

Rapport

consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs

(synthèse des résultats)

**Office fédéral de la justice
mai 2005**

Table des matières

Condensé	3
1 Introduction	4
2 Interventions parlementaires concernant le droit du divorce	5
3 A propos des personnes qui ont répondu au questionnaire	6
4 Appréciation générale du droit du divorce par les personnes interrogées ..	6
5 La représentation des époux par un avocat devant le tribunal	7
6 La suspension de la vie commune selon les art. 175 et 176 CC	7
7 Les causes de divorce (art. 111 à 116 CC)	7
8 Le logement de la famille (art. 121 CC)	9
9 Le partage des expectatives de prévoyance professionnelle (art. 122 ss CC)	9
9.1 Appréciation générale	9
9.2 Nécessité d'une réglementation expresse en droit international privé?	9
9.3 A propos des propositions de révision du rapport d'évaluation «Baumann/Lauterburg»	10
9.3.1 A propos de l'art. 122 CC	10
9.3.2 A propos de l'art. 123 CC	10
9.3.3 A propos de l'art. 124 CC	11
9.4 Propositions de révision faites par les personnes interrogées dans le domaine de la compensation de la prévoyance.....	11
10 L'entretien après le divorce	13
11 Les questions concernant les enfants	14
11.1 Appréciation générale de la nouvelle réglementation	14
11.2 Attribution de l'autorité parentale commune.....	14
11.3 Suppression subséquente de l'autorité parentale commune	15
11.4 Autorité parentale commune uniquement sur requête des deux parents ?	15
11.5 Autorité parentale commune en tant que règle ? Autres possibilités d'amélioration ?.....	15
11.6 L'audition des enfants	16
11.7 La représentation de l'enfant	17
11.8 Le droit de visite.....	18
12 Autres propositions de révision	19
Avis du Conseil fédéral	20

Condensé

Le droit du divorce totalement révisé est entré en vigueur le 1^{er} juin 2000. Par le postulat Jutzet du 20 mars 2001, le Conseil fédéral a été chargé de demander aux praticiens un rapport sur leur expérience dans le domaine du nouveau droit du divorce et, le cas échéant, de se fonder sur les informations recueillies auprès d'eux pour mettre en route une révision de la loi dans les meilleurs délais.

Après que l'entreprise «Griff» de Berne eut procédé à l'évaluation approfondie de la réglementation sur la compensation de la prévoyance, l'Office fédéral de la justice a élaboré, avec l'aide de spécialistes en évaluation législative, un questionnaire sur les causes de divorce, le logement de la famille, le partage des expectatives de prévoyance professionnelle, l'entretien après le divorce, les questions relatives aux enfants, ainsi que la suspension de la vie commune en tant que mesure protectrice de l'union conjugale. Le questionnaire permettait également aux participants de faire part de leurs souhaits de réviser la réglementation légale en vigueur.

Ce questionnaire a été envoyé à 160 tribunaux de 1^{ère} et 2^{ème} instance, à 1510 membres de la Fédération suisse des avocats qui y sont enregistrés comme spécialistes du droit du divorce, ainsi qu'à tous les membres de la Fédération des médiatrices et médiateurs. Au total, 950 personnes y ont répondu.

L'institut spécialisé en sciences politiques Interface, de Lucerne, a procédé à l'évaluation des réponses sous la forme de tableaux ainsi qu'à une récapitulation des remarques faites en relation avec les questions ouvertes. Quant au présent rapport, il résume les résultats de l'enquête.

L'enquête révèle clairement que les spécialistes sont d'avis que le besoin de révision n'est guère important, mais que l'on devrait procéder uniquement à des améliorations ponctuelles du droit du divorce. Une nette majorité de personnes ayant répondu au questionnaire souhaitent une modification du divorce par consentement mutuel en rapport avec le délai de réflexion. Quant à la réglementation sur la compensation de la prévoyance, elle a été jugée (plutôt) satisfaisante par la grande majorité des participants. Différentes retouches ont toutefois aussi été préconisées pour mieux tenir compte des exigences de la pratique. C'est ainsi que certaines personnes ont demandé que la question des conflits de lois fasse l'objet d'une réglementation légale, que le législateur fixe une nouvelle date butoir pour le calcul des prestations de sortie et que les conditions de l'indemnité équitable et de ses bases de calcul soient précisées dans la loi. Les dispositions sur l'obligation d'entretien et le logement de la famille ont été jugées de façon positive. En ce qui concerne les questions relatives aux enfants, l'on constate que l'autorité parentale commune est beaucoup plus répandue en Suisse Romande que dans le reste du pays. Les praticiens estiment que cette forme d'autorité parentale s'avère relativement stable. La solution consistant à faire de l'autorité parentale commune la règle a laissé les participants plutôt perplexes. La réglementation sur l'audition des enfants a été jugée (plutôt) satisfaisante par une nette majorité des participants, l'audition étant toutefois appliquée en pratique de manière fort différenciée. La représentation des enfants dans les procédures de divorce ne joue qu'un rôle mineur. Enfin, une minorité importante des participants estiment qu'il est possible d'améliorer l'exécution du droit de visite tel qu'il a été décidé par le juge.

S'agissant des possibilités – largement utilisées par les personnes interrogées – de soumettre des propositions supplémentaires de révision, aucune revendication ne se

dégage qui aurait été partagée par un grand nombre de participants, voire par une majorité d'entre eux.

1 Introduction

Le nouveau droit du divorce est entré en vigueur le 1^{er} juin 2000 après de longues années de préparation (art. 111 du Code civil, CC ; RS 210). Par le postulat Jutzet (n° 00.3681) du 20 mars 2001, le Conseil fédéral a été chargé de demander aux juges, aux avocats et autres personnes compétentes, ainsi qu'à leurs organisations respectives, un rapport sur leur expérience dans le domaine du nouveau droit du divorce et, le cas échéant, de se fonder sur les informations recueillies auprès des praticiens pour mettre en route une révision de la loi dans les meilleurs délais. Ce mandat a été réalisé en deux étapes.

La réglementation sur la compensation de la prévoyance (art. 122 ss CC) a tout d'abord été évaluée par les avocates Katerina Baumann et Margareta Lauterburg (de l'entreprise "*Griff – Gleichstellung & Recht, Integration und feministische Forschung*", à Berne). Publié en 2004¹, le rapport circonstancié rendu par ces deux auteurs contient des recommandations pour les praticiens et des propositions de révision. Il arrive à la conclusion que la pratique des tribunaux n'est pas satisfaisante du point de vue de l'égalité des sexes, notamment parce que le principe du partage est de plus en plus compris comme étant de droit non pas impératif mais dispositif, parce qu'il manque une date butoir pour le calcul des prestations de sortie et parce que les critères de calcul de l'indemnité équitable prévue à l'art. 124 CC font défaut. Par ailleurs, les deux auteurs ont également complété leur rapport d'une brochure d'information destinée aux femmes désirant divorcer, qui les renseigne sur leurs droits d'une façon claire et compréhensible².

L'Office fédéral de la justice a ensuite élaboré, avec l'aide de spécialistes en évaluation législative, un questionnaire sur le droit du divorce, composé de 40 questions rédigées de façon tantôt fermée (pour la plupart d'entre elles), tantôt ouverte. Dans une annexe au questionnaire, les personnes interrogées ont pu en outre s'exprimer sur les propositions de révision faites par les auteurs de l'étude sur la compensation de la prévoyance³ et reprises en partie par des initiatives parlementaires⁴. L'enquête s'est limitée à cet égard aux propositions dont le sens apparaissait d'emblée compréhensible pour l'ensemble des participants.

