

# Nouveau droit de l'autorité parentale - état des lieux\*

PHILIPPE MEIER<sup>1</sup>

## Avertissement

Il est à la fois utile et périlleux de dresser un état des lieux quelques mois après l'entrée en vigueur d'une révision législative, surtout lorsque celle-ci a été mal conçue et qu'elle suscite beaucoup d'interrogations. Utile, car la pratique est en manque de références, souhaite comprendre dans quelle direction la jurisprudence pourrait aller et quelles seront les principales difficultés d'application (envisagées d'emblée, ou apparues seulement « à l'usage »). Périlleux, car la jurisprudence avance parfois beaucoup plus vite que prévu et rend certains développements obsolètes avant même leur parution sur papier. Dans le cas présent, l'on peut ne pas toujours partager les conclusions de ces décisions (notamment s'agissant des critères d'attribution de l'autorité parentale exclusive qui reviennent parfois, *de facto*, à exiger des circonstances extrêmes qui relèveraient de l'art. 311 CC, que le premier arrêt publié avait pourtant écarté des éléments de référence) ou la méthodologie (le pouvoir d'appréciation laissé aux juridictions cantonales, qui ont eu un contact direct avec les parties concernées, se trouve souvent réduit à néant). Mais il est indéniable que le Tribunal fédéral a eu le grand mérite de clarifier très rapidement de nombreux points ouverts (on espère qu'il en ira de même avec la révision encore plus problématique du droit de l'entretien entrant en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 !). La présente contribution, *arrêtée au 29 février 2016*, ne tient pas compte de cette jurisprudence. Les éditeurs de l'ouvrage ont souhaité qu'elle soit malgré tout publiée « en l'état », car les réflexions qui y sont menées demeurent pour l'essentiel valables, même si un certain nombre de questions ont été clarifiées. Il m'a cependant paru utile de mentionner ici les décisions les plus importantes rendues depuis sa rédaction, jusqu'au 30 novembre 2016 :

- sur le passage à une autorité parentale conjointe au moment où la mère, jusque-là seule titulaire, manifeste l'intention de déménager à l'étranger : TF 5A\_781/2015, 14.03.2016. Sur l'attribution d'une autorité exclusive au parent responsable des blocages : ATF 142 III 197. Pour un rappel et un

---

\* Version écrite de la contribution présentée lors de la Journée de droit civil du 4 février 2016 dédiée à Margareta BADDELEY. Je remercie Mme Valérie DE LUIGI, MLaw, assistante diplômée, pour son travail de recherche et de relecture.

<sup>1</sup> Docteur en droit et avocat. Professeur ordinaire à l'Université de Lausanne.

examen détaillé des conditions d'attribution d'une autorité exclusive : ATF 142 III 56 ; TF 5A\_81/2016, 02.05.2016 ; TF 5A\_89/2016, 02.05.2016 ; TF 5A\_186/2016, 02.05.2016 ; TF 5A\_22/2016, 02.09.2016. Sur le moment de l'examen de ces conditions : TF 5A\_955/2015, 29.08.2016. Sur l'audition des parents et de l'enfant dans ce cadre : TF 5A\_714/2015, 28.04.2016 et 5A\_2/2016, 28.04.2016.

- sur l'attribution de la garde, en particulier de la garde alternée : TF 5A\_847/2015, 02.03.2016 ; TF 5A\_41/2016, 19.05.2016 ; TF 5A\_154/2016, 19.05.2016 ; TF 5A\_105/2016, 07.06.2016 ; TF 5A\_745/2015, 5A\_755/2015, 15.06.2016 ; TF 5A\_904/2015, 29.09.2016 (destiné à la publication) ; TF 5A\_991/2015, 29.09.2016 (destiné à la publication) ; TF 5A\_450/2016, 04.10.2016 ; TF 5A\_72/2016, 02.11.2016.
- sur l'art. 301a CC : TF 5A\_641/2015, 03.03.2016 ; ATF 142 III 481 ; ATF 142 III 498 ; ATF 142 III 502 ; TF 5A\_274/2016, 26.08.2016.

Philippe MEIER, 12 décembre 2016

## I. Introduction

En 2006 déjà, la dédicataire du présent ouvrage intitulait sa contribution aux *Mélanges en l'honneur de Gilles Petitpierre « Le droit de la famille, un droit en constante évolution »*. Après avoir examiné les révisions intervenues à la lumière des principes d'égalité entre hommes et femmes et entre enfants dans leurs relations avec leurs parents, elle constatait : *« L'approche des révisions ponctuelles engendre le risque de détruire la cohérence de la loi. Elle peut entraîner des effets négligés lors de la révision partielle qui auraient été pris en compte à l'occasion d'une révision globale. De ce fait, une réévaluation approfondie de la situation paraît nécessaire, même si la modification d'une seule ou de quelques dispositions légales est envisagée. L'analyse globale des intérêts en présence peut mener à renoncer à une révision ponctuelle ou à opter pour une révision plus englobante »*<sup>2</sup>. Il est bien malheureux que nos Parlementaires fédéraux n'aient pas suivi ces sages conseils<sup>3</sup>.

C'est ainsi que dans une récente contribution, le prof. Steinauer mettait en lumière l'accélération impressionnante des révisions du Code civil durant les 25 et surtout les 10 dernières années. Il y relevait que les modifications sociales requéraient certes probablement des changements législatifs plus fréquents, mais que le temps laissé à la pratique pour assimiler les révisions s'était

---

<sup>2</sup> BADDELEY, p. 53.

<sup>3</sup> Sur la discussion autour d'une révision globale du droit de la famille, cf. le Rapport du Conseil fédéral « Modernisation du droit de la famille », mars 2015.

considérablement rétréci. Et la rapidité du processus législatif conférait un rôle d'autant plus important aux Messages du Conseil fédéral.

Le droit de la filiation est malheureusement aux premières lignes de cette évolution inquiétante des choses : les révisions sont trop souvent motivées par des visions politiques avant tout (le nouveau droit de l'autorité parentale pour plaire aux mouvements de la condition parentale, le nouveau droit de l'entretien pour satisfaire les milieux de la condition féminine, le droit de l'adoption en cours d'élaboration pour répondre aux revendications des milieux homosexuels) et focalisées sur des points particuliers ; elles perdent la vision d'ensemble du droit de la famille (y compris s'agissant de la terminologie employée) ; quant aux Messages du Conseil fédéral, ils ne fournissent guère d'informations utiles à la mise en œuvre de la loi<sup>4</sup>, voire donnent des indications fausses sur l'interprétation du nouveau droit, comme c'est le cas pour le droit de l'autorité parentale.

La responsabilité dévolue à la jurisprudence et à la doctrine en devient d'autant plus cruciale. Mais cela conduit aussi à dresser ici un « état des lieux » alors que moins de deux ans se sont écoulés depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'autorité parentale le 1<sup>er</sup> juillet 2014, ce qui est bien court. Toutefois, lorsque l'on sait que le Parlement a demandé au Conseil fédéral de tirer un bilan du nouveau droit de la protection de l'adulte (qui a bouleversé le paysage juridique et organisationnel des cantons au 1<sup>er</sup> janvier 2013) à l'automne 2014 déjà<sup>5</sup>, le rythme ne surprend finalement plus autant !

Etat des lieux, donc, mais état des lieux partiel : comme le bailleur qui renoncerait à dresser un constat de l'état de la cave, du 1<sup>er</sup> étage et des combles, je me limiterai aux pièces du rez-de-chaussée. J'aborderai successivement la question de l'attribution de l'autorité parentale exclusive en dérogation au nouveau paradigme de l'autorité conjointe (ch. II) et la place de la garde (alternée ou non) dans le nouveau droit, mais aussi dans la révision qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017 (en même temps que le nouveau droit de l'entretien) (ch. III). Je n'aborderai qu'en marge l'article dit du « déménagement » (art. 301a CC)<sup>6</sup> et ferai l'impasse sur la question des

<sup>4</sup> Que l'on songe à la définition vague de la prise en charge dans le cadre du nouveau droit de l'entretien (Message Entretien, FF 2014 p. 535 s., ch. 1.5.2) ou au silence quasi complet sur l'un des points importants, mais politiquement anecdotique, du projet de nouveau droit de l'adoption (l'abandon de l'art. 265c ch. 2 CC, soit la dispense du consentement d'un parent naturel qui ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant, Message Adoption, FF 2015 p. 881 ; une proposition finalement devenue loi, FF 2016 p. 4759).

<sup>5</sup> Postulat 14.3776, déposé le 24.09.2014 et postulat 14.3891, déposé le 25.09.2014, tous deux acceptés par le Conseil national le 12.12.2014, avec l'aval (pour des raisons évidemment politiques) du Conseil fédéral.

<sup>6</sup> Sur les pratiques cantonales : PASQUIER, plaid. 5/15 p. 14 s. Sur cette disposition en particulier, outre les commentaires et ouvrages généraux : GIGER, Zurich 2014, ainsi que BUCHER, N 119 ss ; BÜCHLER/MARANTA, N 72 ss ; CANTIENI/BIDERBOST, FamPra.ch 2015 p. 791 ss ; GLOOR/SIMONI, FamPra.ch 2014 ; MEIER/STETTLER, N 869 ss. Pour un examen de droit comparé : MARTINY, FamRZ 2012, ainsi que

bonifications pour tâches éducatives (dont la révision est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2015, dans le prolongement du nouveau droit de l'autorité parentale)<sup>7</sup>, sur l'art. 301 al. 1<sup>bis</sup> CC (avec sa notion polysémique de « prise en charge »<sup>8</sup>), ainsi que sur les problèmes de droit transitoire (le délai pour agir fixé par ce droit ayant pris fin au 30 juin 2015, art. 12 al. 4 et 5 Tit. fin. CC)<sup>9</sup>.

## II. Autorité parentale – conjointe ou exclusive

### A. Généralités

Le système est connu : si le législateur du nouveau droit du divorce, entré en vigueur en 2000, avait permis aux couples *divorcés* de conserver conjointement l'autorité parentale aux conditions de l'art. 133 al. 3 aCC (requête commune, convention sur la prise en charge, sauvegarde du bien de l'enfant), la nouvelle loi a fait de l'autorité parentale conjointe le principe, même après le divorce (art. 296 al. 2 et 298 al. 1 *a contrario* CC). L'accord des parents, exigé par l'ancien droit, n'est plus nécessaire<sup>10</sup>.

---

SOSSON, FamPra.ch 2013. Cf. encore les références jurisprudentielles en tête de la présente contribution.

<sup>7</sup> Sur cette question : DUPONT, plaid. 4/14 ; DUPONT, RSAS 2015 ; GEISER, PJA 2015 p. 1106 s.

<sup>8</sup> La notion (« *Betreuung* » en allemand) est utilisée, dans des sens parfois différents, aux art. 125 al. 2 ch. 6, 133 al. 1 ch. 3, 134 al. 4, 275a al. 2, 285 al. 1, 298 al. 2, 298a al. 2 ch. 2, 298d al. 2 et 308 al. 1 CC ; elle sera reprise, dans un sens différent du sens actuel, à l'art. 285 al. 1 modifié qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017. La terminologie est une chose, la systématique en est une autre (sur l'emplacement de cette disposition : BUCHER, N 113 ss ; PAPAUX VAN DELDEN, plaid. 5/14 p. 37) : l'art. 301 al. 1<sup>bis</sup> CC prend place dans une disposition consacrée au contenu de l'autorité parentale (cf. note marginale). Ce qui pourrait laisser penser que le parent privé de cette autorité parentale n'a pas la compétence de prendre les décisions courantes ou urgentes lorsqu'il s'occupe de l'enfant, par ex. dans le cadre de l'exercice du droit de visite. Peut-on imaginer que le père qui accueille l'enfant chez lui dans le cadre du droit de visite doive en référer à la mère pour savoir si l'enfant a droit à un dessert ou non et s'il peut regarder une émission à la télévision ? Certainement pas. La notion de « prise en charge » est ici décorrélée de l'autorité parentale et de la garde, même s'il s'agit – à l'instar de cette dernière – d'une notion de fait qui déploie des effets juridiques. Dans le même sens : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 301 N 3b ; BUCHER, N 85 ; CANTIENI/BIDERBOST, FamPra.ch 2015 p. 788 ; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2014 p. 9 ; MEIER/STETTLER, N 466 et N 1019 s.; *contra* : BÜCHLER/MARANTA, Jusletter 2014 N 58 s., lesquels admettent cependant que le parent puisse prendre des décisions pendant le droit de visite, mais qui ne ressortissent pas à l'art. 301 al. 1<sup>bis</sup> CC. Peu clair : GEISER, PJA 2015 p. 1101.

<sup>9</sup> Les tribunaux ont enregistré un nombre bien moins important que prévu de procédures de modification fondées sur cette disposition transitoire (à peine une cinquantaine de requêtes de parents divorcés dans le canton de Berne, une septantaine dans le canton de Zurich et dans le canton de Genève, 110 requêtes de parents non mariés dans le canton de Berne, env. 340 dans le canton de Zurich et env. 400 à Genève, plaid. 5/15 p. 7 et plaid. 5/15 p. 14). Sur la mise en œuvre des nouvelles règles pour les parents non mariés : CANTIENI/BIDERBOST, FamPra.ch 2015 p. 773 s.

<sup>10</sup> La compatibilité de l'art. 133 al. 3 aCC (exigence d'un accord parental) avec la jurisprudence européenne dans les affaires Zaunegger et Sporrer était douteuse (sur cette question : MEIER/STETTLER, N 483 avec d'autres références), mais la CourEDH avait jugé que la solution nationale respectait dans le cas jugé la marge d'appréciation laissée aux Etats (Arrêt de la CourEDH, affaire BUCHS c. Suisse, 27 mai 2014).

Pour les *époux séparés*, la situation n'a en revanche guère changé : sous l'ancien droit déjà, l'attribution de l'autorité parentale exclusive en mesures protectrices de l'union conjugale ou en mesures provisoires de divorce restait exceptionnelle<sup>11</sup>.

S'agissant des *parents non mariés*, l'art. 298a aCC les autorisait également à solliciter conjointement (qu'ils vivent ensemble ou non) une autorité parentale commune, à des conditions semblables à celles prévues pour les parents divorcés. Désormais, les formalités sont assouplies (art. 298a CC) : il suffit d'une déclaration commune (à l'officier de l'état civil ou à l'autorité de protection de l'enfant, selon le moment auquel elle intervient) pour instituer cette autorité conjointe, sans qu'il ne soit procédé à aucune vérification d'ordre matériel (s'agissant du bien de l'enfant ou du règlement des questions d'entretien ou de prise en charge, les parents déclarent simplement s'être entendus à ce sujet). Et le nouveau droit a résolu une question controversée de l'ancien : l'autorité peut-elle imposer une autorité parentale conjointe au parent non marié qui n'en veut pas ? La réponse est désormais affirmative : l'autorité conjointe est ici aussi la règle, l'autorité exclusive l'exception (art. 298b/298c CC).

