



Révision du Code civil suisse (autorité parentale) et du Code pénal suisse (art. 220)

Prise de position de la Commission fédérale pour les questions féminines CFQF dans le cadre de la procédure de consultation (avril 2009)

Sommaire

- I. Généralités
- II. Rejet de la révision
- III. Petite révision partielle souhaitable
- IV. Prise de position sur les modifications, selon avant-projet
 - a) Autorité parentale conjointe en cas de divorce
 - b) Autorité parentale conjointe des couples non mariés
 - c) Exercice de l'autorité parentale conjointe
- V. Dispositions de droit pénal

I. Généralités

La CFQF déplore que l'avant-projet ne soit pas orienté sur le bien de l'enfant.

En général, les pères et les mères sont également en mesure de s'occuper de leurs enfants. On ne peut pas justifier pour des raisons de genre l'inégalité de traitement des mères et des pères lors de l'attribution des enfants. Depuis qu'elle existe, la CFQF a toujours défendu cette conception.

Mais dans notre société, la réalité est bien différente: même après l'introduction du nouveau droit matrimonial, les tâches et les responsabilités dans la famille, le ménage et la vie professionnelle sont réparties fort inégalement entre les sexes. Dans la plupart des couples avec enfants, la répartition suit fidèlement le schéma traditionnel, à savoir: le père assure l'entretien de la famille et planifie sa carrière, la mère s'occupe des enfants et du ménage et exerce une activité à temps partiel. Dans 13% seulement des ménages la femme et l'homme assument ensemble les tâches familiales et ménagères. Selon une statistique de 2006 publiée par l'Office fédéral de la statistique, en 2005, sur deux millions d'hommes exerçant une activité lucrative, seuls 26'000 avaient décidé de travailler à temps partiel pour pouvoir mieux assumer leurs responsabilités au sein de la famille.

Les dispositions légales concernant l'autorité parentale ne peuvent donc pas découler uniquement du principe que les femmes et les hommes sont également capables de s'occuper de la famille. Cette répartition inégale tout au long de la vie commune a généralement des effets à long terme sur la situation professionnelle et sociale des intéressés. Même quand le couple, lors d'un divorce, demande ensemble que l'autorité parentale soit attribuée aux deux parents, tout indique que la répartition traditionnelle des rôles ne sera pas modifiée pour autant: une étude¹ a montré que sur 1'000 ex-couples avec 3562 enfants, 35% avaient conservé l'autorité parentale conjointe, mais que 71% de ces personnes continuaient à vivre selon les schémas habituels. Seuls 13% avaient renversé les rôles (le père est principalement responsable des enfants et travaille à temps partiel) et 5% seulement se partageaient réellement à parts égales la garde des enfants.

Or les enfants ont le droit de demeurer dans des conditions d'encadrement stables, de bénéficier de la sécurité financière et d'avoir des relations aussi peu conflictuelles que possible avec leurs deux parents. Pour les enfants, la conclusion et le respect d'accords tenant compte de la réalité sont plus importants que les paragraphes de loi.

II. Rejet de la révision

La CFQF demande au Conseil fédéral de ne pas poursuivre la révision proposée mais de charger l'Office fédéral de la justice d'élaborer une proposition de révision plus large qui tienne compte des aspects touchant le bien de l'enfant – notamment en ce qui concerne les conséquences financières².

Les connaissances acquises grâce à diverses études sont citées dans les résultats de la procédure de consultation sur le Code civil, sans que soit prise en compte la conclusion qui en découle – à savoir qu'il n'y a pas pour le moment de nécessité de réviser le système de l'autorité parentale. Tout indique que le Conseil fédéral a accordé moins de poids aux considérations scientifiques sur le bien de l'enfant qu'aux exigences des milieux concernés.