Après avoir été testé, ce questionnaire a été envoyé en juin 2004 à 160 tribunaux de 1^{ère} et 2^{ème} instance, en leur demandant de le distribuer aux magistrats qui s'occupent plus particulièrement du droit du divorce. Il a également été adressé à 1510 avocats et avocates affilié(e)s à la Fédération suisse des avocats et qui y sont enregistré(e)s comme spécialistes du droit du divorce, ainsi que – un peu plus tard – aux membres de la Fédération des médiatrices et médiateurs. Les personnes n'ayant pas renvoyé le questionnaire après un certain temps ont reçu un courrier qui les invitait à le faire. L'enquête s'est terminée à fin octobre 2004.

¹ Evaluation Vorsorgeausgleich. Eine empirische Untersuchung an sieben Scheidungsgerichten, Schriftenreihe zum Familienrecht, tome 3, Berne 2004. Un résumé de ce rapport est disponible sous le site «www.sozialstaat.ch».

² Divorce, caisse de pension, AVS/AI – ce qu'il vous faut savoir, édité par la Conférence suisse des préposées à l'égalité, 2004 (disponible sous le site «www.sozialstaat.ch» dans les trois langues officielles).

³ Evaluation Vorsorgeausgleich, p. 104 ss.

⁴ Cf. ci-dessous ch. 2.

Au total, 950 personnes ont répondu au questionnaire, soit 219 juges de 1^{ère} instance, 30 juges de 2^{ème} instance, 1 juge de paix, 647 avocat(e)s et 19 spécialistes de la médiation, alors que 34 d'entre elles n'ont pas indiqué leurs fonctions (question 1).

Le taux de retour des questionnaires a été de 43 % chez les avocats et peut ainsi être qualifié de relativement élevé, puisque le taux de retour lors d'enquêtes empiriques se situe habituellement autour de 30 %.

La firme Interface, à Lucerne, a procédé, sur mandat de l'Office fédéral de la justice, à l'évaluation des réponses sous la forme de tableaux descriptifs ainsi qu'à une compilation des remarques faites en relation avec les questions ouvertes⁵. Quant au présent rapport, il résume les résultats de l'enquête.

Une autre évaluation portant sur "Les enfants et le divorce – Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales" est en préparation depuis 2004, sous la direction du Prof. Andrea Büchler, de Zurich, et de Mme Heidi Simoni, du «*Marie-Meierhofer-Institut für das Kind*» de Zurich, dans le cadre du programme national de recherche 52 intitulé «L'enfance, la jeunesse et les relations entre générations dans une société en mutation». Les résultats de cette étude devraient déboucher sur la formulation de recommandations relatives à la mise en oeuvre et à l'affinement du droit actuel du divorce, ainsi qu'à la prise en compte et au soutien des enfants et des jeunes dont les parents se trouvent en instance de divorce. L'étude est attendue pour 2007.

2 Interventions parlementaires concernant le droit du divorce

Le nouveau droit du divorce a déjà fait l'objet d'une révision partielle le 1^{er} juin: suite à une initiative parlementaire, le délai de séparation prévu aux art. 114 et 115 CC a en effet été réduit de quatre à deux ans⁶.

Il existe en outre trois initiatives parlementaires qui n'ont pas encore été traitées: deux d'entre elles concernent la compensation de la prévoyance (Thanei n° 04.405 du 3 mars 2004 et Sommaruga n° 04.409 du 8 mars 2004), alors que la 3^{ème} vise un assouplissement du délai de réflexion obligatoire prévu à l'art. 111 CC (Jutzet n° 04.444 du 18 juin 2004).

Par ailleurs, un postulat Wehrli (n° 04.3250) du 7 mai 2004 a chargé le Conseil fédéral d'examiner comment il serait possible de promouvoir l'autorité parentale conjointe dans les cas où les parents ne sont pas mariés ensemble ou ne le sont plus, et de déterminer s'il serait possible de faire de l'autorité parentale conjointe la règle. Le Conseil fédéral propose d'accepter le postulat, qui n'a toutefois pas encore été transmis.

Enfin, un postulat Janiak (n° 02.3034) du 21 juin 2002 demande une concrétisation du terme d'«insupportable» au sens de l'art. 115 CC. Il a été classé en raison du nouveau délai de séparation fixé à l'art. 114 CC. Le nombre des divorces prononcés en raison du caractère insupportable de la continuation du mariage, qui n'était déjà

⁵ Le document intégral, intitulé «*Evaluation du sondage portant sur l'application du droit du divorce à l'intention des juges, des avocats et des médiateurs*», est disponible sous le site «www.bj.admin.ch».

⁶ RO 2004 2161; FF 2003 3490 et 2003 5310.

pas très important avant la révision de l'art. 114 CC⁷, devrait selon toute vraisemblance continuer à diminuer.

3 A propos des personnes qui ont répondu au questionnaire

36% des 950 personnes qui ont répondu au questionnaire sont de sexe féminin et 64% de sexe masculin (question 2).

70% d'entre elles appartiennent à la tranche d'âge située entre 40 et 60 ans, tandis que 20% sont âgées de 30 à 40 ans (question 3).

721 personnes (soit 76%) ont indiqué l'allemand pour langue principale de travail, 166 (soit 18%) le français et 55 (soit 6%) l'italien (question 4). 40% des personnes ont qualifié de "grande ville" la région dans laquelle elles exercent leur activité, 47% d'"agglomération" ou de "centre régional" et 13% de "campagne" (question 5).

Environ 62% des personnes ont estimé à moins de 40% la part de leur activité professionnelle consacrée à des procédures de divorce, alors que 17% d'entre elles ont estimé cette part entre 60 et 100% (question 6). Aucune différence notable ne se dégage à cet égard entre les juges et les avocats.

148 personnes (soit 16%) ont indiqué être au bénéfice d'une formation dans le domaine de la médiation (question 7).

4 Appréciation générale du droit du divorce par les personnes interrogées

Environ 78% des personnes ayant répondu au questionnaire ont jugé "satisfaisant" ou "plutôt satisfaisant" le droit du divorce tel qu'il est actuellement en vigueur, alors qu'environ 20% d'entre elles l'ont jugé "plutôt insatisfaisant" ou "insatisfaisant" (question 39)⁸.

Les juges se sont montrés légèrement plus positifs dans leur appréciation que les avocats (83% environ de "satisfaisant" ou de "plutôt satisfaisant" pour les premiers contre 76% environ pour les seconds⁹). Aucune différence notable n'est à signaler dans l'appréciation selon le sexe, le lieu d'activité ou la langue des personnes interrogées, ni selon leur part d'activité consacrée aux procédures de divorce.

Le taux des personnes dont l'appréciation a été positive ou plutôt positive est plus élevé de 5% dans la catégorie des personnes dotées d'une formation dans le domaine de la médiation que dans celle des personnes qui ne disposent pas d'une telle formation.

⁷ Sur les 16'799 divorces rendus en 2003, 15'679 l'ont été sur la base de l'art. 111 CC, 526 sur la base de l'art. 112 CC, 397 sur la base de l'art. 114 CC et seulement 197 sur la base de l'art. 115 CC (Dissolutions du mariage en Suisse en 2003, Office fédéral de la statistique, Section Démographie et migration).

⁸ Etant donné que les personnes interrogées pouvaient le plus souvent répondre en cochant la rubrique "indécis", les pourcentages indiqués dans le présent rapport n'arrivent généralement pas au total de 100%.

⁹ Il ne s'agit là que d'une pure comparaison de pourcentages sans test de significativité.

