

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

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 47 (1928)

Heft: 4

Artikel: L'influence du CCS sur le choix du régime matrimonial

Autor: Martin, Ernest-Léon

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-895891>

Nutzungsbedingungen

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

Conditions d'utilisation

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

Terms of use

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

Download PDF: 14.01.2026

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

L'influence du CCS sur le choix du régime matrimonial.

Rapport par ERNEST-LÉON MARTIN, notaire,
Genève.

Dans sa rédaction française, la question qui nous est posée comme thème de discussion n'exprime qu'en partie ce que le texte allemand entend par „die Gestaltung des ehelichen Güterrechts“. Ce qu'ils est intéressant d'examiner, ce n'est pas seulement la préférence que les époux ont manifestée pour tel ou tel régime, depuis l'entrée en vigueur du CCS, mais plutôt de quelle façon le nouveau droit matrimonial quant aux biens a été accueilli par les époux, comment ils ont réagi vis-à-vis de la loi nouvelle et quelles tendances se manifestent dans l'évolution du droit à cet égard.

Je n'entreprendrai pas de refaire le travail si complet et si documenté de Mr. le Dr. Armin Schweizer ni d'exposer d'une façon systématique le droit matrimonial suisse. Appartenant à un canton, auquel le nouveau droit a apporté, dans cette partie, des dispositions très différentes de celles qui y étaient alors en vigueur, j'ai pu faire des comparaisons et des expériences qui ne s'imposaient pas à ceux qui, jusqu'en 1912, ont vécu sous l'empire d'un droit matrimonial proche parent de celui du Code. Mon travail se bornera donc à de modestes considérations dictées par la pratique.

Pour mettre quelque peu d'ordre dans nos observations, nous nous reporterons aux questions essentielles qui se posaient aux rédacteurs du Code et aux législateurs, lors de l'élaboration du nouveau droit, et nous dirons si, à notre avis, les solutions qui y ont été données peuvent

être qualifiées d'heureuses, ont été accueillies avec faveur ou si, au contraire, elles se sont révélées insuffisantes ou fâcheuses.

§ 1. Observations générales.

Avant d'examiner, l'un après l'autre, les divers aspects de notre thème, nous voulons mettre en tête de notre travail diverses considérations générales qui sont de nature à affaiblir la portée de nos conclusions, mais qui nous paraissent indispensables.

I. Pour une loi civile, une expérience de quinze années est un laps de temps appréciable, permettant de formuler un commencement de diagnostic, mais nettement insuffisant pour pouvoir porter à son sujet un jugement définitif. Si l'on songe que la loi nouvelle n'a touché (tout au moins dans leurs rapports entre eux et abstraction faite des ménages qui ont formellement adhéré au nouveau régime) que les époux unis depuis 1912 et que ces nouveaux mariés ont vécu combien d'années d'une crise mondiale sans précédent, on se gardera de tabler sur ces quinze années d'expérience comme sur une base absolument solide. On n'aura garde d'oublier spécialement que, dans les liquidations de régimes matrimoniaux pour cause de décès, celles qui concernent le régime légal ordinaire ou un régime de nouveau droit sont le petit nombre et que plus petit encore est le nombre des ménages, mariés depuis 1912, qui ont réalisé des économies et dont la dissolution, après décès de l'un des conjoints, provoque une liquidation intéressante et un partage des bénéfices.

II. En dépit du degré élevé de l'instruction et de l'intelligence de la population de notre pays, ce qui nous inspire aisément de l'orgueil, on est étonné de constater dans les raisons qui inclinent les époux (et par époux nous entendons aussi bien les gens mariés que les fiancés) vers tel ou tel régime matrimonial, deux causes profondes et regrettables.

La prédilection de telle partie géographique ou sociale de la population pour un régime plutôt que pour un autre est, d'une part, affaire de tradition, de sentiment inconscient, disons le, de routine et parfois même de mode.

Le respect des habitudes prises et d'une affection traditionnelle est à la base du choix que l'on a fait, pour en faire le régime légal ordinaire du CCS, du régime de l'union des biens qui était en vigueur, sous des aspects divers, dans presque tout le pays.

Il est curieux de constater qu'à Genève, où le régime de communauté du Code Napoléon avait été imposé comme régime légal par suite de son annexion à la France, le régime en vigueur dans l'ancienne république, en vertu de ses „Edits Civils“, était tout pareil à l'union des biens et resta en grande faveur pendant tout le dix-neuvième siècle comme régime contractuel, sous forme de contrat dotal.

Si l'on veut des preuves de cet attachement un peu aveugle au régime matrimonial traditionnel, nous citerons le nombre infime des contrats de mariage passés dans le populeux canton de Zurich, la persistance des bâlois de la ville à adopter le régime de la communauté universelle et la levée en masse des époux bernois, mariés avant 1912, pour le maintien, entre eux et à l'égard des tiers, du régime de l'unité des biens.

Quand, sous l'influence des mœurs qui évoluent, la tradition se perd, ce qui est particulièrement sensible dans les milieux urbains, elle fait place à une tendance nouvelle plus adéquate peut-être, mais pas beaucoup plus réfléchie. Ainsi, à Genève, la mode est aux contrats stipulant la séparation de biens. Nous y reviendrons plus loin. Et, en France, où la communauté légale comme régime subsidiaire, et la communauté d'acquêts comme régime contractuel, étaient considérées comme forteresses imprenables, on voit de plus en plus prendre pied le régime moderne de la séparation.

Moins respectable qu'une tradition même désuète, une autre attitude des époux vis-à-vis du régime matrimonial auquel ils vont être soumis, c'est l'ignorance.

Elle se manifeste dans deux directions.

D'une part, même chez des gens cultivés, il règne une grande confusion entre les règles du droit matrimonial et celles du droit successoral, tant ces deux notions ont été intimement mêlées et réagissent encore l'une sur l'autre. C'est un des mérites du CCS de s'être efforcé de différencier ce qui est matrimonial de ce qui est successoral, mais on peut tout de même lui faire le reproche de ne pas y être complètement parvenu. Que d'époux, mariés en communauté, pensent que les biens communs reviennent de droit au dernier mourant. D'autres répugnent à la séparation de biens, parce qu'ils pensent perdre en adoptant ce régime tout droit à la succession de leur conjoint.

