques à fournir des renseignements, cela ne signifierait pas forcément la sauvegarde du secret bancaire; car ce serait la procédure cantonale qui serait déterminante pour savoir si une banque doit ou non fournir des renseignements. Actuellement, seuls 7 cantons prévoient dans leur code de procédure civile que le secret bancaire confère le droit de refuser de témoigner. Dans 7 autres cantons, la question de savoir si une banque doit ou non fournir des renseignements dépend du pouvoir d'appréciation du juge. Par contre, il y a 11 cantons dans lesquels les banques ont, aujourd'hui déjà, l'obligation de renseigner (cf. Aubert/Kernen/Schönle, Das Schweizerische Bankgeheimnis, p. 87 s.).

En droit matrimonial, il n'est pas souhaitable d'avoir une telle diversité de solutions. Il ne serait pas juste que des renseignements puissent être obtenus dans tel canton, mais pas dans tel autre.

- e. Le texte légal est clair: le juge ne peut astreindre le conjoint du requérant ou des tiers à fournir des renseignements que dans la mesure où ces renseignements sont utiles à la protection des droits découlant des dispositions sur le mariage. L'obligation de renseigner prescrite par le juge ne saurait donc servir à satisfaire la simple curiosité de l'un des conjoints!

### 23. ART. 171, OFFICES DE CONSULTATION

L'article 171 entraîne la création de nouveaux services publics et la disparition d'organismes privés existants. Les cantons devront faire face à de nouvelles dépenses.

- a. L'article 171 est une disposition légale qui permet une meilleure protection de la famille; c'est donc une disposition qui répond aux exigences de l'article 34 quinquies alinéa 1 de la constitution fédérale. Il faut bien se rendre compte qu'en général, on ne sauve pas un mariage en recourant à des mesures juridiques. La guérison d'un mariage suppose, comme celle de tout individu malade, que les conjoints aient la volonté de se soigner et qu'ils soient aidés dans cette entreprise par des personnes compétentes.
- b. Des offices de consultations conjugales existent déjà dans plusieurs cantons et ils se sont révélés d'une grande utilité. Ces offices jouent en effet un rôle important au plan social. Il fallait par conséquent que la loi en rende compte.

- c. L'article 171 n'oblige pas les cantons à créer eux-mêmes des offices de consultation. Pourvu qu'il existe dans chaque canton un office de consultation, peu importe qu'il s'agisse d'un organisme privé ou d'une institution d'utilité publique. Il est possible que plusieurs petits cantons s'unissent pour encourager un office privé existant ou pour susciter la création d'un tel office. L'article 171 se contente d'indiquer aux cantons, tout comme aux conjoints, l'une des voies à suivre en cas de conflits conjugaux. Les organisations privées ne sont aucunement menacées.
- d. Les cantons ne seront pas confrontés à des dépenses considérables. La loi ne prescrit nullement que la consultation conjugale doit être gratuite. Lorsqu'ils désirent créer eux-mêmes un office de consultation, les cantons peuvent demander aux usagers de payer un émolument. Pour les époux aux prises avec des difficultés financières, le message relève que la consultation devrait (et non pas doit!) être gratuite (cf. p. 78). De toute façon, un système de consultation conjugale efficace revient moins cher aux cantons que l'échec d'un mariage (présentations sociales, éventuellement frais médicaux).

#### 24. LE JUGE, NOUVEAU CHEF DE L'UNION CONJUGALE

C'est désormais le juge qui est le chef de l'union conjugale. Il peut trancher tous les conflits qui surgissent entre époux.

- a. Le juge n'intervient que si un époux fait appel à lui.
- b. En principe, le juge n'a qu'un rôle médiateur à jouer. Les cas dans lesquels il peut prendre une décision sont énumérés exhaustivement dans la loi. Ainsi que cela ressort de la liste qui figure ci-dessous, ses pouvoirs ne sont pas beaucoup plus étendus qu'aujourd'hui.

Les "mesures prévues par la loi" (art. 172 al. 3) que le juge peut prendre sont les suivantes:

##### 1. Mesures protectrices de l'union conjugale au sens étroit

<u>Nouveau droit</u>	<u>Droit actuel</u>
<u>Art. 173 al. 1:</u> Contributions <u>pécuniaires</u> dues pour l'entretien de la famille, conformément à l'art. 163.	Fixation de l'"argent de ménage" dû à la femme. Résulte de l'art. 171 CC (Lemp, art. 169 CC, no 17). Fixation de la contribution de la femme aux charges du mariage (art. 192 CC, 246 al. 2 CC).
<u>Art. 173 al. 2:</u> Montant dû à l'époux qui voue ses soins au ménage, conformément à l'art. 164.	En ce qui concerne l'argent de poche seulement, déjà prévu en droit actuel.

Nouveau droit

Art. 174:

Retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale (portée nouvelle d'une compétence qui existe déjà).

Art. 176:

- Autorisation de suspendre la vie commune;
- Fixation de la contribution pécuniaire;
- Mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage;
- Décision ordonnant la séparation de biens, si les circonstances le justifient;
- Mesures concernant les enfants, d'après le droit de la filiation;

Art. 177:

Avis aux débiteurs

Art. 178:

Restriction du pouvoir de disposer

Droit actuel

Art. 165 CC:

Révocation judiciaire de la déchéance des pouvoirs de la femme par le mari, lorsque cette déchéance n'est pas justifiée.

Art. 170 CC:

- Autorisation de suspendre la vie commune;
- Fixation de la contribution pécuniaire;
- Mesures en ce qui concerne le logement et le mobilier de ménage (Lemp, art. 170 CC, nos 13/14);
- 
- Mesures concernant les enfants, d'après le droit de la filiation.

Art. 171 CC:

Avis aux débiteurs du mari; en pratique, valable également pour les débiteurs de la femme (Lemp, art. 171 CC, no 5).

Restriction du pouvoir de disposer par le blocage d'un immeuble au Registre foncier admise par le Tribunal fédéral dans le cadre de la procédure de divorce.

2. Mesures protections de l'union conjugale ou d'un conjoint, au sens large

---

Nouveau droit

Droit actuel

Art. 165:

Compensation pour la contribution extraordinaire d'un époux à l'entretien de la famille.

-----

Art. 166 al. 2 ch. 1:

Extension du pouvoir de représenter l'union conjugale autorisée par le juge.

En pratique, possible dans le cadre de l'art. 169 CC (cf. Lemp, art. 166 CC, no 14).

Art. 169:

Octroi par le juge de l'autorisation de disposer du logement de la famille sans le consentement du conjoint. Cette disposition rend possible l'exécution d'une mesure légale destinée à protéger l'union conjugale.

-----

Art. 170:

Accomplissement du devoir de renseigner

Cette attribution résulte des dispositions sur les régimes matrimoniaux, qui instituent un devoir partiel de renseigner (cf. notamment l'art. 205 al. 1 CC).

Art. 185:

Séparation de biens prononcée à la demande d'un époux.

Art. 183 CC:

Séparation de biens prononcée à la demande de la femme.

Art. 184 CC:

Séparation de biens prononcée à la demande du mari.

Art. 205 al. 2 CC:

Garantie des apports de la femme.

-----

Nouveau droit

Droit actuel

Art. 167 al. 2 CC:

Octroi à la femme de l'autorisation d'exercer une profession ou une industrie.

Art. 177 al. 2 et 3 CC:

Approbation de l'autorité tutélaire pour les actes juridiques entre époux ainsi que pour les obligations que la femme assume dans l'intérêt du mari.

Art. 181 al. 2 CC:

Approbation de l'autorité tutélaire pour les contrats de mariage.

25. ART. 172 ss. / PEU SATISFAISANTS SUR TOUTE LA LIGNE

La loi ne donne pas assez d'indications au juge sur la manière dont il doit prêter ses bons offices et prendre des décisions. Il en résulte une insécurité juridique, qui permet au plus fort des conjoints de s'imposer. Le juge n'a pas assez de moyens à disposition, puisqu'il ne peut prendre que les mesures expressément prévues par la loi. Lorsqu'un conjoint s'adresse au juge, c'est que son mariage n'a déjà plus d'autre issue que le divorce; le juge n'est donc d'aucun secours pour réconcilier les époux.

- a. La conciliation suppose une grande flexibilité de la part du juge. Rien ne sert de prévoir en ce domaine des dispositions légales générales et abstraites; le juge doit tenir compte des particularités de chaque cas. Mais lorsque le juge doit prendre une décision, la loi lui fournit assez d'indications. Dans un domaine tel que celui qui est en cause ici, il est toutefois inévitable que ces indications légales soient plutôt générales et sujette à interprétation.
- b. Permettre au juge de prendre n'importe quelle mesure signifierait en fait ouvrir la voie à l'arbitraire. L'organisation de la vie commune est l'affaire des époux; non celle du juge. Car justement, il ne faut pas que le mariage soit un ménage à trois!
- c. Souvent, la crainte du juge est telle que les conjoints ne s'adressent à lui que lorsque leur mariage est déjà condamné;

c'est la raison pour laquelle l'article 171 prévoit que les époux doivent pouvoir recourir à des offices de consultation conjugale ou familiale.

26. LE JUGE EST MENTIONNE TROP FREQUEMMENT

En mentionnant souvent le juge, la loi montre qu'elle lui attribue une place d'honneur

- a. Pour que le juge ne soit mentionné qu'une seule fois, il aurait fallu qu'on lui permette de trancher tous les conflits surgissant entre les époux!
- b. C'est parce que l'on a voulu limiter les pouvoirs du juge que l'on a énuméré exhaustivement dans la loi les questions qu'il peut trancher.
- c. Le nouveau droit détermine expressément le juge compétent à raison du lieu (c'est une nouveauté par rapport au droit actuel). Rien que pour cette raison, le terme "juge" figure déjà cinq fois à l'article 180.

27. ART. 175, VIE SEPARÉE

Les époux peuvent trop facilement suspendre leur vie commune. Ils sont par conséquent toujours moins disposés à faire des concessions, raison pour laquelle il y aura toujours plus de mariages qui se solderont par un échec. Les motifs qui permettent de refuser la vie commune sont trop individualistes. La suspension de la vie commune n'est pas une mesure protectrice de l'union conjugale.

- a. Pour réglementer la question de la vie séparée, le nouveau droit se fonde sur celui d'aujourd'hui: du point de vue matériel, il n'introduit aucune nouveauté par rapport au droit en vigueur; en effet, le nouveau droit ne fait que codifier la jurisprudence actuelle (cf. message pp. 81 s.), qui va déjà au-delà du texte légal en vigueur (art. 170 al. 1 CC). D'ailleurs, une réglementation plus restrictive n'empêcherait pas qu'en fait, les époux vivent séparés.
- b. Le but de la révision était de substituer à la conception purement individualiste du droit actuel une réglementation qui tienne davantage compte des intérêts communs. C'est pourquoi le nouveau droit fait aussi référence au bien de la famille (cf. message pp. 81 s.).
- c. La notion de "personnalité" correspond à celle de l'article 28 CC; elle est donc suffisamment délimitée.
- d. Il est vrai que souvent, la suspension de la vie commune est un préalable au divorce. Il ne faut toutefois pas généraliser. Il arrive en effet qu'en vivant séparés un moment, les époux parviennent à apaiser leur conflit.

### III. Régimes matrimoniaux

#### 28. LA SEPARATION DE BIENS COMME REGIME MATRIMONIAL ORDINAIRE

Le régime matrimonial ordinaire devrait être celui de la séparation de biens. En principe, la contribution de l'un des époux à la formation des acquêts de l'autre n'est pas considérable. C'est notamment le cas pour l'épouse et mère au foyer. La participation de celle-ci au bénéfice du mari est donc dénuée de tout fondement.