5 La représentation des époux par un avocat devant le tribunal

Les juges interrogés ont estimé, par rapport au nombre des procédures de divorce qu'ils ont eu à traiter, à 29% celles où aucun époux n'était représenté par un avocat, à 15% celles où un seul des époux était représenté, à 17% celles où les deux époux étaient représentés par le même avocat et à 39% celles où les deux époux étaient représentés chacun par leur propre avocat (question 9).

6 La suspension de la vie commune selon les art. 175 et 176 CC

A la question de savoir si l'art. 175 CC pose en pratique des problèmes que le législateur devrait résoudre (question 38a), 84% des personnes interrogées ont répondu par la négative et 16% seulement par l'affirmative.

Les personnes qui préconisent une révision de l'art. 175 CC ont fait valoir en particulier que cette disposition est dépassée, étant donné que la jurisprudence permet le plus souvent de manière inconditionnelle à un époux de vivre séparé de son conjoint. Il y aurait lieu soit de supprimer ou de reformuler les causes donnant droit à une vie séparée, soit d'ajouter à celles-ci la volonté de divorcer et la requête commune.

Quant à la question de savoir si l'art. 176 CC pose en pratique des problèmes que le législateur devrait résoudre (question 38b), 81% des personnes interrogées ne voient pas de nécessité de réviser cette disposition, alors que 19% seulement plaident en faveur d'une telle révision. La part des juges pour qui cette disposition ne pose pas problème s'élève à 86% et celle des avocats à 79%.

Certaines personnes interrogées préconisent tantôt un assouplissement des conditions d'application permettant au juge d'ordonner la séparation des biens, tantôt une concrétisation des circonstances qui justifient que le juge ordonne une telle séparation. Il semble que certains tribunaux ordonnent la séparation des biens de façon quasi-inconditionnelle, au mépris de l'art. 176, al. 1, ch. 3, CC, tandis que d'autres font preuve d'une grande retenue dans l'application de cette disposition. En outre, diverses propositions ont été faites en matière procédurale et une amélioration des possibilités d'intervention du tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale en cas de violence domestique a été demandée¹⁰. Enfin, le vœu a été émis que le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale puisse non seulement ordonner la séparation des biens, mais également procéder à la liquidation du régime matrimonial.

7 Les causes de divorce (art. 111 à 116 CC)

Le délai de réflexion obligatoire de deux mois prévu à l'art. 111, al. 2, CC en cas de divorce sur requête commune a été très critiqué (question 10). 73% des personnes qui ont répondu à cette question se sont prononcées en faveur d'une modification de ce délai, alors que seuls 23% d'entre elles ont prôné le maintien de la réglementation actuellement en vigueur. Si 66% des juges et 76% des avocats se sont montrés

¹⁰ Les compétences du tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale en cas de violence domestique devraient être renforcées sur la base d'une initiative parlementaire Vermot-Mangold du 14 juin 2000 (n° 00.419 Protection contre la violence dans la famille et dans le couple). Les nouvelles dispositions prévues sur la protection de la personnalité devraient également pouvoir être appliquées par le tribunal des mesures protectrices de l'union conjugale.

favorables à une réforme du délai de réflexion, 31% des premiers et 20% des seconds ont manifesté leur opposition à une telle réforme.

87% des personnes favorables à une réforme sont d'avis que la requête commune des époux devrait être considérée comme une cause suffisante de divorce, tandis que 11% d'entre elles y sont opposées (question 11). La solution selon laquelle le divorce ne devrait pouvoir être prononcé sans délai de réflexion que si les époux ont vécu séparés pendant une période déterminée (par ex. pendant 6 mois) a été rejetée par 59% et approuvée par 36% des personnes ayant répondu au questionnaire (question 12).

91% des personnes ayant répondu au questionnaire se sont montrées clairement favorables au maintien de la possibilité – prévue à l'art. 112 CC – de demander le divorce sur requête commune assortie d'une convention ne réglant que partiellement les effets du divorce (question 13), alors que seulement 7% d'entre elles voudraient supprimer cette possibilité. Aucune différence d'appréciation ne se dégage à ce propos entre les juges et les avocats.

A la question (ouverte) de savoir quels sont les points de procédure sur lesquels une réglementation s'impose (question 14), certains ont répondu qu'il fallait à tout prix éviter d'adopter une réglementation allant au-delà de la teneur actuelle de l'art. 112 CC, alors que d'autres ont plaidé en faveur d'une procédure la plus simple possible. En outre, une tentative de réconciliation ne devrait en tous les cas pas entrer en ligne de compte. Parmi les différentes suggestions qui ont été faites en relation avec le droit de procédure, il est difficile de trouver un dénominateur commun. Une chose que l'on peut constater est qu'une grande incertitude règne autour du délai de réflexion prévu à l'art. 111, al. 2, CC et qu'une renonciation ou une réduction de ce délai permettrait de remédier à cette situation. Certaines personnes ont notamment fait valoir qu'un délai de réflexion de deux mois s'avérait superflu dans les cas où une convention complète sur les effets du divorce a été passée devant le juge. Un délai de réflexion a également été considéré comme absurde lorsque les époux ont déjà vécu séparés durant deux ans et qu'il apparaît dès lors très peu probable qu'un des époux ne vienne à s'opposer au divorce (cf. art. 116 CC).

64% des personnes ont répondu par la négative et 20% par l'affirmative à la question de savoir s'il conviendrait de supprimer l'art. 113 CC qui prévoit le remplacement de la requête commune par une demande unilatérale (question 15). Le pourcentage des personnes opposées à la suppression de cette disposition est de 58% parmi les juges et de 67% parmi les avocats.

Quant à la question de savoir s'il conviendrait de supprimer l'art. 116 CC qui prévoit que les dispositions relatives au divorce sur requête commune s'appliquent lorsqu'un époux demande le divorce et que l'autre y consent expressément ou dépose une demande reconventionnelle (question 16), 66% des personnes ont manifesté leur opposition à la suppression de cette disposition, alors que 20% d'entre elles y sont favorables. Le pourcentage des personnes favorables à une telle suppression s'élève à 25% parmi les juges et à 19% parmi les avocats.

Les personnes interrogées avaient également la possibilité de faire des propositions de révision en relation avec des aspects du droit du divorce qui n'ont pas été abordés dans le questionnaire (question 40). L'abrogation, la réduction ou la relativisation du délai de réflexion en cas de divorce par consentement mutuel ont été mentionnées à plusieurs reprises. Le délai de réflexion ne permettrait notamment pas aux époux de tirer un trait définitif sur leur mariage. Quant à la forme de l'audition prévue à l'art. 111 CC, elle n'a été que rarement critiquée.

Moins de 50 personnes parmi les 950 qui ont répondu au questionnaire préconisent une réduction supplémentaire du délai de séparation de deux ans prévu à l'art. 114 CC ou même une renonciation à un tel délai. Une différenciation selon la durée du mariage a parfois été proposée. Certaines personnes ont toutefois aussi relevé que le nouveau droit du divorce aboutissait à une dévalorisation de l'institution juridique du mariage et qu'il permettait notamment à un époux de répudier son conjoint.

Certaines personnes exigent une plus grande flexibilité en relation avec l'art. 115 CC ou une concrétisation de la condition du caractère «insupportable» de la continuation du mariage. D'autres préconisent quant à elles l'abrogation de cette disposition, le retour à l'ancien art. 142 CC, ou même la réintroduction du critère de la faute.

67 % des avocats ont répondu négativement à la question de savoir s'ils avaient déjà été confrontés à des cas où l'un des époux a saisi un juge étranger d'une demande de divorce avant l'écoulement de la période de séparation prévue à l'art. 114 CC (question 17), tandis que 32% d'entre eux y ont répondu affirmativement, à raison de 2,5 cas par avocat en moyenne.