En second lieu (et cette observation ne s'applique probablement pas aux cantons où depuis longtemps était en vigueur le régime de l'union des biens), on se fait une idée absolument erronée de l'union des biens. L'appellation elle-même „union des biens“ est malheureuse et prête à confusion. Elle caractérise mal le régime qu'elle est appelée à qualifier et ne le différencie pas suffisamment de celui de la communauté. Il est vrai qu'une meilleure dénomination n'est pas aisée à trouver. Dans ce régime, les biens des époux ne sont unis ou réunis qu'au point de vue de leur administration. C'est sur ce terme d'administration qu'il conviendrait d'insister et, à notre avis, une un peu meilleure appellation serait „régime de l'unité d'administration“ ou „de l'administration maritale“.

De la confusion que nous signalons, résulte une méconnaissance des conséquences du régime et, pour les époux, de leurs propres intérêts. Ils ne songent à faire constater par inventaire leurs apports que lorsqu'il est trop tard. Le mari vient-il à faire l'acquisition d'un immeuble, l'épouse est ulcérée si l'achat n'est pas fait aussi

à son nom ou demande que l'immeuble soit immatriculé au nom des deux époux, ce qui est la négation du régime.

A Genève tout au moins, l'union des biens n'a pas encore acquis droit de cité et il serait désirable qu'au moyen d'une notice, claire et concise, qui leur serait remise par les officiers de l'état civil, les fiancés soient rendus attentifs aux conséquences que leur union va avoir sur leurs biens (avec ou sans contrat).

Du reste, et c'est une remarque que l'on peut faire partout et sur tous les milieux, il ne faut pas s'exagérer en droit matrimonial l'efficacité et la puissance de la loi. Mr. le Juge Lang le disait très justement à la commission d'experts réunie en 1901: „La loi est puissante, plus puissante est encore la nécessité et là où il n'y a pas nécessité, les moeurs sont plus forts que la loi.“ Ce n'est pas en raison de leur régime matrimonial, légal ou conventionnel, que les époux sont heureux et prospères. Le ménage normal peut se passer de la loi et du contrat de mariage et il ne se fait pas faute de s'en passer et de violer l'une et l'autre. Si dans l'adversité ou la mésintelligence, la loi ou un contrat bien fait préservent les époux d'une ruine totale ou d'un excès de malheur, c'est tout ce que l'on peut en attendre.

§ 2. De la liberté des conventions entre époux et de l'immutabilité du régime matrimonial.

Le CCS, par ailleurs si prudent et modéré, a fait deux considérables bonds en avant, en édictant la liberté des conventions entre époux, avant et pendant le mariage, et en repoussant le principe de l'immutabilité du régime matrimonial.

Il faut se rappeler que, sous l'empire des droits cantonaux, peu de cantons autorisaient les époux à régler par contrat leurs relations pécuniaires et que plusieurs ne toléraient de telles conventions que dans une mesure très restreinte. Ce fut donc une grande concession faite

aux idées modernes et aux us et coutûmes de la Suisse romande que d'admettre la liberté du contrat entre époux.

Inversément, les cantons, dont les lois avaient subi plus ou moins l'influence du droit français, étaient tout imprégnés du principe sacro-saint de l'immutabilité du régime matrimonial, considéré comme un des fondements essentiels du mariage et de la famille. Ce ne fut donc pas sans appréhension et sans regret que les ressortissants de ces cantons virent accueilli par le CCS le principe contraire.

On peut bien affirmer aujourd'hui que ni les craintes des uns, ni les regrets des autres n'étaient fondés.

La liberté des conventions matrimoniales s'imposait pour des raisons de justice et d'opportunité si l'on voulait tenir compte des intérêts opposés et des habitudes séculaires des diverses parties et des populations si dissemblables du pays et ne pas susciter au Code entier une opposition générale.

On faisait à cette liberté le reproche de menacer les droits des tiers, spécialement ceux des créanciers, et l'on proposait de laisser entre eux toute liberté aux époux, mais, vis-à-vis des tiers, de les considérer comme irrévocablement soumis au régime légal.

En admettant finalement la liberté de contracter même après mariage, avec efficacité vis-à-vis des tiers, le Code l'a restreinte par certaines mesures de précaution: nécessité d'un acte authentique, obligation d'adopter l'un des régimes établis par la loi, inscription au Registre des Régimes Matrimoniaux des clauses opposables aux tiers, approbation par l'autorité tutélaire des contrats passés pendant le mariage. Ces mesures se sont révélées justes et efficaces et nous ne pouvons que les approuver sous réserve de ce que nous dirons plus loin au sujet de la liquidation du régime antérieur au contrat.

A voir le nombre très modeste des contrats passés dans les cantons qui ne connaissaient pas cette institution ou chez lesquels la faculté de contracter était très restreinte,

on concédera qu'il n'y a rien eu de subversif dans cette innovation.

On fera la même remarque en ce qui concerne la faculté de modifier, au cours du mariage, le régime matrimonial subsidiaire ou conventionnel régissant les époux.

A cet égard, les intérêts que mettent en péril cette faculté de modifier un régime matrimonial sont, d'une part, ceux des créanciers, d'autre part, ceux de la famille.

Les époux peuvent avoir, au cours du mariage, d'excellentes raisons, des motifs même impérieux pour changer de régime et adopter un statut plus conforme à leur situation. On reconnaîtra toutefois que ces changements se produisent souvent dans des moments de crise et qu'ils intéressent les créanciers. Le législateur a pensé avoir fait assez dans le sens de la protection de leurs droits en subordonnant l'efficacité, à leur égard, de la convention intervenue, à son inscription au R.R.M. et à sa publication, et en édictant la réserve des droits acquis de l'art. 179, 3^{me} alinéa. Ces mesures sont-elles suffisantes?

