

Révision du droit du divorce: propositions de la CSDE

Document de base du groupe de travail Droit du divorce (Bettina Bannwart, Eva Krähenbühl, Regula Kuhn, Regula Strobel) décidé lors de la Conférence suisse des déléguées à l'égalité du 11 mars 2008

Sommaire

1. Etudes et interventions parlementaires sur le nouveau droit du divorce et son application	2
1.1. Généralités	
1.2. Etudes sur l'évaluation de la compensation de la prévoyance	
1.3. Sondage sur le droit du divorce	
1.4. Etude sur les contributions d'entretien et l'aide sociale	
1.5. Interventions parlementaires	
1.6. Révisions du droit du divorce envisagées et planning	
2. Situation des divorces en Suisse	5
2.1. Chiffres et définition de l'autorité parentale	
2.2. Répartition des rôles pendant la vie commune et répercussions en cas de séparation	
2.3. Familles monoparentales – situation économique et sociale	
2.4. Répercussions concernant l'activité professionnelle et la sécurité sociale	
2.5. Règles relatives à la pension alimentaire et leurs conséquences ¹	
3. Aspects émotionnels liés au divorce et conséquences	8
3.1. Les enfants au centre du conflit	
3.2. Droit de visite conflictuel	
3.3. Fossé entre la réglementation juridique des relations parent-enfant et l'organisation de la vie au quotidien	
4. Exemple de réglementation juridique de l'autorité parentale, projet de loi Cantieni	11
5. Conclusions	12
6. Revendications de la Conférence suisse des déléguées à l'égalité	13

Introduction

En octobre 2006², la CSDE a organisé, avec la participation d'alliance f et masculinité.ch, le colloque « Partager la responsabilité parentale entre partenaires – qu'en est-il lors du mariage, d'une séparation ou d'un divorce ? ». Ce colloque visait à rendre plus objectif le débat sur l'autorité parentale et à l'élargir, en prenant en considération d'autres aspects juridiques, économiques et sociaux que recouvre le divorce dans la réalité.

Suite à cette journée, la CSDE a chargé un groupe de travail de rédiger, à l'intention de la conférence de printemps 2007, un document de base à usage interne. Celui-ci a pour but de déterminer la position de la Conférence suisse des déléguées à l'égalité face aux futures modifications du droit du divorce, qui seront mises en consultation par la Confédération, et d'en proposer de nouvelles. Ainsi, ce document pourra servir de base commune aux différents bureaux de l'égalité cantonaux, dans le but de pouvoir argumenter et prendre position dans les différentes procédures de consultation ou débats autour du thème du divorce.

Le présent document traite notamment de la réglementation de l'autorité parentale, en référence au postulat Wehrli d'octobre 2005, qui demande au Conseil fédéral de se déterminer s'il serait possible de faire de l'autorité parentale conjointe la règle. Il tente également de présenter les principaux points nécessitant, sous l'angle de la politique d'égalité, une révision dans le droit actuel du divorce et de souligner l'orientation que doivent prendre les réformes.

Dans l'annexe figurent en outre quelques propositions sur des études et projets susceptibles de contribuer à combler le manque de recherches et de statistiques sur le sujet, et d'améliorer la situation actuelle des familles divorcées au niveau fiscal, judiciaire et de l'information.

1. Etudes, recherches et interventions parlementaires sur le nouveau droit du divorce et son application

1.1. Généralités

Le nouveau droit du divorce est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2000. Il a notamment introduit la possibilité, offerte aussi aux couples non mariés, de demander l'attribution de l'autorité parentale conjointe sur les enfants.

Des interventions parlementaires ont amené depuis lors le Conseil fédéral à effectuer deux évaluations sur l'application, dans la pratique, du nouveau droit du divorce. Parallèlement à l'évaluation de la compensation de la prévoyance (Bureau Griff, Berne), l'Office fédéral de la justice a réalisé un sondage auprès des juges, avocates et avocats, médiatrices et médiateurs sur leurs souhaits d'améliorations.

Depuis 2000, plusieurs interventions parlementaires relatives à des modifications ponctuelles du droit du divorce ont été déposées.

Dans le cadre du Programme national de recherche PNR 52 « L'enfance, la jeunesse et les relations entre générations dans une société en mutation », quelques projets se sont intéressés au divorce, aux mutations au sein de la famille et à la protection de l'enfant.³ (voir 3.4)

1.2. Etude sur l'évaluation de la compensation de la prévoyance

Dans leur étude « Evaluation de la compensation de la prévoyance » de 2004, effectuée dans le cadre du PNR 45 « Problèmes de l'Etat social », Katerina Baumann et Margareta Lauterburg aboutissent à la conclusion que la pratique des tribunaux est insatisfaisante dans le domaine du partage des avoirs de prévoyance, du point de vue de l'égalité entre femmes et hommes.

² Voir documentation du colloque sur le site: www.responsabilite-parentale.ch

³ Voir www.nfp52.ch

Le partage par moitié des avoirs de la prévoyance n'est pas compris en tant que principe de droit impératif – et ce au détriment des femmes.⁴ Les auteures de l'étude recommandent une formulation plus stricte de la loi, afin de garantir une prévoyance suffisante pour les femmes comme pour les hommes. Les interventions parlementaires allant dans ce sens d'Anita Thanei (renonciation à des prestations de prévoyance uniquement lors d'unions de courte durée et sans enfants) et de Carlo Sommaruga (compensation impérative) n'ont pas été suivies.⁵

1.3. Sondage sur le droit du divorce de l'OFJ

En mai 2005, l'Office fédéral de la justice publiait les résultats du sondage réalisé auprès des juges, avocat-e-s, médiatrices et médiateurs sur l'application du droit du divorce. 950 personnes – 64 % d'hommes et 36 % de femmes – ont répondu au questionnaire.

