

## Le juge dans le droit de la famille<sup>1</sup>

### Autorité parentale conjointe après divorce ou sans mariage : utopie ou réalité ?

## I. Introduction

### A) La problématique à résoudre

La révision du droit du divorce de 1998 a introduit dans le code civil un certain nombre de nouveautés dont notamment la possibilité pour des parents divorcés (art. 133 al. 3 CC) ou non mariés (art. 298a al.1 CC) de conserver ou d'obtenir une autorité parentale conjointe sur leurs enfants communs.

Subordonné à des conditions strictes, le maintien ou l'octroi de cette autorité parentale (elterliche Sorge) conjointe (= commune) ne résout pas la difficile question du droit de garde de l'enfant (Obhut), donc le rapport journalier avec celui-ci. Quand le Code civil, à l'art. 133 al. 3 comme à l'art. 298a al. 1, parle de « la prise en charge de l'enfant » (Betreuung des Kindes), il semble faire allusion à la garde de fait et non pas au droit de garde, à la différence de ce que faisait l'avant-projet de 1992<sup>2</sup>. Ce ne sont en effet pas les parents qui peuvent décider de l'attribution du droit de garde, mais exclusivement l'autorité, laquelle, sur proposition des parents, peut amputer l'autorité parentale d'une des ses composantes, le droit de garde, si elle l'estime nécessaire au bien de l'enfant, ou au contraire laisser à chaque parent une pleine autorité parentale, incluant le droit de garde. Lorsqu'elle attribue le droit de garde à l'un des deux parents, l'autorité compétente en prive l'autre, sans pour autant ni l'en déchoir au sens de l'art. 310 CC, ni lui enlever l'autorité parentale qui demeure, avec une étendue diminuée<sup>3</sup>. Si l'autorité compétente considère au contraire comme favorable au bien de l'enfant de conserver à chacun des deux parents la pleine autorité parentale, elle doit leur laisser une garde conjointe (= commune), éventuellement une garde alternée<sup>4</sup>. Dans ces cas-là, il est clair que l'enfant n'en est pas moins dans l'impossibilité de vivre avec ses deux parents en même temps, qui se transmettront périodiquement la garde de fait, mais les deux parents sont censés alors être en plein accord sur chaque détail de la vie journalière de l'enfant - en tous les cas lors de garde conjointe - ce qui n'est pas forcément évident. La garde alternée a, de ce point de vue, l'avantage de faire de chaque parent le titulaire « exclusif » du droit de garde pendant que l'enfant est chez lui, ce qui peut simplifier les rapports entre les parents,

<sup>1</sup> Texte légèrement remanié, écrit pour la conférence des 16/17 novembre 2006 organisée par la Fondation pour la formation continue des juges suisses, à Gerzensee.

<sup>2</sup> Voir sur ce point ANGELO RUGGIERO, L'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce, thèse de licence, Lausanne, Tolochenaz 1994, p. 146 § 2 ; la formulation de l'avant-projet était alors telle qu'elle semblait exclure toute possibilité de garde conjointe : Idem, op. cit. , p. 148. Le texte de l'art. 138 al. 3 de l'AP était le suivant : « Sur requête des père et mère, le juge maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et qu'ils soumettent à sa ratification une convention qui détermine lequel des parents a la garde et fixe la contribution d'entretien due par l'autre » ; « Auf gemeinsamen Antrag belässt der Richter die elterliche Gewalt beiden Eltern, sofern dies mit dem Kindeswohl vereinbar ist und die Eltern ihm eine Vereinbarung zur Genehmigung vorlegen, die festlegt, welchem Elternteil die Obhut zusteht und welchen Unterhaltsbeitrag der andere zu bezahlen hat ». En outre, l'AP ne parlait pas encore d'autorité parentale commune pour les parents non mariés. Dans ce cas, l'art. 298a AP envisageait seulement une assistance possible, voire une représentation « si les circonstances l'exigent ».

<sup>3</sup> Il semble que ce ne soit pas l'avis du juge PHILIPPE GARDAZ, L'autorité parentale conjointe après divorce, in Le nouveau droit du divorce Cedidac Lausanne 2000 (Caroline Paquier et Jérôme Jaquier édit.) p. 183 et note 21 qui paraît exclure la possibilité de dissocier le droit de garde de l'autorité parentale dans les cas d'autorité parentale conjointe.

<sup>4</sup> A propos de ces deux notions voir également RUGGIERO, op. cit. à note 1, p. 174.

mais risque aussi de soumettre l'enfant à une instabilité de fait ou à une pression supplémentaire<sup>5</sup>.

En théorie donc, autorité parentale et droit de garde peuvent être bien distincts et doivent l'être, selon la formulation des deux articles topiques du code, puisque les parents doivent s'être mis d'accord sur le droit de garde (non désigné malheureusement comme tel) et que l'autorité compétente doit avoir approuvé cet accord pour pouvoir éventuellement maintenir ou accorder l'autorité parentale conjointe. On constate cependant dans la pratique - et nous y reviendrons plus loin - que les questions d'autorité parentale et de droit de garde sont souvent amalgamées et ceci en particulier lorsqu'il s'agit de modifier ultérieurement une attribution. Or il pourrait n'être pas inutile et, partant, se révéler favorable au bien de l'enfant, de mieux distinguer les deux notions.

C'est en pensant à la confusion existant entre autorité parentale et droit de garde au moment de l'appréciation du bien de l'enfant en particulier que nous avons intitulé notre intervention : « utopie ou réalité ? ». Il nous paraît en effet assez utopique de croire que la seule attribution d'une autorité parentale conjointe résout tous les problèmes et nous verrons que c'est bien au niveau du droit de garde que les vrais problèmes tant théoriques que pratiques se posent et qu'on en tire peut-être trop souvent des conséquences pour l'autorité parentale.