### **B. Les conditions de l'exception selon la jurisprudence**

Si l'enfant est soumis, pendant sa minorité et en principe indépendamment de l'état civil de ses parents ou de leur vie commune, à leur autorité parentale conjointe (art. 296 al. 2 CC), celle-ci doit néanmoins servir son bien (art. 296 al. 1 CC). Il est donc des cas dans lesquels ce bien requerra que l'autorité ne soit précisément pas conjointe, en dérogation au principe. C'est ce que confirment expressément l'art. 298 al. 1 CC (le juge matrimonial confie l'autorité parentale à l'un des parents « si le bien de l'enfant le commande ») et l'art. 298b al. 2 CC, lorsque les parents ne se mettent pas d'accord sur cette question (l'autorité institue l'autorité conjointe « à moins que le bien de l'enfant ne commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que cette dernière soit attribuée exclusivement au père »). L'art. 298c CC en fait de même lorsque la paternité est établie par jugement et non par reconnaissance.

Il existe une autre situation dans laquelle il peut être dérogé à l'autorité conjointe : lorsque pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence, de violence ou d'autres motifs analogues, les père et mère ne sont pas en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale ou lorsqu'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou qu'ils ont manqué gravement à leurs devoirs envers lui. L'on aura reconnu la mesure de protection de l'enfant prévue à l'art. 311 CC, qui permet à l'autorité de prononcer un *retrait* de l'autorité parentale. De par le principe de proportionnalité, qui régit l'intervention de

<sup>11</sup> MEIER/STETTLER, N 480, avec d'autres références.

l'autorité en matière de protection de l'enfant, cette mesure est une *ultima ratio* et est réservée aux situations les plus graves<sup>12</sup>.

En l'absence de précision dans la loi, l'on pouvait être tenté de réserver les dérogations au principe de l'autorité parentale conjointe aux cas présentant les caractéristiques (extrêmes) de l'art. 311 CC. C'est dans ce sens que se prononçait le Message du Conseil fédéral<sup>13</sup>.

Très rapidement, lors des travaux parlementaires, il est apparu que cette interprétation ne pouvait répondre à tous les cas de figure où une autorité parentale conjointe ne serait pas bénéfique au bien de l'enfant, sans que l'on atteigne pour autant le degré de mise en danger exigé par l'art. 311 CC. Soumise aux interrogations des parlementaires, la Conseillère fédérale Sommaruga a implicitement désavoué le Message de son département<sup>14</sup>.

La doctrine<sup>15</sup> s'est également prononcée pour une interprétation propre des cas de dérogation, indépendante des constellations très spécifiques où la protection de l'enfant est en jeu<sup>16</sup> : il n'est pas nécessaire qu'un déficit parental soit établi, avec une mise en danger correspondante de l'enfant ; il faut que l'exercice conjoint de l'autorité parentale soit, pour des raisons objectives ou subjectives, impossible ou néfaste à l'intérêt de l'enfant<sup>17</sup>. La jurisprudence cantonale est allée dans le même sens<sup>18</sup>.

Le Tribunal fédéral a confirmé ce point de vue dans son *Arrêt 5A\_923/2014 du 27 août 2015*<sup>19</sup>. Les parents non mariés avaient passé une convention d'autorité parentale conjointe selon l'art. 298a aCC, puis s'étaient séparés. Ultérieurement, la mère a sollicité l'autorité parentale exclusive sur la fillette, âgée de 6 ans. Les parents avaient un contentieux important (divergences de vues sur la manière d'élever l'enfant : baptême, perçage des oreilles, postage de photos sur Facebook, etc.) ; la mère reprochait au père, qui exerçait son droit de

<sup>12</sup> CR CC-I MEIER, art. 311 N 16 ss ; MEIER/STETTLER, N 1311 ss.

<sup>13</sup> Message Autorité parentale, FF 2011 p. 8342.

<sup>14</sup> BO 2012 N 1638 ; cf. aussi BO 2012 N 1645. Sur l'historique de la loi : GEISER, RMA N 2.25 ss ; MEIER/STETTLER, N 510 ss.

<sup>15</sup> BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 298 N 14 ; BUCHER, N 18 s. ; CANTIENI/BIDERBOST, FamPra.ch 2015 p. 780 s. ; FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, RJB 2014 p. 895 ss et p. 914 s. ; GEISER, RMA 2015 N 2.42 ss ; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2014 p. 6 s. ; MEIER/STETTLER, N 475, N 510 et N 529. Cf. aussi BÜCHLER/MARANTA, Jusletter 2014 N 34 et 38, mais plus réservés N 39. Apparemment hésitante : CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 CC N 45.

<sup>16</sup> Mais, paradoxalement, sous l'angle des Conventions internationales, la décision statuant sur l'autorité parentale relève bien de la protection de l'enfant (par ex. ATF 132 III 586, c. 2.2.1 ainsi que TF 5A\_146/2014, 19.06.2014, c. 3.1.1) !

<sup>17</sup> Le retrait fondé sur l'art. 311 CC demeure bien sûr réservé ; il repose cependant sur des conditions matérielles différentes et déploie également des effets autres (art. 311 al. 3 CC sur l'extension de principe du retrait aux enfants nés après le prononcé).

<sup>18</sup> KG LU, FamPra.ch 2015 987 no 68. Dans le même sens (dans le cadre de l'art. 298c CC) : TC VD, JdT 2015 III 166.

<sup>19</sup> ATF 141 III 472. Sur cet arrêt : STECK, Jusletter 2015, CHOFFAT, SJ 2015 II p. 181 ss et GEISER, PJA 2015 (2) p. 1725 s., qui tous saluent la solution jurisprudentielle.

visite convenablement, de ne pas avoir d'activité professionnelle ni d'appartement à lui (elle avait aussi déposé plainte pour violation de l'obligation d'entretien et craignait un départ à l'étranger avec l'enfant) ; le père reprochait à la mère de changer trop souvent de domicile et de compagnon. Il existait également des divergences sur les vacances (plainte pénale du père pour enlèvement ; annulation par la mère, en dernière minute, d'une semaine de vacances prévue chez le père). Les deux parents admettaient que leur conflit s'était accru ; la curatrice n'avait rien pu améliorer. L'enfant souffrait d'un fort conflit de loyauté et était très insécurisée.

Après une analyse détaillée des travaux préparatoires, le Tribunal fédéral constate :

- que l'interprétation doit être la même à l'art. 298 al. 1, à l'art. 298b al. 2 et à l'art. 298d al. 1 CC (c. 4.3),
- qu'il ne serait pas approprié de prononcer une autorité exclusive uniquement dans des cas exceptionnels et de retenir les mêmes critères qu'en matière de retrait de l'autorité parentale dans le cadre d'une mesure de protection de l'enfant (art. 311 CC). Cette dernière disposition s'inscrit en effet dans les mesures de protection de l'enfant et constitue une *ultima ratio* (d'application exceptionnelle dans la pratique)<sup>20</sup>, qui conduit généralement à la rupture de toutes relations personnelles. La situation est très différente dans le cadre du règlement des droits parentaux, d'autant que l'art. 310 CC (mesure de protection moins incisive que le retrait de l'autorité parentale) constitue une mesure plus forte qu'une attribution exclusive de l'autorité parentale pour des parents divorcés ou non mariés. Or les travaux parlementaires ont justement insisté sur le caractère ouvert et général des art. 298 ss CC, qui permettait de tenir compte au mieux du bien de l'enfant, sans se limiter aux situations les plus « crasses » (c. 4.4-4.6),
- qu'un conflit durable important ou une incapacité à communiquer persistante des parents peut ainsi déjà justifier une attribution exclusive, si de tels manquements ont des conséquences négatives sur le bien de l'enfant et qu'on peut s'attendre à ce que cette mesure améliore la situation (c. 4.6),
- qu'il est nécessaire, dans chaque cas, que le conflit ou la communication déficiente soit important et persistant. Il n'y a pas lieu à une attribution exclusive en cas de disputes ponctuelles ou de divergences d'opinion comme il en existe dans toutes les familles et qui peuvent notamment survenir en cas de séparation ou de divorce. L'attribution exclusive doit rester l'exception strictement délimitée (c. 4.7),

---

<sup>20</sup> Pour les dernières statistiques publiées (2003-2012) : RMA 2014 p. 92.

- qu'en cas de conflit certes important mais cantonné à un thème déterminé – comme l'éducation religieuse, le lieu de résidence ou le domaine scolaire – il faudra examiner si une attribution judiciaire exclusive de certaines composantes de l'autorité parentale pourrait déjà améliorer la situation (c. 4.7). Dans le cas d'espèce, une mesure moins incisive (une assistance fournie par la curatrice) n'était pas promise au succès. Il n'en allait pas différemment d'une médiation, puisque toute discussion même informelle s'était déjà révélée impossible durant la procédure (c. 5.4),
- que dans la mesure où le blocage est à mettre de manière unilatérale sur le compte d'un seul parent, ce qui devrait être plutôt rare en pratique (ici, les torts sont partagés), l'autorité parentale exclusive reviendrait en premier lieu au parent coopératif. Cela vaut en particulier lorsque celui-ci démontre en outre une bonne capacité à favoriser les liens avec l'autre parent, alors que, à l'inverse, l'incapacité à coopérer et à communiquer de l'autre a tendance également à éloigner l'enfant de l'autre parent (c. 5.1),
- que dans le cas d'espèce, l'on est en présence d'un conflit à caractère exceptionnel qui s'est progressivement aggravé au fil des ans. Le désaccord permanent des parents au sujet de tous les domaines de la vie de leur fille a placé celle-ci dans un conflit de loyauté grandissant et dans le désarroi, portant ainsi concrètement atteinte au bien de l'enfant (c. 5.5). Le Tribunal fédéral confirme par conséquent une attribution de l'autorité parentale exclusive à la mère.

Dans l'*Arrêt 5A\_926/2014 du 28 août 2015*, le Tribunal fédéral était saisi d'une requête d'autorité parentale conjointe d'un père non marié, dans le délai de l'art. 12 al. 4 Tit. fin. CC. Après avoir rappelé que l'art. 311 CC n'était pas la disposition à laquelle se référer et jugé qu'il y avait lieu d'appliquer par analogie l'art. 298b al. 2 CC dans cette situation transitoire, le Tribunal fédéral a constaté une absence totale de communication entre les parents ; la mère refusait tout accès à l'enfant et celui-ci refusait de voir son père, l'absence de contacts datant de 2008 au moins (!) ; le père obtenait quelques informations du curateur. L'enfant étant proche de sa majorité (elle est née en 1998), rien n'indiquait que la situation puisse changer. Dans ces conditions, le père ne pourrait tout simplement pas exercer une autorité parentale, faute de renseignements sur la vie de sa fille (il ne pourrait les obtenir qu'en levant le blocage complet qui lui est opposé, ce qui ne pourrait se faire sans porter atteinte au bien de l'enfant) (c. 3.4). Compte tenu de l'âge de l'enfant, il a aussi été renoncé à une fixation du droit aux relations personnelles, mais la curatelle a été maintenue pour permettre au père d'obtenir un minimum d'informations sur sa fille (c. 4).

Dans l'*ATF 142 III 1*, le Tribunal fédéral avait à juger de la situation de parents non mariés, titulaires de l'autorité parentale conjointe, dans laquelle l'autorité de protection avait autorisé la mère à déménager avec l'enfant (né en



2006) au Qatar avec son nouveau compagnon, qui s'y installait temporairement pour des raisons professionnelles. L'enfant vivait avec sa mère depuis sa naissance et les autorités cantonales avaient institué une autorité parentale conjointe après l'entrée en vigueur du nouveau droit. Notre Haute Cour :

- rappelle sa jurisprudence antérieure (c. 3.3) et relève que les règles sont les mêmes pour des parents mariés et non mariés (c. 3.5),
- note qu'il ne suffit pas de faire référence à une extension programmée du conflit en cas d'autorité conjointe pour écarter celle-ci. Il appartient au contraire aux deux parents de faire en sorte de coopérer et de communiquer entre eux, pour éviter que l'enfant ne soit pris dans un conflit de loyauté. Il est en effet essentiel qu'il conserve ses liens avec ses deux parents : ce qui vaut pour les relations personnelles vaut aussi pour les droits parentaux en général. La « *Bindungstoleranz* » (tolérance de la relation avec l'autre parent) est un élément fondamental au moment de la fixation des relations personnelles, mais aussi de l'attribution de l'autorité parentale (c. 3.4),
- constate que, dans le cas d'espèce, le conflit est devenu particulièrement aigu en lien avec un déménagement à l'étranger, désormais accompli, chacun des parents ayant alors fait preuve d'un antagonisme compréhensible, mais qu'il n'existe en revanche pas d'élément montrant que les parents auraient eu par le passé des conflits insurmontables sur d'autres points concernant l'enfant. Des controverses entre eux pendant la procédure, à l'occasion des écritures déposées, ne suffisent pas pour déroger à la règle (c. 3.5),
- en conclut que dans le cas d'espèce, les conditions d'une attribution exclusive de l'autorité parentale à la mère ne sont « de loin » pas réalisées (c. 3.6).

L'Arrêt 5A\_412/2015, rendu lui aussi le 26 novembre 2015, portait pour sa part sur la situation de parents en instance de divorce depuis 2011, avec deux enfants nés en 2005 et 2008<sup>21</sup>. Leur contentieux au sujet du sort des enfants datait de cette même époque. Le père mettait gravement en cause les capacités éducatives de la mère ainsi que sa santé psychique, lui reprochait une proximité avec des sectes ainsi qu'une instrumentalisation des enfants contre lui. La curatelle avait été levée en raison de l'absence totale de succès. Les parents ne parvenaient pas à tenir les enfants à l'écart de leur conflit, quand bien même ceux-ci avaient exprimé le souhait, lors de leur audition, d'être laissés en paix. Le Tribunal fédéral constate :

---

<sup>21</sup> L'affaire avait déjà fait l'objet de l'Arrêt du TF 5A\_821/2013, 16.06.2014, qui l'avait renvoyée à l'autorité cantonale pour l'audition des enfants.