Alors que les données n'ont pas été analysées selon le sexe, les principaux résultats sont les suivants :

- Nécessité de modifications importantes du droit du divorce : 78% des personnes interrogées n'y souscrivent pas.
- Compensation de la prévoyance : la réglementation en vigueur (122 ss CC) satisfait la majorité.
- Autorité parentale commune : 61,5 % trouvent « satisfaisante » la réglementation actuelle selon laquelle l'autorité parentale commune n'est possible que sur requête conjointe des parents (133 et 298a CC). La majorité (56 %) refuse que l'autorité commune soit la règle, 36 % approuvent un changement.
- Audition des enfants: la majorité qualifie de satisfaisante la réglementation existante, mais critique les différences d'application (144, al. 2 CC).
- Entretien après le divorce: la majorité est satisfaite de la réglementation actuelle (125 CC), mais d'aucuns regrettent une jurisprudence trop différenciée des tribunaux cantonaux.⁶

1.4. Etude sur les contributions d'entretien et l'aide sociale.

Elisabeth Freivogel a réalisé une étude intitulée « Contribution d'entretien après le divorce – soutien financier par des proches parents – aide sociale », publiée en juin 2007 par la Commission fédérale pour les questions féminines (CFQF)⁷. Cette étude montre que le risque de recours à l'aide sociale est deux fois plus élevé pour les femmes divorcées que pour les hommes divorcés. Ceci est dû notamment à la pratique constante, depuis une jurisprudence du TF, qui empêche de porter atteinte au minimum vital de la personne débitrice de contributions d'entretien. Or le débiteur d'aliments est, dans la majorité des divorces, l'homme, du fait de la répartition traditionnelle des rôles au sein des familles. Ainsi, le minimum vital de l'homme divorcé n'est pas empiété. La femme divorcée, à qui revient le plus souvent la garde des enfants, supporte donc à elle seule la charge du déficit et doit s'adresser à l'aide sociale, afin de subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants. Or l'aide sociale est remboursable dans la plupart des cantons, dès que la situation financière de l'ayant-droit s'améliore, quelle qu'en soit la cause. Les proches parents des ayant-droit aux contributions d'en-

⁴ www.sozialstaat.ch/d/programm/programm.html. Baumann, Katerina / Lauterburg, Margareta, Evaluation Vorsorgeausgleich, Eine empirische Untersuchung an sieben Scheidungsgerichten, Schriftenreihe zum Familienrecht FamPra.ch, volume 3, Berne 2004. Voir aussi la brochure « Divorce, caisse de pension, AVS/AI – Ce qu'il vous faut savoir », éditée par la CSDE (réédition au printemps 2007)

⁵ Initiatives parlementaires 04.405 (Anita Thanei) et 04.409 (Carlo Sommaruga)

⁶ <http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/dokumentation/mi/2005/2005-07-01.html>; Rapport consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs, y compris synthèse des résultats et prise de position du Conseil fédéral, Office fédéral de la justice, mai 2005

⁷ Contribution d'entretien après le divorce – soutien financier par des proches parents – aide sociale. Jurisprudence et nécessité de changement dans les cas de déficit. Une analyse des décisions judiciaires, de la législation ainsi que de la pratique en matière d'aide sociale. Résumé et recommandations, voir www.comfem.ch, rubrique Publications.

retien sont parfois également tenus d'apporter leur soutien financier, alors que les proches du débiteur ou débitrices d'aliments ne le sont pas.

La CFQF demande une réglementation sexospécifique de l'entretien après le divorce en cas de déficit. Lors d'un divorce, le tribunal doit partager entre les deux partenaires le déficit éventuel, en tenant également compte de la constitution de la prévoyance vieillesse pour l'homme comme pour la femme. Même lorsque la situation financière familiale est serrée, les contributions d'entretien pour les enfants ne doivent pas être fixées en dessous de la rente simple d'orphelin. Si la situation financière de la famille contraint une personne à toucher l'aide sociale, celle-ci ne doit en principe pas être astreinte au remboursement, lorsque l'amélioration de la situation financière résulte de sa propre activité professionnelle. Afin de garantir l'égalité juridique pour l'aide sociale à l'échelle du pays, la Commission propose la création d'une loi-cadre nationale.

1.5. Interventions parlementaires

- Autorité parentale conjointe : le 7 octobre 2005, le Conseil national a transmis un postulat de Reto Wehrli au Conseil fédéral en l'invitant à déterminer s'il serait possible de faire de l'autorité conjointe la règle.⁸
- Avances et recouvrement des pensions alimentaires : le 7 juin 2006, le Conseil national a adopté, contre l'avis du Conseil fédéral, un postulat dans le sens d'une harmonisation des avances et du recouvrement des pensions alimentaires.⁹

1.6. Révisions du droit du divorce envisagée et planning

Dans sa prise de position suite au sondage réalisé auprès des professionnel-le-s, (cf. point 1.3) et en se fondant sur ses résultats, le Conseil fédéral n'envisage pas de révision exhaustive du droit du divorce entré en vigueur en 2000. Il voit néanmoins une nécessité de réformes ponctuelles¹⁰:

- Suppression du délai de réflexion de deux mois en cas de divorce sur requête commune : la consultation sur cet objet est terminée,
- Compensation de la prévoyance: combler les lacunes et procéder à des retouches,
- Audition des enfants : unifier la pratique,
- Autorité parentale conjointe : examiner si et dans quelle mesure il est possible de promouvoir cette mesure,
- Droit de visite : procéder à un examen éventuel de son application.

Selon les renseignements de l'Office fédéral de justice (OFJ), des projets concernant l'autorité parentale conjointe en tant que règle, ainsi que d'autres revendications en suspens relatives au droit du divorce (surtout compensation de la prévoyance) vont être envoyés en consultation. L'OFJ devrait ouvrir la procédure de consultation au cours du deuxième semestre 2008. Il incombe au Conseil fédéral de décider du moment et de la teneur de la procédure de consultation.

