

**Révision du code civil (autorité parentale) et du code pénal (art. 220)
Réponse du canton de Neuchâtel à la consultation fédérale**

Madame, Monsieur,

Nous vous remercions de nous avoir consultés sur les avant-projets de révision du code civil (autorité parentale) et du code pénal (art. 220). C'est avec grand intérêt que nous avons pris connaissance des travaux de l'Office fédéral de la justice sur la base du postulat Wehrli.

1. GENERALITES

Il est vrai que la situation actuelle n'est pas satisfaisante. Alors que l'un des objectifs de la politique familiale doit être de favoriser une meilleure répartition des tâches entre les conjoints et plus particulièrement entre les parents, il est opportun de maintenir dans la mesure du possible le « couple parental » après un divorce ou une séparation. Il s'agit de conserver aux deux parents une place auprès de leurs enfants et une certaine légitimité, au-delà des querelles et des blessures du couple. Cela intègre formellement que les deux parents sont importants et doivent partager les mêmes responsabilités dans l'éducation de leurs enfants.

Nous saluons donc la volonté de généraliser l'autorité parentale conjointe, tant pour les parents mariés que pour les parents non mariés. Ce système devrait idéalement responsabiliser les parents et les amener à trouver des solutions amiables. Le fait de séparer la question de l'autorité parentale des autres points à régler dans le divorce devrait en outre contribuer à diminuer l'utilisation de l'autorité parentale comme instrument de négociation dans la procédure de divorce - d'un côté comme de l'autre. Néanmoins, nous aimerions insister sur le **cadre qui doit impérativement être fixé** pour que la situation des familles - et particulièrement des enfants - puisse véritablement être améliorée.

En effet, l'autorité parentale conjointe comme principe de base n'est pas non plus un modèle idéal et le changement de système **nécessite la mise en place de solides garde-fous**. Une séparation ou un divorce, même si l'autorité parentale conjointe est maintenue, génère dans la majorité des cas des conflits entre les anciens partenaires. **La loi doit donc prévoir des mécanismes pour prévenir et traiter ces litiges**, de manière notamment à ce que les enfants en souffrent le moins possible.

De plus, il faut être conscient que dans un certain nombre de situations, les parents ne pourront de toute façon pas s'entendre, et que le maintien de l'autorité parentale conjointe serait alors inadéquat. En effet, l'exercice en commun de l'autorité parentale n'est conciliable avec le bien de l'enfant que si les parents sont capables, malgré leurs conflits de couple, d'accomplir ensemble leur rôle de parents en partageant la responsabilité et en maintenant l'enfant à l'écart de leurs conflits.

Nous saluons le fait que le commentaire de l'avant-projet donne une place importante à la **médiation**, tout en précisant qu'il appartiendra au juge d'exhorter les conjoints à y avoir recours. Cette incitation par le juge doit pouvoir être apportée le plus tôt possible, afin de

permettre aux parents – grâce à un tiers neutre – de prendre la distance nécessaire au conflit et de se recentrer sur le bien de l'enfant.

Pour le surplus, il serait judicieux de profiter de cette révision pour mettre notre législation en conformité avec la Convention internationale des droits de l'enfant, en remplaçant le concept de « bien de l'enfant » par celui d' « intérêt supérieur de l'enfant ».

2. COMMENTAIRE DES ARTICLES

A. Parents mariés

Art. 133 AP CC (Autorité parentale conjointe)

Pour limiter les conflits, nous pensons que le jugement de divorce ou la convention conclue par les parents et ratifiée par le juge doit prévoir non seulement la prise en charge de l'enfant et la contribution d'entretien, mais également :

la garde et le domicile de l'enfant

les modalités du droit de visite et du droit aux relations personnelles du parent qui n'a pas la garde de fait

la procédure relative aux décisions à prendre concernant l'enfant

Nous proposons que l'art. 133 al. 2 CC soit complété dans ce sens.

Art. 133a AP CC (Attribution à l'un des parents)

Il est positif que l'autorité parentale conjointe devienne le principe et non plus l'exception, mais il faut **s'assurer que le juge soit attentif** et sache reconnaître les situations dans lesquelles celle-ci est contre-indiquée (par exemple si la relation entre les parents est tellement conflictuelle qu'il est manifeste qu'ils seront incapables d'exercer ensemble l'autorité parentale). Il conviendrait donc que le juge examine **d'office** si l'exercice en commun de l'autorité parentale répond au bien de l'enfant.