- a. Cet argument ne tient pas assez compte de la valeur économique que représente une maîtresse de maison qui sait éviter toute dépense inutile.
- b. La réalisation d'économies dépend du comportement des deux conjoints.
- c. La solidarité entre époux justifie que chaque conjoint participe au bénéfice de l'autre. Le mariage est une communauté de destin, donc aussi une communauté économique. Il faut par conséquent partager ce que les époux ont épargné durant leur union.
- d. Adopter le régime de la séparation de biens comme régime matrimonial ordinaire signifierait faire un pas en arrière; en effet, le droit actuel prévoit déjà la participation au bénéfice.

#### 29. REVISION DE L'UNION DES BIENS

Le nouveau régime matrimonial ordinaire aurait dû être une union des biens mise à jour.

Il semble que l'on oublie que la caractéristique de l'union des biens, c'est que l'administration et la jouissance des apports de la femme appartiennent au mari. Une fois cette prérogative anachronique du mari supprimée, on n'a donc plus affaire à une union des biens, mais à un autre régime matrimonial. Pour instituer une relation de partenaires entre les époux, il n'est pas conséquent pas possible de réformer l'union des biens comme telle. Il ne serait pas judicieux de soumettre les apports de chaque conjoint à l'administration commune du mari et de la femme (chaque époux restant propriétaire de ses apports), tandis que comme actuellement, le produit du travail de chacun d'eux serait assujéti durant le mariage aux règles de la séparation de biens; du reste, une telle solution créerait des problèmes supplémentaires lors de la liquidation du régime. Toutefois, la participation aux acquêts n'est, du point de vue matériel, rien d'autre qu'une union des biens adaptée aux réalités de la vie actuelle. La réglementation applicable durant le mariage ne change en principe que sur un point: celui relatif aux apports de la femme; en ce qui concerne par contre les biens du mari et le produit du travail, il n'y a pas de nouveautés.

### 30. COMMUNAUTE D'ACQUETS

On aurait dû choisir comme nouveau régime matrimonial ordinaire celui de la communauté d'acquêts et prévoir une réglementation spéciale en ce qui concerne les biens des entreprises, afin que la continuité des affaires soit assurée même en cas de divorce ou de décès (Blocher, NZZ du 20 novembre 1984).

#### A. Généralités

- a. La commission d'experts, tout comme le Conseil fédéral et le Parlement, ont examiné si la communauté d'acquêts pouvait convenir comme régime matrimonial ordinaire. La commission du Conseil national n'a opté pour le régime de la participation aux acquêts qu'après l'avoir comparé avec un projet détaillé prévoyant une communauté d'acquêts.
- b. Le régime matrimonial ordinaire doit avoir des effets aussi bien internes qu'externes (c'est-à-dire des effets envers les créanciers et débiteurs des conjoints). Les expériences faites jusqu'à présent en matière de communautés de biens adoptées par contrat de mariage ne sont pas du tout concluantes; en effet, ces contrats n'ont pratiquement déployé que des effets internes. Une communauté d'acquêts qui n'aurait que des effets internes serait une solution qui jetterait de la poudre aux yeux des conjoints: chaque époux pourrait disposer tout à fait librement de tous ses biens, sans que son conjoint puisse l'empêcher de dilapider les biens de la communauté. De plus, au point de vue juridique, une telle solution soulèverait des problèmes de fond importants.
- c. Il est étonnant de constater que ce sont justement ceux qui voient dans l'article 164 une exploitation du conjoint exerçant une activité lucrative qui proposent la communauté d'acquêts comme régime matrimonial ordinaire; car dans ce régime, l'épouse devient immédiatement propriétaire, avec son époux, de tout le produit du travail du mari. Autre fait curieux: les représentants des milieux industriels prônent la communauté d'acquêts, mais pour leurs propres entreprises, ils souhaitent la séparation de biens (cf. infra ch. 51)!!
- d. La communauté d'acquêts est un régime très favorable à l'idée de communauté; mais c'est un régime extrêmement lourd et compliqué. En matière de responsabilité notamment, il fait courir des risques aux époux. C'est pourquoi il faut que les époux ne soient soumis à ce régime qu'en pleine connaissance de cause. Le régime matrimonial ordinaire doit être aussi simple et aussi clair que possible, car il s'applique à tous ceux qui n'ont pas conclu de contrat de mariage, donc aussi à des gens qui ne connaissent pas le droit.
- e. Dans un vrai régime de communauté d'acquêts, l'un des conjoints peut en tout temps empêcher l'autre d'agir. C'est la raison pour laquelle les Etats étrangers qui connaissent ce régime ont dû lui apporter des correctifs, allant dans le sens

de la séparation de biens. Ainsi, au Luxembourg, chaque époux administre les biens qui sont entrés dans la communauté de son chef et chacun en dispose librement, sous réserve d'une série d'actes juridiques qui ont besoin du consentement du conjoint. Mais avec une telle réglementation, le régime de la communauté d'acquêts est largement vidé de sa substance! En pratique, les époux administrent donc séparément les masses d'acquêts, de même qu'ils en disposent séparément. En France, le produit du travail des conjoints n'entre dans les biens communs que lorsqu'il représente en fait une épargne.

- f. Parmi les pays qui nous entourent, la France et l'Italie ont retenu comme régime ordinaire la communauté d'acquêts; en Autriche, le régime ordinaire est la séparation de biens; quant à la République fédérale allemande, elle consacre comme régime ordinaire la "Zugewinnsgemeinschaft", forme spéciale de la participation aux acquêts.

### B. Propriété

Dans la communauté d'acquêts, les acquêts sont la propriété commune (art. 652 ss. CC) des deux conjoints: le droit de chacun d'eux s'étend à tous les acquêts. Ceux-ci sont administrés par les deux conjoints et les deux conjoints peuvent en disposer.

Durant le mariage, la question de savoir si un bien fait partie des biens propres ou des acquêts revêt donc une énorme importance: car si c'est un bien propre, il reste la propriété exclusive d'un seul des conjoints, alors que si c'est un bien commun, il devient la propriété commune des deux conjoints et est par conséquent soumis à un tout autre système quant à sa gestion (administration et disposition). Il faut donc toujours séparer clairement les biens propres des acquêts, car des règles différentes s'appliquent à l'administration de ces deux masses de biens. Les acquêts comprennent également des créances, de sorte qu'il importe aussi de distinguer les créances personnelles des créances communes. Des problèmes particuliers se posent en ce qui concerne les immeubles.

Un immeuble qui fait partie des acquêts est la propriété commune des époux; en revanche, s'il fait partie des biens propres de l'un des conjoints, c'est celui-ci qui en a la propriété exclusive. Lorsqu'un immeuble est acquis durant le mariage, la réponse à la question de savoir dans quelle masse de biens il entre dépend toutefois de la provenance des biens qui ont permis de l'acquérir.

La propriété au sens des droits réels n'est pas déterminante lorsqu'il s'agit de savoir si un bien appartient aux biens communs ou aux biens propres. En ce domaine, les dispositions sur les régimes matrimoniaux l'emportent sur celles relatives aux droits réels. Par exemple: un immeuble, qui constitue un acquêt, est inscrit au registre foncier comme propriété exclusive de l'un des conjoints; malgré cela, il fait partie des biens communs. Car en l'occurrence, l'inscription au registre foncier n'a qu'une portée déclarative, et non une portée constitutive (Lemp, art. 215 CC, no 61).

Si l'on veut que l'inscription au registre foncier corresponde à la vérité, il faut que le conservateur ou le notaire examine d'où proviennent les biens employés pour acquérir l'immeuble. Mais conservateur du registre foncier et notaire ne sont guère en mesure de le faire. En effet, ils ne disposent pas des moyens de procédure nécessaires pour se livrer à l'examen d'une telle question, qui est compliquée tant du point de vue juridique que du point de vue des faits. D'ailleurs, le conservateur du registre foncier n'a pas de compétences aussi étendues. Il faut par conséquent que la loi prévoie une présomption: pour encourager l'idée de communauté, il faut que tous les biens acquis durant le mariage soient présumés communs, tant que le contraire n'est pas prouvé. Mais si l'immeuble est inscrit au registre foncier comme étant la propriété commune des conjoints, le principe de la foi publique du registre s'applique également à cette inscription; en pratique, il devient par conséquent très difficile d'infirmier la présomption en faveur des acquêts, laquelle n'est peut-être pas conforme à la réalité.

Dans ce même ordre d'idées, la communauté d'acquêts peut donner lieu à des atteintes indésirables à la sphère privée des conjoints. Car lorsque les conjoints acquièrent un immeuble et qu'ils ne veulent pas que, conformément à la présomption légale, cet immeuble entre dans les biens communs, il faut qu'ils révèlent à l'aliénateur quelles sont les ressources qu'ils vont utiliser pour payer l'immeuble en question.

Le problème est particulièrement compliqué lorsque ce sont aussi bien les acquêts que les biens propres qui ont servi à l'acquisition d'un bien. Reste alors à savoir dans quelle masse entre ce bien.

### C. Gestion

Etant donné que les conjoints sont propriétaires "en main commune" des acquêts (dès qu'il est versé, le produit du travail de chaque conjoint devrait donc appartenir, pour la moitié de sa valeur, à l'autre époux), ils devraient administrer conjointement les biens communs, de même qu'ils devraient en jouir et en disposer conjointement.

Mais dans sa forme idéale, une gestion commune est impraticable, car elle signifie que les conjoints ne peuvent agir que conjointement. En d'autres termes, les conjoints devraient agir ensemble même pour les actes de gestion les plus courants, ce qui entraverait notablement leurs rapports avec les tiers. On peut remédier à cet inconvénient en prévoyant que chaque conjoint peut procéder seul aux actes d'administration ordinaire. Mais le problème qui surgit alors est celui de la délimitation entre administration ordinaire et administration extraordinaire. En ce qui concerne les actes d'administration extraordinaire, il serait d'ailleurs possible de présumer le consentement du conjoint. Cette solution faciliterait les relations juridiques avec les tiers, mais elle ne serait pas sans danger pour le conjoint qui n'agit pas. Quoiqu'il en soit, chaque conjoint pourrait empêcher l'autre de procéder à des actes d'administration extraordinaire. Autrement dit, le conjoint qui veut "mettre des bâtons dans les roues" a tout ce qu'il faut pour le faire! C'est ainsi que l'épouse, p.ex., peut

empêcher son mari de transférer un immeuble, de constituer un gage sur un immeuble, de liquider une entreprise, etc.; et cela quelles que soient les bonnes raisons de procéder à de tels actes de disposition invoquées par le mari. En un tel cas, le conjoint qui n'obtient pas le consentement de son époux peut certes demander la séparation de biens, conformément à l'article 185; mais un tel régime ne répond pas forcément aux intérêts de ce conjoint. Il lui fait perdre la participation aux acquêts obtenus par la suite par l'autre époux. On pourrait par conséquent se demander s'il ne faudrait pas que, dans le cadre du régime matrimonial ordinaire, le juge puisse donner son consentement à la place du conjoint qui le refuse indûment. Toutefois, mis à part le fait qu'il s'agirait là d'une grave immixtion du juge dans la sphère privée des conjoints - "ménage à trois!" -, on a de la peine à imaginer les critères sur lesquels le juge devrait se fonder pour prendre sa décision. Il devrait sans doute examiner si du point de vue matériel, l'acte d'administration en cause se justifie ou non; mais ceci est un problème économique, non un problème juridique: le juge devrait donc, en quelque sorte, jouer au gérant de biens.

