

Rapport
relatif à la révision
du code civil (autorité parentale)
et du code pénal (art. 220)

Janvier 2009

Condensé

Selon le droit actuel, en cas de divorce, l'autorité parentale est attribuée à la mère ou au père. Mais, sur requête conjointe des père et mère, le juge maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et qu'ils soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci. Si les parents ne sont pas mariés ensemble, l'autorité parentale appartient à la mère. Ils peuvent eux aussi requérir l'autorité parentale conjointe aux mêmes conditions que les parents divorcés.

Depuis plusieurs années, cette réglementation fait l'objet de critiques émanant aussi bien du monde politique, que de la doctrine et des associations de pères. En particulier, elle ne prend pas suffisamment en compte l'intérêt de l'enfant qui, pour se développer harmonieusement, a besoin de ses deux parents. Elle crée en outre une inégalité de traitement entre les père et mère. En cas de divorce, l'un des parents, le plus souvent le père, perd son rôle d'éducateur et de représentant de l'enfant. Il est fréquemment relégué au rang de visiteur et de payeur. La possibilité de demander l'autorité parentale conjointe – qui devait permettre de remédier à cette situation insatisfaisante – a montré ses limites. En effet, la condition d'une requête commune des parents a pour conséquence qu'il n'est pas rare que l'un d'eux fasse dépendre son consentement de l'obtention d'avantages ou le refuse sans motifs, ce qui revient à un quasi droit de veto. Or, à défaut d'accord des parents, l'autorité parentale conjointe ne peut pas être imposée. Il faut encore noter que le nombre de parents qui choisissent l'autorité parentale conjointe va croissant. Enfin, le droit suisse est en retrait de l'évolution à laquelle on assiste en Europe. La majorité des Etats européens prévoit comme règle le maintien de l'autorité parentale conjointe après divorce.

L'instauration de l'autorité parentale conjointe comme principe, tant pour les parents divorcés que pour les parents non mariés, apparaît dès lors comme évidente.

A cet effet, l'avant-projet de révision du code civil fixe les principes suivants:

A. Parents divorcés

Il maintient de plein droit l'autorité parentale conjointe après divorce. Pour en assurer le bon fonctionnement, il prescrit que les parents doivent soumettre au juge leurs conclusions relatives à la prise en charge de l'enfant et à la répartition des frais d'entretien. Le juge peut toutefois, d'office ou sur requête de l'un des parents ou des deux, attribuer l'autorité parentale au père ou à la mère. La décision doit être prise en considération de l'intérêt de l'enfant.

B. Parents non mariés

Pour les parents qui ne sont pas mariés ensemble, l'avant-projet prévoit des solutions différentes suivant que la filiation paternelle est établie par reconnaissance ou par un jugement de paternité.

En cas de reconnaissance, l'autorité parentale est octroyée de plein droit aux deux parents. Ils ne sont pas tenus de fixer dans une convention les modalités de la prise en charge de l'enfant ni leur contribution d'entretien. Ils en conviennent entre eux. En cas de désaccord, ils peuvent s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant. L'autorité parentale peut être attribuée au père ou à la mère sur leur demande commune ou sur requête de l'un d'eux. A défaut de reconnaissance, l'autorité parentale appartient à la mère.

Si la filiation paternelle résulte d'une action en paternité, l'autorité parentale appartient à la mère. Mais le père peut demander au juge qui connaît de cette action l'attribution de l'autorité parentale conjointe avec la mère, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant.

L'avant-projet de révision du code pénal modifie l'art. 220 dudit code. Désormais, sera également punissable celui qui refusera de confier un mineur au détenteur du droit de visite.

1 Présentation de l'objet

1.1 Historique

En 1976 déjà

Le principe d'une autorité parentale conjointe fait son chemin depuis une trentaine d'années. En 1976 déjà, dans le cadre de la révision du droit de la filiation, le Conseiller national Condrau avait proposé de donner au juge la possibilité de laisser l'autorité parentale aux deux époux après divorce¹. Le législateur avait rejeté – sans grande discussion – la proposition par crainte que cette solution ne donne lieu à trop de conflits relatifs à la garde et aux relations personnelles. Ensuite, en 1983, le Conseil fédéral s'était déclaré prêt, en réponse au postulat Mascarin (83.346), à étudier la possibilité d'instaurer l'autorité parentale conjointe après divorce. Dès 1988, quelques juges de première instance ont accordé l'autorité parentale conjointe à des parents divorcés. Ces décisions ont été cassées par le Tribunal fédéral qui a rappelé que cela était interdit par le droit suisse et qu'il appartenait au législateur et non aux juges d'instaurer l'autorité parentale conjointe.

Depuis 2000: autorité parentale conjointe sur requête commune

C'est lors de la révision du droit du divorce et de la filiation², entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, que la question de l'instauration de l'autorité parentale conjointe après divorce s'est reposée. Lors de la procédure de consultation, les prises de position étaient en majorité positives. Le législateur a néanmoins décidé de ne pas fixer l'autorité parentale conjointe comme principe, estimant qu'elle ne correspondait pas à la réalité suisse. Il a cependant ouvert une brèche, en donnant la possibilité de maintenir l'exercice de l'autorité parentale conjointe des parents divorcés à certaines conditions. Par ailleurs, il a accordé la possibilité de l'autorité parentale conjointe aux parents non mariés. Il aurait été en effet contradictoire de ne pas la leur accorder, alors qu'il la donnait aux parents divorcés. Le législateur a considéré que la décision personnelle de ne pas se marier ne doit pas avoir d'influence négative sur l'enfant.

Depuis 2004: nombreuses demandes pour instaurer l'autorité parentale conjointe comme principe

La question d'instaurer l'autorité parentale conjointe comme règle a gagné en actualité à partir de 2004 avec le dépôt de plusieurs interventions parlementaires, la parution de nombreuses études et les actions des organisations de défense des intérêts des pères. Ces différentes démarches ont amené à l'élaboration du présent avant-projet de révision du code civil (AP CC).

¹ BO 1975 N 1777

² Message du Conseil fédéral du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF 1996 I 1 ss.

1.2 Droit en vigueur

1.2.1 Principes

Octroi de l'autorité parentale à un seul parent en cas de divorce

Maintien de l'autorité parentale conjointe sur requête commune des parents

Le nouveau droit du divorce n'a pas remis fondamentalement en question le système de l'autorité parentale. Le législateur a maintenu le principe de l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent (cf. art. 133, al. 1, code civil [CC]³). Toutefois, sur requête conjointe des père et mère, le juge maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et que les parents soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci (cf. art. 133, al. 3, CC).

Autorité parentale attribuée à la mère si les parents ne sont pas mariés ensemble

Autorité parentale conjointe sur requête commune des parents

Si la mère n'est pas mariée avec le père, la règle est que l'autorité parentale appartient à la mère (cf. art. 298, al. 1, CC). Mais sur requête conjointe des père et mère, l'autorité tutélaire peut attribuer l'autorité parentale conjointement aux deux parents (cf. art. 298a, al. 1, CC). Le législateur n'a pas voulu subordonner l'octroi de l'autorité parentale conjointe au fait que les parents vivent ensemble pour éviter toute discrimination injustifiée.

1.2.2 Critiques

Intérêt de l'enfant insuffisamment pris en compte

Inégalité de traitement entre les père et mère

Dans un divorce, il est important de préserver l'enfant. Les spécialistes de l'enfance affirment qu'il a besoin pour se développer harmonieusement de garder, dans la mesure du possible, des liens étroits avec ses deux parents. Le meilleur moyen d'y parvenir est de maintenir le couple parental même si le couple conjugal n'existe plus. Ceci ne peut être réalisé qu'en maintenant l'autorité parentale conjointe. Or, la règle actuelle consistant à attribuer l'autorité parentale exclusivement à l'un des parents rompt le couple parental. En effet, il ressort de l'étude du Fonds national: Les enfants et le divorce – Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales⁴ (étude PNR 52) que sur les 2'112 couples divorcés interrogés, l'autorité parentale a été attribuée exclusivement à la mère dans 61,5% des cas, alors qu'elle a été accordée au père dans seulement 3% des cas; dans 35,5% des cas, l'autorité parentale conjointe a été maintenue. Ces chiffres sont corroborés par ceux de l'Office fédéral de la statistique:

³ RS 210

⁴ Etude menée par les Professeurs Andrea Büchler (Zurich) et Heidi Simoni (Zurich); voir ch. 1.3.4 ci-après; adresse internet: http://www.nfp52.ch/f_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33

Attribution de l'autorité parentale de 2000 à 2007

Année	A la mère	Au père	Aux deux parents
2000	6 373	523	1 189
2001	8 569	682	2 861
2002	8 463	826	3 379
2003	8 744	734	3 319
2004	8 926	738	3 998
2005	10 898	935	4 487
2006	10 450	966	4 678
2007	8 846	745	4 981

Le parent auquel on retire l'autorité parentale, le plus souvent le père, perd son rôle de représentant et d'éducateur de l'enfant. Il se sent relégué au rang de visiteur et de payeur⁵. Cela est nuisible au parent qui s'éloigne ainsi de son enfant et se désresponsabilise envers celui-ci; mais c'est encore plus dommageable pour l'enfant dont le développement peut en être gravement et durablement compromis⁶. En outre, le fait que l'autorité parentale est octroyée le plus souvent à la mère donne une position forte à celle-ci pour "négocier" son accord à l'autorité parentale conjointe, étant donné qu'elle peut faire dépendre cet accord de l'obtention d'avantages sur d'autres points; elle peut par exemple demander une pension alimentaire plus élevée contre son accord à une autorité parentale conjointe. Par ailleurs, elle peut refuser son accord sans motifs. Et à défaut d'un accord, l'autorité parentale conjointe ne peut pas être imposée. Cette situation est néfaste pour l'enfant. L'autorité parentale conjointe telle qu'elle est réglée actuellement ne constitue donc pas une bonne alternative⁷.

Le maintien de l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents comme règle (cf. art. 133, al. 1, CC) a été critiqué avant même l'entrée en vigueur de la révision du droit du divorce en l'an 2000⁸. Les critiques n'ont pas diminué depuis. Au

⁵ Martin Stettler, Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce, *in*: Pichonnaz/Rumo-Jungo (édit.), *Enfant et divorce*, Genève/Zurich/Bâle 2006.

