

Message concernant la révision du code civil suisse

(état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial)

du 15 novembre 1995

Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs,

Nous avons l'honneur de vous soumettre le projet de loi fédérale portant révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), en vous proposant de l'adopter.

Nous vous proposons en outre de classer les interventions parlementaires suivantes:

- | | |
|----------------|---|
| 1955 P 6671 | Augmentation des rentes (N 9. 6. 55, Bodenmann) |
| 1964 P 8721 | Révision de la pension alimentaire allouée à titre de secours dans des cas de divorce (N 3. 3. 64, [Bösch]-Huber) |
| 1966 P 9273 | Recouvrement de pensions alimentaires (N 24. 3. 66, Jaccottet) |
| 1972 P 11051 | Législation sur le divorce (N 14. 3. 72, Waldner) |
| 1972 P 11115 | Délai de remariage (N 29. 11. 72, Alder) |
| 1973 P 11305 | Divorce (N 21. 3. 73, Ueltschi) |
| 1973 P 11619 | Agences matrimoniales (N 25. 6. 73, Meyer Helen) |
| 1976 P 76.350 | Droit du divorce (N 22. 9. 76, Graf) |
| 1978 P 76.515 | Agences matrimoniales (N 16. 1. 78, Meyer Helen) |
| 1981 P 81.497 | CO. Agences matrimoniales (N 18. 12. 81, Lüchinger) |
| 1983 P 83.346 | Code civil. Révision de l'article 297 (N 24. 6. 83, Mascarin) |
| 1985 P 85.470 | Droit du divorce (N 4. 10. 85, Fetz) |
| 1985 P 85.507 | Pension alimentaire due à l'épouse. Avance (N 4. 10. 85, Gurtner) |
| 1987 P 87.525 | Parents non mariés. Exercice en commun de l'autorité parentale (N 9. 10. 87, Braunschweig) |
| 1988 P 88.402 | LPP: Perte de la prévoyance en cas de divorce (N 23. 6. 88, Nabholz) |
| 1992 M 92.3067 | Partage de l'autorité parentale entre parents divorcés (N 19. 6. 92, Zisyadis, E 10. 12. 92) |

Nous vous prions d'agréer, Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, les assurances de notre haute considération.

15 novembre 1995

Au nom du Conseil fédéral suisse:

Le président de la Confédération, Villiger

Le chancelier de la Confédération, Couchepin

N38047

Condensé

Le droit du divorce est au centre de la présente révision. Les dispositions légales en vigueur ne correspondent plus à la société ni aux conceptions actuelles, bien qu'elles soient interprétées de manière extensive par les juges. Les idées directrices du projet sont l'instauration de la possibilité d'un divorce indépendant de la notion de faute, la volonté de faciliter un accord entre les époux en relation avec leur divorce dans l'intérêt de toutes les personnes concernées, la protection optimale des intérêts des enfants ainsi qu'une réglementation équitable des conséquences économiques du divorce. Le projet prévoit notamment le divorce sur requête commune et le divorce sur demande unilatérale consécutif à une séparation de durée déterminée. Le droit de l'entretien postérieur au divorce est en principe aménagé indépendamment de la notion de faute et l'exécution de l'obligation d'entretien est facilitée. La position économique des femmes divorcées est considérablement améliorée grâce au partage par moitié de la prestation de sortie acquise durant le mariage auprès d'institutions de prévoyance professionnelle. Le projet prévoit encore la possibilité d'attribuer le logement familial à l'un des conjoints après le divorce et celle de permettre aux parents divorcés d'exercer conjointement l'autorité parentale. Enfin, il introduit le droit des enfants d'être entendus dans la procédure de divorce des parents et la possibilité de leur désigner un représentant dans les situations difficiles.

La nouvelle réglementation du droit du divorce appelle certaines adaptations du droit de la filiation, révisé en 1976. La notion dépassée de "elterliche Gewalt" est remplacée, dans la version allemande, par celle de "elterliche Sorge". Sur le plan matériel, le droit de visite est conçu comme un droit réciproque des père et mère et de l'enfant. En outre, le projet donne au parent non détenteur de l'autorité parentale le droit d'être informé des événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant et d'être entendu. La possibilité pour les parents non mariés d'exercer conjointement l'autorité parentale sur leur enfant est également prévue. Enfin, le projet instaure le droit de l'enfant d'être entendu dans le cadre des procédures de mesures protectrices de l'enfant, à l'instar de ce qui est prévu dans le cadre des procédures de divorce.

Outre la révision totale du droit du divorce, le présent projet vise d'autres objectifs. D'une part, les dispositions régissant les actes de l'état civil doivent être révisées. Le but recherché est notamment d'accroître le professionnalisme dans l'intérêt de la fiabilité du registre de l'état civil. D'autre part, le droit de la conclusion du mariage doit être simplifié et condensé. Les procédures de publication et d'opposition, en particulier, sont supprimées. En revanche, les fiançailles et l'annulation du mariage sont conservées. De plus, compte tenu de l'importance pratique du courtage matrimonial, un chapitre spécial consacré au mandat en mariage et en partenariat sera introduit dans le code des obligations afin d'améliorer la protection des personnes faisant appel à un courtier en vue de trouver un partenaire.

La révision est encore l'occasion d'opérer quelques modifications de moindre importance dans le code civil. Ainsi, les dispositions sur l'obligation d'entretien entre frères et sœurs et sur les asiles de famille sont supprimées. En droit de la tutelle, il est prévu que les femmes sont également tenues d'exercer la fonction de tuteur.

Message

1 Partie générale

11 Situation initiale

En 1968, le Conseil fédéral a décidé de réviser le droit de la famille en plusieurs étapes. Le nouveau droit de l'adoption est entré en vigueur le 1er avril 1973. Il a été suivi, le 1er janvier 1978, par la nouvelle réglementation du reste du droit de la filiation. Les dispositions du droit de la tutelle relatives à la privation de liberté à des fins d'assistance furent adaptées à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)¹ le 1er janvier 1981. Enfin, le nouveau droit matrimonial (effets généraux du mariage et régimes matrimoniaux), accepté en votation populaire le 22 septembre 1985, est entré en vigueur le 1er janvier 1988. L'étape suivante consiste dans la révision du droit du divorce. La révision totale du droit de la tutelle mettra un terme à la révision du droit de la famille. Les travaux préparatoires sont déjà en cours.

La révision du droit de la famille a pris beaucoup plus de temps que prévu. Il n'est dès lors pas étonnant que certaines modifications soient à nouveau nécessaires, même dans les domaines qui ont déjà fait l'objet de révisions. Une division en étapes de révisions supplémentaires ne serait cependant pas raisonnable. La révision totale du droit du divorce a forcément des effets sur le droit de la filiation et constitue également l'occasion d'améliorer, lorsque c'est nécessaire, le droit de la conclusion du mariage. C'est la procédure de conclusion du mariage (art. 105 ss du code civil, CC²) qui requiert les modifications les plus importantes. La réforme de cette procédure appelle la révision du chapitre du droit des personnes consacré aux actes de l'état civil. Finalement, il convient de saisir l'occasion de modifier d'autres dispositions du droit de la famille: abrogation de l'obligation d'entretien entre frères et soeurs et des dispositions sur les asiles de famille. Le Conseil fédéral propose en outre de supprimer une inégalité de traitement entre femmes et hommes dans le droit de la tutelle.

Dans la partie générale de ce message, les trois grands blocs de révisions "actes de l'état civil", "conclusion du mariage" et "divorce" sont examinés dans l'ordre du projet. Les explications générales relatives aux autres propositions de révision se trouvent dans la partie spéciale du présent message.

12 Actes de l'état civil

121 Genèse et caractéristiques de la réglementation en vigueur

Conformément à la constitution fédérale du 29 mai 1874 (cst.)³, l'état civil et la tenue des registres qui s'y rapportent est du ressort exclusif des autorités civiles; il appartient à la législation fédérale de statuer à ce sujet les dispositions ultérieures (art. 53 dans sa

1 RS 0.101

2 RS 210

3 RS 101

version inchangée), C'est le 24 décembre 1874 déjà que fut édictée la loi fédérale concernant l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage. Le code civil du 10 décembre 1907 reprit l'essentiel de cette réglementation sans y apporter de modifications (chapitre sur les actes de l'état civil, art. 39 ss). En 1910, une première ordonnance sur les registres de l'état civil vint préciser ces dispositions légales. Elle fut abrogée en 1928 par l'ordonnance sur le service de l'état civil et en 1953 par l'actuelle ordonnance sur l'état civil (OEC)⁴. Celle-ci dut être adaptée au nouveau droit de l'adoption en 1973, au nouveau droit de la filiation en 1978, au nouveau droit matrimonial en 1988, à la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)⁵ en 1989 et à la nouvelle loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (LN)⁶ en 1992. Depuis 1989, l'ordonnance sur l'état civil est dotée d'un chapitre sur le traitement électronique des données. Les formules de l'état civil sont régies par une ordonnance spéciale du 29 avril 1987⁷, qui récapitule les dispositions des différentes réglementations antérieures⁸.

La caractéristique du droit en vigueur réside dans l'attribution d'une compétence matérielle exclusive à la Confédération. L'exécution incombe aux cantons. Les dispositions prises par les cantons, à l'exclusion de celles qui concernent la nomination et le traitement des fonctionnaires, sont soumises à l'approbation de la Confédération (art. 40, 2e al., CC). Le Conseil fédéral exerce la haute surveillance sur l'état civil (art. 17, 3e al., OEC). L'Office fédéral de l'état civil dispose d'une compétence générale lui permettant d'élaborer des instructions (art. 10, 2e al., let. b, de l'ordonnance sur la délégation de compétences⁹).

La Suisse compte environ 2000 offices de l'état civil répartis en autant d'arrondissements de l'état civil. Les tâches des différents offices sont assumées par un officier de l'état civil qui exerce en général son activité à titre accessoire. En plus de la constatation des actes de l'état civil, l'officier de l'état civil est chargé de procéder à la publication et à la célébration du mariage (art. 105 ss CC). Il tient le registre des naissances, le registre des mariages, celui des décès ainsi que celui des reconnaissances d'enfants¹⁰ (art. 27, 1er al., ch. 1, OEC). Grâce à un vaste système officiel de communications (art. 120 ss OEC), il est possible de rassembler les faits d'état civil concernant les Suisses et les membres étrangers de leur famille (conjoints et dans certains cas même les enfants) dans les registres de l'arrondissement de leur lieu d'origine (registre des familles, art. 27, 1er al., ch. 2, et art. 113 ss OEC). Les décisions ou les actes étrangers concernant l'état civil sont transcrits dans les registres de l'état civil en vertu d'une décision de l'autorité cantonale de surveillance en matière d'état civil (art. 32, 1er al., en relation avec les art. 25 à 27 LDIP). Les registres font foi des faits qu'ils constatent et dont l'inexactitude n'est pas prouvée (art. 9, 1er al., CC). La tenue des registres est par conséquent soumise à de hautes exigences (droit et devoir d'examen de l'officier de l'état civil selon l'art. 13 OEC; surveillance régulière selon l'art. 43, 1er al., CC; rigueur de la procédure de rectification selon l'art. 45 CC).

4 RS 211.112.1

5 RS 291

6 RS 141.0

7 RS 211.112.6

8 Arrêtés fédéraux des 17 juillet 1953, 20 mars 1973 et 12 janvier 1977 sur les formules de l'état civil; ordonnance du 12 juillet 1951 sur la qualité du papier des formules de l'état civil.

9 RS 172.011

10 Registre des reconnaissances.

En vigueur pour l'essentiel depuis 1876¹¹, la réglementation actuelle relative aux actes de l'état civil a en général fait ses preuves. Elle a cependant de grands points faibles dont l'importance s'est considérablement accrue au cours des dernières années¹². La fiabilité de la tenue des registres s'en trouve dès lors toujours plus menacée. Voici les principaux défauts du droit actuel:

- La grande majorité des officiers de l'état civil de notre pays exercent leur activité à titre accessoire. Leur degré d'occupation se situerait très souvent bien en-dessous de cinquante pour cent. Pourtant, les exigences de cette activité ont fortement augmenté durant ces dernières années. Ainsi, à intervalles relativement rapprochés, des révisions de secteurs importants du droit de la famille (droits de l'adoption, de la filiation et du mariage) sont entrées en vigueur, déployant des effets considérables sur le domaine de l'état civil. La loi fédérale sur le droit international privé et la révision de la loi sur la nationalité méritent également d'être mentionnées dans ce contexte. Il en résulte que les registres font état de situations relevant tant de l'ancien droit que du nouveau, ce qui rend une vue d'ensemble difficile. De plus, en raison de la mobilité accrue de la population, il y a de plus en plus de cas à caractère international qui nécessitent la prise en considération de droits étrangers. Or, l'expérience démontre qu'à l'heure actuelle déjà, des officiers de l'état civil qui exercent leur activité à titre accessoire et à temps partiel ne sont parfois plus en mesure de faire face convenablement à de telles exigences.
 - Le degré de formation des personnes qui travaillent dans le domaine de l'état civil varie d'un canton à l'autre et souvent même à l'intérieur d'un canton déterminé. Le "système de milice" actuel permet difficilement d'assurer la formation et le perfectionnement des officiers de l'état civil; en effet, la pratique n'offre que rarement l'occasion d'appliquer les connaissances acquises à des cas complexes et de trouver ainsi une sûreté suffisante dans la mise en application de la théorie.
 - La population a souvent du mal à comprendre pourquoi, dans le domaine de l'état civil, les émoluments perçus pour un service déterminé peuvent varier d'un canton à l'autre. Certes, à l'heure actuelle déjà, les cantons ne disposent que d'une marge de manoeuvre limitée pour fixer le tarif des émoluments. Ainsi, le droit fédéral prévoit que certaines opérations sont gratuites (art. 178, 1er al., en relation avec l'art. 179 OEC). En outre, les cantons doivent soumettre leurs tarifs d'émoluments
- 11 La loi fédérale du 24 décembre 1874 concernant l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage est entrée en vigueur le 1er janvier de cette année-là.
- 12 Voir M. Jäger, La structure de l'état civil est-elle conforme aux exigences actuelles?, REC 1991, p. 13 ss; M. Jäger/ M. Gervasoni/ M. Perret/ E. Isler, Les structures de l'état civil sont-elles encore valables?, REC 1991, p. 315 ss/416 ss ainsi que REC 1992, p. 17 ss; E. Götz, L'organisation de notre état civil est-elle encore valable?, REC 1973, p. 82 s. Dans le projet de révision, on a également tenu compte de remarques critiques et de propositions comme celles formulées par H.-R. Schüpbach, Saisie de l'état civil des personnes physiques, Traité de droit privé suisse, vol. II; Droit des personnes, tome II/ 2, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1994, p. 192 ss. (meilleur ancrage du droit de l'enregistrement de l'état civil au niveau législatif; vérification du bien-fondé du système; qui s'est passablement alourdi, de la tenue des registres axée sur le(s) lieu(x) d'origine; examen des critères d'identification; réglementation du traitement électronique des données qui comporte un potentiel important de développement et de changement).

à l'approbation de la Confédération (art. 40, 2e al., CC; art. 178, 2e al., OEC). La situation n'est malheureusement pas très claire lorsqu'il s'agit d'examiner quels sont les principes à respecter impérativement lors de la fixation des émoluments (couverture des coûts, proportionnalité, égalité de traitement).

Si, pour procéder à des inscriptions dans les registres suisses¹³ ou pour conclure des mariages en Suisse, des données relatives à l'état civil doivent être prouvées par des documents, des problèmes importants surgissent principalement lorsque des requérants d'asile ou des réfugiés reconnus sont en cause. En effet, en règle générale, ces étrangers ne sont en possession d'aucune pièce de légitimation émanant de leur pays d'origine ou alors ils ne disposent que de papiers insuffisants. Ainsi, dans de nombreux cas, il s'avère impossible ou difficile, en dépit des sérieux efforts fournis, de se procurer les documents nécessaires dans le pays d'origine de l'intéressé, surtout lorsqu'il s'agit du pays qui persécute ce dernier¹⁴. Or, les cantons réglementent très différemment, voire ne réglementent pas du tout, la question de savoir quelles déclarations officielles peuvent, dans de tels cas, tenir lieu de preuves suffisantes.

123 Objectifs principaux de la révision

Le projet de révision qui vous est soumis vise à éliminer les défauts susmentionnés en développant les principes en vigueur. Comme jusqu'à présent, seuls les principes seront fixés dans le code civil. Les détails continueront quant à eux d'être réglés par le Conseil fédéral (réglementation par voie d'ordonnance).

Afin d'assurer une exécution d'une fiabilité professionnelle, le Conseil fédéral devrait désormais être autorisé à fixer les principes relatifs à l'éligibilité ou à la nomination des officiers de l'état civil (avant tout les prescriptions minimales quant à leur formation) ainsi qu'à la dimension des arrondissements de l'état civil (art. 49, 1er al.¹⁵; cf. *infra*, ch. 213.12). En effet, ce n'est que si tous les officiers de l'état civil disposent d'une bonne formation de base et d'une expérience suffisante dans le traitement de cas compliqués que notre système de l'état civil pourra être maintenu, à moyen et à long termes, dans un état aussi bon que celui qui est en général encore le sien aujourd'hui. De plus, les arrondissements de l'état civil doivent avoir une certaine dimension et être déterminés de manière à ce que, en règle générale, ils justifient d'une part l'engagement d'au moins un officier de l'état civil qui se consacre de façon prépondérante¹⁶ à son activité et, d'autre part, l'utilisation de techniques modernes de travail (par exemple le traitement électronique des données). Grâce à une généreuse réglementation de droit transitoire, les cas difficiles doivent pouvoir être évités autant que possible (cf. *infra*, ch. 251). Les modifications proposées permettent de revaloriser la position des officiers de l'état civil au sein de l'administration.

13 Lorsque, par exemple, l'état civil des parents doit être prouvé par la présentation de documents pour permettre l'inscription de la naissance de leur enfant.

14 Seules sont alors envisageables de discrètes tentatives de parents ou de connaissances en vue de trouver les documents nécessaires.

15 Lorsque la loi concernée n'est pas précisée, les articles cités sont ceux du présent projet de révision.

16 Il faut en général entendre par là un degré d'occupation d'au moins 75%.

Afin d'éviter de mettre en péril le principe de l'unité dans l'application du droit, il est indispensable qu'après avoir reçu une solide formation de base (condition d'élection ou de nomination), les officiers de l'état civil maintiennent l'état de leurs connaissances et qu'ils s'adaptent constamment aux changements touchant à leur activité. En raison des exigences qui se sont fortement accrues dans le domaine de l'état civil, il est absolument nécessaire que les officiers de l'état civil de tous les cantons suivent systématiquement des cours de formation et de perfectionnement. Selon l'article 6a Titre final du projet (cf. *infra*, ch. 212.4 et 251), la Confédération pourra contribuer aux frais de formation principalement durant la mise en place de la nouvelle réglementation. Cette contribution doit cependant être soumise à des conditions précises, afin que les moyens distribués soient utilisés le plus efficacement possible et que les charges administratives qui en découlent demeurent dans des limites raisonnables. Par ailleurs, le projet souligne l'importance de la formation et du perfectionnement en mentionnant ceux-ci expressément au nombre des attributions des autorités cantonales de surveillance (art. 45, 2e al., ch. 5; cf. *infra*, ch. 212.12). Il s'agit là d'une responsabilité des cantons qui n'est pour le moment fixée qu'au niveau de l'ordonnance (art. 11, 2e al., OEC).

Les opérations auxquelles procèdent les autorités de l'état civil sont pour la plupart réglées en détail par le droit fédéral. En règle générale, il n'y a pas de pouvoir d'appréciation quant au mode d'exécution de ces dispositions. Dorénavant, le Conseil fédéral doit donc pouvoir fixer de manière exhaustive le tarif de tous les émoluments perçus en matière d'état civil (art. 49, 2e al.; cf. *infra*, ch. 213.12). La Confédération récupère ainsi la compétence qu'elle avait jusqu'à présent déléguée aux cantons (art. 53, 1er al., cst., en relation avec l'art. 40, 1er al., CC et l'art. 2, 1er al., OEC). Elle les consultera cependant avant d'établir les tarifs des émoluments et avant toute modification importante de ceux-ci.

Pour les raisons présentées plus haut, les officiers de l'état civil, en leur qualité d'officiers publics, doivent désormais pouvoir, dans certains cas particuliers et après y avoir été autorisés par l'autorité cantonale de surveillance, recevoir des déclarations tenant lieu de preuves de données non litigieuses (art. 41; cf. *infra*, ch. 211.3).

En outre, la révision de la réglementation des actes de l'état civil vise les objectifs suivants:

- Le projet astreint le Conseil fédéral à assumer, dans le domaine des actes de l'état civil, *la protection de la personnalité et des droits fondamentaux* des personnes au sujet desquelles des données sont traitées (art. 40, 3e al.; cf. *infra*, ch. 211.22).
- Il prévoit un *système de responsabilité adapté à notre époque* (responsabilité objective des cantons pour les dommages que des personnes travaillant dans le domaine de l'état civil causent à des tiers de manière illicite et dans l'exercice de leur fonction; art. 46; cf. *infra*, ch. 212.2).
- *La structure des autorités* ressort plus clairement du projet qu'à l'heure actuelle (art. 44 et 45; cf. *infra*, ch. 212.1).
- *La réglementation des obligations de déclarer* (art. 46 et 48 CC) est, en vertu d'une délégation de compétence (art. 40, 1er al.; cf. *infra*, ch. 211.21), renvoyée au niveau de l'ordonnance.

- *Les prescriptions relatives aux données à enregistrer et à la tenue des registres* (art. 47, 50 et 51 CC) doivent elles aussi être fixées dans les dispositions d'exécution (art. 48, 2e al., ch. 1 et 2; cf. *infra*, ch. 213.11).
- La disposition sur *l'inscription, par ordre de l'autorité de surveillance, du décès d'une personne disparue* (art. 49 CC) doit être supprimée (voir les explications sous ch. 211.41, à la fin des commentaires concernant l'art. 42).

La réglementation relative aux plaintes interjetées contre les actes de gestion des officiers de l'état civil (art. 43, 2e al., CC) peut être abrogée. En effet, *la protection juridique* dans le domaine des actes de l'état civil est assurée en dernière instance par la voie du recours de droit administratif au Tribunal fédéral (art. 97 ss de la loi fédérale d'organisation judiciaire, OJ¹⁷). Les instances de recours inférieures et la procédure applicable devant ces autorités sont fixées par le droit cantonal. Toutefois, la dernière instance cantonale doit être une autorité judiciaire (art. 98a OJ). D'ailleurs, déjà selon le droit en vigueur (art. 19 à 21 OEC), le recours administratif au Département fédéral de justice et police ainsi qu'au Conseil fédéral (art. 44 ss et 72 ss de la loi fédérale sur la procédure administrative, PA¹⁸) ne pourrait entrer en ligne de compte que dans les cas de plaintes (dénonciations).

124 Elaboration du projet de révision

124.1 Avant-projet

La mise au point du chapitre sur les actes de l'état civil suppose des connaissances spéciales dans le domaine de l'état civil. Aussi l'Office fédéral de l'état civil a-t-il été chargé de diriger les travaux de préparation de l'avant-projet; il a travaillé en étroite collaboration avec la Commission fédérale pour les questions d'état civil. Les personnes suivantes, exerçant une activité dans le domaine de l'état civil, étaient à l'époque membres de cette commission permanente: Me Martin Jäger, chef de l'Office fédéral de l'état civil, président; M. Arnaldo Alberti (Locarno); Me Willi Heussler (Aarau); M. Michel Perret (Lausanne); M. Toni Siegenthaler (Berne); M. Michel Tercier (Fribourg); Mme Annemarie Trevisan (Soleure).

124.2 Procédure de consultation

Le 29 avril 1992, le Conseil fédéral a autorisé le Département fédéral de justice et police à ouvrir la procédure de consultation relative à l'avant-projet (AP) sur le droit de l'état civil; cette procédure concernait également l'avant-projet sur le droit de la conclusion du mariage et du divorce. Le délai de réponse était fixé au 31 octobre 1992. Au total, 140 réponses ont été retournées (dont 53 émanant de participants non officiels). Certaines d'entre elles ne l'ont cependant été qu'après le 31 octobre 1992. Tous les cantons ont répondu à l'exception d'un seul d'entre eux.

17 RS 173.110

18 RS 172.021

Les objectifs principaux de la révision furent approuvés à une nette majorité. Une large minorité des cantons s'est cependant opposée aux nouvelles compétences du Conseil fédéral dans le domaine de la détermination des arrondissements de l'état civil (art. 48, 2e al., ch. 6, AP). Quelques cantons ont également rejeté le pouvoir donné au Conseil fédéral de fixer des prescriptions minimales quant à la nomination des officiers de l'état civil (art. 48, 2e al., ch. 5, AP). La moitié des cantons environ s'est prononcée pour une participation obligatoire de la Confédération aux frais de formation et de perfectionnement (art. 44 AP). Enfin, quelques voix se sont fait entendre pour réclamer une loi spéciale sur les actes de l'état civil¹⁹.

Les résultats de la procédure de consultation ont permis avant tout de délimiter plus clairement les nouvelles délégations de compétences législatives au Conseil fédéral. En outre, sur le plan systématique, le projet est devenu encore plus lisible et plus clair.

125 Comparaison avec le droit européen²⁰ et efforts internationaux

L'Allemagne et l'Autriche sont parmi les premiers pays à connaître des réglementations comparables à celles de la Suisse dans le domaine des actes de l'état civil. L'Autriche a révisé ses dispositions en la matière en 1983, en édictant une loi spéciale qui conserve toutefois l'essentiel des anciens principes²¹. Comme en Allemagne et en Suisse, les données autrichiennes relatives à l'état civil sont rattachées à la famille ("Hinweise" dans les registres autrichiens des naissances, des mariages et des décès "Geburts-, Ehe- und Sterbebücher"; code familial allemand "Familienbuch"; registre suisse des familles). En France, comme en général dans les Etats qui ont été influencés par le Code Napoléon (par exemple l'Italie), les registres des naissances font état de données relatives aux individus (faible rattachement à la famille). La Grande-Bretagne ne dispose quant à elle d'aucun recueil de données. Les faits d'état civil ne sont enregistrés qu'une seule fois, sans être rattachés à quoi que ce soit. La Suède, pour sa part, devrait connaître depuis

19 Voir S. Sandoz, Faut-il sortir l'état civil du code civil?, REC 1993, p. 267 ss. La Commission pour les questions d'état civil (cf. *supra*, ch. 124.I) s'était posé cette question lors des travaux d'élaboration de l'avant-projet, mais elle y avait répondu par la négative. En effet, les deux autres registres publics prévus par le droit privé, c'est-à-dire le registre foncier et le registre du commerce, sont eux aussi réglementés dans leurs grands principes par le code civil. Ce sont donc d'abord des raisons d'ordre systématique qui commandent de ne pas régler à part notre système de l'état civil. En outre, les citoyens auraient de la peine à comprendre pourquoi les prescriptions sur les actes de l'état civil seraient soustraites à l'une de nos codifications les plus populaires pour être transférées dans une loi spéciale. D'ailleurs, le droit privé comporte de plus en plus de dispositions de droit public, si bien que la distinction traditionnelle entre droit public et droit privé s'estompe toujours davantage.

20 Voir Guide pratique international de l'état civil, Commission Internationale de l'Etat civil (CIEC), Berger-Levrault, Paris 1985 (Publication à feuillets), état au 1er janvier 1994; A. Bergmann/M. Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 6e édition, 1983 ss (Publication à feuillets), 121e livraison, mise à jour au 30 juin 1995; R. Brandhuber/W. Zeyringer, Standesamt und Ausländer, Francfort-sur-le-Main (Publication à feuillets), 15e livraison (9/1994).

21 J. Hintermüller, Welche Veränderungen bringt das neue Personenstandsgesetz für die Standesämter?, Oesterreichisches Standesamt 1983, p. 82 ss; W. Zeyringer, Die Organisation des Personenstandswesens in Oesterreich, Das (deutsche) Standesamt (StAZ) 1984, p. 233 ss.

1991 une réglementation²² unique en son genre, puisqu'elle a complètement renoncé aux registres de l'état civil. Les informations que l'on y trouvait jusqu'alors sont désormais rassemblées dans un vaste recueil de données personnelles, qui répond aux besoins les plus divers (par exemple à ceux du contrôle des habitants ou de l'administration fiscale) et qui est accessible pratiquement sans restriction aux autorités ainsi qu'aux personnes privées.

L'intégration européenne exige une étroite collaboration entre les Etats dans le domaine de l'état civil également. Cette tâche est avant tout celle de la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), dont la Suisse fait partie en tant que membre fondateur (comme "Etat dépositaire")²³. La commission tient à jour une documentation importante sur les prescriptions en vigueur dans les Etats membres dans les domaines de l'état civil, de la famille et du droit de la nationalité; ce faisant, elle tient spécialement compte des règles applicables aux cas à caractère international²⁴. Elle a jusqu'à présent adopté plus de 20 conventions et diverses recommandations²⁵ qui servent à harmoniser les règles juridiques nationales et qui facilitent le règlement des cas dans lesquels l'état de fait dépasse les frontières d'un pays. La collaboration de la Suisse avec le Conseil de l'Europe, l'Union européenne, la Conférence de droit international privé de La Haye et le Haut Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies a été réglée dans des accords formels. La Suisse participe de manière active aux travaux de la CIEC; elle a ratifié de nombreuses conventions de cette commission et tient compte de ses recommandations lorsqu'elle établit des règles de droit interne.

13 La conclusion du mariage

131 Genèse et principes du droit actuel

La réglementation actuelle trouve son origine dans la loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, le droit de la conclusion du mariage n'a pas subi de modifications fondamentales. Il a été repris pratiquement tel quel dans le code civil du 10 décembre 1907. Les seules modifications résident dans la simplification des dispositions relatives à la nullité des mariages formellement valables et dans la nouvelle fixation de l'âge de la majorité²⁶. En outre, la procédure de conclusion du mariage a été précisée dans diverses

22 Loi du 20 décembre 1990 sur le registre des habitants. Voir tiré à part de la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), Journée Internationale de l'Etat Civil, Berlin, 9 septembre 1992, p. 54 ss.

23 RS 0.203: procès-verbal du 25 septembre 1950 sur la Commission Internationale de l'Etat Civil. Depuis lors, la CIEC a passé de 5 à 12 Etats membres (Allemagne, Autriche, Belgique, Espagne, France, Grèce, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Portugal, Suisse, Turquie). La Conférence des autorités cantonales de surveillance en matière d'état civil rend régulièrement compte de l'activité de la CIEC au cours de ses assemblées annuelles (voir chaque cahier de novembre de la REC). Voir aussi E. Götz, *Quinze années d'activité de la Commission internationale de l'état civil (CIEC)*, REC 1963, p. 258 ss.

24 Voir Guide pratique international de l'état civil, ci-dessus note 20.

25 Voir la publication du Secrétariat général de la CIEC parue à Strasbourg en 1988 et son deuxième tome datant de 1993.

26 E. Huber, *Erläuterungen zum Vorentwurf eines Schweizerischen Zivilgesetzbuchs*, vol. I, Berne 1914, p. 105.

ordonnances (1910: ordonnance sur les registres de l'état civil; 1928: ordonnance sur le service de l'état civil; 1953: ordonnance sur l'état civil). Une mise à jour partielle a eu lieu à l'occasion de révisions subséquentes de l'ordonnance sur l'état civil²⁷. Le code civil a notamment été complété par un article 120, ch. 4, en 1952, à l'occasion de l'adoption de la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse. Selon cette disposition, un mariage pouvait être déclaré nul si la femme ne voulait pas fonder une communauté de vie, mais éluder les dispositions sur l'acquisition de la nationalité. Cette disposition a été supprimée en 1990 par la révision de la loi sur la nationalité²⁸, qui concrétise le principe de l'égalité entre femmes et hommes (art. 4, 2e al., cst.) et ne prévoit plus d'acquisition automatique de la nationalité en cas de mariage. En outre, les empêchements à mariage (art. 100 CC) et la réglementation de la nullité du mariage ont été adaptés en 1972 au nouveau droit de l'adoption et en 1976 au nouveau droit de la filiation. L'article 134 CC a dû être modifié en 1984 en raison de la nouvelle réglementation du nom prévue dans le nouveau droit matrimonial. Enfin, l'âge de la capacité matrimoniale a été fixé à 18 ans uniformément pour les hommes et les femmes à l'occasion de l'abaissement de l'âge de la majorité civile, décidé par les Chambres fédérales le 7 octobre 1994²⁹.

Le droit de la conclusion du mariage (art. 90 ss CC) est divisé en quatre chapitres: le premier règle les fiançailles, le deuxième la capacité matrimoniale et les empêchements à mariage, le troisième la publication et la célébration du mariage, et le quatrième la nullité des mariages.

Les fiançailles (art. 90 à 95 CC) donnent naissance à une obligation naturelle, dans la mesure où on ne peut pas en déduire un droit d'action tendant à la conclusion du mariage. Mais, en cas de rupture, la réparation du dommage et, éventuellement, une indemnisation pour tort moral peuvent être demandées. En outre, le code civil prévoit l'obligation de restituer les présents.

Selon les dispositions actuelles sur la capacité matrimoniale (art. 96 à 99 CC), les malades mentaux ne sont pas capables de contracter mariage (art. 97, 2e al., CC). Les empêchements à mariage (art. 100 CC) reposent sur le tabou traditionnel de l'inceste, le principe de l'exogamie et des motifs eugéniques. Ils tendent à ce que les mariages ne soient pas célébrés entre membres d'une même famille. En outre, en cas de déclaration d'absence d'un des conjoints, un nouveau mariage ne peut avoir lieu qu'après la dissolution du précédent mariage au terme d'une procédure judiciaire (art. 102 CC). Enfin, le code civil connaît encore un délai de viduité après la dissolution d'un mariage ("Frauenwartefrist", art. 103 CC) et un délai judiciaire d'interdiction de remariage après le divorce ("Strafwartefrist", art. 104 et 150 CC).

La procédure de conclusion du mariage actuelle (art. 105 à 119 CC) se caractérise principalement par la laïcité, l'exclusivité du mariage civil et la publicité. La validité du mariage est soumise à la condition de laïcité depuis 1874 (art. 53, 1er al., cst.). Le mariage ne peut être reconnu juridiquement valable que s'il a été célébré devant un officier de l'état civil. Le mariage civil est la seule possibilité d'unir un homme et une femme en une communauté de vie officiellement reconnue. Une cérémonie religieuse ne peut avoir

27 Surtout par la révision partielle réalisée en vue de l'adaptation de l'ordonnance au nouveau droit matrimonial de 1984, entré en vigueur le 1er janvier 1988.

28 RO 1991 I 1034; FF 1987 III 285

29 RO 1995 I 1126; FF 1993 I 1093

lieu qu'après le mariage civil. Le système juridique suisse ne connaît pas de mariage "common law" (comme dans certains Etats des Etats-Unis) ou de "mariage coutumier" (comme dans certains pays d'Afrique). Enfin, par la procédure de publication, la réglementation actuelle assure la publicité du mariage et permet l'exercice d'un certain contrôle par la population (art. 108 CC).

La nullité du mariage (art. 120 à 136 CC) permet la mise en oeuvre des empêchements à mariage et tient également compte du fait que la conclusion d'un mariage valable sur le plan formel peut être viciée sur le fond. Les motifs de nullité absolue, qui s'appliquent d'office, se distinguent des motifs de nullité relative, qui doivent être invoqués par un conjoint.

132 Les défauts du droit actuel de la conclusion du mariage

Les fiançailles n'ont pas une grande portée pratique. En tant que rapport social préexistant³⁰, elles relèvent essentiellement de la morale individuelle, et par là même de la sphère intime des intéressés, bien plus que du domaine public. Elles appartiennent cependant à notre tradition juridique. Ainsi que l'a démontré le résultat de la procédure de consultation, l'abandon de cette institution heurterait les conceptions d'une grande partie de la population suisse. En outre, chaque mariage suppose des fiançailles préalables en raison de la communication de la promesse de mariage à l'office de l'état civil lors de la procédure préparatoire (art. 105 ss CC). Il paraît donc raisonnable d'adopter une réglementation applicable aux dispositions qui ont été prises en vue du mariage dans les cas où ce dernier n'a pas lieu. Ne conserver que la réparation du dommage par le biais des dispositions du code des obligations et renoncer aux règles sur les fiançailles, comme cela a été proposé parfois, ne donnerait, selon le Conseil fédéral, pas satisfaction. Le droit actuel, qui, en cas de rupture de fiançailles, fonde la réparation du dommage et du tort moral sur la faute, ne correspond cependant plus aux conceptions actuelles et à notre société.

L'article 54, 1er et 2e alinéas, cst. et l'article 12 CEDH garantissent le droit au mariage. Chaque interdiction et chaque empêchement au mariage constituent une atteinte à ce droit constitutionnel. Les interdictions et les empêchements actuels découlent encore de conceptions sociales et de connaissances scientifiques datant du 19e siècle et doivent dès lors être réexaminés. Le délai de viduité ("Frauenwartefrist") est dépassé au vu de la modification de l'article 257 CC adoptée lors de la révision du droit de la filiation³¹. Il n'est au surplus pas conforme au principe de l'égalité entre femmes et hommes (art. 4, 2e al., cst.)³². Le délai judiciaire ("Strafwartefrist") n'est presque plus respecté dans la pratique depuis longtemps et une décision de la Cour européenne des droits de l'homme de 1987³³ l'a rendu pratiquement obsolète. En outre, la dissolution du mariage en cas d'absence de l'un des conjoints est inutilement compliquée.

30 Cf. R. Montanari, *Verlobung und Verlöbnißbruch*, thèse, Berne 1974, p. 21 ss.

31 Conformément à l'article 257, 1er al., CC, le second mari est réputé être le père lorsque l'enfant est né dans les 300 jours après la dissolution du mariage de la mère alors qu'elle a contracté un nouveau mariage.

32 Cf. Rapport sur le programme législatif "Egalité des droits entre hommes et femmes" du 26 février 1986, FF 1986 III 1132 ss.

33 Jugement du 18 décembre 1987 dans l'affaire F. contre la Suisse, Série A, vol. 128, ch. 32, 36 et 40.

L'actuelle procédure de conclusion du mariage est sujette à la critique depuis de nombreuses années. On déplore avant tout la lourdeur de la procédure de publication³⁴. A l'origine, celle-ci devait garantir la publicité du mariage. Elle permettait encore à la population, grâce à l'affichage public, de s'associer à l'examen des conditions du mariage. Finalement, elle constituait le moyen, pour les offices de l'état civil appelés à collaborer en différents endroits, d'exercer un contrôle administratif. Or, sous réserve d'un examen administratif simplifié dans des cas particuliers (cf. *infra*, ch. 223.22), les objectifs de la procédure de publication n'ont plus guère de sens eu égard à l'état actuel du développement social et démographique. Ainsi, la publicité n'intéresse plus que certains commerçants (qui désirent envoyer de la réclame). De plus, le contrôle populaire des conditions du mariage - qui a pour but principal d'attirer l'attention de la population sur les empêchements à mariage - ne se fait pratiquement plus. Pour qu'un tel contrôle puisse s'exercer, il faudrait que les gens se connaissent; mais c'est de moins en moins le cas (sauf peut-être encore dans certaines régions rurales). En outre, étant donné que rares sont les Suisses qui habitent dans leur lieu d'origine ou qui y ont un jour habité, il n'est plus nécessaire de procéder à la publication du mariage en cet endroit. Il faut également songer au fait que de plus en plus de gens ont des droits de cité cantonaux et communaux doubles ou multiples; la procédure en est dès lors alourdie, puisque la publication doit être faite à chaque lieu d'origine des personnes en question. Par ailleurs, le droit de former opposition, qui est accordé à la population, s'avère dépassé. En effet, les oppositions de personnes privées sont très rares et n'ont quasiment jamais trait aux conditions légales du mariage. Quant au contrôle officiel effectué par les offices de l'état civil des lieux d'origine concernés, il est lui aussi inutile. L'office de l'état civil du domicile, qui doit notamment recevoir des fiancés un extrait du registre des familles, peut en effet examiner lui-même si les conditions du mariage sont satisfaites et, au besoin, faire des recherches supplémentaires à ce sujet. Enfin, certains défauts de moindre importance seront signalés dans les commentaires relatifs aux articles concernés (cf. *infra*, ch. 223).

Relevons encore que la réglementation de la nullité du mariage est trop étendue compte tenu de sa portée pratique. La nullité n'est requise que très rarement en Suisse³⁵.

133 Les buts principaux de la révision du droit de la conclusion du mariage

Les dispositions relatives aux fiançailles (art. 90 ss) et aux conditions du mariage (art. 94 ss) doivent être adaptées à l'époque actuelle. Les empêchements à mariage doivent être limités au strict nécessaire³⁶. Ainsi, une disposition selon laquelle les malades mentaux ne sont en aucun cas capables de contracter mariage constitue une discrimination injustifiée à l'égard d'une catégorie déterminée de malades. En outre, le délai de viduité (Frauenwartefrist) doit être aboli, comme le délai judiciaire (Strafwartefrist), et la dissolution du mariage en cas d'absence de l'un des conjoints doit être simplifiée.

34 Voir le résumé des arguments essentiels en la matière, préparé par l'ancien chef de l'Office fédéral de l'état civil, H.-R. Schnyder, RSJB 1969, p. 169 ss.

35 35 cas de nullité pour 15'053 divorces en Suisse en 1993. L'ancien article 120, ch. 4, CC, a été appliqué dans 23 cas; l'article 120, ch. 1, CC (bigamie), dans 4 cas; l'article 123 (incapacité de discernement) dans 1 cas; l'article 124 (erreur) dans 7 cas. Sauf indication contraire, les chiffres donnés dans le présent message émanent de l'Office fédéral de la statistique.

36 Cf. J.-C. Hürlimann, Die Eheschliessungsverbote zwischen Verwandten und Verschwägerten, thèse, Zurich 1987, p. 149.

La procédure de publication est supprimée et remplacée par une procédure préparatoire qui remédie aux défauts de la réglementation en vigueur (art. 98 à 100). L'office de l'état civil compétent pour l'exécution de cette procédure est, au choix, celui du domicile du fiancé ou celui du domicile de la fiancée (art. 98, 1er al.). Les fiancés sont appelés à participer à la procédure plus activement qu'aujourd'hui et à assumer une certaine responsabilité: en principe, ils doivent comparaître personnellement et déclarer qu'ils remplissent les conditions du mariage (art. 98, 2e et 3e al.). La position de l'office de l'état civil est renforcée: il examine en toute indépendance si les conditions légales sont remplies (art. 99, 1er al.); cela signifie également que c'est lui qui prend la responsabilité, en fonction du cas concret, de décider s'il faut effectuer des recherches supplémentaires et, le cas échéant, lesquelles. Le mariage peut être célébré au plus tôt dix jours après la clôture de la procédure préparatoire (art. 100, 1er al.). Le temps de réflexion, qui découlait jusqu'à présent du délai de publication, est par conséquent maintenu.

Le projet maintient l'annulation du mariage (art. 104 ss). Même si les dispositions légales ne sont que rarement appliquées en pratique, il se justifie de conserver un certain parallélisme entre les empêchements à mariage et les causes d'annulation. En outre, il convient de protéger la libre volonté des époux déjà au moment de la conclusion du mariage³⁷. L'annulation du mariage tient compte des circonstances existant avant et lors de la conclusion du mariage, alors que les dispositions sur le divorce et la séparation de corps se réfèrent aux événements survenus pendant la durée du mariage. Il ne serait dès lors pas correct d'intégrer les dispositions relatives à l'annulation du mariage dans le chapitre sur le droit du divorce pour des motifs de simplification. De toute manière, même avec cette solution, on serait obligé de prévoir des dispositions particulières pour l'annulation du mariage (motif spécial de divorce, légitimation, intervention d'office, modalités). Le projet condense par conséquent le droit actuel aussi bien sur le plan formel que matériel. Dès lors que le mariage est valable tant qu'aucune action n'est intentée - il s'agit d'une action formatrice -, la notion d'annulation a été préférée à celle de nullité³⁸. La distinction entre les causes absolues et les causes relatives (ancienne terminologie) a été conservée. Dans la nouvelle version allemande, on fait cependant référence aux "unbefristeten" et aux "befristeten Ungültigkeitsgründen": seules les premières sont l'expression de l'ordre public et peuvent dès lors être invoquées en tout temps par les autorités cantonales compétentes et par tous les intéressés.

134 Elaboration du projet de révision du droit de la conclusion du mariage

134.1 Avant-projet

La mise au point du chapitre sur la procédure de conclusion du mariage suppose des connaissances spéciales dans le domaine de l'état civil. Aussi l'Office fédéral de l'état civil a-t-il été chargé de diriger les travaux de préparation de l'avant-projet; il a travaillé en étroite collaboration avec la Commission fédérale pour les questions d'état civil (cf. *supra*, ch. 124.1).

37 Contra C. Hegnauer, Zur Revision des materiellen Eheschliessungsrechts (Verlöbnis, Ehevoraussetzungen, Eheungültigkeit), REC 1992, p. 386 s.

38 Cf. également art. 519 CC, qui régit un cas semblable.

Compte tenu du fait que le reste du droit de la conclusion du mariage ne nécessitait pas de modifications fondamentales, les propositions de révision n'ont pas été élaborées par la Commission d'experts pour la révision du droit de la famille (cf. *infra*, 145.1), mais par une sous-commission de cette commission d'experts, sur la base de publications scientifiques et d'avant-projets élaborés au sein de l'administration. Les personnes suivantes étaient membres de cette sous-commission: M. Heinz Hausheer, professeur (Berne); Mme Ursula Nordmann-Zimmermann, professeur (Lausanne); M. Jean-François Perrin, professeur (Genève); Mme Ruth Reusser, docteur en droit (Berne); M. Bernhard Schnyder, professeur (Fribourg), tous membres de la Commission d'experts pour la révision du droit de la famille, ainsi que M. Martin Jäger, chef de l'Office fédéral de l'état civil.

Les dispositions sur le mandat en mariage ou en partenariat ont également été élaborées au sein de l'administration (art. 406 a ss P CO; *infra*, ch. 262.3).

134.2 Procédure de consultation

La réglementation des *fiançailles* n'a pas donné lieu à beaucoup de critiques. Le maintien de l'institution a même été expressément approuvé dans quelques réponses. Cette institution n'a certes pas beaucoup de signification juridique, mais elle est ancrée dans la conscience de la population. Certains doutes ont été émis quant au bien-fondé d'une réglementation des fiançailles. Quelques participants à la procédure de consultation se sont même formellement opposés à ce maintien. Le concubinage aurait davantage d'importance; certains participants ont donc demandé que ce domaine soit réglementé dans la loi.

Un parti politique a demandé que l'on offre aux couples homosexuels la possibilité de contracter mariage. Quelques autres participants ont manifesté leur désir que l'on instaure - à l'exemple des pays scandinaves - la possibilité pour les couples homosexuels de faire enregistrer leur union, ce qui leur permettrait d'être placés sur un pied d'égalité avec les personnes mariées en ce qui concerne le droit des successions, des assurances sociales et de la police des étrangers.

Les dispositions de l'avant-projet sur la *capacité matrimoniale* et les *empêchements à mariage* (art. 95 à 97 AP) n'ont, hormis une seule réserve, pas été contestées. Une importante minorité s'est cependant prononcée contre l'empêchement à mariage fondé sur l'alliance (Schwägerschaft; cf. art. 21 CC). Une nette majorité a soutenu les propositions relatives à l'*annulation du mariage* (art. 108 à 114 AP). La suppression de cette institution n'a été qu'extrêmement rarement requise.

La grande majorité des participants à la procédure de consultation a approuvé l'objectif principal de la révision de la *procédure de conclusion du mariage*, à savoir la simplification de la procédure préparatoire du mariage. De même, une nette majorité s'est déclarée favorable à l'obligation pour les fiancés de comparaître personnellement lors de la procédure préparatoire (art. 99 AP: incitation à responsabiliser les fiancés) et du renforcement de la position des officiers de l'état civil (art. 99 et 100 AP: examen des conditions légales sous leur propre responsabilité).

Les règles de l'avant-projet qui laissaient aux fiancés la liberté de choisir leur office de l'état civil (art. 99, 1er al., AP) et qui prescrivait en même temps un seul et même lieu pour l'exécution de la procédure préparatoire et pour la célébration du mariage (art. 104 AP) ont en revanche suscité une vive opposition. Une forte majorité a également rejeté l'affichage de la célébration du mariage (art. 103 AP), l'obligation pour les cantons d'offrir aux fiancés la possibilité de s'informer sur le mariage et le droit matrimonial (art. 107, 2e al., AP) ainsi que l'idée (lancée dans le seul but de provoquer un débat) d'admettre la bénédiction religieuse avant la célébration du mariage civil.

134.3 Le remaniement de l'avant-projet du droit de la conclusion du mariage

A la suite de la procédure de consultation, seules quelques modifications de détail ont été apportées aux dispositions relatives aux fiançailles, aux conditions du mariage et à son annulation. Le projet ne contient plus de disposition expresse sur la réparation du tort moral dans le chapitre sur les fiançailles (art. 92, 2e al., AP). En outre, la disposition correspondante à l'article 205 CC, selon laquelle un fiancé aurait pu, en cas de rupture, demander l'attribution d'un bien appartenant en copropriété aux deux fiancés lorsqu'il aurait pu justifier d'un intérêt prépondérant, n'a pas été retenue (art. 93 AP; cf. *infra*, ch. 221.22). Enfin, l'empêchement à mariage fondé sur le lien d'alliance ("Schwägerschaft") n'est plus prévu (cf. *infra*, ch. 222.3).

Les résultats de la procédure de consultation relatifs à la procédure de conclusion du mariage ont entraîné un remaniement formel et matériel de l'avant-projet. Ainsi, l'essentiel des revendications relatives au contenu de celui-ci a pu être pris en considération sans qu'il en résulte une mise en danger des objectifs principaux de la révision. En outre, la systématique du projet a pu être encore améliorée.

Le Conseil fédéral a rejeté l'idée d'instaurer une réglementation *globale* du concubinage dans le cadre du droit de la famille. Les concubins ont la possibilité d'organiser leur relation par la conclusion de divers contrats. La pratique judiciaire, qui s'inspire dans certains domaines des dispositions relatives à la société simple, n'a à l'heure actuelle pas mis en évidence des problèmes si importants qu'ils justifient une réglementation générale dans le droit de la famille. Une telle réglementation conduirait d'ailleurs à un mariage de seconde zone. Compte tenu de la liberté que confère le nouveau droit matrimonial aux époux, la nécessité d'une telle réglementation n'est pas établie. Du reste, le projet prévoit, à son article 298a, la possibilité pour les parents non mariés d'exercer conjointement l'autorité parentale sur leurs enfants.

En ce qui concerne les couples homosexuels, le Conseil fédéral a garanti, dans sa réponse à une question ordinaire Petitpierre du 15 mars 1994³⁹, que cette question serait examinée de manière approfondie. Pour des motifs de temps, cet examen n'a pas pu être effectué dans le cadre des travaux de remaniement de l'avant-projet du droit de la conclusion du mariage consécutifs à la procédure de consultation.

39 No 94.1027, Situation juridique des couples de même sexe.

A l'exception de la France, les pays voisins de la Suisse réglementent les fiançailles. En France, aucun droit n'en découle. Les fiancés demeurent complètement libres jusqu'à la conclusion du mariage. Est réservée la responsabilité délictuelle en cas de rupture de fiançailles (art. 1383 CC fr.).

L'annulation du mariage est connue dans tous les Etats voisins de notre pays. La Suède a supprimé les dispositions relatives à cette institution en 1973 et l'a intégrée dans le droit du divorce. Dans sa réunion annuelle de 1976, la Commission Internationale de l'Etat Civil a encouragé les Etats membres à limiter au strict nécessaire les motifs de nullité admis.

La France, la Belgique, le Luxembourg et l'Italie⁴⁰ connaissent une procédure de publication semblable à celle de la Suisse; toutefois, le cercle des personnes autorisées à former opposition est plus restreint dans ces pays que chez nous. En Allemagne, la publication ("Aufgebot") intervient une fois que l'office de l'état civil a constaté que les conditions du mariage sont remplies. Une révision⁴¹ est en cours depuis longtemps déjà dans le but de simplifier ou de supprimer cette procédure. En Autriche, la procédure de publication a été abolie en 1983. L'office de l'état civil examine les conditions du mariage en se basant sur les documents fournis par les fiancés. En 1973, la Norvège et la Suède ont elles aussi introduit dans leur législation une réglementation comparable à celle qui est proposée dans le présent message. En Grande-Bretagne et dans certains Etats qui faisaient autrefois partie de l'empire britannique, il est encore d'usage de publier les intentions de mariage selon une procédure traditionnelle.

La Commission Internationale de l'Etat Civil recommande à ses membres de renoncer à la procédure de publication du mariage⁴². En outre, il existe deux conventions qui visent à faciliter la conclusion du mariage dans les cas internationaux⁴³. La Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la célébration et la reconnaissance de la validité du mariage⁴⁴ vise également cet objectif. Quant à la Convention des Nations Unies du 10 décembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, elle concerne avant tout les pays en voie de développement (interdiction d'anciens usages matrimoniaux)⁴⁵.

40 Cf. les réf. sous note 20; cf. en outre M. Coester, *Probleme des Eheschliessungsrechts in rechtsvergleichender Sicht*, StAZ 1988, p. 122 ss.

41 Cf. D. Müller-Gindulis, *Münchener Kommentar zum EheG*, avant le § 1, n. 18 avec renvois; D. Schwab, *Entwicklungen und Perspektiven des Familienrechts*, in *40 Jahre Familienpolitik in der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1993, p. 64 note 11; cf. en outre C. Böhmer, *Die Neuregelung des Eheschliessungsrechts*, StAZ 1975, p. 5 ss.

42 Recommandation no 2 de la CIEC, du 8 septembre 1976, concernant le droit matrimonial.

43 La Suisse a ratifié la Convention no 20, du 5 septembre 1980, relative à la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale (RS 0.211.112.15). En revanche, elle n'a pas ratifié la Convention no 7, du 10 septembre 1964, tendant à faciliter la célébration des mariages à l'étranger; en effet, l'objectif de cette dernière est largement dépassé par les règles de droit international privé que chaque pays a développées en ce qui concerne le principe du domicile.

44 La Suisse n'a pas encore adhéré à cet accord, mais elle a tenu compte de ses objectifs dans sa loi fédérale sur le droit international privé.

45 Böhmer, *op. cit.*, p. 6, note 18: eu égard à son objectif, cet accord ne s'oppose pas à la suppression de la procédure de publication dans les "pays industrialisés". La Suisse n'a pas adhéré à cet accord.

141 Genèse et caractéristiques de la réglementation en vigueur

La loi fédérale du 24 décembre 1874 sur l'état civil, la tenue des registres qui s'y rapportent et le mariage est entrée en vigueur en 1876. Elle admettait le divorce en Suisse de la même manière pour toutes les confessions. Le code civil de 1907 put ainsi s'appuyer sur le droit existant pour légiférer sur les causes de divorce (art. 137 ss CC). Les effets accessoires du divorce furent également réglés pour la première fois de façon uniforme pour toute la Suisse (art. 149 ss CC). Ces dispositions légales n'ont pratiquement pas subi de modifications jusqu'à ce jour.

Le droit du divorce de 1874/1907 fut considéré comme particulièrement progressiste pour l'époque, voire même ouvrant de nouveaux horizons par rapport aux législations étrangères. Il instaurait en effet une cause de divorce encore inconnue à l'étranger - la rupture irrémédiable de l'union conjugale (art. 142, 1er al., CC) - en plus des causes déterminées de divorce (art. 137 à 141 CC), qui étaient déjà ancrées dans les droits étrangers et supposaient un comportement fautif ou une maladie mentale incurable. Ce droit prévoyait en outre que lorsque la désunion est surtout due à l'un des conjoints, seul l'autre peut demander le divorce (art. 142, 2e al., CC).

Les effets accessoires du divorce furent eux aussi réglés de façon très large. Les juges eurent ainsi tout loisir de faire oeuvre de législateur. Les dommages-intérêts, la réparation du tort moral, ainsi que subsidiairement les contributions d'entretien postérieures au divorce comptaient au nombre des prestations dues en cas de divorce. L'article 151, 1er alinéa, CC prescrit que lorsque les intérêts pécuniaires, même éventuels, de l'époux innocent sont compromis par le divorce, l'autre conjoint lui doit une indemnité équitable. En outre, selon l'article 152 CC, un époux, même s'il n'a pas donné lieu au divorce, peut être contraint de verser à son conjoint innocent une pension alimentaire proportionnée à ses facultés, au cas où ce dernier tomberait dans le dénuement par suite du divorce.

Lorsqu'il y a des enfants mineurs, l'autorité parentale doit d'office être attribuée à l'un des parents. Les relations personnelles et les contributions d'entretien doivent être réglées (art. 156, 273 ss et 297, 3e al., CC).

Outre le divorce, le droit actuel connaît également la séparation de corps (art. 143 et 146 ss CC). La séparation est prononcée pour une durée déterminée ou indéterminée. Après un certain délai, mais au plus tôt après trois ans, chaque conjoint peut demander le divorce ou la fin de la séparation lorsqu'aucune réconciliation n'est intervenue (art. 147, 3e al., et 148 CC).

142.1 Augmentation du nombre des divorces

L'année 1967 marque un tournant dans l'évolution de la divortialité en Suisse⁴⁶. Cette année-là, on a compté 5'200 divorces; depuis, l'augmentation est rapide et relativement régulière: 6'400 divorces en 1970, 8'900 en 1975, 11'700 en 1983 et, enfin, 15'634 en 1994⁴⁷. La fréquence du divorce (exprimée par un indice appelé "somme des divorces réduits": nombre de divorces pour 100 mariages célébrés la même année) a passé de 12,9 % en 1967 à 30,0 % en 1983 et à 37,8 % en 1994. Cet accroissement résulte d'une augmentation de la divortialité pour les différentes durées de mariage; il convient de noter que cette augmentation est d'autant plus élevée que la durée du mariage est courte. La proportion de personnes divorcées par rapport à la population totale a passé au cours des 24 dernières années de 1,9 % (1970) à 4,8 % (1994)⁴⁸.

On relèvera ici que l'augmentation de la fréquence des divorces n'est pas un phénomène propre à la Suisse: la proportion annuelle des mariages dissous est en hausse à peu près continue en Europe depuis 1965 environ. Et la fréquence des divorces est notablement plus forte dans certains pays qu'elle ne l'est en Suisse. Par exemple, cette fréquence était (en 1990) de l'ordre de 41 % en Angleterre et au Pays de Galles, de 44 % au Danemark, de 45 % en Suède et de 40 % en Norvège (environ 33 % en Suisse).

Depuis un demi-siècle, on constate pratiquement sans changement que le divorce est surtout prononcé dans les cinq premières années du mariage: dans un tiers des cas de divorces environ, le mariage se termine au cours des cinq premières années⁴⁹. Dans le même temps, les femmes ont toujours été plus nombreuses que les hommes à intententer l'action en divorce (1994: 9'968 femmes contre 5'666 hommes)⁵⁰, et ce même lorsqu'elles avaient des enfants mineurs à charge. Le nombre des enfants du divorce a quant à lui augmenté moins rapidement pendant ce siècle que celui des divorces. En 1994, 13'396 enfants mineurs ont vu leurs parents divorcer⁵¹. La moitié environ des

46 J.-E. Neury, *Les divorces en Suisse depuis 1967*, Cahiers statistiques, Berne 1985, p. 5.

47 Ces chiffres ont passé à 11'415 en 1985, 11'395 en 1986, 11'552 en 1987, 12'731 en 1988, 12'720 en 1989, 13'183 en 1990, 13'627 en 1991, 14'530 en 1992 et 15'053 en 1993.

48 Les chiffres absolus et complets de 1993 font apparaître le tableau suivant en Suisse :

Population totale 1993/ 1970:	6'968'600/	6'193'100 (=100%)
Célibataires 1993/ 1970:	2'920'800 (41,9%)/	2'813'800 (45,4%)
Mariés 1993/ 1970:	3'310'200 (47,5%)/	2'928'000 (47,3%)
Divorcés 1993/ 1970:	321'800 (4,6%)/	117'200 (1,9%)
Veufs 1993/ 1970:	415'800 (6%)/	334'100 (5,4%)

Sources: *Annuaire statistique de la Suisse 1991*, p. 25, et *Mouvements de la population en Suisse 1993*, p. 24 ss.

49 1994: 34,9 %; 1993: 35,5%; 1992: 35,1%; 1991: 34,1%; 1990: 32,8%.

50 1993: 9'505 femmes contre 5'548 hommes.

1992: 9'163 femmes contre 5'367 hommes;

1991: 8'546 femmes contre 5'081 hommes;

1990: 8'276 femmes contre 4'907 hommes.

51 1993: 12'692 enfants mineur; 1992: 12'486 enfants mineurs; 1991: 11'376 enfants mineurs; 1990: 11'396 enfants mineurs.

unions dissoutes par le divorce ne concernaient pas d'enfants mineurs (1994: 7'651 mariages sans enfant contre 7'983 mariages avec enfants)⁵².

Les raisons principales avancées pour l'augmentation du nombre des divorces sont en premier lieu l'absence ou le relâchement des liens religieux, la croissance du bien-être matériel, l'émancipation des femmes, ainsi que les modifications du comportement sexuel⁵³. Cela montre que l'augmentation du nombre des divorces, comme celle des mariages, ne doit pas être considérée comme un phénomène indépendant, mais être replacée dans le contexte social général.

142.2 Les causes de divorce dans la pratique judiciaire

Le droit du divorce actuel connaît, à côté d'une cause générale (art. 142 CC), des causes déterminées de divorce, soit l'adultère (art. 137 CC), l'attentat à la vie, les sévices et les injures graves (art. 138 CC), le délit et l'atteinte à l'honneur (art. 139 CC), l'abandon malicieux (art. 140 CC), la maladie mentale (art. 141 CC) et le divorce après une séparation de corps ordonnée par le juge (art. 148 CC). La pratique n'a toutefois pas répondu aux prévisions du législateur de 1907, qui pensait que les causes déterminées de divorce seraient appliquées en règle générale, alors que l'article 142 CC ne le serait qu'à titre subsidiaire. Environ 98,6 % des divorces prononcés en 1994 sont fondés sur la cause générale de la désunion profonde. Le solde se répartit entre l'adultère et d'autres motifs. Les statistiques des divorces pour l'année 1994 font apparaître le tableau suivant:

Au total: 15'634

Causes de divorce (cumul possible)

Art.	137	138	139	140	141	142	148, 1er al.	autres
	230	2	2	1	6	15'417	35	135

Il apparaît ainsi que les causes déterminées de divorce sont devenues largement obsolètes. Certes, la cause de l'adultère a conservé une relative importance dans certaines régions de Suisse. L'adultère n'est plus, en dépit du texte de l'article 137 CC, une cause absolue de divorce. Il n'emporte qu'une présomption réfragable de rupture de l'union conjugale⁵⁴.

Comme on l'a vu, la grande majorité des divorces est fondée sur une rupture irrémédiable de l'union conjugale (art. 142, 1er al., CC). En vertu de l'article 158, chiffre 1, CC, le juge doit examiner d'office si la volonté de maintenir l'union a définitivement disparu et si l'on peut encore exiger de l'un des époux, ou des deux, la poursuite de la vie commune. Dans plus de 90 % des cas cependant, les époux sont d'accord de divor-

52 1993: 7'416 mariages sans enfants contre 7'637 mariages avec enfants.

1992: 6'938 mariages sans enfant contre 7'592 mariages avec enfants.

1991: 6'663 mariages sans enfant contre 6'964 mariages avec enfants.

1990: 6'234 mariages sans enfant contre 6'949 mariages avec enfants.

53 Cf. *Scheidung in der Schweiz. Eine wissenschaftliche Dokumentation*, édité par J. Duss-von Werdt et A. Fuchs, Veröffentlichungen des Instituts für Ehe und Familie, Berne 1980, p. 283 et 419 ss.

54 ATF 98 II 161 ss

cer, au plus tard dans le courant de la procédure de divorce. De plus en plus de juges vont à leur rencontre en se contentant d'une volonté concordante de divorcer comme preuve de la rupture de l'union conjugale. Le divorce à l'amiable s'est ainsi depuis longtemps répandu sur une grande partie du territoire suisse, malgré la teneur du texte légal.

Il ne faut pourtant pas négliger les cas dans lesquels un époux entend s'opposer au divorce. Si la désunion profonde est surtout imputable à l'époux demandeur, le mariage ne peut être dissous contre la volonté de son conjoint (art. 142, 2e al., CC). En 1982, le Tribunal fédéral a toutefois jugé qu'une séparation de fait de quinze ans fait présumer qu'une réelle volonté de poursuivre le mariage a disparu chez l'époux qui prétend s'opposer au divorce et qu'il n'existe plus d'intérêt digne de protection au maintien du lien conjugal. L'opposition au divorce est par conséquent abusive de droit, sauf preuve du contraire⁵⁵. On doit ainsi partir de l'idée que le divorce est aujourd'hui possible malgré l'opposition du conjoint "innocent", et ce même si le demandeur est principalement responsable de la rupture irrémédiable de l'union conjugale, après une séparation de quinze ans.

En 1994, seules 15 actions en divorce, sur un total de 15'695 demandes ont été rejetées (les motifs de rejet ne sont pas connus)⁵⁶.

142.3 Liquidation du régime matrimonial et droits à l'égard d'institutions du deuxième pilier

Le droit des régimes matrimoniaux a été modifié par le nouveau droit matrimonial entré en vigueur le 1er janvier 1988. Lorsque les époux sont placés sous le régime ordinaire de la participation aux acquêts (art. 196 ss CC), l'épargne acquise pendant la durée du mariage est en principe partagée par moitié lors du divorce (art. 215 ss CC).

De nos jours toutefois, de nombreux couples n'ont souvent guère d'autre épargne que leurs expectatives envers une institution du deuxième pilier. Lors de la révision du droit matrimonial, on était parti de l'idée que ces expectatives ne constituaient pas des acquêts au sens de l'article 197 CC et ne devaient par conséquent pas être partagées par moitié en cas de dissolution du mariage. On avait admis qu'elles devaient être prises en considération dans le cadre des articles 151 et 152 CC qui se réfèrent à la faute⁵⁷. Il a donc fallu trouver une solution indépendante du droit des régimes matrimoniaux et de l'entretien dans le cadre de la révision en cours du droit du divorce (cf. *infra*, ch. 233.41). La loi fédérale du 17 décembre 1993 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (loi sur le libre passage, LFLP)⁵⁸, qui est entrée en vigueur le 1er janvier 1995, contient une solution provisoire, dans la

55 ATF 108 II 503 ss

56 Rejets: 1993: 18; 1992: 20; 1991: 10; 1990: 20.

57 H. Hausheer/R. Reusser/Th. Geiser, Kommentar zum Eherecht, vol. 1, Berne 1988, n. 50 ss ad art. 197 CC; cf. contra P. Piotet, Divorce régime matrimonial et prévoyance professionnelle, Berne 1992, avec réf.

58 RS 831.42; RO 1994 2386

mesure où elle prévoit, à son article 22, que l'avoir de libre passage peut, en cas de divorce, être cédé au conjoint dans le cadre de la réglementation de l'entretien dû en vertu des articles 151 et 152 CC⁵⁹.

142.4 Indemnités et prestations d'entretien après le divorce

L'une des questions centrales qui se posent lors d'un divorce (en particulier après une longue durée de mariage) porte sur les prestations d'entretien encore dues après la dissolution du mariage. Les articles 151, 1er alinéa, et 152 CC servent à l'heure actuelle de fondement à de telles prestations. L'article 151, 2e alinéa, CC, permet en outre d'indemniser un époux pour la perte d'autres avantages patrimoniaux, tels que des prétentions à l'égard d'une assurance ou des expectatives successorales.

Les statistiques relatives à ces deux dispositions font apparaître le tableau suivant:

Divorces (total):

1994: 15'634
 1993: 15'053
 1992: 14'530
 1991: 13'627
 1990: 13'183

Dans ces procédures, les *prestations* suivantes ont été octroyées:

	<i>Aucune</i>	<i>art. 151</i>	<i>art. 152</i>	<i>art. 151, 2e al.</i>	<i>sans différenciation</i>
1994:	7'661	2'768	2'060	1'480	1'665
1993:	7'396	2'775	1'883	1'410	1'589
1992:	6'998	2'756	1'778	1'393	1'605
1991:	6'729	2'606	1'635	1'265	1'392
1990:	6'291	2'697	1'648	1'174	1'373

Bénéficiaires des prestations:

	<i>1994</i>	<i>1993</i>	<i>1992</i>	<i>1991</i>
Hommes:	55	55	45	46
Femmes:	7'918	7'602	7'487	6'852

59 FF 1993 IV 578, 1992 III 529, en particulier ch. 635.3; cf. aussi H. Hinderling/ D. Steck, Das schweizerische Ehescheidungsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung und des Expertenentwurfs der Scheidungsrechtsrevision, 4e éd., Zurich 1995, p. 390 ss.

<i>Forme des prestations:</i>	<i>1994</i>	<i>1993</i>	<i>1992</i>	<i>1991</i>
Rente:	7'187	6'887	6'722	6'110
Capital:	551	572	615	602
Rente et capital:	235	198	195	186

Le nombre des divorces dans lesquels il n'a pas été alloué de prestations d'entretien est frappant. De plus, un bon nombre de jugements ne distinguent pas entre les prétentions tirées de l'article 151 CC et celles fondées sur l'article 152 CC. Récemment encore, cela pouvait occasionner des difficultés en cas de procès en modification du jugement de divorce. Entre-temps, le Tribunal fédéral a cependant posé des conditions identiques pour la modification de l'ensemble des prestations d'entretien fixées par un jugement de divorce⁶⁰.

L'"innocence" du créancier est une condition légale de base pour pouvoir prétendre à une prestation alimentaire, aussi bien selon l'article 151 CC que selon l'article 152 CC⁶¹. Le Tribunal fédéral n'a cessé de relativiser cette notion d'"innocence". L'état actuel de la jurisprudence distingue selon que la faute d'un époux est ou non causale pour la désunion, et par là même pour le divorce⁶². Lorsque la faute n'est pas causale, sa gravité ne joue aucun rôle tant pour la prétention comme telle que pour le montant de la rente, à tout le moins dans le cas de l'article 152 CC. Même lorsque sa faute est causale, un époux peut encore être considéré comme innocent, dans le cadre de l'octroi d'une indemnité compensant la perte du droit à l'entretien ou d'une pension d'assistance, lorsque son comportement peut être qualifié de légèrement fautif au regard de l'ensemble des circonstances et de la faute prépondérante de son conjoint, et qu'il n'a joué qu'un rôle secondaire dans la désunion. La faute peut cependant être un facteur de réduction de la pension prévue à l'article 151 CC.

L'article 151 CC a pour but de compenser le dommage patrimonial que le divorce fait subir à un époux à cause du comportement fautif de son conjoint, en particulier la perte du droit à l'entretien pendant le mariage. Le Tribunal fédéral a résumé l'état actuel de sa pratique dans l'ATF 115 II 6 ss⁶³. Des prestations non limitées dans le temps ne sont plus la règle. Il faut au contraire examiner dans chaque cas concret si un époux subit un dommage financier durable à la suite du divorce. En cas de mariage de courte durée, le Tribunal fédéral se réfère à l'"intérêt négatif au contrat". L'époux créancier, soit en général la femme, doit être placé économiquement sur le même plan que s'il n'avait pas

60 ATF 117 II 211 ss/214 ss, c. 3 et 4, confirmé dans l'ATF 117 II 359 ss/363 ss, c. 4 et 5, ainsi que ATF 118 II 229 ss/230 s., c. 2; cf. en outre H. Hausheer, *Neuere Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereiche der Ehescheidung*, RSJB 1986, p. 55 ss/p. 66 s.; Th. Geiser, *Worin unterscheiden sich heute die Renten nach Art. 151 und 152 ZGB?*, RSJB 1993, p. 349 ss; I. Schwenzer, *Güter- und Unterhaltsrecht bei unverschuldeter Scheidung*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 24, Zurich 1994, p. 148 ss.

61 Pour les détails, voir W. Bühler/K. Spühler et K. Spühler/S. Frei-Maurer, *Die Ehescheidung*, Commentaire bernois, vol. II, 1, 1, 2, Berne 1980 et 1991, notes ad art. 151 et 152 CC.

62 ATF 95 II 289 ss

63 Pour la pratique des tribunaux de première instance, voir J.-F. Perrin/ F. Tricot, *Pratique judiciaire du divorce... Une recherche à finalité législative*, Université de Genève, faculté de droit, Travaux CETEL no 28, novembre 1968, ainsi que le rapport sur les effets juridiques du nouveau droit matrimonial établi en novembre 1991 par la Commission fédérale pour les questions féminines. Cf. en outre les critiques de H. Hausheer, *Nachehelicher Unterhalt: Streitobjekt für die (verschiedenen) Experten des Bundesrates in der anstehenden Scheidungsrechtsrevision*, RSJB 1993, p. 644 ss/646 ss.

contracté mariage. Il s'agira ainsi d'examiner si la femme peut à long terme se créer une situation économique qui ne lui est pas plus défavorable que si elle était demeurée célibataire.

Il en va différemment des mariages de longue durée. Le Tribunal fédéral part ici du principe qu'un époux au foyer âgé de moins de 45 ans et qui ne doit pas s'occuper d'enfants de moins de 16 ans peut en règle générale se réinsérer dans la vie professionnelle après un divorce, pour autant que des circonstances particulières, telles qu'un mauvais état de santé, ne l'en empêchent. Il faudra en revanche continuer d'allouer une rente viagère, après un mariage de longue durée, aux époux au foyer âgés de plus de 45 ans au moment du divorce, car les chances de s'insérer dans la vie professionnelle sont relativement faibles pour les gens d'un certain âge.

Lorsque les époux en instance de divorce ont des enfants, la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral exige de la femme qui n'a pas encore atteint l'âge de 45 ans qu'elle (re)prenne une activité à temps partiel dès que le plus jeune enfant a passé l'âge de dix ans et pour autant qu'elle ne doive pas s'occuper de plusieurs enfants. Lorsque le plus jeune enfant a seize ans, elle doit pouvoir passer d'une activité à temps partiel à une activité à temps complet. Le mari divorcé ne devra par conséquent payer des aliments que pour la durée pendant laquelle son ex-épouse doit se consacrer de façon intensive aux enfants et pour la durée prévisible de son insertion dans la vie professionnelle.

Le juge dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer le montant des contributions d'entretien. Le Tribunal fédéral a néanmoins posé une ligne directrice⁶⁴, dont la portée est toujours plus réduite, selon laquelle un époux touchant un revenu moyen doit verser environ un tiers de celui-ci à la femme divorcée sans enfant qui n'exerce pas d'activité professionnelle. Si l'ex-mari doit encore payer des rentes pour des enfants, il devra verser au total environ 50 à 60 % de son revenu à son ex-famille. Une femme avec deux enfants ne peut par conséquent compter toucher beaucoup plus que 2500 francs en aliments pour elle-même et ses enfants lorsque son mari a un revenu de 5000 francs.

Ces principes doivent être appliqués avec plus de retenue dans le cas d'une pension d'assistance fondée sur l'article 152 CC. Le dénuement que réclame cette disposition ne présuppose en effet pas que le débiteur est responsable du divorce. Aussi le Tribunal fédéral a-t-il posé comme règle qu'il n'y a pas dénuement lorsque le revenu du créancier dépasse de 20 % le minimum vital calculé individuellement.

En 1994, 21,4 % des rentes attribuées aux femmes étaient illimitées. Dans 19,3 % des cas, la durée prévue était de plus de dix ans, dans 31,4 % entre cinq et dix ans et dans 27,9 % des cas de moins de cinq ans. Dans la majorité des cas, la pension alimentaire a été fixée par convention⁶⁵.

64 ATF 108 II 82

65 Cf. B. Bastard/L. Cardia-Vonèche/J.-F. Perrin, *Pratiques judiciaires du divorce. Approche sociologique et perspectives de réforme*, Lausanne 1987, p. 114.

Le droit du divorce actuellement en vigueur n'opère pas de discrimination entre hommes et femmes en matière de garde des enfants mineurs. Ceux-ci doivent être attribués au parent qui offre les meilleures garanties pour leur bien. Un comportement fautif à l'origine du divorce n'est pas décisif. Chaque parent peut ainsi se voir attribuer les enfants, à conditions égales et à capacité éducative identique. La préférence donnée par le Tribunal fédéral à la mère durant de nombreuses années⁶⁶ a pratiquement disparu à l'heure actuelle, même pour les enfants en bas âge. En 1988, le Tribunal fédéral a jugé que la préférence devait être donnée à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour avoir les enfants durablement sous sa propre garde, s'occuper d'eux et les élever personnellement⁶⁷. Si cette faculté existe à peu près de la même manière des deux côtés, il faut tenir compte du critère de la stabilité locale et familiale et, le cas échéant, d'un souhait clairement exprimé par les enfants. On s'écartera de ces principes quand le parent ainsi désigné adopte un comportement qui va à l'encontre du bien des enfants, par exemple lorsqu'il exploite leurs sentiments dans son combat contre l'autre parent⁶⁸.

Le droit actuel, confirmé sur ce point lors de la révision du droit matrimonial en 1984, part du principe que l'autorité parentale conjointe n'est possible qu'à l'égard de parents mariés. Certains juges cantonaux ont toutefois commencé, sans doute sous l'influence de décisions de cours constitutionnelles étrangères⁶⁹, à se distancer de ce principe et à admettre, dans des cas exceptionnels, que les parents continuent à exercer l'autorité parentale en commun après le divorce lorsqu'ils en ont fait la demande⁷⁰. Le Tribunal fédéral a, notamment dans un arrêt du 12 décembre 1991, motivé de manière approfondie, décidé que, au vu du droit actuel, il n'est pas admissible que les parents exercent en commun l'autorité parentale sur leurs enfants après le divorce. Les juges doivent donc refuser d'approuver les conventions sur les effets accessoires du divorce qui contiennent une disposition prévoyant l'autorité parentale conjointe⁷¹. Le Tribunal fédéral a donc suivi la doctrine dominante⁷². Il a laissé entendre que l'autorité parentale conjointe des parents divorcés ne pourrait être introduite que par voie législative⁷³.

66 ATF 109 II 193 ss; 108 II 370 s., c. 3a

67 ATF 114 II 200 ss, c. 3. Cf., depuis, ATF 115 II 206 ss, c. 4a; 115 II 317 ss, c. 2; 117 II 353 ss

68 ATF 115 II 206 ss, c. 4b

69 Décision de la Cour constitutionnelle allemande du 3 novembre 1982, reproduite in FamRZ 1982, p. 1179 ss; décisions de la Hôge Raad néerlandaise des 4 mai 1984, in NJ 1985, p. 510 et 21 mars 1986, in NJ 1986, p. 587.

70 P. ex. dans les cantons de Bâle-Campagne, Genève, Saint-Gall et Vaud; cf. P. Balscheit, RSJ 1988, p. 25 ss; RSJ 1989, p. 139 ss. Cf. également infra, commentaires ad art. 133, 3e al.; infra, ch. 233.62.

71 ATF 117 II 523 ss; cf. en outre, ATF 108 II 375 ss, c. 2a

72 Cf. un aperçu dans les ATF 117 II 524; 114 II 412 ss, c. 2, concernant l'impossibilité pour des parents concubins d'exercer conjointement l'autorité parentale, ainsi que infra, ch. 244.41.

73 ATF 117 II 529

En ce qui concerne les enfants, la statistique fédérale en matière de divorce présente les chiffres suivants (les cas d'autorité parentale conjointe ne semblent pas encore apparaître):

	<i>Total des divorces</i>	<i>Divorces avec enfants mineurs</i>
1994:	15'634	7'983
1993:	15'053	7'637
1992:	14'530	7'592
1991:	13'627	6'964
1990:	13'183	6'949

Enfants mineurs concernés par un divorce:

1994:	13'396 enfants
1993:	12'692 enfants
1992:	12'486 enfants
1991:	11'376 enfants
1990:	11'396 enfants

Attribution des enfants (autorité parentale) à:

	mère	père	tiers
1994:	11'860 (88,53 %)	1'484 (11,08 %)	52 (0,39 %)
1993:	11'266 (88,67 %)	1'388 (10,94 %)	50 (0,39 %)
1992:	11'027 (88,31 %)	1'414 (11,32 %)	45 (0,36 %)
1991:	10'062 (88,45 %)	1'278 (11,23 %)	36 (0,32 %)
1990:	10'020 (87,92 %)	1'326 (11,63 %)	50 (0,44 %)

143 Les défauts du droit actuel du divorce

La jurisprudence a rarement développé un domaine juridique dans le sens de l'évolution de la société et des conceptions morales comme elle l'a fait pour le droit du divorce. A l'heure actuelle, les possibilités de faire évoluer ainsi le droit sont cependant largement épuisées. Certaines modifications importantes ne pourront pas être réalisées sans révision législative. En outre, il existe un fossé important entre le droit du divorce et la réalité. Cette situation n'est pas compatible avec la sécurité du droit⁷⁴. Dans la pratique actuelle, la question de la faute conserve une importance excessive, aussi bien en relation avec les causes de divorce qu'avec l'attribution de prestations d'entretien après le divorce. L'absence de règles applicables au divorce par consentement mutuel a pour conséquence que les divorces de ce type sont prononcés selon une procédure inappropriée. Pour les femmes, il est particulièrement choquant que les expectatives du deuxième pilier acquises durant le mariage ne puissent pas être partagées indépendamment des articles 151 et 152 CC. Enfin, la réglementation des droits parentaux en cas de divorce, principalement l'attribution obligatoire de l'autorité parentale à l'un des conjoints, n'est pas satisfaisante.

74 Cf. principalement P.H. Neuhaus, Soll man über die Konventionalscheidung schweigen?, Archiv für civilist. Praxis 1965, p. 169 ss.

144.1 Prise en compte des limites du droit

Le divorce est réglé de façon globale par le droit fédéral depuis 1874. S'il ne saurait être remis en cause en tant qu'institution, rien n'indique encore comment l'Etat doit réagir face à l'augmentation continue du taux des divorces depuis le milieu des années soixante. La tentation est forte de vouloir favoriser la stabilité du mariage en rendant la loi sur le divorce plus sévère. Des travaux empiriques⁷⁵ font cependant sérieusement douter qu'un lien direct puisse exister entre le droit du divorce et le nombre des divorces. L'idée selon laquelle la stabilité du mariage et de la famille serait affaiblie par une loi sur le divorce libérale, ou au contraire renforcée par une législation rigoureuse, s'en trouve ainsi ébranlée. Des prescriptions légales ne sont en effet guère aptes à façonner d'une manière constructive des relations sociales, personnelles et durables, étroites⁷⁶. "Plus les faits régis par la loi ont un caractère externe, plus la réalité peut être modelée à l'aide de simples prescriptions contraignantes. A l'inverse, plus la relation humaine à organiser est de nature interne, plus elle échappe à la réglementation légale. C'est justement dans le droit du mariage que l'on distingue les véritables limites du droit, lesquelles doivent être respectées non seulement dans l'intérêt des personnes concernées, mais aussi pour l'image même du droit"⁷⁷. Finalement, l'ordre juridique doit se limiter à prévenir les divorces précipités et à permettre une séparation loyale lorsque le mariage a définitivement échoué.

144.2 Maintien d'un divorce judiciaire

Le devoir du législateur est sans conteste d'aider les époux à surmonter leurs difficultés lors d'une crise familiale. C'est pourquoi la révision du droit matrimonial a continué à mettre un accent particulier sur une protection adéquate de l'union conjugale (art. 171 ss CC). Les cantons ont par ailleurs reçu l'obligation de veiller à ce que les conjoints puissent soumettre leurs problèmes à des offices de consultation conjugale (art. 171 CC).

Il n'en demeure pas moins qu'une union conjugale qui a définitivement échoué et qui est privée de toute justification interne doit pouvoir être dissoute. La constatation définitive de l'échec du mariage et la réglementation des effets du divorce ne doivent cependant pas être laissées aux seuls époux: le mariage apparaîtrait alors comme un contrat résiliable de façon unilatérale, ou annulable d'un commun accord. La mise en place

75 J. Limbach/M. Rottleuthner-Lutter, Ehestabilität im Spannungsfeld von Schuld- und Zerrüttungsprinzip, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1988, p. 266 ss et références citées; M. Rheinstejn, Marriage Breakdown in Ticino and Comasco, in M. Ferid (éd.), Mélanges H. G. Ficker, Francfort-sur-le-Main 1967, p. 385 ss.

