



Stiftung Kinderschutz Schweiz  
Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant  
Fondazione Svizzera per la Protezione dell'Infanzia

## POSITION DE LA FONDATION SUISSE POUR LA PROTECTION DE L'ENFANT

# LA NOUVELLE REGLEMENTATION DE L'AUTORITE PARENTALE SOUS L'ANGLE DU BIEN DE L'ENFANT

Berne, le 25 février 2009

La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant saisit l'opportunité de l'avant-projet de révision des dispositions relatives à l'autorité parentale pour préciser sa position concernant la répartition des droits et obligations parentaux des parents divorcés et non mariés.

La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant ne se limite pas à exprimer son avis sur les nouvelles dispositions proposées ; elle les replace dans le contexte plus large des relations parents-enfant ainsi que des conditions cadre socio-économiques. La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant formule donc aussi des requêtes plus étendues quant au bien de l'enfant.

Contenu :

### **L'essentiel en bref**

- A. Arrière-plan: situation initiale et exigences à l'endroit de la nouvelle réglementation sous l'angle du bien de l'enfant**
- B. Position de la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant concernant la nouvelle réglementation de l'autorité parentale**
- C. Analyse de la situation économique des enfants et requêtes de la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant en matière de politique familiale**



## L'essentiel en bref

La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant demande que la nouvelle réglementation de l'autorité parentale place au centre les intérêts des enfants. L'avant-projet mis en consultation par le Conseil fédéral ne satisfait pas cette exigence et doit être remanié. La façon dont la situation actuelle est décrite, sous forme de thèses, ainsi que l'insuffisance des éléments apportés pour prouver les affirmations sont particulièrement insatisfaisantes. La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant s'oppose en outre fermement à l'utilisation très superficielle de l'expression « bien de l'enfant ».

La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant soutient le principe de l'autorité parentale conjointe comme règle générale dans le cas de parents divorcés et non mariés. Ceci souligne le fait que l'on attend, de la part des parents, qu'ils s'acquittent de leurs obligations envers leurs enfants indépendamment de leur état civil. La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant relève toutefois en même temps que l'exercice en commun de l'autorité parentale ne convient que si les parents sont capables et ont la volonté, malgré les conflits qui séparent le couple, d'assumer leur rôle de parents en portant ensemble la responsabilité et en maintenant leur enfant à l'écart de leur conflit de couple. Dans ce sens, la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant soutient la proposition du Conseil fédéral : il ne doit pas s'agir d'un automatisme et le juge doit décider de cas en cas si le bien de l'enfant est préservé. Les enfants doivent être auditionnés en accord avec leur âge et leur maturité. La représentation indépendante des droits de l'enfant doit en outre être développée.

Pour garantir le bien de l'enfant, on ne devrait donc pas conséquemment maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale que dans les cas où les parents qui vivent séparés sont en mesure d'expliquer de manière crédible qu'ils sont prêts à respecter une convention appropriée concernant la garde des enfants, la répartition des frais d'entretien, le droit et l'obligation de visite, les contacts personnels, les modalités concernant le changement de domicile ou des modifications importantes du statut professionnel. Il est essentiel de faire la différence entre la responsabilité des parents et le conflit du couple.

La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant s'oppose fermement à la proposition de faire intervenir une sanction pénale en cas de refus du droit de visite. Une telle sanction n'est pas conciliable avec le bien de l'enfant.

La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant invite à ne pas surestimer la portée de la nouvelle réglementation de l'autorité parentale sur l'organisation de la famille après le divorce. Les études les plus récentes tendent à montrer que son importance est plutôt d'ordre symbolique que pratique. Du point de vue de la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant, les mesures visant à améliorer la situation économique des familles séparées – par exemple une pension alimentaire permettant d'assurer le minimum existentiel.



## A. Arrière-plan: situation initiale et exigences à l'endroit de la nouvelle réglementation sous l'angle du bien de l'enfant

La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant estime que les considérations essentielles doivent être les suivantes: la garantie des droits et des intérêts des enfants ainsi que la responsabilité entière des deux parents à s'investir, indépendamment de leur état civil, en faveur de l'épanouissement de leurs enfants et de leur protection contre les dangers de tout genre. Les interventions et les mesures de soutien de l'Etat doivent s'ajuster systématiquement aux besoins des enfants tout en respectant les droits et les obligations des parents. La Fondation soutient tous les efforts déployés pour consolider la responsabilité parentale commune des parents divorcés et non mariés. Le discussion relative à la nouvelle réglementation de l'autorité parentale doit être toutefois replacée dans un contexte plus large quant au fond. Elle ne doit pas se limiter à la répartition des droits parentaux mais doit aussi concerner la répartition équitable des obligations.

### **Pour la réalisation du bien de l'enfant, les éléments suivants sont essentiels**

- Des soins, une alimentation, une éducation et un soutien adaptés à l'âge et au développement de l'enfant,
- Des relations fiables et continues avec les deux parents,
- La participation de l'enfant à toutes les décisions qui le concernent, de manière conforme à son âge et à son développement,
- Le maintien des enfants en dehors des conflits relationnels des parents
- La prévention de la pauvreté (les privations économiques).

### **1. Il est nécessaire de rester lucide**

Les partisans et les partisans de l'autorité parentale conjointe comme règle avancent les effets positifs suivants :

- Amélioration de la fréquence et de la qualité des contacts de l'enfant avec le parent dont il ne partage pas la vie au quotidien.
- Solutions à l'amiable, par exemple en ce qui concerne les frais d'entretien et meilleure fiabilité quant à l'argent versé par le parent ayant l'obligation d'entretien.
- Meilleure coopération et communication entre les parents



- Davantage d'implication en matière de soins et d'éducation de la part du parent non détenteur du droit de garde.
- Meilleure garantie du bien de l'enfant.