L'inscription du nouveau contrat, stipulant dans la plupart des cas le régime de la séparation de biens, ne donne que l'indication sommaire du nouveau régime adopté. Elle ne fournit aucun renseignement sur la façon dont a été liquidé le régime matrimonial antérieur. Si cette liquidation fait l'objet d'un contrat, passé simultanément au contrat de mariage, on pourra ne pas lui donner le caractère authentique, mais il devra être, comme le contrat de mariage, approuvé par l'autorité tutélaire, inscrit au R.R.M. et publié (art. 177 et 248). Mais un acte écrit de liquidation n'est pas requis par la loi; l'on peut s'en passer et le Préposé au R.R.M. n'est pas fondé à exiger, au moment où il inscrit le régime nouveau, des renseignements sur la liquidation du régime ancien. De cette façon, des dissimulations sont aisées. Les créanciers sont bien mis en éveil par l'inscription. Ils ne peuvent surveiller que les biens visibles et connus de leur débiteur. Certains dépôts

et titres au porteur peuvent facilement passer subrepticement de la bourse d'un époux dans celle de l'autre.

Cette imperfection de la loi nuit à l'application stricte des art. 179³ et 188, en vertu desquels une modification du régime matrimonial ne doit pas préjudicier aux droits des tiers.

On peut arriver à combler cette lacune, sans modifier le CCS, en prescrivant à l'Autorité Tutélaire d'exiger, avant de donner son approbation à un changement de régime matrimonial, une liquidation simultanée du régime antérieur présentant tous les caractères d'exactitude désirables, les deux actes devant être solidaires l'un de l'autre et inscrits en même temps au R.R.M.

Il n'en subsiste pas moins que les garanties des droits des créanciers, inscrites aux art. 179³ et 188, sont d'une efficacité relative et que la jurisprudence aura fort à faire à en déterminer la portée.

Les intérêts de la famille, ceux de l'épouse elle-même, peuvent être grandement lésés, prétend-on, par une modification du régime initial des époux. C'est l'idée dominante en France et c'était, nous l'avons déjà dit, une disposition du droit matrimonial des cantons romands passée à l'état de dogme. Elle reposait sur ce principe que le contrat intéressait non seulement les deux fiancés, mais leurs familles (il était souvent signé par tous les membres de la famille réunis en un gala dénommé „soirée de contrat“) et constituait un traité d'alliance fixant les conditions sous lesquelles la jeune fille quittait les siens pour entrer, pourvue d'un apport convenable et bien garanti, dans la famille de son mari. Ce point de vue est actuellement bien périmé et l'immutabilité des régimes matrimoniaux n'a pas laissé beaucoup de regrets.

Quant à l'influence fâcheuse que peut avoir sur son épouse un mari désireux de s'assurer un régime matrimonial plus avantageux, elle est contrebalancée par la nécessité d'obtenir l'approbation de l'Autorité Tutélaire. A notre connaissance, l'autorité en question remplit

convenablement le mandat que la loi lui impartit; elle aurait plutôt la tendance à protéger la femme au détriment des droits de son mari.

§ 3. Du régime légal ordinaire de l'union des biens.

Notre tâche n'étant pas proprement d'exposer systématiquement tout le droit matrimonial, nous ne nous arrêterons pas longtemps sur la séparation de biens imposée par la loi ou prononcée par le juge, non plus que sur l'institution des biens réservés. Aussi bien peut-on dire que ces dispositions légales ont été favorablement accueillies et ne prêtent pas le flanc à la critique.

Toujours est-il que biens réservés et séparation (régime légal extraordinaire) constituent une limitation qui n'est pas négligeable du champ d'application de l'union des biens, régime légal ordinaire, que nous allons maintenant envisager. Plus du 95% des époux en Suisse sont actuellement soumis à son statut et Mr. Schweizer (pages 93, 94) se plaint à constater „la rapidité avec laquelle il s'est implanté en Suisse, sans résistance notable et en dépit de la force des usages locaux et de l'ancienneté séculaire des lois cantonales. La jeune génération, du nord au sud, de l'est à l'ouest, accepte ce régime qui constitue un titre de gloire pour celui qui a jeté les bases d'une construction si solide“.

En face de ce jugement, nous nous mettrons au bénéfice des réserves que nous avons formulées dans nos observations générales, mais nous reconnaitront volontiers que la construction dont Huber a été l'habile architecte, est un édifice solide, de style mi-bourgeois, mi-paysan, aménagé pour abriter de bonnes récoltes, sous un toit tutélaire, dont le pignon se dirige vers le ciel. Les caractéristiques de ce régime sont trop connues pour que nous ayons besoin d'insister. Elles forment une théorie harmonieuse: unité économique formée par les biens des deux époux, réunis et non confondus, administration et jouis-

sance conférées au mari, aidé de son épouse dont la souveraineté s'étend sur les choses du ménage, forte garantie des biens et intérêts de la femme, partage des bénéfices à la dissolution de l'union conjugale.

On nous permettra toutefois de rechercher s'il n'existe pas dans cette bâtisse d'une si belle apparence quelque défaut de construction ou quelque incommodité.

I. Nous avons dit plus haut que le nom de baptême du régime „union des biens“, qui vient de Bluntschli, ne nous plaisait pas.

