

# Avant-projet de loi sur la justice du canton de Fribourg du 15.07.2009

—

## Prise de position du MCPF

### 1 Rappel des principaux buts du MCPF

---

Le Mouvement de la Condition Paternelle Fribourg pour une équivalence parentale (MCPF - <http://www.mcpf.ch>) œuvre pour que chaque enfant puisse avoir une place équilibrée auprès de ses deux parents. Ses buts principaux sont :

- Promotion de l'équivalence et de la coresponsabilité parentale dans l'intérêt des enfants que ce soit durant la vie du couple, mais particulièrement après une séparation et un divorce.
- Apport d'un soutien aux personnes qui, après avoir vécu une séparation ou un divorce, éprouvent des difficultés à se reconstruire et surtout à maintenir des relations personnelles sereines avec leurs enfants.
- Prévention des conflits et de la violence familiale tant psychique que physique.

Constitué en 2004 en association à but non lucratif, le mouvement est ouvert à toutes personnes physiques ou morales intéressées à soutenir la parentalité en général. Au niveau romand, le MCPF est membre de la Coordination Romande des Organisations Paternelles (CROP - <http://www.crop.ch>). Au niveau national, elle coordonne son action avec l'Association suisse pour la coparentalité (GeCoBi - <http://www.gecobi.ch>).

## 2 Prise de position

---

### Motion "Un enfant Deux parents"

Pour rappel, le MCPF a déposé le 8 juin 2007 une motion populaire intitulée "Un enfant Deux parents" qui invitait le conseil d'Etat à analyser les possibilités de :

- Instaurer un Tribunal de la famille sur le modèle de la pratique de Cochem (Allemagne).
- Mettre en oeuvre les principes de la "coopération ordonnée" ("médiation judiciaire") dans les conflits de la famille et développer les structures de fonctionnement correspondantes.
- Mettre en place une procédure d'urgence et des moyens spécialisés pour traiter des conflits familiaux graves liés à l'enfant.

Par sa séance du 3 avril 2008, le Grand Conseil n'a pas retenu cette motion populaire, mais en revanche a proposé d'inscrire cette demande dans le programme de législation et de mettre en place un groupe de travail sur la question.

### Avant projet de loi sur la justice du 15.07.2009 – périmètre de la prise de position

La présente prise de position du MCPF porte essentiellement sur les articles de cet avant-projet de loi en lien avec la motion populaire précitée, en particulier les aspects touchant à la création d'un Tribunal de la famille (art. 52a), ainsi que les aspects touchant à la médiation (art. 122-124).

### Tribunal de la famille et médiation ordonnée – Position du Conseil d'Etat

En préalable, rappelons que le Conseil d'Etat propose de ne pas instaurer un Tribunal de la famille, mais il laisse cette possibilité ouverte dans l'avant-projet de loi en tant que variante (voir art. 52a).

Dans son rapport explicatif, le Conseil d'Etat précise que suite à la motion précitée les services de l'Etat et de Justice concernés ont été consultés par rapport à la création d'un Tribunal de la famille, ainsi que par rapport à la mise en place d'un processus de médiation ordonnée. Les résultats ont été mitigés dans le sens où les différents acteurs reconnaissent la nécessité d'améliorer la situation actuelle, mais qu'en revanche, certains se montrent fortement réticents quand à la création d'un Tribunal de la famille.

Concernant les aspects de médiation ordonnée, la plupart des avis étaient positifs, en revanche il semblerait que le nouveau code de procédure fédéral ne l'autorisait pas.

Ces réticences ont amené le Conseil d'Etat à s'en tenir en priorité à la situation juridique actuelle, mais il tient à partager avec les milieux associatifs et politiques consultés dans cet avant-projet les réflexions menées sur les avantages et désavantages de la création d'un tribunal de la famille.