⁸ Postulat 04.3250

⁹ Postulat 06.3003

¹⁰ Voir aussi NZZ 10.1.2006

2. Situation des divorces en Suisse

2.1. Chiffres et définition de l'autorité parentale

En Suisse, le taux de divorce (rapport entre divorces et conclusions de mariage) a atteint, en 2005, un nouveau plafond avec 52,6%. Sur 21'332 divorces, 16'369 enfants étaient concernés dans 9'759 cas.¹¹

La plupart des divorces – quelque 90 % – se font sur requête commune, sur la base d'une convention approuvée par le tribunal. Le ou la juge tranche les questions non réglées dans la convention ou les divorces litigieux.¹²

Sur les 16'369 enfants mineurs concernés par le divorce de leurs parents, 66,6 % ont été attribués en 2005 à la seule autorité de la mère et 5,7 % à la seule autorité du père. L'autorité parentale conjointe a concerné 27,4 % des enfants mineurs pour toute la Suisse. Cependant, dans les cantons romands, elle est prononcée dans 42,6 % des cas, tandis qu'en Suisse alémanique seuls 23,3 % des divorces sont concernés. Les extrêmes sont Neuchâtel avec 50,7 % et le Tessin (9,6 %).¹³

L'autorité parentale englobe les soins, l'éducation, la formation, la représentation légale de l'enfant ainsi que l'administration de sa fortune. La garde fait partie intégrante de l'autorité parentale et porte sur les soins et l'éducation de l'enfant au quotidien et sur le pouvoir de décider du lieu de séjour de l'enfant.

Le nouveau droit du divorce de 2000 offre la possibilité de maintenir l'autorité parentale conjointe à certaines conditions. Aux termes de l'article 133 CC, les deux parents doivent la demander conjointement et présenter à la justice une convention compatible avec le bien de l'enfant, qui détermine la participation des parents à la prise en charge des enfants et la répartition des frais d'entretien ; cette convention est soumise à la ratification de la ou du juge. Cependant, aucune prise en charge minimale des deux parents n'est requise.

En cas d'autorité parentale conjointe, la garde de l'un-e n'exclut pas le droit de l'autre détenteur/détentrice de l'autorité parentale de participer aux décisions relatives aux soins du quotidien. Si l'autorité parentale revient à un seul parent, l'autre a le droit d'entretenir des relations personnelles (droit de visite) et d'être informé et renseigné.¹⁴

2.2. Répartition des rôles pendant la vie commune et répercussions en cas de séparation

Pourquoi, malgré la possibilité instaurée par la loi depuis 2000, l'autorité parentale conjointe n'est-elle pas encore devenue la règle ?

Dans la plupart des couples mariés avec enfants, les activités professionnelles et les tâches familiales se répartissent selon le modèle traditionnel : le père travaille à plein temps, la mère exerce une activité à temps partiel, s'occupe des enfants et des tâches domestiques. Dans 83 % des familles avec des enfants de moins de 15 ans, c'est la femme qui est principalement en charge du travail domestique. Dans 2 % des cas, c'est l'homme qui en a la charge, et dans 13 % des ménages, la femme et l'homme assument ensemble ces tâches. Ces dernières années, la proportion des mères ayant une activité lucrative a connu une forte augmentation. Près de deux tiers des mères dans des ménages biparentaux avec un enfant

¹¹ Stutz Heidi, Analyse des données pour le colloque « Partager l'autorité parentale entre partenaires – qu'en est-il lors du mariage, d'une séparation ou d'un divorce », Berne, 26 octobre 2006 (Source OFS BEVNAT)

¹² CC 111 ss. Les points suivants sont à régler: attribution de l'autorité parentale, droit de visite du parent n'ayant pas la garde, pension alimentaire pour les enfants et le conjoint, partage de la prévoyance professionnelle, répartition de la fortune.

¹³ Office fédéral de la statistique (BEVNAT): Divorce: attribution de l'autorité parentale pour les enfants mineurs, 1984 à 2005

¹⁴ CC 273, 275a

de moins de 6 ans ont un travail rémunéré. Cette proportion atteint 80 % quand les enfants sont en âge scolaire. La plupart des femmes ont cependant un travail à temps partiel, et souvent avec un taux d'activité bas¹⁵. A contrario, et selon les chiffres de l'OFS, seulement environ 1 % des deux millions d'hommes actifs étaient, en 2005, occupés à temps partiel afin de pouvoir participer plus activement aux tâches domestiques et familiales.

Cette répartition inégale du travail entre les femmes et les hommes pendant la vie commune a des répercussions lors du divorce. L'autorité parentale et le droit de garde seront le plus souvent attribués en respectant la répartition antérieure du couple entre travail professionnel et travail domestique. Par conséquent, la répartition des charges entre parents divorcés est la conséquence de la répartition des tâches du temps du mariage. Etant donné que la femme s'occupe des enfants dans la majorité des familles, la garde des enfants lui est attribuée lors du divorce. Tel est aussi le plus souvent le cas quand le couple parental demande à continuer d'exercer conjointement l'autorité parentale. (voir 3.3.)

2.3. Familles monoparentales – situation économique et sociale

Un divorce a de vastes répercussions financières et sociales pour toutes les personnes concernées. En effet, les mêmes ressources doivent permettre de financer et d'entretenir deux familles avec deux domiciles distincts.

Selon la dernière étude sur la pauvreté datant de 1997, 5.3% de tous les hommes divorcés et près du double de femmes divorcées – 10.3% – vivent en dessous du seuil de pauvreté¹⁶ et 88 % des personnes élevant seules leurs enfants sont des femmes.¹⁷

En 2005, la Suisse comptait 121'000 familles monoparentales avec des enfants ayant droit à un entretien (moins de 16 ans), ce qui représentent 12 % de tous les ménages familiaux.¹⁸ 22 % des familles monoparentales bénéficiaient de l'aide sociale et près d'un quart disposait du minimum vital.¹⁹ Environ 200'000 enfants en Suisse vivent dans la pauvreté.