- que la prise de conclusions divergentes par les parties dans la procédure ne suffit pas pour s'écarter de la règle de l'autorité conjointe (c. 7.2),
- qu'il n'est pas exceptionnel que des divergences importantes puissent survenir dans une situation comme celle-ci (le père habite dans le canton de Zurich, la mère et les enfants en Valais ; les horaires du père, qui travaille à l'opéra de Zurich, sont difficilement conciliables avec des horaires scolaires) (c. 7.2),
- qu'en l'espèce, ce conflit est cependant profond ; le curateur n'a rien pu y faire. Il est le reflet des vives critiques que le père fait à la mère quant à ses capacités éducatives. Le conflit est chronique (il n'est pas ponctuel et va bien au-delà des procédures en cours) et s'aggrave, les enfants y sont directement impliqués et en souffrent, et les parties n'ont aucun dénominateur commun quant à la manière de les élever. L'on peut donc admettre qu'une autorité parentale conjointe entraînerait obligatoirement de nouveaux conflits sur l'éducation. Par conséquent, sous l'angle du bien des enfants, une attribution exclusive se justifiait (c. 7.2),
- que dans le cas d'espèce, l'autorité parentale devait revenir à la mère, le critère de la stabilité des relations (les enfants vivant avec elle seule depuis 6 ans) étant décisif. Il n'était pas question d'examiner les fautes respectives des parents (sous réserve de la « *Bindungstoleranz* » qu'ils montrent l'un et l'autre) ; le fait que la mère avait déménagé au Valais en 2009 contre l'avis de son mari n'était notamment pas un élément déterminant (il importait peu que l'art. 301a al. 2 CC eût éventuellement pu faire obstacle à ce déménagement s'il avait été alors en vigueur) (c. 8.2).

La jurisprudence cantonale est aussi riche d'enseignements, même si les circonstances concrètes du cas demeurent essentielles. L'on se limitera ici à quelques arrêts jugés dignes d'une publication papier par les autorités concernées :

- *RFJ 2015 1* (TC FR), concernant l'art. 298 CC : saisie d'un recours concernant la garde (les deux parents se satisfaisant d'une autorité parentale conjointe), l'autorité cantonale s'est néanmoins interrogée sur l'opportunité d'une telle autorité conjointe, les parents évitant tout contact direct, ne se parlant pas ou peu lors des entrevues au service de protection de l'enfant et ne collaborant pas sur la prise en charge (l'enfant souffre des plaintes du père, qui doit faire de nombreux trajets pour l'amener à l'école et l'en ramener). Compte tenu du principe posé par le législateur, l'autorité cantonale confirme néanmoins cette autorité conjointe ... et va même jusqu'à imposer aux parents le maintien d'une garde alternée dont ils ne voulaient plus à en croire leurs conclusions dans la procédure.

- *FamPra.ch 2015 987 no 68* (KG LU), concernant l'art. 298b CC : en présence d'une bonne relation père-fils et d'un droit de visite qui s'exerce correctement (même s'il n'a pu être mis en place qu'au terme de longues et pénibles procédures), il ne suffit pas de présenter la démarche du père comme un jeu de pouvoir (les rapports de pouvoir étant au demeurant intrinsèques aux relations humaines) pour faire obstacle à l'autorité conjointe. Les divergences des parents quant au moment de scolariser l'enfant pourraient aussi se produire dans un cadre d'autorité parentale conjointe ou, en l'absence de celle-ci, en lien avec le droit d'être consulté de l'art. 275a CC. Une autorité conjointe, dont le père non marié demandait l'instauration (art. 298b CC), n'aggraverait pas la situation (la construction juridique sous laquelle vivent les parents est finalement indifférente vu la nature de leurs divergences). L'autorité cantonale a aussi jugé qu'une expertise ne pourrait pas fournir d'enseignements suffisamment certains sur les effets de l'autorité parentale conjointe sur l'enfant. Quant aux divergences futures sur la scolarité, le choix de la profession ou des questions de santé, qui ne peuvent être exclues, elles ne justifient pas que l'on déroge à la règle. L'autorité cantonale a enfin constaté que le père avait certes refusé de se rendre en consultation parentale, contrairement à ce que le curateur avait recommandé, mais que cela non plus ne faisait pas obstacle à l'autorité conjointe. Elle a simplement réitéré une « recommandation pressante » au père dans ce sens, mais n'a pas *ordonné* une telle consultation, comme elle aurait pu le faire selon l'art. 307 al. 3 CC.
- *JdT 2015 III 166* (TC VD), concernant l'art. 298c CC : l'autorité parentale conjointe a été écartée dans une situation dans laquelle le père n'avait pas contribué financièrement à l'entretien de l'enfant, avait refusé pendant deux ans de le reconnaître alors qu'il s'était engagé à le faire immédiatement après que le désaveu aurait été prononcé, et n'avait vu l'enfant qu'environ une heure par mois (et encore, pas tous les mois) pendant plus d'une année.

### C. Une téméraire tentative de systématisation

Comme on le voit, ces différents arrêts, même s'ils ont tous le mérite de rappeler l'objectif poursuivi par la révision, sont très dépendants des circonstances du cas concret. Toute tentative de schématisation est périlleuse, d'autant que les tribunaux supérieurs reconnaîtront une large marge d'appréciation à l'autorité de décision (art. 4 CC) lorsqu'il s'agit de déterminer dans le cas d'espèce ce que commande le bien de l'enfant. Il me semble néanmoins que l'on peut mettre en évidence un certain nombre de principes directeurs, matériels et procéduraux.

## 1) *Le rapport de règle à exception*

Il ne fait pas de doute que la révision entrée en vigueur a procédé à un changement de paradigme : désormais, l'autorité parentale conjointe est la règle, l'attribution exclusive l'exception.

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence en déduisent que l'autorité parentale exclusive ne doit être prononcée que lorsqu'elle permet de réduire ou supprimer la mise en danger de l'enfant<sup>22</sup>. Cette approche paraît par trop restrictive et revient à se référer aux critères de l'art. 311 CC, dont on a vu qu'ils n'étaient pas exclusifs. Il suffit à mon sens *que l'autorité parentale conjointe contribue au maintien ou à l'aggravation de difficultés jugées suffisamment sérieuses pour qu'il puisse y être renoncé*. La probabilité de devoir systématiquement recourir à l'intervention de l'autorité fondée sur l'art. 307 CC pour que l'autorité parentale conjointe « fonctionne » est un élément plaidant pour le refus de cette autorité conjointe.

Pour la même raison, bien que l'on n'ait pas à examiner si l'autorité parentale conjointe favorisera le bien de l'enfant, mais uniquement si elle lui sera préjudiciable (examen dit « négatif » du bien de l'enfant, et non examen dit « positif »), il me paraît délicat d'affirmer que dans le doute, l'autorité doit rester conjointe. Une telle présomption ne serait pas conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant : il appartient à l'autorité d'examiner l'ensemble des circonstances (art. 133 al. 2 CC) pour lever autant que possible les doutes en question. Là encore, la probabilité que l'autorité soit saisie à brève échéance pour faire modifier la réglementation adoptée ne peut simplement être ignorée<sup>23</sup> : elle est au contraire symptomatique d'une problématique de fond qui mérite un examen très attentif.

Le couple « règle/exception » amène à traiter encore de deux situations particulières :

- Il peut d'abord arriver que les deux parents (en procédure de divorce ou en modification d'une réglementation de parents non mariés<sup>24</sup>) soient d'accord pour renoncer à une autorité parentale conjointe et pour attribuer l'autorité exclusive à l'un d'entre eux<sup>25</sup>. Ce faisant, l'un d'eux refuse volontairement de devenir ou de demeurer titulaire du droit-fonction (*Pflichtrecht*) que constitue l'autorité parentale. Cela paraît

<sup>22</sup> Par ex. ATF 141 III 472, c. 4.6 (« *von der Alleinzuteilung (kann) eine Verbesserung erwartet (werden)* »); KG LU, FamPra.ch 2015 987 n° 68 ; cf. aussi BÜCHLER/MARENDA, Jusletter 2014 N 40 ; d'un autre avis : FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, RJB 2014 p. 898 s.

<sup>23</sup> Dans ce sens : FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, RJB 2014 p. 901 s. Au sujet de l'hétérogénéité des pratiques : PASQUIER, plaid. 5/15.

<sup>24</sup> Lorsque les parents non mariés sont d'accord sur une autorité exclusive de la mère, ils s'abstiendront simplement de déposer la requête commune de l'art. 298a CC.

<sup>25</sup> Je ne traite pas du cas où chacun des deux s'oppose à l'autorité parentale conjointe pour réclamer l'attribution exclusive en ses propres mains.

contraire à la loi, à la lumière de l'art. 296 al. 2 CC (étant rappelé que selon l'art. 133 al. 2 CC, le juge prend en considération une requête commune des parents mais n'est pas lié par celle-ci, conformément aux maximes inquisitoire et d'office qui s'appliquent aux décisions relatives aux droits parentaux). Si l'on voulait appliquer strictement le nouveau paradigme, l'autorité conjointe devrait être imposée aux parents qui n'en veulent pas, tant et aussi longtemps que le bien de l'enfant n'en est pas compromis<sup>26</sup>. Il est cependant difficile d'envisager d'attribuer conjointement l'autorité parentale alors qu'un parent persiste à ne pas vouloir l'exercer ou à ne pas s'en sentir capable. Là non plus, le critère n'est pas le même qu'à l'art. 312 ch. 1 CC (retrait de l'autorité parentale sur demande pour « justes motifs » uniquement) et l'on évitera de vouloir simplement faire « triompher » les principes, lorsqu'une telle solution n'apporte rien à l'enfant<sup>27</sup>. L'on pourrait d'ailleurs admettre qu'une autorité conjointe refusée par les deux parents est *per se* contraire à ce bien. Cela ne doit en revanche pas dispenser l'autorité d'interpeller les parents sur ce point, de leur exposer ce que représente l'autorité parentale, son importance pour l'enfant et les principes qui ont guidé la révision législative.

- L'autre point concerne la situation particulière visée par l'art. 298c CC, qui permet au juge de paternité d'instituer l'autorité parentale conjointe, également érigée en règle, à moins que le bien de l'enfant ne commande ici aussi que la mère reste seule détentricice de l'autorité parentale ou qu'elle soit attribuée exclusivement au père. L'absence de toute relation vivante avec l'enfant et le désintérêt du père pour celui-ci pendant la procédure devraient à mon sens, malgré le texte légal identique à celui de l'art. 298b CC, amener à placer la barre moins haut pour refuser l'autorité conjointe. Je n'accorderais pas un poids excessif à une attribution purement symbolique, à vertu pédagogique. En d'autres termes, les circonstances qui ont accompagné l'établissement du lien de filiation doivent être prises en compte dans le cadre de la décision relative aux droits parentaux<sup>28</sup>. Rien n'empêchera le père qui s'intéresserait soudainement à l'enfant d'agir en modification de la réglementation (art. 298d CC) le moment venu. Le cas où l'action a dû être intentée pour des raisons administratives, donc indépendantes de la volonté des parties (impossibilité de fournir les documents nécessaires à la

<sup>26</sup> Sur cette question : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 298 N 17 ; BUCHER, N 20 ; MEIER/STETTLER, N 511 s. et N 530 ; PAPAUX VAN DELDEN, plaid. 5/14 p. 34 et p. 36.

<sup>27</sup> Dans le même sens : BUCHER, N 20 et GEISER PJA 2015 p. 1104 (moins clair : RMA 2015 N 2.28 et N 2.32, mais par rapport à une interprétation de la loi que l'auteur écarte ensuite).

<sup>28</sup> Pour un exemple de refus, cf. TC VD, JdT 2015 III 166 déjà cité. Également en faveur d'une approche plus souple compte tenu du désintérêt de base marqué en principe par le père : MEIER/STETTLER, N 505 ; PAPAUX VAN DELDEN, plaid. 5/14 p. 35, ainsi que BO 2012 N 1645 s. Apparemment dans le même sens : BUCHER, N 66 s.

reconnaissance) et celui dans lequel le père biologique aura tout fait pour éviter de devenir père juridique seront naturellement traités différemment<sup>29</sup>. L'âge de l'enfant au moment du jugement pourrait aussi jouer un rôle.

## 2) *Les critères à prendre en compte et leur pondération*<sup>30</sup>

Sous réserve de ce qui vient d'être exposé sur le rapport de règle à exception et en insistant d'ores et déjà sur le fait que les critères à prendre en considération doivent influencer sur l'autorité parentale comme telle (si d'autres composantes des droits parentaux sont concernées, des mesures de substitution ou d'encadrement devront être envisagées, comme on le verra encore), l'on peut songer aux éléments suivants qui pourraient, seuls ou associés à d'autres, amener à considérer que le bien de l'enfant commande une autorité parentale exclusive (l'établissement de ces éléments en fait dépendra notamment de l'audition des parents et de l'enfant, du rapport du service de protection de la jeunesse et/ou de l'expertise) :

- a) Les critères tenant à la personnalité et au comportement du parent à l'égard de l'enfant
  - Le parent s'est montré clairement incapable de prendre les décisions adéquates pour l'enfant par le passé (en matière scolaire, médicale, sociale, etc.) et ne présente pas les capacités éducatives suffisantes non seulement pour avoir la garde, mais aussi pour exercer conjointement l'autorité parentale.
  - Le parent a une perception erronée de l'enfant, il en nie les difficultés (personnelles, scolaires, sociales, de santé) et n'est donc pas à même de prendre des décisions raisonnables pour son compte sur des points importants (mesures thérapeutiques, redoublement, changement d'orientation scolaire, placement).
  - Le parent a toujours été focalisé sur ses propres intérêts et ignore les intérêts de l'enfant, qu'il implique directement dans le conflit, et refuse toute collaboration avec le réseau mis en place pour protéger le développement de celui-ci<sup>31</sup>. Il instrumentalise l'entourage dans sa prétendue défense des intérêts de l'enfant (pressions sur l'école, les clubs de loisirs).

---

<sup>29</sup> Sur cette distinction : CANTIENI/BIDERBOST, FamPra.ch. 2015 p. 785.

<sup>30</sup> Pour d'autres listes : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 298 N 12 ss ; BÜCHLER/MARANTA, Jusletter 2014 N 37 ss ; CANTIENI/BIDERBOST, FamPra.ch 2015 p. 783 s. ; FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, RJB 2014 p. 906 ss.

<sup>31</sup> Pour un ex. vaudois : TC VD HC/2015/855, 15.09.2015.