II. Ce qui est plus important, ce sont les complications qui se présentent à l'usage même normal du régime.

Envisageant les biens des époux, nous pouvons discerner cinq complexes de biens: biens réservés du mari, biens réservés de la femme, apport du mari, apport de la femme, acquêts. Chacune de ces catégories a son statut juridique propre. Des difficultés se présentent lorsqu'il s'agit de faire la preuve de la qualité d'un bien déterminé. La loi, ce qui est parfaitement logique, édicte une présomption contre les biens réservés, en faveur des biens matrimoniaux et contre les biens de l'épouse, en faveur des biens du mari. La preuve contraire qui est admise ne sera pas toujours facile à administrer. Les difficultés ne seront écartées que si l'on a soin de la préconstituer par le moyen d'un inventaire et spécialement de l'inventaire authentique de l'art. 198. Donc pour éviter que dans le régime de l'union des biens il ne se produise un enchevêtrement inextricable des différents avoirs, les époux doivent, en temps utile (art. 197), faire dresser inventaire de ce qui est à l'un et à l'autre, non seulement de leurs apports, mais aussi de leurs biens réservés, car si, par exemple, l'épouse fait des économies au moyen de son travail indépendant, ces économies gardent le caractère de biens réservés, mais risquent fort, si elles ne sont pas reconnues, d'être confondues dans les acquêts. Les époux doivent renouveler ces inventaires toutes les fois que les apports subissent des modifications dans leur substance, en sorte qu'on peut

sans paradoxe dire qu'un époux très scrupuleux, étant dans les affaires et administrant une certaine fortune, appartenant partie à lui, partie à son épouse, devrait chaque année dresser inventaire contradictoirement avec elle. Comme généralement il n'y a pas eu inventaire, on en est réduit à des approximations ou à des injustices, ce qui revient à dire que fort souvent les dispositions, en apparence si simples, du régime de l'union des biens, ne sont pas appliquées.

III. Apparentée à la question de la preuve est celle du remploi visée à l'art. 196, dont on a méconnu l'importance.

La règle que la preuve doit être faite qu'un bien appartient à l'épouse souffre une atténuation en ce sens que, si un bien est acquis en remploi de ses deniers, il est présumé appartenir à l'épouse. Au lieu de prouver qu'il a été apporté en mariage par l'épouse, si je prouve qu'il a été acquis en remploi d'un bien de l'épouse, le bien ainsi acquis en remploi sera présumé être sa propriété.

C'est une exception à la règle en vertu de laquelle le prix d'un bien de l'épouse, aliéné pendant le mariage, appartient au mari et constitue une dette (récompense) du mari envers l'épouse.

Par l'effet du remploi, l'épouse acquiert non pas une créance, mais un droit de propriété. On comprend l'importance que cela peut avoir pour l'épouse, en présence de créanciers de son mari. Dans quelles conditions cette surrogation réelle s'opérera, la loi ne le dit pas. Doit-elle être simultanée à l'aliénation d'un bien de la femme, faut-il qu'elle soit acceptée par elle, s'opère-t-elle si le bien acquis est de toute autre nature que le bien aliéné (vente de titres pour acheter une villa), autant de questions douteuses dont la solution pourra avoir de graves conséquences. De fréquents inventaires sont le seul moyen efficace d'éviter ces litiges.

IV. La question de la responsabilité des époux quant aux dettes fait apparaître un autre côté faible

du régime de l'union des biens. La responsabilité est dans certains cas pleine et entière, dans d'autres cas limitée à une certaine fortune. Le mari répond seul de ses dettes et il en répond sur toute sa fortune, observation faite que l'épouse est responsable subsidiairement des dettes du ménage et que dans la fortune du mari il faut faire rentrer ses biens réservés, son apport, les acquêts et toute la partie de la fortune de sa femme qu'il a en mains. Quant à l'épouse, sauf pour les dettes du ménage contractées par son mari et pour lesquelles elle est responsable subsidiairement, elle ne répond pas des dettes de son mari et elle ne répond de ses dettes que sur son avoir. La responsabilité de l'épouse s'exerce sur tous ses biens (biens apportés et biens réservés) s'il s'agit de dettes grevant son apport, contractées dans l'exercice d'une profession, faites avec le consentement de son mari ou résultant de ses actes illicites. En revanche, elle ne répond que sur ses biens réservés des dettes qu'elle a contractées sans le consentement de son mari ou en abusant de sa qualité de directrice du ménage (art. 206—208).

Il résulte de ce système équitable, mais compliqué, des difficultés dans l'exercice des droits des créanciers, qui ne sont pas négligeables et que Mr. Schweizer signale dans son mémoire. Elles constituent un très sérieux déficit du régime de l'union des biens, surtout si l'on songe que ce régime s'applique au 95 % des ménages établis en Suisse. Oui, mais, répond-on, l'épouse n'est dans nul autre régime mieux garantie en raison du droit qui lui est accordé (art. 205) d'exiger des sûretés de son mari, et à cause du privilège de l'art. 211, en cas de faillite.

V. Le mari a l'obligation, à la demande de son épouse, de la renseigner sur l'état de son apport, c'est là une prescription, dépourvue de sanction et un peu naïve, qui participe de cette idée, chère au coeur de Huber, d'inoculer dans la loi une vertu éducative et de faire du Code une édifiante lecture.

Plus sérieuse est l'arme mise dans la main de l'épouse par le moyen de laquelle elle peut exiger des sûretés pour son apport, avec cette menace que, si ces sûretés ne lui sont pas données, elle obtiendra de droit la séparation de biens. Pour être utile, cette mesure doit être prise avant que la situation du mari ne soit trop compromise, car les créanciers peuvent, en vertu de l'action révocatoire, attaquer les prestations de garantie données à l'épouse à leur préjudice, ce qui fait que cette institution ne doit pas être très efficace. Pour qu'elle le soit, il faudrait qu'elle pénètre mieux dans les mœurs et qu'il soit de règle et chose toute naturelle que l'avoir de l'épouse soit garanti en même temps qu'il est apporté et préventivement. Si l'épouse doit l'exiger au cours du mariage et faire intervenir la justice, cela présuppose déjà une situation pécuniaire ou une mésintelligence, nécessitant des mesures plus radicales.

VI. Le privilège s'étendant à la créance de la femme est considéré comme le grand avantage du régime. Nous reconnaissons que dans certains cas il préservera l'épouse d'une ruine complète. Il ne faut pas oublier cependant que le privilège s'étend à la moitié de la créance de l'épouse dans le cas seulement où tout son apport a passé en mains de son mari. Si dans cet apport existent des objets qu'elle peut reprendre en nature, leur valeur s'impute sur la moitié privilégiée. Si une partie de l'apport est pourvue d'une garantie spéciale, la portion garantie vient également en déduction, de sorte que le reliquat seulement de la moitié est colloqué par privilège. L'autre moitié est traitée comme une créance ordinaire. L'épouse peut faire valoir son droit de propriété sur ses biens existant encore en nature ou se prévaloir des garanties spéciales qui lui ont été données, même au-delà de la moitié de son apport total.