Ces chiffres montrent que les femmes divorcées sont, à divers égards, exposées à des charges considérables. En plus de la responsabilité de l'éducation, de la garde des enfants au quotidien, les femmes à la tête d'une famille monoparentale doivent parfois assumer en grande partie ou même entièrement l'entretien financier de la famille, soit parce que les contributions d'entretien ne sont pas versées régulièrement, soit parce qu'elles n'y ont pas droit du fait du déficit du ménage qui est entièrement reportés sur les ayant-droits.

En effet, la jurisprudence du Tribunal fédéral qui protège le minimum vital du débiteur de la contribution d'entretien n'est remise en question que depuis peu²⁰.

Cette pratique a pour conséquence qu'en cas de ressources insuffisantes du parent débiteur des contributions d'entretien, les ayant-droit à ces contributions (enfants et parent gardien) doivent recourir à l'aide sociale pour couvrir leur propre minimum vital. Or les dettes de l'aide sociale reposent unilatéralement sur la personne les requérant, c'est-à-dire sur le parent assurant la garde

¹⁵ Stutz Heidi, (Source ESPA)

¹⁶ Voir Leu Robert / Burri Stefan / Priester Tom: Lebensqualität und Armut in der Schweiz, 1997, ainsi que Freivogel Elisabeth, voir supra.

¹⁷ Hausherr Anna / Faschon Christiane, voir supra

¹⁸ Hausherr Anna et Faschon Christiane, Fédération suisse des familles monoparentales (FSFM), Wie schützen die Kantone die Rechte der Kinder? Untersuchung zur Alimentenbevorschussung und In-kassohilfe in den Kantonen, (Comment les cantons protègent-ils les droits des enfants ? Etude sur les avances de contributions d'entretien et l'aide au recouvrement dans les cantons), Berne 2005

¹⁹ Stutz Heidi, voir supra

²⁰ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 2006, 5C.77/2006, consid. 4: « On peut dès lors se demander si cette jurisprudence ne nécessiterait pas un nouvel examen, ce d'autant plus qu'elle est (parfois vivement) critiquée par la majorité de la doctrine et peut notamment être aussi tenue pour incompatible avec le principe de l'égalité en droit. »

à titre principal. En outre, dans certains cantons, les bénéficiaires de l'aide sociale ont une obligation de remboursement en cas de retour à meilleure fortune (cf. pt 1.3).²¹

On ignore tout du nombre de débiteur-trices d'aliments qui touchent l'aide sociale. Bien que des données sur la situation économique des personnes versant une pension alimentaire et des personnes en bénéficiant soient recueillies tant par l'OFS que dans les enquêtes ESPA, elles n'ont pas fait, à ce jour, l'objet d'analyses. De même, aucune étude ne s'est intéressée à quelle fréquence les personnes divorcées avec enfants vivent dans des familles recomposées et quelle est leur situation économique.²²

2.4. Répercussions concernant l'activité professionnelle et la sécurité sociale

Conformément à la jurisprudence actuelle de la haute Cour et en vertu du principe du "clean break"²³, les femmes divorcées doivent contribuer elle-même à leur propre entretien, et n'ont droit à des contributions d'entretien propres versées par l'ex-conjoint que durant la période pendant laquelle les enfants doivent être pris en charge (jusqu'à ce que le dernier enfant ait 10 ans environ). Elles sont, par conséquent, contraintes de prendre une activité professionnelle dès que la situation de garde le permet.

Or, la réintégration dans le marché du travail est difficile pour ces femmes, surtout lorsqu'elles se sont consacrées pendant une longue période au travail familial et n'ont eu aucune activité professionnelle ou à temps très partiel. Dans la plupart des cas également, ces femmes ont arrêté leur formation pour se consacrer à leur famille, n'ont qu'une formation de base, ou n'ont même aucune formation. En outre, si les postes à temps partiel offrent la possibilité de concilier activité professionnelle et tâches familiales, ils sont aussi associés à des pertes financières salariales, à de moindres chances de promotion professionnelle, et ils ne concernent généralement pas des postes de cadre.

En outre, des interruptions dans l'activité professionnelle et un travail à temps partiel ont une incidence sur les assurances sociales, en particulier sur le capital de la caisse de pension. Certes, le droit du divorce prévoit que la part de la prévoyance professionnelle acquise durant le mariage doit être partagés par moitié. Mais le partage des avoirs de prévoyance, pourtant de droit impératif, n'est pas toujours convenu dans les conventions de divorce à l'amiable ni vérifié avec constance par les juges.²⁴ De plus, le partage ne concerne que la part acquise durant le mariage et ne tient pas compte des pertes de prévoyance subies après le divorce, pertes dues à un travail à temps partiel permettant d'assurer la garde des enfants du couple, à un salaire moindre dû à un arrêt dans la carrière professionnelle, à une formation inférieure, etc. La conséquence à long terme de cet état de fait engendre une précarité lors de la retraite, qui affectera surtout les femmes.

²¹ Voir arrêt du Tribunal fédéral du 14 décembre 2006, 5C.77/2006, consid. 4: « On peut dès lors se demander si cette jurisprudence ne nécessiterait pas un nouvel examen, ce d'autant plus qu'elle est (parfois vivement) critiquée par la majorité de la doctrine et peut notamment être aussi tenue pour incompatible avec le principe de l'égalité en droit. »

²² Stutz Heidi, voir supra

²³ Le principe du clean-break: il s'agit de favoriser autant que possible la fin de l'interdépendance financière des époux après le divorce. Dès lors on considère que les conjoints ne se doivent en principe aucune contribution d'entretien. Selon le principe de la solidarité, les époux doivent toutefois s'aider mutuellement à faire face à la fin de la communauté économique née du mariage. Ainsi, lorsque l'épouse n'est pas en mesure de pourvoir elle-même à son entretien convenable, son ex-conjoint lui doit une contribution équitable.