Ces effets ne sont toutefois pas confirmés par de nombreuses études réalisées en Suisse, dans l'aire anglo-saxonne et en Allemagne (exception: l'étude de Proksch<sup>1</sup>, par ailleurs sévèrement critiquée par les spécialistes). L'image de l'autorité parentale exercée en commun après un divorce oblige à garder la tête froide. Dans la mesure où l'on constate des effets positifs, ces derniers s'avèrent modestes et il y a lieu de se demander s'il y a un lien de cause à effet avec le type d'autorité parentale exercé.<sup>2</sup> De manière tout à fait générale, l'autorité parentale conjointe suscite des attentes qui ne sont pas satisfaites. Mais il convient de ne pas sous-estimer la valeur symbolique de l'autorité parentale conjointe et de l'égalité juridique des parents qui l'accompagne quant à la perception de la responsabilité commune des parents.

Il n'existe aucun résultat scientifique pour démontrer que l'autorité parentale exercée en commun a une influence positive sur la capacité des parents à coopérer. L'étude « Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales » de H. Simoni et A. Büchler, montre toutefois que le type d'autorité parentale influence le degré de satisfaction des parents et les conflits des parents. Cette étude note que le degré de satisfaction à l'endroit du type d'autorité parentale exercé dépend de la situation de garde vécue et de la forme juridique de l'autorité parentale ; elle relève aussi que le parent qui a le droit de visite et celui qui est le détenteur principal de la garde des enfants définissent des conditions différentes en ce qui concerne leur degré de satisfaction<sup>3</sup>.

## **2. Conclusions concernant l'appréciation de la question de l'autorité parentale**

**La réglementation de l'autorité parentale a en premier lieu une portée symbolique pour le parent qui n'est pas détenteur de la garde des enfants (dans la majorité des cas, le père) ; on exagère énormément son rôle comme facteur permettant d'améliorer les contacts post-conjugaux au sein du couple divorcé. Les relations personnelles, l'organisation concrète de la vie courante quant à la répartition des**

---

<sup>1</sup> Proksch Roland, Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts: Begleitforschung zur Umsetzung des Kindschaftsreformgesetzes, Köln 2002. Cf. Notamment la critique de Kerima Kostka, Die Begleitforschung zur Kindschaftsreform – eine kritische Betrachtung, FamRZ 2004, 1924 ss.

<sup>2</sup> Cf. Les points détaillés de l'analyse des différentes études : Linus Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, thèse de doctorat. Zurich, Berne 2007, p. 41-68.

<sup>3</sup> Cf. aussi: Canieni, Linus: Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – eine empirische Untersuchung, Stämpfli, Berne, 2007, p. 254 – 256.



**rôles ainsi que la perception des obligations parentales sont beaucoup plus déterminantes.**

**Du point de vue de l'enfant, c'est la façon dont les parents organisent leurs tâches au quotidien et évitent les conflits qui est essentielle. La satisfaction et le fait d'être d'accord avec la solution adoptée sont essentiels. Force est de constater qu'un simple changement de paradigme concernant l'autorité parentale n'apporte pas de solution mais crée autant de nouveaux « insatisfaits » que de nouveaux « satisfaits »<sup>4</sup>.**

### **3. Concernant le bien des enfants**

Les trois points suivants sont beaucoup plus importants, sous l'angle des enfants, que la clarification juridique de l'autorité parentale :

#### **Pouvoir voir sa mère et son père et organiser les contacts personnels de manière fiable**

Pour les enfants et pour leur bien-être, il n'est pas essentiel que les parents aient ou non l'autorité parentale conjointe. Pour les enfants, il est important – sauf dans les situations exceptionnelles – de pouvoir avoir des contacts avec leurs deux parents et de ne pas être un jouet dans les mains de leurs parents. Pour les enfants, les deux « solutions » peuvent

---

<sup>4</sup> L'étude « Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales » de H. Simoni et A. Büchler montre que la forme de l'autorité parentale a une influence sur le degré de satisfaction des parents et les conflits des parents.

L'étude relève que

- la satisfaction à l'endroit de la forme de l'autorité parentale dépend de la situation de garde telle qu'elle est vécue et de la forme juridique de l'autorité parentale
- le parent qui a le droit de visite et celui qui est détenteur de la garde principale des enfants posent d'autres conditions préalables à leur satisfaction.

Chez les parents qui exercent l'autorité parentale en commun, le parent qui s'occupe en majorité de la garde des enfants (dans ¾ des cas, les mères), la forme juridique de l'autorité parentale ne donne satisfaction que si elle est en accord avec la responsabilité effective concernant la garde. En même temps, le fait de détenir l'autorité parentale semble, du côté du parent qui a le droit de visite, (généralement les pères) être associé à une valorisation, indépendamment de la vie courante. On peut donc supposer que l'exercice en commun de l'autorité parentale accroît en premier lieu la satisfaction du parent qui a le droit de visite, c'est-à-dire, dans la majorité des cas, le père. Pour la personne qui est la détentrice principale de la garde, (dans les ¼ des cas où l'autorité parentale est exercée en commun, la mère) la satisfaction à l'endroit de la réglementation de l'autorité parentale dépend de la vie courante. Un tiers des personnes qui sont les détentrices principales de la garde (en règle générale les mères) ne sont pas satisfaites de la réglementation de l'autorité parentale et souhaitent un changement: le passage de l'autorité parentale conjointe à l'autorité parentale attribuée à un seul parent. On ne constate un degré élevé de satisfaction des deux parents concernant le modèle d'autorité parentale que lorsque les parents ont une répartition des rôles égalitaire (Büchler, Andrea; Simoni, Heidi: Kindeswohl und Kinderrechte in der Schweizungspraxis in: Soziale Sicherheit CHSS, 5/2006, p. 260-264).