- Il existe un risque d'enlèvement de l'enfant ou le parent s'est disqualifié par des tentatives dans ce sens<sup>32</sup>. Il est vrai que même avec une autorité conjointe, il faut l'accord des deux parents pour légitimer un déplacement de résidence à l'étranger (art. 301a al. 2 *lit.* a CC). Mais un tel risque, s'il est suffisamment concret et motivé par des considérations préjudiciables pour l'enfant (il ne s'agit pas de déménager pour des raisons professionnelles, mais de chercher à couper l'enfant de son milieu et de le faire « héberger » - ou « séquestrer » - par la famille du parent ravisseur) permet en principe de retenir que le parent en question poursuit ses seuls intérêts au détriment de l'enfant et que lui confier l'autorité parentale serait contraire au bien de ce dernier. A l'inverse, le seul fait qu'un parent est domicilié ou entend déménager à l'étranger ne constitue pas comme tel un obstacle à une autorité conjointe. Il faut en effet tenir compte des moyens de communication actuels.
  - La prétention du parent relève de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) : il n'a jamais manifesté aucun souci pour l'enfant et cherche uniquement à « surveiller » l'autre parent par le détour de l'autorité parentale conjointe<sup>33</sup>. Le fait que le parent est apparu tardivement dans la vie de l'enfant et n'a jamais manifesté de véritable intérêt pour lui (demande tardive fondée sur l'art. 298b CC ; pour le cas de l'art. 298c CC, cf. *supra* ch. 1) est aussi à prendre en considération.
- b) Les critères tenant au conflit parental stricto sensu
- Tout conflit parental (inhérent à la séparation, puis au divorce) ne permet pas de refuser l'autorité parentale conjointe, comme la jurisprudence l'a d'ores et déjà clairement établi. Il faut contextualiser le conflit, celui-ci apparaissant comme humainement normal dans les situations qui concernent l'enfant (par ex. pour ce qui a trait au principe, à l'étendue et aux modalités du droit de visite). Des positions tranchées en procédure (avec des écritures virulentes, voire agressives) ne suffisent pas elles non plus à disqualifier un parent pour la titularité de l'autorité parentale. Il faut que le conflit soit d'une durée et/ou d'une intensité telles qu'il influe directement ou indirectement sur l'exercice de l'autorité parentale, qu'il ne promette pas de se résorber mais apparaisse au contraire chronique (voire allant en s'aggravant) et que des mesures d'encadrement aient d'ores et déjà largement échoué ou que l'on ne puisse pas en attendre un succès à l'avenir<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Cf. l'état de fait de l'Arrêt TF 5D\_164/2015, 11.01.2016.

<sup>33</sup> BÜCHLER/MARENDA, Jusletter 2014 N 43.

<sup>34</sup> Outre la jurisprudence fédérale déjà citée, cf. pour un exemple de conflit persistant depuis des années sur des questions mineures de droit de visite, avec un fort conflit de loyauté de l'enfant et une

- Lorsque le conflit entre les parents pèse certes sur les enfants, mais n'empêche pas une répartition consensuelle de la garde, qui fonctionne bien depuis plusieurs années, il n'y a pas de raison de ne pas maintenir l'autorité conjointe ; l'on peut admettre que les parents, en faisant preuve de la collaboration qui est attendue d'eux et sur laquelle le Tribunal fédéral vient d'insister à plusieurs reprises, parviendront à gérer d'éventuelles décisions difficiles à prendre à l'avenir<sup>35</sup>.
- Si le parent gardien est le parent « problématique » et que son attitude fait obstacle à toute coopération, il faut tenter des moyens d'encadrement, mais s'ils sont voués à l'échec, le défaut *objectif* de possibilité de coopération (avec les pronostics que l'on peut raisonnablement faire s'agissant d'un apaisement *post-séparation*) fait obstacle à une autorité parentale conjointe. Dans un tel cas, la jurisprudence rappelle qu'il n'est pas question de peser les fautes respectives de l'un et l'autre parent et qu'un rôle prépondérant doit être accordé à la stabilité des relations pour le choix du parent attributaire. Le parent « récalcitrant » pourrait ainsi s'en trouver récompensé, mais là n'est pas le critère déterminant s'agissant de l'attribution d'une autorité parentale exclusive, qui n'a pas de caractère « disciplinaire » pour les parents. Il faut réserver les cas dans lesquels le comportement du parent gardien fait naître des doutes importants sur ses *propres capacités éducatives* et remet en cause l'attribution de l'autorité parentale et de la garde en ses mains (absence de toute « *Bindungstoleranz* ») : une attribution (exclusive) de l'autorité parentale à l'autre parent pourra alors être envisagée dans l'intérêt de l'enfant.
- Le maintien de l'autorité parentale conjointe ou son institution ne doivent pas être conçus comme un moyen d'amender des parents clairement non coopératifs, en les « forçant » à s'entendre. En d'autres termes, l'autorité conjointe *n'est pas un moyen de contrainte, mais un instrument mis au service de l'enfant* : elle doit être maintenue ou instituée si l'absence de conflit, ou la relative faible intensité de celui-ci, ou des mesures d'encadrement en atténuant les effets, permettent d'admettre qu'elle ne sera pas contraire au bien de l'enfant. Lorsque le conflit n'apparaît pas particulièrement aigu, une autorité parentale conjointe peut faire espérer une amélioration de la situation (à condition que la décision, imposée, soit expliquée convenablement aux parents, en faisant appel à leur sens des responsabilités).

---

impossibilité de coopération des parents malgré toutes les démarches des services officiels : CJ GE ACJC/1310/2015, 30.10.2015, c. 5.2.

<sup>35</sup> Pour un exemple (garde alternée fonctionnant depuis la séparation intervenue en 2010, suivi pédopsychiatrique des enfants et psychiatrique de la mère) : CJ GE ACJC/1312/2015, 30.10.2015. Cf. aussi TC FR, RFJ 2015 1.



## c) Les critères tenant aux violences domestiques

- Les violences exercées à l'égard de l'autre parent et/ou de l'enfant (victime ou témoin) sapent en principe la base de confiance minimale nécessaire à l'exercice conjoint de l'autorité parentale. Certes, l'autorité parentale conjointe n'est pas nécessairement retirée pendant la vie commune (les violences sont cependant mentionnées désormais à l'art. 311 al. 1 ch. 1 CC comme circonstances pouvant mener à une telle mesure de protection), mais la situation doit être soigneusement ré-analysée au moment de la décision de l'autorité. Même si une limitation des contacts (droit de visite) peut parfois suffire, il faut se poser la question de la coopération dans l'éducation et la prise des décisions importantes (d'autant que la mise en contact physique des différents protagonistes sera très souvent nécessaire dans ce cadre, ainsi que pour entrer en relation avec les référents non parentaux de l'enfant).

## d) Les perturbations de l'interaction dans la prise de décision en commun

Même en l'absence de conflit déclaré qui empêche la prise de décisions en commun, certaines perturbations (plus difficiles à mettre en lumière) peuvent faire obstacle à une autorité parentale conjointe lorsqu'elles ont déjà influencé directement l'exercice de l'autorité parentale et que le pronostic posé est négatif pour le futur, sans que des mesures d'accompagnement (par ex. une thérapie familiale ou une consultation parentale) ne permettent d'espérer une amélioration du processus décisionnel<sup>36</sup> :

- Une solution consensuelle est certes trouvée par les parents, mais en général aux dépens de l'enfant (« la poire est coupée en deux » pour des raisons d'équité formelle, sans égard aux intérêts de l'enfant, ou chacun cède à son tour, peu importe l'objet de la décision).
- Le temps nécessaire à trouver une solution consensuelle amène des incertitudes préjudiciables à l'enfant (souffrances psychologiques) ; les décisions sont régulièrement différées, voire prises trop tard (délais d'inscription à des manifestations sportives, des camps de vacances, etc.).
- En raison des perturbations dans la communication et l'interaction, l'enfant se voit confier des décisions non conformes à son âge et à sa maturité (il doit choisir s'il veut de la Ritaline à 9 ans, il doit décider seul de son éventuel redoublement volontaire alors qu'il est âgé de 10 ans).

## e) Les critères tenant à la personne ou à la situation particulière de l'enfant

- L'enfant, en raison du conflit préexistant ou/et des violences subies ou vues, se sent menacé si un parent prend des décisions pour son compte. Il faut prendre garde ici aux risques d'instrumentalisation. Mais la

---

<sup>36</sup> Sur ces éléments en particulier : FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, RJB 2014 p. 910 ss.

souffrance de l'enfant en raison d'un conflit de loyauté supérieur à la norme ne peut être ignorée.

- L'enfant a la capacité de discernement et souhaite, conformément à l'art. 301 al. 2 CC, organiser sa vie selon son degré de maturité et donner son avis sur les décisions importantes (choix professionnel, contrat d'apprentissage, filière de formation ; choix confessionnel, avant l'âge de la majorité religieuse à 16 ans), ce que l'un des parents refuse pour imposer sa propre volonté et ses choix à l'enfant.
- L'enfant souhaite s'établir à l'étranger avec l'un de ses parents, avec un projet familial, scolaire ou professionnel, et l'autre parent fait tout ou va tout faire pour mettre des obstacles, sans qu'une intervention de l'autorité fondée sur l'art. 301a CC ne suffise à régler le conflit.
- Parent et enfant capable de discernement ont rompu tous liens pour des raisons profondes - religieuses, morales (l'enfant a eu lui-même un enfant, il est tombé dans la drogue ou la délinquance), politiques, etc. - et le parent exclut toute idée de réconciliation.
- L'enfant n'a plus de lien avec le parent depuis de nombreuses années, celui-ci ne joue aucun rôle dans son existence et l'enfant a atteint un âge qui lui permet de décider lui-même de ces questions (et cela même si l'autorité parentale comme telle n'est pas un droit à la libre disposition des parties).
- L'enfant souffre d'un handicap ou d'une grave maladie, au sujet desquels les parents sont en profond désaccord. Les divergences parentales peuvent alors influencer directement sur le bien-être physique et psychique de l'enfant, qui a un besoin accru de protection face aux influences néfastes.

### 3) *L'examen des alternatives ou des mesures d'accompagnement*

Certaines divergences entre les père et mère peuvent n'avoir que peu de liens avec l'autorité parentale. Elles peuvent par exemple porter sur des questions d'entretien ou d'exercice des relations personnelles (parfois ces points bien spécifiques focalisent les conflits à un tel point que la relation générale en est perturbée, mais ce n'est pas le point discuté ici).

Ou certains points de conflit peuvent certes relever de l'autorité parentale (par ex. une décision en matière de scolarisation ou de religion), mais demeurer suffisamment circonscrits pour ne pas « déborder » sur l'autorité parentale comme telle et pouvoir être solutionnés de manière « ciblée ».

Dans la mesure où l'autorité parentale est la règle, il appartient à l'autorité d'examiner les alternatives, respectivement les mesures d'accompagnement, permettant le maintien ou l'institution d'une autorité conjointe *en dépit* du

problème rencontré<sup>37</sup>. Il est ainsi possible, via la réglementation de la garde ou des relations personnelles<sup>38</sup>, l'institution d'une curatelle éducative (art. 308 al. 1 CC) ou des injonctions (art. 307 al. 3 CC, par ex. suivre une thérapie parentale ou une médiation) concernant des questions particulières, de désamorcer certains conflits.

Lorsque de telles mesures ont déjà été tentées par le passé et se sont révélées vaines (absence de toute efficacité d'une curatelle par ex.), l'autorité pourra en revanche y renoncer sur la base d'un pronostic relatif aux chances de succès. De même, si un arsenal complet de mesures doit être mis en place pour espérer voir l'autorité parentale conjointe fonctionner, l'on admettra qu'elle est purement artificielle et qu'il peut y être renoncé.

Contrairement au § 1628 BGB<sup>39</sup>, le droit suisse ne prévoit pas expressément la possibilité de confier certaines décisions à l'un des parents uniquement, sauf (désormais) dans la situation visée à l'art. 301 al. 1<sup>bis</sup> CC. A notre sens, il est cependant possible par une combinaison des art. 307 al. 3 CC et 292 CP<sup>40</sup>, d'interdire à l'un des parents de participer à une décision particulière (par exemple relative à un traitement médical ou à un choix d'établissement scolaire, ou encore en matière religieuse) et de la confier ainsi implicitement à l'autre parent seul<sup>41</sup>. S'il s'avérait nécessaire, pour des questions de sécurité juridique ou d'exigence des tiers (par ex. corps médical), de priver le parent de sa part de l'autorité parentale, il faudrait passer par l'art. 308 al. 3 CC et prononcer un retrait exprès de cette prérogative (il ne me paraît en revanche pas nécessaire de désigner comme curateur le parent investi du pouvoir de décider). Dans les cas de blocage nécessitant l'intervention d'une tierce partie (la prérogative

<sup>37</sup> ATF 141 III 472, c. 4.7. Cf. aussi MEIER/STETTLER, N 530; ainsi que KG LU, FamPra.ch 2015 987 n° 68.

<sup>38</sup> Dans l'Arrêt ACJC/1333/2015, 30.10.2015, c. 4.2, la Cour de justice genevoise a considéré que les capacités du père l'empêchaient de s'occuper au quotidien de l'enfant, mais non d'exercer l'autorité parentale (son opposition à une scolarisation en école privée paraissait également justifiée par des critères objectifs ; une action contestant son exhérédation, dont bénéficiait l'enfant, n'était pas non plus un obstacle à l'exercice d'une autorité conjointe).

<sup>39</sup> « *Können sich die Eltern in einer einzelnen Angelegenheit oder in einer bestimmten Art von Angelegenheiten der elterlichen Sorge, deren Regelung für das Kind von erheblicher Bedeutung ist, nicht einigen, so kann das Familiengericht auf Antrag eines Elternteils die Entscheidung einem Elternteil übertragen. Die Übertragung kann mit Beschränkungen oder mit Auflagen verbunden werden* ».

<sup>40</sup> CR CC I-MEIER, art. 307 N 11 ss ; MEIER/STETTLER, N 1252 ss. GEISER, PJA 2015 (2) p. 1725, constate que le fondement de l'intervention se trouve formellement dans les mesures de protection, mais qu'il ne faut pas poser des exigences trop élevées quant à la mise en danger de l'enfant. A notre sens, le degré de mise en danger dépend du type de mesure envisagée : il s'agit ici d'une limitation ponctuelle ou sectorielle des droits parentaux (qui permet de ne pas toucher à l'autorité parentale comme telle), de sorte que la barre ne devrait en effet pas être placée trop haut.

<sup>41</sup> Pour un exemple récent en Allemagne (refus de transférer à la mère, catholique, le droit de décider seule du baptême et de la communion d'un enfant de 8 ans – le père est musulman –, pour ne pas intégrer trop rapidement l'enfant à une communauté religieuse déterminée) : OLG Hamm, 24.06.2014, FamRZ 2014 1712. Pour un cas où la mère a reçu la prérogative de demander un changement de nom de l'enfant (la question matérielle des justes motifs étant laissée à l'appréciation de l'autorité compétente) : OLG Oldenburg, FamRZ 2015 333. Pour une décision relative à un voyage dans un pays en guerre : OLG Karlsruhe, FamRZ 2015 150.

décisionnelle doit être retirée aux deux parents), l'autorité pourra confier ce rôle à un curateur ou agir exceptionnellement elle-même (art. 392 ch. 1 CC par analogie)<sup>42</sup>.