*Au passage, le MCPF tient à remercier les différents Services de l'Etat et de Justice qui ont passé un temps non négligeable à analyser cette question. Les prises de position constituent un matériel très intéressant pour faire avancer le débat.*

## Position du MCPF quand à la création d'un Tribunal de la famille

Le MCPF ne considère pas que la mise en place d'un Tribunal de la famille constitue une fin en soi, mais que cela doit rester un moyen d'œuvrer vers une amélioration de la situation actuelle :

- Premièrement, lutter contre la lenteur du traitement des affaires civiles touchant au droit de la famille.
- Deuxièmement, faciliter la mise en place d'une meilleure coparentalité après une séparation, que ce soit sous forme d'un droit de garde partagé ou sous la forme d'un droit de visite étendu. Cela implique que la prise en charge des enfants doit être réglée en priorité par rapport au règlement financier de la séparation (soit l'inverse de la situation actuelle où le droit de visite peut être utilisé comme un moyen de pression).
- Troisièmement, éviter que la procédure civile exacerbe les conflits, comme c'est malheureusement trop souvent le cas. Si les deux parties n'arrivent pas se mettre d'accord pour un processus de médiation volontaire, l'approche actuelle nécessite que l'un des justiciables dépose une requête envers l'autre partie. On entre dès le début de la procédure dans une confrontation demandeur/défendeur. Très rapidement, une logique de gagnant/perdant s'installe avec toute l'exacerbation des conflits que cela implique. Dans les affaires de droit de la famille, en particulier celles impliquant des enfants, ce mode de fonctionnement ne devrait pas être la règle, mais l'exception.

***Pris dans ce sens, le MCPF n'estime pas que la proposition de Tribunal de la Famille tel que proposée dans l'article 52a est adéquate pour faire évoluer cette situation.***

Les principales critiques que le MCPF retient par rapport à la proposition de loi sont :

- Le projet de loi aborde les changements non par une révision de l'organisation du traitement des affaires touchant au droit de la famille, mais focalise sur la mise en place d'une nouvelle structure institutionnelle et de nouveaux juges à la famille. En tant que tel, une nouvelle structure ne garantit pas un réel changement. A notre avis, il faudrait d'abord clairement définir les objectifs à atteindre par ce Tribunal de la Famille et les moyens à leur disposition avant de proposer une structure de fonctionnement.
- Il n'est aucunement fait mention dans la loi de la nécessité d'appliquer un processus qui priorise la recherche d'une solution consensuelle concernant la garde et le droit de visite des enfants. Les juges continueront de prendre des décisions en mesures provisionnelles urgentes selon la logique gagnant/perdant d'une procédure civile standard. Actuellement, une décision urgente est souvent prise par le juge sur la base d'une requête unilatérale d'une des parties, ce qui s'avère contre-productif par rapport à la recherche d'une solution consensuelle entre les parents.

**Requête du MCPF au Conseil d'Etat :**

***La variante 52a n'apporte pas une réponse satisfaisante aux problématiques posées dans la motion « Un enfant Deux parents ». Le MCPF encourage le Conseil d'Etat à faire des propositions plus innovantes allant dans le sens de mieux distinguer le traitement des affaires civiles standards par rapport aux affaires du droit de la famille, en particulier celles impliquant des enfants ou des conflits graves.***

## Position du MCPF quand à la médiation ordonnée

Le MCPF prend acte que la majorité des services de Justice et de l'Etat tient pour acquis que la mise en place d'une procédure de médiation ordonnée ne serait pas autorisée dans le nouveau code de procédure fédéral. Pour sa part, le MCPF n'est pas convaincu que le code de procédure fédéral soit si tranché sur la question. En Suisse les expériences de médiation ordonnée, menées à Bülach/ZH autour de 2005, se sont révélées très positives. A Berne, Mme Lilo Staub, Dr en psychologie, aidée d'un juriste, a élaboré un modèle d'ordonnance d'une consultation obligatoire<sup>1</sup>. Basé sur le droit en vigueur depuis 2000, il s'inspire de la médiation ordonnée.