Le Rapport explicatif ne mentionne que très brièvement un autre fait: environ 90% des divorces ne sont pas litigieux. Lors de ces divorces par consentement mutuel, il est toujours plus fréquent que soit déposée une demande d'attribution de l'autorité parentale aux deux parents. Cette proportion était de 15% en 2000, de 27,4% en 2005 et de 34% en 2007, mais elle est aussi deux fois plus élevée en Suisse romande qu'en Suisse alémanique. Le nombre toujours croissant de demandes communes de partage de l'autorité parentale³ montre que la réglementation en vigueur correspond aux tendances actuelles et a fait ses preuves. En d'autres termes, le droit en vigueur ne fait nullement obstacle à l'autorité parentale conjointe. Là où les conditions permettent le fonctionnement de ce partage, c'est clairement cette solution qui est choisie. La CFQF considère donc que la réglementation actuelle est bonne, c'est pourquoi elle estime qu'il n'y a pas lieu d'effectuer une révision isolée de l'autorité parentale.

La CFQF recommande de commencer par tirer au clair et/ou prendre en compte les questions suivantes:

1. Problème du parent ayant le droit de garde: les problèmes de la pauvreté des familles monoparentales⁴ sont négligés. On déplore l'absence presque totale de références aux résultats de l'étude PNR 52 et à sa reprise par la thèse Cantieni⁵.
2. Question du «retrait» de l'autorité parentale, souvent mentionné dans le Rapport, et de sa relation avec le «retrait» en tant que mesure de protection de l'enfant au sens des art. 311 C et 312 C CCS.
3. Rôle des problèmes reconnus liés à la violence et à la dépendance dans le cas type proposé en matière d'autorité parentale conjointe.
4. La question importante de la situation de l'enfant pendant le divorce (audition / assistance judiciaire) est loin d'avoir reçu dans le rapport l'attention qu'elle mérite.
5. Influence du droit de la tutelle révisé en cours d'application, notamment en ce qui concerne les couples non mariés.

La CFQF reconnaît que les dispositions en vigueur peuvent aussi engendrer des problèmes. L'exigence d'une convention entre les parents constitue de fait un droit de veto pour le parent chargé en

priorité de la garde de l'enfant et peut donc donner lieu à des jeux de pouvoir. Si, avant le divorce, on a déjà pratiqué l'encadrement commun, le refus d'accepter une convention peut affecter gravement le parent dont l'autorité se trouve pratiquement réduite aux droits de visite. Mais on pourrait résoudre ce genre de problèmes de manière satisfaisante par une simple révision partielle (cf. également III. ci-dessous). Le projet soumis à la procédure de consultation – qui comporte de graves défauts débouchant sur des difficultés bien plus grandes que celles qui existent actuellement – n'est donc pas nécessaire.

III. Se limiter à une petite révision partielle

La CFQF demande au Conseil fédéral de prendre en compte le danger de jeux de pouvoir de la part des parents que recèle le droit actuel; il conviendrait d'accorder aux tribunaux la compétence d'attribuer aux deux parents l'autorité parentale lorsque l'attribution à un seul parent ne serait pas favorable au bien de l'enfant, du fait des conditions d'encadrement et des relations existantes.

Si, dans le cadre de la révision partielle, le Conseil fédéral souhaitait se limiter à la question de l'autorité parentale – peut-être pour des raisons de temps –, la CFQF estime qu'une simple petite révision partielle suffirait. La Commission serait favorable à une modification en conséquence des compétences des tribunaux en cas de divorce telles qu'elles sont définies à l'art. 133 CCS.

Ce qui choque dans la réglementation en vigueur, c'est uniquement le fait qu'en exigeant que l'autorité parentale conjointe soit demandée par *les deux parents* lors de la procédure de divorce, on ouvre la porte aux abus. C'est ce qui se passe notamment dans les cas où la garde des enfants est déjà plus ou moins partagée de manière équitable par les deux parents, mais où un parent refuse de déposer une demande commune pour des raisons qui n'ont rien à voir avec le bien de l'enfant (par ex. désir de représailles).