#### 4) *Les règles procédurales importantes*

Comme pour toutes les questions portant sur le sort des enfants, les maximes d'office et inquisitoire sont applicables (art. 296 CPC devant le juge matrimonial ; art. 446 CC, par renvoi de l'art. 314 al. 1 CC, devant l'autorité de protection). La jurisprudence a déjà eu l'occasion de préciser (ce qui allait de soi) qu'en vertu de la maxime inquisitoire, l'autorité de décision doit prendre en compte les faits intervenant pendant la procédure dont elle est saisie<sup>43</sup>.

Une expertise pédopsychiatrique pourrait se justifier lorsque les père et mère sont en désaccord sur un point aussi fondamental que la titularité de l'autorité parentale. L'autorité peut cependant s'en dispenser aux conditions usuelles prévues par la jurisprudence (appréciation anticipée des preuves)<sup>44</sup>. Souvent, les couples s'affronteront procéduralement depuis longtemps, les capacités et manquements de l'un et l'autre auront été établis et la situation de l'enfant aura elle aussi fait l'objet d'investigations, par un service de protection de la jeunesse ou un expert intervenu à un stade antérieur. Il serait donc erroné à mon sens de poser comme équation que tout refus d'une autorité parentale conjointe présuppose obligatoirement la réalisation d'une expertise spécifique à cette question.

En vertu des art. 297 al. 2 CPC et 314 al. 2 CC, l'autorité peut exhorter les père et mère à une tentative de médiation. A mon sens, il est possible d'aller au-delà et d'imposer une médiation (« *Pflichtmediation* »), sur la base de l'art. 307 al. 3 CC (mesure de protection de l'enfant), que tant le juge matrimonial que l'autorité de protection peut/doit appliquer<sup>45</sup>. Le point n'a pas besoin d'être approfondi ici. Souvent, comme on l'a vu, les parents s'opposant sur le principe de l'autorité parentale conjointe seront en conflit aigu sur de nombreux points

<sup>42</sup> Dans son ATF 141 III 472, c. 4.7, le Tribunal fédéral réserve ces deux possibilités (décision confiée à un parent, décision de l'autorité), sans s'étendre plus avant sur les bases légales (critique quant à la seconde option : GEISER, PJA 2015 (2) p. 1726).

<sup>43</sup> TF 5A\_923/2014, 27.08.2015, c. 3 (n.p. à l'ATF 141 III 472).

<sup>44</sup> Par ex. TF 5A\_265/2015, 22.09.2015, c. 2.2.2, TF 5A\_821/2013, 16.06.2014, c. 5, TF 5A\_911/2012, 14.02.2013, c. 6.3.1, TF 5A\_905/2011, 28.03.2012, c. 2.5. Sur cette question, cf. aussi l'ATF 130 III 734, c. 2.2.3, JdT 2005 I 314, ainsi que MEIER/STETTLER, N 561 ss, avec de nombreuses références. Selon la formule consacrée (TF 5A\_265/2015, *loc. cit.*) : « le sort des enfants est régi par la liberté de la preuve. L'expertise pédopsychologique est l'une des mesures d'instruction que le tribunal peut, mais ne doit pas, ordonner dans les affaires concernant les enfants régies par la maxime d'office ; la décision sur ce point relève de son pouvoir d'appréciation. Dans la mesure où le tribunal peut déjà se forger son opinion sur la base des preuves administrées, son refus d'administrer encore d'autres preuves requises ne viole ni le droit à la preuve (art. 29 al. 2 Cst.) ni la maxime inquisitoire ».

<sup>45</sup> Par ex. MEIER/STETTLER, N 1257, avec d'autres références jurisprudentielles et doctrinales. Sur la possibilité d'une médiation contrainte sous l'ancien droit : TF 5A\_457/2009, 09.12.2009, c. 4.3. Pour le droit postérieur à l'entrée en vigueur du CPC : RVJ 2015 240, 244.

et les mesures d'accompagnement tentées (par ex. curatelle éducative, thérapie familiale) l'auront été sans succès. Il ne faut donc pas trop attendre d'une médiation. Lorsque le conflit est plus récent (par ex. pour des parents non mariés, le père agissant rapidement selon l'art. 298b CC, après le refus de la mère de consentir à une déclaration commune selon l'art. 298a CC), une médiation conserve en revanche tout son sens, et cela même si les parents ne parviennent pas à dialoguer dans le cadre de la procédure.

Compte tenu de l'importance de la question sur laquelle les parents se positionnent de manière divergente, il m'apparaît en revanche que la désignation d'un représentant procédural indépendant à l'enfant (art. 299 al. 2 *lit.* a CPC, art. 314a<sup>bis</sup> al. 2 ch. 2 CC) devrait être la règle, bien que l'ATF 142 III 153 ait singulièrement limité la portée de cette institution et le rôle du curateur.

Enfin, l'on rappellera que les autorités inférieures disposent d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC). Le Tribunal fédéral n'intervient que lorsqu'elles ont écarté, sans aucun motif, des critères essentiels en la matière ou, à l'inverse, se sont fondées sur des éléments dépourvus d'importance au regard du bien de l'enfant. Il sanctionne en outre les décisions rendues en vertu d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elles aboutissent à un résultat manifestement injuste ou à une inéquité choquante<sup>46</sup>.

### III. Questions liées à la garde

#### A. *Faut-il attribuer la garde ?*

En vertu de l'art. 301a al. 1 CC, l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Le « droit de garde » de l'ancien droit (cf. aussi le changement apporté à la note marginale de l'art. 310 CC) ne doit donc plus être attribué ; il suit le sort de l'autorité parentale.

Qu'en est-il de la garde de fait<sup>47</sup> ? Il faut entendre par là le fait de vivre durablement en communauté domestique avec l'enfant, en s'occupant de lui au quotidien, autrement dit, en lui donnant ce dont il a journalièrement besoin pour se développer harmonieusement sur les plans physique, affectif et intellectuel (habillement, nourriture, soins et éducation)<sup>48</sup>. Par le mécanisme curieux de

<sup>46</sup> Par ex. TF 5A\_923/2014, 27.08.2015, c. 5.5 (n.p. à l'ATF 141 III 472) ; TF 5A\_985/2014, 25.06.2015, c. 3.2.1 ; TF 5A\_266/2015, 24.06.2015, c. 4.2.2.2.

<sup>47</sup> Sur la difficulté de définir la garde de fait déjà sous l'ancien droit : GLOOR, FamPra.ch 2015 p. 339 ss avec de très nombreuses références. Cf. aussi MEIER/STETTLER, N 461 ss avec d'autres références.

<sup>48</sup> Pour cette définition : OFJ, p. 5, ainsi que MEIER/STETTLER, N 886. La notion même est contestée. Pour un examen approfondi (même si je n'en partage pas les conclusions) : GLOOR, FamPra.ch 2015 p. 343 ss. La situation est rendue confuse par la notion de « prise en charge » utilisée par ex. à l'art. 301 al. 1<sup>bis</sup> CC. GEISER, PJA 2015 p. 1103 rappelle ainsi à juste titre que garde et droit de

l'art. 301a CC, la garde de fait inclut aussi le pouvoir de procéder à des déménagements nationaux qui n'entraînent pas des conséquences importantes sur les droits parentaux (art. 301a al. 2 CC *a contrario*)<sup>49</sup>.

Contrairement à ce que l'on entend parfois, la garde de fait est une notion juridique. Le Code civil s'appuie sur elle, par exemple pour déterminer le domicile civil (art. 25 CC) ou pour la fixation et l'exécution de l'obligation d'entretien (art. 276 al. 2, 285 al. 1, 289 al. 1 CC)<sup>50</sup>. Dans notre conception, elle se distingue de la simple prise en charge et l'on ne doit donc pas craindre un « va-et-vient » perpétuel de la garde entre les deux parents<sup>51</sup>.

L'art. 298b al. 3 CC, applicable aux parents non mariés, prévoit que « lorsqu'elle statue sur l'autorité parentale, l'autorité de protection (...) règle également les autres points litigieux ». Il laisse ainsi entendre qu'elle n'a pas à le faire si les parents sont d'accord (l'on pourrait imaginer qu'une fois le principe de l'autorité parentale conjointe tranché, il soit clair pour les deux parents que l'enfant vivra sous la garde de sa mère). La disposition doit se comprendre en lien avec l'art. 298a al. 2 ch. 2 CC qui, en cas de déclaration commune des parents sur l'autorité parentale, les laisse s'entendre sur le reste, sans aucune intervention extérieure.

Pour les *parents mariés* en instance de divorce (ou en mesures protectrices ou provisionnelles de divorce, où elle devrait s'appliquer par analogie), la disposition centrale est l'art. 133 CC. Elle oblige le juge à statuer notamment sur l'autorité parentale (al. 1 ch. 1) et sur la garde de l'enfant (al. 1 ch. 2). Dans l'intérêt de l'enfant et pour des raisons de sécurité juridique, l'art. 133 al. 1 CC énumère les principaux points qui doivent être réglés. Sa systématique est cohérente (ce n'est pas toujours le cas) et l'on ne voit pas pourquoi il faudrait s'en écarter : le juge statue sur l'autorité parentale (conjointe, exclusive, ou retirée aux parents avec institution d'une tutelle, art. 327a ss CC), sur la garde (exclusive ou conjointe/alternée), puis, dans un troisième temps et

---

déterminer le lieu de résidence de l'enfant sont deux prérogatives différentes, mais estime (tout comme KILDE, recht 2015 p. 239, à tort selon moi) que garde et prise en charge sont une seule et même notion (apparemment dans le même sens : Message Autorité parentale, FF 2011 p. 8339). A mon sens, le parent qui exerce son droit de visite prend l'enfant en charge mais n'en a pas la garde de fait (il peut en revanche avoir le « droit de garde » au sens de « droit de déterminer le lieu de résidence » s'il est titulaire de l'autorité parentale). Sur ce point : MEIER/STETTLER, N 886 s.

<sup>49</sup> Pour une analyse similaire : FASSBIND, PJA 2014 p. 694 s. Cf. aussi BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 296 N 6 et N 6a ainsi que MEIER/STETTLER, N 886.

<sup>50</sup> L'art. 52<sup>bis</sup> al. 2 RAVS se réfère en revanche à la prise en charge de l'enfant pour l'attribution des bonifications pour tâches éducatives, ce qui permet de couvrir aussi, sans avoir besoin d'une précision supplémentaire, les cas de garde alternée.

<sup>51</sup> Pourtant critique sur ces différents points : GLOOR, FamPra.ch 2015 p. 344. En considérant que seul le parent qui a la garde de l'enfant a le pouvoir de prendre les décisions de l'art. 301 al. 1<sup>bis</sup> CC, la doctrine aboutit évidemment à une impasse (dans ce sens pourtant : BÜCHLER/MARANTA, Jusletter 2014 N 58 s. ; conscient du problème : FASSBIND, PJA 2014 p. 695).

alternativement, sur les relations personnelles (en cas de garde exclusive) ou sur la prise en charge (en cas de garde conjointe/alternée)<sup>52</sup>.

Il subsiste cependant un problème de coordination avec l'art. 298 al. 2 CC, qui s'applique lui aussi aux parents mariés et paraît (à l'instar de l'art. 298b al. 3 CC) se passer de toute décision sur la garde lorsque les parents n'évoquent pas ce point comme étant litigieux devant ce juge. L'on ne sera guère surpris de ne rien trouver d'éclairant sur ce point dans le Message du Conseil fédéral<sup>53</sup>.

A mon sens, et sans qu'il y ait lieu de parler de « hiérarchisation » des rapports entre parents, il est dans l'intérêt de l'ensemble des parties impliquées (enfant inclus) de fixer des rapports juridiques aussi clairs que possibles, notamment en lien avec l'art. 25 CC, mais aussi pour une mise en œuvre ultérieure de l'art. 301a CC et dans les rapports de droit public (en matière fiscale ou d'assistance notamment<sup>54</sup>, ainsi que pour la scolarisation de l'enfant). L'art. 289 al. 1 CC lui-même continue, dans sa version modifiée qui entre en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2017, à prévoir que les contributions d'entretien sont versées, pendant la minorité de l'enfant, à son représentant légal ou « *au parent qui en assume la garde* » (en ajoutant que le juge peut en décider autrement) ; il reconnaît par là même l'importance de cette notion<sup>55</sup>.

Dès lors, s'agissant de *parents mariés*, le juge matrimonial devrait statuer systématiquement sur la garde<sup>56</sup>. Et la même règle devrait s'appliquer aux *parents non mariés* : en l'absence de systématique légale claire et cohérente, il me paraît en effet plus correct de traiter de la même manière l'enfant de parents mariés et l'enfant de parents non mariés lorsque ces parents s'affrontent devant une autorité au sujet des droits parentaux, plutôt que d'appliquer une règle spéciale, destinée à des parents non mariés qui s'entendent, à des parents non mariés qui sont en conflit sur l'autorité parentale (en d'autres termes, je préconise une analogie avec l'art. 133 al. 1 CC plutôt qu'avec l'art. 298a CC).

<sup>52</sup> Cf. aussi BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 298 N 10.

<sup>53</sup> Message Autorité parentale, FF 2011 p. 8339 ss.

<sup>54</sup> Pour la situation en cas de garde alternée : ZIÖRJEN, ZESO 2/14 p. 10.

<sup>55</sup> L'on pourrait bien sûr songer à attribuer uniquement le domicile comme tel. Mais cela ne réglerait pas tous les problèmes et il y a fort à parier que le parent non attributaire du domicile pourrait se sentir aussi « lésé » que le parent non attributaire de la garde !

<sup>56</sup> Dans le même sens : BSK ZGB I-BREITSCHMID, art. 133 N 14 ; BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 298 N 4 ss ; BUCHER, N 82 ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 CC N 7 et N 53 ; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2014 p. 10 ; MEIER/STETTLER, N 467 ss. *Contra* : GEISER, PJA 2015 p. 1103 s., lequel admet toutefois que la loi part d'une prémisse d'attribution de la garde et que l'interprétation de MEIER/STETTLER est celle qui fait le plus de sens, mais qu'elle paraît contraire à l'idée du législateur (p. 1103). GLOOR, FamPra.ch 2015 p. 348 propose quant à elle d'éviter autant que possible d'utiliser le terme de « garde », estimant que la garde doit être commune à partir du moment où l'autorité parentale l'est. KILDE, recht 2015 p. 241 est aussi d'avis que la garde ne devrait être attribuée que lorsque l'un des parents n'entend pas du tout participer à la prise en charge de l'enfant, de sorte que les relations personnelles ne devraient être elles aussi fixées par l'autorité que lorsque toute communauté domestique, même de courte durée, est interdite. La pratique des autorités est différente et l'attribution de la garde semble demeurer la règle (GEISER, PJA 2015 p. 1105).

