



Kosovo: conséquences du transfert du droit de garde

Renseignement de l'analyse-pays de l'OSAR

Rainer Mattern

Weyermannsstrasse 10
Case postale 8154
CH-3001 Berne

Pour les colis:
Weyermannsstrasse 10
CH-3008 Berne

T ++41 31 370 75 75
F ++41 31 370 75 00

info@osar.ch
www.osar.ch

CCP 30-16741-4
Compte dons
CCP 30-1085-7

Berne, le 26 avril 2010



MEMBER OF THE EUROPEAN COUNCIL ON REFUGEES AND EXILES

Préambule

Sur la base de la demande soumise le 22 janvier 2010 à l'analyse-pays de l'OSAR, nous avons traité le sujet suivant:

Dans deux cas, il s'agit de savoir si des enfants mineurs qui vivent dans la famille de leur père au Kosovo peuvent partir vivre à l'étranger où se trouve leur père. Les parents des enfants sont divorcés et dans le jugement de divorce, le tribunal kosovar a accordé la garde de chacun des enfants au père. Celui-ci souhaite faire venir les enfants dans son lieu actuel de résidence.

1. Dans la pratique, quelle est la signification de l'art. 141, par. 1 de l'actuelle loi kosovare sur la famille, article précisant que même si un seul des deux parents exerce le droit de garde, les deux parents doivent être d'accord sur les décisions essentielles pour le développement de l'enfant?
2. Cet article signifie-t-il notamment qu'un transfert complet du droit de garde est impossible selon l'application actuelle de la loi kosovare?
3. Ergo, cela signifie-t-il que conformément à la loi actuelle sur la famille, une mère kosovare séparée de son mari continue (ou a le droit de continuer) à prendre part aux décisions importantes concernant l'enfant lorsque celui-ci vit à l'étranger, chez son père?
4. Ou, si elle insistait pour obtenir son droit (formel), est-ce que la mère violerait encore les normes sociales (droit kanun) et déshonorerait sa famille, donc tendrait-elle au final plutôt à renoncer à son droit?

L'Organisation suisse d'aide aux réfugiés OSAR observe la situation au Kosovo depuis plusieurs années.¹ Nous appuyant sur nos propres recherches et sur les renseignements qui nous ont été fournis par un juge aux affaires familiales et l'avocate d'une organisation féministe active à l'ouest du Kosovo², nous prenons position comme suit sur cette demande:

1 Introduction

Divers concepts du droit règnent aujourd'hui encore au Kosovo (droit légal et droit coutumier) et définissent la pensée et les actes des individus.³ Le droit coutumier prévoit que l'Etat n'est pas compétent pour régler les affaires de famille, mais que celle-ci ou des unités familiales plus grandes s'en occupent et gèrent aussi les éventuels conflits, parfois à l'aide de médiateurs traditionnels. Et ce sont justement les affaires familiales et les affaires de succession qu'à la barbe de l'Etat (ou avec son accord quand les familles s'entendent) que des solutions sont trouvées et favo-

¹ www.fluechtlingshilfe.ch/pays-d-origine.

² Sur demande des tribunaux, l'OSAR communique les coordonnées des personnes interrogées.

³ OSAR: Kosovo: La signification des traditions dans le Kosovo d'aujourd'hui, 2004, www.fluechtlingshilfe.ch/pays-d-origine/europe/kosovo/kosovo-les-traditions-dans-le-kosovo-daujourd'hui.