⁶ BO 2005 N 1498

⁷ BO 2005 N 1500

⁸ Martin Stettler, Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce, *in*: Pichonnaz/Rumo-Jungo (édit.), *Enfant et divorce*, Genève/Zurich/Bâle 2006. Selon Dominique Manaï, *Les enfants du divorce entre la déficience du couple conjugal et la survivance du couple parental*, *in*: Bodenmann Guy/Perrez Meinrad (édit.), *Le divorce et ses conséquences*, *Freiburger Beiträge zur Familienforschung*, Berne 1996, p. 212: "Il eût été préférable de renverser la norme et d'établir la règle de l'autorité parentale conjointe comme principe. Elle permet à la relation parentale de survivre de toutes les façons quand bien même le couple conjugal est rompu. La responsabilité parentale qui découle de l'autorité conjointe se serait trouvée consacrée par la loi comme modèle de référence, conciliant les deux registres de la pérennité de la famille et de l'autonomie de l'individu. Ce renversement de la norme répond au souci de cohérence, dans la mesure où il respecte à la fois le vœu de la permanence de la structure familiale bicéphale (un père et une mère) en dépit de la séparation et les aléas du cheminement de la liberté des adultes."

contraire. Des voix de plus en plus nombreuses, provenant tant de la politique, de la doctrine et des associations de pères, demandent de réviser la loi et de prévoir comme règle l'autorité parentale conjointe.

Solution inadaptée à l'évolution des mentalités

Toujours plus de parents choisissent l'autorité parentale conjointe. Pour l'ensemble de la Suisse, en 2000, 1189 enfants, soit 15% des enfants mineurs dont les parents ont divorcé, sont restés sous autorité parentale conjointe. En 2007, ce nombre a passé à 4981, soit un taux de 34%. Le maintien de l'autorité parentale conjointe est plus fréquent dans les cantons latins (42% en 2007) que dans les cantons alémaniques (30% en 2007)⁹. Sur la base des expériences faites à l'étranger, il n'est pas interdit de penser que ces chiffres pourraient être plus élevés si la réglementation actuelle de l'autorité parentale conjointe ne donnait pas un quasi droit de veto à la mère.

L'étude PNR 52 montre que la grande majorité des pères qui ont perdu l'autorité parentale après le divorce souhaitent en être réinvestis¹⁰.

En retrait par rapport au droit étranger

Le droit suisse est en retrait de l'évolution à laquelle on assiste en Europe. La grande majorité des Etats européens prévoient en effet le maintien de l'autorité parentale conjointe après divorce (ch. 1.4.1 ci-après). Un alignement sur les législations étrangères est donc souhaitable. Par ailleurs, la Suisse a toujours veillé à ce que son droit de la filiation soit en phase avec son temps.

1.3 Genèse de l'avant-projet de révision du code civil

1.3.1 Postulat Wehrli

Le postulat *Wehrli* (04.3250 – Tâches parentales. Egalité de traitement) du 7 mai 2004 charge le Conseil fédéral d'examiner comment il serait possible de promouvoir l'autorité parentale conjointe dans les cas où les parents ne sont pas mariés ensemble ou ne le sont plus et de déterminer s'il serait possible de faire de l'autorité parentale conjointe la règle. Le postulat a été adopté par le Conseil national le 7 octobre 2005 par une forte majorité (136 voix contre 44)¹¹.

Le postulat fait valoir que le droit actuel, en exigeant une requête commune des parents divorcés ou qui ne sont pas mariés ensemble pour pouvoir exercer conjointement l'autorité parentale, a pour effet qu'un homme n'a aucune chance de partager l'autorité parentale et d'assumer la responsabilité de l'éducation des enfants si la femme s'y oppose et qu'une telle situation fait augmenter le risque d'une rupture des relations, au détriment de l'enfant.

Le présent avant-projet tient pleinement compte du postulat.

⁹ Office fédéral de la statistique, Section Démographie et migration, Divorce: attribution de l'autorité parentale sur les enfants mineurs.

¹⁰ Adresse internet:
http://www.nfp52.ch/f_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33

¹¹ BO 2005 N 1502

1.3.2

Motion Commission des affaires juridiques du Conseil national

La motion *Commission des affaires juridiques du Conseil national* (05.3713 – Droit du divorce. Révision des dispositions relatives à la compensation de la prévoyance et aux questions qui touchent les enfants) du 10 novembre 2005 charge le Conseil fédéral d'examiner la nécessité de procéder à des révisions législatives dans le domaine des questions qui touchent les enfants et de faire les propositions adéquates au Parlement. Le Conseil fédéral doit tenir compte des résultats du sondage portant sur l'application du droit du divorce, effectué auprès des juges, des avocats et des médiateurs (Office fédéral de la justice, mai 2005). La motion a été adoptée par le Conseil national le 15 mars 2006 et par le Conseil des Etats le 19 décembre 2006.

1.3.3

Sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs (mai 2005)

Le postulat Jutzet du 13 décembre 2000 (00.3681 – Application du nouveau droit du divorce) charge le Conseil fédéral de demander aux praticiens un rapport sur leur expérience dans le domaine du nouveau droit du divorce et, le cas échéant, de se fonder sur les informations recueillies pour mettre en route une révision de la loi. Un questionnaire a été envoyé à 160 tribunaux de 1^{re} et 2^e instance, à 1510 membres de la Fédération suisse des avocats enregistrés comme spécialistes du droit du divorce, ainsi qu'à tous les membres de la Fédération des médiateurs et médiatrices. Au total, 950 personnes ont répondu.

Le sondage ne fait pas état de problèmes liés au principe de l'autorité parentale commune¹². Les personnes interrogées ont toutefois suggéré un certain nombre de solutions pour améliorer la situation et la participation des pères en relation avec l'autorité parentale, à savoir: étendre l'art. 275a CC et octroyer un véritable droit de regard en cas de décisions importantes, en particulier en cas de déménagement à l'étranger; obliger certaines autorités (par ex. scolaires) à informer systématiquement les deux parents; faire une meilleure utilisation de l'art. 292 CP; infliger une amende au parent qui a la garde de l'enfant s'il entrave le droit de visite; améliorer le droit de l'exécution, en particulier par l'introduction d'une sanction pécuniaire; étendre le caractère obligatoire du droit de visite; prévoir des conséquences financières lorsqu'il n'est pas fait usage de ce droit; se montrer plus généreux dans l'octroi du droit de visite; prévoir un conseil ou une médiation, le cas échéant contre le gré des personnes concernées; prévoir plus de crèches; encourager plus le travail à temps partiel.

¹² Rapport consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs, Office fédéral de la justice, mai 2005, ch. 11.

1.3.4

Etude du Fonds national (PNR 52): Les enfants et le divorce – Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales

Le Fonds national a réalisé de fin 2004 à la fin du 1^{er} semestre 2006 une étude¹³ portant sur les enfants et le divorce. Cette étude, dirigée par les professeurs Andrea Büchler et Heidi Simoni a été effectuée auprès de 2112 pères et mères divorcés de Zurich, Bâle-Ville et Bâle-Campagne.

Il en ressort que 86% des parents questionnés se répartissent les tâches parentales selon le modèle traditionnel, indépendamment de l'octroi de l'autorité parentale. S'agissant des parents qui ont l'autorité parentale conjointe, seuls 16% de ceux-ci partagent la responsabilité parentale et la garde des enfants dans la vie quotidienne.

Si l'autorité parentale n'est détenue que par la mère, 75% des pères qui ont un droit de visite souhaitent un changement de l'attribution de l'autorité parentale, contre seulement 10% des mères qui ont la garde de l'enfant. Si les parents ont opté pour l'autorité parentale conjointe avec une répartition traditionnelle des tâches, seuls 9% des pères qui ont le droit de visite, contre 29% des mères qui ont la garde, désirent l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent.

1.4

Droit comparé et rapports avec le droit international

1.4.1

Droit comparé

L'évolution en Europe va dans le sens d'une amélioration de la situation juridique du père, y compris lorsqu'il n'est pas marié avec la mère. De façon générale, les législateurs européens privilégient l'exercice en commun de l'autorité parentale, tant pour les parents divorcés que pour les parents non mariés. Les modalités de cet exercice en commun sont toutefois très différentes selon les pays.

Allemagne

L'exercice en commun de l'autorité parentale par les père et mère est maintenu en cas de divorce. Le droit de garde leur appartient aussi conjointement. Le juge peut mettre fin à l'autorité parentale conjointe dans deux cas de figure: sur requête commune des parents (mais l'enfant âgé de plus de 14 ans peut l'empêcher en signalant son opposition) ou si l'intérêt de l'enfant le commande. Pour éviter des conflits perpétuels entre les parents quant à l'exercice de l'autorité parentale, la loi prévoit un partage des compétences. L'accord des deux parents est ainsi nécessaire pour les décisions présentant une importance considérable pour l'enfant. En revanche, le parent qui a la garde de fait a le droit de prendre seul les décisions qui relèvent de la vie de tous les jours.

Les père et mère non mariés ensemble détiennent l'autorité parentale en commun sur déclaration commune faite avant ou après la naissance devant un notaire ou devant l'Office de la jeunesse. L'attribution de l'autorité parentale conjointe ne dépend pas d'une éventuelle cohabitation des parents. L'autorité qui reçoit la déclaration n'a pas compétence pour en apprécier l'opportunité; elle est tenue de procéder

¹³ Adresse internet:
http://www.nfp52.ch/f_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33

à son enregistrement. Elle n'examine pas non plus le point de savoir si l'autorité parentale conjointe est conforme à l'intérêt de l'enfant. Si les parents n'ont pas fait de déclaration commune, l'autorité parentale revient à la mère seule. Le père a le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant.

Autriche

Les parents conservent l'autorité parentale conjointe après le divorce. Ils doivent décider conventionnellement chez quel parent l'enfant vivra. Ce parent aura le droit de garde. La convention doit être ratifiée par le juge. Si les parents ne font pas de convention ou si elle n'est pas conforme au bien de l'enfant, il appartient au juge d'attribuer le droit de garde à l'un des parents. Si les parents partagent la garde de l'enfant et que l'un d'entre eux souhaite mettre fin à cette garde partagée, le juge confie la garde à l'un des parents en fonction du bien de l'enfant.

Lorsque les parents ne sont pas mariés ensemble, l'autorité parentale revient à la mère. Les parents peuvent toutefois demander l'exercice en commun en cas de cohabitation. Dans le cas où il n'y a pas de cohabitation, les parents peuvent régler conventionnellement soit l'exercice de l'autorité parentale en général, soit le droit de garde et le droit de visite en particulier.