Nous devons aussi avouer que notre titre reflète la question que nous nous posons en ce qui concerne l'utilité des articles 133 al. 3 et 298a. Sur ce point, les réponses au questionnaire que nous avons envoyé pour notre « enquête » montrent que ces articles sont plutôt utiles et ne conduisent nullement aux va-et-vient judiciaires que l'on pouvait craindre.

## **B) Présentation de l'enquête que nous avons réalisée**

En avril 2006, nous avons adressé<sup>6</sup> une lettre circulaire aux autorités de tutelle ainsi qu'aux autorités judiciaires compétentes en matière de divorce des cantons de Fribourg, Genève, Jura, Neuchâtel, Valais et Vaud, leur posant respectivement les questions suivantes (que nous groupons maintenant) : 1) Avez-vous déjà eu l'occasion d'appliquer l'art. 298a al. 1 ou l'art. 133 al. 3 CC ? ; 2) si oui, comment avez-vous réglé la question de la garde ? ; 3) avez-vous déjà eu l'occasion de modifier l'autorité parentale conjointe (y compris la garde) au sens de l'art. 298 a al. 2 ou de l'art. 134 CC ? Si oui, pour quelle (s) raison(s) ; 4) L'audition de l'enfant a-t-elle lieu chaque fois ? Sinon, pourquoi ? Quand elle a lieu, influence-t-elle votre décision ?

Sur quelque 80 lettres envoyées, plus de 50 réponses nous sont parvenues, certaines opérant une synthèse entre plusieurs autorités. Nous ne prétendons pas du tout pouvoir en tirer une statistique, ni d'ailleurs vouloir le faire. En revanche, il nous paraît intéressant de rendre compte, canton par canton, des explications et commentaires reçus. En ce qui concerne l'audition de l'enfant, ce n'est pas directement le sujet de ce jour. Il nous semble cependant pertinent de transmettre quelques indications à ce propos.

---

<sup>5</sup> A vrai dire, nous n'avons jamais trouvé de définition précise de la notion de « garde alternée ». S'agit-il d'un droit de garde exclusif alterné, ce que nous avons envisagé dans le texte ci-dessus ou d'un droit de garde conjoint avec garde de fait alternée ? Les conséquences ne seraient pas tout à fait les mêmes.

<sup>6</sup> Avec l'aide de notre assistante, Mme Estelle de Luze.

## II. Les résultats de l'enquête

### A) Application de l'art. 298a CC

Les six cantons interpellés ont tous déjà eu l'occasion d'appliquer cette disposition, du moins dans certaines régions. On constate des procédés parfois assez différents en ce qui concerne le règlement général de la prise en charge de l'enfant et l'audition de ce dernier. Reprenant systématiquement les réponses au questionnaire rappelé ci-dessus, nous en résumons l'essentiel de la manière suivante :

#### Avez-vous déjà eu l'occasion d'appliquer l'art. 298a al. 1 CC ?

**Fribourg** : Des 11 réponses reçues dont 3 de la partie germanophone du canton, 7 indiquent avoir appliqué l'art. 298a al. 1, et parfois fréquemment. Les approches sont très différentes selon les autorités. Certaines convoquent systématiquement les parents peu après la naissance, avec un projet de convention portant sur l'autorité parentale conjointe ainsi que sur le règlement de toutes les questions en cas de fin de la vie commune. D'autres se préoccupent seulement de proposer, dès la naissance, une convention alimentaire. C'est à l'occasion de la signature de celle-ci que les parents demandent d'avoir l'autorité parentale conjointe.

L'une des autorités tutélaires n'accorde l'autorité conjointe que s'il y a un ménage commun. Les autres ne font pas de ce ménage une condition impérative. En l'absence de vie commune, ou en cas de fin de celle-ci, la convention proposée comme modèle prévoit en principe l'attribution de la garde à la mère (il s'agit sans doute du droit de garde proprement dit) et règle largement la question du droit de visite. La convention peut même prévoir expressément que les parents négocient à nouveau l'attribution de l'autorité parentale et doivent alors soumettre leur projet à l'autorité pour approbation.

**Genève** : Le Canton de Genève paraît se contenter de vérifier que les modalités prévues par la convention proposée par les parties sont bien conformes à l'intérêt de l'enfant. Il n'y a pas de précision par rapport au ménage commun ou non ni, en cas de vie séparée, par rapport à une garde commune, alternée ou attribuée à un seul des parents.

**Jura** : Il ressort d'une réponse de la chambre administrative du Tribunal cantonal que l'autorité parentale conjointe peut être accordée aux parents non mariés même s'ils ne font pas ménage commun. Dans le cas d'espèce, la garde (sans doute le droit de garde) avait été accordée au père avec, de surcroît, une curatelle éducative.

**Neuchâtel** : Des trois réponses reçues, il résulte que l'autorité parentale conjointe n'est pas subordonnée au ménage commun. Quand celui-ci existe, le problème de la garde (donc du droit de garde !) ne se pose pas. Quand il n'y a pas ménage commun, la garde est soit « partagée », soit attribuée à l'un des parents, le plus souvent à la mère, avec droit de visite pour l'autre parent.

*Remarque* : par garde « partagée », on ne sait s'il faut comprendre « conjointe » ou « alternée ».

**Valais** : Plusieurs chambres pupillaires n'ont encore jamais eu l'occasion d'appliquer l'art. 298a al. 1 CC, ce qui n'a pas empêché certaines d'entre elles de préparer un modèle de convention pour les parents non mariés qui désireraient obtenir l'autorité parentale conjointe.

