

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA RESPONSABILITÉ DU CHEF DE FAMILLE ET L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX

Contribution à l'étude de l'article 333
du Code civil suisse

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit
par

PIERRE-ANDRÉ WESSNER



1981

IMPRIMERIE PAUL ATTINGER S.A., NEUCHÂTEL

LA RESPONSABILITÉ DU CHEF DE FAMILLE
ET L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX

Monsieur Pierre-André Wessner est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée *La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux. Contribution à l'étude de l'article 333 du Code civil suisse.*

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 3 mars 1981

Le doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
Roland RUEDIN

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS	9
BIBLIOGRAPHIE	11
INTRODUCTION	15
PREMIÈRE PARTIE LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX .	17
CHAPITRE PREMIER LA PRÉÉMINENCE DU MARI ET PÈRE DANS LE CODE CIVIL DE 1907	19
§ 1 <i>L'égalité, notion relative en droit civil et en droit constitutionnel</i>	19
§ 2 <i>La conception patriarcale du droit suisse de la famille</i>	19
§ 3 <i>La prééminence du mari dans le droit du mariage</i>	20
§ 4 <i>La prééminence du père dans le droit de la filiation</i>	21
CHAPITRE 2 L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX ET PARENTS DANS LE CODE CIVIL RÉVISÉ	23
§ 5 <i>La situation actuelle de la femme dans la famille et la société</i>	23
§ 6 <i>La révision du droit suisse de la famille</i>	25
§ 7 <i>Le principe de l'égalité des époux</i>	27
§ 8 <i>L'égalité des époux dans le Projet de révision du droit du mariage</i>	29
§ 9 <i>L'égalité des parents dans le nouveau droit de la filiation</i>	31
§ 10 <i>Conclusions</i>	32
DEUXIÈME PARTIE LE CHEF DE FAMILLE	35
CHAPITRE 3 L'AUTORITÉ DOMESTIQUE	37
§ 11 <i>La communauté domestique</i>	37
§ 12 <i>L'autorité domestique</i>	38

CHAPITRE 4 LE CHEF DE FAMILLE DANS LE CODE CIVIL DE 1907	41
§ 13 <i>Notion</i>	41
§ 14 <i>Fondement</i>	41
§ 15 <i>Le père, chef ordinaire de la famille</i>	44
§ 16 <i>La mère, chef subsidiaire de la famille</i>	46
§ 17 <i>D'autres personnes comme chef de famille</i>	47
CHAPITRE 5 LE CHEF DE FAMILLE DANS LE CODE CIVIL RÉVISÉ	49
§ 18 <i>Nécessité d'une nouvelle interprétation des articles 331 et suivants du Code civil</i>	49
A. Le chef de famille dans le cas des père et mère mariés	50
§ 19 <i>Les père et mère, cochefs de la famille</i>	50
§ 20 <i>Justification</i>	50
§ 21 <i>Conséquences</i>	52
B. Le chef de famille dans des cas particuliers	52
§ 22 <i>Observations générales</i>	52
§ 23 <i>Le retrait de l'autorité parentale et autres empêchements</i>	53
§ 24 <i>La suspension ou la dissolution de l'union conjugale</i>	54
§ 25 <i>Le mariage du père ou de la mère</i>	54
§ 26 <i>L'union libre</i>	55
TROISIÈME PARTIE LA RESPONSABILITÉ DU CHEF DE FAMILLE À L'ÉGARD DU LÉSÉ	57
CHAPITRE 6 LE FONDEMENT ET LA NATURE JURIDIQUE DE LA RESPONSABILITÉ	59
§ 27 <i>Le fondement de la responsabilité</i>	59
§ 28 <i>La nature juridique de la responsabilité</i>	60
§ 29 <i>La délimitation de la responsabilité</i>	62
CHAPITRE 7 LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ	65
§ 30 <i>Énoncé</i>	65
A. Les éléments de la responsabilité	65
§ 31 <i>Le préjudice</i>	65
§ 32 <i>L'auteur</i>	66
§ 33 <i>La causalité</i>	66

B. La preuve libératoire	68
§ 34 <i>Les divers moyens libératoires</i>	68
§ 35 <i>La preuve libératoire de l'article 333 du Code civil</i>	69
§ 36 <i>La preuve libératoire lorsque l'auteur est confié à un auxiliaire</i>	73
CHAPITRE 8 LES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ	75
§ 37 <i>La nature juridique de la dette</i>	75
§ 38 <i>Quelques remarques sur l'action en dommages-intérêts</i>	75
CHAPITRE 9 LA RESPONSABILITÉ DES PÈRE ET MÈRE DANS LE CODE CIVIL RÉVISÉ	79
§ 39 <i>Observations préliminaires</i>	79
§ 40 <i>Les solutions allemande et française</i>	79
§ 41 <i>La responsabilité solidaire des père et mère dans le Code civil révisé</i>	82
§ 42 <i>La qualification de la solidarité</i>	87
§ 43 <i>Les effets de la solidarité</i>	92
§ 44 <i>La rupture de la solidarité: l'exonération du père ou de la mère</i>	97
QUATRIÈME PARTIE LES RAPPORTS INTERNES ENTRE LES PÈRE ET MÈRE	105
CHAPITRE 10 LE RECOURS D'UN DES PÈRE ET MÈRE	107
§ 45 <i>La nature juridique du recours</i>	107
§ 46 <i>Les conditions et l'exercice du recours</i>	109
CHAPITRE 11 LA RÉPARTITION INTERNE DE LA DETTE ENTRE LES PÈRE ET MÈRE	111
§ 47 <i>La réglementation du Code des obligations</i>	111
§ 48 <i>Les solutions allemande et française</i>	112
§ 49 <i>Le partage de la dette par moitié, solution ordinaire dans le Code civil révisé.</i>	114
§ 50 <i>Le règlement de la dette</i>	117
CONCLUSIONS	121

TABLE DES ABRÉVIATIONS

ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, de 1811
AF	Assemblée fédérale
AP 1976	Avant-projet de LF modifiant le CC (effets généraux du mariage et régime matrimonial), de 1976
ASS	Annuaire statistique de la Suisse, Bâle
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse (recueil officiel)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich, de 1896
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen, Bâle
Bull. stén.	Bulletin sténographique de l'AF
Bull. off.	Bulletin officiel de l'AF (depuis 1975)
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation française
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation française
CC	Code civil suisse, de 1907
CCF	Code civil français, de 1804
CCI	Code civil italien, de 1942
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
CFO	Code fédéral des obligations, de 1881
Chron.	Chroniques
CN	Conseil national
CO	Code des obligations, de 1911/1936
cons.	considérant(s)
CPCN	Code de procédure civile neuchâtelois, de 1925
Cst. féd.	Constitution fédérale, de 1874
D.	Recueil Dalloz, Paris
DFJP	Département fédéral de justice et police
D.S.	Recueil Dalloz-Sirey, Paris
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Bielefeld
FF	Feuille fédérale, Berne
FJS	Fiches juridiques suisses, Genève
JC	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur périodique ou La Semaine juridique, Paris
JT	Journal des Tribunaux, Lausanne
Jur.	Jurisprudence
LCA	LF sur le contrat d'assurance, de 1908
LCR	LF sur la circulation routière, de 1958
LF	Loi fédérale
<i>lit.</i>	<i>littera</i> (lettre)
LPCF	LF de procédure civile fédérale, de 1947

Mess. 1979	Message du CF concernant la révision du CC (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), de 1979, in FF 1979 II p. 1179 ss
n.	note(s)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München
OJF	LF d'organisation judiciaire, de 1943
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (œuvre citée)
Projet 1979	Projet concernant la révision du CC (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions), de 1979, in FF 1979 II p. 1379 ss
Rap. AP 1976	Rapport explicatif relatif à l'AP de LF modifiant le CC (effets généraux du mariage et régime matrimonial), de 1976
Rap. sit. famille	Rapport sur la situation de la famille en Suisse, publié par l'Office fédéral des assurances sociales, Berne 1978
Rap. sit. femme	La situation de la femme en Suisse, Rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines, première partie, Berne 1979
RDS	Revue de droit suisse, Bâle
RDT	Revue du droit de tutelle, Zurich
Rép.	Répertoire
RJB	Revue de la Société des juristes bernois, Berne
RNRF	Revue suisse du notariat et du registre foncier, Zurich
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RS	(Nouveau) Recueil systématique du droit fédéral
RSJ	Revue suisse de jurisprudence, Zurich
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil, Paris
SJ	Semaine judiciaire, Genève
Som.	Sommaire
TC	Tribunal cantonal
TF	Tribunal fédéral suisse
th.	thèse
VersR	Versicherungsrecht, Karlsruhe
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung, Zurich

BIBLIOGRAPHIE

A. *Traité, commentaires, monographies et articles, cités par le seul nom de l'auteur*

I. SUISSE

Aeby P. *Communauté familiale*, FJS 847 (1945).

Aubert J.-F. *Traité de droit constitutionnel suisse*, I et II, Neuchâtel 1967.

Becker H. Berner Kommentar, VI 1, *Obligationenrecht* (2^e éd.) — Allgemeine Bestimmungen (art. 1-183), Berne 1941.

Brehm R. *Responsabilité civile du chef de famille envers les tiers*, FJS 848 (1967).

Bucher E. Berner Kommentar, I 2.1, *Das Personenrecht* (3^e éd.) — Die natürlichen Personen (art. 11-26), Berne 1976.

— *Schweizerisches Obligationenrecht* (Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht), Zurich 1979.

Bussy A. *Responsabilité automobile* (Accidents d'enfants), FJS 913 (1965).

Corboz B. *Distinction entre solidarité parfaite et imparfaite*, th., Genève 1974.

Deschenaux H. *Révision du régime matrimonial*, RDS 1957 II p. 419 a ss.

Deschenaux H. / Petitpierre G. *Vers une réforme du droit du mariage*, SJ 1975 p. 473 ss (cité: Deschenaux / Petitpierre).

Deschenaux H. / Tercier P. *La responsabilité civile*, Berne 1975 (cité: Deschenaux / Tercier).

Egger A. Zürcher Kommentar, II 2, *Das Familienrecht* (2^e éd.) — Die Verwandtschaft (art. 252-359), Zurich 1943.

— *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung*, RDS 1954 I p. 1 ss.

Engel P. *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchâtel 1973.

Frischkopf E. *Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt*, th., Fribourg 1970.

Gilliard F. *Vers l'unification du droit de la responsabilité civile*, RDS 1967 II p. 193 ss.

Grossen J.-M. *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchâtel 1957.

Hegnauer C. Berner Kommentar, II 2, *Die Verwandtschaft* (3^e éd.) — Das eheliche Kindesverhältnis (art. 252-301), Berne 1964. Das aussereheliche Kindesverhältnis (art. 302-327), Berne 1969.

— *Droit suisse de la filiation*, adaptation française de B. Schneider, Berne 1978 (cité: Hegnauer / Schneider).

- Held T / Levy R. *Femme, famille et société*, traduit par G. Maurer, Vevey 1975 (cité: Held / Levy).
- Huber E. *Exposé des motifs de l'avant-projet de CC du DFJP*, I, Introduction. Droit des personnes et de la famille, Berne 1901.
- Jansen G. *Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen*, th., Fribourg 1973.
- Karlen U. *Die Haftung des Familienhauptes nach ZGB 333 und des Tierhalters nach OR 56*, th., Berne 1980.
- Karrer M. *Gleichberechtigung von Mann und Frau im ebelichen Güterrecht*, th., Zurich 1965.
- Keller A. *Haftpflicht im Privatrecht*, 3^e éd., Berne 1978.
- Keller M. / Landmann V. *Haftpflichtrecht, ein Grundriss in Tafeln*, 2^e éd., Zurich 1980 (cité: Keller / Landmann).
- Knapp Ch. *Le régime matrimonial de l'union des biens*, Neuchâtel 1956.
- Kummer M. *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*, Berne 1954.
- Lemp P. *Berner Kommentar*, II 1.2, *Das Eherecht* (3^e éd.) — Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen. Das Güterrecht der Ehegatten (art. 159-251), Berne 1963.
- Oftringer K. *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Zurich, I (4^e éd.) 1975; II 1 (3^e éd.) 1970; II 2 (3^e éd.) 1972.
- Oser H. / Schönenberger W. *Zürcher Kommentar*, V 1.1, *Das Obligationenrecht* (2^e éd.) (art. 1-183), Zurich 1929 (cité: Oser / Schönenberger).
- Ott C. *La puissance paternelle du Code civil suisse*, th., Neuchâtel 1910.
- Papa G. *Indagini sulla responsabilità civile del capo di famiglia*, th., Berne 1949.
- Petitjean T.M. *Die Haftung des Familienhauptes gemäss Art. 333 ZGB im Wandel der Zeit*, th., Bâle 1979.
- Schnyder B. *Kinderrecht* (Supplément à Tuor / Schnyder), Zurich 1977.
- Schwander P. *Kinder und Jugendliche als Fehlbare und als Opfer im Strassenverkehr*, Publication juridique du TCS n° 3, Genève 1973.
- Silbernagel A. *Berner Kommentar*, II 2, *Die Verwandtschaft* (2^e éd.) (art. 252-334), Berne 1927.
- Stark E. *Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*, RDS 1967 II p. 1 ss.
- Stucki R. *Mehrheit von Ersatzpflichtigen*, th., Zurich 1966.
- Thilo E. *La responsabilité du chef de famille pour les actes dommageables de certaines personnes placées sous son autorité*, JT 1960 I p. 262 ss.
- Von Tuhr A. *Partie générale du Code fédéral des obligations*, traduit par M. de Torrenté et E. Thilo, 2^e éd., Lausanne, I 1933; II 1934 (cité: Von Tuhr / de Torrenté / Thilo).

— *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 3^e éd., Zurich, I par H. Peter, § 1 à 29, 1974; § 30 à 54, 1979 (cité: Von Tuhr / Peter); II par A. Escher, 1974 (cité: Von Tuhr / Escher).

Tuor P. *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 9^e éd., par B. Schnyder, Zurich 1975 (cité: Tuor / Schnyder).

II ALLEMAGNE (République fédérale)

Aden M. *Die Haftung der Eltern für die unerlaubten Handlungen ihrer Kinder im französischen und deutschen Recht*, th., Bonn 1972.

Beitzke G. *Familienrecht*, 21^e éd., Munich 1980.

Boscher W. *Haftung Minderjähriger und ihrer aufsichtspflichtigen Eltern*, VersR. 1964 p. 888 ss.

Deutsch E. *Haftungsrecht*, I, Allgemeine Lehren, Cologne, etc... 1976.

Esser J. / Schmidt E. *Lehrbuch des Schuldrechts*, Allgemeiner Teil, 5^e éd., Karlsruhe, I 1 1975; I 2 1976 (cité: Esser / Schmidt).

Geigel R. *Der Haftpflichtprozess*, 17^e éd., chap. 10 et 16 par G. Schlegelmilch, Munich 1979 (cité: Geigel / Schlegelmilch).

Gernhuber J. *Lehrbuch des Familienrechts*, 3^e éd., Munich 1980.

Immenga U. *Aufsichtspflichtverletzung und Gleichberechtigung*, FamRZ. 1969 p. 313 ss.

Koebel *Aufsichtspflicht der Eltern und Gleichberechtigung*, NJW 1960 p. 2227 ss.

Larenz K. *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munich, I Allgemeiner Teil, 12^e éd., 1979; II Besonderer Teil, 11^e éd., 1977.

Palandt O. *Bürgerliches Gesetzbuch*, 39^e éd., § 631-853 par H. Thomas, Munich 1980 (cité: Palandt / Thomas).

Soergel T. / Siebert O. *Bürgerliches Gesetzbuch* (Kommentar), 10^e éd. Stuttgart etc..., III Schuldrecht (2), § 611-853 par O. Mühl, 1969 (cité: Soergel / Siebert / Mühl); V Familienrecht, § 1297-1921 par H. Lange, 1971 (cité: Soergel / Siebert / Lange).

Staudinger J.V. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II 5 *Recht der Schuldverhältnisse* (§ 823-835), 10 / 11^e éd. par K. Schäfer, Berlin 1975 (cité: Staudinger / Schäfer).

Wussow W. *Das Unfallhaftpflichtrecht*, 12^e éd., Cologne etc... 1975.

III. FRANCE

Bourgeois A.M. *La Loi du 13 juillet 1965 et les séquelles du statut d'infériorité de la femme mariée*, RTDC 1968 p. 68 ss.

Colombet C. *Commentaire de la Loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale*, D.S. 1971, Chron. p. 1 ss.

- Larroumet C. *Responsabilité civile du fait d'autrui*, Rép. D., 2^e éd., Paris 1975.
- Legeais R. *L'autorité parentale*, Paris 1973.
- Le Guidec R. *Responsabilité des père et mère*, JC civil, Art. 1384, 1^{re} partie, 2^e cahier, Paris 1977.
- Le Tourneau Ph. *La responsabilité civile*, 2^e éd., Paris 1976.
- Marty G./Raynaud P. *Droit civil*, III Les obligations, Paris 1962 (cité: Marty / Raynaud).
- Mazeaud H., L. et J. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6^e éd., Paris, I par A. Tunc, 1965 (cité: Mazeaud / Tunc); II, 1970 (cité: Mazeaud).
- *Leçons de droit civil*, II 1 Obligations — Théorie générale, 6^e éd. par F. Chabas, Paris 1978 (cité: Mazeaud / Chabas).
- Ollier P.D. *La responsabilité civile des père et mère*, th., Paris 1961.
- Simler Ph. *La notion de garde de l'enfant*, in RTDC 1972 p. 685 ss.
- Starck B. *Droit civil*, Obligations, Paris 1972.
- Woytt M.O. *La responsabilité solidaire des père et mère*, in «Sauvegarde de l'enfance», Paris 1972, p. 212 ss.

B. *Autres écrits*

Ils sont cités dans les notes, au bas de la page de texte.

C. *Manière de citer*

En général, le chiffre romain indique le volume ou le tome d'une œuvre (éventuellement l'une de ses subdivisions); le chiffre arabe, la page ou une note.

Les commentaires sont cités d'après l'article ou le paragraphe de loi.

D. *Mise à jour*

Le texte est à jour au 30 novembre 1980.

INTRODUCTION

La législation suisse sur la famille fait l'objet d'une révision. Les nouvelles lois sur l'adoption et la filiation sont déjà entrées en vigueur¹. Le Projet de réforme relatif au droit du mariage est actuellement soumis à l'examen des Chambres fédérales².

La révision s'insère dans un mouvement s'étendant à l'Europe, et même au-delà³: il est caractérisé par des objectifs communs, qui découlent, non d'imitations législatives ou d'une concertation interétatique, mais «d'une évolution largement concordante des idées et des faits sociaux»⁴. L'un de ces objectifs tend à réaliser l'égalité juridique des époux. Il se fonde sur le principe que les différences physiologiques et psychiques ne justifient pas des discriminations dans la famille. Il tient compte du fait que la situation sociale de la femme a évolué depuis le début du siècle: sa personnalité s'est affirmée, les droits politiques lui sont reconnus et les stéréotypes basés sur le sexe diminuent. Dans ce sens, l'égalité entre conjoints est apparue, suivant l'expression de Jean Carbonnier, comme une «nécessité logique, idéologique»⁵. Elle a pris valeur de postulat⁶.

L'égalité des époux se réalise dans le Code civil suisse par l'abolition d'un système patriarcal fondé sur le partage traditionnel des rôles. Ce système est remplacé par un statut de coordination entre deux partenaires égaux en droit. Il aura pour effet d'accroître l'autonomie de la femme, en lui donnant les mêmes droits qu'à l'homme, «mais en la chargeant aussi des mêmes obligations et des mêmes responsabilités»⁷. Cette constatation vaut en particulier pour l'attribution de l'autorité domestique, régie par les articles 331 ss CC. Le législateur n'a pas prévu de réviser ces dispositions. Certes, elles ne sont formellement pas discriminatoires, puisque la loi parle de chef de famille sans référence à l'un ou l'autre des conjoints. Néanmoins, sinon dans son esprit, l'institution est patriarcale dans son fondement. Car, sous l'empire du droit encore en vigueur, le chef de famille qui exerce l'autorité domestique en vertu de la loi est d'ordinaire le mari, en tant que chef de l'union conjugale (art. 160 al. 1^{er}, 331 al. 1^{er} CC).

Tel ne sera plus le cas lorsque la révision du droit matrimonial aura été menée à terme. L'épouse, placée sur un pied d'égalité dans la direction de la famille (art. 159 Projet 1979, inchangé), et spécialement dans l'exercice de l'autorité

¹ Pour le droit de l'adoption, LF du 30 juin 1972, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1973, ROLF 1972 p. 2873. Pour le droit de la filiation, LF du 25 juin 1976, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1978, ROLF 1977 p. 237.

² Message du CF et Projet de LF concernant la révision du CC (effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions) du 11 juillet 1979, FF 1979 II p. 1179.

³ Pour un aperçu de droit comparé, cf. Mess. 1979, FF 1979 II p. 1219.

⁴ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1220; cf. aussi Grossen J.-M., *Observations comparatives à propos de la réforme du droit suisse de la famille*, RDT 1966 p. 121 s.; cf. *infra* § 6.

⁵ Préface à Legeais R., *L'autorité parentale*, Paris 1973, p. 12.

⁶ Deschenaux H. / Petitpierre G., SJ 1975 p. 476; Frischkopf E., p. 155.

⁷ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1191.

parentale (art. 297 al. 1^{er} nouv. CC), sera pleinement habilitée à prendre les décisions touchant l'organisation de la communauté domestique (art. 332 CC). En contrepartie, elle devra logiquement assumer les obligations correspondantes; celle de l'article 333 CC en est une, qui prévoit la responsabilité pour les dommages causés à des tiers par les enfants mineurs.

Notre étude vise d'abord à démontrer que la réforme impliquera une nouvelle interprétation des articles 331 ss CC, pour leur cas d'application typique: la famille légitime unie⁸. Cela aura pour effet d'étendre le concept de chef de famille, donc le sujet de la responsabilité de l'article 333 CC. A la responsabilité alternative pesant ordinairement sur le père, subsidiairement sur la mère, le nouveau droit substituera une responsabilité cumulative des deux parents. C'est d'ailleurs la solution instituée dans les législations allemande et française, auxquelles nous ne manquerons pas de nous référer.

Le changement en Suisse n'interviendra qu'à l'entrée en vigueur de la loi modifiant les titres V et VI du Code civil. L'article 160 al. 1^{er} qui, dans sa version de 1907, symbolise l'autorité maritale, aura alors à coup sûr disparu, et avec lui toute une série de normes subordonnant la femme au mari⁹. Nous admettons donc par hypothèse que le Projet du 11 juillet 1979 révisant le droit du mariage sera adopté dans ses grandes lignes, en tout cas sur les points qui intéressent notre sujet. Il serait déraisonnable de présager que le principe de l'égalité des époux soit remis en question par le Parlement fédéral.

Cette étude nous offre aussi l'occasion de réexaminer dans son ensemble l'article 333 CC. Deux raisons particulières nous y incitent. D'une part, l'importance pratique de la norme, qui n'est plus à démontrer. D'autre part, l'évolution qui caractérise aujourd'hui son application. Cette évolution est consécutive aux mutations qui touchent la famille et la société. Ainsi, l'émancipation de la femme et l'affaiblissement, sinon la perte, de son rôle traditionnel de gardienne du foyer, conduit à reconsidérer le devoir parental de surveillance. D'autant que d'autres facteurs — l'indépendance précoce des enfants, la multiplication d'objets dangereux, le développement des moyens de transport — contribuent à augmenter les occasions d'accidents où sont impliqués des mineurs.

Par ailleurs, la généralisation de l'assurance couvrant la responsabilité civile a modifié la situation du chef de famille et du lésé. Le premier est soulagé du poids de l'indemnisation; le second, qui se trouve en face d'un garant solvable, peut obtenir la réparation complète de son dommage¹⁰. Par le biais de l'assurance, la responsabilité est ainsi transformée: d'individuelle, elle tend à devenir collective¹¹.

Nous espérons que notre travail contribuera utilement à l'étude de l'article 333 du Code civil et, plus modestement, à l'édification d'un système de la responsabilité civile en droit suisse.

⁸ En 1970, il y avait en Suisse environ 786 000 couples avec enfants, ce qui représentait le 51 % des ménages familiaux dénombrés (ménages dont le noyau est soit un couple marié, soit un groupe de personnes présentant un lien d'ascendance ou de descendance du premier degré); cf. Rap. sit. famille, p. 45 ss.

⁹ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1334.

¹⁰ En Suisse, l'assurance de la responsabilité civile individuelle n'est pas réglementée; il s'agit d'une «branche libre», qui ne fait pas l'objet de statistiques. Les informations obtenues des milieux intéressés indiquent qu'un fort pourcentage de personnes sont au bénéfice d'une telle assurance. La garantie — on le sait — s'étend au conjoint du preneur, ainsi qu'aux mineurs faisant ménage commun.

¹¹ Oftinger K., *Der soziale Gedanke im Schadenersatzrecht und in der Haftpflichtversicherung*, RSJ 1943 p. 550; Chatelain J.P., *Tendances actuelles du TF dans le domaine de la responsabilité civile*, RJB 1969 p. 212; Szöllösy P., *L'évaluation du dommage résultant de l'invalidité dans divers pays européens*, trad. de Robert-Tissot Ch., Zurich 1974, p. 12 ss.

PREMIÈRE PARTIE

LE PRINCIPE DE L'ÉGALITÉ DES ÉPOUX

L'idée d'un statut d'égalité entre mari et femme trouve son fondement moderne au 19^e siècle, dans un double courant de pensée: l'un issu de la Révolution française, qui prône l'égalité des êtres humains comme un dogme, l'autre consécutif au mouvement socialiste de la seconde moitié du 19^e siècle, qui considère le mariage comme un contrat et les époux comme des partenaires ¹.

Les droits de la famille de cette époque, sous l'influence du Code Napoléon si fortement patriarcal, restent pourtant dominés par la prééminence du mari. Notre Code civil de 1907, dans une moindre mesure il est vrai, n'échappe pas à cette tendance. Nous tenterons dans un premier chapitre d'en expliquer les causes, en faisant état des principales normes infériorisant la femme mariée.

Dans un second chapitre, nous analyserons le phénomène qui a conduit récemment la plupart des Etats occidentaux à réviser leur législation sur la famille. Il s'agira de définir le principe de l'égalité et d'en montrer l'application dans les nouveaux droits du mariage et de la filiation. Et de vérifier si la réforme aboutit à l'égalité complète des conjoints.

¹ Egger A., RDS 1954 I p. 33 ss.

§ 1 *L'égalité, notion relative en droit civil et en droit constitutionnel*

S'ils ont éliminé les vestiges de l'ancienne tutelle maritale que la LF de 1881 sur la capacité civile n'avait pas extirpés des droits cantonaux, les auteurs du Code civil de 1907 ont maintenu le caractère hiérarchique de la famille: le mari est confirmé dans son rôle de chef². Le principe de l'égalité des personnes, énoncé à l'article 11 al. 2 CC, n'a donc qu'une valeur relative et une portée réduite («dans les limites de la loi») ³. Il n'empêche pas l'existence de normes discriminatoires à l'égard de la femme mariée.

Il en va de même de l'article 4 Cst. féd. Cette disposition ne garantit pas un droit absolu à l'égalité; elle n'offre pas de protection contre les inégalités contenues dans la législation fédérale (art. 113 al. 3 Cst. féd.)⁴. Les distinctions juridiques fondées sur le sexe ne sont pas contraires à la Constitution fédérale, pourvu qu'elles trouvent une «justification raisonnable dans les faits»⁵. Tel était le cas au début du siècle, comme nous le verrons ci-après. D'ailleurs, les travaux préparatoires ne permettent pas d'affirmer que la question de la compatibilité du droit de la famille avec l'article 4 Cst. féd. fut même soulevée lors de l'élaboration du Code civil⁶.

§ 2 *La conception patriarcale du droit suisse de la famille*

En dépit de son aspect novateur⁷, la législation sur la famille applicable dès 1912 est encore patriarcale. Plusieurs normes sont caractéristiques de la position prédominante du mari. Ainsi, l'article 160 al. 1^{er} CC l'institue chef de l'union conjugale; l'article 274 al. 2 anc. CC lui confère un droit de décision en cas de désaccord dans l'exercice de la puissance paternelle. Il est à peine excessif de parler d'une identification des intérêts de l'union conjugale à ceux de l'époux.

Certes, les pouvoirs du mari ne sont pas discrétionnaires. Ils sont déjà limités par une multitude de devoirs, tel celui que lui impose l'article 160 al. 2 CC de pourvoir convenablement à l'entretien des siens. En outre, la femme mariée est particulièrement protégée contre l'autoritarisme abusif de son conjoint. Elle peut,

² Huber E., *Die Stellung der Frau im Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Berne 1901, p. 1; Karrer M., p. 8.

³ Grossen J.-M., *Les personnes physiques, Traité de droit civil suisse*, II 2, Fribourg 1974, p. 7 s; Bucher E., n. 120 s ad art. 11 CC.

⁴ Contrairement à l'art. 3 de la Loi fondamentale de Bonn qui lie le législateur et le juge allemands; cf. *infra* p. 27.

⁵ Aubert J.-F., II § 1789; cf. aussi § 1784, 1786 et 1790; Burckhardt W., *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874*, 3^e éd., Berne 1931, p. 30 s; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1181.

⁶ Egger A., RDS 1954 I p. 3 s.

⁷ Ainsi, la femme n'est plus soumise à un devoir d'obéissance à l'égard de son mari; elle dispose d'un droit propre à l'exercice de la puissance paternelle.

le cas échéant, invoquer les règles générales sur la protection de la personnalité (art. 27 et 28 CC) et de l'union conjugale (art. 169 ss CC), ainsi que des dispositions spéciales, comme celle prévue à l'article 167 CC relative à l'autorisation d'exercer une activité lucrative.

La justification d'un ordre familial basé sur l'autorité maritale doit s'apprécier dans le contexte historique du début du siècle. Elle trouve son fondement dans des raisons éthiques, et non pas dans un principe dogmatique consacrant l'infériorité de la femme. Elle repose sur l'idée que la famille doit être dotée d'un chef, d'une « magistrature domestique » selon Rossel et Mentha⁸, d'une « volonté dirigeante et maîtresse », d'après Ott⁹, qui lui assure ordre et unité. Or, conformément à un sentiment populaire, le mari est plus apte à assumer cette tâche: d'une part, en raison de son éducation, de son expérience à prendre des décisions et du fait qu'il supporte généralement les charges financières du ménage¹⁰; d'autre part, à cause de la position familiale de la femme, principalement cantonnée dans son rôle traditionnel de mère et gardienne du foyer¹¹. C'était donc surtout la nécessité pratique d'une répartition des fonctions dans la famille qui rendait légitime à l'époque l'institution d'un statut inégalitaire entre époux.

§ 3 *La prééminence du mari dans le droit du mariage*

Dans un exposé présenté en 1894 à la Société suisse des juristes, Eugène Huber exprimait l'avis que « le mariage ne supprime pas la capacité civile de la femme, mais l'épouse est soumise aux restrictions qu'imposent aux conjoints les nécessités de l'union conjugale et le régime matrimonial »¹². Ces restrictions sont nombreuses; elles mettent presque toutes la femme mariée dans un statut d'infériorité par rapport à son conjoint. Nous ne mentionnerons ici que les plus manifestes, selon qu'elles se répercutent dans la sphère personnelle ou économique des époux.

S'agissant des normes discriminatoires frappant les rapports personnels des conjoints, l'article 160 al. 1^{er} CC constitue la plus caractéristique, davantage par sa signification symbolique que par son contenu. Bon nombre d'auteurs considèrent en effet que cette disposition ne confère pas au mari un pouvoir général de décision, mais sert uniquement de fondement aux prérogatives que lui accorde expressément la loi¹³. En d'autres termes, le titre de chef de l'union conjugale ne lui donnerait pas d'autres droits que ceux que lui octroie le Code. A quelque interprétation que l'on se tienne, l'article 160 al. 1^{er} CC constitue au moins une déclaration d'intention claire de la part du législateur: celle de réglementer les relations conjugales suivant un ordre fondé sur l'autorité d'un seul conjoint, par définition le mari. L'union est axée sur sa personne puisqu'il choisit le domicile conjugal (art. 25 al. 1^{er} CC) et la demeure commune (art. 160 al. 2 CC); qu'il donne son nom et son droit de cité à l'épouse (art. 161 al. 1^{er} CC, 54 al. 4 Cst. féd.). Il a

⁸ Rossel V. / Mentha F.-H., *Manuel de droit civil suisse*, 2^e éd., Lausanne 1922, I, p. 280.

⁹ Ott C., p. 39.

¹⁰ Huber E., *Die Stellung der Frau im Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Berne 1901, p. 3; Ott C., p. 39.

¹¹ Bourgeois A.M., RTDC 1968 p. 68; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1183; Rap. sit. famille, p. 16.

¹² Huber E., *Die Grundlagen einer schweizerischen Gesetzgebung über das eheliche Güterrecht*, RDS 1894 p. 567, selon Deschenaux H., RDS 1957 II p. 424 a.

¹³ Lemp P., n. 2 ad art. 160 CC; Signer P., *Die ehemännliche Autorität im heutigen Eherecht*, th., Zurich 1938, p. 106 ss; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1232; *contra* Deschenaux H., RDS 1957 II p. 440 a.

en outre un pouvoir général de représenter l'union conjugale (art. 162 CC), alors que la femme ne dispose que d'un pouvoir domestique limité aux besoins courants du ménage (art. 163 al. 1^{er} CC), que le mari peut d'ailleurs lui retirer unilatéralement (art. 164 CC). L'épouse, enfin, voit restreindre sa liberté de pratiquer une activité, puisque sa place est en principe au foyer (art. 161 al. 3 CC) et qu'elle ne peut exercer une profession qu'avec le consentement de son conjoint ou du juge (art. 167 CC).

Quant aux inégalités relatives aux rapports patrimoniaux des conjoints, elles se manifestent plus ou moins durement selon le régime matrimonial. Dans le régime légal de l'union des biens, de loin le plus répandu, l'épouse est placée dans un état de dépendance économique presque complète vis-à-vis de son conjoint. Cette situation résulte tantôt du souci de protéger ses intérêts (ainsi l'art. 177 al. 2 CC lui interdit de passer avec son mari des actes relatifs à ses apports, sans l'approbation de l'autorité tutélaire)¹⁴, tantôt d'une présomption d'inexpérience dans la gestion des biens (par exemple, l'art. 168 CC lui reconnaît le droit d'ester en justice, sauf pour les contestations touchant ses apports). On est allé jusqu'à affirmer que la fortune de la femme, mis à part les biens réservés, était frappée d'une « sorte d'usufruit légal »¹⁵. L'expression ne semble pas trop forte lorsqu'on sait que le mari a l'administration et la jouissance de l'ensemble des biens matrimoniaux, y compris celles des apports mulièbres (art. 200 al. 1^{er}, 201 al. 1^{er} CC); et qu'en cas de doute, ces biens sont présumés lui appartenir (art. 195 al. 2, 196 al. 1^{er} CC). La femme ne peut disposer de ses apports qu'avec le consentement de son conjoint (art. 202 et 203 CC). A la dissolution de l'union conjugale, elle n'a en principe droit qu'à un tiers du bénéfice, sauf convention contraire (art. 214 al. 1^{er} CC); il est vrai qu'un éventuel déficit est à la charge du mari (art. 214 al. 2).

§ 4 *La prééminence du père dans le droit de la filiation*

Parmi les normes de l'ancien droit de la filiation, l'une d'elles contenait une discrimination flagrante au détriment de la mère: l'article 274 al. 2 anc. CC stipulait qu'en cas de désaccord dans l'exercice de la puissance paternelle, l'avis du père l'emportait. Le texte de cette disposition ne saurait pourtant masquer l'aspect novateur qui caractérisait, au début du siècle, la réglementation suisse de la puissance paternelle.

Consacrant un principe du droit coutumier selon lequel l'éducation des enfants incombe à chaque époux¹⁶, le législateur fédéral accordait aux père et mère un droit égal à la puissance paternelle¹⁷. Sur ce point, l'article 274 al. 1^{er} anc. CC constituait une norme progressiste par rapport aux législations des pays voisins, lesquelles n'attribuaient à la mère qu'un rôle subalterne¹⁸. Le Code civil, dans sa version de 1907, instituait donc une puissance parentale (« elterliche Gewalt »),

¹⁴ Le TF est d'avis que l'art. 177 al. 2 CC protège aussi les intérêts du mari (ATF 78 I 289, 292 s., JT 1953 I 583, 585 s., Wyss c. Autorité tutélaire d'Oberdorf et Conseil d'Etat du canton de Soleure).

¹⁵ Rap. AP 1976, p. 26; cf. aussi Mess. 1979, FF 1979 II p. 1184 s., 1194 s.

¹⁶ Ce principe avait trouvé place dans plusieurs droits cantonaux, par ex. au § 251 du Code de droit privé zurichois de 1853 / 1855.

¹⁷ Ott. C., p. 33; Egger A., n. 1 et 2 ad art. 274 CC.

¹⁸ Cf. les art. 371 ss du CCF de 1804 et les § 1626 ss du BGB de 1896; signalons que le Code civil neuchâtelois de 1855 reprenait in extenso les art. 371 à 373 CCF relatifs à la puissance paternelle; il stipulait à l'art. 273: « Le père seul exerce cette autorité durant le mariage. »

selon l'expression exacte du texte allemand¹⁹). Chacun des père et mère y avait un droit propre et indépendant²⁰. L'exercice était commun, conséquence du devoir imposé aux époux d'assurer la prospérité de l'union conjugale d'un commun accord et de pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation des enfants (art. 159 al. 2 CC).

Le législateur a pourtant apporté une restriction sévère au principe, en attribuant au père un pouvoir de décision en cas de désaccord sur une question concernant les enfants (art. 274 al. 2 anc. CC). Résidu de l'ancienne puissance paternelle, cette règle trouvait son origine au § 259 du Code de droit privé zurichois²¹. Relevons que l'avant-projet de Code civil, établi par le Département fédéral de justice et police en 1900, ne prévoyait pas une disposition de ce genre; elle était en fait inutile, puisque l'article 300 limitait les pouvoirs de la mère à «la sphère de ses attributions légales», soit à la direction du ménage²². Huber pensait donc à un partage de compétences entre parents («Departmentalsystem», selon l'expression allemande²³). Cette proposition n'a pas trouvé grâce devant la Grande Commission d'experts²⁴.

L'article 274 al. 2 anc. CC est le pendant de l'article 160 al. 1^{er} CC. Le pouvoir de décision qu'il accordait au mari correspondait à sa position de chef de l'union conjugale. Il devait être propre à garantir l'ordre et l'unité de la famille²⁵. Le mari ne pouvait en user de manière discrétionnaire. Tout d'abord, l'exercice commun de la puissance paternelle impliquait la concertation, du moins pour les questions importantes²⁶. Ensuite, l'article 274 al. 2 anc. CC ne s'appliquait qu'aux désaccords touchant l'exercice de la puissance paternelle, non à ceux portant sur son existence²⁷. Enfin, cette disposition était inopérante lorsque la puissance paternelle n'était pas reconnue au père (art. 311 al. 2, 324 al. 3, 325 al. 3 anc. CC) ou lui était retirée (art. 274 al. 3 et 285 anc. CC). En cas d'abus, la mère était en droit de requérir l'intervention des autorités de tutelle (art. 283 ss anc. CC) ou du juge des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169 ss CC). Sur ce point, une enquête menée par Frischkopf donne des informations intéressantes²⁸. Après avoir constaté que le Tribunal fédéral n'avait jamais eu l'occasion de se prononcer sur l'article 274 al. 2 anc. CC, cet auteur relève que les cas d'excès d'autorité paternelle portés devant les autorités de tutelle ou les tribunaux étaient rares. Quand ils survenaient, ils visaient surtout des faits où la divergence des parents était de nature à créer une situation préjudiciable à l'enfant.

¹⁹ L'expression «puissance paternelle» a trouvé place dans la version française du CC pour éviter l'ambiguïté qu'aurait pu faire naître l'épithète «parental», susceptible d'évoquer un droit appartenant à d'autres ascendants que les père et mère (Rossel V. / Mentha F.-H., *Manuel de droit civil suisse*, 2^e éd., Lausanne 1922, I p. 431). Cf. aussi Bull. stén. 1905 p. 747.

²⁰ Hegnauer C., n. 7 ad art. 274 CC.

²¹ Huber E., *System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts*, vol. IV, Bâle 1893, p. 486; Frischkopf E., p. 23.

²² Huber E., *Exposé des motifs de l'avant-projet de CC du DFJP*, I, Berne 1901, p. 218.

²³ Cf. Bull. stén. 1905 p. 1181.

²⁴ C'est avant tout le souci d'éviter des conflits de compétences entre époux qui a conduit à l'adoption de l'art. 274 al. 2 anc. CC (proposition de Weber, procès-verbal de la Grande Commission d'experts, vol. I, p. 344 s).

²⁵ Hegnauer C., n. 11 ad art. 274 CC.

²⁶ Hegnauer C., n. 8 ad art. 274 CC; Frischkopf E., p. 151.

²⁷ Ainsi, les décisions relatives à l'émancipation de l'enfant mineur (art. 15 al. 1^{er} CC), à son mariage (art. 98 al. 1^{er} CC) ou à son adoption (art. 265 a al. 1^{er} CC) exigent le consentement des deux parents.

²⁸ Frischkopf E., p. 35 ss.

§ 5 *La situation actuelle de la femme dans la famille et la société*²⁹

A l'image de la société, la situation de la femme suisse a fortement évolué depuis le début du siècle, dans le sens d'une affirmation de sa personnalité et d'une réduction des discriminations qui la frappent. Ainsi que le relèvent Held et Levy, les causes de cette évolution sont complexes et difficiles à systématiser, en raison de leur interaction et de l'hétérogénéité de la société helvétique³⁰. A côté de phénomènes plus généraux, tels l'urbanisation, l'industrialisation, l'emprise de la technique, l'influence de cultures et idéologies étrangères, trois facteurs ont joué un rôle déterminant. Tout d'abord, l'intégration de la femme dans le processus économique a contribué à lui donner un minimum de pouvoir de décision et une relative indépendance financière. En Suisse, les femmes représentent aujourd'hui environ le tiers de la population active; dans certains domaines du secteur tertiaire, elles constituent la majorité de la main-d'œuvre³¹.

Ensuite, l'évolution de la famille, dans le sens d'une contraction et d'un affaiblissement de son rôle traditionnel, a conduit à une plus grande égalité de ses membres³². En même temps que les liens affectifs se resserrent en son sein, la famille se voit peu à peu dépossédée de ses fonctions habituelles (éducation, solidarité) au profit de l'Etat ou d'autres groupes sociaux (les assurances par exemple)³³. Elle tend à se réduire à une communauté de gain et de consommation où la position de l'épouse est valorisée, d'autant que, comme le rapporte le Conseil fédéral, «en raison de l'espérance de vie accrue, de la diminution du nombre des enfants et de la régression de la mortalité infantile, la maternité ne prend plus dans la vie de la femme et dans la vie conjugale la même place qu'auparavant»³⁴. Ce fait, ajouté à d'autres, comme la simplification de la tenue du ménage résultant de réalisations techniques et du rétrécissement des habitations, contribue à alléger les charges familiales incombant traditionnellement à la femme.

Enfin, et c'est le troisième facteur mentionné plus haut, le problème de la femme a fait l'objet, dès le début de la seconde moitié de ce siècle, d'une prise de conscience dans l'opinion publique et chez les femmes elles-mêmes. Elle se fonde sur l'idée que la femme a autant d'aptitudes que l'homme et que les différences biologiques servent davantage de prétexte que de justification aux discriminations dont elle est la victime. Held et Levy constatent que «particulièrement dans une

²⁹ Sur ce problème cf. notamment: Held T./Levy R., *Femme, famille et société*, trad. par G. Maurer, Vevey 1975; Rapport sur la situation de la famille en Suisse, publié par l'Office fédéral des assurances sociales, Berne 1978; La situation de la femme en Suisse, Rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines, 1^{re} partie, Berne 1979.

³⁰ Held T./Levy R., p. 43 ss.

³¹ Held T./Levy R., p. 72 ss; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1186 s; Rap. sit. femme, p. 55 ss.

³² Rapport du CF à l'AF sur la demande d'initiative pour la famille du 10 octobre 1944, FF 1944 p. 825 ss, not. p. 879 ss.

³³ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1186 s; Rap. sit. famille, p. 12 s, 15 s, 34.

³⁴ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1188; cf. aussi Rap. sit. famille, p. 13 ss, 40 s.

société techniquement très développée comme la Suisse, où les composantes physiques ne jouent plus qu'un rôle très limité dans tous les domaines par rapport à des éléments sociologiques comme le statut social, le rôle, le pouvoir, il n'existe pas, entre l'homme et la femme, de différence essentielle « naturelle », c'est-à-dire innée, et non pas engendrée par la société »³⁵. Cette constatation a servi de base aux protestations qui se sont particulièrement fait entendre par la voix d'organisations féministes; ces protestations ont été d'autant mieux reçues par les femmes que leur niveau d'instruction et de formation professionnelle s'est considérablement accru depuis quelques dizaines d'années. Les statistiques démontrent en effet qu'au cours de l'année scolaire 1977/1978, 62 % des jeunes filles de dix-sept ans avaient acquis une formation postobligatoire (formation générale ou professionnelle)³⁶. On ne saurait pourtant conclure à une égalité de fait entre hommes et femmes, tant il est flagrant que celles-ci ne participent que de manière restreinte à la vie sociale et que leur rôle au sein de la famille contemporaine est encore inférieur dans bien des cas.

Si l'on considère la position extrafamiliale de la femme, on remarque qu'elle est tantôt sous-représentée, tantôt absente de plusieurs domaines de la vie sociale³⁷. En matière d'instruction déjà, il ressort que les livres de lecture contiennent des images stéréotypées, où la femme apparaît moins que l'homme, et généralement comme une ménagère³⁸. On observe que les garçons suivent davantage de leçons de mathématiques, les filles plus d'heures de travaux manuels (féminins)³⁹. Il est notoire que les collèges ou sections d'école qui prodiguent plutôt une culture générale qu'une formation spécialisée sont beaucoup plus fréquentées par les jeunes filles. En 1978, 33 % seulement des certificats d'apprentissage leur ont été délivrés⁴⁰; la proportion est cependant supérieure (41 %) pour l'octroi de maturités fédérales⁴¹. La statistique expose encore qu'en 1977 les étudiantes licenciées d'universités suisses ne représentaient que le 24 % des lauréats⁴².

Dans le domaine professionnel, le système de l'instruction tend à certains égards à donner une formation spécifique à chaque sexe, ce qui a pour effet de canaliser les femmes vers des métiers typiquement « féminins », généralement subalternes, tels ceux de secrétaires, infirmières ou vendeuses⁴³. Certaines professions leur sont pratiquement fermées. Ainsi le Rapport partiel de la Commission fédérale pour les questions féminines révèle que, dans l'industrie métallurgique, le 99,8 % des apprentis sont des garçons; et que l'association des orfèvres argoviens s'oppose à l'engagement d'apprenties!⁴⁴ Par ailleurs, il est manifeste que les femmes qui occupent une position dirigeante dans l'industrie ou l'administration ne constituent qu'une infime minorité. Le Rapport précité démontre que parmi les mille deux cents parlementaires, membres de gouvernements, représentants d'associations, experts scientifiques, fonctionnaires fédéraux et cantonaux qualifiés, qui forment sans doute l'élite politique de la Suisse, on compte seulement

³⁵ Held T. / Levy R., p. 69.

³⁶ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1187; Rap. sit. femme, p. 2 ss.

³⁷ Held T. / Levy R., p. 68 ss; Rap. sit. femme, p. 55 ss, 130 ss.

