

Symposium en droit de la famille



UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

La famille dans les relations transfrontalières

Actualités en droit suisse et
dans les rapports internationaux

Edité par

Christiana Fountoulakis
Professeure à l'Université de Fribourg

Alexandra Rumo-Jungo
Professeure à l'Université de Fribourg

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES



Christiana Fountoulakis

Professeure à l'Université de Fribourg

Alexandra Rumo-Jungo

Professeure à l'Université de Fribourg

La famille dans les relations transfrontalières

Actualités en droit suisse et
dans les rapports internationaux

7^e symposium en droit de la famille 2013
Université de Fribourg

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2013
ISBN 978-3-7255-6919-9

www.schulthess.com

Sommaire

Avant-propos	III
Sommaire	V
Liste des abréviations	VII
ANDREAS BUCHER Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international	1
ANNA CLAUDIA ALFIERI ET JOËLLE SCHICKEL-KÜNG Coopération internationale en matière de protection des enfants	69
ANNE REISER, ELIZA HEBDITCH AND NICHOLAS BENNETT Recognition and enforcement in Switzerland of English divorce judgements and maintenance orders	89
ANDREAS BUCHER Divorce international et prévoyance professionnelle	97
MARYSE JAVAUX VENA ET JOËLLE SCHICKEL-KÜNG Liens de filiation étrangers et leur réception en droit suisse	131
CHRISTIANA FOUNTOLAKIS Résumés des jurisprudences fédérale et cantonale en droit de la famille	153

Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international

Table des matières	Page
I. Actualité du sujet	2
II. Attribution de l'autorité parentale	6
A. Parents mariés : vers l'autorité conjointe en cas de divorce	7
1. À la quête du principe	7
2. Motifs de retrait	8
3. Entre l'accord des parents et le bien de l'enfant	9
B. Parents non mariés : la valorisation du rôle du père	13
1. Déclaration commune des parents	14
2. Autorités compétentes	15
3. Rôle de la reconnaissance	16
4. Quel moyen de preuve ?	16
5. Compétence et droit applicable	18
6. Dépôt de la déclaration avant la naissance ?	20
7. Octroi sur décision de l'autorité de protection de l'enfant	21
a) Requête	21
b) Accès à l'autorité conjointe	23
c) « Autres points litigieux »	24
8. Effet de miroir sur le régime des couples divorcés : l'inégalité de traitement	26
9. Octroi devant le juge de la paternité	27
10. Suppression de l'art. 309 CC	28
III. Que devient la garde ?	30
A. État actuel : confusion entre droit de garde et garde de fait	30
B. Nouveau droit : garde et prise en charge	32
1. Droit de garde réduit à la garde	32
2. Prise en charge	33
a) Notion	33
b) Lien avec l'entretien	35
IV. Qui décide ?	39
V. Droit de déterminer la résidence de l'enfant	44
A. Principe	45
1. Affirmation	45
2. Négation par la loi de son propre principe	46
B. Situations faisant appel à l'accord de l'autre parent	47

1. Départ de l'enfant à l'étranger	47
2. Déménagement en Suisse	49
3. Décision de l'autorité	50
a) Objectif visé	50
b) Mesures protectrices tendant au maintien de la situation	53
c) Quelle sanction en cas de refus ?	54
C. Parent n'ayant pas l'autorité parentale	56
D. Adaptation du régime applicable	59
E. Place pour des décisions prises par anticipation ?	60
1. Accord anticipé au déplacement de la résidence de l'enfant	60
2. Retrait du droit de déterminer la résidence de l'enfant ?	62
F. Place pour des ordonnances de retour ?	63
VI. Conclusion	65
Bibliographie	67

I. Actualité du sujet

1. L'évolution du droit de l'autorité parentale est placée sous le thème du « retour des pères ». Les mères vont devoir l'assimiler et comprendre que l'égalité entre hommes et femmes n'est pas neutre et doit être payée par celles qui, normalement, vivent la double charge du travail et de l'éducation. Pour faire néanmoins apparaître cette recherche d'équilibre entre pères et mères comme étant neutre, elle est animée et soutenue par la maxime de l'intérêt de l'enfant.

2. Or, justifier l'égalité père/mère par l'intérêt de l'enfant est un faux débat. L'enfant doit disposer, certes, d'une relation avec ses deux parents, mais son intérêt ne milite pas, *per se*, pour un régime qui place la relation avec chacun des parents sur pied d'égalité. Il faudra encore une génération de juristes pour le comprendre enfin et en tirer les conclusions. Nous n'en sommes pas encore là et devons travailler dans le contexte actuel.

3. Donc, comment s'articule ce retour des pères ? En Suisse, on peut signaler deux événements marquants qui ont déclenché le mouvement.

4. L'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire tchèque en 2010¹ fut très remarqué : deux parents mariés disposaient, ensemble, de l'autorité parentale, alors que seule la mère détenait le droit de garde. À ce titre, la mère avait la faculté de déterminer le lieu de résidence des enfants, de sorte qu'elle pouvait librement déménager avec eux en République tchèque, sans l'accord du père qui devait se contenter d'une adaptation de son droit de visite. Ce qui laisse perplexe dans cette situation est le fait que l'exercice de son

¹ ATF 136 III 353 ss.

droit de déterminer le lieu de vie des enfants a permis à la mère de décider seule de certaines questions fondamentales d'éducation, qui relèvent normalement de l'autorité parentale conjointe des époux, tels le déplacement du lieu de scolarisation et le choix de la langue principale des enfants.²

5. Cet arrêt, très clairement motivé, décrit le cadre juridique de ce que le thème de ce jour appelle les contextes suisse et international de l'autorité parentale. Il s'agit de la répartition des droits parentaux par rapport aux enfants, avec l'élément clé de la détermination de la résidence de l'enfant, d'une part, et du rôle de deux Conventions de La Haye, celle sur l'enlèvement d'enfant de 1980³ et celle sur la protection des enfants de 1996⁴, d'autre part.

6. L'extension législative de cette problématique est le travail de réforme du Code civil sur l'autorité parentale, qui s'achève ce mois-ci. Partant comme d'habitude avec le projet de loi et le Message du Conseil fédéral⁵, les débats ont été engagés au Conseil national lors de la session d'automne 2012⁶ et au Conseil des États au printemps 2013⁷; on est entré ce mois dans la phase du règlement des divergences⁸, qui se termine par le vote final du 21 juin 2013⁹. Depuis, la nouvelle loi a été publiée dans la Feuille fédérale¹⁰. Le mobile politique de la réforme est d'instaurer le principe de l'autorité parentale commune également pour les couples divorcés et non mariés. Les pères sont visés comme les bénéficiaires de ce changement. Cela est parfaitement judicieux et correspond, avec le décalage suisse habituel, à l'évolution en droit comparé. Certes, on a rappelé maintes fois, comme une litanie, que l'intérêt de l'enfant est le principe absolu. Le discours politique est ainsi tourné vers l'accès des pères à l'autorité parentale, tandis que, dans la loi, on dira que cette autorité « sert avant tout le bien de l'enfant » (art. 296 al. 1 CC).

7. Le retour des pères est également un thème pour le droit international. La protection des pères à l'encontre d'un enlèvement de l'enfant se renforce. Les droits de l'homme, pour leur part, se manifestent sous la forme de quelques éléments-cadre principalement fondés sur l'égalité qu'il convient de respecter dans la mise en œuvre de la

² ATF 136 III 357.

³ Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants du 25 octobre 1980 (RS 0.211.230.02).

⁴ Convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants du 19 octobre 1996 (RS 0.211.231.011).

⁵ FF 2011 8315–8358, n. 11.070.

⁶ BO CN 2012 1625–1657, 1661–1667.

⁷ BO CE 2013 4–17.

⁸ BO CN 2013 697–706, 1060–1062; CE 2013 566–568.

⁹ BO CE 2013 645; CN 2013 1208.

¹⁰ FF 2013 4229–4237.

notion de vie familiale qui est au cœur de l'art. 8 CEDH. Cette égalité est affirmée nettement lorsque l'on compare la situation d'un enfant d'un couple marié ou divorcé, disposant de l'autorité parentale conjointe, avec celle d'un enfant issu d'une relation hors mariage, dans l'hypothèse où la mère peut s'opposer à cette autorité même si elle était dans l'intérêt de l'enfant.¹¹

8. Des progrès ont été faits, d'autres restent à faire. Le droit international trouve rarement un accueil bienveillant au Parlement fédéral et, curieusement, les droits de l'enfant selon la Convention de New York (CDE)¹² ne profitent pas d'un sort meilleur. Ainsi, on a systématiquement remplacé dans le projet la notion d'intérêt de l'enfant par celle de « bien de l'enfant », sans observer que selon l'art. 3 CDE, « l'intérêt supérieur de l'enfant » doit être la considération primordiale dans toute décision le concernant.

9. Quelle est l'actualité de traiter du nouveau droit aujourd'hui déjà, alors qu'il n'entrera en vigueur qu'en 2014 ou au 1^{er} janvier 2015, au plus tard ? D'abord, l'examen du présent sans connaître l'avenir serait incomplet. Plus prosaïquement, l'intérêt actuel découle des dispositions de droit transitoire. En effet, selon la règle générale de l'art. 12 al. 1 du Titre final CC, l'autorité parentale et tout ce qu'elle contient sera définie et exercée, dès le jour de l'entrée en vigueur de la réforme, selon les dispositions du nouveau droit.

10. Plus importantes sont les dispositions sur l'application dite rétroactive des nouvelles règles sur l'attribution de l'autorité parentale conjointe (art. 12 al. 4 et 5 Titre final CC).¹³ Cela intéressera tous les parents dont l'un d'eux ne dispose pas de l'autorité parentale lors de l'entrée en vigueur du nouveau droit. Le législateur entend lui ouvrir une porte pour qu'il puisse entrer dans le régime de l'autorité parentale conjointe.¹⁴ Tel est d'abord le cas du père de l'enfant né d'une mère non mariée. Ce père pourra s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant pour qu'elle prononce l'autorité parentale conjointe (al. 4). Il doit le faire dans le délai d'une année à compter de l'entrée en vigueur du nouveau droit. L'autorité appliquera le nouvel art. 298b CC par analogie.

¹¹ Cf., principalement, arrêt CourEDH *Zaunegger* du 3 décembre 2009, § 42–64, Fam-Pra.ch 11 (2010) 213 ; MEIER, RMA, p. 246–256 ; MEIER, *L'enfant*, p. 285–288. Il n'y a pas d'inégalité, en revanche, entre les parents qui se disputent sur l'autorité parentale dans le contexte de l'art. 133 CC (cf. TF, 5A_540/2011 du 30 mars 2012 cons. 3, non publié in ATF 138 III 348 ss).

¹² Convention sur les droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (RS 0.107).

¹³ On a relevé à juste titre qu'il ne s'agit pas d'une rétroactivité proprement dite, car l'accès à l'autorité conjointe ne produire ses effets qu'après l'entrée en vigueur du nouveau droit (BO CN 2012 1662 s., 2013 706). L'effet rétroactif réside dans le fait que l'autorité parentale a été attribuée à l'un des parents dans le passé pour durer en principe jusqu'à la majorité de l'enfant et que cet élément de durée est amputé par le nouveau droit, comme s'il n'avait jamais existé.

¹⁴ La décision étant fondée sur un examen du bien de l'enfant (art. 298b), il s'agit d'une mesure de protection régie par la Convention de La Haye de 1996, ce qui suppose en principe que l'enfant réside habituellement en Suisse, sous l'angle de la compétence (art. 5) et de la loi applicable (art. 15).

Par ailleurs, les parents peuvent en tout temps demander l'autorité parentale conjointe, moyennant le dépôt d'une déclaration commune auprès de l'autorité de protection de l'enfant (art. 298a al. 4 CC).¹⁵

11. Les Chambres fédérales ont hésité quant à l'attitude à adopter par rapport au parent ayant subi le retrait de son autorité parentale lors du divorce (al. 5). Pour le Conseil national, à l'extrême, il fallait permettre à ce parent de se voir octroyer, par l'autorité de protection de l'enfant, l'autorité parentale conjointe sans limite de temps, tant que l'enfant est encore mineur.¹⁶ Le Conseil fédéral et le Conseil des États ont adopté une position moins offensive, n'acceptant un tel changement que si le divorce a été prononcé dans les cinq ans précédant la modification apportée par le nouveau droit.¹⁷ Cette solution l'a emporté.¹⁸ Le parent requérant s'adressera au « tribunal compétent ».¹⁹

12. Ce régime ne connaîtra pas uniquement des bénéficiaires, mais il provoquera également des déceptions, voire de l'angoisse. La paix des familles sera mise en péril pour un certain temps. Le parent divorcé qui croyait avoir été investi seul de l'autorité parentale, parfois après une lutte judiciaire qu'il ne souhaite pas revivre, verra subitement son droit affaibli par une demande de partage de l'autorité dans le sens du nouveau droit. Ce régime de droit transitoire peut paraître d'autant plus inquiétant qu'il ne fait pas de distinction selon que les parents se sont entendus ou non sur l'attribution de l'autorité parentale à l'un d'eux, renonçant à l'ouverture prévue par l'art. 133 al. 3 CC.²⁰

13. Du moment que l'on connaît ce qui attend les parents concernés, il convient d'ores et déjà de s'y adapter, et ce de deux manières. En premier lieu, on conseillera au parent divorcé qui perd l'autorité parentale en vertu de l'actuel art. 133 al. 1, que la solution peut apparaître moins dramatique dès lors qu'il pourra se la faire octroyer à nouveau dans peu de temps, sur la base du nouveau droit. Il y a donc une raison pour moins insister sur ce point.²¹ En second lieu, et cela paraît plus important encore, le juge du divorce

¹⁵ Cette possibilité n'est pas évoquée à l'art. 12 al. 4 Tf CC (contrairement au projet du Conseil fédéral, FF 2011 8346). Elle résulte de l'applicabilité des nouvelles règles dès leur entrée en vigueur, sans égard au fait que l'enfant soit né avant ou après cette date. Au Conseil des États, il a été dit que cela allait de soi (BO CE 2013 567 [Seydoux-Christe]).