Dans de tels cas, le juge devrait avoir la possibilité de laisser l'autorité parentale aux deux parents même en l'absence d'une demande conjointe, en donnant la priorité absolue au bien de l'enfant. Il serait souhaitable que les possibilités d'entendre les enfants et de les faire assister par une personne spécialisée – possibilités qui existent dans le droit actuel – soient plus souvent utilisées et que l'on tienne réellement compte des résultats de cette procédure.

Pour une petite révision partielle, il suffirait de **compléter** l'art.133 CCS:

Proposition de la CFQF en vue d'un nouvel art.133 al.4 CCS:

«Le juge peut attribuer l'autorité parentale aux deux parents même en l'absence d'une requête commune, si le bien de l'enfant l'exige et si les parents sont fondamentalement d'accord sur la répartition de la garde et des frais d'entretien, ou si la répartition de la garde et la détermination de la contribution aux frais par le juge ne causent pas de difficulté particulière.»

Dans un tel cas, le juge serait bien avisé de désigner un curateur à l'enfant, conformément à l'art.146 CCS.

IV. Prise de position au sujet des modifications prévues par l'avant-projet

Si le projet de révision présenté ne devait pas être rejeté (cf. II) ni limité à une petite révision partielle (cf. III), la CFQF préconise de lui apporter quelques améliorations considérables, présentées ci-dessous.

a) Autorité parentale conjointe en cas de divorce

La Commission demande que l'attribution de l'autorité parentale conjointe après le divorce continue à dépendre de l'existence d'une convention acceptable concernant la garde et l'entretien.

Ces dernières années, le débat sur l'autorité parentale en cas de divorce a été très émotionnel et polarisé. En particulier la question du «droit à l'enfant» et de la mesure dans laquelle chaque parent doit en bénéficier a été longuement débattue. La Commission estime que cette polémique ne débouche sur rien: l'autorité parentale n'est pas un bien matériel qui se laisse «partager» comme une fortune ou un bien foncier. Le fait d'assumer l'autorité parentale est un processus dynamique, qui implique que la communication fonctionne correctement entre les deux parents, dans la perspective du bien de l'enfant.

C'est pourquoi la CFQF est convaincue qu'après un divorce, l'autorité parentale commune ne peut fonctionner qu'à deux conditions: premièrement, les devoirs parentaux – notamment l'obligation d'entretien et l'encadrement – doivent être répartis équitablement entre les parents; deuxièmement, les parents doivent montrer qu'ils possèdent – par eux-mêmes ou grâce à un soutien idoine – une certaine aptitude à la coopération et à la communication.

Pendant le divorce, cette capacité de communiquer est menacée si l'une des deux parties a le sentiment d'être défavorisée, manipulée ou impuissante. C'est pourquoi la question cruciale doit être celle-ci: comment organiser la structure familiale, avant et pendant la séparation et le divorce, de manière à assurer le bien de l'enfant et à permettre aux parents de coopérer en bonne intelligence?

Lorsque les parents ne parviennent pas d'eux-mêmes à conclure une convention, ils doivent pouvoir faire appel au soutien de personnes compétentes qui les aident à trouver une solution, et il convient de les rendre attentifs à cette possibilité. Dans ce domaine, il est absolument nécessaire de recourir à la médiation, sur recommandation du juge, conformément aux art.213 ss du nouveau Code de procédure civile (CPC) suisse. Une telle recommandation est également importante au niveau de la charge des frais, pour éviter que les parents économiquement faibles ne se trouvent privés de ce soutien (art.218, CPC). **C'est pourquoi la CFQF préconise que lors de la révision le nouveau texte de loi mentionne expressément que les tribunaux sont tenus de recommander aux parties une procédure de médiation.**

Les expériences faites dans d'autres pays montrent que la création de tribunaux de la famille favorise une nouvelle organisation du système familial dans la perspective du bien de l'enfant. La Commission déplore que ni le projet soumis ni l'art.3 du nouveau CPC dans sa version du 19 décembre 2008 n'envisagent cette possibilité au titre d'exception à l'art.122 al.2 Cst.