#### D. Responsabilité pour dettes

Il faut distinguer entre les dettes dont un conjoint répond sur ses biens propres et sur les biens communs et celles dont il ne répond que sur ses biens propres et au besoin sur sa part aux biens communs. Cette distinction entre dettes générales et dettes propres est source de nombreuses difficultés: cela ressort déjà du droit actuel. Quelle que soit la solution choisie, il y a le risque que l'un des conjoints doive répondre sur les biens communs - qu'il a peut-être constitués à lui tout seul - de dettes de son époux auxquelles il n'avait pas consenti. Les solutions de la communauté de biens adoptée par contrat de mariage ne pourraient pas être tout simplement appliquées au régime ordinaire, car celui-ci concerne la majorité de la population, donc également des gens sans connaissances juridiques.

D'ailleurs, si l'un des conjoints ne paye pas ses dettes, la séparation de biens devra être prononcée lors de la poursuite. Le régime très favorable à l'idée de communauté "s'envolera" donc assez rapidement.

#### 31. DISSOLUTION DE LA COMMUNAUTE D'ACQUETS: C'EST SIMPLE

La dissolution de la communauté d'acquêts serait beaucoup plus simple que celle de la participation aux acquêts

Quel fol espoir! Puisque les acquêts sont la propriété commune des deux conjoints, ceux-ci ont également les mêmes droits en ce qui concerne les différents biens. Dans une communauté d'acquêts idéale, le conjoint qui a mis sur pied une entreprise durant le mariage devrait, en cas de divorce, restituer la moitié de la valeur de l'entreprise à son époux; mais en plus, ce dernier aurait sur l'entreprise les mêmes droits réels que l'exploitant de l'entreprise lui-même. La loi devrait par conséquent prévoir des règles spéciales concernant l'attribution des biens, règles dont résulteraient certainement des différends!

Dans le régime de la participation aux acquêts également, il est tout à fait possible de faire le total des acquêts des deux conjoints, puis de partager ce total en deux, cela pour autant que l'un des conjoints ne soit pas criblé de dettes. Le problème qui découle du fait que les biens propres doivent être séparés des acquêts se pose de manière identique dans les deux régimes. Il en va de même en ce qui concerne le problème des récompenses et celui de la part à la plus-value. Dans la communauté d'acquêts, il est aussi possible que des biens provenant de l'une des deux masses de biens propres soient investis dans l'autre de ces masses ou dans les biens communs ou bien encore que des biens communs soient investis dans l'une des deux masses de biens propres. Comme dans le régime de la participation aux acquêts, il serait inéquitable que lorsqu'une masse a contribué à l'acquisition, à l'amélioration ou à la conservation de biens appartenant à une autre masse, la récompense soit calculée, bien des années après, sur la valeur nominale de ces biens au moment de la contribution. C'est pourquoi il faut également prévoir le système de la part à la plus-value dans le régime de la communauté d'acquêts. Dans ce régime, ce n'est que dans les rapports entre biens faisant partie des acquêts que le système de la part à la plus-value n'est pas applicable. Et justement, lorsqu'il s'agit de tels rapports, on peut également renoncer au calcul de la part à la plus-value dans le régime de la participation aux acquêts, car en règle générale, la participation au bénéfice aboutit au même résultat.

Du point de vue légal, le problème de la réunion des biens distraits se pose de manière différente selon qu'il s'agit de la dissolution d'un régime de participation aux acquêts ou de la dissolution d'une communauté d'acquêts; du point de vue matériel toutefois, le problème reste le même. Dans la communauté d'acquêts, un conjoint ne peut en principe pas disposer des biens appartenant aux acquêts sans le consentement de l'autre époux. S'il le fait tout de même, outrepassant ainsi son pouvoir de gestion, l'acte juridique en question est en soi invalide. Mais les règles sur la protection des tiers de bonne foi peuvent avoir pour effet de protéger dans son acquisition celui avec qui le conjoint a conclu l'affaire. Ce conjoint est alors responsable envers son époux du dommage causé. Dans un régime de communauté d'acquêts, ce seraient les règles sur la protection de la bonne foi ainsi que l'application par analogie des dispositions sur la violation des contrats qui apporteraient une solution aux questions réglementées en matière de participation aux acquêts aux articles 208 et 220. Les problèmes sont envisagés sous un angle différent, mais ils sont toujours les mêmes.

## 32. DANS LA COMMUNAUTE D'ACQUETS, L'ART. 164 EST SUPERFLU

Dans un régime de communauté d'acquêts, le droit qu'a l'époux au foyer de recevoir un montant équitable dont il puisse disposer librement deviendrait superflu et de manière générale, la condition de l'époux au foyer serait revalorisée.

- a. C'est un besoin élémentaire de tout être humain que de pouvoir disposer librement d'un certain montant, sans avoir à en ren-

dre compte aux autres. L'article 164 n'est donc pas superflu. D'ailleurs, cet article figure parmi les dispositions sur les effets généraux du mariage, et non parmi celles relatives à la participation aux acquêts; c'est bien la preuve qu'il s'applique également en cas de régime matrimonial adopté par contrat de mariage (dans la communauté de biens, l'article 164 peut aussi signifier que les deux époux peuvent disposer librement d'un certain montant).

- b. On peut du reste se demander si la communauté d'acquêts représente véritablement une amélioration de la situation de l'épouse au foyer, étant donné que le mari peut à tout moment opposer son veto aux projets de la femme. Et l'expérience démontre que lorsque des biens sont soumis à la gestion commune de deux personnes, c'est la plus forte des deux qui l'emporte.

### 33. DURANT LE MARIAGE, LA PARTICIPATION AUX ACQUETS EST UNE SEPARATION DE BIENS

Dans le nouveau régime ordinaire de la participation aux acquêts, il n'y a plus de patrimoine commun. Il n'y a plus que "mes biens" et "tes biens". Durant le mariage, c'est donc la séparation de biens qui est en vigueur. Ce n'est qu'à la dissolution du régime qu'il existe une communauté.

Les éléments que l'on reproche au nouveau droit, on les trouve déjà dans le droit actuel sur l'union des biens.

Pour bien comprendre le nouveau régime ordinaire de la participation aux acquêts, il faut connaître le régime actuel de l'union des biens! Or, durant le mariage, ce régime implique la séparation de biens pour les biens du mari et les biens réservés de la femme, lesquels comprennent notamment le produit du travail acquis pendant le mariage. C'est par contre le mari qui a l'administration et la jouissance des apports de la femme, lesquels sont constitués des biens qui appartenaient à la femme lors de la conclusion du mariage et de ceux qui lui étoient durant le mariage par succession ou à titre gratuit. Du point de vue de l'administration et de la jouissance, les apports de la femme, ceux du mari ainsi que les acquêts de celui-ci - biens qui, tous ensemble, constituent les biens matrimoniaux - forment donc une unité. Mais ces biens matrimoniaux (sous réserve des biens fongibles comme l'argent liquide) restent la propriété exclusive de chaque époux.

A la dissolution du mariage, la femme reprend ses apports et reçoit - sauf convention contraire adoptée par contrat de mariage - un tiers du bénéfice du mari.

Dans le régime de la participation aux acquêts, le seul point qui change pour toute la durée du mariage (abstraction faite de la responsabilité pour dettes qui est simplifiée, puisque chaque conjoint répond de ses dettes sur tous ses biens; en ce qui concerne la responsabilité de la femme, il n'est donc plus nécessai-

re de faire la distinction entre dettes générales et dettes réservataires) est que désormais, c'est la femme elle-même qui a l'administration et la jouissance de ses propres apports. Pour tous les autres biens, la réglementation applicable reste la même (exception faite de nouveaux éléments communautaires!). Il faut en revanche signaler deux nouveautés importantes en ce qui concerne la dissolution du régime: d'abord, l'épouse ne reçoit plus seulement un tiers des acquêts (= économies) du mari, mais elle en reçoit la moitié; ensuite, le produit du travail de la femme n'entre plus dans les biens réservés de celle-ci, mais il constitue, avec les revenus des biens propres de la femme (= actuellement apports de la femme et effets exclusivement destinés à son usage personnel (biens réservés classiques)), des acquêts, qui doivent aussi être partagés en deux avec le mari. Le nouveau régime n'est donc pas seulement dans l'intérêt de la femme, mais il l'est également dans celui du mari.

La participation aux acquêts présente le grand avantage suivant: les biens des conjoints peuvent être gérés séparément, mais ils ne doivent pas l'être. En effet, les conjoints peuvent très bien mettre leurs revenus sur un compte commun, dont ils disposent conjointement. Le nouveau droit encourage ce "pot commun" en prévoyant que lorsqu'il n'est pas possible de prouver clairement qu'un bien est la propriété exclusive de l'un des conjoints, ce bien est présumé appartenir en copropriété aux deux époux (art. 200 al. 2). De plus, l'un des conjoints peut sans façon confier la gestion de ses biens à son époux.

Du reste, ce n'est que du point de vue de ses principes de base que la participation aux acquêts implique une séparation de biens. En ce qui concerne les biens du mari et le produit du travail de la femme, la participation aux acquêts est beaucoup plus favorable à l'idée de communauté que l'union des biens; le régime de la participation aux acquêts comporte en effet plusieurs nouveaux éléments communautaires:

- a. les époux ne peuvent disposer que conjointement des parts de biens qui leur appartiennent en copropriété (art. 201 al. 2);
- b. l'expectative de bénéfice d'un conjoint est protégée (art. 208);
- c. les donations importantes qui portent sur des acquêts doivent être faites conjointement (art. 208 al. 1 ch. 1);
- d. le conjoint qui participe à des investissements de l'autre a une part à la plus-value ainsi créée (art. 206);
- e. les époux ne peuvent disposer que conjointement du logement de la famille, même si celui-ci n'appartient qu'à l'un d'eux (art. 169);
- f. au décès de son époux, le conjoint survivant peut revendiquer un droit d'usufruit ou d'habitation sur le logement de la famille ainsi que l'attribution du mobilier de ménage en propriété (art. 219). La valeur de ces biens est toutefois imputée sur la créance de participation du conjoint survivant. Si cette valeur dépasse la créance de participation, il faut opérer une compensation;

- g. pour le règlement de créances entre époux, des délais de paiement sont possibles en cas de difficultés quant aux liquidités (art. 203 al. 2 et 218);
- h. les époux doivent se renseigner réciproquement sur leurs revenus, leurs biens et leurs dettes (art. 170);
- i. pour autant que des conditions déterminées soient données, le juge peut obliger l'un des conjoints à ne disposer de certains biens qu'avec le consentement de son époux (art. 178);
- k. ce n'est plus seulement grâce à son droit à l'entretien que la femme participe au patrimoine du mari; désormais, l'article 164 lui confère également un droit à un montant équitable, dont elle peut disposer librement pour satisfaire ses besoins personnels, ainsi que ses besoins de culture et de loisirs.

#### 34. LA PARTICIPATION RECIPROQUE EGALE AUX BENEFICES EST INEQUITABLE

Si les époux ont tous deux formé des acquêts, la participation réciproque égale aux bénéfices ne constitue qu'une simple répartition par moitié de l'excédent (gain le plus fort - le gain le plus faible et la différence est partagée par moitié). En revanche, si un seul des époux a formé des acquêts, par ses activités ou ses économies, il va tout simplement perdre la moitié de ce bénéfice. En d'autres termes, ce qu'un époux dépense sera toujours en fin de compte pris en charge pour moitié par son conjoint.