D'autres chambres pupillaires ayant eu l'occasion d'appliquer l'art. 298a al. 1 ont, les unes, subordonné l'octroi de l'autorité parentale commune au ménage commun (et,

naturellement, à l'intérêt de l'enfant et à une requête commune des parents), les autres, élaboré des projets de conventions variés, avec attribution du droit de garde, entretien et droit de visite en cas de suspension de la vie commune ou si les parents font ménage séparé dès le début.

**Vaud** : Dans le canton de Vaud, l'art. 298a al. 1 CC a également été appliqué à plusieurs reprises, dans des régions différentes du canton, sans que le ménage commun soit jamais une condition de départ. S'il y a ménage commun, les conventions doivent envisager la solution en cas de cessation de ménage commun (en général, il y a attribution du droit de garde à l'un des parents). A défaut de garde attribuée, il y a garde « partagée ».

*Remarque* : Comme à Neuchâtel, on ne sait toutefois pas si la notion de garde partagée signifie droit de garde conjoint ou alterné.

**Bref commentaire** : Il ne nous semble pas conforme à l'art. 298 a al. 1 de faire du ménage commun une condition d'attribution de l'autorité parentale conjointe ; il y a là, à notre avis, l'expression de la confusion entre l'autorité parentale et le droit de garde. Il est clair en revanche que la question du ménage commun entre dans l'appréciation de l'intérêt de l'enfant à l'attribution de l'autorité parentale conjointe. En ce qui concerne le droit de garde, il nous semble judicieux de pousser les parents à convenir déjà de la solution à retenir en cas de fin du ménage commun. Il est toutefois évident que cette convention ne saurait l'emporter sur le principe de l'art. 298a al. 2 en cas de fait nouveau, ce que la fin de la vie commune constitue assurément, c'est-à-dire sur le droit du père, de la mère, de l'enfant ou de l'autorité tutélaire, de demander la modification de l'attribution de l'autorité parentale (voire du droit de garde), même si une solution a déjà été envisagée à l'avance.

#### Modification de l'autorité parentale conjointe selon 298a al. 2

Aucune des réponses reçues ne mentionne une modification. Les deux cas signalés ne concernent manifestement pas la situation qui nous intéresse, puisqu'il s'agissait soit d'une autorité parentale prolongée sur un majeur, soit d'un cas de décès d'un des parents. A deux reprises, en outre, des demandes de modification ont été retirées.

#### Audition des enfants

La pratique varie aussi bien entre les cantons qu'entre les autorités d'un même canton. On relèvera cependant que, souvent, l'application de l'art. 298a al. 1 CC est demandée alors que les enfants sont encore bébés, ce qui exclut toute audition. D'une manière générale, l'audition aura lieu, si l'âge de l'enfant le permet, en cas de demande de modification de la situation. L'âge à partir duquel l'enfant est entendu varie. Fribourg mentionne 6 ou 7 ans, selon la région. Neuchâtel, 6 ans, Vaud, 6 ans également, mais il est arrivé qu'un enfant de 8 ans soit considéré comme encore trop jeune. Genève, le Jura, Neuchâtel et le Valais ne mentionnent pas l'âge. A Genève, l'audition est en général déléguée au Service de Protection de la jeunesse.

Quant à la portée de cette audition, elle est fonction des circonstances. Genève relève qu'elle est d'autant plus exceptionnelle que les parents ont en général déjà tenu compte de l'avis de l'enfant dans leur convention. En ce qui concerne les autres cantons, on notera que, dans un cas, elle a permis de constater la pression exercée par le père, ce qui a justifié un refus de transfert du droit de garde à ce dernier ; dans un autre, elle a mis en évidence une carence éducative de la mère, ce qui a valu une attribution du droit de garde au père, mais avec accord des parents.

Il semble, en règle générale, que si les parents sont d'accord sur une solution, l'audition n'a pas lieu.

### **B. Application de l'art. 133 al. 3 CC**

Tous les cantons interpellés appliquent cet article, certains, très fréquemment, d'autres, assez fréquemment. Les solutions en matière de droit de garde sont variées.

**Fribourg** : Des cinq réponses reçues - dont une d'une région germanophone -, il résulte qu'un tiers environ des divorces avec enfant(s) se terminent avec un maintien de l'autorité parentale conjointe. Mais les parents ne savent pas toujours à quelles conditions ils peuvent l'obtenir. La question du droit de garde est plus délicate. L'accord des parties peut être déterminant, mais il y a surtout des cas de droit de garde attribué (à la mère, faute de disponibilité suffisante du père). Peu nombreux sont les cas de droit de garde alternée, par rapport à laquelle on observe çà et là une certaine réticence. Il en va de même des cas de droit de garde conjointe (= partagée).

**Genève** : L'art. 133 al. 3 CC est très fréquemment appliqué ; le droit de garde n'est pas souvent alterné ou partagé ; il est en général attribué à la mère, avec un très important droit de visite pour le père.

**Jura** : Les cas sont également fréquents. La convention doit tout régler, y compris la prise en charge financière. Le tribunal fournit un projet de convention où il est question de garde alternée.

**Neuchâtel** : L'application de l'art. 133 al. 3 est fréquente, mais le droit de garde est le plus souvent attribué à la mère. Il y a quelques cas de garde partagée et très rarement de garde alternée.

**Valais** : C'est 1/5 à 1/3 des cas de divorce avec enfants qui voit l'application de l'art. 133 al. 3 CC. Le droit de garde alterné est assez fréquent. Sans cela, c'est l'attribution à l'un des parents (majoritairement à la mère, même quand il y a une convention) avec droit de visite très étendu en faveur de l'autre.

**Vaud** : Application moyenne ; droit de garde attribué en général et quelques cas de droit de garde alterné ou partagé (= probablement conjoint !).