¹⁶ BO CN 2012 1656 s., 1661–1663, 2013 704–706.

¹⁷ FF 2011 8347 ; BO CE 2013 15 s., 567 s.

¹⁸ BO CE 2013 567 s. ; CN 2013 1062.

¹⁹ Cette mention sous-entend un renvoi à l'art. 134 (BO CE 2013 568 [Seydoux-Christe]). Quant à l'attribution conjointe, l'application par analogie de l'art. 298b al. 1 et 2 reste néanmoins pertinente, nonobstant le fait qu'elle ne figure pas à l'art. 12 al. 5.

²⁰ Pour DIETRICH, p. 341, c'est une chose impossible (« Unding ») de détacher ce seul point d'une convention de divorce négociée comme un tout. La solution étonne aussi par le fait que l'autorité conjointe pourra être obtenue alors que l'autorité d'un seul des parents, telle que convenue, sera parfaitement admissible en vertu d'une convention fondée sur l'art. 111, disposition que la réforme ne modifie pas.

²¹ Cf. également DIETRICH, p. 342.

pourrait tenir compte par anticipation du nouveau droit dans la mesure où les règles actuelles lui laissent une marge d'appréciation suffisante pour le faire, notamment en relâchant la rigueur dans la vérification de l'opportunité de maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale en application de l'art. 133 al. 3. Inutile en effet de rejeter une requête conjointe des parents de conserver leur autorité parentale au motif qu'il manque un accord sur la répartition des charges d'entretien, par exemple, alors que dans peu de temps, ce motif de refus disparaîtra. Il s'agit ici non seulement de veiller à l'administration efficace de la justice, mais également d'éviter à l'enfant et à ses parents un changement de statut ne répondant à aucun intérêt.

14. En marge, on relèvera une autre petite évolution du droit de l'autorité parentale, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013 déjà²². Dès cette date, la Suisse connaîtra des cas d'épouses mineures, ayant contracté mariage à l'étranger, normalement dans leur pays d'origine, à l'âge de moins de 18 ans. Ces mariages d'enfants conclus à l'étranger ne seront pas repoussés, en principe, par un refus de les reconnaître en Suisse, étant donné que le législateur a voulu donner la préférence à un système selon lequel un tel mariage est d'abord reconnu puis soumis à une procédure d'annulation entamée d'office par l'autorité suisse compétente (art. 105 ch. 6 CC). Or, en attendant l'aboutissement de ce procès, l'épouse n'accède pas à la majorité avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans.²³ Elle reste en conséquence soumise à l'autorité parentale de ses parents, qui sont le plus souvent ceux qui l'ont poussé vers le mariage. Si ce mariage donne lieu à la naissance d'un enfant, cette mère n'acquiert pas pour autant l'autorité parentale sur son enfant, dont le père, majeur, reste seul maître. Cela fait partie de ce que le monde politique appelle « la lutte contre les mariages forcés ».

II. Attribution de l'autorité parentale

15. On ne s'étendra plus sur les deux grands principes qui dominent la réforme. Le premier consiste à « faire de l'autorité parentale conjointe la règle »²⁴, celle-ci correspondant au mieux à l'intérêt de l'enfant²⁵. Le second vise à aboutir à l'égalité entre les couples mariés et non mariés, d'une part, et à l'égalité de traitement des enfants de parents divorcés et des enfants de parents non mariés et séparés, d'autre part. L'intérêt porte aujourd'hui sur la mise en œuvre de ces principes.

²² Loi fédérale concernant les mesures de lutte contre les mariages forcés du 15 juin 2012 (RO 2013 1035).

²³ En effet, l'ancien art. 45a LDIP a été remplacé.

²⁴ BO CE 2013 4 (Seydoux-Christe), 5 (Janiak), 6 (Sommaruga).

²⁵ BO CE 2013 6 (Sommaruga).

A. Parents mariés : vers l'autorité conjointe en cas de divorce

1. À la quête du principe

16. La volonté politique s'étant clairement formée en faveur du maintien de l'autorité parentale conjointe en cas de divorce, on s'attend à trouver dans le nouveau droit une règle claire statuant que le divorce n'a pas d'effet sur l'autorité parentale des parents, sous réserve d'exceptions.²⁶ Or, curieusement, il n'en est rien. Certes, le principe est consacré, au nouvel art. 296 al. 2, que l'enfant est soumis, pendant sa minorité, à « l'autorité parentale conjointe de ses père et mère », étant entendu que cela s'applique indépendamment de l'état civil des parents. Cependant, cela ne dit pas qu'il en soit encore de même en cas de divorce. Le nouvel art. 133 donne, au contraire, l'impression qu'il faudrait en décider spécialement, puisque le juge du divorce est invité à régler « notamment » : « 1. l'autorité parentale ». Si elle doit rester commune aux ex-époux, pourquoi faudrait-il la « régler » ?

17. L'art. 133 renvoyant aux dispositions sur les effets de la filiation²⁷, c'est l'endroit où on pourrait trouver le nouveau principe. Il y est pour le juriste, mais il n'est pas exprimé. En effet, le nouvel art. 298 al. 1 prévoit ceci :

Dans le cadre d'une procédure de divorce ou d'une procédure de protection de l'union conjugale, le juge confie à l'un des parents l'autorité parentale exclusive si la sauvegarde du bien de l'enfant le commande.

S'il ne veut pas aller aussi loin, la règle subsidiaire de l'art. 298 al. 2 s'applique :

Lorsqu'aucun accord entre les parents ne semble envisageable sur ce point, le juge peut aussi se limiter à statuer sur la garde de l'enfant ainsi que sur les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge.

Ces deux règles renferment implicitement l'hypothèse de base du maintien de l'autorité parentale commune. En effet, pour enlever celle-ci à l'un des parents, il faut que le bien de l'enfant soit menacé au point qu'il faut le sauvegarder (al. 1). S'il n'y a pas lieu de prendre une telle mesure catégorique, le juge règle, à défaut d'accord des parents, tous les éléments composant l'autorité parentale conjointe, sans toucher à celle-ci dans son

²⁶ C'est le « cœur du projet » (Lüscher, BO CN 2012 1626).

²⁷ On rappellera que ce même renvoi concerne également le juge s'occupant des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 al. 3).

principe (al. 2).²⁸ Il en résulte que l'autorité parentale conjointe constitue certes l'objectif principal, mais que l'accès à celle-ci n'a rien d'automatique : « le juge devra toutefois s'assurer que les conditions à l'exercice de l'autorité parentale conjointe sont toujours remplies ». ²⁹ Parmi ces conditions, seule celle relative à l'intérêt de l'enfant est énoncée.

2. Motifs de retrait

18. Dans le courant des débats sur le projet du Conseil fédéral, la place des conditions de retrait de l'art. 311 dans le contexte du nouvel art. 298 al. 1 a donné lieu à des controverses. Le Message est confus³⁰ et ce à dessein, à en juger par les explications fournies par l'un de ses protagonistes. En effet, il a été dit que le texte du projet de loi n'allait pas aussi loin que d'exiger une condition de retrait au sens de l'art. 311, mais que la mention de cette disposition dans le Message pouvait inciter la pratique à se diriger dans cette direction.³¹ Aux Chambres fédérales, l'équivoque a été levée sur ce point. Alors que l'on a fait dire par le Conseil fédéral que l'absence de la volonté de coopération des parents, retenue comme critère par le Tribunal fédéral³², ne devait pas être transposée au nouveau droit,³³ la Conseillère fédérale Sommaruga est venue expliquer que les cas figurant dans le catalogue de l'art. 311, complété par l'hypothèse de la violence, peuvent donner lieu au refus de l'autorité conjointe, certes, mais qu'il était entendu que l'autorité conjointe peut être refusée dans d'autres situations, non expressément mentionnées à l'art. 311. Tel est le cas lorsque les parents ne s'occupent pas sérieusement de l'enfant³⁴ ou qu'un parent est incapable d'assumer la responsabilité à l'égard de l'enfant³⁵. Il s'agit donc d'une clause générale ouverte,³⁶ qui va au-delà des motifs de retrait de l'art. 311.³⁷ En plus des cas de l'art. 311, cette clause « laisse place pour

²⁸ Curieusement, il n'est pas prévu que le juge puisse statuer sur des points convenus entre les parties, afin de les ratifier avec la force du jugement.

²⁹ FF 2011 8340.

³⁰ L'art. 311 est cité en tant que critère de retrait de l'autorité parentale conjointe dans le Condensé (FF 2011 8316), puis au sujet de ce retrait dans l'hypothèse de parents non mariés (p. 8342). Il ne figure pas dans le commentaire de l'art. 298 (p. 8340 s.).

³¹ RÜETSCHI, in *Aktuelle Reform*, Fampra.ch 13 (2012) 630, expliquant que la mention de l'art. 311 devait servir de « signal clair » (« klares Zeichen ») pour un certain changement dans la pensée (« gewisses Umdenken ») et ce, en fin de compte, à titre d'aide à l'interprétation (« bietet letztlich Auslegungshilfe ») (635).

³² Cf. TF, 5A_29/2013 du 4 avril 2013 cons. 2.2 et TF, 5A_199/2013 du 30 avril 2013 cons. 2.2, ainsi que les arrêts cités.

³³ FF 2011 8342, cf. *supra* n.b.p. 35, se référant au TF, 5A_638/2010 du 10 novembre 2010 cons. 4.1.

³⁴ BO CN 2012 1638.

³⁵ BO CE 2013 6.

³⁶ BO CN 2012 1638.

³⁷ BO CN 2012 1646 (Sommaruga).

d'autres cas »³⁸, qui ne doivent pas être « drastiques »,³⁹ permettant des exceptions « lorsque la situation est difficile ». ⁴⁰ C'est également ce que le Tribunal fédéral a compris.⁴¹

19. Le débat au Conseil national a fait ressortir que des causes telles qu'une mésentente profonde, des querelles répétées, etc., qui détériorent directement la relation entre les parents, peuvent en règle générale également être prises en compte par la notion d'intérêt de l'enfant, puisqu'elles affectent nécessairement, par ricochet, l'enfant lui-même.⁴²

3. Entre l'accord des parents et le bien de l'enfant

20. La comparaison entre les art. 133 et 298 montre un autre contraste, si ce n'est une contradiction : en effet, d'après l'art. 133 al. 2, 2^e phrase, le juge, lorsqu'il règle les droits et les devoirs des père et mère, « prend en considération une éventuelle requête commune des parents ». Or, comment va-t-il le faire lorsque cette requête préconise l'autorité parentale unique de la mère, alors que, d'après l'art. 298 al. 1, celle-ci ne pourrait être instaurée que si la sauvegarde du bien de l'enfant le commande ? Le juge va se trouver confronté à une opposition manifeste entre deux règles mal coordonnées. Il s'inspirera de l'idée que le fait pour le père de refuser ou de ne pas souhaiter participer à l'autorité parentale conjointe constitue un sérieux motif, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, pour ne pas la lui attribuer, sans que l'on puisse en faire un principe absolu.⁴³

21. Les incompatibilités ne s'arrêtent pas là, hélas. On rappellera, en effet, qu'une convention complète, comprenant des conclusions relatives aux enfants, demeure exigée si les parents souhaitent divorcer par une requête commune. L'art. 111 CC est maintenu tel quel.⁴⁴ Cette convention peut consacrer, selon les cas, l'autorité parentale conjointe ou l'autorité parentale unique de l'un des parents, en règle générale de la mère.⁴⁵ Le con-

³⁸ BO CN 2012 1644 (Huber).

³⁹ BO CN 2012 1638 (Flach).

⁴⁰ BO CN 2011 1636 (Vischer).

⁴¹ « L'attribution de l'autorité exclusive à l'un des parents doit rester possible si elle est nécessaire pour protéger les intérêts des enfants » (TF, 5A_271/2012 du 12 novembre 2012 cons. 2 *in fine*, in Fam-Pra.ch 14 (2013) 181).

⁴² Cf. BO CN 2011 1644–1646.

⁴³ En ce sens Sommaruga, BO CN 2011 1646.

⁴⁴ FF 2011 8331, 8341. Au Parlement fédéral, on n'en a pas fait mention.