La CFQF s'en tient à sa position: pour que l'autorité parentale conjointe puisse s'exercer réellement dans la perspective du bien de l'enfant et de ses intérêts, la réorganisation des droits et devoirs parentaux à la suite de la séparation des parents doit être élaborée et vécue dans un esprit de coopération. **En règle générale, l'autorité parentale conjointe doit donc avoir pour condition préalable une convention acceptable concernant l'encadrement et l'entretien.**

Si les parents *ne parviennent pas* à une convention, le juge décidera, **en tenant compte du bien de l'enfant**, si les conditions d'encadrement et la participation à l'entretien, ainsi que la volonté des parents de communiquer et de coopérer autorisent l'attribution de l'autorité parentale conjointe ou s'il ne faut confier celle-ci qu'à un seul parent. L'attribution de l'autorité parentale à un seul parent peut être favorable au bien de l'enfant (par ex. en cas de violence domestique avérée, de problèmes de dépendance, ou encore en cas de grandes difficultés de compréhension entre les parents ou de rapports

difficiles de l'enfant avec un parent). Comme on l'a justement mentionné, il convient de prendre en compte les art.270 ss. CCS, et notamment l'art.275a CCS, lors de l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent.

La CFQF tient à insister sur le point suivant: en l'absence d'une convention, le juge doit (comme le prévoit le droit actuel) décider de **l'attribution** de l'autorité parentale et non pas (comme le prévoit l'avant-projet) de son *retrait*. La terminologie utilisée dans l'avant-projet est **erronée**. Elle se rapporte aux art.311 / 312 CCS, qui se réfèrent à des circonstances tout à fait différentes, sur la base de conditions également différentes. La CFQF ne saurait accepter qu'on mélange ainsi deux contextes totalement différents et qu'on utilise cette terminologie dans le cadre de la nouvelle organisation nécessaire des droits et devoirs parentaux en cas de séparation ou de divorce – ce qui ne peut que semer la confusion.

En conservant les titres marginaux, les art.133 et 133a de l'avant-projet devraient être formulés comme suit (les modifications par rapport à l'avant-projet, partiellement reprises du droit en vigueur, figurent *en italique*)

Proposition de la CFQF concernant l'art.133 CCS (avant-projet)

«L'exercice en commun de l'autorité parentale est maintenu de plein droit après le divorce, pour autant que soit présentée au juge une convention acceptable concernant les parts respectives des parents à la garde et à l'entretien de l'enfant.

En l'absence d'une telle convention, et si un parent au moins demande l'autorité parentale conjointe, le juge accorde cette autorité aux deux parents, pour autant que le bien de l'enfant l'exige et que la répartition de la garde et la détermination de l'obligation d'entretien par le juge ne causent aucune difficulté particulière.»

Proposition de la CFQF concernant l'art.133a CCS (avant-projet)

«Dans tous les autres cas, le juge accorde l'autorité parentale à un parent, en tenant compte du bien de l'enfant.

Le juge fixe, d'après les dispositions régissant les effets de la filiation, les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent ainsi que la contribution d'entretien due par ce dernier.

Dans la mesure du possible, on prendra en compte la demande commune des parents et l'opinion de l'enfant.

La contribution d'entretien peut être fixée pour une période allant au-delà de l'accession à la majorité.»

D'autre part, la CFQF approuve expressément qu'en cas de modification des circonstances et de litige, le cas soit soumis au tribunal (art.134b, avant-projet).

b) Autorité parentale conjointe des personnes non mariées

Il va de soi que l'autorité parentale conjointe ne peut être accordée qu'à un père qui a reconnu son enfant. Par ailleurs, la Commission, conformément à ce qui figure en IV a), demande que les parents non mariés ne puissent bénéficier de l'autorité parentale conjointe que s'ils présentent (à l'autorité tutélaire dans le cas particulier) une convention acceptable relative à la prise en charge et à l'entretien de l'enfant.