Lorsque les deux époux ont formé des acquêts, il est juste de ne partager que l'excédent car les deux époux sont considérés sur un pied d'égalité.

Si l'un des époux n'a pas été en mesure de se constituer des acquêts parce que, par exemple, il a consacré le meilleur de ses forces au ménage et aux enfants, il est tout à fait équitable, partant du postulat d'un véritable mariage entre partenaires, de lui attribuer la moitié des économies réalisées par son conjoint car l'époux au foyer a, lui aussi, contribué à la prospérité commune.

Si, durant le mariage, un seul des époux se montre économe, alors que son conjoint dilapide son propre argent, l'époux économe est en droit, conformément à l'article 185, de requérir le juge de prononcer la séparation de biens. En outre, l'article 208 protège l'expectative d'un époux à recevoir une part de bénéfice et, dans la plupart des cas, les deux époux ont un train de vie à peu près semblable. Lorsque des économies ont pu être réalisées, les conjoints y ont contribué tous deux.

Cette objection formulée à l'encontre du régime de la participation aux acquêts serait d'ailleurs bien plus pertinente à l'encontre du régime de la communauté d'acquêts, régime proposé par les adversaires du nouveau droit. Alors que dans le régime de la participation aux acquêts le conjoint de l'époux dilapideur ne

participe au déficit de ce dernier qu'à la fin du régime et dans la seule mesure de la moitié de son propre bénéfice, la communauté d'acquêts a pour conséquence que l'époux économe répond, du moins en partie, des dettes de son conjoint déjà pendant le régime.

### 35. PARTICIPATION AU DEFICIT?

Il est inéquitable de prévoir une participation au bénéfice et non une participation au déficit.

- a. Le projet de code civil de 1894, élaboré par Eugène Huber, prévoyait déjà l'attribution de la moitié du bénéfice à l'épouse survivante. Par la suite, c'est la solution consacrée à l'article 214 CC qui a prévalu. Il convient toutefois de relever que le régime actuel de l'union des biens ne connaît pas, en principe, de participation au déficit. En effet, la femme ne supporte le déficit de l'union conjugale que s'il est établi qu'il a été causé par elle. Etant donné la souplesse des nouvelles dispositions relatives à l'entretien de la famille (art. 163 et 165), cette dernière restriction ne se justifie plus dans le droit nouveau.
- b. L'époux dont le compte d'acquêts présente un solde passif peut néanmoins participer, sans imputation de ce passif, au bénéfice de son conjoint. Celui-ci aide à combler le déficit dans la mesure où il cède la moitié de son bénéfice. Le mariage rerte donc, même en cas de déficit d'un époux, une communauté de destin.
- c. Cette non participation aux pertes, à la différence de ce qui se passe dans la communauté d'acquêts, est un facteur important de protection de la famille lorsque la situation financière de l'un des époux est déficitaire.
- d. La participation au déficit, idée défendue par certains milieux qui soutiennent le référendum, est en flagrante contradiction avec l'objection selon laquelle la participation aux acquêts conduirait finalement à ce qu'un époux participe pour moitié à toutes les dépenses de son conjoint. En effet, si le nouveau régime matrimonial prévoyait une participation au déficit, l'époux économe devrait a fortiori participer au règlement des dettes de son conjoint.

### 36. EPOUSE DESAVANTAGEE

Le nouveau droit est moins favorable à la femme mariée que le droit actuel car le produit de son travail ne constitue plus un bien réservé.

- a. Il n'y a pas de raison, dans une communauté d'intérêts telle que veut la réaliser le régime ordinaire de la participation aux acquêts, de ne partager que les économies du mari et non celles de l'épouse.

- b. L'attribution du produit du travail de la femme aux biens réservés se justifie dans le système du régime de l'union des biens. La masse des biens réservés est d'ailleurs la seule masse de biens que la femme administre et dont elle dispose librement. Le régime de l'union des biens ne connaît pas, en effet, d'acquêts de la femme.
- c. Observons enfin que, même dans un régime de communauté d'acquêts comme régime ordinaire, le produit du travail de l'épouse ne formerait pas un bien réservé.

### 37. COMPLEXITE DU REGIME DE LA PARTICIPATION AUX ACQUETS

Le régime de la participation aux acquêts est beaucoup trop compliqué.

En réalité, le nouveau régime ordinaire est plus simple que le régime de l'union des biens, En effet, alors que ce dernier distingue cinq masses de biens, le régime de la participation aux acquêts n'en connaît plus que quatre. Comme chaque époux a la gestion, l'administration et la jouissance de tous ses biens et qu'il répond de ses dettes sur l'ensemble de son patrimoine, différents problèmes rencontrés dans le droit en vigueur ne se posent plus. Que l'on songe par exemple au transfert des biens foncibles de la femme dans la propriété du mari, à la délimitation entre l'administration ordinaire et l'administration extraordinaire pour les apports de la femme, à la différence entre les dettes dont la femme répond sur tous ses biens et celles dont elle ne répond que sur ses biens réservés.

Quant à la liquidation du régime matrimonial, les différentes étapes en sont déjà bien connues du régime de l'union des biens. Les seules différences essentielles concernent les réunions aux acquêts (art. 208), la présomption de copropriété lorsqu'il n'est pas prouvé qu'un bien appartient à l'un ou à l'autre des époux (art. 200), et enfin la part à la plus-value (art. 206 et 209, al. 3), problème qui aujourd'hui est réglé par la jurisprudence.

### 38. LES BIENS EN COPROPRIETE FORMENT UNE CINQUIEME MASSE DE BIENS

Dans le régime de la participation aux acquêts, les biens en copropriété forment une cinquième masse de biens.

Des biens en copropriété peuvent exister aussi bien entre époux qu'entre tiers. Il n'y a rien d'extraordinaire à ce qu'un patrimoine comprenne aussi des biens en copropriété. Il est donc inexact d'affirmer que le régime de la participation aux acquêts connaît une cinquième masse de biens.

39. IL N'EST PAS DANS LES MOEURS DES COUPLES SUISSES DE TENIR UN LIVRE DE COMPTABILITE

Le régime ordinaire de la participation aux acquêts ne correspond pas aux moeurs de la grande majorité des couples suisses. Le nouveau droit suppose en effet que chaque époux tienne son propre livre de comptabilité.

- a. Il convient tout d'abord de relever que l'argument "nécessité de tenir un livre de comptabilité" avait déjà été avancé lors de l'élaboration du code civil suisse et qu'il y a plus de 70 ans que nous vivons sous le régime ordinaire de l'union des biens.
- b. La tenue d'un livre de comptabilité s'impose de toute façon moins dans le régime de la participation aux acquêts que dans le régime de l'union des biens. Dans le droit en vigueur, le produit du travail du mari et celui de la femme entrent dans des masses de biens distinctes, régies par des règles totalement différentes. Dans le nouveau droit, en revanche, peu importe, lors de la dissolution du régime, que le bien provienne de l'activité lucrative du mari ou de celle de l'épouse. Du point de vue comptable, en effet, sauf en cas de déficit, le résultat est identique, soit que l'on additionne les acquêts du mari et de la femme et qu'ensuite on les divise par moitié, soit que chaque époux conserve ses propres acquêts et en remette la moitié à son conjoint. Dans le régime de l'union des biens, il s'agit en outre de faire une distinction entre les dettes dont la femme répond sur l'ensemble de ses biens et celles dont elle ne répond que sur ses biens réservés. Cette difficulté supplémentaire disparaît, elle aussi, dans le nouveau droit.

Dans le nouveau droit, comme dans le droit actuel, il s'agira de dissocier les patrimoines des deux époux et, lors de la dissolution du régime matrimonial, de distinguer les apports de chacun. Aujourd'hui, toutefois, la femme doit prendre garde à être en mesure de prouver que ses biens lui appartiennent car (s'il ne peut être prouvé qu'un bien est un apport du mari) la loi présume qu'il entre dans les acquêts du mari, auxquels la femme ne participera que pour un tiers et seulement à la dissolution du régime matrimonial. Il est vrai que le nouveau droit maintient la présomption en faveur des acquêts mais, à défaut de preuve contraire, le bien est présumé appartenir en copropriété aux deux époux de sorte que tous deux sont intéressés à ce bien durant le régime déjà et non seulement à sa dissolution.

- c. Comme des enquêtes menées à ce sujet l'ont clairement démontré, le régime ordinaire de l'union des biens ne correspond que dans une faible mesure à la réalité vécue. Ce n'est que dans environ 17 % des cas que les biens de la femme sont laissés à la seule administration du mari. En outre, 41 % des femmes administrent seules leur fortune. Il faut donc bien admettre que le nouveau régime matrimonial colle bien plus à la réalité que l'ancien droit. Très souple, le nouveau droit n'empêche d'ailleurs pas les époux qui le désirent d'adminis-

trer en commun leurs biens. Contrairement au régime de la participation aux acquêts, un régime de communauté d'acquêts imposerait à tous les couples une administration commune de leurs acquêts et ne laisserait par conséquent aucune marge pour une administration séparée. Or, aujourd'hui déjà, les époux mariés sous le régime de l'union des biens administrent séparément le produit de leur travail.

#### 40. ART. 209, RECOMPENSES

Il sera particulièrement difficile d'établir, lors de la liquidation, la composition des masses à l'intérieur du patrimoine d'un même époux. Il y aura en effet lieu à récompense entre les acquêts et les biens propres d'un époux lorsqu'une dette grevant l'une des masses a été payée de deniers provenant de l'autre.

Le régime de l'union des biens connaît, aujourd'hui déjà, un tel système de récompenses, même si la loi ne le prévoit pas expressément (cf. Lemp, art. 214 CC). Il devrait d'ailleurs être prévu exactement de la même façon dans un régime de communauté d'acquêts. Le système des récompenses est imposé par l'équité et est dans l'intérêt des deux époux. Ainsi, par exemple, lorsqu'un entrepreneur est contraint, en raison d'un manque de liquidités dans son entreprise, de puiser des fonds dans un bien acquis par héritage pour subvenir à l'entretien de sa famille, il n'est que juste et équitable de lui reconnaître, lors de la liquidation du régime matrimonial, une créance en récompense contre les acquêts afin de lui permettre de reconstituer la substance de son héritage. Inversement, une dette grevant une succession acquise par un époux ne saurait être payée par un bien d'acquêt (par exemple: un époux acquiert un héritage d'une valeur de 200'000 francs et doit acquitter les dettes du défunt pour un montant de 20'000 francs. La valeur réelle de cet héritage est par conséquent de 180'000 francs. Si la dette est payée au moyen des acquêts, les biens propres devront, lors de la liquidation, une récompense aux acquêts). Comme, dans le doute, une dette grèvera les acquêts, il n'y aura par conséquent lieu à des récompenses que dans les cas dans lesquels elles se justifient vraiment. Chaque époux est par ailleurs libre de renoncer aux récompenses en faveur de ses biens propres.

#### 41. L'EPOUX ECONOME DEVRA PAYER LES DETTES DE L'EPOUX GASPILLEUR

Si le mari dilapide son argent, les biens de la femme (aujourd'hui souvent considérés comme une sorte de réserve pour la famille) pourront aussi répondre des dettes du mari. En cas de faillite, l'époux économe devra partager ses économies avec les créanciers de son conjoint ce qui pourrait entraîner une mise en péril des intérêts de la famille.

Hormis l'hypothèse visée par l'article 166 (représentation de l'union conjugale), un époux ne répond jamais des dettes de son conjoint.