76 Cf. également la réponse du Conseil fédéral à une interpellation du député au Conseil des Etats Zumbühl du 20 juin 1985 (augmentation des divorces), qui posait la question de savoir si la révision à venir du droit du divorce tendrait aussi à une diminution du nombre des divorces.

77 M. Fechner, RabelsZ 1961, p. 146 et 152, cité par Limbach/Rottleuthner-Lutter, op. cit., p. 289.

d'une simple procédure administrative n'est pas plus satisfaisante⁷⁸. La conception aujourd'hui dominante de la relation de partenariat des époux a certes conduit à une privatisation accrue des règles sur le mariage, mais il n'en faut pas moins conserver une dissolution judiciaire du mariage. Le caractère institutionnel du mariage continue en effet à l'emporter sur sa nature contractuelle. L'échec définitif du mariage devra par conséquent être constaté par un juge. Cette solution permet d'éviter un divorce précipité et d'assurer que les différents intérêts des membres de la famille, en particulier ceux des enfants mineurs, seront pris en compte de façon adéquate lors du règlement des effets du divorce. L'expérience montre en effet que l'époux le plus "puissant" a tendance à exploiter son conjoint, ou qu'un époux peut amener l'autre, par une "guerre d'usure", à des concessions que celui-ci regrettera bientôt et qui heurtent le sentiment d'équité. Il est notamment important que les intérêts des enfants soient examinés d'office par le juge et que celui-ci doive ratifier les conventions sur les effets du divorce. La possibilité du divorce sur requête commune instaurée par le projet (art. 111 et 112) n'entre pas en contradiction avec le principe du divorce judiciaire. La seule volonté des époux n'est en effet pas suffisante, puisqu'un juge doit établir dans des formes strictes que les époux ont déposé leur requête en divorce après mûre réflexion et de leur plein gré, de telle sorte que l'on doive admettre que le mariage a échoué de manière irrémédiable. C'est l'entrée en force du jugement qui dissout le mariage.

144.3 Nécessité d'une "dépénalisation" du droit du divorce

Même si le droit du divorce du code civil de 1907 est fondé sur le système du divorce-faillite, des traces importantes du divorce-sanction sont encore visibles, aussi bien en ce qui concerne les causes du divorce (cf. en particulier l'art. 142, 2e al., CC) que ses effets (art. 151 et 152 CC). La conception du divorce-sanction prête le flanc à la critique surtout sous deux aspects. La référence à la faute est tout d'abord ressentie comme inéquitable et de nature à entraîner une ingérence intolérable du juge dans la sphère privée et intime des époux. La réglementation actuelle des effets accessoires du divorce peut d'autre part désavantager l'époux économiquement le plus faible. Les arguments suivants plaident tout spécialement contre le système du divorce-sanction:

- *Il est rare que l'on puisse établir avec certitude auquel des époux, et dans quelle mesure, la rupture irrémédiable est imputable.* La désunion peut être due aussi bien à des facteurs objectifs, à la "fatalité" du couple, qu'au comportement contraire aux devoirs du mariage d'un époux. Les agissements des époux sont par ailleurs enchevêtrés et interdépendants⁷⁹. Ce qui apparaît comme un manquement grave au mariage de la part d'un époux est souvent aussi imputable au conjoint et peut dans certains cas être excusé. Le juge aura souvent de la peine à déterminer quelles sont les circonstances qui sont en fin de compte à l'origine de l'échec du mariage, si tant est qu'il y parvienne. Pour éviter ces difficultés, les juges se pen-

78 Mme Fetz, conseillère nationale, a demandé en 1985 que le divorce soit prononcé au terme d'une procédure administrative simplifiée, éventuellement au terme d'une procédure judiciaire simplifiée et rapide (postulat P 85.470). Cf. en outre les solutions des pays scandinaves, infra, ch. 146.1, ainsi que J. Duss-von Werdt, Für die standesamtliche Scheidung, PJA 1992, p. 291 ss.

79 Cf. J. Duss-von Werdt, Die Ehe - eine Kette von Scheidungen, in Trennung. Eine Grunderfahrung des menschlichen Lebens, édité par H.J. Schultz, Munich 1991, p. 80 s./83.

chent souvent sur les derniers temps du mariage seulement - pour autant qu'ils procèdent à un tel examen - et se concentrent sur un événement isolé. Cette méthode n'offre pas une image réaliste de ce que fut la durée complète du mariage et peut conduire à une attribution unilatérale et inéquitable de la responsabilité⁸⁰. Au demeurant, on ne dispose d'aucun critère objectif et général pour reconnaître un manquement au mariage. Dans notre société, l'union conjugale est en effet vécue selon des modes très différents. Un comportement jugé contraire aux devoirs découlant du mariage pour un couple déterminé ne constituera pas nécessairement une cause de désunion dans une communauté vécue d'une autre manière.

- *De plus en plus de juges refusent aujourd'hui de s'immiscer dans les relations personnelles des époux et de déterminer leurs torts respectifs, suivant en cela une tendance générale qui veut que l'Etat se tienne à l'écart de la sphère privée et intime des époux.* Pour établir la responsabilité de l'échec d'un mariage, le juge se voit en effet contraint d'examiner le domaine privé des époux. Il se heurte alors à l'exigence du respect de leur vie privée et intime. De plus, le résultat obtenu ne vaut souvent pas les recherches consenties, car un partage clair des responsabilités n'est guère fréquent.
- *La délimitation des responsabilités ne fait qu'accroître inutilement l'animosité entre les époux.* Lorsque la demande en divorce ou les prétentions d'entretien après divorce dépendent des facteurs de culpabilité et d'innocence, il est inévitable que les époux en arrivent à se reprocher des manquements effectifs ou présumés au mariage et à insister sur leur gravité. Leurs relations iront encore en se détériorant et une collaboration harmonieuse dans leur rôle de parents après le divorce sera souvent rendue impossible, et ce au détriment des enfants. Or la procédure de divorce doit avant tout aider les époux à réorienter leurs existences respectives dans une perspective d'avenir, et non à intensifier leur combat⁸¹.
- *En liant la demande en divorce au facteur de culpabilité, on contribue à maintenir des unions qui ont perdu toute justification interne.* Lorsque des époux ont vécu séparés depuis de nombreuses années, le mariage a perdu sa signification, indépendamment de l'éventuelle culpabilité d'un époux. L'intérêt qu'a un époux à imposer à son conjoint le maintien d'une union qui a perdu tout sens ne devrait ainsi pas être protégé au-delà des cinq ans de séparation de fait qui sont élevés au rang de nouvelle cause de divorce.
- *Exiger de l'époux qui prétend à des prestations d'entretien qu'il soit "innocent" peut conduire à des résultats inéquitables.* Un époux peut ainsi se voir refuser toute prestation d'entretien au moment du divorce motif pris d'un manquement isolé au mariage, alors que son comportement aura été irréprochable pendant de longues années. Il est inéquitable que cet époux doive alors supporter seul les conséquences du partage des tâches qui avait été décidé en commun. Le même manquement n'aura en revanche pas les mêmes conséquences pour l'époux qui exerce une activité professionnelle.

80 Cf. F. Laier, *Scheidung im Familienrecht, in Trennung. Eine Grunderfahrung des menschlichen Lebens*, édité par H.J. Schultz, Munich 1991, p. 87/96.

81 Cf. Laier, op. cit., p. 87.

Au vu de ce qui précède, le nouveau droit du divorce ne doit plus laisser de place au facteur de culpabilité, ou seulement dans la mesure indispensable à assurer une solution équitable dans chaque cas individuel. La preuve de l'échec du mariage doit être autant que possible formalisée, afin d'éviter que les époux n'aient à "laver leur linge sale" devant les juges. Les effets accessoires d'ordre économique doivent être réglés sur la base d'éléments objectifs, afin d'accorder les intérêts des époux de façon aussi équitable que possible.

144.4 Incitation des époux à régler leur divorce à l'amiable

Le divorce met fin au mariage, même si des relations juridiques peuvent subsister entre les époux. "Sur le plan des relations personnelles, les rapports ne sont nullement dissous et ne le seront souvent (dans tous les cas?) jamais. Si le mariage, comme institution, est réversible, la personne divorcée n'en demeurera pas moins toujours celle-qui-une-fois-été-mariée-à-quelqu'un-d'autre"⁸². En présence d'enfants mineurs, la famille ne sera dissoute que s'ils sont placés chez des tiers. La plupart des familles subsisteront toutefois et ne feront que se transformer à la suite du divorce. Le parent qui a la garde des enfants et les enfants eux-mêmes continueront en règle générale à entretenir des contacts avec l'autre parent. Même si le divorce fait l'objet d'un procès extrêmement douloureux pour toutes les personnes impliquées, il est admis de nos jours que ce n'est pas tant le divorce comme tel que les disputes incessantes des parents pendant le mariage et pendant la procédure de divorce, voire après la fin de celle-ci, qui entravent le développement des enfants. Diverses enquêtes démontrent que les enfants qui peuvent maintenir de bonnes et étroites relations avec les deux parents et qui ne vivent pas continuellement un conflit de loyauté à leur égard assimilent mieux l'expérience traumatisante du divorce⁸³. Une collaboration harmonieuse des parents après le divorce, dans l'intérêt des enfants, suppose toutefois que les époux aient mené à bien leur divorce de façon "convenable". Leur capacité de dialogue, qui est déjà entamée par une situation de divorce, ne doit pas l'être encore plus par la procédure elle-même. Le nouveau droit du divorce doit donc inciter les époux à trouver des solutions amiables qui, en ce qui concerne les effets du divorce, se révèlent d'ailleurs beaucoup plus viables⁸⁴. Cette observation ne vaut pas seulement pour la question du droit de visite, mais également, entre autres, pour la bonne volonté mise à remplir les obligations d'entretien. Dans cette optique, le projet introduit notamment le divorce sur requête commune (art. 111 s.) et l'autorité parentale conjointe (art. 133, 3e al.), et prévoit la création de services de médiation (art. 151).

82 Duss-von Werdt/Fuchs, op. cit., p. 427 s.; cf. également Duss-von Werdt, op. cit., p. 78 ss (cité à la note 79).

83 J.S. Wallerstein/J.B. Kelly, *Surviving the Breakup*, New York 1980, p. 307 s.; J. Wallerstein, *Children of Divorce: Preliminary Report of a Ten-Year Follow-Up of Young Children*, in: *American Journal of Orthopsychiatry* 54 (3), juillet 1984, p. 444 ss; J. Wallerstein/S. Blakeslee, *Gewinner und Verlierer, Frauen, Männer, Kinder nach der Scheidung. Eine Langzeitstudie*, Munich 1989, p. 304 ss, p. 304, 306, 317 et 320 s.; R. Proksch, *Alternative Streitentscheidung im Scheidungsfolgenrecht, Ueberlegungen zur Uebertragbarkeit US-amerikanischer Vermittlungsintervention während und nach der Scheidung in das Recht der Familiengerechtshilfe*, *Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit* 1989, p. 76 ss; G. Zenz, *Referat zum 59. Deutschen Juristentag "Empfiehlt es sich, das Kindschaftrecht neu zu regeln?"*, vol. II, Munich 1992, p. M19.

84 Proksch, op. cit., p. 87 ss.

144.5 Sauvegarde optimale des intérêts des enfants

Les divorces d'époux sans enfant posent en général moins de problèmes que ceux d'époux avec enfants. On peut dès lors comprendre ceux qui demandent que des règles différentes régissent ces deux types de divorces, celui d'époux avec enfants devant être rendu plus difficile que celui d'époux sans enfant. Une telle solution doit toutefois être écartée. Les recherches scientifiques révèlent en effet que c'est moins le divorce comme tel que la séparation progressive des parents avant le divorce et leur comportement pendant et après celui-ci qui pèsent sur les enfants (cf. la doctrine citée *supra* sous ch. 144.4). Il ne serait par ailleurs guère profitable pour les relations émotionnelles entre parents et enfants que ceux-ci se trouvent être à l'origine du rejet du divorce. Enfin, on rappellera que les limites de l'efficacité du droit doivent être prises en considération (cf. *supra*, ch. 144.1). Personne ne peut contraindre les époux à poursuivre la vie commune. Les enfants n'ont rien gagné lorsque le divorce est refusé, mais que les parents cessent malgré tout de vivre ensemble.

Il est néanmoins important que les intérêts des enfants soient pris en compte de façon optimale dans la procédure de divorce. Outre les améliorations qui sont possibles dans le droit matériel de la filiation (art. 133 s., 273 ss et 286, 3e al.), il faut garder à l'esprit que le juge recevra bien moins d'informations sur la personnalité des époux à l'occasion d'un divorce sur requête commune que sous l'empire du droit actuel. L'obligation d'élucider d'office les questions qui ont trait aux enfants et de faire appel aux services chargés de l'aide à la jeunesse (art. 145 s.) ainsi que l'obligation d'entendre les enfants (art. 133, 2e al., et 144, 2e al.) et de désigner un curateur dans les situations difficiles (art. 147 s.) en sont d'autant plus importantes.

144.6 Réglementation équitable des conséquences économiques du divorce

Le nouveau droit matrimonial entré en vigueur le 1er janvier 1988 ne connaît plus de répartition légale des tâches entre époux. Il a volontairement renoncé à prescrire un certain modèle matrimonial. La loi ne saurait notamment imposer aux époux une règle selon laquelle ils devraient tous deux exercer une activité lucrative. Chaque couple doit au contraire pouvoir décider librement du partage interne des tâches. Aux termes de l'article 163 CC, mari et femme contribuent, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de la famille. Ils conviennent de la façon dont chacun apporte sa contribution, notamment par des prestations en argent, le travail au foyer, les soins voués aux enfants ou l'aide au conjoint dans sa profession ou son entreprise⁸⁵. Le divorce aura donc des conséquences différentes sur la situation économique des époux selon le partage qu'ils auront convenu. Lorsqu'ils ont tous deux conservé une activité lucrative, les conséquences financières du divorce seront moindres. En revanche, lorsqu'un époux a renoncé à une activité professionnelle, dans l'intérêt de la famille, pendant de longues années, voire des décennies, il lui sera en général impossible, à plus ou moins long terme, de pourvoir seul à son entretien. Comme c'est déjà le cas dans le droit actuel, l'époux qui exerce une activité lucrative ne saurait alors se soustraire purement et simplement à ses responsabilités. Le principe de la solidarité après le divorce implique au contraire que les époux supportent en commun les conséquences de la répartition des tâches qu'ils ont convenue durant le mariage. Le nouveau droit part donc de l'idée que le divorce des

85 Hausheer/Reusser/Geiser, n. 36 ss ad art. 163 CC.

époux doit refléter la façon dont ils ont vécu pendant le mariage. Les besoins des enfants ne sont pas à eux seuls déterminants lorsqu'il s'agit de statuer sur l'allocation et la durée des prestations d'entretien. Il faut en plus prendre en considération les effets que le partage des tâches adopté sur une longue période a pu avoir sur la capacité de gains d'un époux et sur ses chances sur le marché du travail. Le principe de la solidarité entre époux, à savoir la responsabilité réciproque que l'on doit attendre des époux après le mariage, commande aussi qu'un époux continue à pourvoir de façon raisonnable à l'entretien de son ancien conjoint après le divorce, lorsque ce dernier est incapable de subvenir à son entretien pour d'autres motifs que la répartition des tâches adoptées durant le mariage. Les dispositions relatives à l'entretien doivent donc être formulées largement (cf. art. 125 ss) pour tenir compte du cas individuel et pouvoir également s'adapter aux changements intervenant ultérieurement dans la situation des époux. Il faut cependant inciter les époux à trouver leur indépendance économique après le divorce⁸⁶. On y contribuera surtout en posant comme règle que la prévoyance professionnelle acquise pendant le mariage, dans le cadre du deuxième pilier, ne doit plus revenir comme à l'heure actuelle au seul époux professionnellement actif, mais que la prestation de sortie doit au contraire être partagée par moitié.⁸⁷ Ce "splitting" permet de supprimer l'une des principales inconséquences du droit actuel (cf. *infra*, ch. 233.41), tout en finançant les prestations d'entretien viagères au rang d'exception.

La réglementation de l'entretien après le divorce ne saurait cependant être examinée sans égard aux conditions économiques et sociales qui prévalent dans notre pays. Dans les pays où on peut partir de l'idée que les deux conjoints travaillent pratiquement toujours, voire qu'ils y sont contraints, et que le revenu moyen est alors calculé de façon à couvrir les besoins d'un seul adulte, et non ceux de deux personnes, il n'y a pas de place pour une longue obligation d'entretien. Lorsque l'Etat soutient les parents qui ont des enfants par des allocations spécialement généreuses et que la sécurité sociale est en général bien développée, notamment quand l'Etat prend en charge les soins médicaux et la prévoyance vieillesse, il est compréhensible que les prestations d'entretien après le divorce soient restreintes (cf. *infra*, ch. 146.31). Savoir si l'on peut exiger d'un époux qui s'est vu attribuer la garde des enfants qu'il reprenne une activité lucrative dépendra enfin du nombre de crèches à disposition et de la façon dont le marché du travail répond au besoin d'horaires flexibles des parents élevant seuls leurs enfants⁸⁷.

En Suisse, la majorité des couples avec enfants conviennent encore de la répartition traditionnelle des tâches prévue dans le code civil de 1907 pour protéger les femmes et les enfants contre les abus du monde du travail résultant de la révolution industrielle du 19^e siècle.

La proportion de la population de nationalité suisse âgée de 15 à 64 ans exerçant une activité professionnelle en 1990 (en fonction de l'âge et de l'état civil) est la suivante⁸⁸. Les données entre parenthèses correspondent à l'année 1970⁸⁹. Pour 1000 personnes

86 Cf. également le premier principe de la Recommandation R(89)1 du Conseil de l'Europe sur les prestations après divorce.

87 Sur cette question, cf. Structures d'accueil pour les enfants, Rapport de la Commission fédérale pour les questions féminines, novembre 1992; F. Höpflinger/ M. Charles/ A. Debrunner, Familienleben und Berufsarbeit. Zum Wechselverhältnis zweier Lebensbereiche, Zurich 1991.

88 Sources: Recensement fédéral de la population de 1990.

89 Sources: Recensement fédéral de la population de 1970.

exerçant une activité professionnelle (selon une définition valable jusqu'en 1990; activité de six heures hebdomadaires au moins), on compte:

<i>état civil</i>	<i>femmes</i>	<i>hommes</i>
célibataires	746 (248)	788 (777)
mariés (vie commune)	451 (292)	962 (976)
veufs	468 (486)	849 (892)
<i>divorcés</i>	828 (811)	928 (937)

(source: Estimation spéciale de l'Office fédéral de la statistique)

S'agissant *des hommes et des femmes mariés*, la situation est la suivante (= population active qui comprend les chômeurs, en pour mille de la population résidante. Activité d'une heure par semaine selon la définition valable depuis 1990):

<i>âges (années)</i>	<i>femmes</i>	<i>hommes</i>
15-19	618	879
20-24	643	967
25-29	548	981
30-34	496	989
35-39	545	992
40-44	597	992
45-49	596	989
50-54	533	982
55-59	413	958
60-64	193	810

(source: Tableau 5.102-01.01)

Hommes et femmes mariés exerçant une activité professionnelle à temps complet (actifs occupés à temps complet en pour mille des actifs occupés):

<i>âges (années)</i>	<i>femmes</i>	<i>hommes</i>
15-19	870	957
20-24	722	974
25-29	550	970
30-34	409	971
35-39	347	972
40-44	323	975
45-49	320	976
50-54	330	971
55-59	320	958
60-64	312	919

(source: Tableau 5.102-02.01)

Les difficultés à se réinsérer dans la vie active qu'éprouvent les femmes qui se sont consacrées à leur famille pendant des années ou des décennies, et qui ont ainsi souvent permis à leur mari de mener une carrière professionnelle, sont notoires. Le libre choix des époux pendant le mariage deviendrait illusoire si l'on décidait, dans le cadre de la

révision du droit du divorce, de supprimer la responsabilité que les époux assument pour le partage des tâches qu'ils ont convenu. En outre, les institutions sociales existantes devraient être singulièrement développées afin d'éviter des injustices choquantes. Or, on doit partir du principe que la communauté n'est toujours pas prête à assumer de façon générale le coût des divorces autrement que par les prestations d'assistance et de sécurité sociale existantes. La nouvelle réglementation de l'entretien après le divorce doit tenir compte de toutes ces circonstances. Il ne faut cependant pas oublier que le divorce d'un couple à faibles ou moyens revenus avec des enfants constitue une "catastrophe économique". Seuls les moyens financiers disponibles peuvent en effet être partagés. Ceux-ci ne suffisent cependant souvent pas à entretenir deux ménages, de sorte que l'époux qui s'est occupé du ménage et des enfants se voit contraint de reprendre une activité lucrative. En complément au nouveau droit du divorce, il faut donc espérer que les employeurs tiendront compte des besoins des parents élevant seuls leurs enfants, que l'offre de crèches sera étendue et que les deux parents prendront en charge les enfants.

145 Elaboration du projet de révision du droit du divorce

145.1 Avant-projet

La Commission d'experts pour la révision du droit de la famille a déjà discuté du nouveau droit du divorce entre 1976 et 1979 sur la base des travaux préparatoires réalisés par le professeur Hans Hinderling (Bâle). Sur demande de l'Office fédéral de la justice, l'Institut pour le mariage et la famille, à Zurich, a réalisé une enquête sociologique détaillée en 1978 et en 1979; les résultats en ont été publiés en 1980⁹⁰. Après l'achèvement des travaux relatifs au nouveau droit matrimonial (effets généraux du mariage et régimes matrimoniaux), la commission d'experts a pu reprendre ses discussions sur le droit du divorce en 1985, sur la base d'un avant-projet remanié par le professeur Jacques-Michel Grossen (Neuchâtel). La commission d'experts a siégé à 42 reprises, certaines de ses séances ayant d'ailleurs duré plusieurs jours. Deux sous-commissions ont en outre examiné des questions spéciales. L'avant-projet (AP), qui comportait également des dispositions relatives au droit de la filiation et au droit de la tutelle, a finalement été adopté le 27 juin 1991 et remis au Département fédéral de justice et police.

Les personnes suivantes ont fait partie de la Commission d'experts pour la révision du droit du divorce:

Mme Lisa Bener-Wittwer, avocate (Coire); Mme Elisabeth Blunschy-Steiner, avocate (Schwyz); Mme Verena Bräm, juge cantonale (Zurich); M. Hans Farner, Pro Juventute (Zurich); M. Jacques-Michel Grossen, professeur (Cortailod/Neuchâtel), président de la commission, qui s'est retiré en janvier 1988 pour des raisons de santé; M. Mario Guglielmoni, avocat (Lugano), qui s'est retiré au cours des travaux; Mme Beatrice Gukelberger, avocate (Berne); M. Heinz Hausheer, professeur et ancien juge fédéral (Berne); M. Cyril Hegnauer, professeur (Wädenswil); Mme Valy Lenoir-Degoumois, professeur (Genève); Mme Ursula Nordmann-Zimmermann, professeur (Lausanne); M. Jean-François Perrin, professeur (Genève); M. Gilles Petitpierre, professeur (Genève);

90 *Scheidung in der Schweiz. Eine wissenschaftliche Dokumentation*, édité par J. Duss-von Werdt et A. Fuchs, Veröffentlichungen des Instituts für Ehe und Familie. Berne 1980.

Mme Ruth Reusser, directrice-suppléante de l'Office fédéral de la justice (Berne), présidente de la commission dès janvier 1988; M. Bernhard Schnyder, professeur (Fribourg); M. Rolf Weber, avocat et président du Tribunal de district (Arbon).

Les membres de la commission étaient tous des juristes ayant une grande expérience des différents domaines du droit de la famille. Dès le départ cependant, on a privilégié le dialogue interdisciplinaire. Des représentants du milieu médical, du travail social, de la psychologie, de la sociologie et du conseil conjugal ont ainsi été interrogés lors de diverses auditions. Les enquêtes effectuées par l'Université de Genève, sous la direction des professeurs Kellerhals et Perrin, ont fourni des informations importantes⁹¹, en complément à l'enquête sociologique réalisée à la demande de l'Office fédéral de la justice. En outre, le professeur W. Felder, de la Polyclinique psychiatrique pour les enfants et les adolescents, à Zurich, a effectué un sondage auprès d'adolescents, avec le soutien du Département fédéral de justice et police, et l'a fait porter sur le divorce, l'attribution des enfants et la réglementation du droit de visite. La commission d'experts a par ailleurs examiné de nombreuses requêtes, émanant notamment de la Commission fédérale pour les questions féminines⁹² et de groupements d'hommes divorcés, et étudié de nombreuses publications consacrées à la révision du droit du divorce. Elle a suivi l'évolution du droit à l'étranger avec attention, s'est informée sur les expériences faites avec de nouvelles lois sur le divorce et a tenté de tirer des enseignements de droit comparé d'un colloque organisé en collaboration avec l'Institut suisse de droit comparé, à Dorigny⁹³.

La commission s'est adjoint la collaboration de trois membres de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle lorsqu'elle s'est occupée des expectatives du deuxième pilier (art. 126 à 128 AP), soit Mme Christiane Brunner, avocate (Genève), M. Daniel Thomann, PRASA (Peseux/Neuchâtel) et M. Hermann Walser, Association suisse de prévoyance sociale privée (Zurich). Les propositions faites ont également trouvé l'agrément de la Commission fédérale de la prévoyance professionnelle.

145.2 Résultat de la procédure de consultation

La partie spéciale du présent message (commentaire des diverses dispositions du projet) contient également des informations sur les résultats de la procédure de consultation.

91 Cf. à ce sujet J. Commaille/P. Festy/P. Guibentif/J. Kellerhals/J.-F. Perrin/L. Roussel, *Le divorce en Europe occidentale. La Loi et le Nombre*. CETEL-INED. Genève et Paris 1983; J.-F. Perrin/L. Tricot, *Pratiques judiciaires du divorce... Une recherche à finalité législative*. Travaux CETEL no 28. Genève 1986; Bastard/Cardia-Vonèche/Perrin, op. cit.; N. Languin, *Les contacts entre père et enfant à la suite du divorce*. Travaux CETEL no. 37. Genève, septembre 1990.

92 *Rapport sur la révision du droit du divorce en Suisse*, mai 1987, in *Questions féminines*, 10e année, No 2, août 1987.

93 *Révision du droit du divorce. Expériences étrangères récentes*. Colloque de Lausanne du 12 octobre 1987, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 9. Zurich 1988.

145.21 Appréciation globale de l'avant-projet

De manière générale, l'avant-projet a été très bien accueilli. Les lignes directrices de la réforme ont en particulier été presque unanimement approuvées. Les dispositions sur le partage des prestations de sortie acquises durant le mariage avant la survenance d'un cas d'assurance (art. 126 AP) ont été spécialement saluées. Il va de soi que des critiques, parfois divergentes, ont également été émises contre certaines dispositions. La nécessité pour les juges de la famille de disposer d'une formation spéciale, en particulier du point de vue psychologique, n'a pas fait l'unanimité.

Certains participants à la procédure de consultation ont parfois aussi relevé le caractère interventionniste de l'avant-projet, estimant que la liberté des personnes concernées d'organiser individuellement et de manière indépendante leurs relations était trop restreinte. D'autres en revanche ont regretté que les possibilités de valorisation du travail au foyer n'aient pas été épuisées et que l'avant-projet, en ne tenant pas suffisamment compte de la situation des femmes, ne satisfasse pas aux exigences de l'article 4, 2e alinéa, cst.

Enfin, certains ont reproché au projet de ne pas tenir suffisamment compte des lois d'organisation judiciaire et de procédure cantonales. Selon eux, l'avant-projet contient trop de dispositions de procédure qui restreignent les compétences des cantons et le pouvoir d'appréciation du juge, et une surcharge des tribunaux est à craindre. En outre, la médiation (art. 151 AP) pourrait, toujours à leur avis, avoir des conséquences financières insupportables pour les cantons et les communes.

145.22 Des propositions particulières en matière de droit du divorce et de séparation de corps

Une minorité a critiqué la lourdeur de la procédure applicable au *divorce sur requête commune* (art. 115 ss AP) ainsi que la double audition prévue, estimant que celle-ci est (parfois) inutile. Certaines réserves ont également été formulées en relation avec le délai de réflexion de deux mois entre la première et la seconde audition; les avis étaient cependant très divergents. On a critiqué la brièveté du délai aussi bien que sa longueur. De rares participants à la procédure de consultation ont demandé que le divorce soit obligatoirement précédé d'une séparation d'une année des conjoints ou qu'un délai maximal de séparation soit prévu. Mais, de manière générale, il ressort de la procédure de consultation que le divorce sur requête commune avec une double audition a été bien accueilli. S'agissant du divorce après suspension de la vie commune (art. 118 AP), la durée du délai a été critiquée. Certains auraient souhaité un délai d'une année, d'autres de trois ans. La majorité s'est toutefois déclarée d'accord avec le délai proposé de cinq ans. En outre, en ce qui concerne le divorce pour rupture du lien conjugal (art. 119 AP), la grande majorité des participants s'est prononcée en faveur de la variante principale, c'est-à-dire de la version la plus libérale.

La majorité des participants à la procédure de consultation est en général favorable à la réglementation proposée des *effets du divorce* (art. 123 ss AP). Les dispositions sur *le logement de la famille* (art. 125 AP) et sur *la prévoyance professionnelle* (art. 126 ss AP) ont notamment été très bien accueillies. La disposition sur *le tort moral* (art. 129

AP) a en revanche été rejetée par la majorité, pour le motif que l'article 49 CO⁹⁴ offre une protection suffisante dans les cas manifestes. La réglementation de l'*entretien après le divorce* (art. 130 ss AP) a prêté le flan à la critique, en particulier en relation avec la clause de dureté (art. 130, 3e al., AP); on craignait que cette règle ne réintroduise la notion de faute dans le nouveau droit. Certains ont en outre souhaité que l'on précise davantage les conditions d'attribution d'une contribution d'entretien. L'instauration de la possibilité de l'*autorité parentale conjointe* pour les parents divorcés (art. 138, 3e al., AP) a suscité de nombreuses réactions. Sur le principe, seuls quelques participants y sont opposés. Mais on a parfois émis la crainte de voir l'autorité parentale conjointe utilisée comme moyen de pression pour obtenir des contributions d'entretien plus élevées (en cas de consentement à l'exercice conjoint de l'autorité parentale) ou inférieures (en cas de renonciation à l'exercice conjoint de l'autorité parentale). Certains ont exprimé le souhait que l'autorité parentale conjointe soit assortie de conditions légales supplémentaires, par exemple que les parents partagent la prise en charge de l'enfant et qu'auparavant déjà, c'est-à-dire pendant la durée de la séparation, ils se soient tous deux occupés de l'enfant. Certains se sont fondés sur la possibilité des parents divorcés d'exercer conjointement l'autorité parentale pour exiger la même faculté en faveur des parents non mariés.

Les dispositions sur la *procédure de divorce* (art. 140 ss AP) ont été bien accueillies par la majorité. Certains participants ont cependant émis des réserves quant au droit de l'enfant d'être entendu (art. 147, 2e al., AP).

La grande majorité s'est prononcée pour le maintien de la *séparation de corps* proposé par l'avant-projet (art. 121 et 122 AP). La suppression de cette institution n'a été requise que par un petit nombre de participants à la procédure de consultation: selon eux, les dispositions sur la protection de l'union conjugale (art. 175 et 176 CC) seraient suffisantes.

145.23 Remaniement de l'avant-projet

Eu égard à l'accueil positif durant la procédure de consultation, un groupe de travail départemental s'est chargé de remanier l'avant-projet. L'élaboration des dispositions d'exécution de la réglementation sur le partage des expectatives du deuxième pilier a requis un certain temps (art. 141, 142 P CC, art. 331e, 6e al., P CO, art. 30c, 6e al., P LPP, art. 22 ss, 24, 2e et 3e al., 25a, 26, 3e al. P LFLP). La commission d'experts s'était limitée à établir le principe du partage, car les dispositions d'exécution de la nouvelle loi sur le libre passage⁹⁵, adoptée le 17 décembre 1993 par les Chambres fédérales, n'avaient pas encore été votées au moment où elle siégeait. Le groupe de travail départemental s'est adjoint la collaboration de MM. Claude Chuard, conseiller en matière de caisses de pensions (Berne), Olivier Deprez, expert dans le domaine de la prévoyance professionnelle (Zurich), Thomas Geiser, professeur (Berne), Bernd Herzog, mathématicien diplômé de l'EPFZ et chef de section à l'Office fédéral des assurances sociales,

94 RS 220. Se prononcent en faveur de l'application de la disposition mentionnée et de la suppression de l'article 130, 3e alinéa, AP, Steck in Hinderling/Steck, op. cit., p. 398, note 45.

95 FF 1993 IV 578

Werner Nussbaum, chef de la division de la prévoyance professionnelle à l'Office fédéral des assurances sociales, Hermann Walser, Association suisse de prévoyance sociale privée (Zurich).

Les adaptations les plus importantes consistent en premier lieu dans la possibilité de renoncer à la seconde audition, dans le cadre des divorces sur requête commune, lorsque les conjoints vivent séparés depuis au moins une année (art. 111, 3e al.). En outre, lorsque le logement familial est attribué à l'un des époux et que l'autre doit participer au paiement du loyer, celui-ci a la possibilité de compenser le montant versé avec les contributions d'entretien (art. 121, 2e al., 2e phrase). On peut encore mentionner l'extension de la possibilité d'accorder une indemnité appropriée dans les cas où les prestations de sortie acquises durant le mariage ne peuvent pas être partagées (art. 124) et la limitation de la compétence du juge de refuser totalement ou partiellement le partage des prestations de sortie aux cas dans lesquels ce partage serait manifestement inéquitable du fait de la liquidation du régime matrimonial ou de la situation économique des conjoints après le divorce (art. 123, 2e al.). Enfin, la portée de la clause de dureté en matière d'entretien a été fortement restreinte et précisée (art. 125, 3e al.). On a renoncé à prévoir un droit à la réparation du tort moral (cf. art. 129 AP). Le droit de visite est conçu comme un droit réciproque des parents et des enfants (art. 273) et les conditions d'attribution de l'autorité parentale conjointe ont été reformulées (art. 133, 3e al.). Au surplus, on a instauré la possibilité pour les couples non mariés d'exercer conjointement l'autorité parentale sur leurs enfants (art. 298a). En dernier lieu, il convient encore de mentionner l'introduction de dispositions de procédure relatives à la possibilité pour l'enfant de se faire représenter, dans certaines situations déterminées, devant le juge (art. 147 s.).

146 Aperçu de droit comparé

146.1 Introduction

Les deux dernières décennies se caractérisent dans toute l'Europe par une évolution morale et sociale spectaculaire de la conception générale du mariage. Cette évolution a entraîné une vague de révisions, et la plupart des pays de l'Europe de l'Ouest ont connu une effervescence législative sans précédent dans le domaine du droit du divorce⁹⁶. Ainsi, la Suisse ne fait pas figure d'exception en révisant actuellement sa législation sur le divorce, qui est la plus vieille d'Europe; elle s'inscrit au contraire dans un mouvement qui couvre l'ensemble du continent.

Dans cet aperçu, nous ne présentons que les législations des Etats géographiquement voisins de la Suisse, ainsi que les systèmes particulièrement innovateurs ou originaux:

Allemagne: § 1564 ss du "Bürgerliches Gesetzbuch" (BGB), révisés par la loi sur la réforme du droit du mariage et de la famille ("Ehe- und Familienrechtsreformgesetz") du 14 juin 1976, qui a depuis lors subi un certain nombre de modifications, notamment en 1986 en relation avec la question de l'entretien des conjoints après le di-

96 M.-T. Meulders-Klein, La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale, *Revue internationale de droit comparé*, 1989, p. 8 ss.

vorce. Une nouvelle réglementation relative aux enfants est prévue: Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz) des Bundesministeriums der Justiz; Stand: 24. Juli 1995.

- Angleterre: "Matrimonial Causes Act" (MCA) de 1973. En 1990, la Law Commission a présenté un projet de loi concernant la révision des causes du divorce, qui est controversé. Selon ce projet, l'un des époux, ou les deux, pourraient déclarer au juge que leur mariage a définitivement échoué et obtenir ensuite le divorce au terme d'un délai de 12 mois. La séparation de fait des époux durant ce délai ne serait pas nécessaire⁹⁷. Le Gouvernement poursuit la discussion de ce projet en 1995.
- Autriche: loi sur le mariage du 6 juillet 1938, révisée à maintes reprises, notamment en 1978 et en 1985 ("Ehegesetz", EheG). Une révision totale du droit du divorce est prévue.
- Belgique: articles 227 ss du code civil belge (CC belge), révisés à plusieurs reprises, notamment en 1974 par la loi sur le divorce; loi du 13 avril 1995 relative à l'exercice conjoint de l'autorité parentale.
- Danemark: loi sur la conclusion et la dissolution du mariage du 4 juin 1969, révisée le 20 mai 1992.
- Finlande: loi sur le mariage du 13 juin 1929, révisée le 16 avril 1987.
- France: articles 229 ss du code civil français (CC fr.), révisés par la loi du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce; loi no 87-570 du 22.7.1987 et loi no 93-22 du 8.1.1993 sur les questions relatives aux enfants.
- Italie: loi du 1er décembre 1970 sur la dissolution du mariage ("Legge 898, Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio"), modifiée par la loi du 6 mars 1987.
- Norvège: loi sur le mariage du 4 juillet 1991.
- Pays-Bas: articles 149 ss du code civil hollandais (CC hol.), dont la dernière révision date du 28 avril 1994 (art. 157, entretien après divorce, en vigueur depuis le 1er juillet 1994).
- Suède: lois du 4 juillet 1973 et du 14 février 1987 réformant la loi sur la conclusion et la dissolution du mariage (la réforme de 1987 n'a pas modifié les règles sur le divorce arrêtées en 1973).

97 Cf. K. Standley, Family law, Londres 1993, p. 96 s.

La tendance la plus manifeste et la plus générale est sans conteste la libéralisation croissante du divorce⁹⁸. La conception générale du divorce est cependant influencée par les circonstances historiques, économiques, sociales, culturelles et autres prévalant dans ces pays. En conséquence, bien que certains principes se retrouvent dans la plupart des Etats considérés (ainsi par exemple le remplacement de la conception du divorce-sanction par celle du divorce-faillite), les systèmes adoptés varient d'un Etat ou d'un groupe d'Etats à l'autre. Le contexte social joue notamment un rôle déterminant dans l'appréciation du divorce, ce dernier étant beaucoup plus aisément admis dans les Etats, tels que les pays scandinaves, dans lesquels la majorité des femmes conservent une activité professionnelle après leur mariage, notamment grâce à des structures d'accueil des enfants suffisantes.

Les développements qui suivent se rapportent aux causes et aux effets du divorce. En ce qui concerne la procédure de divorce, nous nous bornerons à mentionner que, dans certains pays comme les pays scandinaves et l'Angleterre, on a renoncé à la comparution personnelle des parties. Dans d'autres Etats où la comparution personnelle reste obligatoire, l'accès au divorce est beaucoup plus aisé qu'autrefois, en raison de l'introduction du divorce par consentement mutuel. En outre, certains pays, comme la Norvège⁹⁹ et le Danemark¹⁰⁰, ont attribué à une autorité administrative la compétence de prononcer les divorces non contentieux¹⁰¹.

146.2 Les causes de divorce

146.21 Généralités

Traditionnellement, le fondement général des diverses causes de divorce est l'échec du mariage¹⁰². La reconnaissance de cet échec ne repose cependant pas sur les mêmes bases dans tous les pays. Les systèmes juridiques peuvent néanmoins être regroupés en deux catégories principales. On distingue les systèmes unicistes, qui ne reconnaissent qu'une cause de divorce, des systèmes pluralistes, qui en connaissent plusieurs.

Dans les pays ayant adopté un système uniciste, le divorce est, en règle générale, prononcé lorsque le mariage a définitivement échoué. Cette conception des causes de divorce ne tient pas compte de l'origine, de la responsabilité de l'échec du mariage ou d'une éventuelle opposition de l'un des époux au divorce¹⁰³. Des clauses de dureté sont cependant parfois prévues pour atténuer la rigueur du système (cf. *infra*, ch. 146.22 in fine). Les législations de pays, tels que les *Pays-Bas* ou *l'Allemagne*, sont notamment régies par ce système. Aux Pays-Bas, la loi prescrit simplement que le divorce peut être

98 Cf. les résultats de l'enquête réalisée sur demande de l'Ordre des avocats du Barreau de Paris, "Madame Figaro" du 28 mai 1994, p. 14 ss: 69% des Français sont d'avis que le divorce est dans l'intérêt des enfants lorsque les parents ne s'entendent plus.

99 § 24 de la loi sur le mariage.

100 Art. 42 de la loi sur la conclusion et la dissolution du mariage.

101 A ce sujet, cf. P. Lodrup, Les expériences dans les pays nordiques, en particulier en Norvège, in Révision du droit du divorce: Expériences étrangères récentes, Publication de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 9, Zurich 1988, p. 64.

102 I. Schwenzler, Familienrecht im Umbruch, RSJB 1993 257/259.

103 Cf. Meulders-Klein, op.cit., p. 14 s.

prononcé sur demande de l'un des conjoints en cas d'échec définitif du mariage¹⁰⁴. En Allemagne, le divorce peut être prononcé lorsque la faillite du mariage est irrémédiable. L'échec du mariage est considéré comme définitif de manière irréfutable en cas de divorce conventionnel après une séparation d'une année et en cas de divorce contentieux après une séparation de trois ans¹⁰⁵. Dans les autres cas, le juge est tenu d'examiner l'existence de cet échec. La loi le définit comme l'absence durable de communauté de vie entre conjoints¹⁰⁶. Durant la première année de séparation, le droit d'obtenir le divorce est limité aux cas de rigueur, même lorsque le juge a constaté l'échec du mariage¹⁰⁷.

Dans certains pays nordiques, le divorce ne dépend pas de l'échec du mariage, mais de la seule volonté des personnes concernées. Il résulte de l'évolution du droit du divorce dans ces pays qu'on ne peut plus vraiment parler de causes de divorce au sens traditionnel du terme. En *Suède*, en cas d'accord entre les époux, il existe un droit inconditionnel au divorce. Toutefois, s'il y a un ou des enfants âgés de moins de 16 ans, un délai de réflexion de six mois est prévu. En cas de désaccord entre les époux, le conjoint désireux de divorcer ne bénéficie du droit de le faire qu'après l'écoulement d'un délai de réflexion de six mois. En outre, si les conjoints vivent séparés depuis deux ans au moins, aucun délai de réflexion n'est exigé¹⁰⁸. En *Finlande*, les époux ont le droit de divorcer, d'un commun accord ou sur demande de l'un d'entre eux, après une séparation minimale de deux ans ou après une période de réflexion de six mois¹⁰⁹.

On peut également classer le *droit anglais* parmi les systèmes unicistes¹¹⁰, dès lors que, conformément au Matrimonial Causes Act, le mariage, à condition d'avoir duré au moins une année, peut être dissous à la demande de n'importe lequel des époux, lorsque son échec définitif est prouvé. C'est le cas par exemple lorsque le défendeur a commis un adultère rendant ainsi la poursuite de la vie commune intolérable pour le demandeur, ou encore lorsque les conjoints vivent séparés depuis deux ou cinq ans, selon que le défendeur consent au divorce ou non¹¹¹. Ces faits ne constituent pas des causes de divorce, mais des moyens de preuve qui permettent au juge d'admettre l'échec irrémédiable du mariage.

Le terme "divorce" ne figure pas dans la loi *italienne*. Dans ce pays, on connaît deux types de mariages (les mariages civils et les mariages religieux avec effets civils). Ils peuvent être dissous par une "dissolution" ou par une "déclaration de cessation des effets civils"¹¹². Pour des raisons pratiques, le terme "divorce" sera néanmoins utilisé dans la suite de cet aperçu. Le droit italien est fondé sur le principe de l'échec définitif du mariage¹¹³. Cet échec doit résulter des deux groupes de motifs déterminés et exhaustifs

104 Cf. art. 151 CC hol.

105 Cf. § 1566, 2e al., BGB.

106 Cf. § 1565, 1er al., BGB et D. Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, 2e éd., Munich 1989, p. 382.

107 Cf. § 1565, 2e al., BGB.

108 Cf. section 1 ss du chapitre 5 de la loi sur le mariage, ainsi que D. Dumusc, Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes, thèse Lausanne, Genève 1980, p. 249 s.

109 Cf. section 25 et 26 de la loi sur le mariage.

110 Cf. Meulders-Klein, op. cit., p. 15 et 18 s., ainsi que Dumusc, op. cit., p. 191.

111 Cf. Section 1(1) et 1(2) du MCA.

112 Cf. art. 1 et 2 de la loi sur la dissolution du mariage et V. Librando, Le divorce en droit italien, in Le droit de la famille en Europe, Strasbourg 1982, p. 625.

113 Art. 1 de la loi sur la dissolution du mariage.

vement énumérés dans la loi¹¹⁴. Certains motifs, telles la condamnation d'un conjoint pour certains délits ou la non-consommation du mariage, ont un effet "immédiat", de sorte que le divorce peut être prononcé sur le champ. Lorsqu'aucun motif de ce type n'est réalisé, le divorce ne peut être prononcé qu'après une séparation judiciaire de trois ans au moins, ou après la reconnaissance judiciaire d'une séparation de fait. Une simple séparation de fait ne suffit pas.

Les systèmes pluralistes admettent pour leur part plusieurs types de divorces répondant à plusieurs causes ou faits de nature objective ou subjective. Entrent dans cette catégorie la France, la Belgique, l'Autriche, l'Italie, la Norvège et le Danemark. Le droit français¹¹⁵ connaît trois types de divorces: le divorce par consentement mutuel (qui se scinde en deux variantes: le divorce sur demande conjointe et le divorce sur demande unilatérale d'un conjoint avec acceptation de l'autre), le divorce pour rupture de la vie commune de six ans au moins et, enfin, le divorce pour faute. Le code civil belge prévoit également trois causes de divorce: le divorce pour faute, le divorce pour séparation de plus de cinq ans et le divorce par consentement mutuel¹¹⁶. Les articles 47 ss de la loi autrichienne sur le mariage énumèrent diverses causes de divorce qui se répartissent en deux catégories distinctes: certaines sanctionnent une faute, telle l'adultère¹¹⁷ ou la conduite indigne ou immorale du conjoint, qui cause une désunion profonde et irrémédiable¹¹⁸; d'autres reposent sur d'autres circonstances, telles la maladie mentale¹¹⁹, la maladie contagieuse ou répugnante¹²⁰, la séparation de trois ans des conjoints¹²¹ ou encore le consentement des conjoints et une séparation de six mois au moins (art. 55a EheG). Le système norvégien connaît deux causes générales de divorce: le divorce pour séparation, qui comprend la séparation de corps d'une année¹²² et la séparation de fait de deux ans¹²³, auxquelles s'ajoute le divorce pour abus, qui peut être requis sans séparation préalable par l'un des époux notamment lorsque l'autre lui a fait subir des mauvais traitements, ou a fait subir de tels traitements aux enfants¹²⁴. Le droit danois présente des analogies avec le droit norvégien: le divorce peut être requis par chacun des époux après une séparation officielle de douze mois; le divorce peut même être prononcé après six mois déjà en cas d'accord entre les conjoints¹²⁵. En outre, chaque conjoint peut demander le divorce lorsque les époux ont vécu séparés pendant deux ans¹²⁶. Enfin, le divorce peut également avoir pour cause le comportement fautif de l'un des conjoints (adultère, actes de violence et bigamie)¹²⁷.

114 Art. 3 de la loi sur la dissolution du mariage.

115 Cf. art. 229 ss CC fr.

116 Cf. art. 229 à 233 CC belge.

117 Cf. art. 47 EheG.

118 Cf. art. 49 EheG.

119 Cf. art. 51 EheG.

120 Cf. art. 52 EheG.

121 Cf. art. 55 EheG. Le délai est porté à 6 ans lorsque le conjoint défendeur s'oppose au divorce en invoquant la responsabilité de l'autre dans la rupture du lien conjugal.

122 Cf. § 20 et 21 de la loi sur le mariage.

123 Cf. § 22 de la loi sur le mariage.

124 Cf. § 23 de la loi sur le mariage.

125 Cf. art. 31 de la loi sur la conclusion et la dissolution du mariage.

126 Cf. art. 32 de la loi sur la conclusion et la dissolution du mariage.

127 Cf. art. 33 ss de la loi sur la conclusion et la dissolution du mariage.

Toutes les révisions des causes de divorce tendaient à éliminer la notion de faute¹²⁸. Mais tous les Etats ne sont pas parvenus au même résultat. Des pays tels que la France¹²⁹, la Belgique¹³⁰, l'Autriche¹³¹, la Norvège¹³² et le Danemark¹³³ connaissent le divorce pour faute à côté du divorce pour causes objectives. La faute n'a cependant pas non plus disparu des ordres juridiques qui n'admettent plus que les causes objectives de divorce; elle y est fréquemment maintenue, de manière latente, comme élément de preuve de l'échec de l'union conjugale ou de réduction des délais de séparation préalable au divorce.

Des pays tels que la Suède, la Finlande, l'Allemagne et l'Angleterre comptent au nombre de ceux qui ne connaissent plus le divorce pour faute. Cette dernière n'a cependant complètement disparu que dans les systèmes suédois et finlandais, où la volonté de l'un ou des deux époux est suffisante pour que le divorce soit prononcé, sous réserve de certaines exigences complémentaires, telles la rupture de la vie commune pendant un certain temps ou l'expiration d'un délai de réflexion. Dans les autres législations, elle joue, comme nous l'avons déjà mentionné, fréquemment un rôle de second plan.

Dans la conception moderne du divorce, un époux peut en général obtenir le divorce unilatéralement, après une période de séparation plus ou moins longue. L'instauration de ce type de divorce n'a pas été dans tous les pays sans difficultés. Les opposants ont comparé cette possibilité accordée à l'un des conjoints au détriment de l'autre à une répudiation. Certains législateurs ont introduit une clause de dureté, qui permet à un des conjoints de s'opposer au divorce souhaité par l'autre lorsque le divorce aurait des conséquences exceptionnelles et excessivement pénibles pour lui. La France (art. 240 CC fr.), l'Allemagne (art. 1568 BGB)¹³⁴, l'Autriche (§ 55, 2e al., EheG) et l'Angleterre (Section [5] MCA)¹³⁵, notamment, connaissent de telles clauses de dureté. Elles peuvent reposer sur le fondement de la dureté personnelle ou matérielle que représente le divorce pour un des conjoints ou encore pour les enfants. Leur application devrait en principe¹³⁶ reposer sur des critères objectifs et ne pas dépendre des fautes respectives des conjoints. Cette exigence n'est cependant pas partout mise en pratique avec la

- 128 A ce propos, cf. D. Füllemann, *Verschulden und Zerrüttung in rechtsvergleichender Sicht*, thèse, Berne 1982.
- 129 Cf. art. 242 ss CC fr., qui mentionnent des faits constituant une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendant intolérable le maintien de la vie commune et la condamnation à certaines peines prévues par le code pénal.
- 130 Cf. art. 231 CC belge.
- 131 Cf. § 47 ss EheG, qui visent l'adultère et le refus de procréer, ainsi que la conduite indigne ou criminelle causant une désunion profonde et irrémédiable.
- 132 Cf. § 23 de la loi sur le mariage, relatif aux cas de mauvais traitements ou de mise en danger de la vie du conjoint ou des enfants.
- 133 Cf. art. 33 à 35 de la loi sur la conclusion et la dissolution du mariage, qui citent l'adultère, les actes de violences et la bigamie.
- 134 Cf. Schwab, *op. cit.*, p. 415 ss.
- 135 Cf. Standley, *op. cit.*, p. 91 s.
- 136 La clause de dureté prévue à l'article 55, 2e al., de la loi autrichienne n'est pas indépendante de la notion de faute. La demande en divorce peut être rejetée lorsque le défendeur prouve que le demandeur est seul responsable de l'échec du mariage, ou qu'il en est le principal responsable, et que le divorce aurait des conséquences plus pénibles pour le défendeur que celles qu'aurait le rejet de la demande pour le demandeur.

même rigueur¹³⁷. Elle n'est appliquée que dans des cas exceptionnels en Allemagne, où elle fait du reste l'objet de vives critiques¹³⁸.

146.23 Le divorce par consentement mutuel

Les droits français¹³⁹, belge¹⁴⁰, autrichien¹⁴¹, allemand¹⁴², anglais¹⁴³, danois¹⁴⁴, suédois¹⁴⁵, finlandais¹⁴⁶, italien¹⁴⁷ et néerlandais¹⁴⁸ prévoient expressément que les conjoints peuvent demander ensemble le divorce. La Norvège ne parle plus de divorce par consentement mutuel, dès lors que les exigences à remplir pour obtenir le divorce sont extrêmement simples, même en cas de désaccord des conjoints (cf. *supra*, ch. 146.21).

Le rôle du divorce par consentement mutuel varie selon qu'il est prévu dans un pays ayant adopté un système uniciste ou pluraliste. Dans les systèmes connaissant plusieurs causes de divorce, l'accord des conjoints leur permet d'éviter de devoir prouver l'existence d'une autre cause de divorce. Ainsi, le droit français prévoit que "lorsque les époux demandent ensemble le divorce, ils n'ont pas à en faire connaître la cause"¹⁴⁹. Certaines cautions sont en principe prévues pour éviter que l'un des conjoints ne consente au divorce de manière hâtive et irréfléchie. Ainsi, le divorce par consentement mutuel ne peut être prononcé en France que lorsque le juge a acquis la conviction que les conjoints veulent réellement divorcer et se sont mis d'accord sur les conséquences du divorce. Outre l'exigence de la comparution personnelle des parties, entendues séparément puis ensemble, et de la présentation d'un projet de convention sur les effets du divorce qui puisse être homologué par le juge, la procédure de double audition interrompue par un délai de réflexion de trois mois permet au juge de s'assurer de cette volonté¹⁵⁰. Le droit autrichien prévoit que la communauté de vie des époux doit avoir cessé depuis six mois avant le dépôt de la demande conjointe et que, en règle générale, les époux doivent présenter une convention réglant les effets principaux de leur divorce, notamment en ce qui concerne les enfants mineurs¹⁵¹.

137 Cf. O. Guillod, La clause de dureté dans quelques législations européennes sur le divorce, *Revue internationale de droit comparé* 1983, p. 787 ss, ainsi que F. Furkel, La faute dans le divorce en droit français et allemand, *Revue internationale de droit comparé* 1982, p. 1153, 1157 ss.

138 Cf. A. Wolf, *Münchener Kommentar*, n. 4 et 37 ad § 1568, avec réf.

139 Cf. art. 230 ss CC fr.

140 Cf. art. 233 CC belge.

141 Cf. § 55a EheG.

142 Cf. § 1566, 1er al., BGB.

143 Cf. MCA Section 1(2) (d).

144 Cf. art. 31, 2e al., de la loi sur la conclusion et la dissolution du mariage.

145 Cf. section 1 du chapitre 5 de la loi sur le mariage.

146 Cf. section 26 de la loi sur le mariage.

147 Cf. art. 4, 1er et 13e al., de la loi sur la dissolution du mariage.

148 Cf. art. 154 CC hol.

149 Cf. art. 230, 1er al., CC fr.; cf. aussi B. Verschraegen, *Die einverständliche Scheidung in rechtsvergleichender Sicht*, Berlin 1991, p. 107, ainsi que N. Dethloff, *Die einverständliche Scheidung. Eine rechtsvergleichende und rechtshistorische Untersuchung zu Umfang und Grenzen der Privatautonomie im Scheidungsrecht*, Munich 1994, p. 173 ss.

150 Cf. Verschraegen, *op. cit.*, p. 114 ss.

151 Cf. § 55a EheG; cf. aussi Dumusc, *op. cit.*, p. 79 ss et Verschraegen, *op. cit.*, p. 453 ss.

Dans les législations qui ne reconnaissent que l'échec irrémédiable du mariage comme cause de divorce, l'accord des conjoints facilite la preuve de l'échec du mariage; il peut également avoir pour effet de réduire le délai de séparation requis préalablement au divorce. Le § 1566 BGB allemand prévoit par exemple que l'échec irrémédiable du mariage est présumé de manière irréfragable lorsque les conjoints sont d'accord sur le principe de leur divorce et vivent séparés depuis une année au moins, alors que cette présomption ne s'applique qu'après une séparation de trois ans en cas d'opposition de l'un des conjoints. De même, le droit anglais¹⁵² prescrit que la faillite du mariage est établie lorsque les conjoints vivent séparés depuis deux ans ou plus au moment du dépôt de la requête en cas d'accord, alors que le délai est porté à cinq ans au moins en cas de désaccord. Parmi les pays nordiques, on peut par exemple citer le droit suédois qui, en cas d'accord des époux, leur donne le droit d'exiger le divorce, sous réserve des divorces dans lesquels un délai de réflexion de six mois est accordé à la requête de l'un des conjoints ou parce que l'un d'eux a la garde d'un enfant mineur de moins de 16 ans. En cas de conflit entre les conjoints, le délai de réflexion précité doit toujours être respecté. L'obligation d'attendre l'expiration du délai de six mois s'éteint cependant, en cas d'accord comme en cas de conflit, lorsque les conjoints vivaient séparés depuis deux ans au moins au moment du dépôt de la requête¹⁵³.

146.3 Les conséquences financières du divorce

A la suite d'un divorce, deux questions principales se posent en relation avec la situation financière des ex-conjoints: le problème de l'entretien après le divorce et celui du partage des expectatives en matière de prévoyance professionnelle¹⁵⁴.

146.31 L'entretien des époux après le divorce

A titre de remarque préalable, il convient de préciser que la tendance est de supprimer la notion de faute en relation avec l'entretien postérieur au divorce. Le Conseil de l'Europe a édicté une recommandation dans ce sens¹⁵⁵. On constate cependant que certains pays ont introduit une clause de dureté qui permet de refuser d'octroyer une prestation d'entretien à l'époux fautif si l'attribution de cette prestation doit être considérée comme inéquitable. Tel est par exemple le cas de l'Allemagne¹⁵⁶ et de la France¹⁵⁷.

De plus, il est important de souligner que, de manière générale, tous les systèmes juridiques admettent l'idée du maintien d'obligations pécuniaires entre ex-époux. A l'origine, le fondement de ces obligations d'entretien reposait sur diverses causes, à savoir par exemple l'idée de réparation ou de compensation, l'obligation pour l'un des conjoints de garantir la subsistance de l'autre moins favorisé¹⁵⁸. Au fil du temps, les fonde-

152 Cf. section 1 (2) d et e MCA.

153 Cf. section 1 et 4 du chapitre 5 de la loi sur le mariage.

154 S'agissant du dommage subi par l'un des conjoints dans le développement de sa carrière professionnelle, cf. Schwenzler, RSJB 1993, p. 266.

155 R (89) 1 du 18 janvier 1989 sur les prestations après divorce (principe 5).

156 Cf. § 1579 BGB.

157 Cf. art. 280-1 CC fr.

158 A ce sujet, voir Meulders-Klein, op. cit., p. 44 s.

ments de l'obligation d'entretien ont évolué et, à l'heure actuelle, les contributions d'entretien entre personnes divorcées reposent le plus fréquemment sur la nécessité de conserver une certaine solidarité entre conjoints après le divorce et sur la volonté de compenser les inégalités entre conjoints découlant du mariage¹⁵⁹. Du fait de leur fondement, les contributions d'entretien dues au conjoint divorcé sont inférieures à celles qui sont dues durant le mariage¹⁶⁰. D'un autre côté, on note aussi une tendance, dite du "clean break", selon laquelle le divorce doit constituer une coupure nette entre les conjoints et mettre fin aux liens de dépendance économique qui existent entre eux. En conséquence, des prestations d'entretien ne sont dues que si l'un des ex-conjoints a effectivement besoin de la participation financière de l'autre pour vivre et que cette situation est la conséquence du mariage dissous. Les éléments particuliers justifiant l'octroi d'une prestation d'entretien après le divorce sont par exemple la répartition des rôles au sein du couple durant le mariage ou l'obligation de l'un des conjoints de prendre en charge un enfant mineur¹⁶¹. Selon la conception du "clean-break", les prestations d'entretien devraient en outre être si possible réglées définitivement au moment du divorce et, dans les cas où des versements périodiques sont prévus, ils devraient être limités dans le temps.

L'Angleterre (le pays d'origine du "clean break divorce") a introduit, en 1984, dans le Matrimonial Causes Act des dispositions selon lesquelles le juge doit tenir compte de toutes les possibilités raisonnables des époux d'accroître leurs propres ressources, de leur train de vie avant le divorce, de la durée du mariage, etc...¹⁶² et examiner la possibilité de régler définitivement les questions financières au moment du divorce et de limiter la durée des versements périodiques¹⁶³.

Le système français de la prestation compensatoire¹⁶⁴, qui coexiste avec l'ancien système de la pension alimentaire¹⁶⁵, constitue également une mise en oeuvre de la théorie du "clean break". Cette prestation consiste en une indemnité forfaitaire que l'un des époux est tenu de verser à l'autre pour compenser autant que possible les disparités que le divorce crée dans les conditions de vie respectives des époux. Le montant dépend de la situation des conjoints au moment du divorce et ne devrait en règle générale plus varier par la suite. En vertu de l'article 279 CC fr., lorsque la prestation prend la forme d'une rente, les parties peuvent cependant convenir qu'elle sera révisable. En principe, la prestation compensatoire devrait revêtir la forme d'un versement en capital et garantir ainsi de manière optimale la rupture entre les conjoints. En pratique, les juges accordent cependant le plus souvent la prestation compensatoire sous forme de rentes, sur demande des parties, qui ne disposent souvent pas d'une fortune suffisante pour verser le capital nécessaire. Les rentes allouées sont néanmoins le plus souvent limitées dans le temps¹⁶⁶. Il convient encore de mentionner l'article 280-1, 1er alinéa, CC fr., selon lequel "L'époux aux torts exclusifs de qui le divorce est prononcé n'a droit à aucune prestation compensatoire", le second alinéa atténuant toutefois la rigueur de cette

159 Fülleman, op. cit., p. 21 s.

160 D. Martiny, Der Unterhalt in Ein-Elternteil-Familien aus rechtsvergleichender Sicht, in *Unterhaltsrecht in Europa*, Tübingen 1983, p. 626 s.

161 Cf. Schwenger, RSJB 1993, p. 263.

162 Cf. Section 25 (2) (a) à (h).

163 Cf. Section 25 A (1) et (2), ainsi que Standley, op. cit., p. 108 ss.

164 Cf. art. 270 ss CC fr.

165 Cf. J. Massip, Un tableau du divorce en France 12 ans après la réforme du 1975, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 9, Zurich 1988, p. 82.

166 Cf. J. Massip, op. cit., p. 79 ss/81.

clause dans les cas exceptionnels où le refus de toute compensation pécuniaire apparaît contraire à l'équité.

De manière générale, on constate que les contributions d'entretien après le divorce sont attribuées sous forme de rentes, si possible limitées dans le temps, et que leur principal fondement repose sur l'incapacité du créancier de subvenir à ses besoins. Ainsi, la loi danoise sur la conclusion et la dissolution du mariage prescrit à l'article 50 que l'un des facteurs dont dépend l'allocation d'une prestation d'entretien est la faculté du créancier de satisfaire lui-même à ses besoins. En outre, sauf circonstances spéciales, la rente doit être allouée pour une période limitée ne dépassant pas dix ans et, conformément à l'article 51, s'éteint en cas de remariage. Une réglementation identique a été adoptée le 1er juillet 1994 aux Pays-Bas (durée maximale de la rente, en principe: 12 ans).

Le droit allemand va dans le même sens en prévoyant que les conjoints n'ont droit à une prestation d'entretien que s'ils ne sont pas en mesure de subvenir eux-mêmes à leur entretien¹⁶⁷ et en donnant au juge la possibilité de n'attribuer une pension complète que pour une durée limitée¹⁶⁸ et d'appliquer une clause de dureté négative d'une portée relativement large¹⁶⁹.

Nous mentionnerons encore la loi norvégienne¹⁷⁰, qui précise que le fondement de l'obligation d'entretien est la situation respective des deux conjoints (besoin d'un côté et capacité financière de l'autre). Sous réserve de cas exceptionnels, cette obligation est limitée à une période n'excédant pas trois ans¹⁷¹.

146.32 Le partage des expectatives en matière de prévoyance professionnelle

Les systèmes de la sécurité sociale varient considérablement selon les différents pays étudiés. Il serait excessif de les présenter dans cet aperçu consacré au droit du divorce. Nous nous bornerons donc à rappeler ici que la solution du partage des expectatives en matière de prévoyance professionnelle retenue dans le projet qui vous est soumis se rapproche de celle adoptée en Allemagne¹⁷².

146.4 Les conséquences du divorce pour les enfants

En cas de divorce, la question se pose de savoir selon quelles modalités sera exercée l'autorité parentale (pour la terminologie, cf. *infra*, ch. 15). Certains pays ont introduit dans leur législation la possibilité de l'autorité parentale conjointe. C'est notamment le cas de la France (art. 287 et 373-2 CC fr.), de l'Italie (art. 317 et 155 CC it.), de

167 Cf. § 1569 ss BGB.

168 Cf. § 1578, 1er al., BGB.

169 Cf. § 1579 BGB qui permet de renoncer à verser une prestation d'entretien lorsqu'elle serait manifestement inéquitable.

170 Cf. § 79 ss de la loi sur le mariage.

171 Voir également section 7 ss du chapitre 6 de la loi suédoise sur le mariage.

172 Cf. § 1587 ss BGB, Schwab, op. cit., p. 923 ss et C. Dörr et al., Münchener Kommentar, notes ad § 1587 ss.

l'Angleterre (section 2 du Children Act) et des pays scandinaves¹⁷³. La Belgique a adapté l'article 302 de son code civil (loi du 13 avril 1995). En Allemagne et aux Pays-Bas, la possibilité d'accorder l'autorité parentale aux deux parents conjointement a une origine jurisprudentielle; en Allemagne, la révision de la loi sur le droit de l'enfant est en cours, aux Pays-Bas une loi est sur le point d'être adoptée¹⁷⁴. En Autriche, l'article 177 ABGB prescrit que l'autorité parentale doit être accordée à l'un des conjoints après le divorce. L'autorité parentale conjointe n'est accordée que si les parents divorcés ou non mariés vivent ensemble et que le bien de l'enfant n'est pas lésé (art. 167, 177, al. 3, ABGB)¹⁷⁵.

L'attribution de l'autorité parentale conjointe est parfois subordonnée à plusieurs conditions, la principale étant l'intérêt de l'enfant; on peut encore mentionner la volonté de coopération des père et mère et le dépôt par ceux-ci d'une demande conjointe. Aux Pays-Bas, les nouvelles dispositions qui devraient entrer en vigueur cette année prévoient en outre que les parents doivent conclure une convention relative à l'entretien de leurs enfants. Ces conditions ne sont cependant pas requises dans tous les pays. En Suède, par exemple, on a adopté un système selon lequel le juge n'intervient en principe pas en matière d'autorité parentale lors des divorces. La question de l'exercice de cette autorité n'est spécialement réglée que dans les cas où l'intérêt de l'enfant l'exige¹⁷⁶. En France, le juge n'est pas lié par la demande des père et mère et peut même théoriquement leur attribuer conjointement l'autorité parentale contre leur volonté¹⁷⁷. En Angleterre, aucun des parents ne perd la "parental responsibility" en cas de divorce. Selon la section 2 (7) du Children Act, chaque parent, pour autant que l'autre ne s'y oppose pas, peut prendre des décisions concernant l'enfant sans devoir requérir le consentement de l'autre. En outre, le juge peut, en cas de nécessité, régler la question du domicile de l'enfant et des relations personnelles. En Allemagne, le projet de loi concernant la révision du droit de l'enfant¹⁷⁸ - lequel est contesté - met en discussion l'unité du jugement de divorce, selon laquelle la question de l'autorité parentale conjointe doit obligatoirement être tranchée lors du divorce. Une décision relative à l'autorité parentale ne doit être rendue que dans les cas où un parent fait une demande d'attribution exclusive (§ 1671 du projet). D'autre part, en cas d'autorité parentale conjointe, le parent qui a la garde de l'enfant a le droit de prendre seul des décisions pour la vie quotidienne (§ 1687, al. 1, du projet).

173 Cf. à ce propos I. Schwenger, *Empfiehl es sich, das Kindschaftsrecht neu zu regeln?*, in *Verhandlungen des 59. Deutschen Juristentages*, vol. 1, Munich 1992, A 66, note 8 (cité: *Gutachten*).

174 Pour l'Allemagne, cf. l'arrêt du 3 novembre 1982 de la Cour constitutionnelle (BVerfGE 61, 358) publié également *FamRZ* 1982, p. 1179 et pour les Pays-Bas, voir l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mai 1984, cité par Meulders-Klein, *op. cit.*, p. 54 s. Pour l'Allemagne, voir *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreform)* des Bundesministeriums für Justiz (Stand: 24. Juli 1995). Aux Pays-Bas, de nouvelles dispositions entrent probablement en vigueur en 1995.

175 Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, plusieurs couples ont demandé lors de leur divorce l'autorité parentale conjointe, alors qu'ils ne remplissaient pas la condition de la vie commune. La jurisprudence de la Cour suprême s'est prononcée par la négative jusqu'à ce jour, cf. le jugement de la Cour suprême du 20 avril 1993 (1 Ob 515/93).

176 Cf. Chapitre 6, section 5 de la loi sur les parents et les enfants.

177 Cf. S. Normann, *Das neue Recht der elterlichen Sorge in Frankreich im Vergleich mit dem deutschen Recht*, *FamRZ* 1988 568 s.

178 Voir note 174.

L'autorité parentale conjointe rencontre un succès variable selon les pays où elle a été instaurée. Elle est très fréquente dans les pays scandinaves. En France, elle a été prononcée dans 11,5 % des cas en 1988, en Angleterre dans 13 % des cas en 1985¹⁷⁹, alors qu'en Allemagne, en 1985, le taux ne dépassait pas 1,3 % des cas¹⁸⁰. Il a cependant clairement augmenté depuis. Depuis le 1er juillet 1994, il existe des statistiques judiciaires qui indiquent, pour la durée d'une année, le nombre de cas où l'autorité parentale conjointe a été attribuée aux parents divorcés. Les chiffres les plus récents (2e moitié de 1994) montrent que le pourcentage des cas oscille entre 6,5 % (Saxe-Anhalt) et 23 % (Bade-Wurtemberg, Sarre) dans les divers Länder¹⁸¹.

15 Terminologie

Jusqu'à aujourd'hui, les diverses révisions du droit de la famille ont repris le langage en vigueur en 1907. Mais, comme l'a montré la procédure de consultation, les formulations sexistes heurtent de plus en plus la sensibilité des citoyens. Les réactions les plus virulentes se manifestent surtout en Suisse alémanique. En conséquence, le texte allemand a été formulé de la manière la plus neutre possible.

La question de la formulation non sexiste des textes législatifs n'est pas la seule difficulté linguistique rencontrée dans le présent projet. Le concept d'"elterliche Gewalt" (puissance paternelle) tire son origine du siècle dernier et est ressenti comme choquant par une grande partie de la population: il a une connotation négative en raison de la notion de "Gewalt". La révision du droit de la filiation dans les années 70 a déjà donné l'occasion de discuter l'opportunité de redéfinir ce concept¹⁸². Alors qu'en français on a adopté "autorité parentale" au lieu de "puissance paternelle" (en italien "autorità parentale"), le texte allemand n'a pas été adapté faute de solution satisfaisante: les expressions de "Erziehungsrecht", "elterliche Sorge", "elterliche Rechte und Pflichten" et "elterliche Leitung" ont été rejetées.

A l'heure actuelle, le terme allemand d'"elterliche Gewalt" donne lieu à de telles critiques dans le public que son abandon est inévitable. En Autriche, il a été remplacé en 1978 par "elterliche Sorge und Pflichten" ou "Obsorge"¹⁸³. Le code civil allemand pour sa part parle de "elterliche Sorge" depuis 1979¹⁸⁴.

Il n'est pas aisé de trouver une solution satisfaisante pour le texte allemand. Une recommandation du Conseil de l'Europe¹⁸⁵ fait référence à la notion de responsabilité parentale, mais entend par cette expression la position juridique globale des parents, y

179 Schwenzer, Gutachten, p. A 66; voir également B. Hogget, in Révision du droit du divorce: Expériences étrangères récentes, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 9, Zurich 1988, p. 31 et, pour les pays scandinaves, Lodrup, op. cit., p. 67.

180 J. Limbach, Die gemeinsame Sorge geschiedener Eltern in der Rechtspraxis, Cologne 1989, p. 18 s. Cf. également infra, note 411.

181 Projet du Ministère de la justice; Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts (Stand: 24. Juli 1995), p. 134 ss, en particulier p. 136 avec renvois à d'autres données statistiques antérieures.

182 Cf. message du 5 juin 1974, FF 1974 II 1/70 ss, ch. 323.1.

183 Cf. § 176 et 195 ABGB.

184 Cf. § 1626 ss BGB.

185 R (84) 4 du 28 février 1984 sur les responsabilités parentales.

compris le droit de visite et l'obligation d'entretien. Le concept d'autorité parentale est quant à lui limité au droit et au devoir des parents de fournir des soins à leur enfant, de diriger son éducation, d'administrer ses biens et de le représenter vis-à-vis des tiers (art. 301 ss, 304 ss et 318 ss CC)¹⁸⁶. Dans le contexte suisse, le concept de "responsabilité parentale" donnerait l'impression que l'autre parent est libéré de toute responsabilité envers l'enfant, ce qui n'est précisément pas le cas. Dans la doctrine récente¹⁸⁷, on recommande d'adopter l'expression allemande de "elterliche Entscheidungsbefugnis". Elle n'exprime cependant pas suffisamment le caractère obligatoire de cette institution et son utilité. Le Conseil fédéral propose donc d'adopter l'expression "elterliche Sorge" dans un souci d'harmonisation des diverses législations germanophones. Elle est déjà connue en Suisse et devrait dès lors rapidement être acceptée par la population. Cet aspect positif l'emporte sur l'aspect négatif, à savoir le caractère imprécis du concept et sa signification floue pour les non-juristes¹⁸⁸.

La modification ne concerne que la version allemande (cf. en particulier art. 296 ss du projet de code civil). Dans le texte français, on en reste à "autorité parentale" et, dans le texte italien, à "autorità parentale". Dans la mesure où l'expression "elterliche Gewalt" est utilisée dans d'autres lois fédérales, il conviendra d'adapter leur terminologie à l'occasion de révisions ultérieures.

2 Partie spéciale: commentaire du projet

21 Les actes de l'état civil

211 Registres

211.1 Généralités (art. 39)

Comme actuellement (art. 39, 1er al., CC), les registres à tenir ne sont pas énumérés en détail. Il suffit de le faire dans l'ordonnance sur l'état civil (art. 27, 1er al., OEC). Il sera ainsi possible de concrétiser dans l'ordonnance certaines revendications à venir (par exemple passage à des registres uniques, rassemblant toutes les données essentielles concernant l'état civil), surtout lorsqu'il s'agit de questions de nature technique. Le projet laisse également la porte ouverte au développement des dispositions de

186 Voir C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, 4e éd., Berne 1994, p. 166 s., n. 25.02.

187 C. Hegnauer, Soll der Ausdruck "elterliche Gewalt" ersetzt werden?, RDT 1993, p. 63 et Gemeinsame elterliche Gewalt nach der Scheidung, RSJ 1990, p. 373. Cf. aussi Hinderling/Steck, op. cit., p. 404, note 2a.

188 Hegnauer, RDT 1993, p. 65.

†
l'ordonnance qui concernent le traitement électronique des données (TED; admission de registres purement électroniques et abandon des registres sur papier, pour autant que l'état de la technique le permette¹⁸⁹).

A des fins de transparence, le 2e alinéa donne une vue d'ensemble des données qui font partie de l'état civil (définition légale). La liste en question énumère les données les plus importantes, mais elle ne se veut pas exhaustive. Par "nationalité" (2e al., ch. 5), il faut entendre en premier lieu l'indication de la possession ou non de la nationalité suisse. L'inscription d'une nationalité étrangère n'a qu'une portée informelle (lien de rattachement subsidiaire dans la LDIP). Ni le 1er alinéa ni le 2e alinéa ne signifient que les données qui figurent dans les différents registres doivent absolument être rassemblées dans un seul registre, comme c'est le cas actuellement dans le registre des familles pour et les Suisses ainsi que pour leurs parents étrangers les plus proches (avant tout leurs conjoints).

211.2 Obligation de déclarer et protection des données

Les mandats législatifs suivants sont confiés au Conseil fédéral:

- la détermination des personnes et des autorités qui sont chargées de déclarer les données nécessaires à la constatation de l'état civil ainsi que
- la protection de la personnalité et des droits fondamentaux des personnes au sujet desquelles des données sont traitées dans le domaine des actes de l'état civil.

211.21 Obligation de déclarer (art. 40, 1er et 2e al.)

L'obligation de déclarer englobe aussi bien les déclarations privées (par exemple celle d'une naissance par les parents) que les communications officielles (par exemple celle d'un jugement de divorce par le juge) (1er al.). Elle joue un rôle déterminant dans la tenue des registres et garantit l'exhaustivité ainsi que l'actualité des inscriptions. Le droit en vigueur charge déjà le Conseil fédéral de rendre les ordonnances nécessaires concernant les déclarations prévues par la loi (art. 39, 2e al., CC). Pour ce qui est des naissances et des décès, l'obligation de déclarer est traitée spécialement (art. 46 et 48 CC), sans toutefois que le cercle des personnes chargées de ladite obligation soit défini

189 Pour le moment, lorsque des données sont conservées électroniquement, seules les pièces lisibles sans moyen technique auxiliaire sont considérées comme des registres (art. 177h, 1er al., OEC). La Recommandation no 8 de la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC), du 21 mars 1991, portant sur l'informatisation de l'état civil, tend pour sa part à instaurer un système de registres purement électroniques. A l'occasion des travaux en cours concernant la conception d'un registre individuel d'état civil ("Sammelregister": suppression du registre des familles), l'on examine également comment introduire de façon généralisée et optimale l'informatique dans la tenue des registres. Des solutions fondées sur l'article 39, 1er alinéa, et adaptées à l'évolution la plus récente de la technique doivent pouvoir être fondées d'entente avec les cantons (par exemple connexion à l'échelon national à une banque de données centralisée et droits d'accès différenciés en fonction des tâches définies par la loi).

de manière plus précise. D'un point de vue systématique, il paraît juste de continuer de confier au Conseil fédéral la tâche de donner une forme concrète à l'obligation de déclarer et de ne plus mentionner spécialement dans le code civil l'obligation de déclarer en cas de naissance ou de décès. La délégation de compétence législative est suffisamment concrétisée par la fixation de l'objectif (constatation de l'état civil) et des données à inscrire (art. 39, 2e al.: définition du concept d'état civil).

Le 2e alinéa constitue la base légale formelle nécessaire selon les conceptions actuelles pour réprimer les cas de violation de l'obligation de déclarer (art. 182, 1er al., ch. 3, OEC).

211.22 Protection des données (art. 40, 3e al.)

La compétence du Conseil fédéral de réglementer la protection des données correspond en soi à celle du droit en vigueur (art. 39, 2e al., CC: compétence de rendre les ordonnances nécessaires concernant la tenue des registres)¹⁹⁰. Il est cependant nécessaire que la loi mentionne expressément la protection des données et qu'elle en fasse un mandat législatif; en effet, l'importance de cette question s'est fortement accrue en raison de l'introduction du traitement électronique des données (TED). De plus, la loi fédérale sur la protection des données (LPD)¹⁹¹, en vigueur depuis le 1er juillet 1993, n'est pas applicable aux registres de l'état civil (art. 2, 2e al., let. d, LPD). Ceux-ci sont en effet considérés comme «des banques de données tenues et garanties par l'Etat. Les traitements de données y relatifs sont régis par des prescriptions très précises et formalistes. Sécurité juridique oblige, il n'est pas question de les modifier par la loi sur la protection des données»¹⁹². C'est pourquoi il faut assurer la protection des données dans le domaine des actes de l'état civil par une réglementation indépendante qui s'en tienne néanmoins aux principes généraux en la matière¹⁹³. Il paraît dès lors convenable de définir l'objectif à protéger en reprenant la formulation générale de la loi sur la protection des données (art. 1er LPD).

190 Ainsi, l'ordonnance sur l'état civil prévoit différentes dispositions touchant à la protection des données, comme l'art. 15 (secret de fonction), l'art. 29 (consultation des registres) et l'art. 138, 2e al. (motifs justifiant la délivrance d'extraits des registres). Les dernières révisions partielles de l'OEC furent l'occasion d'apporter certaines améliorations ponctuelles dans le domaine de la protection des données: art. 122 (communications aux autorités étrangères), art. 128 (communications à d'autres services), art. 138a (transmission officielle d'extraits à des autorités étrangères). Le chapitre sur le traitement électronique des données, en vigueur depuis le 1er janvier 1989, traite largement de la protection des données (art. 177e ss OEC). Enfin, l'Office fédéral de l'état civil est en train de préparer une révision de l'ordonnance sur l'état civil qui sera consacrée avant tout à cette question. Voir sur ce thème: U. Belsler, Zivilstandswesen und Datenschutz, REC 1992, p. 101 ss; J.-Ph. Walter, La protection des données personnelles et les registres de l'état civil, REC 1984, p. 344 ss.

191 RS 235.1

192 Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD), du 23 mars 1988, FF 1988 II 452, let. h.

193 Voir art. 8 CEDH; droit constitutionnel (suisse) non écrit consacrant la liberté personnelle; art. 4 cst.; protection générale de la personnalité selon les art. 28 ss CC.

211.3 Preuve de données non litigieuses (art. 41)

Cette nouveauté est déjà présentée et motivée dans la partie générale (voir *supra*, ch. 122 et 123). La limitation aux cas dans lesquels il est impossible de se procurer des documents ou déraisonnable de l'exiger, de même que la collaboration obligatoire de l'autorité cantonale de surveillance mettent en évidence le caractère subsidiaire de ce moyen de preuve auxiliaire qui ne doit être utilisé qu'après une appréciation complète du cas particulier. S'il s'agit de données litigieuses¹⁹⁴, la déclaration à l'officier de l'état civil n'est pas possible¹⁹⁵. En droit actuel, l'autorité cantonale de surveillance peut déjà, au cours de la procédure précédant le mariage, dispenser un fiancé de produire des pièces qu'il ne peut pas obtenir ou qu'il ne pourrait obtenir que très difficilement (art. 150, 3e al., OEC). La nouvelle réglementation se fonde sur cette disposition, en étendant la possibilité existante à l'ensemble du domaine des actes de l'état civil. Mais désormais, au lieu d'accorder une dispense, l'autorité cantonale autorise que la preuve de données non litigieuses soit apportée par une déclaration faite à l'officier de l'état civil. Le préambule du 1er alinéa¹⁹⁶ précise, afin d'éviter les malentendus de nature «dogmatique», que les inscriptions dans les registres de l'état civil ne reposent pas uniquement sur la présentation de documents. Ainsi, en cas de mariage, c'est la réponse affirmative des fiancés à la question de savoir s'ils veulent tous deux s'unir par le lien du mariage qui est déterminante (consentement selon l'art. 117 CC).

Les conséquences pénales d'une fausse déclaration mentionnées au 2e alinéa s'inspireront en général de l'article 253 du code pénal (CP)¹⁹⁷ (obtention frauduleuse d'une constatation fausse; peine: réclusion pour cinq ans au plus ou emprisonnement).

211.4 Modification¹⁹⁸

211.41 Par le juge (art. 42)

La disposition actuelle relative à la rectification sur l'ordre du juge (art. 45, 1er al., CC) est transformée en une action formatrice générale tendant à l'inscription, à la rectification ou à la radiation de données litigieuses concernant l'état civil; or, il n'existe pas de procédure propre à cette action (par exemple les actions d'état du droit de la

194 Lorsque, par exemple, le dossier relatif à la demande d'asile, consulté auprès de l'Office fédéral des réfugiés avec l'accord de la personne concernée, comporte des informations contradictoires concernant la donnée à prouver.

195 Dans de tels cas, les personnes intéressées doivent agir devant un juge en constatation de la donnée litigieuse (action générale en constatation de droit garantie par le droit fédéral non écrit; voir *infra*, ch. 211.41).