#### Modification de l'autorité parentale

Apparemment, les autorités consultées dans les 6 cantons n'ont pas eu à modifier la situation fixée conformément à l'art. 133 al. 3, sous réserve, dans le canton du Jura, d'un cas de déménagement et, dans le canton de Neuchâtel, sur désir des parents.

#### Audition de l'enfant

**Fribourg** : Audition très systématique de l'enfant, dès 6 ou 7 ans. Certains juges avisent même par écrit tout enfant de plus de 6 ans de son droit d'être entendu. Quant à la portée de cette audition, elle peut être importante en cas de litige des parents, mais n'aura pas pour conséquence un écart par rapport au choix opéré par les parents.

**Genève** : L'audition assez systématique a lieu par le juge dès que l'enfant a 12 ans et par le Service de Protection de la Jeunesse si l'enfant est plus jeune. Elle n'a que peu d'influence par rapport à l'accord des parents.

**Jura** : Comme l'accord des parents est nécessaire, les enfants ont déjà été informés et ont déjà souscrit à cette convention quand l'affaire arrive au Tribunal.

**Neuchâtel** : L'enfant est entendu, pour autant que son âge le permette, si les parents sont en désaccord et son avis peut alors être déterminant.

**Valais** : Entendu (dans une certaine région), s'il a plus de 10 ans, l'enfant peut ainsi conforter l'opinion du juge ; il n'est toutefois pas forcément entendu quand la solution adoptée a l'air dans son intérêt. Certains juges se conforment simplement aux exigences légales.

**Vaud** : Dans le canton de Vaud, les juges semblent assez réservés en ce qui concerne l'audition des enfants qui paraît souvent sans influence et n'est d'ailleurs pas systématique. L'audition pourrait parfois dépendre du « feeling » personnel du président. La question de la garde, en particulier alternée ou conjointe, pose en soi plus de problèmes que celle de l'autorité parentale conjointe. Dans un arrondissement, l'enfant, dès 11 ans, est entendu par un juge délégué dans tous les procès en divorce.

**Remarque** : En matière d'audition de l'enfant, on constate une très grande différence selon les cantons et les autorités. Est-ce conforme à l'intérêt de l'enfant ? Il se pourrait que les différences de traitement soient dues plutôt à des différences de philosophie des autorités.

### III. La jurisprudence en général

Peu abondante est la jurisprudence relative à l'art. 298a al. 1 CC comme tel. Un arrêt fédéral du 27.6.2006 (5C.34/2006 ; FamPra.ch 2006, p. 923 n° 127) a précisé que la suppression de l'autorité parentale conjointe aux concubins et la réattribution du droit de garde en cas d'union libre obéissent aux mêmes principes qu'en cas de divorce. Cet arrêt confirme ainsi l'arrêt fédéral du 12 novembre 2002 (5P. 212/2002 ; FamPra.ch 2003, p. 449ss n° 60 c. 2.2.3) selon lequel l'art. 298a al. 2 CC - relatif à la modification de l'attribution de l'autorité parentale - correspond quant au contenu à l'art. 134 al. 1 CC. Dès lors, vu la formulation même de l'art. 298a al. 1 CC, quasiment identique à celle de l'art. 133 al. 3 concernant le divorce, on peut affirmer que la jurisprudence applicable en matière de divorce peut l'être en général, par analogie, aux cas de non-mariage. Il est donc possible, croyons-nous, de retenir, pour l'une comme pour l'autre situation, les règles jurisprudentielles ci-dessous, en distinguant toutefois - ce que la jurisprudence ne fait pas toujours - l'autorité parentale du droit de garde.

#### A) Autorité parentale conjointe

Trois arrêts fédéraux nous paraissent avoir posé des principes fondamentaux :

- L'autorité parentale conjointe ne saurait être attribuée ou maintenue contre la volonté de l'un des parents (TF 28.9.2005, 5P. 119/2005 : RDT 2006, p. 78).
- A défaut d'entente entre les parents, le juge du divorce doit attribuer l'autorité parentale à l'un des parents. Le critère déterminant pour le choix du parent est exclusivement celui de l'intérêt de l'enfant, celui des parents passe à l'arrière-plan (TF 27.5.2005, 5C.77/2005, FamPra.ch 2005, p. 953 n° 125 c. 2.1). Le refus du maintien de l'autorité conjointe par l'un des parents - refus qui n'a pas besoin d'être motivé - ne conduit pas forcément à l'attribution de cette autorité à l'autre parent (même arrêt, cons. 2.3.5).
- L'admissibilité de l'autorité parentale conjointe au sens de l'art. 133 al. 3 CC doit être appréciée sous l'angle du bien de l'enfant et dépend essentiellement des circonstances du cas particulier (TF 18.5.2001, SJ 2001 I 407 c. 3b).

A ces trois arrêts fédéraux, on peut en ajouter un, cantonal, qui a formulé une règle intéressante :

- L'autorité parentale doit être attribuée à un seul parent si les parents sont incapables de coopérer en ce sens qu'aucun d'entre eux n'est capable de donner une image positive de l'autre (Kantonsgericht de St Gall, 2.12.2004 : FamPra.ch 2005, p. 963 n° 127).