Contrairement à ce qui est le cas dans le régime de l'union des biens (art. 185 CCS), le créancier qui a subi une perte dans la saisie faite contre l'un des époux ne pourra plus exiger la séparation de biens. La séparation de biens ne pourra être prononcée que si un époux y a de justes motifs (art. 185). La faillite d'un époux non plus ne constitue pas en elle-même un motif de dissolution du régime matrimonial. La participation au bénéfice doit être considérée comme une pure expectative que les créanciers ne peuvent pas saisir avant la dissolution ordinaire du régime matrimonial. Dans le régime de l'union des biens, en revanche, la faillite d'un époux entraîne ipso facto la dissolution du régime matrimonial.

#### 42. RESPONSABILITE SOLIDAIRE

Selon le point de vue alarmiste de certains milieux de l'économie, le principe de la responsabilité solidaire doit s'appliquer non seulement aux dettes de ménage, mais aussi aux dettes privées de chaque époux.

Le nouveau droit ne prévoit aucun cas de responsabilité solidaire pour des dettes privées!

En principe, un époux ne répond solidairement que des dettes justifiées par les besoins courants de la famille. Au-delà des besoins courants, un époux ne peut engager solidairement son conjoint que du consentement de celui-ci ou lorsque l'affaire ne souffre aucun retard. Mais dans ces cas également, la dette doit avoir été contractée pour la communauté conjugale, c'est-à-dire qu'elle doit concerner les deux époux.

#### 43. ART. 206, PART A LA PLUS-VALUE

Le calcul de la part à la plus-value est extrêmement compliqué et son principe est fondamentalement injuste. En outre, il n'est prévu entre époux qu'une participation à la plus-value et non une participation à la moins-value (art. 206).

Il convient tout d'abord de préciser qu'une part à la plus-value n'est prévue qu'en cas d'investissement sans contrepartie et si une plus-value est effectivement réalisée. En outre, les époux peuvent écarter ou modifier la part à la plus-value par simple convention écrite (l'exigence de cette forme permettant d'écarter d'éventuelles contestations futures).

a. Le législateur se devait de prendre position sur cette question de la part à la plus-value car, aujourd'hui, doctrine et jurisprudence en sont réduites à tenter de combler, parfois de façons divergentes, une lacune de la loi. Le nouveau droit a le mérite de donner une solution claire. L'article 206 part de l'idée qu'un bien déterminé appartient toujours et exclusivement à l'époux qui en est juridiquement propriétaire. Ainsi,

la nature matrimoniale de ce bien concorde avec sa nature juridique. Le conjoint de l'époux propriétaire ne fera que participer à une éventuelle plus-value de ce bien.

- b. L'application du principe de la valeur nominale pourrait conduire à des situations choquantes. L'inflation aurait en effet pour conséquence que l'époux investisseur devrait se contenter du seul remboursement de son avance et qu'il subirait ainsi une perte réelle. Aussi, le bénéfice réalisé ne profiterait-il qu'à l'époux propriétaire du bien et non au conjoint investisseur.
- c. La part à la plus-value se justifie en outre par le fait que le conjoint d'un époux n'est pas dans la situation d'un créancier ordinaire: d'une part, le juge peut accorder à l'époux débiteur des délais de paiement (art. 203, 2e al.), d'autre part, les époux ont, conformément à l'article 159, une obligation de collaborer. On ne voit pas de raisons d'introduire une participation à la moins-value. L'époux qui investit dans un bien de son conjoint ne doit pas être plus mal traité qu'un simple bailleur de fonds ou qu'un tiers qui accorde un prêt à un sollicitant. Il serait en outre extrêmement choquant de faire participer l'époux qui a fourni une prestation sans contrepartie à la moins-value subie par un bien de son conjoint alors que s'il avait reçu une contrepartie il aurait droit à la valeur nominale investie.

En cas de faillite, la participation à la moins-value aurait pour conséquence que le conjoint investisseur ne recevrait qu'un dividende "diminué". L'article 206 contribue donc aussi à la protection du mariage et de la famille.

Une participation à la moins-value constituerait en outre une rupture dans notre tradition juridique. La participation à la moins-value n'existe pas, en effet, dans le régime de l'union des biens et, contrairement à la part à la plus-value, la jurisprudence ne l'a pas introduite dans notre ordre juridique.

#### 44. CAS D'APPLICATION DE LA PART A LA PLUS-VALUE

Il est choquant de prévoir une part à la plus-value lorsqu'un époux administre et accroît la valeur d'un bien qui appartient à son conjoint.

L'administration d'un bien par un époux ne saurait être considérée comme un investissement de cet époux dans le patrimoine de son conjoint. L'article 206 ne s'applique donc pas.

45. ART. 208, REUNIONS AUX ACQUETS

Il eût été possible de se limiter à la règle posée par le chiffre 2 de l'article 208. Le chiffre 1er de l'article 208, combiné avec l'article 220, aura pour conséquence, en cas de divorce, non seulement de provoquer la liquidation du régime matrimonial entre époux, mais aussi d'étendre le litige relatif aux libéralités ou aliénations sujettes à réunion aux enfants également. En effet, l'article 208 englobe aussi les contributions d'entretien et les cadeaux faits aux enfants.

Remarque préalable: comme l'ont démontré les expériences faites au sujet des articles 522 ss. CC, en particulier de l'article 527 CC, l'institution de la réunion aux acquêts a avant tout un but préventif; les époux se comportent en effet pendant le mariage de manière à ce que le problème des réunions ne se posent que rarement lors de la liquidation du régime.

- a. Il est évident que les contributions d'entretien et les aliments ne tombent pas sous le coup de l'article 208 car ils ont leur fondement juridique dans le droit de la famille et ne constituent nullement une libéralité. Il faut d'ailleurs souligner que toutes les libéralités ne sont pas visées par l'article 208; seules le sont celles qui représentent plus qu'un simple présent d'usage. De plus, la libéralité doit avoir été faite dans les cinq années antérieures à la dissolution du régime et avoir été prélevée sur les acquêts. Il va sans dire que les libéralités provenant de biens propres ne sont sujettes à aucune restriction.
- b. L'article 208 a pour but la réintégration comptable aux acquêts de biens qu'un époux en a distraits par des actes déterminés. En effet, comme chaque époux est en droit, après s'être acquitté de sa contribution à l'entretien de la famille, de disposer librement de tous ses biens, et par conséquent de ses acquêts (art. 201), il est important de garantir l'expectative de bénéfice de son conjoint.

Cette disposition crée, dans un certain sens, pour les libéralités (et les biens gaspillés) une sorte de communauté d'acquêts car, pour être valables, ces libéralités faites par un époux nécessitent indirectement le consentement de son conjoint. Aussi est-il paradoxal de constater que les milieux qui préconisent le régime de la communauté d'acquêts comme régime ordinaire, régime qui impose en principe le consentement des deux époux pour tous les actes de disposition, reprochent précisément au régime de la participation aux acquêts d'exiger le consentement des deux époux, et par conséquent leur collaboration, pour des libéralités importantes.

- c. Les articles 208 et 220 s'inspirent de la réunion successorale (art. 522 ss. CC, en particulier art. 527 CC). Le fonctionnement de cette institution est donc bien connu. Si l'on admet une action en réduction en faveur des héritiers (art. 527, ch.

3 CC), il n'y a aucune raison de ne pas aussi admettre cette institution, dans le droit matrimonial, en faveur d'un époux.

- d. Le parallélisme instauré entre le droit des successions et le droit matrimonial clarifie la situation juridique (cf. ATF 107 II 119 ss.).
- e. L'action contre les tiers (art. 220) n'est donnée que si les biens de l'époux débiteur ne permettent pas de couvrir la créance de son conjoint. C'est le seul moyen, dans de nombreux cas, de rendre effective la créance de participation.

#### 46. ABANDON DU REGISTRE DES REGIMES MATRIMONIAUX

Le registre des régimes matrimoniaux n'aurait pas dû être supprimé. La possibilité de différencier le régime interne du régime externe permettait à chaque couple d'adapter le régime matrimonial à sa propre situation.

- a. La distinction entre effets internes et effets externes du régime matrimonial est, juridiquement, d'une extrême complexité. Aussi le nouveau droit apporte-t-il une simplification bienvenue.

D'un point de vue matériel, cette distinction permet aux époux d'adopter entre eux un régime matrimonial sans que les effets de celui-ci ne se déploient à l'égard des tiers. En d'autres termes, la pratique a clairement mis en évidence que l'adoption d'un régime interne est le plus souvent pratiquée à des fins purement successorales. La souplesse du nouveau droit rend caduque cette motivation.

- b. Le système de protection des tiers prévu par le nouveau droit permet de se passer du registre des régimes matrimoniaux: que les époux soient placés sous le régime ordinaire de la participation aux acquêts ou qu'ils soient séparés de biens, la responsabilité envers les tiers est en effet exactement la même. Pour les époux communs en biens, un système suffisamment efficace de protection des intérêts des tiers a été prévu.
- c. Dans la pratique, les préposés au registre des régimes matrimoniaux ont constaté que celui-ci n'était que très rarement consulté et que sa suppression ne poserait donc pas de problèmes particuliers.

#### 47. POSSIBILITES DE COMBINER LES DIFFERENTS REGIMES

Le nouveau droit ne connaît plus que trois régimes matrimoniaux: la participation aux acquêts, la communauté de biens et la séparation des biens. Ces trois régimes ne peuvent pas être combinés. La liberté contractuelle des époux est donc réduite.

- a. La possibilité ou l'interdiction de combiner les différents régimes matrimoniaux n'est pas une question de liberté con-

tractuelle mais une pure question de technique législative. D'ailleurs, si chaque régime offre suffisamment de possibilités d'aménagement, on arrive, pratiquement, au même résultat qu'en prévoyant la possibilité de combiner les régimes.

- b. Matériellement, le nouveau droit laisse ouvertes les mêmes possibilités que le droit actuel. Dans le régime de la communauté de biens, les époux peuvent, à leur convenance, restreindre la catégorie des biens communs et, dans le régime de la participation aux acquêts, constituer, par contrat, un "pot commun" (société simple, copropriété). La femme peut en outre donner, en tout temps, mandat à son mari d'administrer ses biens.

#### 48. LES FIANCES DEVRAIENT CHOISIR LE REGIME MATRIMONIAL QUI LEUR CONVIENT

Une disposition devrait prévoir que les fiancés, lors de la conclusion du mariage, doivent choisir leur régime matrimonial.

Cette idée est séduisante mais peu praticable. La pratique du contrat de mariage n'est pas très répandue en Suisse (10 % au plus des époux optent pour un contrat de mariage). Le législateur répond donc à un besoin lorsqu'il impose un régime légal ordinaire aux époux, à moins que ceux-ci ne choisissent expressément un régime contractuel. Il faut en outre bien admettre que tous les fiancés ne bénéficient pas d'une information suffisante sur les avantages et les désavantages de tous les régimes matrimoniaux pour être en mesure de faire un choix qui réponde réellement à leurs besoins. Il faut enfin prendre en considération le fait que les jeunes couples se trouvent, dans la plupart des cas, dans une phase de "construction" et que leur situation patrimoniale n'est pas encore déterminée, ce qui rend encore évidemment plus difficile le choix d'un régime matrimonial.

#### 49. ENTREPRISES

Le nouveau droit matrimonial et les nouvelles dispositions du droit successoral liés aux montants dus à l'époux au foyer et aux indemnités versées pour contribution extraordinaire peuvent nuire aux entreprises.