196 Lorsque les données relatives à l'état civil doivent être établies par des documents, ...

197 RS 311.0

198 Voir en ce qui concerne le droit en vigueur: R. Forni, La rectification des inscriptions d'état civil: Compétences du juge et de l'autorité administrative à la lumière de la jurisprudence du Tribunal fédéral, REC 1973, p. 191 ss; G. Battaglioni, La rectification des actes de l'état civil, REC 1984, p. 292 ss.

filiation)¹⁹⁹. Pour pouvoir intenter cette action, il faut justifier d'un intérêt personnel digne de protection (1er al.). Le droit d'être entendu des autorités cantonales de surveillance, leur droit à la notification d'office du jugement (1er al.) ainsi que leur qualité pour agir (2e al.) résultent de l'intérêt public qu'ont ces autorités à ce que les inscriptions dans les registres soient complètes et exactes. Selon que le litige porte sur l'application des règles relatives aux actes de l'état civil ou sur des questions d'état au sens propre, c'est en dernière instance la voie du recours de droit administratif (art. 97 ss OJ) ou celle du recours en réforme (art. 44 OJ) au Tribunal fédéral qui est ouverte. L'action générale en constatation, garantie par le droit privé fédéral non écrit, est à disposition²⁰⁰ à titre subsidiaire, c'est-à-dire dans les cas pour lesquels l'action formatrice n'entre pas en ligne de compte parce qu'il n'y a pas lieu de procéder à une modification des registres suisses (par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer la date de naissance d'un enfant reconnu comme réfugié en Suisse et né dans l'Etat persécuteur). Lorsqu'un décès est survenu sur territoire suisse et que le cadavre a disparu, il faudra toujours, à l'avenir, intenter une action en inscription du décès pour que celui-ci figure dans le registre des décès. L'inscription par ordre de l'autorité de surveillance (art. 49, 1er al., CC) ne sera plus permise, car elle suscite fréquemment des problèmes de délimitation par rapport à la compétence judiciaire.

211.42 Par les autorités de l'état civil (art. 43)

La rectification administrative des inexactitudes correspond à la règle actuelle sur la rectification par les autorités administratives (art. 45, 2e al., CC). Il appartient au Conseil fédéral de désigner, dans ses dispositions d'exécution (art. 48), l'autorité compétente en la matière; à noter dans ce contexte que la collaboration des autorités cantonales de surveillance ne sera plus nécessaire que dans certains cas particuliers (ceci en raison des améliorations que la révision tend à apporter au système de responsabilité des officiers de l'état civil). La nouvelle disposition précise, par rapport au droit actuel, que la rectification administrative doit avoir lieu d'office.

212 Organisation

212.1 Autorités de l'état civil

212.11 Officiers de l'état civil (art. 44)

Les attributions des officiers de l'état civil sont désormais mentionnées expressément (précision apportée à l'art. 41, 2e al., CC). Grâce à cette base légale détaillée, la struc-

199 Voir U. P. Cavelti, *Berichtigung und Statusklage, deren Abgrenzung und Anwendung*, REC 1980, p. 65 ss. Sont considérées comme actions d'état d'un genre particulier la demande en constatation du nouveau sexe et d'autres modifications qui en découlent des inscriptions dans les registres survenant à la suite de changements de sexe médicaux (arrêt du Tribunal fédéral du 3 mars 1993, publié dans la REC 1994, p. 120 ss, c. 6b).

200 Voir ATF 114 II 255, c. 2a; 110 II 354 ss

ture des autorités oeuvrant dans le domaine de l'état civil apparaît plus clairement. Cette énumération ne doit être interprétée ni restrictivement, ni exhaustivement. Ainsi, d'autres attributions peuvent également y trouver leur base, pour autant qu'elles aient un lien de connexité suffisant avec les actes de l'état civil. Les activités de nature informelle, comme les informations et conseils (en principe limités aux questions d'état civil) donnés au public, découlent en général de la condition même d'officier de l'état civil²⁰¹.

Il ressort directement de la constitution fédérale (art. 53, 1er al., cst.) que la compétence de tenir les registres est réservée aux fonctionnaires laïques. Il est dès lors inutile de répéter cette prescription dans le code civil (art. 41, 1er al., CC).

Le 2e alinéa correspond au droit actuel (art. 41, 3e al., CC). Il prévoit cependant une référence expresse au caractère exceptionnel²⁰² de la réglementation en question ("compétence de nécessité" pour les Suisses de l'étranger lorsque la constatation de leur état civil n'est pas garantie dans leur Etat de domicile ou, par exemple, lorsqu'il n'est pas possible de célébrer un mariage pour des motifs religieux). Comme jusqu'à présent, les attributions d'officier de l'état civil ne doivent pas être du ressort exclusif des chefs de représentations suisses à l'étranger; au contraire, elles peuvent par exemple être également exercées (en vertu d'une délégation) par les responsables de chancellerie ou par d'autres collaborateurs aptes à le faire.

212.12 Autorités de surveillance (art. 45)

Bien qu'elles jouent un rôle déterminant dans le domaine de l'état civil suisse, les autorités de surveillance ne sont mentionnées qu'en marge dans le code civil (art. 43, 2e al., CC). L'article 45 entend remédier à ce défaut important du droit actuel. Selon le 1er alinéa, les cantons ne désigneront désormais plus qu'une seule autorité de surveillance. En effet, la désignation de deux autorités de surveillance, à savoir une autorité inférieure et une autorité supérieure -système qui existe encore dans quelques cantons-, porte préjudice, en raison du partage de responsabilité qu'elle implique, à l'efficacité de la surveillance; en outre, pour le public il est plus difficile d'avoir une vue d'ensemble de la matière. Une restructuration de la surveillance s'impose du reste aussi par le fait que l'on souhaite créer des arrondissements de l'état civil plus grands et encourager les officiers de l'état civil à exercer leur activité à plein temps (cf. *supra*, ch. 123). Une surveillance élargie va d'ailleurs tout à fait dans l'intérêt des cantons (effets d'optimisation et de rationalisation).

Le 2e alinéa énumère les différentes attributions des autorités cantonales de surveillance. Ici aussi (comme à l'art. 44, cf. *supra*, ch. 212.11), une base légale détaillée est créée. Elle permet de comprendre plus facilement la structure des autorités de l'état civil. Cette énumération ne doit être interprétée ni restrictivement, ni exhaustivement.

201 Voir "L'état civil se présente", édité par l'Association suisse des officiers de l'état civil, Brugg, 1988, mis à jour en 1992.

202 L'art. 41, 3e al., CC, est déjà appliqué de manière restrictive actuellement. Pour l'heure, seules six représentations suisses à l'étranger exercent encore des tâches relevant de l'état civil: Londres pour les reconnaissances d'enfants; Téhéran avec une limitation territoriale à l'Afghanistan; Le Caire, Beyrouth; Damas; Bagdad.

Elle est fondée sur la situation actuelle. Grâce à la revalorisation de la position des officiers de l'état civil (cf. *supra*, ch. 123), les autorités cantonales de surveillance devraient être passablement déchargées. Ainsi, un certain allègement de la surveillance (ch. 1) sera possible, en ce sens que celle-ci se limitera à l'essentiel. De plus, les offices de l'état civil auront moins besoin d'assistance²⁰³ (ch. 2) et la collaboration des autorités cantonales de surveillance à la tenue des registres²⁰⁴ ainsi qu'à la procédure préparatoire du mariage²⁰⁵ (ch. 3) pourra, davantage qu'aujourd'hui, se limiter aux questions de principe. La compétence de décider de la reconnaissance et de la transcription des faits d'état civil survenus à l'étranger ainsi que des décisions prises par des autorités étrangères en matière d'état civil (ch. 4) repose sur l'article 32 LDIP; elle constituera à l'avenir l'une des tâches principales des autorités cantonales de surveillance. Le chiffre 5 introduit une nouveauté en prévoyant expressément dans la loi que la formation et le perfectionnement des personnes qui s'occupent de l'état civil sont l'une des tâches incombant aux autorités cantonales de surveillance (art. 11, 2e al., OEC). Cette tâche devra être passablement précisée (cf. *supra*, ch. 123).

Le 3e alinéa fixe désormais dans le code civil la règle actuelle selon laquelle la haute surveillance est exercée par la Confédération (art. 17, 2e al., OEC; surveillance exercée par le Département fédéral de justice et police; art. 17, 3e al., OEC; haute surveillance exercée par le Conseil fédéral).

212.2 Responsabilité (art. 46)

En instaurant une responsabilité cantonale primaire et objective en lieu et place de l'actuelle responsabilité personnelle pour faute, le projet suit le modèle d'un système de responsabilité moderne, tel qu'il a déjà été adopté dans de nombreux cantons. Le fardeau de la preuve qui incombe à la personne concernée est ainsi allégé, étant donné qu'il ne lui est plus nécessaire de prouver qu'il y a eu faute. En outre, comme le canton répond seul (2e al.), cette personne fait l'économie d'un second procès, alors que celui-ci est nécessaire selon le droit en vigueur lorsque l'officier de l'état civil ne peut pas réparer la totalité du dommage (art. 42, 3e al., CC). La solution proposée se fonde sur l'article 429a CC (responsabilité dans le domaine de la privation de liberté à des fins d'assistance). Il s'agit là de la disposition la plus récente du code civil qui institue une responsabilité cantonale. Le lésé ne peut, dans ce domaine non plus, élever des prétentions directement contre la personne fautive²⁰⁶. Par contre, le canton peut recourir contre les personnes qui ont causé le dommage intentionnellement ou par négligence grave (2e al.). Le cercle des personnes susceptibles d'occasionner un dommage n'a pas été défini avec précision. Selon le 1er alinéa, il suffit que ces personnes travaillent dans le domaine de l'état civil (peu importe leur fonction). Il faut entendre par là aussi bien le

203 Ainsi, l'examen des pièces dans des cas internationaux, conformément aux art. 43a et 103, 2e al., OEC, sera largement superflu.

204 Dans ce domaine, la rectification d'inscriptions closes comportant une inexactitude résultant d'une inadvertance ou d'une erreur manifestes (art. 50, 2e al., et art. 55, 2e al., OEC) pourrait par exemple être davantage confiée aux offices de l'état civil.

205 Ainsi, l'examen des dossiers dans les cas à caractère international (art. 168 OEC) sera laissé de côté, sous réserve des questions particulièrement délicates relatives à des cas précis.

206 Voir FF 1977 III 45, ch. 253; cf. aussi l'art. 3, 3e al., de la loi sur la responsabilité de la Confédération (RS 170.32).

* personnel qui assume des tâches relevant de l'état civil que celui des autorités de surveillance et des offices de l'état civil. La responsabilité des autorités fédérales est régie par la loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération²⁰⁷.

212.3 Mesures disciplinaires (art. 47)

Cette disposition correspond pour l'essentiel à l'article 44 du droit actuel. Sa teneur se rapproche désormais davantage de l'article 957 CC (peines disciplinaires dans le domaine du registre foncier). La nouveauté réside cependant dans le fait que, dorénavant, la disposition en question vise non seulement les officiers de l'état civil, mais aussi toutes les personnes employées dans les offices de l'état civil. Par ailleurs, le projet crée la base légale indispensable selon les conceptions actuelles pour édicter des dispositions sur la punissabilité des contraventions commises par négligence (art. 181 en relation avec art. 183, 1er al., OEC) ainsi que sur les menaces de mesures. Le maximum de l'amende est porté à 1000 francs²⁰⁸. A noter enfin qu'une telle disposition sur les mesures disciplinaires est nécessaire avant tout parce que, eu égard à la très grande diversité des conditions d'engagement du personnel, c'est le seul moyen de garantir que toutes les personnes employées dans les offices de l'état civil soient soumises aux règles disciplinaires. Les collaborateurs des autorités cantonales de surveillance sont assujettis au droit disciplinaire des cantons.

Conformément à la terminologie moderne, l'expression "peine disciplinaire" est remplacée par "mesure disciplinaire", dès lors que les sanctions concernent exclusivement des personnes exerçant une fonction officielle. L'article 957 CC (droit du registre foncier) est également adapté.

212.4 Contributions de la Confédération aux frais de formation

La formation et le perfectionnement des personnes qui travaillent dans le domaine de l'état civil demeurent l'une des tâches principales des cantons (art. 45, 2e al., ch. 5). En vertu du principe qui veut que la Confédération n'octroie pas une subvention modeste pour une longue durée, le Conseil fédéral a décidé de limiter à une période d'introduction de cinq ans la possibilité d'allouer des aides financières de la Confédération, comme le prévoyait l'avant-projet²⁰⁹ (art. 44 AP; art. 6a P Tit. fin.; ch. 123 et 251).

207 RS 170.32

208 Voir dans le droit du registre foncier: art. 957, 2e al., CC; lors de la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP; RS 281.1), l'amende correspondante a été portée de 200 francs à 1'000 francs (art. 14, voir RO 1995 1230). Une amende plus élevée ne serait plus adaptée au caractère d'une mesure disciplinaire.

209 Ces contributions devraient s'élever à un montant global de quelque 50'000 francs par an; pour fixer ces montants, il s'agira d'ailleurs de tenir dûment compte de la situation financière de la Confédération et du renchérissement.

213 Dispositions d'exécution

Le projet réunit de manière systématique les dispositions attributives de compétences (art. 48 à 50). Seule la délégation de compétence permettant au Conseil fédéral de réglementer l'obligation de déclarer et la protection des données (art. 40) est prévue plus haut, en raison de ses liens particuliers avec la disposition de principe (art. 39).

213.1 Droit fédéral

La compétence du Conseil fédéral a trait aux prescriptions d'exécution (art. 48) et aux délégations législatives (art. 49). Par ailleurs, l'article 40 a un rapport étroit avec l'article 49 (cf. *supra*, ch. 211.2).

213.11 Généralités (art. 48)

Le 1er alinéa donne au Conseil fédéral la compétence d'édicter les dispositions d'exécution. Les principaux domaines concernés sont énumérés au 2e alinéa. La compétence du Conseil fédéral quant aux registres à tenir et aux données à enregistrer (2e al., ch. 1) ainsi que celle relative à la tenue des registres (ch. 2) correspondent au droit actuel (art. 39, 2e al., CC)²¹⁰. La compétence d'édicter des dispositions d'exécution sur la surveillance (ch. 3) est dorénavant fixée expressément dans la loi. Les prescriptions actuelles limitent déjà fortement la compétence des cantons de régler la surveillance des offices de l'état civil, étant donné la réserve de l'approbation de la Confédération (art. 40, 1er et 2e al., CC). Le droit fédéral prévoit que les autorités cantonales de surveillance doivent inspecter chaque année les offices de l'état civil (art. 18, 1er al., OEC). De plus, elles doivent présenter chaque année un rapport détaillé au Département fédéral de justice et police (art. 18, 2e al., OEC). Dès lors, le droit actuel connaît déjà une compétence permettant au Conseil fédéral d'édicter des dispositions d'exécution dans le domaine de la surveillance. Cette compétence ne devra être mise en oeuvre à l'avenir que dans la mesure où elle est nécessaire au maintien du système suisse de l'état civil à un bon niveau (objectif principal de la révision).

Désormais, la compétence du Conseil fédéral d'édicter les dispositions d'exécution touchera encore davantage qu'actuellement à certains aspects internationaux de l'état civil; or, de telles questions ne peuvent pratiquement être réglées que par l'adoption de dispositions de droit international public. C'est pourquoi cette compétence du Conseil fédéral suppose celle de pouvoir conclure des traités internationaux. En outre, conformément à une pratique constante²¹¹, il conviendra de renoncer, dans de tels cas, à l'approbation des traités par l'Assemblée fédérale.

210 A l'avenir également, la compétence du Conseil fédéral doit englober la réglementation de la tenue des registres par traitement électronique des données (voir les art. 177e ss OEC), y compris de nouvelles solutions prévoyant une informatisation générale et la connexion à l'échelon national (voir *supra*, ch. 211.1, en particulier la note de bas de page 189).

211 Voir JAAC 1978, 42 III, p. 351, n. 76.

213.12 Principes d'organisation et émoluments (art. 49)

L'article 49 joue un rôle déterminant dans la réalisation des objectifs principaux de la révision. Les nouvelles compétences du Conseil fédéral ont été présentées et commentées en détail ci-dessus (cf. ch. 122 et 123).

Il s'agit ici aussi - comme à l'article 40 - de délégations de compétences législatives au sens propre. Leur but (assurer une exécution d'une fiabilité professionnelle) et leur contenu (fixer les principes relatifs à l'éligibilité ou à la nomination des officiers de l'état civil, notamment les exigences minimales quant à leur formation, ainsi que la dimension des arrondissements de l'état civil) sont donc définis plus précisément (1er al.). La compétence du Conseil fédéral de fixer de manière exhaustive le tarif des émoluments en matière d'état civil (2e al.) est défendable, dès lors que pratiquement tous les actes d'exécution des autorités de l'état civil sont décrits avec précision, si bien que, dans le domaine de la perception des émoluments, il n'y a pour ainsi dire plus aucune marge de manoeuvre; en outre, le tarif des émoluments doit respecter le principe de la couverture des coûts et celui de l'équivalence.

Le 1er alinéa, chiffre 1, établit une alternative entre l'"éligibilité" et la "nomination". Dans quelques cantons, en effet, les officiers de l'état civil sont encore élus par le peuple; ailleurs, par contre, ils sont nommés par l'autorité compétente (décision administrative). L'expression "exigences minimales quant à leur formation" se réfère avant tout à une culture générale suffisante ainsi qu'à une formation de base en matière d'état civil qui a été achevée (participation à un cours cantonal ou intercantonal, avec examen final et délivrance d'un certificat de capacité)²¹². L'élection ou la nomination des officiers de l'état civil devrait être assujettie à la condition que ceux-ci continuent de suivre des cours de formation et de perfectionnement. L'acceptation d'un travail à temps complet²¹³ constitue en règle générale l'une des autres conditions indispensables à l'élection ou à la nomination. En raison de l'accroissement des exigences auxquelles les officiers de l'état civil doivent satisfaire, il pourrait par ailleurs s'avérer nécessaire de fixer une limite d'âge supérieure à l'exercice de leur activité.

Les principes du Conseil fédéral relatifs à la dimension des arrondissements de l'état civil (1er al., ch. 2) doivent en règle générale permettre à un officier de l'état civil, au moins, d'exercer son activité à plein temps; ils doivent en outre garantir la possibilité d'avoir recours à des techniques de travail modernes (cf. *supra*, ch. 123). Parmi les critères qui servent à déterminer un arrondissement de l'état civil figurent en premier lieu les données statistiques concernant les naissances et les décès portés dans les registres ainsi que celles relatives aux mariages. De plus, le nombre de citoyens est aussi important (c'est un point déterminant pour ce qui est de la charge de travail que représente la tenue du registre des familles). Il doit être possible de tenir compte des conditions particulières de certains cantons (par exemple de la faculté pour le public d'avoir accès aux offices de l'état civil), pour autant qu'il n'en résulte pas une mise en péril des objectifs principaux du projet de révision.

212 Voir par exemple le programme mis en oeuvre actuellement par les cantons de Berne, Argovie et Bâle-Campagne, en collaboration avec l'école professionnelle d'administration à Berne.

213 Voir ch. 123: en général, un degré d'occupation de 75% au moins.

213.2 Droit cantonal (art. 50)

Sous réserve des restrictions mentionnées plus haut (cf. ch. 213.12), le 1er alinéa correspond au droit en vigueur. Le 2e alinéa concorde avec l'actuel article 40, 2e alinéa, CC²¹⁴ - mis à part le fait qu'il parle des "personnes qui travaillent dans le domaine de l'état civil" (au lieu des "fonctionnaires") et que, pour être plus précis, il ajoute l'expression "zu ihrer Gültigkeit" dans la version allemande. De plus, les dispositions relatives à l'éligibilité ou à la nomination des officiers de l'état civil ne sont plus soustraites à l'obligation d'être soumises à l'approbation de la Confédération, étant donné que le Conseil fédéral peut désormais fixer lui-même les principes en la matière (art. 49, 1er al., ch. 1).

22 Le mariage

221 Les fiançailles

221.1 Contrat de fiançailles (art. 90)

L'article 90, 1er alinéa, du projet correspond à l'article 90, 1er alinéa, CC. Comme c'est le cas en droit actuel, la conclusion de fiançailles n'est pas soumise à des conditions de forme particulières²¹⁵. Une promesse de mariage expresse n'est pas requise; un acte concluant suffit. Il convient cependant de noter que le contexte social a considérablement évolué depuis l'adoption du code civil en 1912; actuellement, on ne doit pas admettre trop facilement que deux personnes sont fiancées par acte concluant. Des circonstances qui autrefois pouvaient être interprétées comme de tels actes (ménage commun, achat de mobilier commun, etc.) ne peuvent de nos jours plus être comprises, sans un examen plus approfondi de la situation concrète, comme exprimant la volonté des personnes concernées d'être liées par un contrat de fiançailles.

Comme il est possible que les fiancés prennent des engagements financiers considérables en vue de leur mariage, le Conseil fédéral maintient dans son projet l'exigence du consentement du représentant légal pour les fiançailles des mineurs et des interdits (art. 90, 2e al.)²¹⁶. L'absence de consentement n'entraîne toutefois pas la nullité de la

214 Version conforme au ch. II 21 de la loi fédérale du 15 décembre 1989 relative à l'approbation d'actes législatifs des cantons par la Confédération, en vigueur depuis le 1er février 1991 (RO 1991 362).

215 Cf. ATF 114 II 144/146; 83 II 489/490; ainsi que Montanari, op. cit., p. 35; C. Hegnauer/ P. Breitschmid, Grundriss des Eherechts, 3e éd., Berne 1993, p. 36, n. 3.04; P. Tuor/B. Schnyder/J. Schmid, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 11e éd., Zurich 1995, p. 156; H. Deschenaux/P. Tercier/F. Werro, Le mariage et le divorce, 4e éd., Berne 1995, p. 44 s.; A. Egger, Das Familienrecht, Commentaire zurichois, vol. II/1, 2e éd., Zurich 1936, n. 10 ad art. 90.

216 Cela constitue une exception au principe selon lequel les mineurs et les interdits capables de discernement peuvent accomplir seuls les actes strictement personnels (art. 19, 2e al. CC). Cf. H. Deschenaux/P.-H. Steinauer, Personnes physiques et tutelle, 2e éd., Berne 1986, p. 61; E. Bucher, Die natürlichen Personen, Commentaire bernois, vol. I, 2, 1, Berne 1976, n. 218 ad art. 19.

promesse de mariage. Avant que ce consentement soit accordé, on se trouve en présence d'un acte juridique boiteux. La promesse de mariage est valable, mais le fiancé mineur ou interdit n'est pas lié par sa promesse, alors que l'autre partie est liée, à moins d'être elle-même également mineure ou interdite²¹⁷. La conséquence principale du défaut de consentement consiste en ce que l'article 92 n'est pas applicable au fiancé mineur ou interdit en cas de rupture des fiançailles. Une responsabilité pour acte illicite (art. 19, 3e al., et 411, 2e al., CC) reste cependant concevable.

L'article 90, 3e alinéa, du projet reprend quant à lui l'article 91, 1er alinéa, CC. Le contrat de fiançailles a pour objet l'accord des parties quant à leur volonté actuelle de conclure, plus tard, un mariage²¹⁸. L'obligation découlant du contrat de fiançailles est une obligation imparfaite²¹⁹. Elle est tenue en échec par le principe de la liberté du mariage ou celui du libre consentement des époux (cf. art. 54, 2e al., cst., art. 27, 2e al., CC et art. 12 CEDH). Le fiancé qui viole son obligation n'encourt pas de sanction sous réserve de celles prévues aux articles 91 ss.

L'article 91, 2e alinéa, CC n'a pas été repris dans le projet. Il n'est pas nécessaire de faire référence à l'exécution des peines conventionnelles: celles-ci sont en effet nulles puisque convenues pour l'exécution d'une obligation imparfaite qui n'est pas assortie d'un droit d'action²²⁰.

Bien qu'elles ne figurent pas expressément à l'article 90, d'autres conditions des fiançailles peuvent être mentionnées: les fiancés doivent avoir atteint l'âge de la puberté²²¹ et être capables de discernement; en outre, il ne doit pas exister d'empêchement définitif au mariage²²².

221.2 Rupture des fiançailles

221.21 Présents (art. 91)

L'article 91 réglant la restitution des présents correspond matériellement à l'article 94 CC. Les cadeaux doivent être restitués sur demande du donateur. Les dispositions sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) sont applicables lorsque les cadeaux n'existent plus²²³. Le projet exclut expressément l'obligation de restitution des présents d'usage. En revanche, aucune disposition spécifique n'a été adoptée pour les lettres et les pho-

217 Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 44; Tuor/Schnyder/Schmid, op. cit., p. 156 s.; Egger, n. 18 ad art. 90. Voir cependant Bucher, n. 135 ss ad art. 19.

218 S'agissant du caractère atténué de la promesse échangée lors des fiançailles, cf. Montanari, op. cit., p. 54 ss.

219 Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 38, n. 3.13, Tuor/Schnyder/Schmid, op. cit., p. 156 et Montanari, op. cit., p. 56.

220 Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 46 s., ainsi que Tuor/Schnyder/Schmid, op. cit., p. 156; E. Götz, Das Familienrecht, Commentaire bernois, vol. II/1/1, Berne 1964, n. 7 ad art. 91, et Egger, n. 8 ad art. 91. L'article 63 CO permet, le cas échéant, à celui qui a acquitté une telle peine d'en obtenir la restitution.

221 Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 43; Tuor/Schnyder/Schmid, op. cit., p. 155 s.

222 Cf. art. 20 CO, ainsi que Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 37 et Egger, n. 13 ad art. 90.

223 Cf. Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 51; Egger, n. 3 ad art. 94.

tographies; celles-ci ne sont pas considérées comme des cadeaux²²⁴; elles peuvent être réclamées par les actions de l'article 28a CC tendant à la protection des droits de la personnalité²²⁵.

L'article 91 est exclusivement applicable aux fiancés. Les présents offerts par des tiers ne peuvent pas être récupérés sur la base de l'article 91. Ils devront l'être par le biais des articles 62 ss. ou 249 CO²²⁶. En outre, la restitution est exclue lorsque la rupture des fiançailles est causée par la mort de l'un des fiancés (art. 91, 1er al., *in fine*).

221.22 Participation financière (art. 92)

L'article 92 règle la participation financière d'un fiancé aux frais ou aux pertes de gains que doit supporter l'autre en cas de rupture de fiançailles. Comme les fiançailles reposent sur un rapport de confiance particulier et créent une communauté de responsabilités, ou un rapport quasi familial préparant au mariage, une règle d'indemnisation fondée sur la faute (cf. art. 92 CC)²²⁷ n'est pas satisfaisante, cela d'autant moins que l'influence de la faute a été sensiblement atténuée dans la présente révision, aussi bien en ce qui concerne les causes que les effets du divorce. Les conditions d'une responsabilité par suite de rupture de fiançailles ont donc été objectivisées. A l'avenir, l'ensemble des circonstances sera déterminant en matière de participation financière, et non plus seulement la faute du fiancé défendeur.

La bonne foi du fiancé demandeur suppose qu'il ait fait des dépenses ou renoncé à certains gains spécialement en vue du mariage - sont ainsi exclues les dépenses destinées à satisfaire des besoins courants - et que ces dépenses ou renoncations ne soient pas manifestement démesurées au regard de la situation des fiancés²²⁸. Le dommage subi à la suite de l'abandon d'un emploi peut donner lieu à une participation financière²²⁹. Le montant approprié de la participation aux dépenses effectuées (par exemple pour la location d'un appartement ou l'achat de meubles, pour l'acquisition ou la location d'une robe de mariée, ou la réservation d'un voyage de noces) s'appréciera au regard de l'ensemble des circonstances et notamment de la situation financière des parties (cf. art. 163, 1er al., CC, par analogie). La clause de dureté négative permet par exemple d'empêcher le fiancé qui a rompu les fiançailles sans juste motif de réclamer une participation financière à l'autre partie (art. 92 *in fine*).

Une règle d'indemnisation spéciale pour les parents et les tiers, telle qu'elle est prévue par l'article 92 CC et qui tire son origine de l'époque où les parents remettaient une dot

224 Götz, n. 3 ad art. 94; Tuor/Schnyder/Schmid, op. cit., p. 160.

225 Voir cependant Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 52; Montanari, op. cit., p. 134; Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 39, avec réf.; P. Widmer, Können die Brautbriefe bei Auflösung des Verlöbnisses zurückgefordert werden?, RSJ 1974, p. 138 ss, qui considèrent que, en droit actuel, l'article 94 CC peut également s'appliquer par analogie.

226 Cf. Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 39; Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 51; voir cependant Tuor/Schnyder/Schmid, op. cit., p. 159 s., qui mentionnent la possibilité d'appliquer l'article 94 CC par analogie en cas de restitution de présents offerts par les parents.

227 Selon l'interprétation de la doctrine majoritaire, cf. Montanari, op. cit., p. 97.

228 ATF 79 II 1 s

229 ATF 58 II 7

à la fiancée, n'est plus jugée nécessaire. La disposition actuelle vise d'ailleurs un cercle limité de personnes, puisque les tiers doivent avoir agi en lieu et place des parents - ce qui exclut par exemple les entrepreneurs ou les vendeurs de son champ d'application -, et avoir en outre un statut personnel analogue à celui des parents par rapport au fiancé ou à la fiancée²³⁰. Le projet part du principe que les dépenses effectuées par les parents (par exemple en cas d'annulation du repas de noces) peuvent donner lieu à une participation financière lorsque les fiancés eux-mêmes auraient dû effectuer les mêmes dépenses si les parents ne l'avaient fait.

Le projet ne contient pas de disposition spécifique sur la réparation du tort moral. Est réservé l'article 49 CO applicable en cas d'atteinte à la personnalité.

Parallèlement au droit matrimonial (art. 200, 2e al., et 205, 2e al., CC), l'avant-projet contenait une disposition selon laquelle la copropriété devait être admise lorsqu'il est impossible d'établir à quel fiancé appartient un bien. En outre, en cas de rupture des fiançailles, l'un des fiancés aurait, selon cette disposition, pu exiger l'attribution d'un bien en copropriété s'il pouvait justifier d'un intérêt prépondérant, à charge de désintéresser l'autre fiancé. Cette proposition n'a pas été approuvée dans la procédure de consultation. La disposition précitée n'a par conséquent pas été retenue dans le projet.

La règle générale veut de toute manière déjà que l'on admette la copropriété lorsqu'il n'est pas possible d'apporter la preuve de la propriété d'un meuble²³¹. La règle de l'article 651, 2e alinéa, CC, qui permet au juge d'ordonner la mise aux enchères du bien entre les copropriétaires dans les cas litigieux, est suffisante en cas de rupture de fiançailles. Une extension du droit d'attribution préférentielle à tous les cas de copropriété, telle qu'elle a été proposée par certains participants à la procédure de consultation, ne peut pas être retenue. D'un côté, l'article 205, 2e alinéa, CC, est l'expression du devoir d'assistance entre conjoints et de la solidarité postérieure au mariage et ne peut dès lors pas être étendu à n'importe quel rapport de copropriété. En outre, l'article 612 CC devrait également être adapté puisqu'il correspond matériellement à l'article 651, 2e alinéa, CC. Une telle modification violerait cependant le principe de l'égalité entre héritiers. Finalement, il convient de mentionner qu'une révision de l'article 651, 2e alinéa, CC favoriserait inopportunément l'ouverture d'actions en liquidation de la copropriété dans le but de se débarrasser d'un copropriétaire indésirable.

221.23 Prescription (art. 93)

L'article 94 correspond à l'article 95 CC. Les actions découlant d'une rupture de fiançailles doivent être intentées dans le délai d'une année à compter de cette rupture. Les délais du code des obligations²³² ne sont pas applicables.

230 Notamment Montanari, op. cit., p. 153; Tuor/Schnyder/Schmid, op. cit., p. 158; Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 52 s.

231 Cf. A. Meier-Hayoz, Das Eigentum, Commentaire bernois, vol. IV, 1,1, Berne 1981, n. 48 ad art. 641.

232 Outre le délai d'une année à compter de la connaissance du droit, l'article 67, 1er alinéa, CO, prévoit un délai de 10 ans qui court à compter de la naissance du droit.

222 Conditions du mariage

222.1 Généralités

Le nouveau titre du second chapitre "Conditions du mariage" (art. 94 ss) remplace le titre actuel "De la capacité pour contracter mariage et des empêchements" (art. 96 ss CC).

222.2 Capacité (art. 94)

Les Chambres fédérales ont décidé le 7 octobre 1994 d'abaisser l'âge de la capacité civile et matrimoniale à 18 ans. La nouvelle réglementation entre en vigueur le 1er janvier 1996²³³. L'émancipation matrimoniale prévue à l'article 96, 2e alinéa, CC, a été supprimée dans le même temps.

Dans le projet, comme en droit actuel, le mariage ne peut être valablement célébré que lorsque les conjoints jouissent de la capacité de discernement nécessaire. En cas de doute, il appartiendra à l'officier de l'état civil appelé à diriger la procédure préparatoire du mariage de déterminer si cette condition de la capacité de discernement est remplie. Cet examen ne posera pas de grandes difficultés, dès lors que, d'une part, l'existence de la capacité de discernement est présumée et que, d'autre part, les exigences fixées par la doctrine²³⁴ et par le Tribunal fédéral relativement à la capacité nécessaire pour contracter mariage sont limitées. Le Tribunal fédéral a en effet eu l'occasion de préciser que l'objectif de l'article 97, 1er alinéa, CC, est de protéger les personnes qui sont incapables de le faire elles-mêmes contre les conséquences d'un mariage qu'elles n'avaient pas prévues et d'éviter qu'elles soient livrées à leur conjoint. Dès lors, la capacité de discernement nécessaire au sens de l'article 97 CC doit être subordonnée à des conditions moins strictes lorsque la conclusion du mariage correspond manifestement à l'intérêt de la personne considérée comme faible d'esprit²³⁵.

L'article 94, 2e alinéa, concernant le consentement du représentant légal en cas de mariage d'une personne interdite, reprend l'article 99, 1er alinéa, CC. Malgré certaines critiques émises au cours de la procédure de consultation, la disposition a été conservée. La situation juridique générale des interdits sera en effet revue globalement à l'occasion de la prochaine révision du droit de la tutelle. Par conséquent, le consentement du représentant légal (soit le tuteur ou le détenteur de l'autorité parentale dans le cas de l'art. 385, 3e al., CC) demeure indispensable pour un acte aussi important dans la vie du pupille que la conclusion d'un mariage, d'autant plus que la tendance actuelle est d'être très réservé en matière d'interdiction. Souvent, on se contente d'une mise sous curatelle ou sous conseil légal. Contrairement à la solution actuelle, un mariage conclu sans le consentement du représentant légal demeurera cependant valable et ne pourra pas être

233 RO 1995 1126

234 Bucher, n. 106 et 35 ad art. 16; Götz, n. 1 ad art. 97; B. Dukor, *Das schweizerische Eheverbot für Urteilsunfähige und Geisteskrankte*, Zurich 1939, p. 59; Tuor/Schnyder/Schmid, op. cit., p. 161 s.; Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 63 s.; Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 44.

235 ATF 109 II 273/277, c. 4b; Th. Sutter, *Vier Probleme des schweizerischen Eheschliessungsrechts*, REC 1994, p. 337 s. et références citées.

attaqué par la voie de l'action en annulation (cf. art. 128 CC et *infra*, ch. 224.31). Le défaut de consentement du représentant légal ne doit en effet pas être considéré comme un vice fondamental, eu égard aux articles 54 cst., et 12 CEDH, qui garantissent le droit au mariage.

L'article 94, 2e alinéa, du projet ne limite pas excessivement la portée des articles 54, 2e alinéa, cst., et 12 CEDH. Selon la jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral, le représentant légal ne peut pas refuser le consentement au mariage pour des motifs incompatibles avec l'article 54, 2e alinéa, cst.²³⁶. Le consentement ne peut être refusé qu'en considération de l'assistance due à l'interdit, en particulier lorsque l'on doit admettre que ce dernier renoncerait à ses projets s'il était capable d'apprécier sagement la situation. Sont déterminants les motifs de protection tutélaire comme une grave mise en danger des intérêts personnels, notamment la santé physique, psychique ou morale, du pupille, un pronostic défavorable concernant l'union conjugale prévue, ou les intérêts économiques du pupille. Ne sont en revanche pas suffisants pour justifier un refus de consentement les antécédents judiciaires, l'internement, la paternité hors mariage, le non paiement d'aliments, les intérêts économiques de tiers et les autres motifs semblables²³⁷.

L'article 94, 3e alinéa, du projet va plus loin que l'article 99, 3e alinéa, CC. Il exige une procédure de recours devant une instance judiciaire cantonale, et non plus seulement un recours au Tribunal fédéral²³⁸. L'article 44, lettre b, de la loi fédérale d'organisation judiciaire fera référence à l'avenir, tout comme l'article 94, 2e alinéa, au consentement du *représentant légal*, et non du tuteur, pour couvrir également de façon expresse l'hypothèse de l'article 385, 3e alinéa, CC (majeur interdit remplacé sous autorité parentale au lieu d'être mis sous tutelle).

L'impossibilité absolue de contracter mariage pour les malades mentaux (art. 97, 2e al., CC) est abandonnée. Elle est en effet fondée sur des motifs eugéniques qui datent du début du siècle et ne sont plus défendables à l'heure actuelle, notamment au regard du droit fondamental au mariage garanti par l'article 54, 1er et 2e alinéas, cst., et par l'article 12 CEDH. Cette évolution des conceptions sociales s'est déjà reflétée dans la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de capacité de discernement, qui est très largement admise en matière de mariage²³⁹. Cette abrogation a été vivement approuvée par les participants à la procédure de consultation.

236 ATF 106 II 177 ss; 67 II 1 ss; 50 II 213 ss; 48 II 188 ss; 46 II 203 ss/206; 42 II 422 ss; 42 II 81 ss/83; Sutter, REC 1994, p. 337 s. et références citées.

237 Cf. ATF 106 II 178 s., c. 2

238 Cf. ATF 118 Ia 473 ss

239 Cf. ATF 109 II 273 ss/276 ss, c. 3 et 4

222.3 Empêchements

222.31 Lien de parenté et lien d'alliance avec l'enfant du conjoint (art. 95)

La tendance actuelle en Europe est de limiter la portée des empêchements au mariage²⁴⁰. Le projet d'article 95 proposé par le Conseil fédéral n'a pas un caractère révolutionnaire. Il supprime les empêchements aux mariages entre oncle/ tante et nièce/ neveu, ainsi que ceux fondés sur l'alliance, sous réserve du cas particulier de l'enfant du conjoint, et assimile la famille adoptive à la famille naturelle.

La proposition faite dans l'avant-projet de supprimer l'empêchement au mariage entre oncle et nièce et entre tante et neveu (art. 100, 1er al., ch. 1, CC) a reçu un accueil favorable dans la procédure de consultation. A l'heure actuelle, les liens qui existent entre ces personnes ne sont plus aussi étroits qu'ils l'ont été à l'époque des grandes familles, où oncles et nièces ou tantes et neveux cohabitaient et entretenaient des relations très étroites²⁴¹. Dès lors que les rapports de ce type n'existent presque plus, le risque d'une mise en danger de la paix familiale, même s'il n'est pas totalement exclu, n'est pas assez important pour maintenir l'empêchement au mariage dont il est question ici. Au demeurant, les motifs eugéniques n'ont plus beaucoup de signification dans ce rapport de parenté (ligne collatérale au troisième degré). En outre, les relations sexuelles entre un oncle ou une tante et sa nièce ou son neveu ne tombent pas sous le coup de l'article 213 du code pénal réprimant l'inceste, de telle sorte que ces personnes peuvent vivre ensemble et concevoir librement des enfants.

Sous réserve du cas particulier de l'enfant du conjoint, les arguments reposant sur le maintien de la paix des familles ne suffisent pas non plus à légitimer l'empêchement au mariage entre alliés. Un empêchement de cette catégorie ne saurait pas non plus reposer sur des motifs d'eugénisme. C'est pourquoi le projet qui vous est soumis ne comprend plus d'empêchement général au mariage fondé sur l'alliance et satisfait ainsi aux exigences d'un certain nombre de participants à la procédure de consultation.

Les liens qui existent entre une personne et l'enfant qu'avait le conjoint de cette personne au moment du mariage constituent une forme particulière d'alliance (Stiefkindverhältnis). Ils peuvent être parfois très proches de ceux qui existent entre un père ou une mère et son propre enfant²⁴². Il se justifie dès lors de maintenir l'empêchement au mariage fondé sur ce lien particulier d'alliance pour des motifs tenant à la protection de la paix des familles. On aurait pu limiter la portée de cet empêchement au mariage aux cas dans lesquels le lien d'alliance entre le nouveau conjoint du père ou de la mère et l'enfant a été créé durant la minorité de celui-ci. On y a cependant renoncé, dès lors que, du fait de l'abaissement de l'âge de la majorité civile à 18 ans, le nombre

240 S'agissant de l'empêchement au mariage entre oncle/tante et nièce/neveu, il a été abandonné en Allemagne (§ 4, 1er al., EheG.) et en Autriche (§ 6 EheG.); la France (art. 163 et 164 CC fr.) et l'Italie (art. 87 CC it.) le connaissent, mais ont prévu des possibilités de dispenses; il n'est donc pas considéré comme fondamental.

S'agissant de l'empêchement au mariage fondé sur un lien d'alliance, il a été abrogé en Autriche (art. 7 EheG.), alors que la France (pour les alliés en ligne directe, art. 161 et 164 CC fr.), l'Italie (art. 87 CC it.) et l'Allemagne (art. 4, 3e al., EheG.) ont prévu une possibilité de dispense.

241 Cf. dans ce sens Hürlimann, op. cit., p. 150.

242 Cf. Hürlimann, op. cit., p. 151.

* des cas dans lesquels un enfant majeur vivra en ménage commun avec le conjoint de son père ou de sa mère ira croissant. L'intégration de l'enfant du conjoint dans la nouvelle famille ne peut en outre pas être comparée à celle d'un conjoint dans sa belle-famille.

Conformément à l'article 100, 2e alinéa, CC, le gouvernement du canton de domicile peut autoriser un mariage entre parents adoptifs lorsque des raisons majeures le justifient et que les fiancés ne sont pas unis par un lien en ligne directe. Dans le projet, cette dispense n'aurait conservé une signification que s'agissant de l'empêchement au mariage entre frères et soeurs adoptifs, dès lors que l'empêchement au mariage entre oncle et nièce et tante et neveu est supprimé. Bien que les relations sexuelles entre frères et soeurs adoptifs ne tombent pas sous le coup de l'inceste (art. 213 CP), le Conseil fédéral n'a pas jugé bon de maintenir la possibilité de dispense pour ce domaine restreint, de peur que la transparence et la sécurité du droit n'en souffrent²⁴³. La possibilité d'obtenir une dispense n'a du reste été requise que par deux participants à la procédure de consultation. De plus, une enquête a démontré que les offices cantonaux compétents n'ont connaissance que d'un cas dans lequel une dispense a été accordée sur la base de l'article 100, 2e alinéa, CC. On aurait certes pu imaginer d'autoriser sans réserve les mariages entre frères et soeurs adoptifs. Cette solution se concilie cependant mal avec notre système de l'adoption plénière, selon lequel les liens de filiation découlant d'une adoption sont identiques à ceux découlant d'un lien de sang (cf. art. 267, 1er al., CC, l'art. 100, 2e al., CC, constitue la seule exception à ce principe général).

222.32 Mariage antérieur et effets de la déclaration d'absence (art. 96 et 38, 3e al.)

D'un point de vue matériel, l'article 96, 1er alinéa, correspond à l'article 101 CC.

A des fins de transparence, le 2e alinéa rappelle le nouvel article 38, 3e alinéa, applicable en cas de déclaration d'absence. Selon le système actuel, l'époux d'une personne déclarée absente par une autorité judiciaire, selon des conditions et après une procédure strictes (art. 35 et 36 CC), doit simultanément ou séparément introduire une procédure analogue à celle du divorce pour obtenir la dissolution de son mariage (cf. art. 102, 2e et 3e al., CC). Cette solution est toutefois beaucoup trop compliquée.

Une solution plus simple pourrait être d'attribuer au jugement déclaratif d'absence un effet dissolutoire automatique²⁴⁴. Elle ne tiendrait cependant pas suffisamment compte de la sensibilité de l'époux, notamment dans l'hypothèse où celui-ci espère encore le retour de son conjoint absent ou qu'il ne désire pas la dissolution de son mariage et que la procédure en déclaration d'absence est introduite par les héritiers (cf. art. 35, 1er al. *in fine*, CC). Une autre possibilité envisageable serait d'exiger - à l'instar du droit allemand - la conclusion d'un nouveau mariage pour dissoudre l'ancien²⁴⁵. Elle n'est pas souhaitable non plus, car l'époux ne désire pas dans tous les cas se remarier. La décision doit en définitive, comme en droit actuel, appartenir au seul conjoint concerné. Une déclaration devant l'officier de l'état civil doit suffire en l'occurrence (cf. procédure analogue de l'art. 149, 2e al., CC, et de l'art. 119, 1er al., du projet pour ce qui est du

243 *Contra Hegnauer*, REC 1992, p. 385.

244 Cf. art. 128, 1er et 3e al., CC fr.

245 Cf. § 38, 2e al., EheG.

nom de la femme divorcée). Le juge demeure compétent pour la déclaration d'absence proprement dite. Compte tenu de l'extrême simplicité de la procédure de dissolution du mariage consécutive à une déclaration d'absence, il n'est pas opportun de maintenir la compétence exceptionnelle du juge de prononcer la dissolution du mariage au moment de la déclaration d'absence. Une telle solution, suggérée par certains participants à la procédure de consultation, supposerait que le conjoint dépose une requête spéciale auprès du juge, laquelle équivaudrait à la déclaration faite à l'officier de l'état civil.

222.4 Délais imposés à la femme et aux époux divorcés (abrogation des art. 103, 104 et 150 CC)

Le rapport sur le programme législatif "Egalité des droits entre hommes et femmes" recommandait déjà l'abrogation de l'article 103 CC (délai de viduité imposé à la femme; "Frauenwartefrist")²⁴⁶. Il reprenait ainsi une proposition faite en 1965 par la commission d'étude en vue d'une révision du droit de la famille²⁴⁷.

Le délai de viduité tend à éviter des situations juridiques contradictoires résultant de l'application de deux présomptions. Conformément à l'article 255, 1er alinéa, CC, l'enfant né pendant le mariage ou dans les trois cent jours après la dissolution du mariage a pour père le mari de la mère. Cette présomption pourrait s'appliquer à deux hommes lorsque la mère d'un enfant né durant ce laps de temps s'est remariée avant la naissance. L'article 257 CC supprime toutefois ce risque en prévoyant que le second mari est réputé être le père²⁴⁸. Le délai de viduité est ainsi superflu. Il est plus vraisemblable que le père biologique de l'enfant né pendant les trois cent jours qui suivent la dissolution ou l'annulation du mariage soit le second époux de la mère que le premier. Du reste, l'interdiction pouvait aisément être éludée par la célébration d'un mariage à l'étranger.

Le projet de révision du droit du divorce s'écarte très nettement et de façon générale du facteur de culpabilité (cf. *supra*, ch. 144.3). L'article 150 CC, auquel l'article 104 CC fait pendant (délai d'interdiction de remariage fixé par le juge du divorce à l'époux coupable), n'a dès lors plus sa raison d'être. Les deux dispositions en cause ont du reste fait l'objet de vives critiques de la part de la jurisprudence et de la doctrine. Le Tribunal fédéral n'appliquait d'ailleurs l'article 150 CC qu'avec réserve²⁴⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a quant à elle estimé, à la lumière de l'article 12 CEDH, que le délai imposé touchait à la substance même du droit au mariage et n'était pas

246 FF 1986 I p. 1163 ss, n. 4.6.1 et 4.6.2; cf. également C. Hegnauer, Plädoyer für die Abschaffung der Frauenwartefrist gemäss Art. 103 ZGB, REC 1983, p. 65 ss, ainsi que B. Weber-Dürler, Auf dem Weg zur Gleichberechtigung von Mann und Frau - Erste Erfahrungen mit Art. 4 Abs. 2 BV, RDS 1985 I 1/10.

247 Rapport, IIe partie, p. 10 à 12.

248 Cf. Hegnauer, REC 1983, p. 65 ss.

249 Cf. en particulier ATF 107 II 395 s

proportionné au but législatif poursuivi²⁵⁰. On relèvera enfin que le délai d'attente a été supprimé dans la plupart des Etats étrangers, car il n'est guère susceptible d'amener les époux coupables à s'amender²⁵¹.

223 Procédure préparatoire et célébration du mariage

223.1 Principe

La première disposition du chapitre donne une vue d'ensemble des principes essentiels en la matière.

223.11 Célébration du mariage civil après une procédure préparatoire (art. 97, 1er al.)

Du point de vue du droit civil, un mariage ne peut être célébré valablement par l'officier de l'état civil qu'au terme d'une procédure préparatoire. Cette procédure, qui remplace l'actuelle procédure de publication, est, vu sa portée, mentionnée expressément en guise d'introduction.

La loi fédérale sur le droit international privé détermine l'autorité compétente dans les cas internationaux (art. 43 LDIP). Conformément au droit suisse, aucun mariage ne doit être célébré auprès d'une représentation étrangère dans notre pays. En effet, sur le territoire suisse, seuls les officiers de l'état civil suisses sont compétents pour exercer des fonctions d'officiers de l'état civil²⁵².

223.12 Libre choix de l'arrondissement de l'état civil où le mariage sera célébré (art. 97, 2e al.)

Comme jusqu'à présent (art. 113 CC), les fiancés peuvent choisir librement l'arrondissement de l'état civil dans lequel ils désirent se marier. Le principe du domicile (art. 98, 1er al.) continue de s'appliquer à l'exécution de la procédure préparatoire; toutefois, lorsqu'il fixe le point de rattachement, le nouveau droit ne privilégie plus le fiancé (art. 106 CC). Si les fiancés ont choisi de célébrer leur mariage dans un autre arrondissement que celui où a eu lieu la procédure préparatoire, ils devront, à l'avenir également, faire établir une autorisation à cet effet (art. 99, 3e al., art. 101, 2e al.). Une telle réglemen-

250 Arrêt du 18 décembre 1987 en la cause F. contre Suisse, Série A vol. 128 par. 32, 36 et 40.

251 A propos de la suppression de l'art. 150 CC, voir déjà E. Götz, trad. P. Nicollier, Le délai d'interdiction de remariage (art. 150 CC), REC 1964, p. 335 s., ainsi que H. Hausheer, Ehefähigkeit, Ehehindernisse und Ungültigkeit der Ehe, REC 1974, p. 339 s.; voir aussi Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 97 et K. E. Heinz, Inhalt und Tragweite des Artikels 12 der europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten - am Beispiel der Sache "F. contre Suisse" (21/1986/119/168), RSJ 1991, p. 201.

252 Voir la circulaire du Département fédéral des affaires étrangères adressée aux représentations étrangères diplomatiques et consulaires en Suisse, du 8 février 1995.

tation commande de renoncer au libre choix de l'office de l'état civil chargé de mettre en oeuvre la procédure préparatoire; en effet, c'est de cette manière uniquement qu'il est possible de sauvegarder le principe du libre choix de l'arrondissement de l'état civil où le mariage sera célébré (cf. *supra*, ch. 134.2, résultats de la procédure de consultation, ainsi que ch. 223.211 sur les motifs de la renonciation).

223.13 Interdiction de célébrer un mariage religieux avant la célébration civile (art. 97, 3e al.)

L'interdiction de célébrer un mariage religieux avant la célébration civile correspond au droit actuel (art. 118, 2e al., CC). Elle repose sur des considérations qui remontent à l'époque du "Kulturkampf"²⁵³ et qui sont aujourd'hui dépassées. Toutefois, la majorité des participants à la procédure de consultation, se distançant de l'avant-projet, a refusé de supprimer cette interdiction; les raisons de ce refus sont d'ordre social: en effet, si le mariage était célébré uniquement religieusement, les "conjoints" pourraient croire à tort qu'après cette célébration, leur "mariage" déploie des effets juridiques généraux. Ce danger existe surtout pour les étrangers dont l'Etat d'origine connaît (éventuellement même exclusivement) un mariage religieux dont les effets sont pleinement valables en droit civil. Une erreur en ce domaine peut par exemple être lourde de conséquences en cas de décès de l'un des partenaires (pas de droits successoraux ni de rentes). L'interdiction du mariage religieux avant la célébration civile est garantie, à l'avenir également, par la possibilité de prévoir des peines d'amende à l'encontre de celui qui contrevient intentionnellement ou par négligence à ladite interdiction (cf. *infra*, ch. 223.4). Avant la célébration du mariage religieux, la preuve de la célébration civile (certificat de mariage) doit toujours être exigée.

La notion de "mariage religieux" éclaire la formulation actuelle, qui parle de "bénédictio religieuse" et qui semble ainsi s'en tenir trop étroitement aux Eglises chrétiennes. Par ailleurs, il n'est plus nécessaire de mentionner expressément que les dispositions du code civil ne concernent pas le mariage religieux (art. 118, 3e al., CC); en effet, cela résulte du principe de la séparation entre l'Eglise et l'Etat, s'agissant du droit matrimonial.

223.2 Procédure préparatoire

223.21 Demande

223.211 Compétence (art. 98, 1er al.)

L'office de l'état civil du domicile demeure compétent pour recevoir la demande en exécution de la procédure préparatoire. Lorsque les deux fiancés sont domiciliés en Suisse, il existe un droit d'option conformément au principe de l'égalité entre la fiancée et le

253 Ce terme désigne le conflit qui opposait l'Etat et l'Eglise catholique au 19e siècle.

fiancé²⁵⁴. Pour les cas où aucun des deux n'est domicilié en Suisse, il convient de prévoir dans l'ordonnance un point de rattachement à l'office de l'état civil d'un lieu d'origine suisse, comme c'est le cas actuellement²⁵⁵. Quant aux règles applicables aux fiancés étrangers non domiciliés en Suisse, elles sont fixées par la loi fédérale sur le droit international privé (art. 43, 2e et 3e al., LDIP). Du reste, cette loi détermine de manière générale la compétence relative aux cas qui ont un rapport avec l'étranger (art. 43 LDIP).

L'idée contenue dans l'avant-projet et prévoyant que l'office de l'état civil librement choisi par les fiancés - indépendamment de leur domicile - serait compétent tant pour l'exécution de la procédure préparatoire que pour la célébration du mariage a été abandonnée. En effet, vu que la procédure de publication a été supprimée, c'est l'office de l'état civil du domicile de la fiancée ou du fiancé qui est le mieux à même d'examiner les conditions du mariage. Il a par exemple connaissance des tutelles qui ont été prononcées dans son arrondissement. De plus, l'attribution de la compétence à cet office permet de répartir les procédures préparatoires entre tous les offices de l'état civil de Suisse; il est ainsi possible d'éviter que l'examen des conditions du mariage entraîne une surcharge de travail considérable dans les endroits qui sont le plus souvent choisis pour la célébration du mariage. L'essentiel pour les fiancés est qu'ils conservent le droit de choisir librement l'arrondissement de l'état civil où ils souhaitent se marier (art. 97, 2e al., en relation avec l'art. 101, 1er et 2e al.).

Dans la version allemande, l'expression "der Braut oder des Bräutigams" entend mettre l'accent sur le fait que seuls un homme et une femme peuvent s'unir par les liens du mariage. Le mariage entre personnes du même sexe demeure exclu²⁵⁶.

223.212 Comparution personnelle (art. 98, 2e al.)

L'obligation de comparaître personnellement souligne, de manière générale, l'importance du mariage pour les personnes concernées et, en particulier, la coresponsabilité des fiancés dans l'exécution de la procédure préparatoire. Ainsi, l'office de l'état civil peut communiquer directement les informations nécessaires et répondre aux questions concrètes des fiancés (cf. *infra*, ch. 223.214). De plus, il peut se faire immédiatement une idée de leur capacité de discernement (condition du mariage).

Toutefois, il peut arriver dans des cas isolés que l'on ne puisse raisonnablement exiger des fiancés une comparution personnelle. L'office de l'état civil doit alors avoir la possibilité d'autoriser l'exécution de la procédure préparatoire en la forme écrite. Il s'agit là d'une clause d'exception qui doit être interprétée de manière restrictive: les fiancés doivent en effet se présenter personnellement lors de la célébration du mariage, qui a lieu

254 Art. 4, 2e al., cst. Il y a peu, l'égalité a été concrétisée au niveau de l'ordonnance sur la base de cette disposition constitutionnelle (cf. la modification de l'OEC du 25 mai 1994, en vigueur depuis le 1er juillet 1994; art. 149, 1er al., OEC; RO 1994 1387).

255 Actuellement, ce point de rattachement est mentionné expressément dans le code civil (art. 106, 2e al.). Il est désormais possible d'y renoncer, étant donné que l'art. 43, 1er al., LDIP constitue une base légale suffisante en la matière.

256 Voir le jugement de la IIe Cour de droit civil du Tribunal fédéral, du 3 mars 1993, publié dans la REC 1994, p. 120 ss. Cf. cependant supra, ch. 134.3.

en règle générale peu après la clôture de la procédure préparatoire (art. 102). C'est pourquoi, dans la plupart des cas, la présence personnelle des fiancés pourra être exigée sans autre déjà au moment de la présentation de la demande en exécution de la procédure préparatoire. La clause d'exception concerne avant tout les Suisses de l'étranger qui désirent se marier en Suisse. Pour eux, il peut en effet s'avérer manifestement déraisonnable de devoir séjourner en permanence en Suisse depuis le début de la procédure préparatoire jusqu'au moment de la célébration du mariage ou de devoir se rendre à maintes reprises dans notre pays.

223.213 Preuve de l'identité et déclaration relative aux conditions du mariage (art. 98, 3e al.)

Les fiancés doivent établir leur identité au moyen de documents récents qu'il convient d'énumérer en détail dans l'ordonnance d'exécution (voir art. 150 OEC; il faudra éventuellement créer une nouvelle formule d'extrait qui sera remplie, sur la base du registre des familles et du contrôle effectué auprès des autorités tutélaires, par l'office de l'état civil du lieu d'origine). L'identité qu'il s'agit d'établir est comprise au sens large; elle englobe toutes les données indispensables aux inscriptions dans les registres de l'état civil. L'identification des fiancés se fait exclusivement à partir des documents présentés. En général, l'office de l'état civil qui tient le registre des familles n'est plus chargé de procéder à des vérifications. S'il s'avère impossible ou déraisonnable d'exiger la présentation de certains documents, l'autorité cantonale de surveillance peut autoriser que la preuve de données non litigieuses relatives à l'état civil soit apportée par une déclaration faite à l'officier de l'état civil (art. 41; *supra*, ch. 211.3).

En outre, les fiancés doivent déclarer personnellement qu'ils remplissent les conditions du mariage, à savoir qu'ils ont la capacité requise pour contracter mariage et qu'il n'y a pas d'empêchements. Ainsi, ils prennent une part active à la procédure préparatoire et assument la responsabilité de l'exactitude de leurs déclarations. Celles-ci valent comme moyen de preuve. En cas de doute, l'office de l'état civil doit effectuer des recherches supplémentaires (art. 99, 1er al.). Il est prévu de fixer dans l'ordonnance d'exécution une formule spéciale concernant la remise de la déclaration. Il convient par ailleurs de relever que cette déclaration se différencie de celle qui est faite, en vertu de l'article 41 (cf. *supra*, ch. 211.3), pour remplacer des documents qu'il n'est pas possible de se procurer. Dans les deux cas cependant, la personne qui procède à la déclaration est invitée à dire la vérité et rendue attentive aux conséquences pénales²⁵⁷ d'une fausse déclaration (art. 41, 2e al.).

Les interdits doivent produire le consentement de leur représentant légal. Depuis l'abaissement à 18 ans de l'âge de la majorité civile et matrimoniale (sans clause d'exception), tous les mineurs sont dans l'impossibilité de se marier, pour autant que le droit suisse soit applicable.

257 Art. 253 CP, obtention frauduleuse d'une constatation fautive (réclusion pour cinq ans au plus ou emprisonnement); art. 215 CP, bigamie (réclusion pour cinq ans au plus ou emprisonnement pour trois mois au moins).

223.214 Information des fiancés

Aux termes de l'avant-projet, les cantons auraient dû offrir aux fiancés la possibilité de se renseigner sur le mariage et le droit matrimonial. Il s'agissait ainsi de combler certaines lacunes constatées dans les connaissances des fiancés et de les responsabiliser. Mais cette solution fut rejetée par une large majorité des cantons, qui lui reprochaient surtout d'avoir de trop lourdes conséquences sur l'état de leur personnel et sur leurs finances; de plus, ces cantons estimaient que les besoins en matière d'information étaient déjà largement couverts par des organisations privées.

En raison de ce net refus, le projet renonce à prévoir un devoir d'information à la charge des cantons. Cependant, l'expérience montre que, dans de nombreux cas, il existe un besoin d'obtenir des renseignements et que ce besoin dépasse fréquemment les possibilités des offices de l'état civil; aussi faudra-t-il se demander si la Confédération ne devrait pas préparer une brochure sur le mariage et le droit matrimonial²⁵⁸. Celle-ci pourrait alors être remise aux fiancés par les offices de l'état civil, au moment du dépôt de la demande en exécution de la procédure préparatoire. Il serait par ailleurs vivement souhaitable que les offices de l'état civil distribuent en même temps une liste des adresses des organismes publics et privés du canton qui sont en mesure de renseigner correctement les fiancés.

223.22 Exécution et clôture de la procédure préparatoire (art. 99)

Selon la nouvelle réglementation relative à la procédure préparatoire, l'office de l'état civil compétent²⁵⁹ assume à lui seul la responsabilité d'examiner si la demande est régulière (1er al., ch. 1), si l'identité des fiancés est établie (1er al., ch. 2) et si les conditions du mariage sont remplies (1er al., ch. 3). La position de l'office en est dès lors nettement améliorée. Quant à la procédure, elle est considérablement simplifiée puisque l'examen en question se fonde en général uniquement sur les documents et les déclarations des fiancés. Si toutes ces conditions sont remplies, l'office de l'état civil communique aux fiancés la clôture de la procédure préparatoire ainsi que les délais légaux pour la célébration du mariage (2e al. en relation avec l'art. 100). De plus, il fixe, d'entente avec les fiancés et dans le cadre des prescriptions cantonales²⁶⁰, le moment de la célébration du mariage ou, s'il en est requis, il établit une autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement de l'état civil (3e al.).

En général, des recherches supplémentaires ne devraient être nécessaires que dans certains cas internationaux - dans lesquels les conditions du mariage sont en principe également régies par le droit suisse (art. 44, 1er al., sous réserve du 2e al., LDIP) -, lorsque des doutes subsistent quant à l'authenticité et à l'exactitude des documents. Ce sont

258 Cette brochure pourrait être rattachée à celle que le Département fédéral de justice et police a publiée en 1987 au sujet du nouveau droit matrimonial et successoral.

259 Voir ch. 223.211.

260 Les cantons doivent continuer d'avoir la possibilité de prévoir certains jours ou certaines périodes pour la célébration des mariages. Selon le droit fédéral en vigueur, il ne peut pas y avoir de mariage après dix-huit heures ou le dimanche (art. 163, 4e al., OEC). Le mariage simultané de deux ou plusieurs couples ne peut avoir lieu que sur demande des fiancés (art. 163, 5e al., OEC).

avant tout les fiancés dont les pays d'origine ne tiennent pas de registres systématiques ou actualisés qui devraient être concernés. C'est en posant des questions complémentaires aux représentations suisses à l'étranger que l'on pourra, en règle générale, résoudre ce genre de difficultés²⁶¹.

Lorsque de sérieux doutes demeurent, l'office de l'état civil refuse la célébration du mariage ou l'établissement d'une autorisation de le célébrer dans un autre arrondissement de l'état civil; ce refus revêt la forme d'une décision formelle indiquant les voies de recours. Comme jusqu'à présent, le recours de droit administratif au Tribunal fédéral doit rester ouvert après l'épuisement des voies de recours cantonales (art. 97 ss OJ²⁶²).

223.23 Délais

223.231 Délai ordinaire (art. 100, 1er al.)

Selon la procédure actuelle, un dernier délai de réflexion est offert aux fiancés avant le mariage par le biais du délai de publication de dix jours (art. 112 CC et art. 154, 2e al., OEC). Ce délai disparaît en même temps que la procédure de publication. D'après la nouvelle réglementation, il serait théoriquement possible de procéder aux vérifications prévues par la loi, puis à la célébration du mariage, le jour même du dépôt de la demande en exécution de la procédure préparatoire²⁶³. Mais, comme le mariage crée une communauté de vie d'une durée indéterminée (art. 159 CC), il semble dans l'intérêt des fiancés de maintenir un délai de réflexion dans le nouveau droit. Par analogie au délai de publication actuel, qui s'est révélé être en pratique un délai de réflexion, le nouveau délai sera également de dix jours. Il court dès le moment de la communication de la clôture de la procédure préparatoire.

Cette date constitue aussi le point de départ du nouveau délai de trois mois qui fixe le dernier moment auquel le mariage peut être célébré. Dans le droit en vigueur, ce délai est de six mois (art. 114, 2e al., CC). L'autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement de l'état civil (art. 99, 3e al.) sera elle aussi valable durant trois

261 Le nombre d'états de faits frauduleux (obtention frauduleuse d'une autorisation de séjour) semble s'accroître; cependant, si l'on compare ce nombre à celui de l'ensemble des mariages célébrés en Suisse, il en résulte qu'il n'y a pas lieu de prendre des mesures particulières pour le moment (voir le rapport de la section suisse de la Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) au Secrétariat général de la CIEC, datant du 18 mars 1992 et portant sur les états de faits frauduleux dans le domaine de l'état civil; voir aussi les prises de position complémentaires dont la dernière remonte au 22 décembre 1994.

262 RS 173.110

263 Dans certains cas internationaux, la procédure préparatoire peut cependant durer plusieurs semaines lorsque des documents supplémentaires difficiles à trouver sont nécessaires. De même, la procédure peut être considérablement prolongée lorsque, d'après les circonstances, il est absolument indispensable de faire examiner l'authenticité des documents par la représentation suisse compétente à l'étranger.

mois seulement²⁶⁴. Il est en effet nécessaire de raccourcir le délai en question, car en six mois, bien des choses peuvent changer. Il serait par exemple possible que, durant ce laps de temps, un mariage soit célébré avec une autre personne après qu'une procédure préparatoire a été exécutée auprès d'un autre office de l'état civil. De telles situations feraient alors naître le risque d'une utilisation abusive de l'autorisation de célébrer le mariage délivrée en premier lieu.

223.232 Mariage de nécessité (art. 100, 2e al.)

L'essentiel de la réglementation en vigueur (art. 115 CC) est repris dans le nouveau droit. En raison de la suppression de la procédure de publication, ce n'est plus le délai de publication, mais le délai de réflexion (art. 100, 1er al.) qui peut être abrégé ou même supprimé. Comme actuellement, le mariage de nécessité ne sera possible que si l'un des fiancés est en danger de mort par suite de maladie ou d'accident et qu'il y a lieu de craindre que le mariage ne puisse être célébré si l'on observe les délais légaux. Une attestation médicale est toujours indispensable. La procédure préparatoire doit être exécutée conformément aux prescriptions en la matière (art. 98 et 99); il est toutefois possible de renoncer à la comparution personnelle (art. 98, 2e al.). Le mariage de nécessité étant une clause d'exception, ses conditions doivent être interprétées avec une certaine réserve. Contrairement au droit actuel, la nouvelle réglementation ne prévoit plus qu'une autorisation de l'autorité de surveillance est nécessaire pour abréger le délai ou célébrer le mariage immédiatement. Cela correspond à l'un des objectifs généraux du projet, qui consiste à renforcer la position des officiers de l'état civil et à accroître leur responsabilité. Il en résulte également une accélération de la procédure²⁶⁵.

264 Par contre, la durée de validité d'un certificat de capacité matrimoniale - qui peut être nécessaire, selon le droit étranger, pour célébrer un mariage à l'étranger -, sera toujours de six mois eu égard aux Etats qui, comme la Suisse, ont ratifié la Convention no 20 de la CIEC relative à la délivrance d'un certificat de capacité matrimoniale (art. 7 de la convention; RS 0.211.112.15).

265 Lors de la procédure de consultation, le mariage de nécessité a donné lieu à des critiques isolées touchant au principe même de l'institution. Selon ces critiques, en effet, le mariage de nécessité équivaldrait à un abus de droit, puisqu'il irait à l'encontre de l'objectif général du mariage (création d'une union conjugale, art. 159 CC). Il ne viserait en d'autres termes que l'obtention d'avantages matériels (droits successoraux et rentes). Ces critiques oublient qu'en général, les mariages de nécessité sont précédés d'une longue période de vie commune semblable au mariage et que, souvent, le mariage était de toute façon envisagé. De tels mariages doivent donc être considérés pour ainsi dire comme une confirmation d'une communauté de vie, confirmation qui répond non seulement à un besoin de légitimité sociale, mais aussi à un besoin d'idéal affectif.

223.3 Célébration du mariage

223.31 Lieu

223.311 Salle des mariages (art. 101, 1er al.)

Les fiancés peuvent choisir librement l'arrondissement de l'état civil où leur mariage aura lieu (art. 97, 2e al.). Mais comme à l'heure actuelle, le mariage ne peut pas être célébré en n'importe quel endroit de l'arrondissement choisi. L'utilisation d'une salle des mariages officielle est obligatoire, sous réserve du 3e alinéa (art. 116 CC). Il incombe à l'ordonnance fédérale d'exécution de fixer les exigences minimales auxquelles cette salle doit satisfaire. Il convient à cette fin de prendre en considération tant les besoins de l'arrondissement de l'état civil que les intérêts des fiancés. La notion de salle des mariages officielle ne doit pas être comprise au sens étroit. En effet, il doit être possible de prévoir que les mariages seront célébrés en des lieux historiques ou encore dans des endroits particulièrement charmants. Pour pouvoir tenir compte de la diversité des besoins et des intérêts, il est concevable qu'un même arrondissement de l'état civil compte plusieurs salles des mariages officielles, surtout lorsque cet arrondissement est formé de plus d'une commune. Comme à l'heure actuelle, en revanche, les désirs particuliers des fiancés qui compromettent le caractère solennel de la célébration du mariage ne seront pas retenus.

223.312 Autorisation de célébrer le mariage (art. 101, 2e al.)

Comme actuellement, une fois la procédure préparatoire close, l'office de l'état civil délivre aux fiancés qui le demandent une autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement de l'état civil (art. 99, 3e al.). Cette autorisation doit être présentée à l'office de l'état civil où le mariage va être célébré (art. 101, 2e al.). La compétence de procéder à la célébration du mariage doit être vérifiée d'office. Lorsque l'office de l'état civil constate que la procédure préparatoire n'a pas été exécutée dans son arrondissement, il a l'obligation de réclamer l'autorisation de célébrer le mariage. Si celle-ci ne revêt pas la forme prescrite par les dispositions d'exécution, il n'est pas possible de procéder à la célébration du mariage.

223.313 Célébration du mariage hors de la salle des mariages (art. 101, 3e al.)

Dans des cas exceptionnels et motivés, il sera possible, à l'avenir également, de célébrer le mariage hors de la salle des mariages. Le droit actuel ne l'admet qu'en cas de maladie, lorsque l'un des fiancés est empêché de se rendre à l'office de l'état civil et qu'il le prouve par une attestation médicale (art. 116, 2e al., CC). Selon le nouveau droit, d'autres motifs pourront entrer en ligne de compte. Le critère déterminant en la matière consiste désormais dans le fait que l'on ne saurait manifestement exiger des fiancés qu'ils se rendent à la salle des mariages. Cette clause d'exception est formulée comme celle relative à l'obligation de comparaître personnellement lors de la procédure prépa-

ratoire (art. 98, 2e al.). Sa teneur exige qu'elle soit appliquée avec retenue. Une motivation détaillée et assortie de preuves écrites reste nécessaire (certificat médical; confirmation de l'autorité d'exécution des peines).

Lorsque, par exemple, une personne purge une peine privative de liberté, la célébration de son mariage dans la salle des mariages officielle peut soulever d'énormes difficultés (transfert et surveillance par la police). Mais, même dans ce genre de cas, le droit fondamental au mariage doit être garanti (art. 54 cst.; art. 12 CEDH²⁶⁶). Aussi doit-il être possible de célébrer le mariage en prison lorsque l'autorité d'exécution des peines ne peut pas, pour des raisons de sécurité, accorder un congé à la personne concernée ni autoriser son transfert officiel.

223.32 Forme

223.321 Publicité du mariage (art. 102, 1er al., 1re demi-phrase)

La célébration du mariage sera publique à l'avenir également (art. 116, 1er al., CC). Tous ceux qui le désirent peuvent y assister. Les fiancés ne peuvent refuser personne. Comme jusqu'à présent, ils peuvent inviter d'autres personnes que les témoins. L'officier de l'état civil est toujours autorisé à limiter le nombre des participants lorsque des motifs touchant à l'organisation de la célébration l'exigent (grandeur de la salle des mariages); il peut aussi renvoyer les personnes qui perturbent le déroulement de la célébration. Les détails seront réglés dans l'ordonnance d'exécution.

Lors de la procédure de consultation, une nette majorité des participants s'est opposée à la disposition de l'avant-projet qui prévoyait de publier la date et l'heure du mariage par voie d'affichage public au lieu de célébration. En effet, comme la procédure de publication est supprimée, le public n'a plus guère d'intérêt à prendre connaissance de ces données, ce d'autant moins qu'il n'a plus le droit de former opposition. Une telle prescription ne saurait trouver sa justification dans la simple curiosité ni dans les intérêts des commerçants (envoi de réclame). Par ailleurs, l'application d'une clause d'exception de ce genre serait source de conflits et de plaintes. Lorsque les fiancés souhaitent porter la date et l'heure de leur mariage à la connaissance du public, ils doivent s'en occuper eux-mêmes, par exemple en faisant paraître à leurs frais une annonce dans la presse.

223.322 Témoins (art. 102, 1er al., 2e demi-phrase)

Comme actuellement, la présence de deux témoins est requise (art. 116, 1er al., CC). Mais désormais, la loi prévoit expressément qu'en plus de la majorité, ceux-ci doivent avoir la capacité de discernement. Ils doivent donc avoir l'exercice des droits civils (art. 13 CC). Cette réglementation correspond au droit en vigueur. Les témoins ne font pas

266 Voir REC 1984, p. 231 ss, Le droit des détenus au mariage, Deux décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, extrait des Informations sur l'exécution des peines et mesures 2/1983 de l'Office fédéral de la justice.

fonction de preuve; leur présence permet de mettre l'accent sur la solennité du déroulement de la célébration du mariage ("témoins solennels")²⁶⁷.

223.323 Déroulement de la célébration du mariage (art. 102, 2e et 3e al.)

L'exécution formelle de la célébration du mariage est conforme à celle du droit actuel (art. 117 CC). Les déclarations concordantes de volonté (consentements) des fiancés qui se présentent personnellement devant l'officier de l'état civil ont, comme jusqu'à présent, force constitutive; quant à la déclaration officielle prévue au 3e alinéa pour entériner le mariage, elle continue de n'avoir qu'une simple valeur déclarative²⁶⁸. Le texte légal n'a subi que des modifications touchant à l'expression (surtout pour mettre les femmes et les hommes sur pied d'égalité) et au style.

223.4 Dispositions d'exécution (art. 103)

Le 1er alinéa correspond pour l'essentiel au droit en vigueur (art. 119 CC). Les compétences de la Confédération et des cantons demeurent les mêmes. Comme jusqu'à présent, le code civil fixe les principes, tandis que le Conseil fédéral et les cantons (dans le cadre de leur compétence) édictent les dispositions d'exécution nécessaires. Pour des raisons d'ordre systématique, la tenue des registres du mariage n'est plus mentionnée. La répartition des compétences en ce domaine résulte du chapitre sur les actes de l'état civil (art. 48 et 50) et est identique à celle qui concerne les autres registres. Dans son ordonnance d'exécution, le Conseil fédéral devra avant tout régler la forme et le contenu de la demande en exécution de la procédure préparatoire du mariage (art. 98, 1er al.) ainsi que ceux de la déclaration relative aux conditions du mariage; il devra en outre fixer la liste des documents nécessaires pour établir l'identité des fiancés (art. 98, 3e al.). Quant aux cantons, il leur appartient d'édicter, dans le cadre fixé par le droit fédéral, les dispositions d'exécution nécessaires. Il s'agit principalement pour eux de déterminer les salles des mariages officielles ainsi que les jours et les heures de célébration des mariages. Les dispositions cantonales d'exécution sont soumises à l'approbation de la Confédération (art. 50, 2e al.²⁶⁹).

267 Voir Götz, n. 8 ss ad art. 116 CC.

268 Voir Götz, n. 4 ad art. 117 CC.

269 Le contenu de l'art. 40, 2e al., CC est conservé. La préparation du mariage et sa célébration font partie des actes de l'état civil. Cela ressort également du fait que, dans le droit en vigueur, les dispositions d'exécution de la Confédération concernant ces deux chapitres du code civil sont rassemblées dans l'ordonnance sur l'état civil. L'obligation de soumettre les prescriptions cantonales d'exécution à l'approbation de la Confédération (art. 40, 2e al., CC) y est à juste titre prévue au chapitre des "dispositions générales". En effet, la notion d'"état civil" comprend tant les actes de l'état civil que la préparation et la célébration du mariage. La réglementation de la surveillance (art. 17 OEC) et le droit d'établir des instructions accordé à l'Office fédéral de l'état civil (art. 10, 2e al., let. b, ch. 1, de l'ordonnance sur la délégation de compétences, RS 172.011) confirment cette définition.

Le 2e alinéa comporte une nouveauté en énonçant la base légale de la contravention que constitue, à l'heure actuelle déjà, la violation de l'interdiction de célébrer un mariage religieux avant la célébration civile (art. 182, 2e al., OEC). Il s'agit d'une délégation de compétence qui permet au Conseil fédéral de prévoir des peines d'amende dans l'ordonnance²⁷⁰.

224 Annulation du mariage

224.1 Principe (art. 104)

En vertu de l'article 104, les mariages célébrés devant un officier de l'état civil ne peuvent être annulés que pour l'un des motifs expressément prévus par la loi. L'application du code des obligations est exclue. Les vices de nature strictement formelle (cf. art. 131 CC) affectant la procédure de conclusion du mariage ne peuvent pas être invoqués pour obtenir l'annulation d'un mariage. La liste des causes d'annulation énoncée est exhaustive, selon l'adage: "pas de nullité sans texte en matière de mariage"²⁷¹.

Les articles 104 ss du projet ne s'appliquent pas aux mariages inexistantes. Il n'y a pas mariage au sens juridique lorsque la relation est entachée d'un vice fondamental (matrimonium non existens). Ces relations peuvent tout au plus faire l'objet d'une action en constatation²⁷². Il y a par exemple inexistence du mariage lorsque les deux "époux" sont du même sexe ou que le "mariage" n'a pas été célébré par un officier d'état civil²⁷³.

224.2 Causes absolues

224.21 Cas (art. 105)

L'article 120, chiffre 4, CC (nullité du mariage de nationalité) a été abrogé par la modification du 23 mars 1990²⁷⁴ de la loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse (LN)²⁷⁵, entrée en vigueur le 1er janvier 1992. Cette abrogation a été critiquée au cours de la procédure de consultation. Il ne se justifie cependant pas de réintroduire un motif d'annulation du mariage lorsque ce dernier a été célébré pour éluder les règles du droit de la police des étrangers. En effet, le système du nouveau droit ne

270 Il n'est pas possible de renoncer à la disposition pénale du droit actuel. En effet, ces derniers temps, les violations de l'interdiction de célébrer un mariage religieux avant la célébration civile ont plutôt augmenté; elles sont surtout le fait des grandes communautés religieuses qui se développent actuellement et qui ne sont guère familiarisées avec le droit suisse. Dès lors, une sanction mesurée ne paraît pas dénuée d'importance pour la mise en oeuvre de l'interdiction.

271 Cf. R. Meroni, *Dogmatik und praktische Bedeutung des schweizerischen Eheungültigkeitsrechts*, thèse, Zurich 1984, p. 15 avec les références citées.

272 ATF 48 II 182

273 Cf. notamment Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 93 et Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 62.

274 FF 1987 III 285 ss

275 RS 141.0

prévoit plus l'acquisition automatique de la nationalité en cas de mariage. Une procédure de naturalisation, certes facilitée, est nécessaire. C'est précisément dans le cadre de cette procédure que les autorités examinent si un mariage est réel ou seulement fictif. En outre, l'article 7, 1er alinéa, de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (LSEE)²⁷⁶ prévoit que le mariage donne droit à l'obtention ou à la prolongation d'une autorisation de séjour en Suisse, mais que ce droit n'existe pas lorsque le mariage a été contracté dans le but d'éluider les dispositions sur le séjour et l'établissement des étrangers (art. 7, 2e al., LSEE)²⁷⁷. La poursuite du mariage est une affaire privée qui concerne seulement les conjoints²⁷⁸.

L'article 105, chiffre 1, reprend pour l'essentiel le contenu des articles 120, chiffre 1, et 122, 3e alinéa, CC. La cause d'annulation pour bigamie ne disparaît pas en cas de décès du conjoint bigame, car il serait alors peu équitable de priver le second conjoint de son droit d'action. Dans cette hypothèse, l'action de l'autorité publique n'est en revanche plus donnée (cf. *infra*, ch. 224.22). Le chiffre 1 de l'article 105 s'applique également en cas de dissolution du mariage après une déclaration d'absence (art. 38, 3e al., et 96, 2e al.; cf. *supra*, ch. 222.32) ou d'annulation d'un mariage antérieur. Contrairement à l'article 122, 3e alinéa, CC, selon lequel, en cas de bigamie, il n'y a pas lieu à nullité lorsque le premier mariage est dissous et que le second conjoint de la personne bigame est de bonne foi, l'article 105, chiffre 1, prévoit uniquement la condition de la dissolution du premier mariage. L'annulation du mariage après la dissolution du précédent mariage n'aurait en effet de toute manière aucun sens, dès lors que les époux ont la possibilité de contracter valablement un nouveau mariage après la dissolution de leur première union.

Le chiffre 2 reprend les articles 120, chiffre 2, et 122, 2e alinéa, CC. La mention de la maladie mentale est supprimée, puisque l'empêchement au mariage qui lui était lié l'est également (cf. *supra*, ch. 222.2). La cause absolue d'annulation disparaît lorsque l'incapacité de discernement a cessé, mais une action fondée sur la cause relative de l'article 107, chiffre 1 ou 3, reste possible²⁷⁹.

L'article 105, chiffre 3, CC, renvoie à l'article 95, qui a subi d'importantes modifications par rapport à l'article 100 CC. Du fait de la suppression de l'empêchement au mariage entre oncle/ nièce et tante/ neveu, ainsi que de l'empêchement fondé sur l'alliance, sous réserve du cas particulier du rapport existant entre une personne et l'enfant de son conjoint ["Stiefkindverhältnis"], le mariage doit être annulé pour une cause absolue lorsque les conjoints sont parents en ligne directe, frères et soeurs germains, consanguins ou utérins ou que l'un des deux est l'enfant du conjoint de l'autre.

224.22 Action (art. 106)

La disposition correspond pour l'essentiel aux articles 121 et 122, 1er alinéa, CC.

276 RS 142.20

277 Dans la version du 23 mars 1990, en vigueur depuis le 1er janvier 1992. Cf. également ATF 118 Ib 145 ss/149 ss, c. 3; Sutter, REC 1994, p. 335 s.

278 Cf. Sutter, REC 1994, p. 337; C. Suter Kasel-Selbert, Le mariage fictif, thèse, Zurich 1990.

279 ATF 78 II 193 ss/ 197, c. 3

Le 1er alinéa règle la qualité pour agir. De même qu'en droit actuel, cette qualité est reconnue à l'autorité cantonale compétente, qui doit agir d'office, ainsi qu'à tous les intéressés.

L'autorité cantonale compétente est chargée de la défense de l'intérêt public. Pour éviter des conflits de compétence entre l'autorité du canton de domicile et celle du canton d'origine, le projet précise que l'autorité appelée à intervenir d'office est celle du canton de domicile. Dans les cas où les époux ne sont pas domiciliés dans le même canton, la qualité pour agir d'office devra être reconnue aux autorités compétentes des deux cantons. Chaque canton désigne une seule autorité compétente²⁸⁰. L'autorité compétente du canton de domicile pourra également intervenir pour sauvegarder l'intérêt public et agir en annulation d'un mariage dont les conjoints - un seul ou les deux - sont étrangers. Dans les cas de ce genre, c'est le droit qui régit les conditions mises à la conclusion du mariage qui est déterminant pour savoir si le mariage a été valablement conclu²⁸¹.