⁴⁵ Le Tribunal fédéral a relevé que l'on peut s'interroger sur le point de savoir si la seule absence de consentement des deux parents au maintien de l'autorité parentale conjointe est suffisante pour refuser celle-ci, estimant cependant qu'en l'espèce, la question avait été correctement examinée au regard de l'intérêt de l'enfant (TF, 5A_642/2012 du 23 octobre 2012 cons. 4 et 5A_216/2012 cons. 2.1 ; TF, 5A_779/2012 du 11 janvier 2013 cons. 4). Sous le nouveau droit, la question se posera diffé-

traste par rapport au nouvel art. 298 est frappant. Cette disposition ne permet au juge du divorce de priver l'un des deux parents de l'autorité parentale que si le bien de l'enfant le commande. Or, le régime applicable est bien différent si le divorce repose sur une requête commune. L'art. 111 n'a pas été aligné sur les nouvelles règles.⁴⁶ Au fur et à mesure que la pratique progressera vers un accueil de plus en plus favorable à l'autorité parentale conjointe, elle tentera probablement d'étendre cette influence, si elle s'avère positive, sur les conditions de ratification des conclusions relatives aux enfants au sens de l'art. 111 al. 3 CC. Un facteur puissant en cette direction sera l'égalité de traitement des enfants : l'on comprendra de moins en moins que l'intérêt de l'enfant soit le critère dominant, voire exclusif, pour le juge du divorce d'après le nouvel art. 298 al. 1, tandis qu'il ne le serait pas lorsque les parents prennent des conclusions communes en fonction de leurs propres intérêts, qui ne se recourent pas nécessairement avec l'intérêt de l'enfant. Cependant, pareil impact du nouvel art. 298 se produira-t-il réellement, alors que les divorces fondés sur l'art. 111 représentent actuellement 90% des cas ?⁴⁷

22. Même à supposer que l'on finira par comprendre ce que le législateur a voulu dire, encore n'est-il de loin pas évident que l'autorité parentale conjointe va l'emporter aussi facilement dans la pratique des divorces comme on l'entend souvent. Car il suffit au juge de constater que « la sauvegarde du bien de l'enfant » commande de confier l'autorité parentale à l'un seul des ex-époux pour se départir de l'objectif affirmé politiquement. Certes, la barre sera placée moins haut que sous le régime actuel de l'art. 133 al. 3, étant donné que la conclusion d'un accord des parents sur la prise en charge de l'enfant et son entretien ne sera plus indispensable. De plus, il n'y aura plus lieu de démontrer positivement que l'autorité conjointe soit « compatible avec le bien de l'enfant ». En effet, le regard est inversé puisqu'il faudra exiger que cette autorité porte préjudice à l'enfant de telle manière que son bien doit être « sauvegardé »⁴⁸. Toutefois, malgré ces assouplissements, en soi incontestables, la pratique ne va-t-elle pas se diriger vers un examen généralisé de la situation de l'enfant dans chaque cas ? Il en résulterait alors une pratique qui devra mettre en balance, de cas en cas, le pour et le contre, de l'autorité parentale conjointe, d'une part, et de l'autorité parentale exclusive, normale-

remment, puisque le regard critique visera une convention consacrant le consentement des deux époux à l'autorité parentale détenue par l'un d'eux.

⁴⁶ Ce n'est que l'art. 112 qui fait basculer le régime vers l'art. 298 lorsqu'il subsiste un désaccord au sujet de l'autorité parentale.

⁴⁷ Dans un premier temps tout au moins, ce chiffre risque de baisser, étant donné que des mères vont vouloir insister pour obtenir seule l'autorité parentale, tandis que des pères vont être réticents à accepter l'idée d'une requête commune dans ces conditions.

⁴⁸ Le Message ajoute, comme s'il s'agissait d'une condition supplémentaire, que le retrait de l'autorité parentale n'est prononcé « que si le parent est incapable de s'occuper de l'enfant et de son éducation » (FF 2011 8325). Or, le parent peut être capable, en soi, mais la mésentente entre les parents être telle que, afin d'en éloigner l'enfant, il vaut mieux confier l'autorité parentale à l'un d'eux.

ment attribuée à la mère, d'autre part. La jurisprudence devra jouer le rôle d'aiguillage.⁴⁹ Elle aura tendance à poser tout d'abord une présomption de maintien de l'autorité parentale conjointe, ce qui correspond à la « ratio legis », telle qu'elle ressort de la genèse et des convictions aujourd'hui dominantes. Pour renverser cette présomption, elle exigera un examen strict du bien de l'enfant qui pourrait s'avérer incompatible avec l'autorité conjointe. Il faudra disposer de faits concrets et pertinents. S'agissant du bien de l'enfant dans le cas particulier, des considérations générales sur le prétendu bien ou mal de l'autorité parentale conjointe après divorce n'ont aucune place lors d'un tel examen. Cependant, on ne pourra pas empêcher les magistrats de s'en inspirer dans l'appréciation du cas concret.⁵⁰ Pour parvenir à une pratique consolidée, il faudra ainsi des années d'expérience et de jurisprudence, avec les controverses, les angoisses et les coûts que cela implique.

23. Le changement d'optique opéré par le législateur est donc tout en finesse, au point qu'il risque de prendre son temps pour pénétrer les prétoires. On ne peut s'empêcher de ressentir un paradoxe. La pratique jusqu'alors dominante faisait de l'intérêt de l'enfant le critère décisif.⁵¹ Le Message explique qu'il fallait se départir de cette pratique pour faire accéder davantage de pères à l'autorité parentale⁵², mais il se sert du même critère du bien de l'enfant pour retirer cette autorité à l'un des parents – à savoir les pères dans la grande majorité des cas. On peut y reconnaître également toute l'ambivalence de la réforme : on dit qu'il faut assurer l'accès des pères à l'autorité paren-

⁴⁹ Le Message n'est pas sans poser un jalon dans cette direction, lorsqu'il est dit que l'on dérogera à l'autorité parentale conjointe, certes dans des « cas exceptionnels », mais en précisant que ceux-ci se manifestent « lorsqu'il apparaîtra qu'une solution différente est plus favorable à l'enfant », auquel cas le parent qui y voit un intérêt « devra démontrer le bien-fondé de sa position » (FF 2011 8339 s.). Si la barre n'est pas placée plus haut pour balancer vers l'autorité unique de l'un des parents, l'objectif du nouveau droit ne sera pas atteint de sitôt.

⁵⁰ Un facteur troublant est le fait que dans la pratique résultant de l'actuel art. 133 CC, la prise en charge de l'enfant est effectivement assurée en commun par les deux parents dans seulement 16% des cas (FF 2011 8327, se référant à une étude du Fonds national). Il semblerait donc que l'autorité parentale conjointe n'entraîne pas de rupture du modèle traditionnel de répartition des rôles appliqué par le père et par la mère pendant leur vie conjugale (cf. CANTIENI, p. 174–189; BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI, p. 210–213).

⁵¹ Cf. ATF 136 I 178 ss, 181 : « La règle fondamentale en ce domaine est l'intérêt de l'enfant. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent ; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit ici d'un poids particulier, les capacités d'éducation et de soin des parents étant d'ailleurs similaires. »

⁵² FF 2011 8326.

tale, mais on dit aussi qu'il n'est pas évident que la réalité des rapports avec l'enfant suivra dans le même esprit.⁵³

24. Afin d'éviter de se laisser entraîner dans le cas particulier dans un débat sur les vertus de l'autorité parentale conjointe, il sera dans la pratique extrêmement utile de soumettre au juge un accord des parents sur la garde, la prise en charge et les relations personnelles de l'enfant, complété au mieux par un arrangement sur la répartition des charges d'entretien. Car en présence d'un tel accord, comportant un règlement raisonnable des relations avec l'enfant, dont on connaît de multiples versions dans la pratique, le juge n'aura plus guère de marge pour penser qu'il devrait décider autrement et aller jusqu'à priver l'un des parents de son autorité. Car l'accord démontre une entente entre les parents qui constitue l'ingrédient principal du partage de l'autorité parentale. La pratique relative à l'actuel alinéa 3 de l'art. 133 aura ainsi encore un rôle à jouer sous le nouveau droit. La réforme devait apporter un élargissement de l'autorité parentale conjointe aux situations dans lesquelles les parents ne parviennent pas à trouver un accord, mais dans les faits, le nouveau droit facilite l'accès à cette autorité surtout dans les cas où un tel accord peut être trouvé.

25. Cependant, une différence apparaît : selon le régime actuel, l'accord des parents doit être susceptible de ratification par le juge du divorce. Tel n'est pas le cas selon le nouvel art. 298 al. 2 qui, au contraire, laisse aux parents une large latitude dans le règlement des effets du divorce par rapport à l'enfant, puisque le juge ne statue à ce sujet que si « aucun accord entre les parents ne semble envisageable ». Telle qu'elle est rédigée, la disposition semble se contenter de « n'importe quel accord ». Il n'est pas certain que tel soit le véritable sens, mais l'égalité de traitement à trouver en comparaison de la situation de parents non mariés favorise une telle conclusion.⁵⁴

⁵³ « Il faut être honnête, le changement que nous proposons ne va probablement pas augmenter largement le nombre de pères qui s'occupent dans les faits de leurs enfants, mais il devrait contribuer à ce que davantage de ces derniers puissent grandir au côté de deux parents prenant leurs responsabilités » (Lüscher, BO CN 2012 1616).

⁵⁴ On notera une bien curieuse correction rédactionnelle intervenue dans le texte français de l'art. 298 al. 2 avant le vote final. En effet, alors que la version initialement retenue avait placé le membre de phrase relatif à l'accord des parties à la fin, les mots « sur ce point » visant la garde de l'enfant et les relations personnelles, comme le texte allemand (« diesbezüglich »), le changement rédactionnel consistait à faire figurer cette partie au début, précédée de « lorsque » et non de « si ». Cela est devenu sans doute plus élégant, mais on n'a pas remarqué que les mots « sur ce point » renvoient alors vers le contenu de l'alinéa 1 et non plus vers celui de l'alinéa 2.

B. Parents non mariés : la valorisation du rôle du père

26. L'autorité parentale exclusive de la mère non mariée constitue encore l'un des points principaux de divergence de traitement par rapport aux couples mariés et divorcés qu'il y avait lieu de faire disparaître. Les temps ne sont pas mûrs pour concéder aux couples non mariés une égalité stricte. Pour les uns, les père et mère non mariés doivent faire un effort pour mériter l'autorité parentale conjointe ; pour les autres, on n'imposera à la mère l'autorité conjointe du père de son enfant que moyennant une concession de celui-ci quant à la prise en charge de l'enfant et sa contribution d'entretien. Néanmoins, il est temps de rendre les couples non mariés également autonomes dans leur relation avec les enfants.

27. Les mesures de protection destinées aux enfants de mères non mariées sont ainsi appelées à disparaître. On ne devrait pas négliger, cependant, que les situations de la vie familiale « non maritale » ne sont pas toujours aussi nettes qu'on le dit. Il est excessif de qualifier, avec le Conseil fédéral, de « formalité vexatoire et inutile »⁵⁵ l'exigence d'aboutir à une convention sur l'entretien ratifiée par l'autorité, constituant un titre exécutoire⁵⁶, avant de concéder au père l'accès à l'autorité parentale conjointe. Dans la foulée égalitaire qui domine, on a cependant supprimé le curateur au sens de l'art. 309 CC, étant donné que « rien ne permet de croire qu'une mère non mariée est moins à même de protéger ses intérêts et ceux de ses enfants qu'une mère mariée »⁵⁷ – sans mentionner que celle-ci n'a pas à se préoccuper de l'établissement de la filiation paternelle et qu'elle peut compter, avant et dès le jour de la naissance, sur l'obligation d'entretien de son mari. La mère non mariée, en revanche, va se trouver avec un père jouissant de l'autorité parentale conjointe, sans que son devoir d'entretien ne soit sécurisé. À cet effet, la mère devra d'abord obtenir un titre exécutoire, dont l'octroi, de l'avis du législateur, ne doit plus être facilité par un curateur agissant d'office, ce qui constitue un grave recul par rapport au droit actuel.⁵⁸

28. Avant de revenir au sort réservé aux mères non mariées, il convient de présenter tout d'abord l'accès à l'autorité parentale que le législateur a préparé pour les pères. Cette autorité est reçue sur la base d'une déclaration commune des parents (art. 298a al. 1).

⁵⁵ FF 2011 8331.

⁵⁶ Titre qui est normalement exigé par l'autorité compétente en matière d'avances d'entretien.

⁵⁷ FF 2011 8333. De même, Seydoux-Christe, BO CE 2013 15. À noter que la suppression de l'art. 309 n'a suscité aucun débat au Conseil national (BO CN 2012 1656).

⁵⁸ Recul regretté par des praticiens : HÄFELI, in Aktuelle Reform, Fampra.ch 13 (2012) 644 ; CANTIENI, in Aktuelle Reform, Fampra.ch 13 (2012) 646.

1. Déclaration commune des parents

29. L'examen du contenu de cette déclaration mérite que l'on s'y arrête un instant.

Voici le texte de l'art. 298a al. 2 :

Les parents confirment dans la déclaration commune :

1. qu'ils sont disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant ;
2. qu'ils se sont entendus sur la garde de l'enfant, sur ses relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge ainsi que sur la contribution d'entretien.

30. Le contenu de la déclaration est donc minimal : les parents doivent accepter d'assumer conjointement leur responsabilité envers l'enfant et ils doivent « confirmer » leur entente sur la garde et le mode de prise en charge, les relations personnelles et la contribution d'entretien. La substance de cette entente ne doit pas figurer dans la déclaration. En effet, les parents doivent confirmer qu'ils « sont disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant » (ch. 1), mais il ne leur est pas demandé de préciser comment ils vont exercer cette charge. De même, ils doivent confirmer qu'ils « se sont entendus » sur le mode de prise en charge et ce qui est connexe (ch. 2), mais on ne leur demande pas d'en détailler le contenu. Les parents doivent donc uniquement déclarer que ces points sont réglés, sans dire comment. À la rigueur, ils peuvent se borner à attester qu'ils confirment avoir réglé les points figurant à l'art. 298a al. 2. De toute manière, agissant seuls et même en suivant au mieux leurs meilleures intentions, comment les parents vont-ils mettre sur papier un texte ayant une utilité même limitée à des fins juridiques à l'avenir ? Ils ne verront aucune incitation à aller plus loin, dès lors que cela ne leur est pas demandé.

31. On précisera que rien de plus ne leur est demandé dans leurs relations internes. En effet, explique le Conseil fédéral : « ... la nouvelle convention ne leur impose aucune obligation en ce qui concerne le mode de prise en charge de l'enfant, ses relations personnelles et la contribution d'entretien »⁵⁹. Il s'agit d'une condition purement formelle, les parents n'ayant pas pour devoir de fournir des précisions sur le contenu des solutions trouvées d'un commun accord.⁶⁰ Il s'agira d'un acte juridique d'un genre nouveau : il doit porter sur les questions énumérées dans la loi, mais il ne doit avoir aucun contenu, sauf à affirmer qu'il existe.