²⁴ Baumann / Lauterburg, voir supra

2.5. Règles relatives à la pension alimentaire et leurs conséquences²⁵

Actuellement, la contribution d'entretien due à l'enfant n'est pas déterminée en fonction du besoin effectif de l'enfant, mais en fonction des ressources financières du parent n'assurant pas la garde. En conséquence, les contributions d'entretien fixées par le tribunal ne couvrent pas toujours les frais effectifs; les Tribunaux tiennent, par exemple, rarement compte des frais d'accueil extrafamilial des enfants. Par ailleurs, et comme on l'a vu plus haut, il est courant qu'aucune obligation d'entretien ne soit pas fixée, parce que le parent débiteur devrait entamer son minimum vital.²⁶ Sur le plan fiscal aussi, les bénéficiaires d'une pension alimentaire subissent des charges importantes : ils doivent payer un impôt sur ce revenu alors que les versements à titre de contributions d'entretien peuvent être déduits des impôts.

En pratique, on remarque que l'application des réglementations en vigueur fait parfois supporter en grande partie, voire en totalité, les frais générés par les enfants sur le parent auprès duquel vivent les enfants, c'est-à-dire le plus souvent sur la mère. Tel est le cas des femmes au bénéfice d'avances de contributions d'entretien, lorsque le débiteur ne paie pas en totalité ou irrégulièrement la pension alimentaire des enfants²⁷. Ce droit existe, mais les avances sont considérées comme une prestation de l'aide sociale, et non comme un droit de l'enfant envers le débiteur (en général, le père), qui devient alors le véritable bénéficiaire des avances. Les avances sont allouées – à l'exception de trois cantons (BE, GE, TI) – à titre de prestation en cas de besoin, ce qui implique qu'elles dépendent du revenu et de la fortune de la famille monoparentale. Un revenu plus important du parent gardien, provenant d'une activité professionnelle complémentaire, entraîne un effet de seuil qui sanctionne toute augmentation du revenu. Les limites de revenu et de fortune donnant droit à l'octroi d'avances de pension alimentaire varient selon les cantons et sont le plus souvent très basses. En outre, il n'existe pas de contribution minimale, les avances maximales étant en revanche plafonnées (entre CHF 400.- à FR / NE et CHF 1'157.- à ZG).

Ces mécanismes ont pour effet de précipiter les familles monoparentales dans le cercle vicieux de la dépendance et de l'endettement. Si le salaire, les aliments ou les avances ne suffisent pas à la subsistance de la famille, celle-ci a pour seul choix de recourir à l'aide sociale. La famille d'origine des personnes élevant seules leurs enfants – mais pas celle du débiteur de l'entretien – peut dans ce cas être tenue d'apporter un soutien financier. De plus, les familles monoparentales doivent rembourser à la collectivité les frais cumulés de l'aide sociale, lorsque leur situation financière s'améliore du fait de leur activité professionnelle. L'incitation à améliorer sa situation financière est par conséquent faible. Par conséquent, selon l'âge auquel le divorce intervient, et en fonction de la formation et des perspectives professionnelles des femmes, à qui la garde des enfants a été attribuées, celles-ci se trouvent dans l'impossibilité toute leur vie durant de restituer les montants octroyés et restent dépendantes de l'aide sociale.

3. Aspects émotionnels liés au divorce et conséquences

L'issue d'un divorce est parfois ressentie comme injuste par les ex-conjoints, dans la mesure où se confondent doléances émotionnelles et revendications matérielles. Or, le rôle de la justice n'est pas de compenser ou d'indemniser les pertes émotionnelles avec du matériel.

²⁵ Hausherr Anna / Faschon Christiane, voir supra; Freivogel Elisabeth, voir supra.

²⁶ Jurisprudence du Tribunal fédéral; signes d'un changement de pratique: voir ATF du 14 décembre 2006, 5C.77/2006

²⁷ Si les aliments des enfants ne sont pas encore fixés, c'est-à-dire en l'absence pour l'heure d'un titre juridique correspondant (p. ex. jugement de divorce), le droit à des avances n'existe le plus souvent pas.

Les femmes, qui se sont consacrées à l'éducation des enfants en mettant leur carrière en veilleuse, l'ont fait sur la base de promesses d'une vie de couple sur le long terme et des garanties financières en découlant. Dans la plupart des cas, elles n'ont anticipé ni la séparation, ni ses répercussions financières. La prise de conscience des conséquences de leur renoncement est alors souvent vécue avec difficulté.

Suite à la séparation, de nombreux hommes sont peu motivés à contribuer encore à la subsistance de leur ex-partenaire, considérant qu'ils n'ont pas à jouer le rôle du "père-payeur".

Alors que certains pères ne s'engageaient pas dans l'éducation des enfants pendant le mariage, en laissant ce rôle à leur épouse, c'est uniquement suite au divorce qu'ils considèrent, pour la première fois, le rôle actif qu'ils peuvent jouer dans l'éducation de leurs enfants. Certains voient alors le divorce comme la chance de s'engager plus en avant dans leur rôle de père. Cependant, il est actuellement difficile de savoir quels sacrifices concrets, ces nouveaux pères sont prêts à consentir, notamment sur le plan professionnel. D'où la difficulté, pour certaines femmes, à vivre ce retournement de situation avec sérénité.

3.1. Les enfants au centre du conflit

Les ressentis, tant émotionnels que financiers, ainsi que les changements induits suite au divorce ont parfois des répercussions sur l'entente générale avec l'ex-partenaire et vont même jusqu'à empêcher la prise de décision commune concernant les enfants, voire engendrent des conflits à leur sujet. Plus le divorce se révèle conflictuel, plus les enfants courent le risque d'être pris dans un conflit de loyauté envers l'un de leurs parents ou les deux.

