

Éléments constitutifs du système matrimonial helvétique

Gabriela Eisenring

Volume 22, Number 1, March 1991

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058173ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058173ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Eisenring, G. (1991). Éléments constitutifs du système matrimonial helvétique. *Revue générale de droit*, 22(1), 181–193. <https://doi.org/10.7202/1058173ar>

Article abstract

The author wants to determine the constituent elements of the present Helvetian matrimonial system. The analysis of the matrimonial law codification's historic evolution shows that the Helvetian matrimonial system's present structure is a product of a secularization process which emerged into a compulsory civil marriage, constituting — in a certain way — a violation of the freedom of religion and of conscience.

The author then confirms that some of these constituent elements of marriage, such as unity, equality and heterosexuality, are truly inherent to marriage and cannot be overlooked by the legislator. Other elements such as dissolubility and consent reduced to a simple formal declaration to contract marriage seem to affect seriously the essence of marriage.

In order to define clearly what marriage is as opposed to other forms of non matrimonial community such as concubinage, the author concludes by underlining the importance of an appropriate definition of marriage, its properties and its finality. This would allow for an enhancement of true marriage as required by human dignity.

Éléments constitutifs du système matrimonial helvétique*

GABRIELA EISENRING
Docteur en droit canonique,
Université de Zurich

RÉSUMÉ

L'auteur s'efforce de déterminer les éléments constitutifs de l'actuel système matrimonial helvétique. L'analyse de l'évolution historique de la codification du droit matrimonial montre que la structure du système matrimonial helvétique est le produit d'un processus de sécularisation qui a débouché sur un mariage civil obligatoire, ce qui constitue — d'une certaine manière — une violation de la liberté religieuse et de la liberté de conscience.

En examinant ces éléments, l'auteur confirme que certains d'entre eux, comme l'unité, l'égalité et l'hétérosexualité du mariage, sont réellement inhérents au mariage et ne peuvent être ignorés du législateur. D'autres, par contre, comme celui de la dissolubilité et celui du

ABSTRACT

The author wants to determine the constituent elements of the present Helvetian matrimonial system. The analysis of the matrimonial law codification's historic evolution shows that the Helvetian matrimonial system's present structure is a product of a secularization process which emerged into a compulsory civil marriage, constituting — in a certain way — a violation of the freedom of religion and of conscience.

The author then confirms that some of these constituent elements of marriage, such as unity, equality and heterosexuality, are truly inherent to marriage and cannot be overlooked by the legislator. Other elements such as dissolubility and consent reduced to a simple formal declaration to

* Traduction française d'un rapport présenté au V^e Congrès International de Droit Ecclésiastique de l'État organisé par l'Institut des Sciences de la Famille, Université de Navarre (21 au 25 mai 1990).

consentement réduit à une simple déclaration formelle de la volonté de contracter mariage, semblent porter atteinte à l'essence même du mariage.

L'auteur conclut en relevant l'importance d'une définition appropriée du mariage, de ses propriétés et de sa finalité afin de délimiter clairement le mariage face à d'autres formes de communautés non matrimoniales telles que le concubinage. Cela permettrait une revalorisation du vrai mariage exigé par la dignité de la personne humaine.

contract marriage seem to affect seriously the essence of marriage.

In order to define clearly what marriage is as opposed to other forms of non matrimonial community such as concubinage, the author concludes by underlining the importance of an appropriate definition of marriage, its properties and its finality. This would allow for an enhancement of true marriage as required by human dignity.

SOMMAIRE

I. Données historiques	182
II. Le droit matrimonial et la Constitution	185
III. Le principe du caractère obligatoire du mariage civil	186
IV. Le principe de l'unité du mariage	187
V. Le principe de l'hétérosexualité	187
VI. Le principe du consentement matrimonial	188
VII. Le principe de l'exclusivité du mariage en relation avec d'autres formes de communautés de vie	188
VIII. Le principe de la dissolubilité	190
IX. Le principe de l'égalité juridique entre les époux	191
X. Considérations finales	192

I. DONNÉES HISTORIQUES

Depuis le Moyen-Âge, la doctrine et la morale chrétienne ont non seulement eu une grande influence sur les aspects sociaux du mariage mais également sur son développement en tant qu'institution juridique¹. Le