Outre l'autorité compétente du canton de domicile, tous les intéressés ont qualité pour agir lorsqu'une cause absolue d'annulation au sens de l'article 105 est réalisée. L'intérêt requis peut être matériel ou de nature idéale, actuel ou virtuel²⁸². Cela permet de tenir compte des intérêts des héritiers après des mariages de dernière minute conclus par un vieillard ou un malade avec une personne qui s'est occupée de lui non par pur altruisme, mais poussée par des motivations matérielles. De plus la procédure d'annulation du mariage devra s'appliquer à certaines des situations qui peuvent aujourd'hui être réglées dans le cadre de la procédure d'opposition (art. 108 ss CC), laquelle est supprimée par le présent projet (cf. *supra*, ch. 132 et 133).

Au nombre des intéressés, il faut bien entendu compter les époux eux-mêmes, ainsi que le conjoint d'un précédent mariage en cas de bigamie. Comme en droit actuel²⁸³, les époux ont qualité pour agir même s'ils sont de mauvaise foi.

Les communes d'origine et de domicile, aujourd'hui expressément mentionnées à l'article 121 CC, continueront en règle générale à avoir la qualité d'intéressé. Il leur apparaîtra cependant plus logique et économique de dénoncer le cas à l'autorité cantonale compétente qui doit agir d'office et qui est également mieux outillée que l'autorité communale pour agir dans de telles circonstances.

Il n'est pas nécessaire de reprendre ici l'article 135 CC, relatif au caractère non transmissible de l'action en annulation et à la faculté des héritiers du demandeur de poursuivre une procédure déjà ouverte. En effet, les héritiers peuvent en général invoquer un intérêt propre et agir eux-mêmes. Leur action, à l'instar de celle des autres intéressés, n'est sujette à aucun délai (art. 106, 3e al.), sous réserve bien entendu d'un abus de droit manifeste de leur part (art. 2, 2e al., CC).

Conformément au 3e alinéa, l'action peut être ouverte en tout temps. Elle n'est soumise à aucun délai de prescription. Toutefois, le 2e alinéa prévoit une limitation de l'action publique: lorsqu'un mariage entaché d'une cause absolue d'annulation est dissous avant que l'annulation ait pu être prononcée, seule demeure ouverte l'action personnelle des

280 Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 65.

281 FF 1983 I 255/330

282 ATF 60 II 1 ss/5 s., ainsi que Meroni, op. cit., p. 58.

283 ATF 113 II 472

intéressés. En principe, le mariage reste valable aussi longtemps que le jugement d'annulation n'est pas entré en force²⁸⁴; l'action devient sans objet en cas de décès de l'un des conjoints. Pour éviter des conséquences choquantes susceptibles de privilégier sans motif le conjoint survivant, le projet, à l'instar du droit actuel, donne la possibilité aux intéressés de demander l'annulation d'un mariage déjà dissous. Mais, dans les cas de ce type, aucun intérêt public ne justifie plus la possibilité d'annuler d'office un mariage qui n'existe plus. L'autorité compétente au sens du 1er alinéa pourra cependant agir en annulation si elle peut justifier d'un intérêt propre à l'annulation, par exemple dans l'hypothèse où la succession d'un conjoint défunt devrait revenir au canton en l'absence d'héritiers.

En cas de bigamie, la situation est la suivante: lors du décès du premier conjoint, la cause absolue disparaît (cf. art. 105, ch. 1), mais on peut envisager une action du second conjoint fondée sur l'article 107 (erreur ou dol, cf. *infra*, ch. 224.31); si le second conjoint vient à décéder, le mariage annulable est dissous. L'action d'office n'est dès lors plus ouverte, mais les intéressés (dont le conjoint du mariage précédent) peuvent encore agir (art. 106, 2e al.); en cas de décès du conjoint bigame, la cause absolue subsiste (a contrario de l'art. 105, ch. 1), mais l'action d'office disparaît (art. 106, 2e al.); les intéressés, dont les conjoints des deux mariages, peuvent agir en annulation.

224.3 Causes relatives

224.31 Cas (art. 107)

L'article 107 correspond pour l'essentiel aux articles 123 à 126 CC (causes relatives).

Lorsque l'incapacité de discernement est durable, il convient d'appliquer l'article 105, chiffre 2.

Le chiffre 2 de l'article 107 permet de demander l'annulation du mariage en cas d'erreur sur la volonté de se marier (*error in negotio*) ou sur la personne du conjoint (*error in persona*)²⁸⁵. L'erreur sur les qualités du conjoint (ch. 3) doit être interprétée restrictivement, à la lumière de la finalité du mariage. Il est d'ailleurs souvent difficile de déterminer si le défaut de qualité est antérieur ou non à la conclusion du mariage et s'il n'y a pas lieu d'appliquer plutôt les règles sur le divorce. La qualité en question ne peut être que personnelle, et non matérielle, conformément à l'interprétation actuelle de l'article 124, chiffre 2, CC²⁸⁶. Elle doit être objectivement et subjectivement essentielle; les critères d'appréciation dépendront de l'environnement social et moral des conjoints. On partira cependant du principe qu'une stérilité découverte après la conclusion du mariage n'est pas visée par l'article 107, chiffre 3, CC. En revanche, le sont notamment l'impuissance sexuelle, la perversité ou une maladie grave incurable²⁸⁷. Le (second) conjoint d'une personne bigame peut aussi demander l'annulation de son mariage sur la base de cette disposition. Enfin, l'erreur ne suffit pas à elle seule: elle doit revêtir une

284 Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 87.

285 Meroni, op. cit., p. 39.

286 Cf. Meroni, op. cit., p. 41.

287 Egger, n. 8 ad art. 124; Meroni, op. cit., p. 43; Tuor/Schnyder/Schmid, op. cit., p. 171.

+ telle importance qu'on ne puisse pas exiger de l'autre conjoint le début ou la poursuite de la vie commune²⁸⁸. En matière de dol (art. 107, ch. 4), il importe en revanche peu d'examiner les conséquences de la tromperie sur la continuation de la vie commune. La rupture du lien de confiance est présumée de façon irréfragable.

A la différence de la crainte fondée définie à l'article 30 CO, la menace au sens de l'article 107, chiffre 5, ne constitue pas une cause d'annulation lorsqu'elle porte sur des biens de la victime (cf. déjà l'art. 126 CC)²⁸⁹.

Le défaut du consentement du représentant légal au mariage de l'interdit n'est plus considéré comme une cause d'annulation du mariage, même s'il constitue encore un empêchement (cf. art. 94; *supra*, ch. 222.2). L'absence de consentement ne constitue en effet pas un vice suffisamment grave pour justifier une annulation du mariage lorsque celui-ci satisfait aux autres conditions légales. Le contrôle effectué par l'officier de l'état civil devrait en principe suffire (cf. art. 132, 1er al., ch. 3, et art. 136, 3e al., OEC). L'interdiction est d'ailleurs de plus en plus souvent remplacée par l'institution d'une curatelle ou d'un conseil légal, de sorte que de tels cas vont en se raréfiant.

Du fait de l'abaissement à 18 ans de l'âge de la majorité civile et matrimoniale²⁹⁰, les mineurs ne pourront plus se marier, si bien que la condition du consentement de leurs parents n'aura plus sa raison d'être. L'article 128, 2e alinéa, CC a d'ailleurs déjà fortement relativisé cette cause d'annulation, d'autant qu'il n'est guère difficile de faire durer la procédure jusqu'à ce que l'âge requis soit atteint.

224.32 Action (art. 108)

La disposition reprend l'article 127 CC, tout en englobant l'article 135 CC. Il s'agit bien d'un délai de péremption, et non de prescription, qui n'est susceptible ni d'interruption ni de suspension²⁹¹.

Un mariage entaché d'une cause relative d'annulation ne peut en principe être remis en question que par le conjoint en la personne duquel est réalisée la cause d'annulation. L'action publique est exclue, de même que l'action personnelle d'éventuels autres intéressés. En vertu du 2e alinéa, un héritier du demandeur peut cependant poursuivre la procédure ouverte par l'un des conjoints avant son décès. Cette faculté permet aux héritiers d'une part de faire respecter la volonté du défunt; d'autre part, elle leur permet de défendre leurs intérêts personnels à l'annulation, notamment en relation avec leurs droits successoraux.

288 Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 66; Egger, n. 10 ad art. 124 CC.

289 Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 67; Meroni, op. cit., p. 48.

290 Cf. RO 1995 1126; FF 1993 I 1093 ss

291 Meroni, op. cit., p. 61.

224.4 Effets du jugement (art. 109)

Le 1er alinéa reprend le principe des effets ex nunc du jugement d'annulation, qui ne rétroagit pas au jour de la conclusion du mariage (cf. déjà art. 132, 1er al., CC)²⁹². Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral²⁹³, l'article 109, 1er alinéa, prévoit que l'époux survivant perd l'ensemble de ses droits successoraux, peu importe que le décès intervienne après le jugement d'annulation (cf. la solution identique en matière de divorce, art. 154, 2e al., CC) ou avant, puisque dans cette dernière hypothèse l'action peut encore être intentée par un intéressé ou continuée par les héritiers. Cette exclusion vaut également, comme en matière de divorce, pour les avantages successoraux qui résultent de dispositions pour cause de mort. On peut en effet admettre que ces dispositions ont été prises sous la condition implicite que le mariage subsisterait²⁹⁴. Lorsque l'époux est déjà entré en possession des biens de la succession, l'action en pétition d'hérédité (art. 598 ss CC), qui sera en général intentée en même temps que l'action en annulation du mariage, restera soumise au délai de prescription de l'article 600 CC (un an contre le possesseur de bonne foi dès la connaissance du droit préférable et de la possession, avec un délai absolu de dix ans dès le décès ou l'ouverture du testament; trente ans contre le possesseur de mauvaise foi). Une vocation successorale fondée sur la parenté et non plus sur le mariage (dans le cas d'annulation de l'art. 105, ch. 3) n'est bien entendu pas touchée par l'article 109, 1er alinéa, *in fine*.

Le renvoi général du 2e alinéa aux dispositions sur le divorce (effets du jugement d'annulation quant aux époux et aux enfants; cf. art. 134, 3e al., CC actuel) rend les articles 133 et 134, 1er et 2e al., CC, superflus. Le moment déterminant pour la liquidation du régime matrimonial est celui du dépôt de la demande et non celui du jugement (cf. art. 204, 2e al., et 236, 2e al., CC).

224.5 Compétence et procédure (art. 110)

Le renvoi aux règles du divorce en ce qui concerne la compétence et la procédure est déjà prévu par l'article 136 CC. Le for du divorce, au domicile d'un des époux (cf. art. 135, 1er al.) vaudra également pour l'action publique.

292 Cf. Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 67 et Deschenaux/Tercier/Werro, op. cit., p. 98 s.

293 ATF 60 II 1 ss/8, c 3

294 Pour une application analogique, avec effet rétroactif, de l'article 154, 2e alinéa, CC, au conjoint de bonne foi et à celui de mauvaise foi en droit actuel, cf. P. Piotet, Nullité du mariage et droits successoraux, RSJ 1991, p. 221 ss.

23 Le divorce et la séparation de corps

231 Les conditions du divorce

231.1 Introduction

Le projet de révision du droit du divorce prévoit *trois causes de divorce*. Deux d'entre elles sont nouvelles, à savoir le divorce sur requête commune (art. 111 et 112; cf. *infra*, ch. 231.2) et le divorce sur demande unilatérale après suspension de la vie commune durant cinq ans au moins (art. 114; cf. *infra*, ch. 231.31). Ces nouvelles causes formalisent le divorce et éliminent la notion de la faute (cf. *supra*, ch. 144.3). A titre subsidiaire, le divorce peut encore être requis pour rupture du lien conjugal (art. 115; cf. *infra*, ch. 231.32). Cette cause de divorce s'inspire de l'article 142, 1er alinéa, CC. L'article 115 est cependant plus restrictif que l'article 142 CC. Le divorce ne peut en effet être prononcé que lorsque l'on ne peut raisonnablement pas exiger du demandeur qu'il attende l'expiration du délai de cinq ans prévu à l'article 114. Les articles 113 (*infra*, ch. 231.24) et 116 (*infra*, ch. 231.33) font le lien entre le divorce sur requête commune et le divorce sur demande unilatérale.

Les trois causes de divorce reposent sur le principe de l'échec du mariage. Lorsque les conditions prévues sont réalisées, le mariage est considéré comme ayant définitivement échoué et le divorce peut être prononcé. Dans l'intérêt de toutes les personnes concernées, le projet donne la priorité au divorce sur requête commune par rapport au divorce contentieux (cf. *supra*, ch. 144.4). Les autres causes de divorce sont conçues de manière à favoriser cette priorité.

Les causes déterminées de divorce du droit actuel (art. 137 à 141 CC), qui, sous réserve du cas de la maladie mentale, reposent encore sur le principe de la faute, sont supprimées conformément aux lignes directrices de la réforme (cf. surtout *supra*, ch. 144.3). Elles sont de toute manière largement obsolètes en pratique (cf. *supra*, ch. 142.2).

231.2 Le divorce sur requête commune

231.21 Généralités sur le divorce sur requête commune

A l'instar de la plupart des législations européennes, le projet prévoit le divorce sur requête commune (cf. *supra*, ch. 146.23). En Suisse, le divorce par consentement mutuel est déjà largement répandu par le biais de la procédure de l'article 142 CC²⁹⁵. Lors de l'application de cette disposition, le juge, se fondant sur les seules déclarations des parties, se contente souvent d'un examen sommaire du caractère irrémédiable de la rupture de l'union conjugale. En instaurant la possibilité du divorce sur requête commune dans le code civil, le projet formalise la réalité juridico-sociale, tout en concrétisant le prin-

295 En 1994, 15'147 divorces sur un total de 15'634 ont été prononcés sur la base de l'article 142, 1er alinéa, CC.

cipe de concertation qui sous-tendait déjà la révision du droit matrimonial²⁹⁶. Une union qui a échoué doit en effet pouvoir être dissoute sans obstacle inutile, dans le respect de la volonté concordante des époux, en partant de l'idée que le divorce ne fait que mettre fin à l'union conjugale du point de vue formel.

Néanmoins, le seul accord des époux ne peut pas suffire pour obtenir la dissolution du mariage. Des conditions supplémentaires doivent permettre de s'assurer d'une part que les conjoints ont acquis la conviction que leur mariage est un échec et d'autre part que le divorce n'est pas précipité. Il ne saurait toutefois guère se justifier de restreindre le champ d'application du divorce sur requête commune par des distinctions contestables et de rendre son accès malaisé par toutes sortes d'embûches. Il serait singulier qu'après avoir fermé les yeux devant le phénomène du "divorce conventionnel" pendant des décennies, le législateur ne décide de le reconnaître qu'au prix de conditions exagérées qui entraîneraient l'apparition immédiate de nouveaux procédés de contournement de la loi²⁹⁷.

D'un point de vue formel, le divorce sur requête commune est subordonné à l'exigence d'une procédure judiciaire, qui permet de contrôler la réalisation des conditions du divorce, et à l'expiration d'un délai de réflexion. En principe, on ne devrait pas renoncer à ce délai de réflexion, même si on peut partir de l'idée que les conjoints ont en règle générale mûrement réfléchi leur décision avant de déposer leur demande. La comparaison des solutions admises à l'étranger (cf. *supra*, ch. 146.23) montre qu'il existe deux manières de concevoir ce délai de réflexion. D'une part, on peut instaurer un tel délai dans le cadre de la procédure de divorce; d'autre part, on peut subordonner le divorce sur requête commune à une séparation préalable d'une durée déterminée. L'Allemagne, l'Autriche et l'Angleterre ont adopté la dernière solution, avec des délais variés: six mois en Autriche, une année en Allemagne et deux ans en Angleterre. La solution prévue en Angleterre a prouvé que l'adoption d'un délai trop long favorise les tentatives d'éluder la loi. Ainsi, dans la révision en cours du droit anglais, on prévoit de raccourcir sérieusement le délai actuel. La France a adopté un système selon lequel deux auditions judiciaires sont interrompues par un délai de réflexion de trois mois. Une séparation préalable des conjoints n'est pas nécessaire.

Le projet mis en consultation s'inspirait de la solution française et prévoyait un délai de réflexion dans le cadre de la procédure judiciaire, indépendamment d'une éventuelle séparation préalable des conjoints (art. 115 AP). Il renonçait à subordonner l'accès au divorce sur requête commune à une séparation préalable, même s'il est admis qu'une telle séparation permet de réduire les tensions, de mûrir la décision de divorcer et d'accroître les perspectives de réconciliation grâce à l'expérience vécue des conjoints de ce que sera leur situation après le divorce²⁹⁸. Il convient toutefois de prendre en considération le fait que, durant la séparation, on applique aux conjoints les dispositions sur le droit matrimonial et non pas celles sur le divorce. Une séparation obligatoire pourrait du reste conduire les époux à renoncer au divorce sur requête commune et à demander le divorce pour rupture du lien conjugal. Un délai minimal de séparation, outre les risques

296 Cf. Message du Conseil fédéral du 11 juillet 1979 concernant la révision du code civil suisse - Effets généraux du mariage, régimes matrimoniaux et successions -, FF 1979 II 1179 ss/1191 s. (ch. 142.2) et 1221 (ch. 182).

297 Rapport préliminaire du professeur J.-M. Grossen destiné à la commission d'experts, 1984/1986, p. 37, n. 224.

298 Dumusc, op. cit., p. 37.

d'éventuelles simulations, pourrait également amener les époux à se séparer immédiatement, dès la moindre difficulté conjugale, afin que cette condition supplémentaire soit remplie le plus rapidement possible. Une telle séparation, avec les coûts supplémentaires qu'elle occasionne (deux ménages), ne serait pas à la portée de tous les couples. On devrait donc aussi admettre - comme à l'étranger - qu'une séparation peut être juridiquement valable même si les époux continuent à vivre dans le même appartement, ce qui entraînerait des difficultés de preuve importantes dans la grande majorité des cas.

L'avant-projet, dans ses grandes lignes, a été largement approuvé durant la procédure de consultation. On a cependant violemment critiqué l'obligation des conjoints vivant déjà séparés depuis un certain temps au moment du dépôt de la demande en divorce de respecter le délai de réflexion. Dès lors, le 3^e alinéa de l'article 111 (cf. *infra*, ch. 231.22) prévoit la possibilité de renoncer à la seconde audition lorsque les conjoints vivent déjà séparés depuis une année. Le projet allie ainsi les avantages des deux solutions, sans en subir les inconvénients.

Le cumul de la double audition avec délai de réflexion dans le cadre de la procédure et d'une séparation préalable d'une année au moins, qui a été suggéré durant la procédure de consultation, n'est pas retenu. Lorsque les époux vivent séparés depuis suffisamment longtemps pour être en mesure de se représenter concrètement leur situation après le divorce, il ne se justifie pas de compliquer la procédure en leur imposant une seconde audition après un délai de réflexion de deux mois. Cette solution ne correspondrait pas à la réalité socio-juridique de notre pays.

Dans certains pays, le divorce n'est possible qu'après une certaine durée de mariage. Ainsi, on ne peut divorcer en France²⁹⁹ qu'après six mois de mariage et en Angleterre³⁰⁰ après une année de mariage. Une telle exigence n'est pas prévue dans le projet. Rien n'empêche en effet les époux de vivre séparés jusqu'à l'expiration de ce délai. Cela signifie qu'ils continueront d'être mariés, tout en créant éventuellement des liens étroits avec un nouveau partenaire. Dans le cas contraire, la poursuite de la vie commune avec un conjoint avec lequel on ne veut justement plus vivre élargit encore plus le fossé entre les époux, en compliquant également le règlement futur des effets du divorce³⁰¹. Il ne serait pas logique d'exiger à tout prix la continuation d'un mariage qui n'existe plus que sur le papier, quelle qu'en ait été la durée. Il s'agit bien plus de s'assurer de la volonté réelle des époux dans le cadre de la procédure elle-même, surtout lorsque l'on est en présence d'un jeune couple.

Le projet distingue trois situations soumises aux dispositions relatives au divorce sur requête commune:

1. Les époux sont d'accord sur le principe et sur les effets de leur divorce (art. 111);
2. Les époux sont d'accord sur le principe de leur divorce et concluent une convention sur ses effets en cours de procédure (art. 111, 2^e al., 2^e partie);

299 Cf. art. 230, 3^e al., CC fr.

300 Cf. sect. 3(1) MCA.

301 Dumusc, op. cit., p. 283.

3. Les époux sont d'accord sur le principe de leur divorce, mais ne parviennent pas à un accord s'agissant de ses effets et confient au juge le soin de régler ces derniers (art. 112).

Dans ces trois hypothèses, les époux manifestent leur volonté de divorcer par le dépôt d'une requête commune (non d'une demande). La procédure applicable à cette requête présente de grandes similitudes avec la procédure gracieuse. Une procédure contentieuse ordinaire, avec demandeur et défendeur, n'est en effet guère opportune si on considère l'idée à la base du divorce sur requête commune. Demeurent réservés les effets du divorce sur lesquels les conjoints ne sont pas parvenus à un accord (cf. *infra*, ch. 231.23). Du reste, au terme de l'article 136, 1er alinéa, le dépôt de la requête conjointe en divorce crée la litispendance sans procédure de conciliation préalable. Il incombera au juge du divorce, et non pas à un juge de paix, d'estimer, au cours d'un entretien avec les conjoints, les chances d'une réconciliation (cf. *infra*, ch. 234.3).

231.22 Accord complet (art. 111)

L'article 111 fixe de façon formelle le divorce par consentement mutuel dans le code civil. Il est applicable lorsque les époux sont parvenus à un accord complet sur leur divorce et sur ses conséquences avant l'ouverture de la procédure. Le projet assimile en principe à ce cas celui dans lequel un accord sur toutes les conséquences du divorce survient en cours de procédure.

Lors de la première audition, le juge s'assurera de la volonté sérieuse et librement réfléchie des époux. Une comparaison personnelle de ceux-ci est par conséquent indispensable. Afin de limiter les risques de pression d'un époux sur son conjoint ou toute autre forme d'influence inadmissible de l'un des conjoints, le juge les entendra d'abord séparément, puis ensemble. Il s'agit d'un élément important du travail du juge; ce dernier devra consacrer suffisamment de temps à cette audition et ne devra pas s'en tenir à un entretien-type. Il ne lui appartiendra pas de contrôler les causes matérielles de la désunion et se contentera de vérifier que la volonté des époux de divorcer est définitive. Il conserve néanmoins la faculté de chercher à concilier les époux ou de les envoyer auprès d'un office de consultation conjugale (art. 171 CC) lorsqu'il constate de trop grandes hésitations. Lorsque des éclaircissements doivent encore être apportés, la première audition peut se dérouler en plusieurs séances.

Il convient de distinguer deux situations en relation avec les effets du divorce:

- Il est d'une part possible que les conjoints se soient mis d'accord avant le début de la procédure sur tous les effets de leur divorce (art. 111, 1er al.) et qu'ils déposent une convention complète avec les documents nécessaires (certificat de mariage, décomptes de salaires, attestations des institutions de prévoyance professionnelle [cf. art. 141 et 143; *infra*, ch. 234.8 et 234.9], contrat de bail, etc.) et leurs conclusions communes relatives aux enfants (attribution de l'autorité parentale, relations personnelles et contributions d'entretien). Dans les cas de ce genre, le juge s'assure en premier lieu que les conjoints connaissent la situation juridique et soumet la convention à un premier examen provisoire en vue de la ratification. Conformément au droit actuel et à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à

l'article 158, chiffre 5, CC, la convention doit être claire, complète et ne pas être manifestement inadéquate (cf. ad art. 140, 2e al.; *infra*, ch. 234.7). Sous réserve de la question de l'entretien (cf. ad art. 133, 1er al. et 140, 2e al.; *infra*, ch. 233.61 et 234.7), les parents ne peuvent pas passer de conventions au sens propre s'agissant de l'avenir de leurs enfants mineurs. Ils ne peuvent déposer que des conclusions communes dont le juge tiendra compte lorsqu'il statuera selon le principe inquisitoire (cf. les commentaires ad art. 133 et 145 ss; *infra*, ch. 233.61 et 234.10).

S'il apparaît, lors de la première audition, que la convention n'est pas claire, qu'elle est incomplète ou qu'elle ne peut pas être ratifiée pour d'autres motifs, le juge permettra aux parties de la corriger ou de la compléter. Si la convention ne requiert que de *légères modifications*, elles pourront être apportées lors de la première séance de la première audition. En revanche, lorsque la convention appelle des *modifications importantes*, le juge convoquera une seconde séance dans le cadre de la première audition. Cette séance lui permettra d'éclaircir certains points ou de recommander aux époux de s'adresser à un conseiller, le cas échéant de suspendre la procédure en accord avec les époux afin qu'ils puissent s'adresser à un médiateur en matière de divorce (cf. art. 151; *infra*, ch. 234.121). Dans tous les cas, le délai pour la *seconde audition* ne doit être fixé que lorsque la convention sur les effets du divorce remplit les conditions de l'article 111, 1er alinéa. Une certaine souplesse est attendue des juges du divorce. Il serait inéquitable d'interdire l'accès à la procédure simplifiée du divorce sur requête commune aux couples qui ne déposent pas une convention complète avec leur requête commune lors de la première audition. L'article 111, 2e alinéa (2e phrase) en tient compte et donne une certaine liberté d'action aux époux et au juge.

Lorsque les parties maintiennent leur convention telle qu'elle a été présentée ou qu'aucune nouvelle convention n'est produite, les conditions du divorce prévues à l'article 111 ne sont pas réalisées. L'application analogique de l'article 112, 1er alinéa, n'est possible que lorsque les époux demandent conjointement au juge de statuer sur les effets de leur divorce sur lesquels ils ne sont pas parvenus à un accord (cf. *infra*, ch. 231.23). En l'absence d'une telle requête, le juge fixe à chaque conjoint un délai pour qu'il déclare s'il entend remplacer sa requête par une demande unilatérale (cf. *infra*, ch. 231.24). Si aucune demande n'est déposée au terme du délai, la procédure devient sans objet et peut être rayée du rôle.

Dans le second cas, les époux sont d'accord sur le principe du divorce, mais ne concluent une convention complète qu'en cours de procédure (cf. art. 111, 2e al., 2e phrase). S'il est vrai que les époux ne peuvent demander le divorce qu'en pleine connaissance des changements importants qu'il entraînera dans leur vie, exiger un règlement complet et sans faille des effets du divorce dès le dépôt de la requête commune serait disproportionné et empêcherait de nombreux couples de recourir à la procédure du divorce par consentement mutuel. Les parties bénéficieraient des conseils et des renseignements que le juge pourra leur donner lors de la première audition pour conclure un accord susceptible d'être ratifié. Le juge pourra recommander aux conjoints de s'adresser à un médiateur (cf. art. 151; *infra*, ch. 234.121) pour les aider à mettre sur pied un accord.

La deuxième audition ne pourra avoir lieu qu'après l'expiration d'un certain délai qui court à compter de la clôture de la première audition ou à partir de la date du dépôt, en

mains du juge, d'une convention sur les effets du divorce susceptible de ratification. S'il doit permettre une réflexion sérieuse, ce délai ne doit pas engager les époux à préférer une procédure contentieuse simulée, qui pourrait, selon les circonstances, aboutir plus rapidement à un jugement de divorce. Dans l'avant-projet (art. 115, 2e al., AP), ce délai était fixé à deux mois. Dans la procédure de consultation, il a parfois été jugé trop long, parfois trop bref. Il semble donc constituer un bon compromis. Un délai plus long ne garantirait pas que les parties mûrissent mieux leur décision de divorcer. En revanche, un délai plus court ne permettrait pas d'atteindre le but visé. La fixation du délai ne doit pas non plus être laissée à la libre appréciation du juge. Une telle solution pourrait favoriser un "tourisme du divorce" si la durée du délai devait varier suivant les cantons. Il ne serait pas satisfaisant de prévoir, dans la loi, des exceptions qui ne seraient pas, comme c'est le cas de l'article 111, 3e al., rattachées à des critères objectifs; de plus, on ne peut pas exclure le risque de voir l'exception élevée au rang de règle dans la pratique. Pour tous ces motifs, on a conservé un délai de réflexion de deux mois dans le projet.

Lorsque tous les effets du divorce sont réglés, les époux peuvent exiger que la seconde audition ait lieu sans retard inutile après l'expiration du délai de réflexion. Quelques participants à la procédure de consultation ont demandé qu'un délai maximal soit fixé dans la loi. Le projet ne donne pas suite à cette demande. Le juge doit en effet disposer du temps nécessaire pour obtenir d'éventuelles données complémentaires, en particulier concernant la question des enfants. En outre, la voie du recours pour déni de justice formel demeure réservée.

Pendant le délai de réflexion, les époux peuvent retirer en commun leur requête. En outre, l'un d'eux peut, lors de la seconde audition, revenir sur son consentement soit au divorce lui-même soit à la convention (sur les possibilités limitées de recours contre le divorce et la convention, cf. art. 150, et, *infra*, ch. 234.112, ainsi que art. 149, 2e al., et, *infra*, ch. 234.111). Dans ce dernier cas, un nouveau délai court si les parties réussissent à retrouver un terrain d'entente (art. 111, 2e al., 2e phrase), à moins qu'elles ne conviennent de s'en remettre au juge sur la base de l'article 112, 1er alinéa (cf. *infra*, ch. 231.23). Si la volonté de divorcer disparaît chez l'un des époux, son conjoint doit entamer une procédure contentieuse (art. 113 à 115, et *infra*, ch. 231.24 à 231.32).

La deuxième audition doit permettre au juge de se convaincre de l'échec définitif du mariage sur la base de la volonté sérieuse et définitive des époux de divorcer. Elle est incontournable, sous réserve du cas particulier dans lequel les parties vivent séparées depuis au moins une année (art. 111, 3e al.). Les époux doivent donc en règle générale comparaître personnellement encore une fois devant le juge, mais une comparution séparée, puis en commun, n'est plus nécessaire. Une simple confirmation écrite de la volonté de divorcer ne suffit pas. Elle supprimerait toute possibilité de dialogue entre le juge et les époux. Elle risquerait aussi de conduire à la production de lettres standards, établies avant même la première audition et postdatées. Le but préventif du délai de réflexion de deux mois serait alors illusoire. Cette double comparution n'a en définitive rien d'insolite, puisque les époux ont également dû se présenter à deux reprises devant l'officier de l'état civil pour contracter le mariage qu'ils veulent dissoudre (cf. art. 98, 2e al., et 102). En cas de départ à l'étranger d'un des conjoints après la première audition, la seconde audition pourra être réalisée par la voie de l'entraide judiciaire.

A la différence de ce que prévoyait l'avant-projet, le juge peut renoncer à procéder à la seconde audition lorsque les époux vivent séparés depuis au moins une année au moment où ils déposent leur requête commune (art. 111, 3e al.). Cette disposition tient

compte des critiques émises lors de la procédure de consultation selon lesquelles, dans de tels cas, il est souvent superflu de procéder à une seconde audition ou de respecter un délai de réflexion (cf. *supra*, ch. 231.21). Le 3^e alinéa vise en premier lieu les cas dans lesquels les conjoints sont parvenus à un accord complet sous forme d'une convention susceptible de ratification, avant la première audition (art. 111, 1^{er} al.). Le juge peut alors prononcer le divorce immédiatement au terme de cette audition. La renonciation à la seconde audition n'est cependant pas exclue dans les cas où la convention complète n'est produite qu'en cours de procédure (cf. art. 111, 2^e al., 2^e phrase). Lorsque les circonstances particulières du cas le requièrent (par exemple à cause de questions relatives aux enfants), le juge doit ordonner une seconde audition, même en cas de séparation d'une année. La décision de renoncer à la seconde audition est laissée à la libre appréciation du juge (art. 4 CC).

231.23 Accord partiel (art. 112)

Selon le Conseil fédéral, il ne serait pas judicieux d'empêcher les époux qui sont d'accord sur le principe de leur divorce, mais qui n'arrivent pas à s'entendre sur tout ou partie de ses effets, de recourir à la procédure de divorce sur requête commune en les renvoyant à la procédure du divorce contentieux, comme c'est le cas en France³⁰². Une telle solution aurait des conséquences fâcheuses. Cela irait à l'encontre du but visé par la révision, qui est de promouvoir le divorce sur requête commune par rapport au divorce contentieux³⁰³.

L'article 112, 1^{er} alinéa, donne la possibilité aux conjoints de demander le divorce sur requête commune et de déclarer qu'ils confient au juge le soin de régler les effets litigieux du divorce. Cette combinaison a été approuvée par la majorité des participants à la procédure de consultation. L'élément principal est que les conjoints déclarent ensemble et expressément qu'ils acceptent le divorce même s'ils ignorent quelle sera la décision du juge quant aux points litigieux. Les époux prendront des conclusions précises, en alléguant les faits pertinents et en faisant leurs offres de preuve pour ce qui est des questions litigieuses, comme ils le font déjà sous l'empire du droit actuel (art. 112, 3^e al.). La procédure probatoire aura lieu après la seconde audition; c'est à ce moment seulement que l'on passe de la juridiction gracieuse à la juridiction contentieuse. Le droit cantonal demeure applicable. Ce principe est également applicable aux voies de droit ouvertes contre cette partie du jugement de divorce.

Conformément à l'article 112, 2^e alinéa, les époux doivent être entendus de la même manière qu'en cas d'accord complet (art. 111, 1^{er} et 2^e al.) en ce qui concerne leur requête commune et les effets du divorce sur lesquels ils sont parvenus à un accord (cf. *supra*, ch. 231.22). Cette audition doit également porter sur la déclaration des époux de confier au juge le soin de régler les autres effets. Après la seconde audition, les parties sont liées, comme en cas d'accord complet, en ce qui concerne leur demande conjointe tendant au divorce et les effets non litigieux de celui-ci (cf. *supra*, ch. 231.22).

302 Cf. art. 230, 1^{er} al., CC fr. et *supra*, ch. 146.23.

303 Cf. J. Carbonnier, Les rapports entre le droit et la société à travers la réforme du droit français du divorce, in Révision du droit du divorce: Expériences étrangères récentes, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 9, Zurich 1988 p. 14 s.

Le jugement de divorce contient la réglementation des effets du divorce réglés par convention (cf. art. 140, 1er al.) et celles des questions litigieuses tranchées par le juge.

L'article 112 est également applicable par analogie lorsque les époux sont parvenus à un accord complet, mais que la convention sur les effets du divorce ou les conclusions communes relatives aux enfants ne peuvent pas être ratifiées et que les parties ont déclaré qu'elles confient au juge le soin de régler les questions ouvertes (cf. *supra*, ch. 231.22).

231.24 Remplacement par une demande unilatérale (art. 113)

Lorsque le juge constate que les conditions du divorce sur requête commune ne sont pas remplies, chaque époux peut remplacer sa requête par une demande unilatérale. Cette situation peut par exemple résulter du retrait par un des conjoints de son consentement relatif au divorce ou à l'une ou l'autre clause de la convention avant la seconde audition ou de l'impossibilité pour le juge de ratifier la convention. La solution du remplacement de la requête commune par une demande unilatérale apparaît plus rationnelle et économique que celle de l'introduction d'une nouvelle demande. Le remplacement permet de maintenir le for (art. 135, 1er al.) et la litispendance (art. 136, 2e al.; cf. *infra*, ch. 234.3), ainsi que d'éventuelles mesures provisoires déjà ordonnées (cf. art. 137, 2e al.). De plus, comme la litispendance n'est pas interrompue, la dissolution du régime matrimonial rétroagira au jour du dépôt de la requête commune (art. 204, 2e al., et art. 236, 2e al., CC), à condition bien entendu que l'une des causes de divorce prévues aux articles 114 et 115 ait été réalisée à l'époque et que le mariage soit dissous.

La séparation de cinq ans (art. 114) doit être effective au moment du remplacement de la procédure. La fixation exacte du moment déterminant supprime les ambiguïtés.

La possibilité de passer d'un divorce sur requête commune à un divorce sur demande unilatérale a été approuvée largement lors de la procédure de consultation. On a cependant parfois critiqué le fait que le délai pour réaliser ce remplacement n'est pas fixé dans la loi, mais qu'il est laissé à l'appréciation du juge. Les délais judiciaires présentent cependant l'avantage de pouvoir être adaptés aux circonstances particulières de chaque cas et, si nécessaire, prolongés. En revanche, les délais légaux ne peuvent être étendus que si la loi le prévoit, ce qui exigerait une législation détaillée. En outre, il est possible d'interjeter recours contre les délais judiciaires inadéquats. Enfin, ils sont soumis à l'interdiction de l'arbitraire (art. 4, 1er al., cst.).

231.3 Divorce sur demande unilatérale

231.31 Après suspension de la vie commune (art. 114)

L'article 114 répond à la volonté de formaliser autant que possible les causes de divorce (cf. *supra*, ch. 231.1). Une requête commune, libre et mûrement réfléchie (art. 111, 1er al.) n'est pas le seul indice de l'échec définitif du mariage. Lorsque les époux ont vécu

✚ séparés pendant un certain temps, on peut en effet présumer que l'union conjugale est rompue, de sorte que le divorce peut être prononcé abstraction faite des fautes et responsabilités respectives des conjoints. La durée de la séparation est un critère objectif et facile à établir dans la plupart des cas. Il permet d'éviter de sempiternelles querelles sur la question de savoir si un motif de divorce est réalisé ou non. Il permet en outre d'écartier le danger que les divers cantons développent des pratiques divergentes.

La principale difficulté consiste à déterminer la durée du délai de séparation au terme duquel on peut admettre la rupture de l'union conjugale. Ce dernier doit être assez long pour qu'on ne puisse pas raisonner en termes de répudiation et pour que les époux aient un intérêt à trouver un accord relativement à leur divorce. Il doit être en outre assez bref pour permettre aux époux de refaire leur vie à court ou à moyen terme. La durée de la procédure doit être prise en compte dans la fixation du délai³⁰⁴. Dans sa jurisprudence relative à l'article 142, 2e alinéa, CC, le Tribunal fédéral part de l'idée qu'après une séparation de quinze ans le refus de l'un des conjoints de consentir au divorce constitue un abus de droit (art. 2 CC; cf. également *supra*, ch. 142.2)³⁰⁵. Hormis le fait que le Tribunal fédéral a adopté cette durée dans le cadre légal restreint de l'article 142, 2e alinéa, CC, elle ne conviendrait pas au nouveau droit en raison de sa longueur. Elle suppose en effet le risque, qui doit être écarté, de donner au motif de divorce prévu à l'article 115 (rupture du lien conjugal) une importance pratique égale à celle qu'a actuellement la cause indéterminée de divorce de l'article 142 CC (cf. également *supra*, ch. 142.2).

Les Etats étrangers connaissent des durées variables. La France et l'Autriche connaissent une durée de six ans³⁰⁶, l'Angleterre et l'Espagne un délai de cinq ans³⁰⁷, l'Allemagne et l'Italie un délai de trois ans³⁰⁸. Dans les pays scandinaves, on se contente même parfois d'un délai de réflexion de six mois (cf. *supra*, ch. 146.21). Il ne faut pas négliger le fait que ces délais sont parfois assortis de clauses de dureté qui retardent le divorce (par exemple en Allemagne, en Angleterre, en France et en Autriche; cf. *supra*, ch. 146.22). Ces clauses, introduites pour des raisons d'opportunisme politique, sont formulées de manière restrictive et d'application extrêmement rare. Elles sont contestées, car elles ouvrent la porte à la notion de faute et créent ainsi de nouvelles occasions de conflit³⁰⁹. Le Conseil fédéral est par conséquent d'avis qu'il convient de renoncer dans tous les cas à introduire une clause de dureté de ce type.

Se fondant sur ces diverses réflexions, la commission d'experts a, dans son avant-projet, adopté un délai de séparation de cinq ans. Il a été contesté durant la procédure de consultation, bien que le principe de la formalisation des causes de divorce ait été pratiquement unanimement approuvé. On a parfois plaidé en faveur d'un délai de trois ou

304 En 1994, pour un total de 16'294 décisions, 63,5 % des procédures ont duré moins de six mois, 19,4 % ont duré de six à onze mois, 7,5 % ont duré de 12 à 17 mois, 3,6 % ont duré de 18 à 23 mois, 3,5 % ont duré de 24 à 35 mois et 2,5 % ont duré 36 mois et plus.

305 Cf. ATF 111 II 109 ss/112, c. 1d; 109 II 363 ss/364 s., c. 2; 108 II 503 ss/507, c. 3.

306 Cf. § 55, 3e al., EheG et art. 237 CC fr.

307 Cf. sect. 1(2)e MCA et art. 86, ch. 4, CC esp.

308 Cf. § 1566, 2e alinéa, BGB et art. 3, 2e al., let. b, de la loi italienne sur la dissolution du mariage.

309 Cf. Gernhuber/Coester-Waltjen, op. cit., p. 279/327 ss, en particulier p. 332; G. Beitzke/A. Lüderitz, Familienrecht, 26e éd., Munich 1992, p. 178 s.; cf. en outre Schwab, op. cit., p. 415 ss; A. Wolf, Münchener Kommentar, n. 38 et 42 ad § 1568 BGB; J. Massip, op. cit., p. 74.

deux ans; quelques participants ont même estimé qu'un délai d'une année serait suffisant. La majorité a cependant approuvé le délai de cinq ans.

Se conformant au résultat de la procédure de consultation, le projet qui vous est soumis admet, comme l'avant-projet (art. 118), qu'une séparation de cinq ans constitue une cause de divorce. Ce délai présente l'avantage de rendre superflue l'adoption d'une clause de durété, de laisser la priorité au divorce sur requête commune et de souligner la valeur fondamentale de l'institution du mariage. En outre, le divorce peut, dans certains cas, être obtenu immédiatement sur la base de l'article 115.

Le délai de l'article 114 commence à courir dès le moment où les époux ne vivent plus en communauté domestique, conformément à la décision de l'un d'eux au moins. Dans des cas exceptionnels, il pourra arriver que le délai commence à courir dès la conclusion du mariage, si les conjoints n'ont jamais vécu en communauté domestique. En cas d'échec, une brève tentative de reprendre la vie commune n'interrompt pas le délai.

Ce délai doit s'être écoulé au moment du début de la litispendance (art. 136, 2e al.). On évite ainsi qu'un conjoint ouvre le plus rapidement possible action après une courte période de séparation pour mettre l'autre conjoint sous pression et l'inciter à consentir à un divorce sur requête commune. En cas de remplacement d'une requête commune par une demande unilatérale (art. 113), le délai doit être écoulé au moment du changement de procédure. Cette exigence est justifiée par le fait que le demandeur pourrait de toute manière retirer sa requête selon l'article 111, 1er alinéa, ou 112, 1er alinéa, et déposer une demande fondée sur l'article 114.

La demande doit être rejetée lorsque le délai précité n'a pas été respecté. Chaque époux pourra cependant déposer une nouvelle demande fondée sur l'article 114 une fois l'écoulée la durée manquante indiquée dans le jugement.

231.32 Rupture du lien conjugal (art. 115)

Dans certaines circonstances, le délai de séparation de cinq ans requis à l'article 114 peut paraître extrêmement rigoureux et inéquitable, notamment lorsqu'un époux a de très sérieuses raisons de vouloir mettre fin au mariage, mais que son conjoint refuse de mauvaise foi de consentir au divorce ou qu'il en est incapable. On ne pourrait renoncer à la cause de divorce fondée sur la rupture du lien conjugal que si le délai de l'article 114 était considérablement plus court.

L'avant-projet comprenait deux variantes relatives au divorce pour rupture du lien conjugal. Selon la première, qui s'inspirait de la pratique des juges développée en relation avec l'article 142, 1er alinéa, CC, les motifs de la désunion pouvaient provenir aussi bien du comportement coupable d'un époux que de facteurs objectifs, mais devaient être suffisamment sérieux pour rendre la continuation du mariage insupportable pour le demandeur. La seconde variante était conçue de façon beaucoup plus étroite que celle de l'article 142, 1er alinéa, CC, afin d'être la moins attrayante possible. Le divorce ne pouvait être obtenu que lorsque l'époux défendeur avait, par son comportement, si sévèrement violé les devoirs du mariage qu'objectivement on ne pouvait raisonnablement exiger de l'autre conjoint la poursuite du mariage.

La majorité des participants à la procédure de consultation s'est déclarée favorable à la première variante, qui a cependant aussi été critiquée. Ainsi, certains ont estimé qu'elle impliquait des conditions trop strictes et que, notamment, le fait que le demandeur ait une responsabilité partielle dans l'échec du mariage ne devait jouer aucun rôle. On peut cependant objecter à ces critiques que l'on peut attendre d'un époux responsable de l'échec du mariage qu'il patiente durant les cinq années du délai de séparation prévu à l'article 114, lorsqu'il ne peut pas trouver un accord avec son conjoint. En revanche, l'application de l'article 115 n'est pas exclue lorsque la responsabilité d'un époux n'est pas prépondérante par rapport à des causes objectives de désunion ou au comportement de l'autre époux. La dissolution du mariage doit par exemple être immédiatement possible en cas d'actes de violence physique. Le projet ne contient pas d'exemples, afin de permettre aux juges de tenir compte des circonstances particulières de chaque cas (art. 4 CC). Si on atténuait les exigences relatives à cette cause de divorce, l'objectif de formalisation visé par la présente révision serait largement compromis (cf. *supra*, ch. 231.1). Le projet reprend ainsi la première variante de l'avant-projet, en y apportant cependant quelques modifications rédactionnelles.

En cas de rejet d'une action fondée sur l'article 115, les conjoints peuvent déposer une nouvelle demande sur la base de l'article 114. Le délai de séparation requis court à partir de la séparation et non pas seulement à partir du jugement refusant de prononcer le divorce (cf. *supra*, ch. 231.31).

231.33 Consentement au divorce, demande reconventionnelle (art. 116)

Lorsqu'un époux consent expressément à la demande en divorce déposée par son conjoint ou qu'il dépose lui-même une demande reconventionnelle en divorce, il y a matériellement accord sur le principe même du divorce. Seuls les effets du divorce sont, totalement ou partiellement, litigieux. Il est donc logique d'appliquer à ces cas, par analogie, les règles relatives au divorce sur requête commune (art. 111 et 112; cf. *supra*, ch. 231.22 et 231.23). L'accord des époux quant au fait de confier au juge le soin de régler les effets litigieux est présumé, vu la nature de la procédure choisie. Une demande commune dans ce sens (art. 112, 1er al.) n'est donc pas nécessaire. En revanche, l'article 112, 3e alinéa, selon lequel chaque partie dépose ses conclusions concernant les effets litigieux est un principe applicable à l'hypothèse visée par cette disposition, comme à toutes les procédures contradictoires. Les deux auditions prévues à l'article 111 et le délai de réflexion doivent être respectés. Faute de quoi, les parties pourraient, par le biais d'un divorce contentieux fictif, éluder les garanties procédurales applicables au divorce sur requête commune. Pour les mêmes raisons, l'article 150 relatif à la contestation du divorce s'applique également par analogie; en outre, sous réserve de la contestation d'une éventuelle convention (cf. art. 149, 2e al.), on appliquera les principes actuels régissant la contestation des jugements de divorce³¹⁰.

L'article 116 n'est pas applicable lorsque la procédure a été introduite par une requête commune en divorce, remplacée ultérieurement par une demande unilatérale (art. 113; cf. *supra*, ch. 231.24) et qu'à ce stade de la procédure le défendeur consent au divorce.

310 Cf. également ATF 84 II 233 ss/ 235 ss, c. 3 pour la contestation devant le Tribunal fédéral d'un jugement prononçant le divorce.

Si on admettait l'application de l'article 116 à ce type de situations, il pourrait arriver que le divorce ne puisse jamais être prononcé, dès lors que les conditions du divorce sur requête commune pourraient, dans certains cas, ne pas être remplies, ce qui conduirait à nouveau à un transfert en procédure contentieuse.

232 La séparation de corps

232.1 Remarques préalables

A l'instar du droit actuel (art. 143 à 148 CC), le projet régleme la séparation de corps. Cette dernière joue à l'heure actuelle un rôle très secondaire aussi bien par rapport au divorce que par rapport à la suspension de la vie commune (art. 175 ss CC)³¹¹. L'article 61, 3e alinéa, de la loi fédérale sur le droit international privé (LDIP)³¹², entrée en vigueur le 1er janvier 1989, en a encore considérablement relativisé la portée. La suspension de la vie commune qui, lorsque les conditions légales sont remplies peut être réalisée sans jugement, a pratiquement les mêmes effets que la séparation de corps. La différence fondamentale réside dans le fait que la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens (art. 155 CC), alors que, dans le cadre de la suspension de la vie commune, la séparation de biens doit être ordonnée par le juge lorsque les circonstances le justifient (art. 176, 1er al., ch. 3 CC). Certains participants à la procédure de consultation ont requis l'abandon de la séparation de corps eu égard à son insignifiance pratique. Insistant sur le caractère institutionnel de la séparation de corps, la majorité d'entre eux s'est toutefois prononcée en faveur de son maintien. Elle permet de tenir compte de la volonté des conjoints et de l'autonomie privée et satisfait ainsi l'un des objectifs de la révision. Elle s'adresse en particulier aux couples qui refusent de divorcer pour des motifs religieux. Il en va de même des époux relativement âgés, qui ne souhaitent pas perdre les avantages successoraux, ou découlant des assurances sociales, qui sont liés au mariage. La séparation de corps est également connue dans divers pays européens (par exemple en France, en Italie et en Angleterre; l'Allemagne et l'Autriche l'ignorent en revanche).

232.2 Conditions et procédure (art. 117)

L'article 117, 1er et 2e alinéas, renvoie aux règles sur le divorce en ce qui concerne la procédure et les conditions de la séparation de corps (cf. déjà les art. 143 à 147 CC).

Le 3e alinéa garantit qu'un jugement de séparation de corps n'aura pas d'incidences, positives ou négatives, sur une procédure ultérieure de divorce. Un motif de divorce existant déjà au jour de la séparation pourra être invoqué sans autre dans une telle procédure. En outre, le délai de séparation de cinq ans (art. 114) ne recommence pas à courir à partir du début de la séparation de corps. Si, par exemple, les époux avaient

311 1994: 608 séparations de corps et 15'634 divorces; 1993: 540 séparations de corps et 15'035 divorces.

312 RS 291

†
vécu quatre ans séparés au jour du jugement de séparation, l'action en divorce fondée sur la cause de l'article 114 pourra être intentée une année plus tard.

232.3 Effets de la séparation (art. 118)

Conformément au 1er alinéa, la séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens. Cela correspond au droit actuel (art. 155 CC). Les dispositions sur les régimes matrimoniaux (art. 204 ss et 236 ss CC; cf. surtout art. 204, 2e al., et 236, 2e al., CC) régissent le moment de la dissolution et la liquidation du régime.

Le 2e alinéa renvoie pour les autres effets de la séparation de corps aux dispositions relatives aux mesures protectrices de l'union conjugale (notamment art. 176 ss CC). Le juge compétent pour modifier le jugement de séparation demeure, comme à l'heure actuelle, celui qui l'a prononcé (cf. art. 117, 2e al., qui renvoie à l'art. 135). Le conjoint séparé de corps ne doit pas être placé dans une situation moins favorable que celui qui est séparé de fait: dans les deux cas, le lien juridique du mariage subsiste, de même que les effets qui lui sont rattachés (art. 159 ss et 163 CC). La base légale pour l'attribution d'une contribution d'entretien demeure le devoir d'entretien fondé sur le mariage (art. 163 ss CC). En outre, sont notamment applicables les articles 177 (avis aux débiteurs) et 178 CC (restrictions du pouvoir de disposer), ainsi que l'article 172 CC (mesures judiciaires en général). Les articles 173 et 174 CC, qui supposent une vie commune, n'entrent en revanche pas en considération.

A la différence du droit actuel (art. 147, 1er al., CC), le projet ne contient pas de disposition relative à la durée de la séparation de corps. Le juge prononce toujours la séparation de corps pour une durée indéterminée. Conformément au respect de l'autonomie privée, il appartient aux seuls conjoints de décider de mettre fin à la séparation par une reprise de la vie commune, par le dépôt d'une requête commune en divorce ou d'une action unilatérale tendant au divorce. L'article 122, 3e alinéa, de l'avant-projet, selon lequel la séparation dure jusqu'à la reprise de la vie commune ou à la dissolution du mariage, est superflu.

233 Les effets du divorce

233.1 Condition de l'époux divorcé (art. 119)

Sous réserve de la prolongation de six mois à une année du délai durant lequel l'époux qui a changé de nom peut déclarer vouloir reprendre son nom de célibataire ou le nom qu'il portait avant le mariage, la disposition correspond matériellement à l'article 149 du droit actuel. Le projet veut ainsi accorder un laps de temps suffisant aux personnes concernées pour leur permettre de bien considérer leur décision. Après l'expiration de ce délai, le changement de nom peut encore être obtenu sur la base de l'article 30 CC.

233.2 Régime matrimonial et succession (art. 120)

Cette disposition reprend sur le fond l'article 154 CC. Elle renvoie aux articles 204 ss CC ou 236 ss CC s'agissant de la liquidation du régime matrimonial en cas de divorce.

Le 2^e alinéa apporte une modification importante par rapport à l'article 154 CC. En droit actuel, les conjoints perdent, en cas de divorce, tous les avantages résultant de leurs dispositions pour cause de mort faites avant le divorce. Selon le projet, seules les dispositions pour cause de mort faites avant que la procédure de divorce soit pendante n'ont pas d'effets contraignants après le divorce³¹³. En effet, on ne peut pas empêcher dans tous les cas les conjoints de s'engager, pendant la procédure de divorce, par des dispositions de nature successorale déployant des effets même après leur divorce. On songe notamment aux personnes d'un certain âge désirant assurer l'entretien d'un conjoint divorcé au-delà du décès du débiteur de la contribution d'entretien.

En ce qui concerne la qualité d'héritier légal, la règle demeure: les époux cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre au moment où le jugement de divorce entre en force (art. 154, 2^e al., CC).

233.3 Logement de la famille (art. 121)

Le logement revêt une grande importance sociale pour la famille³¹⁴. Lors d'un divorce, il peut être vital pour un époux et pour les enfants de pouvoir demeurer dans le logement occupé jusqu'alors. Le marché du logement ne leur permettra souvent pas de trouver un appartement convenable et financièrement supportable à proximité. Cette situation est particulièrement pénible pour les enfants, qui sont séparés non seulement d'un de leurs parents, mais également de leur environnement habituel.

313 Cf. P. Breitschmid, Ehegattenerbrecht bei Scheidung, PJA 1993, p. 1447 ss, qui plaide toutefois en faveur d'une extension générale, sans limite dans le temps, de la possibilité des conjoints de prévoir, durant le mariage, des dispositions successorales susceptibles de produire leurs effets même en cas de divorce ou de séparation de corps. Pour un aperçu de droit comparé, cf. p. 1454 ss.

314 La politique familiale en Suisse, Rapport final présenté au Chef du Département fédéral de l'intérieur par le Groupe de travail "Rapport sur la famille", Berne 1982, p. 43 ss.

De nombreuses législations étrangères donnent au juge du divorce le pouvoir de transférer à l'un des conjoints les droits de l'autre sur le logement³¹⁵. Le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté, le 16 octobre 1981, une Recommandation³¹⁶ qui encourage les Etats membres à prévoir l'attribution du logement familial à l'un des conjoints en cas de divorce.

Le droit actuel ne contient pas de disposition réglant l'attribution du logement familial à l'un des époux en cas de divorce. Ce n'est que dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial que le logement qui est la copropriété ou la propriété commune des époux peut être attribué entièrement au conjoint qui justifie, d'un intérêt prépondérant (art. 205, 2e al., CC et art. 245 CC). Le projet entend combler cette lacune et créer une base légale pour l'attribution du logement de la famille en cas de divorce. Par "logement de la famille" au sens de l'article 121, on entend uniquement celui qui a servi de centre à la vie familiale (art. 169 CC), ce qui exclut une éventuelle résidence secondaire.

Selon le 1er alinéa, le juge peut attribuer à l'un des époux les droits qui résultent d'un contrat de bail lorsque la présence d'enfants ou d'autres motifs importants (par exemple des motifs de santé ou professionnels) font qu'il est dépendant du logement de la famille. L'intérêt des enfants qui ont vécu auparavant dans ce logement est prioritaire. La disposition n'exclut cependant pas que l'un des époux fasse valoir un intérêt propre. Cette prétention disparaît toutefois lorsqu'elle ne peut pas être raisonnablement imposée à l'autre, par exemple parce que le loyer est manifestement excessif compte tenu de la situation économique du demandeur. Une pesée des intérêts doit ainsi intervenir dans chaque cas. Peu importe que jusqu'alors seul l'un des époux ou les deux aient été parties au contrat.

Les intérêts du bailleur demeurent protégés, puisque, conformément au 2e alinéa, l'ancien locataire continue à répondre solidairement du loyer jusqu'à l'expiration du bail selon le contrat ou la loi (par exemple jusqu'à l'expiration de la durée du contrat déterminée par les parties) ou jusqu'au moment où il peut lui être mis fin (par exemple au

315 Ainsi, le droit allemand prévoit dans une ordonnance ("Verordnung über die Behandlung der Ehwohnung und des Hausrates") que, si l'un des conjoints est titulaire d'un droit réel sur le logement du ménage, le juge ne peut attribuer ce logement à l'autre que si cette attribution est nécessaire pour écarter une situation excessivement pénible (cf. § 3). Dans les cas où les conjoints sont locataires du logement de la famille, le juge peut, lorsque les deux conjoints sont parties au contrat de bail, décider que seul l'un d'entre eux sera désormais lié par ce contrat et, lorsque le contrat de bail n'obligeait que l'un des époux, décider le transfert de ce contrat à l'autre conjoint (§ 5, 1er al.). Il doit trancher en équité et tenir compte de toutes les circonstances du cas d'espèce. L'accord du bailleur n'est pas requis; ce dernier participe cependant à la procédure. Le droit autrichien connaît une réglementation analogue (§ 82 s., 87 et 90 EheG). En France, lorsque l'un des époux est propriétaire du logement familial, le juge peut concéder ce logement à bail à l'autre conjoint auquel sont attribués les enfants. Le contrat de bail peut également être transféré d'un époux à l'autre.

Le droit italien pour sa part ne distingue pas entre les droits de caractère réel et personnel sur le logement de la famille. L'autorisation d'occuper ce logement revient en premier lieu à celui des époux qui se charge des enfants (art. 6 de la loi sur la dissolution du mariage du 1er décembre 1970, dans la version du 6 mars 1987).

A ce sujet, voir U. Gloor, Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, thèse, Zurich 1987, p. 88 ss; ainsi que R. Reusser, Die Familienwohnung im neuen Scheidungsrecht, Mélanges en l'honneur de Jean-Michel Grosse, Bâle 1992, p. 191/194.

316 Recommandation R(81)15 concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage.

plus prochain terme de résiliation), mais pendant deux ans au plus. Si le bailleur ne fait pas usage de son droit de résiliation, on peut partir de l'idée qu'il accepte le changement de locataire. L'article 121 s'inspire de l'article 263, 4e alinéa, CO. Une différence entre ces deux dispositions réside dans le fait que l'article 263 CO ne permet pas de contraindre dans tous les cas le propriétaire à accepter un nouveau locataire. Selon le 2e alinéa de cette règle, le bailleur peut refuser son consentement pour justes motifs. Dans le projet qui vous est soumis, le changement de locataire intervient en revanche sans que le bailleur ait eu la possibilité de s'exprimer. Cette substitution forcée se justifie cependant au vu de l'article 264, 1er alinéa, CO qui contraint le propriétaire d'accepter un nouveau locataire solvable sous peine de subir un dommage et de l'article 266i, CO qui prévoit qu'en cas de décès du locataire, ses héritiers le remplacent dans la relation avec le bailleur et qu'eux seuls sont habilités à résilier le contrat indépendamment des prescriptions contractuelles, le propriétaire n'ayant que la possibilité de résilier le contrat pour justes motifs au sens de l'article 266g CO³¹⁷. Si on peut attendre du propriétaire qu'il accepte le conjoint (avec les autres héritiers) comme nouveau locataire en cas de décès, on doit également pouvoir le faire, mutatis mutandis, en cas de divorce.

Le fait d'imposer une responsabilité solidaire limitée dans le temps à l'ancien locataire ne peut en outre pas être considéré comme excessif, dès lors que celui-ci ne pourra de toute manière en principe pas résilier le bail portant sur le logement de la famille jusqu'au divorce sans le consentement de son conjoint (art. 169 CC), ce qui implique qu'il demeurera responsable du loyer après le divorce déjà en vertu des règles contractuelles. De plus, l'ancien locataire auquel le bailleur réclame le loyer a non seulement un droit de recours, mais, en vertu de la 2e phrase du 2e alinéa, peut invoquer la compensation avec les prestations d'entretien. Cette compensation constitue une disposition spéciale par rapport à l'article 125, chiffre 2, CO. Elle a été introduite dans le projet à la suite des propositions qui ont été émises lors de la procédure de consultation. La possibilité de compenser le loyer versé avec la contribution d'entretien doit se faire sous forme d'acomptes, qui ne doivent pas dépasser le montant d'un loyer mensuel³¹⁸. Lorsque le montant du loyer est manifestement trop élevé compte tenu des revenus et de la contribution d'entretien prévue, le droit d'attribution du logement ne doit en conséquence pas être admis.

Lorsque le logement de la famille appartient à l'un des époux, l'article 121 ne concède pas de droit au transfert de la propriété en cas de divorce. Le principe de la solidarité après le divorce doit cependant permettre d'obliger le propriétaire à laisser l'usage du logement de la famille à son conjoint, en tout cas pendant un temps limité, lorsque des motifs importants font que celui-ci en dépend. Cet époux doit pouvoir demander un droit d'habitation limité dans le temps régi par les articles 776 ss CC (art. 121, 3e al.). L'atteinte à la garantie de la propriété reste ainsi mesurée. Il appartient au juge de définir la durée du droit concédé en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce (art. 4 CC). Le délai de prolongation maximum prévu à l'article 272b CO ne s'applique pas à la durée du droit d'habitation³¹⁹. L'époux avantagé ne peut demeurer que pendant une période transitoire dans le logement en question. Il doit faire en sorte de trouver un nouveau logement après l'expiration de la période convenue ou fixée par le juge. Il va en outre de soi que le droit d'habitation, qui peut être inscrit au registre

317 P. Zihlmann, *Das neue Mietrecht*, Zurich 1990, p. 100.

318 Cf. en droit actuel V. Aepli, *Das Erlöschen der Obligationen*, Commentaire zurichois, vol. V 1h, 3e éd., Zurich 1991, n. 74 ad art. 125 CO.

319 Reusser, op. cit., p. 201.

foncier, n'est pas gratuit. Le bénéficiaire du droit doit verser une indemnité équitable. La base de cette indemnité est la valeur vénale du droit. Cependant, par l'expression d'indemnité "équitable", on veut signifier que le juge doit prendre en compte l'ensemble des circonstances (par exemple la solidarité entre époux d'un certain âge ou l'intérêt des enfants). L'indemnité peut être compensée avec les propres créances du titulaire du droit d'habitation contre le propriétaire grevé. Le droit d'habitation peut aussi constituer une partie de la contribution d'entretien due par l'époux dont il grève la propriété (art. 125 et 126). Enfin, le projet indique expressément que le propriétaire peut demander la suppression ou la restriction du droit d'habitation en cas de faits nouveaux importants, tels que par exemple le remariage de l'ayant droit³²⁰ ou une modification de la situation en matière d'attribution des enfants.

233.4 Prévoyance professionnelle
(art. 122 à 124, 141 et 142, art. 331e, 6e al., P CO, art. 30c, 6e al., P LPP, art. 22 ss P LFLP)

233.41 Situation initiale et objectif de la nouvelle réglementation

L'évolution sociale que l'on a connue depuis la seconde guerre mondiale a modifié les bases de la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité. Alors qu'autrefois l'épargne individuelle constituait le fondement de la prévoyance, de nos jours, l'AVS en tant qu'assurance fédérale et la prévoyance professionnelle jouent un rôle de premier plan. Depuis l'instauration du caractère obligatoire du deuxième pilier (art. 2 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, LPP³²¹), les expectatives à l'encontre des institutions de prévoyance professionnelle ont acquis une grande importance en relation avec la situation économique des personnes âgées. D'une part, des capitaux considérables sont accumulés au fil des années, même par des personnes de situation économique relativement modeste, sans que les ayants droit puissent en disposer librement avant la survenance d'un cas d'assurance. D'autre part, les primes à verser grèvent considérablement les budgets des familles rendant impossible l'épargne volontaire dans de nombreux cas. En cas de divorce, il n'est pas rare que les époux ne disposent que de peu de fortune à partager sur la base des dispositions sur les régimes matrimoniaux. Ils ont par contre des expectatives importantes à faire valoir à l'égard des institutions de prévoyance professionnelle.

En principe, la prévoyance professionnelle est rattachée à l'exercice d'une activité professionnelle. Lorsque les conjoints ont adopté une répartition traditionnelle des tâches durant le mariage et que l'un d'eux exerce, à titre principal, une activité lucrative pendant que l'autre tient le ménage et s'occupe des enfants, celui qui exerce une activité lucrative dispose d'une bien meilleure prévoyance professionnelle que l'autre. Pendant le mariage, cette situation ne pose pas de difficultés particulières. La prévoyance de l'époux professionnellement actif garantit également l'entretien de la famille en cas de vieillesse, d'invalidité ou de mort. Toutefois, si le mariage est dissous autrement que par un décès, le rattachement de la prévoyance à l'activité lucrative implique que la réparti-

320 ATF 106 II 329 ss
321 RS 831.40

tion des tâches durant le mariage a des conséquences durables sur la situation économique des époux divorcés et désavantage celui d'entre eux qui tenait le ménage. Ce problème a déjà été discuté lors des délibérations parlementaires relatives au nouveau droit matrimonial (effets généraux du mariage et régimes matrimoniaux)³²². Il n'est cependant pas possible d'opérer une compensation par le biais des régimes matrimoniaux. La répartition du patrimoine résultant de la liquidation du régime matrimonial intervient en effet indépendamment du motif de dissolution du mariage. La prise en compte des expectatives en matière de prévoyance professionnelle dans la liquidation du régime matrimonial entre le conjoint survivant et les héritiers du défunt est incompatible avec le but visé par la prévoyance professionnelle. Il est au contraire plus juste que la LPP définit elle-même qui doit être bénéficiaire des prestations de prévoyance: lorsque le conjoint qui exerce une activité lucrative à titre principal décède, sa prévoyance survivants doit intervenir. Le conjoint survivant et les enfants mineurs ou encore en formation bénéficient de prestations de prévoyance. En cas de décès de l'autre conjoint, la prévoyance doit rester totalement acquise au conjoint survivant qui exerce une activité professionnelle. La situation est différente lorsque le mariage est dissous par un divorce. Dans ce cas, les expectatives qui ont été acquises durant le mariage à l'égard d'une institution de prévoyance professionnelle devraient revenir aux deux conjoints. Chacun d'eux devrait, après le divorce, disposer d'une prévoyance vieillesse et invalidité indépendante de la répartition des tâches convenue durant le mariage.

En cas de divorce, l'article 122 prévoit que les conjoints ont un droit indépendant à la compensation de leurs expectatives à l'égard des institutions de prévoyance professionnelle³²³. Ce droit ne dépend ni des régimes matrimoniaux, ni de la solution adoptée en matière d'entretien après le divorce. Il ne dépend pas des régimes matrimoniaux parce que le partage n'a lieu qu'en cas de divorce et pas en cas de dissolution du mariage pour un autre motif; en outre, il n'est pas laissé à la libre disposition des conjoints. Il n'entre pas dans le cadre de l'entretien après le divorce, dès lors qu'il ne dépend pas des circonstances économiques postérieures au divorce, mais de ce qui a été acquis durant le mariage. Le droit au partage tend à compenser les pertes en matière de prévoyance résultant du partage des tâches durant le mariage et à promouvoir l'indépendance économique des deux conjoints après le divorce. Il est l'expression de la communauté de destin liée au mariage. Si l'un des conjoints se consacre au ménage et à l'éducation des enfants durant le mariage et renonce, totalement ou partiellement, à exercer une activité lucrative, l'institution de prévoyance professionnelle de l'autre devrait, en cas de divorce, lui verser une partie de la prévoyance que s'est constituée celui-ci durant le mariage. Ce transfert doit permettre à son bénéficiaire d'effectuer un rachat auprès de sa propre institution de prévoyance s'il reprend une activité professionnelle après le divorce. Comme conséquence de la communauté de destin, ce droit au partage des expectatives de prévoyance acquises durant le mariage ne dépend pas de la répartition des tâ-

322 Procès-verbaux des délibérations préparatoires de la Commission du Conseil national concernant le droit matrimonial, p. 697 ss, intervention 1092.

323 La loi fédérale du 17 décembre 1993 sur la libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (loi sur le libre passage, LFLP; RS 831.42, RO 1994 2386) permet, en relation avec le deuxième pilier, de transférer par le jugement de divorce une partie de la prévoyance professionnelle acquise par un conjoint pendant la durée du mariage à l'autre conjoint. L'article 22 LFLP ne modifie cependant pas le droit du divorce. Cette disposition n'accorde aucun droit supplémentaire aux conjoints; elle facilite seulement l'exécution des droits résultant des articles 151 et 152 CC. Ces prétentions sont en principe dépendantes de la faute, si bien que le partage des avoirs auprès des caisses de pension ne peut avoir lieu que dans les cas où les causes du divorce donnent naissance à un droit selon ces règles.

ches entre les conjoints durant le mariage. Comme en droit des régimes matrimoniaux, la compensation des expectatives acquises durant le mariage intervient ici en principe sans condition.

Le transfert d'une partie des expectatives au profit de la prévoyance de l'autre conjoint diminue l'acquis de l'assuré. S'il veut reconstituer sa prévoyance, il doit effectuer des rachats³²⁴. La solution proposée par le Conseil fédéral est volontairement neutre du point de vue des coûts, de manière à ce qu'il n'en résulte aucun frais supplémentaire pour les institutions de prévoyance à la suite de divorces.

La révision ne modifie pas la rente de veuve des femmes divorcées. Conformément au droit actuel, dans le cadre de la prévoyance minimale obligatoire LPP³²⁵, les femmes divorcées ont en principe droit à une rente identique à celle des veuves lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies (art. 19 LPP et 20 OPP³²⁶):

- le mariage doit avoir duré au moins dix ans;
- la femme divorcée doit avoir un ou plusieurs enfants à charge ou avoir atteint l'âge de 45 ans (dans le cas contraire, elle a droit à une allocation unique égale à trois rentes annuelles);
- la femme doit avoir bénéficié, en vertu du jugement de divorce, d'une rente ou d'une indemnité en capital en lieu et place d'une rente viagère.

L'institution de prévoyance peut réduire ses prestations dans la mesure où, ajoutées à celles des autres assurances, en particulier celles de l'AVS ou de l'AI, elles dépassent le montant des prétentions découlant du jugement de divorce (art. 20, 2e al., OPP2). Les prestations des autres assurances doivent cependant être en relation avec le décès de l'époux divorcé ou avoir leur origine dans cet événement. Mais si la femme bénéficie d'une rente simple de vieillesse en raison de son âge, cette rente ne doit pas être prise en compte, car elle a son origine dans un autre cas d'assurance³²⁷. Les prestations dues à la femme divorcée compensent donc seulement une perte de soutien (c.-à-d. les prétentions d'entretien disparues). Le partage de la prévoyance professionnelle doit en revanche placer la femme divorcée dans une situation qui lui permette de se constituer une prévoyance professionnelle indépendante. Il va de soi que le partage de la prestation de sortie selon l'article 122 peut avoir des conséquences sur la rente de veuve de la femme divorcée, lorsqu'il n'y a pas de rachat (art. 22c P LPP).

233.42 Autres formes de prévoyance

Conformément à l'article 34^{quater} cst., la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité repose sur le système des "trois piliers", c'est-à-dire sur une assurance fédérale, sur la

324 Art. 22c P LFLP; ch. 233.444.

325 Dans le domaine de la prévoyance plus étendue, chaque institution de prévoyance est libre, art. 49, 1er al., LPP.

326 RS 831.441.1

327 Office fédéral des assurances sociales, Communications no 1 sur la prévoyance professionnelle du 24 octobre 1986.

prévoyance professionnelle et sur la prévoyance individuelle. Cette dernière doit être encouragée par des mesures fiscales et par une politique facilitant l'accès à la propriété (art. 34^{quater}, 6e al., cst.).

Le présent projet ne concerne que le deuxième pilier, à l'exclusion du premier. Le premier pilier est totalement réglé dans le droit des assurances sociales. La 10e révision de l'AVS a été acceptée par le Parlement le 7 octobre 1994 et par le peuple le 25 juin 1995³²⁸. Elle améliore considérablement la situation des femmes, en particulier lorsqu'elle prévoit que les revenus réalisés par les époux pendant les années civiles de mariage commun sont répartis et attribués pour moitié à chacun des époux. La femme acquiert ainsi un droit propre à une rente indépendant de son état civil. La répartition des revenus est notamment effectuée en cas de divorce (art. 29^{quinques}, 3e al.). En outre, conformément au droit actuel, l'article 24a assimile, à des conditions déterminées, la personne divorcée à une personne veuve, de telle sorte que le décès de l'ancien conjoint peut donner droit à une rente de veuf ou de veuve. D'autres mesures prises en faveur des femmes divorcées, notamment dans la forme d'un bonus éducatif (1re étape de la 10e révision de l'AVS), sont déjà en vigueur depuis le 1er janvier 1994³²⁹.

En ce qui concerne le troisième pilier, il convient de mentionner spécialement la "prévoyance 3a". Cette catégorie de prévoyance comprend l'épargne liée à un but de prévoyance et bénéficiant de privilèges sur le plan fiscal conformément à l'article 34^{quater}, 6e alinéa, cst. La forme la plus connue - mais pas la seule³³⁰ - est régie par l'ordonnance sur les déductions admises fiscalement pour les cotisations versées à des formes reconnues de prévoyance (OPP3³³¹). Cette ordonnance prévoit la conclusion de conventions de prévoyance avec des fondations bancaires ou avec des institutions d'assurance. Ces deux formes peuvent également être combinées entre elles. Il s'agit d'une prévoyance exclusivement volontaire qui ne peut pas excéder un montant annuel fixé dans l'ordonnance.

La "prévoyance 3a" est soumise, à l'instar de toute la prévoyance du troisième pilier, au droit des régimes matrimoniaux (art. 120, 1er al.; cf. *supra*, ch. 233.2; art. 196 ss CC). Dès lors, ce système ne laisse pas de place pour une réglementation spéciale dans le droit du divorce, comme cela a été parfois requis lors de la procédure de consultation. En cas de divorce, ces formes de prévoyance - en tout cas lorsqu'il s'agit d'épargne auprès de banques - doivent être partagées dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial selon les principes applicables au régime choisi par les époux³³². Il s'agit de droits concrets et non pas d'expectatives, de telle sorte qu'il n'y a pas de raison de les exclure de la liquidation du régime matrimonial lorsque les époux vivent sous le régime de la participation aux acquêts. Ces droits posent cependant un problème dans la mesure où ils sont en principe incessibles en cas de divorce en vertu de l'article 4 OPP3. En ce qui concerne l'épargne réalisée auprès des assurances, la doctrine considère qu'il est impossible de la partager dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial dès

328. FF 1994 III 1784; FF 1995 1157

329. Art. 2 et 8 de l'arrêté fédéral du 19 juin 1992 concernant l'amélioration des prestations de l'AVS et de l'AI, ainsi que leur financement, RS 831.100.1.

330. Cf. art. 21^{bis} de l'arrêté du Conseil fédéral du 9 décembre 1940 sur la perception d'un impôt fédéral direct (AIFD, RS 642.11)

331. RS 831.461.3

332. Hausheer/Reusser/Geiser, n. 65 ss ad art. 197; M. Stettler, La prise en compte de la sécurité sociale des conjoints dans le règlement des effets accessoires du divorce, SJ 1985, p. 310 ss; contra, H. Deschenaux/P.-H. Steinauer, Le nouveau droit matrimonial, Berne 1987, p. 279 ss.

lors que, selon l'ordonnance précitée, ces assurances n'ont pas de valeur de rachat. En effet, en droit des régimes matrimoniaux, comme en droit successoral, les assurances vie ne sont prises en compte, avant la survenance d'un cas d'assurance, que pour le montant de leur valeur de rachat³³³. Il est toutefois possible de tenir compte, dans le cadre de l'estimation de la contribution d'entretien due après le divorce, des expectatives du débiteur de l'entretien découlant du pilier 3a (épargne réalisée auprès d'institutions d'assurance) en plus de celles résultant du premier et du deuxième pilier. On pourra ainsi prévoir une contribution d'entretien plus élevée, ou encore, la fixer ou la convenir pour une période plus longue. Cette solution n'est cependant pas satisfaisante. Il serait plus juste que la valeur des prestations de vieillesse, en cas de versement anticipé selon l'article 3, 2e et 3e alinéas, OPP3, soit comprise dans la liquidation du régime matrimonial. Reste toutefois à résoudre le problème de la cessibilité des prétentions en cas de divorce. Il faudra prendre en compte ces problèmes dans une prochaine révision de l'ordonnance, qui s'effectue indépendamment de celle du droit du divorce.

233.43 Les droits en matière de prévoyance professionnelle

233.431 Remarques préalables

La nouvelle réglementation des prétentions à l'égard des institutions de prévoyance professionnelle distingue deux situations selon qu'un cas de prévoyance au sens de la loi sur le libre passage (LFLP) est réalisé ou non pour l'un des conjoints. L'invalidité et l'âge de la retraite sont considérés comme des cas de prévoyance en relation avec le divorce. Le terme d'institution de prévoyance professionnelle recouvre les institutions de prévoyance et celles de libre passage.

Les articles 122 ss englobent les prestations de sortie acquises durant le mariage. La grande majorité des participants à la procédure de consultation a approuvé ce principe. Certains d'entre eux ont demandé que le partage soit étendu aux prestations de sortie acquises durant la période où une prestation d'entretien doit être versée après le divorce. La portée de cette proposition varie suivant les cas. Lorsqu'une *rente viagère* est accordée au moment du divorce, le créancier n'a en principe pas besoin d'une prévoyance vieillesse individuelle. Dans ce cas, la rente est en effet également due lorsqu'un cas de prévoyance (âge ou invalidité) survient pour le créancier. La prévoyance du débiteur de l'entretien s'étend au créancier (cf. *supra*, ch. 233.41). En revanche, le problème de la prévoyance vieillesse se pose lorsque la contribution d'entretien est *limitée dans le temps* et que, après le divorce, le créancier ne reprend pas, ou ne reprend pas complètement, une activité lucrative, notamment pour s'occuper de l'éducation des enfants. La prestation de sortie que le débiteur de l'entretien verse à son conjoint en cas de divorce ne sera souvent pas suffisante pour permettre le rachat futur complet dans une institution de prévoyance professionnelle. De ce point de vue, on peut comprendre l'exigence tendant à partager les expectatives acquises après le divorce. Une telle solution serait cependant unique du point de vue du droit comparé et, pratiquement irréalisable. Il serait certes théoriquement imaginable de prévoir que, après la dissolution du mariage, une partie des contributions du débiteur de l'entretien - en fonction de la contribution due - devrait être portée au compte de la prévoyance du créancier de l'entretien plutôt que de la sienne propre. Cette solution poserait cependant

333 Hausheer/Reusser/Geiser, n. 72 ad art. 197.

de grandes difficultés administratives pour les institutions de prévoyance professionnelle. En outre, les circonstances peuvent se modifier durablement et rapidement après le divorce, par exemple en cas de remariage de l'époux débiteur ou de reprise par l'époux créancier d'une activité lucrative. Il n'est dès lors pas possible de garantir un partage en cours d'exercice des expectatives du deuxième pilier. La seule solution serait de procéder au partage lorsque l'obligation alimentaire est éteinte du fait de l'expiration de la durée fixée et que la situation peut être appréciée rétroactivement. On ne peut cependant pas admettre l'ouverture à ce moment d'un nouveau procès durant lequel on devrait également prendre en considération les intérêts d'un éventuel nouveau conjoint du débiteur de l'entretien. Le Conseil fédéral propose par conséquent de renoncer à instaurer une compensation en matière de prévoyance professionnelle acquise postérieurement au divorce, et de prendre en considération les besoins du créancier lors de la détermination de la contribution d'entretien prévue à l'article 130 (cf. *infra*, ch. 233.52).

233.432 Partage des prestations de sortie en cas de divorce avant la survenance d'un cas de prévoyance (art. 122 et 123)

La nouvelle réglementation repose sur le principe qu'au moment du divorce aucun cas de prévoyance n'est intervenu pour les deux époux (art. 122 s.). Conformément à l'article 122, 1er alinéa, la prestation de sortie acquise durant le mariage selon la loi sur le libre passage représente le montant à partager. Par "prestation de sortie" cette loi entend la prétention dont bénéficie une personne vis-à-vis de son ancienne institution de prévoyance lorsqu'elle change d'institution de prévoyance professionnelle, par exemple en cas de changement de poste de travail³³⁴. Le montant de cette prétention peut être calculé à n'importe quel moment (cf. art. 24 LFLP). La prestation de sortie déjà acquise par les époux au moment du mariage est déduite de la prestation de sortie existant au moment du divorce. La moitié de ce solde revient à l'autre conjoint. Lorsque les deux époux sont assurés auprès d'une institution de prévoyance professionnelle, le calcul doit être réalisé séparément pour les deux conjoints et la différence entre les deux prétentions doit être partagée (art. 122, 2e al.). Dans tous les cas, seuls les soldes positifs seront pris en compte. Si les prestations de sortie ont diminué durant le mariage, par exemple en raison d'un versement en espèces³³⁵ qui entre dans les régimes matrimoniaux, ce solde négatif n'est pas pris en considéra n.

Il est important que la prétention résultant de l'article 122 ne soit pas versée au comptant à un époux. La part de la prestation de sortie qui lui est transférée doit rester liée à la prévoyance. Si l'ayant droit est affilié à une institution de prévoyance professionnelle, cette somme peut être utilisée pour un rachat. Si tel n'est pas le cas, elle sera versée sur un compte de libre passage ou une police de libre passage et pourra être utile à l'avenir pour un rachat dans une institution de prévoyance personnelle (cf. les exemples chiffrés donnés en annexe du présent message).

De même qu'il n'est pas possible de renoncer de manière anticipée à l'entretien après un divorce, la renonciation anticipée au partage des prestations de sortie au sens de l'arti-

334 Cf. article 2, 1er alinéa, LFLP.

335 Une réduction peut également résulter d'un manque de liquidités de l'institution de prévoyance professionnelle.

4
cle 122 n'est pas admise. L'intérêt public demande que la prévoyance vieillesse, survivants et invalidité soit garantie. *Une renonciation au moment du divorce* n'est toutefois pas exclue dans chaque cas. On peut imaginer que, selon les circonstances, le débiteur soit en mesure de dédommager l'autre en utilisant certains biens de son patrimoine. Dans les cas de ce type, il faut veiller à ce que l'indemnité reste affectée à un but de prévoyance.

Il peut arriver que, lorsque l'ayant droit n'exerce pas d'activité lucrative après le divorce et que son conjoint lui verse une rente viagère, le partage des prestations de sortie aille à l'encontre de l'idée de prévoyance. Si le débiteur devenait invalide, le partage de la prestation de sortie entraînerait une réduction importante de la rente d'invalidité. Ainsi, selon les circonstances, le débiteur pourrait se trouver dans l'impossibilité d'honorer son obligation alimentaire. Grâce au partage, le bénéficiaire aurait certes la possibilité de se constituer, dans une certaine mesure, une prévoyance vieillesse et invalidité indépendante. Jusqu'à l'âge de la retraite, il n'aurait cependant aucun droit immédiat à l'égard de l'institution de prévoyance dès lors qu'il n'est lui-même pas invalide. Lorsqu'une rente viagère est accordée au moment du divorce, il peut ainsi être dans l'intérêt des deux conjoints de ne pas opérer un partage des expectatives de prévoyance, car la prévoyance vieillesse et invalidité des deux parties repose sur l'assurance du débiteur de la rente alimentaire.