En ce qui concerne les articles 164 et 165, nous renvoyons à ce qui a été dit ci-dessus. Il n'existe en principe aucun intérêt, fondé sur ces deux dispositions, à faire valoir des droits en cas de divorce ou de mort d'un époux, lorsque les conjoints sont soumis au régime de la participation aux acquêts.

##### I. Application du nouveau droit aux entreprises

- a. Il est vrai que, dans le nouveau régime ordinaire de la participation aux acquêts, les économies du mari ne sont plus partagées, lors de la dissolution du régime matrimonial, dans

la proportion de deux tiers en faveur du mari ou de sa succession et d'un tiers pour l'épouse ou ses descendants, mais par moitié. En revanche, le produit du travail acquis par la femme durant le mariage ne constitue plus un bien réservé qui appartient à elle seule, mais un bien qui devra, lui aussi, être partagé par moitié avec son mari. Par rapport au droit actuel et dans le pire des cas, le mari ne devra donc céder en plus que 16,7 % de ses acquêts. Toutefois, dès que la femme exerce une activité lucrative, cette proportion est fondamentalement modifiée et, dans certains cas, le mari reçoit plus que dans le régime de l'union des biens.

- b. En cas de divorce ou de décès de l'un des époux, les créances matrimoniales sont aujourd'hui immédiatement exigibles. Dans le nouveau droit, en revanche, l'époux entrepreneur est protégé car, si le règlement immédiat de la créance de participation de son conjoint l'expose à des difficultés financières, il peut solliciter des délais de paiement (art. 218). Ces délais de paiement peuvent aussi être demandés pour le règlement d'autres dettes entre époux (art. 203, 2e al., 235, 2e al., 250, 2e al.).
- c. Il est vrai que le nouveau droit successoral renforce la part successorale légale du conjoint survivant. Sa réserve demeure toutefois inchangée. Personne n'est donc contraint de donner plus par succession que dans le droit en vigueur.
- d. En raison de l'augmentation de la quotité disponible dans le droit successoral, la nouvelle réglementation relative aux acquêts formés durant le mariage peut largement être atténuée. Le tableau ci-après indique, dans le droit actuel et dans le nouveau droit, ce qu'un entrepreneur peut attribuer sur l'ensemble de son patrimoine, par testament (donc sans le consentement de son conjoint), à un descendant qui désire reprendre l'entreprise et ceci dans la situation la moins favorable, à savoir lorsque la femme ne possède aucune économie.

La situation: le régime matrimonial est dissous. Le conjoint survivant a reçu sa part de bénéfice. La masse successorale du mari est établie. La quotité disponible est attribuée au descendant qui désire poursuivre l'entreprise. Les parts sont calculées sur l'ensemble des acquêts et des biens propres du disposant.  
(exemple: à la dissolution de l'union des biens, la femme reçoit 1/3 du bénéfice de son mari. Les 2/3 restant forment la succession du mari. De ces 2/3, 1/4 tombe dans la succession de la femme. 3/4 des 2/3 sont attribués aux enfants).

Tableaux: (acquêts = entreprise acquise durant le mariage; apports, respectivement biens propres = entreprise acquise par succession)

Si, dans la famille, il y a:

1 descendant

aujourd'hui	4/8 acquêts	+	12/16 apports
demain	3/8 acquêts	+	12/16 biens propres

2 descendants

aujourd'hui	10/32 acquêts	+	15/32 apports
demain	9/32 acquêts	+	18/32 biens propres

3 descendants

aujourd'hui	4/16 acquêts	+	6/16 apports
demain	4/16 acquêts	+	8/16 biens propres

4 descendants

aujourd'hui	14/64 acquêts	+	21/64 apports
demain	15/64 acquêts	+	30/64 biens propres

- e. Indépendamment de cette possibilité de favoriser par testament le descendant qui désire poursuivre l'entreprise, le nouveau droit favorise également la reprise d'une entreprise, lorsque, et cette situation n'est pas rare, le conjoint survivant accepte de laisser sa part dans l'entreprise, alors que les frères et soeurs du nouvel entrepreneur exigent d'être payés au comptant.
- f. Les problèmes qui se posent sont d'ailleurs fort différents d'entreprise à entreprise. Une réglementation légale, qui se doit d'être générale, ne peut pas prendre en considération les multiples situations qui peuvent se présenter. Les solutions appropriées à chaque cas d'espèce pourront être trouvées par voie de contrat matrimonial ou successoral, par testament, par les dispositions du droit des sociétés, en particulier des sociétés anonymes ou par d'autres dispositions du droit des obligations.
- g. Le nouveau droit favorise la recherche de solutions appropriées à chaque cas d'espèce:
- Les époux ne seront pas confrontés à la simple alternative "régime légal ordinaire ou séparation des biens". L'article 199 leur permet en effet, dans le cadre du régime matrimonial ordinaire, de choisir, par voie contractuelle, une solution adaptée à leur situation.
  - Il ressort clairement de l'article 217 que des solutions particulières relatives à une entreprise peuvent également être adoptées pour les cas de divorce.
  - La quotité disponible étant augmentée, le nouveau droit successoral est plus souple que le droit actuel.
- h. La conclusion d'un contrat, qui tienne compte de façon appropriée des intérêts des deux conjoints, peut raisonnablement être exigée des entrepreneurs, personnes qui sont quotidiennement confrontées à des affaires juridiques. Dans le droit du travail, les entrepreneurs ont toujours défendu le point de vue que la voie contractuelle, plus souple, est préférable à une législation rigide. On ne comprend alors plus pourquoi les mêmes milieux soutiennent une opinion différente lorsqu'il s'agit du droit matrimonial. La reprise d'une entreprise doit

d'ailleurs aujourd'hui déjà être réglée par contrat (l'épouse reçoit en effet, en cas de décès de son mari, la moitié des acquêts de ce dernier; la seconde moitié se partageant entre les enfants, cela signifie que, à partir de deux enfants, celui qui désire poursuivre l'entreprise ne peut recevoir que le 1/4 des acquêts constitués durant le mariage) et cette pratique est fort courante. Comme les espérances de vie d'un homme sont aujourd'hui de plus de 70 ans, le problème de la continuation de l'entreprise se pose dans la plupart des cas bien avant le décès de l'entrepreneur, le plus souvent lorsque son fils ou sa fille prend en mains la responsabilité de l'entreprise. Il s'agit donc avant tout d'assurer l'avenir du conjoint survivant. A cet égard, il convient de relever que l'article 473 CC permet l'attribution de l'usufruit au conjoint survivant.

## II. Entreprises agricoles

### Situation actuelle

En vertu des articles 620 et 617 CC relatifs au droit successoral paysan, c'est le principe de la valeur de rendement qui est applicable lorsqu'une exploitation agricole constituant une unité économique est attribuée entièrement à celui des héritiers qui désire la reprendre et qui paraît capable de s'en charger. Cette institution juridique a permis de conserver les exploitations agricoles dans la famille sans que ceux qui les reprennent doivent assumer des charges insupportables. En outre, le principe de la valeur de rendement vaut également dans le cadre de la loi fédérale sur le maintien de la propriété foncière rurale (LPR; RS 211.412.11) lorsqu'il s'agit du droit de préemption des parents et du conjoint, en cas de vente d'une exploitation agricole.

Le fait que selon le recensement des entreprises de 1975, quelque 85 % des terres agricoles exploitées par leurs propriétaires avaient été reprises des père et mère ou d'autres parents souligne l'importance de l'attribution selon le droit successoral paysan et celle du droit de préemption à la valeur de rendement.

Le droit des régimes matrimoniaux actuel ne comprend toujours pas de règle selon laquelle une exploitation agricole devrait être estimée à sa valeur de rendement lors de la liquidation du régime matrimonial où il s'agit de distribuer les économies réalisées pendant l'union conjugale.

Si l'on estime l'exploitation agricole à sa valeur vénale, lors de la liquidation du régime matrimonial par suite du divorce ou du décès de l'un des conjoints, il peut en résulter pour le propriétaire ou pour l'exploitant des charges financières d'une ampleur telle qu'il ne pourra plus y faire face sans aliéner l'exploitation elle-même, à moins qu'il ne possède une fortune supplémentaire. Il lui est en effet interdit de grever l'exploitation au-delà de la charge maximum (125 % de la valeur de rendement).

Mais il ne faut pas oublier non plus que l'exploitant (ou l'exploitante), qui a dû vendre son exploitation à la suite de la liquidation du régime matrimonial, ne devrait restituer que la va-

leur de rendement, dès lors que des parents au sens des articles 6 et 12 LPR ont fait valoir leur droit de préemption.

Le nouveau régime de participation aux acquêts

Le nouveau droit prévoit dans son article 212 qu'à la dissolution du régime matrimonial, l'entreprise agricole est estimée à sa valeur de rendement, ce qui a pour effet d'harmoniser heureusement le droit matrimonial et le droit successoral.

Trois éléments viennent corriger cette estimation à la valeur de rendement:

- a. Le conjoint du propriétaire d'une exploitation agricole ne devra pas lui payer plus, à lui ou à ses héritiers, que ce qu'il leur aurait dû si le domaine avait été estimé à sa valeur vénale (art. 212, 2e al.).

Exemple: Pendant le mariage, un paysan a bâti une grange pour 200'000 francs sur le domaine qu'il a hérité, en utilisant ses économies (acquêts). Cette grange augmente la valeur de rendement du domaine agricole de 50'000 francs. Lors de la dissolution du régime matrimonial, la femme obtient la moitié de cette plus-value, c'est-à-dire 25'000 francs. Si de son côté, la femme a épargné 200'000 francs non investis dans une entreprise agricole, c'est la valeur vénale qui est déterminante lors du partage de son bénéfice et elle devrait donc 100'000 francs à son époux (ou 75'000 francs une fois compensées les créances réciproques). Pareille conséquence serait inéquitable. En vertu de la nouvelle réglementation légale, les époux ne se devraient plus rien dans un cas de ce genre, à condition bien sûr que la grange ait une valeur vénale de 200'000 francs au moins. (Sous l'empire du droit actuel, le mari devrait encore le tiers de ses acquêts calculés sur la valeur vénale de la grange, savoir 66'666 francs, alors que la femme conserverait en plus ses économies, pour autant que celles-ci constituent ses biens réservés (produit de son travail).)

- b. L'article 213 prévoit une règle d'exception dont l'article 12 LPR est le modèle. La valeur d'attribution peut être équitablement augmentée en raison de circonstances particulières.
- c. Lorsqu'une exploitation agricole est estimée à sa valeur de rendement, le conjoint doit compter avec une réduction de ses créances et doit par conséquent participer au gain réalisé lors de la vente de l'exploitation si celle-ci a lieu dans les 25 ans (art. 212, 3e al.).

50. POURQUOI NE FAIRE DE REGLEMENTATION PARTICULIERE QUE POUR L'AGRICULTURE?

On ne voit pas pourquoi une réglementation spéciale n'a été prévue que pour les exploitations agricoles et pas pour les autres exploitations.