³⁸ Rap. sit. femme, p. 21 s.

³⁹ Rap. sit. femme, p. 20.

⁴⁰ ASS 1979, p. 472 s.

⁴¹ ASS 1979, p. 466 s.

⁴² ASS 1979, p. 483.

⁴³ Rap. sit. femme, p. 6 ss, 28 ss.

⁴⁴ Rap. sit. femme, p. 35 s.

quarante-quatre femmes, ce qui représente le 4 %; parmi les trois cents hauts fonctionnaires, uniquement trois, soit le 1 %⁴⁵.

La discrimination est aussi horizontale puisque, dans le domaine économique, à position et degré de qualification comparables, les femmes gagnent presque toujours moins que les hommes; la différence moyenne est de l'ordre de 10 %, mais peut atteindre 25 à 30 % dans certains secteurs, notamment celui de l'industrie qui occupe de la main-d'œuvre manuelle⁴⁶.

La discrimination existe également au sein de la famille, consécutive surtout au partage traditionnel des rôles⁴⁷. La statistique établie en Suisse en 1970 révèle que le mari est toujours réputé chef de ménage lorsque les deux conjoints vivent ensemble⁴⁸. Dans la plupart des cas, il est principalement chargé de gagner l'argent et de régler les problèmes techniques et administratifs, alors que l'épouse s'occupe du ménage, de l'éducation des enfants et, de façon générale, des questions affectives (soins des animaux domestiques, achat de cadeaux par exemple). Les domaines attribués à l'homme sont plus intéressants et susceptibles de lui accorder une plus grande part de pouvoir dans la famille. Mais, on s'est surpris d'apprendre que la prépondérance masculine semble être acceptée par la majorité de la population; selon une enquête, les trois quarts environ des personnes interrogées admettent que la décision des questions importantes revient au mari et que les travaux du ménage incombent à l'épouse⁴⁹.

En conclusion, les sociologues prévoient que l'évolution de la situation de la femme se poursuivra et que les stéréotypes fondés sur le sexe diminueront, en dépit de la persistance de la récession économique qui a tendance à freiner ce phénomène⁵⁰. Une telle évolution conduira vraisemblablement à la désagrégation du modèle familial traditionnel, caractérisé par la répartition des rôles et la prédominance du mari. C'est dans cette perspective qu'il convient d'examiner la révision du droit suisse de la famille.

§ 6 *La révision du droit suisse de la famille*

Dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, un mouvement s'est dessiné en Europe occidentale; il visait à la réforme des lois régissant la famille⁵¹. Il tendait principalement à améliorer la condition juridique des personnes victimes de discriminations — les femmes mariées, les enfants adoptés et nés hors mariage — et à réaliser l'égalité complète des époux. Un tel principe était d'ailleurs reconnu depuis longtemps dans les pays scandinaves et les Etats socialistes de l'Est⁵².

Le courant réformateur n'épargna pas la Suisse. A la suite d'interventions parlementaires, d'opinions émises par divers groupements, notamment des associations féminines, et de nombreuses publications juridiques⁵³, le Département

⁴⁵ Rap. sit. femme, p. 121 s.

⁴⁶ Rap. sit. femme, p. 68 ss.

⁴⁷ Held T. / Levy R., p. 135 ss.

⁴⁸ Rap. sit. famille, p. 49.

⁴⁹ Held T. / Levy R., p. 222 s.

⁵⁰ Rap. sit. femme, p. 61 ss.

⁵¹ Rapport au DFJP de la Commission d'étude pour la révision partielle du droit de la famille, du 13 juin 1962, p. 3.

⁵² Norvège en 1918, Suède 1920, Danemark 1922, URSS en 1926.

⁵³ Parmi les plus importantes publications relatives à notre sujet, cf.: Meyer H.H., *Das Eherecht unter dem Gesichtspunkte der Gleichberechtigung von Mann und Frau*, th., Zurich 1937; Nef H., *Gleichheit und Gerechtigkeit*, th., Zurich 1941; Briner R., *Zur Funktion der Gleichheit in der menschlichen Gerechtigkeit*, th.,

fédéral de justice et police nomma en 1957 une Commission d'étude. Celle-ci arriva à la conclusion qu'en vertu du principe de l'égalité, le mari devrait se voir privé de son titre de chef de l'union conjugale (art. 160 al. 1^{er} CC) et de son pouvoir de décision en cas de désaccord dans l'exercice de la puissance paternelle (art. 274 al. 2 anc. CC)⁵⁴. Ce n'est qu'en 1969, après consultation des cantons et des milieux intéressés, que le principe d'une réforme de la législation sur la famille fut définitivement admis. Une Grande Commission d'experts, présidée par le professeur Grossen, fut chargée de l'élaborer⁵⁵. On procéda par étapes, à l'instar des autres pays européens⁵⁶. Les nouvelles lois sur l'adoption et la filiation sont déjà entrées en vigueur⁵⁷. Le Projet de loi relatif aux effets généraux du mariage et au régime matrimonial est actuellement devant les Chambres fédérales⁵⁸. La Commission poursuit ses travaux sur le divorce et devra encore traiter de la conclusion du mariage.

La révision du droit de la famille tend à l'abolition d'inégalités, jugées aujourd'hui intolérables, en raison de l'évolution des mœurs depuis le début du siècle. Elle vise d'abord à adapter les règles régissant la famille aux réalités nouvelles. Ainsi s'explique l'abolition du système patriarcal consacré par le Code civil, dans sa version de 1907. Ce système n'est plus mis en pratique que dans certains milieux sociaux (principalement dans les communes rurales des cantons développés et les petites villes des cantons peu développés⁵⁹). Sur ce point, une enquête parue en 1973 révèle que le régime légal de l'union des biens n'est en fait appliqué que très partiellement: près d'un tiers des épouses interrogées déclarent disposer d'une fortune propre; presque la moitié d'entre elles admettent gérer seules leurs biens, sans égard aux articles 200 et 201 CC⁶⁰.

La réforme ne vise pas seulement à une adaptation du droit aux faits. Elle va plus loin, dans la mesure où certains de ses objectifs devancent la réalité. Tel est le cas de l'égalité des époux, considérée désormais comme un postulat⁶¹. Si l'on songe à la situation actuelle de la femme et aux discriminations qui la frappent encore aujourd'hui⁶², force est d'admettre que, sous cet angle, la révision des lois sur la famille apparaît autant comme l'adhésion du législateur à une idée que comme l'adaptation du droit à la réalité⁶³.

Zurich 1948; Egger A., *Die Gleichberechtigung von Mann und Frau in der jüngsten familienrechtlichen Gesetzgebung*, RDS 1954 I p. 1 ss; Grossen J.-M., *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchâtel 1957; Stocker W. et Deschenaux H., rapporteurs à l'Assemblée annuelle de la Société suisse des juristes de 1957 sur le thème de la révision du régime matrimonial, RDS 1957 II p. 329 a ss, 419 a ss.

⁵⁴ Rapports au DFJP de la Commission d'étude pour la révision partielle du droit de la famille, du 13 juin 1962, p. 78 s, du 28 juin 1965, p. 23 ss.

⁵⁵ Sur la genèse de la révision du droit suisse de la famille, cf. Mess. 1979, FF 1979 II p. 1211 ss.

⁵⁶ La plupart des pays européens ont achevé leur révision; pour un aperçu de droit comparé, cf. Mess. 1979, FF 1979 II p. 1219 ss.

⁵⁷ Cf. *supra* p. 15, n. 1.

⁵⁸ Cf. *supra* p. 15, n. 2.

⁵⁹ Held T./Levy R., p. 374.

⁶⁰ Held T./Levy R., p. 169; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1194 ss.

⁶¹ Message du CF à l'AF du 5 juin 1974, FF 1974 II p. 73; Rap. AP 1976, p. 4; Frischkopf E., p. 155; Deschenaux H./Petitpierre G., SJ 1975 p. 476.

⁶² Cf. *supra* § 5.

⁶³ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1180, 1190 s.

§ 7 Le principe de l'égalité des époux

L'idée d'un statut d'égalité entre mari et femme a été agitée à la fin du 19^e siècle⁶⁴. Elle n'a pu s'imposer lors des codifications de droit civil qui ont eu lieu en Europe à cette époque. Elle a pourtant continué de faire son chemin dans la première moitié de ce siècle. Si elle s'est réalisée dans les pays scandinaves et socialistes de l'Est⁶⁵, elle n'est, le plus souvent, restée qu'une déclaration d'intention ailleurs, comme en Allemagne sous la Constitution de Weimar (art. 119 al. 1). C'est en réalité la dernière guerre mondiale qui a accéléré l'évolution vers l'égalité complète des conjoints, à la suite de l'engagement des femmes dans le processus économique. Ce fait, ajouté à d'autres facteurs déjà mentionnés — transformation de la famille, prise de conscience du problème de la femme, généralisation de l'instruction et de la formation professionnelle⁶⁶ — rendait désormais impérative la révision des lois sur la famille. Il n'est pas surprenant que le courant réformateur soit parti d'Allemagne. Dans la foulée de la reconstruction à neuf de l'après-guerre, la nécessité d'un changement en profondeur s'imposait plus que dans n'importe quel autre Etat. D'ailleurs, le mode de révision, et les péripéties qui l'ont accompagnée, sont caractéristiques de la mentalité qui régnait en République fédérale d'Allemagne à cette époque. Il est intéressant d'en dire quelques mots⁶⁷.

L'égalité des époux trouve son fondement dans un principe constitutionnel exprimé à l'article 3 de la Loi fondamentale de 1949⁶⁸. A la différence de l'article 4 Cst. féd., cette disposition lie strictement le législateur allemand. Ainsi, l'article 117 al. 1^{er} des dispositions transitoires de la Loi fondamentale fixait impérativement au 31 mars 1953 l'adaptation de la législation à la norme constitutionnelle. A cette date, la révision du droit de la famille n'avait pu être menée à chef, en raison de sa complexité et de divergences. Néanmoins, toutes les règles contraires à l'égalité des sexes étaient désormais caduques. Il appartenait aux tribunaux de concevoir des solutions, à la lumière de l'article 3 qui devenait directement applicable. Cette période d'insécurité s'acheva le 1^{er} juillet 1958, à l'entrée en vigueur de la Loi sur l'égalité (« Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts », du 18 juin 1957)⁶⁹. Cette loi modifiait en profondeur le droit allemand de la famille, en attribuant notamment à l'épouse un statut égal à celui de son mari. Cependant, deux dispositions restaient encore discriminatoires: l'une accordait au père un pouvoir de décision dans l'exercice de l'autorité parentale (§ 1628 BGB); l'autre, le droit de représenter seul l'enfant (§ 1629 al. 1^{er} BGB). Elles furent déclarées nulles en 1959 par le Tribunal constitutionnel de Karlsruhe⁷⁰.

En Suisse, la révision du droit de la famille n'a pas obéi directement à l'application d'une règle constitutionnelle. Notre Constitution ne contient pas de dispo-

⁶⁴ Cf. *supra* p. 17; Grossen J.-M., p. 13, n. 4.

⁶⁵ Cf. *supra* p. 25, n. 52.

⁶⁶ Cf. *supra* p. 23 s.

⁶⁷ Sur cette question, cf. Karrer M., p. 22 ss.

⁶⁸ Art. 3 de la Loi fondamentale:

« 1. Alle Menschen sind vor dem Gesetze gleich.

» 2. Männer und Frauen sind gleichberechtigt.

» 3. Niemand darf wegen seines Geschlechts, ..., benachteiligt oder bevorzugt werden. »

⁶⁹ Cette loi a notamment fait l'objet de deux commentaires: Krüger H. / Breetzke E. / Nowak K., *Gleichberechtigungsgesetz*, Munich et Berlin 1958; Massfelder F. / Reinicke D., *Das Gleichberechtigungsgesetz*, Cologne et Berlin 1958.

⁷⁰ Arrêt du 1^{er} Sénat du 29 juillet 1959, qui a force de loi (NJW 1959 p. 1483); cf. aussi Soergel T. / Siebert O. / Lange H., n. 1 ad § 1626 BGB.

sition analogue à l'article 3 al. 2 de la Loi fondamentale allemande⁷¹. Plutôt qu'une injonction impérative, l'article 4 Cst. féd. représente pour le législateur une norme directrice, qui correspond à une idée de justice sociale propre à l'Etat démocratique suisse⁷². Le contenu de cette idée n'est pas fixé à jamais. Il évolue dans le temps. Ainsi, au début du siècle, il n'était pas contraire au principe de l'égalité d'instituer un modèle familial patriarcal, puisque les discriminations qu'il engendrait trouvaient une « justification raisonnable dans les faits »⁷³ (nécessité d'un partage des rôles basé sur la position sociale du mari et familiale de la femme)⁷⁴. Une telle justification n'existe plus de nos jours. La situation de la femme a considérablement évolué: sa personnalité s'est affirmée, les droits politiques lui sont reconnus, les discriminations fondées sur la différence de sexe s'amenuisent⁷⁵. Il devenait intolérable que la femme, égale en droit à l'homme quand elle est célibataire, veuve ou divorcée⁷⁶, fût placée dans un statut d'infériorité quand elle est mariée. Dans ce sens, le principe de l'égalité des conjoints a pris valeur de postulat⁷⁷.

L'égalité des époux dans le nouveau droit de la famille ne saurait être qualifiée d'absolue, puisqu'elle est subordonnée à l'institution même du mariage⁷⁸. Elle ne peut donc être que relative⁷⁹. Elle n'est pas mécanique, mais plutôt organique (égalité, non pas identité, « Gleichwertigkeit, nicht Gleichheit »). Elle ne peut s'accomplir que dans les limites imposées par la nature⁸⁰. Elle ne s'oppose donc pas à des distinctions justifiées par des raisons biologiques. Ainsi, c'est la femme qui met l'enfant au monde et l'allait, ce qui lui donne le droit à l'égard de son employeur au salaire durant l'incapacité de travail résultant de la grossesse et de l'accouchement (art. 324 a al. 3 CO). Il convient donc de distinguer les cas où le sexe sert de prétexte à une différence de traitement (ici, il s'agit d'une discrimination, en principe intolérable) de ceux où il en est une justification (là, la différence est admissible, nécessaire même). Une égalité mécanique contreviendrait justement à l'article 4 Cst. féd., qui commande de traiter de la même façon deux situations semblables et de façon distincte deux situations différentes⁸¹.

Le principe de l'égalité juridique des époux étant défini, il importe d'en examiner sommairement l'application dans le Projet de révision du droit matrimonial et dans le nouveau droit de la filiation.

⁷¹ Signalons l'initiative populaire « pour l'égalité des droits entre hommes et femmes » déposée le 15 décembre 1976 par des associations féminines. Elle visait l'introduction d'un art. 4 bis dans la Cst. féd., propre à parachever l'égalité dans un délai de cinq ans. Le 14 novembre 1979, le CF a décidé de lui opposer un contreprojet moins péremptoire qui, après retrait de l'initiative, a été accepté en votation populaire, le 14 juin 1981.

⁷² Fleiner F. / Giacometti Z., *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zurich 1949 p. 407.

⁷³ Aubert J.-F., II § 1789; cf. *supra* p. 19.

⁷⁴ Cf. *supra* p. 20.

⁷⁵ Cf. *supra* § 5.

⁷⁶ On observe, dans notre droit civil, quelques différences de traitement entre hommes et femmes non mariés (cf. Deschenaux H., RDS 1957 II p. 437 a); s'agissant de différences dans d'autres domaines, notamment en assurances sociales, cf. Haller-Zimmermann G., *Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm, Bemerkungen zur Gleichstellung von Mann und Frau im Eherecht*, RSJ 1976 p. 302 s.

⁷⁷ Cf. *supra* p. 26, n. 61.

⁷⁸ Deschenaux H., RDS 1957 II p. 588 a; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1191.

⁷⁹ Grossen J.-M., p. 28.

⁸⁰ Beitzke G., § 1 III; Deschenaux H. / Petitpierre G., SJ 1975 p. 477; Frischkopf E., p. 156.

⁸¹ Rapport au DFJP de la Commission d'étude pour la révision partielle du droit de la famille du 13 juin 1962, p. 77 s.

Dans le Projet de nouveau droit matrimonial, l'égalité des conjoints se réalise par l'abandon d'un système familial de conception patriarcale et son remplacement par un statut de coordination entre deux partenaires⁸². L'article 160 al. 1^{er} du Code de 1907, symbole de l'autorité maritale, disparaît, et avec lui toute une série de dispositions qui subordonnent la femme au mari. On ne lui a pas substitué une norme qui déterminerait, selon un modèle, l'organisation de la vie conjugale et les rôles respectifs des époux. Ceux-ci sont tenus, suivant l'article 159 CC qui reste inchangé, de régler leurs problèmes d'un commun accord. Ils sont, en quelque sorte, «condamnés» à résoudre leurs divergences, au besoin en s'adressant au juge des mesures protectrices de l'union conjugale. Le législateur de la réforme s'est interdit de se montrer trop interventionniste dans un domaine où les facteurs personnels et moraux sont d'importance. Il a entendu avant tout fixer le cadre où puisse jouer «une collaboration libre de deux êtres égaux en droit», comme le préconisait Deschenaux en 1957 déjà⁸³.

En même temps, il devenait nécessaire de contrebalancer les conséquences résultant de la plus grande autonomie des conjoints, notamment le risque d'affaiblissement du lien conjugal. D'une part, la subordination des époux aux fins du mariage reste un principe essentiel dans le nouveau droit. Ceux-ci forment une communauté d'intérêts à laquelle ils contribuent dans la mesure de leurs facultés personnelles et matérielles⁸⁴. D'autre part, la protection de l'union conjugale se trouve renforcée par l'extension de mesures judiciaires (art. 172 ss Projet) et la création imposée aux cantons d'offices de consultation conjugale et familiale (art. 171 Projet)⁸⁵.

En ce qui concerne les effets généraux du mariage, l'égalité des époux se concrétise en plusieurs points. Nous ne ferons que mentionner les plus importants, en nous référant au Message du Conseil fédéral du 11 juillet 1979⁸⁶. S'agissant du nom de famille pendant le mariage, le Projet s'en tient au principe de l'unité, mais renonce, en raison de difficultés pratiques, au droit d'option accordé aux fiancés, selon un modèle des législations allemande et autrichienne⁸⁷. Il maintient à l'article 160 al. 1^{er} le système actuel — «le nom de famille des époux est le nom du mari» — justifié surtout par la tradition juridique helvétique. Une autre disposition du Projet heurte le postulat de l'égalité: selon l'article 161, «la femme acquiert le droit de cité de son mari». Ici encore, le Conseil fédéral invoque, pour conserver le statu quo légal, «l'idée profondément enracinée de l'unité du droit de cité dans la famille»⁸⁸.

L'article 162 prévoit que les époux choisissent ensemble la demeure conjugale. Si telle est leur volonté commune, ils pourront avoir une habitation séparée. La femme mariée sera habilitée à se constituer son propre domicile⁸⁹.

⁸² Mess. 1979, FF 1979 II p. 1191 s, 1232 s.

⁸³ Deschenaux H., RDS 1957 II p. 448 a.

⁸⁴ Deschenaux H. / Petitpierre G., SJ 1975 p. 477 s; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1192 s.

⁸⁵ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1254 ss.

⁸⁶ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1226 ss.

⁸⁷ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1227 ss; l'AP de 1976 prévoyait le droit d'option dans l'une de ses variantes (cf. Rap. AP 1976 p. 4 ss).

⁸⁸ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1231; l'AP de 1976 permettait à la femme de conserver son droit de cité par une déclaration à l'officier d'état civil (art. 161 al. 2, Rap. AP 1976 p. 6 s).

⁸⁹ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1233 s, 1323 s.

Pour ce qui touche la contribution à l'entretien de la famille, le principe proposé respecte la conception paritaire de la réforme; la contribution sera proportionnelle aux facultés personnelles et matérielles de chaque conjoint (art. 163 al. 1^{er} Projet)⁹⁰. Ainsi, le travail ménager, les soins donnés aux enfants, la collaboration d'un époux à l'activité lucrative de l'autre, bref des tâches qui incombent encore traditionnellement à la femme, sont mentionnées expressément, au même titre que le revenu (art. 163 al. 2). La position de l'époux au foyer se trouve donc valorisée, d'autant qu'il a droit à un montant versé régulièrement par son conjoint, dont il peut disposer librement (art. 164 Projet). Dans les circonstances actuelles, cette réglementation concerne surtout l'épouse qui, dans 70 % des cas, reste au foyer; elle devrait lui procurer, à défaut d'un droit au salaire pour les tâches ménagères, une certaine indépendance financière⁹¹.

La femme mariée est aussi largement visée par l'article 165 al. 1^{er} du Projet. Cette disposition octroie une « compensation équitable » à l'époux qui collabore à l'entreprise de son partenaire, dans une mesure dépassant notablement la contribution qu'il doit à l'entretien de la famille. C'est, comme l'explique le Conseil fédéral, une manière d'honorer le travail du conjoint qui prête à l'autre une aide équivalente aux services d'un employé⁹².

Le nouveau droit maintient la représentation dans le mariage. Il attribue à chaque époux le pouvoir de représenter l'union conjugale pour les besoins courants de la famille (art. 166 al. 1^{er} Projet). La femme est donc principalement responsable (et non plus subsidiairement) comme son mari, l'un et l'autre s'obligeant solidairement pour les dettes du ménage (art. 166 al. 3 Projet)⁹³.

Enfin, le choix et l'exercice de la profession ne sont plus pour la femme soumis à l'autorisation de son mari, mais liés pour chacun d'eux au souci de respecter la personne de son partenaire et les intérêts de la famille (art. 167 Projet)⁹⁴.

Quant aux régimes matrimoniaux, le Projet de réforme abandonne l'union des biens comme régime légal ordinaire. Ce régime ne satisfait pas au postulat de l'égalité, puisqu'il place la femme dans la dépendance économique de son mari. En outre, il n'est plus appliqué que partiellement en Suisse⁹⁵. Pour le remplacer, on a renoncé à un système de séparation de biens, certes simple et qui, vu l'indépendance des conjoints, leur garantit le mieux l'égalité. Mais, il ne correspond pas à l'idée de communauté de vie; il ne tient notamment pas assez compte des efforts déployés ensemble par les partenaires durant leur union⁹⁶. On n'a pas voulu non plus d'un régime de communauté, qui ne se lie pas à une tradition juridique dans notre pays; sans compter que son application pose de multiples

⁹⁰ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1235 ss.

⁹¹ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1237 ss; Deschenaux H./Petitpierre G., SJ 1975 p. 481.

⁹² Mess. 1979, FF 1979 II p. 1239 s. Cf. aussi Rap. sit. famille, p. 69 s; ce rapport révèle que près du quart des mères qui exercent une activité lucrative ont pour mari un « indépendant »; dans les quatre cinquièmes des cas, elles collaborent à l'entreprise de leur conjoint.

⁹³ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1242 ss.

⁹⁴ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1244 s.

⁹⁵ Cf. *supra* p. 26.

⁹⁶ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1200 ss; la séparation de biens subsiste comme régime conventionnel et comme régime extraordinaire (art. 185 à 192, 244 à 248 Projet; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1270 ss, 1321 ss).

problèmes pratiques⁹⁷. Suivant l'avis de la Commission d'experts pour la révision du droit de la famille, le Conseil fédéral a choisi la participation aux acquêts comme nouveau régime légal⁹⁸. Ce système a le mérite de satisfaire à deux postulats essentiels de la réforme. D'une part, il est conforme à l'égalité des époux puisque, séparatif durant le mariage, il accorde à chacun d'eux l'administration, la jouissance et la disposition de ses biens propres et de ses acquêts (art. 201 Projet). D'autre part, à côté des multiples principes communautaires du droit patrimonial proposé⁹⁹, il respecte l'idée de communauté conjugale: à la dissolution du régime, chaque conjoint a droit de participer à la moitié de la valeur représentée par les acquêts nets de l'autre (art. 212 Projet). Dans les circonstances actuelles, cette répartition paritaire du bénéfice est avantageuse pour la femme, par rapport au système de l'union des biens. Elle tient compte, comme le constate Deschenaux et Petitpierre, «de la contribution de l'époux au foyer, dont la valeur purement économique peut être relativement faible alors qu'elle a pu constituer un élément essentiel de la prospérité commune et qu'elle a empêché l'époux qui s'y est voué de se constituer des acquêts»¹⁰⁰.

Nous renonçons à examiner plus en détail le Projet de nouveau droit matrimonial. Nous renvoyons pour le reste au Message du Conseil fédéral du 11 juillet 1979 et aux récentes publications qui traitent ce domaine¹⁰¹.

§ 9 L'égalité des parents dans le nouveau droit de la filiation

Le nouveau droit de la filiation est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1978¹⁰². Entre autres objectifs, il réalise l'égalité du père et de la mère dans l'exercice de l'autorité parentale¹⁰³. Comme en droit français¹⁰⁴, il n'est donc plus question de puissance paternelle, qui évoquait trop la «*patria potestas*» romaine. Certes, on ne saurait exagérer la portée de cette nouvelle expression; car, la puissance paternelle réglementée par le Code de 1907 n'était de loin pas une domination absolue des père et mère sur l'enfant¹⁰⁵. Cependant, le terme d'autorité correspond mieux à l'idée attachée de nos jours à cette institution, celle d'une fonction exercée par les parents dans l'intérêt de l'enfant¹⁰⁶.

Cette autorité n'est plus paternelle, elle est parentale. Ici aussi, le changement ne doit pas tromper. On se souvient en effet que le Code civil, dans sa version de 1907, accordait déjà à chaque époux un droit propre à la puissance paternelle et

⁹⁷ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1202 ss; Deschenaux H./Petitpierre G., SJ 1975 p. 486 s; la communauté de biens subsiste, sous diverses variantes, comme régime conventionnel (art. 218 à 243 Projet; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1306 ss).

⁹⁸ Art. 196 à 217 Projet; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1205 ss, 1267 ss. Rap. AP 1976 p. 26 ss.

⁹⁹ Cf. notamment les art. 163, 164, 166, 169, 170 et 178 Projet, Mess. 1979, FF 1979 II p. 1208 s.

¹⁰⁰ Deschenaux H./Petitpierre G., SJ 1975 p. 490; cf. aussi Mess. 1979, FF 1979 II p. 1300 s.

¹⁰¹ Näf-Hofmann M. et H., *Partnerschaft als Leitbild der Ehe*, Zurich 1980; Hegnauer C., *Der Entwurf des neuen Eherechts*, RSJ 1980 p. 69; Huber H., *Kritische Bemerkungen zum Entwurf des Bundesrates für eine Revision des Eherechts*, RNRF 1980 p. 65; Grossen J.-M., *Régime matrimonial ou «solution successorale»*, RSJ 1980 p. 191.

¹⁰² Cf. *supra* p. 15, n. 1.

¹⁰³ Message du CF à l'AF concernant la révision du droit de la filiation, du 5 juin 1974, FF 1974 II p. 70 ss; Hegnauer C./Schneider B., p. 128 ss; Schnyder B., p. 53 ss.

¹⁰⁴ Art. 371 ss nouv. CCF, introduits par la Loi du 4 juin 1970 sur l'autorité parentale.

¹⁰⁵ Cf. *supra* § 4; Hegnauer C., n. 10 ad art. 273 anc. CC.

¹⁰⁶ Message du CF à l'AF concernant la révision du droit de la filiation, du 5 juin 1974, FF 1974 II p. 72; Legerais R., p. 50.

les obligeait à l'exercer en commun¹⁰⁷. L'épithète «parental» reflète donc mieux cette réalité; d'autant que la réforme a dépossédé le père du pouvoir de décision dans l'exercice de la puissance paternelle. La suppression de l'article 274 al. 2 anc. CC était revendiquée depuis longtemps, notamment par les associations féminines¹⁰⁸. Proposée déjà par la Commission d'étude, enfin par le Conseil fédéral dans le Projet de loi, elle fut approuvée sans opposition par les Chambres fédérales¹⁰⁹. Cette décision comporte indéniablement une grande valeur symbolique: elle révèle la volonté déterminée du législateur de la réforme d'extirper de notre droit de la famille les vestiges d'un système patriarcal pour le remplacer par un statut de coopération entre deux partenaires égaux en droit.

Le législateur a renoncé à prévoir l'intervention du juge en cas de désaccord dans l'exercice de l'autorité parentale, ou quelque autre moyen particulier de résoudre une divergence entre père et mère¹¹⁰. Diverses solutions s'offraient¹¹¹. Les uns donnent par exemple aux parents le droit de prendre la décision selon leurs attributions respectives, fixées en fonction de divers critères (âge des conjoints, sexe et âge de l'enfant, genre de problème litigieux). Ce système n'est pas opportun¹¹². Le partage des compétences, difficile à réaliser, risque de conduire à une organisation familiale fondée sur la prépondérance du mari, celle précisément dont la réforme veut se défaire. D'autres possibilités, plus réalistes, prévoient le recours à une personne extérieure de la famille (conseil de famille ou autorité de tutelle, comme c'est le cas actuellement en France)¹¹³. Le législateur suisse ne les a pas retenues. Il fait valoir qu'il appartient aux parents de résoudre conjointement leurs problèmes, conformément à l'article 159 al. 2 CC¹¹⁴. Il n'est pas souhaitable que la loi offre aux père et mère un moyen leur permettant de requérir systématiquement l'avis du juge ou d'un tiers pour trouver une solution à leurs désaccords¹¹⁵. Somme toute, on n'a pas voulu, pour reprendre l'expression souvent utilisée, d'un «ménage à trois». Cela n'empêche pas, dans les cas où les dissensions persistants entre parents menacent l'union conjugale ou le développement de l'enfant, d'avoir recours aux procédures adéquates (art. 169 ss CC, 172 ss Projet 1979, 307 nouv. CC).

§ 10 Conclusions

Nous avons observé plus haut que le principe de l'égalité juridique des époux ne pouvait avoir qu'une force relative, parce qu'il est subordonné à l'institution

¹⁰⁷ Cf. *supra* p. 21 s; en droit français, jusqu'à l'entrée en vigueur de la Loi du 1970 sur l'autorité parentale, l'art. 373 anc. CCF attribuait l'exercice de la puissance paternelle au seul père.

¹⁰⁸ Rapport de la Commission d'étude pour la révision partielle du droit de la famille, du 28 juin 1965, p. 23.

¹⁰⁹ Message du CF à l'AF concernant la révision du droit de la filiation, du 5 juin 1974, FF 1974 II p. 73; Bull. off., CE 1975 p. 133, CN 1975 p. 1777.

¹¹⁰ Cf. art. 297 al. 1^{er} nouv. CC: «Pendant le mariage, les père et mère exercent l'autorité parentale en commun.»

¹¹¹ Frischkopf E., p. 133 ss.

¹¹² Rappelons que le système du partage des compétences était prévu par l'avant-projet de 1900 (cf. *supra* p. 22).

¹¹³ Art. 372-1 al. 2 nouv. CCF.

¹¹⁴ Message du CF à l'AF concernant la révision du droit de la filiation, du 5 juin 1974, FF 1974 II p. 74; rappelons que l'art. 159 CC reste inchangé dans le Projet de nouveau droit matrimonial (Mess. 1979, FF 1979 II p. 1226 s).

¹¹⁵ Grossen J.-M., *Puissance paternelle et protection de l'enfant*, Revue Pro Juventute, Zurich 1972, p. 275.

même du mariage et aux différences naturelles entre hommes et femmes¹¹⁶. Reste à savoir si la réforme des droits du mariage et de la filiation a aboli toute discrimination fondée sur le sexe.

Deux règles inégalitaires subsistent dans le Projet de nouveau droit matrimonial, l'une et l'autre en défaveur de la femme. La première concerne le nom de famille déterminé par celui du mari (art. 160 al. 1^{er}). La seconde a trait à l'acquisition du droit de cité du mari par l'épouse (art. 161)¹¹⁷. Nous renonçons à commenter ici les solutions proposées par le Conseil fédéral. Une telle critique nous éloignerait trop de notre étude. Nous nous bornons à constater que la révision du droit de la famille réalise l'égalité quasi complète des époux, dans les limites et avec les réserves énoncées ci-dessus.

Cette constatation ne saurait cependant nous faire croire que la réforme suffira d'un seul coup à modifier la réalité, qui évolue lentement, conditionnée par des facteurs politiques, moraux, religieux et économiques. Il faut se rendre à l'évidence que les normes juridiques consacrant l'égalité entre les conjoints déploieront leurs effets dans un milieu social encore profondément désavantageux pour la femme¹¹⁸; et craindre, de ce fait, que leur application rende à certains égards illusoire le respect complet de ses droits¹¹⁹.

Pourtant, il serait erroné de reprocher au législateur de la réforme d'avoir adopté une conception peu progressiste, voire rétrograde, des rapports conjugaux. Car le nouveau droit de la famille, en reconnaissant pleinement la personnalité de la femme et en réalisant l'égalité des époux devance la réalité actuelle. Il contribuera sans doute à accélérer l'évolution des faits vers l'abolition de toute discrimination sociale fondée sur le sexe.

Pour l'heure, nous devons nous en tenir à notre sujet. Parmi les multiples effets que déploiera l'égalité des conjoints, l'un d'eux touche le droit de la responsabilité civile. La réforme va en effet donner à la femme mariée une indépendance accrue, qui impliquera pour elle la prise en charge de risques correspondants. Egale dans les droits, elle le sera aussi dans les obligations. Cette situation devrait conduire à une nouvelle interprétation des articles 331 ss CC et accorder à l'épouse, dans un système d'autorité bicéphale, la qualité de cochef de famille, au sens de ces dispositions.

¹¹⁶ Cf. *supra* p. 28.

¹¹⁷ Cf. *supra* p. 29.

¹¹⁸ Cf. *supra* § 5.

¹¹⁹ Haller-Zimmermann G., *Rechtsnorm und Gesellschaftsnorm, Bemerkungen zur Gleichstellung von Mann und Frau im Eherecht*, RSJ 1976 p. 301 ss.

DEUXIÈME PARTIE

LE CHEF DE FAMILLE

Le Projet de nouveau droit matrimonial ne prévoit pas de modifier les dispositions du Code civil régissant l'autorité domestique (art. 331 ss). Pourtant, il ne fait nul doute que l'application de l'égalité des époux conduira, une fois les titres V et VI entrés en vigueur¹, à une extension du concept de chef de famille. Nous tenterons de le démontrer dans cette deuxième partie de notre étude. Nous nous pencherons non seulement sur le cas ordinaire de la famille légitime unie, mais aussi sur d'autres cas particuliers.

Auparavant, nous aurons rappelé les notions de communauté et d'autorité domestiques, et celle de chef de famille selon son acception actuelle. Ces notions, précisons-le, avaient justifié en 1907 le transfert de la norme de responsabilité du droit des obligations (art. 61 CFO) au droit de la famille (art. 333 CC)².

¹ Cf. *supra* p. 16.

² Les dispositions correspondantes des législations des pays voisins ont leur siège dans le droit des obligations (art. 1384 al. 4 CCF, § 832 BGB, § 1309 ABGB, art. 2048 CC).

CHAPITRE 3 L'AUTORITÉ DOMESTIQUE

§ 11 *La communauté domestique*

Est chef de famille aux termes de l'article 331 al. 1^{er} CC celui qui, en vertu de la loi, d'un contrat ou de l'usage, exerce l'autorité domestique sur les personnes vivant en ménage commun. Deux conditions préalables fondent donc la qualité de chef de famille: l'existence d'un ménage commun et l'exercice de l'autorité domestique sur les membres qui le composent.

L'expression «ménage commun» («gemeinsamer Haushalt»), qu'on retrouve dans d'autres lois (par exemple à l'art. 14 al. 3 LCA), n'est pas tout à fait adéquate ici. Bon nombre d'auteurs lui préfèrent la formule de «communauté domestique» («Hausgemeinschaft»), qui traduit mieux l'idée précisément contenue à l'article 331 al. 1^{er} CC d'une communauté de vie entre des personnes soumises à l'autorité de l'une ou plusieurs d'entre elles³. D'ailleurs, les droits révisés de l'adoption (art. 266 al. 1^{er} ch. 3 CC) et de la filiation (art. 301 al. 3 CC) utilisent dans ce sens cette formule. Certes, les deux concepts se recouvrent le plus souvent. Dans la plupart des cas — la famille —, le ménage commun se confond avec la communauté domestique. Mais, la notion qu'il renferme est plus étroite; elle n'implique pas la subordination à l'autorité d'une personne; la cohabitation (par exemple de deux sœurs) suffit à son existence⁴.

La communauté domestique trouve son fondement dans une véritable communauté de vie. Ses membres «vivent sous le même toit et mangent à la même table»⁵. Il n'est pas indispensable que le logement ait lieu dans le même bâtiment (par exemple, la gouvernante habite dans l'annexe de la maison) ou que la vie commune soit permanente (ainsi, le fils étudie ailleurs et revient régulièrement passer ses fins de semaine chez ses parents)⁶.

En revanche, le simple contrat de bail ou le seul partage des frais de nourriture et de logement, comme dans l'affaire La Bâloise contre Müller⁷, ne suffit pas à créer la communauté domestique. Ce concept dépasse donc largement le cadre familial. Il peut s'étendre à une exploitation industrielle, artisanale ou agricole, ou encore à des établissements divers, tels que pensionnats, internats, asiles ou hospices. Le cercle des personnes susceptibles d'être soumises à l'autorité domestique d'un chef de famille est large et hétéroclite, comme l'énumère à titre exemplatif l'article 331 al. 2 CC: il englobe non seulement les membres de la famille,

³ Brehm R., FJS 848, p. 1; Akesson C., *Die Hausgemeinschaft im Dienstverhältnis*, th., Berne 1923, p. 25 ss.

⁴ ATF 98 II 124, JT 1973 I 457 (rés), cons. 2, La Bâloise c. Müller: dans l'application de l'art. 63 al. 3 litt. b LCR, le TF admet que deux sœurs, qui louent ensemble un appartement sans partager leurs repas, vivent en ménage commun.

⁵ ATF 101 II 3 (6), Marval et Hauser c. Conseil d'État du canton de Vaud.

⁶ Silbernagel A., n. 1 ad art. 331 CC; Egger A., n. 10 s ad art. 331 CC.

⁷ Cf. *supra* n. 4.

parents ou alliés, mais encore les personnes tenues par un contrat (de travail, en général) ou un lien analogue, comme le personnel de maison, des travailleurs, apprentis, pupilles, élèves ou pensionnaires⁸. A ce propos, on observe en Suisse un net recul des ménages familiaux dans lesquels vivent des personnes étrangères à la famille⁹.

§ 12 *L'autorité domestique*

L'autorité domestique («Hausgewalt»), régie par les articles 331 ss CC, s'étend aux personnes vivant dans la communauté domestique. Elle appartient au chef de famille¹⁰. Elle vise à assurer l'organisation de la communauté domestique, dans l'intérêt matériel, intellectuel et moral des personnes qui la composent (art. 332), mais aussi dans celui des tiers, afin de prévenir ou réparer les dommages que leur causeraient certains de ses membres (art. 333)¹¹.

L'autorité domestique est une institution propre au droit suisse. Ni les codes étrangers, ni les législations cantonales applicables avant 1912, ne la connaissaient¹². Cela explique en partie les oppositions qu'elle a suscitées aux Chambres fédérales. Ses adversaires la tenaient pour incompatible avec la liberté des personnes qui lui sont soumises¹³. Le législateur s'est finalement résolu à l'introduire dans le Code civil; il invoquait la nécessité sociale, à l'intérieur de la communauté domestique, d'un ordre que la puissance paternelle ne suffisait pas à assurer.

Autorité parentale et autorité domestique sont deux institutions différentes, bien que leur connexité naturelle les fassent souvent se recouvrir. Elles se distinguent d'abord par leur champ d'application personnel¹⁴. L'autorité parentale n'appartient qu'aux père et mère; elle ne s'étend qu'aux enfants mineurs, éventuellement aux majeurs interdits (art. 296 al. 1^{er}, 385 al. 3 CC). Elle peut exister indépendamment de l'autorité domestique, quand l'enfant est placé chez un tiers. Inversement, le chef de famille peut exercer l'autorité domestique sans détenir l'autorité parentale. Tel est le cas lorsqu'un employeur héberge son apprenti durant sa formation. Dans ce sens, l'autorité domestique est proche de la garde; ainsi, les père et mère qui confient leur enfant à une personne ne lui cèdent pas l'autorité parentale; ils se privent de l'un de ses attributs, la garde, considérée comme le droit et le devoir de déterminer la résidence du mineur, pour lui prodiguer des soins et diriger son éducation¹⁵.

Les deux notions se différencient aussi par leur contenu. L'autorité parentale englobe un ensemble de droits et de devoirs précis, dévolus aux père et mère dans l'intérêt de leur enfant. Elle les habilite à prendre des mesures pour l'élever,

⁸ Egger A., Annexe 1 au Rapport du CF à l'AF sur la demande d'initiative pour la famille du 10 octobre 1944, FF 1944 p. 1061. Dans un arrêt récent (ATF 105 II 197, JT 1980 I 162, Dieterle et consorts c. ABZ Allgemeine Baugenossenschaft Zürich, cons. 3 c), le TF a précisé que l'art. 331 al. 2 CC ne vise pas le ménage que forment les concubins.

⁹ Rap. sit. famille p. 47.

¹⁰ Cf. *infra* § 13.

¹¹ Offtinger K., II 1 p. 251; Aeby P., FJS 847 p. 2 s.

¹² Tuor P./Schnyder B., p. 272; Egger A., Annexe 1 au Rapport du CF à l'AF sur la demande d'initiative pour la famille du 10 octobre 1944, FF 1944 p. 1060.

¹³ Egger A., n. 7 ad art. 331 CC.

¹⁴ Hegnauer C./Schneider B., p. 132.

¹⁵ Message concernant la révision du droit de la filiation du 5 juin 1974, FF 1974 II p. 78; Hegnauer C./Schneider B., p. 135 s; Degoumois V., *La situation juridique de l'enfant placé chez des parents nourriciers*, Mélanges Deschenaux, l'ribourg 1977 p. 145; Simler Ph., RTDC 1972 p. 685.

le représenter et administrer ses biens¹⁶. L'autorité domestique est matériellement moins spécifique et plus pragmatique. Elle vise autant le respect de l'ordre dans la communauté domestique que l'épanouissement de ses membres et la protection des tiers. On ne saurait donc la qualifier de simple « pouvoir de police », comme le fait Ott¹⁷.

Enfin, les deux institutions se distinguent par leur fondement. L'autorité parentale n'existe que par la loi (art. 296 al. 1^{er}, 297 al. 3, 298 al. 1^{er} nouv. CC). Elle ne peut être accordée à l'un seul des parents, ou retirée, que par décision du juge ou de l'autorité tutélaire (art. 297 al. 2, 298 al. 2, 311 et 312 nouv. CC). On sait donc toujours qui en est détenteur. L'autorité domestique a une assise moins précise; elle peut certes se fonder sur la loi — c'est le cas le plus fréquent —, mais aussi sur un contrat ou sur l'usage (art. 331 al. 1^{er} CC)¹⁸.

Ces remarques nous amènent à considérer la personne qui détient l'autorité domestique — le chef de famille —, en d'autres termes à définir le sujet de la responsabilité prévue à l'article 333 CC.

¹⁶ Message concernant la révision du droit de la filiation du 5 juin 1974, FF 1974 II p. 77 ss; Hegnauer C./Schneider B., p. 128 s.

¹⁷ Ott C., p. 21.

¹⁸ Cf. *infra* § 13 s.

CHAPITRE 4

LE CHEF DE FAMILLE DANS LE CODE CIVIL DE 1907

§ 13 *Notion*

L'autorité domestique appartient au chef de famille («*Familienhaupt*»). Cette expression, inconnue dans le CFO, existait dans certains droits cantonaux, comme au § 1872 du Code civil zurichois de 1853 / 1855¹⁹. Elle n'est pas rigoureusement appropriée puisque, nous l'avons souligné, l'institution réglementée aux articles 331 ss CC peut toucher une entité non familiale (un pensionnat par exemple)²⁰.

Est chef de famille, au sens de l'article 331 al. 1^{er} CC, celui qui, en vertu de la loi, d'un contrat ou de l'usage, exerce l'autorité sur les membres vivant dans la communauté domestique. La responsabilité régie par l'article 333 CC ne s'étend pourtant pas à toutes les personnes soumises à l'autorité domestique du chef de famille, mais seulement à celles qui, en raison de leur état personnel, requièrent une surveillance et une protection particulière: les mineurs, interdits, malades mentaux et faibles d'esprit. Dans ce sens, le sujet de la responsabilité se détermine selon un critère matériel²¹. Il s'agit de la personne qui, en fait, a le pouvoir et la possibilité de surveiller les mineurs et incapables placés sous son autorité²², pour les empêcher de causer des dommages²³; on ne saurait en effet lui reprocher d'avoir négligé son devoir de surveillance, si elle n'était pas en mesure de le remplir, ou de le faire remplir²⁴.

Comme l'observe Oftinger, la notion de chef de famille ne peut se définir par elle-même, mais seulement par référence au but des articles 331 ss CC²⁵. La circonstance de rattachement déterminante réside dans les relations que le chef de famille entretient avec les membres de la communauté domestique. Ces relations sont caractérisées par un rapport de subordination fondé sur l'autorité domestique.

§ 14 *Fondement*

Toutes les personnes vivant en ménage commun ne sont pas soumises à l'autorité domestique d'un chef de famille. Pour que tel soit le cas, il faut qu'il existe un

¹⁹ Egger A., n. 1 ad art. 333 CC; Oftinger K., II 1 p. 250 n. 60. L'exposé des motifs de l'avant-projet de CC de 1901 (p. 232) parle de «chef de famille», sans autre explication.

²⁰ Cf. *supra* p. 37.

²¹ Egger A., n. 3 ad art. 333 CC; Oftinger K., II 1 p. 250 s; Deschenaux H. / Tercier P., p. 108 s.

²² Pour simplifier la rédaction, nous recourons souvent à l'expression elliptique «mineurs et incapables» pour désigner les personnes visées à l'art. 333 al. 1^{er} CC.

²³ Signalons que l'art. 61 CFO avait une portée plus étroite que l'art. 333 CC; il se référait à un devoir légal de surveillance, en stipulant: «Celui auquel incombe légalement la surveillance d'une personne de sa maison est responsable du dommage causé par elle...».

²⁴ Brehm R., FJS 848 p. 2; ATF 71 II 61, JT 1945 I 466, Dilpert c. Etablissement suisse pour épileptiques et Dr Braun, cons. 1.

²⁵ Oftinger K., II 1 p. 250 s.

des motifs juridiques énoncés à l'article 331 al. 1^{er} CC, lequel pose alternativement un triple fondement à la qualité de chef de famille: la loi, un contrat ou l'usage.

Par loi, on doit entendre essentiellement le droit de la famille. Nous y reviendrons plus bas²⁶. En revanche, il ne peut être question de droit public, car la fonction d'un directeur d'établissement public (hôpital ou pénitencier) relève, non pas de l'autorité domestique, mais d'une activité étatique soumise au droit public (art. 6 al. 1^{er}, 59 al. 1^{er} CC). L'article 333 CC ne s'applique donc pas à de tels cas²⁷. C'est pour la même raison — ajouté au fait qu'une classe d'école ne constitue pas une communauté domestique — qu'un enseignant ne saurait être considéré comme chef de famille²⁸.

L'autorité domestique peut encore se fonder sur un contrat. La loi mentionne expressément à l'article 331 al. 2 CC le contrat de travail, auquel il faut ajouter évidemment celui d'apprentissage. Ce sont les cas les plus fréquents²⁹. Mais, on citera d'autres conventions, comme celles qui portent sur des soins dans un établissement privé (hôpital ou asile)³⁰, ou sur l'entretien et l'éducation dans un pensionnat³¹, ou même dans une colonie de vacances organisée par une association³².