En effet, il faudrait éviter que l'enfant et ses parents doivent subir une seconde procédure – conflictuelle et lourde au niveau émotionnel – parce que l'autorité parentale conjointe a été maintenue de manière trop automatique.

Les situations de **violence conjugale** doivent être traitées avec beaucoup d'attention par le juge, et si la violence est avérée et répétée elle doit dans tous les cas entraîner le retrait de l'autorité parentale au parent qui en est l'auteur. Il est fréquent que, dans ces situations, le parent violent se serve de l'enfant pour contrôler la victime. Le cas cité par le rapport (« l'un des parents exerce des violences envers l'autre parent, qui traumatisent l'enfant ») pourrait être interprété trop restrictivement, en raison du terme utilisé (« traumatisent »). Nous souhaitons donc que la loi – voire le message – soit complétée dans ce sens. Nous rappelons à toutes fins utiles que la loi sur les étrangers par exemple mentionne expressément la violence conjugale comme pouvant constituer une exception à un régime déterminé (art. 50 LEtr).

Le rapport précise que l'art. 144 CC (**audition de l'enfant** dans la procédure de divorce¹) continuera à s'appliquer. Toutefois, il ressort du programme national de recherche 52 que seul un enfant sur dix est auditionné actuellement en Suisse dans le cadre du divorce de ses parents². Cet article n'est donc pas appliqué ! Or, il est primordial³ que l'enfant dont les parents divorcent puisse s'exprimer sur son sort. Il serait donc opportun, à notre sens, d'étudier ce phénomène pour en déterminer les causes, afin de pouvoir y remédier. En outre, l'actuel art. 133 CC demande au juge de prendre en considération « autant que possible » l'avis de l'enfant lorsqu'il attribue l'autorité parentale et règle les relations personnelles. Or, les nouveaux articles proposés n'y font aucune référence. **Cette modification pourrait conduire les juges à ne plus prendre en compte l'avis de l'enfant dans l'attribution de l'autorité parentale**, comme le laisse entendre le rapport (p. 22), qui lie l'art. 144 CC au règlement des relations personnelles. Il conviendrait donc de modifier le projet de loi ou le message en conséquence.

Art. 134b AP CC (Compétence en cas de faits nouveaux)

Actuellement, la compétence pour régler les questions relatives aux enfants est attribuée à l'autorité tutélaire s'il y a entente entre les parents et au juge s'il y a conflit entre eux (art. 134 al. 3 et 4 CC). En dérogation à ce principe, les relations personnelles relèvent de la compétence de l'autorité tutélaire même s'il y a conflit entre les parents, à part si le juge a été saisi pour statuer sur l'autorité parentale ou sur la contribution d'entretien (art. 134 al. 4 in fine CC) (rapport p. 23).

L'avant-projet prévoit de confier à l'autorité de protection de l'enfant toutes les questions concernant les enfants lorsqu'elles ne sont pas litigieuses, et au juge (compétent pour modifier le jugement de divorce) ces mêmes questions lorsqu'elles sont litigieuses, en abandonnant la différence pour les relations personnelles.

Notre Conseil est **très défavorable à cette modification**. La procédure devant l'autorité de protection de l'enfant est plus simple et plus rapide. Si le litige concerne uniquement l'exercice du droit aux relations personnelles (par exemple le droit de visite), il n'y a aucune raison de complexifier la procédure en la confiant au juge.

D'ailleurs, le rapport à l'appui de l'avant-projet reconnaît que la solution actuelle « se justifie en soi » car « les autorités tutélaires sont mieux à même de suivre l'évolution des mesures prises par rapport aux enfants et de prendre rapidement les décisions qui s'imposent, tandis que le juge décide sur le moment et ne peut pas suivre les mesures décidées » (rapport p. 23).

La justification avancée, soit privilégier une réglementation plus simple et plus cohérente avec le principe de la répartition des compétences, ne fait pas le poids face aux inconvénients majeurs que cela engendrerait, avant tout pour les enfants et leurs parents, mais aussi pour les tribunaux.

B. Parents non mariés

Art. 298a AP CC (Prise en charge et entretien)

¹ Art. 144 al. 2 CC : « Le juge ou un tiers nommé à cet effet entend les enfants personnellement, de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition ». Cet article sera remplacé par l'art. 298 du Code de procédure civile suisse, qui a le même contenu.

² Etude du Fonds national suisse PNR 52, Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales, Büchler Andrea/Simoni Heide, Les enfants et le divorce, 2008.

³ D'après les organismes de protection des droits de l'enfant.