Belgique

En cas de divorce, l'exercice de l'autorité parentale revient conjointement au père et à la mère, qu'ils vivent ou non ensemble, à moins que le juge n'en ait décidé autrement. Les parents doivent s'accorder sur l'organisation de la garde de l'enfant et sur les décisions importantes concernant celui-ci. A défaut d'un tel accord ou s'il est contraire à l'intérêt de l'enfant, le juge peut confier l'autorité parentale exclusivement au père ou à la mère. Le parent déchu de l'autorité parentale a le droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant.

Les parents non mariés exercent ensemble l'autorité parentale, qu'ils cohabitent ou non, si la filiation est établie à leur égard. Le juge peut attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale à un seul des parents comme en cas de divorce.

France

En principe, après le divorce, les père et mère continuent d'exercer en commun l'autorité parentale. Le juge peut toutefois confier l'exercice de l'autorité parentale à un seul des parents si l'intérêt de l'enfant le commande. Le parent qui perd l'autorité parentale a un droit de visite et un droit à l'information sur les choix importants relatifs à la vie de l'enfant.

Lorsque les parents ne sont pas mariés ensemble, le principe est également celui de l'autorité parentale conjointe, qu'ils vivent ensemble ou non. Ce principe est cependant écarté si, la filiation de l'enfant étant déjà établie à l'égard de l'un des parents, l'autre parent n'a pas reconnu l'enfant dans l'année de sa naissance ou que la filiation est judiciairement établie à son égard mais que le tribunal établissant la filiation ne lui accorde pas l'autorité parentale. Dans ces hypothèses, seul le parent dont la filiation est déjà établie est investi de l'autorité parentale. Les père et mère peuvent toutefois convenir, par déclaration conjointe devant le greffier en chef du tribunal de grande instance, d'exercer en commun l'autorité parentale. L'exercice en commun peut également découler d'une décision du juge aux affaires familiales.

Italie

En cas de divorce, les deux parents restent titulaires de l'autorité parentale. Cependant, l'exercice de l'autorité parentale appartient exclusivement au parent qui a la garde de l'enfant. Les décisions qui présentent un intérêt majeur pour l'enfant sont toutefois prises conjointement par les parents. Le parent qui n'exerce pas l'autorité parentale a le droit et le devoir de veiller à l'éducation de l'enfant. Il peut saisir le juge s'il estime que des décisions contraires à l'intérêt de l'enfant sont prises.

Lorsque les parents ne sont pas mariés ensemble mais qu'ils ont tous deux reconnu l'enfant, l'autorité parentale est exercée conjointement par ceux-ci, pour autant qu'ils vivent ensemble. Si tel n'est pas le cas, l'autorité parentale appartient au parent avec lequel l'enfant vit ou, si l'enfant ne vit avec aucun de ses parents, au premier d'entre eux qui l'a reconnu.

Angleterre et Pays de Galles

Les parents qui divorcent conservent l'autorité parentale conjointe. Ils peuvent organiser eux-mêmes la garde de l'enfant et les relations de celui-ci avec chacun d'eux. Le parent chez lequel réside l'enfant prend les décisions courantes de la vie quotidienne, tandis que les décisions plus importantes continuent d'être prises par entente commune des parents. Le tribunal ne tranche la question de la garde en général, ou des questions spécifiques de la vie de l'enfant, que si les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord ou si la solution qu'ils ont adoptée compromet le bien de l'enfant.

Lorsque les parents ne sont pas mariés ensemble, le père peut obtenir l'autorité parentale conjointe avec la mère, peu importe qu'ils vivent ensemble ou non, s'ils concluent un accord en ce sens et le signent en présence d'un juge de paix ou d'un greffier judiciaire qui certifie les signatures des parents. L'accord est ensuite déposé au greffe principal de la Haute Cour à Londres où il peut être porté à la connaissance du public. Le père peut également demander l'attribution de l'autorité parentale par ordre d'un tribunal, qui l'attribuera en l'absence de bonnes raisons de croire que cela nuirait au bien de l'enfant.

Danemark

En cas de divorce, les parents peuvent conclure une convention selon laquelle ils continuent d'exercer en commun l'autorité parentale. Cette convention peut être rédigée en utilisant le formulaire préparé par l'autorité publique compétente, mais n'a pas besoin d'être enregistrée par cette dernière pour avoir force obligatoire. Si les circonstances changent d'une façon significative par la suite, cette autorité a toutefois le pouvoir de modifier la convention.

Une nouvelle loi, entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2007, souligne l'importance de la coopération des parents dans l'intérêt et pour le bien de l'enfant. L'autorité parentale conjointe suppose que les parents sont d'accord sur toutes les questions importantes se rapportant à l'enfant, y compris le choix du lieu de résidence. S'ils ne peuvent pas s'entendre sur une autre question, l'autorité compétente organise un entretien avec eux et, en dernier ressort, prend elle-même une décision.

Lorsque les parents ne sont pas mariés ensemble, l'autorité parentale appartient à la mère seule dans les cas suivants: cela a été convenu entre les parents; l'autorité compétente ou le tribunal en a décidé de la sorte; le père n'a pas reconnu l'enfant; le

père n'habite pas avec l'enfant et la mère de celui-ci depuis dix mois. Dans tous les autres cas, l'autorité parentale appartient en principe aux deux parents.

Le déménagement, à l'étranger ou à l'intérieur du pays, d'un parent, titulaire de l'autorité parentale ou non, doit être signalé six semaines à l'avance à l'autre parent, afin que la question de l'autorité parentale puisse être réexaminée dans l'intérêt de l'enfant.

Si l'enfant ne réside qu'avec l'un de ses parents, il a toujours le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'autre parent. Le parent qui n'est pas détenteur de l'autorité parentale a néanmoins le droit d'être informé et de participer à la vie sociale de l'enfant.

1.4.2 Rapport avec le droit international

1.4.2.1 Conseil de l'Europe

Convention européenne des Droits de l'Homme

La législation et la jurisprudence des Etats membres de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH) prévoient de plus en plus la possibilité de l'autorité parentale conjointe. Toutefois, à l'heure actuelle, on ne saurait déduire de l'art. 8 CEDH, qui protège la vie privée et familiale, une obligation des Etats en ce sens¹⁴.

Le présent AP CC attribue d'office l'autorité parentale aux deux parents. En conséquence, il y a lieu de se demander s'il est susceptible de conduire à une violation du droit des enfants à la protection de leur vie privée et familiale dans les cas où leurs intérêts commanderaient l'attribution à un seul parent. Les dispositions prévues selon lesquelles les autorités peuvent attribuer l'autorité à un seul parent offrent toutefois suffisamment de garanties à cet égard.

Le présent AP CC ne pose ainsi aucun problème au regard des obligations de la Suisse en matière de protection internationale des droits de l'Homme.

Autres instruments

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 28 février 1984 une recommandation sur les responsabilités parentales¹⁵. Elle fixe les principes suivants:

En cas de divorce, les responsabilités parentales sont réparties entre les deux parents ou exercées conjointement s'ils le souhaitent.

Lorsque l'enfant naît hors mariage et que la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un parent, les responsabilités parentales appartiennent à celui-ci. Lorsque la filiation est établie à l'égard des deux parents, les Etats membres peuvent prévoir que les responsabilités parentales sont exercées 1) par la mère seule, 2) par le père seul, lorsqu'une décision a été prise par une autorité compétente ou qu'un accord a été conclu entre les deux parents, 3) selon une répartition entre les deux parents opérée par une

¹⁴ Cf. décision du 15 mars 1984 de l'ancienne commission dans la cause B, R et J contre l'Allemagne, D.R. 36, p. 138 ss, et Christoph Grabenwarter, Convention européenne des Droits de l'Homme, 3^e éd., Munich Bâle Vienne 2008, p. 213. En partie d'un autre avis: Felix Schöbi, Stiefkindadoption und Konkubinat, recht 2008, p. 99 ss (p. 105 s.).

¹⁵ Recommandation (84) 4

autorité compétente ou 4) conjointement par les deux parents s'ils vivent ensemble ou si un accord a été conclu entre eux.

Dans tous les cas, l'obligation d'entretien envers l'enfant incombe aux deux parents. Le parent chez lequel l'enfant ne réside pas doit avoir la possibilité de maintenir des relations personnelles avec l'enfant, sauf si ces relations nuisent sérieusement aux intérêts de celui-ci.

Lorsque les responsabilités parentales sont exercées conjointement par les deux parents, toute décision affectant les intérêts de l'enfant doit être prise d'un commun accord. S'il y a désaccord, l'autorité compétente saisie par l'un des parents doit, dans la mesure où l'intérêt de l'enfant l'exige, s'efforcer de concilier les parents et, si cette tentative n'aboutit pas, prendre toute décision appropriée.

Lorsque les responsabilités parentales sont exercées conjointement par les deux parents et que l'un d'eux décède, ces responsabilités appartiennent exclusivement au parent survivant. Si c'est le parent qui exerce seul les responsabilités parentales qui décède, celles-ci devraient être exercées par le parent survivant, à moins que l'intérêt de l'enfant n'exige d'autres mesures.

Le présent AP CC est en accord avec la recommandation.

1.4.2.2 Droit de l'Union européenne

Le droit de l'Union européenne (UE) ne régit pas l'attribution de l'autorité parentale. Les juridictions nationales demeurent compétentes pour statuer sur la responsabilité parentale dans l'Etat membre où l'enfant réside. L'Union européenne a néanmoins voulu créer un environnement juridique sûr pour les enfants en garantissant la libre circulation des décisions judiciaires en matière de responsabilité parentale à l'intérieur de l'UE. Le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000¹⁶ détermine dans quel Etat membre les juridictions sont compétentes pour statuer sur le divorce et sur la responsabilité parentale et comment une décision en matière de responsabilité parentale est reconnue et exécutée dans un autre Etat membre.

Par ailleurs, le droit de l'enfant d'être entendu est un droit fondamental inscrit à l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁷. L'opinion de l'enfant doit être prise en considération pour les sujets qui le concernent en fonction de son âge et de sa maturité.

1.4.2.3 Nations Unies (ONU)

La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant¹⁸, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, prévoit que les Etats parties doivent respecter le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des

¹⁶ JO L 338 du 23.12.2003, p. 1.