être bonnes ou mauvaises. Le fait qu'une variante s'avère bonne ou mauvaise dépend de la façon dont les parents la gèrent. Si la solution s'accompagne de nombreux conflits, les enfants en portent le fardeau.

Pour le bien de l'enfant, il est essentiel de trouver un accord et une application pratique au quotidien qui ne s'ajustent pas uniquement aux besoins des parents mais respectent le bien-être de l'enfant. Dans le contexte de la séparation ou du divorce des parents, il est primordial, pour l'enfant, qu'il y ait une qualité et une continuité dans leur prise en charge et que les parents soient disposés à adapter la prise en charge aux besoins de l'enfant. Il est très important en outre pour l'enfant que les compétences de décision des parents soient le plus claires possible<sup>5</sup>.

### **Associer les enfants et clarifier leur rôle**

La participation des enfants à la réorganisation de la vie de famille n'est guère réalisée dans la pratique des tribunaux et dans la vie courante des familles. Ainsi, dans le cadre d'un divorce et contrairement aux conditions prescrites par la loi<sup>6</sup>, seul un enfant sur dix est auditionné en Suisse<sup>7</sup>. Les parents, les spécialistes et les autorités considèrent encore rarement les enfants comme des sujets et rares sont les cas où l'on s'interroge sur leurs vœux et leurs besoins.

On ne tient guère compte par ailleurs de l'opinion de l'enfant quant à la façon dont il souhaite, dans la vie courante, l'application du droit de visite. Ceci est en désaccord avec la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (Art. 8). Les enfants ont le droit, de voir leur vœu pris en compte quant à l'exercice du droit de visite et à l'application du droit de visite dans la vie courante, de manière adaptée à leur âge. En vertu du droit en vigueur en Suisse, l'enfant capable de discernement n'a pas le droit de décider en matière de droit de visite. La désignation d'une représentation pour les enfants dans la procédure de divorce de leurs parents selon l' Art. 146/147 CC a été ordonnée en 2007 dans moins de 150 cas sur près de 15'000 divorces (de couples ayant des enfants). Ceci tend à faire penser que les tribunaux ne prennent pas très au sérieux la représentation de l'enfant et l'enfant en tant que sujet de droit. L'étude du Fonds National sur la protection de l'enfant en droit civil a elle aussi montré entre autres que lors de l'exécution des mesures de

---

<sup>5</sup> Bächler, Andrea; Simoni, Heidi: Kindeswohl und Kinderrechte in der Scheidungspraxis in: Soziale Sicherheit CHSS, 5/2006, p. 260 – 264.

<sup>6</sup> Ainsi, l' Art. 144 Al. 2 CC prévoit que lors du divorce, les enfants soient entendus de manière appropriée par le juge ou une personne nommée à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition.

<sup>7</sup> Projet de recherche « Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales » de H. Simoni et A. Bächler dans le cadre du Programme National de Recherche 52



protection de l'enfant, les personnes chargées du mandat associaient peu les enfants à la démarche et que les interactions avaient lieu principalement entre adultes.<sup>8</sup>

### **Prévenir la pauvreté et l'exclusion lors de la réorganisation de la famille**

Les enfants qui grandissent dans un contexte de pauvreté ou à la limite de la pauvreté subissent des désavantages à plus d'un titre. Ils sont généralement exposés davantage à la violence car la nécessité économique accroît – cela est prouvé – le stress et le risque de violence dans les familles. Ces enfants sont aussi désavantagés en ce qui concerne leur filière scolaire et, par la suite, leurs chances dans la vie professionnelle. Aucun autre facteur social n'influence aussi fortement la réussite scolaire d'un enfant que ses origines sociales. L'indigence économique entrave les chances de formation des enfants.

Les enfants issus de familles pauvres sont souvent mal intégrés. Comme ils ne peuvent pas tout s'offrir, ils sont souvent exclus et hors course. Il n'est pas rare que cette exclusion soit compensée par une consommation démesurée, ce qui entraîne souvent des situations d'endettement et d'autres problèmes financiers.

Les enfants de parents divorcés courent un risque très supérieur à la moyenne de connaître la pauvreté. La nouvelle réglementation de l'autorité parentale doit donc, de l'avis de la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant, être impérativement suivie par une amélioration de la situation économique des parents divorcés (Cf. autres requêtes développées sous C).

---

<sup>8</sup> Peter Voll, Andreas Jud, Eva Mey, Christoph Häfeli, Martin Stettler (Ed.), *Zivilrechtlicher Kinderschutz: Akteure, Prozesse, Strukturen*, Lucerne 2008, p. 62 ss.



## B. Position concernant la nouvelle réglementation de l'autorité parentale

### 1. La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant demande la réglementation suivante concernant l'autorité parentale:

Dans le cas des parents divorcés comme dans celui des couples non mariés, la règle est l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Si l'un des parents ne donne pas son accord, cela ne doit plus être une raison suffisante pour refuser d'attribuer l'exercice en commun de l'autorité parentale. La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant souligne toutefois que l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est conciliable avec le bien de l'enfant que dans les cas où les parents sont capables, malgré leur conflit de couple, à accomplir ensemble leur rôle de parents en partageant la responsabilité et en maintenant l'enfant à l'écart de leur conflit de couple. L'exercice conjoint de l'autorité parentale a pour effet que les décisions sont plus nombreuses à devoir être prises ensemble – également dans la vie de tous les jours. Si le rôle de parent se mêle au conflit du couple, le bien de l'enfant est lésé en un point essentiel : l'enfant a le sentiment d'être un prétexte au conflit et se sent coupable.