L'usage, enfin, peut déterminer le statut de chef de famille. On doit entendre ce terme comme l'expression d'un principe suivant lequel celui qui, en raison de son état physique ou mental, a besoin de protection, sera surveillé par la personne en mesure de le faire. Dans la plupart des cas, cette personne s'est vue confier temporairement un mineur ou un incapable, comme dans l'exemple de l'oncle qui accueille son neveu durant les vacances³³. L'usage, comme fondement de la responsabilité régie par l'article 333 CC, est propre à la législation suisse. A tout le moins, les dispositions correspondantes des droits français et allemand ignorent ce critère de rattachement. Il est intéressant de dire, en quelques mots, comment nos voisins déterminent le sujet de la responsabilité.

En France, avant l'introduction de la Loi de 1970 sur l'autorité parentale, la responsabilité était directement fondée sur l'exercice de la puissance paternelle; pendant le mariage, elle incombait en principe au père (art. 213, 373, 1384 al. 4 anc. CCF)³⁴. Cette règle trouvait sa justification dans le fait que la responsabilité était considérée comme la contrepartie des devoirs d'éducation et de surveillance, qui résultent précisément de la puissance paternelle³⁵; elle était certes tempérée par la condition de cohabitation. De façon générale, la jurisprudence avait refusé d'étendre l'application de l'article 1384 al. 4 à d'autres gardiens du mineur³⁶. Le

²⁶ Cf. *infra* § 15 ss.

²⁷ Otfinger K., II 1 p. 259 s; Papa G., p. 21 n. 57; d'un avis contraire, Brehm R., FJS 848 p. 3; Petitjean T.M., p. 27 ss.

²⁸ Otfinger K., II 1 p. 254 n. 78.

²⁹ Sur la délimitation entre les responsabilités selon l'art. 333 CC et l'art. 55 CO, cf. Otfinger K., II 1 p. 245 s; Petitjean T.M., p. 94.

³⁰ ATF 71 II 61, JT 1945 I 466, Dilpert c. Etablissement suisse pour épileptiques et Dr Braun.

³¹ ATF 44 II 7, Gerber c. Jaccard.

³² ATF 79 II 261, Ganzer c. Ligue antituberculeuse du district de Sierre.

³³ ATF 79 II 350, Nicolet c. Guillaume.

³⁴ Dans sa version originale, et jusqu'en 1970, l'art. 1384 al. 4 anc. CCF stipulait: «Le père, et la mère après le décès du mari, sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.»

³⁵ Ollier P. D., p. 27; Legeais R., p. 203.

³⁶ Ollier P. D., p. 29 s, et les références jurisprudentielles citées.

rattachement de la responsabilité à l'exercice de la puissance paternelle pouvait dans certains cas aboutir à des résultats inéquitables. Ainsi, la Cour de cassation civile estimait que la séparation de fait des parents ne modifiait pas l'exercice de la puissance paternelle. Elle jugeait, nonobstant la condition de cohabitation, que le père répondait des dommages commis par son enfant, même si ce dernier vivait avec la mère³⁷.

La Loi de 1970 sur l'autorité parentale a modifié l'article 1384 al. 4 CCF. Cette disposition stipule désormais : «Le père et la mère, en tant qu'ils exercent le droit de garde, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux.» La norme est étendue et précisée : étendue dans la mesure où les père et mère sont cumulativement — et non plus alternativement — considérés comme responsables ; précisée, puisque la responsabilité est rattachée à un attribut spécifique de l'autorité parentale, la garde, définie comme «le droit et le devoir de fixer la résidence de l'enfant»³⁸. L'application de l'article 1384 al. 4 CCF aux père et mère dépend donc d'une double condition : l'une formelle, la garde, l'autre matérielle, la cohabitation, entendue largement³⁹. Comme par le passé, la doctrine dominante admet que la présomption de responsabilité ne saurait peser sur d'autres personnes que les parents. Si un enfant est confié à un tiers, ce dernier ne répond d'un éventuel dommage que si, selon la norme délictuelle générale (art. 1382 CCF), une faute est prouvée à son encontre⁴⁰.

En Allemagne, le champ d'application personnel du § 832 BGB est plus large que celui de l'article 1384 al. 4 CCF. Il vise celui qui, en vertu de la loi (al. 1) ou d'un contrat (al. 2) est tenu de surveiller une personne, en raison de l'âge de cette dernière ou de son état mental ou physique⁴¹. La responsabilité regarde en premier lieu les père et mère, comme détenteurs de l'autorité parentale (§ 1626, 1631 al. 1^{er}, 1671 ss, 1705 BGB)⁴². Elle concerne aussi le tuteur (§ 1793, 1800 BGB), les parents nourriciers (§ 1910, 1915 al. 1^{er} BGB)⁴³, enfin celui qui, sur la base d'un contrat, se voit confier un mineur ou un incapable (par exemple, le directeur d'un pensionnat)⁴⁴. L'autorité parentale n'est donc pas en soi, comme c'est le cas en France pour l'article 1384 al. 4 CCF, une condition d'application du § 832 BGB ; d'autres personnes que les père et mère peuvent être sujets de la responsabilité. Cependant, lorsque ceux-ci sont recherchés en vertu de cette disposition, l'exercice de l'autorité parentale est une condition nécessaire, puisqu'il est le fondement légal du devoir de surveillance de l'enfant. Cette condition n'est d'ailleurs pas suffisante ; bien que le § 832 BGB ne le mentionne pas expressément

³⁷ Cass. civ., 4 décembre 1963, D. 1964 Jur. p. 159, note de P. Voirin.

³⁸ Simler Ph., RTDC 1972 p. 692 ; Legeais R., p. 203 ss.

³⁹ Larroumet C., Rép. D., n. 212 ss ; la Cour de cassation civile (arrêt du 8 juillet 1970, D.S. 1971 Som. p. 31, RTDC 1971 p. 381 ss, note de G. Durry) admet la cohabitation en cas de séparation temporaire des parents ; la Cour de cassation criminelle (arrêt du 11 octobre 1972, D.S. 1973 Jur. p. 75) reconnaît que l'absence temporaire des parents ne saurait être assimilée à une cessation de la cohabitation.

⁴⁰ Simler Ph., RTDC 1972 p. 725 ; Larroumet C., Rép. D., n. 170 ss ; Colombet C., n. 33.

⁴¹ § 832, al. 1^{er}, 1^{re} phrase : «Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt.» Al. 2 : «Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt.»

⁴² Staudinger J.V. / Schäfer K., n 12 s ad § 832 BGB ; Palandt O. / Thomas H., n. 3 ad § 832 BGB.

⁴³ Larenz K., II § 73. V.

⁴⁴ Larenz K., II § 73. V, n. 1 ; Wussow W., p. 208.

ment, la doctrine reconnaît que la responsabilité n'est engagée que si la surveillance peut effectivement être exercée. La cohabitation avec l'auteur du dommage serait alors considérée comme une condition non écrite, le législateur l'ayant jugé superflue en raison de la clause exonératoire⁴⁵.

Enfin, lorsqu'une personne surveille temporairement un mineur ou un incapable, sans que la loi ou un contrat lui en prescrive l'obligation, elle répond du préjudice qu'il causerait en vertu de la norme délictuelle générale (§ 823 BGB)⁴⁶. Mais, la question de savoir si et dans quelle mesure la responsabilité des parents ou du tuteur peut subsister est sujette à discussion⁴⁷.

En résumé, l'originalité du droit suisse tient à ce que le champ d'application personnel de la responsabilité est plus large qu'en Allemagne et, surtout, en France. La référence à l'usage permet de rendre responsable selon l'article 333 CC une personne qui, chez nos voisins, ne pourrait être éventuellement recherchée qu'en vertu de la norme délictuelle générale. Notre système offre un double avantage: d'une part, il évite des lacunes de responsabilité, comme on le constate aussi à l'étranger⁴⁸; d'autre part, il favorise, dans certaines circonstances, la situation du lésé, qui n'est pas tenu de prouver une faute à l'encontre du défendeur.

Certes, les rapports entre le chef de famille et les personnes soumises à son autorité sont le plus souvent fondés sur la loi, en particulier sur les règles relatives aux effets généraux du mariage, à l'autorité parentale ou à la tutelle. Oftinger rappelle pourtant que ces rapports sont caractéristiques, de nature propre («eigener Art»)⁴⁹. Ainsi, une personne peut être chef de famille au sens du droit des obligations (art. 333 CC) sans l'être en vertu du droit de la famille (art. 160 al. 1^{er} CC)⁵⁰. Par ailleurs, l'exercice de la puissance paternelle (ou, depuis 1978, de l'autorité parentale) n'est pas, pour le père ou la mère, une condition nécessaire à l'exercice de l'autorité domestique, — contrairement à ce qu'ont prétendu, mais à tort, quelques jugements ou avis doctrinaux isolés⁵¹. Par exemple, un père privé de l'autorité parentale à la suite du divorce, peut devoir répondre comme chef de famille des actes dommageables que son enfant commet lors de vacances passées chez lui. C'est l'usage qui fonde en ce cas l'autorité domestique et, en conséquence, la responsabilité prévue à l'article 333 CC.

Ces remarques nous conduisent à déterminer quelles personnes peuvent recouvrer la notion de chef de famille dans le Code civil de 1907. Le cas de la «petite famille» (composée des parents et enfants) retiendra surtout notre attention.

§ 15 *Le père, chef ordinaire de la famille*

Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral constate «que la question de savoir qui doit être considéré comme chef de famille — le père, la mère ou les deux parents — n'a jamais donné lieu à des discussions importantes: dans des conditions normales (époux non séparés, capacité d'agir du mari), c'est toujours contre

⁴⁵ Staudinger J.V./Schäfer K., n. 20 ad § 832 BGB; Aden M., p. 57 ss, 80.

⁴⁶ Staudinger J.V./Schäfer K., n. 45 ad § 832 BGB; BGHZ 16 janvier 1968, FamRZ 1968 p. 149.

⁴⁷ Larenz K., II § 73. V, n. 1; Wussow W., p. 208; BGHZ 11 juin 1968, NJW 1968 p. 1672.

⁴⁸ Aden M., p. 16.

⁴⁹ Oftinger K., II 1 p. 253.

⁵⁰ Cf. *infra* p. 60.

⁵¹ ATF 41 II 90 (92), Fontannaz c. Gaeng; Schaerer M., *Haftpflicht und Schadenersatz*, Berne 1940, p. 122. Pour la distinction entre autorités parentale et domestique, cf. *supra* p. 38 s. Cf. aussi *infra* § 23.

le père que l'action était ouverte»⁵². Depuis l'entrée en vigueur du Code civil, aucune décision du Tribunal fédéral n'a donné à l'épouse, ou aux deux conjoints ensemble, la qualité de chef de famille, dans le cas des parents cohabitants et non empêchés d'exercer l'autorité domestique. Et nous n'avons pas connaissance de jugements cantonaux qui se soient écartés de ce principe⁵³. On trouve en revanche quelques exemples contraires dans des arrêts rendus en application de l'article 61 CFO; cette disposition, il est vrai, ignorait la notion de chef de famille et considérait, comme sujet de la responsabilité, celui qui est légalement tenu de surveiller l'auteur du dommage⁵⁴. Dans certaines circonstances, la femme pouvait répondre à côté de son mari, lorsque le droit cantonal lui imposait un devoir de surveillance⁵⁵.

L'attribution du statut de chef de famille au mari découle de la position prédominante qu'il occupe au sein de la famille (art. 160 ss, 274 al. 2 anc. CC)⁵⁶. D'ordinaire, il est chef de famille en vertu de la loi (art. 331 al. 1^{er} CC), parce qu'il est chef de l'union conjugale (art. 160 al. 1^{er} CC). Mais une précision s'impose: de même que la puissance paternelle n'est pas une condition nécessaire à l'exercice de l'autorité domestique, de même la qualité de chef de l'union conjugale ne fonde pas automatiquement celle de chef de famille⁵⁷; elle constitue un indice, souvent déterminant, de l'aptitude du père à assurer l'ordre de la communauté domestique et à prendre des mesures pour éviter que ses enfants ne causent des dommages⁵⁸. En posant un tel principe, la loi consacre moins une réalité qu'elle n'établit un postulat. Car, il est constant que, dans la plupart des familles, la mère s'occupe principalement des enfants, et presque exclusivement quand ils sont en bas âge⁵⁹.

Ainsi, en dépit du pouvoir des clés (art. 161 al. 3, 163 CC) et de son droit propre à l'exercice de la puissance paternelle (art. 274 al. 1^{er} anc. CC), la femme n'est généralement pas chef de famille dans le Code civil de 1907. La responsabilité de l'article 333 CC incombe en principe au seul père. La mère ne peut être recherchée sur la base de cette disposition qu'en cas de circonstances particulières que nous examinerons plus bas⁶⁰. La qualité de chef de famille n'est donc attribuée qu'alternativement aux père et mère, à moins qu'ils soient convenus d'une autre répartition des rôles dans le ménage commun ou d'une égalité complète⁶¹. À vrai dire, bien que certains avis doctrinaux ou arrêts aient admis la possibilité d'un exercice conjoint de l'autorité domestique par les époux⁶², nul exemple pratique ne vient étayer ce point de vue: il n'est pour nous qu'une hypothèse

⁵² ATF 103 II 24 (29 s), Perruchoud c. Praz.

⁵³ Dans un jugement de 1955 (ZR 1957 p. 152 ss, cons. 4) l'Obergericht de Zurich a laissé entendre que la mère pouvait être rendue seule responsable, en cas d'exonération du père; mais, il n'a pas tranché la question.

⁵⁴ Cf. *supra* p. 41, n. 23.

⁵⁵ ATF 26 II 304, Häberli c. Häberli, cons. 3; ATF 43 II 205, JT 1917 I 560, Affolter c. Dame Müller et consorts, cons. 3.

⁵⁶ Cf. *supra* § 1 à 4; Ofinger K., II 1 p. 252; Brehm R., FJS 848 p. 2; Keller A., p. 110; Petitjean T.M., p. 15.

⁵⁷ Cf. *supra* p. 44.

⁵⁸ Papa G., p. 8 s.

⁵⁹ Cf. *supra* p. 25; Ofinger K., II 1 p. 257 s.

⁶⁰ Cf. *infra* § 16.

⁶¹ ATF 103 II 24 (29), Perruchoud c. Praz.

⁶² Silbernagel A., n. 3 ad art. 331 CC; Thilo E., JT 1960 I 264; ATF 44 II 7 (8 s), Gerber c. Jaccard.

théorique. Dans les conditions normales, la mère doit juridiquement être considérée comme auxiliaire du père chef de famille; ce dernier répond du défaut de surveillance de sa femme comme du sien propre⁶³. Lorsque ce défaut est assimilable à une faute, la responsabilité personnelle de l'épouse sera éventuellement engagée en vertu de l'article 41 CO⁶⁴.

§ 16 La mère, chef subsidiaire de la famille

La mère est chef de famille, quand le père n'est pas ou plus en mesure d'exercer l'autorité sur les membres de la communauté domestique⁶⁵. Tel est le cas lorsque les parents ne sont pas mariés (à la condition que la mère ne se voie pas retirer l'autorité parentale ou la garde de l'enfant, art. 298 al. 2, 310 al. 1^{er} et 2, 311 et 312 nouv. CC)⁶⁶ ou que le mariage est dissout par le décès du mari ou le divorce (à la condition que la mère se voie confier l'enfant, art. 156 al. 1^{er}, 297 al. 3 nouv., 274 al. 3 anc. CC)⁶⁷. Tel est le cas aussi lorsque, durant le mariage, la vie commune est suspendue (art. 170, 297 al. 2 nouv. CC), la séparation de corps prononcée (art. 156 al. 1^{er}, 297 al. 2 nouv. CC) ou quand le père est déchu de l'autorité parentale (art. 311 s nouv., 285 anc. CC)⁶⁸. Dans les faits, on observe que la mère est «prédestinée» à être chef de famille dans la plupart des familles incomplètes⁶⁹. Nous aurons l'occasion de revenir plus en détail sur ces problèmes, lorsque nous déterminerons le sujet de la responsabilité dans le droit révisé de la famille⁷⁰.

Un cas a soulevé de nombreuses difficultés dans l'application du Code civil de 1907: l'absence du mari. Quand elle était momentanée, limitée à quelques jours, le Tribunal fédéral a admis qu'il restait chef de famille⁷¹. La question se complique lorsque l'absence se prolonge, pendant plusieurs semaines. En pareils cas, les conditions qui font du père le sujet de la responsabilité font en principe défaut: d'une part, la communauté de vie, qui détermine la communauté domestique; d'autre part, le pouvoir de prendre des mesures pour prévenir un dommage, qui caractérise l'autorité domestique⁷². Certains auteurs se trouvent à l'aise pour donner automatiquement à l'épouse qui reste au foyer la qualité de chef de famille, que ce soit en vertu de la loi (art. 159 al. 2, 161 al. 2, 297 al. 1^{er} nouv., 274 al. 1^{er} anc. CC) ou de l'usage⁷³. Cette solution doit être accueillie avec

⁶³ Offinger K., II 1 p. 278; Brehm R., FJS 848 p. 2; ATF 103 II 24 (30 ss), Perruchoud c. Praz. Cf. aussi *infra* § 36.

⁶⁴ Offinger K., II 1 p. 252 s; Brehm R., FJS 848 p. 2; Cour de justice civile du canton de Genève, 26 mars 1976, SJ 1977 p. 230.

⁶⁵ Offinger K., II 1 p. 254; Papa G., p. 11 ss. Nous distinguons les cas, selon que les père et mère sont ou non mariés.

⁶⁶ Au contraire de la législation en vigueur (art. 298 al. 1^{er} nouv. CC), l'ancien droit de la filiation n'accordait pas de plein droit la puissance paternelle à la mère célibataire (art. 311 al. 2, 324 al. 3, 325 al. 3, 326 al. 2 anc. CC).

⁶⁷ ATF 41 II 92, Fontannaz c. Gaeng (époux divorcés).

⁶⁸ ATF 71 II 61, JT 1945 I 466, Dilpert c. Etablissement suisse pour épileptiques et Dr Braun (père sous tutelle).

⁶⁹ Sur 117 000 familles incomplètes recensées en Suisse en 1970, 92 000, soit le 80 %, avaient la mère à leur tête (Rap. sit. famille p. 70 s).

⁷⁰ Cf. *infra* § 22 à 26.

⁷¹ ATF 60 II 218, La Dixence SA c. Dayen (père à l'alpage); ATF 70 II 136, Vermot c. Gilliéron (père au service militaire).

⁷² Cf. *supra* § 11 à 13.

⁷³ Keller A., p. 111.

retenue, pour deux raisons. Tout d'abord, il convient de rappeler que la doctrine et la jurisprudence fédérale la plus récente ont donné à la mère le statut d'auxiliaire du père chef de famille, dans le cas normal de la famille légitime unie⁷⁴. Ce principe implique que l'absence temporaire du mari ne l'exonère pas de l'obligation de faire surveiller les mineurs ou incapables placés sous son autorité; il répondra personnellement des dommages qu'ils causeraient à autrui, même s'il n'est pas en mesure d'assumer lui-même la surveillance. Cela aboutit pratiquement à interpréter largement les conditions attachées à la qualité de chef de famille. Par ailleurs, le transfert de l'autorité domestique à la mère peut la mettre dans une situation économique pénible; il l'oblige, le cas échéant, à supporter personnellement la réparation du dommage causé par son enfant⁷⁵. Quant au lésé, il court le risque de se trouver en face d'un débiteur moins solvable, à défaut d'une assurance qui couvre les conséquences de la responsabilité des membres de la famille. En de telles circonstances, il convient d'apprécier chaque cas pour lui-même, afin de déterminer quand la mère a passé du statut d'auxiliaire à celui de chef de famille. A notre sens, une absence de quelques semaines du mari (au service militaire par exemple) ne suffit d'ordinaire pas à transférer l'autorité domestique à l'épouse⁷⁶.

Signalons enfin que l'abandon prolongé du foyer par le père exclut à son encontre l'application de l'article 333 CC, puisque le lien qui le retenait à la communauté domestique n'existe plus. Oftinger suggère qu'on actionne éventuellement l'époux en vertu de l'article 41 CO⁷⁷. Encore faudrait-il que la victime prouve le lien de causalité adéquate entre le comportement du défendeur (aussi coupable soit-il) et le préjudice causé par l'auteur, ce qui, à première vue, paraît difficile. En France, on adopte en pareil cas une solution plus favorable au lésé: ce dernier est habilité à se prévaloir de l'article 1384 al. 4 CCF, lorsque la cohabitation a cessé sans motif légitime⁷⁸.

§ 17 *D'autres personnes comme chef de famille*

D'autres personnes que les père et mère peuvent être recherchées selon l'article 333 CC. Nous en avons déjà mentionné quelques-unes, en parlant du fondement contractuel du statut de chef de famille: l'employeur, et le directeur d'un hôpital, d'un asile, d'un orphelinat ou pensionnat, pour autant qu'ils s'agissent d'établissements privés⁷⁹. On ajoutera le tuteur, chef de famille en vertu de la loi (art. 405 CC); ou le parent qui accueille pour une durée prolongée un mineur ou un incapable⁸⁰.

L'autorité domestique peut aussi appartenir à une personne morale⁸¹; ou conjointement à deux personnes physiques, pourvu qu'elles soient sur un pied d'égalité et qu'on ne puisse tracer entre elles des limites au devoir de surveil-

⁷⁴ Cf. *supra* p. 46, n. 63.

⁷⁵ Cf. *infra* § 37.

⁷⁶ Cf. *infra* § 23.

⁷⁷ Oftinger K., II 1 p. 255.

⁷⁸ Le Tourneau Ph., n. 1646; Larroumet C., Rép. D., n. 216; Legeais R., p. 218 s.

⁷⁹ Cf. *supra* p. 42.

⁸⁰ ATF 79 II 350, Nicolet c. Guillaume (oncle qui héberge son neveu); TC Fribourg, 21 février 1961, in Extraits... 1961 p. 5 (grand-père qui accueille son petit-fils); dans ces cas, c'est l'usage qui fonde le statut de chef de famille (cf. *supra* p. 42).

⁸¹ ATF 71 II 61, JT 1945 I 466, Dilpert c. Etablissement suisse pour épileptiques et Dr Braun; ATF 79 II 261, Ganzer c. Ligue antituberculeuse du district de Sierre.

lance⁸². Quand plusieurs familles vivent en communauté, chaque père reste en principe responsable des siens; la position de chef de l'union conjugale et l'autorité parentale constituent généralement des indices déterminants de l'exercice de l'autorité domestique. Il en va de même lorsque plusieurs générations d'une même famille cohabitent; c'est le père, non le grand-père, qui répond du dommage causé par le petit-fils⁸³.

Nul ne peut appartenir à deux communautés domestiques, et être soumis simultanément à deux chefs de famille. En revanche, il est possible que l'autorité domestique soit exercée conjointement, comme nous venons de le dire, mais aussi successivement (ou alternativement) par plusieurs personnes. Comme exemple, on cite souvent le cas de l'apprenti qui travaille et loge chez son employeur et passe régulièrement les fins de semaine dans la maison familiale. En revanche, une simple visite chez un tiers ne suffit pas à lui transférer l'autorité domestique, car la personne qui héberge le mineur ou l'incapable doit être en mesure de prendre les dispositions propres à empêcher la survenance d'accidents. Pour que ce transfert ait lieu, le placement dans une famille ou une institution doit s'étendre sur une certaine durée⁸⁴. Brehm suggère de recourir à un autre critère pour déterminer le chef de famille, lorsque l'autorité domestique est exercée successivement par plusieurs personnes. Pour lui, «le passage de responsabilité d'un chef à l'autre ne dépend pas de la durée du séjour du mineur, mais de la nature de l'acte dommageable et de la manière de le prévenir»⁸⁵. Il distingue le défaut de surveillance, imputable au chef de famille qui accueille le mineur, et le défaut d'éducation, dont les conséquences devraient être assumées par le chef de famille habituel. Cette proposition est intéressante. Elle tend finalement à rendre responsable celui qui, dans un cas donné, n'a pas pris de dispositions adéquates pour éviter que l'enfant ne commette un préjudice. Elle satisfait à l'équité. Elle aboutit cependant à soumettre simultanément le mineur à une double autorité, ce qui est contraire au principe posé plus haut. En outre, la distinction peut soulever des difficultés pratiques, dans la mesure où il est malaisé de séparer les fonctions d'éducation et de surveillance. Enfin, on relèvera que le Tribunal fédéral, peut-être à tort, s'est jusqu'ici montré peu enclin à faire dépendre la responsabilité du seul défaut d'éducation du chef de famille. Dans sa jurisprudence récente, il la fonde essentiellement sur la violation du devoir de surveillance, apprécié non d'après des critères rigoureux et absolus, mais suivant les circonstances particulières du cas d'espèce⁸⁶.

⁸² Oftinger K., II 1 p. 259; Papa G., p. 23 s.; Brehm R., FJS 848 p. 3; ATF 44 II 7, Gerber c. Jaccard.

⁸³ Oftinger K., II 1 p. 258 s; d'un avis contraire, Cour d'appel du canton de Fribourg, 20 juin 1960, in Extraits... 1960 p. 68 (72).

⁸⁴ Oftinger K., II 1 p. 255 ss; Keller A., p. 111; ATF 71 II 61, JT 1945 I 466, Dilpert c. Etablissement suisse pour épileptiques et Dr Braun, cons. 1.

⁸⁵ Brehm R., FJS 848 p. 4.

⁸⁶ ATF 100 II 298, JT 1976 I 232, Maurer c. Feltscher, cons. 3; ATF 103 II 24, Perruchoud c. Praz, cons. 4.

CHAPITRE 5

LE CHEF DE FAMILLE DANS LE CODE CIVIL RÉVISÉ

§ 18 *Nécessité d'une nouvelle interprétation des articles 331 et suivants du Code civil*

La révision en cours du droit de la famille tend, entre autres objectifs, à réaliser l'égalité juridique des époux⁸⁷. Elle n'a pas prévu de modifier le chapitre du Code civil consacré à l'autorité domestique (art. 331 ss CC). Il est vrai que cette institution, généralement incontestée dans son principe⁸⁸, n'est formellement pas discriminatoire à l'égard de l'un ou l'autre conjoint; la loi parle de chef de famille, sans référence spéciale au mari ou à la femme. Néanmoins, sinon dans son esprit, l'institution est patriarcale dans son fondement: sous l'empire du texte de 1907, le chef de famille en vertu de la loi est d'ordinaire le mari et père, en tant que chef de l'union conjugale (art. 160 al. 1^{er}, 331 al. 1^{er} CC)⁸⁹.

La Loi du 25 juin 1976 sur la filiation est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1978. Le Projet de réforme relatif aux effets généraux du mariage et aux régimes matrimoniaux est actuellement soumis à l'examen des Chambres fédérales. Lorsque la révision en cours sera accomplie, notre droit de la famille sera débarrassé des principales normes subordonnant la femme au mari. C'est un statut de coordination entre deux partenaires égaux en droit qui devrait à l'avenir régir la famille⁹⁰.

Nous basons la suite de notre étude sur l'hypothèse que, dans les conditions normales, l'union conjugale ne sera plus soumise à l'autorité du mari, mais, selon l'expression de Legeais, à une «direction collégiale» assumée par les époux⁹¹. La réforme entraînera une nouvelle interprétation des articles 331 ss CC, pour leur cas d'application typique: la famille légitime unie⁹². L'autorité domestique sera en principe exercée conjointement par les père et mère; en conséquence, ceux-ci seront cochefs de famille.

Le changement n'interviendra qu'à l'entrée en vigueur de la loi modifiant les titres V et VI du Code civil. L'article 160 al. 1^{er}, symbole de l'autorité maritale dans le texte de 1907, aura à coup sûr disparu de notre droit de la famille⁹³. Cette disposition, rappelons-le, fonde encore aujourd'hui l'attribution de l'autorité domestique au mari. L'abrogation, en 1978, de l'article 274 al. 2 anc. CC, qui accordait au père un pouvoir prépondérant dans l'exercice de la puissance paternelle, n'a pas suffi pour donner à la mère le statut de cochef de famille⁹⁴.

Par la suite, notre exposé se limitera essentiellement aux père et mère. Nos remarques concernant la détention de l'autorité domestique par d'autres per-

⁸⁷ Cf. *supra* § 6 à 10.

⁸⁸ Cf. *supra* § 12 à 14.

⁸⁹ Cf. *supra* § 15.

⁹⁰ Cf. *supra* § 7 à 10.

⁹¹ Legeais R., p. 34.

⁹² Cf. *supra* p. 16, n. 8.

⁹³ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1334.

⁹⁴ Hegnauer C / Schneider B., p. 131 s; Keller A., p. 110; ATF 103 II 24 (29), Perruchoud c. Praz.

sonnes gardent évidemment leur valeur après la révision du droit de la famille⁹⁵. Il en va de même des développements relatifs aux notions de communauté et d'autorité domestiques, et à celle de chef de famille⁹⁶.

A. *Le chef de famille dans le cas des père et mère mariés*

§ 19 *Les père et mère, cochefs de la famille*

La réalisation du principe de l'égalité des époux dans le Code civil révisé aura pour conséquence d'accroître l'autonomie et le pouvoir de la femme. Ces effets impliqueront pour elle des risques et responsabilités correspondants. Ils se traduiront par la perte de privilèges et l'augmentation de charges⁹⁷.

Cette constatation est valable en particulier pour l'interprétation des articles 331 ss CC. L'épouse, placée dorénavant sur un pied d'égalité dans la direction de la famille (art. 159 Projet 1979, inchangé), et spécialement pour l'éducation des enfants (art. 297 al. 1^{er}, 302 nouv. CC), pourra se prévaloir d'un droit propre à l'autorité domestique. On ne trouve pas dans le Code civil révisé de norme justifiant, dans les conditions normales (père et mère mariés et non empêchés d'exercer l'autorité domestique), le maintien d'un chef unique de la famille. Au contraire, le nouveau droit fonde les relations conjugales sur un statut de coopération entre les époux; il conduit naturellement à les considérer comme cochefs de famille. Comme le père, et avec celui-ci, la mère sera habilitée à prendre les mesures touchant l'organisation de la communauté domestique et le respect de son ordre intérieur⁹⁸. En contrepartie, elle devra logiquement assumer les obligations découlant de ces pouvoirs, notamment la responsabilité de l'article 333 CC. Ainsi, l'attribution à l'épouse, conjointement à son mari, de la qualité de chef de famille, apparaît comme le corollaire de la position qu'elle occupera dans l'union conjugale. C'est d'ailleurs au nom du même principe que les nouveaux droits de la famille à l'étranger ont rendu les parents coresponsables des dommages causés par leurs enfants mineurs⁹⁹.

§ 20 *Justification*

L'attribution à l'épouse du statut de cochef de famille, et finalement de coresponsable selon l'article 333 CC, se justifie pour les motifs suivants.

Le postulat de l'égalité des époux se concrétise généralement dans le Code civil révisé par une adaptation des droits de la femme à ceux du mari. Or, l'égalité dans les droits doit entraîner l'égalité dans les devoirs. Cette corrélation obéit à l'équité. Elle correspond à une idée de justice sociale, la même qui fonde l'égalité des époux¹⁰⁰. D'ailleurs, le Projet de réforme du droit matrimonial s'y réfère

⁹⁵ Cf. *supra* § 17.

⁹⁶ Cf. *supra* § 11 à 14.

⁹⁷ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1191; Deschenaux H. / Petitpierre G., SJ 1975 p. 477.

⁹⁸ Cf. *supra* § 12.

⁹⁹ Cf. *supra* p. 27, 42 ss; *infra* § 40.

¹⁰⁰ Cf. *supra* p. 27 s.

expressément, notamment dans la réglementation relative à la représentation de l'union conjugale: l'article 166 prévoit que la femme assume, à côté de son mari, une responsabilité primaire — et non plus subsidiaire — pour les besoins courants de la famille¹⁰¹.

Il n'est guère besoin de démontrer que la mère est capable d'exercer le rôle de chef de famille. On l'admettait avant la réforme, lorsque le mari était empêché¹⁰². A plus forte raison ce droit doit lui être reconnu dans un système d'autorité partagée, d'autant que le Code civil révisé lui garantit une indépendance accrue¹⁰³. Dans la réalité d'ailleurs, la mère qui habituellement reste au foyer est souvent mieux à même de prévenir la survenance d'actes dommageables que pourrait causer son enfant¹⁰⁴.

Que les articles 331 ss CC parlent de «chef de famille» n'exclut point une pluralité de sujets, à l'instar des autres normes de responsabilité causale ordinaire (art. 55, 56, 58 CO, 679 CC)¹⁰⁵. La doctrine et la jurisprudence soutiennent depuis longtemps que l'autorité domestique peut être exercée conjointement par plusieurs personnes, pourvu qu'elles soient sur un pied d'égalité¹⁰⁶. Certains auteurs et quelques arrêts l'admettaient même pour les parents; cette interprétation ne nous avait guère convaincu, du fait de la position prédominante attribuée au mari par le Code de 1907 (art. 160 al. 1^{er}, 274 al. 2 anc. CC)¹⁰⁷. En revanche, ces normes discriminatoires disparaissant avec la réforme, il n'existera désormais plus d'obstacle juridique à faire des père et mère les cochefs de la famille¹⁰⁸.

L'exercice conjoint de l'autorité domestique par les époux est non seulement possible au plan juridique, mais aussi opportun au plan pratique: il coïncide mieux avec la réalité familiale. Par leur union, les parents doivent accepter le risque que leurs enfants mineurs causent des préjudices à autrui, sans qu'on puisse tracer une limite à leurs devoirs respectifs d'éducation et de surveillance. Un système d'autorité bicéphale, et finalement de responsabilité plurale, est le plus adéquat à régir les relations entre époux et leurs rapports avec les tiers lésés.

Enfin, l'attribution du statut de cochefs de famille aux parents facilite l'action de la victime, fondée sur l'article 333 CC, puisque la mère aura la qualité pour défendre. Cette extension du sujet de la responsabilité éliminera les difficultés que pose actuellement la détermination du défendeur, dans les cas où le père n'est pas en mesure d'exercer l'autorité domestique en raison d'un empêchement temporaire¹⁰⁹. Elle présente l'autre avantage de placer le lésé en face de deux codébiteurs, ce qui lui offre une garantie accrue. Ce fait répond pleinement au but de l'article 333 CC¹¹⁰.

¹⁰¹ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1241 ss.

¹⁰² Cf. *supra* § 16.

¹⁰³ Cf. *supra* § 8 à 10.

¹⁰⁴ Dans 70 % des cas, la femme mariée n'exerce pas une activité extra-familiale (cf. *supra* p. 25, 30).

¹⁰⁵ Offinger K., II 1 p. 141 (art. 55 CO), 205 (art. 56 CO), 24 (art. 58 CO); Meier-Hayoz A., Berner Kommentar, IV 1.2 Grundeigentum (art. 655 à 679 CC), 3^e éd., Berne 1974, n. 55 ad art. 679 CC.

¹⁰⁶ Cf. *supra* p. 48, n. 82.

¹⁰⁷ Cf. *supra* p. 45, n. 62; § 1 à 4.

¹⁰⁸ ATF 103 II 24 (29), Perruchoud c. Praz.

¹⁰⁹ Cf. *supra* § 16.

¹¹⁰ Cf. *infra* p. 59.

§ 21 *Conséquences*

Une fois achevée la réforme des titres V et VI du Code civil¹¹¹, les père et mère seront cochefs de la famille en vertu de la loi (art. 159 Projet 1979, inchangé, 297 al. 1^{er} nouv. CC). Ce statut leur donnera le droit et le devoir d'exercer en commun l'autorité sur les membres de la communauté domestique. D'éventuels désaccords pourront être réglés par les moyens prévus dans les nouveaux droits du mariage et de la filiation¹¹². Cette nouvelle interprétation des articles 331 ss CC a pour effet majeur d'étendre le concept de chef de famille et, partant, le sujet de la responsabilité régie à l'article 333 CC. Elle conduit aussi, comme nous venons de le souligner, à renforcer la position du lésé¹¹³.

Dans le Code civil révisé, l'épouse n'est plus auxiliaire du mari, mais coresponsable, répondant principalement avec ce dernier du préjudice causé par leur enfant à un tiers. Cette obligation constitue pour elle une charge qu'elle ne supportait en général pas (en tout cas directement) dans l'application des textes de 1907. Cette charge, en contrepartie, améliore d'autant la situation du mari. A cet égard, on constate que l'article 333 CC devient opposable à la mère au moment où, en raison de l'émancipation de la femme et de l'affaiblissement de son rôle traditionnel de gardienne du foyer, elle s'occupe moins exclusivement des enfants¹¹⁴. Nous aurons l'occasion de revenir plus bas sur la responsabilité des époux, pour examiner les effets qu'elle répercute sur leur situation personnelle¹¹⁵.

L'attribution à la femme de la qualité de cochef de famille a pour autre conséquence de faire de l'autorité domestique une institution moins patriarcale, plus fonctionnelle; en d'autres termes, de lui donner un contenu plus proche de la réalité, vu le rôle déterminant souvent joué par la mère dans l'éducation et le soin des enfants. La divergence d'identité entre le responsable légal et le responsable de fait, qui caractérise l'article 333 dans le Code de 1907, sera amenuisée. Nous pouvons alors faire nôtre la remarque de Jean Carbonnier à propos de la Loi française de 1970 sur l'autorité parentale: un des progrès de la réforme du droit de la famille «aura consisté à transférer des mœurs au droit la fonction maternelle; partant, à juridiciser davantage la condition féminine»¹¹⁶.

B. *Le chef de famille dans des cas particuliers*

§ 22 *Observations générales*

Nous déterminerons ici qui du père ou de la mère est chef de famille quand, pour un motif ou un autre, les parents n'exercent pas conjointement l'autorité domestique. Cette situation se présente dans des cas fort divers, lorsque par exemple l'un d'eux se voit retirer l'autorité parentale ou que l'union conjugale est

¹¹¹ Cf. *supra* § 18.

¹¹² Cf. *supra* § 8 et 9.

¹¹³ Cf. *supra* p. 51.

¹¹⁴ Cf. *supra* p. 23 s.

¹¹⁵ Cf. *infra* chap. 9 à 11.

¹¹⁶ Préface de R. Legeais, p. 12.

dissoute. Il va de soi que nous laisserons de côté les cas où l'enfant ne cohabite plus avec ses parents. L'autorité domestique sera alors exercée par la personne à laquelle le mineur est confié (tuteur, directeur de pensionnat ou chef de famille nourricière)¹¹⁷.

Nous avons divisé ces cas en quatre catégories, suivant le motif qui fonde la solution particulière. Nous renonçons à les examiner dans le détail: d'une part, leur diversité est telle qu'une étude approfondie nous éloignerait trop du but de notre exposé; d'autre part, la réforme du droit de la famille ne bouleverse pas les solutions applicables en vertu des textes de 1907.

§ 23 *Le retrait de l'autorité parentale et autres empêchements*

Sous le Code de 1907, le père était d'ordinaire chef de famille, à moins qu'il ait été hors d'état d'exercer l'autorité domestique. On distinguait les empêchements de droit (déchéance de la puissance paternelle à la suite d'une interdiction, par exemple, art. 285 anc. CC) et les empêchements de fait (longue maladie, absence durable). L'autorité domestique était alors généralement transférée à la mère¹¹⁸.

Dans le nouveau droit, il n'en va pas différemment. Si l'un des époux se voit retirer l'autorité parentale (art. 311 et 312 nouv. CC), il perd la qualité de cochef de famille. Une précision s'impose quant à la relation entre l'autorité parentale et l'autorité domestique. Nous avions souligné que la première n'était pas une condition nécessaire de la seconde¹¹⁹. C'est vrai, puisque les conjoints peuvent exercer l'autorité domestique sur des personnes cohabitant avec eux sans qu'elles soient soumises à leur autorité parentale. Toutefois, le retrait de l'autorité parentale à l'encontre d'un époux constitue, pour les raisons qui le motivent, un indice généralement décisif de son incapacité de veiller aux intérêts des membres de la communauté domestique et, partant, d'exercer sur eux l'autorité correspondante.

Quant à l'empêchement de fait — s'il n'a pas justifié lui-même le retrait de l'autorité parentale —¹²⁰, il conviendra d'apprécier de cas en cas quand il fait perdre à un conjoint le statut de cochef de famille. L'absence, notamment, doit être longue et durable, s'étendre à quelques semaines au moins¹²¹. Le cas échéant, il faut alors examiner si les conditions qui fondent la qualité de chef de famille font réellement défaut: d'une part, la vie en commun, entendue au sens large, qui détermine la communauté domestique; d'autre part, le pouvoir d'assurer l'ordre intérieur de la famille, qui caractérise l'autorité domestique¹²². Ces conditions ne sont plus réalisées quand l'un des parents abandonne le foyer conjugal et cesse toute relation avec ses enfants. Il n'est alors plus en mesure de les empêcher de commettre des dommages. En revanche, s'il maintient des rapports avec les siens en dépit de son éloignement (déplacement professionnel, service militaire par exemple), il ne perd pas sa qualité de cochef de famille. Il sera généralement à même de prendre des dispositions visant l'organisation de la communauté domes-

¹¹⁷ Cf. *supra* p. 47.

¹¹⁸ Cf. *supra* § 15 et 16; Ofinger K., II I p. 254; Papa G., p. 11 ss; ATF 103 II 24 (29), Perruchoud c. Praz; ATF 71 II 61, JT 1945 I 446, Dilpert c. Etablissement suisse pour épileptiques et Dr Braun (père sous tutelle).

¹¹⁹ Cf. *supra* p. 44; cf. aussi *supra* § 12 et 13.

¹²⁰ Voir les motifs mentionnés à l'art. 311 al. 1^{er} nouv. CC.

¹²¹ ATF 103 II 24 (29), Perruchoud c. Praz; cf. aussi *supra* § 16.

¹²² Cf. *supra* § 11 et 12.

tique; plus particulièrement, il pourra décider, avant son départ et même à distance, de mesures — recommandations, instructions, interdictions — susceptibles de prévenir la survenance d'accidents.

En résumé, il convient d'examiner dans chaque situation concrète si l'on est en présence d'un empêchement d'exercer l'autorité domestique. S'agissant notamment de l'absence, sa nature (absence avec ou sans motif légitime), sa durée, la poursuite de relations avec la famille, sont autant de circonstances à prendre en considération. De façon générale, nous préconisons une interprétation restrictive de la notion d'empêchement: elle est plus conforme à l'idée de coopération des père et mère dans l'union conjugale, qui implique la prise en charge en commun des risques en découlant (art. 159 Projet 1979, inchangé)¹²³.

§ 24 *La suspension ou la dissolution de l'union conjugale*

Lorsque l'union conjugale est suspendue, il n'est plus question d'exercice conjoint de l'autorité domestique. Le chef de famille est, comme sous le Code civil de 1907, l'époux qui s'est vu confier la garde des enfants¹²⁴. Tel sera le cas quand la vie commune des parents est suspendue (art. 170 CC, 175 Projet 1979, 297 al. 2 nouv. CC) ou la séparation de corps prononcée (art. 156 al. 1^{er}, 297 al. 2 nouv. CC)¹²⁵. Si l'époux auquel la garde du mineur n'est pas attribuée reste détenteur de l'autorité parentale, il ne saurait pour autant être considéré comme cochef de famille, car la condition de communauté domestique fait défaut. En conséquence, la victime ne pourrait lui opposer l'article 333 CC si l'enfant cause un dommage au cours d'une visite. Tout au plus devrait-il répondre selon l'article 41 CO.

Les solutions sont identiques lorsque l'union conjugale est dissoute, que ce soit en cas de nullité de mariage (art. 133 al. 2 CC), de divorce (art. 156 al. 1^{er}, 297 al. 3 nouv. CC) ou de décès d'un époux (art. 297 al. 3 nouv. CC)¹²⁶.

§ 25 *Le mariage du père ou de la mère*

Dans l'application du Code de 1907, on admettait que le parâtre devint chef de famille et réponde, à ce titre, du préjudice causé par l'enfant d'un premier lit de son épouse — même s'il n'exerçait pas sur lui la puissance paternelle¹²⁷. Cette solution est aussi applicable pour la marâtre dans le Code révisé; d'autant que le nouveau droit de filiation a précisé, en la renforçant, la situation des beaux-parents. Il leur donne l'obligation, mais aussi le droit, d'assister le père ou la mère dans l'exercice de l'autorité parentale et de le représenter, lorsque les circons-

¹²³ Cf. *infra* § 44 au sujet de l'exonération de la responsabilité d'un des père et mère.

¹²⁴ Cf. *supra* p. 46; Keller A., p. 110; Hegnauer C./Schneider B., p. 132.

¹²⁵ Il en va de même en cas de mesures provisoires dans les procès de divorce et de séparation de corps (art. 145 CC).

¹²⁶ Hegnauer C./Schneider B., p. 132 s.

¹²⁷ Papa G., p. 12.

tances l'exigent (art. 299 nouv. CC)¹²⁸. Dans le Code révisé, il faudra donc assimiler cette situation au cas ordinaire des parents mariés et non empêchés d'exercer l'autorité domestique¹²⁹. Les époux (père et marâtre, mère et parâtre) répondront comme cochefs de famille du dommage causé par l'enfant mineur vivant avec eux, comme ils seraient responsables ensemble du préjudice commis par une autre personne (interdit ou malade mental, par exemple) qui leur serait confiée. Cette obligation est conforme à l'idée de collaboration conjugale consacrée à l'article 159 du Projet de nouveau droit matrimonial (inchangé).

§ 26 *L'union libre*

Comme par le passé, le nouveau droit de la filiation prévoit que les père et mère non mariés ne peuvent exercer ensemble l'autorité parentale. Il innove pourtant dans la mesure où il attribue l'autorité parentale à la mère majeure de par la loi (art. 298 al. 1^{er} nouv. CC), alors que l'ancien droit requérait une décision de l'autorité tutélaire (art. 311 al. 2, 324 al. 3, 325 al. 3 anc. CC). L'ancienne règle a été reprise pour le père à l'article 298 al. 2 nouv. CC¹³⁰.

Le fait que les père et mère vivent en union libre ne change rien au principe¹³¹: le parent qui exerce l'autorité parentale — généralement la mère en raison de la priorité de l'article 298 al. 1^{er} nouv. CC — est juridiquement seul habilité à s'occuper du soin et de l'éducation de l'enfant né hors mariage. Cette prérogative est selon nous déterminante pour lui donner la qualité de chef de famille. On ne voit pas quel fondement permettrait d'attribuer l'autorité domestique au concubin privé de l'autorité parentale: en tout cas, ni la loi, ni un contrat¹³², et certainement pas l'usage¹³³. Certes, la qualité de concubin n'exclut pas en elle-même l'autorité domestique. On songe, par exemple, au cas de l'enfant apprenti boulanger chez l'amant de sa mère. Mais ce cas reste exceptionnel. En principe, le concubin devra être considéré comme auxiliaire du chef de famille qui répondra de son comportement comme du sien propre, lorsqu'il l'a chargé de veiller sur l'enfant¹³⁴. Eventuellement, le concubin serait tenu selon l'article 41 CO, si la violation du devoir de surveillance constitue une faute personnelle. Tel peut être le cas lorsqu'il confie au mineur un objet manifestement dangereux, sans la moindre recommandation ou surveillance.

¹²⁸ Message du CF à l'AF concernant la révision du droit de la filiation du 5 juin 1974, FF 1974 II p. 77; Hegnauer C. / Schneider B., p. 129 s.

¹²⁹ Cf. *supra* § 19.

¹³⁰ Message du CF à l'AF concernant la révision du droit de la filiation du 5 juin 1974, FF 1974 II p. 74 ss; Hegnauer C. / Schneider B., p. 133 s.