1. Cf. P. JAEGGI, "Das verweltlichte Eherecht", ouvrage collectif, *Freiburger Veröffentlichungen aus dem Gebiete von Kirche und Staat*, Bd. 11, Freiburg, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1955, p. 7.

christianisme eut une influence sur la structure du droit matrimonial à des degrés divers, selon les circonstances²: là où le mariage catholique était définitivement en vigueur, l'Église se déclara législateur direct, unique et seul compétent; mais là où, dominé par des idéologies absolutistes ou réformistes, l'État devenait législateur unique, l'influence de l'Église se fit surtout sentir dans le contenu de cette législation qui suivait fondamentalement des modèles chrétiens, bien que le droit matrimonial pût varier selon les confessions³. Quoiqu'il en soit, on peut dire que grâce à la collaboration entre l'Église et l'État, il existait en Occident un système matrimonial chrétien.

En Suisse, jusqu'au milieu du XIX^e siècle, le système matrimonial en vigueur était également influencé par le christianisme⁴. La réglementation du droit matrimonial était de la compétence de chaque canton et non de la Confédération. Les lois matrimoniales cantonales étaient encore pour la plupart confessionnelles. Par conséquent, dans les cantons catholiques c'était le droit canon qui était en vigueur, le mariage canonique étant le seul reconnu; l'État laissait aux tribunaux ecclésiastiques le soin de juger de la validité du mariage et de la séparation chez les catholiques⁵.

Dans les cantons protestants il existait un droit matrimonial civil, mais également confessionnel⁶; et dans les cantons où les deux confessions étaient pratiquées, le droit canon était en vigueur pour les catholiques, et pour les protestants, c'était le droit civil, bien qu'également confessionnel⁷.

Néanmoins, cette réglementation entraîna rapidement de sérieux problèmes dans le cas de mariages mixtes. Le processus de sécularisation du droit matrimonial se mit alors en marche: la Confédération établit deux

2. Pour une vue d'ensemble, voir H. COING, *Europäisches Privatrecht. Band I: Aelteres Gemeines Recht (1500-1800)*, Munich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, pp. 224-245 et *Id.*, *Europäisches Privatrecht. Bd. II: 19 Jahrhundert. Ueberblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern*, Munich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1989, pp. 303-319.

3. Cf. P. JAEGGI, *op. cit.*, note 1, pp. 7-8. Voir aussi H. COING, *Id.*, p. 224.

4. Sur le développement du droit matrimonial et la situation au XIX^e siècle, voir E. HUBER, *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechtes*, Bd. I, Bâle, C. Detloff's Buchhandlung, 1886, pp. 177-391; F. VON WYSS, "Die Eheschliessung in ihrer geschichtlichen Entwicklung nach den Rechten der Schweiz", in *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, Bâle, Bahnmaier's Verlag (C. Detloff), 20. Bd., 1978, pp. 85-186; E. HIS, *Geschichte des neuern Schweizerischen Staatsrechts, 2. Bd.: Die Zeit der Restauration und der Regeneration 1814-1848*, Bâle, Verlag von Helbing & Lichtenhahn, 1929, p. 458-460; J.C. BLUNTSCHLI, *Gesammelte kleine Schriften, I. Bd. Aufsätze über Recht und Staat*, Nördlingen, Verlag der C.H. Beck'schen Buchhandlung, 1879, pp. 134-180.

5. Cf. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (Hrsg. H. COING), Bd. III/2, Munich, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1982; W. KUNDERT, *Einzelgesetzgebungen Schweiz*, III. Ehe- und Familienrecht, p. 2036.

6. Cf. *ibid.*

7. Cf. P. JAEGGI, *op. cit.*, note 1, pp. 9 et ss.

lois qui réglaient aussi bien la célébration que le divorce de ces mariages⁸. Bien qu'à cette époque la Confédération ne disposât pas encore du pouvoir législatif en matière de droit matrimonial, elle justifiait son action en s'appuyant sur l'article 44 alinéa 2 de la *Constitution Fédérale de 1848*, qui lui attribuait la fonction de surveiller et de conserver la paix confessionnelle dans l'État fédéral. Avec cette loi l'État obligeait les cantons catholiques à célébrer les mariages mixtes en présence d'un fonctionnaire de l'État, et rendait possible le divorce de tels mariages par des tribunaux civils.

Finalement, en 1874-75, on parvint à des modifications fondamentales de la législation civile, qui eurent pour conséquence la sécularisation du droit matrimonial.