Selon Guy Bodenmann, professeur en psychologie et directeur de l'institut de recherche et de conseil dans le domaine de la famille à Fribourg, il n'existe pas de lien manifeste entre la fréquence des visites et l'état psychique de l'enfant. C'est plutôt la qualité de la relation avec le parent non-gardien qui importe. Cette qualité se traduit dans l'engagement émotionnel du parent vis-à-vis de son enfant, dans la responsabilité éducative qu'il assume, mais aussi dans le respect des obligations d'entretien. Des contacts fréquents avec le parent non-gardien sont un atout supplémentaire, en l'absence de conflits chroniques ou destructeurs entre les parents.²⁸

3.2. Droit de visite conflictuel

Souvent, les conflits se cristallisent autour de l'exercice concret du droit de visite (définition du temps passé ensemble, fiabilité dans le respect des arrangements pris, etc.). Or très souvent, un amalgame est opéré entre le droit de visite et l'autorité parentale.

Juridiquement, les enfants ont le droit d'entretenir des contacts avec le parent auquel ne sont attribuées ni l'autorité parentale, ni la garde. De son côté, le parent concerné a le droit à des relations personnelles avec son enfant et la possibilité de défendre ce droit. Lors du divorce, les parents peuvent convenir d'un droit de visite étendu. En cas de désaccord, le tribunal fixe une étendue minimale en tenant compte la situation dans son ensemble, mais c'est le bien de l'enfant qui constitue la norme suprême.²⁹ Quand le bien de l'enfant risque d'être mis en danger – p. ex. en cas de violence domestique – un droit de visite accompagné peut être mis sur pied.

²⁸ Bodenmann Guy, Die Folgen der Scheidung für die Kinder aus psychologischer Sicht, paru in: Rumo-Jungo, A. & Pichonnaz, P. (éd.), Kinder und Scheidung, Zürich 2006, p. 22

²⁹ NZZ, 11.3.2005, Litige sur le droit de visite. Le bien de l'enfant reste la norme suprême (ATF 131 III 209)

3.3. Fossé entre la réglementation juridique des relations parent-enfant et l'organisation de la vie au quotidien

Dans une étude du PNR 52 publiée en octobre 2006 « Kinder und Scheidung - Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge » (Enfants et divorce – rôle de la pratique juridique dans les transitions de la famille), Heidi Simoni, responsable de la recherche appliquée à l'Institut de l'enfant Marie Meierhofer, et Andrea Büchler, professeure à l'Institut de science du droit de l'Université de Zurich, ont analysé la situation des familles après un divorce. Elles ont interrogé par écrit quelque 2'000 personnes divorcées (avec 3'562 enfants), examiné les dossiers judiciaires, questionné les juges et mené des entretiens avec des familles. Les principaux résultats de l'étude sont les suivants:

- **L'autorité parentale, telle qu'elle est fixée dans le jugement de divorce, ne laisse rien préfigurer de l'organisation du quotidien avec les enfants.**
En effet, 35 % des personnes interrogées ont maintenu, après le divorce, une autorité parentale conjointe de fait avec un droit de visite étendu.
Cependant, 71 % de ces couples continue à perpétuer le modèle traditionnel. La mère est, dans une large mesure, responsable de l'éducation des enfants et du ménage et travaille à temps partiel, tandis que le père a une activité professionnelle à plein temps et entretient des contacts réguliers avec les enfants par le biais du droit de visite. Dans 13 % des cas, la répartition des rôles est inversée.
Seuls 16 % des personnes interrogées se partagent la garde effective des enfants, quoique pas forcément par moitié. Seuls environ 5 % des parents interrogés ont adopté la solution 50-50.
- **Dans les deux à trois ans qui suivent le divorce, la plupart des enfants et des parents sont satisfaits de leur vie et de la façon dont le divorce a été réglé.**
31 % souhaitent une réglementation différente de l'autorité parentale. Les parents se partageant sur le plan juridique et au quotidien l'autorité et la garde des enfants manifestent la plus grande satisfaction.³⁰
En cas d'autorité parentale conjointe, mais de répartition traditionnelle des rôles, 29 % des mères et 9 % des pères voudraient une autre réglementation de l'autorité parentale. Quand la mère est seule à exercer l'autorité parentale, 75 % des pères et 10 % des mères espèrent que la réglementation de l'autorité parentale change.
- Pour 92 % des enfants, les divorces n'engendrent pas de changement au niveau du logement et de la prise en charge.
62 % des enfants ont, deux ou trois ans après le divorce, autant si ce n'est plus de contacts avec leur père que dans la période de séparation.
Dans 31 % des cas, les relations ont diminué et dans 7 % ont été interrompues.
- **La qualité des contacts entre le parent non gardien et les enfants est déterminée par la qualité des contacts entre les parents (capacité à communiquer et à gérer les conflits), indépendamment de la forme de l'autorité parentale.** L'étude révèle en outre que l'audition des enfants est très différemment appliquée par les tribunaux dans le procès de divorce. De manière générale, il semble qu'on se penche trop peu sur leurs intérêts et leurs besoins.

On constate ainsi que, s'agissant du bien de l'enfant, l'autorité parentale conjointe n'est, à elle seule, ni un atout, ni un obstacle à la qualité des relations parent-enfant. Il n'a pas été démontré qu'elle conduit à une meilleure relation entre le parent n'ayant pas la garde princi-

³⁰ Voir aussi Margret Bürgisser / Diana Baumgarten: Kinder in unterschiedlichen Familienformen – Wie lebt es sich im egalitären, wie im traditionellen Modell? Zurich / Coire 2006; Margret Bürgisser: Egalitäre Rollenteilung – Erfahrungen und Entwicklungen im Zeitverlauf, Zurich/Coire 2006 (PNR 52)

pale et l'enfant, ni que l'obligation d'entretien est assumée avec plus de fiabilité. Les facteurs jouant un rôle déterminant sont la capacité des parents à coopérer et à gérer les conflits, de même que la situation telle qu'elle est vécue au quotidien. La satisfaction semble être la plus grande lorsque l'autorité parentale fixée juridiquement et le vécu au quotidien coïncident.