8 Le logement de la famille (art. 121 CC)

90% des personnes ayant répondu au questionnaire sont d'avis que l'application de la réglementation sur le logement de la famille (art. 121 CC) ne pose pas en pratique des problèmes qui devraient être réglés par le législateur (question 18), alors que 10% d'entre elles estiment que l'un ou l'autre point devrait être clarifié par le législateur. Si aucune tendance nette n'est perceptible, l'on signalera tout de même que l'application de cette réglementation a été perçue de manière plus positive par les juges (93%) que par les avocats (89%).

9 Le partage des expectatives de prévoyance professionnelle (art. 122 ss CC)

9.1 Appréciation générale

72% des personnes ayant répondu au questionnaire considèrent que la réglementation légale sur le partage des expectatives de prévoyance professionnelle (question 19) est globalement "satisfaisante" (36,3%) ou "plutôt satisfaisante" (35,4%), alors que 26% d'entre elles la qualifient de "plutôt insatisfaisante" (19%) ou d'"insatisfaisante" (7%).

Cette réglementation légale a été appréciée de manière plus positive par les avocats (73%) que par les juges (67%). Elle a également été mieux appréciée par les femmes (74%) que par les hommes (70%).

9.2 Nécessité d'une réglementation expresse en droit international privé?

63% des personnes ayant répondu au questionnaire estiment que la loi fédérale sur le droit international privé devrait régler expressément les questions de conflit en rapport avec la compensation de la prévoyance professionnelle (question 21), tandis que 8% d'entre elles sont d'avis que tel ne devrait pas être le cas et que 29% d'entre elles sont demeurées indécises sur cette question.

9.3 A propos des propositions de révision du rapport d'évaluation «Baumann/Lauterburg»

Une annexe au questionnaire de l'Office fédéral de la justice a donné aux praticiens du droit du divorce l'occasion de s'exprimer sur diverses propositions de révision faites par Mmes Katerina Baumann et Margareta Lauterburg, dans leur rapport sur l'évaluation de la réglementation en matière de compensation de la prévoyance¹¹, et qui ont été en partie reprises par des initiatives parlementaires¹².

9.3.1 A propos de l'art. 122 CC

Une nette majorité, soit 75% des personnes, a répondu par la négative à la question de savoir si le partage des prétentions en matière de prévoyance devrait être effectué impérativement et d'office par le juge et ne plus être possible par convention, alors que 21% des personnes y ont répondu par l'affirmative (question 41). Aucune différence n'est à signaler sur cette question entre les juges et les avocats.

38% des personnes estiment que le juge devrait déterminer d'office les données biographiques relatives aux prétentions en matière de prévoyance acquises par chaque époux durant le mariage (question 42), tandis que 58% des personnes y sont opposées. La part des avocats favorables à une telle réglementation (42%) est supérieure de 14% à celle des juges (28%).

Près de 60% des personnes ont répondu par l'affirmative et 33% par la négative à la question de savoir si le juge devrait, dans un premier temps, fixer une date butoir (réaliste) aux institutions de prévoyance pour qu'elles établissent leurs décomptes et, dans un second temps, actualiser les prestations de sortie lorsque l'entrée en force du jugement de divorce intervient plus de trois mois après la date butoir (question 43a). La part des personnes qui ont plébiscité une telle réglementation est de 53% chez les juges et de 62% chez les avocats.

Quant à la question supplémentaire de savoir si cette date butoir devrait, comme en matière de régime matrimonial, coïncider avec le début de la litispendance de la demande de divorce (question 43b), elle a reçu une réponse affirmative de la part de 57% des personnes qui y ont répondu, alors que 35% d'entre elles y ont donné une réponse négative. Aucune différence notable n'a pu être constatée entre l'appréciation des juges et celle des avocats.

9.3.2 A propos de l'art. 123 CC

21% seulement des personnes soutiennent la proposition faite de supprimer la possibilité de renonciation prévue à l'art. 123, al. 1, CC, et de la remplacer par la règle selon laquelle seul le juge devrait pouvoir exclure en tout ou en partie le partage, à la demande d'une ou des deux parties (question 44a). Le pourcentage des personnes qui rejettent une telle proposition se situe à 72%. La part des personnes opposées à cette proposition est seulement de 2% plus élevée chez les avocats que chez les juges.

72% des personnes ont répondu par la négative et 21% seulement par l'affirmative à la question de savoir s'il conviendrait de prévoir, à l'art. 123, al. 1, CC, qu'une renonciation au partage n'est admissible que si les époux ont été mariés durant une brève période (moins de cinq ans) et n'ont pas eu d'enfants durant leur mariage (question

¹¹ Cf. ci-dessus ch. 1.

¹² Cf. ci-dessus ch. 2.

44b). La part des réponses négatives est plus élevée de 1,2% seulement auprès des avocats qu'auprès des juges.

33% des personnes voudraient remplacer la clause générale de l'art. 123, al. 2, CC par la règle selon laquelle le partage des prestations de sortie est exclu lorsque l'ayant droit a gravement violé son obligation d'entretien de la famille (question 45a), tandis que 53% des personnes rejettent une telle solution. La part des personnes qui ont rejeté cette solution est de 50% chez les avocats et de 60% chez les juges.

De même, 45% des personnes voudraient remplacer ladite clause par la règle selon laquelle le partage des prestations de sortie est exclu lorsque l'ayant droit a commis une infraction pénale grave contre le débiteur ou l'un de ses proches (question 45b), alors que 42% rejettent pareille réglementation. La part des personnes qui approuvent cette solution est de 47% chez les avocats et de 38% chez les juges.

9.3.3 A propos de l'art. 124 CC

58% des personnes salueraient le fait que les conditions donnant droit à l'indemnité équitable prévue à l'art. 124 CC soient réglées de manière plus claire (question 46), alors que 33% des personnes n'y sont pas favorables. La part des personnes favorables à cette proposition est d'environ 4,5% plus élevée chez les avocats que chez les juges.

66% des personnes sont d'avis que les bases de calcul de l'indemnité prévue à l'art. 124 CC devraient être réglées de manière plus claire (question 47). La part des personnes favorables à une telle réglementation est de près de 4% plus élevée chez les avocats (67%) que chez les juges (63%).

Environ 60% des personnes ne voudraient pas que le juge soit contraint de fixer d'office l'indemnité équitable, même en cas de difficultés financières des ex-époux (question 48), alors que 28% seulement seraient favorables à une telle réglementation. La part des personnes opposées à cette réglementation est nettement plus élevée chez les juges (71%) que chez les avocats (55%).

71% des personnes pensent qu'il ne faudrait pas prévoir expressément dans la loi que l'indemnité doit être versée, dans toute la mesure du possible, sous forme de capital (question 49). Le pourcentage de ces personnes est de 76% chez les juges et de 70% chez les avocats. 13% seulement des juges et 19% des avocats se sont, quant à eux, montrés favorables à une telle solution.

54% des personnes seraient favorables à ce que la loi règle, lorsque l'indemnité équitable est versée de façon échelonnée ou sous forme de rente et que son débiteur vient à décéder, la façon dont le solde de l'indemnité due doit être versée au créancier (question 50), tandis que 29% d'entre elles estiment qu'une telle réglementation serait superflue.

Enfin, 68% des personnes salueraient le fait que la possibilité de l'avis aux débiteurs prévue à l'art. 132, al. 1, CC soit également prévue lorsque l'indemnité équitable est versée de façon échelonnée ou sous forme de rente (question 51), alors que 18% seulement d'entre elles rejettent une telle réglementation.