L'article 123, 1er alinéa, prévoit donc que les époux peuvent, dans la convention sur les effets du divorce, renoncer au partage pour autant que la prévoyance de l'ayant droit soit garantie d'une autre manière. Ce dernier ne peut pas être contraint d'accepter une renonciation contre son gré.

En revanche, dans les cas où le partage ne correspond manifestement pas à l'équité, le juge peut le *refuser*, totalement ou partiellement, même contre la volonté de l'ayant droit. A la différence de l'avant-projet, l'article 123, 2e alinéa, prévoit expressément que le caractère inéquitable se rapporte exclusivement aux circonstances économiques postérieures au mariage, qui comprennent également l'état de la prévoyance d'un époux divorcé. Contrairement aux règles applicables en matière d'entretien (cf. art. 125, 3e al.), les circonstances qui ont conduit au divorce et le comportement des conjoints durant le mariage ne jouent aucun rôle en ce domaine. On admet par exemple qu'il y a inéquité lorsqu'une femme exerçant une activité professionnelle a financé les études de son époux, lui donnant ainsi la possibilité de se constituer à l'avenir une meilleure prévoyance que la sienne.

Il n'est pas nécessaire de mentionner dans la loi la possibilité des conjoints de renoncer, conventionnellement, à un partage manifestement inéquitable des prestations de sortie. En effet, le juge doit également examiner cette partie de la convention pour s'assurer qu'elle n'est pas manifestement inadéquate et qu'elle correspond à la libre volonté des conjoints (art. 140, 2e al.). La ratification doit être refusée lorsqu'aucun partage n'est prévu, alors que les conditions de l'article 123 ne sont manifestement pas remplies.

233.433 Indemnité après la survénance d'un cas de prévoyance (art. 124)

233.433.1 Après la survénance d'un cas de prévoyance

Après la survénance d'un cas de prévoyance pour l'un des époux (âge de la retraite ou invalidité), il n'est plus possible d'opérer le partage décrit ci-dessus. Les rentes de vieillesse et d'invalidité sont, en matière de prévoyance professionnelle, en principe calculées en pourcent de l'avoir vieillesse déterminant (taux de conversion)³³⁶. Le taux de conversion est fonction de valeurs moyennes, de telle sorte que les rentes versées dans le cas concret peuvent, suivant la durée de vie effective, dépasser largement l'avoir vieillesse ou demeurer bien en-deçà de cet avoir. Il est dès lors impossible de transférer une partie de ce droit à l'autre conjoint. Cela ne signifie toutefois pas encore qu'aucune compensation ne doit être opérée.

La disposition prévue à l'article 124 vise plusieurs situations. On pense avant tout au cas dans lequel les deux conjoints ont atteint l'âge de la retraite (ou sont invalides) ou à celui qui se présente lorsque ces événements ne concernent que le conjoint qui bénéficie de la meilleure prévoyance. Mais il est également possible que l'époux qui exerce principalement une activité lucrative durant le mariage n'ait pas encore atteint l'âge de la retraite, alors que l'autre a déjà atteint cet âge. Eu égard aux diversités des cas et au fait qu'ils sont statistiquement rares³³⁷, le Conseil fédéral propose de prévoir une disposition selon laquelle le juge doit, dans les cas de ce type, attribuer une indemnité équitable. Il est clair que les parties peuvent prévoir une telle indemnité dans leur convention sur les effets du divorce. Une indemnité est "équitable" au sens de l'article 124, 1er alinéa, lorsqu'elle prend en considération la durée du mariage, les besoins différents des conjoints du fait de leur âge et de leurs situations économiques vues sous l'angle de la prévoyance. Ici non plus, on ne doit pas tenir compte des circonstances qui ont conduit au divorce.

L'indemnisation peut prendre différentes formes. Lorsque le conjoint débiteur dispose d'un patrimoine suffisant, il peut y avoir indemnisation par le versement d'un capital. Mais l'indemnisation sous forme de rente est également possible. Lorsqu'aucun cas de prévoyance n'est survenu pour l'époux débiteur, il peut se justifier de transférer une partie de sa prévoyance à l'autre conjoint au titre d'une prestation de sortie. Cette possibilité est expressément prévue à l'article 22b P LFLP.

Il n'est pas nécessaire de prévoir expressément ici la faculté de renoncer au droit (art. 123, 1er al.) ou la possibilité de refuser le partage (art. 123, 2e al.), dès lors qu'il convient d'en tenir compte sous l'angle de l'équité.

³³⁶ Art. 14 et 24 LPP.

³³⁷ Dans les cas des 15'634 divorces prononcés en 1994, seuls 590 époux avaient déjà atteint l'âge de la retraite (300 hommes et 290 femmes). L'année 1993 a connu des chiffres presque identiques (1993: 15'053 divorces, 582 époux ayant déjà atteint l'âge de la retraite: 301 hommes, 281 femmes).

233.433.2 Indemnité en cas d'impossibilité du partage pour d'autres motifs

A la différence de l'avant-projet, le projet ne prévoit pas seulement la possibilité d'accorder une indemnisation équitable lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des conjoints, mais également lorsque le partage prévu à l'article 122 s'avère impossible pour d'autres motifs. Ainsi en est-il par exemple lorsqu'un conjoint est affilié à une institution de prévoyance étrangère dans un pays dont la législation ne prévoit pas la possibilité du partage. Des difficultés peuvent également se présenter dans les cas qui se rattachent uniquement à la Suisse. Il n'y a notamment pas d'assurance au sens de la LPP pour les magistrats. Ils ont droit à une retraite après un temps de travail déterminé. Ils disposent certes d'une prévoyance professionnelle excellente, mais celle-ci ne peut pas être aisément partagée. Conformément à son article 1er, 3e alinéa, la loi sur le libre passage s'applique par analogie aux régimes de retraite. Les particularités ne sont cependant pas réglées. Dans les cas de ce genre, l'article 124 pourrait si nécessaire apporter une solution.

233.44 Modification de la loi sur le libre passage

233.441 Divorce. Principe (art. 22 et 26 P LFLP)

La possibilité de transférer les prétentions de l'un des conjoints à l'autre est la condition indispensable pour procéder, en cas de divorce, au partage des expectatives acquises durant le mariage (prestation de sortie y compris l'avois de libre passage) à l'égard d'institutions de prévoyance professionnelle. Une base légale est donc nécessaire non seulement dans le droit du divorce, mais encore dans la loi sur le libre passage. La possibilité de transfert est, dans son principe, déjà prévue à l'article 22 LFLP. Cette disposition doit cependant être adaptée au nouvel article 122. Selon l'article 22, 1er alinéa, P LFLP, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées conformément au droit du divorce. Les articles 3 à 5 sont applicables par analogie au montant à transférer. Ce dernier doit être versé à l'institution de prévoyance de l'époux bénéficiaire (art. 3 LFLP). Si celui-ci n'est affilié à aucune institution de prévoyance, il doit informer l'institution de prévoyance professionnelle de son conjoint de la forme admise dans laquelle il désire maintenir la couverture de prévoyance (compte de libre passage, police de libre passage³³⁸). En l'absence de communication, la prestation de sortie doit être versée à l'institution supplétive de la LPP (art. 4 LFLP). En outre, un versement en espèces est concevable aux conditions de l'article 5 LFLP.

Conformément à l'article 122, 1er alinéa, la "prestation de sortie acquise durant le mariage" doit être partagée. Cette notion de la prestation de sortie est définie dans la loi sur le libre passage en relation avec un changement de place de travail de l'assuré. Le nouveau droit du divorce exige que soit déterminée quelle est la prestation de sortie "acquise durant le mariage" (cf. à ce propos les exemples chiffrés annexés).

338 Ordonnance du 3 octobre 1994 sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (OLP); RS 831.45, RO 1994 2399, art. 10 et 21.

Lorsque les époux se sont mariés *après l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage* (1er janvier 1995), le calcul est relativement simple. Conformément à l'article 2, 1er al., de l'ordonnance sur le libre passage³³⁹, les institutions de prévoyance sont tenues de calculer la prestation de libre passage au moment du mariage et de la communiquer à la nouvelle institution de prévoyance en cas de changement d'emploi. Pour obtenir le montant à partager, il convient d'ajouter à la prestation de sortie existant au moment du mariage les intérêts dus jusqu'au moment du divorce et de déduire ce montant de la prestation de sortie existant au moment du divorce (art. 22, 2e al., P LFLP). Ainsi, les intérêts échus durant le mariage profitent au conjoint affilié à l'institution de prévoyance. On admet que, dans le cadre de la prévoyance professionnelle, les intérêts sont destinés à compenser l'inflation. Le taux d'intérêt déterminant, qui doit correspondre au taux technique appliqué par l'institution de prévoyance professionnelle (cf. art. 26, 2e al., LFLP), est fixé par le Conseil fédéral (art. 26, 3e al., P LFLP).

Durant le mariage, il est possible que des rachats auprès d'une institution de prévoyance aient été réalisés; des paiements en espèces peuvent également avoir été effectués. Lorsque les rachats ont été financés par des moyens acquis durant le mariage contre rémunération, l'amélioration de la prévoyance qui en résulte doit profiter aux deux conjoints en cas de divorce. En revanche, si les rachats ont été réalisés avec des moyens qui appartenaient déjà au conjoint avant son mariage, qu'il a acquis durant le mariage à titre gratuit ou qu'il a obtenus au titre de réparation d'un tort moral, les valeurs correspondantes, y compris l'intérêt, doivent être exclues du partage (art. 22, 3e al., P LFLP). Le régime matrimonial des conjoints ne joue aucun rôle. Le renvoi à l'article 198 CC ne tend qu'à décrire les valeurs patrimoniales concernées. On peut déduire de l'article 22, 3e alinéa, que ces versements uniques ne doivent pas permettre d'invoquer, en droit des régimes matrimoniaux, une récompense des biens propres contre les acquêts. Si tel était le cas, la partie concernée profiterait deux fois du montant considéré. Peu importe la provenance des moyens lorsque le rachat n'est pas réalisé par un versement unique, mais simultanément aux contributions ordinaires par des versements réguliers. Il n'y a pas lieu de réduire la prestation de sortie à partager, même lorsque ce n'est exceptionnellement pas le revenu qui a été utilisé pour les paiements réguliers, mais des éléments de fortune qui existaient déjà au moment du mariage ou qui ont été acquis ultérieurement par succession. Une compensation pourra être réalisée sur la base du régime matrimonial ou sur celle de l'article 165, 2e alinéa, CC.

Lorsqu'un *versement en espèces* a eu lieu durant le mariage, il diminue la prestation de sortie existant au moment du divorce. Il n'est pas nécessaire d'en tenir compte. Le montant correspondant est exclu du système de la prévoyance professionnelle. C'est le droit des régimes matrimoniaux qui s'applique aux montants qui existent encore au moment du divorce³⁴⁰. En premier lieu, des rachats ultérieurs par des moyens acquis durant le mariage compensent les versements en espèces, même lorsque la plus grande partie de la prestation de sortie payée au comptant a été acquise durant le mariage. Ainsi, le versement en espèces peut en cas de divorce avoir des effets positifs pour le preneur d'assurance et des effets négatifs pour son conjoint. C'est la raison pour laquelle il ne peut être réalisé qu'avec l'accord du conjoint (art. 5, 2e et 3e al., LFLP).

Lorsque, malgré les dispositions légales, on ignore le montant de la prestation de sortie au moment du mariage, bien que celui-ci ait été célébré après l'entrée en vigueur de la

339 Cf. note 338. Cf. aussi art. 24, 2e al., P LFLP; *infra*, ch. 233.445.

340 Hausheer/Reusser/Géiser, n. 33 ad art. 207 CC.

loi sur le libre passage, par exemple parce que l'on a égaré les documents relatifs à ce montant, il convient de procéder de la même manière que dans le cas des mariages célébrés avant le 1er janvier 1995 (art. 22a P LFLP).

233.442 Calcul de la prestation de sortie au moment du mariage en cas de mariage antérieur au 1er janvier 1995
(art. 22a P LFLP)

Il est plus difficile de calculer le montant de la prestation de sortie acquise durant le mariage lorsque les conjoints se sont mariés *avant l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage*. D'une part, dans les cas de ce genre, les données ne sont fréquemment plus disponibles; d'autre part, les modifications législatives survenues dans l'intervalle posent certaines difficultés.

Lorsqu'au moment de son mariage, une personne a acquis, sous le régime de lois et règlements anciens, à l'occasion d'un changement d'emploi, une prestation de libre passage, celle-ci ne peut pas être prise en considération, car il s'agit d'un montant purement hypothétique. Autrefois, la prestation de libre passage n'avait qu'un lien limité avec les expectatives de prévoyance futures. Pour obtenir un montant comparable avec la prestation de sortie existant au moment du divorce, il convient de calculer la prestation de sortie au moment du mariage selon la nouvelle loi sur le libre passage. En cas de changement d'emploi après l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage, la prestation de sortie correspondant à toute la durée de service doit être calculée selon le nouveau droit.

Lorsque le conjoint n'a *pas changé d'institution de prévoyance professionnelle* durant le mariage et que cette institution dispose encore des documents nécessaires, la prestation de libre passage existant au moment du mariage peut être calculée selon les dispositions de la loi sur le libre passage et les règlements en vigueur au moment du divorce. Ce montant est déterminant pour le partage selon l'article 122 (art. 22a, 1er al., 2e phrase, P LFLP).

Il n'est en revanche pas possible de procéder de la même manière lorsque le conjoint a *changé d'institution de prévoyance professionnelle* durant le mariage. En règle générale, dans les cas de ce genre, les documents ne sont plus complets, de telle sorte que l'on ne peut pas calculer exactement quelle aurait été la prestation de sortie au moment du mariage selon le nouveau droit. Pour faciliter l'application du partage, il convient donc de partir de valeurs qui se rapprochent de la valeur réelle et qui devront être calculées à l'aide d'un tableau établi par le Département fédéral de l'intérieur (art. 22a, 1er al., 1re phrase, P LFLP). Ces valeurs sont des valeurs moyennes qui pourront s'écarter dans les cas concrets des valeurs réelles. Les tentatives d'apporter la preuve de divergences pourraient donner lieu à des difficultés considérables sans permettre, dans bien des cas, d'aboutir à des résultats clairs. La loi sur le libre passage exclut dès lors la faculté des intéressés d'apporter la preuve que la prestation de libre passage réelle est plus ou moins élevée que celle obtenue à l'aide du tableau. L'application du mode de calcul décrit dans le tableau est obligatoire (art. 22a, 1er al., 1re phrase, P LFLP).

En vertu de l'ancien droit, les changements de caisses de pension entraînaient une réduction des expectatives du preneur d'assurance. Ces pertes ont eu lieu durant le ma-

riage et doivent par conséquent diminuer la prestation de sortie à partager entre les conjoints. Pour le calcul de la prestation de sortie existant au moment du mariage, le tableau se base d'une part sur la première prestation de sortie réellement perçue après le mariage. D'autre part, la dernière prestation de sortie payée avant le mariage est également déterminante. La différence doit être partagée, à l'aide du tableau, en fonction du temps écoulé avant et après le mariage. Le résultat donne la prestation de sortie au moment du mariage (art. 22a, 2e et 3e al., P LFLP). En cas de changement d'institution de prévoyance après l'entrée en vigueur de la loi sur le libre passage, il n'est pas nécessaire de réaliser le calcul sur la base de la prestation de sortie réellement payée; on peut partir de la première prestation de sortie notifiée selon l'article 24 de la loi sur le libre passage (art. 22a, 2e al., let. a, *in fine* P LFLP).

Cette méthode de calcul s'applique également par analogie aux avoirs de libre passage acquis avant le 1er janvier 1995 et qui doivent également être partagés conformément à l'article 122 (art. 22a, 4e al., P LFLP).

233.443 Indemnisation (art. 22b P LFLP)

S'inspirant de l'article 22 LFLP, entré en vigueur le 1er janvier 1995, le nouvel article 22b P LFLP prévoit que, dans les cas où le partage des prestations de sortie selon l'article 122 est impossible et où une indemnité doit être versée conformément à l'article 124, le juge peut, dans le jugement de divorce, prévoir la cession d'une partie de la prestation de sortie pour faciliter le versement de l'indemnité équitable. Dès lors que le montant de l'indemnité doit être fixé en considération de l'article 122, il n'est pas nécessaire de préciser dans la loi quelles sont les limites admises de la cession.

233.444 Rachat (art. 22c P LFLP)

L'article 22c P LFLP correspond matériellement à l'article 22, 3e alinéa, LFLP actuel. L'institution de prévoyance doit permettre au conjoint assuré de racheter la prestation de sortie transférée. Les dispositions relatives à l'entrée dans une nouvelle institution de prévoyance (art. 9 ss LFLP) sont applicables par analogie. La possibilité de rachat doit être donnée aussi bien en cas d'application des articles 22 et 22a que de l'article 22b P LFLP. L'institution de prévoyance doit donner un délai raisonnable à l'époux débiteur pour lui permettre de racheter sa prévoyance par acomptes. Celui-ci doit pour sa part se déterminer sur sa volonté d'effectuer un rachat. Dans le cas des caisses régies selon le principe de la primauté des prestations, une décision de rachat prise un certain temps après le divorce entraînera en règle générale des frais plus élevés que le montant de la prestation de sortie transférée avec les intérêts.

233.445 Information de l'assuré et documentation en vue du divorce
(art. 24 P LFLP)

Le nouvel article 24, 2e alinéa, P LFLP fixe dans la loi l'obligation des institutions de prévoyance professionnelle de donner des informations relatives au montant de la prestation de sortie au moment du mariage d'un assuré, à l'instar de ce que prévoit déjà l'ordonnance sur le libre passage (art. 2 de cette ordonnance). L'institution de prévoyance doit informer l'assuré qui se marie du montant de sa prestation de sortie. En outre, elle doit conserver les données dans ses dossiers et les communiquer à une nouvelle institution de prévoyance, éventuellement de libre passage, en cas de sortie de l'assuré.

Le 2e alinéa prévoit expressément que l'institution de prévoyance professionnelle est tenue de renseigner l'assuré ou le juge du divorce des avoirs déterminants pour le calcul de la prestation de sortie. Ce devoir d'information correspond à l'article 170 CC.

233.45 Encouragement à l'accession à la propriété du logement
(art. 331e, 6e al., P CO et art. 30c, 6e al., P LPP)

Lorsque l'un des conjoints a utilisé des moyens de la prévoyance professionnelle pour acquérir un logement, conformément à l'article 30c LPP et à l'article 331e CO, les fonds en question demeurent liés à un but de prévoyance. Lorsque, au moment du divorce, aucun cas de prévoyance n'est encore survenu pour le preneur d'assurance, ces fonds liés investis dans le logement doivent être partagés selon les articles 122 et 123 (art. 30c, 6e al., P LPP et art. 331e, 6e al., P CO). Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour le conjoint du preneur d'assurance, l'article 124 est applicable. Du point de vue des régimes matrimoniaux, le logement doit être traité comme s'il avait été acquis au moyen d'un prêt. Lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu avant le divorce pour le preneur d'assurance, l'argent n'est plus bloqué et les fonds investis dans le logement doivent être traités dans le cadre de la liquidation du régime matrimonial, comme en cas de versement en espèces³⁴¹.

233.46 Procédure
(art. 141 et 142, art. 25a P LFLP)

Le partage des prestations de sortie ne concerne pas seulement les parties au divorce, mais également leurs institutions de prévoyance professionnelle. Ces dernières doivent donc être intégrées dans la procédure. Les litiges entre les institutions de prévoyance et les ayants droit doivent être portés devant les juges désignés par les cantons conformément à l'article 73 LPP. Il convient par conséquent de coordonner dans ce projet la procédure de divorce avec la procédure applicable en cas de litiges relatifs aux prétentions résultant de la prévoyance professionnelle.

Il peut arriver que les conjoints parviennent à se mettre d'accord, *dans leur convention de divorce*, sur un partage déterminé des prestations de sortie. En principe, il s'agira du partage par moitié au sens de l'article 122. Au vu de l'article 123 et du fait que certaines

341 Cf. à ce propos, Hausheer/Reusser/Geiser, n. 33 ad art. 207.

personnes peuvent être affiliées à plusieurs institutions de prévoyance professionnelle, on pourra cependant rencontrer certaines exceptions. L'accord peut déterminer quel pourcentage de l'avoir de prévoyance doit être transféré à l'autre conjoint. Il est toutefois également possible qu'un montant déterminé soit fixé. Dans ce dernier cas, le juge ne peut cependant ratifier la convention qu'après avoir obtenu la confirmation du caractère réalisable du projet de partage par l'institution de prévoyance professionnelle concernée. La ratification judiciaire rend le partage obligatoire, également pour l'institution de prévoyance (art. 141, 1er al.). Le juge communique d'office à l'institution de prévoyance professionnelle la décision que cette dernière doit exécuter (art. 141, 2e al.).

Lorsque la convention passée entre les conjoints *ne peut pas être ratifiée* ou en l'absence de convention, faute d'accord entre les conjoints ou entre les conjoints et l'institution de prévoyance, le juge du divorce doit, en vertu des articles 122 ss, prendre, dans le jugement de divorce, une décision relative au partage de l'avoir de prévoyance. Dans un tel cas, il ne peut prévoir qu'un partage fixé en pourcent. Il n'a pas le pouvoir de déterminer quel montant exact doit être transféré, dès lors que le jugement de divorce ne peut pas définir de manière obligatoire la situation juridique entre les conjoints et l'institution de prévoyance professionnelle. La procédure à suivre doit ainsi être scindée en deux étapes:

- La clé de répartition est fixée de manière obligatoire dans le jugement de divorce (art. 142, 1er al.); la date du mariage et celle du divorce sont également indiquées, avec force obligatoire, dans ce jugement (art. 142, 3e al., ch. 2).

Après l'entrée en force du jugement, le juge du divorce transfère l'affaire au juge compétent au sens de l'article 73, 1er alinéa, LPP, et lui communique sa décision sur les proportions à respecter en relation avec le partage et sur les dates de mariage et de divorce. Il communique également les documents qui permettent de déterminer auprès de quelles institutions de prévoyance les conjoints ont, apparemment, des avoirs et quel en est leur montant présumé (art. 142, 3e al.). Ces informations du juge du divorce constituent une contribution à l'éclaircissement des faits, mais n'ont pas un caractère contraignant, dès lors qu'elles concernent les rapports entre les conjoints et les institutions de prévoyance, ces dernières n'ayant pas la qualité de parties dans la procédure de divorce.

- Il convient ensuite d'établir, dans la procédure basée sur l'article 73 LPP, les prétentions dont peuvent se prévaloir les conjoints à l'égard des institutions de prévoyance professionnelle et quel est le montant de ces prétentions. La décision lie toutes les parties (parties au divorce et institutions de prévoyance professionnelle). Le juge compétent au sens de l'article 73 LPP doit fonder sa décision sur la clé de répartition fixée par le juge du divorce, sur la date et la durée du mariage qui lui ont été indiquées par ce même juge (art. 25a, 1er al., P LFLP).

Dès qu'il reçoit la communication du juge du divorce, le juge compétent au sens de l'article 73 LPP doit diriger d'office la procédure. Il fixe un délai pour le dépôt de conclusions aux conjoints et aux institutions de prévoyance professionnelle (art. 25a, 2e al., P LFLP). Faute de conclusions, le juge décide sur la base du dossier.

* L'article 73 LPP définit uniquement la *compétence matérielle*, à l'exclusion de la compétence territoriale. Conformément à l'article 25a, 1er alinéa, P LFLP, c'est le juge du canton où s'est déroulée la procédure de divorce qui est compétent.

233.5 Entretien après le divorce

233.51 Remarques préalables

Selon le code civil, l'entretien de la famille couvre l'ensemble des besoins vitaux des conjoints et de leurs enfants vivant en ménage commun avec eux. Il est réglé aux articles 163 ss CC. Outre les besoins fondamentaux tels que la nourriture, les vêtements, le logement et les soins corporels et sanitaires, l'entretien englobe également la satisfaction des besoins de nature culturelle et la couverture de certains risques de diverses natures tels que la maladie, les accidents, l'âge, etc. S'ajoutent encore à ces éléments certaines redevances publiques et impôts³⁴².

L'entretien de la famille est assuré par des contributions en argent régulières prélevées sur le revenu et/ou sur la fortune, ainsi que par des prestations en services ou par des prestations matérielles. Ainsi, une personne peut verser de l'argent dans la caisse du ménage, effectuer des travaux ménagers, s'occuper des autres membres de la famille ou encore mettre à leur disposition du mobilier ou un immeuble. Normalement, l'apport global de chaque conjoint se compose de contributions fournies sous les trois formes mentionnées ci-dessus et, en règle générale, de manière plus ou moins intensive pour chacune d'entre elles. Conformément à l'article 163 CC, les conjoints doivent se mettre d'accord sur leurs contributions respectives.

La collaboration des conjoints à la satisfaction de leurs besoins vitaux se termine en cas de divorce. Comme on l'a déjà mentionné au chiffre 144.6, les conséquences de la répartition des tâches adoptée d'un commun accord durant le mariage doivent être supportées par les deux conjoints. La réglementation de l'entretien après le divorce doit en particulier tenir compte du dommage subi par le conjoint qui a perdu son indépendance économique à cause du mariage³⁴³. Il faut en outre prendre en considération la charge de travail effective que représentent les soins et l'éducation des enfants après le divorce³⁴⁴ et qui empêche la reprise d'une activité lucrative. Par ailleurs, le divorce cause en règle générale un dommage, dans la mesure où les membres de la famille se répartiront en deux ménages, qui entraîneront naturellement davantage de dépenses (en prestations en argent, en prestations matérielles et en services). Deux logements séparés doublent par exemple les coûts des télécommunications et des abonnements de jour-

342 Cf. ATF 114 III 85, avec références. Le traitement fiscal intercantonal en matière d'interdiction de double imposition (art. 46, 2e al., cst.) s'applique, selon la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, tant aux prestations d'entretien pour l'enfant (cf. ATF 118 Ia 277 ss, 281 c. 3) qu'à l'entretien après le divorce (jugement de la IIe Cour de droit public du 20 juin 1995, 2P.368/1994).

343 Cf. ATF 115 II 9, c. 3a; 114 II 17 ss/30 ss

344 Les difficultés des parents divorcés sont accrues du fait de l'irrégularité des horaires scolaires et des faiblesses de notre système de structures d'accueil des enfants.

naux³⁴⁵. Les prestations en services sont également touchées par un divorce: le fait qu'il y ait désormais deux ménages n'implique pas seulement une augmentation de l'ensemble des contributions de ce type, les époux divorcés devront en outre trouver une nouvelle répartition des tâches. Les contributions de l'époux qui s'est exclusivement consacré au ménage pourront par exemple diminuer, alors que l'époux professionnellement actif devra accomplir des travaux ménagers. Compte tenu de ces divers éléments, il n'est pas possible de régler l'entretien après le divorce en prévoyant seulement une clé de partage schématique des moyens financiers disponibles au moment du divorce.

A ce propos, il convient de distinguer deux situations. Si le mariage a duré *peu de temps* et qu'il n'en est issu aucun enfant qui nécessite encore des soins, les époux doivent en principe être placés dans la situation qui serait la leur s'il n'y avait pas eu de mariage³⁴⁶. En revanche, dans le cas des *mariages de longue durée*, les époux doivent si possible se trouver, en matière d'entretien, dans la situation qui était la leur avant le divorce (art 163 CC)³⁴⁷. En règle générale, les montants qui ont pu être épargnés durant le mariage ne sont pas suffisants pour garantir un tel niveau d'entretien³⁴⁸. Il ne restera donc bien souvent plus qu'à examiner si le train de vie actuel peut être maintenu grâce à une augmentation de l'activité professionnelle ou si les deux époux divorcés doivent se satisfaire d'un niveau de vie inférieur. La solution dépendra des circonstances particulières de chaque cas, notamment de la question de savoir si un complément d'activité professionnelle est possible ou peut être raisonnablement exigé des époux divorcés.

L'entretien des enfants issus du mariage et nécessitant encore des soins, qui, conformément aux articles 276 ss CC, doit être pris en charge par les deux parents divorcés, comprend également des prestations en argent, en nature et en services. Les soins apportés à un enfant doivent être mis sur pied d'égalité avec les contributions financières du parent dépourvu de la garde³⁴⁹. Si l'éducation et les soins dus aux enfants empêchent l'un des parents de reprendre une activité professionnelle, il faut en tenir compte dans la réglementation de l'entretien après le divorce. On ne peut pas prévoir une indemnité supplémentaire ou indépendante des dommages résultant du divorce pour compenser les pertes causées par la prise en charge des enfants.

233.52 Conditions (art. 125)

Selon le droit actuel (art. 151, 1er al., et 152 CC), l'attribution d'une contribution d'entretien après le divorce suppose l'innocence du bénéficiaire. La condition de l'innocence a certes été relativisée par la jurisprudence du Tribunal fédéral; elle conserve cependant

345 Pour davantage de précisions, cf. H. Hausheer, Nachehelicher Unterhalt: Streitobjekt für die (verschiedenen) Experten des Bundesrates in der anstehenden Scheidungsrechtsrevision, RSJB 1993, p. 650 ss.

346 ATF 109 II 184 ss

347 ATF 115 II 8 ss

348 Dans le cas des revenus familiaux les plus répandus, à savoir 5'000 à 7'500 francs par mois correspondant à 1,4 poste, le montant épargné se monte à 200 ou 300 francs; à ce sujet, cf. Hausheer, RSJB 1993, p. 657 s., notes 57 et 59.

349 Cf. ATF 114 III 81

une importance considérable en pratique³⁵⁰. En conséquence, le droit du divorce actuel ne tient pas assez compte du principe de l'article 163 CC, selon lesquels les conjoints conviennent de la répartition des tâches durant le mariage, ainsi que de l'équivalence des divers apports à l'entretien de la famille. Seul l'un des époux divorcés supporte les risques liés à la perte de son indépendance économique, bien que la répartition des tâches entre les conjoints ait autrefois été adoptée d'un commun accord. La condition de l'innocence est encore plus choquante dans les cas où l'un des époux se trouve, à long terme ou principalement en raison des soins qu'il doit vouer aux enfants, dans l'impossibilité de retrouver son indépendance économique. Dans les deux cas, on est en présence d'un dommage résultant du mariage qui ne peut pas être mis à la charge d'un seul des conjoints sur la base de la notion de faute, dans la mesure où une faute comparable de l'autre époux, qui a conservé son indépendance économique, n'aurait pas de conséquence pour son auteur. La solidarité postérieure au divorce requiert elle aussi que l'entretien après le divorce soit réglé indépendamment de la notion de faute (cf. *supra*, ch. 144.6)³⁵¹.

Une Recommandation du Conseil de l'Europe (R (89) 1 du 18 janvier 1989 sur les prestations après divorce) a par ailleurs invité les Etats membres, conformément à de nombreuses législations européennes, à ne pas tenir compte, en principe, des fautes éventuelles des époux lors du calcul des prestations dues par l'une des parties à l'autre après le divorce (cf. *supra*, ch. 146.31). Ce n'est qu'en cas de faute grave ou d'abus de droit que la législation pourrait prévoir le refus ou la réduction des prestations. L'article 125 prend cette recommandation en considération. Le projet assure ainsi également la concordance entre la réglementation des effets du divorce et celle des causes du divorce, lesquelles sont formulées sans égard au comportement fautif des époux. Lors du divorce, on doit en premier lieu se demander objectivement si l'on ne peut pas exiger d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable, par exemple en raison des soins qu'il doit vouer aux enfants, de son âge ou d'autres motifs. Si tel est le cas, son conjoint peut se voir contraint de lui verser une contribution équitable. Lorsqu'il est exclu d'accorder au bénéficiaire de l'entretien une contribution viagère, il faut prendre en considération le fait que la constitution d'une prévoyance vieillesse, survivants et invalidité convenable est une composante de la prétention d'entretien³⁵². Lorsque les revenus du débiteur de l'entretien sont relativement faibles, de telle sorte qu'ils ne permettent que d'octroyer une rente minimale, il convient de prévoir, en guise de compensation, la prolongation de la durée de la rente ou sa hausse, pour le cas où les revenus du débiteur augmenteraient ou que ses charges diminueraient (par exemple à l'échéance d'une obligation d'entretien d'enfants) (cf. art. 126, 3e al., CC).

Dans un deuxième temps et sur requête, on examinera si la contribution d'entretien doit être refusée ou réduite pour des motifs d'équité. L'article 130, 3e alinéa de l'avant-projet, selon lequel l'allocation d'une contribution pouvait être refusée lorsqu'elle s'avérait manifestement inéquitable a été critiqué lors de la procédure de consultation. On lui

350 Cf. ATF 117 II 15 s; 108 II 364 ss; 103 II 168 ss; Hinderling/ Steck, op. cit., p. 312 ss; Th. Geiser, *Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten*, PJA 1993, p. 908; H. Hausheer, *Neue Tendenzen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich der Ehescheidung*, RSJB 1986, p. 63 ss.

351 Cf. aussi I. Jermann, *Die Unterhaltsansprüche des geschiedenen Ehegatten nach Art. 151 Abs. 1 et 152 ZGB*, 2e éd., Berne 1982, p. 143 ss, avec des conclusions et des propositions de révision en vue de l'élimination du principe de la faute et de fondement juridique de l'obligation d'entretien après le divorce.

352 Cf. aussi ATF 117 II 366 s., c. 5c; 115 II 14 s., c. 7; Hinderling/ Steck, op. cit., p. 390.

reprochait d'être trop imprécis et de réintroduire, par la "petite porte", la notion de faute dans la procédure de divorce. L'article 125 du projet tient compte de ces critiques. Il concrétise en effet la clause d'équité et la limite aux cas graves et manifestes. Il est ainsi clair que l'on s'écarte de la notion de faute du droit actuel. Les chiffres 1 et 3 du 3^e alinéa permettent de refuser, en tout ou en partie, l'allocation d'une contribution, lorsque le créancier a gravement violé son obligation d'entretien de la famille ou qu'il a commis une *infraction* pénale grave contre le débiteur ou un de ses proches. De par leur but, ces deux dispositions se rattachent aux articles 477 CC (causes d'exhérédation) et 249, chiffre 1 et 2, CO (restitution des biens donnés). On a cependant adapté la terminologie dépassée, antérieure à l'adoption du code pénal suisse. C'est la gravité concrète de l'infraction qui est déterminante et non sa désignation comme délit ou comme crime qui dépend de la peine maximale encourue³⁵³. Les contraventions n'entrent pas en considération. L'article 125, 3^e alinéa, chiffre 2, vise le cas où une personne a délibérément provoqué la situation de nécessité dans laquelle elle se trouve, par exemple en négligeant d'exercer une activité professionnelle, alors qu'on pourrait raisonnablement exiger d'elle qu'elle travaille³⁵⁴, ou en dilapidant volontairement sa fortune.

Le 2^e alinéa de l'article 125 énonce les critères principaux, développés par la doctrine et la jurisprudence, à prendre en considération pour décider de l'allocation d'une contribution d'entretien et pour déterminer son montant et sa durée³⁵⁵. Ces facteurs sont les suivants: la répartition des tâches pendant le mariage (ch. 1), la durée du mariage (ch. 2), le niveau de vie des époux durant le mariage, dans le sens d'une limite maximale (ch. 3), l'âge et l'état de santé des époux (ch. 4), leurs revenus et leurs fortunes (ch. 5), l'étendue et la durée des soins que les époux doivent encore vouer aux enfants communs (ch. 6), la formation professionnelle et les perspectives de gain des époux, ainsi que le coût probable de l'insertion professionnelle du créancier de l'entretien (ch. 7) et, enfin, les expectatives de l'assurance vieillesse et survivants et de la prévoyance professionnelle ou d'autres formes de prévoyance privée ou publique, y compris le résultat prévisible du partage des prestations de sortie au sens des articles 122 ss (ch. 8). Ce dernier critère est surtout important lorsque le créancier a besoin d'une contribution complémentaire afin de se constituer sa propre prévoyance vieillesse. En revanche, le résultat prévisible du partage des prestations de sortie, qui ne peut être connu avec précision qu'après l'entrée en force du jugement de divorce (cf. les commentaires relatifs à l'art. 122), ne joue qu'un rôle restreint dans le cas des rentes provisoires de durée limitée. Lorsqu'il n'y a pas de partage de la prestation de sortie, mais que le créancier reçoit une indemnité équitable au sens de l'article 124, il faudra en tenir compte de la même manière que pour la liquidation du régime matrimonial conformément au chiffre 5. Normalement, les simples expectatives successorales ne sont pas prises en considération; elles peuvent donner lieu à un procès en modification du jugement de divorce (cf. art. 129).

L'ordre dans lequel sont présentés les divers critères a été adopté pour des raisons purement systématiques (survenance des faits dans le passé, le présent ou le futur) et ne suppose pas la priorité de certains critères sur d'autres.

353 Cf. art. 9 CP.

354 Cf. ATF 119 II 316 s., c. 4; 117 II 17

355 Cf. ATF 115 II 6 ss (résumé de la jurisprudence); Jermann, op. cit., en particulier p. 94 ss et 152 ss; Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 99 s., n. 11.17 ss; Bühler/Spühler, n. 32 ss ad art. 151; Spühler/Frei-Maurer, 32 ss ad art. 151; Hinderling/Steck, op. cit., p. 396.

4 Cette réglementation de l'obligation d'entretien après le divorce, qui reflète la pratique actuelle, s'en remet, comme le droit de la filiation (art. 285 CC), au pouvoir d'appréciation du juge. Seule une formulation ouverte permet de tenir compte de la diversité des conditions de vie et de l'évolution des circonstances sociales et économiques; c'est la raison pour laquelle la liste du 2e alinéa n'est pas exhaustive. Une réglementation plus détaillée n'est ni nécessaire, ni possible. On y a également renoncé lors de la révision du droit de la filiation. La jurisprudence du Tribunal fédéral continuera en outre d'assurer une certaine uniformité juridique.

Comme il a été mentionné ci-dessus, la limite supérieure de l'entretien convenable postérieur au divorce au sens de l'article 125 est donnée par le train de vie antérieur adopté d'un commun accord par les conjoints (art. 163 CC). L'entretien convenable peut exceptionnellement être plus élevé, lorsque les conjoints ont vécu de manière très économe et en-dessous de leurs moyens pour diverses raisons, par exemple pour acquérir une maison. Il n'est pas possible de fixer de manière générale la limite inférieure de l'entretien convenable. Le minimum vital ne peut pas constituer une telle limite; normalement, l'entretien convenable se situe un peu au-dessus de ce minimum. Le juge doit fixer l'entretien convenable dans le cadre de son pouvoir d'appréciation. Il est évident qu'il n'est pas possible de répartir plus d'argent qu'il n'y en a à disposition. Si les moyens financiers sont insuffisants pour allouer une rente convenable, en principe, les deux époux doivent accepter une réduction de leur train de vie antérieur³⁵⁶. Selon la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, le débiteur de l'entretien doit au moins disposer du minimum prévu en droit de la poursuite pour dettes (art. 93 LP), augmenté de 20 % pour tenir compte des impôts et des assurances indispensables³⁵⁷. Cela signifie que, suivant les circonstances, seul le créancier de l'entretien devra, si nécessaire, faire appel à l'assistance sociale. Le présent projet ne modifie pas cette situation. Il ne serait pas raisonnable de répartir le solde négatif entre les époux divorcés pour des motifs purement formels d'égalité de traitement³⁵⁸. On découragerait ainsi le débiteur, qui devrait de toute manière avoir recours à l'assistance, à exercer une activité lucrative. En outre, la prise en charge des deux époux par les services de l'assistance publique entraînerait des coûts supplémentaires, qui ne correspondraient à aucun avantage pour le créancier de l'entretien. Il convient cependant d'insister sur le fait que les autorités d'assistance devraient renoncer à exiger le remboursement des prestations versées aux femmes pour leur permettre d'éduquer leurs enfants. Le remboursement est en principe régi par le droit cantonal. La Conférence suisse des institutions d'assistance publique indique qu'à l'heure actuelle le remboursement est déjà rarement exigé. Conformément aux directives de ladite conférence, le remboursement des prestations d'assistance ne devrait en règle générale être exigé que lorsque les prestations ont été accordées en violation de la loi ou que la personne assistée a acquis une fortune considérable (par exemple lorsqu'elle a fait un héritage ou gagné à la loterie). En principe, le remboursement ne devrait pas être exigé ultérieurement sur le revenu de l'activité professionnelle des anciens assistés. En révisant leur législation, les cantons reprennent ces directives, qui sont déjà en vigueur dans les cantons de Zurich et de Schwyz.

356 Cf. en particulier H. Hausheer, RSJB 1993, p. 652 ss.

357 Cf. ATF 121 III 49 ss, 51 c. 1c; 118 II 100 en haut; 114 II 304; Hausheer, RSJB 1986, p. 62 s., et RSJB 1993, p. 659, note 66; Th. Geiser, PJA 1993, p. 908. Selon la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, cela s'applique également lorsque, dans le cadre des mesures provisoires pendant la procédure de divorce - soit lorsque le mariage n'est pas encore dissous - un solde négatif doit être réparti, cf. PJA 1995, p. 939.

358 Cf. Plädoyer 1994, p. 22 ss.

233.53 Mode de règlement (art. 126)

Le juge alloue la contribution d'entretien sous la forme d'une rente et fixe le moment à partir duquel elle est due (art. 126, 1er al.). Ce moment peut par exemple coïncider avec la retraite lorsqu'un époux âgé peut certes pourvoir lui-même à son entretien après le divorce, mais qu'il n'a pas de prévoyance vieillesse suffisante.

Il est important de donner au juge la possibilité de subordonner le paiement d'une contribution d'entretien à certaines conditions (art. 126, 3e al.). Il est vrai que cette disposition a été parfois critiquée lors de la procédure de consultation pour son manque de clarté et son imprécision. La possibilité de subordonner la contribution d'entretien à une condition est cependant importante en pratique. Plusieurs exemples permettent d'illustrer cette affirmation: si les parties conviennent que le père s'occupera durant deux jours par semaine des enfants, afin de permettre à la mère d'exercer une activité professionnelle et, par conséquent, de réduire la contribution d'entretien (cf. art. 125, 2e al., ch. 6), le juge pourra prendre en considération l'éventualité qu'il ne respecte pas les termes de la convention et prévoir une augmentation de la contribution due pour le cas où il y aurait effectivement violation de l'accord. Si on refusait la possibilité de prévoir une telle condition dans le jugement, les modifications ultérieures des circonstances ne pourraient plus être prises en compte puisque l'augmentation de la rente est exclue (cf. art. 129). Une obligation d'entretien conditionnelle permet également de prévenir les conséquences d'un éventuel échec de l'insertion professionnelle envisagée au moment du divorce. Enfin, la possibilité de soumettre les obligations d'entretien à des conditions permet de prendre en considération les particularités de chaque cas.

Lorsque des circonstances particulières le justifient, le juge peut imposer un règlement en capital plutôt qu'une rente (art. 126, 2e al.). C'est par exemple le cas lorsque le débiteur de l'entretien désire partir à l'étranger après le divorce ou dispose d'un capital suffisant. Le règlement en capital présente l'avantage de régler définitivement les rapports entre les conjoints. Les moyens nécessaires pour un tel "clean-break" font cependant souvent défaut (cf. *supra*, ch. 146.31). C'est donc en fait et non pas en droit que le règlement en capital constitue l'exception. Si le débiteur de l'entretien dispose des moyens nécessaires pour exécuter son obligation sous forme de capital, on ne peut pas rejeter sa demande. Il est également possible de prévoir le versement du capital par acomptes qui, au même titre que le capital, ne peuvent pas être modifiés et sont transmissibles par succession³⁵⁹.

233.54 Rente

233.541 Dispositions spéciales (art. 127)

Comme pour les rentes destinées aux enfants (art. 287, 2e al., CC), les parties peuvent disposer par convention (art. 140) que la rente fixée d'un commun accord ne sera pas modifiée ou ne le sera qu'en partie. Cette solution présente l'avantage d'exclure l'ouverture ultérieure d'éventuels procès en modification relatifs à cette question. En outre,

359 Cf. ATF 60 II 395 s.; Bühler/Spühler, n. 46 s. ad art. 151.

elle permet de prendre en considération des besoins particuliers et des désirs personnels qui ne pourront plus être remis en question par la suite. Le juge quant à lui ne peut ordonner lui-même cette "immutabilité", car il s'agit d'une contrainte qui ne tient pas compte des modifications des circonstances et a des conséquences très importantes, notamment en cas de rente viagère. Les rentes de ce type peuvent par exemple être intéressantes pour les couples d'un certain âge disposant de revenus assurés. Une modification ne serait possible qu'en cas de catastrophe sociale en application de l'article 2 CC, par exemple en cas d'incapacité de paiement d'une caisse de pension.

L'exclusion de la possibilité de modifier une rente d'entretien n'empêche pas qu'elle soit indexée. Mais une indexation ultérieure au sens de l'article 129, 2e alinéa, est impossible lorsque les époux ont fait usage de l'article 127.

L'article 127 ne prévoit pas de réglementation exhaustive en ce qui concerne les conventions entre les parties. Au contraire, les époux peuvent passer n'importe quelle convention conforme à l'ordre juridique (cf. commentaires relatifs à l'art. 140) et prévoit par exemple, comme en droit actuel³⁶⁰, que la rente sera augmentée d'un certain montant en cas de survenance d'un événement (lorsque le débiteur acquiert un revenu déterminé ou en cas de suppression d'une obligation d'entretien des enfants, par exemple), qu'elle continuera d'être due même en cas de remariage (cf. art. 130, 2e al.), qu'elle sera réduite ou qu'elle s'éteindra (si le créancier acquiert un revenu déterminé ou un héritage, par exemple). L'autonomie privée est ainsi respectée.

233.542 Indexation (art. 128 et 129, 2e al.)

Les clauses d'indexation sont monnaie courante dans la pratique, aussi bien dans le domaine des rentes pour enfants que dans celui des rentes destinées à un époux divorcé. Compte tenu de leur importance pratique, il se justifie de les faire figurer dans la loi. Le projet s'inspire de la solution adoptée en droit de la filiation (art. 286, 1er al., CC) tout en prenant en considération le reproche formulé à plusieurs reprises pendant la procédure de consultation, selon lequel les salaires ne sont, de nos jours, plus adaptés automatiquement au renchérissement. On renonce donc à prévoir dans la loi une indexation automatique de la rente. Conformément à la maxime de disposition, le juge ne peut prévoir l'indexation d'une rente d'entretien postérieure au divorce que sur demande. Il ressort cependant de l'article 143, chiffre 5, que le juge doit toujours indiquer dans le jugement si et dans quelle mesure la rente doit être adaptée aux variations du coût de la vie. Cela signifie que le juge est tenu d'interroger les parties sur l'indexation lorsqu'aucune demande ne lui est présentée à ce sujet ou lorsque la convention ne contient pas de clause relative à cette question. La loi ne donne aucune indication sur les modalités de l'indexation; il appartiendra à la pratique de les préciser³⁶¹. En cas de litige relatif à l'indexation d'une rente, la question de savoir si le débiteur peut compter avec une adaptation de son revenu sera déterminante³⁶².

360 Cf. ATF 81 II 591 ss, c. 7; 77 II 28, c. 3; 71 II 139 s.; Bühler/Spühler, n. 19 ad art. 153; Spühler/Frei-Maurer, n. 73 ad art. 157.

361 Cf. P. Kreis, Zur Indexierung von Unterhaltsbeiträgen, RDS 1982, p. 286 ss, en particulier p. 288; Hinderling/Steck, op. cit., p. 382 ss.

362 Cf. ATF 115 II 312, c. 1

Lorsque l'on a renoncé à l'indexation au moment du divorce, il est encore possible de demander ultérieurement, sous réserve de l'article 127, une adaptation de la rente au renchérissement dans le cadre d'une procédure en modification du jugement de divorce, lorsque le revenu du débiteur a augmenté de manière imprévisible après le divorce (art. 129, 2e al.). Il convient alors de considérer tous les éléments du revenu, à savoir les augmentations de salaire effectives et non seulement les allocations de renchérissement au sens propre³⁶³. La condition selon laquelle le revenu du débiteur doit avoir augmenté de manière imprévisible correspond aux conditions générales des procès en modification³⁶⁴. En outre, l'adaptation ultérieure de la rente au renchérissement doit être raisonnablement exigible de la part du débiteur. Cette exigence résulte de la norme de base de l'article 125, 1er alinéa. Ainsi, l'augmentation de la rente ne doit pas contraindre le débiteur à vendre son appartement ou sa maison³⁶⁵. En principe, l'adaptation de la rente au renchérissement ne peut être exigée que pour l'avenir et n'a pas d'effet rétroactif; le moment déterminant est celui de la litispendance du procès en modification (cf. art. 136, 2e al.). La limite supérieure de l'augmentation est le maintien du pouvoir d'achat qu'offrirait la rente fixée initialement. Cette dernière peut également être indexée pour l'avenir si les circonstances le permettent.

233.543 Modification par le juge (art. 129)

L'article 129, 1er alinéa, correspond dans une large mesure au droit actuel³⁶⁶. Si des changements interviennent dans la situation du débiteur ou du créancier, les contributions d'entretien doivent pouvoir être diminuées ou supprimées. Les changements doivent en tout cas être notables et durables. Des fluctuations insignifiantes ou seulement passagères dans la capacité contributive ou dans le besoin du bénéficiaire ne suffisent pas à justifier une modification de la contribution. Les rentes fixées par convention peuvent, comme en droit actuel³⁶⁷, également être modifiées, sous réserve d'une convention particulière au sens de l'article 127.

Dans la pratique actuelle, il arrive que des aliments destinés à un époux divorcé soient réduits précipitamment, sans examen de l'ensemble de la situation, dès qu'il tente, après le divorce, d'améliorer quelque peu sa situation financière par son activité lucrative. Cette pratique conduit à des injustices dans les cas où il n'avait pas été possible de fixer une rente suffisant à couvrir l'entretien convenable lors du divorce. L'article 129, 1er alinéa, 2e phrase, veut combattre ces injustices en précisant qu'une amélioration de la situation du créancier ne doit être prise en compte que si une rente suffisant à couvrir l'entretien convenable avait pu être fixée dans le jugement de divorce.

La faculté de suspendre l'obligation d'entretien prévue au 1er alinéa est nouvelle. Elle permet de tenir compte des divers modes de vie et d'éventuelles modifications ultérieures des circonstances. Cette disposition a reçu un accueil favorable pendant la procédure de consultation. Elle permet d'attendre que la situation ait évolué jusqu'à ce que

363 Cf. ATF 116 III 64 s., c. 3b

364 ATF 96 II 303, c. 5a; Bühler/Spühler, n. 55 ad art. 153.

365 Cf. ATF 115 II 315, c. 3c

366 Cf. ATF 117 II 211 ss; 117 II 359 ss

367 Cf. ATF 120 II 4 s.; 117 II 213, c. 1a; 105 II 168 s., c. 1

les éléments devant servir de base à une décision de suppression définitive soient fixés. Lorsqu'un époux divorcé créancier d'entretien vit avec un nouveau partenaire dans une communauté analogue au mariage, la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral n'offre que le choix entre le maintien de l'obligation d'entretien et sa suppression définitive³⁶⁸. Cette solution a été critiquée en doctrine³⁶⁹, car l'assimilation du concubinage au remariage n'est pas totalement satisfaisante, du moment qu'aucune base légale ne permet, en cas de dissolution du concubinage, de contraindre l'un des partenaires à contribuer à l'entretien de l'autre. La suspension de la rente peut également se justifier dans d'autres cas. On songe par exemple à la situation de la femme divorcée qui reprend une activité professionnelle, mais qui aura à nouveau besoin d'une rente au moment où elle aura atteint l'âge de la retraite. Le projet renonce volontairement à fixer un délai légal pour la suspension de la rente (cf. également art. 121, 3e al.). Mais cette dernière doit toujours être prévue pour une durée déterminée, par exemple pour cinq ans. Après l'expiration du délai de suspension, la rente ou l'obligation d'entretien renaît en principe. Le juge peut cependant, sur demande des parties, prévoir certaines conditions. Il peut par exemple imposer un comportement actif à l'ayant droit en le forçant à réclamer formellement la contribution d'entretien auprès du débiteur, sous peine d'extinction de la rente. Suivant les circonstances propres à chaque cas particulier, des conditions de ce type pourront être utiles pour éviter que des rentes échues totalisant des montants élevés soient réclamées après plusieurs années avec effet rétroactif (cf. art. 128, ch. 1, CO). Ainsi, le juge peut prendre en considération les intérêts des parties avec une certaine souplesse. Du reste, celles-ci ont de toute manière la possibilité de prévoir dans leur convention des conditions pour la suspension et la reprise de la rente³⁷⁰.

Le droit actuel exclut en principe les augmentations ultérieures de la rente³⁷¹. Le projet fait une brèche dans ce principe en prévoyant, à l'article 129, 2e alinéa, que le créancier peut prétendre pour l'avenir à une adaptation de la rente non indexée au renchérissement (cf. *supra*, ch. 233.542). En outre, conformément à l'article 129, 3e alinéa, le créancier peut, dans les cinq ans à compter du divorce, prétendre à l'allocation d'une rente ou à son augmentation lorsqu'il n'avait pas été possible de fixer dans le jugement une rente suffisant à couvrir son entretien convenable (cf. art. 143, ch. 3) et que la situation du débiteur s'est améliorée depuis lors. Cette disposition permet de prendre en considération les cas dans lesquels la situation financière du débiteur de l'entretien s'améliore de manière relativement rapide après le divorce, que ce soit par hasard ou en raison de la sous-estimation volontaire du revenu au moment du divorce. Cette disposition vise aussi les cas où le débiteur est libéré de l'obligation de verser des rentes pour l'entretien d'un enfant (cf. art. 277 CC) et voit dès lors sa capacité contributive accrue.

368 ATF 114 II 295 ss; 107 II 297 ss

369 Spühler/Frei-Maurer, n. 23 s. ad art. 153; Schnyder, RSJB 1985, p. 85 s., et RSJB 1983, p. 65 s.; R. Kehl-Zeller, RSJ 1984, p. 40 ss/42, ch. 5; H.M. Riemer, BJM 1977, p. 47 ss; Hinderling/Steck, op. cit., p. 369 ss et références.

370 Cf. également Spühler/Frei-Maurer, n. 19 ad art. 153; Bühler/Spühler, n. 19 ad art. 153.

371 Cf. ATF 117 II 365, c. 4c

Il convient de renoncer à étendre davantage dans la loi la possibilité d'augmenter les rentes³⁷². Le mariage est dissous par le divorce. Le développement économique des époux doit ensuite se faire de manière autonome. Ils doivent se faire à l'idée de liquider leurs rapports patrimoniaux et de ne plus pouvoir invoquer de nouvelles prétentions³⁷³. Le risque du chômage doit notamment être couvert par les assurances sociales; il ne doit pas être mis à la charge de l'époux divorcé. Les époux demeurent toutefois libres de prévoir dans leur convention de divorce la possibilité d'une augmentation ultérieure de la rente.

233.544 Extinction de par la loi (art. 130)

Comme à l'heure actuelle, l'obligation d'entretien doit en principe s'éteindre au décès du débiteur ou du créancier (1er al.). Une transmissibilité à cause de mort du côté du débiteur ou du créancier est donc exclue en l'absence de convention contraire des époux³⁷⁴.

L'obligation d'entretien prend en principe également fin au remariage du créancier. Cette solution correspond au droit actuel³⁷⁵. Il serait toutefois inéquitable d'appliquer ce principe de façon trop rigide. Lorsqu'un époux a abandonné son activité lucrative durant le mariage, dans l'intérêt de la famille, et qu'une rente transitoire lui a été allouée en vue de son insertion professionnelle (par exemple pour suivre des cours lui permettant de rafraîchir ses connaissances de base ou des cours nécessaires de recyclage, ou pour achever une formation interrompue en raison du mariage, etc.), on ne voit pas pourquoi le nouvel époux devrait assumer les coûts de son insertion. Ceux-ci trouvent en effet leur origine dans la répartition des tâches adoptée pendant le premier mariage (cf. art. 163 CC) et dont l'époux débiteur est également responsable. La même réflexion vaut pour les contributions d'entretien accordées à un époux en raison des soins qu'il doit vouer aux enfants communs et qui l'empêchent de pourvoir lui-même à son entretien. Il serait injuste que le nouvel époux doive dans tous les cas reprendre tout le devoir d'entretien à sa charge. Il devrait au contraire être possible de trouver une solution équitable dans chaque cas d'espèce. L'article 130, 2e alinéa, prévoit donc que le juge peut décider au moment du remariage d'un époux que son ex-conjoint continuera à lui verser, en tout ou en partie, la rente qui lui avait été allouée en vue de son insertion professionnelle ou en raison des soins à vouer aux enfants (cf. aussi art. 143, ch. 4). Une demande allant dans ce sens doit être déposée dans les six mois qui suivent le remariage, et le maintien de l'obligation d'entretien ne doit pas apparaître inéquitable au vu de l'ensemble des circonstances, notamment de la situation économique du débiteur

372 La disposition de l'avant-projet était moins restrictive: un époux divorcé pouvait demander l'allocation d'une rente ou son augmentation lorsqu'en raison de circonstances imprévues, qui lui auraient donné droit à une contribution d'entretien au jour du divorce, le créancier ne peut plus assumer son entretien convenable et que la contribution peut être équitablement exigée du débiteur (art. 134, 2e al., ch. 2, AP). Cette disposition a été critiquée lors de la procédure de consultation. L'exemple donné dans le rapport explicatif de l'avant-projet relatif aux besoins accrus en matière de soins d'un enfant devenu invalide peuvent être pris en compte par une adaptation de la contribution d'entretien due pour l'enfant (art. 286, 2e al., CC).

373 Cf. ATF 117 II 365, c. 4c

374 Hinderling/Steck, op. cit., p. 346 s.; Bühler/Spühler, n. 19 ad art. 153, avec de nombreux renvois.

375 Art. 153, 1er al., CC.

et de celle du nouvel époux (art. 4 CC). De par le droit fédéral (art. 8 CC), l'époux qui requiert le maintien de la rente supporte le fardeau de la preuve. Les époux sont libres de fixer dans leur convention le maintien de l'obligation d'entretien en cas d'un éventuel remariage ultérieur du créancier (cf. art. 127, *supra*, ch. 233.541).

233.55 Exécution (Art. 131 et 132)

Dans la pratique, le sens moral des débiteurs en matière de paiement de contributions d'entretien n'est souvent guère développé. Cette situation avait déjà amené le législateur à prévoir, lors de la révision du droit de la filiation, des mesures spéciales devant assurer l'exécution des contributions d'entretien destinées aux enfants (art. 290 à 293 CC). Il se justifie de prévoir les mêmes mesures, qui ont fait leurs preuves, dans le droit du divorce.

Lorsque l'obligation d'entretien fondée sur l'article 125 n'est pas remplie, l'office tutélaire ou un autre office désigné par le droit cantonal aidera, sur requête et de manière adéquate, le créancier qui le demande à obtenir l'exécution de sa prétention (art. 131, 1er al.). A la différence de ce qui est prévu pour les aliments destinés aux enfants, cette aide ne sera pas nécessairement gratuite. Face à une bonne situation financière de l'époux divorcé bénéficiaire de l'entretien, ou lorsqu'il porte la responsabilité des frais engagés, il serait choquant d'obliger la collectivité publique à offrir gratuitement son aide au recouvrement. Un enfant a en revanche besoin de plus d'aide en règle générale, car sa prétention d'entretien est un droit patrimonial particulier - souvent le seul d'ailleurs.

Les avances sur aliments apportent un soutien très efficace lorsque le débiteur est un mauvais payeur. Avec ce système, la collectivité verse, à la place et pour le compte du mauvais payeur, les prestations d'entretien auxquelles l'époux divorcé a droit. Faute de base constitutionnelle et comme en matière de droit de la filiation, le versement d'aliments ne peut cependant pas être mis à la charge de l'assurance sociale fédérale. L'exécution de cette tâche reste dévolue au droit de l'assistance publique, qui est de la compétence des cantons. L'article 131, 2e alinéa, constate le principe de l'article 6 CC et exprime le souhait du législateur fédéral de voir les cantons accepter cette tâche de politique sociale. Il ne crée cependant aucune obligation pour les cantons. Ceux d'entre eux qui se sont opposés à cette disposition lors de la procédure de consultation ne l'ont pas compris. Les cantons conservent leur totale liberté de légiférer dans ce domaine. Dans le cas où ils instaureraient les avances sur aliments, ils pourraient par exemple fixer un montant maximal qui pourrait dépendre de la situation économique du bénéficiaire d'entretien³⁷⁶. Les prétentions d'entretien, y compris le statut de créance privilégiée au sens du droit de la poursuite pour dettes³⁷⁷, passeront à la collectivité publique dans la mesure où celle-ci aura versé des avances (art. 131, 3e al.; 110 CO)³⁷⁸. Le privilège découlant de la notion de minimum vital au sens de l'article 93 LP concerne exclu-

376 Cf. C. Hegnauer, *Alimentenbevorschussung und Abtretung*, RDT 1991, p. 69.

377 Cf. C. Hegnauer, RDT 1991, p. 67 s.

378 Art. 219, 4e al., let. b, première classe.

sivement le créancier d'entretien et n'est pas transféré aux tiers, tels que la collectivité publique³⁷⁹.

L'avis aux débiteurs n'est pas seulement prévu dans le droit de la filiation, mais également dans le droit matrimonial (art. 177 CC). Il ne l'est cependant pas dans le droit du divorce³⁸⁰. L'article 132, 1er alinéa, vise à combler cette lacune. Il ne faut pas sous-estimer l'allègement des poursuites qu'il représente, puisqu'il couvre également les prestations futures pendant tout le temps où il demeure en vigueur, de sorte qu'il n'est pas nécessaire, contrairement à ce qui se passe dans la poursuite pour dettes, de requérir une nouvelle mesure à chaque fois qu'une prestation est venue à échéance³⁸¹. Le créancier de l'entretien acquiert une créance directe contre les personnes auxquelles a été adressé l'avis³⁸².

La violation, par mauvaise volonté, d'une obligation d'entretien après le divorce est sanctionnée pénalement par l'article 217 CP. Le besoin de sanction civile se fait aussi ressentir dans la pratique. C'est pourquoi le juge doit pouvoir obliger un époux divorcé à fournir des sûretés appropriées pour des contributions d'entretien futures lorsqu'il persiste à négliger son obligation, ou qu'il y a lieu d'admettre qu'il se prépare à fuir, qu'il dilapide sa fortune ou la fait disparaître (art. 132, 2e al.). Cette disposition reprend la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral selon laquelle les débiteurs de rentes d'entretien (art. 151, 1er al., et 152 CC) peuvent être astreints à fournir des sûretés lorsqu'une mise en danger concrète de l'exécution de la prestation d'entretien est prouvée et que la situation du débiteur lui permet de fournir de telles sûretés³⁸³. Il se justifie également d'admettre l'obligation de fournir des sûretés sans mise en danger concrète lorsque le débiteur persiste à négliger l'obligation d'entretien³⁸⁴. Le projet, comme l'article 292 CC, ne précise pas dans quelle forme doivent être fournies les sûretés; il appartiendra à la pratique de le faire. Tous les moyens du droit privé sont admis³⁸⁵.

L'obligation de fournir des sûretés peut être combinée avec un avis aux débiteurs, de sorte que les aliments peuvent être constamment payés au moyen de sûretés³⁸⁶.

233.6 Sort des enfants

233.61 Droits et devoirs des père et mère en général (art. 133, 1er et 2e al., et 315a)

Les 1er et 2e alinéas de l'article 133 reprennent largement le contenu du droit actuel (cf. art. 156 et 297, 3e al., CC). Des modifications fondamentales ne sont pas nécessaires (à propos de la nouvelle terminologie allemande "elterliche Sorge", cf. *supra*, ch. 15).

379 Cf. ATF 116 III 10 ss

380 Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 205, n. 21.41; Spühler/Frei-Maurer, n. 97 ad art. 151.

381 Cf. Th. Geiser, Die Anweisung an die Schuldner, RDT 1991, p. 7.

382 Geiser, RDT 1991, p. 9.

383 ATF 107 II 396 ss

384 Cf. M. Keller, Die Anwendung obligationenrechtlicher Regeln auf den Anspruch gemäss Art. 151 I ZGB, in Festschrift für C. Hegnauer, Berne 1986, p. 228.

385 Bühler/Spühler, op. cit., n. 65 ad art. 151; Geiser, REC 1991, p. 15.

386 Cf. Geiser, REC 1991, p. 17 s.

† Selon le 1er alinéa, le juge attribue, dans le jugement de divorce, l'autorité parentale à l'un des parents et règle, d'après les dispositions régissant les effets de la filiation (art. 273 ss), les relations personnelles avec le parent qui perd l'autorité parentale. Il fixe également son obligation d'entretien (art. 276 s. et 285 ss CC). Tous les problèmes concernant les enfants continuent à être soumis à la maxime d'office. Le juge détermine d'office, sans requête des parties, l'attribution de l'autorité parentale, les relations personnelles et les contributions d'entretien³⁸⁷.

Déjà lors de l'abaissement de l'âge de la majorité civile, l'article 156 CC a été modifié en ce sens que le jugement de divorce peut fixer des contributions d'entretien également pour des enfants majeurs. Le projet reprend cette solution sans changement.

Comme actuellement, le juge du divorce est compétent pour prendre les mesures nécessaires à la protection de l'enfant et charger les autorités de tutelle de leur exécution (art. 315a, 1er al.). Cette solution est judicieuse, car elle évite l'ouverture d'une seconde procédure par l'autorité tutélaire et maintient un lien matériel étroit entre le divorce et l'attribution des enfants d'une part et les mesures de protection des enfants d'autre part. En droit actuel, il est admis que le juge peut compléter ou renforcer des mesures de protection de l'enfant ordonnées par les autorités de tutelle, mais qu'il ne peut pas les limiter ou les supprimer. L'article 315a, 2e alinéa, est donc plus ouvert à cet égard, en ce sens que le juge peut aussi adapter aux nouvelles circonstances les mesures de protection de l'enfant qui ont déjà été prises. L'article 315a, 3e alinéa, qui règle les compétences des autorités de tutelle de prendre des mesures de protection de l'enfant durant une procédure matrimoniale en cours, correspond à l'article 315a, 2e alinéa, CC. Selon cette disposition, les autorités de tutelle restent compétentes pour poursuivre une procédure de protection de l'enfant introduite avant la procédure judiciaire ou pour prendre les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant, lorsqu'il est probable que le juge ne pourra pas les prendre à temps. Une modification n'est pas nécessaire, car la réglementation actuelle a fait ses preuves dans la pratique.

L'article 133, 2e alinéa, prévoit que, lors de l'attribution de l'autorité parentale, le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant. La loi consacre ainsi la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle c'est l'intérêt de l'enfant qui est déterminant pour l'attribution et non celui des père et mère (art. 156, 1er al., CC)³⁸⁸. Selon la nouvelle jurisprudence, ce n'est en principe plus le besoin de soins maternels particuliers qui est prioritaire pour l'enfant. Il doit en revanche avoir des conditions de vie stables, un parent qui s'occupe de lui et l'élève personnellement; il faut prendre en considération toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant³⁸⁹. Du point de vue de la stabilité des relations, le critère des soins donnés à l'enfant jusqu'à maintenant est important, mais il ne peut pas être - comme une partie des participants à la procédure de consultation l'a demandé - le seul déterminant, car cela aurait pour conséquence de supprimer l'égalité des diverses contributions à l'entretien de la famille (art.

387 Cf. ATF 120 II 231 s., c. 1; 119 II 203, c.1; 96 II 73, c. 2; Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 117, n. 12.40; C. Hegnauer, Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Commentaire bernois, vol. II, 2, 1, Berne 1991, n. 31 ss ad art. 275 CC; Hinderling/Steck, op. cit., p. 406, note 5.

388 Cf. ATF 117 II 353 ss/354 s.; 115 II 206 ss/209, c. 4a; 115 II 317 ss/319, c. 2; 114 II 201, c. 3; 112 II 382, c. 3; 111 II 227, c. 2

389 ATF 117 II 355; 114 II 202 s., c. 3. Le Tribunal fédéral laisse toutefois expressément ouverte la question de savoir si chez les tout petits enfants qui ont été jusque-là pratiquement gardés exclusivement par la mère il faut continuer à partir d'une certaine priorité naturelle de la mère. Cf. ATF 117 II 356, c. 4a; 115 II 209; Hinderling/Steck, op. cit., p. 411 ss et références.

163 CC), de maintenir la répartition des tâches adoptée durant le mariage et de renoncer à déterminer l'intérêt de l'enfant en fonction de l'avenir. Au surplus, il faut aussi examiner sous l'angle de l'intérêt de l'enfant lequel des deux parents est le plus à même de lui permettre d'entretenir un contact avec l'autre parent³⁹⁰.

Au nombre des critères essentiels peuvent entrer en ligne de compte les relations entre les parents et l'enfant, la personnalité des parents (par exemple capacité éducative, santé physique et mentale, etc.) et leurs conditions de vie (par exemple faculté de s'occuper personnellement de l'enfant, situation professionnelle et charges en découlant, nouvelles liaisons, situation de vie en général, etc.), ainsi que la personnalité de l'enfant et, si nécessaire, les rapports qu'entretiennent plusieurs enfants entre eux³⁹¹. Tout dépendra en définitive des circonstances du cas concret. Une énumération dans la loi des divers critères applicables n'est pas prévue, car elle ne pourrait jamais être complète; cela vaut aussi pour toute tentative d'établir une hiérarchie entre les critères. Le juge doit ainsi disposer d'un large pouvoir d'appréciation³⁹². Il lui incombe cependant toujours d'établir d'office les faits déterminants (cf. art. 145, 1er al.). Selon le 2e alinéa, il tient toutefois compte des requêtes communes des parents pour prendre sa décision. Il les acceptera si elles se concilient avec le bien de l'enfant (cf. aussi art. 147, ch. 4). Une réglementation du sort des enfants sur laquelle les parents sont d'accord s'avère en général plus solide dans la pratique que celle décidée d'autorité par le juge (cf. aussi les commentaires relatifs à l'art. 151).

Les conditions de vie de l'enfant sont modifiées fondamentalement par le procès en divorce de ses parents. L'enfant ayant un droit à participer à l'organisation de sa vie future (cf. art. 301, 1er al., et 302, 1er al., CC), il convient de prendre en considération autant que possible son avis. Dans ce but, le juge doit en principe entendre l'enfant (cf. les commentaires relatifs à l'art. 144, 2e al., et 314, ch. 1). Tenir compte de l'opinion de l'enfant ne signifie toutefois pas qu'il faut lui demander s'il veut continuer à vivre auprès de son père ou de sa mère. En raison de la charge psychologique que cela représente, on ne peut en général attendre de jeunes enfants qu'ils prennent une telle décision³⁹³. Le juge doit plutôt se faire une idée de l'importance qu'ont les parents aux yeux de l'enfant. Il est essentiel que le juge ne soit pas lié par l'avis de l'enfant. Mais si un enfant d'un certain âge exprime une opinion tranchée, le juge doit motiver une éventuelle décision contraire. Au surplus, la position de l'enfant dans la procédure de divorce est sensiblement améliorée par la possibilité d'une représentation par un tiers (cf. art. 147 s.).

233.62 Autorité parentale conjointe des parents divorcés (art. 133, 3e al.)

Pendant le mariage, les parents exercent l'autorité parentale en commun (art. 159, 2e al., et 297, 1er al. CC). Après leur divorce, les parties ne sont plus mari et femme, mais demeurent néanmoins les père et mère de l'enfant. Les relations juridiques entre parents et enfant doivent donc être adaptées aux nouvelles circonstances. Le droit actuel

390 ATF 117 II 357, c. 4c; 115 II 206 ss/209 ss; 115 II 319 s., c. 3

391 Cf. ATF 115 II 319, c. 2; 112 II 382 s., c. 3; 109 II 193, c. 2

392 Cf. ATF 117 II 355; 115 II 319, c.2; Hinderling/Steck, op. cit., p. 406.

393 Cf. E. Mackenscheidt, *Loyalitätsproblematik bei Trennung und Scheidung, Ueberlegungen zum Kindeswohl aus familientherapeutischer Sicht*, FamRZ 1993, p. 254 ss.

prescrit l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents lors du divorce et le retrait de cette même autorité parentale à l'autre (art. 156, 1er al., et 297, 3e al., CC). Il n'est ainsi pas admis aujourd'hui que le juge laisse aux parents l'exercice conjoint de l'autorité parentale après le divorce³⁹⁴.

De nombreuses législations étrangères (Allemagne, Angleterre, Belgique, Danemark, Espagne, certains Etats des Etats-Unis, Finlande, France, Grèce, Italie, Norvège, Pays-Bas et Suède³⁹⁵) admettent en revanche l'attribution de l'autorité parentale conjointement aux deux parents également après le divorce³⁹⁶. Dans sa recommandation R (84) 4 du 28 février 1984, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a invité les Etats membres à laisser les deux parents exercer l'autorité parentale conjointement s'ils déposent une demande commune³⁹⁷. La Convention de l'ONU de 1989 relative aux droits de l'enfant est également favorable à l'autorité parentale conjointe des parents divorcés, mais n'oblige pas les Etats à l'adopter dans leur législation interne³⁹⁸.

En Suisse, la solution de l'autorité parentale conjointe des parents divorcés rencontre un écho toujours plus favorable depuis un certain temps. Lors de la révision du droit de la filiation en 1975, cette solution avait encore été clairement écartée. Mais en 1983 déjà, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt, en réponse au postulat Mascarin (83.346), à étudier la possibilité d'instaurer l'autorité parentale conjointe. Le problème a entre-temps gagné en actualité, du fait que plusieurs juges de première instance ont accordé

- 394 ATF 117 II 523 ss; décisions du Tribunal cantonal de Saint-Gall (RSJ 1991, p. 119 ss, no 19) et de la Cour suprême du canton de Zurich (RSJ 1991, p. 414 ss, no 64); Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 104 s., n. 11.35a, et p. 107 s., n. 11.44, avec des remarques critiques de lege ferenda; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, p. 171, n. 25.21 (cité: Grundriss des Kindesrechts); Hegnauer, RSJ 1990, p. 371 ss; S. Sandoz, Attribution conjointe de l'autorité parentale aux parents divorcés, in Mélanges P. Piobet, Berne 1990 p. 107 ss; J.-F. Perrin, Le juge du divorce peut-il instaurer l'autorité parentale conjointe?, SJ 1990, p. 68 ss; M. Stettler, Traité de droit privé suisse, vol. III/2, 1, Bâle 1992, p. 277 ss (cité: TPS); A. Ruggiero, L'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce, thèse Lausanne 1994, p. 64; Hinderling/Steck, op. cit., p. 419 ss; contra P. Balscheit, Gemeinsame Elternverantwortung auch nach der Scheidung? RSJ 1988, p. 25 ss; et Gesetzgebung und Rechtsprechung zur gemeinsamen elterlichen Gewalt, PJA 1993, p. 1207 ss; B. Schneider, L'attribution de l'autorité parentale conjointe, in Festschrift für Jean-Michel Grossen, Bâle 1992, p. 212 ss; I. Schwenzer, Besprechung des Bundesgerichtsentscheids vom 12.12.1991, PJA 1992, p. 906 ss; dans ce sens probablement également A. Wirz, Gemeinsame elterliche Gewalt geschiedener und nicht verheirateter Eltern, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1995, en particulier p. 115; cf. aussi Zeitschrift für Jugend und Familie, Jugendhilfe und Jugendgerichtshilfe 1993, p. 471 ss avec les remarques approfondies de Brüggemann ad ATF 117 II 523 ss et sur l'historique de l'art. 297, 3e al., CC.
- 395 Aux Etats-Unis, la législation dans le domaine du droit de la famille est de la compétence des Etats et les prescriptions pour l'autorité parentale commune ("joint custody") se distinguent de l'un à l'autre. Cf. pour des explications plus détaillées H. Luthin, Gemeinsames Sorgerecht nach der Scheidung, Bielefeld 1987, p. 13 ss. Selon Schwenzer, Gutachten, p. A66, note 8, 37 Etats fédéraux connaissent l'autorité parentale conjointe des parents divorcés.
- 396 Cf. supra ch. 146.4; cf. aussi I. Baer, Neue Lösungen im Kindschaftsrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 1989, p. 344 ss/345.
- 397 Recommandation R (84)4 sur les responsabilités parentales (principe 6).
- 398 Cf. Message du 29 juin 1994 sur l'adhésion de la Suisse à la convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (90.064; FF 1994 V 1 ss, commentaire de l'article 18, 1er al.). La portée de l'article 18 de la convention est toutefois contestée dans la doctrine. Contre une obligation de l'autorité parentale conjointe: H. Stöcker, Die UNO-Kinderkonvention und das deutsche Familienrecht, FamRZ 1992, p. 249 ss; pour: J. Wolf, Ratifizierung unter Vorbehalt: Einstieg oder Ausstieg der Bundesrepublik Deutschland aus der UN-Konvention über die Rechte des Kindes, Zeitschrift für Rechtspolitik 1991, p. 374 ss/377; I. Schwenzer, Die UN Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, PJA 1994, p. 822.

l'autorité parentale conjointe à des parents divorcés³⁹⁹. Il est très difficile d'évaluer les conséquences du jugement du Tribunal fédéral du 12 décembre 1991⁴⁰⁰ sur cette jurisprudence, car ces décisions cantonales ne font, la plupart du temps, pas l'objet de recours.

Dans la doctrine suisse et dans les milieux d'experts, les avis divergent sur l'autorité parentale conjointe⁴⁰¹. La même diversité d'opinions s'est manifestée lors de la procédure de consultation. Les prises de position ont été en majorité positives, essentiellement sur la base de l'argument selon lequel le divorce concerne la relation du couple et non pas celle des parents et de l'enfant. Plusieurs opinions divergentes ont toutefois été émises; selon celles-ci, l'autorité parentale conjointe des parents divorcés part de considérations irréalistes, en ce sens qu'elle nie dans une certaine mesure le conflit qui est à la source du divorce. Après l'échec du mariage, les parents ne sont la plupart du temps pas capables de collaborer de façon durable et de faire preuve de compréhension pour les questions relatives aux besoins et à l'éducation des enfants. De plus, une autorité parentale conjointe est instable; elle conduirait donc à de nombreux procès en modification. Les parents restent d'ailleurs toujours libres, comme actuellement, de continuer à s'occuper ensemble de l'enfant lorsqu'il n'y a pas de conflits empêchant une collaboration favorable au bien de l'enfant. D'autres participants à la procédure de consultation ont admis en soi la possibilité d'une autorité parentale conjointe, mais ont exigé des conditions légales strictes, notamment que les parents aient déjà collaboré dans la prise en charge des enfants et prouvent ainsi qu'ils seront capables de le faire à l'avenir et qu'ils soient parvenus à une entente globale sur le divorce et ses conséquences. Seule l'idée de base, qui veut que les parents divorcés continuent, après le divorce, à assumer en commun leurs responsabilités de père et mère envers l'enfant - car son bien l'exige - fait l'unanimité⁴⁰². Il est généralement admis qu'il est très important pour le développement des enfants, surtout des petits enfants, de pouvoir maintenir après le divorce des relations profondes et constantes avec les deux parents⁴⁰³. Ce postulat ne peut toutefois souvent être concrétisé que de façon insuffisante⁴⁰⁴. En d'autres termes, il y a entente sur l'*objectif*, à savoir qu'il faut limiter au maximum les conséquences négatives du divorce pour l'enfant; il y a par contre controverse sur la voie à suivre ou sur le *moyen* à adopter.

En Allemagne, la Cour constitutionnelle a jugé en 1982 que la disposition légale selon laquelle l'autorité parentale doit obligatoirement être confiée à un seul parent (§ 1671, 4e al., BGB) est contraire à la constitution et que le législateur doit admettre l'autorité parentale conjointe des parents divorcés⁴⁰⁵. Les avantages et les inconvénients de l'autorité parentale conjointe ont été amplement discutés lors de son introduction dans la

399 Ainsi, par exemple, la décision du Tribunal du district de Saint-Gall du 8 novembre 1988, RSJ 1989, p. 139 ss, n° 122; voir également Balscheit, PJA 1993, p. 1205 s.

400 ATF 117 II 523 ss. Cf. supra, ch. 142.5

401 Cf. les indications à la note 394 comportant principalement aussi des divergences d'opinion de lege ferenda. Voir aussi "Plädoyer" 1992, p. 11 ss: "Das Sorgerecht als Zankapfel" (reproduction d'une discussion litigieuse entre une avocate et une psychologue pour enfants).

402 Les adversaires suisses de l'autorité parentale commune des parents divorcés partent aussi de cette idée, cf. Hegnauer, RSJ 1990, p. 374; Sandoz, op. cit., p. 113.

403 A propos des besoins diversifiés selon l'âge des enfants au moment du divorce: W. Felder/H. Hausheer, Drittüberwachtes Besuchsrecht ..., RSJB 1993, p. 698 ss.

404 Cf. aussi ATF 117 II 354, c. 3

405 Jugement de la Cour constitutionnelle allemande du 3 novembre 1982, BVerfG 61, no 21, p. 358 ss; Neue Juristische Wochenschrift 1983, p. 101 ss.

loi⁴⁰⁶. Les études faites sur ce sujet ont montré que les avantages de l'autorité parentale conjointe l'emportent largement sur les inconvénients éventuels. En Suisse, une vaste enquête sur la réalité du divorce a abouti à la même conclusion⁴⁰⁷.

L'autorité parentale conjointe se justifie pour les motifs suivants:

- On peut admettre qu'il est confirmé scientifiquement que les enfants ayant pu maintenir de bonnes et étroites relations avec les deux parents supportent mieux les conséquences traumatisantes du divorce. De telles relations sont favorisées lorsque les deux parents conservent l'autorité parentale après le divorce et qu'ils sont prêts et en mesure de l'exercer conjointement. L'enfant peut se développer plus harmonieusement du fait qu'il ne doit pas vivre deux fois le divorce, la première lorsque les parents se séparent et se quittent définitivement et la deuxième lorsqu'il doit se séparer de son père ou de sa mère. La réglementation légale des effets du divorce pour l'enfant n'est pas comprise par les spécialistes (pédiatres, psychologues pour enfants, pédagogues sociaux, psychologues sociaux, assistants sociaux) comme une solution à des conflits, mais comme des directives applicables aux relations des parents avec l'enfant après le divorce. Sous cet angle, l'autorité parentale unique du titulaire de la garde est comprise comme excluant obligatoirement l'autre parent de la responsabilité parentale et revêt ainsi un aspect négatif. C'est pourquoi, chaque fois que c'est possible, les parents doivent pouvoir assumer, également après le divorce, ensemble l'entière responsabilité de l'enfant, à la condition qu'ils le veuillent et qu'ils soient en mesure de le faire. L'autorité parentale conjointe peut ainsi entraîner un maximum de continuité dans la relation et l'éducation.
- Les divorces ne sont pas seulement devenus plus fréquents avec le temps, mais leurs motifs ont aussi considérablement varié. La volonté commune des époux de mettre un terme à leur mariage est aujourd'hui la cause la plus répandue de divorce (cf. *supra*, ch. 231.21). Le divorce "bagarre" avec un vainqueur et un vaincu est ainsi largement remplacé par une séparation à l'amiable. C'est pourquoi il n'est pas juste d'exclure une réglementation consensuelle des questions relatives aux enfants, d'autant plus que ceux-ci ne semblent pas être un sujet de conflit dans la majeure partie des cas⁴⁰⁸. Il faudrait autant que possible choisir des solutions approuvées par les deux parents. L'adoption de telles solutions permet en effet d'appliquer le principe important selon lequel l'Etat doit s'abstenir autant que pos-

406 Cf. Gernhuber/Coester-Waltjen, op. cit., p. 1031 ss/1037 ss; M. Hinz, Münchener Kommentar, n. 65 ss/76 ad § 1671 BGB; L. Michalski, Gemeinsames Sorgerecht geschiedener Eltern, FamRZ 1992, p. 128 ss/137; R. Balloff/E. Walter, Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall? Einige theoretische und empirische Grundannahmen, FamRZ 1990, p. 445 ss; Luthin, op. cit., p. 49 ss; Zenz, op. cit., p. M15 ss/M20; D. Reuter, Elterliche Sorge und Verfassungsrecht, Archiv f. civilist. Praxis 1992, p. 109 ss avec de nombreuses références à la littérature juridique et de psychologie sociale. ...

407 Scheidung in der Schweiz, Eine wissenschaftliche Dokumentation, éditée par J. Duss-voiv Werdt et A. Fuchs, Zurich 1980, en particulier p. 431 s. Cf. également Entwurf des Bundesministeriums für Justiz für ein Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Stand: 24. Juli 1995) p. 204 ss.