¹³¹ Une minorité de la Commission du CN proposait que les père et mère non mariés, mais vivant en ménage commun, exercent ensemble l'autorité parentale. Cette proposition a été largement battue lors du vote (Bull. off. CN 1975 p. 1780 ss).

¹³² La doctrine dominante est d'avis que les relations personnelles entre concubins ne sauraient constituer l'objet d'un contrat; seules les règles sur le mariage permettent d'organiser la vie en commun d'un couple (Grossen J.M., *Le ménage de fait*, in Recueil des Travaux de l'Association H. Capitant, vol. XI, Paris 1957, supplément Paris 1961, p. 15; Patry R., *Précis de droit suisse des sociétés*, I Berne 1976, p. 206 s; dans ce sens, TC du canton de Vaud, 21 mars 1978, RSJ 1979 p. 132; d'un avis contraire, Bron H., *Les conséquences juridiques de l'union libre*, th., Lausanne 1940, p. 81 ss.

¹³³ La statistique observe une augmentation des unions libres et une diminution du nombre des mariages; mais elle ne constate pas une recrudescence des naissances conçues hors du mariage (13,4 % en 1976). Cf. Rap. sit. famille, p. 39 s; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1192; Jorio T., *Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht*, th., Fribourg 1977 p. 160 ss.

¹³⁴ Cf. à ce sujet Oftinger K., II 1 p. 278 s.

Relevons, pour clore ce chapitre, que le nouvel article 374 al. 2 CCF permet au juge d'accorder l'exercice conjoint de l'autorité parentale aux père et mère non mariés. Cela a notamment pour conséquence d'engager leur responsabilité solidaire en vertu de l'article 1384 al. 4 CCF¹³⁵.

¹³⁵ Legeais R., p. 204; Mazeaud H., L., J./Chabas F., II 1 n. 489; Woytt M.O., p. 218 ss; Tribunal de grande instance de Montauban, 14 janvier 1976, JCP 1976 éd. G IV 317.

TROISIÈME PARTIE

LA RESPONSABILITÉ DU CHEF DE FAMILLE A L'ÉGARD DU LÉSÉ

Cette troisième partie sera consacrée à l'étude de la responsabilité du chef de famille dans ses rapports externes. Il s'agira tout d'abord d'examiner le fondement et la nature juridique de la responsabilité régie à l'article 333 CC et de préciser à quelles conditions la victime d'un préjudice causé par un mineur ou un incapable est en droit d'invoquer cette disposition; puis d'inventorier les moyens dont dispose le chef de famille pour renverser la présomption de responsabilité qui pèse sur lui.

Nous nous pencherons ensuite exclusivement sur la situation ordinaire des père et mère mariés dans le Code civil révisé¹. Cochefs de famille, au sens des articles 331 ss CC, ils seront en principe coresponsables des dommages causés par leurs enfants mineurs. S'agissant d'un cas de responsabilité plurale, il faudra déterminer de quel type de solidarité il est question; et étudier enfin les droits du lésé à l'égard des parents, compte tenu des exceptions que ceux-ci peuvent faire valoir.

¹ Cf. *supra* § 18 à 20; à cette situation ordinaire des parents mariés, il faut assimiler le cas du père ou de la mère de l'enfant qui se marie avec un tiers (sur ce point, cf. *supra* § 25).

§ 27 *Le fondement de la responsabilité*

En Suisse, comme chez nos voisins, la norme générale délictuelle est complétée par une disposition spéciale, qui rend responsables les parents du préjudice causé à autrui par leur enfant mineur². L'article 333 CC pose une présomption de responsabilité à l'encontre du chef de famille. Plus précisément, il institue une responsabilité causale à raison de la violation présumée d'un devoir de surveillance³. En France et en République fédérale d'Allemagne, la responsabilité est basée sur une présomption de faute dans la surveillance de l'enfant⁴. Quelle que soit la nature juridique de la responsabilité⁵, la *ratio legis* reste identique: elle repose sur la volonté du législateur de protéger les victimes de dommages commis par des mineurs ou incapables⁶. En de tels cas, le lésé ne peut généralement actionner ces derniers avec succès, pour des raisons juridiques ou de fait. D'une part, leur incapacité de discernement éventuelle exclut leur responsabilité (art. 16 et 18 CC), en dépit du correctif prévu à l'article 54 CO, qui n'a qu'une portée limitée. D'autre part, ils sont le plus souvent dépourvus de fortune et sans source de revenu. Il aurait été injuste que le lésé doive supporter les conséquences de leur irresponsabilité ou de leur insolvabilité. Il est équitable — et cette idée paraît généralement bien reçue — que le chef de famille réponde de tels préjudices, puisque d'ordinaire il est en mesure de les prévenir.

Dans ce sens, il se justifie également de faciliter l'action de la victime par une présomption de responsabilité, qui la dispense de prouver la violation du devoir de surveillance. Car, en général, elle n'a pas accès à la sphère du responsable: il lui serait souvent difficile d'apporter la preuve en question. Cette présomption comode d'ailleurs avec l'institution régie aux articles 331 ss CC. L'autorité domestique imposant des obligations au chef de famille, notamment celle de veiller avec une attention particulière sur les mineurs et incapables, la survenance d'un dommage causé par eux présume un défaut de surveillance, dont l'article 333 al. 1^{er} est la sanction civile.

L'origine de l'article 333 CC trouve son siège à l'article 1384 al. 4 du Code Napoléon de 1804. Cette règle a été reprise en Suisse dans bon nombre de légis-

² Rappelons qu'en application du droit matrimonial encore en vigueur, selon la réglementation établie en 1907, la responsabilité de l'art. 333 CC est alternative dans le cas de la famille légitime unie: elle incombe ordinairement au père, subsidiairement à la mère (cf. *supra* § 15 et 16); dans le nouveau droit, une fois les titres V et VI révisés entrés en vigueur (cf. *supra* p. 49), la responsabilité sera cumulative: elle pèsera en principe sur les deux parents (cf. *infra* chap. 9).

³ Offinger K., II I p. 238; ATF 100 II 298, JT 1976 I 232, Maurer c. Feltcher, cons. 3.

⁴ Le Tourneau Ph., n. 1640; Larroumet C., n. 138 ss; Staudinger J.V./Schäfer K., n. 12 s ad § 832 BGB; Palandt O./Thomas H., n. 3 a ad § 832 BGB. Cf. aussi *supra* p. 42 ss.

⁵ Cf. *infra* § 28.

⁶ Offinger K., II I p. 241; Egger A., n. 5 ad art. 333 CC; Mazeaud H., L., J./Tunc A., I n. 734 s; Soergel T./Siebert O./Mühl O., n. 1 ad § 832 BGB.

lations cantonales, comme au § 1872 du Code civil zurichois de 1853 / 18557, puis à l'article 61 CFO⁸. De ce point de vue historique, relevons que les anciens droits germaniques et français (à l'exception de la Coutume de Bretagne) ignoraient la responsabilité particulière des père et mère⁹. En revanche, le droit romain l'avait prévue expressément, par le biais de l'action noxale¹⁰.

§ 28 *La nature juridique de la responsabilité*

En dépit de son insertion en 1907 dans le droit de la famille, la règle prévue à l'article 333 CC reste une norme de responsabilité relevant du droit des obligations¹¹. Les principes généraux du CO, notamment les articles 42 ss relatifs à l'estimation du dommage et à la fixation de l'indemnité lui sont donc applicables¹².

La nature juridique de la responsabilité a fait l'objet de nombreuses controverses dans la doctrine. Certains auteurs la considèrent comme une responsabilité aquilienne, avec renversement du fardeau de la preuve¹³. Ils font généralement valoir que les parents n'éduquent pas leur progéniture par intérêt ou par plaisir, mais par obligation légale; ils ne peuvent s'y soustraire, comme l'employeur (en licenciant le salarié) ou le détenteur d'animal (en aliénant l'animal). Il serait inéquitable, au plan de la responsabilité, d'assimiler les père et mère à l'employeur ou au détenteur d'animal, et trop sévère de les faire répondre causalement des dommages causés par leurs enfants. Les partisans de cette interprétation estiment que l'article 333 CC institue une responsabilité fondée sur une faute présumée dans le devoir de surveillance; il suffirait donc au chef de famille de démontrer l'absence de faute personnelle pour se libérer.

Un autre courant de la doctrine, majoritaire, semble-t-il, plaide en faveur d'une responsabilité causale¹⁴. Les défenseurs de cette thèse invoquent la parenté historique et l'analogie rédactionnelle de l'article 333 CC et des articles 55 et 56 CO, dont la nature causale n'est actuellement pas contestée¹⁵. La teneur de l'article 333 al. 1^{er} CC ne souffre d'ailleurs aucune ambiguïté: il parle de responsabilité dérivant de la seule relation de causalité entre le préjudice et l'acte du mineur ou de l'incapable soumis à l'autorité du chef de famille. Cette relation de

⁷ Cf. *supra* p. 41, n. 19; à relever que l'art. 1132 al. 2 du CC neuchâtelois de 1855 avait repris mot à mot l'art. 1384 al. 4 anc. CCF (cf. *supra* p. 42, n. 34).

⁸ Oftinger K., II 1 p. 237 s; cf. *supra* p. 41, n. 23 et p. 45.

⁹ Mazeaud H., L., J. / Chabas F., II 1 n. 488; l'art. 656 de la Coutume de Bretagne stipulait que «si l'enfant fait tort à autrui, tant qu'il sera au pouvoir de son père, le père doit payer l'amende civile, pour ce qu'il doit châtier ses enfants».

¹⁰ Kaser M., *Das römische Privatrecht*, 2^e éd., München 1971, I § 147. I; Petitjean T.M., p. 102 ss.

¹¹ Cf. *supra* p. 35; Huber E., *Erläuterungen zum Vorentwurf eines ZGB*, I, Berne 1914, p. 273;

Oftinger K., II 1 p. 238; Brehm R., FJS 848 p. 1.

¹² En dépit de sa rédaction, l'art. 7 CC renvoie aux dispositions générales du CO (Deschenaux H., *Le Titre préliminaire du Code civil*, in *Traité de droit civil suisse*, II 1, Fribourg 1969, p. 47 ss; ATF 81 II 431 (438), JT 1956 I 194 (199), Schlageter c. Huber et consorts).

¹³ Homberger A., *Haftpflicht ohne Verschulden*, RDS 1930 p. 11 a; Petitjean T.M., *La responsabilité causale*, RDS 1930 p. 75 a; Papa G., p. 35 ss; Brehm R., FJS 848 p. 5 s; Petitjean T.M., p. 48 ss, not. 64.

¹⁴ Egger A., n. 14 ad art. 333 CC; von Tuhr A. / Peter H., I § 49 p. 444; Portmann P., RJB 1954 p. 1; Stark E., RDS 1967 II p. 20; Tuor P. / Schnyder B., p. 275; Oftinger K., II 1 p. 239 s; Keller A., p. 108.

¹⁵ Dans l'ancien CFO, les dispositions concernant ces responsabilités se suivaient; à l'époque, elles étaient considérées comme des responsabilités aquilienes, avec renversement du fardeau de la preuve (Oftinger K., I p. 28; ATF 103 II 24 (26), Perruchoud c. Praz).

cause à effet suffit. Il n'est pas besoin que l'acte dommageable résulte d'une faute de son auteur ou de la personne tenue à sa surveillance. Et cette dernière peut seulement se libérer, non pas en se disculpant, mais en prouvant avoir rempli son devoir de surveillance.

Face à cette controverse doctrinale, la pratique des tribunaux a manqué de cohérence, qualifiant la responsabilité tantôt d'aquillienne, tantôt de causale. Le Tribunal fédéral lui-même, après quelques hésitations, semblait admettre qu'il s'agissait d'une responsabilité dérivant de la faute. L'arrêt Vermot contre Gilliéron, rendu en 1944, l'exprimait ainsi: «le chef de famille ne répond, en vertu de l'article 333, que de ses propres fautes et non de celles des personnes qu'il commet à la conduite de son ménage, lorsque les circonstances le contraignent à s'absenter»¹⁶. Cette opinion était confirmée quelques années plus tard dans une décision où il était question de libération par la preuve d'absence de faute¹⁷. L'arrêt Maurer contre Feltscher, rendu en 1974, optait plutôt pour une responsabilité objective, puisqu'il se référait à la violation du devoir de surveillance sans l'assimiler à une faute¹⁸. Mais c'est l'arrêt Perruchoud contre Praz, important à plus d'un titre, qui a récemment donné l'occasion à notre Cour suprême de se rallier résolument à l'avis de la doctrine dominante: le Tribunal fédéral qualifie expressément de causale la responsabilité régie à l'article 333 CC¹⁹.

Nous approuvons cette décision. Mises à part les raisons mentionnées plus haut, qui à elles seules sont décisives (formulation de l'article 333 al. 1^{er} CC, parenté de la disposition avec les articles 55 et 56 CO), d'autres motifs corroborent cette interprétation. Tout d'abord, celle-ci concorde avec la tendance du droit de la responsabilité civile visant à favoriser davantage le lésé, tant il est vrai que la preuve libératoire est plus difficile à fournir en cas de responsabilité causale. Ensuite, il faut tempérer certains arguments avancés par les représentants du courant minoritaire de la doctrine. Ces derniers prétendent que la responsabilité aquillienne serait moins sévère à l'égard des père et mère, qu'il serait injuste d'accabler. Mais, d'une part, l'article 333 CC ne vise pas que les seuls parents²⁰; d'autre part, l'argument est pertinent pour ce qui a trait à la preuve libératoire, mais est dénué de valeur dans les cas où la responsabilité du chef de famille concourt avec celle du détenteur d'animal ou du propriétaire d'ouvrage, par exemple. S'il répondait en vertu d'une faute, le chef de famille devrait finalement supporter le dommage, suivant la cascade des recours prévue à l'article 51 CO, bien que son comportement ne soit d'ordinaire pas plus blâmable que celui des autres coresponsables.

Quoi qu'il en soit, l'importance pratique de la distinction ne saurait être exagérée. La responsabilité du chef de famille, comme celle de l'employeur, est une responsabilité pour le fait d'autrui. Elle est fondée sur la violation du devoir de surveillance²¹. Or, ce défaut de surveillance représente un comportement criti-

¹⁶ ATF 70 II 136 (138).

¹⁷ ATF 74 II 193, JT 1949 I 322, von Sax c. X, cons. 2.

¹⁸ ATF 100 II 298, JT 1976 I 232, cons. 3.

¹⁹ ATF 103 II 24, Perruchoud c. Praz, cons. 3.

²⁰ Cf. *supra* § 17.

²¹ Oftinger K., I p. 20 ss, II 1 p. 238 s; Deschenaux H./Tercier P., p. 106; von Tuhr A./Peter H., I § 49 p. 443 ss. Egger (n. 5 ad art. 333 CC) voit pourtant dans l'art. 333 CC une responsabilité à raison du risque créé («Gefährdungshaftung»); Oftinger (I p. 26 s) conteste cet avis; il doute qu'on puisse définir abstraitement le risque représenté par un enfant ou un incapable.

quable, proche de la faute; il est simplement plus «objectivé» que la faute, selon le terme d'Oftringer²²; il peut même constituer souvent une faute. Toutefois — et ce point est déterminant — la faute n'est pas une condition de la responsabilité²³. Ce critère distinctif essentiel déploie plusieurs effets qui dérogent aux principes généraux de la responsabilité aquilienne. Tout d'abord, le chef de famille peut répondre, selon l'article 333 CC, si un comportement tant soi peu imprévoyant, plus léger qu'une faute, lui est reproché; et même en cas d'incapacité temporaire de discernement ou d'empêchement personnel d'exercer l'autorité domestique (maladie, absence). Ensuite, il n'est pas habilité à invoquer le motif de réduction des dommages-intérêts tiré de la légèreté de la faute (art. 43 al. 1^{er} CO). En outre, sa responsabilité est également engagée lorsqu'il a confié à un auxiliaire la surveillance des personnes soumises à son autorité. Et, s'il entend se libérer, il ne lui suffit pas d'établir qu'il n'a pas commis de faute dans le choix et l'instruction de l'auxiliaire²⁴. Enfin, en cas de pluralité de responsables, le chef de famille est d'ordinaire placé au dernier rang de l'ordre des recours internes (art. 51 CO)²⁵.

§ 29 *La délimitation de la responsabilité*

L'article 333 CC ne règle pas exhaustivement la responsabilité du chef de famille pour les actes dommageables commis par un mineur ou un incapable soumis à son autorité. Suivant les circonstances, le chef de famille peut être recherché en vertu d'autres normes, qu'elles instituent une responsabilité causale, contractuelle et délictuelle.

Il se peut tout d'abord que l'action basée sur l'article 333 CC concoure avec celles relevant d'autres responsabilités causales ordinaires, notamment les actions fondées sur les articles 55 et 56 CO; ce sont les cas les plus fréquents. Ainsi, lorsque le chef de famille est employeur de l'auteur du préjudice²⁶, le lésé base en principe sa demande alternativement sur l'article 55 CO ou 333 CC, selon que l'acte dommageable est ou non commis dans l'accomplissement du travail. En réalité — pour autant que le préjudice survienne dans l'exercice de l'activité professionnelle — les actions peuvent s'appuyer concurremment sur les deux normes²⁷. Même si l'importance pratique de la délimitation est réduite, en raison de la construction identique des deux règles, il faut souligner l'avantage pour la victime de se prévaloir de l'article 55 CO: la responsabilité de l'employeur est généralement appréciée plus sévèrement, vu qu'il tire profit du travail de son employé²⁸. La situation est analogue quand le chef de famille confie la garde d'un animal à l'une des personnes mentionnées à l'article 333 al. 1^{er} CC. En cas de dommage causé par l'animal à un tiers, ce dernier peut invoquer concurremment

²² Oftringer K., I p. 28.

²³ Certains auteurs français sont favorables à ce que l'art. 1384 al. 4 CCF institue, plutôt qu'une responsabilité aquilienne, une responsabilité de plein droit; elle correspondrait mieux à l'idée de garantie et de solidarité familiale qu'inspire cette disposition (cf. Larroumet C., n. 142 et 146; Le Guidec R., n. 7 et 69; Starck B., n. 724 s).

²⁴ Cf. *infra* § 36.

²⁵ Oftringer K., I p. 16 ss, II 1 p. 240 s.

²⁶ Cf. *supra* p. 37 s.

²⁷ Cf. *supra* p. 42, n. 29; Meyer-Wild H., *Zur Haftung des Geschäftsberrn und Familienhauptes*, RSJ 1920 p. 221; Deschenaux H. / Terrier P., p. 107; Cour d'appel du canton de Berne, 23 février 1928, RSJ 1930 p. 251.

²⁸ Egger A., n. 11 ad art. 333 CC; Brehm R., FJS 848 p. 8.

les articles 56 CO et 333 CC²⁹. Il en va en revanche différemment si le chef de famille prête son véhicule au mineur ou à l'incapable. En cas d'accident, seuls les articles 58 ss LCR trouvent application, car ces dispositions règlent de façon exclusive la responsabilité du détenteur de véhicule à moteur³⁰. Si le véhicule a été utilisé sans droit, une assurance couvre en principe les conséquences dommageables; la question de la responsabilité du chef de famille se posera éventuellement à l'occasion d'un recours de l'assureur³¹.

Il se peut aussi que, concurremment à l'article 333 CC, la responsabilité contractuelle du chef de famille soit engagée à l'égard d'un partenaire, pour les actes d'une personne agissant en qualité d'auxiliaire (art. 101 al. 1^{er} CO). Ainsi en est-il lorsque le père artisan fait exécuter une tâche par son fils apprenti. Dans certaines circonstances, le créancier lésé aura avantage à fonder son action sur l'inexécution du contrat (art. 97 ss CO), ne serait-ce qu'en raison de la prescription décennale (art. 127 CO).

Il arrive enfin que la violation du devoir de surveillance constitue une faute, susceptible de mettre en cause la responsabilité délictuelle du chef de famille (art. 41 CO)³². A cet effet, il importe que le comportement de ce dernier rende possible la commission de l'acte dommageable par le mineur ou l'incapable et viole une prescription du droit objectif (notamment en créant un état de choses dangereux pour autrui). Tel serait le cas lorsqu'un père confie à son enfant un objet manifestement dangereux (une arme par exemple), sans la moindre recommandation ou surveillance; ou qu'il omet de mettre en lieu sûr des explosifs facilement accessibles³³. D'ordinaire, le lésé base sa demande en dommages-intérêts sur l'article 333 CC, qui le dispense de prouver une violation du devoir de surveillance à l'encontre du chef de famille. Le recours à l'action délictuelle pourra être subsidiaire, lorsque les conditions de la responsabilité régie à l'article 333 CC ne sont pas réunies, ou paraissent douteuses³⁴.

²⁹ Oftinger K., II 1 p. 186 et 199; Brehm R., FJS 848 p. 8 s.

³⁰ Oftinger K., II 1 p. 246, II 2 p. 493.

³¹ Bussy A., FJS 913, p. 12; Rusconi B., *Les nouvelles dispositions de la LCR en matière de responsabilité civile et d'assurance*, JT 1976 I p. 83 ss.

³² Brehm R., FJS 848 p. 9; Egger A., n. 27 ad art. 333 CC; Petitjean T.M., p. 94. Il en va de même en droit allemand (Wussow W., p. 202) et en droit français (Larroumet C., n. 179 s.).

³³ TC du canton des Grisons, 26 avril 1963, RSJ 1965 p. 159 ss.

³⁴ ATF 41 II 92, Fontannaz c. Gaeng; 61 II 85 (89), Brühlhardt et consorts c. Peduzzi. Cf. aussi *infra* p. 77.

CHAPITRE 7

LES CONDITIONS DE LA RESPONSABILITÉ

§ 30 *Énoncé*

L'article 333 CC institue une responsabilité causale à l'encontre du chef de famille. Elle est basée sur la violation présumée d'un devoir de surveillance à l'égard de certaines personnes de la communauté domestique³⁵. En cas de dommage causé par l'une d'elles, la victime est dispensée de prouver le défaut de surveillance. Elle doit néanmoins établir les éléments fondant cette présomption, soit l'existence d'un préjudice causé par un mineur ou un incapable soumis à l'autorité du chef de famille. C'est ce qu'il convient d'appeler les conditions positives de la responsabilité, dont la preuve est à la charge du lésé³⁶.

La présomption dont il est question à l'article 333 CC est simple. Elle peut être renversée lorsque le chef de famille invoque avec succès un motif d'exonération, en particulier quand il justifie avoir surveillé l'auteur «de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances». Sinon, il est tenu à réparation. Dans ce sens, le défaut de preuve libératoire apparaît comme une condition négative de la responsabilité³⁷.

A. *Les éléments de la responsabilité*

§ 31 *Le préjudice*

Il peut s'agir de toute sorte de préjudice³⁸, dommage patrimonial et tort moral, y compris celui résultant d'une infraction pénale³⁹. La victime doit être un tiers, éventuellement un autre membre de la communauté domestique, mais évidemment pas le chef de famille, ni l'auteur lui-même; car l'article 333 CC institue une responsabilité pour le fait d'autrui, non pour les actes dommageables commis par le chef de famille⁴⁰. Ainsi, dans le cas où le mineur ou l'incapable subit un préjudice dû au manque de surveillance du chef de famille, ce dernier ne saurait être actionné en vertu de l'article 333 CC⁴¹. En revanche, selon les circonstances, il

³⁵ Cf. *supra* § 27 et 28.

³⁶ Otfinger K., II 1 p. 260; Brehm R., FJS 848 p. 9.

³⁷ Otfinger K., II 1 p. 265.

³⁸ Sur la notion de préjudice, cf. Otfinger K., I p. 53 ss.

³⁹ ATF 77 IV 39, JT 1951 IV 113, Freuler et Handschin c. Ministère public du canton de Bâle-Ville; Cour de justice civile du canton de Genève, 16 mars 1951, SJ 1951 p. 501.

⁴⁰ Otfinger K., II 1 p. 261 s; Brehm R., FJS 848 p. 5.

⁴¹ Une réserve s'impose: si une personne atteinte de maladie mentale ou faible d'esprit est victime d'un préjudice à la suite du manque de surveillance du chef de famille, elle est habilitée à fonder son action sur l'art. 333 al. 2 CC (cf. Egger A., n. 5 ad art. 333 CC; Brehm R., FJS 848 p. 5; ATF 60 II 145, JT 1934 I 309, Meier c. CFF, cons. 3).

pourrait encourir une responsabilité délictuelle (art. 41 CO)⁴²; ou contractuelle, lorsqu'il exerce l'autorité domestique comme employeur ou directeur de pensionnat, par exemple (art. 97 ss CO)⁴³; éventuellement légale, en cas de violation des devoirs découlant de l'autorité parentale (art. 302 al. 1^{er} nouv. CC) ou de la tutelle (art. 405 s, 426 CC).

§ 32 L'auteur

Contrairement à l'article 61 CFO, qui visait de façon plus générale les gens de la maison⁴⁴, l'article 333 CC ne concerne que certains membres de la communauté domestique: ceux dont l'état personnel requiert une surveillance particulière. Ces personnes doivent évidemment être soumises à l'autorité du chef de famille⁴⁵. Il s'agit — la liste est exhaustive — des mineurs (art. 14 s CC), des interdits (art. 369 ss CC), des malades mentaux et faibles d'esprit⁴⁶.

Deux précisions s'imposent: la condition de minorité exclut la responsabilité selon l'article 333 CC pour les actes dommageables des enfants majeurs⁴⁷ et du conjoint du chef de famille, à moins que ces personnes soient interdites, malades mentales ou faibles d'esprit⁴⁸. Par ailleurs, les notions de maladie mentale et de faiblesse d'esprit ne recouvrent pas celles mentionnées à l'article 369 CC, qui protège l'interdit lui-même. Elles sont plus étendues, dans la mesure où l'article 333 CC vise avant tout la protection des tiers⁴⁹; elles englobent des états de dépendance comme l'alcoolisme et la toxicomanie.

§ 33 La causalité

Le chef de famille n'encourt de responsabilité que s'il existe un lien de causalité adéquate entre le dommage et l'acte (ou l'omission) du mineur ou de l'incapable⁵⁰. Cette condition est conforme aux principes généraux du droit de la responsabilité civile⁵¹.

L'acte de l'auteur doit être objectivement illicite; il doit enfreindre une prescription du droit écrit ou non écrit, destinée à protéger le bien juridique atteint. Si cette condition n'était pas exigée, la clause libératoire serait vidée de son sens, dans la mesure où la diligence du chef de famille n'aurait de toute façon pu éviter

⁴² En un tel cas, la doctrine allemande admet aussi le recours à la norme délictuelle générale du § 823 BGB (cf. Staudinger J.V. / Schäfer K., n. 52 ad § 832 BGB).

⁴³ Cf. *supra* p. 42 et 47.

⁴⁴ Cf. p. 41, n. 23.

⁴⁵ Au sujet des notions corrélatives de communauté domestique, d'autorité domestique et de chef de famille, cf. *supra* § 11 à 14.

⁴⁶ Cf. *supra* p. 41, n. 22.

⁴⁷ ATF 61 II 85 (89), Brühlhardt et consorts c. Peduzzi: le père qui tolère que son fils âgé de 22 ans, non titulaire du permis, conduise sa motocyclette, répond des conséquences d'un accident selon l'art. 41 CO.

⁴⁸ ATF 71 II 61, JT 1945 I 466, Dilpert c. Etablissement suisse pour épileptiques et Dr Braun, cons. 1; père épileptique frappé d'interdiction; ATF 74 II 193, JT 1949 I 322, von Sax c. X: fille majeure atteinte de schizophrénie.

⁴⁹ Oftinger K. II 1 p. 264; Egger A., n. 9 ad art. 333 CC; ATF 60 II 145, JT 1934 I 309, Meier c. CFF.

⁵⁰ Oftinger K., II 1 p. 264; Deschenaux H. / Tercier P., p. 110.

⁵¹ Sur la théorie de la causalité adéquate, cf. Oftinger K., I § 3.

la survenance du préjudice. Autrement dit, on pourrait reprocher au défendeur de ne pas avoir empêché un acte licite, ce qui est inconcevable tant il est évident que le devoir de prévenir un dommage non prévisible n'existe pas⁵². Il en découle que les préjudices causés en état de légitime défense, en état de nécessité ou avec le consentement du lésé ne sauraient donner lieu à réparation⁵³. Ainsi en est-il, par exemple, en cas de blessures infligées par un enfant au cours d'un match de football; l'acceptation volontaire des risques du jeu supprime l'illicéité du coup porté fortuitement à un adversaire.

Conformément à la nature causale de la responsabilité, il importe peu que le comportement du mineur ou de l'incapable soit fautif. En d'autres termes, la responsabilité de l'auteur n'est pas une condition de la responsabilité du chef de famille. L'acte dommageable d'un enfant qui n'a pas l'âge de raison peut engager la responsabilité de ses père et mère. Si cette question a été résolue de manière identique en Allemagne⁵⁴, elle a fait l'objet d'interminables discussions en France. Une partie de la doctrine et certains tribunaux interprètent littéralement l'article 1384 al. 4 CCF, qui ne parle pas d'une faute du mineur; ils estiment que le caractère objectivement illicite de son acte suffit à engager la responsabilité des parents⁵⁵. En revanche, un autre courant doctrinal et la Cour de cassation civile invoquent la nature délictuelle de la responsabilité; ils exigent que la victime prouve une faute à la charge du mineur, condition de la faute des père et mère. Sinon, précisent-ils, comment reprocher à ceux-ci de ne pas avoir empêché la survenance d'un acte irréprochable⁵⁶? La controverse n'a, semble-t-il, pas trouvé de réponse définitive à ce jour. Quelques décisions judiciaires ont tourné la difficulté en fondant la responsabilité des parents sur les alinéas 1^{er} et 4 combinés de l'article 1384 CCF, lorsque le préjudice résultait de l'utilisation d'une chose par le mineur⁵⁷.

Rappelons enfin que l'auteur peut répondre personnellement du dommage qu'il a causé, en vertu de l'article 41 CO⁵⁸ ou de l'article 54 al. 1^{er} CO s'il est incapable de discernement⁵⁹. L'examen de la jurisprudence enseigne pourtant que le lésé préfère, en général, agir contre le chef de famille; la responsabilité aggravée de l'article 333 CC lui offre une garantie accrue de voir sa demande satisfaite⁶⁰. Il

⁵² Cette question relève plutôt de l'examen de la preuve libératoire (cf. *infra* p. 71).

⁵³ Egger A., n. 7 ad art. 333 CC; von Tuhr A./Peter H., I § 49 p. 446.

⁵⁴ Wussow W., p. 203; Geigel R./Schlegelmilch G., 16 n° 28; Soergel T./Siebert O./Mühl O., n. 15 ad § 832 BGB.

⁵⁵ Le Guidec R., n. 62 s; Ollier P.D., p. 79 ss; Cour d'appel de Paris, 21 juin 1962, JCP 1962 éd. G II 12890.

⁵⁶ Mazeaud H., L., J./Chabas F., II 1 n. 494; Mazeaud H., L., J./Tunc A., I n. 764; Cass. civ., 16 juillet 1969, RTDC 1970 p. 575.

⁵⁷ Le Guidec R., n. 48; Part. 1384 al. 1^{er} CCF stipule: «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.» Cette disposition n'est pas subordonnée à l'exigence d'une faute dans l'utilisation de la chose.

⁵⁸ Offinger K., I p. 162; ATF 82 II 25 (30), Bally c. Rosti; ATF 90 II 9 (13), Zufferey c. Kull et consorts; ATF 104 II 184, Maillard c. Guye et Gutknecht, cons. 2 et 3.

⁵⁹ ATF 102 II 226, JT 1977 I 194, Kunz-Sommer c. Stalder.

⁶⁰ ATF 77 IV 39, JT 1951 IV 113, Freuler et Handschin c. Ministère public du canton de Bâle-Ville: responsabilité d'un père pour les conséquences d'une infraction pénale (corruption passive) de son fils âgé de 19 ans; ATF 100 II 298, JT 1976 I 232, Maurer c. Feltscher: responsabilité d'un père pour le dommage causé par son fils âgé de 15 ans au moyen d'une carabine à air comprimé.

arrive pourtant que le chef de famille et l'auteur soient assignés comme codéfendeurs⁶¹. Si leurs responsabilité respective est reconnue, ils sont tenus solidairement à réparation⁶².

B. La preuve libératoire

§ 34 Les divers moyens libératoires

Le chef de famille actionné selon l'article 333 CC peut s'exonérer quand il fait valoir une exception (au sens large), propre à paralyser l'exercice de la demande du lésé. On distingue deux cas, suivant la nature du moyen invoqué. Dans le premier, le défendeur avance un motif ordinaire d'exonération: la force majeure, la faute propre de la victime ou la faute d'un tiers⁶³. L'acte du mineur ou de l'incapable n'apparaît alors plus comme la cause adéquate du dommage⁶⁴. Ainsi en est-il lorsqu'une personne, à l'insu des père et mère, fournit à un enfant le moyen de causer un préjudice à autrui (arme ou véhicule défectueux, par exemple). Nous renonçons à approfondir ici cette question, qui ressortit à la théorie de la causalité adéquate⁶⁵.

Dans le second cas, le chef de famille invoque le motif de libération prévu à l'article 333 al. 1^{er} *in fine* CC, en justifiant avoir surveillé le mineur ou l'incapable «de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances». Cette formule a été reprise presque textuellement de l'article 61 CFO. Elle présente une grande analogie avec les clauses libératoires correspondantes en vigueur chez nos voisins. Comme celles-ci, elle permet au défendeur de prouver qu'il s'est comporté comme une personne raisonnable ou que sa diligence n'eût de toute façon pas empêché l'auteur de commettre l'acte dommageable⁶⁶. Certes, il est question de disculpation en droits français et allemand, vu la nature aquilienne de la responsabilité, alors que la loi suisse impose en plus au chef de famille d'apporter la preuve positive que le mineur ou l'incapable a été surveillé avec l'attention requise⁶⁷. Mais, comme le constate le Tribunal fédéral dans l'arrêt Perruchoud contre Praz, «le fait que l'art. 333 CC est rangé parmi les cas de responsabilité

⁶¹ Oftringer K., I p. 341, II 1 p. 289; ATF 48 II 424, JT 1923 I 258, Häfliger c. Fischer.

⁶² Il s'agit d'un cas de solidarité imparfaite; cf. Egger A., n. 25 ad art. 333 CC; von Tuhr A. / Peter H., I § 51 p. 466; Schwander P., p. 24; ATF 61 II 85 (89 s), Brühlhardt et consorts c. Peduzzi; ATF 67 II 49, Zahnd c. Rigotti, cons. 3 s. Au sujet du recours entre coresponsables, cf. Oftringer K., I p. 169, II 1 p. 290; Petitjean T.M., p. 98; Karlen U., p. 20.

⁶³ ATF 57 II 127, JT 1931 I 459, Sauter c. Huber, cons. 2; ATI 62 II 72 (75), Boschung c. Rappo.

⁶⁴ Cf. *supra* p. 66.

⁶⁵ Stark E., Beitrag zur Theorie der Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht, th., Zurich 1946; Oftringer K., I p. 116 s, II 1 p. 265; Deschenaux H. / Tercier P., p. 64 ss.

⁶⁶ Pour l'Allemagne, cf. § 832 al. 1^{er}, 2^e phrase BGB: «Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er (der Aufsichtspflichtige) seiner Aufsichtspflicht genügt oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.» Sur ce point, cf. Wussow W., p. 203 ss; Aden M., p. 170 ss; Boscher W., VersR. 1964 p. 888 ss; BGHZ 26 janvier 1960, VersR. 1960 p. 355.

Pour la France, cf. art. 1384 al. 7 CCF: «La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère... ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.» A ce sujet, cf. Larroumet C., n. 261 ss; Le Guidec R., n. 7 et 69 ss; Legeais R., p. 219 ss; Cass. civ., 12 octobre 1955, commenté dans Capitant H. / Weill A. / Terré F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 6^e éd., Paris 1973, n° 129.

⁶⁷ Cf. *supra* p. 62, *infra* p. 74.

causale ne modifie pas les critères d'appréciation du devoir de surveillance du chef de famille, tels que les a dégagés la jurisprudence fédérale: le degré d'attention dont le père de famille est tenu de faire preuve ne peut pas être déterminé d'après des critères rigoureux et absolus, mais doit être fixé d'après les circonstances particulières de la cause»⁶⁸. Ce facteur, ajouté à d'autres — volonté de ne pas se montrer trop sévère à l'égard des parents, fait que la violation du devoir de surveillance constitue fréquemment une faute⁶⁹ — minimise en réalité les effets de la distinction relative à la nature juridique de la responsabilité. Cela d'autant qu'en France et en Allemagne, la responsabilité des père et mère tend de plus en plus à «s'objectiver», à prendre l'aspect d'une garantie pour les enfants, notamment lorsqu'ils sont très jeunes⁷⁰.

§ 35 *La preuve libératoire de l'article 333 du Code civil*

Sur le plan pratique, l'article 333 CC a toujours eu une grande importance. Les répertoires de jurisprudence dressés par quelques auteurs en témoignent⁷¹. Cette importance s'est encore accrue depuis quelques dizaines d'années, dans la mesure où plusieurs facteurs ont contribué à augmenter les occasions d'accidents où sont impliqués des mineurs. L'indépendance précoce de l'enfant à l'égard de la famille, l'accroissement du nombre des divorces ou d'autres formes de séparation, l'évolution de la situation de la femme, notamment le travail féminin⁷², la transformation des conditions de logement sont autant de phénomènes qui font davantage participer les mineurs à la vie sociale. Les accidents qu'ils causent ne résultent plus seulement, de nos jours, de l'emploi d'armes et de jouets utilisés dans le cadre familial, comme cela a très souvent été le cas; ils surviennent aussi par le fait que les enfants sont mêlés à des activités risquées (la pratique de certains sports, par exemple) et évoluent dans un milieu social dangereux (la circulation routière, notamment)⁷³.

Cette réalité nouvelle contribue à rendre plus sévère la responsabilité du chef de famille, comme l'observe Merz⁷⁴, donc plus difficile la preuve libératoire. Pourtant, la doctrine et la jurisprudence admettent qu'il ne faut pas mettre des conditions trop rigoureuses au devoir de surveillance. L'exigence du degré d'attention doit être raisonnable, compte tenu, selon les termes du Tribunal fédéral, des «nécessités de la vie», notamment du fait qu'une certaine liberté de mouvement est indispensable à l'épanouissement du mineur⁷⁵. On ne saurait donc exiger des parents qu'ils exercent une surveillance permanente sur leurs enfants; elle serait pratiquement impossible⁷⁶. De même, on ne peut s'attendre à ce qu'ils prévoient tous leurs actes dommageables, leur imprudence⁷⁷, leur tendance à la

⁶⁸ ATF 103 II 24 (27).

⁶⁹ Oftinger K., II I p. 267; von Tuhr A. / Peter H., I § 49 p. 443.

⁷⁰ Le Guidec R., n. 7 et 69; Aden M., p. 133.

⁷¹ Silbernagel A., n. 23 ss ad art. 333 CC; Egger A., n. 14 ss ad art. 333 CC; Oftinger K., II I p. 282 ss; Brehm R., FJS 848 *in fine*.

⁷² Cf. *supra* p. 23 s.

⁷³ Bussy A., *Responsabilité automobile (accidents d'enfants)*, FJS 913 (1965); Schwander P., *Kinder und Jugendliche als Fehlbare und als Opfer im Strassenverkehr*, Publication juridique du TCS no 3, Genève 1973.

⁷⁴ Merz H., RJB 1976 p. 66.

⁷⁵ ATF 52 II 325 (328), Girardin c. Rubin; cf. aussi Oftinger K., II I p. 267 ss.

⁷⁶ ATF 62 II 72 (74), Boshung c. Rappo.

⁷⁷ ATF 57 II 127, JT 1931 I 459, Sauter c. Huber, cons. 3.

dispute⁷⁸ ou leur fascination pour certains phénomènes (comme le feu)⁷⁹ étant inhérents à leur nature. Il en découle que la preuve exonératoire de l'article 333 al. 1^{er} *in fine* CC ne saurait être établie de façon absolue⁸⁰. Nous le démontrerons en définissant tout d'abord le devoir de surveillance qui incombe au chef de famille; en examinant ensuite les critères qui déterminent le degré d'attention exigé de lui; en précisant enfin quelles circonstances justifient un renforcement de la surveillance.

La preuve libératoire est administrée avec succès lorsque le chef de famille établit avoir surveillé la personne soumise à son autorité «de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances». Le devoir de surveillance doit être entendu au sens large. Il ne comprend pas seulement l'obligation de veiller effectivement sur le mineur ou l'incapable, mais aussi celle de prendre toutes les mesures propres à l'empêcher de causer un dommage⁸¹. Il peut s'agir de recommandations (à la prudence en circulation routière, par exemple)⁸²; d'instructions appropriées, en particulier en cas d'utilisation d'outils ou de jouets offrant des dangers⁸³; de vérification que les instructions ont été comprises et suivies⁸⁴; d'interdictions⁸⁵ et de mise en lieu sûr d'objets dangereux (armes, surtout), notamment lorsqu'on se rend compte qu'une interdiction est restée lettre morte⁸⁶.

La question de savoir si la preuve d'une bonne éducation dispense le chef de famille de prouver la surveillance doit être accueillie avec retenue. On devrait l'admettre quand l'acte dommageable est de peu de gravité et résulte plutôt d'une maladresse ou d'un geste intempestif, bref d'un comportement qui ne justifie pas une surveillance particulière⁸⁷. Ainsi en est-il en cas d'accident causé par un jeune cycliste, si les père et mère établissent lui avoir enseigné de manière systématique les règles de circulation routière⁸⁸. Au reste, les tribunaux se sont rarement référés à la manière générale d'éducation pour apprécier la responsabilité du chef de famille⁸⁹. On le comprend, tant il est difficile de présumer qu'un enfant a été mal éduqué. On pourrait néanmoins l'admettre lorsque l'acte dommageable constitue une infraction pénale⁹⁰.

Le degré d'attention qu'on peut raisonnablement exiger du chef de famille s'apprécie objectivement, compte tenu de l'usage et des circonstances concrètes du cas. On ne saurait donc se référer à un principe théorique, fondé sur une surveillance imaginable *in abstracto*⁹¹. Le Tribunal fédéral interprète cette exigence en se demandant si l'acte dommageable était ou non prévisible⁹². Ce critère, s'il a

⁷⁸ ATF 79 II 261 (266), Ganzer c. Ligue antituberculeuse du district de Sierre.

⁷⁹ Tribunal civil de Bâle-Ville, 5 février 1973, BJM 1973 p. 291 (292).

⁸⁰ Brehm R., FJS 848 p. 6; ATF 52 II 325 (329), Girardin c. Rubin.

⁸¹ ATF 100 II 298 (301), JT 1976 I 232 (234), Maurer c. Feltscher.

⁸² ATF 49 II 439, JT 1924 I 105, Gabathuler c. Peter, cons. 3.

⁸³ ATF 70 II 136 (138), Vermot c. Gilliéron; ATF 100 II 298, JT 1976 I 232, Maurer c. Feltscher, cons. 3.

⁸⁴ ATF 43 II 144 (146 s), Raspizio c. Zufferey.

⁸⁵ ATF 57 II 563 (566), Miserez c. Degoumois.

⁸⁶ ATF 44 II 7 (9 ss), Gerber c. Jaccard; ATF 79 II 350 (354), Nicolet c. Guillaume.

⁸⁷ Ollier P.D., p. 188.

⁸⁸ Schwander P., p. 20 s.

⁸⁹ ATF 70 II 136 (138), Vermot c. Gilliéron; Cour de justice civile du canton de Genève, 15 février 1974, SJ 1975 p. 97 (103).

⁹⁰ Cour de justice civile du canton de Genève, 17 avril 1923, SJ 1923 p. 521.

⁹¹ Oftringer K., II 1 p. 268 s; Brehm R., IJS 848 p. 6.

⁹² ATF 74 II 193, JT 1949 I 322, von Sax c. X., cons. 2; ATF 100 II 298, JT 1976 I 232, Maurer c. Feltscher, cons. 3.

l'avantage de la clarté, présente l'inconvénient de dénaturer quelque peu la responsabilité; en réalité, il aboutit plutôt à rechercher si le chef de famille a commis une faute dans la surveillance de l'auteur. Comme le constate Oftinger, «die Voraussehbarkeit der Schädigung ist sonst eher ein Attribut des Verschuldens»⁹³. Certains arrêts — rendus il est vrai à une époque où le Tribunal fédéral n'était pas résolument fixé sur la nature de la responsabilité — sont révélateurs de cette tendance, tant ils manifestent de l'indulgence à l'égard du chef de famille. Était-il justifié d'exonérer un père qui tolère que son fils de dix-huit ans et demi utilise une arme à feu, en arguant qu'il ne pouvait prévoir que le mineur mettrait autrui en péril par une manipulation imprudente?⁹⁴ Ou de juger que rien ne permettait d'admettre qu'une mère ait dû se rendre compte du danger que représentait pour un enfant de quatre ans et demi un téléphérique de montagne, installé à proximité de l'habitation et dont le câble était dépourvu de toute protection⁹⁵ ?

Dans d'autres causes, le Tribunal fédéral s'est montré plus rigoureux, comme dans un arrêt de 1953; il s'agissait de savoir si une directrice de colonie de vacances, qui avait laissé de jeunes enfants sans surveillance, pouvait être tenue responsable des lésions corporelles subies par l'un d'eux au cours d'une querelle. On peut y lire: «Il est bien possible que si Sœur Marie-Paule était demeurée avec les enfants, l'accident aurait pu être évité, mais la question n'est pas de savoir si l'accident se serait produit ou non en sa présence; c'est de savoir si le fait d'avoir quitté les enfants doit être considéré comme un manquement aux obligations que lui imposait l'art. 333 CC»⁹⁶. Vu sous cet angle, l'examen de la preuve libératoire nous paraît plus conforme à la nature causale de la responsabilité. Selon nous, la référence à la prévisibilité ou non de l'acte dommageable doit moins servir à juger le degré d'attention qu'on peut raisonnablement exiger du chef de famille, qu'à déterminer l'existence d'un lien causal entre la violation du devoir de surveillance et le préjudice. A cet égard, les articles 55 et 56 CO stipulent expressément que l'employeur et le détenteur d'animal peuvent aussi se libérer en démontrant que leur diligence n'eût pas empêcher le préjudice de se produire. Ce qui signifie qu'ils n'ont pas à répondre d'actes dommageables non prévisibles, tant il serait pour eux impossible de les prévenir. Ce motif exonératoire n'a pas été prévu à l'article 333 CC. Il est en fait superflu, puisque le chef de famille peut — ce qui revient au même — prouver l'absence de causalité adéquate entre la violation du devoir de surveillance et le préjudice. Tel est le cas lorsqu'il établit qu'en dépit de toutes les mesures qu'il aurait pu prendre, le dommage serait tout de même survenu. La violation éventuelle du devoir de surveillance devient alors sans objet⁹⁷. Ainsi, une mère exerçant seule l'autorité domestique ne saurait répondre du maniement imprudent d'un pistolet à air comprimé par son fils de quatorze ans, si elle ignorait l'achat de ce jouet par le père (ce dernier l'avait remis à l'enfant au cours d'une visite)⁹⁸.

⁹³ Oftinger K., II 1 p. 268, n. 151.

⁹⁴ ATF 48 II 424, JT 1923 I 258, Häfliger c. Fischer, cons. 2.

⁹⁵ ATF 60 II 218 (225), I.a. Dixence SA c. Dayet.

⁹⁶ ATF 79 II 261 (265), Ganzer c. Ligue antituberculeuse du district de Sierr.

⁹⁷ Oftinger K., I p. 124 ss, II 1 p. 151 s, 172 ss, 265 s; Brehm R., FJS 848 p. 7 s; Egger A., n. 22 ad art. 333 CC; ATF 77 IV 39, JT 1951 IV 113, Freuler et Handschin c. Ministère public du canton de Bâle-Ville, cons. 6.