9.4 Propositions de révision faites par les personnes interrogées dans le domaine de la compensation de la prévoyance

Dans le cadre des questions ouvertes permettant de se prononcer sur d'autres propositions de révision dans le domaine de la compensation de la prévoyance dans le

2^{ème} pilier (questions 20 et 52) ainsi que dans le cadre de la question 40, les personnes interrogées ont pu brièvement décrire les problèmes qui, à leurs yeux, devraient être réglés par le législateur dans ce domaine. Sur les 950 personnes qui ont répondu, plus de 400 ont saisi l'occasion pour faire des propositions à ce sujet.

Une plus grande flexibilité dans la compensation de la prévoyance a été le plus souvent préconisée. L'introduction de la maxime de disposition a été parfois prônée. Une centaine de personnes ont fait valoir que la réglementation actuelle de l'art. 123 aboutit en partie à des solutions inéquitables. Les conditions auxquelles un époux peut renoncer à son droit au partage des prestations de la prévoyance professionnelle ou celles qui autorisent le juge à adopter une solution différente sont considérées par certains comme trop strictes et devraient par conséquent être élargies pour mieux tenir compte de la spécificité du cas d'espèce. Un peu plus de 10 personnes seulement désireraient une réglementation encore plus sévère que celle qui est actuellement en vigueur.

La date limite pour le calcul de l'avoir de prévoyance selon l'art. 122 CC a été souvent critiquée. La référence à l'entrée en force du jugement de divorce serait totalement inadaptée aux besoins de la pratique. Soit cette date devrait être fixée par les parties ou par le juge, soit il faudrait prendre comme point de référence – à l'instar de ce qui est prévu dans le droit des régimes matrimoniaux – la réception de la requête commune ou unilatérale de divorce. Certaines personnes demandent également que la compensation de la prévoyance puisse déjà être effectuée durant la procédure portant sur les mesures protectrices de l'union conjugale, au moment où le juge règle la question de la vie séparée des époux (art. 176 CC). D'autres exigent que l'échéance du délai de séparation de deux ans soit déterminante en cas de divorce après suspension de la vie commune au sens de l'art. 114 CC.

Une quarantaine de personnes voudraient que le législateur clarifie la réglementation relative à l'indemnité équitable prévue à l'art. 124 CC.

Un nombre important de personnes ont relevé les difficultés liées au calcul de l'avoir de prévoyance lorsque les personnes concernées ont changé plusieurs fois de caisses de pension et souhaiteraient que la loi définisse les prestations de service à fournir par les institutions de prévoyance. Les renseignements nécessaires seraient souvent difficiles à obtenir de la part des caisses de pension. Le législateur devrait mettre à disposition un formulaire pour collecter les informations nécessaires. Les caisses de pension devraient être contraintes d'ajouter à l'avoir de prévoyance les intérêts dus au moment de la conclusion du mariage. A également été suggérée la création d'un service central spécialisé dans le domaine de la compensation de la prévoyance.

Une trentaine de personnes ont mis le doigt sur les problèmes juridiques liés au versement anticipé de l'avoir de prévoyance en vue d'acquérir la propriété d'un logement.

Plus de 10 personnes ont préconisé la suppression de la compétence du tribunal des assurances pour régler les litiges.

Certaines personnes ne sont pas satisfaites du fait que les prestations de sortie transférées par certaines institutions de prévoyance sont généralement attribuées à la partie subrogatoire de la prévoyance.

Enfin, quelques personnes trouvent le système général de la prévoyance professionnelle trop compliqué et suggèrent, pour cette raison, de le simplifier.

10 L'entretien après le divorce

La réglementation sur la contribution d'entretien après le divorce, telle qu'elle est prévue à l'art. 125 CC (question 22), a été jugée par 83% des personnes comme "satisfaisante" (41%) ou "plutôt satisfaisante" (42%) et par 15% d'entre elles comme "plutôt insatisfaisante" (9%) ou "insatisfaisante" (6%).

Cette réglementation légale a été appréciée de manière plus positive par les juges (91%) que par les avocats (80%). Aucune différence notable ne se dégage sur ce point entre les femmes et les hommes, puisque les premières se sont montrées satisfaites à raison de 81% et les seconds à raison de 84%.

De nombreuses suggestions ont été faites en relation avec la question de savoir quels sont les problèmes que le législateur devrait régler en relation avec les art. 125 à 132 CC sur la contribution d'entretien après le divorce (question 23), ainsi que dans le cadre de la possibilité laissée aux participants de faire des propositions de révision du droit du divorce sur des points non abordés dans le questionnaire (question 40).

Certaines personnes sont également d'avis que la flexibilité de la réglementation légale actuelle permettait de tenir compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Il faudrait laisser à la jurisprudence du Tribunal fédéral le temps de se consolider. Une nouvelle révision ne ferait qu'engendrer de nouvelles incertitudes.

D'autres personnes regrettent en revanche que la jurisprudence des tribunaux cantonaux soit si différenciée qu'il ne serait plus possible d'informer de manière suffisamment sûre les époux sur les droits qui leur échoient. La loi devrait notamment contenir des critères clairs sur la durée du droit à l'entretien après le divorce et préciser le contenu de l'entretien à fournir.

Plus d'une trentaine de personnes voudraient que la loi spécifie l'influence du concubinat de l'ayant droit sur le devoir d'entretien du conjoint divorcé. Une vingtaine d'entre elles préconisent une plus grande prise en compte de la faute dans l'application de l'art. 125, al. 3, CC. Certaines personnes sont également d'avis que les chances de réinsertion des femmes seraient en partie surestimées par les tribunaux; des critères adéquats seraient souhaitables. Les lacunes que présente après le divorce la prévoyance dans le 2^{ème} pilier du fait de la garde des enfants ne seraient que trop peu prises en considération. Le principe du "*clean-break*" serait injuste pour les épouses les plus âgées; l'obligation d'entretien devrait être réglée de façon plus précise dans les cas où le mariage a duré de longues années. Quelques rares personnes prônent également une plus grande souplesse dans l'adaptation des contributions d'entretien lorsque la situation change ou, à l'inverse, l'abrogation de l'art. 129, al. 3, CC en raison d'une trop grande insécurité juridique ou l'aggravation des conditions auxquelles une modification de la contribution d'entretien peut être requise du juge. Une dizaine de personnes ont suggéré que la jurisprudence du Tribunal fédéral soit corrigée en consacrant dans la loi un partage "déficitaire".

Enfin, la présentation de documents falsifiés devrait être assortie de sanctions sévères et l'unification des bases de calcul du minimum vital devrait être mieux garantie.

11 Les questions concernant les enfants

11.1 Appréciation générale de la nouvelle réglementation

A la question de savoir comment la situation des enfants dans les procédures de divorce a évolué depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce, (question 37), 47,6% des personnes ont répondu qu'elle "s'est améliorée" ou "plutôt améliorée". Un pourcentage important, soit 40% d'entre elles, sont d'avis que la situation des enfants n'a pas changé (37% de germanophones, 44% de francophones et 53% d'italophones). Pour 5% des personnes en revanche, la situation des enfants "s'est détériorée" ou "plutôt détériorée". 7% environ des personnes sont demeurées indécises. Le taux de réponses où la situation a été appréciée de façon positive est plus élevé de 15% chez les juges que chez les avocats.

11.2 Attribution de l'autorité parentale commune

D'après les statistiques fédérales¹³, l'autorité parentale commune a été maintenue en 2002 pour 27% et en 2003 pour 26% des enfants mineurs dont les parents se sont divorcés.