### Requête du MCPF au Conseil d'Etat :

***Il serait souhaitable qu'une prise de position officielle soit demandée par le Canton de Fribourg au Département Fédéral de la Justice sur la marge de manœuvre laissée aux Cantons dans les procédures de médiation ordonnée.***

Une réponse officielle du Département Fédéral de la Justice rendrait le débat sur la question beaucoup plus objectif qu'il ne l'est aujourd'hui.

## 3 Développement

---

### Table des matières

3.1	Situation actuelle des affaires touchant au droit de la famille .....	5
3.1.1	Contexte général .....	5
3.1.2	Evolutions du droit du divorce et conséquences .....	6
3.1.3	Satisfaction des justiciables envers les décisions de justice .....	6
3.1.4	Les limites du modèle actuel .....	7
3.2	Arguments pour un véritable Tribunal des affaires familiales.....	8
3.2.1	La médiation comme outil principal de règlement des conflits.....	9
3.2.2	Formation et compétences des juges .....	10
3.2.3	Gains d'une telle approche.....	10

### 3.1 Situation actuelle des affaires touchant au droit de la famille

#### 3.1.1 Contexte général

##### Statistiques du taux de divorce et de séparation

- Depuis la fin des années soixante, le nombre de divorces n'a cessé d'augmenter et frappe actuellement environ un couple sur deux en moyenne nationale.
- En 2008 en Suisse, plus de 14'000 enfants ont été touchés par le divorce de leurs parents.

##### Quote-part des affaires du droit de la famille dans les tribunaux civils (statistiques produites par la conférence des Présidents de Tribunal et des Juges d'instruction du Canton de Fribourg)

- Actuellement, les affaires du droit de la famille représentent environ 60% des affaires traitées par les Tribunaux civils. Elles représentent environ 2/3 de l'ensemble des audiences tenues par année par ces mêmes juridictions.
- 25 % des affaires de droit de la famille ne sont pas litigieuses (les parties ayant réussi à se mettre d'accord sur une convention complète – avec ou sans l'aide d'un médiateur ou d'un avocat).
- En temps de travail, la résolution des affaires litigieuses (75% des affaires du droit de la famille) représente une grosse part des tâches des Tribunaux (environ un tiers à la moitié du temps de travail total d'un juge civil).
- La majorité des litiges portent sur des questions financières (contributions d'entretien entre conjoints ou pour enfants, liquidation de régimes matrimoniaux, partage de la prévoyance professionnelle).
- Les litiges relatifs aux enfants (autorité parentale, droit de garde et de visite) représentent environ 10 % des affaires civiles et 15 % des affaires du droit de la famille traitées en 2007 (à noter que cette statistique n'inclut pas les litiges relatifs au droit de visite de parents déjà divorcés ou non mariés, car ces derniers relèvent des autorités de tutelle, c'est-à-dire des justices de paix).

### **3.1.2 Evolutions du droit du divorce et conséquences**

#### **Ancien droit du divorce**

Pour rappel, l'ancien droit du divorce prenait en compte la notion de faute pour l'établissement du jugement du divorce. A cette époque, la rupture d'un contrat de mariage s'apparentait bien à une procédure civile standard de recherche en dommages et intérêts.

#### **Nouveau droit du divorce**

Pour différentes raisons (accélération des procédures, meilleures prises en compte des intérêts de l'enfant, ...), la notion de faute a été abandonnée dans la procédure et les jugements de divorce. En revanche, le reste de la procédure civile n'a que peu changé. L'approche est toujours basée sur une confrontation demandeur/défendeur aboutissant à un gagnant et un perdant.

Le nouveau droit a cependant cherché à favoriser le recours à des formes de médiation volontaire en vue d'augmenter le nombre de jugements basés sur des accords consensuels.

#### **Conséquences du nouveau droit du divorce**

Les conséquences du nouveau droit du divorce sont visibles à plusieurs niveaux :

- La procédure de divorce étant facilitée et la notion de faute abandonnée, le taux de divorce a régulièrement augmenté ces huit dernières années.
- Ne pouvant plus faire valoir une faute sur un plan civil, de plus nombreuses plaintes ont été déposées sur un plan pénal par des justiciables (exemples : accusations de violence conjugale, d'aliénation parentale, d'abus sexuels sur mineurs, ...).
- N'ayant plus l'obligation et le temps d'analyser en profondeur la situation et les souhaits des justiciables, les jugements rendus sont de plus en plus stéréotypés et de nature à rigidifier la répartition des rôles (éducateur/contributeur) en fonction de la situation au moment de la séparation.