⁹⁸ ATF 41 II 90 (91), Fontannaz c. Gaeng; cf. aussi, TC du canton de Fribourg, 21 février 1961, Extraits... 1961 p. 5 (10 s).

Deux facteurs déterminent le degré d'attention qu'on peut raisonnablement exiger du chef de famille: l'usage, d'une part, les circonstances particulières du cas, d'autre part. La référence à l'usage concerne avant tout l'appartenance de l'auteur à tel milieu social ou régional. Ainsi, la jurisprudence juge-t-elle avec moins de sévérité le devoir de surveillance de parents issus de la classe ouvrière, souvent contraints d'exercer l'un et l'autre une activité lucrative⁹⁹. Il en va de même dans les milieux ruraux ou montagnards; les enfants y jouissent d'une plus grande indépendance et sont forcément en contact avec des instruments de travail dangereux¹⁰⁰. C'est cette raison qui, par exemple, a conduit le Tribunal fédéral à ne pas rendre responsable un père des blessures infligées par sa fille de huit ans à un autre enfant, au moyen d'une hache¹⁰¹. Les tribunaux se montrent en revanche moins indulgents à l'égard des chefs de famille résidant dans les centres urbains¹⁰², même si on admet qu'ils n'ont pas l'obligation d'accompagner leurs enfants sur le chemin de l'école¹⁰³; ou que ces derniers soient autorisés à jouer sur la voie publique, surtout quand ils appartiennent à un milieu modeste¹⁰⁴.

Le degré d'attention exigé du chef de famille est aussi fonction des circonstances concrètes du cas¹⁰⁵. Parmi celles-ci, l'âge et le caractère de l'auteur jouent un rôle déterminant¹⁰⁶. La surveillance doit être d'autant plus stricte qu'il est jeune, mal éduqué, de nature indisciplinée ou imprudente, ou encore particulièrement attiré par des objets dangereux¹⁰⁷. Le Tribunal fédéral est allé jusqu'à consulter les carnets scolaires d'un enfant pour se convaincre de son intelligence et nier l'exigence d'une surveillance spéciale¹⁰⁸. A un certain âge, l'adolescent échappe dans une large mesure à ses parents. Proportionnellement à son degré de maturité s'accroît sa capacité de reconnaître les dangers. De ce fait, la présomption de l'article 333 CC, fondée peu à peu sur la seule violation du devoir d'éducation, se restreint à mesure que le mineur s'approche de la majorité. Ainsi, le Tribunal fédéral a nié la responsabilité d'un père qui laisse son fils mineur de plus de dix-huit ans en possession d'une arme à feu¹⁰⁹ ou qui s'abstient de lui faire des recommandations au sujet de l'usage d'un véhicule à moteur¹¹⁰.

A côté de circonstances relatives à la personnalité de l'auteur, les tribunaux ont souvent pris en considération la nature de l'instrument avec lequel il a exposé autrui à péril. S'agissant en particulier des risques que font courir certains jouets (les pistolets à air comprimé ou les arcs et flèches, notamment), la jurisprudence a fait montre d'incohérence. Le Tribunal fédéral le reconnaît dans ses deux derniers arrêts en la matière¹¹¹. Il ressort de ces décisions que si on ne peut en principe

⁹⁹ ATF 95 II 255, JT 1970 I 554, Deutsche Bundesbahn c. Furer, cons. 4.

¹⁰⁰ ATF 41 II 419, JT 1916 I 141, Schmid c. Capeder, cons. 3; ATF 60 II 218, La Dixence SA c. Dayer, cons. 2; Cour de justice civile du canton de Genève, 15 février 1974, SJ 1975 p. 97 (102).

¹⁰¹ ATF 62 II 72 (75), Boschung c. Rappo.

¹⁰² ATF 43 II 144 (147), Raspizio c. Zufferey.

¹⁰³ ATF 89 II 56 (61), Gétaz c. Chappuis et Gindroz.

¹⁰⁴ ATF 63 II 58 (62), Union c. Schmid.

¹⁰⁵ Oftinger K., II 1 p. 272 ss; ATF 79 II 350 (353), Nicolet c. Guillaume; ATF 100 II 298, JT 1976 I 232, Maurer c. Feltscher, cons. 3.

¹⁰⁶ ATF 52 II 325 (328), Girardin c. Rubin.

¹⁰⁷ ATF 70 II 136 (139), Vermot c. Gilliéron.

¹⁰⁸ ATF 39 II 740 (743), Gaudet c. Schmidt.

¹⁰⁹ ATF 48 II 424, JT 1923 I 258, Häfliger c. Fischer, cons. 2; cf. notre remarque, *supra* p. 71.

¹¹⁰ ATF 52 II 325 (329), Girardin c. Rubin.

¹¹¹ ATF 100 II 298, JT 1976 I 232, Maurer c. Feltscher, cons. 3; ATF 103 II 24, Perruchoud c. Praz, cons. 4.

exiger du chef de famille qu'il défende l'utilisation de tels jouets ou surveille constamment les mineurs qui s'en servent, «il est à tout le moins tenu de les rendre attentifs au caractère dangereux de ces instruments, de leur donner des instructions sur la façon de les manier et notamment de leur interdire sévèrement de tirer quand il est possible que quelqu'un se trouve dans le champ de tir»¹¹². Mais force est bien de constater que la prévention de tout danger reviendrait pratiquement à prohiber l'usage de tels jouets¹¹³.

Relevons enfin que des circonstances extraordinaires, dont la preuve est à la charge du lésé¹¹⁴, justifient un renforcement de la surveillance exercée par le chef de famille. Tel est le cas lorsqu'une raison spéciale — le caractère étourdi ou particulièrement indiscipliné d'un enfant¹¹⁵, la proximité d'un objet manifestement dangereux, tel une arme à feu¹¹⁶ — laisse présager que le mineur ou l'incapable puisse commettre un dommage. La jurisprudence a surtout mis des exigences sévères à la surveillance des personnes faibles d'esprit ou malades mentales, en application de l'article 333 al. 2 CC qui les vise spécifiquement. Ainsi, le Tribunal fédéral a reconnu la responsabilité d'un père qui laisse voyager seule en train sa fille de quatorze ans faible d'esprit¹¹⁷ ou qui ne veille pas étroitement sur une schizophrène majeure susceptible de commettre des actes irraisonnés¹¹⁸.

§ 36 *La preuve libératoire lorsque l'auteur est confié à un auxiliaire*

Le chef de famille n'est pas tenu de veiller personnellement sur les mineurs et incapables soumis à son autorité. Il peut les confier à un tiers, considéré juridiquement comme un auxiliaire; il s'agira, par exemple, d'un membre de la famille (même un mineur), d'une gouvernante ou d'un éducateur¹¹⁹. Dans l'application du texte originnaire du Code civil — pour autant que les conditions familiales soient normales (les époux cohabitent, le mari n'est pas empêché d'exercer l'autorité domestique) — la mère est auxiliaire¹²⁰. Après la révision du droit de la famille, elle aura le statut de cochef de famille¹²¹.

La mesure dans laquelle le chef de famille doit répondre du comportement de ses auxiliaires a été durant longtemps sujette à hésitations; cela tenait principalement au fait que la nature juridique de la responsabilité n'était pas clairement définie. Certains avis doctrinaux ou décisions judiciaires, la regardant comme une responsabilité aquilienne, estimaient que le chef de famille ne devait répondre que de ses propres fautes, non de celles de ses auxiliaires; il lui suffisait, pour se

¹¹² ATF 103 II 24 (28), Perruchoud c. Praz.

¹¹³ Merz II, RJB 1976 p. 67 s.

¹¹⁴ On aboutit donc à un renversement du fardeau de la preuve puisque, en vertu de la présomption de responsabilité posée à l'art. 333 al. 1^{er} CC, il incombe habituellement au chef de famille d'établir qu'il n'a pas violé le devoir d'attention qu'on pouvait raisonnablement exiger de lui (cf. *supra* p. 59, 70 ss). Cf. aussi Oftringer K., II 1 p. 278; ATF 57 II 127, JT 1931 I 459, Sauter c. Huber, cons. 3.

¹¹⁵ ATF 41 II 419, JT 1916 I 141, Schmid c. Capeder, cons. 3; ATF 70 II 136 (139), Vermot c. Gilliéron.

¹¹⁶ ATF 79 II 350, Nicolet c. Guillaume, cons. 2.

¹¹⁷ ATF 60 II 145, JT 1934 I 309, Meier c. CFF, cons. 3.

¹¹⁸ ATF 74 II 193, JT 1949 I 322, von Sax c. X, cons. 2.

¹¹⁹ Oftringer K., II 1 p. 257; ATF 103 II 24 (30 ss), Perruchoud c. Praz.

¹²⁰ Cf. *supra* § 15 et 16.

¹²¹ Cf. *supra* § 19 et 20.

libérer, de faire la preuve de la triple diligence¹²². Une telle opinion est erronée. Suivant la qualification causale de la responsabilité, — reconnue par le Tribunal fédéral et la doctrine dominante¹²³ — le chef de famille est responsable du défaut de surveillance de l'auxiliaire comme du sien propre. S'il entend s'exonérer, il doit établir que l'auteur a été surveillé avec l'attention requise, que ce soit par lui-même ou par l'auxiliaire¹²⁴. Cette interprétation a pour conséquence majeure que l'absence temporaire du chef de famille ne le libère en principe pas de la responsabilité; il peut être tenu personnellement de préjudices causés par le mineur ou l'incapable, même s'il n'a pas été en mesure d'assumer lui-même la surveillance¹²⁵. Ce n'est que récemment que le Tribunal fédéral s'est clairement rallié à cette thèse¹²⁶. On regrettera toutefois qu'il persiste à utiliser une terminologie inadéquate, en déclarant que «le chef de famille répond de la faute des auxiliaires qu'il a chargés de la surveillance comme il répond de sa propre faute». Car, vu sa nature causale, la responsabilité du chef de famille ne suppose pas une faute de l'auxiliaire¹²⁷.

¹²² Silbernagel A., n. 11 ad art. 333 CC; Papa G., p. 154, n. 11; ATF 70 II 136 (138), Vermot c. Gilliéron; Cour de justice civile du canton de Genève, 15 février 1974, SJ 1975 p. 97.

¹²³ Cf. *supra* § 28.

¹²⁴ Oftringer K., II I p. 278 s; Egger A., n. 14 ad art. 333 CC.

¹²⁵ Cf. *supra* p. 46 s, 53 s, 62; *infra* p. 101 ss; cf. aussi Oftringer K., II I p. 258.

¹²⁶ ATF 103 II 24 (32), Perruchoud c. Praz.

¹²⁷ Cf. *supra* p. 60 ss.

CHAPITRE 8

LES EFFETS DE LA RESPONSABILITÉ

§ 37 *La nature juridique de la dette*

Lorsque sa responsabilité est établie, le chef de famille est tenu de réparer le préjudice causé à autrui par le mineur ou l'incapable soumis à son autorité. Cette obligation, en pratique, consiste toujours à payer une somme d'argent à titre de dommages-intérêts, éventuellement en compensation du tort moral subi. Elle entre dans les obligations résultant d'actes illicites, régies par le chapitre deuxième du titre premier du CO (art. 41 à 61)¹²⁸.

Juridiquement, il s'agit d'une dette de genre, momentanée et divisible, dont le débiteur répond personnellement et sur ses biens. On ne saurait donc y voir une dette de l'union conjugale, dans le cas de la famille légitime unie. Ce principe est valable dans l'application du texte originnaire du Code civil comme il le sera après l'entrée en vigueur du droit révisé du mariage. Jusqu'à cette date — sous réserve des cas particuliers où la femme exerce seule l'autorité domestique¹²⁹ — le mari sera encore tenu personnellement et sur son patrimoine, quel que soit le régime matrimonial, des préjudices causés par ses enfants mineurs (art. 206 ch. 2, 219 ch. 3 et 243 al. 1^{er} CC)¹³⁰.

Au-delà, dans l'application du nouveau droit tel qu'il se dégage du Projet de 1979, chaque époux répondra personnellement et sur ses biens propres, les biens communs pouvant être exposés à la mainmise du créancier lésé lorsque les conjoints sont soumis à un régime communautaire (art. 202, 230 et 246)¹³¹. Nous examinerons plus en détail ces problèmes, quand nous nous pencherons sur les conséquences que déploie entre les parents leur responsabilité comme cochef de famille¹³².

§ 38 *Quelques remarques sur l'action en dommages-intérêts*

La dette dont répond le chef de famille entre dans les obligations résultant d'actes illicites. Ce sont donc les règles générales du droit de la responsabilité civile qui s'appliquent à la prétention du lésé, en particulier les articles 42 ss CO¹³³. Il n'est évidemment pas question de les examiner ici en détail. Nous

¹²⁸ Cf. *supra* p. 60; *infra* § 38.

¹²⁹ Cf. *supra* § 16. Dans ces cas, la femme répond personnellement et sur son patrimoine, ainsi que sur les biens communs dans le régime de la communauté de biens (art. 207 ch. 5, 220 al. 1^{er} ch. 5, 243 al. 2 CC); cf. Lemp P., n. 12 ad art. 163 CC, n. 5 s ad art. 206 CC, n. 2 ss, 24 ss ad art. 220 CC, n. 10, 23, 26 s ad art. 243 CC; Deschenaux H., RDS 1957 II p. 537 a; Knapp Ch., p. 193.

¹³⁰ En cas de communauté de biens, le mari répond en outre sur les biens communs. Cf. Lemp P., n. 8 ad art. 162 CC, n. 5 s, 11 ad art. 206 CC, n. 3, 18, 20, 27 ad art. 219 CC, n. 9, 23, 26 s ad art. 243 CC; Deschenaux H., RDS 1957 II p. 535 a, 569 a; Knapp Ch., p. 179.

¹³¹ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1205, 1242 ss, 1291, 1313 ss, 1322 s.

¹³² Cf. *infra* § 50.

¹³³ Tuor P. / Schnyder B., p. 277; Egger A., n. 23 ad art. 333 CC.

renvoyons aux ouvrages spécialisés en ce domaine, notamment au traité de Karl Oftinger¹³⁴. Nous nous bornerons à rappeler les principes fondamentaux régissant l'action en dommages-intérêts, pour relever quelques particularités que soulève leur application à la responsabilité prévue à l'article 333 CC. A cet égard, souvenons-nous qu'en pratique la grande majorité des cas se liquident par transaction. Le plus souvent, il s'agit de conventions d'indemnisation passées entre la victime et l'assureur couvrant la responsabilité civile du chef de famille¹³⁵.

L'action en dommages-intérêts est de nature civile, condamnatrice, positive et pécuniaire; elle peut donc faire l'objet d'un recours en réforme au Tribunal fédéral (art. 43 ss OJF)¹³⁶. Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner l'abondante jurisprudence fédérale qui caractérise l'application de l'article 333 CC¹³⁷.

S'agissant des conditions personnelles de l'action, celle-ci appartient au lésé direct, à l'exclusion de la victime par ricochet (sous réserve de l'art. 45 CO). Elle est transmissible et cessible, dirigée contre le chef de famille¹³⁸. Lorsque sa responsabilité est couverte par une assurance, la compagnie impliquée est évidemment intéressée au procès. Selon les législations de procédure, elle aura la faculté d'y intervenir directement pour soutenir son assuré. Cette intervention résulte de sa propre volonté (voir par exemple les art. 15 LPCF et 47 ss CPCN) ou de l'invitation du défendeur qui lui dénonce le litige, dénonciation à laquelle elle ne sera pas tenue de répondre dans les systèmes de procédure fédérale et neuchâtelois (art. 16 LPCF et 43 ss CPCN). On constate cependant que les compagnies d'assurance n'apparaissent pas volontiers «en première ligne» à l'instance, préférant intervenir dans la coulisse, en application de leurs clauses «de direction du procès». A ce propos, c'est à tort qu'elles recommandent à leur assuré de se prévaloir de l'article 44 al. 2 CO, qui permet au juge de réduire les dommages-intérêts lorsque la réparation intégrale du préjudice exposerait le débiteur à la gêne¹³⁹. L'assurance de la responsabilité civile n'est pas conclue pour le compte d'autrui, mais pour protéger l'assuré et lui permettre, en fin de compte, de supporter l'indemnisation de dommages dont il est tenu. Par ailleurs, il ne serait pas conforme à l'équité — fondement de l'article 44 al. 2 CO — de laisser à la charge de la victime une partie de son préjudice, alors que le responsable ne risque nullement de voir son avenir économique compromis par l'effet de la réparation. Quoi qu'il en soit, la prime n'est pas calculée en fonction de la capacité financière de l'assuré, mais en contrepartie des risques (couverts) qu'il fait courir à autrui. Dans tous les cas, l'assureur devra prendre à sa charge les frais résultant de la protection juridique du chef de famille assigné en justice, en vertu de la clause contractuelle qui garantit à celui-ci la défense contre des prétentions infondées ou exagérées¹⁴⁰.

¹³⁴ Oftinger K., I, en particulier les § 6 et 7 relatifs à l'estimation du dommage et à la fixation des dommages-intérêts.

¹³⁵ Cf. *supra* p. 16, n. 10.

¹³⁶ Deschenaux H. / Tercier P., p. 188 s.

¹³⁷ Cf. *supra* § 35.

¹³⁸ Oftinger K., I p. 64.

¹³⁹ Stark E., RDS 1967 II p. 49 s.

¹⁴⁰ Benz L., *Connaissances générales des branches, Manuel d'assurance*, vol. XII, assurance responsabilité civile, Lausanne 1977, p. 12; Farner H., *L'assurance privée contre les accidents et la responsabilité civile*, 4^e éd., Lausanne 1967, p. 76; Maurer A., *Einführung in das schweizerische Privatversicherungsrecht*, Berne 1976, p. 414 s.

En ce qui touche la qualité pour agir, une précision s'impose lorsque le lésé est soumis à l'autorité parentale du chef de famille et victime d'un dommage causé par l'une des personnes mentionnées à l'article 333 al. 1^{er} CC. Tel peut être le cas par exemple lors de jeux dangereux entre frères et sœurs. Dans la règle, il incomberait aux père et mère d'agir au nom du mineur lésé, en vertu de leur devoir légal de représentation (art. 304 CC). Néanmoins, le conflit d'intérêts est manifeste, dans la mesure où l'action devrait être dirigée contre eux-mêmes, après l'entrée en vigueur du nouveau droit matrimonial, ou contre le seul mari dans l'application de la loi actuelle¹⁴¹. En pareil cas — envisageable de toute évidence quand un grave préjudice a frappé l'enfant — il revient à l'autorité tutélaire de nommer un curateur, conformément à l'article 392 ch. 2 CC¹⁴². Ce dernier veillera d'abord à sauvegarder les droits du mineur lésé. Il s'efforcera ensuite, avec le consentement de l'autorité (art. 421 ch. 8 CC), de transiger au nom de celui-ci; éventuellement, il conduira le procès contre le père et (ou) la mère, ou l'assureur qui couvre leur responsabilité civile. Sur ce point, le Tribunal fédéral a apporté une double précision: le conflit d'intérêts existe même si les parties aboutissent à une transaction¹⁴³. Par ailleurs, une telle transaction peut être passée avec la compagnie d'assurance impliquée même sans l'accord des représentants légaux¹⁴⁴.

S'agissant des conditions temporelles de l'action en dommages-intérêts, la règle générale de l'article 60 CO trouve application¹⁴⁵. Le délai de prescription commence à courir le jour où la victime a eu connaissance non seulement de l'auteur du préjudice, mais aussi de la personne tenue à réparation, en l'occurrence du chef de famille responsable¹⁴⁶.

Quant à la fixation de l'indemnité, elle est fonction d'abord du dommage effectivement subi par le lésé, ensuite de l'existence d'éventuels motifs de réduction, tels que les ont dégagés la doctrine et la jurisprudence des articles 43 et 44 CO¹⁴⁷. Nous renonçons à les mentionner. Il faut tout de même signaler que le motif tiré de la faute est inopérant en l'espèce, vu la nature causale de la responsabilité¹⁴⁸. Le chef de famille ne saurait donc exciper de la légèreté de sa faute dans la surveillance de l'auteur, puisque sa responsabilité dérive de la seule causalité (adéquate) entre l'acte dommageable et le préjudice. Tout au plus pourrait-il invoquer l'article 43 CO quand le manque de surveillance constitue une cause partielle du dommage. Il ne s'agit plus alors d'un motif tiré de la faute propre, mais éventuellement du cas fortuit ou du fait de la victime. On ne déduira pas de ces remarques qu'une faute prouvée à l'encontre du chef de famille n'influe pas l'étendue de sa responsabilité. Dans ce cas, la preuve libératoire serait en principe exclue; le défendeur devrait répondre déjà en vertu des règles sur la responsabilité aquilienne (art. 41 CO), que n'empêche pas la responsabilité plus rigoureuse régie à l'article 333 CC¹⁴⁹.

¹⁴¹ Cf. *supra* § 15, 18 et 19.

¹⁴² Hegnauer C., Schneider B., p. 145; Deschenaux H./Tercier P., p. 192; ATF 80 IV 102, JT 1955 IV 69, Ministère public du canton de Bâle-Ville c. Piquerez.

¹⁴³ ATF 90 II 359, JT 1965 I 220, Zanoni c. Conseil d'Etat du canton de Lucerne, cons. 2 h.

¹⁴⁴ ATF 93 II 366, Vaney c. Reymond et Assurance mutuelle vaudoise contre les accidents, cons. 1.

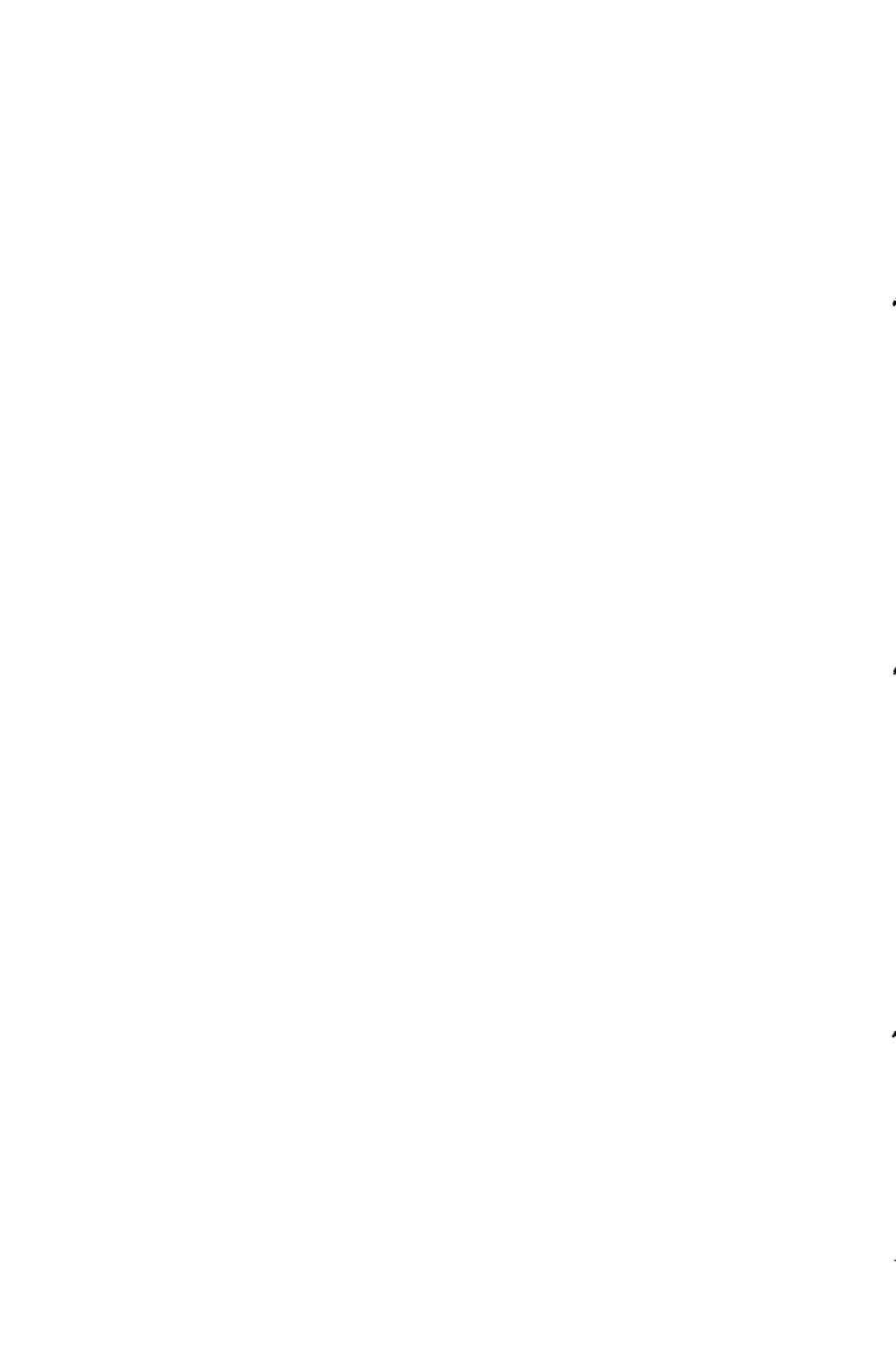
¹⁴⁵ Egger A., n. 24 ad art. 333 CC; Deschenaux H./Tercier P., p. 193 s.; ATF 51 II 385 (392), JT 1926 I 132 (138), Gerber c. canton de Lucerne.

¹⁴⁶ ATF 74 II 193, JT 1949 I 322, von Sax c. X, cons. 1. Au sujet de la connaissance du dommage, cf. ATF 100 II 339, Sierro et consorts c. Follonier, cons. 1 a.

¹⁴⁷ Oftringer K., I § 7; Deschenaux H./Tercier P., p. 236 ss et les références jurisprudentielles citées.

¹⁴⁸ Cf. *supra* § 28, notamment p. 62. Cf. aussi Egger A., n. 24 ad art. 333 CC; Schwander P., p. 23; ATF 97 II 221, JT 1972 I 365, Traber c. Steckborn Kunstseide AG, cons. 3.

¹⁴⁹ Cf. *supra* p. 62 s.; *infra* p. 93 ss. Cf. aussi ATF 102 II 256, JT 1977 I 214, Goth & CO SA c. Concord Watch Company SA, cons. 2 a.



CHAPITRE 9
LA RESPONSABILITÉ DES PÈRE ET MÈRE
DANS LE CODE CIVIL RÉVISÉ

§ 39 *Observations préliminaires*

Dans la deuxième partie de notre exposé, nous sommes arrivés à la conclusion que la réalisation de l'égalité juridique des époux dans le droit révisé de la famille accroîtra l'autonomie et le pouvoir de la femme. Cette situation impliquera pour elle, en contrepartie, la perte de privilèges et la prise en charge de risques. Egale dans les droits, elle le sera aussi dans les obligations. Il en découlera logiquement une nouvelle interprétation des articles 331 ss CC: dans un système d'autorité bicéphale, l'épouse aura qualité de cochef de famille, donc de coresponsable au sens de l'article 333 CC; elle répondra en principe primairement avec son mari des préjudices causés à des tiers par des mineurs ou incapables de la communauté domestique¹⁵⁰.

L'objet de ce chapitre tend précisément à définir, du point de vue externe, la responsabilité plurale des père et mère. Auparavant, nous aurons succinctement évoqué les solutions données à cette question en Allemagne et, plus récemment, en France. Notre étude se limitera à la situation ordinaire des époux cohabitant et non empêchés, en fait ou en droit, d'exercer l'autorité domestique. C'est essentiellement ce cas typique — la famille légitime unie — qu'affectera la révision du droit de la famille¹⁵¹. La réforme ne touchera pas d'autres cas d'application particuliers de l'article 333 CC, qu'ils ressortissent au cadre familial¹⁵² ou extra-familial¹⁵³.

§ 40 *Les solutions allemande et française*

Comme nous l'avons déjà relevé, la norme délictuelle générale des droits allemand (§ 823 BGB) et français (art. 1382 CCF) est complétée par une disposition spéciale (§ 832 al. 1^{er}, 1^{re} phrase BGB, art. 1384 al. 4 CCF), qui règle la responsabilité des père et mère pour les actes illicites de leurs enfants mineurs¹⁵⁴. Dans l'une et l'autre législation, la responsabilité trouve son fondement dans la détention de l'autorité parentale, qui détermine le devoir de surveillance. Plus précisément, elle repose sur une présomption de faute dans la surveillance et l'éducation de l'enfant, qui peut être renversée par la preuve contraire (§ 832

¹⁵⁰ Cf. *supra* § 18 à 21.

¹⁵¹ A cette situation ordinaire, il convient d'assimiler le cas du père ou de la mère marié avec un tiers (cf. *supra* § 25).

¹⁵² Cf. *supra* § 22, 23, 24 et 26.

¹⁵³ Cf. *supra* § 17.

¹⁵⁴ Cf. *supra* p. 42 ss.

al. 1^{er}, 2^e phrase BGB, art. 1384 al. 7 CCF). Dans l'un et l'autre droit, les parents répondent en principe solidairement à l'égard du tiers lésé¹⁵⁵.

Le § 832 al. 1^{er} BGB ne mentionne pas expressément la responsabilité des deux conjoints pour les préjudices causés par leurs enfants mineurs¹⁵⁶. Celle-ci découle du principe de l'égalité entre hommes et femmes, consacré à l'article 3 de la Loi fondamentale de Bonn, appliqué impérativement depuis le premier avril 1953 et introduit dans la législation par la « Gleichberechtigungsgesetz » du 18 juin 1957¹⁵⁷. C'est donc à partir de 1953 que les tribunaux ont appliqué le § 832 aux père et mère cumulativement et fait de ceux-ci des coresponsables solidaires, au sens du § 840 BGB¹⁵⁸. Le principe fait règle en droit allemand. Il trouve sa justification dans le devoir légal de surveillance imposé aux parents, personnellement et conjointement (§ 1626 et 1631 BGB), qui sous-entend la prévention d'actes dommageables que pourraient commettre leurs enfants. Le cas échéant, il est logique que la violation présumée du devoir de surveillance pèse sur les père et mère et soit sanctionnée par la responsabilité solidaire¹⁵⁹. D'autant que la victime ne sait en général pas de prime abord quel parent est fautif¹⁶⁰.

Un courant minoritaire de la doctrine allemande a refusé d'admettre par principe la responsabilité solidaire des deux époux. Immenga fait notamment valoir un double argument à l'appui de cette opinion: l'un juridique, selon lequel l'autorité parentale appartient en propre à chaque conjoint; l'autre, de fait, fondé sur le partage traditionnel des rôles dans la famille, qui éloigne souvent le mari du foyer durant la journée et l'empêche pratiquement de prévenir la commission d'accidents par ses enfants¹⁶¹. Cet auteur suggère que le § 832 BGB ne soit appliqué cumulativement aux père et mère que de cas en cas, seulement lorsque la violation du devoir de surveillance peut être reprochée à l'un et à l'autre.

Les tribunaux d'outre-Rhin n'ont généralement pas suivi cette thèse. L'examen de la jurisprudence¹⁶² révèle qu'on ne s'efforce pas de prime abord d'individualiser le devoir de surveillance des père et mère, pour déterminer lequel d'entre eux y a manqué en l'occurrence. On tend plutôt, en interprétant extensivement ce devoir — notamment par référence à l'éducation de l'enfant — à le considérer comme la composante d'une fonction exercée de concert par les époux; les risques en découlant, comme celui visé au § 832 BGB, doivent être normalement assumés conjointement¹⁶³. Ainsi, l'absence d'un des parents lors de l'acte dommageable ne saurait *a priori* le disculper¹⁶⁴. Le Bundesgerichtshof s'est rallié à la

¹⁵⁵ Pour une étude comparative en droits allemand et français, cf. Aden M., *Die Haftung der Eltern für die unerlaubten Handlungen ihrer Kinder im französischen und deutschen Recht*, th., Bonn 1972.

¹⁵⁶ Le § 832 BGB est intitulé « Haftung des Aufsichtspflichtigen »; pour le libellé, cf. *supra* p. 43, n. 41.

¹⁵⁷ Cf. *supra* p. 27.

¹⁵⁸ BGHZ. 26 janvier 1960, VersR. 1960 p. 355 (la cause concernait un acte dommageable survenu en 1956).

¹⁵⁹ Staudinger J.V./Schäfer K., n. 13 et 19 ad § 832 BGB; Aden M., p. 33 s et 54 s; Gernhuber J., 53 II 4; Beitzke G., § 27 III; Koebel, NJW 1960 p. 2228.

¹⁶⁰ Wussow W., p. 202; Koebel, NJW 1960 p. 2228.

¹⁶¹ Immenga U., FamRZ 1969 p. 313 ss; l'auteur est conscient des conséquences défavorables envers la mère qu'entraîne son interprétation (cf. p. 317 ss).

¹⁶² Cf. notamment les répertoires de Wussow (p. 203 ss) et Boscher (VersR 1964 p. 888 ss).

¹⁶³ Sous réserve de l'exonération d'un des parents (cf. *infra* § 44) ou du partage interne de la dette solidaire (cf. *infra* § 48).

¹⁶⁴ Landgericht de Mönchengladbach, 19 mars 1968, NJW 1968 p. 1970; Oberlandsgericht de Cologne, 11 mars 1955, VersR. 1955 p. 347; Aden M., p. 170 ss.

doctrine dominante. Il admet que la responsabilité primaire et solidaire des père et mère est la règle, et la disculpation de l'un d'eux, l'exception¹⁶⁵. Nous y reviendrons plus bas¹⁶⁶.

S'agissant de la solidarité, elle résulte du § 840 al. 1^{er} BGB qui l'institue pour les coresponsables d'un même acte illicite¹⁶⁷. Elle est réglée par les § 421 ss BGB relatifs à la « Gesamtschuld »¹⁶⁸. Le droit allemand ne connaît formellement qu'un type de solidarité¹⁶⁹. Elle implique la responsabilité de chaque débiteur pour le tout à l'égard du créancier, lequel ne peut obtenir satisfaction qu'une seule fois. L'exécution éteint l'obligation à due concurrence; elle libère les autres codébiteurs.

En France, c'est la Loi de 1970 sur l'autorité parentale qui a modifié l'article 1384 al. 4 et 7 CCF¹⁷⁰. Elle a substitué à la responsabilité alternative du chef de famille (du père principalement, de la mère subsidiairement) la responsabilité cumulative et solidaire des deux époux. Cette modification est la conséquence de la réforme récente du Code civil français, qui a accordé aux parents la direction matérielle et morale de la famille (art. 213 nouv. CCF) et l'exercice conjoint de leur autorité (art. 372 nouv. CCF). Dans la mesure où la responsabilité des père et mère pour les dommages causés par leurs enfants est la contrepartie de l'autorité exercée sur eux, il était logique de faire peser la présomption légale sur les deux parents; et équitable de les rendre coresponsables solidaires, vu les avantages qu'en retire la victime¹⁷¹.

La solidarité est expressément prévue à l'article 1384 al. 4 CCF, qui constitue un cas de solidarité légale au sens de l'article 1202 CCF. Elle correspond à la « Gesamtschuld » des § 421 ss BGB¹⁷². Elle est réglée aux articles 1200 ss CCF et implique, comme effets principaux, que chaque codébiteur peut être recherché pour le tout (art. 1203) et que l'exécution de l'un libère les autres (art. 1200). Elle comporte aussi des effets accessoires, comme ceux des articles 1205 et 1206, selon lesquels la mise en demeure et l'interruption de la prescription à l'égard de l'un des codébiteurs vaut à l'égard des autres¹⁷³.

Jusqu'à ce jour, les tribunaux n'ont que peu eu l'occasion d'appliquer le nouvel article 1384 al. 4 CCF, qui vise les faits postérieurs au premier janvier 1971¹⁷⁴. Il est prématuré de faire état d'une jurisprudence à propos de cette disposition. La doctrine laisse cependant présumer une application large de la solidarité parentale pour les actes de leurs enfants mineurs; en d'autres termes, la difficulté pour l'un des conjoints de se disculper au détriment de l'autre¹⁷⁵. Cette prévision semble être confirmée par les rares décisions publiées, portées à notre connaissance. Plusieurs d'entre elles retiennent une responsabilité cumulative des père et mère,

¹⁶⁵ BGHZ 26 janvier 1960, VersR. 1960 p. 355; BGHZ 14 novembre 1961, FamRZ 1962 p. 116; BGHZ 7 juillet 1964, FamRZ 1964 p. 505.

¹⁶⁶ Cf. *infra* p. 99 s.

¹⁶⁷ Staudinger J.V./Schäfer K., n. 19 ad § 832 BGB; Aden M., p. 55 s; Koebel, NJW 1960 p. 2228.

¹⁶⁸ Sur la solidarité passive, cf. Esser J./Schmidt E., I 2 § 39; Larenz K., I § 37; pour un aperçu en français, Corboz B., p. 23 ss.

¹⁶⁹ Larenz K., I § 37, p. 514 s.

¹⁷⁰ Cf. *supra* p. 42 s; à relever que le nouvel art. 1384 al. 4 et 7 CCF a été adopté par l'Assemblée nationale après des débats très brefs et par le Sénat sans discussions (cf. Woytt M.O., p. 214).

¹⁷¹ Larroumet C., n. 134, 140 et 165; Legeais R., p. 201 ss; Woytt M.O., p. 217; Colombet C., n. 12.

¹⁷² Aden M., p. 55 ss; Woytt M.O., p. 217.

¹⁷³ Sur la solidarité passive, cf. Mazeaud H., L., J., II n. 1943 ss; Starck B., n. 1874 ss; Legeais R., p. 207.

¹⁷⁴ Larroumet C., n. 150.

¹⁷⁵ Larroumet C., n. 158; Le Guidec R., n. 7 et 69 s; Legeais R., p. 207; Woytt M.O., p. 218.

apparemment sans rechercher si la violation du devoir de surveillance est imputable à l'un davantage qu'à l'autre¹⁷⁶. Même raisonnement, inversement, dans un arrêt de la Cour de cassation civile rendu en 1973, qui disculpe « en bloc » les deux parents¹⁷⁷. Et dans un jugement de 1976, qui se prononçait sur les conséquences d'un dommage causé lors de jeux d'enfants, le Tribunal de grande instance d'Avesnes a condamné le père de famille, absent au moment de l'accident et qui n'encourait aucun reproche dans l'éducation de son fils¹⁷⁸. Cette décision va évidemment très loin. Elle semble même dépasser la conception pourtant large de la solidarité parentale dégagée par la jurisprudence allemande, dans la mesure où elle implique pratiquement une remise en question de la clause libératoire (art. 1384 al. 7 CCF)¹⁷⁹. Et Savatier de commenter: « Il apparaît ainsi, que l'alinéa 7 de l'article 1384 est contredit dans son application particulière, par le caractère collectif et solidaire de la garde confiée aux parents légitimes de l'enfant imprudent. L'un des époux gardiens, pris personnellement comme responsable, ne peut, pense implicitement le Tribunal d'Avesnes, s'affranchir en prouvant qu'il ne lui était pas personnellement possible d'éviter le fait dommageable, du moment que l'autre époux ne peut apporter, pour son compte, cette même preuve. Tel était le cas de M^{me} Yardin, qui rendait, ici, son mari irrémédiablement responsable. Il n'est pas certain que les auteurs de la Loi de 1970 aient voulu cela. Mais cela est pourtant dans la logique nécessaire de leur construction. C'est pour faire coexister les autorités et les responsabilités solidaires de deux gardiens, dont l'un n'a plus autorité sur l'autre, que l'alinéa 4 de l'article 1384 a été rédigé. L'un des époux suffit donc à engager les deux, indépendamment de la conduite de l'autre, et de l'absence de souveraineté de l'un sur la conduite de l'autre, laquelle conditionnerait sa possibilité d'empêcher le dommage. Le Tribunal ne peut être blâmé d'avoir tiré, de la rédaction actuelle de l'alinéa 4, toutes ses conséquences¹⁸⁰. »

§ 41 *La responsabilité solidaire des père et mère dans le Code civil révisé*

Une fois achevée la réforme des titres V et VI du Code civil, les époux auront qualité de cochefs de famille, au sens de l'article 331 al. 1^{er} CC, ce qui leur donnera le droit et le devoir d'exercer conjointement l'autorité sur les membres de la communauté domestique. En conséquence, ils seront coresponsables, selon l'article 333 CC, des préjudices causés à des tiers par leurs enfants mineurs¹⁸¹.

Il s'agit d'un cas de responsabilité plurale. Au plan externe, la question revient à déterminer les droits de la victime d'un dommage, que plusieurs personnes sont tenues de réparer. En théorie, trois solutions sont applicables à ce rapport d'obligation, selon qu'elles prévoient la divisibilité de la prétention (en cas d'obligations partielles), son cumul ou son concours.

Il est question d'obligations partielles lorsque chaque débiteur ne doit fournir qu'une quote-part de la prestation, indépendante dans son existence et son exécu-

¹⁷⁶ Cass. crim., 11 octobre 1972, DS. 1973 Jur. p. 75: responsabilité des parents pour le dommage causé par leur fils qui blesse un camarade avec une carabine à air comprimé; Tribunal de grande instance de Lyon, 28 mai 1974, JCP 1974 éd. G IV 337: responsabilité des parents pour les conséquences d'un incendie causé volontairement par leur enfant de 16 ans, caractériel asocial.

¹⁷⁷ Cass. civ., 25 octobre 1973, DS. 1974 Som. p. 8.

¹⁷⁸ Tribunal de grande instance d'Avesnes, 8 juillet 1976, JCP 1977 II 18556.

¹⁷⁹ Cf. *supra* p. 68, n. 66: *infra* p. 100 s.

¹⁸⁰ JCP 1977 II 18556.

¹⁸¹ Cf. *supra* § 18 à 21 et 39.

tion. Ce système est la règle en droit suisse en cas de pluralité de coobligés¹⁸². Appliqué à la responsabilité civile, il obligerait le lésé à agir séparément contre chaque responsable pour faire valoir l'indemnisation d'une partie du préjudice. Le cas échéant, il supporterait personnellement l'insolvabilité de l'un d'entre eux¹⁸³.

On parle de cumul de prétentions (ou d'actions) quand la victime est habilitée à s'en prendre à chaque responsable et exiger de lui la compensation de tout le dommage. Ce principe conduit à l'enrichissement. Il est admis par l'article 96 LCA, lorsque le lésé est au bénéfice d'une assurance de personne, étant entendu qu'au sens strict, les termes «dommage» et «responsable» ne conviennent pas exactement à ce genre d'assurance¹⁸⁴.

Dans le concours de prétentions (ou d'actions)¹⁸⁵, la victime dispose d'une créance contre chaque coobligé en réparation de la totalité du préjudice¹⁸⁶. Elle peut à son gré actionner l'un ou l'autre, plusieurs d'entre eux, ou tous conjointement, simultanément ou successivement. Quelle que soit la voie choisie, sa prétention ne s'éteint que lorsqu'elle est pleinement désintéressée. En conséquence, le paiement d'un des débiteurs libère les autres à due concurrence; la répartition finale de la dette intervient dans le cadre d'un règlement interne. C'est ce principe, plus souvent désigné par le terme de «solidarité» (entendu au sens large) que consacre le droit suisse en cas de pluralité de responsables⁸⁷. Il a «pour but d'assurer au lésé la réparation la plus complète de son préjudice», comme le justifie le Tribunal fédéral qui explique: «Dans le système du droit des obligations, la responsabilité d'une personne n'est pas diminuée à l'égard du lésé, en principe, du fait qu'un tiers se trouve lui aussi responsable du même dommage. Peu importe qu'il s'agisse d'actes illicites commis en commun (solidarité parfaite: art. 143 et 50 al. 1^{er} CO) ou indépendamment l'un de l'autre, ou encore de responsabilité en vertu de causes différentes (solidarité imparfaite: art. 51 al. 1^{er} CO). La victime jouit d'un concours d'actions; elle ne peut prétendre qu'une fois la réparation, mais envers elle chacun répond en entier».¹⁸⁸

En d'autres termes, la solidarité est l'institution qui permet le mieux de protéger la situation juridique des parties, lorsque plusieurs personnes sont tenues à réparation. S'agissant de la victime, elle ne retire ni le désavantage qu'implique la division de la prétention, ni l'avantage qu'offre le cumul. Quant aux responsables, il est logique que chacun d'eux puisse *a priori* être actionné pour le tout. Ce principe dérive d'une part de la conception du droit suisse en cas de pluralité de coobligés. Le créancier dispose, non pas d'une créance contre plusieurs débiteurs, comme dans le système de la corréalité, mais de plusieurs créances indépendantes contre chaque débiteur. Ces créances concourent pour éviter le cumul et, finale-

¹⁸² Von Tuhr A. / Escher A., II § 89 III.

¹⁸³ Engel P., p. 556 s; Deschenaux H. / Tercier P., p. 272.

¹⁸⁴ Corboz B., p. 7; Deschenaux H. / Tercier P., p. 273 s.

¹⁸⁵ L'expression doit être entendue au sens large, par opposition au concours de prétentions au sens strict, prévu à l'art. 51 CO pour les cas de responsabilité concurrente (cf. *infra* § 42).

¹⁸⁶ Nous précisons la notion de «responsabilité pour le tout», lorsque nous examinerons les effets de la solidarité, en particulier la question controversée de l'appréciation (individualisée ou non) de la responsabilité du codébiteur recherché (cf. *infra* p. 93 ss).

¹⁸⁷ Oftringer K., I p. 337 ss; Deschenaux H. / Tercier P., p. 272 ss; Corboz B., p. 7 ss, 103 ss; Jansen G., p. 62 ss; ATF 89 II 118 (122 s), Delavy c. Bonjean; ATF 93 II 329, JT 1966 I 130, Evers et consorts c. Bank für Handel und Effekten AG, cons. 3.

¹⁸⁸ ATF 89 II 122 s, Delavy c. Bonjean. Sur la distinction entre solidarités parfaite et imparfaite, cf. *infra* § 42.

ment, un enrichissement injustifié¹⁸⁹. D'autre part, le principe de la «responsabilité pour le tout» découle de la théorie de la causalité adéquate. Selon cette théorie, l'auteur d'un acte dommageable en répond, sans égard au fait que d'autres causes, notamment le comportement d'un tiers, aient concouru au résultat final. Autrement dit, une cause partielle peut être adéquatement causale de tout le préjudice. Et, comme précise Engel, «les causes ne s'ajoutent pas, elles coïncident; la définition de la causalité adéquate est nécessaire et suffisante pour désigner l'un des auteurs comme responsable»¹⁹⁰.

Certes, notre droit de la responsabilité extracontractuelle contient quelques dérogations au principe de la solidarité. Dans la législation — sous réserve de l'article 96 LCA dont on a souligné la particularité plus haut¹⁹¹ — on en dénombre deux, depuis la révision récente de la LCR qui a corrigé certaines anomalies en la matière¹⁹². La première, inscrite à l'article 12 de la LF du 23 décembre 1959 sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique, prévoit que la victime d'un préjudice causé par une installation nucléaire ne peut qu'actionner l'exploitant, même si des tiers ont concouru au fait dommageable¹⁹³. Une telle solution est propre au système de cette loi¹⁹⁴. La seconde dérogation a pour siège l'article 428 al. 2 CC. Cette disposition régit la responsabilité entre les divers membres d'une autorité de tutelle au prorata de leur faute respective. Delessert, qui se réfère aux travaux préparatoires, explique que la solidarité aurait pesé trop lourdement sur les personnes en cause, ce qui aurait eu pour effet de les dissuader de prendre des mesures en faveur du pupille¹⁹⁵. L'argument vaut ce qu'il vaut, mais force est de constater que la solution est critiquable, tant du point de vue dogmatique que pratique. Elle contredit un principe fondamental de notre droit, qui tend à faire bénéficier le lésé de la solidarité de tous les coresponsables¹⁹⁶. Elle constitue, comme le déplorent Deschenaux et Tercier, une «brèche sans fondement dans le système de la responsabilité civile»¹⁹⁷.