Les praticiens du droit du divorce ont été priés d'évaluer approximativement, par rapport au nombre de procédures de divorce impliquant des enfants mineurs qu'ils ont eu à traiter, le pourcentage de celles où l'autorité parentale a été maintenue en faveur des deux parents (question 24). Telle qu'elle a été posée, la question ne concernait donc pas – comme pour les statistiques fédérales – le nombre des enfants mineurs, mais celui des procédures de divorce traitées.

575 personnes y ayant répondu ont estimé que ce pourcentage était inférieur à 10%, 157 l'ont estimé entre 11 à 20% et 185 à plus de 20%. 187 juges sur les 250 à avoir répondu au questionnaire ont estimé ce pourcentage à moins de 20%.

Le taux moyen des cas de maintien de l'autorité parentale commune par rapport aux procédures de divorce traitées impliquant des enfants mineurs a été estimé à 16%. Ce taux s'est avéré plus élevé chez les femmes (19%) que chez les hommes (14%). S'il se situe en Suisse romande à 24% parmi les juges et à 26% parmi les avocats, et dans la partie italophone du pays à 22% chez les juges et à 20% chez les avocats, il n'est en Suisse alémanique que de 14% parmi les juges et de 12% parmi les avocats.

Ces chiffres révèlent clairement qu'il existe une différence de mentalité entre les différentes régions linguistiques du pays. Les Suisses alémaniques et italophones sont beaucoup plus réticents face à l'autorité parentale commune que les Suisses romands, ce que confirment également les statistiques fédérales¹⁴. En 2002, 39% de tous les enfants mineurs ont été placés sous autorité parentale commune dans les cantons de Genève, Jura, Neuchâtel et Vaud, alors que ce taux ne s'élève qu'à 27% dans l'ensemble de la Suisse. En 2003, ce taux a été de 40% dans les quatre cantons susmentionnés et de 26% à l'échelle nationale.

Un clivage assez net se dégage également entre les personnes qui disposent d'une formation dans le domaine de la médiation et celles qui ne sont pas au bénéfice

¹³ Office fédéral de la statistique, Section Démographie et migration, Divorces: attribution de l'autorité parentale sur les enfants mineurs.

¹⁴ Office fédéral de la statistique, Section Démographie et migration, Divorces: attribution de l'autorité parentale sur les enfants mineurs suivant les cantons.

d'une telle formation, puisque les premières ont estimé à 26% et les secondes à 14% le taux de maintien de l'autorité parentale commune par rapport aux procédures de divorce qu'elles ont eu à traiter.

11.3 Suppression subséquente de l'autorité parentale commune

Les praticiens du droit du divorce ont été priés d'évaluer approximativement, par rapport au nombre de procédures de divorce qu'ils ont eu à traiter et dans lesquelles l'autorité parentale conjointe a été maintenue, le pourcentage de celles où cette autorité a été après coup attribuée à un seul des parents à la demande de celui-ci, conformément à l'art. 134 CC (question 25). 66% des personnes qui ont répondu à cette question ont indiqué ne pas avoir eu connaissance de pareils cas, alors que 26% d'entre elles ont estimé entre 1 et 10% le pourcentage de cas dans lesquels une nouvelle réglementation s'est avérée nécessaire. 55% des juges ont indiqué qu'aucune modification ne s'est avérée nécessaire. 39% ont estimé entre 1 et 10% le pourcentage de cas où il y a eu modification subséquente de l'autorité parentale commune. Selon ces chiffres, l'autorité parentale commune se révèle relativement stable.

11.4 Autorité parentale commune uniquement sur requête des deux parents ?

61,5% des personnes ont jugé "satisfaisante" la réglementation selon laquelle l'autorité parentale commune ne peut être maintenue que sur requête conjointe des père et mère (question 26), tandis que moins de 14% d'entre elles l'ont jugée "plutôt satisfaisante" et 23% "plutôt insatisfaisante" ou "insatisfaisante".

La part des juges (84%) qui ont qualifié cette réglementation de "satisfaisante" ou de "plutôt satisfaisante" est plus élevée de 12% que chez les avocats (72%).

11.5 Autorité parentale commune en tant que règle ? Autres possibilités d'amélioration ?

La question 27 était libellée comme suit : Seriez-vous favorable à l'introduction en Suisse de la réglementation - déjà en vigueur dans différents pays - selon laquelle les parents divorcés conservent par principe l'exercice en commun de l'autorité parentale et le juge ne peut décider de l'attribution de cette autorité qu'à certaines conditions ? 36% des personnes ont préconisé une telle réglementation, alors que 56% d'entre elles l'ont rejetée. Aucune différence d'appréciation n'est à relever entre les juges et les avocats ou entre les hommes et les femmes. En revanche, avec 41% de voix favorables et 52% de voix opposées à cette réglementation, les personnes âgées de 40 à 49 ans se sont montrées plus positives dans l'appréciation de celle-ci que les personnes appartenant aux autres tranches d'âge. En Suisse Romande, la part de personnes favorables s'est élevée à 41%, tandis qu'elle a été de 43% dans la partie italophone du pays et de 35% en Suisse alémanique. Les personnes en provenance des grandes villes se sont prononcées à raison de 43% en faveur et de 50% en défaveur de cette réglementation.

L'appréciation s'est également avérée différente entre les personnes disposant d'une formation dans le domaine de la médiation et celles qui sont dépourvues d'une telle formation, puisque les premières, avec 48% en faveur et 46% en défaveur, se sont montrées plus positives que les secondes, avec 34% seulement de voix favorables et 58% de voix opposées.

79% des personnes ont répondu par la négative et 21% par l'affirmative à la question de savoir si elles entrevoyaient d'autres possibilités pour le législateur d'améliorer la situation et la participation des pères en relation avec l'autorité parentale (question 28).

Les possibilités d'amélioration suivantes ont notamment été mentionnées: étendre encore l'art. 275a CC et octroyer un véritable droit de regard en cas de décisions importantes, en particulier en cas de changement de domicile à l'étranger; obliger certaines autorités (par ex. les enseignants) à informer systématiquement les deux parents; faire une meilleure utilisation de l'art. 292 CP; infliger une amende en cas d'entrave au droit de visite par le parent qui a la garde de l'enfant; améliorer le droit de l'exécution, en particulier par l'introduction d'une sanction pécuniaire; étendre le caractère obligatoire du droit de visite; prévoir des conséquences financières lorsqu'il n'est pas fait usage de ce droit; se montrer plus généreux dans l'octroi du droit de visite, surtout en Suisse alémanique; prévoir un conseil ou une médiation, le cas échéant contre le gré des personnes concernées; prévoir plus de crèches; encourager plus le travail à temps partiel.

11.6 L'audition des enfants

Les praticiens du droit du divorce ont été priés de relater brièvement comment, selon leur expérience, l'audition des enfants selon l'art. 144, al. 2, CC se déroulait en pratique, en indiquant en particulier l'âge à partir duquel les enfants sont régulièrement entendus, les conditions auxquelles a lieu l'audition des enfants les plus jeunes, quelles personnes sont habilitées à procéder à l'audition des enfants et si l'audition des enfants est limitée aux seuls cas où des questions qui les concernent sont contestées (question 29).