### **3.1.3 Satisfaction des justiciables envers les décisions de justice**

#### **Les statistiques officielles reflètent-elles la satisfaction réelle des justiciables ?**

Comme précisé au chapitre 3.1.1, les chiffres officiels font état que les litiges touchant au droit de garde ou de visite des enfants sont une minorité des cas (environ 10 à 15% des cas). Si l'on s'en tient à cette statistique, on pourrait estimer que tout va bien dans le meilleur des mondes et qu'il est disproportionné de remettre en cause le système actuel pour une si petite proportion des cas.

Les associations de coparentalité réfutent cette vision optimiste et simpliste de la situation. Dans la réalité, de nombreux parents non gardiens aimeraient trouver des arrangements plus souples en ce qui concerne le partage des droits de garde ou de visite. Cependant, ces derniers sont rapidement dissuadés de leurs chances de réussite si le parent gardien n'entre pas en matière et renonceront à faire valoir leurs droits en justice.

En outre, comme également précisé au chapitre 3.1.1, les chiffres officiels font état que 25% des affaires familiales se concluent par une convention avec accord complet. De la même manière que ci-dessus, « avec accord complet » ne veut pas forcément dire « avec satisfaction ». Le MCPF peut faire état de cas où des parents non gardiens ont accepté dans le cadre d'une médiation volontaire de payer un supplément de pension pour pouvoir obtenir du parent gardien une extension du droit à la relation personnelle (droit de visite). Ces parents non gardiens ont choisi à contrecœur cette option plutôt que de prendre le risque de se voir refuser l'extension de ce droit par le juge de 1<sup>ère</sup> instance dans le cadre d'un conflit judiciaire avec le parent gardien.

Finalement, les statistiques officielles ne prennent pas en compte le pourcentage de cas qui sont traités directement par la justice de paix :

- Pour la gestion des séparations de couples non mariés.
- Pour les remises en cause à postériori des conventions et/ou jugements de divorces.

### **Engorgement des services de l'état face au non respect des décisions de justice**

D'autres indices démontrent que la situation actuelle est loin d'être idyllique et que beaucoup de parents séparés n'acceptent pas ou ne respectent pas des décisions de justice, par exemple :

- Augmentation des poursuites auprès du Bureau de recouvrement des pensions alimentaires pour non paiement de pensions alimentaires. Le nombre de poursuites est passé de 119 en 2004 à 336 en 2008 (Rapports annuels du Conseil d'Etat, SAS, Bureau de recouvrement). *A noter qu'une part importante des débiteurs n'est simplement pas en mesure de s'acquitter des montants imposés, la proportion d'actes de défaut de bien étant significative (plus de la moitié).*
- Augmentation des plaintes pour violation d'une obligation d'entretien. Le nombre de plaintes déposées a évolué de 36 en 2004 à 121 en 2008 (Rapports annuels du Conseil d'Etat, SAS, Bureau de recouvrement).
- Augmentation des mandats des Justices de paix. La plus grande partie provient de litiges dans l'exercice du droit à la relation personnelle (droit de visite). Le nombre est passé de 786 en 2000 à 1402 en 2006, respectivement 1524 pour 2007 (Rapports annuels du Conseil d'Etat, SEJ).

### **3.1.4 Les limites du modèle actuel**

#### **Prise en compte insuffisante de l'intérêt supérieur de l'enfant**

Le nouveau droit du divorce a partiellement atteint son objectif en terme d'accélération du traitement des procédures, mais pas forcément en ce qui concerne la prise en compte prioritaire de l'intérêt supérieur de l'enfant (les enfants étant parfois pris en otage dans le règlement des litiges, le plus souvent d'ordre financier, entre les justiciables). La procédure actuelle fige les parties dans leurs conflits, voire même les exacerbe, ce qui peut conduire à une rupture durable de la communication entre eux.