408 Selon l'étude de R. Balloff/ E. Walter, FamRZ 1990, p. 450, les enfants ne sont un sujet de dispute en Allemagne au moment de la séparation que dans un tiers environ de tous les divorces. De telles études n'existent pas en Suisse, mais la situation devrait être analogue.

sible d'intervenir dans les relations de droit privé et tenir compte de l'autonomie des intéressés dans l'organisation de leurs conditions de vie (cf. *supra*, ch. 144.3).

- Des arrangements à l'amiable s'avèrent plus solides dans la pratique que des mesures fixées d'autorité. La crainte exprimée quant au caractère durable de l'autorité parentale conjointe n'est pas justifiée au vu des expériences faites à l'étranger. Une évaluation législative effectuée en Allemagne⁴⁰⁹ pendant la période 1983 à 1985 révèle que 3% seulement de modifications sont intervenues à Berlin (sur un total de 221 cas). 86 % des juges interrogés ont affirmé n'avoir jamais ou que rarement dû revenir sur une décision ayant attribué l'autorité parentale conjointe. Il ressort également des rapports des offices allemands des mineurs que l'autorité parentale conjointe ne présente guère de difficultés.
- L'autorité parentale conjointe tient compte du fait que les deux parents peuvent actuellement souvent assumer dans la même mesure l'autorité parentale et la garde des enfants. L'attribution exclusive de l'autorité parentale à l'un ou à l'autre parent apparaît ainsi inéquitable, car elle relève du hasard. Il n'est dès lors pas juste que le père ou la mère perde obligatoirement cette autorité lors d'un divorce. L'attribution conjointe de l'autorité parentale au père et à la mère peut remédier à cette situation insatisfaisante.

Selon le Conseil fédéral, il convient de fixer les *conditions* légales de l'autorité parentale conjointe en fonction de la réalité suisse et sans favoriser une fausse idéalisation de la capacité des parents de collaborer⁴¹⁰. C'est pourquoi le projet ne fixe pas l'autorité parentale conjointe comme principe⁴¹¹, comme c'est le cas par exemple dans les pays nordiques, où le divorce des parents n'a en règle générale pas d'effet sur la relation juridique entre les parents et les enfants (cf. aussi *supra*, ch. 146.4)⁴¹². Le projet impose au contraire certaines exigences aux parents. Il améliore toutefois le droit à l'information et aux renseignements du parent qui a perdu l'autorité parentale à la suite du divorce (cf. art. 275a).

Selon l'article 133, 3e alinéa, trois conditions doivent être remplies pour que le juge puisse laisser l'autorité parentale conjointe aux parents. Ils doivent *premièrement* déposer une requête commune dans ce sens. Il serait contraire au principe et au but de l'autorité parentale conjointe qu'elle soit ordonnée par le juge contre la volonté de la mère ou du père. Des études américaines empiriques ont montré qu'une telle solution était

409 Limbach, *op. cit.*, en particulier p. 10.

410 A ce sujet, Zenz, *op. cit.*, M15 ss, M19 s. et M31.

411 A ce sujet, cf. A. Ruggiero, *op. cit.*, p. 193 s.; Hinderling/Steck, *op. cit.*, p. 421 note 49 et références. En Allemagne aussi, l'autorité parentale conjointe est statistiquement l'exception et non la règle. Cf. les données sous chiffre 146.4; voir également M. Hinz, *Münchener Kommentar*, n. 64 ad § 1671 BGB, avec les références figurant à la note 274; voir aussi H. Oelkers/ H. Karsten, *Zehn Jahre gemeinsame Sorge nach der Scheidung*, *FamRZ* 1993, p. 18 ss/21; Beitzke/Lüderitz, *op. cit.*, p. 325; Michalski, *FamRz* 1992, p. 137.

412 Ainsi, d'après le Marriage Act finlandais (Section 32, 16 avril 1987/ 411), le divorce reste en principe sans effets, et l'autorité parentale conjointe est maintenue après le divorce, sauf demande contraire. Le droit norvégien met aussi sur un pied d'égalité les parents mariés et divorcés en ce qui concerne l'autorité parentale (Act n° 7 of 8 April 1981 on Children and Parents, The Children's Act, Section 34: "Parental responsibility if the parents are or have been married"). Le projet allemand va dans le même sens. En Angleterre, la responsabilité ne peut pas être exclue.

préjudiciable au développement de l'enfant⁴¹³. La requête commune des parents est d'ailleurs une condition indispensable dans diverses législations étrangères⁴¹⁴. *Deuxièmement*, l'autorité parentale conjointe doit être compatible avec le bien de l'enfant. Il est nécessaire que chaque parent ait une capacité éducative totale, c'est-à-dire que chacun remplisse toutes les conditions de l'attribution de l'autorité parentale. Il est en outre fondamental que les parents n'aient pas seulement la volonté de coopérer, ce qui se manifeste par la requête commune, mais qu'ils soient aussi capables de le faire malgré le divorce⁴¹⁵. Leur personnalité, leurs relations actuelles ainsi que leurs plans communs pour l'avenir de l'enfant doivent montrer que l'autorité parentale conjointe demandée est compatible avec le bien de l'enfant. Le pronostic est plus facile lorsque les parents se sont déjà occupés conjointement de l'enfant durant la séparation précédant le divorce. *Troisièmement*, les parents doivent soumettre à l'approbation du juge une convention portant sur la répartition de la prise en charge de leur enfant pour l'avenir et sur la contribution d'entretien. Il résulte de cette condition que les deux parents doivent vouer des soins à l'enfant après le divorce, de manière à connaître sa vie quotidienne. Le temps que doit consacrer chaque parent à l'enfant doit, dans les grandes lignes, être prévu dans la convention, afin de prévenir des difficultés et des divergences futures sur ces points ainsi que des procédures de modification éventuelles qui pourraient être préjudiciables à l'enfant⁴¹⁶. Compte tenu de ces conditions, l'autorité parentale conjointe n'entre généralement pas en ligne de compte dans un divorce contentieux (art. 113 à 116). La garde "alternée", qui consiste à faire habiter l'enfant pendant quelques jours alternativement chez la mère et chez le père n'est pas réglée expressément. L'admissibilité de tels accords doit être appréciée sous l'angle du bien de l'enfant et dépend donc essentiellement des circonstances du cas particulier (âge de l'enfant, distance entre les logements des parents, etc.).

Les parents sont libres d'adopter une réglementation sur les relations personnelles avec leur enfant. Une telle réglementation n'est pas une condition du maintien de l'autorité parentale conjointe. En outre, d'un commun accord, ils peuvent s'écarter de la convention, ce qui leur permet de s'adapter à toute modification des circonstances. En cas de divergence, c'est cependant la convention qui s'applique.

233.63 **Modification des droits et devoirs des père et mère ainsi que des mesures de protection de l'enfant** (art. 134 et 315b)

Selon le droit actuel, *seul le juge* peut en principe modifier les mesures ordonnées à l'égard des enfants (attribution de l'autorité parentale, relations personnelles, contributions d'entretien et, le cas échéant, mesures de protection) dans le jugement de divorce (art. 157 CC). Cette règle connaît trois exceptions. L'autorité tutélaire est compétente,

413 Johnston et al., *Journal of abnormal child psychology*, 1987, p. 493 ss/509 (cité par Balloff/Walter, *FamRZ* 1990, p. 450, note 45); Wallenstein/Blakeslee, *op. cit.*, p. 306; cf. également Zenz, *op. cit.*, p. M31.

414 En France et dans certains Etats américains, l'autorité parentale conjointe peut être accordée même contre la volonté d'un parent; cf. Schwenzer, *Gutachten*, p. A70 s./A78 avec des références relatives à la jurisprudence française.

415 Cf. Wallerstein/Blakeslee, *op. cit.*, p. 306; Balloff/Walter, *FamRZ* 1990, p. 450/454.

416 Cf. aussi H.-U. Maurer, *Gemeinsames Sorgerecht nach Scheidung und Streit über den Kindesunterhalt*, *FamRZ* 1993, p. 263 ss/265.

avec le juge, pour transférer l'autorité parentale au parent survivant après le décès du parent à qui l'enfant avait été attribué⁴¹⁷. En outre, les autorités de tutelle ont la compétence de modifier des mesures de protection de l'enfant qui ne touchent pas directement la position de l'autre parent (art. 315a, 3e al., CC). Enfin, l'approbation de l'autorité tutélaire suffit lorsque la pension alimentaire destinée à l'enfant et fixée dans le jugement de divorce est modifiée ultérieurement par contrat (art. 287, 1er al., CC)⁴¹⁸.

La réglementation actuelle prête le flanc à la critique⁴¹⁹. Le procès en modification est en effet lourd, coûteux et souvent pénible psychologiquement; il devrait être évité lorsque les parents se sont entendus sur une modification de l'attribution de l'autorité parentale. Il est en outre contradictoire que les autorités de tutelle interviennent après le divorce lorsque le détenteur de l'autorité parentale maltraite ou néglige l'enfant, mais pas lorsque les parents mettent son bien en danger en violant les règles fixées pour le droit de visite. Or, le juge a besoin de la collaboration des autorités de tutelle; elles coopèrent en effet souvent à l'exercice du droit de visite et connaissent donc les circonstances du cas mieux que le juge, l'exécution du droit de visite n'étant pas de son ressort après le procès. C'est pourquoi le projet prévoit la nouvelle réglementation suivante:

- Comme actuellement, le juge statue sur les modifications contestées de l'attribution de l'autorité parentale et de la pension alimentaire.
- Le juge, comme à présent, modifie les relations personnelles lorsqu'il statue sur une modification de l'attribution de l'autorité parentale ou de la contribution d'entretien.
- En revanche, l'autorité tutélaire doit être compétente à l'avenir pour transférer l'autorité parentale de l'un des parents à l'autre lorsque les deux sont d'accord; elle doit également pouvoir modifier le droit de visite dans les cas litigieux où il n'y a pas lieu de statuer en même temps sur une modification contestée de l'attribution de l'autorité parentale ou de la contribution d'entretien.

Cette solution a été discutée en détail lors de la Conférence des autorités cantonales de tutelle en 1989 et a été approuvée par la plupart des praticiens. Lors de la procédure de consultation aussi, seule une minorité a apporté des critiques. Celles-ci portaient notamment sur la compétence de principe de l'autorité tutélaire de fixer les relations personnelles. On a surtout relevé le fait que l'organisation des autorités de tutelle était très différente d'un canton à l'autre et que les qualifications professionnelles suffisantes faisaient défaut. En outre, les garanties de procédure offertes par un tribunal manquent selon certains. Ces objections sont devenues largement sans objet à la suite du jugement

417 ATF 108 II 375 ss/378 ss, c. 2b et 2c

418 ATF 113 II 116, c. 4; Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 107, n. 11.43, et p. 118, n. 12.43; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, p. 152, n. 21.28; Stettler, TPS, p. 356; R. Reusser, Die Geltendmachung des Unterhaltsanspruches des Scheidungskindes - eine unorthodoxe Meinung, in Festschrift für C. Hegnauer, Berne 1986, p. 411.

419 A ce sujet, C. Hegnauer, Die Befugnisse des Richters und der vormundschaftlichen Behörden bei und nach der Scheidung von Eltern mit Kindern. Sollen die Art. 156, 157 und 315a ZGB revidiert werden?, RDT 1989, p. 121 ss/126 ss; M. Stettler, Les compétences du juge et des autorités de tutelle durant et après la procédure matrimoniale impliquant des enfants. Les articles 156, 157 et 315a CC doivent-ils être révisés?, RDT 1989, p. 129 ss/133 s.; cf. les autres références citées par Hegnauer, n. 60 ad art. 275 CC.

du Tribunal fédéral du 17 décembre 1992⁴²⁰. Selon cette décision, les cantons sont obligés, en vertu de l'article 6, 1er alinéa, CEDH, de régler les compétences en matière de tutelle de façon à ce que les décisions sur les relations personnelles soient prises, dans le cadre de la procédure de recours cantonale de dernière instance, par une instance judiciaire bénéficiant d'un libre pouvoir d'examen des questions de fait et de droit⁴²¹.

L'article 134 règle la modification du jugement de divorce par le juge en cas de survenance de faits nouveaux. L'article 315b quant à lui traite de la *compétence des autorités de tutelle* de modifier les mesures judiciaires relatives à l'attribution des enfants et à leur protection. Ces deux dispositions sont en étroite corrélation et doivent être lues ensemble.

L'article 134, 1er alinéa, détermine les conditions et la compétence s'agissant des *modifications de l'attribution de l'autorité parentale dans les cas litigieux*. La compétence appartient au juge. Sont légitimés à agir chacun des parents, l'enfant et l'autorité tutélaire. La qualité pour agir de l'enfant est nouvelle, étant entendu qu'il doit, selon les principes généraux, être capable de discernement (art. 16 CC). Lorsqu'un parent reste indifférent à la situation de l'enfant et ne demande pas les modifications nécessaires, l'enfant, comme principal intéressé, doit pouvoir les demander lui-même (cf. art. 19, 2e al., CC). L'enfant jouit déjà d'un tel droit en cas de retrait du droit de garde (cf. art. 310, 2e al., CC). Le droit propre de l'enfant correspond en outre à l'article 6, 1er alinéa, CEDH et à l'article 12 de la convention de ONU relative aux droits de l'enfant.

Une modification de l'attribution de l'autorité parentale suppose qu'une nouvelle réglementation soit requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux importants. On songe notamment au cas où le parent concerné ne peut plus assumer l'autorité parentale pour des raisons de santé; il est aussi envisageable que des circonstances extérieures modifient la situation de façon importante (par exemple, un déménagement ou le remariage du parent détenteur de l'autorité parentale) et nécessitent une modification de l'attribution dans l'intérêt de l'enfant; les circonstances du cas d'espèce sont toujours déterminantes. Cela vaut aussi pour la suppression de l'autorité parentale conjointe en cas de conflit. En l'occurrence, chaque divergence des parents concernant les enfants ne constitue pas une modification essentielle au sens de l'article 134, 1er alinéa. L'autorité parentale conjointe ne peut pas être simplement "résiliée". Les conditions de retrait ne sont toutefois pas aussi strictes que celles du retrait de l'autorité parentale (art. 311, 1er al., CC). Elles impliquent surtout que les fondements essentiels de la responsabilité commune des parents n'existent plus et que, dans l'intérêt de l'enfant, l'autorité parentale doit être attribuée à l'un des deux parents.

En ce qui concerne les *modifications non contestées de l'attribution de l'autorité parentale* (transfert de l'autorité parentale de l'un des parents à l'autre ou aux deux, suppression non contestée de l'autorité parentale conjointe), l'autorité tutélaire est compétente, et non pas le juge (art. 134, 1er al., et 315b, 2e al.).

Contrairement au droit actuel (art. 157 CC), l'autorité tutélaire est en principe compétente pour *modifier les relations personnelles* (art. 134, 3e al., et 275, 1er al.), car la procédure engagée est plus souple et plus simple. En outre, une telle modification est

420 ATF 118 Ia 473 ss

421 Cf. ATF 118 Ia 478 ss

souvent en étroite relation avec les mesures de protection ordonnées par cette même autorité. En revanche, le procès terminé, le juge ne s'occupe en principe plus du cas.

Pour des raisons d'opportunité et d'économie de procédure, l'article 134, 3e alinéa, prévoit deux exceptions à la compétence de principe de l'autorité tutélaire. Il est en effet judicieux que le juge saisi d'une question de transfert contesté de l'autorité parentale d'un parent à un autre ou de modification de la contribution d'entretien traite également la modification des relations personnelles. Pour cette raison, le juge qui statue sur une contestation portant sur une modification de l'attribution de l'autorité parentale ou de la contribution d'entretien doit avoir la compétence de modifier également les relations personnelles (cf. aussi art. 275, 2e al.).

La modification des mesures de protection de l'enfant, prises par le juge pendant la procédure de divorce, au cours de la procédure en modification du jugement de divorce ou dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, est régie par l'article 315b, 1er alinéa.

234 La procédure de divorce

234.1 Remarques préalables

Les procès en divorce diffèrent sensiblement des autres procès civils, notamment des procès relatifs à des créances: le divorce modifie fondamentalement les conditions personnelles de vie de toutes les personnes concernées (époux, enfants) et conduit à une transformation juridique de la famille. Le juge doit prendre des décisions qui auront souvent des conséquences importantes durant de nombreuses années. C'est le cas en particulier de l'attribution de l'autorité parentale et de l'entretien après le divorce. Le droit matériel du divorce veillera à ce que les décisions soient justes quant au fond. Il faut cependant aussi garantir que des dispositions de procédure appropriées facilitent l'exécution du droit matériel. Ainsi, le droit actuel contient déjà un grand nombre de dispositions de procédure (art. 144, 145 et 158, ch. 1 à 5, CC) pour assurer "une application uniforme et juste du droit matériel du divorce"⁴²². A cela vient s'ajouter le fait que le divorce sur requête commune (art. 111 s.) comporte un aspect procédural très important. En particulier, les dispositions sur l'audition personnelle et le délai de réflexion forment un tout avec les dispositions matérielles (cf. aussi art. 150, 1er al.). Il appartient au droit fédéral de veiller, en édictant certaines dispositions de procédure, à ce que les exigences fixées pour le divorce sur requête commune ne puissent pas être contournées par des règles cantonales de procédure. Par ailleurs, il faut aussi s'assurer que la procédure tient le plus possible compte des intérêts de l'enfant. Cette conception a été largement approuvée lors de la procédure de consultation, même si quelques voix critiques se sont élevées. Certains ont même demandé que l'on procède à une uniformisation plus large de la procédure civile sur le plan fédéral. Mais de telles requêtes doivent être examinées dans un autre contexte.

422 Tel fut l'avis de la commission d'experts, cité par Bühler/Spühler, n. 15 ad art. 158 CC.

234.2 For et compétence (art. 135)

L'article 135, 1er alinéa - tout comme l'article 144 CC - règle la question du for, en désignant le lieu où la partie concernée doit faire valoir ses droits. Les circonstances qui prévalent au moment de la litispendance (cf. art. 136) sont déterminantes. A l'inverse du droit actuel, il n'y a plus de for exclusif au domicile de l'époux demandeur, mais le projet prévoit un for alternatif au domicile de l'un des époux (art. 23 à 26 CC)⁴²³. On assure ainsi la concordance avec d'autres règles de for, qu'il s'agisse de droit matrimonial, en particulier de protection de l'union conjugale (cf. art. 180, 1er al., CC), ou de droit de la famille (art. 253 et 279, 2e al., CC). Le droit cantonal désignera le juge matériellement compétent.

La règle de for s'applique aussi bien à la requête commune en divorce (art. 111 ss), à la demande en divorce (art. 114 ss), à la requête commune et à la demande en séparation de corps (cf. art. 117, 2e al.), à la demande en modification du jugement de divorce (art. 129 et 134) qu'à l'action en maintien d'une rente après le remariage (art. 130). L'avis ultérieur au débiteur et la requête en sûretés (art. 132) constituent également une modification du jugement de divorce. Enfin, la règle de for s'applique à la modification du jugement du divorce en ce qui concerne le sort des enfants. La compétence prévue au 2e alinéa demeure réservée.

Durant la procédure de consultation, certains ont critiqué la possibilité du débiteur d'une rente d'ouvrir action à son domicile pour demander la modification du montant de cette dernière, ce qui pourrait contraindre l'autre partie à se déplacer pour assister au procès. Toutefois, un for alternatif au domicile du demandeur ou du défendeur est déjà prévu pour les contributions d'entretien de l'enfant (art. 279, 2e al., CC) et s'applique aussi à d'autres procédures du droit de la famille (cf. art. 180, 1er al., et 253 CC), ainsi qu'en matière de protection de la personnalité (art. 28b CC). En droit international également, des règles de for semblables sont prévues de façon générale pour les actions d'entretien du droit de la famille⁴²⁴. L'auteur d'une demande en modification ne doit pas être traité de façon plus défavorable en droit suisse interne. Un for alternatif au sens de l'article 135, 1er alinéa, contribue à l'harmonisation des règles de for.

La compétence à raison du lieu n'est pas expressément réglée lorsque les époux déposent une demande en divorce à des domiciles différents. Selon une jurisprudence constante du Tribunal fédéral, un for de droit fédéral existe au domicile de l'époux qui a actionné en premier. Il s'agit du for de connexité, qui s'applique à la demande de l'autre époux, alors considérée comme une demande reconventionnelle⁴²⁵. La même règle est applicable aux demandes en séparation de corps. Le problème ne se pose en revanche pas lorsque les époux déposent une requête commune en divorce ou en séparation de corps, dans la mesure où un seul juge est saisi.

423 Cf. aussi ATF 115 II 120 ss

424 Art. 5, ch. 2, de la Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano, RS 0.275.11), cf. FF 1990 II 269; art. 46, 63 et 79 LDIP; voir aussi l'art. 7 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires (RS 0.211.213.02).

425 ATF 80 II 97 ss/99 s.; 72 II 323, c. 2; 64 II 182 ss. Cf. aussi art. 180, 2è al., CC

Le 2e alinéa vise le cas où le jugement de divorce fixe des contributions d'entretien pour l'enfant au-delà de sa majorité (art. 133, 1er al.). La disposition prévoit clairement que, dans un tel cas, l'enfant devenu majeur entre-temps ou le parent astreint à l'entretien qui veut demander une nouvelle fixation des contributions d'entretien, doit le faire dans le cadre d'une procédure d'entretien indépendante selon les dispositions du droit de la filiation (art. 276 ss CC), et non pas dans celui d'une procédure en modification du jugement de divorce. La compétence locale appartient ainsi au juge du domicile de l'enfant ou du parent défendeur (art. 279, 2e al., CC). La compétence matérielle appartient au juge chargé de décider des actions en entretien pour les enfants selon l'organisation judiciaire du canton en question. Les dispositions particulières du droit de la filiation sur la procédure simple et rapide, l'établissement des faits d'office et la libre appréciation des preuves sont également applicables (art. 280, 1er et 2e al., CC).

234.3 Litispendance (art. 136)

La disposition établit le moment à partir duquel la requête commune en divorce (1er al.) et la demande en divorce d'un époux (2e al.) sont pendantes. La litispendance a des conséquences procédurales importantes, à savoir celles de fixer le for, d'exclure d'autres procès poursuivant le même but, de proscrire en principe toute modification de la demande, ou encore de lier les parties au procès, en ce sens qu'elles ne peuvent retirer leur demande sans subir des inconvénients sur le plan juridique. Dans un procès en divorce, le moment exact de la litispendance peut revêtir une importance particulière, parce que la compétence pour ordonner des mesures provisoires est transférée du juge des mesures protectrices de l'union conjugale au juge du divorce. Chacun des époux a le droit, dès le début de la litispendance, de cesser la vie commune pendant la durée du procès (art. 137, 1er al.). De plus, la dissolution du régime matrimonial rétroagit au jour de la litispendance (art. 204, 2e al., et 236, 2e al., CC)⁴²⁶. Le droit actuel ne fixe toutefois pas le moment à partir duquel une demande en divorce est pendante. Les prescriptions cantonales en la matière sont souvent très différentes. Lorsque les deux époux ont intenté une action en divorce et n'ont pas le même domicile, une contestation peut apparaître aujourd'hui sur la question de savoir quelle demande était pendante en premier⁴²⁷. Compte tenu de la connexité des deux demandes, il est cependant exclu que celles-ci soient examinées par des juges différents (cf. *supra*, ch. 234.2). La diversité des règles cantonales sur la litispendance peut en outre conduire à des injustices. Ainsi, lorsqu'un canton fait intervenir la litispendance très tardivement, la partie adverse peut - pour autant qu'elle ait son domicile dans un canton qui fixe la litispendance plus tôt - voir sa propre demande être plus rapidement considérée comme pendante, alors qu'elle a en réalité entamé la procédure après son conjoint. A l'avenir, de tels effets "fortuits" en relation avec le for seront évités.

Selon le 1er alinéa, la requête commune tendant au divorce est pendante au moment de son dépôt devant le juge. Une procédure de conciliation est exclue par le droit fédéral, car le juge du divorce doit assumer les tâches correspondant à cette procédure dans le cadre de l'audition selon l'article 111 et l'article 112, 2e alinéa.

426 Cf. Hausheer/Reusser/Geiser, n. 25 ad art. 204 CC.

427 Cf. aussi ATF 119 Ia 251 ss/253 s., c. 3

Pour les demandes en divorce et en modification du jugement de divorce, le 2^e alinéa prévoit que la demande est pendante à compter de l'ouverture de l'action. Ainsi la fixation de la litispendance dans le temps est basée sur une notion connue du droit civil fédéral⁴²⁸. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'ouverture de l'action est l'acte préparant ou introduisant la procédure par lequel le demandeur fait valoir pour la première fois sa créance dans une forme précise, et oblige le juge à procéder⁴²⁹. Lorsque le droit cantonal ne prévoit pas de procédure de conciliation, ouverture de l'action et introduction de la demande coïncident. Lorsque la procédure de conciliation est obligatoire selon le droit cantonal, la requête tendant à la citation en conciliation vaut ouverture de l'action si la personne chargée de la conciliation doit transmettre d'office l'affaire au juge en cas d'échec de la tentative de conciliation, ou encore si le demandeur doit agir devant le juge ordinaire dans un délai déterminé par la loi, sous peine de s'exposer à des sanctions de nature procédurale dans le cadre du procès en cours⁴³⁰. Au cas où une procédure de conciliation ne remplirait pas ces conditions, l'action n'est pas considérée comme déjà ouverte par le dépôt de la requête de citation en conciliation, et il n'y a par conséquent pas de litispendance au sens de l'article 136, 2^e alinéa. L'article 9, 2^e alinéa, LDIP, prévoit déjà une règle semblable, même s'il ne ressort pas de façon suffisamment claire que chaque procédure de conciliation ne crée pas toujours la litispendance⁴³¹. Pour le reste, le projet, qui exclut la procédure de conciliation en cas de divorce sur requête commune, renonce à le faire lorsqu'il s'agit d'une demande en divorce déposée par un seul conjoint, bien que certaines demandes, isolées, aient été formulées dans ce sens dans la procédure de consultation. Dans ce dernier cas, une tentative de conciliation peut en effet s'avérer tout à fait judicieuse.

234.4 Mesures provisoires pendant la procédure de divorce (art. 137)

Selon l'article 137, 1^{er} alinéa, chaque époux a le droit, dès la litispendance de la demande ou de la requête commune en divorce (cf. art. 136), de cesser la vie commune pendant la durée du procès. Le 1^{er} alinéa correspond matériellement à l'article 145, 1^{er} alinéa, CC. Contrairement à l'article 175 CC, qui prévoit la cessation de la vie commune comme mesure protectrice de l'union conjugale, une motivation particulière n'est pas nécessaire.

428 Le moment de l'ouverture de l'action détermine si un délai de prescription ou un délai péremptoire a été respecté, cf. ATF 109 II 389, c. 2b; 74 II 15, c. 1

429 ATF 118 II 487, c. 3; 114 II 336, c. 3; 110 II 389, c. 2a; cf. A. Stachelin/ Th. Sutter, Zivilprozessrecht, Zurich 1992, n. 43, p. 226; O. Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3^e éd., Berne 1992, n. 24, p. 275 (cité: Grundriss der Zivilprozessrechts).

430 Selon la nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral, le fait d'omettre de valider la procédure de conciliation peut conduire au plus à la perte du procès en question. Le droit cantonal ne peut toutefois pas prévoir la péremption de la créance de droit civil, excluant une procédure ultérieure sur le même objet, cf. ATF 118 II 479 ss/483 ss, c. 2 s.

431 Cela ressort du message ainsi que des documents de la commission d'experts. Dans le cadre des délibérations parlementaires, ni le Conseil des Etats ni le Conseil national ne se sont exprimés au sujet de l'article 9, 2^e alinéa, LDIP, cf. FF 1983 I 296. Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP). Rapport final de la commission d'experts relatif au projet de loi, Zurich 1979, p. 54. Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP); projet de loi de la commission d'experts et rapport explicatif, p. 70; cf. aussi O. Vogel, Rechtshängigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhältnis, RSJ 1990, p. 79; du même auteur, Grundriss des Zivilprozessrechts, p. 193, n. 37a; contra P. Volken, IPRG-Kommentar, Zurich 1993, n. 20 ad art. 9.

Le 2e alinéa correspond largement à l'article 145, 2e alinéa, CC. Dès la litispendance de la requête commune ou de la demande en divorce, le juge peut ordonner, sur requête d'une partie, toutes les mesures provisoires nécessaires, notamment en ce qui concerne le logement et l'entretien de la famille, le régime matrimonial et la garde des enfants. Le for en matière de mesures provisoires est régi par l'article 135, la compétence matérielle par le droit cantonal.

Les mesures provisoires au sens de l'article 145 CC ne sont en soi possibles que pour la durée du procès en divorce. Mais le Tribunal fédéral a décidé que, dans les cas où l'entrée en force ne concerne que le divorce, des mesures provisoires ne peuvent en principe et de prime abord pas être exclues. Sans le maintien de l'obligation d'entretien fondée sur une mesure provisoire, le bénéficiaire, soit en général la femme, risque suivant les circonstances de tomber entre-temps dans le besoin⁴³². Le 2e alinéa tient compte de ce fait: le juge du divorce demeure compétent pour ordonner ou modifier des mesures provisoires lorsque la procédure portant sur les effets du divorce se poursuit après la dissolution du mariage, en raison d'une force de chose jugée partielle⁴³³. Comme dans le droit en vigueur, il faut cependant que les mesures provisoires soient nécessaires. C'est par exemple le cas lorsque le conjoint dont le besoin de recevoir des prestations d'entretien est contesté dépend pour vivre desdites prestations⁴³⁴. La possibilité de prononcer des mesures provisoires ne disparaît que lorsque l'ensemble de la procédure de divorce est définitivement réglé par un jugement entré en force de chose jugée.

Tout comme en droit actuel, la question de savoir quelles sont les différentes mesures provisoires à disposition n'est pas réglée de façon exhaustive. Le projet renvoie toutefois aux mesures de protection de l'union conjugale (art. 176 ss CC), qui sont applicables par analogie. Cela vaut aussi lorsque le mariage est déjà dissous et que les parties sont encore en procès sur les effets du divorce. On établit ainsi clairement que, pour l'estimation provisoire de la rente, c'est toujours le droit du mariage qui est déterminant (art. 163 CC), et non, par anticipation, l'entretien dû selon l'article 125⁴³⁵. La limite supérieure pour les prétentions d'entretien au sens du 2e alinéa est ainsi en principe le niveau de vie qui prévalait jusqu'à la fin de la vie commune⁴³⁶.

La disposition de l'avant-projet selon laquelle des mesures provisoires sont exclues par le droit fédéral lorsqu'un époux demande le maintien de l'obligation d'entretien après le remariage (art. 130, 3e al.) a été fortement critiquée lors de la procédure de consultation. Cette disposition ne figure plus dans le projet. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et la doctrine dominante, des mesures provisoires ne sont de toute façon justifiées dans les procès en modification du jugement de divorce que dans les cas urgents et dans des circonstances particulières, par analogie à l'article 145 CC⁴³⁷. Il en va de même pour la procédure au sens de l'article 130, 2e alinéa, même s'il ne s'agit pas en soi d'un véritable procès en modification.

432 ATF 120 II 2 s., c. 2b; 111 II 308 ss 312, c. 3; Spühler/Frei-Maurer, n. 62 et 64 ad art. 145 CC

433 Cf. ATF 120 II 1 ss, 3 c. 2b; RSJ 1994, p. 119 s. (n. 15)

434 Cf. ATF 118 II 227, c. 2bb; Spühler/Frei-Maurer, n. 53 art. 145 CC; Vogel, RSJB 1987, p. 268 s.

435 Cf. ATF 118 II 226, c. 2aa; Spühler/Frei-Maurer, n. 111 ad art. 145 CC.

436 Cf. ATF 118 II 376 ss/378

437 Cf. ATF 118 II 228 s.; 89 II 15 s.; Bühler/Spühler, n. 91 s. ad. art. 153 CC; Spühler/Frei-Maurer, n. 91 s. ad art. 153 CC; Hinderling/Steck, op. cit., p. 532 s.

234.5 Conclusions nouvelles (art. 138)

L'article 138, en tant que prescription minimale de droit fédéral, atténuée pour les demandes les effets de la maxime éventuelle (principe de la simultanéité des moyens d'attaque et de défense). Dans la procédure de consultation, la disposition a été approuvée par une majorité de participants.

En vertu de la maxime éventuelle, les conclusions, tout comme les allégués et les offres de preuve, doivent être présentées le plus tôt possible et, dans le cadre d'une procédure écrite, figurer en principe dans le premier mémoire délivré au juge. Il n'est ensuite qu'exceptionnellement possible de rattraper des actes de procédure qui ont été omis. La maxime éventuelle comporte à la fois l'interdiction de faire valoir des faits nouveaux (interdiction des nova) et l'interdiction de modifier les conclusions (interdiction de modifier la demande). Elle cherche à éviter que des allégations, des offres de preuve et des conclusions sans cesse nouvelles fassent traîner le procès en longueur. Une application stricte de la maxime éventuelle peut cependant amener le juge, contre son intime conviction, à devoir ignorer l'état de fait réel parce qu'il ne peut pas tenir compte d'éléments invoqués tardivement. La maxime éventuelle contraint également le justiciable profane à confier son affaire à un avocat, car il n'est pas en mesure de réaliser tout ce qu'il doit alléguer et prouver et quelles conclusions il doit prendre.

Dans la plupart des procédures civiles cantonales, la maxime éventuelle a été fortement atténuée, voire même pratiquement abandonnée, puisque des nova peuvent être présentés sans restriction devant la deuxième instance⁴³⁸. Certains cantons distinguent faits et moyens de preuve nouveaux d'une part et conclusions nouvelles d'autre part. Les procédures cantonales les plus récentes mettent l'accent sur la vérité matérielle du jugement et admettent des faits nouveaux et des modifications de la demande à des conditions plus souples. Cependant, quelques cantons connaissent encore une maxime éventuelle stricte⁴³⁹.

Dans le procès en divorce, la maxime éventuelle n'a pas sa place, car il s'agit en fait la plupart du temps de prétentions de caractère existentiel pour les intéressés. Il est donc indispensable que le jugement tienne le plus possible compte des circonstances réelles. L'article 138 ne supprime toutefois pas complètement la maxime éventuelle prévue le cas échéant par le droit cantonal, mais y porte atteinte seulement dans la mesure nécessaire à l'application uniforme du nouveau droit; ce faisant, on tient compte des risques de prolongation du procès.

Le 1er alinéa oblige les cantons à admettre en deuxième instance également, mais seulement jusqu'à un moment déterminé, des faits et des moyens de preuve nouveaux, tout en ne distinguant pas entre nova et pseudo-nova (faits et moyens de preuve existant déjà avant le jugement de première instance ou n'étant apparus qu'après). Le législateur cantonal reste libre de fixer le moment déterminant pour faire valoir les nova en deuxième instance. Les nova doivent être admis à tout le moins dans le recours en réformation (appel) et dans la réponse au recours (à l'appel). L'article 138 ne s'appliquera pas

438 Cf. Vogel, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, p. 162 ss, n. 97 ss.

439 Surtout dans les cantons de Bâle-Ville et Bâle-Campagne, cf. Staehelin/Sutter, *op. cit.*, p. 114, n. 41.

à une procédure pendante devant le Tribunal, fédéral où les faits nouveaux continueront de ne pas être admis (art. 55, 1er al., let. c, OJ).

La présentation de nouvelles conclusions et la modification de la demande qu'elle entraîne vont plus loin que la simple invocation de faits et de moyens de preuve nouveaux, puisque ceux-ci viennent en réalité étayer des conclusions existantes. Il se justifie donc de se montrer plus strict dans l'admission d'une modification de la demande. Le projet prévoit dès lors que de nouvelles conclusions ne peuvent, de par le droit fédéral, être admises en deuxième instance cantonale que dans la mesure où elles sont fondées sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux.

Des conclusions nouvelles demeurent prohibées devant le Tribunal fédéral (art. 44, 1er al., let. b, OJ). Celui-ci a toutefois jugé que la transformation d'une demande en divorce en une demande en séparation de corps peut contribuer au maintien de l'union conjugale, de sorte que cette faculté découle directement du droit matériel du divorce⁴⁴⁰. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette modification de la demande est encore possible devant le Tribunal fédéral. Le 2e alinéa n'a fait que codifier cette jurisprudence.

234.6 Etablissement des faits (art. 139)

L'article 139 contient, sur le modèle de l'article 158 CC, des prescriptions relatives à l'établissement des faits en procédure de divorce contentieuse. Il ne s'applique pas au divorce sur requête commune.

Le 1er alinéa constate, comme l'article 158, chiffre 4, CC, le principe de la libre appréciation des preuves, tel qu'il se retrouve expressément dans toutes les procédures modernes. Le droit cantonal continuera à déterminer quels sont les moyens de preuve admissibles. Sont toutefois exclus, comme étant contraires au droit fédéral, les moyens de preuve incompatibles avec la libre appréciation du juge en la matière, ce qui est notamment le cas du serment⁴⁴¹. Ces principes s'appliquent déjà à d'autres dispositions du code civil prévoyant la libre appréciation des preuves (art. 254, ch. 1, et 280, 2e al., CC). Il n'est donc pas nécessaire d'exclure expressément le serment⁴⁴², comme cela a été demandé, certes de façon isolée, durant la procédure de consultation.

Les faits invoqués à l'appui d'une demande en divorce fondée sur les articles 114 et 115 sont soumis au principe inquisitoire, en ce sens que le juge doit se convaincre de leur existence. Sans cette disposition, les prescriptions relatives au divorce sur requête commune pourraient être facilement éludées.

Le 3e alinéa prévoit que les conseillers conjugaux et familiaux (art. 171 CC) ou les médiateurs en matière de divorce (art. 151) n'ont pas qualité de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements. Leurs auxiliaires sont aussi exclus. Cette disposition ne prévoit aucun droit ni devoir de refuser son témoignage, mais constitue

440 ATF 82 II 83; 79 II 5 s.; 77 II 289; 74 II 179 s., c. 3

441 Cf. ATF 85 II 177, c. 4; Stachelin/Sutter, op. cit., p. 173, n. 79, et p. 176, n. 90. Cf. aussi ATF 112 Ia 371, c. 3 au sujet du témoignage des parties.

442 Cf. Hegnauer, n. 61 ad art. 254 CC.

4 bien plus un cas légal d'incapacité absolue à témoigner. Cette règle protège en premier lieu les parties. Celles-ci doivent en effet pouvoir s'adresser en toute confiance aux conseillers, sans avoir à craindre que leurs déclarations soient ensuite rapportées en salle d'audience. Du reste, les conseillers ne seraient en général pas de véritables témoins; ils ne pourraient que rapporter les dires d'une partie. La disposition protège en second lieu les conseillers, qui ne pourraient remplir correctement leurs obligations s'ils devaient s'exprimer plus tard dans un procès (cf. aussi les commentaires relatifs à l'art. 151; *infra*, ch. 234.121). Des réglementations analogues sont prévues dans les procédures cantonales en ce sens que les personnes exerçant une tâche de médiateur, comme les juges de paix, n'ont en général pas la qualité de témoins⁴⁴³.

Lors de la procédure de consultation, certains ont proposé de prévoir uniquement un droit de refuser de témoigner. Une telle réglementation aurait cependant l'inconvénient de tenir uniquement compte de l'intérêt des médiateurs en matière de divorce, qui décideraient seuls s'ils veulent témoigner au procès.

234.7 Convention (art. 140)

L'article 140 régit la convention des époux relative aux effets du divorce. La disposition s'applique aussi bien au divorce sur requête commune qu'à la procédure de divorce contentieuse. La maxime d'office s'applique sans restriction au sort des enfants. Les parties ne peuvent pas conclure de véritable convention sur ce point. Celles-ci se contentent dès lors de faire des propositions communes (cf. art. 133, 2e al.; cf. aussi art. 144 ss.). Demeurent réservées les conventions relatives à l'entretien des enfants au sens des articles 287, 3e alinéa, et 288, 2e alinéa, chiffre 1, CC (cf. art. 133, 1er al.), qui lient les parents - mais pas l'enfant - jusqu'à la décision du juge (acte juridique boîteux)⁴⁴⁴.

Comme en droit actuel (art. 158, ch. 5, CC), la convention sur les effets du divorce n'est valable qu'après sa ratification par le juge (1er al.). Une ratification expresse n'est pas nécessaire: elle peut ressortir tacitement du fait que la convention figure dans le dispositif du jugement (cf. 2e al.).

La convention sur les effets du divorce doit figurer dans le dispositif du jugement (art. 140, 1er al.). On indique ainsi clairement que la convention fait partie intégrante du jugement de divorce, conformément à la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral⁴⁴⁵. Ceci peut être important notamment si la convention est contestée (cf. les commentaires relatifs à l'art. 149, 2e al.). La mention de la convention dans le dispositif clarifie par ailleurs la situation sur le plan de l'exécution forcée (art. 80 LP)⁴⁴⁶. Pour cette raison, le dispositif écrit du jugement devra toujours être communiqué aux parties après la fin de la procédure, même si cela n'est pas prévu expressément.

443 Par exemple au § 92, 2e al., CPC Bâle-Campagne; § 12 de la loi de Bâle-Ville sur "die Schlichtungsstelle in Mietstreitigkeiten"; art. 79 CPC Glaris; art. 88 CPC Grisons.

444 Hegnauer/Breitschmid, op. cit., p. 117; n. 12.41; Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, n. 22.05, p. 155 s.

445 Cf. ATF 119 II 300, c. 3 avec de nombreuses références.

446 ATF 119 II 302, c. 3b; Bühler/Spühler, n. 96 ad art. 151 CC.

Le 2e alinéa correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'article 158, chiffre 5, CC. Il doit empêcher qu'une partie puisse être forcée à faire des concessions qui paraissent inéquitables et injustes⁴⁴⁷. Le juge doit s'assurer que les époux ont conclu leur convention après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète, et qu'elle n'est pas manifestement inadéquate. Cette obligation du juge d'examiner le contenu va plus loin que lors des compromis judiciaires habituels⁴⁴⁸. La lésion (art. 21 CO), l'erreur (art. 23 ss CO), le dol (art. 28 CO) et la menace (art. 29 s. CO) font obstacle à la ratification de la convention; le juge n'est cependant pas tenu de rechercher des vices du consentement cachés, comme il devrait le faire en vertu de la maxime inquisitoire. Il doit également refuser de ratifier la convention lorsqu'elle viole des règles du droit privé (cf. art. 19 à 21 CO), en particulier celles du droit du divorce (par exemple art. 123, 1er al.). Il en va de même lorsque la convention n'est pas claire (par exemple lorsqu'il y a incertitude sur le fondement d'une obligation de paiement - régime matrimonial ou règles sur le divorce; ambiguïté en matière de répartition des rentes d'assurances; incertitude quant à la part de l'entretien attribuée au conjoint et à celle due aux enfants [cf. art. 143, ch. 2]), ou encore lorsqu'elle est manifestement inadéquate (cf. p. ex. art. 123, 2e al. et 125, 2e al.) ou incomplète (par exemple quand un accord sur l'indemnité équitable au sens de l'art. 124 fait défaut).

Au surplus les parties au divorce peuvent, comme en droit actuel, décider librement du contenu de la convention et subordonner par exemple l'obligation de fournir des prestations à certaines conditions (art. 151 ss CO; cf. aussi art. 126, 3e al.).

C'est dans le seul cadre du divorce sur requête commune que la convention peut être révoquée jusqu'à la dernière audience (cf. art. 111). En cas de procédure introduite par une demande unilatérale, les parties sont, comme en droit actuel, déjà liées à la convention dès sa conclusion et avant toute ratification par le juge. Il reste toutefois possible de demander au juge de ne pas la ratifier⁴⁴⁹.

234.8 Prévoyance professionnelle; partage des prestations de sortie (art. 141 et 142)

Cf. *supra*, ch. 233.4.

234.9 Contributions d'entretien (art. 143)

Un jugement de divorce ne peut en principe être modifié que si les circonstances ont fondamentalement changé depuis qu'il a été prononcé. Pour décider si cette condition nécessaire est remplie ou non, le juge requis de modifier le jugement doit connaître l'état de fait sur lequel le juge du divorce s'est fondé. Cela soulève aujourd'hui de fréquents problèmes en pratique. C'est pourquoi l'article 143 impose au juge l'obligation de donner dans sa décision des informations sur les points importants. De cette ma-

447 ATF 119 II 301, c. 3b

448 ATF 119 II 301, c. 3

449 Cf. Spühler/Frei-Maurer, n. 151 ad art. 158 CC.

nière, les preuves requises dans le cadre d'un procès en modification sont assurées. On contribue ainsi à éviter d'éventuelles contestations.

Le chiffre 1 prévoit que le jugement ou la convention doit indiquer les éléments de revenu et de fortune pris en compte. Cela permet d'apprécier plus facilement par la suite si les conditions sont remplies pour supprimer, diminuer ou suspendre la rente (cf. art. 129, 1er al.). Ces indications sont en outre utiles pour déterminer si un époux a trompé l'autre sur sa situation de fortune et ses revenus (cf. art. 149, 2e al.).

Le chiffre 2 entend remédier au fait que les jugements de divorce n'opèrent souvent pas de distinction entre l'entretien destiné à l'ex-conjoint et les aliments à verser aux enfants. Or, une claire distinction est indispensable, dans la mesure où les causes de modification et d'extinction de ces contributions ne sont pas identiques.

Le chiffre 3 est une condition nécessaire à l'application de l'article 129, 3e alinéa, selon lequel la fixation ultérieure d'une rente ou son augmentation peuvent être demandées à certaines conditions (cf. *supra*, ch. 233.543). Selon cette dernière disposition, il faut notamment que la rente attribuée dans le jugement de divorce n'ait pas été suffisante pour couvrir l'entretien convenable de l'époux bénéficiaire. Le juge requis de modifier le jugement ne pourra cependant plus guère constater si tel a bien été le cas. Le fait que les indications mentionnées sous chiffre 3 figurent dans le jugement de divorce obvie à cette difficulté.

Le chiffre 4 concerne l'application de l'article 130, 2e alinéa. Selon cette disposition, la partie bénéficiaire de la rente peut demander que celle-ci lui soit encore payée en tout ou en partie malgré son remariage. Ce droit n'existe toutefois que pour les parts de la rente attribuées dans le jugement en vue de l'insertion professionnelle ou en raison des soins voués aux enfants. C'est pourquoi le jugement de divorce précisera si la rente a été allouée à l'un ou l'autre de ces titres et, le cas échéant, dans quelle mesure.

Le chiffre 5 correspond à l'article 128 dont il règle la procédure.

Le jugement qui ne contient pas les données requises est lacunaire et peut être attaqué ou complété dans les limites de la procédure cantonale. L'article 150, 1er alinéa, ne s'applique pas, car l'article 143 ne se limite pas au divorce sur requête commune, mais a une portée générale.

234.10 Enfants

234.101 Audition (art. 144)

L'audition des parents et des enfants, prévue à l'article 144, sert d'une part à établir les faits (art. 145) et constitue d'autre part un droit de l'enfant de prendre part au procès lié à ses droits de la personnalité. L'audition des parents correspond au droit actuel (art. 156, 1er al., CC). L'audition des enfants en revanche est nouvelle. Selon le 2e alinéa, les enfants doivent être entendus personnellement et d'une manière appropriée, à moins que leur âge ou d'autres motifs importants n'exigent que l'audition soit menée par un tiers ou que l'on y renonce. Déjà dans le droit en vigueur, une audition de l'enfant est

possible en vertu de l'article 156 CC: bien que cette disposition ne le précise pas formellement, la maxime d'office et la maxime inquisitoire qu'elle consacre permettent au juge de procéder à une telle audition (cf. aussi les commentaires relatifs à l'art. 133). Bien qu'elle ne soit pas obligatoire⁴⁵⁰, on recourt souvent à l'audition en pratique⁴⁵¹, dans la mesure où elle permet d'obtenir des renseignements précieux avant que soit prise une décision relative au sort des enfants⁴⁵². L'audition de l'enfant correspond d'ailleurs au principe, fondamental en droit de la filiation, selon lequel les parents doivent tenir compte autant que possible de l'avis de l'enfant pour les affaires importantes qui le concernent. Cette règle s'appliquera également à chaque autorité qui prend des décisions importantes pour l'enfant, donc aussi au juge du divorce⁴⁵³. C'est pourquoi l'article 133, 2e alinéa, prévoit parallèlement à l'article 301, 2e alinéa, 2e phrase, CC que, lors de l'attribution de l'autorité parentale et lors de la réglementation des relations personnelles, on doit dans la mesure du possible tenir compte de l'avis de l'enfant. Cela présuppose toutefois que l'enfant soit entendu⁴⁵⁴. Ce droit d'être entendu correspond du reste à une recommandation pressante du groupe de travail "Enfance maltraitée"⁴⁵⁵.

La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, signée le 1er mai 1991 par la Suisse et dont le Conseil fédéral demande la ratification dans son message du 29 juin 1994⁴⁵⁶, accorde une grande importance au droit de l'enfant à être entendu⁴⁵⁷. Un tel droit exprime le fait que l'enfant n'est pas l'objet passif d'une procédure, mais qu'il s'agit d'une personnalité individuelle ayant ses propres droits. L'article 12, 2e alinéa, de la convention oblige expressément les Etats à entendre l'enfant capable de discernement, directement ou par l'intermédiaire d'un représentant, dans toutes les procédures judiciaires ou administratives le concernant (voir aussi art. 9, 2e al., de la convention). La pratique dira dans quelle mesure cette norme est directement applicable⁴⁵⁸. L'instauration du droit de l'enfant à être entendu dans le nouveau droit du divorce est nécessaire. Une convention du Conseil de l'Europe⁴⁵⁹, qui est actuellement en voie d'élaboration et qui servira à favoriser l'application de la convention de l'ONU précitée, admet elle aussi le principe de l'audition de l'enfant. D'autres pays (tels que l'Allemagne, la France, la

450 Cf. Schwenzer, PJA 1994, p. 823 avec les références figurant à la note 54.

451 Cf. O. Vogel, Freibeweis in der Kinderzuteilung, in Festschrift für C. Hegnauer, Berne 1986, p. 617 s. et 622 s.; Hegnauer/Breitschmid, op. cit., n. 12.39 s., p. 116 sv; Hinderling/Steck, op. cit., p. 491.

452 Cf. C. Hegnauer, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess, PJA 1994, p. 890 avec les références figurant à la note 21.

453 C. Hegnauer, in Kindeszuteilung, éd. par J. Duss-von Werdt, 2e éd., Zurich 1986, p. 146 s.

454 Selon une étude réalisée par le professeur W. Felder à Berne auprès des enfants de parents divorcés (1989/91) seuls 6% environ des enfants ont renoncé à être entendus, cf. Felder/Wüthrich/Zollinger, PJA 1994, p. 896. Cf. aussi les résultats de l'évaluation législative allemande de R. Lempp/V. von Braunbehrens/E. Eichner/D. Röcker, Die Anhörung des Kindes gemäss § 50b, Cologne 1987, p. 105 s.

455 Cf. Enfance maltraitée en Suisse, rapport final présenté au chef du Département fédéral de l'intérieur, Berne juin 1992, p. 102.

456 FF 1994 V 1 ss

457 FF 1994 V 39 ss, commentaires ad article 12; cf. Schwenzer, PJA 1994, p. 823 s.; Hegnauer/Breitschmid, op. cit., n. 12.39, p. 116. En revanche, l'art. 6, 1er al., CEDH n'admet pas l'audition de l'enfant parce que la garantie du droit d'être entendu est liée à la qualité de partie, cf. H. Miehsler/Th. Vogler, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2e livraison, Cologne/Berlin/Bonn/Munich 1992, n. 348 ad art. 6.

458 Cf. FF 1994 V 39 ss, commentaires ad article 12, avec les renvois figurant à la note 143. Les doctrines majoritaires françaises et allemandes partent de l'applicabilité directe de certaines dispositions de la convention; cf. Schwenzer, PJA 1994, p. 819.

459 European Convention on the Exercise of Children's Rights.

Grande-Bretagne et certains Etats américains) ont déjà fait de bonnes expériences avec le droit de l'enfant à être entendu⁴⁶⁰.

Le projet prévoit une solution souple. Il importe que l'audition se fasse sous une forme qui soit adaptée aux enfants⁴⁶¹. Le mode d'audition dépend essentiellement de l'âge, du développement intellectuel et des données individuelles de l'enfant. Selon les circonstances (âge, développement, etc.), l'enfant ne doit pas être obligé de répondre à la question de savoir si, à l'avenir, il préfère vivre avec son père ou sa mère, si cela risque de provoquer un conflit de loyauté⁴⁶². L'audition ne devrait en principe pas se dérouler dans la salle d'audience, mais dans un environnement plus adéquat (par exemple dans le bureau du juge, voire à l'extérieur du palais de justice). Le juge est libre d'entendre les enfants en présence de leurs parents ou non. On renoncera aux auditions par l'ensemble du tribunal.

L'âge de l'enfant ou d'autres motifs importants (par exemple le refus de l'audition par l'enfant) peuvent justifier que l'on renonce à l'audition. Cette décision ne peut être prise que compte tenu des circonstances du cas particulier et doit être laissée à la libre appréciation du juge; c'est pourquoi on a renoncé à fixer une limite d'âge précise, comme cela a parfois été demandé lors de la procédure de consultation.

Compte tenu de son but, l'audition devrait en principe incomber à un juge. Des motifs importants, tels que l'âge de l'enfant, une situation spéciale, l'exigence d'un sens psychologique particulier ou encore la nécessité de faire examiner les circonstances par des spécialistes, peuvent néanmoins conduire à considérer qu'une audition menée par un tiers sera plus appropriée (par exemple, un psychologue pour enfants, un assistant social ou une personne active dans un autre service d'aide à la jeunesse).

Le droit de l'enfant à être entendu a été contesté lors de la procédure de consultation. Divers participants ont souligné le caractère néfaste d'un interrogatoire pour les enfants. Certains ont estimé que le principe de l'audition allait trop loin, alors que d'autres ont demandé que l'audition soit rendue obligatoire. Enfin, la qualification professionnelle des juges pour mener l'audition des enfants a été mise en doute. On a exigé une formation adéquate, voire la création de juges de famille. La portée de l'argument principal contre l'audition, à savoir la mise en danger de l'enfant, doit être fortement relativisée au vu des résultats d'une évaluation législative effectuée par le Ministère allemand de la justice. Cette étude devait notamment éclaircir la question de savoir si l'audition, instaurée en Allemagne en 1980, avait provoqué des tensions psychiques inadmissibles chez l'enfant. Les résultats de l'évaluation ont démontré que ces craintes s'étaient révélées le plus souvent injustifiées. On a au contraire fréquemment remarqué une certaine

460 Pour l'Allemagne: § 50b, 1er al., de la loi "über die Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit" en relation avec le § 1671 BGB, voir à ce sujet M. Hinz, Münchener Kommentar, n. 97 ad § 1671 BGB. Pour les données d'évaluation législative, voir Lempp/von Braunbehrens/Eichner/Röcker, op. cit. Le "Deutsche Juristentag" 1992 a accepté à une majorité écrasante la recommandation de conserver dans tous les cas l'audition de l'enfant lors de la révision à venir du droit de la filiation s'agissant des procédures de divorce (Verhandlungen des neunundfünfzigsten deutschen Juristentages, Hanovre 1992, vol. II, Rapports de séances, Munich 1992, p. M261 en bas). Pour un aperçu de droit comparé, voir Schwenzer, PJA 1994, p. 824.

461 Cf. aussi les recommandations de Lempp/von Braunbehrens/Eichner/Röcker, op. cit., p. 107 s., ainsi que R. Balloff, Kinder vor Gericht, Munich 1992, p. 86 ss.

462 Cf. Balloff, op. cit., p. 84.

détente à la fin de l'audition⁴⁶³. On constate que les juges peu expérimentés, de même que ceux qui avaient peu pratiqué d'auditions ou qui étaient particulièrement critiques à l'égard du droit d'être entendu, voyaient dans l'audition une source de tensions considérables pour l'enfant. Apparemment, les tensions résultant de l'audition étaient perçues de manière moins prononcée par les personnes bénéficiant d'une certaine expérience professionnelle⁴⁶⁴. L'article 144 est d'ailleurs formulé de façon élastique pour qu'il soit possible d'agir de façon adéquate dans chaque cas particulier. Le projet permet d'ailleurs de renoncer à l'audition dans les cas où il y a lieu de craindre qu'elle ne provoque de trop graves tensions psychiques chez l'enfant. Quant aux juges appelés à procéder à des auditions d'enfants, on peut attendre d'eux qu'ils suivent une formation complémentaire en vue de disposer des qualifications nécessaires (cf. *infra*, ch. 234.122).

234.102 Appréciation des circonstances (art. 145)

L'article 145 est la norme de procédure fondamentale pour déterminer les faits (maxime inquisitoire). Les dispositions de droit matériel qui déterminent les critères sur lesquels le juge se fonde pour régler le sort des enfants (maxime d'office) sont énoncées aux articles 133 et 134 (cf. *supra*, ch. 233.6).

Selon le 1er alinéa, le juge doit établir d'office tous les faits importants pour les décisions relatives aux enfants. Cela correspond à la jurisprudence du Tribunal fédéral et à la doctrine relative à l'article 156, 1er alinéa, CC, bien que cette disposition ne prévoie d'ailleurs pas expressément l'établissement d'office des faits⁴⁶⁵. L'administration de preuves par les parties, certes possible et utile, n'est pas absolument nécessaire. L'appréciation judiciaire des circonstances se fait en premier lieu par l'interrogatoire des parents et de l'enfant par le juge (cf. art. 144). Celui-ci apprécie librement les preuves; les règles du droit cantonal sur l'appréciation des preuves ne sont pas pertinentes (cf. aussi art. 139, 1er al.).

Selon le 2e alinéa, le juge peut faire appel au besoin à des experts. Le recours aux experts constitue un moyen de preuve important (cf. aussi *supra*, ch. 234.101), c'est pourquoi il fait l'objet d'une mention particulière. Il va de soi que d'autres moyens de preuve seront aussi retenus, s'ils sont propres à prouver certains faits et qu'ils se révèlent nécessaires en l'espèce (par exemple l'interrogation de témoins)⁴⁶⁶.

Le 3e alinéa prévoit la compétence du Conseil fédéral de régler, par voie d'ordonnance, les détails de la protection des données et du droit de consulter le dossier dans le cadre de la procédure probatoire.

463 Lempp/von Braunbehrens/Eichner/Röcker, op. cit., p. 102 ss/104.

464 Lempp/von Braunbehrens/Eichner/Röcker, op. cit., p. 15.

465 Voir surtout ATF 111 II 229, c. 4; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, p. 611; Hinderling/Steck, op. cit., p. 406, note 5a. Par contre, la procédure devant le Tribunal fédéral interdit également de présenter des conclusions nouvelles (art. 55, al. 1, let. c, OJ, cf. ch. 234.5 ainsi que ATF 120 II 231, c. 1).

466 A propos des moyens du juge, cf. Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, p. 615 ss.

234.103 Collaboration des services chargés de l'aide à la jeunesse (art. 146)

Cette disposition correspond à l'article 148, 1er alinéa, de l'avant-projet qui a trouvé un écho largement favorable durant la procédure de consultation. Dans plusieurs cantons, les juges du divorce travaillent déjà aujourd'hui en collaboration étroite et régulière avec les services chargés de l'aide à la jeunesse. Cette pratique judicieuse est institutionnalisée à l'article 146. L'autorité tutélaire ou un autre service chargé de l'aide à la jeunesse désigné par le droit cantonal doit avoir l'occasion, lorsque les parties au divorce ont des enfants mineurs, de porter à la connaissance du juge du divorce les faits qui sont importants pour régler le sort des enfants. L'autorité tutélaire, ou un autre service désigné par le droit cantonal, informera également le juge lorsqu'il n'a connaissance d'aucun fait important.

L'avant-projet prévoyait dans un autre alinéa que le juge ordonne au besoin à l'autorité tutélaire ou à un autre service chargé de l'aide à la jeunesse désigné par le droit cantonal de mener une enquête sociale et d'établir un rapport. Le projet renonce à cette disposition. Lors de la procédure de consultation, on a relevé à juste titre que de telles tâches devaient être confiées à des services particulièrement qualifiés, notamment à des experts, et non à l'autorité tutélaire (cf. art. 145, 1er et 2e al.).

234.104 Représentation de l'enfant

234.104.1 Conditions (art. 147)

Une des caractéristiques fondamentales du nouveau droit du divorce est la recherche de la meilleure sauvegarde possible des intérêts de l'enfant dans le procès en divorce (cf. *supra*, ch. 144.5). Le droit actuel part du principe que cette exigence est réalisée par l'application stricte de la maxime d'office et de la maxime inquisitoire. Cela ne suffit toutefois pas toujours. C'est pourquoi le projet prévoit que le juge doit ordonner la représentation de l'enfant dans le procès en divorce des parents. Il ne s'agit cependant pas là d'une règle générale, mais d'une obligation qui existe à certaines conditions déterminées. L'autorité tutélaire nommera un curateur lorsque la représentation de l'enfant aura été ordonnée. Celui-ci pourra déposer des conclusions et interjeter des recours sur des questions relatives à l'attribution de l'autorité parentale, à des questions essentielles concernant les relations personnelles et aux mesures de protection de l'enfant (art. 148, 2e al.)⁴⁶⁷.

Bien que l'enfant soit touché très directement par le procès en divorce de ses parents, il n'a aujourd'hui aucun droit dans le cadre de la procédure. Il ne peut ni déposer des

467 Le projet mis en consultation prévoyait simplement qu'un curateur pouvait être nommé à l'enfant dans le sens d'un accompagnement pendant la procédure de divorce au sens de l'art. 308 CC avec des compétences en-dehors de la procédure. C'est insuffisant, comme on l'a relevé durant la procédure de consultation. Cf. en particulier l'enquête réalisée par L. Salgo, *Der Anwalt des Kindes. Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Kinderschutzverfahren - eine vergleichende Studie* -, éd. par le Ministère allemand de la justice, Cologne 1993.

conclusions ni interjeter un recours⁴⁶⁸. L'autorité tutélaire n'est pas non plus partie au procès⁴⁶⁹. Traditionnellement, la maxime d'office et la maxime inquisitoire (cf. *supra*, ch. 233.61 s. et 234.102) doivent venir compenser ce manque. Dans le procès en divorce, en particulier, la sauvegarde des intérêts de l'enfant est cependant limitée. Surchargés, beaucoup de juges se fondent sans autre examen sur les conclusions communes des parents ou renoncent à éclaircir certains points importants pour des raisons d'économie de procédure. Par ailleurs, un fort engagement du juge risque à l'inverse de donner l'impression aux parties que ce dernier agit de façon trop unilatérale et partielle, ce qui pourrait nuire à l'acceptation du jugement⁴⁷⁰. Les parents eux-mêmes ne sont pas toujours en mesure de percevoir de façon appropriée les intérêts de l'enfant dans le procès en divorce, lorsque leurs avis divergent sur des points importants pour le sort des enfants. Dans un tel cas, chacun des parents va plutôt s'attacher à défendre son propre point de vue. Même en cas d'accord, on peut douter, suivant les circonstances du cas particulier, que les parents agissent véritablement dans l'intérêt bien compris de l'enfant. La nouvelle prescription sur l'audition de l'enfant (art. 144, 2e al.) apporte dès lors des améliorations. Elle ne suffit toutefois pas, car seules les parties peuvent recourir⁴⁷¹ si on a renoncé à cette audition de façon injustifiée. De plus, il n'est pas toujours possible d'entendre l'enfant (par exemple à cause de son âge ou de sa santé). C'est pourquoi les experts sont unanimes à dire que la maxime d'office et la maxime inquisitoire sont insuffisantes, et que l'enfant a besoin dans certains cas d'une représentation propre pour la sauvegarde de ses intérêts⁴⁷². La possibilité de représentation correspond d'ailleurs à une recommandation du Groupe de travail "Enfance maltraitée"⁴⁷³ ainsi qu'à l'article 12, 2e alinéa, de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant⁴⁷⁴. La doctrine suisse récente réclame aussi vivement la représentation de l'enfant⁴⁷⁵. Celle-ci a déjà été instaurée dans plusieurs législations étrangères dans le domaine des mesures protectrices de l'enfant et du divorce (notamment dans certains Etats américains, en Angleterre et en France)⁴⁷⁶ ou est en voie de l'être, comme c'est le cas en Allemagne⁴⁷⁷.

La représentation de l'enfant n'est certainement pas nécessaire dans chaque procès en divorce. Mais il ne serait pas satisfaisant de prévoir de façon générale que la décision de la représentation de l'enfant soit laissée à la libre appréciation du juge du divorce. Si l'on veut faciliter la réalisation de cette exigence, la loi doit en préciser le plus possible les conditions. Le projet prévoit quatre cas dans lesquels le juge peut et doit ordonner que l'enfant soit représenté (art. 147, ch. 1 à 4). Le chiffre 1 concerne le cas où les père et mère déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité paren-

468 C. Hegnauer, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess, PJA 1994, p. 888; Bühler/Spühler, n. 48 ad art. 156 CC.

469 Hegnauer, PJA 1994, p. 888; Bühler/Spühler, n. 59 ad art. 156 CC.

470 Cf. Salgo, op. cit., p. 21; C. Hegnauer, PJA 1994, p. 890.

471 Hegnauer, PJA 1994, p. 890 avec la référence figurant à la note 26.

472 Cf. en particulier Salgo, op. cit., p. 19 ss; Schwenzer, PJA 1994, p. 824; Hegnauer, PJA 1994, p. 889 ss.

473 Enfance maltraitée en Suisse, Rapport final présenté au chef du Département fédéral de l'intérieur, Berne juin 1992, p. 102.

474 Cf. Schwenzer, PJA 1994, p. 824; Hegnauer, PJA 1994, p. 888 ss/892 s.

475 Hegnauer, PJA 1994, p. 888 ss; du même auteur, Der Anwalt des Kindes, RDT 1994, p. 181 ss; Schwenzer, PJA 1994, p. 824.

476 Cf. à ce sujet l'étude approfondie de droit comparé de Salgo, op. cit., notamment p. 27 ss (USA), 85 ss (Grande-Bretagne), 167 ss (Australie), 184 ss (France), 221 ss; C. Steindorff, Die Kinderanwaltsbewegung in Frankreich, FamRZ 1991, p. 1148, Schwenzer, PJA 1994, p. 824; Hegnauer, PJA 1994, p. 892.

477 Schwenzer, PJA 1994, p. 824 avec la référence figurant à la note 60.

†
tale ou à des questions importantes concernant les relations personnelles. Face aux intérêts en présence, les père et mère ne sont ici objectivement pas en mesure de représenter les intérêts de l'enfant⁴⁷⁸. Le chiffre 2 donne à l'enfant capable de discernement le droit de demander lui-même un représentant (cf. art. 16 et 19, 2e al., CC). Le chiffre 3 tient compte de la tâche légale de l'autorité tutélaire en tant qu'autorité centrale de protection de l'enfant. Au surplus, il ne serait pas judicieux d'accorder à l'autorité tutélaire le droit de déposer des conclusions ou de lui donner des compétences propres pour modifier des jugements de divorce en ce qui concerne le sort des enfants (cf. art. 134 et 315b), et de ne lui reconnaître aucun droit de demander que l'enfant soit représenté dans le procès en divorce. La demande seule ne suffit cependant pas encore. L'autorité tutélaire doit expliquer pourquoi il est nécessaire que l'enfant soit représenté. Le chiffre 4 règle le cas où les père et mère déposent des conclusions communes sur les éléments importants pour le sort des enfants (autorité parentale, questions essentielles concernant les relations personnelles), mais que l'ensemble des circonstances font sérieusement douter du bien-fondé de ces conclusions ou justifient l'examen de la nécessité de prononcer une mesure de protection de l'enfant.

234.104.2 Désignation et attributions (art. 148)

Le 1er alinéa prévoit que la représentation de l'enfant est confiée à un curateur. Cela signifie pratiquement qu'il s'agit d'une mesure de protection de l'enfant et que les principes du droit de la tutelle sont applicables, notamment en ce qui concerne la rémunération. De même, ce n'est pas le juge, mais l'autorité tutélaire qui désigne le curateur. Celui-ci doit disposer d'expérience en matière d'assistance et dans le domaine juridique. Il va de soi que l'avocat d'une des parties ne peut pas représenter simultanément l'enfant.

Le 2e alinéa établit les compétences du curateur. Conformément aux conditions de la représentation de l'enfant (cf. art. 147, ch. 1 à 4), le curateur peut uniquement déposer des conclusions ou interjeter recours en relation avec des questions centrales qui concernent les enfants (autorité parentale, questions essentielles relatives aux relations personnelles, mesures de protection de l'enfant). Le curateur n'a pas de compétence relative à l'entretien de l'enfant. La sauvegarde des intérêts de l'enfant ne pose pas de problème particulier dans ce domaine⁴⁷⁹.

Le 3e alinéa prévoit que les frais de procédure et les dépens engendrés par la représentation de l'enfant par un curateur ne peuvent pas être mis à la charge de l'enfant. Ce dernier n'est pas à l'origine du procès. En outre, la sauvegarde du bien de l'enfant est une tâche publique⁴⁸⁰. Cela n'exclut toutefois pas que des frais liés directement ou indirectement à la représentation de l'enfant (par exemple à cause d'une expertise) puissent être ajoutés aux débours judiciaires et mis totalement ou partiellement à la charge des parties suivant l'issue de la procédure.

478 Cf. Hegnauer, PJA 1994, p. 889 s.

479 Cf. Hegnauer, PJA 1994, p. 889.

480 Cf. Hegnauer, PJA 1994, p. 893.

234.11 Recours et révision

234.111 En général (art. 149)

C'est le droit cantonal de procédure qui détermine actuellement si et dans quelle mesure la loi octroie un effet suspensif au recours dirigé contre un jugement de divorce. Si un jugement est attaqué seulement sur certains points et que les autres entrent en force, on parle de force de chose jugée partielle.

La diversité des règles cantonales sur la force de chose jugée a des conséquences choquantes. Dans certains cantons, un époux peut déjà se remarier avant qu'une décision définitive ait été prise quant à la liquidation du régime matrimonial par exemple. Dans d'autres cantons en revanche, il devra attendre la fin d'une procédure longue de plusieurs années ne portant que sur un effet accessoire du divorce, parce que l'entrée en force de chose jugée n'intervient qu'après que l'ensemble du divorce a été jugé. Dans l'intervalle, les parties demeurent héritières l'une de l'autre, puisque le mariage n'est pas formellement dissous (art. 462 et 471, ch. 3, CC). Le 1er alinéa prévoit par conséquent qu'un recours ne suspend l'entrée en force du jugement que dans la mesure des conclusions prises (force de chose jugée partielle). Dans la procédure de recours en réforme devant le Tribunal fédéral, le principe de force de chose jugée partielle⁴⁸¹ s'applique aujourd'hui déjà.

Etant donné le lien entre les rentes attribuées aux enfants et la rente du conjoint divorcé, il convient de prévoir une exception au principe de la force de chose jugée partielle. Si le conjoint astreint à payer des contributions d'entretien, qui recourt selon les voies prévues par le droit cantonal, se limite à contester les contributions d'entretien postérieures au divorce, mais non la pension alimentaire des enfants, une correction de la pension alimentaire des enfants devrait être exclue en vertu du principe de la force de chose jugée partielle⁴⁸². Lorsque le juge de deuxième instance estime que les contributions d'entretien postérieures au divorce fixées par la première instance sont effectivement trop élevées, elles doivent être réduites en conséquence. Si l'instance supérieure arrive également à la conclusion que l'instance inférieure a fixé trop bas les rentes des enfants, celles-ci ne pourront plus être augmentées, malgré la maxime d'office (cf. art. 133, 1er al.). Faute de recours et en vertu du principe de la force de chose jugée partielle, ces rentes sont en effet définitivement entrées en force. Le 1er alinéa prévoit par conséquent qu'un recours portant sur la contribution d'entretien a toujours pour effet de suspendre la force de chose jugée en ce qui concerne les rentes dues aux enfants.

Conformément à la jurisprudence du Tribunal fédéral, le 2e alinéa prévoit que la convention sur les effets patrimoniaux du divorce doit être attaquée par voie de recours et non pas au moyen d'une nouvelle action fondée sur le code des obligations. La raison en est que la convention de divorce perd définitivement son caractère de droit privé après sa ratification par le juge et devient partie intégrante du jugement (cf. aussi art. 140, 1er al.)⁴⁸³.

481 Art. 54, 2e al., OJ.

482 Cf. RSJ 1991, p. 359 s.

483 Cf. ATF 119 II 300 s., c. 3; 110 II 46 ss, c. 4

Les motifs de révision de droit cantonal sont cependant parfois très restrictifs en ce sens que la révision n'est possible que si le jugement a été influencé par un crime ou un délit ou si des moyens de preuve d'une importance décisive, par exemple des documents, qui existaient déjà au moment de la procédure antérieure, ont été découverts ultérieurement⁴⁸⁴. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit du divorce ne connaît toutefois aucun motif de révision complémentaire relevant du droit fédéral pour le cas où une convention sur les effets du divorce, ratifiée par le juge, est entachée d'un vice de la volonté⁴⁸⁵. Ceci a pour conséquence que - suivant la structure de la procédure cantonale - une convention peut être attaquée dans certains cantons par exemple pour dol, alors qu'elle ne peut pas l'être dans d'autres. Cette situation est choquante. Depuis quelque temps, la doctrine a par conséquent demandé l'instauration d'une réglementation de droit fédéral⁴⁸⁶. L'article 149, 2^e alinéa, prévoit maintenant qu'à côté des motifs de révision de droit cantonal, les vices du consentement (erreur, dol, menace; art. 23 ss CO) peuvent ouvrir la voie de la demande en révision en vertu du droit fédéral. La lésion au sens de l'article 21 CO n'est pas retenue car l'obligation d'examen du juge concernant la convention sur les conséquences du divorce garantit une protection suffisante (cf. art. 140, 2^e al.). Pour les autres modalités de la révision, en particulier les délais de révision, le projet prévoit que le droit cantonal continue à s'appliquer⁴⁸⁷.

Le recours contre les conventions ratifiées qui ne sont pas encore entrées en force n'est pas réglé expressément. Dans de tels cas, les conventions, en tant que parties du jugement, peuvent être attaquées lorsque les conditions générales des moyens de recours cantonaux sont remplies.

234.112 En cas de divorce sur requête commune (art. 150)

L'article 150 ne s'applique qu'au divorce sur requête commune. La disposition détermine à quelles conditions le divorce comme tel peut faire l'objet d'un recours. Lorsque seule la convention sur les effets du divorce est attaquée, on appliquera l'article 149, 2^e alinéa.

La procédure de divorce sur requête commune est caractérisée par plusieurs garanties d'ordre procédural, qui protègent les époux contre des décisions précipitées (cf. art. 111). Une fois que le juge a prononcé le divorce, cette partie du jugement ne doit par conséquent pouvoir faire l'objet d'un recours ordinaire - qui empêcherait l'entrée en force du jugement et donc tout remariage - qu'à de strictes conditions. Les moyens de recours extraordinaires ne sont pas concernés par cette disposition. Déjà selon la doctrine et la jurisprudence actuelles, une révision n'est possible qu'à des conditions très restrictives⁴⁸⁸. Ce principe devra à l'avenir s'appliquer d'autant plus au divorce sur requête commune.

484 Cf. Staehelin/Sutter, op. cit., p. 276 ss, n. 103 ss; Vogel, Grundriss des Zivilprozessrechts, p. 335, n. 97 s.

485 ATF 119 II 302 s., c. 4

486 Cf. Hinderling/Steck, op. cit., p. 597 avec références mentionnées à la note 13.

487 Selon l'ATF 110 II 48 s., c. 4c, les délais ne se calculent pas sur la base de l'article 31 CO, mais selon la procédure civile cantonale.

488 ATF 93 II 151 ss/153 ss, c. 3 à 6 (décès); 87 I 472 (temps); Bühler/Spühler, n. 80 s. ad art. 146 CC; Spühler/Frei-Maurer, n. 80 ad art. 146 CC; Hinderling/Steck, op. cit., p. 595 ss.

Tout recours suppose l'existence d'un intérêt juridique à recourir, c'est-à-dire que l'auteur du recours doit être lésé par le jugement attaqué. C'est en principe le cas lorsque la décision de divorcer est entachée d'un vice dans la formation de la volonté, de sorte que l'on peut parler d'un vice de la volonté (erreur, dol, menace) par analogie avec les dispositions régissant les contrats. Ces cas devraient être toutefois rares dans la pratique. Le juge est en effet tenu par l'article 111, 1er alinéa, de s'assurer que la requête commune en vue du divorce a été déposée après mûre réflexion et de plein gré. Mais, si de tels cas se présentent, ils sont d'autant plus choquants. Si par exemple un époux a donné son accord au divorce sur requête commune sous l'influence d'une menace grave, les principes régissant l'état de droit exigent que le jugement puisse être attaqué. S'agissant des vices du consentement concernant la convention de divorce, il faudra examiner dans chaque cas d'espèce si leur influence sur la décision de divorcer a été si importante que le divorce doit aussi pouvoir être attaqué en tant que tel par la partie concernée.

A côté des vices du consentement, la violation des prescriptions de procédure relatives au divorce sur requête commune (par exemple omission de la deuxième audition personnelle; art. 111, 2e al.) constitue également un motif de recours. Il s'agit de garantir que ces prescriptions sont respectées. En revanche, en cas de violation d'autres dispositions du droit du divorce ou de prescriptions de procédure du droit cantonal, aucun moyen de recours ordinaire ne peut être utilisé pour attaquer le divorce sur requête commune.

Le 2e alinéa précise qu'un recours portant sur les effets du divorce réglés par la convention ne peut permettre à l'autre partie d'invoquer un vice du consentement, soit une erreur (art. 24, 2e al., ch. 4, CO) ou un dol (art. 28 CO). Il s'agit d'empêcher par là que le recours contre le divorce devienne un instrument tactique de procédure. La notion de convention au sens du 2e alinéa doit être comprise dans un sens plus large qu'à l'article 140 et englobe aussi les décisions relatives aux enfants prises sur la base des conclusions communes des parties (cf. art. 111, 1er al., et 147).

234.12 Droit cantonal

234.121 Médiation en matière de divorce (art. 151)

Le divorce sur requête commune présuppose en principe que les époux se sont entendus de façon complète sur les effets du divorce (art. 111). Il existe diverses possibilités d'obtenir une telle entente. Les époux peuvent s'adresser tous les deux à un juriste en qui ils ont confiance afin qu'il résolve leurs problèmes à leur place. Ils peuvent aussi charger ensemble un avocat ou un conseiller juridique, ou social, d'élaborer une proposition de solution. Pour les juges qui connaissent la tradition du rapporteur (par exemple dans le canton de Zurich) et où l'on peut en tout temps être convoqué devant le rapporteur pour une séance de conciliation⁴⁸⁹, la proposition de solution peut, suivant les circonstances, venir du juge. Ces moyens de résoudre les conflits auront une grande importance à l'avenir également en cas de divorce sur requête commune.

489 Cf. § 62 en relation avec le § 118, 3e al., CPC Zurich.

Une autre possibilité de résoudre les conflits réside dans la méthode développée dans les années septante, appelée *médiation*, qui est pratiquée depuis lors avec succès dans de nombreux pays (Allemagne, Angleterre, Australie, Belgique, Canada, France, Italie, Nouvelle-Zélande)⁴⁹⁰ et qui est déjà prévue aussi dans certains cantons (par exemple Bâle-Ville, Fribourg, Genève, Tessin⁴⁹¹ et Zurich). Une association suisse de la médiation a été créée. Elle organise des cours de formation et des séminaires.

La "médiation" est une notion technique reprise de l'anglais⁴⁹². Quant au fond, la médiation est une procédure selon laquelle une tierce personne *neutre* aide les intéressés à résoudre d'un commun accord leurs conflits en négociant (cf. les commentaires relatifs à l'art. 146, 2e al., quant au contenu de la convention). Si le couple concerné le désire, la médiation peut aussi être confiée à deux personnes, à savoir un homme et une femme. Les partenaires en conflit se rencontrent en présence du médiateur pour définir quels points litigieux doivent être réglés; ils négocient ensuite et cherchent des solutions *sous leur propre responsabilité*. Il existe plusieurs types de médiations. Tous les types ont cependant un objectif commun, à savoir l'élaboration d'une convention qui résout les problèmes d'une manière acceptable pour tous. Ceci est surtout important quand les époux désireux de divorcer et ayant des enfants mineurs ont des conceptions différentes quant à l'attribution de l'autorité parentale ou à la réglementation des relations personnelles⁴⁹³. Comme les époux doivent élaborer eux-mêmes une solution, leur autonomie est renforcée⁴⁹⁴. Les solutions qu'ils ont élaborées ensemble ont plus de chance d'être appliquées à long terme que les décisions prises par le juge⁴⁹⁵. Il est aussi plus probable que les problèmes survenant ultérieurement puissent être résolus par les parents eux-mêmes dans l'intérêt de leurs enfants. L'aptitude des parents à dialoguer aide les enfants à surmonter les difficultés liées au divorce⁴⁹⁶. De ce point de vue, il est important qu'une offre suffisante de médiateurs soit disponible en Suisse. C'est pourquoi l'article 151 oblige les cantons à veiller à ce que les époux puissent s'adresser à des personnes ayant une formation de médiateur, qui les aideront à s'entendre sur le divorce et ses conséquences. Dans l'exécution de ce mandat, les cantons jouiront d'une grande liberté, comme c'est le cas pour l'organisation des offices de conciliation conjugale ou familiale prévus à l'article 171 CC (cf. également *infra*, ch. 32). Ainsi, ils pourront déléguer la médiation à des organisations privées, qu'ils soutiendront éventuellement par

490 Cf. R. Proksch, Scheidungsfolgenvermittlung (Divorce Mediation) - ein Instrument integrierter familiengerichtlicher Hilfe, FamRZ 1989, p. 916 ss, en particulier 919 ss; M.M. Guglielmoni/A.F. Forni, La médiation et le nouveau droit du divorce: quelques réflexions, PJA 1994, p. 883 avec les références figurant à la note 2.

491 Cf. M. Galli-Widmer, Familie und Scheidung. Die Familienmediation im Kanton Tessin, PJA 1994, p. 867 ss, notamment p. 869 ss.

492 J.M. Haynes, Scheidung ohne Verlierer. Ein neues Verfahren, sich einvernehmlich zu trennen, Munich 1993, p. 295.

493 Cf. aussi § 17, 2e al., des Deutschen Gesetzes zur Neuordnung des Kinder- und Jugendhilferechts (KJHG) du 26 juin 1990 concernant le soutien d'une conception commune pour l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation ou de divorce: à ce sujet M. Hinz, Münchener Kommentar, Munich 1993, n. 1/12 ss ad § 17 KJHG, avec les références.

494 Cf. Haynes, op. cit., p. 12; P. Balscheit, Von der Streiterledigung zur Konfliktverarbeitung. Ein Plädoyer für mehr Autonomie im Scheidungsverfahren, PJA 1994, p. 872 ss.

495 Cf. R. Proksch, FamRZ 1989, p. 920, avec les références aux études américaines; L. Cardia-Vonèche/ B. Bastard, Décider soi-même des effets du divorce; La privatisation est-elle une solution? PJA 1994, p. 875 ss.

496 Cf. B. Bastard/L. Cardia-Vonèche, Le divorce autrement: la médiation familiale, Paris 1990, p. 18 s., 21 s., 39 s., 46, 141, 155, 158; R. Proksch, in Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 1989, p. 76 ss, avec les nombreuses références et FamRZ 1990, p. 916 ss.

une aide financière ou d'une autre manière. Mais ils pourront aussi confier cette tâche à des organes étatiques ou l'attribuer à des services déjà existants.

Les médiateurs ont pour tâche de favoriser le processus qui amène à une entente entre les parties au divorce. Ils veillent à ce que les époux aient un comportement correct et essaient de rétablir leur capacité de dialoguer et de collaborer - deux éléments nécessaires à la résolution des problèmes que pose le divorce⁴⁹⁷. Des méthodes de gestion d'entretien ont été développées à cette fin⁴⁹⁸. Pour être efficace, la médiation doit garantir la confidentialité. C'est pourquoi, les médiateurs ne doivent pas être admis en tant que témoins ou personnes amenées à donner des renseignements dans le procès en divorce (art. 139, 3e al.; cf. *supra*, ch. 234.6). Si une convention sur les conséquences du divorce a pu aboutir au cours de la médiation, il est recommandé d'en confier le contrôle juridique à des personnes compétentes en matière de divorce, par exemple aux avocats des parties, qui conservent une fonction de conseil dans les cas où le conflit a été résolu par la voie de la médiation⁴⁹⁹.