#### Cela signifie concrètement :

##### 1. Principe de l'autorité parentale conjointe

Le principe est l'exercice en commun de l'autorité parentale. La confirmation de même que l'écart par rapport à cette règle doivent être conciliables avec le bien de l'enfant tout en préservant les droits des parents. Le juge ou l'autorité de protection de l'enfant doit examiner d'office, dans chaque cas, si l'exercice en commun de l'autorité parentale répond au bien de l'enfant.

##### 2. La convention établie par les parents comme condition de la confirmation, par le juge, de l'exercice conjoint de l'autorité parentale

Quand les couples ne vivent pas sous le même toit, une convention doit être établie au préalable pour confirmer l'exercice conjoint de l'autorité parentale ; cette dernière doit régler les points suivants : la garde des enfants, le versement des contributions d'entretien, le droit et l'obligation de visite, les relations personnelles, les modalités en cas de changement de domicile des parents ainsi qu'en cas de modifications importantes de l'activité professionnelle (ayant des répercussions sur l'organisation des visites et le versement des contribution d'entretien).

Si le couple ne réussit pas à s'entendre sur une convention commune, le juge peut convoquer les parents pour une séance de médiation. Si la médiation ne débouche pas sur un accord, le juge impose une convention.



L'exercice conjoint de l'autorité parentale peut être confirmé par le juge si les parents se sont entendus sur une convention ou qu'ils peuvent exposer de manière crédible qu'ils sont en mesure de respecter la convention imposée par le juge et de maintenir les enfants à l'écart de leur conflit de couple. L'exercice en commun de l'autorité parentale est confirmé par la juge s'il est en accord avec le bien de l'enfant ; notons que l'audition de l'enfant doit être un élément essentiel de cette appréciation.

### **3. Audition et représentation de l'enfant comme standard pour l'appréciation du bien de l'enfant**

La décision du juge quant à la confirmation de l'exercice en commun de l'autorité parentale doit tenir compte du bien de l'enfant tout en respectant les droits des parents. A cet effet, l'autorité compétente auditionne personnellement l'enfant ou confie cette tâche à un tiers. Si l'âge de l'enfant ou d'autres motifs importants s'y opposent, les enfants doivent être associés d'une autre manière au processus visant à prendre une décision. La représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents prévue aux art. 146/147 CC devrait être ordonnée de manière plus systématique que ce n'était le cas jusqu'à maintenant.

Comme les enfants se trouvent pris dans un conflit de loyauté lors de la séparation de leurs parents, il doit être clair, pour toutes les personnes concernées par l'audition, que les enfants n'ont pas de décisions à prendre.

Les auditions d'enfants n'ont pas pour but de déplacer la responsabilité mais d'offrir à l'enfant une passerelle en direction de sa nouvelle situation concernant sa famille et sa vie – autrement dit de renforcer son bien et son intérêt. L'audition de l'enfant poursuit essentiellement trois buts:

- a) donner l'assurance à l'enfant, de la part d'un service extérieur, qu'il ne porte aucune responsabilité dans les difficultés de ses parents.
- b) discuter avec l'enfant des solutions envisagées afin de connaître sa réaction et son point de vue et de pouvoir prendre en compte, le cas échéant, les idées de l'enfant pour résoudre les points litigieux.
- c) considérer l'enfant comme une personne à part entière et lui faire comprendre que l'on est à l'écoute de ses besoins et qu'on en tient compte.

### **4. L'autorité parentale attribuée à l'un des parents**

Le tribunal peut attribuer l'autorité parentale à un seul parent si

- a) Il estime que le bien de l'enfant l'exige,
- b) Il y a entre les parents un potentiel de conflit ou de violence élevé,
- c) L'un des parents ou les deux n'ont ni la volonté ni la capacité d'assumer la responsabilité parentale,



- d) Il est manifeste que l'un des parents ou les deux ne sont pas prêts à respecter la convention imposée par le juge,
- e) Les parents ont des divergences de vue quant à l'étendue et à l'organisation des relations personnelles.

## **2. Prise de position sur les propositions du Conseil fédéral relativement à la nouvelle réglementation de l'autorité parentale**

Concernant les propositions en vue de la révision partielle du Code civil suisse (autorité parentale) et du Code pénal (art. 220) que le Conseil fédéral a mises en consultation en janvier 2009, la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant prendra position en détail dans le cadre de la consultation. Nous nous contentons ici d'indiquer sommairement les principales objections :