### **Lenteur des enquêtes sociales et primauté du « fait accompli »**

Les enquêtes sociales commandées par les autorités judiciaires au service de protection de la jeunesse se font généralement en situation de « fait accompli », alors qu'une ordonnance de mesures provisoires a déjà réglé les détails de la répartition des droits de garde/de visite des parents respectifs. Ces enquêtes, vu la surcharge de travail chronique des assistants sociaux et l'existence du « fait accompli », ne font nullement l'objet du traitement diligent que requiert la situation.

### **La procédure actuelle ne mise pas assez sur la prévention des conflits**

La procédure actuelle ne fait appel aux services de l'Etat que pour gérer les effets des décisions prises par les juges de 1<sup>ère</sup> instance, le plus souvent pour effectuer un suivi dans les affaires conflictuelles. Il semblerait plus judicieux d'impliquer les services de l'Etat en amont des décisions de justice afin qu'ils jouent un rôle plus important dans la prévention des conflits et la mise en place de solutions consensuelles.

### **Le coût social important des conflits de longue durée**

Dans le cas où des décisions de justice se terminent par une insatisfaction et débouche sur un conflit de longue durée (entre les justiciables et vis-à-vis des autorités judiciaires, ainsi que des services de l'Etat), le coût social inclut :

- Le non-paiement des pensions alimentaires, les avances et les recouvrements.
- Les poursuites pénales et l'exécution des mesures qui en découlent.
- Le recours des justiciables à des spécialistes tels que avocats, psychologues, soutiens, experts, etc.
- L'octroi de l'assistance judiciaire gratuite, le dédommagement des représentants des parties.
- Les absences au travail, la maladie, conduisant dans le pire des cas à la perte d'emploi.
- Les besoins en matière d'aide sociale.
- Le traitement des séquelles psychologiques d'enfants pris dans la tourmente du conflit de leurs parents.

## **3.2 Arguments pour un véritable Tribunal des affaires familiales**

Que ce soit dans le cadre d'une structure spécialisée ou dans ses structures actuelles, les tribunaux fribourgeois pourraient s'inspirer de pratiques mises en oeuvre dans d'autres cantons suisses ou régions européennes pour régler les conflits familiaux, en particulier ceux impliquant des enfants. Les principes appliqués dans le cadre de règlements de conflits de ces mesures sont les suivants:

- Le caractère urgent est toujours donné aux affaires litigieuses impliquant des enfants.

- Aucun parent ne doit gagner ou perdre, car les enfants sont toujours perdants en cas de déséquilibre d'une décision ou d'une interprétation comme telle d'une des parties.
- Trouver une solution consensuelle concernant la garde et le droit de visite des enfants prime sur toute autre question.
- Le juge peut imposer la consultation de spécialistes aux parents bloqués dans leurs conflits émotionnels.
- Le juge peut également appliquer des mesures coercitives immédiates à l'encontre des parents non collaboratifs.
- Une solution consensuelle doit généralement prendre en compte la nouvelle situation des ex-conjoints et non reconduire systématiquement et aveuglément le modèle appliqué durant la vie du couple.

Dans le cas de la pratique de Cochem, le Tribunal agit très rapidement lorsque des enfants sont concernés par une séparation ou un divorce. Une audience a lieu dans les 3 à 4 semaines après le dépôt de la requête de l'une des parties. Un représentant de l'Office de la jeunesse y assiste et reçoit les parents et leurs enfants pour un premier entretien. Le législateur allemand vient de généraliser cette pratique dans toute l'Allemagne<sup>3</sup>.