La garde à attribuer peut être exclusive (prépondérante) ou alternée (partagée)<sup>57</sup>.

Rien n'empêche naturellement le juge ou l'autorité d'avaliser une solution adoptée conjointement par les parents. A défaut, les critères dégagés de longue date par la jurisprudence s'appliqueront sous le nouveau droit également<sup>58</sup> : la règle fondamentale est le bien de l'enfant, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. Au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfant, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement, à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent ; il faut choisir la solution qui est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaire à un développement harmonieux. En cas de capacités d'éducation et de soin équivalentes, le critère de la stabilité des relations, selon lequel il est essentiel d'éviter des changements inutiles dans l'environnement local et social de l'enfant propres à perturber un développement harmonieux, joue un rôle déterminant. L'autorité cantonale disposera d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC).

Les père et mère peuvent ensuite en tout temps déroger à la réglementation décidée ; si la nouvelle situation se stabilise, ils pourront aisément l'officialiser en procédant devant l'autorité de protection, sans avoir à saisir une nouvelle fois le juge matrimonial s'ils ont été mariés (art. 134 al. 3 CC ; pour les parents non mariés : art. 298d CC). En cas de décès, la garde devrait à mon sens automatiquement passer au co-détenteur survivant de l'autorité parentale (application par analogie des art. 297 al. 1 et 301a al. 1 CC).

Que reste-t-il dans ces conditions du droit de déterminer le lieu de résidence (le droit de garde ou « *Obhutsrecht* » de l'ancien droit<sup>59</sup>) comme dépendant de l'autorité parentale<sup>60</sup> ? Il a pour principal effet d'empêcher un parent de

---

<sup>57</sup> Dans son Arrêt 5A\_985/2014, 25.06.2015, le Tribunal fédéral précise qu'en cas d'autorité parentale conjointe, les parents décident ensemble chez lequel d'entre eux l'enfant va habiter, les exceptions étant réglées aux art. 298 al. 2 et 298b al. 3 CC. Il ne fait cependant pas la distinction entre le droit de déterminer le lieu de résidence (prérogative de l'autorité parentale) et la garde de fait sur l'enfant. Il précise au contraire « qu'en cas d'autorité parentale conjointe, les deux parents détiennent le droit de fixer la résidence de l'enfant sans égard à l'attribution de la garde » (c. 3.2.1), ce qui est correct, mais paraît aussi présupposer que la garde comme telle doit bien être attribuée. Dans le cadre de ce litige sur la résidence de l'enfant, le Tribunal fédéral procède ensuite à l'attribution de la garde ! L'Arrêt du TF 5A\_266/2015, 24.06.2015, relève d'ailleurs que « si ce n'est la compétence de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a CC), le nouveau droit n'en (*à la garde, c'est moi qui précise*) modifie ni le contenu, ni les règles d'attribution, de sorte que les critères dégagés par la jurisprudence restent applicables » (c. 4.2.2.1).

<sup>58</sup> TF 5A\_985/2014, 25.06.2015, c. 3.2.1. Cf. aussi TF 5A\_266/2015, 24.06.2015, c. 4.2.2.2, TF 5A\_976/2014, 30.07.2015, c. 2.2/2.3, TF 5A\_115/2015, 01.09.2015, c. 5.1.

<sup>59</sup> ATF 136 III 353, JdT 2010 I 491.

<sup>60</sup> Un retrait de ce droit demeure possible : dans le cadre de l'art. 310 CC (mesure de protection de l'enfant) ou dans celui de l'art. 15 DPMIn (infraction commise par le mineur), mais aussi dans le cadre de l'art. 301a CC, pour empêcher le parent gardien de déplacer l'enfant dans une situation dans laquelle il n'a pas besoin de l'accord de l'autre (soit que celui-ci n'ait pas l'autorité parentale, soit que



déplacer la résidence de l'enfant à l'étranger sans l'accord de l'autre parent (un tel déplacement constituant un déplacement illicite au sens de la CLaH 80)<sup>61</sup>. En revanche, au plan interne et sauf dans le cas particulier de l'art. 301a al. 2 *lit. b* CC (conséquences importantes d'un déménagement « national » sur l'exercice de l'autorité parentale ou les relations personnelles<sup>62</sup>), le déplacement de la résidence de l'enfant est admis sans l'accord de l'autre. Et c'est le parent à qui la garde aura été attribuée qui est habilité à décider de ce déménagement<sup>63</sup>.

La loi reconnaît en revanche aux parents mariés qui ne sont pas impliqués dans une procédure matrimoniale (qu'ils fassent harmonieusement vie commune ou qu'ils soient séparés mais en s'étant mis d'accord sur les termes de cette séparation) une complète autonomie sur la manière dont la garde de fait est exercée. Il en va de même pour les parents non mariés qui ne sollicitent pas l'intervention de l'autorité de protection, puisque ceux-ci (qu'ils fassent vie commune ou non) n'ont pas à exposer les détails de la prise en charge de l'enfant dans la déclaration faite à l'officier de l'état civil ou à l'autorité de protection selon l'art. 298a CC : ils peuvent se contenter de confirmer à l'autorité avoir trouvé une solution sur ce point.

## B. La garde alternée

### 1) L'absence de définition

Aujourd'hui, la garde alternée n'est pas mentionnée comme telle dans le Code civil ; *a fortiori*, on n'en trouvera aucune définition. La situation changera partiellement, comme on va le constater, au 1<sup>er</sup> janvier 2017.

La jurisprudence voit dans la garde alternée une situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois<sup>64</sup>.

---

le déplacement ne tombe pas sous le coup de l'art. 301a al. 2 CC). Souvent une injonction fondée sur l'art. 307 al. 3 CC, avec menace des peines de l'art. 292 CP, sera suffisante.

<sup>61</sup> Sur le lien entre la révision du droit de l'autorité parentale et la CLaH 80, cf. BUCHER, N 148 ss ; DUREL, RMA 2012 p. 218 ss ; MAZENAUER, p. 275 ss.

<sup>62</sup> L'interprétation de cette exception sera naturellement plus restrictive si l'on s'estime lié par le texte légal (à notre avis erroné ; dans le même sens : BÜCHLER/MARANTA, Jusletter 2014 N 77 ; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2014 p. 22 ; MEIER/STETTLER, N 877 nbp 2073 ; dans le même sens : COPMA, Recommandations 2013, ch. 4.2.2) qui parle de conséquences importantes sur l'exercice de l'autorité parentale et sur les relations personnelles (en faveur d'une interprétation littérale : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 301a N 9 ; GIGER, p. 235).

<sup>63</sup> Si tout changement de résidence était soumis à l'accord des deux parents, sans exception, la garde n'aurait pas d'importance dans le cadre de l'art. 301a CC. Sur la situation en cas de garde alternée, cf. *infra lit. B.1.*

<sup>64</sup> TF 5A\_46/2015, 26.05.2015, c. 4.4.3 ; cf. en outre TF 5A\_928/2014, 26.02.2015, c. 4.2, TF 5A\_345/2014, 04.08.2014, c. 4.2, TF 5A\_866/2013, 16.04.2014, c. 5.2 et TF 5A\_69/2011, 27.02.2012, c. 2.1.

Savoir si la garde est exclusive ou prépondérante avec un large droit de visite pour l'autre parent ou alternée (mais inégale) est délicat. Le critère des pourcentages de temps passé en communauté domestique avec chaque parent paraît être le critère le plus pragmatique, même s'il n'est pas totalement satisfaisant (l'on pourrait ainsi vouloir pondérer ce temps de prise en charge selon qu'il intervient pendant la semaine ou le week-end, la nuit ou le jour)<sup>65</sup>. Un partage strict moitié/moitié n'est en tout cas pas requis pour que l'on puisse parler de garde alternée<sup>66</sup>. L'on pourrait admettre qu'en dessous d'un minimum de 1/3 du temps complet du mois, il ne saurait être question de garde alternée<sup>67</sup>. Au-delà, la situation dépendra des circonstances du cas d'espèce.

Sous l'angle strictement juridique (en tout cas en droit civil), une garde principale/exclusive avec un droit de visite très large auquel s'ajoute, pour le parent non gardien, la protection de l'art. 301a al. 2 CC et les prérogatives de l'art. 301 al. 1<sup>bis</sup> CC, ne fait plus guère de différence avec la garde alternée (il faut réserver les déménagements internes au pays, en principe permis librement dans un cas – sous réserve de l'art. 301a al. 2 *lit. b* CC – et pas dans l'autre, mais l'on sait l'impact ténu de cette disposition au plan interne<sup>68</sup>)<sup>69</sup>.

En cas de garde alternée, le changement de résidence de chacun des deux parents est soumis aux règles de l'art. 301a CC<sup>70</sup>. Le domicile civil (art. 25 al. 1 CC) doit être déterminé selon le troisième critère légal (celui de la résidence), qui peut être problématique en pratique. Il est donc recommandé aux parents qui s'entendent sur une telle solution de décider du domicile de l'enfant ; à défaut d'accord (le domicile pouvant mettre en jeu le lieu de scolarisation, critère déterminant pour l'organisation de la vie des différents membres de la famille), l'autorité tranchera<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> Sur cette difficulté : GEISER, PJA 2015 p. 1105. Il faudrait en soi parler de « *substantial and significant time* » comme le font certains droits étrangers (par ex. art. 65 DAA ch. 3 du Family Law Act australien).

<sup>66</sup> Dans ce sens aussi : BO 2014 E 1126 et BO 2015 N 84 (Conseillère fédérale SOMMARUGA). Le Conseiller national VON GRAFFENRIED, qui relayait au Conseil national la proposition du Conseil des Etats (cf. *infra lit. B.3*), admettait pour sa part la garde alternée à partir d'une prise en charge de 30 % environ du temps total (BO 2015 N 422).

<sup>67</sup> SALZGEBER/SCHREINER, FamPra.ch 2014 p. 68 ; SÜNDERHAUF/WIDRIG, PJA 2014 p. 893. La question se complique lorsque le pourcentage en question est atteint par un nombre important de semaines de vacances groupées, avec un temps commun réduit le reste du temps. Mais comme on le verra, savoir si l'on a affaire à une véritable garde alternée ou non ne joue pas un grand rôle d'un point de vue juridique, du moment que la situation convient à l'enfant et aux père et mère (comme on l'a vu *supra* sous III.A., l'autorité devrait toujours statuer sur la garde, quelles que soient ses modalités, du moment qu'elle doit statuer sur l'autorité parentale).

<sup>68</sup> Sur ce point : MEIER/STETTLER, N 879 ss.

<sup>69</sup> Beaucoup trop formaliste à mon sens : GLOOR, FamPra.ch 2015 p. 351.

<sup>70</sup> BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 301a N 7.

<sup>71</sup> Parmi d'autres : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 298 N 9 ; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2014 p. 10. Cf. en outre COPMA, Recommandations 2013, ch. 6.3. La fixation du domicile à un endroit donné peut empêcher l'enfant de bénéficier de certaines offres de son autre commune de résidence. Pour tenter de pallier ces difficultés, la Belgique a mis en œuvre, au 1<sup>er</sup> janvier 2016, un registre national de double résidence.

Les solutions ainsi fixées sont naturellement susceptibles de modifications. Si les parents sont d'accord, un retour devant le juge ou l'autorité ne sera pas nécessaire, à moins qu'ils estiment, notamment pour des questions de droit public (déjà évoquées *supra* III.A.), devoir « officialiser la modification » (la compétence appartenant alors dans tous les cas – art. 134 al. 3 1<sup>ère</sup> phr. et 298d CC – à l'autorité de protection).

En cas de désaccord sur la modification de la garde alternée, la compétence matérielle dépendra du point problématique :

- lorsque *la garde alternée comme telle est contestée* (un parent demande le transfert de la garde prépondérante ou exclusive en ses mains), il s'agit d'une modification du jugement de divorce qui relève de la compétence du juge selon l'art. 134 al. 3 CC (l'autorité de protection est compétente pour des parents non mariés, en vertu de l'art. 298d CC) ;
- lorsque ce sont les *modalités* de la garde alternée (le jour du changement de résidence dans la semaine, la périodicité des changements) qui sont contestées, autrement dit la participation de chaque parent à la prise en charge, la compétence appartient à l'autorité de protection (art. 134 al. 4 *in fine* CC). La question se rapproche en effet d'un litige sur le droit de visite, étant relevé que le législateur a mis les deux questions sur le même plan à l'art. 133 al. 1 ch. 3 CC aussi. Il y a en revanche attraction de compétence en faveur du juge (sur l'un et l'autre point) si celui-ci est saisi d'un contentieux sur l'autorité parentale, la garde ou l'entretien de l'enfant (art. 134 al. 3 *in fine* CC).

L'on notera encore en passant que le nouveau texte de l'art. 276 al. 2 CC (« les père et mère contribuent ensemble, chacun selon ses facultés, à l'entretien convenable de l'enfant et assument en particulier les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger »), ne fait plus référence à la garde, pour éviter justement d'entrer en porte-à-faux avec une situation de garde alternée (qui n'empêche en aucun cas que l'un des parents doive verser des prestations financières à l'autre pour l'entretien de l'enfant, par ex. pour payer les frais fixes de l'enfant) en fonction des capacités contributives respectives<sup>72</sup>.