On trouve dans la jurisprudence et la doctrine des cas de coresponsabilité sans solidarité. En 1942, le Tribunal fédéral devait se prononcer sur les conséquences d'une inondation causée par de l'eau provenant de divers fonds et dérivée dans un canal se déversant sur un terrain inférieur. Il a admis la responsabilité partielle de chacun des propriétaires des fonds supérieurs¹⁹⁸. S'appuyant notamment sur

¹⁸⁹ Von Tuhr A. / Escher A., II § 90, p. 297; Engel P., p. 561; Becker H., n. 8 ad Remarques préliminaires relatives aux art. 143 à 150 CO.

¹⁹⁰ Engel P., p. 377. Dans ce sens, cf. aussi Corboz B., p. 103 ss; Deschenaux H. / Tercier P., p. 273; Jansen G., p. 72 ss. *Contra* Oftinger K., (I p. 337), auquel a emboîté le pas le TF (ATF 97 II 403, JT 1973 I 66, Zürcher et consorts c. Kredit- und Verwaltungsbank Zug AG, cons. 7 d); cet auteur voit dans la solidarité un principe non écrit du droit de la responsabilité civile, en contradiction avec le principe de la causalité qui exige que chaque débiteur ne réponde que de sa part.

¹⁹¹ Cf. *supra* p. 83.

¹⁹² La LF du 20 mars 1975 a abrogé l'art. 60 al. 3 anc. LCR, selon lequel le responsable aquilien n'était tenu que de sa part à l'égard du lésé (dorénavant, la solidarité est applicable à tous les coresponsables d'un accident de circulation routière); elle a ajouté un alinéa 3 à l'art. 61 LCR, qui institue la solidarité entre détenteurs pour le dommage subi par l'un d'eux (cf. Rusconi B., JT 1976 I 70 ss; FF 1973 II p. 1166 ss).

¹⁹³ RS 732.0.

¹⁹⁴ Deschenaux H. / Tercier P., p. 177 s et 274.

¹⁹⁵ Delessert A., *La responsabilité des autorités tutélaires en droit suisse*, th., Lausanne 1931, p. 63 ss.

¹⁹⁶ Certes, l'inconvénient pour la victime est tempéré, d'une part par l'art. 427 al. 1^{er} CC qui institue une responsabilité subsidiaire du canton, d'autre part par l'art. 429 al. 3 CC qui «revient» à la solidarité en cas de fraude.

¹⁹⁷ Deschenaux H. / Tercier P., p. 274.

¹⁹⁸ ATF 68 II 369, JT 1943 I 466, Kägi et consorts c. Ochsner et Etat de Zurich, cons. 6.

von Tuhr, il a considéré qu'il était possible en l'espèce d'établir dans quelle proportion l'eau s'écoulant de chacun des fonds supérieurs avait contribué à provoquer le préjudice. Cet arrêt, isolé semble-t-il, a été critiqué par la doctrine¹⁹⁹. Gilliard objecte en particulier que «la possibilité ou l'impossibilité d'établir exactement le montant du dommage causé par chacun des responsables n'a aucune importance pour la solidarité, l'article 42 al. 2 CO permettant toujours de substituer un calcul hypothétique à l'appréciation concrète, lorsque celle-ci n'est pas possible»²⁰⁰. Il est intéressant de revenir sur l'opinion de von Tuhr, qui touche notre sujet. L'auteur suggère que des responsables *ex lege* ayant occasionné un préjudice ensemble, mais sans faute, en répondent en proportion de leur part. Celle-ci serait déterminée suivant la mesure de la détention lorsqu'il s'agit par exemple de codétenteurs d'animal, ou d'après la quote-part de propriété, quand ils sont copropriétaires d'ouvrage. En pareils cas, précise von Tuhr, il n'y a «aucun motif de leur faire supporter une charge plus lourde que celle qui résulte de leur participation dans l'entreprise ou dans la détention d'animaux. Si aucune faute ne leur est imputable, les copropriétaires d'un bâtiment ou d'un ouvrage répondent aussi, en vertu de l'article 58, au prorata de leurs parts»²⁰¹. Ce point de vue, dont Peter reconnaît qu'il s'oppose à la doctrine et à la jurisprudence²⁰², n'est guère convaincant. Gilliard le juge «sans valeur»²⁰³. A juste titre. On ne voit pas pourquoi l'existence de plusieurs responsables — circonstance en soi fortuite — devrait désavantager à ce point la victime; d'autant que celle-ci éprouverait souvent des difficultés à déterminer *a priori* les parts de responsabilité²⁰⁴. Par ailleurs, on se demande quelle raison justifierait une différence de traitement, selon qu'il s'agit de responsables *ex lege* ou aquiliens.

En conclusion, les dérogations susmentionnées ne parviennent pas fondamentalement à battre en brèche le système du concours de prétentions (ou de la solidarité), consacré par le droit suisse de la responsabilité civile. Les cas apparaissent presque toujours particuliers, voire exceptionnels, parfois dénués de fondement. L'argumentation qui les soutient manque de force persuasive et reste de toute façon minoritaire. Dans ces conditions, rien ne s'oppose à admettre que la solidarité s'appliquera par principe à la responsabilité des père et mère dans le Code civil révisé²⁰⁵. A l'appui de cette affirmation, nous faisons valoir trois types d'arguments, systématique, fondé sur l'équité, et logique.

Au point de vue systématique, il est superflu de rappeler les développements qui précèdent sur la solution retenue en cas de pluralité de responsables. Le principe de la solidarité, au sens large, fait règle en Suisse. Il découle de l'indépendance des créances du lésé à l'égard des coobligés et de la théorie de la causalité adéquate²⁰⁶. Dans le nouveau droit de la famille, il permet à la victime d'un préjudice causé par un enfant d'agir à sa guise contre le père ou la mère, ou contre tous deux conjointement, simultanément ou successivement. Sous réserve d'exception, notamment de l'exonération d'un des parents²⁰⁷, aucun motif valable

¹⁹⁹ Oftinger K., I p. 337, n. 10; Gilliard F., RDS 1967 II p. 268 ss; Guisan F., JT 1943 I 473.

²⁰⁰ Gilliard F., RDS 1967 II p. 270.

²⁰¹ Von Tuhr A./de Torrenet M./Thilo E., I § 51 p. 365 s; cf. aussi § 13 p. 77, n. 33.

²⁰² Von Tuhr A./Peter H., I § 51 p. 466 s.

²⁰³ Gilliard F., RDS 1967 II p. 269.

²⁰⁴ Cf. *infra* p. 87.

²⁰⁵ Cf. *supra* § 18 à 21 et 39.

²⁰⁶ Cf. *supra* p. 83 s.

²⁰⁷ Cf. *infra* § 44.

ne justifie une dérogation au principe. Retenir la responsabilité partielle des père et mère, suivant un critère qui resterait encore à déterminer, susciterait l'idée de division de la causalité adéquate, inadmissible en droit des obligations. C'est dans les rapports internes entre codébiteurs que le partage des responsabilités doit intervenir²⁰⁸. D'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence admettent de manière générale que plusieurs personnes liées entre elles par le même rapport avec la cause du dommage, en répondent solidairement à l'égard du lésé²⁰⁹, qu'elles interviennent comme coemployeurs selon l'article 55 CO²¹⁰, codétenteurs d'animal d'après l'article 56 CO²¹¹, ou copropriétaires d'ouvrage en vertu de l'article 58 CO²¹². La solution est identique en cas de pluralité de cochefs de famille, qui exercent ensemble et sur un pied d'égalité l'autorité domestique²¹³. Il ne saurait donc en être différemment dans le Code civil révisé pour les père et mère²¹⁴.

A cet argument systématique, on en ajoutera un autre, qui lui est fondamentalement lié: il justifie, au nom de l'équité et dans l'intérêt du lésé, l'institution d'une responsabilité solidaire des parents. Nous avons relevé que l'article 333 CC, comme les normes correspondantes des droits allemand et français, visent surtout à protéger les victimes de préjudices causés par des mineurs et incapables. La raison est double: d'une part, l'auteur de l'acte dommageable est souvent juridiquement irresponsable et pratiquement insolvable; d'autre part, le lésé n'a généralement pas accès à la sphère du responsable, de sorte qu'il lui est difficile de prouver la violation du devoir de surveillance ou d'éducation²¹⁵. A plus forte raison, ne peut-il savoir lequel des deux parents a manqué à ses devoirs. C'est précisément pour éviter cet obstacle que la solidarité existe. Elle tend à protéger la victime en la dispensant de déterminer les responsabilités respectives des coobligés. Elle se justifie d'autant dans notre domaine qu'elle facilite l'action du lésé, lorsque l'un ou l'autre des père et mère est insolvable ou éloigné de sa famille²¹⁶.

Enfin, à l'instar des solutions analogues adoptées en Allemagne et en France²¹⁷, le principe de la responsabilité solidaire s'impose en Suisse comme une conséquence logique de la révision du droit de la famille. Dans la mesure où les époux ont un statut égal, en particulier au plan de l'autorité domestique, il est normal qu'en contrepartie, ils en assument les risques correspondants de manière collective²¹⁸. La responsabilité solidaire se justifie justement par l'idée de solidarité

²⁰⁸ Cf. *infra* chap. 11.

²⁰⁹ Offtinger K., I p. 342 s; *contra* von Tuhr A., qui préconise la responsabilité partielle dans l'application des art. 55, 56 et 58 CO; en revanche, il ne mentionne pas l'art. 333 CC. (cf. *supra* p. 85).

²¹⁰ Offtinger K., II I p. 141; ATF 33 II 504 (508 s), Senn et Hagmann c. Ineichen.

²¹¹ Offtinger K., II I p. 205; Engel P., p. 366; Obergericht du canton de Lucerne, 4 juin 1936, RSJ 1937 / 1938 p. 360.

²¹² Offtinger K., II I p. 24; Becker H., n. 21 ad art. 58 CO; TC du canton de Vaud, 26 février 1975, RSJ 1976 p. 360. *Contra* Oser H. / Schönenberger W., n. 14 ad art. 58 CO.

²¹³ Cf. *supra* p. 51. Cf. aussi Offtinger K., I p. 342 s. II I p. 259; Papa G., p. 23 s; Brehm R., FJS 848 p. 3; ATF 44 II 7 (8 s), Gerber c. Jaccard; ATF 26 II 304 (307), Häberli c. Häberli rendu en application de l'art. 61 CFO qui attribuait la responsabilité à la personne légalement tenue à surveillance; en l'espèce, la responsabilité solidaire des parents a été admise (cf. *supra* p. 41, n. 23 et p. 45).

²¹⁴ Dans ce sens, Farner H., Revue Pro Juventute, Zurich 1972, p. 286; Karlen U., p. 116.

²¹⁵ Cf. *supra* § 27.

²¹⁶ Au sujet du hut protecteur de la solidarité, cf. Engel P., p. 378 et 561; Corboz B., p. 8 ss; ATF 89 II 118 (123), Delavy c. Bonjean; ATF 93 II 329, JT 1969 I 130, Evers et consorts c. Bank für Handel und Effekten AG, cons. 3 a.

²¹⁷ Cf. *supra* § 40.

²¹⁸ Cf. *supra* § 18 à 21.

qui doit animer les rapports entre conjoints²¹⁹. Par leur union, ceux-ci prennent le risque que leurs enfants, ou d'autres personnes soumises à leur autorité, causent des préjudices à autrui. Il serait difficile, sinon impossible, de tracer une limite à leurs devoirs de surveillance et d'éducation, fondamentalement communs et interdépendants. Ce serait singulariser l'exercice de l'autorité domestique, admettre que les obligations en résultant — notamment la prévention d'accidents — incombent à l'un des parents plutôt qu'à l'autre suivant les cas, bref favoriser finalement un système de partage de compétences, dont le législateur n'a pas voulu²²⁰. Nous constatons encore une fois l'aberration que serait dans notre domaine l'admission de la responsabilité partielle des père et mère au plan externe, suivant leur « participation » à l'acte dommageable. Selon quels critères le lésé déterminerait-il cette participation ? En d'autres termes, comment pourrait-il savoir *a priori* si et dans quelle mesure la violation des devoirs d'éducation et de surveillance est imputable à l'un des conjoints plutôt qu'à l'autre²²¹ ? Si encore, comme des auteurs l'ont suggéré²²², le principe de la division de la créance est admissible pour des copropriétaires d'ouvrage, selon leur part de propriété — critère en soi objectif — il ne l'est raisonnablement pas pour des cochefs de famille. Dans un système d'autorité bicéphale, tel que le prévoit la réforme du droit de la famille, la solidarité est l'institution la plus adéquate à régir la responsabilité des père et mère.

Reste à qualifier la solidarité, avant d'en examiner les effets et les exceptions.

§ 42 *La qualification de la solidarité*

Les dispositions légales qui régissent la responsabilité de plusieurs coobligés parlent généralement de la solidarité, comme d'une institution unique²²³. Tel n'est pas le cas : une partie de la doctrine et la jurisprudence distinguent deux formes de solidarité, parfaite ou imparfaite. Cette distinction remonterait au 19^e siècle²²⁴. Elle n'est pas nettement consacrée par la loi et fait l'objet de critiques.

Selon l'article 143 al. 2 CO, la solidarité passive ne se présume pas : elle est voulue par les parties — ce qui est rare dans le domaine de la responsabilité civile — ou résulte de la loi. Cette disposition ne fournit aucun critère de distinction entre deux formes de solidarité. Elle renvoie simplement aux normes qui réglementent la responsabilité de plusieurs personnes, sans préciser dans quels cas leurs rapports seront soumis à la solidarité parfaite, dans quels autres à la solidarité imparfaite²²⁵.

Les articles 50 et 51 CO régissent d'une manière générale la responsabilité plurale ; ils ne donnent pas non plus la raison d'être de la distinction. L'article 50 al. 1^{er} CO prévoit la responsabilité solidaire de ceux qui ont causé un dommage par une faute commune. Il se réfère sans conteste à l'institution réglementée aux articles 143 ss CO. Mais il ne fournit aucune indication sur la coresponsabilité de

²¹⁹ Larroumet C., n. 142 ; Legeais R., p. 204.

²²⁰ Cf. *supra* p. 32.

²²¹ Öttinger K., I p. 342 s.

²²² Von Tuhr A. (cf. *supra* p. 85, n. 201) et Oser H. / Schönemberger W. (cf. *supra* p. 86, n. 212).

²²³ Corboz B. (p. 27, n. 112) dresse une liste de ces dispositions.

²²⁴ Jansen G., p. 33 ss.

²²⁵ Corboz B., p. 27 ss.

personnes tenues de réparer le même préjudice, lorsque la loi n'a pas expressément prévu la solidarité. Quant à l'article 51 CO, il ne traite que du partage interne de la dette, dans les cas où les coobligés répondent en vertu de causes différentes. Il sous-entend qu'elles sont solidaires, sans quoi la règle sur les recours serait sans objet. Faut-il en déduire que le législateur traite différemment les divers cas de responsabilité plurale? Dans un sens, oui, puisque certaines normes prévoient expressément la solidarité; dans un autre sens, non, étant donné que le principe de la responsabilité de chaque codébiteur pour le tout n'est régi dans la loi que par une institution, la solidarité des articles 143 ss CO. Nous ne saurions mieux exprimer notre perplexité qu'en citant Corboz²²⁶: «Si l'on doit admettre qu'il existe un régime différent pour les cas où la loi n'institue pas expressément la solidarité, il faut constater que l'on ne trouve aucune trace de la réglementation de ce régime, ce qui fait douter de son existence.»

La doctrine classique, suivie par une jurisprudence qui a parfois manqué de fermeté, utilise un critère de distinction purement formel, fondé sur l'article 143 al. 2 CO. Elle considère que les cas de coresponsabilité ne sont soumis à la solidarité (parfaite) et régis par les articles 144 ss CO que si la loi le stipule expressément. Sinon, ils sont soumis à la solidarité imparfaite²²⁷. Ainsi, l'article 50 al. 1^{er} CO apparaît comme une norme générale, qui institue la solidarité parfaite en cas de pluralité de responsables²²⁸. Il s'applique lorsque ceux-ci ont causé un dommage ensemble, par une faute commune. Il est question d'une faute intentionnelle ou d'une négligence, éventuellement d'une abstention lorsqu'ils avaient le devoir d'agir, pourvu qu'existe une collaboration consciente à l'entreprise commune²²⁹. De ce fait — et cette constatation est significative dans notre domaine — il ne suffit pas que plusieurs aient «causé ensemble» un dommage pour entraîner l'application de l'article 50 CO, comme semblerait l'indiquer la version française. Le texte allemand est plus précis. Il dit «*gemeinsam verschuldet*», ce qui sous-entend, pour chaque auteur, la «conscience de s'unir par son comportement à une action collective, ou à tout le moins de l'avoir favorisée par son attitude, ou de l'avoir tolérée alors qu'il savait avoir l'obligation d'intervenir»²³⁰.

L'article 50 CO ne régit donc pas les cas de responsabilité sans faute; et il ne souffre pas une interprétation extensive²³¹. On ne saurait donc admettre, comme des arrêts nous y inciteraient²³², qu'il y a solidarité parfaite chaque fois que les fondements de responsabilité sont de nature juridique identique. Une pluralité de personnes tenues d'une responsabilité causale, tels des cochefs de famille, ne

²²⁶ Corboz B., p. 33.

²²⁷ Oser H./Schönenberger W., n. 8 ad Remarques préliminaires relatives aux art. 143 à 150 CO, n. 2 et 6 ad art. 143 CO; Becker H., n. 1 ad art. 50 CO; Engel P., p. 561 s; ATF 55 II 310 (314), JT 1930 I 270 (274), Häberli c. Flückiger; ATF 89 II 118 (122), Delavy c. Bonjean; ATF 93 II 329, JT 1969 I 130, Evers et consorts c. Bank für Handel und Effekten AG, cons. 3 a.

²²⁸ Art. 50 al. 1^{er} CO: «Lorsque plusieurs ont causé ensemble un dommage, ils sont tenus solidairement de le réparer, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre l'instigateur, l'auteur principal et le complice.»

²²⁹ Becker H., n. 1, 2 et 5 ad art. 50 CO; Engel P., p. 378; Deschenaux H./Tercier P., p. 276; ATF 71 II 107 (112 s), Schneider et Rey c. Haymoz; ATF 104 II 225, JT 1979 I 546, Hoirs K c. H., cons. 4 a.

²³⁰ Corboz B., p. 45.

²³¹ Oser H./Schönenberger W., n. 3 ad art. 50 CO; Gilliard F., RDS 1967 II p. 261; ATF 104 II 225, JT 1979 I 546, Hoirs K c. H., cons. 4 a.

²³² ATF 69 II 162 (168), Dietrich c. Clerc et Helvetia. Dans l'ATF 89 II 415 (421), Minot et consorts c. Armbruster, le TF déclare pourtant qu'il ne convient pas de «s'attacher à la conception théorique et étroite de la solidarité parfaite, au critère de l'identité de la cause juridique.»

répondent pas selon l'article 50 CO, sauf si une faute commune leur est imputable. Tel serait le cas lorsque leur défaut de surveillance engendre une responsabilité aquilienne, en particulier quand ils créent ensemble un état de choses dangereux pour autrui susceptible d'impliquer le mineur ou l'incapable soumis à leur autorité²³³. Qu'on pense à des parents qui confient à leur enfant un véhicule dont ils connaissent l'état défectueux ou ne mettent pas en lieu sûr des objets manifestement dangereux, comme des armes à feu²³⁴.

Hormis les cas où la loi institue expressément la solidarité, notamment ceux qui relèvent de l'article 50 CO, la coresponsabilité est soumise à la solidarité imparfaite (ou concours d'actions, ou de prétentions, au sens strict), qui a pour siège principal l'article 51 CO²³⁵. Cette disposition régit la responsabilité de personnes qui répondent du même préjudice en vertu de causes différentes²³⁶. Toutefois, en dérogation à l'article 51 CO, le législateur a parfois soumis à la solidarité parfaite des cas de responsabilité concurrente, dans le but manifeste de favoriser la situation du lésé. L'article 60 al. 1^{er} LCR en est un exemple caractéristique²³⁷. Était-ce utile de faire cette brèche dans le système de la responsabilité civile, puisque le régime prévu à l'article 51 CO sous-entend quoi qu'il en soit la responsabilité de chaque coobligé pour le tout²³⁸. Une telle exception révèle à tout le moins que la dualité de la solidarité comporte un côté arbitraire. Nous en reparlerons bientôt²³⁹. Auparavant, mentionnons succinctement les conséquences que la doctrine et la jurisprudence ont tirées de la distinction. L'élément communautaire, caractéristique de la solidarité parfaite, ferait le plus souvent défaut dans les cas de simple concours d'actions, où les relations entre coresponsables paraissent plus lâches²⁴⁰. Il semblerait normal que les positions des codébiteurs ne soient pas « interchangeables » à l'égard de la victime. Ainsi, le Tribunal fédéral n'admet l'effet interruptif général de la prescription (art. 136 al. 1^{er} CO) et la subrogation (art. 148 s CO) qu'en cas de solidarité parfaite. En principe, il n'autorise un coresponsable à opposer au lésé une cause personnelle de réduction des dommages-intérêts qu'en cas de solidarité imparfaite. Nous reviendrons sur ces questions lorsque nous étudierons les effets de la responsabilité solidaire des père et mère, dans les rapports externes et internes²⁴¹.

²³³ Von Tuhr A. / Peter H., I § 51, p. 466 s.

²³⁴ Cf. *supra* p. 63.

²³⁵ Art. 51 al. 1^{er} CO: « Lorsque plusieurs répondent du même dommage en vertu de causes différentes (acte illicite, contrat, loi), les dispositions légales concernant le recours de ceux qui ont causé ensemble un dommage s'appliquent par analogie. » L'art. 497 al. 4 CO est un autre cas d'application de la solidarité imparfaite.

²³⁶ Becker H., n. 1 ad art. 51 CO; Engel P., p. 379 ss.

²³⁷ Cette disposition prévoit expressément la responsabilité solidaire des participants à un accident de circulation routière, où est en cause un véhicule automobile.

²³⁸ Cf. *supra* p. 83 s; cf. aussi Becker H., n. 1 ad art. 51 CO; ATF 89 II 118 (122), Delavy c. Bonjean; ATF 93 II 329, JT 1966 I 130, Evers et consorts c. Bank für Handel und Effekten AG, cons. 3.

²³⁹ Cf. *infra* p. 90.

²⁴⁰ Corboz B., p. 51 ss; Engel P., p. 378 et 567. Selon nous, le critère tiré de l'existence ou non d'un élément communautaire n'est guère valable, tellement d'exemples viennent en contredire l'application. De même, l'argument invoqué par Engel, selon lequel le concours d'actions n'est qu'une juxtaposition de créances, ne convainc pas; comme nous l'avons déjà dit (cf. *supra* p. 83 s), la conception suisse de la solidarité (au sens large) implique de toute façon que le créancier dispose de plusieurs prétentions indépendantes contre chaque débiteur (refus de la corréalité).

²⁴¹ Pour ce qui touche l'opposabilité des exceptions personnelles, cf. *infra* p. 93 ss, l'interruption de la prescription, cf. *infra* p. 96 s, la subrogation, cf. *infra* p. 107 s.

De nombreux auteurs, nous l'avons dit, critiquent la distinction entre solidarité parfaite et imparfaite. Ils en proposent l'abolition, *de lege ferenda*, en faveur d'un système unifié; les coresponsables seraient soumis au même régime, qu'ils aient agi ensemble ou séparément et quels que soient le fondement et la nature de la responsabilité²⁴². La distinction est ressentie comme une complication inutile. On lui reproche de déployer des effets sans grandes conséquences pratiques. Mais c'est surtout en systématique que la dualité de l'institution est battue en brèche, car elle ne repose pas sur un fondement valable. Notre droit connaît deux formes de solidarité, sans dire dans quelles hypothèses elle doit être parfaite, dans quelles autres, imparfaite²⁴³. Dès lors, le législateur ne dispose d'aucun critère sûr pour retenir l'un ou l'autre, suivant la nature du fait à réglementer. Il a parfois soumis à la solidarité parfaite des cas particuliers fort dissemblables, tel celui de l'article 60 al. 1^{er} LCR; l'élément communautaire, caractéristique de l'institution, y fait défaut. On a expliqué des «entorses» de ce genre par la volonté de favoriser le lésé²⁴⁴. Mais, comme le remarque avec pertinence Corboz, «on en vient ainsi à instituer la solidarité parfaite en songeant à ses effets, alors que ce serait plutôt les effets qui devraient découler d'une particularité claire et bien comprise... Une telle faveur ne peut se justifier sur le plan logique, mais seulement sur le plan de l'équité. On ne voit pas pourquoi cependant il y aurait lieu d'avantager délibérément le créancier. Ce n'est que lorsque les parties ont expressément voulu cette faveur, qu'elle peut éventuellement être justifiée par le principe de la liberté contractuelle»²⁴⁵. En résumé, faute de reposer sur un critère sérieux, la distinction est discutable et conduit dans certains cas à des solutions arbitraires. Pourtant, cette distinction s'applique *de lege lata*; le Tribunal fédéral, encore récemment, en a tiré les conséquences mentionnées plus haut²⁴⁶. Il importe maintenant d'en voir l'application à notre sujet.

Dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle — nous l'avons rappelé plus haut — la solidarité parfaite n'existe que lorsque la loi la prévoit. Tel est le cas de l'article 50 al. 1^{er} CO, où le dommage résulte d'une action conjuguée et d'une faute commune. Ailleurs, les coresponsables sont soumis à la solidarité imparfaite, sous-entendue à l'article 51 CO. L'énoncé de ces principes appelle une double remarque. D'une part, la responsabilité de cochef de famille, vu sa nature causale, ne saurait d'ordinaire tomber sous le coup de l'article 50 al. 1^{er} CO²⁴⁷. D'autre part, la réforme du droit de la famille, qui sur le plan formel ne modifie pas l'article 333 CC, n'a pas expressément soumis à la solidarité la responsabilité des père et mère; celle-ci sera donc régie par l'article 51 CO. Vérifions qu'elle y trouve sa place.

A la lettre, l'article 51 CO réglemente des cas de responsabilité concurrente, lorsque plusieurs personnes répondent du même préjudice en vertu de causes

²⁴² Oftinger K., I p. 338 s.; Deschenaux H./Tercier P., p. 275; von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 320; Stark E., RDS 1967 II p. 62, n. 126; Jansen G., p. 111 ss; Stucki R., 75 ss; Corboz B., p. 103 ss; Keller M./Landmann V., tableau 120 a; Bucher E., p. 448.

²⁴³ Cf. *supra* p. 87 ss.

²⁴⁴ Cf. Message du CF à l'AF concernant la modification de la LCR, du 14 novembre 1973, FF 1973 II p. 1166, qui se réfère à la jurisprudence du TF (ATF 97 II 403, JT 1973 I 66, Zürcher et consorts c. Kredit- und Verwaltungsbank Zug AG, cons. 7 d).

²⁴⁵ Corboz B., p. 108 et 110.

²⁴⁶ Cf. ATF cité *supra* ad n. 244.

²⁴⁷ Sous réserve du cas où les cochef de famille ont manqué à leur devoir de surveillance par une faute commune (cf. *supra* p. 88 s).

différentes, acte illicite, contrat ou loi. Si on rapproche cette disposition de l'article 50 CO, on remarque que le législateur n'a pas envisagé une autre catégorie de cas: celle précisément des coresponsables tenus à raison d'une cause de même nature, mais sans faute commune²⁴⁸. L'article 50 CO ne souffrant pas d'interprétation extensive²⁴⁹, la doctrine et la jurisprudence ont résolument admis que l'article 51 CO s'appliquait aussi lorsque les coobligés répondent en vertu de causes semblables²⁵⁰. En conséquence, la responsabilité de cochefs de famille suivant l'article 333 CC, comme celle de coemployeurs d'après l'article 55 CO²⁵¹, est en principe soumise au régime du concours d'actions (ou de la solidarité imparfaite).

Il est vrai que dans la famille légitime unie, les père et mère exercent en commun l'autorité parentale (art. 297 al. 1^{er} CC). Ils ont le devoir de diriger ensemble l'éducation des enfants (art. 301 ss CC). Ils forment ainsi, dans l'accomplissement de ce devoir, une communauté caractéristique des cas de solidarité parfaite²⁵². Toutefois, cet argument n'est pas décisif pour écarter la solution proposée ici. Car le critère de distinction entre les deux formes de solidarité est purement normatif, non pas analytique. En d'autres termes, le tribunal n'a pas à rechercher, dans la cause qu'il tranche, s'il existe un élément communautaire justifiant la solidarité (parfaite). Cette compétence n'appartient qu'au législateur²⁵³. Les juges doivent se borner à déterminer si une norme institue expressément la solidarité. Tel n'est pas le cas dans notre domaine.

Il convient pourtant de tempérer quelque peu le principe. La doctrine et la jurisprudence soumettent à la solidarité parfaite des cas où le préjudice est dû à la violation d'un devoir de surveillance, quand ce devoir pèse sur des personnes unies par un lien de solidarité antérieur (associés d'une société simple, art. 544 al. 3 CO, ou d'une société en nom collectif, art. 568 al. 1^{er} CO, par exemple)²⁵⁴. Dans une affaire de 1946, le Tribunal fédéral devait apprécier le comportement des membres d'une société agricole, copropriétaires d'une batteuse qui avait causé des lésions corporelles à un tiers. Il les a rendus solidairement responsables, selon l'article 55 CO, de la négligence du machiniste. Il a considéré que la solidarité parfaite instituée par l'article 544 al. 3 CO pour la responsabilité contractuelle s'appliquait également à la responsabilité extracontractuelle des associés²⁵⁵. Dans un arrêt antérieur, rendu en application de l'article 333 CC, le Tribunal fédéral avait aussi admis la responsabilité solidaire de deux frères, codirecteurs d'un pensionnat de garçons, pour le préjudice causé par un pensionnaire²⁵⁶. Rien n'empêche de transposer cette solution au cas de conjoints, qui exploiteraient ensemble un établissement pour des jeunes gens handicapés mentaux ou dirigeraient une colonie de vacances. Il suffit que leurs rapports impliquent la solidarité, que celle-ci soit fondée sur une norme légale, comme l'article 544 al. 3 CO, ou sur une convention.

²⁴⁸ Corboz B., p. 31; Jansen G., p. 19 ss.

²⁴⁹ Cf. *supra* p. 88.

²⁵⁰ Oser H./Schönenberger W., n. 4 ad art. 51 CO; Becker H., n. 5 ad art. 143 CO; Jansen G., p. 19 ss; ATF 69 II 162 (168 s), Dietrich c. Clerc et Helvetia.

²⁵¹ ATF 33 II 504 (508), Senn et Hagmann c. Ineichen; rendu sous l'ancien CFO, qui ne contenait pas une disposition analogue à l'art. 51 CO, cet arrêt n'en a pas moins expressément déclaré que deux employeurs d'un même auxiliaire sont soumis au régime du concours d'actions («Klagenkonkurrenz»).

²⁵² Corboz B., p. 51 ss.

²⁵³ Corboz B., p. 40 ss et 121.

²⁵⁴ Gilliard F., RDS 1967 II p. 259 s; Deschenaux H./Tercier P., p. 277.

²⁵⁵ ATF 72 II 255, JT 1947 I 202, Epoux Forster c. Sievi et consorts, cons. 4.

²⁵⁶ ATF 44 II 7 (8 ss), Gerber c. Jaccard.

Sauf cette éventualité, et sous réserve du cas où le défaut de surveillance des parents constituerait un acte illicite susceptible d'entraîner l'application de l'article 50 CO — deux hypothèses somme toute exceptionnelles — la responsabilité des père et mère sera soumise au régime de la solidarité imparfaite. Il convient d'en examiner les effets.

§ 43 *Les effets de la solidarité*

C'est des effets externes qu'il sera question ici, des rapports entre le lésé et les coresponsables. Ils sont en principe réglés aux articles 144 ss CO. Mais, une double précision s'impose: ces dispositions ne trouvent application à notre cas que pour autant qu'elles soient compatibles avec les normes de la responsabilité extracontractuelle; ainsi, le recours entre codébiteurs est régi par les articles 50 al. 2 et 51 CO, non pas les articles 148 et 149 CO²⁵⁷. Par ailleurs, certaines règles ne s'appliquent qu'aux cas de solidarité parfaite; nous les mentionnerons en temps opportun.

La solidarité, quelle que soit sa forme, déploie un effet général: le concours d'actions, au sens large, dont nous avons déjà expliqué la justification²⁵⁸. Le lésé ne peut prétendre qu'une fois à la réparation de son dommage; mais envers lui, chaque codébitéur répond «pour le tout». Appliqué à notre domaine, le principe signifie que la victime d'un préjudice causé par un enfant sera d'ordinaire habilitée à actionner à son gré le père ou la mère, ou tous deux conjointement, simultanément ou successivement. Sa prétention ne s'éteindra qu'en cas de dédommagement complet (art. 144 CO), un paiement partiel ne libérant les coobligés qu'à concurrence du versement effectué (art. 147 al. 1^{er} CO)²⁵⁹.

La solidarité souffre deux exceptions²⁶⁰. La première s'impose quand le fait d'un codébitéur interrompt la relation de causalité entre l'acte (ou l'omission) du défendeur et le dommage. En d'autres termes, la solidarité présuppose la responsabilité de chaque intéressé; elle est rompue quand l'un deux invoque avec succès un motif d'exonération. Nous en reparlerons plus bas²⁶¹. La seconde exception, moins évidente, est admise par le Tribunal fédéral quand la faute concurrente d'un coresponsable fait apparaître celle du défendeur comme moins grave. C'est la question de savoir si et dans quelle mesure un coobligé peut se prévaloir d'un motif personnel de réduction de l'indemnité due au lésé. Elle revient à se pencher sur l'article 145 CO, qui fait état des exceptions communes et personnelles dans la solidarité passive²⁶².

Sont communes les exceptions que chaque coobligé doit opposer au créancier. S'il omet de le faire, il est tenu de réparer le dommage qu'en subiraient les autres

²⁵⁷ Cf. *infra* § 47.

²⁵⁸ Cf. *supra* p. 83 s.

²⁵⁹ *Offinger K.*, I p. 344 s.; *Deschenaux H./Tercier P.*, p. 278; ATF 89 II 118 (122 s), *Delavy c. Bonjean*; ATF 97 II 403, *JT 1973 I 66*, *Zürcher et consorts c. Kredit- und Verwaltungsbank Zug AG*, cons. 7 d.

²⁶⁰ *Engel P.*, p. 379; cf. aussi ATF 97 II 403, *JT 1973 I 66*, *Zürcher et consorts c. Kredit- und Verwaltungsbank Zug AG*, cons. 7 d.

²⁶¹ Cf. *infra* § 44.

²⁶² Le terme «exceptions» doit être entendu au sens large; il comprend aussi les objections (cf. *von Tuhr A./Escher A.*, II § 90 p. 305).

(art. 145 al. 2 CO). Les exceptions communes résultent de la naissance de l'obligation ou de son contenu²⁶³. Ainsi, le cochef de famille actionné peut invoquer les exceptions générales du droit des obligations qui excluraient le bien-fondé de la demande ou les exceptions particulières à l'article 333 CC, quand les conditions spécifiques de la responsabilité ne sont pas remplies. Nous reviendrons plus bas sur cette question²⁶⁴.

La solidarité ne signifie pas que le dommage soit réparé en totalité. Le coresponsable recherché fera valoir, le cas échéant, les causes de réduction tirées des articles 43 al. 1^{er} et 44 al. 1^{er} CO, telles que la doctrine et la jurisprudence les ont définies²⁶⁵. Il s'efforcera par exemple d'établir que le lésé jouit d'un gain particulièrement élevé, que le préjudice est dû à une faute²⁶⁶ ou à un fait concomitant de sa part (prédisposition naturelle, état antérieur)²⁶⁷ ou que le hasard a joué un rôle important dans la survenance de l'accident.

Si l'opposabilité des exceptions communes n'a soulevé d'ordinaire que peu de difficultés, il en va différemment des exceptions personnelles, qui appartiennent en propre à un codébiteur. Ce dernier est-il habilité à invoquer des causes personnelles de réduction des dommages-intérêts, qu'elles touchent son comportement dans la survenance du préjudice (la faute, selon l'art. 43 al. 1^{er} CO) ou sa situation (la gêne, au sens de l'art. 44 al. 2 CO)? En d'autres termes, la solidarité admet-elle une appréciation individualisée de la responsabilité?

En doctrine, le problème a fait l'objet d'une inlassable controverse. Un courant prépondérant est partisan d'une détermination différenciée des dommages-intérêts, au moins dans les cas de solidarité imparfaite²⁶⁸. Ces auteurs estiment que si le codébiteur recherché peut faire valoir un motif de réduction, notamment une faute légère selon l'article 43 al. 1^{er} CO, la solidarité ne va pas au-delà du montant auquel il est tenu personnellement. Nier ce droit aboutirait à traiter plus mal le défendeur que s'il avait causé seul le dommage, résultat aussi illogique qu'inéquitable. D'autres auteurs, au contraire, se sont montrés favorables à une stricte application du principe «de la responsabilité pour le tout», qu'implique la solidarité passive²⁶⁹. Pour eux, les exceptions personnelles ne doivent être prises en considération qu'au moment du partage interne; la notion de solidarité serait vidée de son contenu si, dans chaque cas, il fallait examiner la situation et le comportement des codébiteurs. Gilliard se demande en particulier comment une comparaison sérieuse des fautes serait possible, quand l'un des coobligés n'est pas partie au procès.

Le Tribunal fédéral n'a pas tranché catégoriquement. Ses décisions, d'ailleurs, ne concernent que la question de la faute dans la fixation des dommages-intérêts. Dans un ancien arrêt, il avait admis que, dans l'application de l'article 51 CO, chaque codébiteur avait le droit de se prévaloir d'une faute plus légère que celle des autres défendeurs²⁷⁰. Plus tard, notre Haute Cour a confirmé le principe

²⁶³ Deschenaux H./Tercier P., p. 278; Lingel P., p. 564; ATF 93 II 329, JT 1966 I 130, Evers et consorts c. Bank für Handel und Effekten AG, cons. 3.

²⁶⁴ Cf. *infra* § 44.

²⁶⁵ Engel P., p. 378; Corboz B., p. 79 ss; ATF 49 II 439, JT 1924 I 105, Gabathuler c. Peter, cons. 4.

²⁶⁶ ATF 67 II 49, Zahnd c. Rigotti, cons. 3 et 4.

²⁶⁷ ATF 49 II 439, JT 1924 I 105, Gabathuler c. Peter, cons. 4.

²⁶⁸ Oser H./Schönenberger W., n. 1 et 2 ad art. 50 CO; Deschenaux H./Tercier P., p. 279; Hirsch A., RDS 1967 II p. 781 ss; Oftinger K., I p. 345; Jansen G., p. 77 ss; Corboz B., p. 78 ss; ces quatre derniers auteurs sont favorables à une appréciation individualisée de la responsabilité, quelle que soit la forme de solidarité.

²⁶⁹ Engel P., p. 377 ss; Gilliard F., RDS 1967 II p. 263 ss.

²⁷⁰ ATF 55 II 310, JT 1930 I 270, Häberli c. Flückiger, cons. 2.

d'une appréciation individualisée de la responsabilité à l'égard du lésé, «lorsque la faute concurrente fait apparaître celle du défendeur comme moins grave»²⁷¹. Mais elle en affirmait le caractère exceptionnel, presque seulement «théorique», selon le terme utilisé dans un arrêt de 1967²⁷²; on peut y lire: «Une limitation de la responsabilité fondée sur la faute concurrente d'un tiers ne doit être admise qu'avec la plus grande retenue, sinon la protection du lésé que vise, d'après sa nature, la responsabilité solidaire de plusieurs débiteurs serait rendue en grande partie illusoire. L'octroi d'un droit de recours dans le rapport interne qui lie les divers débiteurs tient suffisamment compte de la protection légitime du débiteur actionné. Il est sans doute possible que l'insolvabilité de l'autre débiteur rende vain ce recours, mais ce n'est pas un motif qui puisse justifier une limitation de la responsabilité du débiteur recherché; il serait, en effet, encore plus injuste qu'en lieu et place de l'un des auteurs du dommage, ce soit le lésé qui doive supporter une perte»²⁷³. Un arrêt de 1971 laisse apparaître une position moins restrictive²⁷⁴. En revanche, dans l'application de l'article 50 CO, la jurisprudence fédérale n'a à notre connaissance jamais accordé à l'un des codéfendeurs le droit d'opposer au lésé des exceptions personnelles²⁷⁵.

En résumé, on constate qu'un courant majoritaire de la doctrine admet une appréciation individualisée de la responsabilité dans la solidarité passive. Le Tribunal fédéral s'y est rallié, surtout dans l'application de l'article 51 CO, mais de manière restrictive, principalement quand la faute concurrente faisait apparaître celle du défendeur comme moins grave. Nous regrettons cette retenue; elle se fonde en partie sur le refus du Tribunal fédéral de considérer la solidarité comme une conséquence de la causalité adéquate. Corboz l'explique avec pertinence: «S'il y a pluralité de responsables, la règle de la causalité adéquate prive en principe chaque coresponsable du droit d'invoquer le rôle causal joué par le comportement d'autrui. On ne voit cependant pas pourquoi les exceptions personnelles ne pourraient pas déployer normalement leurs effets, puisqu'il s'agit d'instruments qui interviennent dans un second stade du raisonnement, à titre de correctifs d'équité en faveur du responsable»²⁷⁶. Autrement dit, de même qu'il n'existe aucun motif d'avantager un codébiteur solidaire par le fait que d'autres personnes sont tenues à réparation à côté de lui²⁷⁷, il n'y a aucune raison de le désavantager, en le privant d'opposer au lésé des causes personnelles de réduction. C'est à tort qu'on objecte que le défendeur est suffisamment protégé par le jeu des recours. Cette protection ne lui est pas garantie. Au contraire, il incombe logiquement à la victime de se retourner contre les autres responsables, lorsque son action ne lui a pas permis d'obtenir l'intégralité de l'indemnité. Le nier aboutirait à la favoriser de manière injustifiable au détriment du défendeur et, en fin de compte, «à transformer partiellement la responsabilité solidaire en une responsabilité objective, en une responsabilité du fait d'autrui»²⁷⁸. Ces arguments sont suffisants pour admettre — à tout le moins pour les cas de solidarité imparfaite — l'appréciation

²⁷¹ ATF 89 II 118 (123), Delavy c. Bonjean.

²⁷² ATF 93 II 317, JT 1969 I 143, Kalbermatten c. Theler, cons. 2 *bb*.

²⁷³ Trad. JT 1969 I p. 148.

²⁷⁴ ATI: 97 II 339, JT 1972 I 636, Burren c. Schärer et F'lückiger, cons. 3.

²⁷⁵ Ce droit a pourtant été reconnu dans d'autres cas de solidarité parfaite, comme celui mettant en cause des détenteurs de véhicule à moteur (ATF 95 II 333, JT 1970 I 428, Landolt c. Bâloise et Hegner, cons. 3).

²⁷⁶ Corboz B., p. 91.

²⁷⁷ Cf. *supra* p. 83 s.

²⁷⁸ Hirsch A., RDS 1967 II p. 785. Cf. aussi Corboz B., p. 89 ss.

individualisée de la responsabilité au plan externe. Voyons-en la mise en œuvre dans notre domaine. La démarche revient à se demander si et dans quelle mesure le père ou la mère recherché en vertu de l'article 333 CC peut opposer au lésé les motifs tirés de la faute (art. 43 al. 1^{er} CO) ou de la gêne (art. 44 al. 2 CO).

S'agissant de la faute, le cochef de famille n'est en principe pas habilité à l'invoquer à l'égard de la victime, vu la nature causale de la responsabilité²⁷⁹. Il ne saurait donc exciper de la légèreté de sa propre faute dans la surveillance de l'auteur, ni se prévaloir du comportement d'un tiers, en particulier d'une négligence commise par son conjoint²⁸⁰. Car la «Drittverschulden» n'est en soi pas un facteur de réduction pour le défendeur, mais seulement une circonstance susceptible d'atténuer sa propre faute²⁸¹. La considérer ici comme facteur de réduction signifierait que la conduite du tiers affaiblit le lien de causalité entre le préjudice et la violation du devoir de surveillance imputable à l'époux défendeur. Or, la causalité est indivisible par essence: elle existe ou n'existe pas. Hormis les motifs interruptifs, elle ne peut être diminuée par le fait d'un tiers²⁸².

En revanche, la faute commise par un cochef de famille pourrait, dans certaines circonstances, aggraver sa responsabilité et aboutir à une fixation différenciée des dommages-intérêts. Le cas se présenterait quand, d'une part, l'un des parents encourt une responsabilité aquilienne²⁸³, d'autre part, la victime se voit reprocher elle-même une faute concomitante. Selon le Tribunal fédéral²⁸⁴, ce facteur de réduction «n'a pas nécessairement la même portée envers chacun des défendeurs ni ne réduit leur obligation de réparer le préjudice dans la même proportion»²⁸⁵. En d'autres termes, si la faute du lésé profite en principe à tous les codébiteurs, elle ne sera pas toujours appréciée de la même manière à l'égard de chacun d'eux. Tel est le cas notamment dans l'hypothèse posée: le coresponsable causal, à qui une faute additionnelle est imputable, n'est normalement pas habilité à invoquer le comportement de la victime pour atténuer sa responsabilité.

Pour ce qui touche enfin le motif de réduction tiré de la gêne, le cochef de famille peut le faire valoir pour autant que toutes les conditions fixées à l'article 44 al. 2 CO soient réunies²⁸⁶. La portée pratique de cette exception reste pourtant réduite, dans la mesure où les personnes recherchées en vertu de l'article 333 CC sont souvent au bénéfice d'une assurance qui couvre les conséquences pécuniaires de leur responsabilité²⁸⁷. Elles ne sauraient donc prétendre que la réparation du préjudice les exposerait à la gêne²⁸⁸.

²⁷⁹ Cf. *supra* § 28 et p. 77. Cf. aussi Iigger A., n. 24 ad art. 333 CC; Deschenaux H. / Tercier P., p. 280; Des Gouttes R., *Pluralité de responsables*, JT 1944 I 98 (102); ATF 41 II 223 (228), Météin c. Pelissier.

²⁸⁰ Est réservé le cas de la faute grave du tiers (cf. *infra* p. 103).

²⁸¹ Hirsch A., RDS 1967 II p. 782.

²⁸² Jansen G., p. 90 ss. Cf. cependant Giovanonni P., *La responsabilité civile extracontractuelle*, RJB 1962 p. 277 s.

²⁸³ Cf. *supra* p. 63.

²⁸⁴ ATF 97 II 339, JT 1972 I 636, Burren c. Schärer et Flückiger, cons. 3 s.

²⁸⁵ Trad. JT 1972 I p. 642.

²⁸⁶ Deschenaux H. / Tercier P., p. 279; Corboz B., p. 98; ATF 49 II 439, JT 1924 I 105, Gabathuler c. Peter, cons. 4; ATF 79 II 350, Nicolet c. Guillaume, cons. 3. Rappelons qu'un courant minoritaire de la doctrine est d'avis que les exceptions personnelles ne doivent être prises en considération qu'au moment du partage interne (cf. *supra* p. 93; au sujet de l'art. 44 al. 2 CO, Engel P., p. 378).

²⁸⁷ Cf. *supra* p. 16, n. 10.

²⁸⁸ Cf. *supra* p. 76.