La réglementation spéciale prévue pour l'agriculture ne concerne que la valeur à laquelle il convient d'estimer une entreprise

agricole lors de la liquidation du régime matrimonial. Le propriétaire ou l'attributaire d'une telle entreprise agricole ne peut l'exploiter avec succès et sans se surendetter que s'il ne doit la payer qu'à un prix de peu supérieur à sa valeur de rendement. La valeur de rendement d'un domaine agricole correspond ainsi à la valeur en vue de son maintien. En revanche, la valeur vénale n'est qu'une simple valeur de liquidation qui pour l'essentiel, dépend d'autres facteurs que le rendement (intérêt au placement de capitaux, "refuge dans les valeurs réelles"). Une différence entre valeur de liquidation et valeur de maintien peut aussi exister dans les exploitations industrielles ou artisanales, dans un rapport inverse cependant. En règle générale, la valeur en vue du maintien d'une entreprise ou d'une exploitation est plus élevée que la valeur de liquidation. C'est pourquoi aucun problème spécial ne se pose lors de la liquidation du régime matrimonial et du partage successoral.

51. SEPARATION DE BIENS OU COMMUNAUTE D'ACQUETS POUR L'EXPLOITANT D'UNE ENTREPRISE ARTISANALE OU INDUSTRIELLE

Les biens affectés à une entreprise artisanale ou industrielle et les profits qui en sont résultés doivent constituer les biens réservés de l'entrepreneur et, partant, être régis par les règles applicables à la séparation de biens. Mais si les époux dirigent ensemble l'exploitation, ce qui sera souvent le cas, la communauté d'acquêts (donc non pas la participation aux acquêts), constitue bien le régime matrimonial le plus approprié (Clavadetscher, Directeur de l'Union suisse des arts et métiers, dans la publication de l'USAM, service d'information et presse, du 16 janvier 1985).

- a. La solution selon laquelle toute l'entreprise serait soumise, de par la loi, au régime de la séparation de biens reviendrait à méconnaître superbement ce que les épouses de nombre d'exploitants apportent à l'exploitation. En effet, c'est tous les jours qu'elles s'investissent dans l'exploitation de leur mari, soit qu'elles y travaillent, soit qu'elles permettent à leur mari de s'y consacrer entièrement pendant qu'elles s'occupent du ménage et des soins aux enfants. L'épouse de l'exploitant apparaîtrait ainsi comme défavorisée par rapport aux autres épouses.
- b. Si l'exploitation artisanale ou industrielle devait être soumise de par la loi au régime de la séparation de biens, cela constituerait un recul important par rapport au régime actuel de l'union des biens où la femme obtient le 1/3 du bénéfice de l'union conjugale.
- c. Si, dans le cadre du régime ordinaire (que ce soit la participation aux acquêts ou la communauté d'acquêts), la fortune consacrée à l'exploitation artisanale et industrielle devait être qualifiée de bien réservé, cela conduirait à d'autres injustices, notamment lorsque l'épouse constitue des acquêts et que ceux-ci, au moment de la dissolution du régime matrimonial, devraient être partagés avec le mari alors qu'il conser-

verait, lui, toute la fortune investie dans l'exploitation de son entreprise.

- d. Si deux époux exploitent ensemble une entreprise, ils peuvent par un moyen très simple dans le cadre du nouveau régime matrimonial ordinaire de participation aux acquêts, créer un patrimoine commun en concluant un contrat de société simple (art. 530 ss. CO). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral la plus récente relative au concubinage, ce contrat peut même résulter d'un accord tacite. Cependant, si les époux entendent créer une relation aussi étroite qu'une "main commune", il serait judicieux qu'ils règlent de façon très claire les droits et obligations réciproques et surtout, qu'ils prévoient lequel d'entre eux reprendra l'exploitation en cas de dissolution du mariage. Sinon, il pourrait en résulter les plus grandes difficultés, puisque l'exploitation appartient aux deux époux, si elle consiste en acquêts.
- e. Il serait également impossible d'appliquer certaines règles des régimes matrimoniaux selon que les deux époux ou l'un d'eux dirige l'exploitation. Le régime matrimonial prévoit bien sûr la mesure dans laquelle l'un des conjoints peut disposer du patrimoine conjugal. Le tiers qui doit savoir si l'acte de disposition de l'un des époux est valable ou non, ne reconnaît pas sans autre lequel des deux dirige l'exploitation. En outre, les rapports peuvent se modifier, ce qui chaque fois entraînera une modification du régime matrimonial y compris, le cas échéant, la liquidation du régime précédent.

#### IV. Droit des successions

##### 52. INUTILITE DE LA REVISION DU DROIT DES SUCCESSIONS

La révision du droit des successions n'aurait pas été nécessaire.

La situation financière d'un conjoint survivant dépend du droit des régimes matrimoniaux et du droit des successions. Les deux domaines sont largement interdépendants. Une vue d'ensemble est essentielle.

Les mots-clés de toute la révision du droit du mariage sont: adaptation de notre ordre juridique aux mutations intervenues dans les relations sociales. Ces mots-clés valent aussi pour le droit des successions!

- a. L'espérance de vie moyenne s'est fortement élevée depuis l'adoption du Code civil: A l'époque où a été rédigé le Code civil (1901-1910), une femme de vingt ans pouvait espérer vivre jusqu'à l'âge de 63,6 ans et un homme du même âge jusqu'à 61,7 ans.

Aujourd'hui, la femme de vingt ans peut espérer atteindre l'âge de 80,5 ans et l'homme celui de 73,9 ans.

L'augmentation de l'espérance de vie est donc de 16,9 ans pour la femme et de 12,2 ans pour l'homme. La prévoyance-vieillesse

est donc devenue beaucoup plus importante pour l'époux survivant.

- b. Sur le plan du droit des successions, cela signifie que les enfants n'héritent de leurs parents que lorsqu'ils sont âgés eux-mêmes de 40 ou 50 ans, c'est-à-dire lorsqu'ils se sont déjà fait leur propre situation. Pour partir dans la vie, c'est donc une bonne formation qui est nécessaire, et non pas un héritage!
- c. Le nombre des enfants par famille a diminué: Le taux global de fécondité était en 1900 de 3,8 enfants par femme et de 1,51 en 1983. C'est dire que les successions sont désormais partagées entre un nombre moins élevé d'enfants qu'autrefois! Pour prendre un exemple: si jusqu'ici trois enfants se partageaient  $\frac{3}{4}$  de la succession, et si deux enfants se partagent dorénavant la moitié de la succession, chaque enfant reçoit dans les deux cas exactement la même part, soit  $\frac{1}{4}$  de la succession.
- d. Si l'on n'apportait pas d'améliorations au droit des successions, le mari, qui est le survivant dans 30 % des cas, serait moins bien traité dans le nouveau droit qu'il ne l'est actuellement. Selon le droit en vigueur, il reçoit les  $\frac{2}{3}$  du bénéfice en vertu des dispositions sur les régimes matrimoniaux et en plus, le droit des successions lui octroie  $\frac{1}{4}$  du tiers qui constitue la succession de la femme (si celle-ci laisse des descendants). En tout, il obtient donc  $\frac{3}{4}$  du bénéfice.

### 53. LES ASSURANCES SOCIALES SONT SUFFISAMMENT DEVELOPPEES

Etant donné le développement des assurances sociales, il est inutile d'améliorer les droits successoraux du conjoint survivant.

- a. Notre prévoyance-vieillesse et basée sur le principe dit des trois piliers. L'épargne personnelle en constitue le troisième pilier. L'article 34quater alinéa 6 de la constitution fédérale stipule clairement que la Confédération doit encourager la prévoyance individuelle.
- b. Selon la loi sur la prévoyance professionnelle (entrée en vigueur le 1er janvier 1985), seuls les gains ne dépassant pas 49'000 francs sont assurés à titre obligatoire.
- c. La pratique du notariat révèle une tendance différente: la majorité des époux qui concluent un contrat de mariage et un pacte successoral cherchent à améliorer la situation du conjoint survivant, et cela malgré le développement des assurances sociales.

#### 54. LE CONJOINT SURVIVANT REÇOIT BEAUCOUP TROP

La prétention successorale du nouveau droit ne se retrouve dans aucun système juridique analogue. Si l'on y ajoute la participation au bénéfice, on s'aperçoit que le conjoint survivant reçoit entre  $3/4$  et  $13/16$  de la fortune constituée par l'époux défunt.

- a. La solution de droit successoral adoptée dans différents pays étrangers ne peut être comparée que de façon très limitée à notre droit. Pour comprendre vraiment la situation du conjoint survivant, on ne devrait pas examiner que le droit successoral, mais aussi le droit des régimes matrimoniaux et celui des assurances sociales. Il faut de plus considérer qu'à l'étranger, le conjoint survivant bénéficie d'attributions de biens préalables à la liquidation de la succession (En RFA: tous les objets du ménage pour autant qu'ils soient nécessaires à un ménage normal. En Autriche: tout le mobilier de ménage. De plus, le conjoint survivant a une prétention d'entretien contre la succession, mais il doit se laisser imputer ce qu'il reçoit en application du droit successoral). En Italie, le conjoint survivant reçoit la moitié de la succession en propriété s'il est en concours avec un enfant unique et un tiers s'il est en concours avec plusieurs enfants. En Belgique, le conjoint survivant en concours avec des enfants reçoit la totalité de la succession en usufruit.
- b. Ce qui est décisif, c'est ce qui, en Suisse, est actuellement ressenti comme équitable. Si l'on dit que les  $3/4$  de la fortune constituée par le défunt vont à son conjoint survivant, il ne s'agit là que des économies (bénéfice) que les époux ont pu réaliser pendant le mariage et non des biens propres. En outre, ce chiffre présuppose que le conjoint du défunt n'a constitué lui-même aucun acquêt (exemple: si le mari et la femme ont épargné 50'000 francs, le conjoint survivant ne recevra que la moitié du capital constitué par le défunt). Des  $3/4$ , il convient de retirer  $2/4$  soit 50 %, qui sont transférés au conjoint survivant en vertu des dispositions sur les régimes matrimoniaux. Il ne faut pas confondre droit des régimes matrimoniaux et droit des successions. La moitié du bénéfice de l'autre époux revient au conjoint survivant conformément à son droit fondé sur les prestations qu'il a fournies lui-même pendant le mariage. Sur la base du droit successoral, c'est-à-dire à titre gratuit, le conjoint survivant ne reçoit que  $1/4$ , à savoir 25 % de toutes les économies.

Pour que  $13/16$  de l'épargne passent au conjoint survivant, il est nécessaire que le défunt l'ait stipulé par disposition de dernière volonté; c'est dire que ce n'est pas du fait de la loi, mais c'est conformément à la volonté du défunt que le conjoint survivant reçoit ces  $13/16$ .

- c. A l'heure actuelle déjà, dans 3 cas sur 10, les  $3/4$  du bénéfice reviennent au conjoint survivant: ce sont les cas où la femme prédécède. Le nouveau droit ne fait donc que mettre la femme sur pied d'égalité avec le mari. Actuellement, la femme

reçoit - droit des régimes matrimoniaux et droit des successions réunis - 1/2 du bénéfice du mari.

- d. Si l'on considère ce que coûte actuellement aux parents une bonne formation des enfants, il n'est que justice que les intérêts du conjoint survivant soient mieux considérés dans le droit des successions.
- e. Le comité contre un droit du mariage inapproprié prône la communauté d'acquêts comme régime matrimonial ordinaire. En cas de divorce ou de décès, le résultat patrimonial serait le même sur le plan comptable qu'avec la participation aux acquêts, pour autant qu'aucun des conjoints ne soit endetté: 50 % de l'épargne réalisée pendant le mariage vont au conjoint survivant en vertu du régime matrimonial. Si l'on combine cela avec le droit successoral actuel qui se monte à un quart de la succession, le conjoint survivant reçoit 5/8 de la succession. Dans le nouveau droit, il reçoit par contre, de par la loi, 6/8; mais sa part peut être réduite à 5/8 si on ne lui attribue que sa réserve.
- f. Le droit successoral ab intestat doit envisager le cas normal. Selon l'enquête sur la situation économique des rentiers en Suisse, 42,3 % d'entre eux avaient en 1976 une fortune totale de moins de 50'000 francs et 61 % de moins de 100'000 francs. Dans la grande majorité de la population, il n'y a donc pas de montants élevés à partager.