L'élaboration de cette convention doit également pouvoir bénéficier du soutien de personnes compétentes, aux mêmes conditions que celles énoncées en IV a) – pour les personnes économiquement faibles au moins, la médiation ne doit pas occasionner de frais.

En outre, la CFQF – fondamentalement favorable à l'égalité de traitement des personnes mariées et non mariées en matière de droit de l'enfant – demande au Conseil fédéral une explication concernant le Rapport sur l'avant-projet: on peut lire à la page 25 que la révision partielle ne concerne pas des questions touchant le droit des enfants ni même le bien de ceux-ci, pas plus que l'égalité de traitement entre «*parents non mariés (art.298a al.1 CCS) et parents divorcés (art.133 al.3 CCS) mais entre les premiers et les parents mariés*» (Rapport projet CCS, page 25). Ce changement d'optique est justifié comme suit: «*La plupart des parents d'un enfant qui ne sont pas mariés ensemble, mais dont le père a reconnu l'enfant, vivent en concubinage. Ils assument leurs obligations et exercent leurs droits envers l'enfant comme le font des parents mariés.*» (Rapport sur l'avant-projet, p. 25). La CFQF ne dispose d'aucun chiffre attestant que la plupart des enfants de parents non mariés peuvent grandir avec eux, dans une situation de concubinage. De même, la Commission n'a pas connaissance du fait que la situation de deux parents non mariés ne présente aucune différence par rapport à celle de parents mariés: les dispositions de protection – citons seulement le droit à l'héritage et à la rente, le domicile familial, les dispositions de l'AVS – qui découlent du mariage et donc contribuent au bien de l'enfant en assurant la stabilité de la situation parentale ne s'appliquent guère – voire pas du tout – au concubinage.

c) Exercice de l'autorité parentale conjointe (art.298g avant-projet)

La CFQF admet que pour les parents divorcés comme pour ceux qui ne sont pas mariés, le parent qui a la garde de l'enfant est compétent pour prendre les décisions relatives à la vie quotidienne ou urgentes. Toutefois, la législation ne devrait pas se borner à constater ce fait mais se prononcer aussi sur la compétence de prendre les décisions de grande importance. Il faudrait des dispositions différentes de celles que prévoit le Rapport. Pour garantir la sécurité juridique et la prévisibilité, tout en respectant l'autonomie des parents, la CFQF propose ce qui suit:

- **Dans le cadre de la convention, les parents doivent pouvoir définir eux-mêmes quelles décisions de grande importance exigent l'accord des deux. Toutes les autres décisions doivent pouvoir être prises par le parent qui assume la plus grande partie de la garde de l'enfant s'il y a désaccord.**
- **Si la convention entre les parents ne comporte pas de disposition relative aux décisions de grande importance, on prévoira ce qui suit: en cas de désaccord, la décision appartient au parent qui assume la plus grande partie de la garde. Cette décision peut faire l'objet d'un recours de l'autre parent auprès du juge.**

Le nouvel art.298g de l'avant-projet CCS accorde à bon droit la compétence de prendre les décisions relatives à la vie quotidienne ou urgentes au parent qui détient la garde de fait. Toutefois, le texte législatif ne mentionne pas la compétence en matière de décisions qui ne concernent pas la vie quotidienne et ne sont pas urgentes. Il en découle que toutes les autres décisions exigent l'accord des deux parents. Aux termes du rapport, ces décisions peuvent aller jusqu'à toucher le choix du sport pratiqué par l'enfant. La CFQF estime qu'une telle solution n'est **pas applicable dans la pratique**.

Il est évident que dans tous les cas, la loi fait obligation à chaque parent d'informer l'autre de ses projets importants, de demander son avis et de discuter avec lui avant de prendre une décision. Si les deux parents sont d'accord, leur décision commune est valable et aucun tribunal ni aucune autorité ne s'en mêlera.