Ces différents points de repère permettent à l'autorité compétente d'attribuer l'autorité parentale à l'un des époux ou de la maintenir conjointe. Ils ne règlent pas la question du droit de garde. Celui-ci pose encore d'autres problèmes mais il arrive qu'une confusion soit opérée, selon nous, entre ces deux questions. C'est sans doute ce qui s'est passé dans un arrêt cantonal, rendu sous l'ancien droit et en violation de ce dernier, qui disait en substance que le maintien de l'autorité parentale conjointe présuppose que les deux parents prennent part à la prise en charge de l'enfant ; mais dans la mesure où la répartition des rôles est traditionnelle, il suffit que le mari se consacre aux enfants à raison de 20 % (Tribunal de district de Thoun, 1.7.1999 : FamPra.ch 2000, p. 325 n° 22). Il nous paraît erroné de subordonner l'autorité parentale conjointe à la prise en charge par les deux parents. On peut parfaitement concevoir que l'autorité parentale reste conjointe alors que seul l'un des époux peut réellement prendre les enfants en charge et qu'il se voie ainsi accorder un droit de garde exclusif (on vient de constater cela dans les réponses à l'enquête ci-dessus), et ce, en accord avec les parents. Dans la décision cantonale rapportée ci-dessus, si le nouveau droit avait été applicable, on aurait pu, sur la base du raisonnement mentionné, concevoir non seulement une autorité parentale conjointe mais aussi un droit de garde conjoint. Mais ce sont là deux problèmes différents.

A notre avis, lorsqu'elle doit décider si elle maintient ou attribue l'autorité parentale conjointe, l'autorité compétente doit procéder à une double démarche : elle doit vérifier l'accord des parents, la faisabilité de la manière d'exécuter la prise en charge de l'enfant et se demander si un droit de garde conjoint serait dans l'intérêt de l'enfant ou si au contraire, ce droit ne peut être vraiment exercé que par l'un des parents (disponibilité, capacité de communiquer et de collaborer etc...); mais si elle arrive à la conclusion que le droit de garde ne peut être exercé que par l'un des parents, elle doit encore étudier la question de l'autorité parentale conjointe. En effet, le droit de garde n'épuise pas le contenu de cette dernière et l'intérêt de l'enfant peut parfaitement exiger qu'il ne soit soumis au droit de garde que de l'un de ses parents, mais que les deux puissent prendre ensemble les décisions importantes relatives à son avenir, soit exercer l'autorité parentale conjointe. Il ne s'agit pas du tout alors, à propos du droit de garde, de recourir à l'art. 310 CC (sauf mesure spéciale de protection de l'enfant, exceptionnelle), mais bien de raisonner comme on peut le faire en cas de mesures protectrices de l'union conjugale, par exemple, où l'on admet parfaitement que le juge, puisqu'il peut confier l'autorité parentale à un seul des parents (art. 297 al. 2 CC), peut à plus forte raison lui attribuer un droit de garde exclusif des enfants, tout en maintenant l'autorité parentale conjointe (Cour de cassation civile de Ne, 22.6.2004, RJN 2004, p. 58 c. 2). Pour décider du sort du droit de garde, il faut peut-être d'autres critères que pour décider de celui de l'autorité parentale. C'est au sujet du droit de garde, d'abord, à notre avis, et non pas de l'autorité parentale, qu'interviennent la qualité éducative de chaque parent, les conditions de disponibilité, les meilleures chances d'épanouissement de la personnalité de l'enfant. Certains arrêts ou jugements étudient cet aspect du droit de garde de plus près et ce sont eux que nous entendons retenir maintenant.

## **B) Le sort du droit de garde**

Partie intégrante de l'autorité parentale, le droit de garde peut néanmoins lui être enlevé et n'être laissé qu'à l'un des deux parents, ce qui, on vient de le voir, peut se présenter

par exemple en cas de mesures protectrices de l'union conjugale avec suspension de la vie commune. L'autorité compétente doit, selon le nouveau droit du divorce ou en cas de filiation des enfants dont la mère n'est pas mariée avec le père, prendre une décision en matière de droit de garde, distincte de celle en matière d'autorité parentale, puisque ce droit de garde est celui qui sert de socle à la solution de prise en charge de l'enfant sur laquelle les parents doivent être tombés d'accord et dont peut dépendre, ensuite, le maintien ou l'attribution de l'autorité parentale. Sous l'ancien droit du divorce, le juge pouvait ne raisonner que sur la prise en charge, c'est-à-dire sur le droit de garde, puisque l'art. 297al. 3 aCC prévoyait que l'autorité parentale appartenait d'office à celui des époux à qui l'enfant était « confié ». Il n'en va plus de même aujourd'hui - comme le prouvent d'ailleurs les modèles de convention prévus en cas d'union libre où le sort du droit de garde est réglé différemment selon qu'il y a ou non ménage commun - et sans que cela influence automatiquement l'autorité parentale conjointe.

Pour décider si, en cas d'autorité parentale conjointe, le droit de garde sera également conjoint (garde « partagée » ou alternée) ou s'il ne sera attribué qu'à l'un des deux parents, l'autorité compétente peut appliquer les principes suivants :

- L'attribution du droit de garde doit servir l'intérêt de l'enfant et non pas ménager l'équilibre entre les intérêts des parents (TF 18.9.2003, 5P. 257/2003, FamPra.ch 2004, p. 157 n° 19 c. 3.3 et les références).
- La garde alternée - qui implique l'autorité parentale conjointe - présuppose l'accord des deux parents et ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté (TF 18.5.2001, SJ 2001 I 407, déjà cité, c. 3d).

A notre avis, ce qui importe c'est bien l'accord final des parents et non pas forcément une demande commune des époux dès l'origine, contrairement à ce que pourrait faire croire un arrêt zurichois en matière de mesures protectrices de l'union conjugale selon lequel une demande commune des époux est une condition obligatoire de la garde en commun (Obergericht ZH, 26.2.2003 : ZR 2004, p. 91 n° 25 ; on relèvera qu'en l'espèce, une petite remarque à la p. 92 de l'arrêt montre que la garde a été confiée à celui des parents qui était le plus prêt à laisser l'autre agir aussi).