¹⁷ JO C 303 du 14.12.2007, p. 1.

¹⁸ RS 0.107

relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 9, ch. 3). La convention donne à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, ses opinions étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité (art. 12). Le présent AP CC respecte la convention.

1.5 Nouvelle réglementation proposée

Après divorce: maintien de plein droit de l'autorité parentale conjointe

Le présent AP CC instaure le principe du maintien de plein droit de l'autorité parentale conjointe après divorce. Pour en assurer, autant que faire se peut, le bon fonctionnement, il oblige les parents à soumettre au juge leurs conclusions sur la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien.

Toutefois, le juge du divorce peut retirer d'office ou sur requête de l'un des parents l'autorité parentale au père ou à la mère si des éléments sont de nature à l'amener à penser que l'exercice conjoint de l'autorité parentale ne sera pas dans l'intérêt de l'enfant. Il peut aussi attribuer l'autorité parentale à un seul des parents si les deux parents en font la requête commune. La décision doit être dictée par l'intérêt de l'enfant.

Parents non mariés: autorité parentale conjointe de plein droit en cas de reconnaissance et autorité parentale à la mère en cas de jugement de paternité

Pour les parents qui ne sont pas mariés ensemble, le présent AP CC prévoit des solutions différentes suivant que la filiation paternelle est établie par une reconnaissance ou par un jugement de paternité.

En cas de *reconnaissance*, l'autorité parentale est octroyée de plein droit aux deux parents. Ils ne sont pas tenus de fixer dans une convention les modalités de la prise en charge de l'enfant ni leur contribution d'entretien. Ils en conviennent entre eux. En cas de désaccord, ils peuvent s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant. La compatibilité de l'autorité parentale conjointe avec le bien de l'enfant n'est pas examinée d'office; elle le sera dans le cadre d'une éventuelle attribution de l'autorité parentale à un seul des parents. Il est en effet possible d'attribuer l'autorité parentale exclusivement au père ou à la mère si les parents en font la requête commune ou sur demande de l'un des parents. La décision doit être prise en fonction de l'intérêt de l'enfant. A défaut de reconnaissance, l'autorité parentale appartient de plein droit à la mère.

Si la filiation paternelle résulte d'une *action en paternité*, l'autorité parentale appartient de plein droit à la mère. Le père a cependant le droit de demander au juge qui connaît de l'action l'attribution de l'exercice de l'autorité parentale en commun avec la mère, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant.

1.6

Bien-fondé de la solution proposée¹⁹

Bien de l'enfant favorisé par le maintien du couple parental; mise à égalité des père et mère

L'attribution de l'autorité parentale à un seul parent déchoit sans motif l'autre parent de son autorité parentale. L'autorité parentale conjointe maintient le couple parental malgré le divorce et met à égalité les père et mère. Le rôle de chaque parent est ainsi reconnu. Ils partagent la même responsabilité quant à l'éducation de l'enfant. Par ailleurs, l'autorité parentale conjointe peut éviter une rupture entre l'enfant et l'un de ses parents, qui est fréquente en cas d'autorité parentale attribuée à un seul parent. Comme l'autorité parentale est attribuée le plus souvent à la mère (voir ch. 1.2.2), la rupture intervient entre l'enfant et son père. Or, l'importance de ce dernier dans le développement de l'enfant est généralement admise. Cette place est aussi largement revendiquée par les pères. Ils sont en effet de plus en plus nombreux - en particulier dans la jeune génération - à vouloir garder l'autorité parentale. L'étude PNR 52 le démontre: dans les cas où l'autorité parentale est octroyée exclusivement à la mère, 75% des pères désirent l'autorité parentale conjointe; dans les cas où l'autorité parentale conjointe a été maintenue après le divorce, 91% des pères sont satisfaits de la solution, alors que 29% des mères souhaitent avoir l'exercice exclusif de l'autorité parentale.

Par ailleurs, selon le rapport de l'Office fédéral de la justice de mai 2005 consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs²⁰, l'autorité parentale commune se révèle relativement stable. 26% des personnes qui se sont prononcées sur cette question ont estimé entre 1 et 10% le pourcentage de cas dans lesquels une nouvelle réglementation s'est avérée nécessaire.

Réduction des effets du divorce sur l'enfant

Le divorce constitue dans la plupart des cas une épreuve douloureuse pour l'enfant. Sa vie familiale éclate. L'un de ses parents – souvent le père – quitte le foyer familial. Avec l'attribution de l'autorité parentale à un seul des parents, ce n'est pas seulement le couple conjugal qui se sépare, mais aussi le couple parental. On sait que le risque de rupture entre l'enfant et le parent déchu de l'autorité parentale est grand.

Par contre, avec l'autorité parentale conjointe, les parents continuent, comme pendant le mariage, de prendre ensemble les décisions concernant l'enfant. Ainsi, des liens étroits et une relation équilibrée sont maintenus entre l'enfant et ses deux parents. Par ailleurs, l'enfant garde une certaine stabilité. Les effets douloureux du divorce peuvent en être sensiblement diminués. L'enfant ne se trouve pas dans un conflit de loyauté entre ses deux parents.

¹⁹ Une étude en particulier fait actuellement référence en matière d'autorité parentale conjointe. Il s'agit de celle effectuée en Allemagne par le professeur Roland Proksch: *Rechtstatsächliche Untersuchung zur Reform des Kindschaftsrechts*, éd. Bundesanzeiger, Cologne 2002. Les arguments de Proksch sont d'ailleurs repris à l'appui du postulat Wehrli.

²⁰ Ch. 11.3

Meilleure communication et coopération entre parents au sujet de l'enfant

Il a aussi été constaté que les parents qui partagent l'autorité parentale communiquent plus et mieux que lorsque l'autorité parentale est attribuée exclusivement à un parent. Leurs relations sont plus constructives.

Motivation des parents à établir leurs propres règles et diminution des conflits

Les parents trouvent des solutions qui leur sont propres pour l'organisation de la vie de leur enfant, qui sont donc à leur convenance, ce qui entraîne ainsi moins de conflits entre eux. Cette meilleure relation entre les parents profite naturellement à leur enfant.

Meilleure exécution de l'obligation d'entretien

L'obligation d'entretien est mieux respectée en cas d'autorité parentale conjointe: dans 76,6% des cas d'autorité parentale conjointe contre seulement dans 58,1% des cas d'autorité parentale exclusive²¹. On explique cela par le fait que le maintien de l'autorité parentale conjointe représente pour chaque parent la reconnaissance légale et sociale de sa fonction de parent et contribue ainsi à renforcer son sentiment de responsabilité envers l'enfant²². Il ne se sent plus seulement le "payeur".

Ces constatations valent *mutatis mutandis* pour l'autorité parentale conjointe des parents qui ne sont pas mariés ensemble.

1.7 Critiques relatives à l'autorité parentale conjointe

Malgré tous ses aspects positifs, l'autorité parentale conjointe ne doit pas être idéalisée. Elle ne permet pas de résoudre tous les problèmes et elle fait l'objet de certaines critiques²³.

Conflits entre les parents

L'autorité parentale conjointe attribuée de plein droit est imposée, parfois contre la volonté de l'un des parents, le plus souvent la mère. Les parents devront prendre des décisions concernant l'enfant, s'accorder sur l'attribution de la garde de fait ou sur la fixation des charges d'entretien de l'enfant. D'aucuns craignent que des conflits surgissent à chaque occasion. Mais les cas où l'autorité parentale conjointe ne pourrait probablement pas fonctionner ne devraient concerner qu'environ 20 à 25% des divorces²⁴. Par ailleurs, on ne peut pas dire qu'un modèle d'autorité parentale entraîne moins de conflits qu'un autre²⁵.

²¹ Proksch, op. cit., p. 406.

²² Philippe Gardaz, L'autorité parentale après divorce, in: C. Paquier/J. Jaquier (édit.), Le nouveau droit du divorce, Travaux de la Journée d'étude organisée le 8 septembre 1999 à l'Université de Lausanne, Lausanne 2000 (CEDIDAC 41), p. 189.

²³ Pour des informations détaillées, cf. l'étude de Kerima Kostka, Im Interesse des Kindes?, Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Grossbritannien und den USA, Frankfurt-sur-le Main 2004 et Linus Cantieni, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung – eine empirische Untersuchung –, thèse, Berne 2007.

²⁴ L. Staub/H. Hausheer/W. Felder, Gemeinsame elterliche Sorge – eine psychologische Betrachtungsweise, Revue de la société des juristes bernois 2006, p. 537 ss (p. 550 s.).

²⁵ Kerima Kostka, op. cit., p. 423 et 347.

Des droits pour le père, des soucis pour la mère

D'autres font valoir que même lorsque les parents ont opté pour l'autorité parentale conjointe, le père ne consacre que peu d'heures par semaine à son enfant. Deux ans après le divorce, la moitié des pères n'ont plus de contact avec leur enfant²⁶. La conception idéale que l'on se fait de l'égalité entre père et mère et de l'autorité parentale conjointe ne concerne en réalité qu'une minorité de parents. Beaucoup d'hommes ne veulent pas partager les tâches, mais seulement prendre part à la décision²⁷.

Augmentation des procédures en vue de l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents

Enfin, certains estiment que faire de l'autorité parentale conjointe la règle pourrait entraîner une augmentation des procédures intentées par l'un des parents pour obtenir l'autorité parentale exclusive en cas, par exemple, de déménagement ou de remariage de l'autre parent²⁸.

1.8 Autres questions relatives aux enfants

Le présent AP CC examine également d'autres questions concernant les enfants et évalue la nécessité d'une éventuelle intervention du législateur.

Droit de visite

Selon la réglementation actuelle, 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 (cf. art. 273, al. 1, CC). Si les père et mère violent leurs obligations, le droit d'entretenir ces relations peut leur être refusé ou retiré (cf. art. 274, al. 2, CC).

Le problème qui se pose assez souvent dans la pratique est que le parent qui a la garde de l'enfant empêche ou rend difficile l'exercice du droit de visite de l'autre parent, bien que ce droit soit réglé dans un jugement. Le parent qui agit de la sorte n'encourt aucune sanction, alors que celui qui ne remet pas l'enfant au détenteur de l'autorité parentale à l'issue de l'exercice du droit de visite est punissable pénalement (cf. art. 220 CP). Il existe là une inégalité de traitement manifeste. Pour y remédier, le présent avant-projet de révision du code pénal (AP CP) prévoit de sanctionner le parent qui refuse de confier l'enfant au titulaire du droit de visite (voir ch. 2.3.1).