L'article 54 de la *Constitution Fédérale de 1874* déclara le droit au mariage droit individuel fondamental, protégé par la Confédération, et la limitation de ce droit pour des motifs « confessionnels, de police ou économiques » fut interdite par la Constitution. Cette réglementation était surtout dirigée contre les obstacles au mariage du droit canonique.

De même, il fut inscrit à l'article 58 alinéa 2 de la Constitution que la juridiction ecclésiastique était abolie, et à l'article 53 que les décisions et les registres de l'état civil ressortaient du pouvoir législatif de la Confédération. Une loi sur l'état civil fut promulguée à cet effet le 24 décembre 1874, qui réglementait à son tour les questions fondamentales du droit matrimonial⁹. Cependant, ce n'est que lors de la révision de la Constitution du 13 novembre 1898 que fut octroyé à la Confédération de manière définitive le pouvoir législatif en matière de droit matrimonial, donnant ainsi une base constitutionnelle à la loi sur l'état civil qui régleme le mariage¹⁰.

La base constitutionnelle une fois établie, le *Code civil suisse* entra en vigueur le 1^{er} janvier 1912, en remplacement de la loi de 1874 sur l'état civil¹¹. C'est le Code actuellement en vigueur, bien que certaines modifications aient été apportées, par exemple au droit de filiation et à l'adoption. En ce qui concerne le droit matrimonial, les nouveaux titres 5 et 6 du *Code civil suisse* sur les effets du mariage et le régime matrimonial

8. Cf. Loi fédérale du 3.12.1850 sur les mariages mixtes : texte en allemand dans *Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen*, Berne, Bd. 2, Stämpflische Buchdruckerei, 1851, p. 130 ; complétée par une Loi fédérale du 3.2.1862 réglant le divorce de ces mariages : *id.*, Bd 7, Berne, Stämpflische Buchdruckerei, 1864, p. 126.

9. Cf. Loi fédérale du 24.12.1874 sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage : texte en allemand dans P. WOLF (Hrsg), *Die schweizerische Bundesgesetzgebung. Nach Materie geordnete Sammlung der Gesetze, Beschlüsse, Verordnungen und Staatsverträge der Schweizerischen Eidgenossenschaft, sowie der Konkordate*, Bâle, Druck und Verlag der Buchdruckerei Kreis, 1905, pp. 217-225.

10. Cf. art. 64 al. 2 de la Constitution fédérale. Cet article confirme que la Confédération détient le pouvoir législatif sur toutes les matières de droit civil.

11. Cf. art. 90-251 du *Code civil suisse* du 10 décembre 1907, in *Recueil systématique du droit fédéral*, Berne, Chancellerie fédérale suisse : SR 210 (ci-après cité : CC).

des biens entrèrent en vigueur le 1^{er} janvier 1988. Restent encore à modifier les titres régissant la célébration et la dissolution du mariage.

On peut dire en conclusion que le législateur helvétique exige l'exclusivité de la codification du droit matrimonial : célébration, dissolution, effets du mariage et régime matrimonial. Nous traiterons ci-dessous — brièvement, étant donné les limites de cet exposé — des éléments constitutifs permettant de comprendre le système actuel et sa relation avec les libertés fondamentales de l'individu. Les aspects relatifs au régime matrimonial ne seront pas abordés dans cet exposé, étant donné qu'ils sortiraient du cadre de notre objectif, vu leur complexité.

En premier lieu en guise de préambule, il est intéressant de souligner la relation entre le droit matrimonial et la Constitution en Suisse.

II. LE DROIT MATRIMONIAL ET LA CONSTITUTION

La Constitution helvétique ne contient aucune norme reconnaissant expressément l'institution du mariage et, par conséquent, de la famille, comme élément fondamental de la société. Néanmoins, la doctrine et la jurisprudence admettent que cette reconnaissance est comprise dans le droit au mariage établi par l'article 54 de la Constitution¹². Le droit du mariage d'autre part, ne s'appuie pas seulement sur l'article 54 de la Constitution, mais aussi sur l'article 12 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui a, en Suisse, rang de droit fondamental.