32. A cela correspond que la déclaration ne fait l'objet d'aucune vérification par les autorités. Elle est simplement « déposée » auprès de celles-ci et « reçue » par elles (art. 298a al. 4).

⁵⁹ FF 2011 8341.

⁶⁰ BO CE 2013 11 (Sommaruga).

2. Autorités compétentes

33. Deux catégories d'autorités sont compétentes pour réceptionner la déclaration :

34. Si le dépôt a lieu « en même temps que la reconnaissance de l'enfant », la déclaration est reçue par l'officier de l'état civil (art. 298a al. 4). Ce fonctionnaire exerce une fonction purement réceptrice. La loi ne précise pas quel sera le sort de la déclaration dès le moment où elle est entre les mains (ou sur l'ordinateur) de l'officier de l'état civil. Le Message confirme que l'office de l'état civil n'aura pas à vérifier la déclaration, rassurant ainsi cette administration qu'elle n'aura aucun travail supplémentaire.⁶¹ Il semble en résulter tout au moins qu'il doit s'agir d'un texte, normalement un écrit. On ne serait pas étonné de voir dans la nouvelle version de l'Ordonnance sur l'état civil l'exigence de remplir un formulaire, voire de légaliser les signatures⁶² – des formalités conformes aux pratiques suivies par ailleurs en matière d'état civil, servant de surcroît à la perception d'émoluments dont on sait qu'ils ne sont pas légers. La création d'un formulaire affaiblit encore le sens de la déclaration, car il n'incite pas les parents à préparer un texte de quelque substance qu'ils déposeront ensuite à l'état civil. Après avoir effectué le dépôt, les parents devraient s'attendre à recevoir une attestation confirmant le dépôt, mieux encore avec une copie annexée de leur déclaration.

35. Si, en revanche, le dépôt a lieu « plus tard », c'est-à-dire après le moment du dépôt de la déclaration de reconnaissance de l'enfant, le texte est reçu par l'autorité de protection de l'enfant du lieu du domicile de l'enfant. Cette autorité agira comme le fait l'officier de l'état civil : elle prend acte de la déclaration et fournit aux intéressés une confirmation du dépôt. Dès lors que deux parents sont impliqués, il faudra établir deux documents.

36. Ces formalités ne portent pas sur ce qui en constitue l'essentiel de leur sens, à savoir l'accès des parents à l'autorité parentale conjointe. Seul le dépôt est confirmé, faisant preuve de la production d'une déclaration, sans qu'il soit constaté par l'autorité que les parents ont ainsi accédé à l'autorité conjointe. La confirmation doit préciser également la date du dépôt, qui est le jour où l'autorité exclusive de la mère cesse (art. 298a al. 5). On espérera cependant que les différentes autorités sauront se montrer réalistes et accepteront d'aller au-delà du texte légal et de constater dans l'acte qu'en vertu de l'art. 298a CC, le dépôt produit l'effet de l'autorité parentale conjointe. Toutefois, s'il est procédé de cette manière, il convient de tenir compte de l'art. 16 par. 2 de la Convention de La Haye de 1996 et d'être attentif au fait que la déclaration ne peut pro-

⁶¹ FF 2011 8341.

⁶² Le Message envisage un texte rédigé sur un formulaire signé par les deux parents (FF 2011 8342). Il ne mentionne pas l'exigence de la légalisation.

duire l'autorité conjointe d'après l'art. 298a qu'à la condition que l'enfant dispose d'une résidence habituelle en Suisse.

3. Rôle de la reconnaissance

37. Sans le dire expressément, ces solutions sont destinées à donner un rôle de poids, sans être véritablement décisif, à l'accord de la mère. Si celle-ci le refuse, son objection ne peut affecter la reconnaissance de paternité en tant que telle, mais son refus peut empêcher l'accès facile du père, par simple déclaration, à l'autorité parentale conjointe.

38. Etant donné que la formalité accomplie devant l'officier de l'état civil est liée à l'acte de reconnaissance, elle risque de retarder celle-ci, en attendant que la mère ait eu le temps qu'il lui faut pour réfléchir à l'opportunité de partager son rôle avec le père. Certes, le père peut encore s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant, mais pour le justiciable, cette autorité est sans doute ressentie comme moins accessible ou conviviale. Or, tout retard dans l'établissement de la paternité n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. L'enlèvement de l'enfant par la mère sera sans obstacle. De plus, dans certains droits étrangers (tel le droit italien), la date de la reconnaissance peut jouer un rôle quant à l'accès à certains effets de la filiation, ainsi lorsque le nom de l'enfant est celui du parent (mère ou père) qui le reconnaît en premier. Si la déclaration tarde à être acceptée par la mère, le père risque de procéder à la reconnaissance dans son pays d'origine. Cela n'aura pas de sens, car l'accès à l'office de l'état civil pour le dépôt de la déclaration sera ensuite fermé, dès lors que la reconnaissance faite à l'étranger sera reconnue en Suisse.

4. Quel moyen de preuve ?

39. Le dépôt auprès de l'officier de l'état civil a manifestement pour but de donner une touche d'officialité à la déclaration commune. On devrait cependant s'attendre à ce que pareil dépôt serve également de moyen pour faire la démonstration de l'existence de l'autorité parentale conjointe. Car la déclaration en tant que telle ne suffit pas à cet égard. Il faudra encore fournir la preuve de son dépôt.⁶³ Pour le Conseil fédéral, le formulaire qu'il conviendra de remplir à l'office de l'état civil servira de moyen de preuve.⁶⁴ Cela est insuffisant, car il faudra en plus le retour d'une copie certifiée ou une attestation formelle du dépôt de la déclaration.

⁶³ Les alinéas 1 et 2 de l'art. 298a ne mentionnent pas le dépôt. L'alinéa 4 le fait, mais sans dire expressément qu'il s'agit d'une condition de validité. Cela résulte cependant de l'alinéa 5, précisant que la mère détient l'autorité parentale exclusive « jusqu'au dépôt de la déclaration ».

⁶⁴ FF 2011 8341.

40. Cependant, comment faire cette démonstration quelque temps plus tard lorsque les parents ne réussissent plus à trouver la trace de la confirmation du dépôt de leur déclaration ou de la copie de leur formulaire, ou que, vivant séparés, la mère n'entend fournir aucun effort pour retrouver le papier dans ses propres affaires ? Pour le père, la question pourra s'avérer sérieuse. Il est vrai que les tiers de bonne foi peuvent présumer que chaque parent agit avec le consentement de l'autre (art. 304 al. 2 CC), mais dès qu'il s'agit d'actes d'une certaine importance, cette présomption tombe, obligeant le tiers à s'enquérir de l'hypothèse d'une autorité partagée, auquel cas il faut s'assurer de l'accord du père en sus de celui de la mère. Comment le père va-t-il s'y prendre s'il ne dispose pas, ou plus, de la pièce officielle confirmant le dépôt de la déclaration commune ?

41. À ces hypothèses, il faut ajouter celles du déménagement de l'enfant à l'étranger. Dans le nouveau pays de la résidence habituelle de l'enfant, l'acquisition de l'autorité parentale commune selon le droit suisse sera reconnue en vertu de l'art. 16 par. 2 de la Convention de La Haye de 1996, mais cela nécessite la preuve du dépôt de la déclaration conformément à l'art. 298a CC.

42. On devrait donc s'attendre à ce que les autorités réceptrices des déclarations des parents procèdent à un enregistrement sur un support aisément accessible jusqu'à l'âge adulte de l'enfant. Or, rien de tel n'est prévu dans la nouvelle législation. Après l'avoir reçu en dépôt, l'usage qu'en fera l'autorité n'est pas précisé. Elle le mettra aux archives, mais celles-ci ne seront pas aisément accessibles plusieurs années plus tard. L'autorité de protection de l'enfant n'est pas équipée pour servir d'agence de renseignement sur les déclarations qu'elle aura reçues en dépôt depuis des années ; pourtant, elle devra s'y faire, car cela peut être pour le père le seul moyen afin d'obtenir la confirmation de ses droits. Quant aux offices de l'état civil, ils apprendront ce que l'on leur demandera de faire à travers une nouvelle version de l'Ordonnance sur l'état civil, mais cela risque de se révéler peu satisfaisant à en croire le Message.

43. Le problème découle du fait que le dépôt de déclarations sur l'autorité parentale n'a aucun rapport avec la nature de l'activité des offices de l'état civil et le mandat qui leur est confié de par la loi. On dira cependant qu'ils doivent faire face à une nouvelle activité qui, certes, sort du cadre de leur fonction principale, mais qui repose sur une « *lex specialis* ». Toutefois, celle-ci est quasiment vide de substance. Un point de comparaison existe : à l'art. 361 CC, le législateur a voulu offrir une occasion d'annoncer le dépôt des mandats d'incapacité dont l'effectivité ne se manifeste souvent que plusieurs années après leur établissement, si bien qu'il est utile, tant pour l'auteur que pour les tiers, de disposer d'un point d'accès pour vérifier s'il existe un tel document. Cependant, le législateur a pris soin de préciser à cet effet que la constitution et le lieu de dépôt du mandat soient inscrits dans la banque de données centrale (art. 361 al. 3 CC) ; dans les

faits, l'ordonnance sur l'état civil prescrit une inscription dans le registre de l'état civil⁶⁵, avec tous les ennuis que cela représente pour les intéressés, notamment lorsqu'il s'agit d'étrangers séjournant en Suisse sans avoir jamais donné lieu à un acte d'état civil susceptible d'enregistrement⁶⁶. Or, par rapport aux déclarations relatives à l'autorité parentale conjointe, aucun support de conservation de leur dépôt n'est prévu, ce qui pose un sérieux problème de base légale⁶⁷. C'est une lacune d'autant plus regrettable que, contrairement au mandat d'incapacité, le dépôt des déclarations sur l'autorité parentale est incontournable, car constitutif de l'attribution de cette autorité, tandis que la remise de l'information sur le mandat d'incapacité est purement facultative. Idéalement, on aurait également pu prévoir que les différentes autorités de protection de l'enfant qui, au fil des années, vont recevoir des milliers de déclarations sur l'autorité parentale conjointe, puissent communiquer leur dépôt à l'état civil, à des fins d'enregistrement sur un registre spécial.

5. Compétence et droit applicable

44. Le texte de réforme ne précise la compétence que sur un point : la déclaration commune sur l'autorité parentale conjointe est reçue par l'autorité de protection de l'enfant du lieu du domicile de l'enfant (art. 298a al. 4) et c'est encore la même autorité, ainsi qu'on le verra, qui reçoit, à défaut de déclaration commune, la requête tendant à ce que cette autorité soit instituée (art. 298b al. 1). On ne semble pas avoir remarqué que l'application de l'art. 25 sur le domicile de l'enfant ne va pas de soi dans cette hypothèse, étant donné que cette disposition est fondée sur les notions d'autorité parentale des père et mère et sur la garde, s'agissant de concepts sur lesquels la déclaration, respectivement la décision de l'autorité, aura un impact direct. Le moment aurait été propice de rempla-

⁶⁵ En effet, ce registre est destiné aux données de l'état civil (art. 39 al. 2 CC, art. 7 al. 2 OEC). Il convient de le distinguer de la banque de données (cf. art. 39 et 45a CC), dans laquelle il aurait fallu créer un registre à part.

⁶⁶ Si l'enregistrement est demandé par un ressortissant étranger « dont les données ne sont pas disponibles dans le système », il est « également saisi » (art. 15a al. 2bis OEC). L'étranger doit donc faire saisir l'ensemble des éléments de son état civil, ce qui peut comprendre la transcription de divers actes étrangers (entraînant l'ouverture de procédures devant l'autorité cantonale de surveillance et, le cas échéant, la consultation d'autres personnes concernées, art. 32 LDIP).

⁶⁷ Et ce sous l'angle de la légalité de l'activité de l'autorité administrative, mais également en raison du rapport avec la protection des données de l'état civil. De plus, comme cela vaut également pour le mandat d'incapacité, il n'y a, selon la loi, pour la mention de la déclaration, respectivement de l'autorité parentale conjointe, aucune place dans le registre de l'état civil, dont le contenu est défini par l'art. 39 CC.

cer l'art. 25 par la notion simple de résidence habituelle. On ne s'est pas posé la question.⁶⁸

45. Il n'a pas été remarqué qu'en matière internationale, ces règles de compétence ne s'appliquent pas, alors que le projet contient par ailleurs une adaptation de la LDIP sur une banalité rédactionnelle dont l'intérêt est dérisoire.⁶⁹

46. Pour connaître les règles applicables, il convient de qualifier le rôle de l'autorité de protection de l'enfant dans ces deux hypothèses, qu'il convient de distinguer. Lorsque cette autorité est appelée à instituer l'autorité conjointe, elle prend une mesure de protection au sens de la Convention de La Haye de 1996 qui est dès lors applicable (art. 1 par. 1 lit. a, art. 3 lit. a). La compétence de l'autorité suisse est fondée principalement sur la résidence habituelle (art. 5). Le même rattachement sert en principe à désigner la loi applicable (art. 15 par. 1). Le point de savoir si la situation présente des liens avec un État non contractant est sans pertinence.⁷⁰

47. Moins évidente est la réponse lorsque l'autorité de protection se borne à réceptionner la déclaration des parents, sans participer à aucun processus décisionnel. Il ne s'agira pas, alors, d'une mesure de protection ; la Convention de 1996 ne fournit dès lors pas la règle de compétence. La LDIP n'est pas plus utile, puisque la règle de compétence en matière d'effets de la filiation, qui réserve les mesures de protection au sens de la Convention de La Haye, ne vise que le cas d'une « action relative aux relations entre parents et enfant » (art. 79 al. 1), et elle fonde les fors sur la résidence habituelle et le domicile de l'enfant et du parent défendeur, ce qui n'a pas de rapport avec l'hypothèse du dépôt d'une déclaration commune qui ne connaît comme auteur ni défendeur ni demandeur. En définitive, s'agissant d'une simple formalité sans aucune part décisionnelle de la part de l'autorité réceptrice, il n'y a pas lieu de se référer aux règles de compétence. Pour pouvoir recevoir une telle déclaration, il suffit d'un lien raisonnable, fondé sur la résidence habituelle ou le domicile de l'enfant ou de l'un de ses parents, ou encore sur

⁶⁸ Regrettant que la modification de l'art. 25 n'ait fait l'objet d'aucun examen : REUSSER/GEISER, p. 762.