Encore qu'il soit à l'avantage évident de l'épouse, on peut se demander si ce privilège est pleinement justifié et ne constitue pas une atteinte grave aux droits des créanciers qui, de bonne foi, peuvent être trompés par l'apparence

opulente de l'époux d'une femme riche et qui n'ont pas le moyen de s'enquérir exactement de l'importance des apports de l'épouse. Nous pensons au cas où l'époux a acquis, avec les fonds de sa femme, un commerce important, inspire confiance par un train de maison dont sa femme fait du reste les frais et tombe en faillite. L'épouse intervient avec une grosse créance bien établie et, par l'effet de son privilège, absorbe presque tout l'actif.

VII. Enfin une des dispositions les plus admirées de l'union des biens est la participation de l'épouse au bénéfice, prévue à l'art. 214. Du point de vue purement théorique, le droit donné à l'épouse de retirer une part des acquêts se justifie par des considérations de justice et d'équité indéniables. Pour l'épouse, c'est une compensation à l'abandon à son mari de la direction de ses biens et un encouragement à participer, par la bonne administration du ménage et son esprit d'économie, à la prospérité commune. Elle ne peine plus uniquement pour son mari; elle travaille aussi pour elle. C'est une idée un peu réaliste, mais humaine.

Pratiquement, le partage éventuel du bénéfice de l'union conjugale introduit dans le régime une nouvelle et singulière complication.

Dans le régime traditionnel de l'union des biens, le principe régnait que l'avoir de l'épouse ne peut ni augmenter ni diminuer et ce principe était réalisé, d'une manière plus pratique qu'équitable, dans les cantons de mouvance bernoise par le fait que l'apport de l'épouse passait au mari pour un prix fixé une fois pour toutes (régime de l'unité des biens). Dès lors, à la liquidation de l'union des biens, le calcul était relativement simple. L'épouse ou ses héritiers reprenait son apport (en nature ou en récompense). Le surplus appartenait au mari. Actuellement, dans le système du CCS, il s'agit, dans chaque liquidation, de supputer le bénéfice. Dans la masse formée par les biens matrimoniaux, il faut faire une discrimination ardue. Reconstituer sur le papier les apports tant de l'époux

que de l'épouse; dégager les apports existant encore en nature; fixer les récompenses et les reprises en espèces; déduire de l'apport de l'épouse ses dettes personnelles, déduire les autres dettes de l'apport de l'épouse et, s'il n'y suffit pas, des acquêts; ce qui restera constituera le bénéfice (Vorschlag).

Nous constatons avec Gmür (art. 214, 10) que ce travail de démêlement est impossible à mener à bien, s'il ne peut s'effectuer sur la base d'une comptabilité savante, qui dans la plupart des cas n'existe pas. Nous en concluons que la participation de l'épouse au bénéfice réalisé au cours de l'union des biens est une idée théoriquement juste, mais pratiquement fâcheuse. Car, de deux choses, l'une: ou bien la loi doit être prise au sérieux et le partage selon l'art. 214 exactement effectué, alors il faut que les époux passent leur existence à faire des inventaires et à tenir à jour la comptabilité de leurs apports, ou bien à défaut d'inventaire et la comptabilité manquant, on partage au petit bonheur ou l'on se dispute, ce qui n'est pas à l'éloge de la loi. Si les époux ne font pas la preuve de leurs apports, l'avoir matrimonial devra être considéré comme constituant tout entier un bénéfice, car, de même que pendant le mariage les biens matrimoniaux sont présumés appartenir au mari (art. 196), de même, lors de la dissolution de l'union des biens, ce qui n'est pas repris par la femme doit être présumé acquêts et le mari doit faire la preuve de son apport.

A notre avis, l'union des biens, agrémentée d'une sorte de société d'acquêts, ne convient pas à la majorité des époux de la Suisse. Sans cette participation aux acquêts, il serait le régime non pas le meilleur, mais le plus conforme aux moeurs de la généralité du peuple suisse.

VIII. Très particulière est la façon dont le Code, après bien des hésitations, a fini par régler les conditions de la participation de l'épouse aux bénéfices.

L'épouse a droit au tiers du bénéfice. On considère donc que l'activité du mari vaut le double de celle de la

femme. On a heureusement renoncé à une disposition bizarre de l'avant-projet qui donnait à la femme le droit de réclamer „une part proportionnelle, si le bénéfice provient aussi du revenu de ses apports ou du travail de la femme“. Nous rappelons ce détail pour montrer que l'idée d'intéresser la femme au bénéfice de l'union conjugale a été dès le début conçue comme une idée généreuse qu'on tenait à faire passer dans la loi, mais en méconnaissant complètement les difficultés pratiques dont elle était grosse.

L'épouse a droit à un tiers et elle le reçoit si elle survit à son mari. Si elle décède la première, ses descendants, si elle en a, recueillent ce tiers (pour autant qu'elle n'en a pas disposé). Si elle n'a pas d'enfant, elle est posthumement punie de sa stérilité; ses héritiers n'ont aucune prétention à faire valoir et tout le bénéfice reste au mari.

Une meilleure solution, si on tenait absolument à cette communauté de bénéfice, aurait été d'attribuer tout le bénéfice au survivant des époux, qu'il y ait ou non des descendants issus du mariage. Si l'épouse décédait la première, le mari n'aurait eu qu'à restituer les apports de la femme. Le mari serait-il mort le premier, l'épouse aurait rendu l'apport du défunt et il n'y aurait eu de comptes à établir que si les biens restant à l'épouse ne couvraient pas son apport, auquel cas elle aurait retenu le manquant sur les biens du mari. Ainsi les comptes étaient considérablement simplifiés.