D'autres articles de la Constitution se réfèrent également au mariage et à la famille. Parmi ceux-ci, à noter le rôle important que joue la norme contenue dans l'article 4 alinéa 2, établissant une égalité juridique entre l'homme et la femme, particulièrement au sein de la famille. De plus, l'article 34^{quinquies} alinéa 1 stipule que la Confédération doit tenir compte des besoins de la famille dans l'exercice de ses pouvoirs et dans les limites de la Constitution ; et l'article 34^{sexies} alinéa 2 *lit. b* confère à la Confédération la faculté de soutenir des efforts pour promouvoir des logements en faveur des familles. L'article 8 alinéa 1 de la Convention européenne des droits de l'homme garantit à son tour le respect de la vie familiale.

La doctrine s'est penchée sur la relation réelle entre le droit constitutionnel et le droit de la famille, et s'il était possible de déduire de la Constitution actuelle les droits fondamentaux de la famille¹³. Ce n'est pas

12. Cf. Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse, 101^e volume, 1^{re} partie a), Lausanne, Imprimeries Réunies S.A., 1975, p. 25 (ci-après cité : ATF 101 la 25) et G. MÜLLER, "Zum Verhältnis von Verfassung, Familienpolitik und Familienrecht", ouvrage collectif, *Festschrift für Cyrill Hegnauer zum 65. Geburtstag*, Berne, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1986, p. 238.

13. Affirmé par P. SALADIN, "Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts", ouvrage collectif, *Familienrecht im Wandel. Festschrift für Hans Hinderling*", Bâle/Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn Verlag AG, 1976, pp. 184 et ss. et pp. 191 et ss. D'un autre avis, G. MÜLLER, *op. cit.*, note 12, pp. 239-241.

ici le lieu de débattre d'un tel problème ; néanmoins, on peut affirmer que le droit de la famille présente de nombreuses connexions avec le droit constitutionnel, surtout dans le domaine des libertés fondamentales de l'individu. Nous verrons plus loin les éléments constitutifs du système matrimonial helvétique par rapport à ces libertés.

On peut citer en premier lieu celui qui se réfère au type de système matrimonial retenu : le législateur s'est prononcé pour le principe du caractère obligatoire du mariage civil.

III. LE PRINCIPE DU CARACTÈRE OBLIGATOIRE DU MARIAGE CIVIL

Le système matrimonial helvétique est fondé sur le mariage civil, obligatoire pour tous les citoyens. L'État détient l'exclusivité de la juridiction et de la législation en matière matrimoniale. Cette réglementation trouve toute son expression dans le fait que la cérémonie du mariage doit avoir lieu en présence de l'officier de l'état civil compétent¹⁴. Cet officier ne peut pas être un ecclésiastique¹⁵. L'État ne reconnaît pas non plus, comme nous l'avons vu, la juridiction de l'Église, selon l'article 58 alinéa 2 de la Constitution¹⁶.

Cela ne signifie pas, cependant, que l'État interdise l'exercice des fonctions de droit matrimonial de la part de l'Église, une fois que la fonction de l'État a été remplie. Le mariage religieux ne peut être célébré que sur présentation du certificat du mariage civil. Toute contravention est punie par une amende. Le législateur suisse spécifie que le mariage religieux n'est pas concerné par ces normes légales¹⁷.

On assiste ainsi à un dualisme entre les fonctions de l'Église et de l'État, non pas de nature juridique, mais réelle, étant donné que ce que l'Église mène à bien, l'État l'ignore¹⁸. Cela s'exprime concrètement par le fait que si un mariage n'a pas été célébré devant un officier de l'état civil, ce mariage n'existe pas pour le législateur : il n'a pas d'effet juridique, c'est un *matrimonium non existens*¹⁹.

Cette réglementation fut introduite par l'État afin d'éviter de possibles conflits pouvant naître de ce dualisme. Il s'agit d'une réelle

14. Art. 117 al. 2 CC : « Après leur réponse affirmative, il les déclare légalement unis par le lien du mariage, en vertu de leur mutuel consentement ».

15. Art. 41 al. 1 CC : « Les registres de l'état civil sont tenus par des fonctionnaires laïques ».

16. Cf. ATF 106 II 180.

17. Art. 118 al. 3 du *Code civil suisse* : « Les dispositions de la loi civile ne concernent d'ailleurs pas le mariage religieux ».