⁶⁹ L'art. 63 al. 2 LDIP est aligné sur les art. 62 al. 2 et 64 al. 2, élargissant la réserve de l'art. 85 également à la compétence et non seulement à la loi applicable (FF 2011 8348).

⁷⁰ La Convention de 1996 ne contenant pas de règle spécifique sur son champ d'application « dans l'espace », elle s'applique dans toute la mesure où ses dispositions tendent à régir la résolution du cas particulier. Les règles de conflit de lois s'appliquent « erga omnes » (art. 20). Les règles de compétence s'appliquent du simple fait qu'un chef de compétence retenu par l'une d'elles se trouve sur le territoire d'un Etat contractant ; lorsqu'un cas particulier présente des liens avec un Etat non contractant, il n'y a donc pas lieu de s'en remettre au droit national pour en dégager l'applicabilité de la Convention, qui intervient d'elle-même (ce que méconnaît le TF, 5A_809/2012 du 8 janvier 2013 cons. 2.3.1, 2.4, ainsi que OTHENIN-GIRARD, *PJA 2013* 612, déduisant l'application de la Convention du renvoi de l'art. 85 al. 1 LDIP).

leur nationalité suisse. Car la caractéristique essentielle de ce dépôt est son aptitude à faire naître l'autorité parentale conjointe dès que la situation se place dans le champ d'application du droit suisse. Or, cette question relève de la loi applicable qui est, s'agissant d'une attribution de la responsabilité parentale par un accord, sans l'intervention d'une autorité publique, la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (art. 16 par. 2 de la Convention de La Haye de 1996). Le fait que la déclaration ait été déposée, par précaution, à un moment antérieur au déplacement de la résidence habituelle en Suisse n'empêche pas l'autorité parentale conjointe de naître dès le moment où, du fait de ce transfert, la loi suisse devient applicable.⁷¹ C'est également à titre de rapport de responsabilité fondé sur un accord et sans l'intervention d'une autorité que l'autorité parentale conjointe ainsi née en Suisse sera reconnue dans les autres États contractants, sauf si cette autorité n'y est pas déjà venue à exister pour un autre motif, fondé sur la loi d'une résidence habituelle antérieure.

48. La même question se pose aux offices suisses de l'état civil. Etant donné que le dépôt de la déclaration a lieu conjointement avec l'enregistrement de la reconnaissance de l'enfant, il convient de suivre les mêmes règles de compétence que celles de l'art. 71 al. 1 LDIP. La compétence sera donc fondée sur le lieu suisse de la naissance, la résidence habituelle de l'enfant et le domicile des mère et père ou encore leur lieu d'origine. Certes, on pourrait se demander, comme l'autorité de la protection de l'enfant devrait également le faire, si cette compétence ne devrait pas être exercée uniquement si le droit suisse est applicable en vertu de l'art. 16 al. 2 de la Convention de La Haye de 1996. Ce ne serait pas judicieux, car le dépôt de la déclaration est un simple service rendu aux parents.⁷² L'office de l'état civil pourrait certes attester que le dépôt entraîne l'autorité conjointe selon la loi suisse, mais il ne rendra aucune décision ni aucun acte d'état civil sur l'existence juridique de cette autorité qui est fondée directement sur la déclaration des parents et la formalité de son dépôt.

6. Dépôt de la déclaration avant la naissance ?

49. Dans la mesure où le dépôt de la déclaration est lié à la reconnaissance d'enfants et que celle-ci peut se faire avant la naissance, il n'y a pas de raison de ne pas accepter le dépôt simultané des deux déclarations avant que l'enfant soit né. Le Conseil fédéral est heureusement de cet avis.⁷³ Le cas principal de pertinence de la question est l'attribution du nom à l'enfant de parents non mariés.

⁷¹ Question examinée par CR LDIP-BUCHER, Art. 85 n. 63 s.

⁷² Un service dont on souhaite qu'il soit également fourni par les représentations de la Suisse à l'étranger.

⁷³ FF 2011 8341.

50. En l'état actuel de l'art. 270a CC, les parents doivent d'abord obtenir la décision d'attribution de l'autorité parentale conjointe avant de pouvoir déclarer à l'officier de l'état civil que l'enfant portera le nom de célibataire du père (al. 2). L'effet désagréable de ce régime est que, le plus souvent, l'enfant acquerra d'abord le nom de la mère, pour ensuite le changer et porter le nom du père. Il en résulte un changement inopportun de son nom. Cela implique également que l'acte de naissance ne porte pas le nom actuel, ce qui constitue un inconvénient sérieux dans les pays étrangers attachant de l'importance à ce document dans la vie administrative. On ne peut éviter cette situation qu'à la condition que l'attribution de l'autorité conjointe puisse être obtenue avant la naissance.

51. Avec le nouveau droit, cela sera plus facile à gérer, puisqu'à la décision de l'autorité de protection de l'enfant viendra se substituer la simple déclaration des parents. Le nouvel art. 270a est l'œuvre du Conseil des États. Lors du dépôt du texte déjà avant la naissance, les parents pourront également exprimer le choix de celui de leurs deux noms de célibataire que leurs enfants porteront (al. 1), de manière à éviter une rupture dans l'attribution du nom après la naissance.⁷⁴ Si la déclaration a lieu après la naissance, les parents font leur choix à ce moment-là. Si, en l'absence de déclaration, l'autorité parentale conjointe est « instituée » après la naissance du premier enfant (art. 298b al. 2, 298c), les parents pourront encore faire leur choix dans le délai d'une année (art. 270a al. 2). Leur choix s'appliquera alors à tous les autres enfants communs et ce indépendamment de l'attribution de l'autorité parentale ; si un enfant né postérieurement reste sous la seule autorité de la mère, il portera néanmoins le nom du père si ce nom avait été choisi pour l'enfant né en premier.⁷⁵ À cela vient cependant s'ajouter une contradiction inhérente à l'alinéa 4 de l'art. 270a, selon lequel « les changements d'attribution de l'autorité parentale n'ont pas d'effet sur le nom ». Il faudrait alors procéder à un changement de nom. Cette disposition, prévue dans le projet du Conseil fédéral, ne concorde point avec le régime retenu par le Conseil des États.

7. Octroi sur décision de l'autorité de protection de l'enfant

a) Requête

52. Si l'un des parents refuse le dépôt de la déclaration commune, l'autre parent peut s'adresser, en vertu de l'art. 298b al. 2 CC, à l'autorité de protection de l'enfant du lieu de domicile de l'enfant. En fait, ce n'est pas le dépôt qui est refusé en pareil cas, mais la déclaration en elle-même. Le requérant devra faire la preuve du refus. Il ne dis-

⁷⁴ Il n'y a pas de solution pour le cas où les parents ont déposé une déclaration pour obtenir l'autorité parentale conjointe, puis omettent de procéder au choix du nom de l'enfant.

⁷⁵ Cela suppose toutefois que la paternité soit établie.

posera souvent pas d'un document dans lequel l'autre parent confirme son opposition. Il n'est pas certain non plus que l'autorité de l'état civil ou l'autorité du lieu d'un précédent domicile de l'enfant veuille attester qu'aucun dépôt n'ait eu lieu. Même si cela était fait, cela n'est pas suffisant pour prouver le refus, car il se pourrait le cas échéant que l'autre parent n'ait encore jamais été sollicité à donner son avis. En pratique, l'autorité de protection de l'enfant saisie de la requête devra inviter l'autre parent à prendre position devant elle. Cela sera d'ailleurs encore un moment opportun pour finalement accepter la déclaration.

53. Cet accès à la justice constitue pour le Conseil fédéral un moyen suffisant pour éviter un cas de discrimination qui serait sanctionné en vertu de l'art. 8, combiné avec l'art. 14 CEDH. Certes, la mère détient seule l'autorité parentale dans un premier temps (sous réserve du cas envisagé ci-dessus), mais dès l'instant où le père est confronté au refus de la mère de souscrire à l'autorité parentale conjointe, il peut l'obtenir en s'adressant à l'autorité selon le nouvel art. 298b al. 2.⁷⁶

54. La loi n'identifie pas le père ou la mère en tant que requérant, respectivement parent refusant la déclaration. En règle générale, ce sera le père, ayant reconnu l'enfant, qui prendra l'initiative, après s'être heurté au refus de la mère. Celle-ci ayant l'autorité parentale exclusive en l'absence de déclaration, c'est au père d'agir afin de participer pleinement à l'éducation de l'enfant. Cependant, ce cas n'est pas seul : on peut imaginer également la situation dans laquelle la mère souhaite exercer l'autorité parentale conjointement avec le père, alors que celui-ci ne se montre pas intéressé. La mère dispose alors selon l'art. 298b al. 2 d'un moyen pour y parvenir.

55. On doit garder à l'esprit que la volonté d'aboutir à cette déclaration et celle de s'y opposer ne portent pas uniquement sur le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale. La déclaration peut être l'objet de controverses du fait d'une divergence de vues sur le mode de prise en charge et le règlement du droit de visite et de l'entretien. Tant qu'elle n'aura pas obtenu satisfaction, la mère aura en effet intérêt à persister dans son refus. Dans la pratique, la situation se présentera très souvent différemment : les mères, dépourvues en règle générale de conseil juridique, vont accepter des engagements ou des déclarations « en blanc » qu'elles regretteront plus tard d'avoir signé. Et puisque la loi ne va pas plus loin que de demander le dépôt d'une déclaration confirmant le règlement des points cadre de leur relation avec l'enfant, l'autorité réceptrice ne procédant à aucune vérification, la déclaration s'avérera très souvent inapte à donner des assurances juridiquement suffisantes à la mère, alors que, en règle générale, c'est elle qui sera principalement en charge de l'enfant.

⁷⁶ Cf. FF 2011 8337 s. Il s'agit d'une adaptation « a minima » aux exigences de la CEDH : DUTOIT, p. 151.

56. Le Conseil des États s'en est rendu compte et c'est à son initiative qu'a été inséré l'alinéa 3 de l'art. 298a selon lequel, avant de déposer leur déclaration, « les parents peuvent demander conseil à l'autorité de protection de l'enfant ». Nonobstant les proclamations de haut vol sur la maturité des mères non mariées et l'absence de tout besoin de les protéger plus que ne le sont les mères mariées, on a tout de même fini par comprendre que les parents non mariés méritent de l'aide en raison de leur situation, différente de celle des couples mariés.⁷⁷ La règle n'est guère praticable lorsque le dépôt de la déclaration devant l'office de l'état civil est envisagé, étant donné que les parents devront se tourner vers l'autorité de protection avant de se présenter devant l'office de l'état civil. De plus, la consultation de l'autorité risque de reporter le dépôt de la déclaration de la reconnaissance de l'enfant par son père. Rien n'est précisé afin de savoir comment les autorités de protection de l'enfant vont devoir s'organiser pour fournir des conseils à la population alors qu'elles ne sont saisies d'aucun cas litigieux. Elles doivent en assumer la responsabilité et ne peuvent donc déléguer cette tâche à des tiers, publics ou privés. Si les magistrats n'entendent pas s'en charger, ils doivent s'assurer que cette fonction soit exercée par des collaborateurs disposant d'une formation complète pour ce faire. Il va sans dire que ce conseil doit être aisément accessible, sans qu'aucune requête préalable ne soit nécessaire. Le cas échéant, la dotation en personnel devra être adaptée à cette nouvelle charge, dont on aurait tort de sous-estimer le poids.

b) Accès à l'autorité conjointe

57. Si l'autre parent persiste dans son refus, l'autorité « institue l'autorité parentale conjointe » – dans son principe. Elle ne le fait pas, d'après l'art. 298b al. 2, si le bien de l'enfant commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que celle-ci soit attribuée exclusivement au père. Ces cas d'exception seront peu nombreux, car quelle autorité voudra affirmer d'emblée que l'autorité conjointe exercée par le père soit nuisible à l'enfant ? Certes, on doit songer aux pères inspirant peu de confiance, au passé criminel ou autrement incompatible avec le devoir d'éducation d'un enfant – mais ces cas représentent une infime minorité, ce d'autant que les candidats potentiels ne vont très souvent pas oser s'avancer. La règle présente un parallélisme avec celle applicable en cas de divorce (art. 298 al. 1). Cependant, lorsque les parents se séparent, le juge dispose de connaissances sur la vie de couple et le vécu de l'enfant qui peuvent lui permettre de bien vérifier si l'autorité conjointe risque de prolonger un conflit conjugal au point de porter une atteinte grave à l'intérêt de l'enfant. L'autorité saisie d'une demande d'attribution conjointe de l'autorité sur un enfant en bas âge ou qui vient de naître ne dispose pas d'un état de fait illustré par des événements d'une vie de couple. Certes, la

⁷⁷ Un point que d'aucuns contesteront, arguant d'un traitement discriminatoire des couples mariés qui ne sont pas mis au bénéfice des conseils de l'autorité de protection de l'enfant, alors que, il est vrai, ils pourront en avoir bien besoin.

situation est différente et proche de celle du divorce si les parents ont déjà eu d'autres enfants et un vécu commun ; cependant, dans un tel cas, ils reproduisent normalement le modèle déjà expérimenté et ils n'iront que rarement se disputer devant l'autorité sur le mode de prise en charge de leur nouvel enfant. Donc, refuser la déclaration pour le seul principe du rejet de l'autorité conjointe est peu utile, sachant que l'autorité instituera cette autorité de toute manière. À travers cette procédure, dont l'utilité n'est pas évidente, les pères non mariés parviendront donc normalement à obtenir leur part à l'autorité parentale.