IX. Pour terminer ces considérations sur le régime de l'union des biens, nous dirons que nous lui reprochons de maintenir indirectement l'épouse sous la tutelle du mari. On l'a proclamée majeure en supprimant la tutelle matrimoniale, mais cette émancipation est illusoire, puisque la femme mariée reste privée de l'administration et, en fait, de la disposition de ses biens. Pour compenser ce que cette subordination pouvait avoir de choquant dans un code moderne, on lui a fait la part belle. On l'a proclamée investie de la „Schlüsselgewalt“, on lui a donné le droit

de s'enquérir auprès de son mari de l'état de sa fortune et de lui réclamer des garanties; on lui a donné, en cas de déconfiture, une situation privilégiée; on lui a promis un tantième dans les bénéfices de l'entreprise conjugale, mais, somme toute, on l'a maintenue sous le régime patriarcal de la puissance maritale. On a payé en argent sa liberté.

§ 4. Des autres régimes.

On aura compris que notre sympathie va à la séparation de biens.

Avant d'en parler, disons quelques mots des autres régimes matrimoniaux.

I. Nous n'avons pas d'objection à ce que les agriculteurs continuent, si cela leur convient, à adopter l'unité des biens, qui s'est montrée favorable au développement agricole dans les territoires où ce régime a été en vigueur, encore que ce régime soit d'un archaïsme digne d'un musée.

II. Le régime de la communauté universelle, pour lequel les bâlois de la ville conservent une forte inclination, est celui qui correspond le mieux à la conception idéaliste du mariage, les époux s'unissant, eux et leurs biens, dans la bonne comme dans la mauvaise fortune. Il convient à des gens heureux et prospères, mais fait courir aux biens de l'épouse de bien grands dangers.

Très exceptionnellement, il peut rendre des services. Ainsi, si l'époux est riche et borné et l'épouse intelligente et intéressée, on en usera pour mettre le mari sous la tutelle de sa femme. Mr. Schweizer signale avec raison (page 63) qu'en dehors des actes de simple administration, l'époux ne peut, sous ce régime, disposer même de son apport personnel qu'avec le consentement de sa femme. Ainsi en mariant un jeune prodigue à une femme clairvoyante, on évitera, par le moyen d'un contrat stipulant la communauté universelle, la nécessité de l'interdire.

On se sert aussi de la communauté universelle pour éluder les règles du droit successoral sur la réserve des

père et mère et des frères et soeurs. La règle est qu'au décès du premier mourant, la communauté se partage par moitié. Le contrat peut prévoir un autre mode de partage (art. 226) et même, s'il n'existe pas de descendant, accorder au survivant tous les biens communs. Seule l'existence de descendants a pour effet de restreindre la faculté d'attribuer l'entière communauté au survivant. Ils ont droit au quart des biens communs. Les père et mère, les frères et soeurs, non plus que les neveux et nièces, ne sont au bénéfice d'une limitation de ce genre. Ils auraient éventuellement une réserve à faire valoir dans la succession du de cujus, mais cette succession n'existe pas, le conjoint survivant, en vertu d'une règle du droit matrimonial, conservant toute la communauté. Il est vrai qu'un arrêt récent du TF a mis à néant un contrat de ce genre, pour le motif que son unique but était d'éluder les règles du droit successoral sur la réserve, mais les conditions très particulières de l'affaire ne permettent pas d'attribuer à ce jugement une portée générale.

III. La communauté réduite ne sera employée que dans des cas de convenance personnelle. Il n'y a aucune probabilité que ce régime prenne une grande extension. Nous avons eu à Genève, pendant plus de cent ans, le régime de la communauté des meubles et acquêts du Code Civil Français et personne n'a regretté la disparition de ce régime, qui est le plus injuste et le plus désuet qui se puisse imaginer. Il est étonnant qu'il soit encore le régime légal d'un grand pays comme la France. C'est la preuve qu'une mauvaise loi, ou une loi vieillie, peut être tellement entrée dans les moeurs qu'elle s'y maintient par routine sans soulever de protestations. Nos descendants feront peut-être en Suisse la même expérience.

IV. La communauté réduite aux acquêts, lorsqu'on a discuté du choix du régime légal, aurait mérité de retenir davantage l'attention du législateur.

Très apparenté avec le régime de l'union des biens avec participation qui a prévalu, il a sur lui l'avantage

d'une construction plus simple et d'une dénomination traditionnelle plus expressive.

Il a tous les inconvénients que nous avons reprochés à l'union des biens, touchant la difficulté qu'il y a à établir, après de longues années de mariage, la consistance des apports et l'importance des acquêts. Il convient à l'industrie et au commerce, particulièrement lorsque l'épouse exerce personnellement une activité dans l'entreprise de son mari.

Il diffère de l'union des biens sur des points qu'il faut dégager de la nature des deux régimes, mais qui ne ressortent pas clairement de la loi.

1^o Dans l'union des biens, les acquêts appartiennent au mari et l'épouse n'a sur eux qu'une expectative qui se traduira, à la dissolution, par une créance, une prétention et qui n'est pas un droit de propriété.

Dans la communauté d'acquêts, les biens communs appartiennent déjà durant le mariage aux deux époux, en main commune. Ils n'en disposent, selon les règles de la communauté, que conjointement.

2^o Dans l'union des biens, l'épouse répond seule sur son apport de ses dettes personnelles. Dans le régime de la communauté d'acquêts, les acquêts répondent en outre des dettes de l'épouse.

3^o Le bénéfice de la communauté appartient par moitié à chacun des conjoints ou à ses héritiers. Dans l'union des biens, le partage a lieu $\frac{2}{3}$ au mari ou à ses héritiers, $\frac{1}{3}$ à la femme ou à ses descendants.