risées qui maintiennent un partage des rôles patriarcal entre les hommes et les femmes. Dans les campagnes, les mariages et les divorces peuvent avoir lieu sans l'intervention de l'Etat. Il en va de même pour le droit de garde des enfants qui selon le code de la famille traditionnel appartiennent au mari après une séparation, tandis que l'épouse retourne dans sa propre famille qui ne veut pas de l'enfant «étranger». Les filles en sont toujours aussi souvent exclues des successions, ce qui représente une des contradictions les plus éclatantes entre le droit légal et la pratique coutumière. Cela a pour conséquence que les biens restent surtout entre les mains des hommes et que les femmes restent économiquement défavorisées, ce qui peut évidemment avoir des effets sur la décision du droit de garde pour laquelle les conditions économiques nécessaires au développement de l'enfant sont décisives. Dans l'appréhension du droit coutumier, les enfants d'un couple «appartiennent» à la famille du père. Les divorces sont d'ailleurs assez rares dans ces familles traditionnelles, ne serait-ce que parce que le divorce est un déshonneur pour la femme contrainte de rentrer dans sa propre famille d'origine. Voler ou entretenir des relations extraconjugales sont des raisons reconnues de divorce, également dans le droit coutumier.

Même si les divorces sont réglés par les tribunaux, la vision traditionnelle des choses peut avoir une influence sur la procédure et le jugement. La majorité des magistrats sont des hommes qui connaissent le droit coutumier, s'ils n'en sont pas imprégnés, et peuvent ainsi en faire usage, par exemple lorsqu'il s'agit du bien de l'enfant dont la garde est plutôt attribuée au père si économiquement sa position est plus forte et qu'on sait déjà que la mère vivra seule et que sa famille n'accueillera pas l'enfant «étranger». Dans les campagnes surtout, la majorité des femmes ne travaille pas d'emploi et par conséquent peu de possibilités de pourvoir financièrement elles-mêmes à leurs besoins. Au Kosovo et dans d'autres pays, la femme se retrouve économiquement en position de faiblesse après un divorce. Mais au Kosovo, cette réalité a un effet sur la décision du droit de garde des enfants.

Dans les secteurs urbains, les divorces sont majoritairement réglés par les tribunaux. Après la guerre, leur nombre a beaucoup augmenté. Entre 2000 et 2003, il a été multiplié par quatre, soit de 325 à 1385 cas.⁴ Nous ne disposons pas des chiffres les plus récents, mais les renseignements pris auprès d'un juge kosovar aux affaires familiales confirment cette tendance à une nette augmentation du nombre des demandes de divorce auprès des tribunaux kosovars.⁵

2 Règlement légal du droit de garde

L'art. 140 du droit kosovar de la famille fixe que pour toute procédure de divorce, le tribunal doit régler les questions du droit de garde et de l'éducation des enfants mineurs. Si les parents ne peuvent pas s'entendre sur la question, le droit de garde peut aussi être attribué à un seul parent ou à une tierce personne. Même lorsque le droit de garde a été attribué à un seul des deux parents, l'art. 141 de la loi sur la famille définit que les deux parents prennent en commun les décisions **d'une impor-**

⁴ Unmikonline, Focus, Divorce – cutting both ways, février 2004, www.unmikonline.org/pub/focuskos/feb04/focusksocaffair3.htm.

⁵ Entretien du juge familial à Pristina avec notre personne de contact sur place, le 4 mars 2010.

tance essentielle pour le développement de l'enfant. Si la personne qui n'a pas obtenu le droit de garde, n'est pas d'accord avec l'autre parent, elle peut faire appel au tribunal compétent.

Ainsi, la législation empêche le transfert complet du droit de garde à un seul parent et fait en sorte que les deux parents prennent ensemble les décisions essentielles pour le développement de l'enfant ou, si cela est impossible, qu'un tribunal en soit chargé. Cette loi est donc en totale contradiction avec le concept traditionnel qui impose que le ou les enfants restent auprès de leur père et que la mère perd définitivement tous ses droits les concernant.