On relève par ailleurs que seule une petite minorité de parents partageant en partenaires les tâches relatives à la garde des enfants. Ainsi, la possibilité de recourir à l'autorité parentale conjointe n'aboutit pas systématiquement à une répartition égalitaire des tâches, loin s'en faut.

On constate, dès lors, que les attentes autour de la notion même d'autorité parentale conjointe ne sont pas les mêmes pour tous les partenaires et qu'une certaine insécurité est engendrée par la dissociation entre la détermination judiciaire de l'autorité parentale et vécu quotidien.

4. Exemple de réglementation juridique de l'autorité parentale, projet de loi Cantieni

S'inspirant des résultats d'études conduites dans le cadre du PNR 52, Linus Cantieni, dr. en droit et assistant à la chaire de la professeure Büchler à Zurich, a élaboré un projet de loi, présenté à l'occasion du colloque « Autorité parentale ». ³¹ Dans son projet, les compétences décisionnelles des parents sont liées à la réalité de la garde.

Ainsi, l'autorité parentale doit en principe être laissée aux deux parents et n'être retirée que lorsque la protection de l'enfant ³² l'impose.

L. Cantieni propose de classer la compétence décisionnelle en fonction de l'importance des décisions à prendre : ³³

- *Affaires quotidiennes*
Le parent s'occupant des enfants à titre principal décide de façon autonome.
- *Affaires d'une certaine portée*
Le parent s'occupant des enfants à titre principal décide de façon autonome. Cependant, l'autre parent a la possibilité de faire examiner la décision auprès de l'autorité tutélaire quant à sa compatibilité avec le bien l'enfant.
Sont mentionnés ici:
 1. Choix scolaire et professionnel
 2. Changement de domicile
 3. Hébergement chez des tierces personnes
 4. Pratique de sports dangereux
 5. Adhésion à une communauté religieuse ou sortie d'une telle communauté
 6. Importantes mesures juridiques
- *Affaires d'une portée particulière*
Les décisions suivantes requièrent impérativement l'accord des deux parents:
 1. Changement de nom
 2. Séjour de longue durée de l'enfant à l'étranger
 3. Interventions médicales d'une portée spéciale.

³¹ Linus Cantieni: Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – Eine empirische Untersuchung; Schriftenreihe zum Familienrecht, Stämpfli Verlag, Berne 2007, voir notamment la proposition de loi commentée dans § 11. L'autorité parentale conjointe *de lege ferenda*, p. 269 ss. Voir aussi Andrea Büchler/Linus Cantieni/Heidi Simoni, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda - ein Vorschlag, in: FamPra 2/2007.

³² Voir Linus Cantieni, p. 275, également N 881: Les cas visés sont notamment ceux où il peut être démontré qu'un parent met en danger l'intégrité physique et psychique de l'enfant – que l'on songe en particulier à la violence domestique contre l'enfant ou contre l'autre parent.

³³ Voir Linus Cantieni, p. 291 s.

5. Conclusions de la CSDE

- **Fixation des contributions d'entretien, avances et recouvrement**

Des réformes dans ces domaines s'imposent avec urgence. Il s'agit de fixer à l'échelle nationale un montant minimal de la contribution d'entretien pour les enfants et d'harmoniser au niveau fédéral les avances permettant de garantir le minimum vital³⁴. L'éventuel déficit financier doit être partagé entre les deux partenaires, en tenant également compte de la constitution de la prévoyance vieillesse.

- **Prévoyance professionnelle**

Lors de la révision du droit du divorce, il conviendra d'insister sur le caractère contraignant de la réglementation concernant la prévoyance professionnelle. Les prestations de la prévoyance doivent impérativement être partagées par moitié, sauf exceptions prévues par la loi, et les versements anticipés ainsi que les paiements en espèces doivent y être inclus de façon équitable.

- **Bien de l'enfant**

Lors d'un divorce ou d'une séparation, et pour toutes les questions ayant trait aux enfants, le bien de l'enfant reste la préoccupation principale. Les enfants ont droit à une prise en charge stable, à la sécurité financière, et à des relations de qualité avec ses deux parents. Les intérêts et besoins propres des enfants doivent être mieux pris en compte tout au long des procédures de séparation et de divorce, ainsi que dans l'application dans les faits et au quotidien des réglementations ou convention fixées par l'autorité judiciaire (audition systématique de l'enfant, soutien des familles divorcées dans une médiation dotée de compétences genre, exercice du droit de visite, etc.).

- **Autorité parentale, garde et droit de visite**

Idéalement, la réglementation juridique de l'autorité parentale et celle qui est vécue dans les faits (garde) devrait coïncider. Toutefois, selon l'étude de Büchler/Simoni, tel n'est pas le cas dans les faits.

En effet, lorsqu'ils prononcent l'autorité parentale conjointe, les tribunaux n'exigent pas un degré minimum d'engagement de la part des deux parents dans la prise en charge des enfants. Deuxièmement, les couples perpétuent, après le divorce, la répartition des tâches, telle qu'elle existait pendant le mariage.

Par conséquent, la nature juridique de l'autorité parentale et le passage à l'autorité parentale conjointe ne résolvent pas le problème de la répartition inégale des rôles des parents dans la prise en charge des enfants.

Il convient dès lors de démystifier la notion d'autorité parentale, car elle ne joue guère de rôle sur la relation vécue entre parents et enfants, et ne concerne en fin de compte que le pouvoir décisionnel sur les enfants.