Une formation *interdisciplinaire* est nécessaire pour exercer l'activité de médiateur⁵⁰⁰. En outre une collaboration entre des personnes actives dans les domaines du barreau, de la magistrature et de l'assistance sociale, ayant une formation psychologique et juridique, est utile⁵⁰¹.

Lors de la procédure de consultation, des milieux féminins se sont opposés à la médiation, estimant qu'elle défavorise les femmes qui, de par leur situation et les tâches qu'elles ont assumées pendant la durée du mariage, ont moins d'expérience dans le domaine de la négociation⁵⁰² et jugeant par ailleurs que la médiation devient un instrument de pouvoir pour les hommes. Il est certes exact que l'épouse se trouve souvent dans une situation économique moins favorable parce qu'elle dépend d'une rente d'entretien accordée pour une période plus ou moins longue. Cela ne préjuge cependant pas de la répartition du pouvoir dans le mariage. De plus, l'une des tâches des médiateurs est de percevoir les influences auxquelles peuvent être soumises les parties. S'il n'est pas possible d'établir un équilibre entre les époux, il n'y a en principe plus de place pour une médiation. Dans un tel cas, la personne chargée de la médiation devra renvoyer les parties à leurs avocats.

Comme la consultation conjugale (art. 171 CC), la médiation intervient sur une base volontaire et peut être interrompue en tout temps par chaque conjoint sans indication de motifs. Le juge ne peut pas contraindre les parties à recourir à une médiation contre

497 Haynes, op. cit., p. 13.

498 Cf. Haynes, op. cit., p. 30 ss.

499 Haynes, op. cit. p. 27; du même auteur, *Mediation, Basisinformation für Interessierte*, in H. Krabbe (éd.), *Scheidung ohne Richter*, Hambourg 1993, p. 147.

500 Cf. Bastard/Cardia-Vonèche, op. cit., p. 29 ss, 95 s., 117.

501 Cf. M. Brehme, *Die Zusammenarbeit von Juristen und psychosozialen Berufen. Erfahrungsbericht einer Familienrichterin*, in H. Krabbe, op. cit., p. 226 ss; Guglielmoni/Forni, *PJA* 1994, p. 884.

502 M.L. Leitch, *The Politics of Compromise: A Feminist Perspective on Mediation*, in *Mediation quarterly*, No 14-15, 1986-87, p. 163 ss; C. Werner-Schneider, *Wer zahlt den Preis für den Gang zum Mediator? Kritische Anmerkungen zum "Mediation"-Modell*, *Streit* 1991, p. 16 ss; Pour une présentation des avantages et des inconvénients de la médiation: B. Bastard/L. Cardia-Vonèche, *La médiation familiale: un meilleur divorce, mais à quel prix pour les femmes?*, in *Questions féminines* 1/1992, p. 22 ss, avec d'autres références.

leur gré. Mais il est possible qu'un procès en divorce déjà en cours soit interrompu, avec l'accord des époux, pour leur donner l'occasion de régler leurs conflits par voie de médiation.

Le projet ne prévoit rien au sujet des frais de la médiation. Comme en matière de courtoage matrimonial, il est admis qu'une contribution équitable peut être demandée aux époux. Les cantons devraient prévoir la possibilité d'une médiation gratuite. Enfin, il faut encore relever que les cantons peuvent, dans l'exécution du mandat prévu à l'article 151, définir les exigences quant à la formation professionnelle des médiateurs⁵⁰³.

En fixant le principe de la médiation dans la loi, on renforce la tendance, apparue au moment de la révision du droit du mariage, qui vise à donner aux époux la plus grande autonomie possible dans l'organisation juridique de leurs relations (cf. notamment art. 163 CC, cf. aussi art. 111, 133, 2e al., et 140). La médiation peut y apporter une contribution essentielle. La disposition relative à la médiation a été largement approuvée durant la procédure de consultation et l'instauration de la possibilité de la médiation est saluée aussi par la doctrine suisse⁵⁰⁴.

234.122 Tribunaux de la famille (art. 152)

Les procès du droit de la famille exigent des juges non seulement de vastes connaissances juridiques, mais également une certaine aptitude et une formation psychologique. Ils se distinguent des autres procès civils à maints égards, puisqu'ils portent sur l'organisation juridique de rapports de famille durables. L'attribution des enfants et la réglementation des relations personnelles jouent un rôle particulièrement important dans un procès en divorce. L'instauration du divorce sur requête commune ne fera qu'accroître ces différences par rapport aux procès civils ordinaires. Si les époux demandent ensemble le divorce et s'ils déposent une convention complète, le divorce n'intervient plus dans un procès civil classique avec demandeur et défendeur, mais dans une procédure de juridiction gracieuse pour laquelle il serait judicieux qu'un juge unique soit compétent. Les personnes appelées à prononcer des divorces sur requête conjointe devraient bénéficier, outre de connaissances juridiques, d'excellentes capacités psychologiques et être formées dans la gestion d'entretiens. La deuxième audition des époux dans le cadre du divorce conventionnel (art. 111; cf. *supra*, ch. 231.22) et l'audition des enfants (art. 144, cf. *supra*, ch. 234.101) conserveront ainsi toute leur signification. Mais dans les divorces litigieux aussi, une qualification particulière des membres du juge du divorce est importante pour que la procédure n'aboutisse pas à une nouvelle aggravation de la situation conflictuelle entre les époux, au détriment des enfants.

On satisfera de manière optimale à cette préoccupation en créant des juges spécialisés en matière de droit de la famille, où siégeront des femmes et des hommes spécialement formés. Mais il faut tenir compte du fait que les cantons sont compétents pour

503 La Confédération n'est pas autorisée, selon la répartition constitutionnelle des compétences, à adopter des dispositions sur la formation professionnelle dans la médiation, cf. art. 34^{ter}, 1er al., let. g, cst.

504 Galli-Widmer, PJA 1994, p. 867 ss/871; Guglielmoni/Forni, PJA 1994 p. 883 ss/886 s.; cf. aussi Balscheit, PJA 1994, p. 872 ss.

l'organisation judiciaire selon l'article 64, 3e alinéa, cst. Dès lors, l'article 152 se borne à recommander aux cantons de transférer les procès de divorce et autres procédures du droit de la famille à des juges spécialisés.

24 Modification d'autres dispositions du code civil

241 Dissolution du mariage en cas de déclaration d'absence (art. 38, 3e al.)

Voir *supra*, ch. 222.32. La disposition correspond matériellement à l'article 96, 2e alinéa.

242 Protection de l'union conjugale (art. 179)

En vertu du droit actuel, le juge des mesures protectrices de l'union conjugale peut régler la garde des enfants ou l'autorité parentale (art. 297, 2e al., CC), lorsqu'il organise la vie séparée des époux selon l'article 176, 3e alinéa, CC. Il ne peut en revanche pas prononcer de mesures de protection de l'enfant (art. 307 ss CC). S'il estime que de telles mesures sont nécessaires, il ne peut qu'en aviser l'autorité tutélaire. Cette situation n'est pas satisfaisante. L'économie de procédure et la connexité matérielle justifient qu'à l'avenir le juge des mesures protectrices de l'union conjugale puisse aussi ordonner des mesures de protection de l'enfant (cf. art. 315a, 1er al.). Le 2e alinéa de l'article 179 doit lui aussi être modifié afin que ces mesures ne deviennent pas sans autre caduques en cas de reprise de la vie commune.

Le complément apporté au 1er alinéa se rapporte aux cas dans lesquels les autorités de tutelle, et non pas le juge, sont compétentes pour modifier les relations personnelles et les mesures de protection de l'enfant (cf. art. 134 et 315b).

La nouvelle réglementation n'a pratiquement pas été contestée durant la procédure de consultation.

243 Adoption de l'enfant du conjoint (art. 264a, 3e al.)

Le droit de l'adoption actuel privilégie l'adoption de l'enfant du conjoint pour assurer son intégration rapide dans sa nouvelle famille. Alors que les conjoints doivent avoir été mariés depuis cinq ans ou être âgés de 35 ans révolus en cas d'adoption conjointe ordinaire (art. 264a, 2e al., CC), un mariage de deux ans suffit dans le cas de l'adoption de l'enfant du conjoint (art. 264a, 3e al., CC), .

Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'adoption, le nombre d'adoptions d'enfants du conjoint a fortement augmenté; celles-ci représentent aujourd'hui entre un tiers

* et la moitié de l'ensemble des adoptions⁵⁰⁵ et concernent avant tout des enfants mineurs nés de parents divorcés. L'assimilation juridique de l'enfant adopté à un enfant naturel des parents adoptifs (art. 267, 1er al., CC) empêche d'établir des statistiques relatives au nombre d'unions dans lesquelles un des conjoints a adopté l'enfant de l'autre avant que le mariage ne se termine par un divorce. On doit néanmoins partir du principe que les seconds mariages ne sont pas moins exposés au risque d'un divorce que les premiers. Au demeurant, les statistiques révèlent que la fréquence des divorces est la plus élevée dans les cinq premières années du mariage. Le privilège réservé à l'adoption de l'enfant du conjoint ne saurait donc pas se justifier sur la base d'un indice de stabilité fondé sur la durée minimale du mariage.

Comme on l'a vu, la majeure partie des cas d'adoptions d'enfants du conjoint concerne des enfants nés de parents divorcés. L'adoption a pour effet de mettre fin au rapport de filiation avec le parent naturel - en général le père - auquel l'enfant a été retiré lors du divorce. L'enfant doit ainsi subir "deux divorces": le divorce de ses parents, puis une séparation définitive avec le parent auquel il n'a pas été confié. L'adoption d'un enfant de parents divorcés a par ailleurs des conséquences sociales et psychologiques plus importantes que celle d'un enfant adopté "ordinaire", car celui-ci n'a souvent pas de rapports étroits avec ses parents naturels. Si un nouveau divorce devait intervenir après l'adoption, il serait par conséquent particulièrement préjudiciable pour l'enfant, puisque son lien de filiation avec sa mère ou son père naturel n'existe plus. Ses relations avec sa mère ou son père adoptif seront en outre d'autant plus fragiles que le second mariage aura été bref. De plus, le parent adoptif ne sera en général guère disposé à remplir son obligation d'entretien.

Il est rare que le manque d'intérêt du parent naturel vis-à-vis de son enfant soit véritablement à l'origine d'une adoption par le nouvel époux. En règle générale, c'est au contraire l'époux divorcé qui tente d'écarter son ex-conjoint afin de l'évincer de la vie de l'enfant. L'adoption par le nouvel époux doit alors permettre d'effacer les dernières traces de l'union dissoute. Il n'est pas rare que la décision de contracter un second mariage soit étroitement liée à la promesse du nouveau partenaire d'adopter l'enfant. Dans le même temps, on rend souvent plus difficile l'exercice du droit de visite du parent naturel; on l'empêche même parfois complètement. Suivant les circonstances, cette "stratégie d'éviction" pourra aussi inciter un époux divorcé à renoncer, avant le second mariage et sans que cet accord soit d'ailleurs valable, aux contributions d'entretien dues par son ex-conjoint, parent naturel de l'enfant, en échange du consentement de celui-ci à l'adoption⁵⁰⁶. De telles manoeuvres ne peuvent être qu'encouragées par la brièveté de la durée du mariage exigée à l'heure actuelle pour l'adoption de l'enfant du conjoint.

On relèvera encore que les enfants dont il est question ont moins besoin d'une adoption que les enfants en attente d'adoption "ordinaires", puisque leur position en droit de la famille est bien meilleure. Ils sont en effet les enfants naturels de l'un des conjoints et des parents par alliance de l'autre (art. 21 CC). Celui-ci doit assister de façon appropriée le parent naturel dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers l'enfant né avant le mariage (art. 278, 2e al., CC). Il en va de même pour l'exercice de l'autorité parentale (art. 299 CC). A l'inverse, les enfants "ordinaires" en attente

505 Sur un total de 1'158 adoptions prononcées en 1994, 570 concernaient des adoptions de l'enfant du conjoint. Dans 543 cas, c'est le père qui a adopté, dans 27 cas c'est la mère. Dans 72 cas, l'enfant adoptif était déjà majeur.

506 Cf. ATF 113 II 114; C. Hegnauer, Verzicht auf Unterhaltsbeiträge?, RDT 1986, p. 59.

d'adoption se trouvent dans la position bien plus fragile qui est celle des enfants placés. Enfin, l'acquisition d'un nouveau nom, qui peut aussi intervenir au terme de la procédure de changement de nom en application de l'article 30 CC, n'est pas plus urgente pour les enfants du conjoint que pour les enfants placés.

La commission d'experts a donc estimé que le privilège accordé à l'adoption de l'enfant du conjoint n'était pas justifié. Le projet mis en consultation prévoyait qu'à l'avenir les époux devraient également avoir été mariés depuis plus de cinq ans pour pouvoir adopter l'enfant de leur conjoint ou être âgés de 35 ans au moins. A l'étranger, on note aussi une tendance à restreindre de façon drastique les possibilités d'adoption de l'enfant du conjoint⁵⁰⁷.

Durant la procédure de consultation, une large majorité a approuvé l'augmentation de la durée du mariage requise. En outre, au vu de diverses prises de position, la question se pose de savoir si la condition alternative d'un âge minimum de 35 ans révolus ne devrait pas être supprimée. Quelques participants ont demandé que l'adoption de l'enfant du conjoint ne soit admise qu'en présence de conditions objectives supplémentaires (par exemple en cas de décès du père biologique).

Le projet propose de n'autoriser l'adoption de l'enfant du conjoint que si le mariage a duré cinq ans. Cela permet d'empêcher que la situation juridique du parent naturel détenteur de l'autorité parentale soit modifiée trop rapidement. Lorsqu'un mariage a duré cinq ans, on peut en apprécier la solidité (cf. *supra*, ch. 142.1). Les travaux préparatoires relatifs au droit de l'adoption montrent que la condition alternative de l'âge de 35 ans révolus a été prévue à l'article 264a, 2e alinéa, CC, à la seule fin de ne pas discriminer l'adoption conjointe (art. 264a CC) par rapport à l'adoption par une seule personne (art. 264b CC). L'adoption de l'enfant du conjoint est un cas particulier dont la réglementation équitable appelle des conditions particulières.

244 Effets de la filiation

244.1 Relations personnelles (art. 273, 274, 1er al., et 275)

Le droit de visite est le noyau des relations personnelles. Selon la conception traditionnelle, il découle du droit de la personnalité des père et mère⁵⁰⁸ et trouve ses limites dans le bien de l'enfant. A partir de là, le droit actuel prévoit, à l'article 273 CC, que les père et mère ont le droit d'entretenir avec l'enfant mineur qui n'est pas placé sous leur

507 Selon l'article 354-1 CC fr. (dans la version du 8 janvier 1993), l'adoption plénière de l'enfant du conjoint n'est admise que lorsque le lien de filiation n'existe qu'à l'égard du conjoint de l'adoptant; cf. en outre Schwenzer, Gutachten, p. A 97 ss, avec références de droit comparé.

508 ATF 89 II 4, c. 1

autorité parentale ou sous leur garde les relations personnelles indiquées par les circonstances⁵⁰⁹. L'autorité parentale est limitée dans la mesure du droit de visite accordé au père ou à la mère n'ayant pas la garde de l'enfant. L'article 274 CC définit les limites du droit aux relations personnelles. Lors de la révision du droit de la filiation en 1976, on avait déjà envisagé de fixer dans la loi un véritable devoir de visite. On y avait toutefois renoncé, estimant que le fait d'imposer un devoir de visite pourrait nuire considérablement à l'enfant et se heurterait à des difficultés presque insurmontables⁵¹⁰.

Dans la doctrine suisse récente, le droit des père et mère d'entretenir des relations personnelles est compris comme un droit-devoir. Le principe de l'article 272 CC, selon lequel les père et mère et l'enfant se doivent mutuellement aide, égards et respect, permet de déduire une obligation pour les père et mère d'exercer ce droit. Ce droit-devoir des père et mère implique en contrepartie un droit de l'enfant d'entretenir des relations personnelles avec ses père et mère⁵¹¹. Il n'est cependant pas possible en pratique de contraindre les père et mère à exercer leur droit. Une telle obligation n'est en outre guère compatible avec le sens des relations personnelles entre les père et mère et l'enfant⁵¹².

La commission d'experts a renoncé à instaurer une nouvelle conception légale du droit de visite. En accord avec la doctrine, elle avait prévu de souligner, à l'article 273, 2e alinéa, de l'avant-projet, le caractère obligatoire du droit de visite, dans le sens où l'autorité tutélaire peut rappeler le père ou la mère à leurs devoirs, lorsque les relations personnelles ne sont pas exercées ou qu'elles le sont de manière préjudiciable pour l'enfant.

Durant la procédure de consultation, un nombre important de participants ont demandé une amélioration de la position de l'enfant. On a en particulier proposé de prévoir dans la loi un droit de visite réciproque du père ou de la mère non détenteur de la garde ainsi que de l'enfant. On a également suggéré de renforcer le caractère obligatoire du droit de visite des père et mère. Les objectifs ainsi visés étaient de nature diverse. Certaines femmes reprochent au droit actuel de permettre aux pères de renoncer sans conséquences à l'exercice de leur droit de visite, et cela, au détriment des enfants et des mères, qui perdent encore une partie de leur temps libre de ce fait. Les hommes espèrent au contraire que le droit de visite de l'enfant sera un meilleur instrument pour lutter contre les mères qui font systématiquement obstacle à l'exercice du droit de visite des pères. Un droit de visite conçu comme un droit de l'enfant devrait rencontrer une meilleure acceptation de la part des mères détentrices de l'autorité parentale qu'un droit de visite conçu comme un droit de l'ex-conjoint avec lequel tous les conflits ne sont pas encore réglés.

509 Message du 5 juin 1974 concernant le droit de la filiation, FF 1974 II 53, ch. 321.31; le principe 8 de la Recommandation R (84) 4 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la responsabilité des père et mère du 28 février 1984 prévoit que le parent chez qui l'enfant ne vit pas doit au moins avoir la possibilité d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant, pour autant que ces relations ne mettent pas sérieusement en danger le bien de l'enfant. A propos des problèmes rencontrés en pratique dans la concrétisation du droit de visite: V. Bräm, *Das Bundesrecht geschiedener Eltern*, PJA 1994, p. 899 ss; pour l'établissement de la situation juridique, cf. Felder/ Wüthrich/ Zollinger, PJA 1994, p. 895.

510 FF 1974 II 53, ch. 321.31

511 Hegnauer, n. 57 s. ad art. 273 CC.

512 Hegnauer, n. 58 ad art. 273 CC.

Dans l'intervalle, le Conseil fédéral a proposé au Parlement la ratification de la convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant⁵¹³. L'article 9, 3e alinéa, de cette convention oblige les Etats à tenir compte du droit de l'enfant vivant séparé de son père ou de sa mère ou des deux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses parents, pour autant que cela ne nuise pas à son bien. Il est clair que la conception des relations personnelles du droit suisse de la filiation ne tient pas suffisamment compte de ce droit de l'enfant⁵¹⁴. C'est pourquoi le Conseil fédéral propose d'instaurer, à l'article 273, 1er alinéa, un droit de visite réciproque des père et mère non détenteurs de la garde et de l'enfant. Ce droit doit être compris comme un droit de la personnalité. Des limites sont cependant fixées à l'exercice du droit de visite de l'enfant. Les législations étrangères qui connaissent un droit de visite de l'enfant⁵¹⁵ ne sont pas parvenues à résoudre ce problème de façon convaincante. Le projet part du principe que seul le père ou la mère titulaire du droit de visite peut exiger une réglementation de son droit (art. 273, 3e al.). En cas de divorce, il appartient au juge du divorce de prendre d'office une décision quant à l'exercice du droit de visite (art. 133, 1er al.). Une telle réglementation est nécessaire, dès lors que l'autorité parentale de l'autre parent est réduite. L'organisation du droit de visite de l'enfant en revanche doit en principe être laissée aux intéressés. Il n'est pas concevable qu'un office étatique oblige le père ou la mère à se tenir à la disposition de l'enfant pour un certain temps. Comme dans le projet mis en consultation, l'article 273, 2e alinéa, prévoit toutefois que l'autorité tutélaire peut rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs et leur donner des instructions lorsque l'exercice des relations personnelles ou son défaut est préjudiciable pour l'enfant. La loi fixe ainsi formellement les conséquences découlant de l'article 307 CC⁵¹⁶, de sorte que le scepticisme de certains participants à la procédure de consultation est infondé. La proposition d'augmenter, en guise de sanction, la contribution d'entretien due par le père ou la mère qui néglige son devoir de visite n'est pas convaincante. Quel bénéfice un enfant retirerait-il d'une visite qui n'a lieu que parce que le père ou la mère craint une augmentation de la pension alimentaire? En outre, il faudrait logiquement aussi prévoir une baisse de la contribution lorsque le détenteur de l'autorité parentale fait obstacle à l'exercice du droit de visite de l'autre parent⁵¹⁷. De par leur but et leur signification, les contributions d'entretien ne devraient pas être mêlées à l'idée de sanction. Le nouvel article 285, 1er alinéa (cf. *infra*, ch. 244.3), tient cependant compte dans une certaine mesure de ce besoin, en ce sens que l'exercice du droit de visite, en constituant une contribution à la prise en charge de l'enfant, peut avoir une influence sur le montant de la pension alimentaire de l'enfant. Pour le reste, le non-respect d'une convention peut justifier, suivant les circonstances, une réparation selon les dispositions générales applicables en cas de délit.

513 FF 1994 V 1 ss

514 Schwenzer, PJA 1994, p. 823.

515 Norvège, § 44, 1er al., Loi sur les enfants de 1981: "The child has a right to access to both parents, even if they live apart. The parents have mutual responsibility for implementing the right of access. The parent with whom the child does not live has right of access unless otherwise agreed or determined". Finlande, Section 2 du "Child custody and Right of access act" de 1983: "the objects of access are to ensure a child the right to meet the parent with whom he no longer lives and maintain contact with him or her". Si aucune entente n'est possible sur le droit de visite, le père ou la mère qui n'est pas titulaire de la garde peut demander la réglementation du droit de visite; cf. aussi Suède, chap. 6, § 20, 1er al., de la loi sur les parents dans la version de 1990.

516 C. Hegnauer, Persönlicher Verkehr-Gundlagen, RDT 1993, p. 46.

517 Hausheer, RSJB 1993, p. 664.

La modification de l'article 274, 1er alinéa, est uniquement de nature rédactionnelle et ne concerne que le texte allemand: "Erzieher" est remplacé par "erziehende Person".

L'article 275, 1er alinéa, règle la question du for en désignant l'autorité tutélaire compétente pour organiser les rapports personnels. Il s'agit en principe comme aujourd'hui de l'autorité du domicile de l'enfant, car c'est elle qui connaît le mieux l'ensemble des circonstances. A l'avenir cependant, l'autorité du lieu de séjour de l'enfant sera également compétente, pour des raisons d'économie de procédure, lorsqu'elle a déjà ordonné ou se prépare à ordonner des mesures de protection de l'enfant.

L'article 275, 2e alinéa, doit être adapté à l'article 134 (cf. *infra*, ch. 233.63).

L'article 275, 3e alinéa, est adapté à la nouvelle terminologie "elterliche Sorge" dans le texte allemand (cf. *supra*, ch. 15).

244.2 Information et renseignements (art. 275a)

Même si le projet prévoit la possibilité pour les parents divorcés et les parents non mariés d'exercer conjointement l'autorité parentale, celle-ci continuera dans bien des cas à être attribuée à un seul parent. L'autre se trouvera ainsi écarté de toutes les décisions concernant l'enfant. Sa qualité de parent se réduit, d'un point de vue juridique, à son droit d'entretenir des relations personnelles et à son obligation d'entretien envers l'enfant, ce qui n'est guère satisfaisant. Les parents doivent pouvoir être informés de l'évolution de leur enfant, même s'ils ne sont pas ou plus titulaires de l'autorité parentale. L'article 275a du projet leur octroie dès lors le droit d'être informés et renseignés selon le modèle de l'article 300, 2e alinéa, CC (droit d'être entendu octroyé aux parents nourriciers). Ces droits correspondent à une recommandation du Conseil de l'Europe de 1984⁵¹⁸. La doctrine⁵¹⁹ estime qu'il découle aujourd'hui déjà de la loi comme complément nécessaire du droit d'entretenir des relations personnelles⁵²⁰. Compte tenu du sens et du but du droit de visite, le parent concerné doit en particulier recevoir certaines informations concernant l'enfant. Le droit en question, également applicable en relation avec les enfants placés sous tutelle, devrait par ailleurs renforcer, dans l'intérêt de l'enfant, le sentiment de responsabilité du parent non détenteur de l'autorité parentale. Ce droit a reçu un écho favorable lors de la procédure de consultation.

Le 1er alinéa prévoit une obligation qu'un père ou une mère raisonnable remplit de toute façon, même lorsqu'il n'est pas ou plus marié, à savoir informer l'autre parent des événements particulièrement importants survenant dans la vie de l'enfant commun (par exemple d'une opération prévue, d'un accident, de la réussite d'un examen, etc.). Il en va de même pour la consultation de l'autre parent lorsque des décisions importantes pour le développement de l'enfant doivent être prises. Celles-ci peuvent d'ailleurs avoir

518 Recommandation R (84) 4 sur les responsabilités parentales, principe 11. Le projet allemand concernant la révision du droit de l'enfant (voir note 174) prévoit que chaque parent peut demander à l'autre des renseignements sur la situation personnelle de l'enfant, pour autant qu'il existe un intérêt justifié et que cela ne soit pas contraire au bien de l'enfant (§ 1686 BGB-P).

519 Hegnauer, n. 87 ad art. 273 CC.

520 RDT 1991, p. 38 s

des effets sur l'obligation d'entretien, notamment quand elles ont trait à la scolarité et à la formation professionnelle de l'enfant. Il est dès lors peu équitable, sous cet angle également, que l'autre parent n'ait pas la possibilité de donner son opinion. L'obligation d'informer au sens du 1er alinéa n'est cependant pas impérative ("Soll-Bestimmung"). Si le parent non détenteur de l'autorité parentale ne se préoccupe pas du bien-être de l'enfant, notamment s'il n'exerce volontairement pas ou peu son droit de visite, on ne saurait exiger du détenteur de l'autorité parentale qu'il fasse des efforts particuliers pour l'informer et le consulter. Dans certains cas, la capacité de dialogue des parents peut être sérieusement perturbée. Il est donc d'autant plus important que le parent non détenteur de l'autorité parentale puisse se renseigner directement (2e al.) auprès des tiers qui s'occupent de l'enfant (médecins, enseignants, maîtres d'apprentissage). Ce droit aux renseignements ne doit cependant pas être perçu comme un droit de surveillance. Un parent ne doit pas contrôler l'exercice de l'autorité parentale par son détenteur, ni s'immiscer dans les tâches éducatives. Le contact avec des tiers doit plutôt se limiter au domaine dont ceux-ci s'occupent. Il va en outre de soi que les tiers doivent respecter les droits de la personnalité de l'enfant. Le parent non détenteur de l'autorité parentale n'a ainsi pas droit à plus d'informations que l'autre parent. Il a le droit de recevoir les renseignements qui sont dus au parent titulaire de l'autorité parentale (2e al.: "tout comme le détenteur de l'autorité parentale, recueillir des renseignements").

Le bien de l'enfant peut exiger, suivant les circonstances, que le droit à l'information et aux renseignements soit limité ou retiré. En vertu du 3e alinéa, les dispositions sur les limites du droit aux relations personnelles (art. 274 CC) et la compétence (art. 275 CC) sont alors applicables.

244.3 Droit à l'entretien (art. 285, 1er al., art. 286, 3e al., et art. 289, 1er al.)

La fixation des contributions d'entretien est une question d'appréciation qui doit tenir compte de toutes les circonstances importantes (cf. aussi art. 4 CC). Le nouvel article 285, 1er alinéa, précise qu'à côté de la situation et des ressources des père et mère et des besoins de l'enfant, la participation à la prise en charge de l'enfant constitue un critère essentiel pour fixer le montant des contributions d'entretien. Il ne faut toutefois pas oublier que les frais de base de l'entretien de l'enfant, tels que la part au logement, les primes d'assurance et de caisse-maladie, les vêtements, etc. ne sont pas influencés par l'étendue de la participation à la prise en charge de l'enfant. Si les circonstances économiques le permettent, la contribution d'entretien pour l'enfant devrait être fixée de manière à ce que le parent détenteur de l'autorité parentale puisse se ménager du temps libre, par exemple en engageant une baby-sitter rémunérée. La participation de l'autre parent à la prise en charge de l'enfant peut remplir la même fonction, soit lorsque les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale, soit lorsque les soins sont assurés dans le cadre d'un droit de visite calculé largement.

On entend souvent dans la pratique que les pères se font octroyer un droit de visite généreux, mais qu'après ils en négligent l'exercice. Une telle attitude peut entraîner une charge financière supplémentaire importante pour la mère détentrice de l'autorité parentale, ce qui devrait occasionner une augmentation ultérieure équitable de la pension

✚ alimentaire conformément à l'article 286, 2e alinéa, CC⁵²¹. Le complément de l'article 285, 1er alinéa, se veut un guide pour la pratique, mais n'a pas pour but de favoriser les calculs mesquins.

La doctrine et la jurisprudence partent aujourd'hui du principe que la fixation des contributions d'entretien doit se baser sur la situation telle qu'elle évoluera probablement à long terme⁵²². Il en va de même pour la modification des contributions d'entretien. Cela peut s'avérer insatisfaisant. Le nouvel article 286, 3e alinéa, permet d'obliger un père ou une mère, en cas de besoins extraordinaires imprévus de l'enfant, à assumer une contribution particulière, qui s'ajoute à la contribution ordinaire. On peut penser par exemple à une contribution spéciale pour des corrections dentaires ou pour des mesures scolaires particulières et de nature provisoire.

La modification de l'article 289, 1er alinéa, tient compte de la possibilité d'attribuer l'autorité parentale conjointe aux parents divorcés et non mariés. Dans de tels cas, le parent débiteur versera ses contributions d'entretien au titulaire de la garde. La notion de garde ne doit alors pas être comprise au sens juridique. Par rapport au projet soumis à consultation, il est précisé que cette disposition s'applique uniquement aux enfants mineurs.

244.4 L'autorité parentale (art. 296 ss)

244.41 Autorité parentale conjointe des parents non mariés (art. 298a)

Si la mère n'est pas mariée avec le père, l'autorité parentale appartient à la mère selon le droit actuel (art. 298, 1er al., CC). En réponse au postulat Braunschweig du 19 juin 1987 (87.525), le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à examiner la possibilité d'attribuer l'autorité parentale conjointe aux parents non mariés ("parents concubins"). La commission d'experts pour la révision du droit du divorce a estimé qu'une disposition dans ce sens n'était pas nécessaire. Selon elle, le droit actuel a l'avantage de la clarté en cas de conflit entre les père et mère. En outre, il est difficile de définir dans la loi à partir de quel moment un rapport de concubinage est suffisamment stable pour justifier l'attribution de l'autorité parentale conjointement au père et à la mère. La commission a proposé, à la place, une participation à l'exercice de l'autorité parentale qui s'inspire du modèle des beaux-parents et des parents nourriciers (art. 299 et 300, 1er al., CC). L'article 298a de l'avant-projet prévoyait qu'avec l'accord du détenteur de l'autorité parentale, l'autre parent pouvait l'assister de manière appropriée et le représenter si les circonstances l'exigeaient.

Durant la procédure de consultation, cette disposition a été violemment critiquée comme étant superflue, parce qu'allant de soi. En outre, certains ont estimé qu'il était contradictoire de n'accorder la possibilité de l'autorité parentale conjointe qu'aux parents divorcés et non pas aux parents non mariés.

521 Hausheer, RSJB 1993, p. 664.

522 Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, p. 146 s., n. 21.15.

Selon les conceptions actuelles, le fait que les parents non mariés refusent consciemment l'aménagement juridique de leur relation dans le cadre du mariage n'est plus un motif suffisant pour leur refuser l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁵²³. La décision personnelle de ne pas se marier ne doit pas avoir d'influence négative sur l'enfant⁵²⁴. Il faut examiner au contraire quelle solution est la mieux appropriée à son bien. De ce point de vue, une exclusion générale de l'autorité parentale conjointe pour les parents non mariés n'est pas fondée. Il n'y a en effet pas de raison d'admettre, que des parents divorcés puissent être conjointement détenteurs de l'autorité parentale, et de le refuser à des parents non mariés qui s'entendent bien. Les intérêts de l'enfant sont certainement mieux servis lorsqu'il entretient des relations personnelles étroites avec son père et sa mère et que ces derniers ont une responsabilité commune pour ses soins et pour son éducation. Selon l'article 18, 1er alinéa, de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, les Etats parties doivent s'efforcer de garantir au mieux la reconnaissance du principe selon lesquels les père et mère sont responsables ensemble de l'éducation et du développement de l'enfant⁵²⁵.

En droit comparé, on peut constater que de nombreux pays européens connaissent déjà la possibilité d'accorder l'autorité parentale conjointe aux père et mère non mariés (par exemple l'Autriche, la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, la Grande-Bretagne, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal et la Suède)⁵²⁶. En Allemagne, elle sera instaurée dans le cadre de la révision du droit de l'enfant. Les conditions auxquelles est subordonnée l'autorité parentale conjointe sont toutefois différentes dans les divers pays. On peut distinguer quatre catégories⁵²⁷. Dans un premier groupe de pays, dont fait par exemple partie l'Autriche⁵²⁸, des exigences sévères doivent être remplies. Les parents doivent déposer une requête commune; ils doivent vivre en communauté domestique durable et le juge doit s'assurer que l'autorité parentale conjointe n'est pas contraire au bien de l'enfant. La deuxième catégorie de pays renonce à l'exigence de la vie commune des parents. Dans ces pays, on procède en revanche à une analyse du bien de l'enfant. Tel est par exemple le cas aux Pays-Bas et au

523 Voir aussi à ce sujet la décision de la Cour constitutionnelle allemande du 7 mai 1991 BVerfGE 84, no 11, p. 168 ss.

524 Cf. par exemple aussi ATF 105 II 244, c. 1, concernant le changement de nom d'un enfant de parents non mariés.

525 Cf. note 398.

526 Cf. I. Schwenzer, Die Rechtstellung des nichtehelichen Kindes, FamRZ 1992, p. 124 ss; du même auteur, Gutachten, p. A68 s. avec réf. Pour la Belgique, voir article 373 s. du code civil de la version du 13 avril 1995.

527 Cf. à propos des différents systèmes, Schwenzer, FamRZ 1992, p. 124 ss; du même auteur, Gutachten, p. A68 s.; Baer, Zeitschrift für Rechtspolitik 1989, p. 345 ss.

528 § 167, 1er al., ABGB du 1er juillet 1989.

Danemark⁵²⁹. Dans d'autres législations, la vie commune des parents suffit sans qu'il soit nécessaire de déposer une demande, ainsi notamment en Italie⁵³⁰ et en France⁵³¹. Enfin, dans divers pays tels que la Norvège⁵³² et dans d'autres pays scandinaves, on applique un système selon lequel la requête commune ou une déclaration commune est suffisante pour obtenir l'autorité parentale conjointe. La vie commune des parents n'est pas nécessaire et l'autorité compétente n'examine pas la compatibilité avec le bien de l'enfant. En Allemagne, on examine une solution analogue dans le cadre de la révision du droit de la filiation⁵³³. En Finlande, comme en France, il est possible d'obtenir l'autorité parentale conjointe par action judiciaire contre la volonté de l'autre parent qui avait seul jusque-là l'autorité parentale⁵³⁴.

Selon la conception du Conseil fédéral, l'attribution de l'autorité parentale conjointe sans examen de l'intérêt de l'enfant n'entre pas en ligne de compte au vu du droit suisse, et ce aussi bien pour les parents non mariés que pour les parents divorcés. L'article 298a prévoit que les parents non mariés peuvent, dans les mêmes conditions que les parents divorcés (cf. art. 133, 3e al.), demander à l'autorité tutélaire l'attribution de l'autorité parentale conjointe. On renonce à faire une distinction selon que les parents de l'enfant vivent ensemble ou non, pour éviter toute discrimination injustifiée. Il serait en effet inéquitable que les parents divorcés aient la possibilité d'exercer conjointement l'autorité parentale indépendamment de la durée du mariage, tandis que des parents non mariés, qui pourront s'être occupés ensemble de leur enfant pendant une longue période avant de se séparer, ne bénéficient pas de cette possibilité. Il serait d'ailleurs difficile d'éviter dans la pratique que des parents non mariés exercent aussi conjointement l'autorité parentale, même s'ils ne vivent pas ensemble, car la dissolution d'un rapport de concubinage n'est pas soumise au contrôle de l'autorité. Un concubinage peut en outre être uniquement fictif. Ainsi, ce n'est pas la vie commune qui doit être le critère déterminant, mais la volonté commune des parents d'assumer l'entière responsabilité de l'enfant aussi longtemps que cela est compatible avec le bien de celui-ci. Cela implique que les père et mère s'occupent tous deux dans une certaine mesure de leur enfant et développent une relation personnelle étroite avec lui. Ainsi l'autorité parentale conjointe concernera en pratique principalement les parents qui vivent ensemble.

529 Cf. les exemples chez Schwenger, Gutachten, p. A68, n. 23 et 24.

530 Cf. G. Gabrielli, Das italienische Kindschaftsrecht, in *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, éditeur D. Schwab/D. Henrich, Bielefeld 1994, p. 76.

531 Selon l'art. 372, 2e al., CC, dans la version du 8.1.1993, les parents non mariés ont automatiquement l'autorité parentale conjointe lorsque les père et mère reconnaissent l'enfant avant qu'il n'ait atteint un an révolu et qu'ils vivent ensemble lors de la reconnaissance commune ou lors de la deuxième reconnaissance. Au surplus l'autorité parentale commune est possible sur la base d'une déclaration commune (art. 374, 2e al., CC fr.) ou d'une décision du juge à la demande d'un des parents, même si l'autre parent ne donne pas son accord (art. 374, 3e al., CC fr.). Cf. F. Ferrand, *Die Entwicklungen des französischen Kindschaftsrechts*, in *Entwicklungen des europäischen Kindschaftsrechts*, éditeur D. Schwab/D. Henrich, Bielefeld 1994, p. 54; Schwenger, PJA 1994, p. 822.

532 Act no. 7 of 8 April 1981 on Children and Parents (The Children's Act), Section 35 § 2.

533 Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Kindschaftsrechts des Bundesministeriums der Justiz (Stand: 24. Juli 1995), § 1626a BGB-P. Cf. aussi les décisions du 59e Juristentag, Hanovre 1992, vol. II: Sitzungsberichte, Beschlüsse zur elterlichen Sorge nicht verheirateter Eltern, p. M261 en haut.

534 Child Custody and Right of Access Act (8 April 1983/361), section 9, I.

La réglementation prévue prend en considération la recommandation du Conseil de l'Europe R (84) 4 du 28 février 1984⁵³⁵.

L'article 298a, 2e alinéa, régit la suppression de l'autorité parentale conjointe des parents non mariés. Il correspond à l'article 139, 1er alinéa (cf. *infra*, ch. 234.63). C'est l'autorité tutélaire de surveillance qui est compétente en la matière.

244.42 Protection des tiers de bonne foi (art. 304, 1er et 2e al.)

L'article 304, 2e alinéa, CC doit être adapté au fait qu'à l'avenir l'autorité parentale conjointe pourra appartenir non seulement à des parents mariés mais aussi à des parents divorcés et non mariés.

Le 1er alinéa de la version allemande respecte la nouvelle terminologie (cf. *supra*, ch. 15)

244.43 Procédure en matière de protection de l'enfant (art. 314, ch. 1)

L'article 314, chiffre 1, CC prévoit que lorsque l'autorité de surveillance n'est pas une autorité judiciaire, le recours à une autorité judiciaire cantonale contre le retrait de l'autorité parentale qu'elle a prononcé est réservé - en dérogation aux voies de recours hiérarchiques en matière tutélaire. Le législateur de 1976 voulait ainsi harmoniser le droit suisse de la filiation avec les exigences de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁵³⁶.

Dans un litige relatif au droit de visite, le Tribunal fédéral a décidé, le 17 décembre 1992, que les cantons doivent garantir, dans le cadre de la structure des autorités en matière de tutelle prescrite par le code civil, l'examen "des prétentions et des obligations de droit civil" au moins par une autorité judiciaire appréciant librement les questions de fait et de droit⁵³⁷. Le Tribunal fédéral n'a ainsi pas déduit de la CEDH qu'il fallait modifier le code civil, mais il a constaté simplement que les cantons devaient respecter l'article 6 CEDH lors de la désignation des autorités de tutelle (art. 361 et 373 CC). Dans l'intervalle, les cantons ont adopté les modifications nécessaires. Il n'y a donc plus de raison de prévoir une réglementation particulière au sens de l'article 314, chiffre 1, CC, pour le retrait de l'autorité parentale.

Le chiffre 1 prévoit que l'enfant doit être entendu personnellement de façon appropriée avant l'adoption de mesures de protection, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants n'exigent pas qu'un tiers procède à l'audition ou que l'on y renonce. La procédure de protection de l'enfant en-dehors du divorce est ainsi harmonisée avec la pro-

535 Recommandation R (84) 4 sur les responsabilités parentales (principe 7, 2, c).

536 Message du 5 juin 1974, FF 1974 II 87, ch. 323.46.

537 ATF 118 Ia 473; RDT 1993, p. 28 ss

cédure de divorce (art. 144, 2e al., ch. 234.101) au cours de laquelle des mesures de protection de l'enfant peuvent aussi être prononcées (art. 315a).

Le nouvel article 314, chiffre 1, comme l'article 144, 2e alinéa, relatif à l'audition de l'enfant s'applique aussi par analogie au droit de visite prévu aux articles 273 ss, sans qu'il soit nécessaire de le préciser expressément.

244.44 Compétence en matière de mesures de protection de l'enfant (art. 315a et 315b)

Voir à ce sujet les commentaires relatifs aux articles 133 et 134, ainsi qu'à l'article 179; *supra*, ch. 233.6 et 242.

244.5 Les biens de l'enfant (art. 326)

Il s'agit uniquement d'une adaptation rédactionnelle à la nouvelle terminologie allemande ("elterliche Sorge", cf. *supra*, ch. 15).

245 Dette alimentaire (art. 328)

En vertu de l'article 328 CC, chacun est tenu de fournir des aliments à ses parents en ligne directe ascendante et descendante ainsi qu'à ses frères et soeurs lorsque, à défaut de cette assistance, ils tomberaient dans le besoin. Les frères et soeurs ne peuvent être recherchés que lorsqu'ils vivent dans l'aisance.

L'évolution des assurances sociales a sérieusement réduit le rôle pratique de l'obligation alimentaire entre parents. Parallèlement, la place de l'obligation alimentaire a fortement diminué dans la conscience juridique de la population avec le relâchement des liens de parenté. En outre, il arrive souvent que le coût de la réalisation de l'obligation alimentaire entre parents soit disproportionné par rapport au résultat: la parenté est souvent dans une situation économique défavorable. Le recours aux parents est par ailleurs souvent perçu comme une charge lourde par les personnes qui ont besoin d'aide. La détresse matérielle et le recours à l'aide sociale sont des affaires personnelles et privées, ce qui explique pourquoi certains cantons n'obligent plus les autorités à faire valoir la créance alimentaire.

Lors de la session d'hiver 1989 des Chambres fédérales, le conseiller national Humbel a demandé au Conseil fédéral, dans une question ordinaire, si la dette alimentaire entre frères et soeurs ne devait pas être supprimée et si une éventuelle abrogation ne pourrait pas intervenir lors de la révision du droit du divorce. Bien qu'une demande dans ce sens ait échoué lors de la révision du droit de la filiation en 1976, le Conseil fédéral s'était déclaré prêt à examiner la question.

Le projet mis en consultation prévoyait d'abroger purement et simplement la dette alimentaire entre frères et soeurs afin d'harmoniser les dispositions sur l'assistance et le droit successoral, la réserve des frères et soeurs ayant été supprimée en 1988. Contrairement à une proposition de la Conférence des directeurs cantonaux de l'assistance publique et de la Conférence suisse des institutions d'assistance publique, la commission d'experts n'a pas voulu limiter davantage l'obligation alimentaire entre parents en la maintenant seulement à l'égard de la première parentèle (parents et enfants). La solidarité familiale ne doit pas être réduite trop fortement au détriment de l'Etat social. En outre, la pratique connaît régulièrement des cas où l'obligation alimentaire des grands-parents à l'égard de leurs petits-enfants joue un rôle important.

Durant la procédure de consultation, seuls un canton et un parti politique ont refusé l'abrogation de la dette alimentaire entre frères et soeurs. La Conférence des directeurs cantonaux de l'assistance publique et la Conférence suisse des institutions d'assistance publique se sont prononcées, avec trois cantons, en faveur d'une limitation plus large, consistant à ne maintenir l'obligation qu'à l'égard de la première parentèle. L'Université de Bâle a même été jusqu'à remettre en question toute l'institution de l'obligation alimentaire entre parents en se référant aux discussions du "Deutscher Juristentag 1992"⁵³⁸. Le projet s'en tient à la proposition de la commission d'experts, dès lors que la grande majorité des participants à la procédure de consultation s'est déclarée d'accord avec cette proposition. Il faut cependant relever que l'abrogation de la dette alimentaire entre frères et soeurs ne signifie nullement que l'assistance volontaire ne doit pas être encouragée. Celle-ci pourrait l'être efficacement, par exemple, dans le cadre de la législation fiscale.

246 Asiles de famille
(art. 349 à 358 et 960, 1er al., ch. 3)

Une enquête menée auprès des cantons a confirmé que les asiles de famille n'ont jamais eu d'importance pratique en Suisse. Ces termes sont certes encore partiellement utilisés, mais ils correspondent en fait à des institutions organisées sous forme d'associations, de fondations ou de sociétés coopératives. L'abrogation des dispositions en cause avait déjà été annoncée⁵³⁹. Elle n'a rencontré aucune contestation lors de la procédure de consultation.

L'article 960, 1er alinéa, chiffre 3, CC doit être adapté à la suite de l'abrogation des articles 349 à 358 CC.

247 Droit de la tutelle
(art. 382, 1er al.)

L'article 382 CC oblige les parents mâles du mineur ou de l'interdit, le mari, ainsi que toutes autres personnes de sexe masculin habitant l'arrondissement tutélaire et jouissant

⁵³⁸ Voir Schwenzer, Gutachten, p. A 41 ss. Les milieux juridiques anglo-américains et scandinaves ne connaissent aucune obligation alimentaire entre les parents (Schwenzer, p. A42 s.).

⁵³⁹ Cf. FF 1988 II 1323

des droits civiques à accepter les fonctions de tuteur. Le Conseil fédéral propose d'éliminer l'inégalité de traitement entre hommes et femmes, dans le sens de l'article 4, 2e alinéa, cst. et du rapport sur le programme législatif "Egalité des droits entre hommes et femmes"⁵⁴⁰, et d'élargir cette obligation aux femmes. Dans le cadre de la future révision totale du droit de la tutelle, il faudra décider si une telle obligation légale d'accepter la fonction de tuteur devra être maintenue ou non.

248 Droit successoral
(art. 477, ch. 1)

La rédaction de cette disposition doit être adaptée à la nouvelle terminologie du droit pénal en accord avec l'article 125, 3e alinéa. C'est la gravité concrète de l'infraction qui est déterminante et non pas la qualification juridique comme crime ou délit, qui dépend de la peine maximale encourue (art. 9 CP).

249 Droits réels
(art. 957)

La rédaction de cette disposition doit être adaptée à l'article 47 (cf. *supra*, ch. 212.3).

25 Régime transitoire des modifications du code civil

251 Régime transitoire des dispositions sur les actes de l'état civil
(art. 6a P Tit. fin.)

A l'exception du nouvel article 6a du Titre final (cf. *infra*, 2e paragraphe de ce chiffre), il n'est pas nécessaire d'inscrire dans la loi des règles transitoires spéciales. Selon l'article 2 du Titre final du code civil, les règles établies dans l'intérêt de l'ordre public et des moeurs sont applicables, dès leur entrée en vigueur, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception⁵⁴¹. Il sera important de prévoir suffisamment de temps pour l'adaptation des prescriptions d'exécution de la Confédération et des cantons après l'entrée en vigueur de la révision du code civil. Les principes sur l'éligibilité ou la nomination des officiers de l'état civil, notamment les exigences minimales quant à leur formation (art. 49, 1er al., ch. 1) et à la dimension des offices de l'état civil (art. 49, 1er al., ch. 2), devront être définis dans l'ordonnance sur l'état civil. Les dispositions transitoires nécessaires ne figureront ainsi pas dans la loi. Il convient de fixer un délai aux cantons pour l'élaboration d'un projet relatif à la nouvelle définition des arrondissements de l'état civil selon les principes prévus par la Confédération. Dans le rapport qu'ils devront présenter chaque année (art. 18, 2e al., OEC), les cantons devront donner des

540 FF 1986 I 1132 ss, 1164 et 1264

541 Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le régime transitoire du code civil de 1907 vaut aussi pour toutes les révisions ultérieures, pour autant que des dispositions particulières n'aient pas été adoptées. Au cours des décennies, cette jurisprudence est devenue partie intégrante et constante de la doctrine suisse: ATF 84 II 182.

informations relatives au degré de réalisation de ce projet. Un délai de dix ans au maximum devrait être accordé pour mettre en oeuvre la nouvelle répartition des arrondissements de l'état civil⁵⁴². Les cantons devront ainsi revoir, d'après leur projet, la dimension des arrondissements existants, et cela avant tout lors de démissions d'officiers de l'état civil; ils procéderont le cas échéant à l'extension des arrondissements afin de pouvoir créer en règle générale un poste à temps complet à l'occasion de nouvelles élections⁵⁴³. Des exceptions seront admises dans des cas motivés, en premier lieu durant une période transitoire de dix ans. Il faudra tenir compte des circonstances cantonales particulières, pour autant que cela ne mette pas en danger les objectifs principaux de la révision.

La nouveauté relative à l'article 6a du Titre final a déjà été présentée et commentée brièvement ci-dessus (cf. *supra*, ch. 123 et 212.4). Il s'agit d'une aide initiale d'une durée limitée à cinq ans accordée par la Confédération pour la mise en place de la nouvelle réglementation. Le Conseil fédéral doit fixer les critères et le cadre de la participation aux frais de formation dans les dispositions transitoires d'exécution. L'objectif à atteindre est une utilisation aussi optimale que possible des contributions fédérales. Etant donné que la formation et le perfectionnement des personnes qui travaillent dans le domaine de l'état civil demeurent l'une des tâches principales des cantons (art. 45, 2e al., ch. 5), seuls des montants plutôt modiques (globalement environ 50'000 francs par année) entreront en ligne de compte; ces montants devront cependant permettre de donner les impulsions nécessaires en la matière. La formation et le perfectionnement des instructeurs cantonaux ainsi que la collaboration intercantonale paraissent mériter un soutien particulier.

252 Régime transitoire du droit du mariage (art. 6b et 7 P Tit. fin.)

Comme le régime transitoire du droit du divorce ne peut plus être réglé en une seule disposition avec celui du mariage et des effets personnels du mariage (art. 8 Tit. fin. CC), une nouvelle systématique est nécessaire. L'ordre des articles du projet concernant le Titre final est conforme à la systématique du code civil. L'article 7 actuel du Titre final du code civil relatif aux personnes morales devient l'article 6a, sans modification quant au contenu. Le nouvel article 7 reprend l'article 8, 1er et 3e alinéas, du Titre final du code civil: pour le mariage, c'est le nouveau droit qui s'applique dès son entrée en vigueur. Ainsi les effets des fiançailles (art. 91 ss) sont toujours régis par le nouveau droit, même si les fiançailles ont été conclues sous l'ancien droit. Les conditions du mariage (art. 94 ss) sont régies également par le nouveau droit dès son entrée en vigueur.

La préparation du mariage et la célébration sont régies par le nouveau droit dès son entrée en vigueur. Conformément au principe de la non-rétroactivité des lois (art. 1er, Tit. fin., CC), les mariages célébrés sous l'ancien droit demeurent bien évidemment va-

542 En l'espace de cette période, on peut envisager une entrée en vigueur des dispositions d'exécution de la Confédération échelonnée dans le temps selon les domaines (par exemple délais transitoires différenciés pour l'instauration d'une autorité de surveillance cantonale unique, d'une part, et pour la nouvelle répartition des arrondissements de l'état civil selon les critères de la Confédération, d'autre part).

543 Cf. *supra*, ch. 123: en général, degré d'occupation d'environ 75% au moins.

lables. De même, les procédures de publication du mariage effectuées sous l'ancien droit (autorisations de mariage) permettent la réalisation du mariage sous le nouveau droit. Pour les procédures de publication du mariage pendantes au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit, les nouvelles prescriptions simplifiées seront applicables suivant l'avancement de la procédure: Ces détails administratifs peuvent être réglés par voie d'instruction de l'Office fédéral de l'état civil (art. 10, 2e al., let. b, ch. 1, de l'ordonnance sur la délégation de compétences⁵⁴⁴).

En ce qui concerne l'annulation du mariage (art. 104 ss), les nouveaux motifs d'annulation, qui sont largement conformes au droit actuel, seront aussi applicables aux procédures pendantes dès l'entrée en vigueur du nouveau droit. Les délais d'annulation du nouveau droit sont également conformes à ceux du droit actuel. Si un délai a commencé à courir sous l'ancien droit, il devra être pris en compte.

253 Régime transitoire du droit du divorce

253.1 Principe (art. 7a P Tit. fin.)

Le nouveau droit est applicable sans restriction en vertu de l'article 7a, 1er alinéa, aux divorces introduits après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Cela correspond aux principes généraux des dispositions transitoires du code civil (art. 2, 3 et 8, 1er al., Tit. fin. CC).

La loi ne rétroagit pas à l'égard des mariages valablement dissous conformément à l'ancien droit. Cette évidence basée sur l'article 8, 1er alinéa, du Titre final du code civil est cependant expressément prévue à l'article 7a, 2e alinéa, dès lors qu'il faut faire une exception concernant les nouvelles dispositions sur l'exécution de l'obligation d'entretien: les époux déjà divorcés doivent aussi pouvoir bénéficier de l'aide au recouvrement (art. 131, 1er al.) ou pouvoir intervenir auprès du juge pour obtenir un avis aux débiteurs ou des sûretés (art. 132). Il faut cependant pour cela qu'ils aient obtenu lors du divorce, sur la base de l'article 151 ou 152 CC, une rente ou une indemnité en capital pour couvrir la perte du droit à l'entretien ou à titre d'assistance.

Selon le droit actuel, les jugements de divorce entrés en force peuvent être modifiés en ce qui concerne le sort des enfants et les rentes allouées en vertu des articles 151 ou 152 CC (art. 153, 1er al., et 157 CC). Les nouvelles dispositions sur l'entretien divergent sensiblement du droit actuel. Pour des raisons de clarté, il est donc prévu, conformément au principe de la non-rétroactivité (art. 1er, 3e al., Tit. fin. CC), que les procédures de modification des contributions d'entretien pour l'ex-conjoint - sous réserve des dispositions de procédure - sont régies matériellement par l'ancien droit (art. 7a, 3e al., première partie de la phrase). Cette règle s'applique sans restriction. La proposition de la commission d'experts d'appliquer en particulier l'article 130, 2e alinéa, lorsque l'extinction de la rente en cas de remariage aurait des conséquences excessivement pénibles et inéquitables pour le créancier doit être rejetée. Sa mise en oeuvre poserait de trop grandes difficultés en pratique.

En revanche, il est conforme au principe de l'article 12 du Titre final du code civil que les procédures de modification soient tranchées selon le nouveau droit dans la mesure où elles concernent l'autorité parentale, les relations personnelles ou la pension alimentaire des enfants (art. 7a, 3e al., deuxième partie de la phrase). Les époux divorcés peuvent notamment déposer, après l'entrée en vigueur du nouveau droit, une requête auprès de l'autorité tutélaire pour l'attribution de l'autorité parentale conjointe (art. 134 et 315b). L'entrée en vigueur du nouveau droit peut être considérée comme une modification importante des circonstances, sans qu'il soit nécessaire de le fixer expressément dans le droit transitoire.

253.2 Procès en divorce pendants (art. 7b P Tit. fin.)

Les dispositions transitoires de 1907 soumettaient le divorce au nouveau droit dès son entrée en vigueur. Selon Mutzner⁵⁴⁵, ce principe s'applique aussi aux procès en divorce pendants, et cela non seulement en ce qui concerne les motifs du divorce mais aussi ses effets. Cette réglementation transitoire correspond à la solution adoptée en Allemagne lors de la révision du droit du divorce, qui a instauré la compensation en matière de prévoyance. Elles ne peuvent cependant pas être reprises sans autre réflexion dans le présent projet. En effet, les dispositions transitoires doivent être élaborées avec un soin particulier lors des révisions importantes du droit de la famille: dans ce domaine, il est parfois difficile de prendre en considération les intérêts opposés des personnes concernées de manière satisfaisante pour toutes les parties.

L'article 7b reprend le régime transitoire de 1907, mais il prévoit au 3e alinéa une réserve pour les procès en divorce pendants devant le Tribunal fédéral. Si un divorce a déjà atteint ce stade de la procédure, l'ancien droit continuera de s'appliquer même en cas de renvoi à l'autorité cantonale. Il faut seulement prévoir une réserve pour le cas rare où le Tribunal fédéral doit simplement trancher une question de compétence. La réglementation de tels cas exceptionnels peut cependant être laissée à la pratique.

Le régime transitoire proposé pose certains problèmes à cause des diverses réglementations cantonales de la force de chose jugée. Dans certains cantons, un divorce entre en force lorsque l'autorité cantonale supérieure doit simplement statuer sur les effets du divorce, le divorce en tant que tel n'étant pas contesté (force de chose jugée partielle). La commission d'experts a proposé un régime transitoire très différencié: les dispositions sur le partage des expectatives du deuxième pilier (art. 122 ss) auraient dû entrer en vigueur immédiatement après l'adoption de la loi par les Chambres fédérales et l'expiration du délai référendaire ou l'acceptation de la loi par le peuple, mais seulement pour les procès en divorce pendants en première instance (qui sont d'ailleurs régis pour le reste par l'ancien droit). Lors de l'entrée en vigueur du reste du nouveau droit, soit environ deux ans plus tard, les nouvelles dispositions auraient dû être applicables à tous les procès en divorce pendants devant une autorité cantonale, la commission ayant estimé que les différences entre l'ancien et le nouveau droit - à part le partage des expectatives dans le deuxième pilier - ne sont pas si fondamentales que le passage au nouveau droit ne puisse pas être imposé aux époux.

545 N. 11 et 16 ad art. 8 Tit. fin. CC.

Les dispositions d'exécution nécessaires relatives aux articles 122 à 124 ont dû être élaborées dans le cadre de la mise à jour du projet de la commission d'experts à la lumière des résultats de la procédure de consultation (cf. *supra*, ch. 145.23). Il a en effet été nécessaire de les harmoniser avec la nouvelle loi sur le libre passage adoptée par les Chambres fédérales le 17 décembre 1993. L'exécution des articles 141 et 142 ainsi que des articles 22 ss P LPP est si exigeante qu'il n'est, de l'avis du Conseil fédéral, pas possible d'envisager une entrée en vigueur immédiate telle qu'elle était prévue dans l'avant-projet. L'application générale du nouveau droit du divorce à tous les procès pendants en première ou en deuxième instance est préférable pour des raisons pratiques (art. 7b, 1er al., P Tit. fin.). Une limitation à la première instance ne peut être retenue en raison de l'injustice qu'impliquerait pour les femmes l'absence du partage par moitié de la prestation de sortie acquise auprès d'institutions de prévoyance professionnelle. L'étendue de la force de chose jugée d'un jugement de première instance résulte, malgré la possibilité d'ouvrir un recours en appel, du hasard de savoir quel droit cantonal est applicable. Cette situation ne devrait pas porter préjudice aux femmes. La constitution d'une prévoyance vieillesse convenable durant le mariage fait partie de l'entretien et devrait, compte tenu de son importance, revenir aux deux époux. Sous cet angle également, l'application du nouveau droit aux procès en deuxième instance est justifiée. Au surplus, il sera de toute façon possible, dès le 1er janvier 1995, de conclure des conventions sur les expectatives du deuxième pilier en vertu de l'article 22 de la loi sur le libre passage.

Conformément à la décision de principe d'appliquer aussi le nouveau droit du divorce aux procès en deuxième instance, l'article 7b, 2e alinéa, P Titre final du code civil admet les nouvelles conclusions juridiques qui peuvent découler du changement de droit applicable, ce qui implique une nouvelle instruction du procès. Les parties non attaquées du jugement restent valables pour autant qu'elles ne soient pas matériellement si étroitement liées aux conclusions sur lesquelles le juge doit statuer qu'il est plus judicieux d'effectuer un examen global. Cela concernera certainement les contributions d'entretien, si les expectatives découlant du deuxième pilier doivent aussi être partagées.

253.3 Régime transitoire pour les modifications d'autres dispositions du code civil

Les nouvelles dispositions seront immédiatement applicables dès l'entrée en vigueur de la loi (art. 1^{er}, 3e al., et art. 3, Tit. fin., CC). Dans les procédures pendantes de protection de l'enfant, notamment, l'enfant sera entendu (art. 314, ch. 1). Les parents non mariés pourront déposer, auprès de l'autorité tutélaire, une requête pour l'attribution de l'autorité parentale conjointe, selon l'article 298a. L'obligation alimentaire entre les frères et soeurs sera caduque.

26 Modification d'autres textes légaux

261 Loi fédérale d'organisation judiciaire
(art. 44 P OJ)

L'article 44 de la loi fédérale d'organisation judiciaire doit être adapté au nouveau droit.

Conformément à la nouvelle lettre b, le recours en réforme auprès du Tribunal fédéral ne sera, à l'avenir, plus seulement ouvert en cas de refus du tuteur de consentir au mariage de l'interdit, mais également en cas de refus du détenteur de l'autorité parentale (art. 385, 3e al., CC). En outre, le renvoi doit être adapté au nouveau droit de la conclusion du mariage.

Aux termes de la lettre b^{bis}, le recours en réforme auprès du Tribunal fédéral est ouvert, dans le cas du divorce sur requête commune, lorsque les conditions prévues à l'article 150 P CC sont réalisées.

La lettre d étend les possibilités de recours en relation avec les mesures protectrices de l'enfant. La réglementation des relations personnelles (art. 273 ss CC) et le retrait du droit de garde prévu à l'article 310 CC sont soumis au contrôle du Tribunal fédéral. En outre, cette disposition s'applique également aux procédures relatives à l'attribution et au retrait de l'autorité parentale conjointe des parents non mariés (art. 298a).

Les lettres e et f demandent une adaptation rédactionnelle, dès lors qu'à l'avenir toutes les mesures protectrices de l'enfant seront réglées par la lettre d.

Les autres propositions tendant à modifier l'article 44 OJ devront être étudiées dans le cadre de la révision totale, déjà planifiée, de la loi fédérale d'organisation judiciaire.

262 Code des obligations

262.1 Révocation de la donation
(art. 249, ch. 1, P CO)

De même que l'article 477, chiffre 1, CC, cette disposition est adaptée à la nouvelle terminologie du droit pénal (cf. *supra*, ch. 248).

262.2 Prévoyance en faveur du personnel dans le contrat de travail
(art. 331e, 6e al., P CO)

Voir à ce sujet les commentaires sous ch. 233.45.

262.3 Du mandat en mariage ou en partenariat
(art. 406a ss P CO)

262.31 Situation initiale et buts principaux de la révision

Le courtage matrimonial fait l'objet d'une seule disposition du code des obligations, insérée dans les normes relatives au contrat de mandat, à savoir l'article 416 CO dont la teneur est la suivante: "La négociation d'un mariage ne peut donner lieu à aucune action en paiement d'un salaire". Le droit fédéral se borne donc à exclure toute action en justice relative au salaire du courtier (obligation naturelle). Pour le surplus, il soumet le courtage matrimonial aux règles du mandat (art. 412, 2e al., CO).

Le but de l'article 416 CO était d'éviter une commercialisation du mariage. Le législateur de 1907 considérait que le caractère moral du mariage était peu compatible avec le courtage matrimonial⁵⁴⁶. En outre, par cette disposition, le législateur voulait tenir le juge à l'écart d'unions fondées uniquement sur des conjonctions patrimoniales ou des espérances successorales.

Aujourd'hui, il est admis de toutes parts - la procédure de consultation l'a confirmé - que la réglementation actuelle est surannée. Elle ne correspond plus ni à la réalité sociale ni à l'importance effective de ce genre de services; elle est même source d'abus. En effet, l'interdiction d'agir en justice pour obtenir le paiement du salaire et des dépenses a pour conséquence que les agences matrimoniales, pour se prémunir contre les mauvais payeurs, demandent des avances. Vu la réglementation actuelle, cela n'est en soi pas choquant. Ce qui l'est, en revanche, c'est que certaines agences exigent des sommes qui ne sont pas en rapport avec les prestations fournies, ou qu'une fois l'argent versé, les clients n'entendent plus parler d'elles. Il est également choquant que certains courtiers aillent jusqu'à persuader leurs clients de prendre un petit crédit auprès d'une banque, afin de financer ces avances. Au nombre des abus, on mentionnera encore les annonces-appâts, qui semblent émaner de particuliers, mais qui sont en fait passées par des agences. Les courtiers se servent de l'impact qu'ont certaines professions, comme celles de médecin, avocat, ingénieur, etc., pour attirer les clients. Les clients ignorent que les personnes présentées dans les annonces n'existent pas en réalité. On leur explique qu'ils arrivent malheureusement trop tard, que la personne a déjà trouvé quelqu'un, mais qu'il y a d'autres possibilités. Des clients sont ainsi amenés à conclure un contrat de courtage, mais souvent les hommes ou les femmes qui leur sont ensuite présentés ne correspondent pas à leurs vœux.

Théoriquement, le mandant n'est pas totalement sans défense face à ces abus. Ainsi, conformément à l'article 404, 1er alinéa, CO, il peut résilier le contrat de courtage en tout temps. De plus, selon l'article 413, 1er alinéa, CO, il n'est tenu de payer le courtier matrimonial que si son intervention a abouti à la conclusion du contrat, c'est-à-dire s'il y a eu mariage. S'agissant des dépenses, elles sont présumées être comprises dans le salaire. Si le contrat n'a pas abouti et que le courtier n'a donc pas droit à son salaire, celui-ci ne peut réclamer le remboursement de ses dépenses que s'il en a été convenu ainsi. C'est ce que stipule l'article 413, 3e alinéa, CO. Mais ces dispositions se sont révélées insuffisantes; car, dans la pratique, on exige que les clients versent des avances. Il est vrai que le mandant peut, en cas de non-aboutissement du contrat, demander la restitution de son avance en vertu des dispositions sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO); l'expérience démontre toutefois que cela est difficile et coûteux, puisque dans certains cas un procès sera nécessaire. Si le courtier a droit au paiement de ses dé-

546 H. Oser/W. Schönberger, Das Obligationenrecht, Commentaire zurichois, vol. 2, 2e éd., n. 1 ad art. 416 CO.

penses en vertu du contrat, le mandant est souvent dans l'impossibilité de vérifier le montant exigé. Au surplus, le client ignore souvent ses droits, comme il ignore même les conditions exactes du contrat. C'est pourquoi une nouvelle réglementation est demandée de toutes parts.

Le projet améliore la protection des clients d'une agence matrimoniale par une réglementation *exclusivement de droit privé*, qui met surtout l'accent sur l'information du client et fixe le contenu minimal du contrat. En procédure de consultation, cette conception a trouvé l'appui de la majorité. Le fait de renoncer à régler l'activité des agences matrimoniales par le biais d'une surveillance administrative, qu'elle soit fédérale ou déléguée aux cantons, a également été approuvé par la majorité des participants à la procédure de consultation. En effet, la mise en oeuvre d'une telle organisation administrative, qui est en soi tout à fait concevable⁵⁴⁷, ne serait pas compatible avec le principe de la proportionnalité: les abus en matière de courtage matrimonial n'ont pas été si graves et fréquents qu'il faille mettre sur pied un système lourd et coûteux dont la crédibilité impliquerait un contrôle sévère et des interventions répétées des pouvoirs publics. Les rares cantons qui connaissaient une surveillance administrative des agences matrimoniales l'ont d'ailleurs supprimée⁵⁴⁸ - à l'exception du canton du Jura. Le projet se limite ainsi à une réglementation exclusivement privée, même si elle ne permet pas de régler tous les problèmes, notamment celui des tarifs pratiqués. En ce qui concerne les "annonces-appâts", les clients - tout comme les concurrents et les organisations de protection des consommateurs - peuvent se prévaloir de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (cf. art. 2 et 3, let. b et i, LCD)⁵⁴⁹, qui prévoit des sanctions civiles et pénales en cas de violation de ses règles (cf. art. 9 ss et 23 ss LCD).

262.32 Commentaire des dispositions

262.321 Définition et droit applicable (art. 406a P CO)

La définition du mandat en mariage ou en partenariat prévue au 1er alinéa de l'article 406a s'inspire de celle du mandat, au sens de l'article 394 CO. Le contrat se rapproche en effet bien plus du mandat ordinaire que du courtage. Le mandataire s'engage à fournir des prestations de service, en général pour une longue durée. C'est pourquoi il n'est pas justifié de faire dépendre la rémunération du résultat obtenu.

En procédure de consultation, certains ont demandé de limiter l'application des nouvelles dispositions aux contrats portant sur la conclusion d'un mariage stricto sensu, des raisons éthiques s'opposant, selon eux, à ce que la loi traite de la même manière l'institution du mariage et le simple partenariat, pour stable qu'il soit. Des raisons juridiques ont été également invoquées. Ainsi, le partenariat, qui n'est pas un contrat, ne peut faire l'objet d'un contrat de courtage, de l'avis de ces participants à la consultation. Ces critiques ne sont cependant pas convaincantes. Les personnes seules et sans expérience nécessitent une protection, qu'elles soient à la recherche d'un conjoint ou d'un partenaire

547 Cf. par exemple la loi fédérale du 6 octobre 1989 sur le service de l'emploi et la location de services; RS 823.11

548 Le dernier canton a été celui de Berne, par loi du 1er juillet 1993.

549 . RS 241

stable. En outre, il faut aussi protéger les personnes qui cherchent un partenaire du même sexe. Enfin, il faut empêcher que les dispositions impératives de la loi ne soient détournées par la conclusion d'un mandat en partenariat durable, en lieu et place de la conclusion d'un mariage. Du point de vue juridique, on relèvera que, selon le projet, le rapport contractuel visé n'est plus un contrat de courtage, mais un mandat; dès lors, la conclusion d'un contrat ne constitue plus un élément essentiel de ce type de rapport.

La nouvelle réglementation ne s'applique pas aux rencontres sans lendemain facilitées par un intermédiaire. Abstraction faite des motifs éthiques qui s'opposent à une reconnaissance explicite de ces liaisons dans la loi, il faut tenir compte de la situation différente dans laquelle se trouve le mandant: celui qui cherche une liaison de courte durée ne donnera pas un mandat durable, mais aura recours aux services d'un tiers de cas en cas. On peut ainsi considérer que les dangers typiques, notamment le risque de conséquences sociales pénibles, qui justifient une protection spéciale du consommateur, sont exclus dans ces cas. Il s'ensuit que les nouvelles règles seront applicables lorsque les parties au moment de la conclusion du contrat auront eu l'intention d'établir un partenariat stable.

Selon le 2e alinéa, les règles du mandat sont applicables de façon générale (notamment les obligations du mandataire, art. 398 à 401 CO), pour autant qu'elles ne soient pas précisées par les règles ci-après.

262.322 Forme et contenu du contrat (art. 406b P CO)

L'article 406b prévoit que le contrat est valable uniquement s'il est établi en la forme écrite. La forme écrite assure la meilleure protection possible au client: il sait à quoi il s'engage. En outre, les deux parties disposent d'un moyen de preuve en cas de litige.

La disposition fixe encore le contenu minimal du contrat. On donne ainsi au mandant la possibilité de connaître ses droits, qu'il ignore trop souvent. Si l'une des indications requises manque, le contrat est nul (art. 20 CO). La liste des indications indispensables s'inspire de celle de l'article 226a CO (contrat de vente par acomptes).

Le chiffre 1 prévoit l'indication du nom et du domicile des parties.

Les chiffres 2 et 3 permettent au client d'être au clair sur les prestations promises, les prix pratiqués (art. 394, 3e al., CO, et art. 406a, 1er al., CO) et les modalités de paiement. Le contrat doit indiquer clairement quelles prestations le mandataire s'engage à fournir (les circonstances dans lesquelles elles seront fournies, l'intervalle auquel se feront les présentations, le genre de personnes qui seront présentées, etc.). Le mandant sait ainsi à quels services correspond la somme demandée et, en cas de litige, l'apport de la preuve est facilité.

Le chiffre 4 correspond à l'article 406c, 1er alinéa. La disposition correspondante de l'avant-projet s'inspirait de l'article 226c CO (vente par acomptes), qui parle de "renonciation à la conclusion du contrat". Pour des raisons dogmatiques - on ne peut pas renoncer à la conclusion d'un contrat qui a déjà été conclu -, le présent projet prévoit que le mandant peut se départir du contrat. Le délai de résolution est de sept

jours. A l'instar de l'avant-projet, le présent projet ne reprend ainsi pas le délai de cinq jours de l'article 226c CO, mais le délai un peu plus long de l'article 40e, 2e alinéa, CO, qui est la disposition la plus récente en matière de protection des consommateurs.

Le chiffre 5 correspond à la disposition matérielle de l'article 406c, 2e alinéa. Il prévoit que le contrat doit contenir une indication importante pour le mandant, à savoir l'interdiction faite au mandataire d'accepter tout paiement, notamment des avances, avant l'échéance du délai de réflexion de sept jours.

Le chiffre 6 reprend l'article 404 CO - tout en parlant d'une "résiliation" et non pas d'une "révocation" du contrat - et veut garantir que le client soit informé de manière précise sur un droit important. La jurisprudence relative à l'article 404 CO a notamment interdit la stipulation d'une peine conventionnelle (ATF 104 II 116, c. 4). Il va de soi qu'en cas de révocation, les frais et honoraires déjà courus sont dus.

L'avant-projet contenait un chiffre 7 prévoyant que le contrat devait indiquer la date de sa signature. La disposition avait paru nécessaire pour calculer le délai de résolution et l'entrée en vigueur du contrat. Le présent projet renonce à cette disposition; c'est en effet la date de la réception par le mandant d'une copie du contrat signée par les deux parties, et non pas la date de la signature du contrat qui est déterminante pour le calcul du délai (cf. art. 406c, 1er al.)

262.323 Entrée en vigueur; résolution du contrat (art. 406c P CO)

Par rapport à la disposition correspondante de l'avant-projet, la rédaction du 1er alinéa de l'article 406c a été modifiée conformément aux principes déjà mentionnés dans le commentaire relatif à l'article 406b, chiffre 4. Ainsi, le mandat peut se départir du contrat par écrit dans un délai de sept jours.

En procédure de consultation, ce droit de résolution du mandant a été approuvé par la majorité. Mais, la disposition a été également critiquée, parce que, selon certains, elle est contraire au principe "pacta sunt servanda". A ces objections, on peut opposer que les personnes qui ont recours aux services d'une agence matrimoniale se sentent souvent seules, sont influençables et acceptent trop facilement les conditions contractuelles que leur propose l'agent. Il est dès lors indispensable de leur permettre de résoudre le contrat dans un bref délai. S'agissant de contrats pouvant avoir des conséquences financières pénibles, une telle possibilité n'est par ailleurs pas uniquement dictée par des considérations de protection des consommateurs, mais elle correspond également aux intérêts du mandataire.

Il faut donc s'en tenir au principe que le contrat, bien qu'il ait été signé par les deux parties, n'entrera en vigueur pour le mandant que sept jours après la remise en ses mains d'une copie signée du contrat. L'existence du contrat est ainsi subordonnée à la condition que le mandant n'use pas de son droit de résolution.

Pour être valable, la déclaration de renonciation doit impérativement être faite par écrit et remise à la poste le dernier jour du délai au plus tard (cf. art. 77, 3e al., CO).

4 Selon le 2^e alinéa, le mandataire ne peut accepter aucun paiement du mandant avant l'échéance du délai de sept jours prévu au 1^{er} alinéa. L'avant-projet interdisait au mandataire de "réclamer" des paiements dans ce délai. Le présent projet interdit l'"acceptation" de paiements; par cela, la disposition veut empêcher qu'un paiement du mandant pendant le délai ne soit considéré comme une renonciation tacite au droit du mandant de se départir du contrat. Dans cette optique, il n'est cependant pas important que le paiement ait eu lieu spontanément ou à la demande du mandataire. Cette modification rédactionnelle unifie la terminologie de l'article 406*b*, chiffre 5, et de l'article 406*c*, 2^e alinéa, et corrige ainsi une imprécision de l'avant-projet.

Le 3^e alinéa, qui reprend l'idée sous-jacente à l'article 226*c*, 3^e alinéa, CO, est indispensable si l'on veut que le droit de renonciation prévu au 1^{er} alinéa ait un sens. En effet, ce droit serait illusoire si le mandataire en mariage ou en partenariat pouvait demander une indemnité en cas de résolution du contrat par le mandant. En outre, cette indemnité ne manquerait pas d'être élevée, et on connaîtrait alors les mêmes abus qu'aujourd'hui.

262.324 Déclaration de résolution et résiliation (art. 406*d* P CO)

L'article 406*d* exige la forme écrite pour la résolution ainsi que pour la résiliation du contrat. Cela répond au besoin de sécurité juridique.

262.325 Information et protection des données (art. 406*e* P CO)

Les obligations générales du mandataire en mariage ou en partenariat résultent des articles 397 à 401 CO. A ces obligations s'ajoute celle, prévue à l'article 406*e*, 1^{er} alinéa, d'informer le mandant, avant la signature du contrat et pendant sa durée, des difficultés particulières qui pourraient intervenir lors de l'exécution du contrat au regard de la personne du mandant. Ce devoir d'information est déjà établi dans des règles professionnelles, auxquelles se soumettent volontairement certaines agences matrimoniales. On mentionnera au nombre des difficultés particulières, selon ces règles, le cas des hommes de moins de 165 cm, celui des femmes âgées de plus de 40 ans ou de plus de 179 cm, ainsi que celui des personnes handicapées.

Le devoir de discrétion prévu au 2^e alinéa doit empêcher le mandataire de divulguer les adresses ou les données personnelles de son mandant à d'autres institutions ou à des tiers, par exemple à des magasins (en vue d'une future liste de mariage) ou à des publications spécialisées destinées aux personnes seules. Cette disposition se justifie dans la mesure où la loi du 19 juin 1992 sur la protection des données⁵⁵⁰ ne prévoit pas explicitement un devoir de discrétion dans le traitement des données personnelles par des particuliers⁵⁵¹. D'autres questions, comme par exemple la destruction des fichiers ou des données, tombent en revanche sous le coup de cette nouvelle loi.

550 RO 1993 1945

551 Cf. FF 1988 II 442, n. 213.2 et p. 465, n. 221.3

262.326 Rémunération et frais excessifs
(art. 406/P CO)

Cette disposition reprend le principe de l'article 417 CO actuel selon lequel le juge peut, à la requête du mandant, réduire équitablement les honoraires et frais stipulés lorsqu'ils sont excessifs. Pour décider la réduction de la rémunération ou des frais, le juge tiendra compte de l'ensemble des circonstances.

262.327 Abrogation de l'article 416 CO

L'article 416 CO est abrogé. Comme on l'a vu, l'interdiction d'agir en justice pour obtenir le paiement du salaire et des dépenses a conduit à des abus et n'a pas atteint le but visé par le législateur.

262.328 Régime transitoire relatif au mandat en mariage ou en partenariat

L'avant-projet ne contenait aucune disposition transitoire relative aux nouvelles règles sur le mandat en mariage et en partenariat. Lors de la procédure de consultation, le vœu a été émis de combler cette lacune. Nous estimons toutefois qu'une telle disposition est inutile. Les articles 1er à 4 du Titre final du code civil, qui sont également applicables au code des obligations, donnent en effet une réponse claire aux questions de droit intertemporel qui pourraient se poser. Ainsi, il ressort notamment de l'article 3 du Titre final du code civil que les mandats en mariage ou en partenariat conclus avant l'entrée en vigueur du nouveau droit continueront d'être soumis à l'ancien droit en ce qui concerne leur naissance et leur validité. S'agissant de leur contenu, ils seront par contre soumis au nouveau droit, dans la mesure où celui-ci est impératif. Dès lors, l'existence d'un mandat en mariage ou en partenariat conclu valablement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit ne pourra plus être mise en cause pour le motif qu'il serait nul selon le nouveau droit. Pour des raisons de cohérence et notamment au regard du lien étroit qui existe entre les indications que doit contenir le contrat (art. 406b P CO) et le droit matériel du mandant (art. 406c P CO), celui-ci n'aura pas le droit de se départir du contrat conclu avant l'entrée en vigueur des nouvelles règles, et cela même si le contrat avait été conclu moins de sept jours avant la mise en vigueur du nouveau droit. Après l'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation le mandant pourra par contre résilier le contrat en tout temps et sans dédit (art. 406b, ch. 6, P CO; pour la forme cf. art. 406d P CO), même si le contrat a été conclu avant. Il pourra également demander au juge de réduire les rémunérations et frais excessifs (art. 406f P CO). Quant au mandataire, il sera tenu, après l'entrée en vigueur du nouveau droit, d'informer le mandant des difficultés particulières qu'il rencontre dans l'accomplissement du mandat (art. 406e, 1er al., P CO).

263 **Loi fédérale sur le droit international privé**
(art. 45, 2e al., P LDIP)

La rédaction de cette disposition est simplement adaptée au nouveau titre du 4e chapitre du droit de la conclusion du mariage du code civil (art. 104).

Au reste, il est évident que les articles 59 ss LDIP englobent aussi désormais, dans la notion d'action en divorce, le divorce sur requête commune au sens des articles 111 ss. On a renoncé à adapter formellement ces dispositions pour ne pas alourdir le texte légal.

264 **Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants**
(art. 29^{sexies}, 1er al., P LAVS)

La 10e révision de l'AVS, adoptée par l'Assemblée fédérale le 7 octobre 1994 et en votation populaire le 25 juin 1995 règle au nouvel article 29^{sexies} le droit des parents à une bonification pour tâches éducatives⁵⁵². Cette disposition repose sur l'idée que seuls les parents mariés sont détenteurs conjointement de l'autorité parentale. Il convient donc de l'adapter à la nouvelle réglementation des articles 133, 3e alinéa, et 298a (cf. *supra*, ch. 233.62 et 244.41) prévoyant que les parents divorcés et les parents non mariés peuvent aussi détenir conjointement l'autorité parentale. Au reste, l'article 29^{sexies}, dans sa version allemande, reprend la nouvelle terminologie "elterliche Sorge" (cf. *supra*, ch. 15).

265 **Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité**
(art. 30c, 6e al., P LPP)

Voir à ce sujet les commentaires sous ch. 233.45.

266 **Loi fédérale sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité**
(art. 22 à 22c, titre du 6e chapitre, art. 24, 2e et 3e al., 25a et 26, 3e al., P LFLP)

Voir à ce sujet les commentaires sous ch. 233.44.

552 FF 1994 III 1792; 1995 III 1157

3 Effets sur l'état du personnel et conséquences financières

31 Au niveau fédéral

Le projet n'aura en principe aucune incidence sur l'état du personnel de la Confédération. L'élaboration des dispositions d'exécution nécessaires (cf. art. 40, 48, 49, 103, 145, 3e al., P CC et art. 22a P LFLP) et l'approbation des lois cantonales d'exécution entraîneront provisoirement un important surplus de travail pour l'administration. Comme les adaptations de l'ordonnance sur l'état civil seront réalisées à l'occasion d'une révision totale de cette ordonnance, il est possible qu'il soit nécessaire d'augmenter quelque peu le personnel, pour une période limitée. Cette augmentation minime pourra toutefois être absorbée par les effectifs du Département fédéral de justice et police.