### **Rapport du Conseil fédéral**

- La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant estime que le rapport du Conseil fédéral est très partial et peu fondé. Les bases scientifiques sont peu consistantes. Il y a lieu de se demander en particulier pourquoi les résultats de l'étude du Fonds national « Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales » ainsi que l'étude du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes « Le divorce mène-t-il tout droit à l'aide sociale ? » n'ont pas été pris davantage en considération. En raison du manque de fondements scientifiques, ce rapport se transforme en une série d'affirmations qui ne sont étayées nulle part.
- La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant estime particulièrement gênant l'utilisation pour ainsi dire abusive de la notion de « bien de l'enfant ». Sans en apporter les preuves, il est affirmé à différents endroits que la proposition sert le bien de l'enfant. Ceci apparaît particulièrement dans le chapitre 1.2.2 où la partie intitulée « Critique (du droit en vigueur) » « reflète la position de différentes associations de pères pour tirer finalement comme conclusion que le droit actuel ne satisfait pas au bien de l'enfant. Cette affirmation s'oppose à la connaissance étayée scientifiquement que la manière dont l'autorité parentale est aménagée n'a, en soi, ni effet positif ni effet négatif sur le bien de l'enfant »<sup>9</sup>.
- Le rapport du Conseil fédéral prend en compte essentiellement les requêtes et les intérêts du parent détenteur du droit de visite (c'est-à-dire dans la pratique en majorité des pères). La situation des enfants ainsi que celle des personnes qui assument l'essentiel de la garde (c'est-à-dire dans la pratique en majorité des mères) est présentée de manière incomplète. Cette lacune surprend, d'autant plus que nous disposons à ce sujet de résultats scientifiques qui permettent de porter un regard nuancé sur la question de l'autorité parentale <sup>10</sup>. Le rapport ne tient pas

<sup>9</sup> Cf. étude Büchler/ Simoni ainsi que Cantieni.

<sup>10</sup> Cf. étude Büchler/ Simoni ainsi que Cantieni.



compte en particulier du fait que parmi les personnes qui assument la part principale de la garde (généralement les mères) sous le régime de l'autorité parentale conjointe, un tiers souhaiterait changer au profit de l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent. Si l'on tient compte du fait que les parents qui détiennent aujourd'hui l'autorité parentale conjointe après le divorce présentent des compétences plus élevées en termes de coopération et de communication, il faut s'attendre à ce que la proportion des insatisfaits parmi les personnes qui assument la part principale de la garde serait bien plus importante si l'autorité parentale conjointe devenait la règle. Comme cela a déjà été exprimé dans l'analyse, il faut admettre que le degré de satisfaction des deux parents quant à la réglementation de l'autorité parentale et au type de garde mis en place a une influence sur le bien-être des enfants .

- L'élément positif qu'il faut relever dans la proposition du Conseil fédéral, c'est qu'il ne s'agit pas d'une solution applicable automatiquement ; la réglementation prévoit qu'il s'agit d'examiner dans chaque cas si l'intérêt de l'enfant est respecté.

#### **Requêtes:**

- a) Dans la perspective du message, il convient de procéder à une analyse fondée et objective de la thématique. Cette dernière doit s'appuyer sur les résultats récents des études scientifiques et les présenter.**
- b) Il y a lieu d'éviter dans le message l'utilisation superficielle du terme « bien de l'enfant », en expliquant et en démontrant dans chaque cas pourquoi la mesure proposée devrait servir le bien de l'enfant.**

#### **Position concernant les dispositions:**

- **Art. 133 AP CC Autorité parentale conjointe**

Les commentaires se rapportant à la question centrale de la nouvelle réglementation de l'autorité parentale ont été énoncés au chapitre B. Position concernant la nouvelle réglementation de l'autorité parentale.

- **Art. 134b (nouveau) AP CC Compétence**

Le fait qu'en cas de litige des parents, la compétence appartienne au juge pour modifier l'attribution de l'autorité parentale et régler les questions qui s'y rapportent constitue un pas en arrière à la lumière de la professionnalisation des autorités de protection de l'enfant dans la révision du droit sur la protection de l'enfant et de l'adulte<sup>11</sup> et doit être remis en cause.

---

<sup>11</sup> Art. 440 CC révisé.



- **Art. 298 AP CC Parents non mariés**

Une réglementation différente de l'autorité parentale si le lien de filiation avec le père a été reconnu (autorité parentale conjointe) ou a fait l'objet d'une action en paternité (autorité parentale attribuée à la mère) ne semble pas justifiée. Le père présumé ne s'oppose pas à l'établissement du lien de filiation dans tous les cas où le lien de filiation est établi par une action en paternité. Dans de nombreux cas, cette voie est choisie pour des raisons purement pratiques (par ex. il n'est pas possible de produire les documents utiles pour la reconnaissance). Les dispositions de l'art. 298b (nouveau) AP CC suffisent pour attribuer l'autorité parentale à un seul parent dans les cas où l'autorité parentale conjointe n'est pas conciliable avec le bien de l'enfant. Ceci permettrait d'alléger la réglementation en supprimant les art. 298c (nouveau) et 298d (nouveau).

- **Art. 298a AP CC Prise en charge et entretien**

Ici, le principe est le même que pour l'art. 133 AP CC: c'est l'autorité de protection de l'enfant (et non pas le juge) qui doit approuver la convention présentée, pour autant qu'elle soit conciliable avec le bien de l'enfant.

- **Art. 298e (nouveau) AP CC Faits nouveaux**

Le fait de prévoir qu'en cas de désaccord des parents concernant la nouvelle réglementation la compétence relève du juge et non pas de l'autorité de protection de l'enfant constitue un « pas en arrière » par rapport au droit en vigueur ; face à la professionnalisation des autorités de protection de l'enfant telle qu'elle est prévue, ce n'est pas justifié.

- **Art. 298g (nouveau) AP CC Exercice conjoint de l'autorité parentale**

La réglementation prévue est à soutenir ; elle correspond à l'expérience concrète de la vie de tous les jours. Ce qui ne fait pas partie des affaires courantes et urgentes et requiert la compétence de décision commune des deux parents va de soi et n'a pas besoin d'exemples ou d'énumération exhaustive. Ceci va d'ailleurs dans le sens des conclusions de l'étude « Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales » de H. Simoni et A. Büchler dans le cadre du Programme national de recherche 52 ; celles-ci soulignent combien il est important de préserver la capacité d'action du parent qui assume la part principale de la garde sous le régime de l'autorité parentale conjointe.