Lorsque l'autorité cherche à déterminer auprès de quel parent l'enfant sera le mieux élevé, où il peut trouver le plus de sollicitude et la chaleur nécessaire à son développement, où il y a une plus grande disposition à rendre possible un contact entre l'enfant et l'autre parent (TF 27.5.2005, 5C.77/2005 : FamPra.ch 2005, p. 953 n° 125, déjà cité, c. 2.1), s'agit-il en fait d'un problème de droit de garde ou d'autorité parentale ? Nous pensons qu'il devrait s'agir d'une question de droit de garde, mais qui doit être étudiée séparément de la question fondamentale de la possibilité de maintien ou d'octroi de l'autorité parentale conjointe. Chacune des deux questions exige la vérification de l'intérêt de l'enfant, mais sous un angle un peu différent. Il est évident en revanche qu'un lien subsiste entre les deux problèmes - notamment du fait que le droit positif exige un accord des parents sur la « prise en charge » et non pas seulement sur l'autorité parentale conjointe - mais le droit suisse, par le principe même de la proportionnalité des mesures de protection de l'enfant qu'il pose<sup>7</sup>, implique que l'on passe par les deux études distinctes. Ceci devrait naturellement influencer la décision en cas de changement ultérieur des circonstances. Or nous allons voir précisément que, dans ce cas, l'assimilation fréquente du droit de garde à l'autorité parentale a pour conséquence que c'est en général cette dernière que l'on modifie plutôt que le seul droit de garde.

---

<sup>7</sup> Voir parmi d'autres, sur la question de la proportionnalité des mesures protectrices, PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, Droit de la filiation Tome II, Les effets de la filiation, 3<sup>e</sup> édition, Zurich 2006, n° 679, 680.

### **C. Changement de circonstances et fin de l'autorité parentale conjointe**

Comme le dit le Tribunal fédéral (arrêt déjà cité, du 12.11.2002, 5P. 212/2002, FamPra.ch 2003, p. 449 n° 60, c. 2.2.3, et confirmé le 27.6.06, 5C.34/2006, FamPra.ch 2006, p. 973 n° 127), l'art. 298a al. 2 CC correspond, quant au contenu, à l'art. 134 al. 1 CC. On peut donc appliquer les mêmes critères à la modification du jugement de divorce en matière d'attribution de l'autorité parentale qu'à celle de l'autorité parentale conjointe entre parents non mariés. Les principaux critères sont les suivants :

- Il est nécessaire, mais aussi suffisant que les éléments essentiels à l'autorité parentale conjointe ne soient plus présents (même arrêt et même considérant que ci-dessus).
- La capacité de coopérer des parents a disparu, mais il est clair que n'importe quel désaccord au sujet de l'éducation de l'enfant ne justifie pas encore un réexamen de la situation (Bezirksgericht Arbon, 25.11.2004 : FamPra.ch 2005, p. 629 n°93 c. 1b).
- Le retrait de l'autorité parentale implique que l'éloignement (ou l'absence) d'un parent rende impossible l'exercice conjoint de l'autorité parentale (TF 15.10.2001, 5C. 187/2001 : FamPra.ch 2002, p. 395 n° 57 c. 1b). Savoir si l'art. 134 al. 1 CC pose des conditions aussi strictes que l'art. 311 CC est une question laissée indécise (même arrêt, c. 1a).

En revanche, que l'un des parents ne comprenne la signification véritable de l'autorité parentale conjointe que deux mois environ après l'entrée en force du jugement de divorce ne constitue pas un fait nouveau au sens de l'art. 134 al. 1 CC dans la mesure où les éléments de fait sur lesquels le parent s'appuie sont antérieurs au divorce et lui étaient déjà connus (Tribunal cantonal FR, 23.10.2002 : FamPra.ch 2003, p. 466 n° 64 c. 2b).

- Au vu du bien de l'enfant, les exigences relatives aux faits nouveaux qui justifient une nouvelle attribution de l'autorité parentale ne doivent pas être trop strictes, il s'agit de tenir compte des conditions de prise en charge : TF 15.10.2002, 5C. 19/2002, FamPra.ch 2003, p. 445 n° 58). Dans ce dernier arrêt, le fait que la mère à qui le droit de garde (donc aussi l'autorité parentale) avait été attribué après divorce ne vive plus en République dominicaine avec son enfant qui y était resté, dans sa famille avec sa demi-sœur, n'a pas justifié une nouvelle attribution de l'autorité parentale que le père demandait, à cause de la modification des conditions d'exercice du droit de garde.

Ce dernier arrêt nous paraît intéressant dans la mesure où il fait apparaître la confusion qui existe entre la prise en charge de l'enfant (donc le droit de garde) et l'autorité parentale. Il est clair que si l'autorité parentale a été attribuée à un seul des deux parents, le droit de garde ne pourrait être attribué ultérieurement à l'autre que moyennant une modification de l'attribution de l'autorité parentale, soit en la transmettant à l'autre parent, soit en la rendant conjointe (aux conditions du code, naturellement). Dans l'arrêt ci-dessus, le TF a raisonné à partir du droit de garde pour en déduire une conclusion en matière d'autorité parentale. Le juge fédéral était, à vrai dire, influencé logiquement par le fait que seule la mère avait l'autorité parentale et que le père ne pouvait contester le droit de garde de cette dernière qu'en réclamant un changement d'attribution de l'autorité parentale. Si celle-ci avait été conjointe, peut-être que la question du changement de droit de garde ne se serait même pas posée. Mais l'assimilation du droit de garde à l'autorité parentale - séquelle de l'ancien droit du divorce - a pour conséquence que le Tribunal fédéral semble relativiser, dans l'arrêt ci-dessus, les exigences concernant un changement d'attribution de l'autorité parentale. En réalité, quand l'autorité parentale a été maintenue conjointe après divorce (ou attribuée en commun à des parents non mariés), les exigences des faits nouveaux devraient être très strictes pour justifier une nouvelle attribution de l'autorité parentale alors que les modifications de la prise en charge (= du droit de garde), sans toucher à l'autorité parentale, devraient, elles, pouvoir être un peu plus souples, au vu du bien de l'enfant. Certes, la formulation des art. 133 al. 3 et 298a al. 1 CC complique la tâche du juge dans la mesure où elle exige un accord des parents. Mais

rien n'exclut de chercher un tel accord, pour le bien de l'enfant, après même que la procédure aurait été initiée par suite d'un « désaccord ».