Il reste à mentionner d'autres effets particuliers de la solidarité passive, dans les rapports externes. L'un d'eux est prévu à l'article 146 CO qui énonce que «sauf stipulation contraire, l'un des débiteurs solidaires ne peut aggraver par son fait personnel la position des autres». Cette disposition — et son corollaire de l'article 141 al. 2 CO sur la renonciation à la prescription — découle logiquement du principe de l'indépendance des obligations dans la solidarité²⁸⁹. Elle entraîne que le responsable qui indemnise le lésé à tort ou avec retard, supporte personnellement les conséquences de sa négligence: dans le premier cas, il sera déchu de son droit de recours; dans le second, il devra seul payer les intérêts moratoires²⁹⁰.

La règle de l'article 146 CO souffre pourtant une exception: en application de l'article 136 al. 1^{er} CO, la prescription interrompue pour le débiteur l'est aussi pour l'autre ou les autres coobligés. Cette dérogation est un vestige de la doctrine romaniste de la corréalité, aujourd'hui abandonnée. Elle donne à penser qu'il n'existe qu'un seul rapport obligationnel, avec une pluralité de titulaires passifs, ce qui n'est pas conforme au système de la solidarité²⁹¹. Elle trouve sa justification dans le souci d'éviter au créancier la complication d'interrompre la prescription contre chacun des codébiteurs. Son caractère exceptionnel a conduit la doctrine classique et la jurisprudence à en restreindre l'application au cas de solidarité parfaite²⁹².

La réglementation de l'article 136 al. 1^{er} CO a fait l'objet de violentes diatribes. Certaines s'adressent au législateur; elles touchent le principe même de la règle, considérée comme une brèche inadmissible dans le système de la solidarité. Corboz en relève l'incohérence, en se demandant pourquoi l'interruption devrait avoir un effet général et pas le renoncement (art. 141 al. 2 CO)²⁹³. D'autres critiques visent l'application de l'article 136 al. 1^{er} CO et tiennent pour arbitraire une différence entre les deux formes de solidarité. L'argument selon lequel les coobligés liés par un rapport de solidarité parfaite forment d'ordinaire une communauté n'est pas décisif: d'une part, et pour autant qu'elle existe, il n'est pas certain que cette communauté subsiste au moment de l'action du lésé; d'autre part, la loi a elle-même prévu l'effet interruptif général dans des cas de solidarité imparfaite, par exemple à l'article 83 al. 2 LCR²⁹⁴. La distinction existe pourtant de *lege lata*. Le Tribunal fédéral a encore récemment eu l'occasion de rappeler, presque sur un ton de regret, que l'article 136 al. 1^{er} CO ne vise pas les cas de solidarité imparfaite²⁹⁵. Le principe signifie que les actes interruptifs de prescription (art. 135 CO) n'auront d'effets qu'à l'égard du cochef de famille par qui ou contre qui ils ont été accomplis. D'une part, la victime du préjudice causé par un enfant devra, au besoin, tenter un acte de poursuite contre chacun des parents, si elle entend préserver ses droits à l'égard de l'un et l'autre. D'autre part, si l'un des conjoints reconnaît sa responsabilité, l'effet interruptif de la prescription ne frappera pas son partenaire. Ces précisions concernent à l'évidence la situation

²⁸⁹ Cf. *supra* p. 83.

²⁹⁰ Engel P., p. 563 s.; von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 315.

²⁹¹ Engel P., p. 378, 549 et 566; Corboz B., p. 59 ss.

²⁹² Engel P., p. 378, 549 et 566; Oser H./Schönenberger W., n. 2 ad art. 136 CO; Becker H., n. 4 ad art. 136 CO; ATF 55 II 310 (313), JT 1930 I 270 (273), Häberli c. Flückiger; ATF 69 II 162 (167), Dietrich c. Clerc et Helvetia.

²⁹³ Corboz B., p. 62 ss.

²⁹⁴ Autre exemple: art. 39 al. 2 de la LF sur les installations de transport par conduite, du 4 octobre 1963 (RS 746.1). Cf. Corboz B., p. 64; von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 321. Au sujet de la critique générale de la distinction entre solidarités parfaite et imparfaite, cf. *supra* p. 90.

²⁹⁵ ATF 104 II 225, JT 1979 I 546, Hoirs K. c. H., cons. 4 b.

ordinaire des père et mère tenus comme responsables *ex lege*. Elles ne valent pas pour le cas exceptionnel, mentionné à plusieurs reprises, où le défaut de surveillance des parents constituerait simultanément une faute commune, susceptible d'engager leur responsabilité selon l'article 50 CO²⁹⁶. Dans cette éventualité, l'article 136 al. 1^{er} CO trouverait application.

S'agissant enfin des « modes par lesquels le créancier n'est pas désintéressé », selon l'expression de Engel²⁹⁷, la règle sera la même, en vertu de l'article 147 al. 2 CO : « Si l'un des débiteurs solidaires est libéré sans que la dette ait été payée, sa libération ne profite aux autres que dans la mesure indiquée par les circonstances ou la nature de l'obligation. » La remise de dette, le sursis ou la transaction ne devrait donc profiter qu'au débiteur que le lésé a voulu favoriser. Ce dernier conserve ses droits contre les autres coobligés²⁹⁸.

Dans le principe, la solution est analogue pour l'effet de la chose jugée. Si le procès n'a été intenté qu'à l'encontre d'un des codébiteurs, le jugement ne déploie pas de force obligatoire à l'égard des autres. Cela découle de la nature juridique de la solidarité, qui implique une pluralité de créances, mais aussi du principe de procédure, selon lequel une décision judiciaire ne jouit de l'autorité de la chose jugée qu'à l'égard des parties au procès²⁹⁹. Dans notre cas, la victime qui a obtenu gain de cause en agissant contre un seul parent ne pourra invoquer le jugement contre l'autre. Elle devra au besoin engager un nouveau procès contre ce dernier, lequel sera habilité à soulever des exceptions. Inversement, le rejet d'une demande en dommages-intérêts contre l'un des conjoints n'éteindra pas les droits d'action du lésé contre l'autre. Le cas échéant, le juge ne serait pas lié par la sentence antérieure. Tout au plus pourrait-il lui reconnaître un effet obligatoire sur certains points, notamment sur l'état de faits³⁰⁰. Quoi qu'il en soit, le risque de décisions contradictoires — inconvénient du principe posé plus haut — paraît mince dans l'application de l'article 333 CC. Nous aurons l'occasion d'y revenir, lorsque nous examinerons les effets du jugement rendu dans le procès principal sur les rapports entre codébiteurs solidaires³⁰¹.

§ 44 La rupture de la solidarité: l'exonération du père ou de la mère

Dans le Code civil révisé, l'article 333 institue à l'encontre des parents une responsabilité solidaire pour les préjudices causés par des mineurs ou incapables soumis à leur autorité³⁰². La solidarité, telle que nous l'avons définie plus haut³⁰³, est la règle. Mais cette règle n'est pas absolue. Elle ne s'applique pas si le père ou la mère recherché invoque avec succès un motif exonératoire (au sens large), qui fait obstacle à sa responsabilité. En d'autres termes, la solidarité présuppose la

²⁹⁶ Cf. *supra* p. 88 s et 91 s.

²⁹⁷ Engel P., p. 565.

²⁹⁸ Engel P., p. 565 s; Gilliard F., RDS 1967 II p. 263.

²⁹⁹ Engel P., p. 378; von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 308 et 311 s; Kummer M., p. 173 ss; ATF 57 II 518, JT 1932 I 430, Estermann et consorts c. Anderhalden, cons. 1; ATF 93 II 329, JT 1969 I 130, Evers et consorts c. Bank für Handel und Effekten AG, cons. 3.

³⁰⁰ ATF 93 II 329 (336), JT 1969 I 130 (135), Evers et consorts c. Bank für Handel und Effekten AG.

³⁰¹ Cf. *infra* p. 109 s.

³⁰² Cf. *supra* § 18 à 21, 39 et 41.

³⁰³ Cf. *supra* § 42 et 43.

responsabilité de chaque cochef de famille: elle est rompue quand l'un d'eux établit qu'il n'est pas tenu à réparation³⁰⁴.

Le conjoint actionné est habilité à opposer au lésé des motifs libératoires de diverses sortes, selon qu'ils découlent des principes généraux du droit des obligations ou de l'article 333 CC en particulier. Ces motifs constituent des exceptions communes ou personnelles, propres à libérer les codébiteurs conjointement ou un seul d'entre eux³⁰⁵. Il n'est pas question de traiter ici toutes les exceptions fondées sur la partie générale du CO. Un tel examen nous conduirait trop loin. Nous ne mentionnerons que celles qui touchent les conditions positives de la responsabilité, avant de nous arrêter plus longuement sur le motif libératoire spécifique.

L'article 333 CC, nous l'avons vu, fait peser sur les père et mère une responsabilité causale; elle est basée sur la violation présumée d'un devoir de surveillance à l'égard de certains membres de la communauté domestique³⁰⁶. En cas de préjudice causé par l'un d'eux, le lésé est dispensé de prouver la violation de ce devoir. Il doit néanmoins rapporter la preuve des éléments fondant la présomption, soit l'existence d'un dommage commis par un mineur ou un incapable soumis à l'autorité du chef de famille. Le cas échéant, le défendeur pourra objecter que les conditions positives de la responsabilité ne sont pas toutes réunies³⁰⁷. Tel est le cas, par exemple, lorsqu'il établit que le préjudice allégué n'existe pas, ou n'a pas été prouvé³⁰⁸; que l'auteur n'est pas l'une des personnes mentionnées à l'article 333 CC ou n'était pas soumis au moment de l'accident à l'autorité domestique des parents³⁰⁹; que la causalité adéquate entre l'acte dommageable et le résultat fait défaut, ou a été interrompue par la force majeure ou la faute grave de la victime³¹⁰.

Le fait que les conjoints ne parviennent pas à contester les conditions positives de la responsabilité ne signifie pas encore qu'ils seront condamnés solidairement à réparer le préjudice. A l'exemple des droits allemand et français, la présomption de responsabilité qui pèse sur eux est simple³¹¹. Elle peut être renversée s'ils invoquent avec succès le motif libératoire prévu à l'article 333 al. 1^{er} *in fine* CC, en justifiant avoir surveillé l'auteur «de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances». Les parents feront valoir, mais cette fois ensemble, les arguments utilisés d'ordinaire par le père dans l'application du texte originaire du Code. Ils devront établir qu'ils se sont comportés comme des personnes raisonnables ou que leur diligence n'eût de toute façon pas empêché l'en-

³⁰⁴ Ofringer K., I p. 340; Corboz B., p. 81 ss; ATF 95 II 333, JT 1970 I 428, Landolt c. Bâloise et Hegner, cons. 3.

³⁰⁵ Cf. *supra* p. 92.

³⁰⁶ Cf. *supra* § 27 et 28.

³⁰⁷ Cf. *supra* § 30. Dans la plupart des cas, les exceptions qui touchent les conditions positives de la responsabilité sont communes (cf. *supra* p. 92 s).

³⁰⁸ Cf. *supra* § 31.

³⁰⁹ Cf. *supra* § 32. Cf. aussi ATF 71 II 61, JT 1945 I 466, Dilpert c. Etablissement suisse pour épileptiques et Dr Braun, cons. 1; Cour d'appel de Fribourg, 24 février 1964, Extraits... 1964 p. 3.

³¹⁰ Cf. *supra* § 33.

³¹¹ Cf. *supra* p. 65 et 79 s. Sur la disculpation commune des père et mère en droit allemand, cf. Wussow W., p. 203 s; Boscher W., VersR. 1964 p. 888 ss; BGHZ 19 novembre 1963, VersR. 1964 p. 313. Et en droit français, cf. Colombet C., n. 35; Woytt M.O., p. 218; Cass. civ. II, 25 mai 1973, JCP 1973 éd. G IV 396.

fant de commettre l'acte dommageable³¹². Sur ce point, les solutions dégagées par la jurisprudence garderont sans doute leur valeur dans le CC révisé³¹³. Mais le juge sera confronté à une nouvelle question: celle de savoir si et dans quelle mesure l'un des père et mère peut éviter les conséquences de la solidarité, en rapportant la preuve qu'il a surveillé l'auteur avec l'attention requise.

Dans son principe, cette question a trouvé une réponse affirmative en droits allemand et français, même si peu de sentences judiciaires sont venues corroborer les avis doctrinaux. Cette «pénurie» jurisprudentielle, certes compréhensible en France vu la nouveauté de l'article 1384 al. 4 et 7 révisé CCF³¹⁴, tient peut-être au fait que de nombreuses familles sont au bénéfice d'une assurance qui couvre la responsabilité de leurs membres. Si des parents sont assignés conjointement en justice, leur solvabilité est généralement garantie par le même assureur. Dans une telle éventualité, le problème n'est donc pas tellement de déterminer si l'un d'entre eux pourra être tenu à réparation et l'autre se libérer. Il revient surtout à savoir, du point de vue du demandeur, si la responsabilité de l'un des conjoints est engagée — et peu importe pour lui que l'autre parvienne à s'exonérer — et, du point de vue des défendeurs (et de leur assureur), si leur libération commune est possible.

La question de l'exonération d'un des parents n'est toutefois pas dénuée d'intérêt pratique. Elle aura de l'importance dans plusieurs cas: quand les père et mère ne sont pas au bénéfice d'une assurance de la responsabilité civile ou que, pour une raison ou une autre, la garantie n'est pas accordée; quand un seul d'entre eux est actionné ou est habilité à invoquer des motifs de réduction³¹⁵. Il est donc intéressant de s'arrêter sur ce problème, pour mentionner d'abord les solutions que lui ont données les droits allemand et français.

Tant en République fédérale d'Allemagne qu'en France, on admet de manière restrictive que le défendeur renverse au détriment de son conjoint la présomption de responsabilité qui pèse sur lui³¹⁶. Peu importe que l'action soit dirigée contre les deux parents ou un seul. L'admission limitative de la preuve libératoire s'explique pour les raisons qui ont conduit nos voisins à prévoir comme principe la responsabilité solidaire des père et mère. Cette responsabilité est la contrepartie de l'autorité qu'ils exercent légalement sur leurs enfants mineurs (§ 1626 et 1631 BGB, art. 213 et 372 CCF). Elle est mise en œuvre, certes par la faute présumée dans la surveillance de l'auteur, mais aussi — et c'est significatif — par la violation du devoir d'éducation³¹⁷. Un tel critère permet d'impliquer le parent absent lors de l'acte dommageable; il évite que la présomption de responsabilité pèse uniquement sur l'époux qui reste au foyer, dans la plupart des cas l'épouse, suivant le partage traditionnel des rôles dans la famille.

³¹² Cf. *supra* § 34 à 36.

³¹³ Avec une réserve relative aux rapports entre conjoints: l'épouse n'étant plus auxiliaire du mari dans le CC révisé, elle n'aura plus d'instructions à recevoir de lui dans l'exercice de l'autorité domestique (cf. *supra* § 19 à 21).

³¹⁴ Cf. *supra* p. 42 s et 81 s.

³¹⁵ Cf. *supra* p. 93 ss.

³¹⁶ Sur la responsabilité des père et mère en droits allemand et français, cf. *supra* p. 42 ss et 79 ss.

³¹⁷ Le devoir d'éducation est apprécié, non de manière générale, mais *in concreto*. Pour le droit allemand, cf. Gernhuber J., 53 II 4; Larenz K., II § 73 V; Beitzke G., § 27 III; BGHZ 5 décembre 1967, FamRZ 1968 p. 192. Pour le droit français, cf. Larroumet C., n. 138 et 256 s; Ollier P.D., p. 179 ss; Mazeaud H.L. et J. Chabas F., II 1 n. 496; Cass. civ. 31 octobre 1921, in Capitant H. / Weill A. / Terré F., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 6^e éd., Paris 1973, n° 128.

En Allemagne, la doctrine et la jurisprudence estiment que l'absence d'un des parents lors de l'accident (notamment celle du père pour des raisons professionnelles) ne suffit pas à le disculper³¹⁸. Il doit encore établir qu'il a pris des mesures positives pour éviter la survenance du préjudice, d'une part en donnant quand il le peut (le soir et les jours de congé) des instructions à l'enfant, d'autre part en faisant des recommandations à son conjoint. Ainsi, dans un jugement de 1968 souvent cité, le *Landsgericht* de Mönchengladbach a condamné un père à réparer le dommage causé par sa fille de quatre ans, qui s'était échappée par la haie du jardin et avait contraint un automobiliste à une manœuvre de freinage désespérée. Au moment de l'accident, l'enfant était placée sous la seule surveillance de sa mère; le père était occupé sur un chantier de construction. Les juges ont surtout reproché au défendeur d'avoir laissé la haie du jardin béante à proximité d'une route³¹⁹. Dans une autre cause, le *Bundesgerichtshof* a précisé qu'il ne suffit pas au parent actionné d'avoir interdit au mineur de participer à un jeu dangereux (en l'espèce, jeu avec arc et flèche)³²⁰; il doit encore vérifier que l'interdiction est suivie d'effet, notamment durant son absence. Il ne saurait non plus se prévaloir que les instructions génératrices du dommage, ou en rapport avec lui, ont été données par son conjoint. Car il revient légalement à chacun des père et mère d'éduquer et de surveiller l'enfant, éventuellement de pallier à l'insuffisance ou à l'inopportunité d'observations faites par l'autre parent. C'est donc à tort que, dans une affaire jugée au plus haut niveau, une mère de famille invoquait que les consignes concernant le maniement d'un fusil à air comprimé par son fils incombaient au seul père³²¹.

Dans certaines circonstances, les tribunaux allemands ont cependant admis l'exonération de l'époux absent lors de l'accident. Tel a été le cas en général quand le défendeur a établi avoir prodigué à l'enfant des conseils adéquats, en particulier lui avoir fourni des directives strictes relatives à l'utilisation d'objets dangereux — non sans avoir rendu attentif son conjoint sur les conséquences d'une permission abusive. Tel a été le cas aussi, lorsqu'il a rapporté la preuve que la mise à disposition de tels objets a été faite à son insu, de telle sorte que la survenance du dommage était due à la faute exclusive de «l'époux au foyer»³²². Ainsi, dans un fameux arrêt de 1964, le *Bundesgerichtshof* a rendu une mère seule responsable du préjudice commis par son fils de six ans et demi qui, sur un chantier proche de la maison familiale, avait jeté de la chaux au visage d'un camarade. Il a exonéré le père codéfendeur, absent lors de l'accident; ce dernier avait interdit à l'enfant de jouer sur le chantier et donné des instructions à des tiers, notamment à sa femme, visant à l'en écarter³²³. Dans une sentence postérieure, la Haute Cour allemande a également admis la responsabilité exclusive d'une mère pour les blessures causées à un piéton par sa fille de quatre ans et demi, circulant avec une trottinette qu'elle lui avait achetée³²⁴.

En France, c'est semble-t-il de manière plus limitative encore que l'on permet à l'un des père et mère de s'exonérer au détriment de l'autre. Il est vrai que, vu la

³¹⁸ Koebel, NJW 1960 p. 2227; Immenga U., FamRZ 1969 p. 314 s; Boscher W., VersR. 1964 p. 889; *Landsgericht* Mönchengladbach, 19 mars 1968, NJW 1968 p. 1970; *Oberlandsgericht* Cologne, 11 mars 1955, VersR. 1955 p. 347.

³¹⁹ Cf. *supra* n. 318.

³²⁰ BGHZ 7 juillet 1964, FamRZ 1964 p. 505.

³²¹ BGHZ 14 novembre 1961, FamRZ 1962 p. 116.

³²² Immenga U., FamRZ 1969 p. 317 ss; Koebel, NJW 1960 p. 2227.

³²³ BGHZ 24 novembre 1964, FamRZ 1965 p. 75. Cf. aussi Aden M., p. 55.

³²⁴ BGHZ 5 décembre 1967, FamRZ 1968 p. 192 (le père n'était, apparemment, pas partie au procès).

nouveauté de la Loi sur l'autorité parentale, on ne saurait parler que d'une tendance qui n'a jusqu'ici que peu eu l'occasion de se vérifier³²⁵. On mentionnera pourtant que la jurisprudence a confirmé, dans l'application de l'article 1384 al. 4 nouv. CCF, un principe consacré sous l'ancien droit: l'absence temporaire des parents, ou de l'un d'eux, ne doit normalement pas être assimilée à une cessation de la cohabitation³²⁶. On rappellera surtout un jugement rendu en 1976 par le Tribunal de grande instance d'Avesnes; il a rejeté les motifs libératoires invoqués par un père, occupé à son lieu de travail lors d'un accident causé imprudemment par son fils, quand bien même le défendeur n'encourait aucun reproche d'éducation³²⁷. Ce jugement, nous l'avons déjà dit, surprend. Il remet pratiquement en question la disculpation prévue à l'article 1384 al. 7 CCF. Il sous-entend, comme l'expose Savatier, que «l'un des époux suffit donc à engager les deux, indépendamment de la conduite de l'autre, et de l'absence de souveraineté de l'un sur la conduite de l'autre, laquelle conditionnerait sa possibilité d'empêcher le dommage»³²⁸. On en vient ainsi à transformer la responsabilité délictuelle des père et mère en une sorte de responsabilité causale familiale, ce qui ne correspond sans doute pas à la volonté du législateur français de 1970.

En l'état actuel, il paraît prématuré de vouloir dégager une jurisprudence de l'application de l'article 1384 al. 4 et 7 nouv. CCF. Pourtant, la décision du Tribunal de grande instance d'Avesnes laisse indubitablement prévoir l'admission restrictive de la preuve libératoire par l'un des conjoints. Legeais l'avait prédit: «Pratiquement, psychologiquement, il sera cependant difficile d'exonérer l'un des père et mère et de maintenir la responsabilité de l'autre»³²⁹. Néanmoins, cette possibilité existe; les travaux parlementaires relatifs à la révision de l'article 1384 al. 4 et 7 CCF le confirment, selon la déclaration de M. Jozcau-Marigné, rapporteur au Sénat au nom de la Commission des lois: «Ces règles vont recevoir une application nouvelle dans le cas où la décision génératrice du dommage a été prise contre la volonté d'un des époux. Il semble bien qu'en pareille hypothèse l'époux qui s'est opposé à la décision sera considéré comme n'ayant pas commis de faute et pourra ainsi se libérer d'une responsabilité encourue en raison d'un état de fait qu'il n'a pas voulu»³³⁰. Cette démonstration paraît de prime abord malaisée. Elle sera facilitée, d'après Woytt, si le juge des tutelles est préalablement intervenu en vertu de l'article 372-1 CCF, qui lui permet de régler les désaccords entre parents au sujet de l'enfant. Le cas échéant, la décision judiciaire deviendrait «entre les mains du parent à qui elle est imposée une arme efficace pour se libérer»³³¹. Néanmoins, nous n'avons pas connaissance de sentences qui, en France, aient abouti à rompre la solidarité parentale, pour rendre l'un des conjoints seul responsable du préjudice causé par l'enfant mineur.

Dans le Code civil suisse révisé, la question — nouvelle — de savoir si l'un des père et mère est habilité à s'exonérer trouve une réponse affirmative. Elle se justifie par le fait que l'article 333 reste inchangé: il laisse subsister à l'alinéa 1^{er} *in fine* la clause libératoire qui lui est propre et qui, dans certaines circonstances, autorise le défendeur à se «désolidariser» de la présomption de responsabilité. La seule question importante revient à se demander dans quelle mesure l'exonération

³²⁵ Cf. *supra* p. 42 s et 81 s.

³²⁶ Cass. civ. 8 juillet 1970, RTDC 1971 p. 381; Cass. crim. 11 octobre 1972, D.S. 1973 Jur. p. 75.

³²⁷ Cf. *supra* p. 82.

³²⁸ JCP 1977 II 18556.

³²⁹ Legeais R., p. 222; dans ce sens, cf. aussi Le Guidec R., n. 70.

³³⁰ Documentation n° 197 p. 93, Sénat (cité par Legeais R., p. 222); cf. aussi Colombet C., n. 35.

³³¹ Woytt M.O., p. 218.

est admissible. En d'autres termes, comment le juge doit-il apprécier l'exception invoquée par l'un des époux (peu importe qu'ils soient ou non recherchés ensemble) qui déclarerait: «Je ne suis pour rien dans la survenance du dommage commis par mon enfant. Regardez plutôt le comportement de mon conjoint?»

A l'exemple des droits allemand et français, c'est de manière restrictive qu'un tel moyen doit être déclaré bien-fondé en Suisse. Plusieurs raisons justifient cette solution. Et d'abord une, de nature logique, que nous avons déjà évoquée dans nos arguments en faveur de la responsabilité solidaire des père et mère³³². Dans le système d'autorité parentale, tel qu'il est prévu par le nouveau droit de la famille, les époux assumeront sur un pied d'égalité leurs droits et devoirs à l'égard de leurs enfants ou d'autres personnes confiées. Parmi ces devoirs, ceux qui touchent l'éducation et la surveillance (y compris la prévention d'accidents) sont exercés de façon commune et interdépendante. En cas de violation, lorsque les intérêts de tiers sont lésés par le fait d'un mineur ou d'un incapable, il avait paru normal que les conséquences soient supportées par les deux parents, par le biais de la solidarité. L'un des père et mère ne saurait simplement s'affranchir, en établissant qu'il n'a pu pratiquement empêcher la survenance du préjudice. Ce motif est en tout cas insuffisant. L'admettre tel quel reviendrait à individualiser l'exercice des devoirs d'éducation et de surveillance, à tracer entre eux une limite, forcément arbitraire, suivant la nature de l'acte dommageable ou le moment où il est commis. On sanctionnerait ainsi un partage de compétences entre les conjoints, contraire à la loi³³³. Enfin, on ferait d'ordinaire peser la responsabilité sur la mère qui, dans la plupart des cas, reste au foyer³³⁴. Cette conséquence serait inéquitable pour la femme, mais aussi pour la victime, qui se trouverait souvent en présence d'un seul débiteur, généralement moins solvable en l'état actuel des choses.

L'admission restrictive de l'exonération d'un seul parent trouve d'ailleurs un solide appui à l'article 333 CC. Cette disposition, on s'en souvient, institue une responsabilité causale³³⁵. Le chef de famille répond sans faute, même en cas d'empêchement personnel d'exercer l'autorité domestique, à la suite d'une maladie ou d'une absence par exemple. S'il entend se libérer, il ne lui suffit pas de se disculper. Il doit encore prouver avoir rempli le devoir de surveillance qui lui incombe. Ce devoir est entendu au sens large. Il ne comprend pas seulement l'obligation de veiller directement sur le mineur ou l'incapable, mais aussi de prendre toutes les mesures propres à l'empêcher de causer un préjudice à autrui³³⁶. Parmi ces mesures, celles de nature éducative prennent de nos jours une importance accrue. Cette tendance tient à l'évolution de la vie sociale; l'enfant échappe de plus en plus tôt au milieu familial, en même temps qu'il est confronté à des situations plus dangereuses, dans la circulation routière ou la pratique de jeux ou de sports. Ainsi, des recommandations, instructions ou interdictions, bref des mesures susceptibles d'être prises en tout temps, apparaissent autant, sinon davantage, utiles à la prévention de dommages que la seule surveillance circonstancielle³³⁷.

³³² Cf. *supra* p. 86 s.

³³³ Cf. *supra* p. 29 et 32.

³³⁴ Cf. *supra* p. 25 et 30.

³³⁵ Cf. *supra* § 28.

³³⁶ Cf. *supra* § 35, not. p. 70.

³³⁷ Certains arrêts accordent une importance déterminante au devoir d'éducation du chef de famille, dans l'appréciation de la preuve libératoire de l'art. 333 CC. Tel est le cas notamment de l'ATF 70 II

En pratique, l'un des parents éloigné du milieu familial lors de l'acte dommageable ne saurait se prévaloir de ce seul fait pour s'exonérer³³⁸. Cet argument ne comporte en lui-même aucune signification. Le défendeur devra établir qu'il a pris toutes les mesures qu'on est en droit d'attendre d'une personne raisonnable pour éviter la survenance de l'accident. Il lui incombera de rapporter la preuve — souvent difficile — qu'il a donné des instructions appropriées au mineur, en vérifiant que ce dernier s'y conforme, également pendant son absence; qu'il a fait dans ce sens des recommandations à son conjoint, en le rendant attentif aux conséquences d'une permission donnée abusivement; que ce dernier n'a pas tenu compte de ses observations, ou qu'il a même facilité l'acte délictuel de l'auteur, par exemple en omettant de mettre en lieu sûr des objets manifestement dangereux. Ces exigences astreignent l'époux recherché à démontrer, comme dans les droits allemand et français³³⁹, que la décision génératrice du dommage a été prise à son insu ou contre sa volonté, ou que l'accident résulte exclusivement d'une omission caractérisée, imputable à son conjoint. On est conduit à apprécier la preuve libératoire sous l'angle de la causalité. On l'admettra lorsque le défendeur prouve, soit que l'acte dommageable était pour lui imprévisible (sa diligence n'eût donc pas empêché l'auteur de le commettre), soit qu'en dépit de toutes les mesures qu'il a prises, le préjudice est tout de même survenu. Le cas échéant, la violation présumée du devoir de surveillance devient sans objet³⁴⁰. Plus précisément, la causalité qui la lie au dommage est interrompue par le fait d'un tiers — en l'occurrence par le comportement du cochef de famille — ce qui a pour effet de briser la solidarité³⁴¹.

En conclusion, selon que la preuve libératoire sera rapportée par les deux parents ou par un seul, le juge écartera, soit l'application de l'article 333 CC, soit la solidarité passive. Cette seconde solution ne devrait être retenue qu'avec circonspection, pour les motifs évoqués plus haut. Ces motifs sont juridiques, mais aussi «psychologiques», compte tenu des rapports conjugaux³⁴². Ils militent en faveur d'une interprétation large de la solidarité parentale qui sera admise — sous réserve de l'exonération commune des père et mère — chaque fois que le préjudice causé par l'enfant découle d'un acte de «désobéissance normale»; et n'écartera seulement quand le comportement de l'un des parents est tel (notamment lorsqu'il constitue une faute grave) qu'il fait apparaître comme inadéquate la causalité entre le dommage et la violation présumée du devoir de surveillance imputable à l'autre. C'est dans cette mesure, finalement restreinte, que la position du père à l'égard du lésé sera améliorée, une fois achevée la réforme des titres V et VI du CC: cochef de famille, il pourra à certaines conditions se libérer au détriment de son conjoint, ce qui n'est guère concevable dans la législation actuelle³⁴³. Et,

136 (138), Vermot c. Gilliéron, qui, bien que considérant la responsabilité comme aquilienne, garde sur ce point toute sa valeur.

³³⁸ Encore faut-il que l'absence reste temporaire; si elle devait être durable, elle constituerait un empêchement d'exercer l'autorité domestique et ferait perdre au conjoint concerné le statut de chef de famille (cf. *supra* p. 53 s).

³³⁹ Cf. *supra* p. 99 ss.

³⁴⁰ Cf. *supra* p. 66 s et 71.

³⁴¹ Cf. *supra* p. 92. Cf. aussi Engel P., p. 379; Gilliard F., *Topologie de la solidarité imparfaite*, in Mélanges H. Deschenaux, Fribourg 1977, p. 299 ss; ATF 89 II 118 (123), Delavy c. Bonjean; ATF 97 II 403, JT 1973 I 66, Zürcher et consorts c. Kredit- und Verwaltungsbank Zug AG, cons. 7 d.

³⁴² Igeaïs R., p. 222 (cf. *supra* p. 101).

³⁴³ Cf. *supra* p. 45 s.

autre conséquence de la révision du droit de la famille, l'épouse devra assumer, parfois seule, une obligation qui ne lui incombe d'ordinaire pas aujourd'hui³⁴⁴. Certes — sous réserve encore de l'exonération commune des parents — elle sera aussi habilitée à s'en affranchir, quand elle aura établi que la décision génératrice du dommage a été prise à son insu ou contre sa volonté.

Ces observations corroborent l'opinion déjà émise, suivant laquelle la nouvelle interprétation des articles 331 ss CC aura pour effet de donner à l'autorité domestique un contenu plus conforme à la réalité³⁴⁵. Il en découlera probablement un renforcement de la responsabilité des père et mère, donc une amélioration de la situation des victimes d'accidents causés par des enfants.

³⁴⁴ Cf. *supra* § 21.

³⁴⁵ Cf. *supra* § 20 et 21.

QUATRIÈME PARTIE

LES RAPPORTS INTERNES ENTRE LES PÈRE ET MÈRE

Cette dernière partie de notre exposé est consacrée aux relations internes des époux comme cochefs de famille. Le problème ne se pose pas dans le droit de 1907, qui attribue l'autorité domestique à un seul parent : le père ou, subsidiairement, la mère¹. L'époux condamné à réparer le préjudice causé par un mineur ou un incapable répond seul de la dette; il ne peut d'ordinaire faire intervenir son conjoint, à quelque stade du règlement que ce soit². Certes, à défaut d'assurance, il est possible que le paiement d'une telle dette se répercute sur le bien-être de la famille entière, de telle sorte que les conséquences pécuniaires de la condamnation seront en définitive supportées par tous ses membres. Mais — et c'est décisif au plan juridique — un seul débiteur en répond personnellement et sur ses biens, la saisie des biens communs ne pouvant intervenir que lorsque le défendeur est marié sous un régime communautaire³.

Il en va différemment dans le Code révisé, où les père et mère sont en principe tenus solidairement de l'obligation découlant de l'article 333. Il reste à déterminer la répartition interne de cette obligation. La question se pose généralement «en termes de recours»⁴; elle revient le plus souvent à se demander si et dans quelle mesure le cochef de famille qui a désintéressé le lésé peut se retourner contre son partenaire.

En pratique, il est peu probable que cette question conduise à de nombreux litiges. Dans les droits allemand et français, nous n'avons trouvé aucun jugement sur les rapports internes entre parents. Cela tient sans doute à la particularité de leurs relations et au fait qu'ils devraient être souvent au bénéfice d'une même assurance couvrant leur responsabilité civile. Néanmoins, une telle garantie n'existe pas toujours⁵. Dans de tels cas — et surtout si l'indemnité due à la victime est importante — le risque de contestations entre cochefs de famille est réel; donc possible l'action récursoire de l'un contre l'autre.

Dans un premier temps, nous définirons la nature juridique du recours et les conditions de son exercice. Puis, nous examinerons son étendue, en déterminant la clé de répartition de la dette solidaire. Nous mentionnerons aussi les solutions retenues sur ce point en Allemagne et en France. Enfin, nous nous pencherons sur le règlement de la dette entre les père et mère.

¹ Cf. *supra* § 15 et 16.

² Tel ne pourrait être le cas que lorsque la violation du devoir de surveillance imputable au conjoint est assimilable à une faute susceptible d'engager sa responsabilité délictuelle (cf. *supra* p. 45 s).

³ Cf. *supra* § 37.

⁴ Deschenaux H. / Tercier P., p. 281.

⁵ Cf. *supra* p. 16, n. 10.

CHAPITRE 10

LE RECOURS D'UN DES PÈRE ET MÈRE

§ 45 *La nature juridique du recours*

Au sens large du terme, le recours permet au responsable qui a indemnisé le lésé au-delà de sa part de recouvrer l'excédent auprès des autres coobligés. C'est le moyen ordinaire de répartition interne de la dette solidaire. Mais cette répartition peut intervenir dans le procès principal, si tous les responsables y sont parties, qu'ils aient été actionnés conjointement par la victime ou appelés en cause par le défendeur⁶.

Selon la théorie dualiste de la solidarité, la nature juridique du recours dépend du type de solidarité. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence admettent que la subrogation prévue à l'article 149 al. 1^{er} CO ne s'applique, sauf disposition contraire, que lorsque les codébiteurs sont liés par un rapport de solidarité parfaite⁷. Dans les cas de solidarité imparfaite, le créancier récursoire exerce une action fondée *ex jure proprio*. On ne saurait pourtant déduire de cette distinction que subrogation et droit de recours (*sensu stricto*) sont deux notions antinomiques. Quelle que soit la forme de solidarité, le débiteur qui a désintéressé la victime dispose d'une créance personnelle en recouvrement de tout ou partie de sa prestation. Cette créance constitue un droit propre, non un droit dérivé, soumis exclusivement aux règles de partage interne. Dans les cas de solidarité parfaite, comme dit Corboz, la subrogation «double» le droit de recours; en d'autres termes, elle le renforce, mais ne l'exclut point⁸. Cela signifie que le débiteur acquiert par cession légale les droits du créancier principal (avec ses accessoires), à concurrence du montant qu'il a payé; et qu'il peut les faire valoir quand il se retourne contre les autres coobligés⁹.

L'utilité pratique de la subrogation est double: d'une part, le recourant voit son action facilitée, surtout s'il est en mesure de se prévaloir d'une reconnaissance de dette que lui a remise le lésé; d'autre part, il bénéficie *ex lege* des sûretés qui garantissent la créance principale, d'un cautionnement par exemple, ou d'un gage. Cela se justifie par le fait qu'il assume le risque des recours contre des personnes qui, envers lui, ne répondent pas solidairement¹⁰. L'avantage est pourtant minime dans le domaine de la responsabilité civile. Comme le constate Gilliard, «il est rare qu'une personne donne d'avance à sa future victime, ou même seulement au

⁶ Offinger K., I p. 353; von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 314; ATF 89 II 118 (124), Delavy c. Bonjean. Au sujet de la dénonciation d'instance et des effets personnels qu'elle déploie, cf. ATF 90 II 404, JT 1965 I 354, Halilovic c. Union de Banques Suisses.

⁷ Becker H., n. 2 ad art. 149 CO; Engel P., p. 382 et 567; Deschenaux H./Tercier P., p. 285; ATF 89 II 118 (124), Delavy c. Bonjean. Cf. aussi *supra* p. 89.

⁸ Corboz B., p. 69 s; Becker H., n. 5 ad art. 149 CO; von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 316 ss; Engel P., p. 382 et 567.

⁹ Engel P., p. 381 et 416; Corboz B., p. 67 ss.

¹⁰ Becker H., n. 4 et 8 ad art. 110 CO; von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 317; Corboz B., p. 70 s.

lésé après la survenance du dommage, des garanties destinées à couvrir le préjudice éventuel ou réalisé»¹¹.

Cette constatation illustre le rôle mineur que joue la subrogation dans les cas de pluralité de responsables. Elle donne encore une fois l'occasion aux adversaires de la conception dualiste de la solidarité de proclamer que, sous cet angle également, une différence de traitement est injustifiable¹². Corboz observe que ni le texte de l'article 149 al. 1^{er} CO ni la nature de l'institution ne permettent de conclure que la subrogation est réservée à la solidarité parfaite¹³. Oftinger remarque que le législateur a prévu la subrogation dans des dispositions importantes, tel que l'article 72 LCA, où l'assureur intervient en vertu d'un rapport de solidarité imparfaite¹⁴. Et ces auteurs de suggérer que la subrogation aux droits de la victime s'ajoute toujours au recours du débiteur qui l'a indemniée. Gilliard relève aussi l'illogisme de la distinction en ce domaine. Il se demande surtout «pourquoi les coresponsables ayant agi ensemble bénéficieraient, entre eux, d'un avantage refusé à des coresponsables dont la faute sera en général moins grave, ou qui n'ont même commis aucune faute (en cas de responsabilité objective)». Il préconise, en raison notamment de l'inconvénient que représente l'institution lorsque le subrogé acquiert une créance déjà prescrite, d'abandonner «le concept classique de subrogation pour ne plus voir dans celle-ci qu'une action récursoire emportant, pour le demandeur, des avantages supérieurs au droit de recours ordinaire»¹⁵.

Quelles que soient les conséquences qu'on en tire, ces critiques, encore une fois, nous paraissent pertinentes. Elles n'ont pourtant pas convaincu le Tribunal fédéral. Se fondant sur la doctrine classique, il considère que l'article 149 al. 1^{er} CO ne s'applique pas aux cas de solidarité imparfaite, comme celle des parents dans le Code civil révisé. En conséquence, l'époux qui aura indemnisé la victime en vertu de l'article 333 CC ne sera d'ordinaire pas subrogé aux droits de cette dernière dans son recours contre son conjoint; il agira selon un droit propre. Il ne pourrait invoquer l'article 149 al. 1^{er} CO — et se prévaloir d'éventuelles sûretés garantissant la créance principale — que s'il établissait être lié à son partenaire par un rapport de solidarité parfaite. Tel serait le cas, nous l'avons vu, lorsque le défaut de surveillance constitue une faute commune des père et mère susceptible d'engager leur responsabilité aquilienne (art. 50 al. 1^{er} CO) ou quand ceux-ci étaient unis antérieurement à l'acte dommageable par un lien de solidarité¹⁶. Ces cas, toutefois, sont exceptionnels. Et, répétons-le, il est si rare qu'une prétention en dommages-intérêts soit garantie par des droits accessoires que la question de la subrogation apparaît sans grande importance pratique dans notre domaine. Nous renonçons à l'examiner plus à fond. Tout au plus mentionnerons-nous plus bas certains problèmes qu'elle engendre: la prescription de l'action récursoire¹⁷ et l'étendue du recours quand la victime a favorisé la situation d'un coresponsable¹⁸.

¹¹ Gilliard F., *Topologie de la solidarité imparfaite*, in Mélanges H. Deschenaux, Fribourg 1977, p. 291.

¹² Cf. *supra* p. 90.

¹³ Corboz B., p. 75 ss et 115.

¹⁴ Oftinger K., I p. 339 s.

¹⁵ Gilliard F., *Topologie de la solidarité imparfaite*, in Mélanges H. Deschenaux, Fribourg 1977, p. 291 s.

¹⁶ Cf. *supra* p. 88 s et 91 s.

¹⁷ Cf. *infra* p. 110.

¹⁸ Cf. *infra* p. 114.

En cas de pluralité de responsables, l'action récursoire de celui d'entre eux qui a dédommagé le lésé est soumise à trois conditions générales¹⁹. La première est que la responsabilité du défendeur soit engagée à l'égard de la victime. C'est une évidence, qui confirme le principe selon lequel la solidarité présuppose la responsabilité²⁰. La deuxième condition est que le demandeur ait indemnisé le lésé, pour un montant supérieur à sa part. Enfin, le recours doit obéir aux règles spécifiques régissant les rapports entre codébiteurs. Ces règles concernent d'une part l'exercice du recours, d'autre part son étendue, qui détermine finalement la répartition de la dette solidaire.

Comme son existence, l'exercice du recours dépend exclusivement des règles de partage interne. Il échappe totalement au pouvoir du créancier principal²¹. Du point de vue procédural, il est mis en œuvre par une action dite «récursoire», de nature civile et pécuniaire, indépendante de celle du lésé. Comme le relèvent Deschenaux et Tercier, cette indépendance se manifeste notamment par le fait que «la décision rendue dans le premier procès n'a pas l'autorité de la chose jugée dans les rapports entre les divers responsables»²². Ce principe n'est pourtant pas unanimement admis en doctrine. Et le Tribunal fédéral, dans un arrêt récent, s'est demandé si le jugement principal ne devrait pas s'étendre, sur certains points, au règlement interne²³. Question laissée ouverte en l'espèce, à laquelle quelques auteurs ont répondu par l'affirmative. Oftinger observe en particulier que la non-reconnaissance du premier jugement peut conduire à des résultats insatisfaisants, quand le juge de l'action récursoire s'en écarte. Cet auteur suggère, *de lege ferenda*, que pour certaines questions au moins — la fixation de l'indemnité ou la détermination de la causalité ou de la faute — on reconnaisse au jugement rendu dans le procès principal un effet obligatoire dans les rapports entre coresponsables²⁴.

Nous ne souscrivons pas à une telle proposition. Certes, la solution contribuerait à éviter des sentences contradictoires, difficilement compréhensibles pour les justiciables; elle faciliterait l'administration de la justice dans les cas de responsabilité plurale. Mais, et cet argument est décisif, elle heurte deux principes fondamentaux de notre ordre juridique. Le premier découle de la solidarité, qui implique l'existence d'une pluralité de créances susceptibles d'avoir un sort indépendant. Le second relève de la procédure; il veut qu'une décision judiciaire ne jouisse de la chose jugée qu'à l'égard des parties au procès²⁵.

Dans notre cas, l'époux condamné à dédommager le lésé ne pourra prétendre que le jugement déploie des effets obligatoires au plan interne. Son conjoint sera habilité à soulever toute exception, portant même sur des points tranchés définitivement.

¹⁹ Oftinger K., I p. 340 et 353; Deschenaux H./Tercier P., p. 285 s.

²⁰ Cf. *supra* p. 97 s.

²¹ Cf. *supra* p. 107. Cf. aussi von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 313; Engel P., p. 566; Corboz B., p. 68; ATF 89 II 118 (123), Delavy c. Bonjean; ATF 95 II 242, JT 1970 I 254, Weisskredit Handels- und Anlagebank c. Hiltmann, cons. 2.

²² Deschenaux H./Tercier P., p. 286; ATF 57 II 518, JT 1932 I 430, Estermann et consorts c. Anderhalden, cons. 1.

²³ ATF 93 II 329, JT 1969 I 130, Evers et consorts c. Bank für Handel- und Effekten AG, cons. 3 d.

²⁴ Oftinger K., I p. 356 s et les références, not. le renvoi à la 2^e éd., Zurich 1958 I p. 315 s.

²⁵ von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 308 et 311 s; Engel P., p. 378; Kummer M., p. 179 ss; ATF 57 II 518, JT 1932 I 430, Estermann et consorts c. Anderhalden, cons. 1; ATF 93 II 329, JT 1969 I 130, Evers et consorts c. Bank für Handel- und Effekten AG, cons. 3. Sur les rapports externes, cf. *supra* p. 97.

vement dans le procès principal. Toutefois, l'existence de deux responsables seulement devrait diminuer dans une large mesure le risque de décisions contradictoires²⁶; d'autant que, vu leur domicile commun, ce serait généralement au même tribunal de se prononcer sur l'action récursoire²⁷.

Une autre question relative au recours n'a pas été tranchée par le Tribunal fédéral: elle touche le point de départ de la prescription. Dans un ancien arrêt, notre Haute Cour a jugé qu'il correspondait au *dies a quo* de la prescription applicable à la prétention du lésé à l'égard du débiteur de la créance récursoire²⁸. En d'autres termes, la créance récursoire se prescrirait comme la créance principale. Par la suite, le Tribunal fédéral a mis en doute cette jurisprudence²⁹. A juste titre, car la solution est critiquable tant du point de vue dogmatique que pratique. Comme le constate Engel, l'interprétation du Tribunal fédéral est «en harmonie avec la subrogation, non avec le recours»³⁰. Elle ne tient pas compte que le recourant agit en vertu d'un droit propre³¹; ce droit ne naît — et par conséquent ne peut être exercé — que lorsque ce dernier a désintéressé la victime. Il est donc normal que la prescription y relative court à partir de ce moment-là. Cette solution, admise par la doctrine, est conforme à la ratio de l'article 130 al. 1^{er} CO³². Elle a d'ailleurs été expressément retenue dans des lois spéciales, comme à l'article 83 al. 3 LCR. La jurisprudence du Tribunal fédéral conduirait à des résultats choquants. Ainsi, au cas où le procès introduit par le lésé devrait se prolonger, ou la transaction tirer en longueur, l'action récursoire pourrait être prescrite avant même que la prétention qui la fonde soit exigible.

Il est vrai que ce risque sera pratiquement nul dans notre domaine: conformément à l'article 134 al. 1^{er} ch. 3 CO, la créance d'un époux contre l'autre ne se prescrit pas durant le mariage³³. Cette exception signifie que le cochef de famille recherché par son conjoint ne sera de toute façon pas habilité à invoquer la prescription de l'action récursoire. Celle-ci ne courra qu'à partir de la dissolution de l'union conjugale. Si elle avait commencé à s'écouler, elle sera suspendue durant le mariage. Une telle solution pourrait se présenter lorsque l'indemnisation de la victime a eu lieu avant le mariage des père et mère, à condition qu'ils aient été tenus solidairement de la réparation.