18. Cf. P. JAEGGI, *op. cit.*, note 1, p. 18.

19. Cf. P. TUOR, B. SCHNYDER, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 10^e éd., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG Zürich, 1986, p. 156.

intervention dans la liberté de l'Église. Du point de vue de la liberté religieuse, également, elle pose problème, étant donné que les catholiques doivent donner leur consentement devant un fonctionnaire civil, agissant ainsi à l'encontre de leur conscience, ou exprimer leur consentement *pro forma*, en l'absence de volonté contractuelle d'un mariage civil²⁰. Néanmoins, ce conflit n'a pas de grandes conséquences pratiques, car l'Église s'en tient à l'interdiction de l'État, et l'État, quant à lui, est uniquement intéressé par le respect de la forme.

IV. LE PRINCIPE DE L'UNITÉ DU MARIAGE

Le système matrimonial helvétique a clairement opté pour l'unité du mariage. Bien que le législateur n'en donne pas dans le Code une définition expresse, la doctrine y voit un mariage monogame²¹. En d'autres termes, le mariage unit *une* femme à *un* homme. C'est également ce que l'on peut déduire de l'interprétation de l'article 159 du *Code civil*, dont le premier paragraphe stipule que la célébration du mariage crée l'union conjugale. De l'interprétation de ce paragraphe découle clairement le caractère monogame du mariage²².

C'est ce qui ressort également du fait que le législateur exige de toute personne qui veut contracter un nouveau mariage qu'elle prouve que l'ancien ait été dissous, par la mort ou le divorce²³. De même, un mariage est déclaré nul si, au moment de sa célébration, l'un des conjoints était déjà marié²⁴. Le *Code pénal suisse* punit enfin la polygamie, en son article 215.

V. LE PRINCIPE DE L'HÉTÉROSEXUALITÉ

Comme nous l'avons vu, le législateur ne spécifie pas dans le Code ce qu'il entend par mariage, ce qui ne veut pas dire qu'à partir de la définition apportée par la doctrine, il ne soit pas possible d'en déduire certaines caractéristiques. La doctrine a toujours considéré le mariage comme une communauté de vie entre un *homme* et une *femme*²⁵. En ce sens, la loi considère comme mariage *non existens* l'union de deux personnes du même

20. Cf. P. JAEGGI, *op. cit.*, note 1, p. 31.

21. Cf. C. HEGNAUER, *Grundriss des Eherechts*, 2^e éd., Berne, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1987, p. 25.

22. Cf. A. HAUSHEER, R. REUSSER, TH. GEISER, *Kommentar zum Eherecht*, Bd. I, Kommentar zu Art. 159-180 ZGB und zu Art. 8a und 8b SchIT, Berne, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1988, p. 28.

23. Art. 101 CC: « Toute personne qui veut se remarier doit établir que son précédent mariage a été dissous par le décès, le divorce ou un jugement en nullité ».

24. Art. 120 ch. 1 CC: « Le mariage est nul: [...] Lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration; [...] »

25. Cf. C. HEGNAUER, *op. cit.*, note 21, p. 25.

sexe²⁶. De même, une personne mariée ayant subi après son mariage un changement de sexe, n'en peut demander la correction sur le registre civil qu'après avoir fait constater l'invalidité de son mariage ou son divorce²⁷.

VI. LE PRINCIPE DU CONSENTEMENT MATRIMONIAL

Le système matrimonial helvétique se base clairement sur le principe du consentement matrimonial des deux époux. C'est dans ce sens que l'on qualifie le mariage de contrat. L'article 117 alinéa 2 du *Code civil* reprend ce principe en spécifiant que c'est le mutuel consentement qui rend le mariage légal. La déclaration de ce consentement est donc nécessaire pour que le mariage puisse être célébré.

L'article 120 chiffre 4 du *Code civil* traite d'un cas concret. Il y est stipulé qu'un mariage contracté par une femme n'ayant pas l'intention de fonder une communauté de vie, mais uniquement d'obtenir la nationalité suisse par mariage, est considéré comme fictif, et par conséquent nul. Le problème qui se pose au catholique, comme nous l'avons vu, est qu'il se trouve dans l'obligation de donner son consentement matrimonial alors même qu'il est convaincu que le mariage civil n'est pas valable²⁸.

Pour le législateur helvétique l'importance du principe du consentement réside dans une simple déclaration de volonté de contracter mariage, c'est-à-dire que la question du contenu de cette volonté ne se pose pas. L'État ne s'intéresse pas aux causes de nullité, et ne définit pas la finalité du mariage, qui sert de règle à l'établissement de la capacité, de l'empêchement et du consentement au mariage. En revanche, dans le droit canonique, le contenu du consentement est fondamental.