- **Art. 309 AP CC Constatation de la paternité**

Le fait que l'établissement de la filiation paternelle soit laissé au bon vouloir de la mère semble extrêmement problématique à la lumière du droit qu'a l'enfant de connaître ses origines. Un assouplissement de la pratique très stricte qui était en vigueur jusqu'à maintenant, demandant que l'on désigne obligatoirement une curatelle si le lien de filiation n'était pas établi au cours des 1 à 3 mois suivant la naissance de l'enfant par la reconnaissance du père, peut se défendre. On pourrait concevoir un délai d'un an après la naissance. L'intervention d'office garantit que les parents non mariés et non spécialistes du droit établiront le lien de filiation et régleront les modalités d'entretien. Ceci permet d'éviter



de nombreux problèmes (nécessité de recourir à l'aide sociale et réduction de l'aide sociale économique en raison de l'absence des documents concernant l'entretien, recherche infructueuse du père, représentations erronées concernant les droits et les obligations des parents).

- **Art. 220 AP CP Enlèvement de mineur, refus du droit de visite**

La disposition pénale prévue en cas de refus du droit de visite n'est pas acceptable. Une telle réglementation est d'abord totalement en désaccord avec l'idée du bien et de l'intérêt de l'enfant (quel profit l'enfant devrait-il retirer si sa mère était emprisonnée ou condamnée à une peine pécuniaire parce qu'elle a refusé le droit de visite ? Comment peut-on établir avec certitude que c'est peut-être l'enfant lui-même qui ne souhaite plus respecter le droit de visite s'il y a une menace d'ordre pénal ?) Secondement, il faudrait alors aussi, pour être cohérent, introduire un devoir de visite ; si ce devoir n'est pas satisfait, les sanctions appliquées devraient être plus sévères que ce que prévoit l'article 273 al. 2 CC du droit en vigueur. Le problème du droit de visite peu fiable ou insuffisamment respecté est, en chiffres, assurément plus important que le problème du refus du droit de visite.

#### **Requêtes supplémentaires**

- a) **Le Code civil doit être adapté de telle manière que les procédures décrites plus haut soient garanties. Les conclusions prévues à l'art. 133 CC doivent être définies de manière complète. (La convention doit régler au minimum les points suivants: garde des enfants, paiement des contributions d'entretien, droit et devoir de visite, relations personnelles, modalités en cas de changement de domicile des parents et de modifications importantes de l'activité professionnelle, ayant des effets sur l'organisation des visites et le paiement des contributions d'entretien).**
- b) **L'idée de sanctionner par des mesures pénales le refus du droit de visite doit être abandonnée. Le législateur doit finalement reconnaître que quand il y a des enfants en jeu, les sanctions à l'encontre des parents détenteurs de la garde sont souvent contre-productives. Le manque de bonne volonté à coopérer ne peut pas être sanctionné par la loi sans courir le risque de faire subir en contrepartie aux enfants des désavantages considérables.**

#### **Autres requêtes concernant la révision partielle du Code civil :**

La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant estime que la révision en cours doit être mise à profit pour renforcer le statut juridique des enfants sur deux points.

- a) **Application de l'audition et de la représentation de l'enfant :** le Conseil fédéral estime qu'il n'y a pas besoin de révision concernant l'audition de l'enfant dans les procédures (p. 19 du rapport du Conseil fédéral). La pratique montre cependant



que seuls 10% de tous les enfants sont auditionnés lors de la procédure de divorce. Il convient donc de prendre des mesures appropriées pour que les dispositions légales, en soi suffisantes, soient appliquées de façon systématique. Il en va de même de la représentation de l'enfant dans la procédure de divorce.

- b) **Prise en compte de l'opinion de l'enfant, en particulier en ce qui concerne le droit de visite** : en vertu de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, les enfants ont le droit d'exprimer leur opinion sur les questions qui les concernent et de voir cette dernière dûment prise en considération. Concernant la séparation ou le divorce des parents ainsi que la réglementation du droit de visite, cela ne signifie pas seulement qu'il faut tenir compte de l'avis de l'enfant dans le cadre de la séparation et du divorce au tribunal. Ce que l'on demande ici, c'est une réglementation juridique qui garantisse que le vœu des enfants concernant le contact avec les parents dans le cadre du droit de visite soit pris en compte de manière adaptée à leur âge. Le rapport du Conseil fédéral voit en la matière uniquement une influence négative de la personne qui assume la part principale de la garde. La Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant demande l'introduction d'une disposition légale prévoyant la prise en compte de l'opinion de l'enfant de manière adaptée à son âge quant à l'exercice du droit de visite.



## C. Analyse de la situation économique des enfants et requêtes de la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant en matière de politique familiale

### 1. Analyse de la situation économique des enfants

#### **Pauvreté des familles**

La pauvreté est considérée comme un facteur de risque, démontré scientifiquement, en termes de maltraitances infantiles<sup>12</sup>. Le désavantage social des familles peut générer un stress et porter préjudice à la capacité éducative des parents. En Suisse, les familles qui ont des enfants sont affectées par la pauvreté dans une proportion supérieure à la moyenne. Le rapport 2008 du canton de Berne sur la pauvreté indique qu'un enfant de 0 à 5 ans sur dix reçoit, par l'intermédiaire de ses parents, des prestations de l'aide sociale, tandis que le taux moyen d'aide sociale est de 4.3 %. Les enfants de 0 à 15 représentent 30% de toutes les personnes qui recourent à l'aide sociale. Selon le rapport du canton de Berne, les enfants de nationalité étrangère courent un risque bien supérieur d'avoir besoin de l'aide sociale (20%) que les enfants de nationalité suisse (6%). En Suisse, près de 50% des mariages s'achèvent par un divorce. En Suisse, les familles monoparentales sont exposées à un risque de pauvreté accru. Ainsi, dans le canton de Berne, un ménage monoparental sur quatre a besoin des prestations de l'aide sociale. Dans 97 pour cent des cas, il s'agit de femmes qui élèvent seules leurs enfants<sup>13</sup>.