#### 55. ENFANTS D'UN PREMIER LIT

Le privilège du conjoint survivant pose des problèmes avant tout en cas de second mariage. Le patrimoine du conjoint décédé revient alors pour une part importante au deuxième conjoint.

- a. Plus le mariage dure longtemps, plus il y a de chance que le patrimoine soit important. Par contre, plus le conjoint survivant est âgé, plus ses chances de remariage s'amenuisent, surtout lorsqu'il s'agit de la femme.
- b. Dans le cadre du régime ordinaire, le patrimoine constitué pendant le premier mariage constitue dans le second mariage un bien propre, de telle sorte que le second conjoint n'en acquiert aucune part en vertu du régime matrimonial. En matière de succession, les parts légales ne peuvent pas varier selon qu'il s'agit du premier ou du second conjoint.
- c. Etant donné que la réserve n'est pas plus importante qu'aujourd'hui, il est possible de prendre des précautions en vue d'un second mariage. Cela se fait habituellement dans les contrats de mariage sur l'attribution du bénéfice. Mais c'est par exemple aussi par testament que, dans les limites de la quotité disponible, les enfants peuvent profiter d'une substitution fidéicommissaire.
- d. Dans les cas normaux, les parents ne cherchent pas à défavoriser leurs enfants. C'est la raison pour laquelle il n'est pas

rare qu'en cas de remariage, les nouveaux époux concluent un pacte de renonciation à la succession. Mais de toute façon, le conjoint survivant peut, de manière unilatérale, placer ses enfants dans une situation successorale aussi bonne que celle d'aujourd'hui.

- e. Selon l'article 631 alinéa 2 CC, les enfants qui ne sont pas encore élevés au moment du décès ou qui sont infirmes prélèvent une indemnité équitable au moment du partage.
- f. En Suisse, l'adoption de beaux-fils et de belles-filles est largement pratiquée. Dans de nombreux remariages, le nouveau conjoint de l'époux devenu veuf reprend pleinement le rôle de parent.
- g. Aujourd'hui déjà, grâce à l'adoption du régime de la communauté de biens, 12/16 des biens communs peuvent être attribués au conjoint survivant.
- h. La réserve des enfants du premier lit est protégée par le droit des régimes matrimoniaux (art. 216 al. 2, 241 al. 3).

#### 56. RESERVE DES FRERES ET SOEURS

En supprimant la compétence des cantons en matière de réserve des frères et soeurs et de leurs descendants, la Confédération empiète une fois de plus dans le domaine cantonal et le droit pourra moins refléter la multiplicité des conceptions juridiques helvétiques.

- a. La constitution fédérale commande une réglementation uniforme du droit civil. La réserve en faveur des cantons n'a été prévue en 1907 que pour éviter un référendum contre le CC.
- b. Cette réserve crée un droit spécial pour les personnes qui ont eu leur dernier domicile dans leur canton d'origine. Une telle réserve entraîne des inégalités de traitement choquantes et se présente souvent comme un obstacle à un règlement équitable de la succession testamentaire.
- c. La réserve des frères et soeurs peut, à l'heure actuelle déjà, être contournée par la conclusion d'un contrat de communauté de biens (cf. art. 226 CC).
- d. 12 cantons, parmi lesquels se trouvent les plus peuplés, ne connaissent déjà plus la réserve des frères et soeurs (Zurich, Berne, Bâle-Ville, Bâle-Campagne, Tessin, Genève, Vaud, Neuchâtel, Fribourg, Jura, Soleure, Argovie).
- e. Dans la procédure de consultation, seul le canton du Valais s'est exprimé en faveur du maintien de cette réserve.

## V. Dispositions transitoires

### 57. DROIT TRANSITOIRE

Le droit transitoire du nouveau droit matrimonial représente une intervention totalitaire dans les rapports juridiques existants.

Le droit transitoire du nouveau droit ne fait que concrétiser les principes contenus aux articles 1er à 4 de l'actuel titre final du code civil.

- a. Effets généraux: aucune modification par rapport à 1912: le nouveau droit est applicable dès l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Une réglementation spéciale est prévue pour le nom et le droit de cité.
- b. Principes fondamentaux en matière de régimes matrimoniaux.
  - aa. Les époux qui, sans contrat de mariage, vivent sous le régime de l'union des biens ne sont pas, de par la loi, soumis rétroactivement au régime de la participation aux acquêts; ils ne sont soumis à ce dernier régime que dès la date d'entrée en vigueur de la nouvelle loi. Mais au moment de la dissolution du mariage, la liquidation du régime se fait, pour des motifs d'ordre pratique, selon le nouveau droit pour toute la durée du mariage, à moins que l'un des époux n'ait exigé avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi que pour la période qui va de la conclusion du mariage à l'entrée en vigueur du nouveau droit, la liquidation soit soumise à l'ancien droit. La liquidation selon le nouveau droit pour toute la durée du mariage n'est donc imposée à personne. Le législateur part de l'idée que celui qui n'entreprend rien est d'accord avec l'application du nouveau droit.
  - bb. Par une déclaration écrite commune adressée au préposé au registre des régimes matrimoniaux, les époux peuvent convenir de demeurer soumis au régime de l'union des biens.
  - cc. Les époux soumis au régime de l'union des biens modifié par un contrat de mariage sur l'attribution du bénéfice restent soumis, de par la loi, à l'ancien droit.
  - dd. Tous les époux ayant conclu un contrat de mariage prévoyant la communauté de biens, l'unité de biens ou le régime dotal, restent soumis à l'ancien droit. Par contre, les époux séparés de biens sont soumis à la nouvelle séparation de biens, étant donné que le nouveau régime de séparation ne diffère que dans une moindre mesure de la séparation de biens actuelle.

En résumé: tous les contrats de mariage restent valables. Quiconque a choisi en connaissance de cause une solution n'est donc pas touché par le nouveau droit des régimes matrimoniaux.

La soumission au nouveau droit des époux qui vivent sous le régime légal ordinaire sans l'avoir modifié par contrat de mariage correspond au projet du Conseil fédéral - c'est-à-dire au projet d'Eugène Huber - du 3 mars 1905. A cette époque, le Parlement n'avait pourtant pas suivi le Conseil fédéral quant à l'article 9 des dispositions transitoires, puisque les époux demeuraient soumis à l'ancien droit dans leurs relations internes et qu'ils n'étaient soumis au nouveau droit que pour leurs relations avec les tiers. Toutefois, au siècle dernier, l'union des biens était déjà connue dans 11 cantons et il y avait normalement une forte prédominance du mari sur sa femme et les biens de celle-ci. Aujourd'hui par contre, et ce depuis longtemps, les femmes demandent à pouvoir administrer elles-mêmes leurs apports et à en avoir la jouissance. Si on laissait subsister l'ancien droit dans les relations internes, la femme ne pourrait toujours pas administrer ses biens ni en jouir sans l'accord de son mari.

58. DROIT TRANSITOIRE RELATIF AU NOM ET AU DROIT DE CITE

On aurait dû renoncer aux articles 8a et 8b du titre final.

- a. La femme ne doit pas être désavantagée du fait qu'elle s'est mariée sous le droit actuel.
- b. Une solution transitoire a été prévue lors de toutes les révisions de la loi sur la nationalité.
- c. La solution transitoire relative au nom ne devrait être utilisée que rarement. Mais les femmes mariées qui se servent aujourd'hui déjà de leur nom de jeune fille dans le domaine professionnel ou privé doivent désormais avoir la possibilité d'employer ce nom dans leurs relations avec les autorités également.

INDEX ALPHABETIQUE

	<u>Page</u>
Acquêts	32, 37, 40, 57
Activité professionnelle	12, 22
Agriculture	52
Applicabilité	4, 15
Argent de poche	17, 37
Bail	23
Bible	5
Biens réservés	38, 41
Chef de l'union conjugale	5, 13, 27
Choix du régime matrimonial lors de la conclusion du mariage	49
Commercialisation du mariage	16, 18
Communauté d'acquêts	33, 54, 58
Communauté d'acquêts, dissolution	36
Comptabilité dans le mariage	17, 43
Compte commun	39, 43
Conflits	13
Conseil de l'Europe	25
Contrat de mariage	49, 51
Contrat de travail	18
Contribution à l'entretien de la famille	14
Contribution extraordinaire à l'entretien de la famille	18
Copropriété	39, 42
Délais de paiement	9, 40
Demeure commune	11, 23
Devoir de renseigner	25
Divorce	2, 14, 15, 51
Domicile	8, 11
Droit comparé	4
Droit de cité	9, 61
Droit de la filiation	5, 13
Droit des successions	55
Droit divin	5
Droit transitoire	60
Éléments communautaires dans la participation aux acquêts	39
Enfants d'un premier lit	58
Entreprises	49, 53, 54
Entreprises agricoles	52, 53
Entretien de la famille	14
Épouse désavantagée	14, 41
Etranger	4, 7, 9, 15, 33, 57
Femme au foyer	12, 32, 38, 54
Fonctions déterminées	13
Hostilité à la famille	13
Hostilité au mariage	13
Immeubles	23, 34
Indemnités	18
Individualisme	6
Interdiction de l'exécution forcée entre époux	8
Interprétation	4
Juge	12, 13, 26, 27, 31
Libéralités en faveur de tiers	39, 47

	<u>Page</u>
Liberté contractuelle	48, 55
Logement de la famille	23, 39
Loi non helvétique	4
Ménage à trois	13, 27
Moeurs des couples suisses	43
Montant à la libre disposition de l'époux au foyer	16, 37
Nivellement systématique	12, 13, 15
Nom de famille	7, 61
Nouvelle famille type	12
Offices de consultation conjugale	23
Part à la moins-value	41, 45
Part à la plus-value	37, 45, 46
Partage des acquêts	37, 40, 43
Participation au déficit	36
Participation aux acquêts	19, 32, 38, 40, 58
Participation aux acquêts, complexité	42
Parts héréditaires	57
Plaintes contre la femme	8
Possibilités de combiner les différents régimes matrimoniaux	48
Poursuite de la femme mariée	8
Pouvoirs des clés	21
Prescription des créances entre époux	9
Principe de la valeur de rendement	52
Procédure de consultation	1, 59
Protection de l'union conjugale	27, 30
Quotité disponible	50
Récompense	37, 44
Régimes matrimoniaux	32 ss.
Registre des régimes matrimoniaux	48
Registres d'état civil	10
Religion	5
Répartition des tâches	14
Représentation de l'union conjugale	21
Réserve des frères et soeurs	59
Résiliation du bail (logement de la famille)	20
Responsabilité envers les tiers	21, 36, 38, 44
Responsabilité entre conjoints	15, 21
Responsabilité solidaire	21, 45
Réunions	37, 47
Révision - par étapes	2
- partielle	3
- totale	3
Salaire de la femme au foyer	16, 37
Salaire de l'époux collaborant	18
Second mariage	58
Secret bancaire	26
Séparation de biens	13, 17, 32, 38, 45, 54
Soumission	5
Suspension de la vie commune	31
Travail dans l'entreprise du conjoint	18
Union de partenaires égaux	13
Union des biens	32, 38, 50
Union des biens, maintien	60
Vie séparée	31