### **3.2.1 La médiation comme outil principal de règlement des conflits**

Le Conseil fédéral, dans son message du 28 juin 2006 relatif à la réforme du code de procédure civile suisse (FF 2006 68414) est très claire dans sa recommandation en faveur de la médiation, ceci notamment en vue de décharger les tribunaux :

« Une place importante est réservée au règlement préalable ou extrajudiciaire des litiges. Aussi les parties doivent elles procéder à une tentative de conciliation ou se soumettre à une médiation avant de saisir le tribunal compétent. Le passage, en principe obligé, par cette étape devrait contribuer à décharger les tribunaux, d'une part, et faciliter l'accès à la justice pour les parties (abaissement du seuil) d'autre part ».

L'expérience montre que la médiation est souvent mieux adaptée aux situations spécifiques des parties, n'induit pas de sentiments gagnant/perdant. Elle favorise l'émergence de solutions élaborées avant tout par les parents, plus durables car moins susceptibles d'être contestées ultérieurement.

Que ce soit dans le cadre d'une structure spécialisée ou dans ses structures actuelles, la réforme de l'organisation judiciaire fribourgeoise pourrait s'inspirer de pratiques mises en oeuvre à Cochem ou dans d'autres pays pour régler les conflits familiaux, en particulier ceux impliquant des enfants. Les diverses initiatives existantes ont en commun de recourir systématiquement à la médiation, voire à la médiation « ordonnée » pour régler les cas les plus litigieux. Par exemple, le Canada a instauré un système où il ne peut y avoir de procédure judiciaire avant que le couple ait passé par une instance de médiation. L'Etat subventionne les deux premières séances de médiation.

A Cochem, le juge exhorte les parents récalcitrants à consulter un service spécialisé ou à se soumettre à une médiation en les rendant attentifs aux conséquences légales que peut avoir le refus de se faire aider. Celui-ci sera généralement interprété par le juge comme une incapacité du parent à prendre en considération l'intérêt supérieur de l'enfant et peut avoir pour conséquence le retrait de l'autorité parentale du parent non coopératif.

L'activité du tribunal de Cochem est soutenue par un réseau interdisciplinaire comprenant l'ordre des avocats, le service de protection de la jeunesse, des assistants sociaux, des médiateurs et des psychologues.

### 3.2.2 Formation et compétence des Juges

Dans son avant projet de loi le Conseil d'État propose dans une option d'intégrer dans les Tribunaux d'arrondissement actuels des assesseurs ayant des compétences dans le domaine de la psychologie de l'enfant, de l'éducation ou du travail social. La direction resterait au Président actuel qui est un juge professionnel généraliste et les assesseurs, qui sont des juges laïques, seraient des juges spécialistes aux affaires familiales.

Cela constitue un pas appréciable que nous saluons. Cependant le MCPF considère cette évolution nettement insuffisante. Le Juge qui est habilité à décider en juge unique n'aurait pas la formation nécessaire et les compétences complémentaires à celle du droit attendue d'un juge aux affaires familiales. Nous préconisons qu'un tel juge devrait disposer d'une formation, éventuellement post-graduée, dans le domaine des affaires familiales et de l'audition des enfants.

Une part importante des affaires est traitée par les Autorités tutélaires, notamment après jugement de divorce ou pour les enfants nés hors mariage. Les juges de paix doivent aussi bénéficier de formation dans le domaine.

### 3.2.3 Gains d'une telle approche

En termes de résultats, les tribunaux appliquant la "coopération ordonnée" peuvent se targuer de belles réussites, telles que:

- L'apaisement des conflits parentaux.
- Le retour à un climat familial plus serein, profitable au développement de l'enfant.
- Une augmentation importante du nombre de demandes de garde conjointe ou de droit de visite étendu.
- Une diminution substantielle des frais de justice et de l'assistance judiciaire.
- Une diminution de la durée des procédures et une forte diminution du nombre de recours judiciaires.
- Une forte diminution des conflits liés au non paiement des pensions et au non respect des droits à la relation personnelle de l'enfant et du parent non gardien.

Anexes :  
1 Modèle d'ordonnance d'une consultation obligatoire  
2 Plaquette d'information de la CROP sur la pratique de Cochem  
3 Réforme de la procédure dans les affaires de la famille en Allemagne  
(Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2009)

Montagny, le 10 octobre 2009