Généralement, les tribunaux prennent leur décision sur la base du rapport **d'un des centres sociaux**, dont la tâche est de veiller au bien-être des enfants. Toutefois, malgré une législation très claire, leur rôle n'est pas toujours bien compris par les personnes concernées, (même les juges ne comprennent pas toujours si le rapport fourni par le centre n'est que l'opinion d'un expert ou s'il s'agit déjà d'une proposition de décision sur le cas). En outre, les rapports sont fréquemment transmis avec du retard ce qui prolonge d'autant les procédures.⁶

Une demande de renseignements auprès d'un juge kosovar aux affaires familiales a montré que selon sa propre perception de la situation, l'augmentation du nombre des séparations devant un tribunal va obligatoirement de pair avec une décision sur le droit de garde des enfants. Toujours selon le juge, ces décisions sont prises dans le plus strict respect des dispositions légales.⁷

A notre demande, une juriste et collaboratrice d'une organisation œuvrant en faveur des femmes nous a communiqué que d'après son expérience, les enfants sont généralement attribués au père (et à sa famille d'origine) après un divorce, car la mère ne recevrait aucun soutien de sa propre famille et sans bien immobilier, est beaucoup moins bien lotie économiquement. De cas en cas, d'autres aspects peuvent également intervenir comme l'âge des enfants et la capacité du parent en question à prendre soin d'un enfant. Cette juriste indique aussi que l'application des décisions de justice après un divorce provoque de gros problèmes, notamment parce qu'il est presque impossible d'imposer le paiement des pensions alimentaires. Même si le droit de garde est attribué à la mère, celui-ci n'est qu'un bout de papier puisque dans la réalité, les tribunaux ne parviennent pas à imposer au père le versement des pensions alimentaires.⁸

3 Charge des tribunaux en matières d'affaires de droit civil

En première instance, les procédures de divorce sont traitées par les tribunaux régionaux. Pour les affaires de famille, ceux-ci peuvent demander un rapport circonstancié au centre social compétent. Dans un de ses rapports, l'OSCE critique la len-

⁶ OSCE, The Centres of Social Work in Civil Proceedings, mars 2010.

⁷ Entretien du juge familial à Pristina avec notre personne de contact sur place, le 4 mars 2010.

⁸ Courriel du 24 mars 2010.

teur du travail de ces centres⁹ dont les compétences ne seraient pas toujours claires et les délais impartis fréquemment dépassés, ce qui peut avoir pour effet des retards dans les décisions en matière de droit de garde.

Etre en possession d'une décision de justice ne signifie pas grand chose au Kosovo puisque rien ne garantit son application. D'une manière générale, la justice kosovare a mauvaise réputation. Après s'être entièrement effondré pendant la guerre, le système de justice a dû être reconstruit sous surveillance internationale. Cette reconstruction est loin d'être achevée. Certains avis sur la justice au Kosovo parus dans les médias et dans des articles spécialisés vont «d'Etat quasiment en faillite»¹⁰ à «Au Kosovo, la justice n'a d'existence que son nom»¹¹. Human Rights Watch estime que le système de justice est le plus faible des organes institutionnels du Kosovo.¹²

Les tribunaux, en particulier les tribunaux civils, souffrent de la quantité de procédures en suspens.¹³ Les raisons en sont le manque d'organisation, la mauvaise gestion de l'administration judiciaire, les mauvaises conditions de travail. La faiblesse des infrastructures, l'absence inexcusée et non sanctionnée des parties, des avocats et des témoins au tribunal. L'UNHCR estime que le système de justice kosovar n'est pas encore totalement fonctionnel et que le nombre élevé de dossiers en suspens est un problème sérieux. Fin 2008, 195'968 procédures civiles étaient encore en suspens (dans un pays de deux millions d'habitants) et il n'existe toujours pas de code de procédure qui permettrait d'appliquer les décisions de justice.¹⁴ Il n'existe pas non plus de moyen permettant de prendre des mesures disciplinaires à l'encontre des juges pour les inciter à clore une procédure.¹⁵ La magistrature kosovare reste faible et continue à dépendre de l'aide internationale.¹⁶

4 Imposer le droit d'intervention dans les procédures de droit de garde

D'après les informations à notre disposition, le parent qui n'a pas le droit de garde peut tout à fait faire appel au tribunal pour obtenir le droit d'intervention dans l'éducation des enfants si celui-ci n'a pas déjà été prononcé dans le jugement de divorce.