Il n'est pas nécessaire de prévoir d'autres mesures. Le droit actuel donne à l'autorité tutélaire la possibilité d'agir pour que le droit de visite puisse être exercé (cf. art. 273 et 274 CC). Elle peut notamment intervenir auprès du parent qui s'oppose à l'exécution du droit de visite pour tenter de le convaincre de respecter son obligation. Et si, comme cela arrive fréquemment ces dernières années, ce parent refuse de confier l'enfant au motif qu'il serait abusé sexuellement par l'autre parent, elle peut suspendre le droit de visite ou ordonner un droit de visite surveillé jusqu'à ce que l'enquête ait permis d'établir les faits.

²⁶ BO 2005 N 1495 et ss

²⁷ BO 2005 N 1496

²⁸ BO 2005 N 1497

La solution consistant à faire pression sur le parent qui ne respecte pas le droit de visite de l'autre parent au moyen de la suppression ou de la réduction de la contribution d'entretien n'a pas été retenue, car elle porte avant tout atteinte au bien de l'enfant.

Il arrive aussi que ce soit le parent détenteur du droit de visite qui n'exerce pas ce droit. Pour divers motifs, la présente révision renonce à sanctionner pénalement ce comportement. Le droit pénal ne doit intervenir que comme *ultima ratio*. Or, le droit civil prévoit déjà la possibilité d'une intervention de l'autorité tutélaire sur la base de l'art. 273 CC. Par ailleurs, vouloir inciter un parent à exercer son droit de visite sous la menace d'une sanction pénale serait contraire au bien de l'enfant. Une sanction civile telle qu'une augmentation de la contribution d'entretien est à rejeter pour la même raison. En ce qui concerne les désagréments subis par le parent détenteur de l'autorité parentale suite au non-exercice du droit de visite (frais de garde ou d'un camp de vacances), celui-ci peut demander réparation.

Audition des enfants

Selon le droit actuel, lors d'un divorce, le juge ou un tiers nommé à cet effet doit entendre les enfants personnellement, de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition (cf. art. 144, al. 2, CC). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un enfant peut en principe être entendu à partir de l'âge de sept ans (ATF 131 III 553).

Dans la pratique, l'art. 144, al. 2, CC est appliqué de manière très différenciée, parfois au sein d'un même tribunal. De façon générale, les tribunaux ne conçoivent l'audition comme obligation que dans les cas problématiques. S'il n'existe pas de conflit entre les parents, ils ont tendance à y renoncer ou à ne demander aux enfants s'ils veulent être auditionnés que s'ils ont déjà atteint un certain âge; 80 à 90% des enfants renoncent à l'audition.

Malgré cela, le principe de l'audition de l'enfant en tant que tel n'est pas remis en question. Une nette majorité des praticiens ayant répondu au sondage portant sur l'application du droit du divorce (voir ch. 1.3.3) ont jugé la réglementation plutôt satisfaisante²⁹. Par ailleurs, le sondage n'a pas permis de déterminer les problèmes qui devraient être réglés par le législateur. En conséquence, une révision de la règle sur l'audition des enfants ne se justifie pas.

Les dispositions sur l'audition des enfants prévues actuellement dans le code civil seront transférées dans le nouveau code de procédure civile suisse³⁰.

²⁹ Rapport consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs, Office fédéral de la justice, mai 2005.

³⁰ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF **2006** 6841, ch. 5.21. L'audition de l'enfant pose des problèmes similaires à ceux de sa représentation dans la procédure ; voir à ce sujet: Michelle Cottier, *Verfahrensvertretung des Kindes im Familienrecht der Schweiz: aktuelle Rechtslage und Reformbedarf*, in: *Anwalt des Kindes* (édit. Stefan Blum/Michelle Cottier/Daniela Migliazza), *Schriften zum Familienrecht/Collection de droit de la famille*, FAMPR.ch, vol. 9, Berne 2008, p. 125 ss.

Tribunaux de la famille

Un tribunal de la famille³¹ connaît en général des causes relevant du droit du mariage, du droit du divorce et du droit de la filiation. Sa compétence pourrait toutefois être étendue à la protection de l'enfant et de l'adulte. Le tribunal de la famille présente notamment l'avantage suivant: les juges, outre des compétences juridiques et pratiques, possèdent également des connaissances psychosociales; de ce fait, leurs décisions sont souvent mieux acceptées. Un tel tribunal peut donc être plus efficace qu'un tribunal ordinaire.

Selon l'art. 122, al. 2, Cst., l'organisation des tribunaux relève de la compétence des cantons. Ce principe est rappelé à l'art. 3 du CPC (code de procédure civile suisse; version du 19 décembre 2008). Le législateur fédéral peut toutefois prévoir des exceptions. Il n'en a cependant pas fait usage en ce qui concerne la constitution de tribunaux de la famille. Ainsi, il appartient aux cantons de prévoir ou pas un tribunal de la famille³².

Médiation

La médiation est une procédure qui a pour but de régler un litige de manière extrajudiciaire. Le médiateur est un tiers neutre et indépendant. Il ne dispose d'aucun pouvoir de décision.

La médiation est réglée de manière succincte dans le CPC³³. Une importance particulière est toutefois accordée à la médiation en relation avec la procédure applicable aux enfants dans le droit de la famille³⁴. Il est ainsi prévu que le tribunal peut exhorter les parents à tenter une médiation lorsqu'il y a litige sur le sort des enfants (cf. art. 297, al. 2, CPC). La médiation peut être gratuite (cf. art. 218, al. 2, CPC).

La médiation a fait l'objet de discussions approfondies lors de l'élaboration du CPC, en particulier sur la question de la rendre obligatoire ou pas. Sur ce point, la volonté politique est claire: la médiation doit garder un caractère volontaire³⁵. La médiation en droit civil étant du ressort du législateur fédéral, les cantons n'ont dès lors pas la compétence de la rendre obligatoire³⁶.

³¹ Pour plus d'informations: Auf dem Weg zum Familiengericht (édit. Rolf Vetterli), La Pratique du droit de la famille FAMPra.ch, vol. 4, Berne 2004.

³² Il existe un juge des familles dans le canton de St-Gall. Selon l'art. 8^{bis}, al. 1, let. a, du code de procédure civile du 20 décembre 1990 (sGS 961.2), il prononce les divorces, les séparations et les dissolutions des partenariats enregistrés. Il lui appartient également de ratifier les conventions sur les effets de ces actions lorsque les époux ou les partenaires enregistrés ont produit une convention complète. Les procédures conflictuelles ne relèvent pas de la compétence du juge des familles, mais de celle de la juridiction ordinaire.

³³ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF **2006** 6841, ch. 5.14.

³⁴ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF **2006** 6841, ch. 5.21, commentaire relatif aux art. 292 à 296.

³⁵ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF **2006** 6841, ch. 5.14, commentaire relatif aux art. 210, 213 et 214.

³⁶ Un exemple de médiation obligatoire est le "modèle de Cochem" qui existe depuis une dizaine d'années en Allemagne. Selon ce modèle, dès la première audience, le juge, en cas de désaccord des parents sur une question se rapportant aux enfants, les oblige à trouver, dans un temps limité, une solution avec l'aide d'une équipe multidisciplinaire de professionnels. Si les parents ne parviennent pas à trouver un accord, le juge leur fixe un nouveau délai pour consulter un service de conseils. Le parent qui refuse cette consultation risque de perdre la garde de l'enfant. Si aucun accord ne peut être trouvé, le juge tranche. Pour plus d'informations: <http://www.ak-cochem.de/>

Le nouvel art. 314, al. 2, CC (nouveau droit de la protection de l'adulte³⁷; version du 19 décembre 2008), prévoit, à l'instar du CPC (cf. art. 297, al. 2)³⁸, que l'autorité de protection de l'enfant peut, si nécessaire, exhorter les parents de l'enfant à tenter une médiation dans les procédures relatives à l'autorité parentale.

L'arrêté fédéral du 21 décembre 2007 portant mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants et portant approbation et mise en œuvre des Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes³⁹ prévoit également une médiation volontaire lorsque, dans un premier temps, l'affaire est portée devant l'autorité centrale (art. 4, al. 2). Par contre, lorsque, dans un deuxième temps, c'est le tribunal qui est saisi de l'affaire, il impose la médiation aux personnes concernées (art. 8, al. 1). Cette exception apportée au principe de la médiation volontaire se justifie par le fait que l'enlèvement international d'enfants constitue un cas particulier: la procédure qui lui y est liée est pénible; elle peut aussi être longue, onéreuse et rendue difficile par l'éloignement géographique des parties. Il est donc particulièrement important dans ce cas de tenter de trouver rapidement une solution à l'amiable.

Contribution d'entretien

En droit actuel, le parent divorcé peut se voir allouer une contribution d'entretien (cf. art. 125 CC). Le droit à cette contribution, son montant et sa durée, dépendent de divers éléments, en particulier de l'ampleur et de la durée de la prise en charge des enfants qui doit encore être assurée (cf. art. 125, al. 2, ch. 6, CC). Par contre, lorsque des parents qui ne sont pas mariés se séparent, aucune contribution d'entretien n'est prévue pour l'un d'eux. Quelques auteurs⁴⁰ sont d'avis que cette situation crée une inégalité entre l'enfant de parents divorcés et l'enfant de parents concubins séparés, en ce sens que le premier bénéficierait d'une meilleure prise en charge par le parent qui reçoit une contribution d'entretien, car celle-ci lui permettrait de réduire son temps de travail, alors que le second est défavorisé, étant donné que le parent qui en a la garde doit pourvoir seul à son propre entretien. Pour supprimer cette inégalité, ils proposent que le parent qui n'a pas la garde de l'enfant verse une contribution d'entretien au moins pendant les trois premières années de l'enfant au parent qui en a la garde, indépendamment du statut des parents⁴¹.

Cette proposition dépasse le cadre du présent AP CC. En effet, même si la finalité de la proposition est l'intérêt de l'enfant, il n'en reste pas moins qu'elle le fait en créant une contribution d'entretien en faveur d'un concubin. Or, la présente révision du code civil ne devrait pas être l'occasion d'étendre ponctuellement les droits des concubins. Par ailleurs, ni les interventions parlementaires ni les études à la base de la présente révision n'ont soulevé le problème de l'inégalité entre l'enfant de parents divorcés et celui de concubins séparés. En outre, le concubinage est réglé principalement par les concubins eux-mêmes. Ils peuvent dès lors régler dans une convention le versement d'une contribution d'entretien telle que proposée. Enfin, l'égalité entre les enfants peut être réalisée par l'attribution d'une contribution

³⁷ Message du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF **2006** 6635 6802.