#### **Contributions d'entretien/ pension alimentaire**

Après la séparation des parents, il est fréquent que le revenu de la famille ne suffise pas à entretenir deux ménages. Une analyse de la pratique juridique actuelle concernant les contributions d'entretien indique que le droit en vigueur impute tout le déficit financier qui suit une séparation ou un divorce au parent qui a droit à la contribution d'entretien et vit la majeure partie du temps avec les enfants. En raison de la façon dont les rôles sont répartis, il s'agit presque toujours de femmes.

---

<sup>12</sup> Inversini, Martin (2002): Psycho-soziale Aspekte des Kindeswohls, in: Gerber Jenni, Regula; Hausammann, Christina (Ed.): Kinderrechte- Kinderschutz, Rechtsstellung und Gewaltbetroffenheit von Kindern und Jugendlichen, Bâle: Helbing & Lichtenhahn

Kindler, Heinz (2006): Wie können Misshandlungs- und Vernachlässigungsrisiken eingeschätzt werden? In Kindler H., Lillig S., Blüml H., Meysen T. & Werner A. (Ed.). Handbuch Kindeswohlgefährdung nach §1666 BGB und Allgemeiner Sozialer Dienst (ASD). München: Deutsches Jugendinstitut e.V., chapitre 70. ([http://db.dji.de/asd/ASD\\_Inhalt.htm](http://db.dji.de/asd/ASD_Inhalt.htm) (3.12.2008))

Kindler, Heinz (2005): Verfahren zur Einschätzung der Gefahr zukünftiger Misshandlung bzw. Vernachlässigung: Ein Forschungsüberblick. In Deegener G., Körner, W. (Ed.). Kindesmisshandlung und Vernachlässigung – ein Handbuch. Göttingen, Hogrefe

<sup>13</sup> Direction de la santé et de la prévoyance sociale du canton de Berne, Rapport social 2008: volume 1: La pauvreté dans le canton de Berne : chiffres, faits et analyses, 2008



Selon la pratique juridique, il n'est possible d'accorder une contribution d'entretien pour les enfants à l'épouse (dans de rares cas à l'époux) seulement dans les cas où le revenu de la personne qui a l'obligation d'entretien dépasse le minimum existentiel selon le droit de poursuite. Cela signifie qu'en raison des prestations d'entretien souvent minimales, la famille monoparentale doit demander une aide sociale. Mais les prestations sociales qu'elle reçoit doivent être remboursées : autrement dit, la famille monoparentale accumule une montagne de dettes<sup>14</sup>.

Une analyse réalisée sur mandat de la Commission fédérale pour les questions féminines par E. Freivogel<sup>15</sup> parvient à la conclusion que, selon les tendances constatées, on accorde des contributions d'entretien pour les enfants toujours plus faibles ; auparavant, on prenant davantage en compte les besoins de l'enfant lors de l'évaluation des contributions d'entretien pour l'enfant. La pension alimentaire de l'enfant fixée par le juge est le montant maximum avancé, à condition que ces prestations ne dépassent pas les montants maximaux, variables d'un canton à l'autre (généralement la rente simple d'orphelin maximale) .

### **Problème des règlements cantonaux sur l'avance et le recouvrement des pensions alimentaires :**

Pour diverses raisons, les parents qui ont l'obligation d'entretien ne veulent ou ne peuvent pas toujours tenir leurs engagements concernant l'entretien. Afin d'atténuer le risque de pauvreté qui l'accompagne pour le parent qui a droit à l'entretien et pour ses enfants, il existe dans tous les cantons des possibilités de recouvrement et d'avance de la pension alimentaire. Les deux mesures sont soumises à des règlements cantonaux. Un sondage réalisé par l'Office fédéral de la justice à la demande de la sous-commission de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national<sup>16</sup> révèle que les montants supérieurs avancés par enfant varient fortement et que l'avance de la pension alimentaire se fonde sur des bases de calcul extrêmement différentes d'un canton à un autre. Les montants minimaux de l'avance varient d'un canton à l'autre aussi bien que les montants maximaux. Cela signifie que la pauvreté des enfants et des familles est liée au domicile. Généralement, ce ne sont que les pensions alimentaires des enfants qui sont avancées et non pas les pensions alimentaires des adultes.

---

<sup>14</sup> Nachehelicher Unterhalt, Verwandtenunterstützung , Sozialhilfe: Wenn das Familieneinkommen nach Trennung und Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen. Eine Analyse von Gerichtsurteilen, Sozialhilfegesetzgebung und –praxis.

<sup>15</sup> Nachehelicher Unterhalt, Verwandtenunterstützung , Sozialhilfe: Wenn das Familieneinkommen nach Trennung und Scheidung nicht für zwei Haushalte ausreicht: Rechtsprechung und Änderungsbedarf bei Mankofällen. Eine Analyse von Gerichtsurteilen, Sozialhilfegesetzgebung und –praxis.