L'avant-projet accorde l'autorité parentale conjointe aux parents non mariés sans prévoir le contrôle d'office de l'adéquation de l'autorité parentale conjointe avec le bien de l'enfant. Il ne prévoit pas non plus l'examen, après la séparation des parents, de l'arrangement de ceux-ci concernant notamment la contribution d'entretien, les modalités de prise en charge des enfants, la garde et le domicile, le droit de visite et les relations personnelles.

Or, l'intérêt de l'enfant est que la situation soit claire, que les droits et les devoirs de chacun de ses parents soient définis. Nous craignons que le système proposé pour les parents non mariés aille à l'encontre de ces principes et favorise les « forts » au détriment des « faibles ».

Aussi, nous suggérons que soit étudiée la possibilité d'imposer aux parents non mariés qui ne font pas ménage commun un passage devant l'autorité de protection de l'enfant. Cette autorité pourrait ainsi contrôler que l'autorité parentale conjointe est dans l'intérêt de l'enfant, de même que l'arrangement des parents sur les autres points⁴. Cela permettrait en outre d'informer les parents de leurs droits et de leurs devoirs.

Art. 298b al. 2 AP CC (Attribution à l'un des parents)

Nous ne comprenons pas pourquoi il est prévu que le juge puisse attribuer l'autorité parentale au père ou à la mère uniquement sur requête de l'un des parents, et pas **à la requête de l'autorité de protection de l'enfant**. Cette possibilité nous paraît indispensable et nous proposons qu'elle soit introduite dans cet article.

En outre, nous ne comprenons pas pourquoi il y a une différence de formulation entre l'art. 133a al. 1 AP CC pour les parents qui divorcent (« Le juge retire (...) l'autorité parentale au père ou à la mère (...) ») et l'art. 298b al. 2 AP CC pour les parents non mariés (« (...) le juge peut attribuer l'autorité parentale au père ou à la mère (...) »).

Art. 298c et d AP CC (Action en paternité)

Notre Conseil se demande s'il ne serait pas opportun d'appliquer cette règle (autorité parentale à la mère, mais possibilité d'autorité parentale conjointe) également dans les cas où la reconnaissance par le père biologique intervient plusieurs années après la naissance, suite à une procédure de désaveu (qui peut être longue). En effet, dans ces cas de figure la situation n'a pas permis le développement d'un lien entre l'enfant et son père biologique, et l'autorité parentale conjointe automatique nous paraît problématique.

Art. 298e AP CC (Faits nouveaux)

Nous avons ici la même position que pour l'art. 134b AP CC (voir ci-dessus).

Actuellement, l'autorité tutélaire est compétente pour prendre les mesures nécessaires concernant les relations personnelles (art. 275 al. 1 CC).

Nous sommes défavorables à la modification proposée, dans la mesure où elle a pour effet de faire passer devant le juge tous les litiges relatifs aux relations personnelles.

C. Exercice de l'autorité parentale conjointe

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

⁴ Soit notamment la contribution d'entretien, les modalités de prise en charge des enfants, la garde et le domicile, le droit de visite et les relations personnelles.

Cet article, qui prévoit que le parent qui assume la garde de fait de l'enfant prend seul les décisions courantes et urgentes du moment présent, **ne suffit pas** à réglementer de manière appropriée l'exercice de l'autorité parentale conjointe. La loi doit donner plus de latitude au parent qui a la garde de fait, et dire qui peut prendre quelle décision.

Si l'on veut limiter les conflits, il faut que la réglementation des compétences de décision des parents prenne en compte la réalité de la prise en charge des enfants. Il n'est pas satisfaisant que le parent qui assure l'essentiel de la prise en charge doive recueillir le consentement de l'autre parent pour toutes les décisions autres que les décisions courantes et urgentes du moment présent. Aussi, il serait souhaitable de **faire figurer au moins dans le message une liste exemplative** de décisions que les deux parents seraient tenus de prendre conjointement, en liant les compétences décisionnelles à la réalité de la garde.

Nous suggérons que le législateur s'inspire de la proposition faite par Linus Cantieni, qui s'est basé sur les résultats des études conduites dans le cadre du PNR 52⁵ pour **classer la compétence décisionnelle des parents en fonction de l'importance des décisions à prendre** et de la garde de fait⁶. Cela pourrait donner la solution suivante :

1. Les **affaires quotidiennes ou urgentes** sont du ressort du parent qui a la garde de fait de l'enfant, lequel prend ses décisions de manière autonome.
2. Les **affaires ayant une certaine portée** (comme les choix scolaires et professionnels, le changement de domicile, l'hébergement chez des tiers, la pratique de sports dangereux, l'adhésion à une communauté religieuse ou la sortie d'une communauté religieuse) doivent être discutées par les deux parents. S'ils ne sont pas d'accord, le parent qui assure l'essentiel de la prise en charge prend la décision seul mais l'autre parent a la possibilité de faire vérifier par l'autorité de protection de l'enfant que la décision prise est compatible avec le bien de l'enfant.
3. Les **affaires ayant une portée particulière** (modification du nom, séjour de longue durée de l'enfant à l'étranger, intervention médicale importante) requièrent l'accord des deux parents.