Qu'une femme qui n'a pas le droit de garde mais qui veut participer aux décisions importantes concernant les enfants se risque à faire appel à un tribunal dépend de plusieurs facteurs: la démarche est certainement plus difficile que dans d'autres pays d'Europe centrale. Il est peu probable qu'une femme de la campagne, d'esprit plutôt traditionnel ose faire le pas. En revanche, la chose est plus facile à imaginer

⁹ OSCE, The Centres of Social Work in civil proceedings, mars 2010.

¹⁰ Remarque de l'Ambassadeur des Etats-Unis au Kosovo, Christopher Dell, dans: «Der Frust mit der Freiheit», Tagesanzeiger, 16 février 2010.

¹¹ Ibidem.

¹² Human Rights Watch, Kosovo's Criminal Justice Scorecard, mars 2008.

¹³ OSCE, Legal System Monitoring Section, Monthly Report May 2009.

¹⁴ UNHCR, Eligibility Guidelines for Assessing the International Protection Needs in of Individuals from Kosovo, 9 novembre 2009.

¹⁵ European Commission: Enlargement Strategy and Main Challenges 2009–2014, p. 15.

¹⁶ Ibidem.

dans les secteurs urbains. L'attitude moderne ou l'esprit traditionnel d'une femme jouent donc un rôle dans le règlement de ces questions, de même que son degré de formation, son indépendance financière, un représentant juridique et le soutien de sa famille d'origine. Pour faire valoir ses droits devant un tribunal, une femme doit donc être très indépendante pour franchir tous les obstacles sans le soutien de sa famille d'origine ou d'une organisation féministe. Il est en outre difficile de dire dans quel laps de temps elle obtiendrait une décision favorable et si le centre social et le tribunal communiqueraient leurs recommandations et/ou décisions à temps (par exemple s'il s'agit du début de la formation de l'un des enfants). Compte tenu du nombre de procédures en suspens, on peut en l'occurrence douter de la rapidité des tribunaux civils.

Ce qui vraiment décisif en revanche, c'est si la femme qui n'a pas le droit de garde pourra faire appliquer une décision de justice en sa faveur avec l'aide d'un soutien juridique. En dehors des lenteurs inacceptables des procédures au tribunal (pas de sanction pour non présentation de l'une des parties et des témoins, pas de possibilité de rendre les tribunaux plus efficaces) c'est surtout l'absence de moyens de faire appliquer les décisions de justice qui font en sorte que le titre dont est muni l'une des deux des parties ne l'aide pas à faire valoir son droit et à atteindre son objectif. Il est ainsi tout à fait possible qu'une femme qui a uniquement un droit d'intervention mais pas d'un droit de garde de ses enfants voie ce titre rester sans valeur puisque sans suites concrètes.

En réponse aux questions posées, cela signifie que selon le concept de la loi sur la famille, on peut sans autre considérer que même si un seul parent assure le droit de garde, les deux parents continueront ensemble à prendre les décisions importantes concernant le développement de l'enfant, ce qui de facto limite l'exercice du droit de garde attribué au parent. Qu'une mère kosovare séparée de son mari continue à intervenir dans les questions importantes concernant le développement de l'enfant est possible avec l'accord du père. Sans ce dernier, la mère devrait demander ce droit d'intervention au tribunal. Même si elle franchit cette étape et obtient gain de cause, la situation actuelle de la magistrature au Kosovo fait que ses chances sont minces de voir appliquer son droit dans les délais (durée des procédures, manque de possibilités d'imposer une décision). Comme les dispositions légales et les accords financiers qui accompagnent le droit de garde sont moins un problème au Kosovo que les possibilités d'application d'un droit par la voie légale, le problème sera le même dans le cas où un enfant vit légalement chez son père, à l'étranger.

Vous trouverez les publications de l'OSAR sur le Kosovo et d'autres pays d'origine des réfugiés sous www.fluechtlingshilfe.ch/pays-d-origine

L'OSAR-Newsletter vous informe des nouvelles publications. Inscription sous www.fluechtlingshilfe.ch/actualite/newsletter