Au moment où des faits nouveaux surgissent qui montrent l'échec du droit de garde commun (« partagé » ou alterné) peut-être faudrait-il se demander s'il serait suffisant de modifier seulement l'attribution de ce droit - avec l'accord des parents - et non pas conclure forcément à la nécessité d'une modification de l'attribution de l'autorité parentale comme l'a fait par exemple le Kantonsgericht de Saint Gall, dans l'arrêt déjà mentionné (2.12.2004 : Fampra.ch 2005, p. 963 n° 127)<sup>8</sup>.

C'est dans l'idée de cette dissociation éventuelle claire entre autorité parentale et droit de garde que le postulat Wehrli peut sembler intéressant.

#### IV. Le postulat Wehrli

Le 7 mai 2004, le conseiller national Reto Wehrli a déposé un postulat cosigné par 48 parlementaires et accepté par le Conseil fédéral le 25.8.2004, puis par une forte majorité du Conseil national, le 7.10.2005 (136 voix pour et 44 contre : BOCN 2005, p. 1502)<sup>9</sup>. Ce postulat demande au Conseil fédéral d'examiner si l'autorité parentale conjointe ne devrait pas être la règle pour les parents divorcés ou non mariés et, le cas échéant, de proposer les modifications du code civil à cette fin.

Comme toujours dans ce domaine, le postulat ne parle que de l'autorité parentale conjointe et non pas du droit de garde. Or il est évident que si les parents sont divorcés ou s'ils ne sont pas mariés et ne vivent pas ensemble, ou même, dans ce cas, s'ils vivent ensemble<sup>10</sup>, il faudra toujours prendre une décision en matière de droit de garde. On peut en tirer une première conclusion : il sera toujours nécessaire de maintenir, dans l'intérêt de l'enfant, soit une décision judiciaire - en cas de divorce - soit une décision de l'autorité tutélaire - en cas de parents non mariés - pour vérifier la faisabilité de la prise en charge de l'enfant prévue par les parents. De ce fait, nous pouvons affirmer que contrairement à ce que semble dire Daniel Steck<sup>11</sup>, la concrétisation du postulat Wehrli ne changerait rien à la procédure actuelle des art. 133, 134 et 298a CC.

En revanche, il n'est pas exclu que le fait de poser le principe de l'autorité parentale conjointe avec obligation expresse, par exemple, pour l'autorité compétente, de se déterminer sur le droit de garde, aurait l'avantage d'obliger à bien distinguer les deux aspects de la question relative au sort de l'enfant : autorité parentale et prise en charge, c'est-à-dire droit de garde. Une modification ultérieure de la situation pourrait parfaitement ne porter que sur le droit de garde et non pas forcément, comme cela semble le cas maintenant, automatiquement sur l'autorité parentale.

On ne peut manquer de relever, au sujet du droit de garde, que c'est précisément à ce propos que le débat a été le plus âpre au Conseil national, lors de la prise en considération du postulat<sup>12</sup>. La question est essentiellement politique, car c'est l'exercice du droit de garde qui implique la disponibilité des parents. Or il est clair que les mères sont plus fréquemment mises à contribution que les pères et plusieurs parlementaires de gauche en ont fait un

<sup>8</sup> Voir ci-dessus, let. A, p. 7 en haut.

<sup>9</sup> Voir à ce sujet l'article et la critique de DANIEL STECK, *Gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall ? Gedanken zum Postulat Wehrli vom 7. Mai 2004* in RSJ/SJZ 2005, p. 537 ss.

<sup>10</sup> L'absence de toute solidarité juridique de l'union libre rend indispensable une décision de l'autorité après étude de la situation d'espèce, même si les concubins font ménage commun.

<sup>11</sup> Voir l'article cité à la note 8, p. 545.

<sup>12</sup> Voir notamment BOCN 2005, p. 1496 et 1498, M. Germanier, p. 1496-97, Mme Thanei, p. 1497/98, Mme Kälin,.

véritable cheval de bataille de l'égalité et un motif de s'opposer au postulat Wehrli<sup>13</sup>. Comme souvent hélas, l'enfant risque d'être « récupéré » politiquement sans que son bien soit la préoccupation première de ceux qui prétendent se pencher sur son sort.

Nous espérons que la question pourra néanmoins être traitée en dehors des fureurs partisans, car elle mérite une attention sérieuse.

Le postulat Wehrli ne devrait toutefois pas avoir tout à fait les mêmes conséquences selon que les parents sont divorcés ou non mariés et c'est ce que nous aimerions voir brièvement ci-dessous.