Il nous paraît en outre important d'indiquer dans la loi, et pas seulement dans le message, la **procédure à suivre en cas de litige** ainsi que l'autorité compétente. Il doit s'agir d'une procédure permettant un règlement rapide des litiges, pour éviter des blocages qui sont préjudiciables à l'enfant.

Il serait également utile de prévoir ce qui se passe si le parent qui n'a pas la garde de fait est inatteignable ou ne répond pas à la demande de l'autre parent. L'on pourrait imaginer par exemple que la convention conclue par les parents ou le jugement de divorce fixe un délai après lequel le parent gardien pourra décider seul, en cas de silence de l'autre parent.

⁵ Etude du Fonds national suisse PNR 52, Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales, Büchler Andrea/Simoni Heide, Les enfants et le divorce, 2008.

⁶ Linus Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – Eine empirische Untersuchung, Schriftenreihe zum Familienrecht, Stämpfli Verlag, Bern 2007.

Cette réglementation est la mieux à même de garantir au parent assurant l'essentiel de la prise en charge de disposer de la marge de manœuvre nécessaire dans la vie quotidienne pour exercer l'autorité parentale en évitant au maximum les conflits, tout en renforçant l'autre parent dans l'exercice de ses responsabilités.

D. Constatation de la paternité

Art. 309 AP CC (Constatation de la paternité)

L'avant-projet propose de limiter la curatelle de paternité⁷ aux cas où la mère la demande.

Nous ne voyons pas pourquoi cet article devrait être modifié. Au contraire, nous pensons qu'il **doit absolument être laissé tel quel**. En effet, il est clairement dans l'intérêt de l'enfant de savoir qui est son père, et cette disposition y contribue. Cette procédure peut aussi aider le père à prendre conscience de sa paternité et à prendre ses responsabilités. Elle permet en outre d'informer la mère de ses droits et obligations.

E. Disposition pénale

Art. 220 AP CP (Enlèvement de mineur, refus du droit de visite)

Le projet invoque l'égalité entre les parents à l'appui de la modification proposée. Toutefois, l'égalité entre parents ne peut pas être respectée, dans la mesure où le parent qui n'exerce pas son droit de visite n'est pas sanctionné. Or, cette situation est beaucoup plus fréquente que celle où le parent gardien refuse à l'autre l'exercice de son droit de visite, et est tout autant préjudiciable à l'enfant.

Notre Conseil est **très défavorable à la modification proposée de l'art. 220 CP**, car il considère que cela irait à l'encontre du bien de l'enfant. L'art. 292 CP (insoumission à une décision de l'autorité) est suffisant pour sanctionner le parent gardien qui empêche sans justification l'exercice du droit de visite prévu par le juge. La création d'une infraction pénale spécifique conduirait à une multiplication des plaintes, contribuant à péjorer encore des rapports déjà très conflictuels entre les parents, cela au détriment des enfants. Son application serait en outre extrêmement délicate.

3. CONCLUSION

Pour l'enfant, le fait que l'autorité parentale soit octroyée à l'un ou l'autre des parents, ou aux deux, n'est pas primordial. Ce qui lui importe, c'est qu'il ait des contacts réguliers avec ses deux parents et que les droits et les devoirs de chacun soient clairement définis.

⁷ Un curateur est chargé d'établir la filiation paternelle, de conseiller et d'assister la mère d'une façon appropriée.

Si le projet de loi n'est pas modifié et complété dans le sens proposé, la règle du maintien de l'autorité parentale conjointe risque de se révéler contreproductive et de participer à l'aggravation des conflits entre les deux parents plutôt qu'à leur atténuation, ce qui va, bien entendu, à l'encontre du bien de l'enfant.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions d'agréer, Madame, Monsieur, l'assurance de notre considération distinguée.

Neuchâtel, le 6 mai 2009

Au nom du Conseil d'Etat:

Le président,
R. DEBÉLY

Le chancelier,
J.-M. REBER