4^o Selon l'exposé des motifs (art. 265 à 268 p. 191), la communauté d'acquêts ne se liquiderait pas d'après les mêmes règles que l'union des biens. Le mari ne serait pas passible sur ses biens des récompenses dues à l'épouse et le mari ne pourrait prélever sur les acquêts ses apports n'existant pas en nature que s'ils avaient péri sans sa faute. On part ainsi de l'idée qu'il y a trois complexes de biens, apport du mari, apport de la femme et communauté. La communauté seule serait responsable de

l'apport de l'épouse et non le mari. Cela nous paraît faux, le mari est le chef de la communauté. Il administre les biens de sa femme, le concours de cette dernière ne supprime pas sa responsabilité et il est juste qu'il soit subsidiairement responsable sur ses propres biens du déficit dans l'apport de la femme. Quant à l'apport du mari, ce qui ne se retrouve pas en nature doit être pris sur la communauté; il serait injuste de laisser le mari en perte, alors que, par son travail et probablement grâce à sa fortune personnelle, il aurait amassé des acquêts.

V. Enfin, la séparation de biens.

Nous savons déjà que la loi l'impose comme suprême remède, soit d'office, soit par décision du juge, dans les cas de crise financière ou de négligence par le mari de ses devoirs. Ce même régime, prévu par le Code pour des temps troublés, des époux en nombre toujours plus grand l'adopteront dans le bonheur, à titre préventif et comme s'adaptant parfaitement à leur situation.

Nous ne méconnaissons pas les reproches qu'on lui adresse, dont quelques-uns sont fondés et d'autres fort exagérés. Nous admettons que, pour des motifs politiques, il n'était pas possible, lors de l'élaboration du Code, d'en faire le régime légal du pays et qu'il convient mal aux populations rurales. Nous savons qu'en apparence il est une négation de la conception pure et idéale du mariage et qu'au moment où deux jeunes époux s'unissent pour la vie, il semble être une réticence au oui sacramentel et une réserve fâcheuse à la confiance mutuelle qui est à la base de toute union heureuse. Nous savons tout cela, nous savons aussi que la séparation de biens peut être le pire des régimes pour une femme inexpérimentée, qui abandonne son avoir sans contrôle à son mari. Nous trouvons néanmoins dans la séparation de biens des avantages qui prévalent sur les inconvénients.

Quel que soit son sentiment à cet égard, on doit constater que les mœurs évoluent vers une plus grande indépendance de la femme mariée et vers l'égalité des

sexes. L'exemple de l'Empire Britannique, où la femme est depuis longtemps seule maîtresse de ses biens, prouve que la séparation de biens n'a aucun effet démoralisant sur la famille. Plusieurs codes modernes en ont fait leur régime légal. La femme a été proclamée majeure; toutes les professions, toutes les occupations lui sont ouvertes. Célibataire, elle dispose librement de ses biens. Vient-elle à se marier, elle en perd l'administration. La femme mariée est plus mal placée que la célibataire. En même temps que grandit son niveau intellectuel et social, il convient de donner à la femme, même mariée, le sentiment de sa responsabilité, plutôt que des garanties et des privilèges.

Il est inutile d'insister sur les avantages pratiques du régime. Toutes les complications des autres régimes sont évitées. Dans des circonstances normales, tout se passe comme s'il n'y avait ni loi, ni contrat. L'épouse remet, si cela lui convient, la direction de sa fortune à son mari. C'est là une confiance librement consentie, d'une qualité morale supérieure à celle imposée par la loi. Se produit-il quelque incident, l'épouse récupère ses droits, avec le minimum de formalité, sans bruit, sans intervention du juge. Les circonstances s'aggravent-elles, l'épouse n'a pas de procès à faire pour obtenir sa séparation et si la vie commune doit cesser, le conflit est au moins allégé des irritantes questions d'argent.

Significatif est le fait que la séparation contractuelle est désirée tout autant par l'époux que par l'épouse. Les années de guerre ont enseigné ce qu'il en coûte d'être administrateur des biens de sa femme et la séparation supprime cette responsabilité.

Enfin, l'expérience prouve que la séparation de biens, convenue et publiée dès le mariage, ne nuit pas au crédit des époux. Les créanciers sont prévenus et préfèrent à une situation ambiguë une situation nette.

On a suggéré (Gmür p. 697) d'augmenter la popularité de la séparation de biens en accordant à l'épouse un privilège pour la partie de ses biens qu'elle aurait confiée à son

mari. Ce serait, à notre avis, une inconséquence et cela affaiblirait chez l'épouse le sentiment de sa responsabilité qui doit au contraire être stimulé. Toujours est-il que l'épouse séparée de biens qui abandonne à son mari la disposition de ses biens se met dans la pire des situations (voir le rapport de Mr. Schweizer p. 111). C'est une ombre épaisse au brillant tableau que nous avons tenté d'esquisser, mais cette ombre ira en s'atténuant dans la mesure où la jeune fille, et spécialement la jeune fille fortunée, sera, par une meilleure éducation, mieux instruite des difficultés de la vie et mise plus en contact avec les réalités de l'existence.

La dot que, dans le régime de la séparation de biens, l'épouse peut se constituer à son mari, est, elle, pourvue du privilège en cas de faillite et c'est justice, puisqu'elle n'en a pas l'administration.

Loyalement, nous déclarerons pour en finir avec la séparation de biens, que la popularité qui s'attache et s'attachera à ce régime a d'autres causes moins pures que celles que nous avons citées. Il est indéniable, d'une part, que certains époux, en adoptant la séparation de biens, se disent qu'ils pourront plus facilement, si leurs affaires tournent mal, faire passer tel bien, de l'un à l'autre, ou entreprendre un commerce au nom de l'épouse, si celui exploité au nom du mari périclité. Ces calculs se révèlent plus souvent faux que justes et les tripotages qui échappent à la vigilance du créancier n'ont pas une grande portée.

D'autre part, le régime de la séparation est celui qui nécessite le moins d'inventaires. Il n'est pas indispensable dans un contrat de séparation d'énoncer en détail les apports des époux. Dans les autres régimes, il est particulièrement important que les biens des époux soient inventoriés et inventoriés souvent et en détail. Bien des gens ne tiennent pas du tout à faire l'étalage relativement public de leur fortune, pour des raisons de discrétion qui sont louables et surtout pour des motifs fiscaux qui le sont moins.