VII. LE PRINCIPE DE L'EXCLUSIVITÉ DU MARIAGE EN RELATION AVEC D'AUTRES TYPES DE COMMUNAUTÉS DE VIE

Le législateur helvétique régleme la communauté de vie entre un homme et une femme comme seule forme légale. Bien que la question du concubinage soit à l'étude et que tout le monde n'accepte pas la réglementation existante²⁹, le législateur helvétique n'a pas l'intention d'assimiler le concubinage au mariage, et par conséquent la personne qui

26. Cf. P. TUOR, B. SCHNYDER, *op. cit.*, note 19, pp. 156-157.

27. Cf. C. HEGNAUER, *op. cit.*, note 21, p. 63. Voir aussi A. HAUSHEER, R. REUSSER, TH. GEISER, *op. cit.*, note 22, p. 29.

28. Cf. P. JAEGGI, *op. cit.*, note 1, p. 31.

29. Voir par ex. la proposition faite par P. WEIMAR, "Zur Kritik des neuen Eherechts", in *Revue Suisse de Jurisprudence*, Bd. 81, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1985, pp. 205-209.

ne contracte pas mariage n'a ni les droits ni les devoirs des conjoints. C'est pourquoi on interprète habituellement la tutelle constitutionnelle du mariage contenue dans l'article 54 de la Constitution dans ce sens que la législation ne doit pas favoriser le concubinage et doit avantager les conjoints³⁰. Le Tribunal Suprême Fédéral a également refusé la protection juridique au concubinage afin de ne pas mettre l'institution du mariage en péril. Il a refusé d'assimiler le concubinage au mariage³¹. Par contre, cette non-assimilation du concubinage au mariage ne signifie pas que le droit suisse interdise le concubinage. Il existait encore il n'y a pas longtemps, dans certains cantons, des interdits d'ordre formel, mais uniquement en théorie, et non en pratique.

En droit, les personnes qui vivent en concubinage sont des tiers l'une pour l'autre. Elles peuvent régler leurs relations patrimoniales au moyen de contrats juridiques. Comme l'a exprimé le Tribunal Fédéral, il est possible de considérer, selon les circonstances, que le concubinage est une société simple fondée tacitement³². Le concubinage n'est pas considéré comme immoral (contraire aux bonnes moeurs) ni illégitime³³. Il existe uniquement une obligation alimentaire et de contribution aux dépenses communes quand cela a été convenu, expressément ou tacitement. Chacune des parties peut mettre fin à la relation de concubinage à n'importe quel moment³⁴. En cas de dissolution du concubinage, il peut être justifié de procéder à une liquidation patrimoniale selon les règles de la société simple³⁵.

Bien que le législateur n'ait pas l'intention d'aligner le concubinage sur le mariage, il faut admettre que la tolérance dont jouit le concubinage a eu pour effet une détérioration de la situation des personnes mariées. Nous ne donnerons ici que quelques exemples: les époux divorcés qui touchent une pension alimentaire la perdent, selon les articles 151 et 152, en contractant un nouveau mariage, alors que ce n'est pas le cas s'ils se mettent à vivre en concubinage³⁶. Fréquemment, dans certains cantons, lorsque les deux époux exercent une activité lucrative, ils doivent payer davantage d'impôts que les couples vivant en concubinage. Les époux ne reçoivent que 1,5 de la pension de vieillesse individuelle pour les deux, alors que deux personnes non mariées reçoivent le double de cette pension. Il faut noter cependant que ces privilèges du concubinage sont inconstitutionnels³⁷.

30. Cf. ATF 110 la 20, 23.

31. Cf. ATF 108 II 207ss.

32. Cf. ATF 108 II 208; 109 II 228.

33. Cf. ATF 85 II 382.

34. Cf. ATF 108 II 207.

35. Cf. ATF 108 II 207ss.

36. Cf. C. HEGNAUER, *op. cit.*, note 21, p. 34. Néanmoins, après cinq ans de vie de concubinage, le droit à la pension se perd (cf. ATF 109 II 188).

37. Cf. ATF 110 la 7, 21ss.

VIII. LE PRINCIPE DE LA DISSOLUBILITÉ DU MARIAGE

Un autre critère clé de la structure du système matrimonial helvétique est le principe de la dissolubilité du mariage. À cet égard, le droit civil est totalement opposé au droit canon, qui défend son indissolubilité. Nous n'entrerons pas dans cette problématique, et nous nous limiterons à souligner deux tendances nettes qui ressortent de la future révision du divorce et de la séparation.