58. La définition plus précise du motif de refus de l'autorité parentale conjointe est inexacte dans l'explication qu'en donne le Message, mais des clarifications ont été apportées aux Chambres fédérales, que l'on doit mettre en comparaison avec le critère identique de ce que « commande le bien de l'enfant » aux art. 298 al. 1 et 298c. Pour le Message, en effet, un parent ne pourrait se voir refuser l'autorité parentale conjointe que si l'autorité de protection de l'enfant « aurait par ailleurs un motif de la lui retirer sitôt après la lui avoir accordée », sur la base de critères qui correspondent à ceux définis à l'art. 311.⁷⁸ Cette explication est incompatible avec le texte légal, comme le confirme l'un de ses rédacteurs.⁷⁹ Aux Chambres fédérales – ainsi qu'on l'a vu ci-dessus pour le cas du divorce – il a été expliqué longuement qu'en plus des conditions de l'art. 311, d'autres conditions liées à l'état désastreux des relations entre les parents peuvent justifier le refus de l'autorité conjointe.

c) « Autres points litigieux »

59. L'intérêt véritable de s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant consiste en fait dans le règlement des « autres points litigieux », comme l'indique l'art. 298b al. 3. Le refus de la déclaration commune s'articule certes en termes de refus de l'autorité conjointe, mais ce qu'il vise n'est pas celle-ci, mais une solution satisfaisante des points que les parents ne parviennent pas à résoudre dans un accord privé. L'avantage de cette démarche est évident, si on fait abstraction de la lourdeur de la procédure et de son coût. La mère devra pouvoir compter sur une décision fixant clairement le cadre des relations avec l'enfant. On aura cependant deux regrets :

60. Il n'est pas judicieux qu'il faille refuser l'autorité parentale conjointe pour obtenir de l'autorité un règlement satisfaisant des points particuliers de l'exercice de celle-ci, alors qu'elle n'est en réalité pas contestée dans son principe.⁸⁰ Le souci de cohé-

⁷⁸ FF 2011 8342.

⁷⁹ RÜETSCHLI, in Aktuelle Reform, Fampra.ch 13 (2012) 630, 635.

⁸⁰ C'est une trappe qu'il faudra éviter. L'autorité de protection de l'enfant ne règle les autres points litigieux que « lorsqu'elle statue sur l'autorité parentale » (cf. art. 298b al. 3, dont la version allemande utilise le mot « zusammen »). Elle ne pourra donc procéder à un tel règlement si elle n'est pas saisie d'une requête d'attribution de l'autorité parentale commune. L'accès au règlement des points

rence du système aurait dû amener le législateur à statuer dans la loi l'autorité parentale conjointe des parents non mariés et de laisser la porte ouverte au règlement des « autres points litigieux » devant l'autorité compétente. Le système choisi peut paraître politiquement moins sensible, puisque l'autorité conjointe n'est pas affirmée d'emblée, mais il est compliqué et lourd à gérer, ce qui se retourne finalement contre le parent que l'on entend protéger, à savoir la mère dans la grande majorité des cas.

61. Ce défaut structurel devient particulièrement évident du fait que l'art. 298b al. 3 réserve expressément « l'action alimentaire », pour la simple raison que cette action sort de la compétence *ratione materiae* des autorités de protection de l'enfant et qu'il n'existe toujours pas de volonté politique pour résoudre enfin les problèmes complexes de la double intervention en matière de litiges familiaux de l'ordre judiciaire, d'un côté, et des autorités de protection, de l'autre⁸¹. Si les aliments constituent le point de discordance ou si la mère veut simplement disposer d'un titre exécutoire, les complications et les coûts vont doubler, puisqu'il faudra gérer deux procédures parallèlement. Si, par hypothèse, seuls les aliments posent encore problème, les parents vont se trouver bien démunis devant l'autorité de protection de l'enfant : ils n'auront rien à dire à cette autorité sauf pour confirmer ce point de divergence. L'autorité constatera normalement que le point alimentaire, aussi disputé soit-il, ne menace pas l'intérêt de l'enfant, dès lors que le juge tranchera la question de la manière la plus judicieuse, comme il a le devoir de le faire. Elle instituera alors l'autorité parentale conjointe sans autre examen, après avoir constaté l'absence de tout autre point litigieux. Cette procédure s'avère ainsi vide de sens et elle sera ressentie comme une tracasserie bien inutile.

62. Le parallélisme de ces deux procédures place les deux instances en situation de concours. L'une, ne doit-elle pas attendre que l'autre soit terminée ? Et laquelle devrait avoir la priorité ? En règle générale, l'attribution de l'autorité parentale et des rôles respectifs de chacun des parents dans l'éducation de l'enfant devraient se faire en priorité, la fixation des contributions d'entretien se présentant très souvent comme une conséquence de la répartition de la prise en charge de l'enfant. Mais lorsque les aliments constituent le seul point d'achoppement, cela est difficile à comprendre et à accepter par les parties.

accessoires sera donc fermé lorsque les parents ont déjà déposé leur déclaration commune, dont on sait qu'elle ne doit contenir aucune réglementation précise des points qu'elle est censée aborder. Pour en obtenir le règlement, le texte de réforme renvoie le parent ayant agi trop à la légère devant l'autorité de protection de l'enfant, certes, mais celle-ci ne s'y intéressera qu'en présence de « faits nouveaux importants » (art. 298d al. 1).

⁸¹ On consultera par ailleurs les art. 134, 179, 275 et 298d, dans leur nouvelle version ; FF 2011 8332, 8339 ; BO CE 2013 8 s. Le Message se borne à faire valoir les difficultés de modifier le Code de procédure civile (FF 2011 8339), comme si c'était un motif pour ne jamais remédier aux complexités du système judiciaire suisse en droit de la famille.

63. Il semble bien que l'autorité de protection de l'enfant puisse entamer un dialogue sur la question de l'entretien et ratifier le cas échéant un accord des parents, comme elle peut le faire en cas de modification du jugement de divorce (art. 134 al. 3). Le Message explique qu'elle ne pourra statuer « de manière contraignante », ce qui ne semble pas exclure une ratification au sens de l'art. 287 CC.⁸² Les autorités de protection de l'enfant devront être attentif au fait que, lorsqu'elles se prononcent dans le cadre étroit qui est le leur, sur la ratification d'une convention d'entretien, leur compétence dépend, dans les cas internationaux, non de la Convention de La Haye de 1996, mais des dispositions de la Convention de Lugano (art. 2, 5 par. 2). La loi applicable suit celles de la Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires.⁸³

8. Effet de miroir sur le régime des couples divorcés : l'inégalité de traitement

64. Entre ces deux catégories de couples – divorcés ou non mariés et séparés –, il existe une similitude des situations. Si l'on fait abstraction de la nature juridique de leur relation, l'enfant se trouve placé dans une position quasi identique, partageant sa vie entre ses deux parents menant une vie séparée. Dès lors, les régimes respectifs d'attribution de l'autorité parentale conjointe devraient être essentiellement les mêmes. Tel n'est pas le cas : pour les couples non mariés, la déclaration commune suffit et si l'un des parents s'y refuse, l'autre l'obtient de l'autorité compétente, indépendamment du règlement des autres « points litigieux ». Pour le couple divorcé, en revanche, « le juge intervient désormais chaque fois que la question de l'autorité parentale conjointe se pose »⁸⁴ et il examine encore tous les autres effets sur la relation avec les enfants, en vue d'un règlement complet. Il aurait fallu choisir l'un ou l'autre système pour les deux hypothèses.

65. Or, si le régime en cas de divorce paraît « lourd », celui applicable au couple non marié et séparé est « léger ». Le législateur a voulu insister sur le principe de l'autorité conjointe, sans égard aux besoins de protection de l'enfant. En effet, alors que le juge du divorce règle la garde et la prise en charge de l'enfant dans la mesure des besoins, rien n'est fait de pareil dans l'hypothèse de parents non mariés vivant séparément lors du dépôt de la déclaration commune ; même dans le cas où l'autorité conjointe est requise de l'autorité de protection de l'enfant, celle-ci ne s'intéresse à ces questions que si elles lui sont soumises en étant « litigieux ». Pire encore, alors que le juge du divorce s'occupe de l'entretien de l'enfant, le dépôt de la déclaration commune des pa-

⁸² FF 2011 8343.

⁸³ Du 2 octobre 1973 (RS 0.211.213.01).

⁸⁴ FF 2011 8332.

rents non mariés n'implique aucune vérification de ce point⁸⁵ ; si les parents se trouvent devant l'autorité de protection de l'enfant pour l'octroi de l'autorité conjointe, celle-ci ne peut même pas être saisie de l'action alimentaire. Et lorsque le couple non marié se sépare après avoir eu une vie en commun, rien n'est fait pour revoir la situation de l'enfant, sauf dans le cas où une requête est faite en raison de « faits nouveaux importants » (art. 298d). Or, le besoin de protection de l'enfant de parents non mariés et séparés est en principe le même que celui de l'enfant de parents divorcés.⁸⁶

9. Octroi devant le juge de la paternité

66. Curieusement, c'est devant le juge saisi de l'action en paternité que l'on rencontre le mode le plus simple pour obtenir l'autorité parentale conjointe de la part du père non marié. Dès le moment où le jugement de paternité est rendu, « le juge prononce l'autorité parentale conjointe » (art. 298c). Certes, la réserve habituelle est énoncée, permettant à la mère de maintenir seule l'autorité parentale si « le bien de l'enfant » le commande. Or, comment le juge va-t-il pouvoir s'engager dans une affirmation prospective aussi négative ? Cela sera exceptionnel.

67. Le principe retenu est d'une rigidité de pur concept, sans aucune touche de réalisme. Ce père qui va se mêler de l'éducation de l'enfant est donc un père qui s'est refusé à reconnaître l'enfant, et ce même après avoir pu prendre connaissance, lors du procès, des preuves démontrant la certitude de sa paternité. Pire encore : cette autorité conjointe sera acquise sur simple constatation du juge de la paternité, sans qu'aucun examen des points « accessoires » n'ait lieu. En effet, l'art. 298c ne fait mention, ni de la garde, ni de la prise en charge ou des relations personnelles. En revanche, ce juge peut normalement être saisi de l'action alimentaire, jointe à l'action en paternité. Mais comment se prononcer sur les aliments, alors que les modalités de la prise en charge de

⁸⁵ Le Conseil national a voulu donner un coup de correction, exigeant que lors du dépôt de la déclaration des parents non mariés ne vivant pas en communauté domestique, il leur faut produire en plus une « convention relative aux contributions d'entretien et aux relations personnelles approuvée par l'autorité de protection de l'enfant » (BO CN 2012 1647). La solution a procédé de belles intentions, cependant combattues sur l'autel du principe d'égalité de traitement avec les parents mariés « auxquels on ne demande rien, parce que les parents mariés s'organisent entre eux », raison pour laquelle les parents non mariés « ne doivent pas être placés en situation plus difficile » (Seydoux-Christe, BO CE 2013 11), sans remarquer que l'exigence prévue par le Conseil national ne s'adressait qu'aux couples non mariés et séparés, dont la situation est comparable, non simplement à celle des parents mariés, mais à celle des parents divorcés dont les enfants profitent d'un encadrement juridique étoffé. La même erreur soutient l'affirmation qu'il s'agirait d'une « deutliche Schlechterstellung von nicht-verheirateten Eltern gegenüber verheirateten Eltern » (Sommaruga, BO CE 2013 11). Le Conseil national s'est laissé impressionner (BO CN 2013 702 s.), renonçant à une règle qui aurait dû être revue de toute manière pour devenir praticable.

⁸⁶ Cf. GERBER/HAUSHEER, p. I/II.

l'enfant ne sont pas arrêtées et, pire, que ni l'avis de la mère ni celui de l'enfant ou de son représentant n'a été sollicité à leur sujet ?

68. Il est vrai que le Parlement fédéral a tenté de corriger la situation, maladroitement, hélas. Il a tiré un parallélisme entre le jugement en paternité et la reconnaissance d'enfant, en ce sens que dans les deux cas, le procédé du dépôt de la déclaration commune des mère et père s'applique. L'art. 298a al. 1 a ainsi été amendé. Or, si la réflexion avait été menée jusqu'au bout, il aurait fallu supprimer l'art. 298c. Conserver les deux règles conduit au résultat absurde qu'il existera deux manières d'obtenir l'autorité conjointe, dont l'une efface l'autre. Si le juge institue cette autorité comme il le fera en règle générale, il n'y a plus lieu de l'obtenir par une déclaration commune. Si, en revanche, il a estimé qu'elle n'était pas justifiée eu égard à l'intérêt de l'enfant, rien ne figure dans les textes qui empêcherait les parents de suivre la trace fixée à l'art. 298a al. 1 et de déposer la déclaration commune. En revanche, si la mère se félicite du rejet du juge de la paternité et refuse la déclaration commune, le père devra s'incliner. Car le juge de la paternité aura statué avec force de chose jugée sur le refus de l'autorité conjointe et ce jugement lie les parties, sauf en présence de faits nouveaux importants. Sous cette réserve, l'accès à l'autorité de protection de l'enfant en vertu de l'art. 298b al. 2, pour qu'elle octroie l'autorité conjointe, est fermée.