S'agissant enfin de la durée du délai de prescription, elle est déterminée par les dispositions régissant la responsabilité du défendeur à l'action récursoire³⁴. Dans notre cas, elle sera donc d'un an, suivant la règle générale de l'article 60 al. 1^{er} CO³⁵.

²⁶ Gilliard F., *Topologie de la solidarité imparfaite*, in Mélanges H. Deschenaux, Fribourg 1977, p. 295, n. 23.

²⁷ Deschenaux H. / Tercier P., p. 287.

²⁸ ATF 55 II 118, JT 1929 I 450, Etablissement d'assurance contre l'incendie du canton de Lucerne c. Hauser, cons. 3; cet arrêt concernait un cas de solidarité imparfaite.

²⁹ ATF 89 II 118 (123), Delavy c. Bonjean.

³⁰ Engel P., p. 382. En cas de subrogation, la prescription continue à courir; elle n'est pas interrompue par le transfert des droits du créancier principal, qui peuvent donc se prescrire avant le droit de recours du subrogé. Cf. aussi Corboz B., p. 69 ss; Gilliard F., *op. cit. supra* ad n. 26, p. 292.

³¹ Cf. *supra* p. 107 et 109.

³² Oftinger K., I p. 355; von Tuhr A. / Fischer A., II § 90 p. 314, n. 128; Deschenaux H. / Tercier P., p. 287.

³³ Engel P., p. 544 s. Rappelons que le Projet de réforme du droit du mariage ne modifie pas l'art. 134 al. 1^{er} ch. 3 CO (cf. Mess. 1979, FF 1979 II p. 1292).

³⁴ Oftinger K., I p. 355 s; Deschenaux H. / Tercier P., p. 287; ATF 55 II 128, JT 1929 I 450, Etablissement d'assurance contre l'incendie du canton de Lucerne c. Hauser, cons. 3.

³⁵ Cf. *supra* p. 77.

CHAPITRE 11

LA RÉPARTITION INTERNE DE LA DETTE

ENTRE LES PÈRE ET MÈRE

§ 47 *La réglementation du Code des obligations*

Les rapports internes entre coresponsables solidaires sont régis, non par la norme générale de l'article 148 CO, mais par les articles 50 al. 2 et 51 CO³⁶. Cette réglementation est lacunaire: toutes les hypothèses n'y sont pas prévues. Il en résulte des difficultés d'interprétation que la jurisprudence n'a pas toujours su résoudre de manière convaincante.

L'article 50 al. 2 CO s'applique aux responsables qui ont causé un dommage ensemble, par une faute commune³⁷. «Le juge appréciera s'ils ont un droit de recours les uns contre les autres et déterminera, le cas échéant, l'étendue de ce recours.» Il s'agit donc d'une décision en équité (art. 4 CC). Elle se fonde avant tout sur la gravité des fautes respectives³⁸.

L'article 51 CO régit les rapports entre les personnes qui répondent du même préjudice en vertu de causes différentes, que ces causes appartiennent à des catégories dissemblables ou à la même catégorie³⁹. Dans le premier cas, il fixe une clé de répartition selon un critère hiérarchique: en règle générale, le dommage est supporté d'abord par le responsable *ex delicto*, ensuite par le responsable *ex contractu*, enfin par le responsable *ex lege*⁴⁰. L'ordre de l'article 51 al. 2 CO n'est pas intangible. «Le juge a la possibilité d'y déroger lorsque les circonstances le justifient. Il ne doit toutefois user de cette faculté qu'avec une grande circonspection et là seulement où la stricte application de cette disposition conduirait à des résultats tout à fait inéquitables»⁴¹. Il en va ainsi lorsque le responsable *ex lege* a commis une faute additionnelle.

Le second cas précité — celui des codébiteurs tenus en vertu d'une cause de même nature — n'est pas expressément prévu à l'article 51 CO. Il appartient au juge de statuer, en tenant compte des circonstances concrètes et en s'inspirant des principes dégagés par la doctrine et la jurisprudence. En cas de concours entre des responsabilités aquilienne, il appliquera par analogie la solution mentionnée plus haut à propos de la responsabilité commune⁴². En cas de concours entre des

³⁶ Cf. *supra* p. 92. Cf. aussi Oftinger K., I p. 340; Deschenaux H./Tercier P., p. 281. A relever que les art. 50 al. 2 et 51 CO ne réglementent pas exclusivement, ni impérativement ce domaine; certaines lois spéciales y dérogent (par ex. l'art. 60 al. 2 LCR); et les parties peuvent s'entendre sur un règlement conventionnel (cf. sur ce point Deschenaux H./Tercier P., p. 281; ATF 81 II 129, JT 1955 I 525, Magazzini generali SA et CFF c. Castelletti SA et Dame Erker, cons. 9).

³⁷ Cf. *supra* § 42, not. p. 87 s.

³⁸ Becker H., n. 9 ad art. 50 CO; Deschenaux H./Tercier P., p. 282; ATF 79 II 66, Loriot et consorts c. Dame Hauser, cons. 8.

³⁹ Cf. *supra* § 42, not. p. 89.

⁴⁰ Deschenaux H./Tercier P., p. 283; Engel P., p. 381.

⁴¹ ATF 76 II 387 (392), Assurance mutuelle vaudoise c. CFF.

⁴² Cf. Becker H., n. 10 ad art. 51 CO; Deschenaux H./Tercier P., p. 282.

responsabilités causales, le juge devra préalablement se demander si l'un des coobligés a commis une faute additionnelle. Dans l'affirmative, il appartient à ce dernier de supporter en définitive la totalité de la réparation⁴³. Dans la négative, il faut procéder à un partage à parts égales, à moins que d'autres éléments d'appréciation n'entrent en ligne de compte⁴⁴.

Avant d'examiner l'application de ces règles à la responsabilité des père et mère, il nous paraît utile de mentionner les solutions retenues en ce domaine, en Allemagne et en France.

§ 48 *Les solutions allemande et française*

Dans les droits allemand et français, les parents endossent en principe une responsabilité solidaire pour les actes illicites causés par leurs enfants mineurs (§ 832 al. 1^{er} et 840 al. 1^{er} BGB, art. 1384 al. 4 CCF)⁴⁵. Au niveau interne, leurs rapports ne sont pas régis par une norme spécifique qui prévoirait une répartition particulière de la dette. Dans l'une et l'autre législation, les dispositions générales sur la solidarité passive trouvent application. C'est pour ce motif peut-être que la question des rapports internes entre père et mère n'a pas suscité beaucoup d'intérêt chez nos voisins. Peu d'auteurs s'expriment — de manière succincte — à ce sujet. Nous n'avons pas connaissance de décisions judiciaires sur ce point. Une autre raison explique aussi cette « carence » jurisprudentielle. Elle tient aux relations particulières des coresponsables. Durant leur union, les conjoints sont peu enclins à s'intenter des procès. Par ailleurs, ils devraient être souvent au bénéfice d'une assurance couvrant leur responsabilité civile⁴⁶. Le cas échéant, le problème de la répartition interne de la dette ne se pose pratiquement plus.

En Allemagne, les rapports entre coresponsables solidaires sont réglés par les § 421 ss BGB, relatifs à la « Gesamtschuld »⁴⁷. Sur le plan interne, le § 426 al. 1^{er} trouve application: il institue une répartition par tête. En cas de recours, le débiteur dispose d'une créance propre, qui se double d'une subrogation dans les droits de la victime (§ 426 al. 2). En pratique, la répartition à parts égales est jugée trop mécanique. On applique par analogie le § 254 al. 1^{er} BGB, qui permet au juge de tenir compte des circonstances concrètes, notamment du degré de participation à la survenance du dommage. A côté de facteurs comme la capacité économique des parties ou l'existence d'une assurance, la faute constitue généralement le critère prépondérant pour déterminer la part supportée finalement par chaque parent. Si le manquement dans la surveillance et l'éducation de l'enfant est de même importance, et à défaut d'élément d'appréciation caractérisé, on partage par moitié⁴⁸. Signalons que l'application du § 840 al. 2 BGB pourrait rendre par-

⁴³ Becker H., n. 4 ad art. 51 CO; Oftinger K., I p. 367; Deschenaux H./Tercier P., p. 282; ATF 47 II 425, JT 1922 I 578, Dubach c. Altorfer et consorts, cons. 6; ATF 97 II 339, JT 1972 I 636, Burren c. Schärer et Flückiger, cons. 4.

⁴⁴ Becker H., n. 11 et 12 ad art. 51 CO; von Tuhr A./Peter H., I § 51 p. 471; Oftinger K., I p. 367.

⁴⁵ Cf. *supra* § 40.

⁴⁶ Cf. *supra* p. 16, n. 10.

⁴⁷ Cf. *supra* p. 81 et les réf. citées ad n. 168.

⁴⁸ Larenz K., I § 32 I, II § 74 II; Deutsch E., I § 21 VII; Geigel R./Schlegelmilch G., 10 n° 36; Wussow W., p. 206; Gernhuber J., 53 II 4.

fois sans objet la question de la répartition interne entre père et mère. Dérogeant au § 426, cette disposition leur permet de recourir pour le tout contre le mineur, si ce dernier encourt une responsabilité personnelle. La *ratio legis* repose sur l'idée qu'il incombe au responsable direct du préjudice de le prendre en fin de compte à sa charge⁴⁹. Quelques auteurs ont critiqué cette règle, qu'ils jugent obsolète. Ils en réclament l'abolition⁵⁰.

En France, la dette qui pèse sur les père et mère en vertu de l'article 1384 al. 4 CCF n'a pas non plus de spécificité propre: il s'agit d'une obligation solidaire ordinaire, soumise à la réglementation générale des articles 1200 ss CCF⁵¹. Le partage entre codébiteurs est régi par l'article 1213 qui prévoit une division à parts égales. Toutefois, cette disposition n'empêche pas le juge de décider d'une autre répartition⁵². Legeais s'y oppose pour notre domaine. Invoquant d'une part «l'obligation de garantie» du comportement de l'enfant qui incombe aux parents, d'autre part l'égalité qui caractérise désormais leur autorité, il déclare que «de toute manière, le père et la mère, hormis le cas de l'exonération d'un seul d'entre eux, contribueront par moitié à l'obligation de réparer, quel que soit le régime matrimonial»⁵³.

D'autres auteurs ont exprimé un avis divergent⁵⁴. Ils préconisent que les juges tiennent surtout compte de la gravité des fautes commises, eu égard à la nature juridique de la responsabilité⁵⁵. Woytt suggère même qu'on recoure éventuellement à un critère plus large, basé sur le partage des rôles dans la famille, pour justifier une répartition inégale de la dette. Il illustre son opinion en ces termes: «C'est au parent qui veut bénéficier de cette mesure de la demander et de rapporter les faits susceptibles de prouver l'influence prépondérante de son conjoint sur l'enfant. Ainsi, par exemple, le père d'un enfant très jeune plaidera que dans l'éducation et la surveillance de celui-ci la mère a joué un rôle plus important que lui. Inversement, la mère «d'un grand adolescent» objectera que ce dernier subit surtout l'ascendant du père»⁵⁶. Cette proposition nous laisse sceptique. Appliquée systématiquement, elle aboutirait généralement à faire peser sur l'épouse les conséquences de la responsabilité, dans la mesure où le devoir de surveillance à l'égard de jeunes enfants est jugé plus sévèrement. A l'évidence, une telle solution heurte l'équité. Quelle qu'en soit pourtant la valeur, elle manifeste en France une tendance déjà observée en Allemagne. Elle vise à apprécier selon des critères concrets la répartition interne des dommages-intérêts entre les conjoints; autrement dit, à éviter l'application automatique des règles sur la solidarité passive, qui prévoient en principe le partage à parts égales. Examinons quelle peut être sur ce point la solution du droit suisse, dans le Code civil révisé.

⁴⁹ Staudinger J.V./Schäfer K., n. 4 et 93 ad § 840 BGB; Geigel R./Schlegelmilch G., 10 n° 28.

⁵⁰ Ainsi Deutsch E., I § 21 VII, p. 359.

⁵¹ Cf. *supra* p. 81 et les réf. citées ad n. 173.

⁵² Marty G./Raynaud P., III n. 790; Woytt M.O., p. 223 s; Cass. civ., 21 février 1956, D. 1956 Jur. p. 285.

⁵³ Legeais R., p. 207; dans le même sens, Le Tourneau Ph., n. 1640.

⁵⁴ Aden M., p. 56; Woytt M.O., p. 224.

⁵⁵ Cf. *supra* p. 79 s.

⁵⁶ Woytt M.O., p. 224.

§ 49 *Le partage de la dette par moitié, solution ordinaire dans le Code civil révisé*

La répartition de la dette entre codébiteurs peut avoir lieu dans le procès principal. Tel est le cas lorsque la victime a actionné avec succès tous les responsables ou quand le défendeur a dénoncé le litige aux autres coobligés⁵⁷. Cette solution présente l'avantage de régler en une seule fois la responsabilité de toutes les personnes en cause. Elle évite des jugements contradictoires. Pourtant, il est plus fréquent que le règlement des rapports internes intervienne par le jeu du recours⁵⁸. Pour en fixer l'étendue, il ne faut pas seulement tenir compte de l'indemnité versée au lésé par le responsable recherché, mais aussi des frais de procès que ce dernier a supportés, pour autant qu'ils aient été engagés dans l'intérêt des autres codébiteurs⁵⁹.

S'agissant justement de l'étendue du recours, une question a fait l'objet d'une controverse doctrinale: elle concerne le cas où la victime a favorisé le défendeur par l'action recoursoire, par une transaction avantageuse ou une remise de dette. Une telle libéralité déploie-t-elle un effet sur le plan interne⁶⁰? La doctrine dominante, avec raison, a répondu par la négative⁶¹. Elle fait valoir que la répartition de la dette solidaire obéit à des règles qui lui sont propres⁶². Le créancier principal ne peut l'influencer. Il ne saurait en particulier porter atteinte au recours du débiteur qui l'a désintéressé. A cet argument dogmatique s'ajoute un autre fondé sur l'équité: il serait injuste que le poids de la libéralité accordée à l'un des coobligés soit supporté par les autres, sans leur consentement.

Le principe s'applique aussi à notre domaine. Toutefois, il doit être quelque peu tempéré, dans le cas exceptionnel où les père et mère sont liés par un rapport de solidarité parfaite⁶³. Celui d'entre eux qui a indemnisé la victime ne sera pas subrogé dans les droits — notamment ceux relatifs à des sûretés — auxquels cette dernière aurait renoncé. La subrogation ne peut en effet porter que sur des droits qui existent au moment du paiement⁶⁴. Le cas échéant, le recourant serait habilité à s'en prendre au créancier principal, qui devrait supporter les conséquences de son acte (art. 149 al. 2 CO). Pourtant, l'hypothèse apparaît ici sans grande importance pratique, tant il est rare qu'une prétention en dommages-intérêts soit garantie par des sûretés⁶⁵.

Reste à déterminer la clé de répartition de la dette entre les père et mère. L'article 51 CO trouve application, qui régit les rapports internes en cas de responsabilité concurrente. Nous en avons rappelé la réglementation plus haut⁶⁶. Elle est dominée par deux principes. D'une part, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation, d'autant que tous les cas — en particulier celui qui nous

⁵⁷ Cf. *supra* p. 107.

⁵⁸ Sur la nature, les conditions et l'exercice du recours, cf. *supra* chap. 10.

⁵⁹ Von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 314; Deschenaux H./Tercier P., p. 286; Engel P., p. 567; ATF 69 II 150 (160), Compagnie du chemin de fer Fribourg-Morat-Anet c. Bourquin.

⁶⁰ Sur le plan externe, cf. *supra* p. 97.

⁶¹ Corboz B., p. 68 et 71 ss; von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 313; Oftinger K., I p. 346 s; *contra* Gilliard F., RDS 1967 II p. 287 s.

⁶² Cf. *supra* p. 107 et 109.

⁶³ Cf. *supra* p. 88 s et 91 s; dans un tel cas, la subrogation aux droits du lésé «double» le recours du débiteur qui l'a indemnisé (cf. *supra* p. 107).

⁶⁴ Von Tuhr A./Escher A., II § 90 p. 318; Corboz B., p. 71 ss.

⁶⁵ Cf. *supra* p. 107 s.

⁶⁶ Cf. *supra* § 47.

occupe. — ne sont pas expressément prévus. D'autre part, la faute joue un rôle prépondérant. Elle détermine souvent l'existence et l'étendue du recours. D'autres facteurs n'ont pratiquement qu'une valeur subsidiaire. Quand le juge est appelé à statuer, comme dans notre cas, sur le concours entre deux responsabilités causales de même nature, il doit préalablement se demander si l'un des coresponsables a commis une faute additionnelle. Dans l'affirmative, il incombera à ce dernier de supporter, sinon la totalité, du moins la majeure partie de l'indemnisation.

En l'espèce, le principe sera appliqué avec modération, seulement en présence d'une faute caractérisée⁶⁷. Cette condition est réalisée quand l'un des cochef de famille a favorisé la survenance du préjudice par un acte ou une omission difficilement excusable, par exemple lorsqu'il autorise son enfant à participer à un jeu risqué ou qu'il néglige de mettre en lieu sûr un objet dangereux⁶⁸. En revanche, un manquement léger dans la surveillance de l'auteur ne saurait à lui seul justifier une répartition inégale. L'admettre conduirait à pénaliser injustement le parent chargé de veiller sur l'enfant, souvent la mère en raison du partage traditionnel des rôles dans la famille⁶⁹. Ce serait aussi méconnaître la nature et le fondement de la responsabilité prévue à l'article 333 CC. La faute, nous l'avons souligné, n'est pas une condition de son existence⁷⁰. Les père et mère peuvent être tenus à réparation si leur comportement a été tant soit peu imprévoyant, sans constituer en lui-même une négligence. Il suffit qu'ils aient violé leur devoir de surveillance. Or, ce devoir ne comporte pas seulement l'obligation de veiller effectivement sur le mineur ou l'incapable, mais aussi de prendre toutes les mesures éducatives susceptibles de prévenir des accidents⁷¹. Une telle exigence suffit généralement à engager la responsabilité cumulative des cochef de famille; il est alors malaisé de vouloir déterminer dans quelle mesure le comportement de l'un d'eux a favorisé l'acte dommageable. C'est une raison suffisante pour admettre, sur le plan interne, le principe d'un partage par moitié. Une autre répartition ne se justifiera que lorsqu'un des conjoints a contribué à la survenance du préjudice par une faute caractérisée. Si une telle négligence est imputable aux deux parents, le partage se fondera sur la gravité des fautes respectives⁷².

Un autre argument plaide en faveur du partage par moitié. Il tient aux rapports spécifiques qui unissent les père et mère. Plus que n'importe quelle autre communauté de responsables, l'union conjugale tisse entre eux des liens particulièrement étroits et durables. Etant donné que la réforme du droit de la famille met les époux sur un pied d'égalité, il est logique qu'ils supportent à part égale les risques assumés en commun. Sinon, quel critère général permettrait-il de fixer les quoteparts de responsabilité? Nous n'en voyons aucun qui emporte notre conviction. Nous refusons en tout cas la proposition de Woytt, mentionnée plus haut dans l'examen du droit français⁷³. Cet auteur suggère de faire éventuellement peser le poids définitif du dommage sur le parent qui exerce une «influence prépondérante» sur l'enfant, en fonction du rôle qu'il joue dans la famille. Une telle

⁶⁷ Deschenaux H. / Tercier P., p. 284.

⁶⁸ Selon les circonstances, un tel comportement pourrait engager la responsabilité délictuelle du parent en cause (cf. *supra* p. 63), éventuellement être considéré comme gravement fautif au point de permettre l'exonération de son conjoint (cf. *supra* p. 101 ss).

⁶⁹ Cf. *supra* p. 25 et 30.

⁷⁰ Cf. *supra* § 28.

⁷¹ Cf. *supra* p. 102 s.

⁷² Peu importe qu'il s'agisse d'un cas de responsabilité commune (art. 50 CO) ou concurrente (art. 51 CO) (cf. *supra* § 47).

⁷³ Cf. *supra* p. 113.

proposition s'oppose à la fois au bon sens, à la loi et à l'équité. Tout d'abord, il est inopportun, sinon impossible, de tracer une limite entre les devoirs de surveillance et d'éducation, fondamentalement communs et interdépendants. Or, ces devoirs incombent aux deux époux, indistinctement. Le législateur du nouveau droit de la filiation n'a justement pas voulu d'un partage de compétences entre les parents, en fonction du sexe ou de l'âge du mineur, ou du genre de décision à prendre⁷⁴. Par ailleurs, le mode de répartition proposé par Woytt conduirait le plus souvent à faire peser sur la mère la charge de la réparation, dans la mesure où le devoir de surveillance à l'égard de jeunes enfants s'apprécie avec plus de sévérité. Cette conséquence, inéquitable, reviendrait à sanctionner d'une autre manière le partage traditionnel des rôles en défaveur de la femme. Elle heurte le postulat de l'égalité des époux, qui caractérise la révision du droit de la famille⁷⁵.

Ces remarques ne signifient pas que le règlement des rapports internes doit aboutir automatiquement à faire supporter aux parents une part égale du préjudice. Une telle solution, préconisée par Legeais en droit français, est trop mécanique⁷⁶. Le juge, qui dispose en ce domaine d'un pouvoir d'appréciation, doit tenir compte des circonstances du cas d'espèce. La faute, nous l'avons dit, en est une. Mais d'autres facteurs peuvent entrer en ligne de compte: la gêne notamment, lorsque la réparation représenterait une charge financière insupportable pour un codébiteur (art. 44 al. 2 CO)⁷⁷. Rappelons, à ce propos, que le défendeur à l'action récursoire est habilité à faire valoir les exceptions personnelles qu'il aurait pu invoquer à l'égard du créancier principal. Il ne saurait en effet être plus mal placé (ni mieux, non plus) que s'il avait été actionné directement par le lésé⁷⁸. Par ailleurs, il pourra éventuellement arguer que le recourant a omis de soulever une exception commune lors du procès principal. Dans l'affirmative, ce dernier devrait assumer les conséquences de sa négligence. Selon les cas, il serait déchu de son droit de recours ou s'en verrait réduire l'étendue⁷⁹.

En résumé, deux raisons principales nous font admettre le principe d'un partage par moitié de la dette parentale: l'une tient à la nature juridique et au fondement de la responsabilité instituée à l'article 333 CC; l'autre aux rapports entre les conjoints dans le Code civil révisé. La solution est d'ailleurs conforme aux règles posées par la doctrine et la jurisprudence en cas de concours entre deux responsabilités causales ordinaires⁸⁰. Sous réserve d'une convention, toute autre répartition que celle à part égale ne se justifiera qu'en présence de circonstances particulières, qu'elles touchent la participation des père et mère à la réalisation de l'acte dommageable ou leur situation personnelle. Tel serait le cas lorsque l'un d'eux a commis une faute caractérisée dans la surveillance de l'auteur ou quand la réparation l'exposerait à la gêne.

⁷⁴ Cf. *supra* p. 32.

⁷⁵ Cf. *supra* p. 27 s.

⁷⁶ Cf. *supra* p. 113.

⁷⁷ Cf. *supra* p. 95. Cf. aussi Becker H., n. 4 ad art. 51 CO; ATF 50 II 186, JT 1924 I 396, Etablissement d'assurance contre l'incendie du canton de Soleure c. Häner, cons. 4.

⁷⁸ Cf. *supra* p. 109 s. Cf. aussi Oser H. / Schönenberger W., n. 23 ad art. 51 CO; Oftinger K., I p. 355.

⁷⁹ Cf. *supra* p. 92 s et 96.

⁸⁰ Cf. *supra* p. 111 s.

La condamnation à réparer le préjudice causé par un mineur ou un incapable consiste presque toujours à payer une somme d'argent. Elle compense le dommage, éventuellement le tort moral subi par la victime. Il s'agit d'une dette personnelle, dont le chef de famille répond sur ses biens. Elle entre dans les obligations résultant d'actes illicites (art. 41 ss CO)⁸¹.

L'indemnisation du lésé ne saurait donc être considérée comme un acte de représentation de l'enfant, au sens de l'article 304 CC⁸²; ni comme un cas de représentation de l'union conjugale. Cette dernière précision est valable dans le droit actuel (art. 162 s CC) comme elle le sera dans le Code révisé (art. 166 Projet 1979)⁸³. Certes, il est possible qu'en pratique, les époux fassent sans autre considération entrer le paiement de l'indemnité dans les besoins courants du ménage, au même titre que l'achat de livres d'école ou les frais de traitement médical de l'enfant⁸⁴. On l'imagine lorsque le montant dû à la victime est modique ou quand le contrat d'assurance de la responsabilité civile fait supporter au preneur une franchise. Il n'empêche que l'obligation découlant de l'article 333 CC reste une dette délictuelle ordinaire, sans spécificité propre. Le mariage des cochef de famille n'en altère pas la nature juridique. En revanche, il en influence le règlement et détermine, selon le régime matrimonial, les biens qui en garantissent le paiement.

La révision du droit matrimonial supprime l'interdiction de l'exécution forcée entre les époux⁸⁵. Le législateur de 1907 la justifiait par l'intimité du lien conjugal. Les auteurs du Projet admettent que les poursuites entre conjoints constituent inévitablement une source de tensions. Néanmoins, les inconvénients de la réglementation actuelle l'emportent sur ses avantages. D'une part, les époux ont pleine capacité pour s'intenter des procès, qui perturbent autant le climat conjugal. D'autre part, l'interdiction de l'exécution forcée peut faire perdre à un conjoint ses droits contre l'autre, dans la mesure où il doit attendre la fin de l'union pour les faire valoir. Certes, précise le Conseil fédéral, «la suspension de la prescription (art. 134 al. 1^{er} ch. 3 CO) sauvegarde-t-elle la créance comme telle, mais elle ne garantit naturellement pas qu'à la dissolution du mariage, et encore moins en cas de poursuite par un tiers, l'époux débiteur offre une surface financière suffisante — sans compter qu'après des années, l'époux créancier sera en peine d'établir l'existence de son titre»⁸⁶.

Le Projet de 1979 prescrit que le régime matrimonial n'exercera pas d'influence sur l'exigibilité des dettes entre conjoints (art. 203 al. 1^{er}, 232 al. 1^{er} et 247 al. 1^{er})⁸⁷. La règle est une conséquence de l'abrogation des articles 173 ss CC. Les principes généraux du droit des obligations trouveront donc application, mais avec une double réserve. La première résulte de l'article 134 al. 1^{er}, ch. 3 CO sur l'empêchement et la suspension de la prescription des créances d'un époux contre l'autre. Cette disposition reste applicable⁸⁸. La seconde réserve concerne les faci-

⁸¹ Cf. *supra* p. 75.

⁸² Est réservé le cas où la victime a actionné, non les parents selon l'art. 333 CC, mais l'enfant en vertu de l'art. 41 ou 54 CO.

⁸³ Cf. *supra* p. 75. Cf. aussi Lemp P., n. 8 ad art. 162 CC et n. 12 ad art. 163 CC; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1241 ss.

⁸⁴ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1242.

⁸⁵ La règle implique l'abrogation des art. 173 ss CC (Mess. 1979, FF 1979 II p. 1250 ss et 1351 s).

⁸⁶ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1251.

⁸⁷ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1252; Lemp P., n. 3 ad art. 175 CC.

⁸⁸ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1292; cf. *supra* p. 110.

lités de paiement accordées au conjoint débiteur. Lorsque le règlement d'une dette l'expose à des difficultés graves susceptibles de mettre en péril l'union conjugale, il pourra solliciter un sursis, «à charge de fournir des sûretés si les circonstances le justifient» (art. 203 al. 2, 232 al. 2 et 247 al. 2 Projet 1979)⁸⁹. La dérogation s'explique par le fait que les époux ne sont pas dans la situation de créancier et de débiteur ordinaires. Les égards qu'ils se doivent (art. 159 al. 2 et 3, inchangés dans le Projet) s'imposent aussi dans leurs rapports patrimoniaux.

Ces principes déploient dans notre cas les effets suivants⁹⁰. Celui des père et mère qui a désintéressé la victime sera habilité à obtenir, durant le mariage, le règlement de la créance récursoire contre son conjoint. En d'autres termes, dès que la dette est exigible, il pourra en réclamer le paiement, au besoin par exécution forcée⁹¹. L'article 134 al. 1^{er}, ch. 3 CO lui permettra de différer son recours sans avoir à redouter la perte de sa créance. Quant au cochef de famille débiteur, il se verra éventuellement accorder des facilités de paiement. Le cas échéant, il pourrait être tenu de fournir des sûretés.

Reste enfin à examiner l'influence du règlement de la dette sur les biens des époux. Nous le ferons de manière succincte, en renvoyant pour le surplus — notamment sur la question du partage interne entre les différentes masses de biens et celle des récompenses — aux ouvrages spécialisés. Nous nous pencherons principalement sur un problème, important dans le domaine de la responsabilité civile: celui de savoir quels biens, selon le régime matrimonial, garantissent le paiement de la dette. Dans notre domaine, cette question se pose au plan externe, quand le lésé actionne l'un des cochefs de famille, ou les deux conjointement; mais elle peut intervenir aussi au plan interne, lors de l'action récursoire d'un époux contre son partenaire⁹².

Nous envisagerons les trois cas principaux prévus par le Projet de nouveau droit matrimonial. Tout d'abord, celui des parents soumis au régime légal ordinaire de la participation aux acquêts (art. 196 à 217)⁹³. Signalons à ce propos que le régime des personnes mariées à l'entrée en vigueur des Titres V et VI révisés du CC sera en principe régi immédiatement par la loi nouvelle (Projet 1979, art. 9 *a* Titre final)⁹⁴. Il en découlera le remplacement de l'union des biens par la participation aux acquêts, dans les rapports des époux entre eux et avec les tiers (Projet 1979, art. 9 *b* à *d* Titre final)⁹⁵. «En particulier, les dettes de la femme seront garanties par tous ses biens, sans aucune distinction entre elles»⁹⁶.

Nous nous pencherons ensuite sur la situation des père et mère placés sous l'un des deux autres régimes du nouveau droit: celui de la communauté de biens, qui subsiste, sous diverses variantes, comme régime conventionnel (art. 218 à 243 Projet 1979)⁹⁷. Et celui de la séparation de biens (art. 244 à 248 Projet 1979), prévu comme régime conventionnel, et comme régime extraordinaire lorsque le

⁸⁹ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1281, 1292, 1316 et 1323.

⁹⁰ Ces effets interviendront dès l'entrée en vigueur du nouveau droit, même pour des dettes antérieures (Mess. 1979, FF 1979 II p. 1337).

⁹¹ L'exigibilité est déterminée par le moment de l'indemnisation (cf. *supra* p. 110).

⁹² Cf. *supra* p. 75, 107 et 114.

⁹³ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1205 ss et 1267 ss.

⁹⁴ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1339 s.

⁹⁵ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1340 ss. Notons qu'à certaines conditions, les époux pourront convenir de demeurer soumis à l'union des biens, qui subsiste seulement en droit transitoire (Projet 1979, art. 9 *e* Titre final; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1344).

⁹⁶ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1340.

⁹⁷ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1306 ss et 1340.

juge ou la loi met fin au régime ordinaire ou au régime de communauté sous lequel les époux vivaient (art. 185, 188 et 189 Projet 1979)⁹⁸. Les articles 244 ss du Projet s'appliqueront aussi aux conjoints qui sont soumis à la séparation de biens légale ou judiciaire du droit actuel⁹⁹.

En revanche, nous laisserons de côté quelques cas particuliers, sans importance pratique. Ils touchent les couples qui ont adopté, sous l'empire du droit actuel, un régime de communauté (art. 215 à 228, 237 à 240 CC), ou le régime de l'unité des biens (art. 199 CC), ou encore un régime dotal (art. 247 CC). Les dispositions actuellement en vigueur leur demeureront applicables¹⁰⁰.

Dans le régime ordinaire de la participation aux acquêts, les conjoints sont libres propriétaires de leurs biens (biens propres et acquêts). Ils répondent séparément pour leurs dettes sur toute leur fortune (art. 202 Projet 1979). Ce régime « n'exerce aucune influence sur les dettes qui naissent à la charge des époux... Il n'y a pas de cas où, en vertu du régime, un époux ne répondrait que sur certains de ses biens et où son patrimoine garantirait des dettes de son conjoint »¹⁰¹. Dans l'application de l'article 333 CC, le lésé ne pourra donc compter que sur la garantie du patrimoine du cochef de famille actionné. Au plan interne, celui des père et mère qui, en indemnisant la victime, aura payé une dette incombant à l'autre, exercera son recours selon les règles du droit commun¹⁰². Tout au plus, le conjoint débiteur se prévaudra-t-il de facilités de règlement, comme nous l'avons mentionné plus haut (art. 203 al. 2 Projet 1979)¹⁰³.

La communauté de biens, prévue sous diverses variantes comme régime conventionnel, correspond dans ses grandes lignes au régime des articles 215 ss CC¹⁰⁴. Le principe de l'égalité des époux rendait pourtant nécessaire quelques modifications. L'une d'elles a précisément trait à la responsabilité pour les dettes. Le Projet ne distingue plus entre la situation du mari et celle de la femme¹⁰⁵. Il place les conjoints sur le même pied. C'est une conséquence de leur droit égal d'administrer les biens communs (art. 224). Au plan externe, chacun d'eux a des dettes générales, dont il répond sur ses biens propres et les biens communs (art. 230), et des dettes personnelles, qui ne grèvent que ses biens propres (art. 231). Les obligations résultant d'actes illicites entrent dans la catégorie des dettes générales¹⁰⁶. Dans notre domaine, la créance du lésé sera donc garantie par les biens propres du cochef de famille actionné, mais aussi par le patrimoine

⁹⁸ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1270 ss, 1321 ss, 1340 et 1347. Cf. aussi Projet 1979, art. 10 b Titre final.

⁹⁹ Projet 1979, art. 9 f Titre final; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1345.

¹⁰⁰ Projet 1979, art. 10 Titre final; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1345 s.

¹⁰¹ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1291. Blunschy-Steiner E., *Revision des Ehevertrags mit besonderer Berücksichtigung des Ehegüterrechts*, RNRf 1975 p. 134; Hegnauer C., *Der Entwurf des neuen Ehevertrags*, RSJ 1980 p. 73. Est réservé le cas des dettes contractées dans les limites du pouvoir domestique (art. 166 al. 3 Projet 1979), qui ne touche pas notre domaine (cf. *supra* p. 117).

¹⁰² Cf. *supra* p. 117. Cf. aussi Mess. 1979, FF 1979 II p. 1291 s.; Deschenaux H., RDS 1957 II p. 584 a.

¹⁰³ Cf. *supra* p. 117 s. Sur le règlement des récompenses entre les biens de chaque époux, cf. art. 209 Projet 1979; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1298 s.; Deschenaux H., RDS 1957 II p. 584 a s.; Blunschy-Steiner E., *op. cit. supra* ad n. 101, p. 136; Hegnauer C., *op. cit. supra* ad n. 101, p. 74.

¹⁰⁴ Cf. *supra* p. 118. Mess. 1979, FF 1979 II p. 1306 ss. Parmi les variantes du régime, on distingue la communauté universelle (art. 219 Projet 1979) et les communautés réduites, notamment celle constituée par les acquêts (art. 220 s. Projet 1979).

¹⁰⁵ Sur la question des dettes dans le droit actuel, cf. *supra* p. 75, n. 129 s. Cf. aussi Mess. 1979, FF 1979 II p. 1313 s.; Deschenaux H., RDS 1957 II p. 569 a; Lemp P., ad art. 219 à 221 CC.

¹⁰⁶ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1314 s.; Deschenaux H. / Petitpierre G., SJ 1975 p. 487.

constitué par la masse commune. En cas de poursuite, la victime devra faire notifier le commandement de payer, et tout autre acte, à chaque époux (Projet 1979, art. 68 *bis* LP)¹⁰⁷. Au niveau interne, dans le Projet, l'article 232 reprend les termes de l'article 203: le régime n'exerce pas d'influence sur l'exigibilité des dettes entre époux; mais le débiteur peut, à certaines conditions, solliciter des délais de paiement¹⁰⁸.

Cette règle est aussi reproduite telle quelle à l'article 247 du Projet, qui traite des rapports obligationnels entre conjoints séparés de biens¹⁰⁹. S'agissant de la garantie patrimoniale de leurs dettes, la situation est la même que dans le régime de la participation aux acquêts: les époux sont libres propriétaires de leurs biens. Ils répondent séparément sur toute leur fortune des dettes dont ils sont tenus personnellement (art. 246 Projet 1979)¹¹⁰.

¹⁰⁷ Mess. 1979, FF 1979 II p. 1316 et 1351 s.

¹⁰⁸ Cf. *supra* p. 117 s; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1316. Sur le règlement des récompenses entre biens communs et biens propres, cf. art. 235 Projet 1979; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1317; Deschenaux H., RDS 1957 II p. 572 a s.

¹⁰⁹ Cf. *supra* p. 117 s; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1323.

¹¹⁰ Cf. *supra* p. 117 et 119; Mess. 1979, FF 1979 II p. 1322 s. Sur la question des dettes dans le droit actuel, cf. *supra* p. 75, n. 129 s; Deschenaux H., RDS 1957 II p. 561 a s; Lemp P., ad art. 243 CC.

CONCLUSIONS

Une fois achevée la réforme du droit matrimonial, les époux auront qualité de cochefs de famille, au sens des articles 331 à 333 CC. Ce statut leur donnera le droit et le devoir d'exercer conjointement l'autorité sur les membres de la communauté domestique. Sous réserve d'exonération commune ou individuelle, ils seront solidairement responsables des préjudices causés à des tiers par leurs enfants mineurs.

La réforme entraînera une nouvelle interprétation des articles 331 ss CC, pour leur cas d'application typique: la famille légitime unie. Elle aura pour effet majeur d'étendre le concept de chef de famille, donc le sujet de la responsabilité régie à l'article 333. En conséquence, la mère devra assumer, parfois seule, une obligation qui ne lui incombe d'ordinaire pas dans le droit actuel; la situation du père sera améliorée d'autant. Paradoxalement, cette charge nouvelle pèse sur la mère à un moment où, en raison de l'émancipation de la femme et de l'affaiblissement de son rôle traditionnel de gardienne du foyer, elle s'occupe moins exclusivement des enfants.

La responsabilité des époux sera soumise à la solidarité. C'est l'institution adéquate en cas de pluralité de responsables. Elle s'inscrit parfaitement dans la logique de la révision du droit de la famille: dans la mesure où les parents sont dorénavant sur un pied d'égalité, en particulier dans l'exercice de l'autorité domestique, il est équitable qu'en contrepartie ils assument ensemble les risques qui en découlent. Le sort des victimes de dommages causés par des mineurs et incapables se voit ainsi renforcé. Simultanément s'établit un lien plus réaliste entre la responsabilité — fondée sur la violation des devoirs de surveillance et d'éducation — et les personnes à qui la violation de ces devoirs est généralement imputable. La divergence entre le responsable légal et le responsable de fait s'estompe.

Dans la plupart des cas, nous l'avons dit, les articles 331 ss CC recevront une application nouvelle. Le Message du Conseil fédéral relatif à la révision du droit matrimonial n'en souffle pourtant pas mot. Ni d'ailleurs d'autres travaux préparatoires à la réforme du droit de la famille. On s'étonnera peut-être qu'un tel changement fasse une entrée aussi discrète dans la loi. Il ne résulte finalement que de l'abrogation des articles 160 al. 1^{er} et 274 al. 2 CC et du silence des textes nouveaux (art. 159 Projet 1979 inchangé et 297 al. 1^{er} nouv. CC). Le législateur de la réforme devait-il modifier le chapitre du Code civil consacré à l'autorité domestique? La question se pose à un double titre: pour ce qui touche le statut de chef de famille d'une part (art. 331 al. 1^{er}), pour ce qui a trait à la responsabilité des père et mère d'autre part (art. 333).

S'agissant de la première question, la réponse ne souffre aucun doute. En disposant que «l'autorité domestique sur les personnes vivant en ménage

commun appartient à celui qui est le chef de la famille en vertu de la loi, d'un contrat ou de l'usage», l'article 331 al. 1^{er} CC n'est formellement pas discriminatoire à l'encontre de l'un ou de l'autre des conjoints. Toute allusion expresse à la famille légitime était donc superflue, d'autant qu'on admet depuis longtemps que l'autorité domestique puisse être exercée conjointement par plusieurs sujets, pourvu qu'ils se trouvent sur un pied d'égalité¹. Tel est le cas des époux dans le Code civil révisé.

Quant à la seconde question, elle revient à se demander si les auteurs du Projet de 1979 devaient modifier l'article 333 CC, en instituant la responsabilité solidaire des père et mère. La réponse est délicate, puisqu'elle touche un domaine controversé: la dualité de la solidarité. On sait que la doctrine classique et la jurisprudence distinguent deux formes de solidarité — parfaite et imparfaite — selon un critère purement formel; elles soumettent à la solidarité parfaite les cas expressément prévus par la loi. Dans le silence du Code des obligations, le législateur ne dispose pourtant d'aucun critère sûr pour déterminer précisément quels cas sont visés. Cette incertitude a forcément conduit à des solutions arbitraires. Certes, on a soutenu que les responsables soumis à la solidarité parfaite étaient souvent unis par un lien communautaire, qui justifierait que leur position ne soit pas « interchangeable » à l'égard du lésé. Nul doute que les époux forment cette communauté caractéristique. Mais de nombreux exemples infirment l'argument, ce qui fait sérieusement douter de sa valeur. Ainsi, on a parfois prévu la solidarité pour des cas de responsabilité purement concurrente, comme à l'article 60 al. 1^{er} L.C.R. Ailleurs, dans des situations où l'élément communautaire existait de toute évidence, on a renoncé à énoncer la solidarité. C'est notamment le cas de coemployeurs (art. 55 CO), des codétenteurs d'animal (art. 56 CO), des copropriétaires d'ouvrage ou d'immeuble (art. 58 CO et 679 CC) ou des cochefs de famille (art. 333 CC)². Dans ces conditions, aucun motif décisif ne saurait inciter le législateur de la réforme à instituer la responsabilité solidaire des parents. Le proposer conduirait à reconnaître la prétendue logique du système dualiste de la solidarité. Or, cette logique n'existe pas, puisque la distinction entre les deux formes de solidarité ne repose pas sur un fondement valable.

Le proposer aboutirait à des solutions discutables: pourquoi prévoir expressément la solidarité pour les père et mère, et non pour d'autres cochefs de famille ou d'autres personnes tenues d'une même responsabilité causale? Cette question ne peut trouver de réponse satisfaisante que par l'institution d'un système unifié; les coresponsables seraient soumis à un régime identique, qu'ils aient agi ensemble ou séparément et quelle que soit la nature de leur obligation. Un tel système n'est pas appliqué de nos jours. *De lege lata*, la théorie dualiste de la solidarité entraîne, comme dans notre domaine, des résultats dichotomiques regrettables, mais d'importance pratique restreinte. D'ordinaire, la responsabilité des père et mère sera donc soumise à la solidarité imparfaite, à moins que leur défaut de surveillance constitue une faute commune susceptible de provoquer l'application de l'article 50 CO. Le principe — quelle que soit d'ailleurs la forme de solidarité — déploie un double effet général: au plan externe, le concours d'actions; au plan interne, la répartition de la dette par moitié, sauf en cas de facteurs d'appréciation particuliers.

La révision du droit de la famille, nous l'avons souligné, ne rendait pas indispensable une modification formelle des articles 331 à 333 CC. Mais elle aurait pu

¹ Cf. *supra* p. 51.

² Cf. *supra* p. 51 et 86.

être l'occasion d'une «toilette», sur deux points en tout cas. Le premier concerne l'expression «chef de famille» qui, de toute évidence, n'est pas adéquate. Tout d'abord, l'autorité domestique — institution en elle-même incontestée — peut s'exercer sur une entité non familiale, comme une exploitation agricole ou artisanale, un pensionnat ou un hospice³. Par ailleurs, le mot «chef» est désuet. Dans notre domaine, il évoque un ordre hiérarchique et patriarcal manifestement dépassé. En remplacement, nous proposerions, sans enthousiasme, la formule «détenteur de l'autorité domestique»; elle est peu élégante, mais correcte et exprime de manière appropriée la fonction attachée à l'institution.

Le second point touche les termes «ménage commun» des articles 331 al. 1^{er} et 332 al. 1^{er} CC. Nous leur préférerions ceux de «communauté domestique», qui traduisent mieux l'idée justement contenue ici d'une communauté de vie entre des personnes soumises à l'autorité de l'une ou plusieurs d'entre elles⁴. Les droits révisés de l'adoption (art. 266 al. 1^{er} ch. 3 CC) et de la filiation (art. 301 al. 3 CC) ont dans ce sens retenu cette expression. Nous ne verrions toutefois pas d'objection à maintenir «ménage commun» à l'alinéa 2 de l'article 331 CC, qui ne fait que préciser l'alinéa 1^{er}. Suivant nos propositions, les articles 331 à 333 CC pourraient être libellés ainsi:

Article 331

al. 1^{er}: «L'autorité sur les personnes vivant en communauté domestique appartient à celui qui en est détenteur en vertu de la loi, d'un contrat ou de l'usage.»

al. 2: inchangé.

Article 332

al. 1^{er}: «Les personnes vivant en communauté domestique sont soumises à l'ordre de la maison, qui doit être établi de manière à tenir équitablement compte des intérêts de chacun.»

al. 2: inchangé

al. 3: «Le détenteur de l'autorité domestique veille à la conservation et à la sûreté de leurs effets avec la même diligence que s'il s'agissait des siens propres.»

Article 333

al. 1^{er}: «Le détenteur de l'autorité domestique est responsable du dommage causé par les mineurs et interdits ou les personnes atteintes de maladies mentales et les faibles d'esprit qui y sont soumis, à moins qu'il ne justifie les avoir surveillés de la manière usitée et avec l'attention commandée par les circonstances.»

al. 2 et 3: inchangés.

Nous ne saurions clore sans insister sur le rôle capital joué par l'assurance dans la transformation de la responsabilité civile, singulièrement de celle qui met en cause les père et mère comme chefs de famille. Tout d'abord, elle améliore sans contester la situation des personnes impliquées dans le rapport de droit: le débiteur qui est déchargé du poids de la réparation et le lésé qui se fait garantir une indemnisation intégrale. Indirectement, le bienfait retombe sur le collectif. Par ailleurs, en couvrant la responsabilité des parents et de leurs enfants mineurs,

³ Cf. *supra* p. 37 et 47.

⁴ Cf. *supra* p. 37.

l'assurance rend pratiquement sans objet certains problèmes embarrassants, juridiques et personnels: l'exonération d'un des père et mère au détriment de l'autre, la répartition entre eux de la dette solidaire, leur recours éventuel contre l'auteur du préjudice. Relayée par une technique sûre, la responsabilité civile tend ainsi à devenir un mode de garantie sociale⁵.

Il est malaisé de prédire si et dans quel sens cette tendance évoluera. Le pronostic dépend notamment du développement de l'assurance, que beaucoup, en Suisse comme à l'étranger, voudraient rendre obligatoire pour les chefs de famille⁶. Le cas échéant, la responsabilité civile individuelle perdrait sans doute son sens propre. Ne risquerait-elle pas alors de devenir, selon les termes de Geneviève Viney, «un simple support de l'assurance» et les père et mère des «responsables postiches»⁷ ?

⁵ Gilliard F., RDS 1967 II p. 204.

⁶ Petitjean T.M., p. 153; Starck B., n. 728; Durry G., RTDC 1973 p. 350; von Hippel E., FamRZ 1968 p. 575; Immenga U., FamRZ 1969 p. 317.

⁷ Viney G., *Réflexions sur l'article 489-2 du CCF*, RTDC 1970 p. 267.