### **A. Le postulat Wehrli et le divorce**

Le code civil devrait, à notre avis, poser une présomption de maintien de l'autorité parentale conjointe, présomption réfragable, sur demande de l'un ou l'autre des conjoints ou, d'office par le juge, puisque la maxime d'office s'applique en la matière. Le renversement de la présomption devrait répondre exclusivement au bien de l'enfant, mais impliquerait naturellement que le juge vérifie la solution en matière de droit de garde. Ce dernier devrait toujours faire l'objet d'une étude, la garde partagée (=commune) ou alternée exigeant impérativement l'accord des parents sur toutes les modalités pratiques et, naturellement, la conformité au bien de l'enfant. Il y aurait donc nécessairement toujours une double analyse, le juge ayant d'ailleurs à chercher à obtenir l'accord des parents, pour le bien de l'enfant.

La conséquence de cette double analyse se manifesterait aussi en cas de faits nouveaux, ces derniers pouvant ne justifier qu'une modification du droit de garde, en cas d'autorité parentale conjointe, et ne devant entraîner par surcroît une modification de l'autorité parentale que dans la mesure où le bien de l'enfant l'exigerait.

### **B.-Le postulat Wehrli et les parents non mariés**

Il est dans l'intérêt de l'enfant que l'autorité parentale ne puisse être accordée au père non marié que sur décision de l'autorité, car c'est une manière de s'assurer que l'enfant sera bien protégé dans toutes les conséquences de sa filiation paternelle. Mais, une fois saisie - et elle doit l'être normalement chaque fois qu'un enfant naît d'une mère non mariée (art. 309 al. 1<sup>er</sup> CC) - l'autorité devrait partir d'une présomption d'attribution conjointe, comme en matière de divorce, pour autant que cela corresponde au bien de l'enfant et sans que l'accord des parents sur ce point soit une condition *sine qua non*. La question du droit de garde devrait faire l'objet des mêmes réflexions que pour le cas du divorce.

Comme après un divorce, une modification de l'attribution de l'autorité parentale ou/et du droit de garde serait possible, mais toujours avec l'idée de la présomption du maintien de l'autorité parentale conjointe donc avec l'obligation d'étudier séparément les conditions du droit de garde et celles de l'autorité parentale.

## **V. Conclusion**

Dans l'idéal, l'enfant a le droit de vivre avec ses deux parents, responsables à égalité de son éducation et du développement harmonieux de sa personnalité, au sens des art. 7 et 9 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant.

Dans la réalité, pour les enfants dont les parents sont divorcés ou non mariés, la vie en commun avec les deux parents est impossible ou très compromise. La question se pose dès lors de savoir comment assurer à l'enfant les meilleures chances de grandir en contact avec ses deux parents. Maintenir ou instituer pour les deux le pouvoir général de prendre les décisions essentielles pour leur enfant (= autorité parentale conjointe) est assurément une

---

<sup>13</sup> Voir note précédente et l'ensemble des débats dans le BOCN 2005, p. 1495 ss.

manière de sauver le lien entre parents et enfants. Mais cela ne résout pas la question de la vie de tous les jours (= droit de garde) quand les parents ne cohabitent pas ou plus. Il faut donc impérativement régler cette question qui relève spécifiquement du droit de garde inclus dans l'autorité parentale, mais qui peut en être soustrait. L'autorité appelée à trancher le sort de l'enfant en cas de divorce ou de non-mariage de ses parents doit absolument étudier séparément la question du droit de garde et celle de l'autorité parentale afin de protéger au mieux le bien de l'enfant. En exigeant une convention des parents sur tous les éléments de la prise en charge en plus de leur requête commune pour l'autorité parentale commune, le législateur a peut-être occulté la nécessité de procéder à une analyse séparée dans chaque cas. Il a été moins catégorique toutefois lorsqu'il s'agit de modifier la solution retenue, puisque, selon la formulation des art. 134 al. 3 et 298a al. 2, des faits nouveaux importants ne sont requis que pour la modification de l'autorité parentale. On peut donc parfaitement concevoir qu'une simple modification du droit de garde, dans le cadre d'une autorité parentale conjointe, soit possible. Il semble cependant que ce ne soit pas le cas en pratique, sinon lors d'union libre. Il se pourrait que le postulat Wehrli, en demandant de faire de l'autorité parentale conjointe après divorce ou sans mariage, un principe et non plus une exception comme en droit actuel, contribue à améliorer la situation. Il faudrait toutefois que, lors d'un divorce, le maintien de l'autorité parentale conjointe ne soit que présumé, sous condition de vérification de la conformité au bien de l'enfant et sans préjudice de la solution en matière de droit de garde.

En cas de non-mariage, une décision de l'autorité devrait toujours rester indispensable, mais comme en cas de divorce, la présomption serait celle d'une autorité parentale conjointe, sauf impossibilité de collaborer des parents et sans droit de veto de l'un ou l'autre ; en revanche, il ne saurait y avoir de présomption en matière de droit de garde.

Dans l'un comme dans l'autre cas, il serait exclu d'imposer à un parent une garde partagée ou alternée; dans l'hypothèse d'un droit de garde exclusif de l'un d'eux, peut-être conviendrait-il de rappeler une proposition faite par RUGGIERO dans sa thèse<sup>14</sup> (p. 177) et inspirée alors du droit français, à savoir que le parent non gardien devrait jouir d'un droit de surveillance sur l'exercice du droit de garde. Dans ce sens, l'auteur proposait un nouvel alinéa pour l'art. 275a disant : « *Lorsqu'un des parents est privé du droit de garde, il doit être informé de la vie courante de son ou ses enfants et entendu avant que soient prises des décisions importantes pour son encadrement quotidien* ». N'y aurait-il pas dans cette proposition une suggestion à creuser ?

Il est clair évidemment que le bien de l'enfant reste le seul but de toute solution. Mais qui a jamais pu définir le bien de l'enfant en dehors d'une vie de famille harmonieuse ?

Pully, février 2007

Suzette Sandoz

---

<sup>14</sup> Voir note 1.