Il est donc logique que la CFQF propose d'accorder aux parents la compétence de déterminer dans la convention qui les lie dans quels domaines de grande importance ils doivent prendre des décisions ensemble. On tiendra ainsi compte des besoins individuels des parents et on limitera les motifs de friction et les conflits d'intérêt grâce à cette «négociation préalable».

Même lorsque la convention entre les parents ne comporte pas de clause de ce genre, chacun est tenu par la loi d'informer l'autre de ses projets importants, de demander son avis et de discuter avec lui avant de prendre une décision; en cas d'accord, il n'y a naturellement pas de problème. Mais si on ne parvient pas à un accord, il faudrait prévoir une solution applicable dans la pratique et aussi simple que possible. La CFQF propose donc que dans un tel cas la décision incombe au parent qui assume la plus grande partie de la garde, tout en accordant un droit de recours à l'autre parent s'il n'est abso-

lument pas d'accord avec la décision prise; il pourrait ainsi demander au juge d'examiner le bien-fondé de la décision en tenant compte du bien de l'enfant. Cette disposition répond aux exigences de clarté, de sécurité juridique, de prévisibilité et d'applicabilité, bien mieux que ne le fait l'avant-projet, sans pour autant entraver le droit de codécision des parents.

V. Article 220 du Code pénal

La CFQF demande la suppression de la modification prévue de l'art. 220 CP. Le fait de sanctionner par une peine d'emprisonnement les violations du droit de visite n'est nullement conforme au bien de l'enfant et la Commission ne saurait approuver cette disposition.

Certes, la CFQF estime que les violations des conventions entre les parents et/ou des décisions judiciaires doivent être prises au sérieux et avoir des conséquences. Mais il s'agit avant tout d'appliquer et d'exécuter avec plus de rigueur les dispositions du droit actuel, tout à fait suffisantes (art. 217, 129, 220 et 292 CP).⁶ On pourrait à la rigueur prévoir des possibilités de formation des autorités tutélaires, notamment en ce qui concerne l'application de l'art.292 CP (actuellement, les instructions peuvent déjà être assorties de menaces de peine). Il faut souligner en outre qu'avec la généralisation de l'autorité parentale conjointe, l'art.220 CP prendra une importance accrue. Il n'est donc pas nécessaire de prévoir de nouvelles dispositions pénales.

¹ Heidi Simoni & Andrea Büchler: Kinder und Scheidung – Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge; étude du PNR publiée en octobre 2006.

² Cf. également le postulat de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national sous chiffre 06.3003: harmonisation des avances et de l'encaissement des pensions alimentaires, 7.6.2006.

³ C'est dans le canton de Neuchâtel que l'autorité parentale conjointe est la plus fréquente: en 2005 plus de la moitié des enfants mineurs de parents divorcés se trouvaient sous l'autorité des deux parents. OFS (BEVNAT): Scheidungen: Zuteilung des Sorgerechts für unmündige Kinder, 1984-2005.

⁴ Freivogel Elisabeth: Nachehelicher Unterhalt – Verwandtenunterstützung – Sozialhilfe. Eine Analyse von Gerichtsurteilen, Sozialhilfegesetzgebung und -praxis. Kurzfassung unter: www.frauenkommission.ch.

⁵ Cantieni Linus: Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – eine empirische Untersuchung; thèse, Berne 2007, publiée dans «Schriftenreihe für Familienrecht».

⁶ Code pénal (CP RS 311.0) art.217: violation de l'obligation d'entretien; art.219: violation du devoir d'assistance ou d'éducation; art.220: enlèvement de mineur; art.292: insoumission à une décision de l'autorité. La peine pécuniaire maximale est de 360 jours-amende à CHF 3000.- au maximum (art.34 CP). Dans des conditions particulières, les peines pécuniaires peuvent être remplacées par des peines privatives de liberté (art.36 CP) ou par un travail d'intérêt général, avec l'accord de la personne condamnée (art.37 CP).