Le divorce n'existait, jusqu'en 1875, que dans les cantons protestants, et, dans les cantons mixtes, que pour les conjoints protestants. Depuis 1874, le divorce est réglementé par le droit fédéral pour tous les citoyens.

Le législateur reconnaît six causes supposées de divorce : l'adultère, selon l'article 137 ; l'attentat à la vie, sévices et injures graves, selon l'article 138 ; le délit et l'atteinte à l'honneur, selon l'article 139 ; l'abandon, selon l'article 140 ; la maladie mentale, selon l'article 141 ; la dégradation des relations matrimoniales, selon l'article 142. L'article 142 permet au juge de prononcer le divorce « lorsque le lien conjugal est si profondément atteint que la vie commune est devenue insupportable ». Cette dernière cause constitue la clause générale pour tous les cas non spécifiés ailleurs.

Dans la future révision, on prétend éliminer les causes spécifiques, c'est-à-dire toutes les causes sauf la dernière, et introduire le divorce par consentement mutuel, ce qui signifierait en fin de compte un divorce « à la carte »³⁸. Le droit du conjoint innocent, ou le moins coupable, de s'opposer au divorce, actuellement en vigueur, serait également aboli. Il est évident qu'on tend à faciliter le divorce³⁹.

Cette tendance se reflète également dans la tentative, par certains, de faire abolir l'institution de la séparation comme forme juridique alternative du divorce. Cette dernière fut introduite dans le Code pour deux raisons : respecter le droit à la liberté de conscience et de culte, et rendre possible une éventuelle réconciliation des conjoints⁴⁰.

La révision envisage l'abolition de cette institution, étant donné qu'en pratique elle est très rarement utilisée. Quoiqu'il en soit, même si cette institution juridique était conservée, il est prévu que la partie innocente ne pourrait plus s'opposer au divorce passé un certain délai⁴¹.

En conclusion, on assiste à l'avenir à une tendance vers une simplification du divorce et une dévaluation de l'institution juridique de la séparation.

38. Cf. C. HEGNAUER, *op. cit.*, note 21, p. 95.

39. Cf. *ibid.*

40. Cf. P. TUOR, B. SCHNYDER, *op. cit.*, note 19, pp. 165-166.

41. Cf. C. HEGNAUER, *op. cit.*, note 21, p. 98.

IX. LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ JURIDIQUE ENTRE LES ÉPOUX

L'un des principes fondamentaux du système matrimonial actuel est une totale égalité des époux dans le mariage. Ce principe était le principal postulat de la révision des articles du droit matrimonial qui traitent des effets du mariage et du régime matrimonial. Dans ce sens, on s'est efforcé de réaliser l'égalité des époux et leur collaboration pour le bien de l'union conjugale⁴². Cependant, comme on l'a déjà dit, « égalité » ne signifie pas « égalitarisme », mais la possibilité pour chacun des époux d'apporter sa propre contribution à la communauté conjugale⁴³.

Ce postulat introduit lors de la révision est la réponse logique à l'introduction de l'alinéa 2 de l'article 4 de la Constitution, qui est la base constitutionnelle de la législation actuelle sur ce principe. Ainsi, l'égalité est protégée par le droit constitutionnel, avec un mandat à l'État pour son application, surtout au sein de la famille.

Actuellement, dans les parties révisées du droit matrimonial, ce principe a été respecté. Nous en donnons ici quelques exemples en relation avec les effets du mariage, laissant de côté, étant donné sa complexité, le régime matrimonial qui en découle naturellement.

Si, dans le droit antérieur, l'époux était le chef de famille et celui qui décidait du logement familial, dans le nouveau droit il n'est plus fait mention de chef de famille et les deux époux décident du logement familial d'un commun accord⁴⁴. Auparavant, le mari était le représentant absolu de la communauté conjugale et la femme, celle qu'il conviendrait d'appeler la gouvernante (les courses, la femme de ménage, etc.), le mari ayant même la faculté de lui retirer ce pouvoir. Actuellement, chacun des époux peut représenter la communauté conjugale⁴⁵. Le mari avait pour obligation — surtout par son activité lucrative — d'entretenir la famille; à présent, ils doivent y pourvoir tous les deux, chacun selon ses possibilités⁴⁶. Seul l'époux pouvait choisir son activité lucrative, alors que l'épouse devait obtenir le consentement de son mari. À présent, chacun des époux doit prendre en compte les intérêts de l'autre et le bien de la communauté⁴⁷. D'après la loi, la femme devait s'occuper du foyer et aider le mari dans le soin à apporter à la famille. Avec la nouvelle réglementation, le législateur laisse aux époux le soin de répartir les tâches à leur gré⁴⁸.