³⁸ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF **2006** 6841 7087.

³⁹ FF **2008** 33

⁴⁰ En particulier, Alexandra Rumo-Jungo, *Betreuungsunterhalt bei getrennt lebenden nicht verheirateten Eltern – ein Denkanstoss*, recht 2008, p. 27 ss.

⁴¹ Alexandra Rumo-Jungo, op. cit.

d'entretien plus élevée en faveur de l'enfant. Le parent qui a la garde de l'enfant pourrait ainsi réduire son temps de travail, au moins pendant les premières années de l'enfant, afin de lui consacrer plus de temps⁴².

2 Commentaire

2.1 Modification du code civil

Art. 133 Autorité parentale conjointe

L'*al. 1* érige en principe l'exercice de l'autorité parentale conjointe après divorce des parents. Désormais, les parents divorcés continueront d'exercer l'autorité parentale ensemble, à égalité de droits, comme ils le faisaient pendant le mariage. Ils détermineront donc tous deux les soins et l'éducation à donner à l'enfant et prendront en commun les décisions nécessaires. L'exercice conjoint de l'autorité parentale est maintenu de plein droit, ce qui signifie que la règle s'applique automatiquement dès lors qu'il y a divorce. Il ne dépend donc pas d'une requête commune des parents ou d'une décision du juge.

L'autorité parentale conjointe inclut le droit de garde en commun. En conséquence, les parents conservent tous deux le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et le mode de sa prise en charge. Le droit de garde est exercé en fait par le parent qui prend l'enfant en charge au quotidien (garde de fait). Les parents décident également ensemble l'aménagement de la garde de fait. La compétence décisionnelle du parent qui assume la garde de fait est réglée à l'art. 298g du présent AP CC.

L'organisation de la garde de fait et la répartition des frais d'entretien sont des questions cruciales pour l'enfant. Mais elles peuvent être sources de conflits. Pour éviter qu'elles ne paralysent ultérieurement l'exercice de l'autorité parentale, les parents doivent les régler entre eux autant que faire se peut et ils doivent soumettre leurs conclusions au juge (*al. 2*). L'accord sur ces questions est une des clefs du succès de l'exercice de l'autorité parentale. Les conclusions des parents ne constituent évidemment pas une condition du maintien de l'autorité parentale conjointe; elles sont par contre une condition pour le divorce sur requête commune (cf. art. 111 CC). Si les parents déposent des conclusions divergentes, le juge peut les exhorter à tenter une médiation (cf. art. 297, al. 2, CPC). S'ils ne parviennent pas à trouver un accord, le juge s'interrogera sur leur capacité à exercer ensemble l'autorité parentale et, le cas échéant, il pourra supprimer d'office l'autorité parentale conjointe et l'attribuer exclusivement à l'un des parents en vertu de l'art. 133a du présent AP CC.

⁴² Cette solution soulève également des problèmes, car il manque souvent les moyens financiers pour payer une contribution d'entretien suffisante à l'enfant ou au parent qui détient la garde (cf. Conférence Suisse des Déléguées à l'Egalité entre Femmes et Hommes, Revisionsbedarf im Scheidungsrecht, mars 2008). Ces difficultés touchent tant les parents divorcés que les concubins séparés. Le Conseil fédéral examine actuellement des propositions visant à harmoniser la législation régissant les avances et le recouvrement des pensions alimentaires sur la base du postulat 06.3003 "Avances et recouvrement des pensions alimentaires. Harmonisation", déposé le 13 janvier 2006 par la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national.

En attribuant de plein droit l'autorité parentale conjointe aux parents divorcés, le présent AP CC présume qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant et que les parents sont aptes à l'exercer ensemble. Mais, dans certains cas, il peut apparaître d'emblée que tel ne sera pas le cas pour des raisons subjectives ou objectives concernant les parents: l'un des parents n'a pas la volonté ou la capacité de coopérer, il refuse de dialoguer, il démontre un manque d'intérêt pour l'enfant, il est malade, les parents vivent très éloignés l'un de l'autre ou l'un des parents exerce des violences envers l'autre parent, qui traumatisent l'enfant. Il sera alors difficile, voire impossible, d'exercer l'autorité parentale en commun. Il faudra peut-être recourir systématiquement à l'autorité de protection de l'enfant pour trouver une solution. L'enfant pâtira inmanquablement de cette situation. C'est pourquoi l'*al. 1* donne au juge du divorce le pouvoir de retirer d'office ou sur requête de la mère ou du père l'autorité parentale au parent qui n'est pas apte à assumer l'autorité parentale avec l'autre parent. Le juge pourra se baser non seulement sur l'attitude montrée pendant la procédure de divorce, mais également sur ce qui s'est passé pendant le mariage et pendant la période de séparation qui a précédé le divorce.

Sur la base de l'*al. 2*, le juge du divorce peut supprimer l'autorité parentale conjointe sur demande commune des parents. Les parents sont donc tous deux d'accord pour que l'autorité parentale ne soit détenue que par l'un d'eux. Il ne s'agit toutefois pas de permettre de contourner le principe de l'autorité parentale conjointe. La décision doit ici aussi être dictée par le bien de l'enfant.

L'*al. 3* règle les questions liées à la suppression de l'autorité parentale conjointe. Le juge du divorce doit régler les relations personnelles (droit de visite, contacts par téléphone, échange de correspondance par lettre, par courrier électronique, par SMS ou par fax) de l'enfant avec le parent qui se voit déchu de l'autorité parentale et il doit fixer la contribution d'entretien. Il le fera conformément aux dispositions relatives aux effets de la filiation (cf. art. 270 ss CC). Il entendra l'enfant, pour autant que son âge ou d'autres motifs importants ne s'y opposent pas (cf. art. 144, al. 2, CC et art. 12 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant⁴³). Le parent qui perd l'autorité parentale a un droit à l'information et aux renseignements sur les événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant et il sera entendu avant la prise de décisions importantes pour le développement de celui-ci (cf. art. 275a CC).

Comme actuellement, la contribution d'entretien peut être fixée pour une période allant au-delà de l'accès à la majorité (*al. 4*).

Cet article prévoit la modification de l'attribution de l'autorité parentale en cas de survenance de faits nouveaux importants après le divorce. Est considéré comme fait nouveau un événement qui implique que les fondements essentiels de la responsabilité commune des parents ou du parent détenant seul l'autorité parentale n'existent plus⁴⁴. Il peut s'agir d'une raison subjective concernant les parents (par ex. des rai-

⁴³ RS 0.107

⁴⁴ Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoage matrimonial), FF 1996 I 1 ss, ch. 233.63.

sons de santé, une incompatibilité grave entre l'enfant et le nouveau conjoint de l'un de ses parents ou des violences exercées par l'un des parents envers l'autre, qui traumatisent l'enfant) ou d'une raison objective (par ex. le déménagement du détenteur de l'autorité parentale). La modification peut concerner l'attribution soit de l'autorité parentale conjointe (art. 133 AP CC) soit de l'autorité parentale attribuée exclusivement à l'un des parents (art. 133a AP CC).

L'art. 134 reprend l'actuel art. 134, al. 1, CC, avec cette différence que le terme "autorité tutélaire" a été remplacé par celui de "autorité de protection de l'enfant" pour être en conformité avec le nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte.

Art. 134a (nouveau) Prise en charge, relations personnelles et entretien

Cette disposition règle le cas où il y a lieu de modifier les modalités de la prise en charge de l'enfant, des relations personnelles ou de la contribution d'entretien suite à la survenance de faits nouveaux. La modification peut intervenir indépendamment d'une nouvelle attribution de l'autorité parentale. Elle est soumise aux conditions prévues par les dispositions relatives aux effets de la filiation, à savoir les art. 270 ss CC.

L'art. 134a correspond à l'actuel art. 134, al. 2, CC.

Art. 134b (nouveau) Compétence

Actuellement, la compétence pour régler les questions relatives aux enfants est attribuée à l'autorité tutélaire s'il y a entente entre les parents et au juge s'il y a conflit entre eux (cf. art. 134, al. 3 et 4, CC). En dérogation à ce principe, les relations personnelles relèvent de la compétence de l'autorité tutélaire même s'il y a conflit entre les parents (cf. art. 134, al. 4, *in fine*, CC). Le choix de cette solution a été motivé par le fait que les autorités tutélaires sont mieux à même de suivre l'évolution des mesures prises par rapport aux enfants et de prendre rapidement les décisions qui s'imposent, tandis que le juge décide sur le moment et ne peut pas suivre les mesures décidées. Bien que cette solution se justifie en soi, le présent AP CC privilégie une réglementation plus simple et plus cohérente avec le principe de la répartition des compétences.

Ainsi, selon l'art. 134b AP CC, l'autorité de protection de l'enfant connaît de toutes les questions concernant les enfants lorsqu'elles ne sont pas litigieuses. En revanche, lorsqu'elles sont litigieuses, elles relèvent de la compétence du juge compétent pour modifier le jugement de divorce.

La modification des mesures relatives à l'enfant suite au décès de l'un des parents prévue actuellement à l'art. 134, al. 3, CC est réglée à l'art. 298f AP CC.

Art. 297, al. 3 Parents mariés

L'al. 3 de l'art. 297 en vigueur subit deux modifications. D'une part, l'attribution de l'autorité parentale en cas de décès de l'un des époux (cf. 1^{re} phrase) est réglée à l'art. 298f du présent AP CC. D'autre part, le terme "le juge" (cf. 2^e phrase) est supprimé, car il n'appartient plus au juge d'attribuer l'autorité parentale à l'un des parents; celle-ci revient de plein droit au père et à la mère.

Lors de l'adoption du principe de l'autorité parentale conjointe des parents divorcés (cf. art. 133, al. 3, CC) en 1998, le législateur a estimé qu'il n'y avait pas de raison de donner la possibilité d'exercer l'autorité parentale en commun aux parents divorcés et de ne pas l'accorder aux parents non mariés⁴⁵. A ses yeux, le refus des parents de se marier n'était pas un motif suffisant pour leur refuser l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁴⁶. Selon les conceptions actuelles, la solution consistant à accorder l'autorité parentale conjointe également aux parents non mariés n'est pas remise en question.