---

<sup>72</sup> Critique au sujet du texte actuel trop étroit à leur sens : GLOOR, FamPra.ch 2015 p. 350 ; sur le but de la révision, cf. le Message Entretien, FF 2014 p. 553 : les situations où les deux parents s'acquittent de leur obligation d'entretien en nature et en espèces sont de plus en plus fréquentes, indépendamment de l'attribution de la garde. Pour cette raison, le projet supprime la référence à la garde en tant que critère pour déterminer le type de prestation d'entretien des père et mère et précise que l'entretien est assuré par les soins et l'éducation ainsi que par des prestations pécuniaires. Le texte de l'art. 289 al. 1 CC a lui aussi été modifié : « les contributions d'entretien sont dues à l'enfant et sont versées durant sa minorité à son représentant légal ou au parent qui en assume la garde, sauf si le juge en décide autrement » ; sur ce point, cf. Message Entretien, FF 2014 p. 562 : « la révision des normes sur l'autorité parentale faisant de l'autorité parentale conjointe la règle va favoriser la mise en place d'autres formes de garde que celle exclusive (garde partagée ou garde alternée), si

## 2) *La garde alternée*<sup>73</sup> *imposée* ?

Sous l'ancien droit déjà, une partie de la doctrine considérait que la garde alternée pouvait dans certains cas être imposée à un parent qui n'en voulait pas. Une telle possibilité était évidemment réservée à des cas particuliers : les circonstances objectives devaient permettre l'exercice d'une telle alternance (proximité de la résidence de l'enfant – dans le modèle du « nid » – ou des résidences respectives des parents – dans le modèle « pendulaire » – et du lieu de scolarisation de l'enfant ; conditions de logement permettant d'offrir un gîte convenable à l'enfant plusieurs jours par mois, etc.) et le refus d'un parent (généralement la mère) devait pouvoir être « contourné » par la mise en place de modalités particulières (une communication par l'intermédiaire d'un tiers, par ex. un grand-parent, lorsque toute communication directe était rompue) ou considéré comme susceptible de tomber une fois la solution effectivement mise en pratique et jugée satisfaisante.

Cette approche est confirmée sous le nouveau droit. Le Conseil fédéral lui-même tout comme la doctrine sont unanimes sur cette question<sup>74</sup>. La jurisprudence va dans le même sens<sup>75</sup> : « *ainsi, bien que l'autorité parentale conjointe n'implique pas nécessairement une garde conjointe ou alternée, le juge doit néanmoins examiner dans quelle mesure l'instauration d'un tel mode de garde est possible et conforme au bien de l'enfant. Le seul fait que l'un des parents s'oppose à un tel mode de garde et l'absence de collaboration entre les parents qui peut en être déduite ne suffit ainsi pas pour l'exclure* ».

Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de préciser que ce modèle devait être écarté lorsque l'enfant continuerait à être exposé au conflit des parents ou que le constant changement de résidence représenterait un poids trop grand pour lui<sup>76</sup>. Dans le cas d'espèce, les enfants avaient besoin de calme et de stabilité ; les père et mère vivaient relativement éloignés l'un de l'autre (20 km) et étaient en

---

bien que le juge doit pouvoir préciser, dans de tels cas, à quel parent doit se faire le paiement de la contribution. D'où la modification de la partie finale de l'al. 1 ».

<sup>73</sup> Sur les différents modes de « garde alternée » : MEIER/STETTNER, N 873 nbp 2060 avec de nombreuses références, ainsi que SALZGEBER/SCHREINER, FamPra.ch 2014 p. 67 ss. Certains auteurs estiment que sous le nouveau droit, il vaudrait mieux parler de garde conjointe ou de garde partagée dans un tel cas (GLOOR, FamPra.ch 2015 p. 348 ; cf. aussi GEISER, PJA 2015 p. 1107 et KILDE, recht 2015 p. 236). Il est vrai que le droit de partager la vie domestique avec l'enfant ne passe pas en alternance d'un parent à l'autre, mais reste en leurs mains communes. D'autres auteurs parlent de prise en charge « symétrique » ou « asymétrique » (par ex. BÜCHLER/MARANTA, N 46). Cela dit, la confusion sémantique étant déjà ce qu'elle est dans le domaine qui nous occupe, il paraît bon de continuer à utiliser les termes que tout le monde comprend encore !

<sup>74</sup> BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 298 N 7 ; BÜCHLER/MARANTA, Jusletter 2014 N 46 ; CANTIENI/BIDERBOST, FamPra.ch 2015 p. 784 ; CPra Matrimonial-HELLE, art. 133 CC N 55 ; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2014 p. 10 ; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, N 10.137 ; MEIER/STETTNER, N 873 ; PAPAUX VAN DELDEN, plaid. 5/14 p. 34 ; WIDRIG, PJA 2013 p. 910 ; SÜNDERHAUF/WIDRIG, PJA 2014 p. 899 ; Message Entretien, FF 2014 ch. 1.6.2.

<sup>75</sup> TF 5A\_46/2015, 26.05.2015, c. 4.4.5. Cf. aussi TF 5A\_527/2015, 06.10.2015, c. 4.

<sup>76</sup> TF 5A\_527/2015, 06.10.2015, c. 4.

situation conflictuelle chronique. Ces éléments ne suffisaient pas à remettre en cause l'autorité parentale conjointe, mais amenaient à refuser la garde alternée (le souhait des enfants de voir beaucoup leur père pouvant être pris en compte dans le cadre du droit de visite).

Le Tribunal cantonal fribourgeois a pour sa part « imposé » une garde alternée alors qu'il était saisi de deux requêtes de garde exclusive (les parents étant d'accord quant à une autorité parentale conjointe) ... alors que l'autorité inférieure avait institué une garde alternée, pratiquée depuis trois ans<sup>77</sup>. Il a confirmé que l'absence de conclusions convergentes des parties ne faisait pas obstacle à une garde alternée. L'autorité de recours a constaté l'absence de coopération entre les parents et leur conflit sur le lieu de domicile de l'enfant ; de plus, ils n'habitaient pas la même commune et pas le même canton (distance de 10 km, représentant 15 minutes, voire plus, de trajet ; horaires scolaires devenus plus soutenus). Sachant cependant l'importance pour chacun des parents du temps passé avec l'enfant, leurs bonnes compétences éducatives et le développement satisfaisant de l'enfant jusque-là, l'autorité cantonale a confirmé et imposé la garde alternée, une semaine sur deux (changement le vendredi à 18h).

### 3) *La garde alternée comme modèle de base ?*

Comme on l'a vu et ainsi que l'a rappelé encore récemment le Tribunal fédéral, une autorité parentale conjointe n'implique pas nécessairement, en l'état actuel du droit, une garde alternée. La solution d'une garde alternée automatique avait au demeurant été rejetée dans le cadre de la révision du droit de l'autorité parentale<sup>78</sup>.

Les mouvements de la condition paternelle se sont vite rendus compte qu'ils s'étaient trompés eux-mêmes (ou que ceux qui les représentaient les avaient induits en erreur) en faisant de l'autorité parentale conjointe l'objectif premier de leur combat. Si le symbole est important, il ne garantit en rien de pouvoir passer plus de temps avec son enfant (« *parenting time* ») et de pouvoir être considéré comme un référent à part entière pour toutes les décisions le concernant. Sans compter que l'accès à l'information pour le parent non détenteur de l'autorité parentale était en réalité déjà garanti par l'art. 275a CC depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000, bien que cette disposition fût fort mal connue dans la pratique<sup>79</sup>.

Des revendications favorables à une résidence alternée (ou « hébergement égalitaire » pour reprendre par ex. la terminologie du droit belge) sont donc

<sup>77</sup> RFJ 2015 1.

<sup>78</sup> Message Autorité parentale, FF 2011 p. 8331 (ch. 1.5.2). Parmi d'autres : BUCHER, N 81 ; BÜCHLER/MARENDA, Jusletter 2014 N 9.

<sup>79</sup> Sur les motivations à la base de la révision : GEISER, PJA 2015 p. 1100 s.

réapparues à la première occasion. Le Conseil fédéral a cependant une nouvelle fois écarté l'idée de faire de la garde alternée la règle dans son Message relatif au nouveau droit de l'entretien<sup>80</sup>.

La question est cependant revenue sur le tapis au moment des débats parlementaires. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats<sup>81</sup> a décidé de traduire dans la loi la vision favorable qu'elle avait de ce mode de garde, pour éviter de « cimenter » le modèle de prise en charge aujourd'hui encore le plus courant<sup>82</sup>. Le Conseil fédéral a fini par soutenir ces propositions, à l'évidence pour des raisons politiques (l'Office de la justice était pour sa part opposé aux nouvelles dispositions, tout comme les experts consultés). Dans un premier temps, le Conseil national n'a pas voulu de ces dispositions, parce que l'autorité doit de toute manière statuer d'office, selon le bien de l'enfant, et qu'il faut éviter de privilégier un modèle par rapport à d'autres<sup>83</sup>. Après que le Conseil des Etats eut maintenu sa position<sup>84</sup>, le Conseil national a fini par s'y rallier dans le cadre de la procédure d'élimination des divergences<sup>85</sup>. Il est frappant de constater que les Chambres fédérales n'ont à peu près rien dit d'utile sur l'interprétation du nouvel art. 285 al. 2 CC (pourtant la disposition phare du projet) ou sur les conditions de la modification de l'entretien « nouvelle formule », mais ont en revanche longuement débattu de l'adoption de règles modifiant déjà celles entrées en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2014, dont l'élément commun est le caractère superflu<sup>86</sup>.

D'abord, les art. 298 al. 2<sup>bis</sup> et 298b al. 3<sup>bis</sup> nCC demandent au juge matrimonial, respectivement à l'autorité de protection, de tenir compte, en statuant sur les droits parentaux, du droit de l'enfant d'entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents. Comme s'ils ne le faisaient pas par le passé ... La jurisprudence a toujours insisté sur l'importance du droit aux relations personnelles, tant pour l'enfant que pour les parents<sup>87</sup>. L'apport matériel de ces textes est par conséquent nul.

<sup>80</sup> Message Entretien, FF 2014 p. 545 ss (ch. 1.6.2). Cf. aussi le Rapport explicatif relatif à l'avant-projet de révision (juin 2012), p. 18 s. Une partie très minoritaire de la doctrine soutient pour sa part que les droits fondamentaux exigent une garde alternée comme règle de base : WIDRIG, PJA 2013 p. 906.

<sup>81</sup> BO 2015 E 1125 s. Cf. aussi BO 2015 N 83 s.

<sup>82</sup> BO 2015 E 1125 s.

<sup>83</sup> BO 2015 N 79 ss. La Commission des affaires juridiques du Conseil national avait rejeté les nouvelles normes par respectivement 20 voix contre 2 et 22 voix contre 2. Le plénum les a rejetées dans un premier temps par 109 voix contre 72 et 110 voix contre 73 (BO 2015 N 85 s.).

<sup>84</sup> BO 2015 E 188 ss.

<sup>85</sup> BO 2015 N 422 ss (par 103 voix contre 71, alors que la Commission continuait, par 18 voix contre 3, à s'opposer aux dispositions mentionnant la garde alternée).

<sup>86</sup> Pour une même critique : SPYCHER, FamPra.ch 2016 p. 11 s.

<sup>87</sup> Parmi beaucoup d'autres, cf. par ex. TF 5A\_459/2015, 13.08.2015, qui rappelle que selon l'art. 273 al. 1 CC, le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances ; ce droit est un droit de la personnalité de l'enfant qui doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci ; dans chaque cas, la décision doit donc être prise de manière à répondre le mieux possible

Quant aux art. 298 al. 2<sup>er</sup> CC et 298b al. 3<sup>er</sup> CC, ils requièrent de l'autorité de protection, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, qu'elle examine selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande. Encore de curieuses dispositions : en vertu des maximes d'office et inquisitoire applicables au sort des droits parentaux (art. 296 CPC, art. 446 CC par renvoi de l'art. 314 al. 1 CC), l'autorité doit naturellement examiner toutes les possibilités, y compris celle de la garde alternée, et cela d'office<sup>88</sup>. Et lorsqu'une partie ou l'enfant le demande, elle commettrait un déni de justice en refusant de statuer sur ce point. Qu'apportent donc ces nouvelles dispositions ? Absolument rien, ou alors un peu de confusion supplémentaire : l'on pourrait en déduire *a contrario* qu'en l'absence de demande, le juge et l'autorité de protection seraient précisément dispensés d'examiner l'option d'une garde alternée, ce qui n'était certainement pas l'intention des auteurs de ces propositions<sup>89</sup> !

En résumé, la garde alternée peut être imposée, mais n'est pas la solution par défaut, et ne le sera pas non plus à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2017 en dépit des nouvelles dispositions adoptées<sup>90</sup>. La solution est matériellement correcte : les études psychologiques parviennent à des résultats contrastés, qui aujourd'hui ne permettent pas de favoriser à tout prix une telle solution, en particulier pas pour les enfants en bas âge ni pour les adolescents, dont l'accord est *de facto* nécessaire pour que le modèle fonctionne<sup>91</sup>. Mais les bienfaits pour l'enfant et la

---

à ses besoins, l'intérêt des parents étant relégué à l'arrière-plan (c. 6.2.1) ; « il est en effet unanimement reconnu que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité (ATF 130 III 585 consid. 2.2.2; ATF 127 III 295 consid. 4a et les références). Il sied également de rappeler qu'en règle générale, lorsque l'enfant est en prise avec un conflit de loyauté, la restriction du droit de visite est en fin de compte une mesure peu apte à préparer l'enfant à y faire face. Un tel conflit est, dans une certaine mesure, une conséquence inhérente au droit de visite. Les aspects positifs (notamment gestion plus aisée de la séparation, modes d'éducation complémentaires, perspectives d'identification, amélioration de l'estime de soi, conseils au moment de la puberté et, plus tard, lors du choix d'une profession) des visites régulières auprès de l'autre parent l'emportent sur les aspects négatifs (agitation de l'enfant au début et tensions éventuelles). L'ennui inassouvi du parent absent a, à la longue, des conséquences psychiques très graves et très néfastes en cela par ex. que l'enfant peut se faire une image trop irréaliste de ce parent. Dans l'hypothèse de conflits entre les deux parents, les visites peuvent détendre l'atmosphère lorsqu'elles sont conçues d'une manière judicieuse et qu'elles sont répétées, car chaque nouvelle visite contribue à réduire les effets de la situation conflictuelle. Cela implique que les parents s'efforcent de ne pas profiter de l'exercice du droit de visite pour exprimer leurs désaccords » (c. 6.2.2). Cf. aussi les ATF 131 III 209, c. 4, JdT 2005 I 201, ATF 130 III 585, c. 2, JdT 2005 I 206 et ATF 127 III 295, c. 4a, JdT 2002 I 392. Pour la doctrine : MEIER/STETTLER, N 751 ss avec d'autres références.

<sup>88</sup> Cf. récemment TF 5A\_46/2015, 26.05.2015, c. 4.4.5 et TF 5A\_527/2015, 06.10.2015, c. 4.

<sup>89</sup> A noter qu'elles renforcent en revanche l'idée qu'une décision sur la garde doit toujours être prise par l'autorité, que j'ai soutenue plus haut sous III. A. Critique sur ces nouvelles normes : SPYCHER, FamPra.ch 2016 p. 6 et p. 11.

<sup>90</sup> Sur les « fausses attentes, voire (...) faux espoirs » que créent ces dispositions : BO 2015 N 84 (J.-Ch. SCHWAAB).