69. Par ailleurs, on n'a pas songé au cas où le juge de la paternité reçoit la déclaration de reconnaissance de la part du père, rendant du même coup le procès en paternité sans objet (art. 260 al. 3 CC, 71 al. 2 LDIP). Il aurait été expédient de lui permettre de recevoir également la déclaration commune des parents relative à leur autorité parentale commune. Cela aurait été d'autant plus utile du fait que les parents, lorsque la reconnaissance a eu lieu devant le juge, ne pourront plus déposer leur déclaration auprès de l'officier de l'état civil, qui ne la reçoit que si elle est présentée « en même temps » que la reconnaissance. Il conviendra donc de s'adresser encore à l'autorité de protection de l'enfant.

10. Suppression de l'art. 309 CC

70. Il faudra savoir faire face à l'angoisse de mères de ne pas pouvoir empêcher l'accès du père de l'enfant à l'autorité parentale. Or, dans certains cas, elles vont trouver un moyen dont on ne devrait pas s'attendre à ce qu'il existe. En effet, en supprimant l'art. 309 CC, on efface également l'instauration d'un curateur chargé d'établir la paternité d'office. L'idée à la base de ce coup de crayon est qu'il fallait respecter l'autonomie des mères non mariées et leur éviter le « malaise » qu'elles doivent ressentir face à des mesures du type de l'art. 309. Le Message fait croire que l'abrogation de cette disposition « n'affecte en rien le droit de l'enfant de connaître son ascendance », garanti par

l'art. 119 al. 2 lit. g Cst.féd. et l'art. 8 CEDH, dispositions auxquelles le document fédéral oublie d'ajouter les art. 7 al. 1 et 8 al. 1 CDE.⁸⁷ On pourrait penser que c'est correct étant donné que la mère pourra toujours prendre l'initiative de l'action en paternité ou de la nomination d'un curateur qui le fera au nom de l'enfant. On a également relevé qu'une modification opérée à l'art. 308 al. 2 permettrait d'assurer la protection de l'enfant sur ce point, cette disposition incluant dorénavant dans les tâches des curateurs celle de « représenter l'enfant pour établir sa filiation paternelle ».⁸⁸

71. Cependant, il ne faut pas se tromper : le glissement de ce rôle du curateur de l'art. 309 à l'art. 308 implique que l'on passera d'un régime intervenant d'office à une solution fondée sur l'appréciation de l'autorité « lorsque les circonstances l'exigent ». À l'heure actuelle, il est difficile de savoir quelles vont être les circonstances déterminantes, étant donné que la présence de l'art. 309 avait pour effet que la question ne se posait pas. Il est certain, cependant, que l'action en paternité ne sera plus intentée d'office dès que l'existence d'un enfant sans père parvient à la connaissance des autorités.⁸⁹ Les mères, dont on a voulu assurer l'autonomie, auront un rôle important, voire décisif à jouer à cet égard. Les autorités auront de la peine à imposer systématiquement l'action en paternité au nom de l'enfant, car c'est précisément une pratique que l'art. 309 a consacré et dont le législateur ne veut plus. L'affirmation de la conformité avec le droit international et les droits de l'enfant est donc fautive dans la mesure où l'État ne prévoit rien pour assurer à l'enfant l'établissement de sa paternité dans chaque cas particulier.⁹⁰

72. Avec l'abrogation de l'art. 309, on fait fi d'un pilier de la réforme du droit de la filiation de 1978 : chaque enfant doit avoir un père. L'ordre public suisse s'affaiblit de manière analogue. La récente réforme incite fortement les mères à éviter le procès en paternité, voire de déconseiller faussement au père biologique de reconnaître l'enfant, étant donné que c'est pour elles le moyen sûr de ne pas subir la participation à l'autorité parentale de l'homme dont elles ne veulent pas qu'il s'intéresse de trop près à leur vie et à celle de l'enfant. Il ne sera pas surprenant que l'on renouera avec une pratique ancienne qui a vu les mères refuser de révéler le nom du père ; sous le nouveau droit, cela sera plus simple : on ne leur posera pas la question. Voilà une modification étonnante dont

⁸⁷ FF 2011 8346.

⁸⁸ Ce point fut relevé par Seydoux-Christe, BO CE 2013 15, alors que le Conseil national ne l'a pas discuté (BO CN 2012 1656).

⁸⁹ De même, contrairement à ce qu'il fait aujourd'hui en vertu de l'art. 50 al. 1 lit. a OEC, l'office de l'état civil qui enregistre la naissance d'un enfant sans père n'aura plus de titre pour signaler le cas à l'autorité de protection de l'enfant, étant donné que celle-ci ne pourra plus agir d'office en paternité et qu'elle ne saura venir se renseigner « d'office » sur les besoins de la mère pour le cas où des circonstances seraient telles qu'il conviendrait de procéder à l'instauration d'une curatelle, car c'est précisément ce dont le législateur ne voulait plus.

⁹⁰ Cf., en ce sens également, REUSSER/GEISER, p. 766.

personne n'osera dire qu'il en est fier. On dira que l'on ne pouvait le voir. On n'a pas voulu le voir.

III. Que devient la garde ?

A. **État actuel : confusion entre droit de garde et garde de fait**

73. La garde est considérée aujourd'hui comme une notion réunissant les soins et l'éducation exercés par rapport à l'enfant ainsi que le fait d'héberger celui-ci dans sa demeure. Pour la loi, ce droit est expliqué sous la forme de l'obligation de l'enfant à vivre dans la communauté domestique de ses père et mère (art. 301 al. 3 CC) ; cela couvre l'hypothèse d'un déménagement. Plus juridiquement, il en résulte le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Ce dernier élément est le motif principal pour qualifier cette garde de « droit de garde ».

74. En principe, ce droit de garde fait partie de l'autorité parentale. Or, dans certains cas, l'éducation en communauté domestique n'est pas assurée par le détenteur de l'autorité parentale. On citera principalement l'hypothèse où, en cas de divorce, l'autorité parentale conjointe est préservée, tandis que l'enfant vivra sous la garde de l'un de ses parents. Ce parent dispose alors de la garde en fait et en droit, tandis que l'autre parent ne conserve de son droit uniquement ce qui reste après la soustraction de la garde de fait (sous réserve d'une « garde alternée »).

75. Lorsque l'enfant doit être placé dans une famille d'accueil, le droit de garde est retiré aux parents détenteurs de l'autorité parentale, mais les parents nourriciers ne le reçoivent pas ; ils se contentent de la garde de fait. Car le « droit de garde » est rattaché à l'autorité parentale et ne peut être transféré ; il peut en être enlevé, mais sans être transmis.⁹¹ Afin d'éviter un vide juridique, le droit de garde est exceptionnellement transféré à l'autorité de protection de l'enfant, qui retient ainsi tous les éléments de ce droit que l'on ne retrouve pas dans la « garde de fait », confiée aux parents d'accueil.⁹²

76. Dans leur contenu, ces deux notions se distinguent, pour l'essentiel, en ce sens que le « droit de garde » comprend le droit de fixer la résidence de l'enfant, tandis que tel n'est pas le cas de la « garde de fait ». La personne en charge de la garde de fait peut

⁹¹ ATF 128 III 9 ss, 11. Ainsi que le précise la doctrine, « le droit de garde n'est sujet ni à renonciation ni à aliénation », et « un parent ne peut en être titulaire sans détenir l'autorité parentale » (STETTLER, p. 249 ; MEIER/STETTLER, n. 803). Cf., par ailleurs, DUREL, p. 198–201.

⁹² ATF 128 III 10.

certes exercer son devoir d'éducation dans sa propre demeure, mais elle ne dispose pas du droit de fixer le lieu de résidence de l'enfant. En effet, dans l'hypothèse de l'autorité conjointe exercée en fait selon le modèle monoparental selon lequel l'enfant vit principalement avec l'un de ses parents, seule la notion de « garde de fait » peut exprimer cette situation, étant donné que le « droit de garde » est réparti de manière conjointe, comme l'est l'autorité parentale elle-même. Cette construction juridique est maladroite, car dès l'instant où la garde de fait est confiée à l'un seul des parents, le droit de garde de l'autre parent est amputé au point que ce qui lui reste n'a plus que peu de commun avec une « garde ».

77. La pratique des enlèvements d'enfant a fait surgir un autre groupe de situations, qui apporte une diversification à ce modèle de répartition entre « droit de garde » et « garde de fait ». L'illustration est fournie par l'hypothèse où l'autorité parentale est conservée lors du divorce par l'un seul des parents et ex-époux, mais assortie d'une restriction géographique, le parent en charge de l'enfant ayant reçu pour injonction de ne pas éloigner le lieu de vie et la résidence de l'enfant au-delà d'un certain rayon, délimité par une région en Suisse ou simplement par le territoire suisse, l'objectif dans ce dernier cas étant d'empêcher un départ à l'étranger (« *ne exeat order* » ou « *non removal clause* »).

78. Dans un contexte international, le parent ne disposant pas de l'autorité parentale dont l'exercice a cependant été limité géographiquement peut faire valoir la violation de son droit si le parent détenteur de cette autorité dépasse le cadre territorial fixé et déplace la résidence de l'enfant à l'étranger. En effet, par le biais de l'art. 5 de la Convention enlèvement de 1980, ce que l'on qualifie en droit suisse de « garde de fait » devient un droit dont la violation constitue un cas d'illicéité selon la Convention, malgré le fait que ce droit n'existe que par le biais d'un effet réflexe, étant déduit de l'interdiction de sortie de l'enfant adressée à l'ex-époux titulaire de l'autorité parentale et du droit de garde qui en fait partie. Cette interprétation, ou « construction », est établie clairement en Suisse et dans la plupart des autres États contractants.⁹³ On doit avouer cependant que le fondement juridique est mal défini en droit civil suisse et très peu « visible » pour les citoyens et leurs avocats. Des progrès devaient être faits à cet égard.

⁹³ Cf. ATF 133 III 694 ss, 697 ; 136 III 358, 362 ; CR LDIP–BUCHER, Art. 85 n. 186 ; DUREL, p. 194, 212–216. Une hypothèse également retenue est celle de parents divorcés partageant l'autorité parentale, la résidence des enfants étant celle de la mère, alors que le père s'est vu attribuer un large droit de visite dont l'exercice (en Pologne) serait devenu impossible en cas de départ des enfants vers la Suisse (cf. TF, 5A_479/2012 du 13 juillet 2012 cons. 4.4.3, 4.5, *in* SJ 2013 I 29) ; on remarquera cependant le contraste entre cette jurisprudence et le cas tchèque (ATF 136 III 358 s.), dans lequel le Tribunal fédéral n'a pas voulu retenir un tel droit du père, resté en Suisse, alors qu'après le départ de la mère avec les enfants vers Prague, son handicap était comparable à celui du père polonais dans l'affaire jugée en 2012.

79. Le moment est donc venu d'apporter des clarifications. On peine à comprendre pourquoi une garde de fait puisse exister indépendamment du droit de garde et pourquoi un parent privé de l'autorité parentale et du droit de garde puisse néanmoins disposer d'une parcelle d'un tel droit afin d'empêcher le départ de l'enfant.

B. Nouveau droit : garde et prise en charge

1. Droit de garde réduit à la garde

80. La solution vers laquelle le législateur s'est orienté consiste à détacher le droit de fixer la résidence de l'enfant du droit de garde et de le rattacher à l'autorité parentale comme un élément spécifique (art. 301a al. 1). Lorsque les deux parents partagent l'autorité parentale, ils détiennent les deux ce droit de fixer la résidence de l'enfant, sans égard à l'attribution de la garde. Celle-ci n'incluant plus ce droit de localiser l'enfant en un lieu déterminé, ni celui de le déplacer, il devient factuel et se confond largement avec la garde de fait.

81. Or, cette garde de fait ne suit pas, dans la grande majorité des cas, la répartition implicite à l'autorité parentale conjointe. L'expérience vécue ces quelques années avec les cas d'autorité conjointe selon l'art. 133 al. 3 CC enseigne en effet qu'il n'y a qu'une petite minorité de couples parentaux qui pratique la garde selon le même modèle « duo-parental » ou sous la forme d'une « garde alternée ». En effet, la plupart des parents se divisent les tâches comme s'il n'existait qu'une seule autorité parentale, l'autre parent étant réduit aux relations personnelles, certes définies de manière plus large et flexible, compte tenu du contexte de convivialité parentale à la base des couples opérant en commun dans l'éducation de leur enfant.⁹⁴ Le législateur n'entend pas aller au-delà de cette réalité. Il entend certes favoriser l'autorité parentale conjointe, mais il « s'abstient d'imposer aux parents exerçant l'autorité parentale conjointe un modèle particulier de répartition des rôles »⁹⁵. Cela signifie, en particulier, que cette autorité n'offre point un droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant la moitié du temps, sous la forme d'une garde alternée (ou partagée), par exemple.⁹⁶

82. Il sera donc nécessaire, aussi fréquemment que par le passé, sinon davantage, de déterminer lequel des parents exerce la « garde ». Cette attribution ne suivant pas le

⁹⁴ Cf. Schneider Schüttel, BO CN 2012 1627.

⁹⁵ FF 2011 8331.