42. Cf. Message concernant la révision du *Code civil suisse* (Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, in *Feuille Fédérale*, 131^e année, vol. II, pp. 1189 et ss.

43. Cf. A. HAUSHEER, R. REUSSER, TH. GEISER, *op. cit.*, note 22, p. 9.

44. Cf. art. 160 al. 1 et 2 aCC (ancien CC), et art. 162 CC.

45. Cf. art. 162, 163 et 164 aCC et art. 166 CC.

46. Cf. art. 160 al. 2 aCC et art. 163 CC.

47. Cf. art. 167 al. 1 aCC et art. 167 CC.

48. Cf. art. 161 al. 2 et 3 aCC, et art. 163 al. 2 CC.

Néanmoins, le Code contient encore deux exceptions, en ce qui concerne le nom et le droit de cité (communal). Le nom du mari est le nom de famille; mais la femme peut, au moment du mariage, déclarer vouloir garder son nom, en le faisant suivre de celui du mari⁴⁹. La femme reçoit aussi le droit de cité cantonal et communal du mari sans perdre le sien⁵⁰.

Malgré ces deux exceptions, on peut dire qu'en règle générale, le principe d'égalité des époux a été réalisé dans la révision. Il faut à présent que cette législation soit mise en pratique dans la communauté conjugale.

X. CONSIDÉRATIONS FINALES

On peut conclure en disant que la structure du système matrimonial helvétique est le produit d'un processus de sécularisation qui a conduit au mariage civil obligatoire, réglementé de manière exclusive par le législateur. Bien que cette réglementation ne présente pas, dans la pratique, de gros problèmes, le fait d'obliger les citoyens à un type de mariage unique et civil est en soi abusif, car il constitue, d'une certaine manière, une atteinte à la liberté religieuse et à la liberté de conscience.

À notre avis, la reconnaissance des multiples formes du système matrimonial, pour autant qu'elles remplissent les conditions propres au mariage, apporterait une meilleure garantie de ces libertés.

En ce qui concerne la relation entre le mariage et la Constitution, nous avons vu que le législateur fait du mariage l'institution de base de la société, bien qu'il ne le déclare pas expressément. Il n'existe pas encore, dans la Constitution, de déclaration des droits fondamentaux de la famille, comme c'est le cas dans d'autres pays européens. L'une des tâches primordiales de la doctrine serait, à notre avis, d'approfondir cette question, pour qu'une telle déclaration puisse être un jour intégrée à la Constitution.

En ce qui concerne les critères constitutifs analysés ci-dessus, on peut dire que ceux de l'unité du mariage, de l'égalité des époux, de l'hétérosexualité, reflètent des principes inhérents à l'institution du mariage, et qu'ils ne peuvent par conséquent pas être ignorés du législateur.

D'autres critères, par contre, semblent plutôt dégrader l'essence du mariage, comme le principe de dissolubilité, qui conduit à une totale autonomie de la volonté des époux, et le fait que le principe du consentement soit réduit à une simple déclaration formelle de volonté de contracter mariage.

49. Art. 160 CC:

1. Le nom de famille des époux est le nom du mari.
2. La fiancée peut toutefois déclarer à l'officier de l'État civil vouloir conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors, suivi du nom de famille.
3. Lorsqu'elle porte déjà un tel double nom, elle ne peut faire précéder le nom de famille que du premier de ces deux noms.

50. Art. 161 CC: « La femme acquiert le droit de cité de son mari sans perdre le droit de cité qu'elle possédait lorsqu'elle était célibataire ».

Une définition appropriée du mariage, de ses propriétés et de sa finalité permettrait d'arriver à une délimitation de celui-ci face à d'autres formes de communautés non matrimoniales, comme le concubinage, et permettrait de revaloriser le vrai mariage exigé par la dignité de la personne humaine.