Il est cependant nécessaire, en cas d'attribution conjointe de l'autorité parentale, de formuler de façon contraignante les accords et engagements liant les parents. De telles conventions devraient être la condition sine qua non de l'attribution de l'autorité parentale conjointe, dans la mesure où, elles sont l'expression même d'une entente suffisante entre parents pouvant exercer, en commun, l'autorité sur leurs enfants. En outre, pour le bien de l'enfant, des conditions cadres expresses sont nécessaires pour une application de l'autorité parentale conjointe dans les faits.

- **Violence domestique**

La violence domestique est lourde de conséquences pour les personnes concernées. Pourtant, elle n'est guère invoquée dans les procédures de divorce, en raison notamment du fait que les tribunaux ne sont pas sensibilisés à cette problématique. Dans les situa-

³⁴ Voir Jacqueline Fehr, Wie Schweden die Interessen der Kinder nach einer Scheidung schützt, in EinElternForum, 3/2005

tions de violence conjugale, les enfants sont souvent instrumentalisés par le conjoint violent, qui accroît de cette manière son pouvoir de contrôle sur l'autre parent victime. Si le maintien de l'autorité parentale conjointe après divorce est institutionnalisé en tant que principe, le risque est grand de voir se généraliser l'instrumentalisation des enfants par le partenaire violent. Lorsque la violence domestique est avérée ou documentée (rapport de police, certificat médical), l'autorité parentale doit dès lors impérativement être attribuée au parent non-violent.

6. Revendications de la CSDE

La CSDE et ses différents membres s'engagent dans les débats portant sur la nécessité d'une révision du droit du divorce sur les **bases suivantes** :

- a) L'amélioration des conditions favorisant la répartition égalitaires des rôles au sein des couples et le partage des responsabilités parentales constituent l'un des objectifs principaux de la promotion de l'égalité.
 - b) La réintégration professionnelle des femmes dans le monde professionnelle, alors qu'elles s'en sont retirées d'un commun accord avec leur ex-conjoint, doit être assurée, de même que la constitution d'une prévoyance vieillesse suffisante.
 - c) La qualité de la relation parents-enfants ne dépend pas de la nature juridique de l'autorité parentale, mais de l'engagement dans les faits de chaque parent auprès des enfants, tant au niveau émotionnel, temporel que financier.
 - d) Le bien de l'enfant sous ses aspects physiques, psychiques et matériels constitue une préoccupation clé dans le règlement des divorces et séparations.
 - e) Des parents séparés / divorcés restent mère et père et continuent à porter la responsabilité (éducation, garde, entretien, etc.) vis-à-vis de leurs enfants – et ce indépendamment de la forme juridique de l'autorité parentale.
 - f) Les enfants doivent être soutenus dans les contacts / dans la relation avec le père et la mère.
 - g) Les pères et les mères doivent être encouragés dans leur compétence parentale et leur capacité à gérer les conflits.
- 6.1. La CSDE demande qu'en cas de divorce **les prestations de prévoyance soient en principe partagées par moitié, en tenant compte en conséquence des versements anticipés et des paiements en espèces**. Les tribunaux se doivent d'appliquer avec constance les normes légales impératives relatives au partage de la prévoyance professionnelle. En effet, les femmes continuent à supporter les désavantages financiers du partage des tâches pendant le mariage.
- 6.2. La CSDE demande une **répartition équitable du déficit, concernant également la constitution de la prévoyance vieillesse, sur les deux parents (partage du déficit)**, lorsque les ressources font défaut pour fixer, dans le jugement de divorce, une contribution nécessaire à la couverture des besoins vitaux. La CSDE approuve en ce sens la modification, esquissée dans l'arrêt 5C.77/2006, de la longue jurisprudence du Tribunal fédéral. En effet, en répercutant unilatéralement le déficit sur le parent assurant la garde à titre principal, ce sont d'ordinaire les mères qui doivent supporter à elles seules les dettes sociales.
- 6.3. La CSDE demande que soit fixée **une pension alimentaire des enfants unifiée et couvrant les besoins vitaux**. Elle équivaut au moins à une **rente d'orphelin simple maximale**. Les enfants de parents divorcés doivent être protégés efficacement contre la pauvreté, leur situation ne pouvant être moins favorable que celle d'orphelins de père ou de mère.

- 6.4. La CSDE demande une **réglementation unifiée des avances des contributions d'entretien et du recouvrement de celles-ci au niveau fédéral**. Les enfants de parents divorcés doivent avoir un droit à des avances en ce qui concerne des contributions d'entretien non versées, à hauteur d'un montant minimal unifié et couvrant les besoins vitaux.
- 6.5. CSDE demande qu'une **convention conjointe des parents, déterminant toutes les règles concernant les enfants, demeure la base indispensable de l'attribution de l'autorité parentale conjointe**. On constate que la capacité des parents à communiquer et à gérer des conflits joue un rôle essentiel dans la qualité de la relation entre père/mère et les enfants et dans l'exécution sûre de versements d'entretien. En conséquence, la convention d'accord sur les enfants doit déterminer :
- a) les contributions d'entretien,
 - b) le droit de garde et sa répartition exacte entre les parents,
 - c) le droit de visite si nécessaire,
 - c) en cas de garde partagée, le parent pouvant bénéficier des diverses allocations pour enfant et des déductions (allocations familiales, impôts, etc.) ou le partage possible,
 - d) la procédure en cas de désaccord.
- Le tribunal est tenu d'auditionner les enfants et d'examiner la conformité de tous les points de la convention avec le bien réel des enfants.
- 6.6. La CSDE exige que les tribunaux abordent s'il y a lieu, la problématique de **la violence conjugale** et prennent en considération d'éventuels indices dans ce sens. En cas d'indices suffisants et notamment si la violence domestique est documentée (rapport de police, certificat médical), l'autorité parentale ne peut pas revenir à l'auteur-e des violences.

Berne, 11 mars 2008

Contact:

Bureau de l'égalité entre la femme et l'homme de la ville de Berne
Stefanie Brander
Junkerngasse 47
Postfach
3000 Bern 8

Tél. 031 321 62 99

gleichstellung@bern.ch