Les réponses à cette question ont été très contrastées. L'audition est effectuée de manière différenciée, et ce même au sein du même tribunal. Certains tribunaux prennent l'audition très au sérieux. De façon générale, l'audition est davantage conçue comme une obligation en cas de situations problématiques que dans les cas non litigieux. En cas d'accord des parents, il existe une tendance à renoncer à l'audition ou de ne demander aux enfants s'ils veulent être auditionnés que s'ils ont déjà atteint un certain âge. Selon les indications fournies, 80 à 90% des enfants renoncent à être auditionnés. Cette procédure préalable se manifeste de plusieurs façons. Certains tribunaux exigent que les enfants leur communiquent oralement (par téléphone ou d'une autre manière) leur renonciation à être entendus, alors que d'autres se contentent d'une lettre, du renvoi d'un formulaire ou d'une information correspondante des parents. Il a été en partie exigé que les enfants manifestent expressément leur consentement à l'audition. Souvent, le juge (ou une greffière) ne procède lui-même à l'audition des enfants que s'ils ont atteint un certain âge. Auparavant, cette tâche était confiée à un spécialiste. Les petits enfants ne sont souvent auditionnés que si leurs frères et soeurs aînés le sont aussi.

Les praticiens ont également été invités à évaluer approximativement, par rapport au nombre de procédures de divorce impliquant des enfants mineurs qu'ils ont eu à traiter, le pourcentage de celles où les enfants ont été auditionnés (question 30). La question portait, d'une part, sur les cas où il y avait accord complet sur les questions concernant les enfants et, d'autre part, sur les cas où il y avait contestation sur ces questions.

Si 30% des personnes ont indiqué qu'une audition n'a pas lieu lorsqu'il y a accord complet sur les questions concernant les enfants, ce taux tombe à 6% lorsque l'attri-

bution des enfants est contestée. Selon 9% des personnes, les enfants sont presque toujours entendus, même en cas d'accord complet sur les questions qui les touchent. Le taux correspondant en cas d'attribution contestée des enfants s'élève à 32%. Il s'avère que l'audition des enfants est souvent appliquée de manière différenciée, suivant que les parents sont en désaccord ou non.

64% des personnes ont jugé "satisfaisante" (35%) ou "plutôt satisfaisante" (29%) la réglementation sur l'audition des enfants, telle qu'elle est prévue à l'art. 144, al. 2, CC (question 31), alors que 32% environ l'ont jugée "plutôt insatisfaisante" ou "insatisfaisante". L'appréciation a été plus positive chez les juges (72%) que chez les avocats (61%). L'on remarquera en outre que les personnes qui ont suivi un cours de formation dans le domaine de l'audition des enfants se sont montrées plus positives (78%) que celles qui ne disposaient pas d'une telle formation (64%).

55% des personnes qui ont jugé (plutôt) insatisfaisante la réglementation légale actuelle ou qui sont demeurées indécises seraient favorables à ce que la loi fixe l'âge minimum à partir duquel les enfants devraient en principe être entendus (question 32), tandis que 34% d'entre elles y seraient opposées. La part des juges favorables à l'introduction d'un âge minimum n'a été que de 46%, alors que la part correspondante des avocats a été de 56%.

116 personnes voudraient que cet âge minimum soit fixé à 10 ans et plus et 78 personnes à moins de 10 ans. L'âge le plus souvent mentionné est celui de 10 ans (48 personnes), 12 ans (46 personnes) et 7 ans (35 personnes).

Quant à la question de savoir quels sont les problèmes pratiques liés à la formulation large de l'art. 144, al. 2, CC, qui devraient être réglés par le législateur (question 33), elle a reçu des réponses diverses, sans que l'on puisse en dégager une tendance nette. Certaines personnes ont relevé qu'il n'était de toute façon pas possible de tout préciser dans la loi.

Parmi les suggestions qui ont été faites, on peut notamment citer: la renonciation à l'audition des enfants en cas d'accord des parents; l'amélioration de la formation des juges dans le domaine de l'audition des enfants; la concrétisation dans la loi de la notion de "justes motifs" et de l'expression "de manière appropriée"; l'audition uniquement à la demande de l'enfant; l'introduction d'une formulation potestative avec pour effet que l'audition soit laissée à l'appréciation du juge; l'audition obligatoire des enfants; l'audition des enfants déjà durant la procédure portant sur les mesures protectrices de l'union conjugale; le règlement du type de procès-verbal des dépositions faites par l'enfant; l'interdiction de principe de déléguer l'audition à des tiers.

11.7 La représentation de l'enfant

60% des personnes ont jugé "satisfaisante" ou "plutôt satisfaisante" la réglementation sur la représentation de l'enfant, telle qu'elle est prévue aux art. 146 et 147 CC (question 34), alors que 18% d'entre elles l'ont jugée "plutôt insatisfaisante" ou "insatisfaisante". Une part étonnamment élevée de personnes (22%) sont restées indécises. Quant à l'évaluation des juges, elle s'est avérée plus positive (69%) que celle des avocats (57%).

Les personnes qui ont jugé (plutôt) insatisfaisante la réglementation légale actuelle ont été priées d'indiquer brièvement dans quelle mesure elle devrait être révisée. Un nombre important des 240 personnes qui ont exprimé leur avis à ce sujet ont simplement relevé qu'elles étaient dépourvues de toute expérience en la matière. La proposition de révision la plus fréquemment évoquée a été l'abrogation de la disposi-

tion. Selon certaines, cette disposition serait demeurée lettre morte; pour d'autres, la représentation de l'enfant n'apporterait pas grand-chose si ce n'est de prolonger la procédure, de la compliquer et d'en augmenter les coûts. Les prestations des services de protection de la jeunesse et des pédopsychiatres seraient suffisantes. Les propositions de révision suivantes ont été soumises: transfert au juge de la compétence de désigner le curateur; description plus précise des tâches dans les cas visés à l'art. 146, al. 2, CC; clarification de la question de savoir si c'est le bien objectif ou subjectif de l'enfant qui doit être préservé; désignation obligatoire du représentant de l'enfant, respectivement concrétisation dans la loi des cas dans lesquels cette désignation est obligatoire; extension de la réglementation à la procédure portant sur les mesures protectrices de l'union conjugale.

11.8 Le droit de visite

62% des personnes ont répondu par la négative et 38% par l'affirmative à la question de savoir si le législateur avait la possibilité de résoudre les problèmes pratiques posés par l'exercice du droit de visite lorsque le parent qui a la garde de l'enfant s'y oppose (question 35). La part des personnes qui y ont répondu par la négative est de 76% au sein des juges et de 58% seulement chez les avocats.

Parmi les personnes qui ont jugé que la réglementation légale actuelle était (plutôt) insatisfaisante, 400 environ ont complété leur réponse d'un bref commentaire. Parmi les propositions qui ont été le plus souvent évoquées, l'on peut mentionner: l'adoption de sanctions financières (diminution ou dépôt des contributions d'entretien en cas de sabotage des relations personnelles, éventuellement assorti de la possibilité d'augmenter les contributions d'entretien lorsque le titulaire du droit de visite ne l'exerce pas); la consécration légale de la disponibilité à coopérer avec son conjoint comme critère d'attribution de l'autorité parentale, du transfert de cette autorité à l'autre conjoint ou du retrait du droit de garde; le recours plus strict à la menace de peine prévue à l'art. 292 CP en cas d'insoumission; l'introduction d'une amende ou de sanctions particulières (retrait du permis de conduire sur le modèle de certains Etats américains; état de fait comparable à la négligence des obligations d'entretien érigé sous forme d'infraction punissable selon le Code pénal); la création d'une procédure d'exécution spéciale et rapide.