<sup>91</sup> Cf. HAMMER, FamRZ 2015 p. 1440 ss, qui parvient à un même constat pour le droit allemand ; cf. aussi SALZGEBER/SCHREINER, FamPra.ch 2014 p. 72 ss (avec un inventaire des facteurs de risque), suivis par BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER, art. 298 N 7. En faveur d'un modèle privilégiant les formes de « *shared care* » : SÜNDEHAUF/WIDRIG, PJA 2014 p. 903 s. ; cf. aussi BERNARD/LÖHRER, Jusletter 2014 N 44 ss.

relation parentale ne doivent pas être négligés pour autant. Si l'autorité devait se résoudre à imposer une telle solution (pour autant que les « conditions-cadres » soient favorables, en particulier s'agissant de la proximité géographique), elle devrait à mon sens le faire pour une durée probatoire (assez longue pour que le parent réfractaire soit obligé de s'y soumettre, assez brève pour que l'enfant ne souffre pas trop d'un échec), de l'ordre d'un ou deux trimestres scolaires. En cas de veto d'un parent, l'autorité mettra également des mesures d'accompagnement en place (en principe une curatelle d'assistance éducative, en vertu de l'art. 308 al. 1 CC, un accompagnement parental dans le cadre de l'art. 307 al. 3 CC, ou encore un droit de regard sur la base de cette même disposition).

#### IV. Conclusion

Une révision décrite comme « impraticable, purement symbolique ou coupée des réalités du moment »<sup>92</sup>, une « systématique souvent confuse »<sup>93</sup>, « une réglementation (qui) s'avère parfois compliquée et peu claire »<sup>94</sup>, et se caractérise par « *Unklarheit und Widersprüche* »<sup>95</sup>... les nombreux points encore en suspens au moment de ce premier état des lieux (notamment quant à la question de l'attribution de la garde, mais aussi des principes directeurs en matière d'attribution de l'autorité parentale), ne font que confirmer les critiques parfois acerbes adressées à cette nouvelle loi. Et encore n'a-t-on fait que survoler les art. 301 al. 1<sup>bis</sup> et 301a CC dont il y aurait encore plus à dire !

La précipitation dans laquelle les révisions sont menées, l'absence de recul, le souhait de plaire aux politiques y sont pour beaucoup. Et les autres révisions en cours ou achevées du droit de la famille n'ont malheureusement pas élevé les standards de qualité.

---

Pour une analyse détaillée des études psychologiques : SÜNDERHAUF/WIDRIG, PJA 2014 p. 895 s. et surtout SALZGEBER, FamRZ 2015 p. 2018 ss, lequel conclut cette remarquable analyse en relevant (p. 2014) que « *dass (...) das paritätische Wechselmodell prinzipiell oder in der Regel dem Kindeswohl am besten entsprechen würde, kann zumindest aufgrund derzeitigen psychologischen Befunde nicht belegt werden* ». A noter que le droit belge, s'il n'a pas fait de la garde alternée la règle, a posé une sorte de présomption réfragable en faveur de l'hébergement alterné égalitaire, qu'il appartient au parent qui s'y oppose de renverser (SOSSON, FamPra.ch 2013 p. 422). Les études menées auprès des enfants concernés ont cependant montré que bien plus que le modèle d'hébergement mis en place, « ce sont les relations avec chacun des parents et leur environnement de vie qui sont les plus importants, chaque type d'hébergement ayant, pour eux, ses vertus et ses inconvénients spécifiques » (SOSSON, FamPra.ch 2013 p. 423). Pour une approche critique de la résidence alternée en France : BRISSET ET AL., Paris 2010 ; NEYRAND/ZAOUCHE GAUDRON, Paris 2014.

<sup>92</sup> MEIER/STETTLER, N 870 avec références.

<sup>93</sup> MEIER/STETTLER, N 870.

<sup>94</sup> PAPAUX VAN DELDEN, plaid. 5/14 p. 40.

<sup>95</sup> GEISER, PJA 2015 p. 1108.



Il est cependant heureux que le Tribunal fédéral ait pu au moins trancher très rapidement de l'endroit où placer le curseur en matière d'autorité parentale (application stricte de l'art. 311 CC ou interprétation autonome) et qu'il ait pu, comme les cours cantonales, déjà fournir un certain nombre d'indications sur la pertinence des différents critères qui peuvent venir à l'esprit, même si la solution dépend, comme très souvent en matière de droit de la filiation, des circonstances du cas d'espèce.

Au-delà de ces questions, il serait bon que les débats, parmi les juristes mais aussi les politiciens, placent réellement le bien de l'enfant au centre, plutôt que de chercher à faire triompher des symboles (qu'ils aient pour noms « autorité parentale conjointe » ou « garde alternée ») et de re-brasser la terminologie et les concepts théoriques à chaque révision législative. Le Code civil est là pour régler les problèmes concrets qui se posent dans les relations entre privés, il n'est pas une tribune pour d'opportunistes déclarations d'intentions.

Un peu plus de pragmatisme à l'anglo-saxonne donc, et un peu moins de débats de nature politique et « philosophique », dont raffolent nos deux grands voisins !

## Bibliographie

- BADDELEY Margareta, Le droit de la famille, un droit en constante évolution, *in* CHAPPUIS Christine / FOËX Bénédicte / THÉVENOZ Luc (éd.), *Le législateur et le droit privé, Mélanges pour Gilles PETITPIERRE*, Genève/Zurich 2006, p. 39 ss.
- BERNARD Stephan / MEYER Löhner Beda, Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern – Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels, *Jusletter* 12 mai 2014.
- BIDERBOST Yvo / CANTIENI Luca, Erste Erfahrungen mit dem neuen Recht der elterlichen Sorge, *in* *Achte Schweizer Familienrechtstage*, Berne 2016, p. 137 ss.
- BOHNET François / GUILLOD Olivier (éd.), *Commentaire pratique Droit matrimonial*, Bâle 2015.
- BREITSCHMID Peter, art. 133 CC, *in* HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas (éd.), *Commentaire bâlois ZGB I*, 5<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014, (cité : BSK ZGB I-BREITSCHMID).
- BRISSET CATHERINE / DOLTO Catherine / POUSSIN Gérard, *Pour ou contre la garde alternée*, Paris 2010 (cité : BRISSET ET AL. , Paris 2010).
- BUCHER Andreas, Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, *in* FOUNTOULAKIS Christiana / RUMO-JUNGO Alexandra (éd.), *La famille dans les relations transfrontalières*, Genève/Zurich 2012, p. 1 ss.
- BÜCHLER Andrea / MARANTA Luca, Das neue Recht der elterlichen Sorge, *Jusletter* 11 août 2014.
- BURGAT Sabrina, Autorité parentale et prise en charge de l'enfant: état des lieux, *in* BOHNET François / DUPONT Anne-Sylvie (éd.), *Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance*, Bâle 2016, p. 107 ss.
- CANTIENI Linus / BIDERBOST Yvo, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – erste Erfahrungen und Klippen, *FamPra.ch* 2015, p. 771 ss.
- CHOFFAT Guillaume, Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale : une promesse déçue ?, *SJ* 2015 II, p. 167 ss.
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), du 16 novembre 2011, *FF* 2011, p. 8315 ss (cité : Message Autorité parentale, *FF* 2011).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), du 29 novembre 2013, *FF* 2014, p. 531 ss (cité : Message Entretien, *FF* 2014).

- CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), du 28 novembre 2014, FF 2015, p. 835 ss (cité : Message Adoption, FF 2015).
- COPMA, L'autorité parentale conjointe devient la règle – Mise en œuvre, Recommandations du 13 juin 2013.
- DUPONT Anne-Sylvie, Assurances sociales : les effets secondaires de la réforme de l'autorité parentale, plaidoyer 4/14, p. 12 ss (cité : DUPONT, plaid. 4/14).
- DUPONT Anne-Sylvie, Divorce et premier pilier : l'enjeu des bonifications pour tâches éducatives, RSAS 2015, p. 393 ss (cité : DUPONT, RSAS 2015).
- DUREL Bastien, Droits de garde et enlèvement international d'enfants, RMA 2012, p. 190 ss (en allemand : RMA 2013, p. 174 ss).
- FASSBIND Patrick, Belassung, Erhalt und Erteilung der gemeinsamen Sorge als Regelfall, RMA 2014, p. 95 ss (cité : FASSBIND, RMA 2014).
- FASSBIND Patrick, Inhalt des gemeinsamen Sorgerechts, der Obhut und des Aufenthaltsbestimmungsrechts im Lichte des neuen gemeinsamen Sorgerechts als Regelfall, PJA 2014, p. 693 ss (cité : FASSBIND, PJA 2014).
- FELDER Wilhelm / HAUSHEER Heinz / AEBI-MÜLLER Regina / DESCH Erica, Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl, RJB 2014, p. 892 ss.
- GEISER Thomas, Besprechung neuerer Entscheidungen auf dem Gebiet des Eherechts, PJA 2015, p. 1719 ss (cité : GEISER, PJA 2015 (2)).
- GEISER Thomas, Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln ?, RMA 2015, p. 226 ss (cité : GEISER, RMA 2015).
- GEISER Thomas, Umsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die Gerichte, PJA 2015, p. 1099 ss (cité : GEISER, PJA 2015).
- GIGER Angela, Das Besuchrecht nach Scheidung der Eltern, *in* ANDORNO Roberto / THIER Markus (éd.), Menschenwürde und Selbstbestimmung, Zurich/St-Gall 2014, p. 211 ss.
- GLOOR Nina, Der Begriff der Obhut, FamPra.ch 2015, p. 331 ss.
- GLOOR Urs / SCHWEIGHAUSER Jonas, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014, p. 1 ss.
- GLOOR Urs / SIMONI Heidi, Wohnortwechsel mit Kinder nach Trennung und Scheidung, *in* Siebte Schweizer Familienrechtstage, Berne 2014, p. 243 ss.
- HAMMER Stephan, Die gerichtliche Anordnung des Wechselmodells, FamRZ 2015, p. 1433 ss.
- HAUSHEER Heinz / GEISER Thomas / AEBI-MÜLLER Regina, Familienrecht, 5<sup>ème</sup> éd., Berne 2014.

- HELLE Noémie, art. 133, in BOHNET François / GUILLOD Olivier (éd.), Commentaire pratique Droit matrimonial, Bâle 2015 (cité : CPra Matrimonial-HELLE).
- HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter / GEISER Thomas (éd.), Commentaire bâlois – ZGB I, 5<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014.
- KILDE Gisela, Das Verhältnis zwischen persönlichem Verkehr, Betreuung und Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge, recht 2015, p. 235 ss.
- MARENDA Luca / MEYER Karin, Inwieweit sind Elternvereinbarungen rechtlich beständig, in Achte Schweizer Familienrechtstage, Berne 2016, p. 291 ss.
- MARTINY Dieter, Elterliche Verantwortung und Sorgerecht im ausländischen Recht, insbesondere beim Streit um den Kindesaufenthalt, FamRZ 2012, p. 1765 ss.
- MAZENAUER Lucie, Elterliche Sorge, Obhut, Aufenthaltsbestimmungsrecht und internationale Kindesentführung – der Anwendungsbereich der HKÜ unter altem und neuem Recht, in EITEL Paul / ZEITER Alexandra (éd.), Kaleidoskop des Familien- und Erbrechts, Liber Amicarum für Alexandra RUMO-JUNGO, Zurich 2014, p. 261 ss.
- MEIER Philippe / STETTLER Martin, Droit de la filiation, 5<sup>ème</sup> éd., Genève/Zurich 2014, not. N 459-541, p. 869-887.
- NEYRAND Gérard / ZAUCHE GAUDRON Chantal (éd.), Le livre blanc de la résidence alternée – Penser la complexité, Paris 2014.
- OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE (OFJ), Les notions de « garde », de « prise en charge » et de « lieu de résidence », notice juin 2012, à l'intention de la CAJ-N (11.070 n CC. Autorité parentale).
- PAPPAUX VAN DELDEN Marie-Laure, Autorité parentale conjointe : une réforme critiquée, plaidoyer 5/14, p. 32 ss.
- PASQUIER Suzanne, « L'autorité parentale conjointe est trop systématique », plaidoyer 5/15, p. 13 ss.
- REUSSER Ruth / GEISER Thomas, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, Ungereimheiten im Gesetzesentwurf für eine Neuregelung, RJB 2012, p. 758 ss.
- SALZGEBER Joseph, Die Diskussion um die Einführung des Wechselmodells als Regelfall der Kindesbetreuung getrennt lebender Eltern aus Sicht der Psychologie, FamRZ 2015, p. 2018 ss.
- SALZGEBER Joseph / SCHREINER Joachim, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, p. 66 ss.
- SCHWENZER Ingeborg / BÜCHLER Andrea / COTTIER Michelle, Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, Podiumsdiskussion, FamPra.ch 2012, p. 627 ss.

- SCHWENZER Ingeborg / COTTIER Michelle, art. 296 – 306 CC, *in* HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Thomas (éd.), *Commentaire bâlois ZGB I*, 5<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014 (cité : BSK ZGB I-SCHWENZER/COTTIER).
- SOSSON Johanne, *Le projet de réforme du Code civil suisse concernant l'autorité parentale conjointe sous l'éclairage des droits français et belge*, *FamPra.ch* 2013, p. 410 ss.
- SPYCHER Annette, *Kindesunterhalt : Grundlagen und Herausforderungen*, *FamPra.ch* 2016, p. 1 ss.
- SPIRA Vincent, *L'avocat face à l'autorité parentale conjointe*, *Revue de l'avocat* 4/2015, p. 156 ss.
- STECK Daniel, *Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge*, *Jusletter* 12 octobre 2015.
- STEINAUER Paul-Henri, *A propos des révisions du Code civil*, *in* BELSER Eva Maria / WALDMANN Bernhard (éd.), *Mehr oder weniger Staat ?*, *Mélanges Peter HÄNNI*, Berne 2015, p. 121 ss.
- SÜNDERHAUF Hildegund / WIDRIG Martin, *Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut*, *PJA* 2014, p. 885 ss.
- WIDRIG Martin, *Elterliche Sorge – ein Grundrecht ?*, *Jusletter* 23 juillet 2012.
- WOLF Stefan / SCHMUKI Deborah, *Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern in der Schweiz, Deutschland und Österreich*, *in* KUNZ Peter V. / WEBER Jonas / LIENHARD Andreas / FARGNOLI Iole / KREN KOSTKIEWICZ Jolanta (éd.), *Berner Gedanken zum Recht, Festgabe der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern für den Schweizerischen Juristentag 2014*, Berne 2014, p. 155 ss.
- ZIÖRJEN Ruth, *Das Kind lebt zur Hälfte beim Vater : Wie wird die Sozialhilfe berechnet ?*, *ZESO* 2/2014, p. 10.