§ 5. De la validité de certaines clauses des contrats de mariage.

Dans les pays où la liberté des contrats de mariage était dès longtemps en vigueur, la pratique a développé toute une floraison de combinaisons et de clauses spéciales dont la reproduction dans les conventions entre époux a fait en quelque sorte un droit coutumier.

I. En obligeant les époux à adopter l'un des régimes prévus, l'art. 179 CCS a limité nécessairement la liberté des contrats. Cette limitation n'a cependant pas eu comme conséquence de rendre illégales toutes les clauses de style qu'on trouvait dans nos contrats. Du reste, le Code ouvre lui-même la porte à bien des combinaisons, en autorisant, sous tous les régimes, la constitution de biens réservés et en permettant même expressément la co-existence de deux régimes (art. 237, 238 et 241). La démarcation de ce qui, dans ces combinaisons, est admissible ou interdit n'est pas facile à tracer. On peut dire qu'il n'est pas permis de modifier un régime par une clause qui serait contraire à sa nature ou qui restreindrait dans une mesure exagérée ou imprécise son application. Le Département Fédéral de Justice a décidé que l'inscription d'une participation au bénéfice, greffée sur une séparation de biens, n'était pas recevable. Contre Gmür, nous pensons qu'il en serait de même et à plus forte raison d'une société d'acquêts jointe à une séparation de biens. Les biens réservés comme paraphernaux doivent être déterminés ou déterminables. On ne pourrait donc pas excepter de l'union des biens „tous les biens présents“ ou „tous les biens à venir“, mais bien tous les immeubles ou „l'héritage éventuel de ma tante X“. Si dans l'union des biens on réserve comme paraphernaux tous les biens présents et à venir de l'épouse, ce serait nul ou plutôt ce serait adopter la séparation. Licite, par contre d'exclure tous les biens présents (à condition de les énumérer).

II. Le régime dotal du Code Civil Français repose sur le principe de l'inaliénabilité de la dot. Cette

inaliénabilité est absolue et opposable aux tiers. Toute aliénation de la dot est nulle. Mais le régime dotal est un régime conventionnel et l'inaliénabilité peut être supprimée ou limitée. C'est sur la base de ce principe que la pratique a construit la clause très répandue en France de l'obligation du remploi. Le mari dotal peut, en vertu de cette clause, aliéner la dot, mais à charge de faire immédiatement emploi du produit de l'aliénation, en biens, titres et créances limitativement énumérés au contrat et frappés à leur tour de l'obligation de remploi. Les tiers (acquéreurs des biens dotaux) sont personnellement responsables de l'exécution du remploi. Il est évident qu'une clause stipulant l'inaliénabilité des biens de l'épouse, à l'instar du régime dotal, serait nulle en Suisse et de nul effet, comme contraire à l'ordre public. L'obligation de remploi pourrait être insérée dans un contrat, mais ne pourrait être inscrite au R.R.M. ni être opposable aux tiers.

III. Une clause fréquente est celle qui permet au survivant des époux de conserver, par préciput, tous les meubles, linges et objets formant le ménage et appartenant à l'un ou à l'autre époux. Cette clause, qui n'intéresse pas les tiers, est parfaitement licite. Si le mobilier dépend d'une communauté, son attribution sera considérée comme un mode de partage autorisé par l'art. 226 et le contrat pourra revêtir la simple forme de l'acte authentique. En revanche, si le mobilier appartient à des époux mariés sous le régime de l'union des biens ou séparés de biens, la clause devra se régulariser sous la forme d'un pacte successoral.

IV. Nous arrivons à la même conclusion pour la clause dite de fonds de commerce, en vertu de laquelle le survivant des époux peut retenir pour son compte personnel le commerce exploité par l'autre ou par les deux époux, avec les marchandises, le droit au bail et tout ce qui en dépend. Cette clause, fréquemment usitée, ne saurait être opposable aux tiers. Sous le régime de la communauté, elle serait considérée comme un mode de partage. Sous les autres régimes, un pacte successoral serait nécessaire.

V. Enfin, les „trustees“. Nous regrettons que le Code n'ait pas expressément prévu la faculté de faire gérer, en partie tout au moins, les biens de l'un ou l'autre époux par des tiers (fideicommissaires) ou par l'autorité tutélaire. Cette institution qui est fortement organisée en Angleterre et en Amérique aurait pu rendre de très grands services.

Est-elle conciliable avec le droit suisse et dans quelle mesure ?

Les biens que la loi place sous l'administration du mari, c'est à dire les biens qui ne sont pas réservés et qui sont soumis au régime de l'union des biens, sous ce régime ou sous le régime de la communauté, ne peuvent pas être placés sous une autre administration que celle du mari. Ils ne peuvent être confiés à la gérance de l'épouse non plus qu'à celle d'administrateurs désignés irrévocablement par les deux époux.

Un mari ou une femme peuvent-ils par contrat de mariage donner à un bien la qualité de bien réservé et le soumettre en même temps à un régime d'administration incommutable, pareil aux trustees anglais ? Nous pensons qu'une telle disposition serait sans valeur, comme étant contraire à l'inaliénabilité des droits personnels (art. 27 du CCS).

En revanche, si le bien réservé provient de la libéralité d'un tiers, dans la limite autorisée par l'art. 190, 2^{me} al.,¹⁾ cette libéralité pourra valablement être soumise à l'obligation d'être gérée par des tiers, comme elle pourrait l'être de toute autre charge, notamment d'un charge de restitution.

Nous pensons également que dans le régime de la séparation de biens, la dot que l'épouse est libre de constituer ou de ne pas constituer à son mari peut être valablement grevée de la même charge.

¹⁾ Le texte français de cet alinéa ne correspond pas au texte allemand. Il ne s'agit pas de la réserve qu'un époux possède dans la succession de son conjoint, mais de la réserve à laquelle il a droit dans la succession d'un de ses parents.