Diverses personnes ont déploré le fait que l'institution d'un curateur ne sert souvent à rien, car soit il n'a pas suffisamment de temps, soit il soutient encore en partie la résistance manifestée par le débiteur des prestations. C'est pourquoi il a été suggéré que l'on précise que la tâche du curateur consiste à rendre possible le droit de visite et que l'on étende ses compétences. Les propositions suivantes ont également été faites: obligation des parents de passer par la médiation; possibilité d'ordonner une expertise psychologique, une thérapie ou le suivi d'un cours pour parents en cas de résistance injustifiée d'un conjoint; encouragement de la mise sur pied de centres neutres de rencontre; introduction d'un tribunal spécialisé dans les affaires de famille; meilleure coordination des services concernés, augmentation du personnel des offices de protection de la jeunesse; meilleure formation des membres des autorités; intervention rapide d'une personne particulièrement qualifiée agissant en qualité de médiateur ou d'ombudsman; choix laissé aux enfants de décider eux-mêmes à partir d'un certain âge; octroi accru de l'autorité parentale commune; mise des coûts de la curatelle à la charge du parent qui a le droit de garde.

40% des personnes seraient favorables et 60% défavorables à ce que la loi consacre, afin d'unifier la pratique, le principe d'un droit de visite minimal auquel il ne serait

possible de déroger qu'en présence de justes motifs (question 36). La part des personnes favorables à une telle réglementation est de 30% parmi les juges et de 42% parmi les avocats.

12 Autres propositions de révision

Les personnes interrogées ont également eu la possibilité de faire des propositions de révision en relation avec des aspects du droit du divorce qui n'ont pas été abordées dans le questionnaire (question 40). Une foule de suggestions ont été présentées, sans toutefois qu'il ne se dégage des revendications qui sont partagées par un grand nombre de personnes.

Les points suivants ont notamment été mentionnés: abolition de la séparation de corps; renonciation au délai annuel prévu à l'art. 119, al. 1, CC pour le changement de nom; interdiction faite aux cantons de limiter l'application de l'art. 131, al. 1, CC; prise en compte obligatoire des avoirs du 3^{ème} pilier A lors du partage; mariage en tant que contrat de durée assorti d'une possibilité de résiliation; mariage possible uniquement pour une durée limitée avec confirmation de la volonté de se marier faite à l'expiration de cette durée; simplification de la loi sur le droit international privé; mention de la médiation dans la loi et création de la possibilité d'obliger les conjoints à passer par la médiation; gratuité du procès également en cas de médiation; unification des tarifs d'émoluments; obligation faite aux juges de suivre une formation continue interdisciplinaire; introduction de tribunaux spécialisés dans les affaires de famille; réglementation claire sur les documents à fournir avec la requête commune de divorce afin de diminuer les tâches bureaucratiques des juges; unification fédérale du champ d'application de la maxime inquisitoire; renonciation à la comparution personnelle en cas de divorce par consentement mutuel lorsqu'il existe de justes motifs; suppression de la compétence de l'autorité tutélaire de modifier le droit de visite; interdiction de prévoir un juge unique comme instance de recours; prescription de la voie de recours cantonale ordinaire pour les mesures provisionnelles; possibilités plus larges de faire trancher la question des effets accessoires dans un procès séparé.

Avis du Conseil fédéral

L'enquête montre qu'une révision globale du droit du divorce, tel qu'il a été adopté en 2000, n'apparaît pas nécessaire aux yeux des praticiens, mais qu'un besoin de révision existe néanmoins de façon ponctuelle.

Un premier point concerne la procédure de divorce sur requête commune selon l'art. 111 CC. Alors que le projet du Conseil fédéral permettait, après un temps de séparation d'un an, de renoncer au délai de réflexion de 2 mois ainsi qu'à la seconde audition (art. 111, al. 3, P-CC de 1995), le Parlement a prévu que le délai de réflexion était nécessaire dans tous les cas. En soi, ce délai a deux fonctions. Il exprime tout d'abord l'idée qu'en cas de divorce sur requête commune, le législateur consacre aussi le principe de l'échec du divorce et qu'il ne se limite pas à prendre en considération la seule volonté de divorcer des époux. Le délai de réflexion est censé ensuite inciter les époux à réfléchir, en particulier à la convention de divorce dont les effets peuvent être très importants pour leur vie future. En pratique, le délai de réflexion est toutefois très largement ressenti comme dépourvu de toute utilité, de telle sorte que beaucoup de praticiens considèrent qu'il est maintenant temps de tenir compte de la seule volonté des conjoints en cas de divorce par consentement mutuel (ch. 7).

La compensation de la prévoyance dans le 2^{ème} pilier s'est bien implantée dans la pratique (ch. 9.1) et n'est, en tant que telle, guère remise en cause. Il s'agit toutefois de combler des lacunes et de procéder à des retouches, ce que confirme également le rapport d'évaluation de la réglementation sur la compensation de la prévoyance établi par Mmes Baumann et Lauterburg. La date de référence pour le calcul de la créance compensatoire pose tout particulièrement problème, de sorte qu'il s'agit d'examiner s'il ne conviendrait pas d'assouplir les règles en la matière ou d'anticiper cette date, à l'instar de la solution consacrée dans le droit des régimes matrimoniaux (ch. 9.3.1). Les propositions suivantes ont également été soumises: une réglementation expresse des questions de conflits de lois; l'extension à l'indemnité équitable de l'avis au débiteur prévu à l'art. 132, al. 1, CC et un certain assouplissement de l'art. 123 CC afin de mieux pouvoir tenir compte des circonstances du cas d'espèce (ch. 9.2, 9.3.3 in fine et 9.4). Enfin, plusieurs propositions tendant à une concrétisation de la loi ont également été soumises, comme une définition plus précise des conditions de l'indemnité équitable prévue à l'art. 124 CC et de ses bases de calcul (ch. 9.3.3), les versements anticipés des avoirs des caisses de pension en vue de l'acquisition de la propriété d'un logement ainsi que les prestations de service à fournir par les caisses de pension. En outre, il y aurait également lieu, dans ce contexte, d'examiner si la loi ne devrait pas préciser dans quelle mesure les montants transférés par les institutions de prévoyance doivent être affectés à la partie obligatoire ou surobligatoire du 2^{ème} pilier (ch. 9.4).

S'agissant des questions qui touchent les enfants, l'enquête a révélé que la disposition relative à leur audition est encore appliquée en pratique de manière fort différenciée (ch. 11.6). Ce n'est toutefois pas le législateur, mais bien le juge qui est en premier lieu interpellé sur ce point. Une intensification des efforts dans le domaine de la formation continue serait souhaitable. En tous les cas, l'on ne devrait pas déroger précipitamment à la norme légale qui accorde un large pouvoir d'appréciation au juge. Il reste néanmoins à examiner si le législateur peut contribuer à unifier la pratique. En outre, le Conseil fédéral est également d'avis – eu égard notamment à la différence qui existe entre la Suisse Romande et le reste du pays quant au nombre

de cas où l'autorité parentale commune est maintenue (ch. 11.2) – qu'il est légitime d'examiner, dans le sens de ce que propose le postulat Wehrli (n° 04.3250; ch. 2), si et dans quelle mesure il y a lieu de promouvoir l'autorité parentale conjointe, même si les praticiens semblent accueillir cette proposition avec une certaine retenue. Il conviendrait également de clarifier certaines questions concernant la représentation de l'enfant (ch. 11.7) et l'exécution des jugements sur le droit de visite (ch. 11.8), le fait que des jugements ne soient pas appliqués dans un état de droit étant tout simplement inacceptable.

Le Conseil fédéral est prêt à examiner de manière plus approfondie la nécessité de procéder à des révisions dans les trois domaines susmentionnés et de soumettre aux Chambres les propositions de révision qui s'imposent, à moins – bien sûr – que celles-ci ne décident d'intervenir elles-mêmes en la matière en se fondant sur les trois initiatives parlementaires pendantes concernant le délai de réflexion et la compensation de la prévoyance (ch. 2).