Mais alors que le droit actuel établit un parallèle entre les parents non mariés (cf. art. 298a, al. 1, CC) et les parents divorcés (cf. art. 133, al. 3, CC), le présent AP CC compare les parents non mariés aux parents mariés. En effet, dans la plupart des cas, les parents non mariés vivent en concubinage. C'est une forme de vie de couple et de famille en augmentation et qui concurrence le mariage. La situation des concubins est la même que celle des parents mariés. En outre, la reconnaissance est une démarche spontanée du père. A l'appui de la solution prévue par le présent AP CC, on notera que les reconnaissances sont en constante augmentation. De 2000 à 2007, elles ont passé de 7 930 à 12 306. La majorité des enfants sont reconnus avant la naissance (54% en 2007) ou avant qu'ils aient atteint l'âge d'un an (38%). Cela démontre que les pères assument de plus en plus leur responsabilité envers leur enfant. Il ne serait dès lors pas compréhensible de traiter les parents concubins différemment seulement parce qu'ils ne sont pas mariés.

Partant de cette prémisse, l'*al. 1* pose le principe que l'autorité parentale conjointe est attribuée de plein droit à la mère et au père qui reconnaît l'enfant (cf. art. 260, al. 1, CC), ce qui signifie que la règle s'applique automatiquement dès lors qu'il y a reconnaissance. L'attribution de l'autorité parentale conjointe ne dépend donc pas d'une requête des parents ni d'une décision d'une autorité. La reconnaissance a lieu par déclaration devant l'officier de l'état civil ou par testament ou, lorsqu'une action en constatation en paternité est pendante, devant le juge (cf. art. 260, al. 3, CC). La reconnaissance est un acte formateur irrévocable dont les effets sont immédiats⁴⁷.

Comme actuellement, le présent AP CC n'exige pas que les parents aient un domicile commun. Cette condition serait en effet discriminatoire par rapport aux parents mariés ou divorcés. Par ailleurs, elle ne garantirait pas une meilleure prise en charge de l'enfant. Ce qui est important c'est l'engagement des parents dans l'éducation de leur enfant et non l'élément géographique.

Il n'est pas prévu d'examen de l'opportunité de l'exercice en commun de l'autorité parentale par une autorité. Il n'y a pas de raison de faire une différence entre l'enfant de parents mariés et celui de parents concubins. Si le bien de l'enfant le commande, l'un des parents peut demander au juge de retirer l'autorité parentale à l'autre (art. 298b, al. 2, AP CC).

⁴⁵ Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF **1996** I 1 ss, ch. 244.41.

⁴⁶ Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF **1996** I 1 ss, ch. 244.41.

⁴⁷ Cyril Hegnauer, Droit suisse de la filiation et de la famille, (art. 328-359 CCS), 4^e éd., Berne 1998, n. 7.12.

La rupture d'un concubinage ne change rien par rapport à l'exercice de l'autorité parentale, car il n'est pas lié à la vie commune des parents. L'autorité parentale conjointe est maintenue. L'un des parents pourrait toutefois demander l'exercice exclusif de l'autorité parentale (art. 298*b*, al. 2, AP CC), par exemple s'il y a des désaccords constants suite à la rupture qui portent préjudice à l'enfant. La rupture pourrait constituer ainsi un fait nouveau de nature à substituer l'exercice de l'autorité parentale par un seul parent à l'exercice en commun de l'autorité parentale.

A la mort de l'un des parents, l'autorité parentale appartient au survivant (art. 298*f* AP CC).

Lorsque le père ne reconnaît pas l'enfant, l'autorité parentale est attribuée de plein droit à la mère exclusivement (*al.* 2). Si celle-ci est mineure ou interdite, elle n'a pas l'autorité parentale, conformément à l'art. 296, al. 2, CC. Cet article sera adapté formellement au nouveau droit de la protection de l'adulte⁴⁸.

Art. 298a Prise en charge et entretien

La plupart des parents d'un enfant qui ne sont pas mariés ensemble, mais dont le père a reconnu l'enfant, vivent en concubinage. Ils assument leurs obligations et exercent leurs droits envers l'enfant comme le font des parents mariés. Comme ceux-ci, ils conviennent - la plupart du temps tacitement - de la manière dont chacun pourvoit à la prise en charge de l'enfant et à son entretien (*al.* 1). Ils ne doivent pas soumettre leur arrangement à une autorité. Toutefois, l'enfant ne sera engagé par une convention d'entretien que si elle a été approuvée par l'autorité de protection de l'enfant (cf. art. 287, al. 1, CC). Par ailleurs, un parent peut vouloir régler la contribution d'entretien dans une convention pour diverses raisons, mais en particulier parce qu'elle constitue un titre de mainlevée provisoire selon l'art. 82 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite⁴⁹, qu'il peut faire valoir si l'autre parent venait à refuser de remplir son obligation d'entretien.

Si les parents ne parviennent pas à régler entre eux la prise en charge de l'enfant et son entretien, ils peuvent s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant qui pourra faire des recommandations (*al.* 2).

Art. 298b (nouveau) Attribution à l'un des parents

Le principe de l'autorité parentale conjointe repose sur la présomption qu'elle est dans l'intérêt de l'enfant. Mais il peut y avoir des raisons objectives (par ex. distance géographique) ou subjectives (par ex. maladie, incompatibilité grave) concernant les parents qui rendent l'exercice en commun de l'autorité parentale difficile, voire impossible. De telles situations nuisent à l'enfant et il peut être dans son intérêt de supprimer l'autorité parentale conjointe et d'attribuer l'autorité parentale exclusivement à l'un des parents.

L'autorité parentale conjointe peut être supprimée sur requête commune des parents (*al.* 1). Il peut en effet arriver que les parents soient tous deux d'accord pour que

⁴⁸ Selon le projet de révision du code civil du 28 juin 2006 (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation, FF **2006** 6635 6801), le nouvel article a la teneur suivante: "Les parents mineurs ou sous curatelle de portée générale n'ont pas l'autorité parentale".

⁴⁹ RS **281.1**

l'autorité parentale ne soit détenue que par l'un d'eux. Il ne s'agit toutefois pas de permettre de contourner la règle de l'autorité parentale conjointe. La décision doit être dictée par l'intérêt de l'enfant et non par celui des parents. La requête doit être faite à l'autorité de protection de l'enfant.

L'autorité parentale conjointe peut être supprimée également sur requête de l'un des parents (*al.* 2). Il peut invoquer des motifs subjectifs ou objectifs. Mais la décision d'attribuer l'autorité parentale au père ou à la mère doit être prise uniquement en considération de l'intérêt de l'enfant.

Les requêtes visant l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents selon les *al.* 1 et 2 ne sont pas soumises à un délai.

Le parent qui se voit retirer l'autorité parentale a droit à des relations personnelles avec l'enfant et il doit contribuer à son entretien (*al.* 3). Il a aussi un droit à l'information et aux renseignements sur les événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant et il sera entendu avant la prise de décisions importantes pour le développement de celui-ci (cf. art. 275a CC)⁵⁰.

L'attribution de l'autorité parentale en cas de décès de l'un des parents est réglée à l'art. 298f du présent AP CC.

Art. 298c (nouveau) Action en paternité. En général

Lorsque le lien de filiation à l'égard du père est établi par un jugement de paternité, l'autorité parentale appartient de plein droit à la mère. Cette solution correspond au droit actuel (cf. art. 298, *al.* 1, CC). Elle est justifiée par le fait que le père n'a pas établi volontairement le lien de filiation et qu'il a fallu exercer une action contre lui pour établir ce lien. Il paraît dès lors difficile de lui accorder de plein droit l'autorité parentale comme à un père qui a reconnu spontanément son enfant.

Art. 298d (nouveau) Autorité parentale conjointe

Avec l'action en paternité, le lien de filiation n'est pas établi sur une base volontaire, ce qui constitue à priori un élément en défaveur du père suffisamment important pour ne pas lui octroyer de plein droit l'autorité parentale. Il peut cependant arriver qu'un homme prenne conscience de ses responsabilités et veuille assumer l'éducation de son enfant et ne pas se cantonner au rôle de père payeur. C'est pourquoi le présent AP CC accorde au père le droit de demander unilatéralement l'exercice de l'autorité parentale en commun avec la mère, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant (*al.* 1). Par ailleurs, cette solution correspond à l'esprit de la présente révision qui est de favoriser autant que possible l'autorité parentale conjointe dans l'intérêt de l'enfant.

Les modalités de la prise en charge de l'enfant et la contribution d'entretien de chaque parent sont déterminées par le juge (*al.* 2).

Art. 298e (nouveau) Faits nouveaux

Cet article s'applique dans les cas de reconnaissance (art. 298 AP CC) ou de jugement de paternité (art. 298c AP CC).

⁵⁰ Pour plus d'informations, voir commentaire relatif à l'art. 133a, *al.* 3.

L'al. 1 correspond matériellement à l'actuel art. 298a, al. 2, CC. Une modification de l'attribution de l'autorité parentale ne peut être demandée que s'il survient un fait nouveau important. Est considéré comme tel un événement qui implique que les fondements essentiels de la responsabilité commune des parents ou du parent détenant seul l'autorité parentale n'existent plus⁵¹. Il peut s'agir d'une raison subjective concernant les parents (par ex. des raisons de santé, des violences exercées par l'un des parents envers l'autre, qui traumatisent l'enfant) ou d'une raison objective (par ex. un déménagement du détenteur de l'autorité parentale). Formellement, la disposition est adaptée au nouveau droit de la protection de l'adulte: le terme "autorité tutélaire" est remplacé par celui de "autorité de protection de l'enfant".

L'al. 2 règle le cas où il y a lieu de modifier les modalités de la prise en charge de l'enfant, des relations personnelles ou de la contribution d'entretien suite à la survenance de faits nouveaux. La modification peut intervenir indépendamment d'une nouvelle attribution de l'autorité parentale. Elle est soumise aux conditions prévues par les dispositions relatives aux effets de la filiation, à savoir les art. 270 ss CC.

L'al. 3 détermine la compétence matérielle. En dehors d'un litige, la modification de l'attribution de l'autorité parentale et la ratification de la convention qui détermine la prise en charge, les relations personnelles et la contribution d'entretien appartient à l'autorité de protection de l'enfant. En cas de litige, elle revient au juge. L'enfant est entendu conformément à l'art. 314a CC (nouveau droit de la protection de l'adulte) et de l'art. 298 CPC.