Les contributions de la Confédération aux frais de formation et de perfectionnement des personnes qui travaillent dans le domaine de l'état civil (art. 6a P Tit. fin.; *supra*, ch. 212.4 et 251) sont prévues à titre provisoire pour la période d'introduction de la nouvelle réglementation, à savoir pendant le délai légal de cinq ans, et se monteront annuellement à 50000 francs environ. La situation financière de la Confédération et le renchérissement devront être dûment pris en considération pour la détermination de ces contributions.

32 Au niveau cantonal

C'est avant tout eu égard aux exigences fédérales minimales quant à la formation des officiers de l'état civil (art. 49, 1er al., ch. 1; *supra* ch. 213.12) et à l'accroissement des exigences mises à leur perfectionnement (*supra*, ch. 123), que les cantons devront disposer de davantage de personnel et de moyens financiers. Ils pourront néanmoins compter sur des contributions (modestes) de la Confédération (art. 6a P Tit. fin.; *supra*, ch. 212.4 et 251), en tout cas pendant la phase d'introduction de la nouvelle réglementation. En outre, grâce au travail avisé et résolu de la commission de formation de la Conférence des autorités cantonales de surveillance et à une collaboration inter-cantonale étendue, il doit également être possible de réaliser des économies. Par ailleurs, en incitant les officiers de l'état civil à exercer leur activité à plein temps (cf. *supra*, ch. 123), les moyens à disposition seront utilisés de manière plus rationnelle. Grâce au passage à l'exercice d'une activité à temps complet et à un niveau de formation du personnel des offices de l'état civil bien meilleur ("professionnalisation"), les autorités cantonales de surveillance (art. 45; cf. *supra*, ch. 212.12) seront considérablement déchargées à certains égards. La Confédération n'est pas en mesure de donner des prévisions quant à d'éventuelles modifications de la répartition des coûts entre cantons et communes consécutives à l'extension des arrondissements de l'état civil. L'adaptation des dispositions cantonales aux modifications du code civil (révisions totales des ordonnances cantonales sur l'état civil) suscitera, pendant un certain temps, un surcroît de travail au sein des autorités cantonales chargées des tâches législatives. Il en va de même pour ce qui est de la préparation des projets cantonaux relatifs à la nouvelle division des arrondissements de l'état civil et de leur mise en application par étapes. A cet égard, ce sont les autorités cantonales de surveillance qui seront concernées en premier lieu.

✦ Dans le domaine du droit du mariage, les cantons seront soulagés dans une certaine mesure grâce à la procédure préparatoire simplifiée (la collaboration des offices de l'état civil du lieu d'origine disparaît). Les autorités cantonales de surveillance seront déchargées de l'examen des dossiers dans la procédure précédant les mariages ayant un lien avec l'étranger. Bien que le travail des officiers de l'état civil en devienne plus exigeant, il ne sera vraisemblablement pas nécessaire d'augmenter le personnel, si on admet l'efficacité de la modification de la structure de l'état civil visée par le présent projet ("professionnalisation").

Le nouveau droit du divorce, y compris les dispositions sur le droit de la filiation, entraînera provisoirement une surcharge de travail relativement importante pour les administrations cantonales: les lois sur la procédure civile ainsi que les lois d'introduction du code civil devront notamment être adaptées au nouveau droit. Il est difficile d'évaluer quels seront les effets du nouveau droit sur les tribunaux compétents en matière de divorce. La double audition des parties dans le cadre du divorce sur requête commune (art. 111 et 112), l'audition de l'enfant (art. 144, 2e al.) et, dans une certaine mesure, le partage des expectatives de la prévoyance professionnelle (art. 122 s., 141 s. et art. 22 ss P LFLP) constitueront une charge supplémentaire pour les tribunaux. Dès lors, le projet part de l'idée qu'à l'avenir les demandes en divorce sur requête commune ne seront pas jugées par un tribunal collectif, mais par un juge unique. En outre, la procédure de conciliation devant le juge de paix n'est plus prévue (art. 136, 1er al.) et les nombreux jugements de divorces sur requête commune ne devront, à l'avenir et dans toute la Suisse, plus être motivés⁵⁵³. Finalement, les litiges concernant le montant des expectatives du deuxième pilier et la mise en oeuvre de leur partage ne devront pas être portés devant le juge civil, mais devant les juges compétents dans le domaine des assurances sociales (art. 142), ce qui contribuera certes à augmenter la charge de travail de ces derniers. En ce qui concerne la représentation de l'enfant (art. 147 s.), on a affaire à une mesure de protection de l'enfant dont les coûts font en principe partie de l'entretien régi par l'article 276, 1er alinéa, CC. La rémunération du tuteur, quant à elle, reste régie par le droit de tutelle (art. 416 CC). L'article 151 crée des obligations financières spéciales pour les cantons, dès lors que ceux-ci sont tenus de veiller à ce que les conjoints puissent s'adresser à des personnes formées dans le domaine de la médiation, qui puissent les aider à parvenir à un accord relativement à leur divorcé et à ses conséquences (cf. *supra*, ch. 234.121). Les cantons jouissent d'une grande marge de manoeuvre dans la mise en oeuvre de ce mandat. La seule obligation réside dans le fait que les couples sur le point de divorcer doivent pouvoir obtenir de l'aide dans un délai raisonnable. On ne peut donc estimer le montant des dépenses qui en découleront. On peut cependant se baser sur l'expérience qu'ont faite les cantons avec les offices de consultation conjugale prévus à l'article 171 CC. En outre, le montant des dépenses dépendra notamment de l'existence d'offices de médiation dans certains cantons et de la mesure dans laquelle de ces institutions privées ou publiques préexistantes pourront être affectées à cette tâche. Au surplus, l'expérience a démontré que les conventions élaborées avec l'aide d'un médiateur sont particulièrement solides et déchargent les juges de procès tendant à la modification des jugements de divorce.

553 A l'heure actuelle, on estime que plus de 90 % des divorces sont en réalité des divorces conventionnels.

4 Programme de la législation

Le projet est mentionné dans la liste des objets des grandes lignes dans le Rapport du Conseil fédéral sur le programme de la législation 1991-1995⁵⁵⁴. L'acceptation du message par le Conseil fédéral est prévue pour 1994 (annexe 1, R 45).

5 Constitutionnalité

Les articles 34^{quater} cst. sur la prévoyance professionnelle, 53, 1er alinéa, cst. sur l'état civil, 54 cst. sur le droit au mariage et 64, 2e alinéa, cst. sur le droit privé constituent la base des dispositions du présent projet. Les dispositions de nature procédurale ont été adoptées dans le but d'améliorer le droit du divorce et sont indispensables à sa mise en oeuvre. En conséquence, ces dispositions relevant du droit privé au sens formel sont également couvertes par l'article 64, 2e alinéa, cst.⁵⁵⁵.

La création d'offices de médiation en matière de divorce (art. 151 P CC) fait également partie du droit civil au sens formel. Le divorce est une institution centrale du droit privé et la médiation en est une mesure. Dans ce sens, elle favorise la bonne application du nouveau droit.

6 Relation avec les droits fondamentaux

L'homme et la femme sont égaux conformément à l'article 4, 2e alinéa, cst. Le projet concrétise cette règle constitutionnelle, dans la mesure où il abroge les dispositions contraires au principe d'égalité (par exemple le délai de viduité prévu à l'art. 103, 1er al., CC, et l'obligation exclusive des hommes d'accepter une charge tutélaire selon l'art. 382, 1er al., CC) et où il prévoit de nouvelles dispositions nécessaires à la concrétisation de ce principe (par exemple, le partage par moitié des expectatives à l'encontre des institutions de prévoyance professionnelle en cas de divorce). En vertu de l'article 54, 1er alinéa, cst., le droit au mariage est placé sous la protection de la Confédération. Cette disposition garantit notamment l'institution du mariage⁵⁵⁶. Les dispositions du projet sur la conclusion du mariage concrétisent cette institution juridique et protègent la famille (art. 34^{quinquies}, 1er al., cst.).

554 FF 1992 III 1 ss/114 (ch. 6.1.4) et 175 (annexe 1 R 45)

555 Cf. K. Eichenberger, *Bundesrechtliche Legiferierung im Bereiche des Zivilprozessrechts nach geltendem Verfassungsrecht*, RDS 1969 II, en particulier p. 490 et 512 avec les auteurs cités; B. Knapp, *Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse*, Zurich, n. 33 ss et 69 ad art. 64 cst.

556 Cf. également D.Chr. Dicke, *Commentaire de la Constitution de la Confédération suisse*, Zurich, n. 10 ss ad art. 54 cst.

Les modifications proposées sont conformes au droit européen. L'article 12 CEDH dispose qu'"à partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille". Selon la jurisprudence des organes de Strasbourg, cela ne signifie pas que ce droit de l'homme (cf. en particulier *supra*, ch. 223.313 ainsi que ch. 135) interdit aux Etats de fixer des limites à l'âge nubile, de prévoir des empêchements au mariage et des formalités pour sa célébration ou de ne pas permettre le mariage de personnes de même sexe⁵⁵⁷. La CEDH n'interdit que les empêchements disproportionnés mis à la conclusion du mariage. En dépit de l'évolution des lois européennes sur le divorce, aucun droit fondamental de divorcer n'a encore été garanti. D'après la Cour européenne des droits de l'homme, le droit à une vie familiale comprend aussi celui d'avoir la possibilité de se séparer. Inversement, le droit au respect de la vie familiale découlant de l'article 8 CEDH devrait constituer une protection contre la dissolution trop facile du mariage⁵⁵⁸. Enfin, les nouvelles dispositions sur le droit des enfants sont compatibles avec l'article 8 CEDH⁵⁵⁹. Les divorces sont évidemment des litiges relatifs à des prétentions de droit civil au sens de l'article 6, 1er alinéa, CEDH. La loi tient compte de toutes les garanties procédurales énumérées par cette disposition (cf. en particulier *supra*, ch. 244.43). En outre, elle tient compte des recommandations du Conseil de l'Europe⁵⁶⁰ ainsi que de celles de la Commission Internationale de l'Etat Civil (cf. en particulier *supra*, ch. 125 et 137). Quant à l'Union européenne, elle n'est en principe pas compétente pour légiférer en matière de droit des personnes et de droit de la famille.

557 Cf. également I. Fahrenhorst, *Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention*, Paderborn et autres 1994, p. 194 ss.

558 Cf. Fahrenhorst, *op. cit.*, p. 263.

559 Cf. Fahrenhorst, *op. cit.*, p. 272 ss.

560 Recommandation R(89)1 sur les prestations après divorce (cf. *supra*, ch. 144.6, 146.31 et 146.6); Recommandation R(81)15 concernant les droits des époux relatifs à l'occupation du logement de la famille et à l'utilisation des objets du ménage (cf. *supra*, ch. 233.3); Recommandation R(84)4 sur les responsabilités parentales (cf. *supra*, ch. 15, 244.1, 244.2, 244.41 et 263.62).

Tableaux et exemples

Détermination selon l'article 22a du projet LFLP de la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage

En cas de mariage antérieur au 1er janvier 1995, il convient de déterminer, si c'est possible, le montant de la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage conformément à la nouvelle LFLP. Selon l'article 22a, 2e alinéa, deuxième phrase, du projet LFLP, ce montant est déterminant pour le calcul de la prestation de sortie acquise pendant la durée du mariage (art. 22a, 2e al., du projet LFLP), si le conjoint assuré n'a jamais changé d'institution de prévoyance entre la date de son mariage et le 1er janvier 1995.

Dans tous les autres cas, la *prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage* (conclusion antérieure au 1er janvier 1995) est calculée sur la base du tableau établi par le Département fédéral de l'intérieur et des valeurs fixées par l'article 22a du projet LFLP.

La manière de calculer la prestation de sortie est expliquée par les exemples annexés. Un tableau provisoire a été établi à cet effet; il tient compte des valeurs fixées par l'article 22a, 3e alinéa, du projet LFLP. Le tableau définitif sera établi par le Département fédéral de l'intérieur après l'adoption de la loi.

Tous les exemples sont basés sur le même schéma de calcul prévu par l'article 22a, 2e alinéa, du projet LFLP et utilisent les données suivantes:

[1]⁵⁶¹ Date et montant de la dernière prestation d'entrée, connue et antérieure au mariage, dans un nouveau rapport de prévoyance (art. 22a, 2e al., let. b, du projet LFLP).

[2] Moment de la conclusion du mariage.

[3] Date et montant de la première prestation de sortie communiquée d'office conformément à l'article 24 LFLP. Lorsqu'une prestation de sortie est échue entre le moment de la conclusion du mariage et celui de la communication de la prestation de sortie, le montant de la prestation échue et la date de son échéance sont déterminants pour le calcul (art. 22a, 2e al., let. a, du projet LFLP).

[4] Date et montant de tous les versements uniques effectués entre les dates selon [1] et [3].

La prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage est calculée sur la base de ces données et à l'aide du tableau. Les intérêts doivent être compris dans le calcul (art. 22a, 2e al., du projet LFLP). Le taux d'intérêt déterminant est celui fixé par

561 Ces chiffres figurent également entre [] dans les exemples.

le Conseil fédéral, qui, dans les exemples, correspond au taux technique utilisé par l'institution de prévoyance concernée.

[5] La prestation d'entrée (selon [1]) et tous les versements uniques (selon [4]) portent intérêt jusqu'à la date selon [3]. Ces montants et leurs intérêts sont déduits de la prestation de sortie selon [3].

[6] Le

- nombre d'années écoulées entre la date de la *prestation d'entrée existant avant la conclusion du mariage* et la date de la *prestation de sortie existant après la conclusion du mariage* (durée entre les dates selon [1] et [3])

- nombre d'années écoulées entre la date de la *prestation d'entrée existant avant la conclusion du mariage* et la date de la *conclusion du mariage* (durée entre les dates selon [1] et [2])

déterminent le taux de répartition du tableau.

[7] La part déterminée selon [6] du montant calculé conformément à [5] constitue provisoirement la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage.

[8] La prestation de sortie (selon [1]) et tous les versements uniques effectués avant la conclusion du mariage (selon [4]) portent intérêt jusqu'à la date selon [2]. Ces montants et leurs intérêts sont ajoutés à la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage selon [7]. Le montant ainsi obtenu constitue la **prestation de sortie au moment de la conclusion du mariage**.

La prestation de sortie calculée au moment de la conclusion du mariage selon la méthode ci-dessus est utilisée pour déterminer la prestation de sortie à partager selon l'article 22a, 2e alinéa, du projet LFLP.

**Prestation de sortie
au moment du mariage (al. 2)
en pour-cent du montant calculé selon l'alinéa 2**

*Annexe
Tableau
(ad art. 22a LFLP)*

		Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée avant le mariage et le mariage								
		1	2	3	4	5	6	7	8	9
Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage	1	100								
	2	48	100							
	3	31	64	100						
	4	22	46	72	100					
	5	17	35	55	77	100				
	6	13	28	44	61	80	100			
	7	11	23	36	50	65	82	100		
	8	9	19	30	42	55	69	84	100	
	9	8	16	26	36	47	58	71	85	100
	10	7	14	22	31	40	50	61	73	86
	11	6	12	19	27	35	44	53	64	75
	12	5	11	17	23	31	38	47	56	66
	13	5	9	15	21	27	34	41	49	58
	14	4	8	13	18	24	30	37	44	52
	15	4	8	12	16	21	27	33	39	46
	16	3	7	11	15	19	24	29	35	41
	17	3	6	10	13	17	22	26	32	37
	18	3	5	9	12	16	20	24	29	34
	19	2	5	8	11	14	18	22	26	30
	20	2	5	7	10	13	16	20	24	28
	21	2	4	6	9	12	15	18	21	25
	22	2	4	6	8	11	13	16	20	23
	23	2	3	5	8	10	12	15	18	21
	24	2	3	5	7	9	11	14	16	19
	25	1	3	5	6	8	10	13	15	18
	26	1	3	4	6	8	10	12	14	16
	27	1	2	4	5	7	9	11	13	15
	28	1	2	4	5	6	8	10	12	14
	29	1	2	3	5	6	7	9	11	13
	30	1	2	3	4	6	7	8	10	12
	31	1	2	3	4	5	6	8	9	11
	32	1	2	3	4	5	6	7	9	10
	33	1	2	2	3	4	6	7	8	9
	34	1	1	2	3	4	5	6	7	9
	35	1	1	2	3	4	5	6	7	8
	36	1	1	2	3	4	4	5	6	8
	37	1	1	2	3	3	4	5	6	7
	38	1	1	2	2	3	4	5	6	7
	39	0	1	2	2	3	4	4	5	6
	40	0	1	1	2	3	3	4	5	6
	41	0	1	1	2	2	3	4	5	5
	42	0	1	1	2	2	3	4	4	5
	43	0	1	1	2	2	3	3	4	5
	44	0	1	1	2	2	3	3	4	4
	45	0	1	1	1	2	2	3	3	4

Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée avant le mariage et le mariage

	10	11	12	13	14	15	16	17	18
--	----	----	----	----	----	----	----	----	----

Nombre d'années écoulées
entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage

1									
2									
3									
4									
5									
6									
7									
8									
9									
10	100								
11	87	100							
12	76	88	100						
13	67	77	88	100					
14	60	69	78	89	100				
15	53	61	70	79	89	100			
16	48	55	63	71	80	90	100		
17	43	50	57	64	72	81	90	100	
18	39	45	51	58	65	73	81	90	100
19	35	41	46	53	59	66	74	82	91
20	32	37	42	48	54	60	67	74	82
21	29	34	38	43	49	55	61	68	75
22	27	31	35	40	45	50	56	62	69
23	24	28	32	36	41	46	51	57	63
24	22	26	29	33	38	42	47	52	58
25	21	24	27	31	34	39	43	48	53
26	19	22	25	28	32	35	40	44	49
27	17	20	23	26	29	33	36	40	45
28	16	19	21	24	27	30	34	37	41
29	15	17	20	22	25	28	31	34	38
30	14	16	18	20	23	26	29	32	35
31	13	15	17	19	21	24	27	30	33
32	12	14	16	18	20	22	25	27	30
33	11	13	14	16	18	21	23	25	28
34	10	12	13	15	17	19	21	24	26
35	9	11	12	14	16	18	20	22	24
36	9	10	12	13	15	16	18	20	23
37	8	9	11	12	14	15	17	19	21
38	8	9	10	11	13	14	16	18	20
39	7	8	9	11	12	13	15	16	18
40	7	8	9	10	11	12	14	15	17
41	6	7	8	9	10	12	13	14	16
42	6	7	8	9	10	11	12	13	15
43	5	6	7	8	9	10	11	13	14
44	5	6	7	8	8	9	11	12	13
45	5	5	6	7	8	9	10	11	12

		Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée avant le mariage et le mariage								
		19	20	21	22	23	24	25	26	27
Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage	1									
	2									
	3									
	4									
	5									
	6									
	7									
	8									
	9									
	10									
	11									
	12									
	13									
	14									
	15									
	16									
	17									
	18									
	19	100								
	20	91	100							
	21	83	91	100						
	22	76	83	91	100					
	23	69	76	84	92	100				
	24	63	70	77	84	92	100			
	25	58	64	70	77	84	92	100		
	26	54	59	65	71	77	84	92	100	
	27	49	54	60	65	71	78	85	92	100
	28	46	50	55	60	66	72	78	85	92
	29	42	46	51	56	61	66	72	79	85
	30	39	43	47	51	56	61	67	73	79
	31	36	40	44	48	52	57	62	67	73
	32	33	37	40	44	48	53	57	62	68
	33	31	34	37	41	45	49	53	58	63
	34	29	32	35	38	42	45	49	54	58
	35	27	29	32	35	39	42	46	50	54
	36	25	27	30	33	36	39	43	46	50
	37	23	25	28	31	33	36	40	43	47
	38	22	24	26	29	31	34	37	40	44
	39	20	22	24	27	29	32	35	38	41
	40	19	21	23	25	27	30	32	35	38
	41	18	19	21	23	25	28	30	33	35
	42	16	18	20	22	24	26	28	30	33
	43	15	17	18	20	22	24	26	28	31
	44	14	16	17	19	21	23	25	27	29
	45	13	15	16	18	19	21	23	25	27

		Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée avant le mariage et le mariage								
		28	29	30	31	32	33	34	35	36
Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage	1									
	2									
	3									
	4									
	5									
	6									
	7									
	8									
	9									
	10									
	11									
	12									
	13									
	14									
	15									
	16									
	17									
	18									
	19									
	20									
	21									
	22									
	23									
	24									
	25									
	26									
	27									
	28	100								
	29	92	100							
	30	85	92	100						
	31	79	86	93	100					
	32	73	79	86	93	100				
	33	68	74	80	86	93	100			
	34	63	68	74	80	86	93	100		
	35	59	64	69	74	80	86	93	100	
	36	55	59	64	69	74	80	86	93	100
	37	51	55	59	64	69	75	80	87	93
	38	47	51	55	60	65	70	75	81	87
	39	44	48	52	56	60	65	70	75	81
	40	41	45	48	52	56	61	65	70	75
	41	38	42	45	49	52	56	61	65	70
	42	36	39	42	45	49	53	57	61	66
	43	34	36	39	42	46	49	53	57	61
	44	31	34	37	40	43	46	50	53	57
	45	29	32	34	37	40	43	46	50	54

		Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée avant le mariage et le mariage								
		37	38	39	40	41	42	43	44	45
Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée avant le mariage et la prestation de sortie après le mariage	1									
	2									
	3									
	4									
	5									
	6									
	7									
	8									
	9									
	10									
	11									
	12									
	13									
	14									
	15									
	16									
	17									
	18									
	19									
	20									
	21									
	22									
	23									
	24									
	25									
	26									
	27									
	28									
	29									
	30									
	31									
	32									
	33									
	34									
	35									
	36									
	37	100								
	38	93	100							
	39	87	93	100						
	40	81	87	93	100					
	41	76	81	87	93	100				
	42	71	76	81	87	93	100			
	43	66	71	76	81	87	93	100		
	44	62	66	71	76	82	87	93	100	
	45	58	62	66	71	76	82	87	94	100

Personne assurée

née le 7 août 1940

	Date	Montant (Fr.)	Montants (Fr.) y compris	
			Intérêts (Taux 4%) jusqu'au 31.12.1985	Intérêts (Taux 4%) jusqu'au 15.4.1975
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	1.5.1972			
Prestation de libre passage [1]	1.5.1972	4'890.-	[5] -8'359.-	[8] 5'501.-
apportée				
Versement unique [4]	30.11.1972	2'523.-	[5] -4'215.-	[8] 2'770.-
Mariage [2]	15.4.1975			
Sortie de l'institution de prévoyance	31.12.1985			
Prestation de sortie [3]	31.12.1985	92'988.-	[5] 92'988.-	
			[5] 80'414.-	
			13 % de ce montant	
			[7] 10'454.-	[8] 10'454.-
				[8] 18'725.-

**Prestation de sortie
lors du mariage**

Application du Tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires

1.1 Nombre d'années écoulées entre

la prestation d'entrée (1.5.72) avant le mariage et
la prestation de sortie (31.12.85) après le mariage

14

1.2 Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée

(1.5.72) avant le mariage et le mariage (15.4.75)

3

2. Valeur du Tableau

13%

Personne assurée

née le 7 août 1940

	Date	Montant (Fr.)	Montants (Fr.) y compris	
			Intérêts (Taux 4% jusqu'au 31.12.1995)	Intérêts (Taux 4% jusqu'au 15.4.1975)
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	1.5.1972			
Prestation de libre passage apportée [1]	1.5.1972	4'890.-	[5] -12'373.-	[8] 5'501.-
Versement unique [4]	30.11.1972	2'523.-	[5] -6'239.-	[8] 2'770.-
Mariage [2]	15.4.1975			
Prestation de sortie communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP [3]	31.12.1995	349'490.-	[5] 349'490.-	
			[5] 330'878.- 5 % de ce montant	
			[7] 16'544.-	[8] 16'544.-
				[8] 24'815.-

**Prestation de sortie
lors du mariage**

Application du Tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires
 - 1.1 Nombre d'années écoulées entre
la prestation d'entrée (1.5.72) avant le mariage et
la prestation de sortie (31.12.95) après le mariage **24**
 - 1.2 Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée
(1.5.72) avant le mariage et le mariage (15.4.75) **3**
2. Valeur du Tableau **5%**



Personne assurée née le 25 février 1955

	Date	Montant (Fr.)	Montants (Fr.) y compris	
			Intérêts (Taux 4%) jusqu'au 31.12.1996	Intérêts (Taux 4%) jusqu'au 18.12.1992
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	1.1.1985			
Prestation de libre passage [1] apportée	1.1.1985	0.-	[5] 0.-	[8] 0.-
Mariage [2]	18.12.1992			
Prestation de sortie [3] communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	31.12.1996	51'446.-	[5] 51'446.-	
			[5] 51'446.- 56 % de ce montant	
			[7] 28'810.-	[8] 28'810.-
				[8] 28'810.-

**Prestation de sortie
lors du mariage**

Application du Tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires
 - 1.1 Nombre d'années écoulées entre
la prestation d'entrée (1.1.85) avant le mariage et
la prestation de sortie (31.12.96) après le mariage 12
 - 1.2 Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée
(1.1.85) avant le mariage et le mariage (18.12.92) 8
2. Valeur du Tableau 56%

Personne assurée

née le 25 février 1955

	Date	Montant (Fr.)	Montants (Fr.) y compris	
			Intérêts (Taux 4%) jusqu'au 31.12.1996	Intérêts (Taux 4%) jusqu'au 18.12.1992
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	1.9.1989			
Prestation de libre passage apportée [1]	1.9.1989	12'214.-	[5] -16'287.-	[8] 13'922.-
Mariage [2]	18.12.1992			
Prestation de sortie communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP [3]	31.12.1996	51'446.-	[5] 51'446.-	
			[5] 35'159.- 36 % de ce montant	
			[7] 12'657.-	[8] 12'657.-
				[8] 26'579.-

**Prestation de sortie
lors du mariage**

Application du Tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires

1.1 Nombre d'années écoulées entre

la prestation d'entrée (1.9.89) avant le mariage et
la prestation de sortie (31.12.96) après le mariage

7

1.2 Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée

(1.9.89) avant le mariage et le mariage (18.12.92)

3

2. Valeur du Tableau

36%

Personne assurée née le 30 avril 1935

	Date	Montant (Fr.)	Montants (Fr.) y compris	
			Intérêts (Taux 3.5%) jusqu'au 31.12.1997	Intérêts (Taux 3.5%) jusqu'au 13.5.1983
Entrée dans la nouvelle institution de prévoyance	13.1981			
Prestation de libre passage [1] apportée	13.1981	97'000.-	[5] -173'102.-	[8] 104'506.-
Versement unique [4]	31.12.1981	15'636.-	[5] -27'113.-	[8] 16'372.-
Versement unique [4]	31.12.1982	15'636.-	[5] -26'196.-	[8] 15'818.-
Mariage [2]	13.5.1983			
Versement unique [4]	31.12.1983	15'636.-	[5] -25'310.-	
Versement unique [4]	31.12.1984	15'636.-	[5] -24'454.-	
Versement unique [4]	31.12.1985	15'636.-	[5] -23'627.-	
Prestation de sortie [3] communiquée en vertu de l'art. 24 LFLP	31.12.1997	833'060.-	[5] 833'060.-	
			[5] 533'258.- 6 % de ce montant	
			[7] 31'995.-	[8] 31'995.-
				[8] 168'691.-

**Prestation de sortie
lors du mariage**

Application du Tableau [6]

1. Détermination des paramètres-durée nécessaires
 - 1.1 Nombre d'années écoulées entre
la prestation d'entrée (1.3.81) avant le mariage et
la prestation de sortie (31.12.97) après le mariage 17
 - 1.2 Nombre d'années écoulées entre la prestation d'entrée
(1.3.81) avant le mariage et le mariage (13.5.83) 2
2. Valeur du Tableau 6%

(état civil, conclusion du mariage et divorce, filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagage matrimonial)

Modification du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995¹⁾,
arrête:

I

1. Le titre premier du code civil²⁾ est modifié comme suit:

Titre premier: Des personnes physiques

Chapitre II: Des actes de l'état civil

Art. 39 (39, 1^{er} al.)³⁾

A. Registres
I. Généralités

¹ L'état civil est constaté par des registres.

² Font partie de l'état civil:

1. Les faits d'état civil directement liés à une personne, tels que la naissance, le mariage, le décès;
2. Le statut personnel et familial d'une personne, tels que la majorité, la filiation, le lien matrimonial;
3. Les noms;
4. Les droits de cité cantonal et communal;
5. La nationalité.

Art. 40 (39, 2^e al.)

II. Obligation
de déclarer et
protection des
données

¹ Le Conseil fédéral détermine les personnes et les autorités qui sont tenues de déclarer les données nécessaires à la constatation de l'état civil.

² Il peut prévoir des peines d'amende pour les cas de violation de l'obligation de déclarer.

³ Il assure, dans le domaine des actes de l'état civil, la protection de la personnalité et des droits fondamentaux des personnes au sujet desquelles des données sont traitées.

¹⁾ FF 1996 I 1

²⁾ RS 210

³⁾ Les chiffres entre parenthèses renvoient aux dispositions actuelles du CC.

Art. 41 (nouveau)

III. Preuve de données non litigieuses

¹ Lorsque les données relatives à l'état civil doivent être établies par des documents, l'autorité cantonale de surveillance peut admettre que la preuve repose sur une déclaration faite à l'officier de l'état civil, pour autant que les données ne soient pas litigieuses et que la présentation des documents s'avère impossible ou ne puisse raisonnablement être exigée au terme de tous les efforts entrepris.

² L'officier de l'état civil invite expressément la personne qui procède à la déclaration à dire la vérité et la rend attentive aux conséquences pénales d'une fausse déclaration.

Art. 42 (45, 1^{er} al.)

IV. Modification
1. Par le juge

¹ Toute personne qui justifie d'un intérêt digne de protection peut demander au juge d'ordonner l'inscription de données litigieuses relatives à l'état civil, ainsi que la rectification ou la radiation d'une inscription. Les autorités cantonales de surveillance concernées sont entendues et le juge leur notifie sa décision.

² Les autorités cantonales de surveillance ont également qualité pour agir.

Art. 43 (45, 2^e al.)

2. Par les autorités de l'état civil

Les autorités de l'état civil rectifient d'office les inexactitudes résultant d'une inadvertance ou d'une erreur manifestes.

Art. 44 (41, 2^e et 3^e al.)

B. Organisation
I. Autorités de l'état civil
1. Officiers de l'état civil

¹ Les officiers de l'état civil ont notamment les attributions suivantes:

1. Tenir les registres;
2. Etablir les communications et les extraits;
3. Conduire la procédure préparatoire du mariage et célébrer le mariage;
4. Recevoir les déclarations relatives à l'état civil.

² A titre exceptionnel, le Conseil fédéral peut conférer certaines attributions d'officier de l'état civil à des représentants de la Suisse à l'étranger.

Art. 45 (40, 1^{er} al., 43)

2. Autorités de surveillance

¹ Chaque canton désigne une autorité de surveillance unique.

² Cette autorité a notamment les attributions suivantes:

1. Exercer la surveillance sur les offices de l'état civil;
2. Assister et conseiller les offices de l'état civil;

3. Collaborer à la tenue des registres et à la procédure préparatoire du mariage;
4. Décider de la reconnaissance et de la transcription des faits d'état civil survenus à l'étranger et des décisions relatives à l'état civil prises par des autorités étrangères;
5. Assurer la formation et le perfectionnement des personnes qui travaillent dans le domaine de l'état civil.

³ La Confédération exerce la haute surveillance.

Art. 46 (42)

III. Responsabilité

¹ Quiconque subit un dommage illicite causé, dans l'exercice de leur fonction, par des personnes qui travaillent dans le domaine de l'état civil a droit à des dommages-intérêts et, pour autant que la gravité de l'atteinte le justifie, à une somme d'argent à titre de réparation morale.

² La responsabilité incombe au canton; celui-ci peut recourir contre les auteurs d'un dommage causé intentionnellement ou par négligence grave.

Art. 47 (44)

III. Mesures disciplinaires

¹ L'autorité cantonale de surveillance punit disciplinairement les personnes employées dans les offices de l'état civil qui contreviennent, intentionnellement ou par négligence, aux devoirs de leur charge.

² Les peines sont la réprimande, l'amende jusqu'à 1000 francs ou, dans les cas graves, la révocation.

³ Les poursuites pénales sont réservées.

Art. 48 (39, 2^e al.)

C. Dispositions d'exécution
I. Droit fédéral
1. Généralités

¹ Le Conseil fédéral édicte les dispositions d'exécution.

² Il détermine notamment:

1. Les registres à tenir et les données à enregistrer;
2. La tenue des registres;
3. La surveillance.

Art. 49 (nouveau)

2. Principes d'organisation et émoluments

¹ Afin d'assurer une exécution d'une fiabilité professionnelle, le Conseil fédéral fixe les principes relatifs à:

1. L'éligibilité ou la nomination des officiers de l'état civil, notamment les exigences minimales quant à leur formation;

2. La dimension des arrondissements de l'état civil.

² Il fixe le tarif des émoluments en matière d'état civil.

Art. 50 (40)

II. Droit cantonal

¹ Dans le cadre fixé par le droit fédéral, les cantons édictent les dispositions d'exécution nécessaires.

² Les dispositions prises par les cantons sont soumises à l'approbation de la Confédération, à l'exclusion de celles qui concernent la rémunération des personnes qui travaillent dans le domaine de l'état civil.

Art. 51

Abrogé

2. Le titre troisième du code civil¹⁾ est modifié comme suit:

Titre troisième: Du mariage

Chapitre premier: Des fiançailles

Art. 90 (90 et 91, 1^{er} al.)

A. Contrat de fiançailles

¹ Les fiançailles se forment par la promesse de mariage.

² Elles n'obligent le fiancé mineur ou interdit que si son représentant légal y a consenti.

³ La loi n'accorde pas d'action pour contraindre au mariage le fiancé qui s'y refuse.

Art. 91 (94)

B. Rupture des fiançailles
I. Présents

¹ Les fiancés peuvent réclamer les présents qu'ils se sont faits, sous réserve des présents d'usage, pour autant que la rupture ne soit pas causée par la mort de l'un d'eux.

² Si les présents n'existent plus en nature, la restitution s'opère comme en matière d'enrichissement illégitime.

Art. 92 (92 et 93)

II. Participation financière

Lorsque l'un des fiancés a pris de bonne foi, en vue du mariage, des dispositions occasionnant des frais ou une perte de gain, il peut

exiger de l'autre une participation financière appropriée, pour autant que cela ne paraisse pas inéquitable au vu de l'ensemble des circonstances.

Art. 93 (95)

III. Prescription Les actions découlant des fiançailles se prescrivent par un an à compter de la rupture.

Chapitre II: Des conditions du mariage

Art. 94 (96, 1^{er} al., 97 et 99)

A. Capacité

¹ Pour pouvoir contracter mariage, l'homme et la femme doivent être âgés de dix-huit ans révolus et capables de discernement.

² L'interdit ne peut contracter mariage sans le consentement de son représentant légal.

³ Il peut recourir au juge contre le refus de son représentant légal.

Art. 95 (100)

B. Empêchements
I. Lien de parenté et lien d'alliance avec l'enfant du conjoint

¹ Le mariage est prohibé:

1. Entre parents en ligne directe, ainsi qu'entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérins, que la parenté repose sur la descendance ou sur l'adoption;

2. Entre alliés, dans le cas particulier du lien unissant une personne et l'enfant de son conjoint; l'empêchement subsiste lorsque le mariage dont résulte l'alliance a été annulé ou dissous.

² L'adoption ne supprime pas l'empêchement résultant de la parenté qui existe entre l'adopté et ses descendants, d'une part, et sa famille naturelle, d'autre part.

Art. 96 (101 et 102)

II. Mariage antérieur

¹ Toute personne qui veut se remarier doit établir que son précédent mariage a été annulé ou dissous.

² Lorsqu'une personne a été déclarée absente, son conjoint peut obtenir la dissolution du mariage en faisant simplement une déclaration dans ce sens à l'officier de l'état civil.

Chapitre III:

De la procédure préparatoire et de la célébration du mariage

Art. 97 (113, 118, 2^e al.)

A. Principe

¹ Le mariage est célébré par l'officier de l'état civil au terme de la procédure préparatoire.

² Les fiancés peuvent se marier dans l'arrondissement de l'état civil de leur choix.

³ Il est interdit de célébrer un mariage religieux avant la célébration civile.

Art. 98 (105, 106)

B. Procédure préparatoire
I. Demande

¹ La demande en exécution de la procédure préparatoire est présentée par les fiancés auprès de l'office de l'état civil du domicile de l'un d'eux.

² Ils comparaissent personnellement. Si les fiancés démontrent que cela ne saurait manifestement pas être exigé d'eux, l'exécution de la procédure préparatoire est admise en la forme écrite.

³ Ils établissent leur identité au moyen de documents et déclarent personnellement auprès de l'office de l'état civil qu'ils remplissent les conditions du mariage; ils produisent les consentements nécessaires.

Art. 99 (107, 114, 1^{er} al.)

II. Exécution et clôture de la procédure préparatoire

¹ L'office de l'état civil examine si:

1. La demande a été déposée régulièrement;
2. L'identité des fiancés est établie et si
3. Les conditions du mariage sont remplies.

² Lorsque ces exigences sont remplies, il communique aux fiancés la clôture de la procédure préparatoire ainsi que les délais légaux pour la célébration du mariage.

³ Dans le cadre des prescriptions cantonales et d'entente avec les fiancés, il fixe le moment de la célébration du mariage ou, s'il en est requis, il délivre une autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement de l'état civil.

Art. 100 (112, 113, 2^e al., 114, 2^e al., 115)

III. Délais

¹ Le mariage peut être célébré au plus tôt dix jours et au plus tard trois mois après la communication de la clôture de la procédure préparatoire.

² Lorsque le respect du délai de dix jours risque d'empêcher la célébration du mariage parce que l'un des fiancés est en danger de mort, l'officier de l'état civil peut, sur présentation d'une attestation médicale, abréger le délai ou célébrer le mariage immédiatement.

Art. 101 (113, 116)

C. Célébration
du mariage
I. Lieu

¹ Le mariage est célébré dans la salle des mariages de l'arrondissement de l'état civil choisi par les fiancés.

² Si la procédure préparatoire a eu lieu dans un autre arrondissement de l'état civil, les fiancés doivent présenter une autorisation de célébrer le mariage.

³ Le mariage peut être célébré dans un autre lieu si les fiancés démontrent qu'on ne saurait manifestement pas exiger d'eux qu'ils se rendent à la salle des mariages.

Art. 102 (116, 1^{er} al., 117)

II. Forme

¹ Le mariage est célébré publiquement, en présence de deux témoins majeurs et capables de discernement.

² L'officier de l'état civil demande séparément à la fiancée et au fiancé s'ils veulent s'unir par les liens du mariage.

³ Lorsque les fiancés ont répondu par l'affirmative, ils sont déclarés unis par les liens du mariage, en vertu de leur consentement mutuel.

Art. 103 (119)

D. Dispositions
d'exécution

¹ Le Conseil fédéral et, dans le cadre de leur compétence, les cantons édictent les dispositions d'exécution nécessaires.

² Le Conseil fédéral peut prévoir des peines d'amende pour les cas de violation de l'interdiction de célébrer un mariage religieux avant la célébration civile.

Chapitre IV: De l'annulation du mariage

Art. 104 (131)

A. Principe

Le mariage célébré par un officier de l'état civil ne peut être annulé que pour l'un des motifs prévus dans le présent chapitre.

Art. 105 (120 et 122, 2^e et 3^e al.)

B. Causes
absolues
I. Cas

Le mariage doit être annulé:

1. Lorsqu'un des époux était déjà marié au moment de la célébration et que le précédent mariage n'a pas été dissous par le divorce ou par le décès de son conjoint;

2. Lorsqu'un des époux était incapable de discernement au moment de la célébration et qu'il n'a pas recouvré la capacité de discernement depuis lors;
3. Lorsque le mariage était prohibé en raison de la nature d'un lien de parenté ou d'alliance avec l'enfant du conjoint.

Art. 106 (121, 122, 1^{er} al. et 135)

II. Action

¹ L'action est intentée d'office par l'autorité cantonale compétente du domicile des époux; elle appartient également à tout intéressé.

² L'annulation d'un mariage déjà dissous ne se poursuit pas d'office; elle peut néanmoins être demandée par tout intéressé.

³ L'action peut être intentée en tout temps.

Art. 107 (123 à 126)

C. Causes relatives
I. Cas

Un époux peut demander l'annulation du mariage:

1. Lorsqu'il était incapable de discernement pour une cause passagère lors de la célébration;
2. Lorsqu'il a déclaré par erreur consentir à la célébration, soit qu'il n'ait pas voulu se marier, soit qu'il n'ait pas voulu épouser la personne qui est devenue son conjoint;
3. Lorsqu'il a contracté mariage sous l'empire d'une erreur relative à des qualités personnelles de son conjoint si essentielles que l'on ne saurait exiger qu'il vive en commun avec lui;
4. Lorsqu'il a contracté mariage en ayant été à dessein induit en erreur au sujet de qualités personnelles essentielles de son conjoint;
5. Lorsqu'il a contracté mariage sous la menace d'un danger grave et imminent pour sa vie, sa santé ou son honneur, ou ceux de l'un de ses proches.

Art. 108 (127 et 135)

II. Action

¹ Le demandeur doit intenter l'action dans le délai de six mois à compter du jour où il a découvert la cause d'annulation ou de celui où la menace a été écartée, mais en tout cas dans les cinq ans qui suivent la célébration du mariage.

² Les héritiers n'ont pas qualité pour agir; un héritier peut toutefois poursuivre la procédure déjà ouverte au moment du décès.

Art. 109 (132 à 134)

D. Effets du jugement

¹ L'annulation du mariage ne produit ses effets qu'après avoir été déclarée par le juge; jusqu'au jugement, le mariage a tous les effets

d'un mariage valable, sous réserve des droits successoraux, que le conjoint survivant perd dans tous les cas.

² Les dispositions relatives au divorce s'appliquent par analogie aux effets du jugement d'annulation en ce qui concerne les époux et les enfants.

Art. 110 (136)

E. Compétence
et procédure

Les dispositions qui régissent la compétence et la procédure en cas de divorce s'appliquent par analogie en matière d'annulation.

3. Le titre quatrième du code civil¹⁾ est modifié comme suit:

**Titre quatrième:
Du divorce et de la séparation de corps
Chapitre premier: Des conditions du divorce**

Art. 111

A. Divorce sur
requête
commune
I. Accord
complet

¹ Lorsque les époux demandent le divorce par une requête commune et produisent une convention complète sur les effets de leur divorce, accompagnée des documents nécessaires et de leurs conclusions communes relatives aux enfants, le juge les entend séparément et ensemble; il s'assure que c'est après mûre réflexion et de leur plein gré qu'ils ont déposé leur requête et conclu une convention susceptible d'être ratifiée.

² Lorsque, après l'expiration d'un délai de réflexion de deux mois à compter de la première audition, les époux confirment au cours d'une seconde audition personnelle leur volonté de divorcer et les termes de leur convention, le juge prononce le divorce et ratifie la convention; lorsque les parties n'ont conclu une convention complète sur les effets du divorce qu'après la première audition, le délai à observer pour la seconde audition court dès la production de la convention.

³ Le juge peut renoncer à la seconde audition lorsque, au moment du dépôt de la requête en divorce, les époux vivent séparés depuis au moins une année.

Art. 112

II. Accord
partiel

¹ Les époux peuvent demander le divorce par une requête commune et déclarer qu'ils confient au juge le soin de régler les effets du divorce sur lesquels subsiste un désaccord.

¹⁾ RS 210

² Ils sont entendus de la même manière qu'en cas d'accord complet en ce qui concerne leur requête, les effets du divorce sur lesquels ils sont parvenus à un accord et leur déclaration de confier au juge le soin de régler les autres effets.

³ Chaque époux dépose des conclusions concernant les effets du divorce sur lesquels subsiste un désaccord.

Art. 113

III. Remplacement par une demande unilatérale

Lorsque le juge décide que les conditions du divorce sur requête commune ne sont pas remplies, il impartit à chaque époux un délai pour remplacer la requête par une demande unilatérale.

Art. 114

B. Divorce sur demande unilatérale
I. Après suspension de la vie commune

Un époux peut demander le divorce lorsque, au début de la litispendance de la demande ou au jour du remplacement de la requête par une demande unilatérale, les conjoints ont vécu séparés pendant cinq ans au moins.

Art. 115 (142)

II. Rupture du lien conjugal

Un époux peut demander le divorce avant l'expiration du délai de cinq ans, lorsque des motifs sérieux qui ne lui sont pas imputables rendent la continuation du mariage insupportable.

Art. 116

III. Consentement au divorce, demande reconventionnelle

Lorsqu'un époux demande le divorce après suspension de la vie commune ou pour rupture du lien conjugal et que l'autre consent expressément au divorce ou dépose une demande reconventionnelle, les dispositions relatives au divorce sur requête commune sont applicables par analogie.

Chapitre II: De la séparation de corps

Art. 117 (143, 146, 1^{er} et 2^e al., 148, 3^e al.)

A. Conditions et procédure

¹ La séparation de corps peut être demandée par une requête commune des époux ou par une demande unilatérale de l'un d'eux.

² Elle est prononcée aux mêmes conditions et selon la même procédure que le divorce.

³ Le jugement prononçant la séparation de corps n'a pas d'incidences sur le droit de demander le divorce.

Art. 118 (155)

B. Effets de la
séparation

¹ La séparation de corps entraîne de plein droit la séparation de biens.

² Pour le surplus, les dispositions relatives aux mesures protectrices de l'union conjugale sont applicables par analogie.

Chapitre III: Des effets du divorce

Art. 119 (149)

A. Condition
des époux
divorcés

¹ L'époux qui a changé de nom conserve le nom de famille qu'il a acquis lors du mariage, à moins que, dans le délai d'une année à compter du jugement passé en force, il ne déclare à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire ou le nom qu'il portait avant le mariage.

² Le divorce n'a pas d'effet sur le droit de cité cantonal et communal.

Art. 120 (154)

B. Régime
matrimonial et
succession

¹ La liquidation du régime des époux est soumise aux dispositions sur le régime matrimonial.

² Les époux divorcés cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre et perdent tous les avantages résultant de dispositions pour cause de mort faites avant la litispendance de la procédure de divorce.

Art. 121

C. Logement de
la famille

¹ Lorsque la présence d'enfants ou d'autres motifs importants le justifient, le juge peut attribuer à l'un des époux les droits et les obligations qui résultent du contrat de bail portant sur le logement de la famille, pour autant que l'on puisse raisonnablement l'exiger de son conjoint.

² L'époux qui était locataire répond solidairement du loyer jusqu'à l'expiration de la durée du bail ou la résiliation de celui-ci selon le contrat ou la loi, mais dans tous les cas pour deux ans au plus; lorsque sa responsabilité a été engagée pour le paiement du loyer, il peut compenser le montant versé avec la contribution d'entretien due à son conjoint, par acomptes limités au montant du loyer mensuel.

³ Dans les mêmes conditions, le juge peut attribuer à l'un des époux un droit d'habitation de durée limitée sur le logement de la famille qui appartient à l'autre conjoint, contre une indemnité équitable ou contre compensation avec la contribution d'entretien. Lorsque des faits nouveaux importants l'exigent, le droit d'habitation est restreint ou supprimé.

Art. 122

D. Prévoyance professionnelle
I. Avant la survenance d'un cas de prévoyance
1. Partage des prestations de sortie

¹ Lorsque l'un ou les deux époux sont affiliés à une institution de prévoyance professionnelle et qu'aucun cas de prévoyance n'est survenu pour l'un ou pour l'autre, chaque époux a droit à la moitié de la prestation de sortie de son conjoint calculée pour la durée du mariage selon les dispositions de la loi du 17 décembre 1993¹⁾ sur le libre passage.

² Lorsque les conjoints ont des créances réciproques, seule la différence entre ces deux créances doit être partagée.

Art. 123

2. Renonciation et exclusion

¹ Un époux peut, par convention, renoncer en tout ou en partie à son droit, à condition que sa prévoyance vieillesse et invalidité soit garantie dans la même mesure d'une autre manière.

² Le juge peut refuser le partage, en tout ou en partie, lorsque celui-ci s'avère manifestement inéquitable pour des motifs tenant à la liquidation du régime matrimonial ou à la situation économique des époux après le divorce.

Art. 124 (151, 1^{er} al.)

II. Après la survenance d'un cas de prévoyance ou en cas d'impossibilité du partage

¹ Une indemnité équitable est due lorsqu'un cas de prévoyance est déjà survenu pour l'un des époux ou pour les deux ou que les prétentions en matière de prévoyance professionnelle acquises durant le mariage ne sont pas partagées pour d'autres motifs.

² Le juge peut astreindre le débiteur à fournir des sûretés si les circonstances le justifient.

Art. 125 (151 et 152)

E. Entretien après le divorce
I. Conditions

¹ Si l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, son conjoint lui doit une contribution équitable.

² Pour décider de l'allocation d'une contribution d'entretien et pour en fixer, le cas échéant, le montant et la durée, le juge retient en particulier les éléments suivants:

1. La répartition des tâches pendant le mariage;
2. La durée du mariage;
3. Le niveau de vie des époux pendant le mariage;
4. L'âge et l'état de santé des époux;

¹⁾ RS 831.42

5. Les revenus et la fortune des époux;
6. L'étendue et la durée de la prise en charge des enfants qui doit encore être assurée;
7. La formation professionnelle et les perspectives de gain des époux, ainsi que le coût probable de l'insertion professionnelle du bénéficiaire de l'entretien;
8. Les expectatives de l'assurance-vieillesse et survivants et de la prévoyance professionnelle ou d'autres formes de prévoyance privée ou publique, y compris le résultat prévisible du partage des prestations de sortie.

³ L'allocation d'une contribution peut exceptionnellement être refusée en tout ou en partie, lorsqu'elle s'avère manifestement inéquitable, parce que le créancier:

1. A gravement violé son obligation d'entretien de la famille;
2. A délibérément provoqué la situation de nécessité dans laquelle il se trouve;
3. A commis une infraction pénale grave contre le débiteur ou un de ses proches.

Art. 126

II. Mode de règlement

¹ Le juge alloue la contribution d'entretien sous la forme d'une rente et fixe le moment à partir duquel elle est due.

² Lorsque des circonstances particulières le justifient, il peut imposer un règlement définitif en capital plutôt qu'une rente.

³ Il peut subordonner l'obligation de contribuer à l'entretien à certaines conditions.

Art. 127

III. Rente
1. Dispositions spéciales

Par convention, les époux peuvent exclure complètement ou partiellement la modification ultérieure d'une rente fixée d'un commun accord.

Art. 128

2. Indexation

Le juge peut décider que la contribution d'entretien sera augmentée ou réduite d'office en fonction de variations déterminées du coût de la vie.

Art. 129 (153, 2^e al.)

3. Modification par le juge

¹ Si la situation change notablement et durablement, la rente peut être diminuée, supprimée ou suspendue pour une durée déterminée; une amélioration de la situation du créancier n'est prise en

compte que si une rente suffisant à assurer son entretien convenable a pu être fixée dans le jugement de divorce.

² Le créancier peut prétendre à une adaptation de la rente au renchérissement pour l'avenir, lorsque les revenus du débiteur ont augmenté de manière imprévue du fait du renchérissement.

³ Dans un délai de cinq ans à compter du divorce, le créancier peut prétendre à l'allocation d'une rente ou à son augmentation lorsqu'il n'a pas été possible de fixer dans le jugement de divorce une rente suffisant à assurer l'entretien convenable du créancier, mais que la situation du débiteur s'est améliorée depuis lors.

Art. 130 (153, 1^{er} al.)

4. Extinction de
par la loi

¹ L'obligation d'entretien s'éteint au décès du débiteur ou du créancier.

² Elle s'éteint également au remariage du créancier; toutefois, lorsque celui-ci en fait la demande dans les six mois et que l'équité ne s'y oppose pas, le juge peut décider le maintien total ou partiel de la rente qui a été allouée à l'époux en vue de son insertion professionnelle ou en raison de la prise en charge des enfants.

Art. 131

IV. Exécution
1. Aide au
recouvrement
et avances

¹ Lorsque le débiteur néglige son obligation d'entretien, l'autorité tutélaire ou un autre office désigné par le droit cantonal aide de manière adéquate, et en règle générale gratuitement, le créancier qui le demande à obtenir le versement de la contribution d'entretien.

² Le droit public règle le versement d'avances lorsque le débiteur ne satisfait pas à son obligation d'entretien.

³ La prétention à la contribution d'entretien passe avec tous les droits qui lui sont rattachés à la collectivité publique lorsque celle-ci assume l'entretien du créancier.

Art. 132

2. Avis aux
débiteurs et
sûretés

¹ Lorsque le débiteur ne satisfait pas à son obligation d'entretien, le juge peut prescrire aux débiteurs de celui-ci d'opérer tout ou partie de leurs paiements entre les mains du créancier.

² Lorsque le débiteur persiste à négliger son obligation d'entretien ou qu'il y a lieu d'admettre qu'il se prépare à fuir, qu'il dilapide sa fortune ou la fait disparaître, le juge peut l'astreindre à fournir des sûretés appropriées pour les contributions d'entretien futures.

F. Sort des
enfants
I. Droits et
devoirs des
père et mère

Art. 133 (156)

¹ Le juge attribue l'autorité parentale à l'un des parents et fixe, d'après les dispositions régissant les effets de la filiation, les relations personnelles ainsi que la contribution d'entretien due par l'autre. La contribution d'entretien peut être fixée pour une période allant au-delà de l'accès à la majorité.

² Lorsqu'il attribue l'autorité parentale et règle les relations personnelles, le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant; il prend en considération une requête commune des parents et, autant que possible, l'avis de l'enfant.

³ Sur requête conjointe des père et mère, le juge maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et que les parents soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci.

II. Faits
nouveaux

Art. 134 (157)

¹ A la requête du père ou de la mère, de l'enfant ou de l'autorité tutélaire, le juge modifie l'attribution de l'autorité parentale lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant et que les père et mère sont en désaccord à ce sujet; en cas d'accord entre les père et mère, l'autorité tutélaire est compétente.

² La modification de la contribution d'entretien est régie par les dispositions relatives à l'obligation d'entretien des père et mère.

³ Lorsqu'il statue sur l'autorité parentale ou la contribution d'entretien d'un enfant mineur, le juge modifie, au besoin, également la façon dont les relations personnelles ont été réglées; l'autorité tutélaire est compétente dans les autres cas.

Chapitre IV: De la procédure de divorce

A. For et
compétence

Art. 135 (144)

¹ Le juge du domicile de l'un des époux est compétent pour prononcer et modifier le jugement de divorce, ainsi que pour décider du maintien de la rente d'entretien en cas de remariage du créancier, pour prescrire aux débiteurs le paiement entre les mains du créancier de la contribution d'entretien et pour astreindre le débiteur de cette contribution à fournir des sûretés.

² En cas de demande de modification de la contribution d'entretien pour un enfant majeur, la compétence est régie par les dispositions relatives à l'obligation d'entretien des père et mère.

Art. 136

B. Litispendance

¹ La requête commune tendant au divorce est portée directement devant le juge, sans être précédée d'une procédure de conciliation.

² La demande d'un époux tendant au divorce ou à la modification du jugement de divorce est pendante à compter de l'ouverture de l'action.

Art. 137 (145)

C. Mesures provisoires pendant la procédure de divorce

¹ Chacun des époux a le droit, dès le début de la litispendance, de cesser la vie commune pendant la durée du procès.

² Il peut demander au juge d'ordonner les mesures provisoires nécessaires. Des mesures provisoires peuvent également être ordonnées après la dissolution du mariage lorsque la procédure relative aux effets du divorce n'est pas close. Les dispositions régissant la protection de l'union conjugale sont applicables par analogie.

Art. 138

D. Conclusions nouvelles

¹ Des faits et moyens de preuve nouveaux peuvent être invoqués devant l'instance cantonale supérieure; des conclusions nouvelles sont admises pour autant qu'elles soient fondées sur des faits ou des moyens de preuve nouveaux.

² Le demandeur peut en tout temps conclure à la séparation de corps en lieu et place du divorce.

Art. 139 (158, ch. 1 à 4)

E. Etablissement des faits

¹ Le juge apprécie librement les preuves.

² Il ne peut retenir comme établis les faits à l'appui d'une demande en divorce que s'il est convaincu de leur existence.

³ Les personnes qui sont intervenues pour les conjoints en qualité de conseillers conjugaux ou familiaux ou de médiateurs en matière de divorce n'ont pas qualité de témoins ou de personnes appelées à fournir des renseignements.

Art. 140 (158, ch. 5)

F. Ratification de la convention

¹ La convention sur les effets du divorce n'est valable qu'après sa ratification par le juge. Elle figure dans le dispositif du jugement.

² Avant de ratifier la convention, le juge s'assure que les époux l'ont conclue après mûre réflexion et de leur plein gré, qu'elle est claire et complète, et qu'elle n'est pas manifestement inadéquate.

Art. 141

G. Prévoyance professionnelle; partage des prestations de sortie
I. Accord

¹ Lorsque les conjoints sont parvenus à un accord quant au partage des prestations de sortie et aux modalités de son exécution et qu'ils produisent une attestation des institutions de prévoyance professionnelle concernées confirmant le caractère réalisable de cet accord et le montant des avoirs déterminants pour le calcul des prestations de sortie à partager, la convention oblige également les institutions de prévoyance professionnelle après sa ratification par le juge.

² Le juge communique aux institutions de prévoyance professionnelle les dispositions du jugement entré en force qui les concernent, y compris les indications nécessaires au transfert du montant prévu.

Art. 142

II. Absence d'accord

¹ En l'absence d'accord, le juge fixe les proportions dans lesquelles les prestations de sortie doivent être partagées.

² Aussitôt après l'entrée en force de la décision relative aux proportions dans lesquelles le partage doit être opéré, le juge transfère d'office l'affaire au juge compétent selon la loi du 17 décembre 1993¹⁾ sur le libre passage.

³ Il doit en particulier lui communiquer:

1. La décision relative aux proportions dans lesquelles le partage doit être opéré;
2. La date du mariage et celle du divorce;
3. Les institutions de prévoyance professionnelle auprès desquelles les conjoints ont probablement des avoirs;
4. Le montant des avoirs des époux déclarés par ces institutions.

Art. 143

H. Contributions d'entretien

La convention ou le jugement qui fixe des contributions d'entretien doit indiquer:

1. Quels éléments du revenu et de la fortune de chaque époux ont été pris en compte pour le calcul;
2. Quel montant est attribué au conjoint et à chaque enfant;
3. Le cas échéant, dans quelle mesure la rente allouée est inférieure au montant nécessaire à assurer l'entretien convenable du créancier;
4. Si et dans quelle mesure la rente a été allouée en vue de l'insertion professionnelle ou en raison de la prise en charge des enfants;
5. Si et dans quelle mesure la rente doit être adaptée aux variations du coût de la vie.

¹⁾ RS 831.42

Art. 144 (156)

J. Enfants
I. Audition

¹ Le juge entend les père et mère personnellement pour régler le sort des enfants.

² Il entend aussi les enfants personnellement et de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition ou n'exigent pas qu'elle soit menée par un tiers.

Art. 145 (nouveau)

II. Appréciation
des cir-
constances

¹ Le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves.

² Au besoin, il fait appel à des experts.

³ Le Conseil fédéral peut édicter des dispositions relatives à la collecte des données par des experts, à l'accès aux dossiers et à la protection des personnes appelées à fournir des renseignements.

Art. 146 (nouveau)

III. Collabora-
tion des
services chargés
de l'aide à la
jeunesse

Le juge demande à l'autorité tutélaire ou à un autre service chargé de l'aide à la jeunesse désigné par le droit cantonal s'ils ont connaissance de faits qui peuvent être importants pour régler le sort des enfants.

Art. 147 (nouveau)

IV. Représenta-
tion de l'enfant
1. Conditions

Le juge ordonne que l'enfant soit représenté par un curateur dans la procédure:

1. Lorsque les père et mère déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou à des questions importantes concernant les relations personnelles;
2. Lorsque l'enfant capable de discernement le requiert;
3. Lorsque l'autorité tutélaire le requiert et que des motifs importants le justifient;
4. Lorsque l'audition des père et mère ou de l'enfant, ou d'autres raisons, font sérieusement douter du bien-fondé des conclusions communes des père et mère relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou à la façon dont les relations personnelles sont réglées ou qu'elles justifient que la nécessité de prononcer une mesure de protection de l'enfant soit examinée.

Art. 148 (nouveau)

2. Désignation
et attributions

¹ L'autorité tutélaire désigne comme curateur une personne disposant d'expérience en matière d'assistance et dans le domaine juridique.

² Le curateur peut déposer des conclusions dans la procédure et interjeter recours contre les décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale, à des questions essentielles concernant les relations personnelles ou aux mesures de protection de l'enfant.

³ Les frais de procédure et les dépens ne doivent pas être mis à la charge de l'enfant.

Art. 149

K. Recours et
révision
I. En général

¹ Le dépôt d'un recours ne suspend l'entrée en force du jugement que dans la mesure des conclusions prises; toutefois, si le recours porte sur la contribution d'entretien allouée au conjoint, les contributions à l'entretien des enfants peuvent aussi faire l'objet d'un nouveau jugement.

² La convention sur les effets patrimoniaux du divorce entrée en force peut faire l'objet d'une demande en révision pour vices du consentement.

Art. 150

II. En cas de
divorce sur
requête
commune

¹ Le jugement de divorce sur requête commune ne peut faire l'objet d'un recours ordinaire dirigé contre le prononcé du divorce que pour vices du consentement ou violation de prescriptions fédérales de procédure relatives au divorce sur requête commune.

² Un époux ne peut pas remettre en cause le prononcé du divorce du seul fait que l'autre a interjeté recours contre les effets du divorce réglés par convention.

Art. 151

L. Droit
cantonal
I. Médiation en
matière de
divorce

Les cantons veillent à ce que les époux puissent s'adresser à des personnes qualifiées en matière de médiation, qui les aident à s'entendre sur leur divorce et ses effets.

Art. 152

II. Tribunaux
de la famille

Les cantons peuvent confier les procès en divorce et d'autres affaires relevant du droit de la famille à des juges spécialisés.

Art. 153 à 158

Abrogés

4. Les dispositions ci-après du code civil¹⁾ sont modifiées comme suit:

Art. 38, 3^e al.

³ Lorsqu'une personne est déclarée absente, son mariage n'est dissous que lorsque son conjoint fait une déclaration dans ce sens à l'officier de l'état civil.

Art. 179

6. Faits
nouveaux

¹ A la requête d'un époux, le juge ordonne les modifications commandées par les faits nouveaux et rapporte les mesures prises lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus; en ce qui concerne les relations personnelles et les mesures de protection de l'enfant, la compétence des autorités de tutelle est réservée.

² Lorsque les époux reprennent la vie commune, les mesures ordonnées en vue de la vie séparée sont caduques, à l'exception de la séparation de biens et des mesures de protection de l'enfant.

Art. 264a, 3^e al.

³ Un époux peut adopter l'enfant de son conjoint s'il est marié avec ce dernier depuis cinq ans.

Art. 273

D. Relations
personnelles
I. Père, mère et
enfant
1. Principe

¹ Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances.

² Lorsque l'exercice de ce droit ou le défaut d'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant, ou que d'autres motifs l'exigent, l'autorité tutélaire peut rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs et leur donner des instructions.

³ Le père ou la mère peut exiger que son droit d'entretenir des relations personnelles soit réglé.

Art. 274, 1^{er} al.

Ne concerne que le texte allemand.

Art. 275

III. For et
compétence

¹ L'autorité tutélaire du domicile de l'enfant est compétente pour prendre les mesures nécessaires concernant les relations personnelles; la même compétence appartient en outre à l'autorité tutélaire du lieu de séjour de l'enfant si celle-ci a pris des mesures de protection en sa faveur ou qu'elle se prépare à en prendre.

² Le juge est compétent pour régler les relations personnelles lorsqu'il attribue l'autorité parentale ou la garde selon les dispositions régissant le divorce et la protection de l'union conjugale, ou qu'il modifie cette attribution ou la contribution d'entretien.

³ Si des mesures concernant le droit du père et de la mère n'ont pas encore été prises, les relations personnelles ne peuvent être entretenues contre la volonté de la personne qui a l'autorité parentale ou à qui la garde de l'enfant est confiée.

Art. 275a (nouveau)

E. Information
et renseigne-
ments

¹ Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale sera informé des événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant et entendu avant la prise de décisions importantes pour le développement de celui-ci.

² Il peut, tout comme le détenteur de l'autorité parentale, recueillir auprès de tiers qui participent à la prise en charge de l'enfant, notamment auprès de ses enseignants ou de son médecin, des renseignements sur son état et son développement.

³ Les dispositions régissant les limites du droit aux relations personnelles et la compétence en la matière s'appliquent par analogie.

Art. 285, 1^{er} al.

¹ La contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère; il est tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant ainsi que de la participation de celui des parents qui n'a pas la garde de l'enfant à la prise en charge de ce dernier.

Art. 286, 3^e al. (nouveau)

³ Le juge peut contraindre les parents à verser une contribution spéciale lorsque des besoins extraordinaires imprévus de l'enfant le requièrent.

Art. 289, 1^{er} al.

¹ Les contributions d'entretien sont dues à l'enfant et sont versées durant sa minorité à son représentant légal ou au parent qui en assume la garde.

Titre précédant l'article 296

Ne concerne que le texte allemand.

Art. 296

Ne concerne que le texte allemand.

Art. 297

II. Parents mariés

¹ *Ne concerne que le texte allemand.*

² *Ne concerne que le texte allemand.*

³ A la mort de l'un des époux, l'autorité parentale appartient au survivant; en cas de divorce, le juge l'attribue selon les dispositions applicables en la matière.

Art. 298

III. Parents non mariés
1. En général

Ne concerne que le texte allemand.

Art. 298a (nouveau)

2. Autorité parentale conjointe

¹ Sur requête conjointe des père et mère, l'autorité tutélaire attribue l'autorité parentale conjointement aux deux parents, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et qu'ils soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci.

² A la requête du père ou de la mère, de l'enfant ou de l'autorité tutélaire, l'autorité tutélaire de surveillance modifie l'attribution de l'autorité parentale lorsque des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant.

Art. 304, 1^{er} et 2^e al.

¹ *Ne concerne que le texte allemand.*

² Lorsque les père et mère sont tous deux détenteurs de l'autorité parentale, les tiers de bonne foi peuvent présumer que chaque parent agit avec le consentement de l'autre.

Art. 306, 1^{er} al.

Ne concerne que le texte allemand.

Art. 314, ch. 1

La procédure est réglée par la législation cantonale sous réserve des prescriptions suivantes:

1. Avant d'ordonner une mesure de protection de l'enfant, l'autorité entend l'enfant personnellement et de manière appropriée, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition ou n'exigent pas qu'elle soit menée par un tiers.

Art. 315, titre marginal

VII. For et
compétence
1. En général

Art. 315a

2. Dans une
procédure
matrimoniale
a. Compétence
du juge

¹ Le juge chargé de régler, selon les dispositions régissant le divorce ou la protection de l'union conjugale, les relations des père et mère avec l'enfant prend également les mesures nécessaires à la protection de ce dernier et charge les autorités de tutelle de leur exécution.

² Le juge peut aussi adapter, en fonction des circonstances, les mesures de protection de l'enfant qui ont déjà été prises.

³ Les autorités de tutelle demeurent toutefois compétentes pour:

1. Poursuivre une procédure de protection de l'enfant introduite avant la procédure judiciaire;
2. Prendre les mesures immédiatement nécessaires à la protection de l'enfant lorsqu'il est probable que le juge ne pourra pas les prendre à temps.

Art. 315b (nouveau)

b. Modification
des mesures
judiciaires

¹ Le juge est compétent pour modifier les mesures judiciaires relatives à l'attribution et à la protection des enfants:

1. Pendant la procédure de divorce;
2. Dans la procédure en modification du jugement de divorce, selon les dispositions régissant le divorce;
3. Dans la procédure en modification des mesures protectrices de l'union conjugale; les dispositions qui régissent le divorce s'appliquent par analogie.

² Dans les autres cas, les autorités de tutelle sont compétentes.

Art. 326

Ne concerne que le texte allemand.

Art. 328

A. Débiteurs

¹ Chacun est tenu de fournir des aliments à ses parents en ligne directe ascendante et descendante, lorsque, à défaut de cette assistance, ils tomberaient dans le besoin.

² L'obligation d'entretien des père et mère et du conjoint est réservée.

Art. 349 à 358

Abrogés

Art. 382, 1^{er} al.

¹ Les parents du mineur ou de l'interdit, son conjoint, ainsi que toutes autres personnes habitant l'arrondissement tutélaire sont tenus d'accepter les fonctions de tuteur.

Art. 477, ch. 1

L'héritier réservataire peut être déshérité par disposition pour cause de mort:

1. Lorsqu'il a commis une infraction pénale grave contre le défunt ou l'un de ses proches;

Art. 957, titre marginal, 1^{er} et 2^e al.

Les 1^{er} et 2^e alinéas ne concernent que le texte allemand.

3. Mesures disciplinaires

Art. 960, 1^{er} al., ch. 3

¹ Les restrictions apportées au droit d'aliéner certains immeubles peuvent être annotées, lorsqu'elles résultent:

3. D'actes juridiques dont la loi autorise l'annotation, tels que la substitution fidéicommissaire.

Titre du titre final

Titre final:

De l'entrée en vigueur et de l'application du code civil

Chapitre premier:

De l'application du droit ancien et du droit nouveau

Art. 6a (nouveau)

IIa. Contribu-
tions de la
Confédération
aux frais de
formation en
matière d'état
civil

Dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale du . . .¹⁾, la Confédération peut allouer des aides financières pour la formation et le perfectionnement des personnes qui travaillent dans le domaine de l'état civil pendant cinq ans.

Art. 6b (7)

Article 7 actuel

Art. 7 (8, 1^{er} et 3^e al.)

C. Droit de la
famille
I. Mariage

¹ Le mariage est régi par le nouveau droit, dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale du . . .¹⁾.

² Dès l'entrée en vigueur du nouveau droit, les mariages qui ne sont pas valables selon l'ancien droit ne peuvent être annulés qu'en vertu du nouveau droit, le temps qui s'est écoulé avant cette date étant pris en compte pour le calcul des délais.

Art. 7a (8, 1^{er} et 2^e al.)

I.^{bis} Divorce
1. Principe

¹ Le divorce est régi par le nouveau droit, dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale du . . .¹⁾.

² La loi ne rétroagit pas à l'égard des mariages valablement dissous en conformité avec l'ancien droit; les nouvelles dispositions sur l'exécution sont applicables aux rentes ou aux indemnités en capital fixées pour couvrir la perte du droit à l'entretien ou à titre d'assistance.

³ La modification du jugement de divorce est régie par l'ancien droit, sous réserve des dispositions relatives aux enfants et à la procédure.

¹⁾ RS 210; RO . . .

2. Procès en divorce pendants

Art. 7b

¹ Les procès en divorce pendants dont une instance cantonale doit connaître sont soumis au nouveau droit dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale du ...¹⁾.

² Les parties peuvent prendre de nouvelles conclusions sur les questions touchées par la modification du droit applicable; les points du jugement qui ne font pas l'objet d'un recours sont définitifs, pour autant qu'ils n'aient pas de lien matériel si étroit avec des questions encore ouvertes qu'ils justifient une appréciation globale.

³ Le Tribunal fédéral applique l'ancien droit, lorsque la décision attaquée a été prononcée avant l'entrée en vigueur de la loi fédérale du ...; il en va de même en cas de renvoi à l'autorité cantonale.

Art. 8 (8, 1^{er} al.)

1.^{er} Effets généraux du mariage
1. Principe

Les effets généraux du mariage sont régis par le nouveau droit, dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 5 octobre 1984.

Remplacement d'expressions

Ne concerne que l'allemand.

II

Modification d'autres actes législatifs

1. La loi fédérale d'organisation judiciaire²⁾ est modifiée comme suit:

Art. 44, let. b, b^{bis} et d à f

Le recours en réforme est recevable dans les contestations civiles portant sur un droit de nature non pécuniaire, ainsi que dans les cas suivants:

- b. Refus du représentant légal de consentir au mariage de l'interdit (art. 94 CC³⁾;
- b^{bis}. Prononcé ou refus du divorce sur requête commune (art. 111, 112 et 150 CC);

¹⁾ RS 210; RO ...

²⁾ RS 173.110

³⁾ RS 210

- d. Réglementation du droit d'entretenir des relations personnelles (art. 273, 3^e al., 274, 2^e al., 274a et 275, 1^{er} et 2^e al. CC), institution ou suppression d'une curatelle, retrait ou rétablissement du droit de garde ou de l'autorité parentale (art. 298a, 308 à 311, 314a, 315, 315a et 325 CC);
- e. Interdiction et institution d'une curatelle (art. 369 à 372, 392 à 395 CC) et suppression de cette mesure;
- f. Privation de liberté à des fins d'assistance (art. 397a à 397f, 405a et 406, 2^e al., CC).

2. Le code des obligations¹⁾ est modifié comme suit:

Art. 134, 1^{er} al., ch. 1

¹ La prescription ne court point et, si elle avait commencé à courir, elle est suspendue:

- 1. A l'égard des créances des enfants contre leurs père et mère, tant que dure l'autorité parentale;

Art. 249, ch. 1

Le donateur peut révoquer les dons manuels et les promesses de donner qu'il a exécutées et actionner en restitution jusqu'à concurrence de l'enrichissement actuel de l'autre partie:

- 1. Lorsque le donataire a commis une infraction pénale grave contre le donateur ou l'un de ses proches;

Art. 331e, 6^e al.

⁶ Lorsque les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage et est partagé conformément aux articles 122, 123 et 141 du code civil²⁾ et à l'article 22 de la loi du 17 décembre 1993³⁾ sur le libre passage.

Chapitre premier^{bis}:

Du mandat en mariage ou en partenariat (nouveau)

Art. 406a

A. Définition et droit applicable

¹ Le mandat en mariage ou en partenariat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige envers le mandant, moyennant rémunération, à lui présenter des personnes en vue de la conclusion d'un mariage ou de l'établissement d'un partenariat stable.

¹⁾ RS 220

²⁾ RS 210

³⁾ RS 831.42

² Les règles du mandat proprement dit sont applicables à titre supplétif au mandat en mariage ou en partenariat.

Art. 406b

B. Forme et contenu du contrat

Le contrat n'est valable que s'il est établi en la forme écrite et contient les indications suivantes:

1. Le nom et le domicile des parties;
2. Le nombre et la nature des prestations que le mandataire s'engage à fournir, ainsi que le montant de la rémunération et des frais correspondant à chaque prestation, notamment les frais d'inscription;
3. Les modalités de paiement;
4. Le droit du mandant de se départir du contrat, par écrit et sans dédit, dans les sept jours qui suivent sa conclusion;
5. L'interdiction pour le mandataire d'accepter un paiement avant l'échéance du délai de sept jours;
6. Le droit du mandant de révoquer par écrit le contrat en tout temps, mais à charge pour lui, s'il le fait en temps inopportun, d'indemniser le mandataire du dommage qu'il lui cause, à l'exclusion de toute autre indemnité.

Art. 406c

C. Entrée en vigueur, résolution du contrat

¹ Le contrat n'entre en vigueur pour le mandant que sept jours après la remise en ses mains d'une copie signée par les parties. Dans ce délai, le mandant peut déclarer par écrit au mandataire qu'il se départ du contrat. La renonciation anticipée à ce droit est nulle. Le délai est observé si la déclaration de résolution est remise à la poste le septième jour.

² Le mandataire ne peut accepter aucun paiement du mandant avant l'échéance du délai de sept jours.

³ Si le mandant se départ du contrat, aucun dédit ne peut lui être réclamé.

Art. 406d

D. Déclaration de résolution et résiliation

La déclaration de résolution et la résiliation du contrat doivent être faites par écrit.

Art. 406e

E. Information et protection des données

¹ Le mandataire informe le mandant, avant la signature du contrat et pendant son exécution, des difficultés particulières qu'il pourrait rencontrer dans l'accomplissement du mandat au regard de la personne du mandant.

² Lors du traitement de données personnelles concernant le mandant, le mandataire est tenu à un devoir de discrétion dans les limites de la convention; sont réservées les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992¹⁾ sur la protection des données.

Art. 406f

F. Rémunération et frais excessifs

Lorsqu'une rémunération ou des frais excessifs ont été stipulés, le mandant peut demander au juge de les réduire équitablement.

Art. 416

Abrogé

3. La loi fédérale du 18 décembre 1987²⁾ sur le droit international privé (LDIP) est modifiée comme suit:

Art. 45, 2^e al.

² Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluider les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse.

4. La loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS)³⁾ dans la version du 7 octobre 1994⁴⁾ est modifiée comme suit:

Art. 29^{sexies}, 1^{er} al.

¹ Les assurés peuvent prétendre à une bonification pour tâches éducatives pour les années durant lesquelles ils exercent l'autorité parentale sur un ou plusieurs enfants âgés de moins de 16 ans. Les conjoints et les parents ne peuvent toutefois pas prétendre à deux bonifications cumulativement. Le Conseil fédéral règle les détails, en particulier l'attribution de la bonification pour tâches éducatives lorsque:

- a. *Ne concerne que le texte allemand.*
- b. *Inchangé*
- c. *Inchangé*
- d. Des parents divorcés ou non mariés exercent l'autorité parentale en commun.

¹⁾ RS 235.1

²⁾ RS 291

³⁾ RS 831.10

⁴⁾ RS 831.10; RO ...

5. La loi fédérale du 25 juin 1982¹⁾ sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité (LPP) est modifiée comme suit:

Art. 30c, 6^e al.

⁶ Lorsque les époux divorcent avant la survenance d'un cas de prévoyance, le versement anticipé est considéré comme une prestation de libre passage et est partagé conformément aux articles 122, 123 et 141 du code civil²⁾ et à l'article 22 de la loi du 17 décembre 1993³⁾ sur le libre passage.

6. La loi du 17 décembre 1993³⁾ sur le libre passage est modifiée comme suit:

Art. 22 Divorce
a. Principe

¹ En cas de divorce, les prestations de sortie acquises durant le mariage sont partagées conformément aux articles 122, 123, 141 et 142 du code civil²⁾; les articles 3 à 5 s'appliquent par analogie au montant à transférer.

² Pour chaque conjoint, la prestation de sortie à partager correspond à la différence entre la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment du divorce, et la prestation de sortie, augmentée des avoirs de libre passage existant éventuellement au moment de la conclusion du mariage (cf. art. 24). Pour ce calcul, on ajoute à la prestation de sortie et à l'avoir de libre passage existant au moment de la conclusion du mariage les intérêts dus au moment du divorce. Les paiements en espèces effectués durant le mariage ne sont pas pris en compte.

³ Les parties d'un versement unique financé durant le mariage par l'un des conjoints avec des biens qui, dans le régime matrimonial de la participation aux acquêts, entreraient de par la loi dans les biens propres (art. 198 CC) doivent être déduits, y compris les intérêts, de la prestation de sortie à partager.

Art. 22a b. Mariage antérieur au 1^{er} janvier 1995

¹ En cas de mariage antérieur au 1^{er} janvier 1995, la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage est calculée sur la base d'un tableau établi par le Département fédéral de l'intérieur. Lorsqu'un conjoint n'a jamais changé d'institution de prévoyance entre la date de son mariage et le 1^{er} janvier 1995 et que le montant de sa prestation de sortie au moment du mariage, calculé selon le nouveau droit, est établi, ce montant est toutefois déterminant pour le calcul prévu à l'article 22, 2^e alinéa.

² Pour le calcul, à l'aide du tableau, de la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage, les valeurs suivantes sont retenues:

¹⁾ RS 831.40

²⁾ RS 210

³⁾ RS 831.42

- a. La date et le montant de la première prestation de sortie communiquée d'office conformément à l'article 24; lorsqu'une prestation de sortie est échue entre le moment de la conclusion du mariage et celui de la communication de la prestation de sortie, le montant de la prestation échue et la date de son échéance sont déterminants pour le calcul;
- b. La date et le montant de la dernière prestation d'entrée fournie pour un nouveau rapport de prévoyance et connue avant la conclusion du mariage; lorsqu'aucune prestation d'entrée de cette nature n'est connue, la date du début du rapport de prévoyance et la valeur 0.

La valeur obtenue selon la lettre b, avec les versements uniques payés éventuellement dans l'intervalle, y compris les intérêts jusqu'à la date prévue selon la lettre a, sont déduits de la valeur obtenue selon la lettre a. Le tableau indique quelle partie du montant calculé est considérée comme la prestation de sortie existant au moment de la conclusion du mariage. La prestation d'entrée prévue à la lettre b et déduite, ainsi que les versements uniques qui ont été payés avant la conclusion du mariage, y compris les intérêts jusqu'à cette date, doivent être ajoutés au montant obtenu à l'aide du tableau.

³ Le tableau tient compte de la durée de cotisation entre la date du versement de la prestation d'entrée prévue au 2^e alinéa, lettre b, et celle du versement de la prestation de sortie prévue au 2^e alinéa, lettre a, ainsi que de la période durant laquelle les époux ont été mariés tout en cotisant.

⁴ Les 1^{er} et 2^e alinéas s'appliquent par analogie aux avoirs de libre passage acquis avant le 1^{er} janvier 1995.

Art. 22b c. Indemnisation

¹ Lorsqu'une indemnité équitable est versée à l'un des époux conformément à l'article 124 du code civil¹⁾, le jugement de divorce peut prescrire qu'une partie de la prestation de sortie sera imputée sur l'indemnité équitable.

² Le juge notifie d'office à l'institution de prévoyance le montant à transférer et lui fournit les indications nécessaires au maintien de la prévoyance; pour le transfert, les articles 3 à 5 sont applicables par analogie.

Art. 22c d. Rachat

En cas de divorce, l'institution de prévoyance doit accorder au conjoint débiteur la possibilité de racheter la prestation de sortie transférée. Les dispositions sur l'entrée dans une nouvelle institution de prévoyance sont applicables.

¹⁾ RS 210

Section 6: Information de l'assuré et documentation en vue d'un divorce

Art. 24, 2^e et 3^e al. (nouveau)

² L'institution de prévoyance doit renseigner l'assuré qui se marie sur sa prestation de libre passage à la date de la conclusion du mariage. L'institution de prévoyance est tenue de conserver cette donnée et de la transmettre à la nouvelle institution de prévoyance ou à une éventuelle institution de libre passage en cas de sortie de l'assuré.

³ En cas de divorce, l'institution de prévoyance est tenue de renseigner, sur demande, l'assuré ou le juge du divorce sur les montants des avoirs déterminants pour le calcul de la prestation de sortie à partager.

Art. 25, titre médian

Application de la LPP

Art. 25a (nouveau) Procédure en cas de divorce

¹ En cas de désaccord des conjoints sur la prestation de sortie à partager en cas de divorce (art. 122 et 123 CC¹⁾), le juge du lieu du divorce compétent au sens de l'article 73, 1^{er} alinéa, de la loi fédérale du 25 juin 1982²⁾ sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité doit, après que l'affaire lui a été transmise (art. 142 CC), exécuter d'office le partage sur la base de la clé de répartition déterminée par le juge du divorce.

² Les conjoints et les institutions de prévoyance professionnelle ont qualité de parties dans cette procédure. Le juge leur impartit un délai raisonnable pour déposer leurs conclusions.

Art. 26, 3^e al. (nouveau)

³ Le Conseil fédéral fixe le taux d'intérêt applicable aux prestations de sortie et de libre passage acquises au moment de la conclusion du mariage et aux versements uniques qui doivent porter intérêt conformément à l'article 22.

III

Droit transitoire, référendum et entrée en vigueur

¹ Dans la mesure où la présente loi fédérale modifie d'autres lois que le code civil, les dispositions transitoires desdites lois sont applicables.

² La présente loi est sujette au référendum facultatif.

³ Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.

N38047

¹⁾ RS 210

²⁾ RS 831.40

Message concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 15 novembre 1995

In	Bundesblatt
Dans	Feuille fédérale
In	Foglio federale
Jahr	1996
Année	
Anno	
Band	1
Volume	
Volume	
Heft	01
Cahier	
Numero	
Geschäftsnummer	95.079
Numéro d'affaire	
Numero dell'oggetto	
Datum	09.01.1996
Date	
Data	
Seite	1-231
Page	
Pagina	
Ref. No	10 108 467

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv digitalisiert.

Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses.

Il documento è stato digitalizzato dell'Archivio federale svizzero.