<sup>16</sup> Gesetzgeberische Möglichkeiten im Bereich der Alimentenharmonisierung, Bericht des Bundesamtes für Justiz vom 13. Juni 2005 (zitiert aus: Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 13. Januar 2006 zu den drei Geschäften: 06.3001, 06.3002, 06.3003)



L'analyse du Département fédéral de la justice parvient à la conclusion que la Confédération n'a pas actuellement la compétence d'imposer aux cantons certaines prescriptions concernant le modèle de calcul, les bases de calcul, le montant maximum des avances, les limites des prétentions, etc.. L'Office fédéral envisage la possibilité « *que la Confédération ne verse une aide financière qu'aux cantons qui acceptent d'avancer, en plus de la pension alimentaire des enfants, également les contributions d'entretien du parent divorcé. Ceci créerait pour les cantons une incitation financière qui les pousserait à introduire l'avance de la pension alimentaire des adultes – qui n'existe que dans de rares cantons et est importante pour combattre la pauvreté des familles.* »<sup>17</sup>

### **Aide sociale :**

Les obligations d'entretien des personnes qui reçoivent le soutien de l'aide sociale ne sont pas prises en compte lors du calcul des montants attribués par l'aide sociale. Autrement dit, s'il est prévu qu'un homme paie la pension alimentaire de son enfant et que l'acquittement de ce montant ne lui assure plus le minimum existentiel, il recevra uniquement, de la part de l'aide sociale, le montant qui permet de couvrir les besoins de son ménage. Il ne paiera donc plus la pension alimentaire de l'enfant. La femme qui élève seule l'enfant devra obtenir auprès de l'aide sociale le montant qui lui manque en raison de la pension alimentaire qui n'a pas été versée (si une avance n'est pas possible ou ne suffit pas). La personne qui élève seule son enfant verra donc augmenter sa dette sociale.

## **2. Requêtes en matière de politique familiale:**

Cette analyse de la situation entraîne, du point de vue de la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant, toute une série de requêtes en matière de politique familiale :

- a) **Prestations complémentaires pour les familles à faible revenu:** la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant demande l'introduction de prestations permettant de garantir le minimum existentiel des familles (Cf. motions J. Fehr 00.0436 et L. Meier-Schatz 00.437).
- b) **Contribution d'entretien minimales:** la garantie d'un minimum existentiel pour les enfants devrait être absolument prioritaire lors du calcul des contribution d'entretien pour les enfants. Pour y parvenir, il y a lieu au besoin, lors du calcul des contributions d'entretien des enfants, d'empiéter sur les besoins personnels (minimum existentiel) du parent ayant l'obligation d'entretien 18. Ceci devrait être réglé à l'échelon national afin de garantir l'égalité des chances des enfants.

---

<sup>17</sup> Gesetzgeberische Möglichkeiten im Bereich der Alimentenharmonisierung, Rapport de l'Office fédéral de la justice du 13 juin 2005

<sup>18</sup> Cf. Freivogel Elisabeth: Contributions d'entretien après le divorce, soutien financier par des proches parents, aide sociale : résumé d'une analyse des jugements, de la législation et de la pratique en matière d'aide sociale, établi sur mandat de la Commission fédérale pour les questions féminines. In: Questions féminines 1.2007 ,p. 18.



- c) **Loi cadre nationale concernant l'aide sociale qui réglerait par exemple les points suivants concernant les enfants** : lors du calcul du minimum existentiel social pour le versement de l'aide sociale, il faudrait également tenir compte des obligations d'entretien relevant du droit de la famille que le/la bénéficiaire de l'aide sociale est tenu/e de respecter envers ses enfants mineurs. Le montant des obligations d'entretien dont il faut tenir compte peut être limité pour autant que la personne ayant droit à l'entretien et ses enfants puisse couvrir le minimum existentiel social selon l'aide sociale. Ces contributions devraient être versées directement par l'autorité sociale à la personne qui a droit à l'entretien<sup>19</sup>.
- d) **L'obligation de remboursement pour les dettes issues du droit à l'aide sociale** qui se sont accumulées parce que les contributions d'entretien versées pour les enfants n'étaient pas appropriées doit être supprimée dans l'ensemble de la Suisse.<sup>20</sup>
- e) **Harmonisation nationale de l'avance et du recouvrement des pensions alimentaires**: la Fondation Suisse pour la Protection de l'Enfant demande une harmonisation au niveau national de l'avance et du recouvrement des pensions alimentaires (Cf. Postulat de la Commission pour la sécurité sociale et la santé publique du CN, 06.3003). Il s'agit de parvenir de toute urgence à une harmonisation des montants avancés individuellement et d'introduire l'avance des pensions alimentaires des adultes à l'échelon national <sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Cf. Freivogel Elisabeth: Contributions d'entretien après le divorce, soutien financier par des proches parents, aide sociale: résumé d'une analyse des jugements, de la législation et de la pratique en matière d'aide sociale, établi sur mandat de la Commission fédérale pour les questions féminines. In: Questions féminines 1.2007 ,p. 20.

<sup>20</sup> Cf. Freivogel Elisabeth: Contributions d'entretien après le divorce, soutien financier par des proches parents, aide sociale: résumé d'une analyse des jugements, de la législation et de la pratique en matière d'aide sociale, établi sur mandat de la Commission fédérale pour les questions féminines. In: Questions féminines 1.2007 ,p. 20.

<sup>21</sup> Si l'on veut que la Confédération puisse prescrire aux cantons certaines conditions, il faudrait, selon le rapport de l'Office fédéral de la justice, introduire les bases nécessaires dans la Constitution (Cf. Gesetzgeberische Möglichkeiten im Bereich der Alimenterharmonisierung, Rapport de l'Office fédéral de la justice du 13 juin 2005)