Art. 298f (nouveau) Décès de l'un des parents

Cet article règle l'attribution de l'autorité parentale en cas de décès de l'un des parents, qu'ils soient mariés, divorcés ou qu'ils ne soient pas mariés ensemble. Actuellement, cette question est réglée respectivement aux art. 297, al. 3, 298, al. 2, et 134, al. 3, CC.

Si les père et mère ont exercé conjointement l'autorité parentale, au décès de l'un d'eux, l'autorité parentale appartiendra de plein droit au parent survivant (*al. 1*).

Si l'autorité parentale est détenue par un seul parent et que celui-ci décède, elle ne passe pas de plein droit à l'autre parent. L'autorité de protection de l'enfant décidera si elle peut la lui attribuer ou s'il faut nommer un tuteur. La décision sera prise en fonction de ce que commande le bien de l'enfant (*al. 2*). Le fait que le parent survivant ait été déchu de l'autorité parentale n'est, à priori, pas un élément négatif. L'autorité parentale peut lui avoir été retirée, par exemple sur requête commune avec l'autre parent.

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

Cette disposition règle la compétence décisionnelle du parent qui assume la garde de fait de l'enfant lorsque les parents exercent conjointement l'autorité parentale sans

⁵¹ Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF **1996** I 1 ss, ch. 233.63.

faire ménage commun. Elle s'applique aux parents divorcés, aux parents mariés et aux parents qui ne sont pas mariés ensemble et qui ne font pas ménage commun.

Le but de cette disposition est d'éviter d'éventuels conflits entre les parents à propos des décisions à prendre pour l'enfant, qui peuvent bloquer inutilement l'exercice de l'autorité parentale. Ainsi, le parent qui détient la garde de fait peut prendre seul les décisions relatives à la vie courante, c'est-à-dire les actes usuels et sans conséquence grave sur le développement de l'enfant (par ex. nourriture, habillement, choix des programmes TV) ou des décisions urgentes (hospitalisation en cas d'urgence, etc.). Ainsi, si l'enfant vit cinq jours chez sa mère et deux jours chez son père, chacun a le droit de prendre les décisions de la vie courante pendant le séjour de l'enfant chez lui. Par contre, toutes les autres décisions concernant l'enfant, comme le choix d'une école, d'un sport, de sa religion, etc. doivent être prises par les deux parents. Les tiers de bonne foi peuvent présumer que chaque parent agit avec le consentement de l'autre (cf. art. 304, al. 2, CC).

Si les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord, il leur est possible de recourir à l'autorité de protection de l'enfant qui pourra faire des recommandations ou même donner des instructions, comme par exemple envoyer l'enfant chez le médecin pour y subir un examen. Ces instructions peuvent être assorties de la menace de peine selon l'art. 292 du code pénal (CP). En cas de problèmes importants et récurrents qui nuisent à l'intérêt de l'enfant, l'attribution de l'autorité parentale pourrait être modifiée sur la base de l'art. 134 du présent AP CC.

Art. 309 Constatation de la paternité

Le but de l'art. 309 CC en vigueur est de garantir que l'enfant de parents non mariés bénéficie de la protection juridique nécessaire⁵². Au vu de l'évolution des mentalités et de l'esprit de la présente révision, une telle disposition n'a plus sa raison d'être dans sa forme actuelle. Seule a été maintenue la possibilité pour la femme enceinte non mariée de demander à l'autorité de protection de l'enfant de nommer un curateur pour établir la filiation paternelle et pour la conseiller et l'assister. Les al. 2 et 3 sont biffés.

2.2 Droit transitoire

Le nouveau droit est, en vertu de l'art. 12 du Titre final du code civil (Tit. fin. CC), applicable sans restriction aux effets de la filiation (autorité parentale, relations personnelles, contribution d'entretien) qui s'établissent après l'entrée en vigueur du nouveau droit.

A l'instar de ce qu'a prévu le nouveau droit du divorce⁵³, l'entrée en vigueur du nouveau droit peut être considérée comme une modification importante des circonstances qui, en vertu des art. 2, 3 et 7a, al. 3, deuxième partie de la phrase, du Tit. fin. CC, est régie par le nouveau droit. Ainsi, les père et mère peuvent, dès l'entrée en vigueur du nouveau droit, déposer une requête auprès de l'autorité compétente (art. 134b et 298e AP CC) en vue d'obtenir l'autorité parentale conjointe. Cette requête n'est pas soumise à un délai.

⁵² FF 1974 II 1 ss, ch. 323.42

⁵³ FF 1996 I 1ss, ch. 253.1

2.3

Modification du code pénal

Art. 220 Enlèvement de mineur, refus du droit de visite

L'actuel art. 220 CP⁵⁴ ne permet pas de sanctionner le détenteur de l'autorité parentale ou le tuteur qui ne respecte pas le droit de visite de l'ayant droit. Ainsi, la personne qui ne remet pas l'enfant au terme du droit de visite est punissable, alors que celui qui refuse de confier l'enfant au titulaire du droit de visite n'encourt aucune peine. Cette situation est critiquée à juste titre, car elle crée une inégalité de traitement injustifiée. Le présent AP CP est l'occasion d'y remédier, en sanctionnant également la personne qui aura refusé de confier un mineur au détenteur du droit de visite. Le délit est poursuivi sur plainte. Peuvent porter plainte les personnes qui ont le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant: le parent qui n'a pas l'autorité parentale ou le droit de garde (cf. art. 273 CC) et les tiers auxquels a été accordé le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant (cf. art. 274a CC). La peine prévue est la même que celle prévue pour l'enlèvement: peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

Le détenteur du droit de garde peut avoir des raisons justifiées de ne pas confier l'enfant au détenteur du droit de visite, par exemple lorsque l'enfant tombe subitement malade ou lorsque le détenteur du droit de visite n'est manifestement pas en mesure de prendre en charge correctement l'enfant le moment venu. De tels cas peuvent constituer au plan pénal un état de nécessité licite (art. 17 CP) ou un état de nécessité excusable (art. 18 CP). Le refus du détenteur du droit de garde de confier l'enfant au détenteur du droit de visite peut également être considéré comme un acte licite selon l'art. 14 CP, dans la mesure où en refusant de confier l'enfant par souci de sa santé il accomplit son devoir d'assistance prescrit par la loi.

Actuellement, si la personne qui refuse de confier l'enfant au titulaire du droit de visite ne fait pas l'objet d'une sanction spécifique elle peut néanmoins être punie d'une amende de 10 000 francs au plus pour insoumission à une décision de l'autorité (cf. art. 292 CP). Les codes de procédure civile cantonaux peuvent également prévoir une sanction. A l'avenir, cette question sera réglée par l'art. 343 CPC (obligation de faire, de s'abstenir ou de tolérer). Une norme pénale spécifique met l'accent sur l'importance de la relation entre l'enfant et le parent qui n'a pas le droit de garde.

Le parent qui refuse d'exercer son droit de visite sans motif légitime pourrait être sanctionné également en vertu de l'art. 219 CP (violation du devoir d'assistance ou d'éducation) si le développement physique ou psychique de l'enfant devait être perturbé par un tel comportement. L'art. 273, al. 1, CC donne à l'enfant le droit d'entretenir des relations personnelles indiquées par les circonstances avec le parent qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde; ce droit a pour corollaire le devoir de ce parent d'exercer les relations personnelles, qui est un élément constitutif de l'art. 219 CP.

⁵⁴ L'art. 220 CP est modifié dans le cadre de la révision du code civil (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) afin que l'autorité de protection de l'enfant qui a retiré le droit de garde aux parents puisse également porter plainte en cas d'enlèvement illégal de l'enfant du lieu où il a été placé. Le projet du Conseil fédéral ne prévoyait pas cette possibilité. L'AP CP prend en considération cette modification.

3 Conséquences

3.1 Pour la Confédération

Les présents AP CC et AP CP n'ont aucune incidence sur l'effectif du personnel de la Confédération. Ils n'ont pas non plus de conséquences financières.

3.2 Pour les cantons

Il est difficile d'estimer le nombre d'affaires que les tribunaux ou les autorités de protection de l'enfant auront à traiter suite à l'adoption des présents AP CC et AP CP. Mais, sur la base des expériences faites à l'étranger en rapport avec l'autorité parentale conjointe, l'incidence des deux avant-projets sur les effectifs du personnel des cantons et sur les frais pour ceux-ci devrait être de peu d'importance.

3.3 Conséquences économiques

Les présents AP CC et AP CP n'ont, en principe, aucun effet sur l'économie.

4 Programme de la législature

La présente révision est prévue dans le programme de la législature 2007 à 2011⁵⁵.

5 Aspects juridiques

5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois

L'AP CC et l'AP CP se fondent respectivement sur les art. 122 et 123 Cst., en vertu desquels la législation en matière de droit civil et de droit pénal relève de la compétence de la Confédération.

⁵⁵ FF 2008 712

Table des matières

Condensé	2
1 Présentation de l'objet	4
1.1 Historique	4
1.2 Droit en vigueur	5
1.2.1 Principes	5
1.2.2 Critiques	5
1.3 Genèse de l'avant-projet de révision du code civil	7
1.3.1 Postulat Wehrli	7
1.3.2 Motion Commission des affaires juridiques du Conseil national	8
1.3.3 Sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs (mai 2005)	8
1.3.4 Etude du Fonds national (PNR 52): Les enfants et le divorce – Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales	9
1.4 Droit comparé et rapports avec le droit international	9
1.4.1 Droit comparé	9
1.4.2 Rapport avec le droit international	12
1.4.2.1 Conseil de l'Europe	12
1.4.2.2 Droit de l'Union européenne	13
1.4.2.3 Nations Unies (ONU)	13
1.5 Nouvelle réglementation proposée	14
1.6 Bien-fondé de la solution proposée	15
1.7 Critiques relatives à l'autorité parentale conjointe	16
1.8 Autres questions relatives aux enfants	17
2 Commentaire	21
2.1 Modification du code civil	21
2.2 Droit transitoire	28
2.3 Modification du code pénal	29
3 Conséquences	30
3.1 Pour la Confédération	30
3.2 Pour les cantons	30
3.3 Conséquences économiques	30
4 Programme de la législature	30
5 Aspects juridiques	30
5.1 Constitutionnalité et conformité aux lois	30