⁹⁶ La thèse opposée est soutenue par WIDRIG, p. 905, 909, et fondée sur les principes d'égalité des parents, de protection de la vie familiale et de l'intérêt de l'enfant, cependant sans aucune analyse démontrant pour quelle raison ce mode de vie devrait l'emporter sur un rattachement de l'enfant à la vie domestique de l'un de ses parents.

schéma de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, il doit être défini et appliqué séparément de celle-ci. Tel n'est pas le cas, en revanche, du droit de fixer la résidence de l'enfant, qui reste directement rattaché à cette autorité. L'attribution de la garde n'a donc pas pour effet de priver l'autre parent de son droit de participer à la décision sur le lieu de vie de l'enfant.

83. Au niveau de la terminologie, on a pensé que la notion de « droit de garde » est privée de son élément essentiel si on lui retranche le droit de fixer la résidence de l'enfant. Ce droit renferme la « garde de fait », mais au-delà, il devient une « coquille vide ». Autant alors renoncer à la notion et ne conserver que la notion de « garde de fait », qui devient simplement la « garde », en parallèle à la « Obhut » dans le texte allemand.⁹⁷ Cela dit, on n'attachera que peu d'importance à l'opposition des termes. Bien évidemment, la « garde de fait » est une notion tout aussi juridique que le « droit de garde ». L'exemple est comparable à celui de la résidence habituelle, que l'on qualifie souvent de « notion de fait », alors que c'est une notion juridique. Ce qui caractérise la « garde de fait », c'est qu'elle repose exclusivement sur des faits liés à l'éducation et les soins donnés à l'enfant en communauté domestique. Cette « garde » est nécessairement un droit qui confère à son titulaire la prérogative dans la détermination des moyens mis en œuvre afin de parvenir à la meilleure éducation possible.

2. Prise en charge

a) Notion

84. Si l'on avait voulu en rester à extraire le droit de déterminer la résidence de l'enfant du droit de la garde, l'objectif de mieux instaurer l'autorité parentale conjointe dans la vie des familles n'aurait produit qu'un maigre résultat. Si cette autorité est attribuée aux parents en commun alors que la garde n'est assumée que par l'un d'eux, on est loin du compte. Il faudra donc que le parent assumant également sa part à l'autorité parentale soit investi d'un rôle qui, sans impliquer une véritable « garde », va au-delà des seules relations personnelles. Cela explique l'apparition de la notion de « prise en charge » (« Betreuung »).

85. La notion n'est pas définie et son emploi dans le nouveau texte n'est pas toujours cohérent. Elle est nécessairement incluse dans la garde, qui constitue la version la plus étendue de la prise en charge. Sa spécificité réside cependant dans le fait qu'elle s'applique à d'autres personnes que le parent « gardien ». Cela concerne surtout l'autre parent, qui, n'ayant pas la garde tout en étant pourvu de l'autorité parentale conjointe, peut être responsable de la prise en charge de l'enfant, qui va au-delà des relations per-

⁹⁷ Lüscher, BO CN 2012 1635.

sonnelles.⁹⁸ C'est pourquoi la plupart des dispositions utilisant la notion de « prise en charge » présentent celle-ci comme l'une des branches d'une alternative la mettant en concours avec les relations personnelles, les deux concepts étant liés par la conjonction « ou ».⁹⁹ Cependant, un chevauchement se produit alors, étant donné que la prise en charge repose sur la « participation de chaque parent », tandis que les relations personnelles concernent l'un d'eux, dépourvu de la garde. Cela signifie que les relations personnelles peuvent absorber toute la prise en charge, mais que celle-ci peut également aller au-delà de ce que l'on compte habituellement comme constituant le droit de visite et de contact.

86. Dans la mesure où la notion n'est pas définie, elle ne pourra jouer un rôle dans la pratique qu'eu égard aux règles de mise en œuvre convenues entre les parents. Néanmoins, le principe en lui-même n'est déjà pas négligeable : celui des parents exerçant l'autorité parentale en commun sans avoir la garde ne peut être réduit aux seules relations personnelles. Il peut exiger une relation plus intense, incluant une part active aux soins et à l'éducation donnés à l'enfant. Comme le droit aux relations personnelles présente un caractère double de droit et obligations pour les deux participants, le parent et l'enfant, il en va de même de la prise en charge que le parent concerné a le droit et l'obligation d'assumer, tandis que l'enfant a le droit et l'obligation d'en profiter et de l'accepter.

87. Dès lors que l'art. 133 maintient une rédaction affirmative (précisant que « le juge règle »), la question de la prise en charge doit être soulevée d'office (al. 1 ch. 3). S'il apparaît qu'aucun accord des parents n'est envisageable, le juge « statue » (art. 298 al. 2). La répartition des rôles sera alors réglée au mieux par l'autorité judiciaire disposant de l'expérience nécessaire.

88. On ne pourra s'attendre à autant de clarté lorsque l'attribution de l'autorité parentale conjointe aux parents non mariés repose sur une déclaration commune, simplement déposée auprès de l'autorité compétente, sans faire l'objet d'aucune vérification. Certes, la prise en charge de l'enfant devrait être réglée dans cette déclaration (art. 298a al. 2 ch. 2), mais on sait bien qu'en pratique, si telle exigence n'est pas vérifiable, elle restera lettre morte dans la plupart des cas et surtout dans les cas où le contexte familial est ou risque d'être conflictuel. Lorsque l'autorité parentale conjointe ne

⁹⁸ La prise en charge peut être confiée à des tiers également. En effet, elle repose sur un rapport de fait avec l'enfant et peut être exercée par une personne n'étant ni titulaire de l'autorité parentale ni de la garde. On songera notamment aux nombreuses hypothèses de l'enfant confié aux grands-parents, à une crèche, aux mamans de jour, etc.

⁹⁹ Ces règles évoquent « les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge » : art. 133 al. 1 ch. 3, 134 al. 4, 298 al. 2, 298a al. 2 ch. 2, 298d al. 2. À l'art. 301a al. 5, la mention de la prise en charge a été omise.

peut résulter d'une déclaration et qu'elle est requise de l'autorité de protection de l'enfant, celle-ci peut déterminer la participation à la prise en charge, si ce point est « litigieux » (art. 298b al. 3). Par la suite, la question peut encore être soumise à la même autorité en présence de « faits nouveaux », situation qui ne correspond pas au cas où les faits sont restés essentiellement les mêmes, les parents ne disposant cependant pas d'un régime opérationnel. L'on ne pourra alors compter que sur des mesures de protection d'après l'art. 307 CC, où la prise en charge n'est cependant pas mentionnée.

b) Lien avec l'entretien

89. Les effets que la prise en charge produit sur la fixation des contributions d'entretien ne sont pas négligeables, non plus. Car l'entretien est, en droit actuel, l'effet réflexe de l'absence de garde. L'autorité parentale conjointe y ajoute la prise en charge : en effet, le parent qui partage cette autorité sans avoir la garde peut prendre en charge l'enfant autrement que par des prestations d'entretien. Cela peut l'inciter à réclamer une prise en charge plus intense en compensation d'une diminution des aliments. Il peut aussi vouloir s'opposer à une augmentation des aliments en acceptant une prise en charge plus étendue. Le parent gardien devra plus fréquemment que par le passé faire face à cet enjeu : lorsqu'il demande davantage d'aliments, on risque de répondre que ses besoins pourraient diminuer si une prise en charge plus importante était acceptée par l'autre parent. Cette réponse ne sera pas uniquement celle du parent payeur qui est au bout de ses forces financières, mais elle viendra également de l'autorité sollicitée de verser des avances. Il ne suffira pas de dire que cela est impossible, compte tenu des relations entre les deux parents. La pression pourra être telle qu'une modification de la répartition des prises en charge devra être trouvée, en dernier ressort devant l'autorité. L'autorité parentale conjointe implique donc une part, relativement mal déterminée, à la prise en charge de l'enfant, que le parent non investi de la garde devra assumer, en particulier si sa contribution sous forme d'aliments est restreinte en raison de sa situation financière modeste.

90. Certes, le fait de tenir compte de la valeur économique de la prise en charge de l'enfant, donc de son coût, dans la détermination du montant de la contribution d'entretien, semble être naturel d'un point de vue comptable. L'avant-projet de modification du Code civil en matière d'entretien de l'enfant, soumise à consultation en juillet 2012, propose dès lors de consacrer ce principe (art. 285 al. 2 AP), qui n'est pas véritablement nouveau. Cependant, dans un contexte de généralisation de l'autorité parentale conjointe, il convient d'être attentif à une répartition juste entre la garde et la prise en charge de l'enfant et à leur impact sur la détermination des prestations d'entretien.

91. Dès lors que le coût de la prise en charge se répercute sur la contribution d'entretien, ces deux valeurs deviennent des vases communicants. L'intensité de la prise en charge de l'enfant par le parent non gardien et les variations qu'elle peut subir produi-

sent des effets sur le montant des contributions d'entretien à fournir par ce parent. Pour le parent ayant la garde, le même phénomène se produit, mais il est moins visible. On constatera tout d'abord que la garde exercée par le parent lui-même implique une prise en charge de l'enfant. Le texte du nouveau droit n'est pas bien explicite sur ce point, puisqu'il présente en règle générale, d'un côté, la garde, et de l'autre, les relations personnelles ou la prise en charge. Cependant, dans les nouvelles dispositions, il est question de la « participation de chaque parent à la prise en charge ». Du moment que la garde implique une part à la prise en charge, elle intervient dans la détermination de l'entretien à un double titre. La garde assure, par le biais des soins et l'éducation, l'entretien « en nature » de l'enfant, d'une part, et la prise en charge complète cet entretien par une valeur économique à prendre en compte lors de la fixation de la contribution à verser par l'autre parent, d'autre part.

92. On constatera, cependant, que la meilleure répartition de la prise en charge des enfants par les deux parents, qui est l'objectif du nouveau droit, rend ce critère de moins en moins maniable à des fins de détermination de la contribution d'entretien. Le droit actuel définit la contribution, entre autres, en tant que participation à la prise en charge de l'enfant par le parent n'ayant pas la garde (art. 285 al. 1 CC). Les réformes en cours vont vers une certaine dilution du concept de prise en charge, celle-ci étant répartie entre les deux parents sans que l'on sache avec précision comment cette répartition s'articule concrètement dans la vie quotidienne et en termes de coût, ce d'autant qu'elle peut subir des changements fréquents de par le cours de la vie, sans que l'on puisse s'adresser à chaque fois au juge pour revoir les versements à faire. L'incertitude sera grande, mais elle reflète une idée de flexibilité inhérente au partage des rôles qu'entraîne l'autorité parentale exercée en commun. Cependant, cela rend cette notion inapte à fournir un critère comptable pour la fixation du montant dû à titre d'entretien. En ce sens, l'avant-projet sur le droit de l'entretien n'a pas absorbé la véritable « ratio » de la réforme sur l'autorité parentale.

93. En sus de l'incertitude, il y a lieu de se demander si le nouveau modèle familial ne risque pas de modifier les enjeux au niveau de la répartition des charges d'entretien. La réforme vers l'autorité parentale conjointe accentue la répartition de la prise en charge de l'enfant par les deux parents. La réforme du droit de l'entretien prendra en compte le coût des charges respectives des parents dans la fixation de la contribution d'entretien de l'autre parent. Or, la charge d'entretien de cet autre parent, non-gardien, risque de décroître au motif que ce parent assume de toute manière sa part à la prise en charge de l'enfant et donc de son coût.

94. Cette conséquence ne peut être envisagée, en l'état, qu'en tant que tendance en direction d'un possible affaiblissement de la situation économique des parents assumant la garde des enfants, qui sont, en grande majorité, les mères. Et comme s'il s'agissait d'enfoncer le clou, il est proposé de surcroît de biffer le critère de l'ampleur et de la

durée de la prise en charge de l'enfant en tant que facteur à prendre en compte dans la fixation de la contribution équitable revenant à l'époux divorcé (art. 125 al. 2 ch. 6 CC). Cet époux ne pourra compter que sur une participation à ses frais de prise en charge de l'enfant (art. 285 al. 2 AP). Non seulement le parent assumant la garde risque de recevoir moins de l'autre parent, qui viendra prétendre que sa part à l'entretien consiste également en sa participation à la prise en charge, mais en plus, le parent gardien ne pourra escompter une compensation de ses propres frais uniquement dans la mesure où la prise en charge de l'enfant l'exige et non plus en fonction de ce qui paraît équitable au juge du divorce. Cette part à l'entretien cessera dès le moment où l'enfant devient majeur ou n'a plus besoin d'être pris en charge, privant ainsi le parent gardien de cette ressource sans égard à sa propre situation, qui peut alors être telle qu'il est trop âgé ou ne peut plus espérer se réinsérer sur le marché du travail. Si l'enfant doit être placé auprès de tiers, la part de l'entretien fondée sur la prise en charge par le parent gardien sert de rémunération, mais en ne laissant plus rien à ce parent.

95. La proposition est choquante sous l'angle du respect pour l'époux victime d'un divorce qui requiert une compensation équitable. Elle est articulée au regard du seul principe de l'égalité de traitement des enfants de couples divorcés et des enfants de couples non mariés et séparés. Elle néglige cependant la protection élémentaire à laquelle peut prétendre le conjoint subissant la dissolution de son mariage, dont on ne saura le priver sous prétexte que les partenaires d'un couple non marié n'en profitent pas.

96. La protection qu'offre l'art. 125 al. 2 ch. 6 CC va au-delà d'une compensation des frais de prise en charge de l'enfant. Cela tout d'abord parce qu'elle doit être équitable et peut donc être plus élevée qu'un montant arithmétique calqué sur les besoins de l'enfant. Mais surtout, elle va au-delà des frais réels de prise en charge de l'enfant dans des cas nombreux dans lesquels la mère subit une diminution ou une interruption de son activité professionnelle qui pourrait lui rapporter un salaire plus élevé que le coût de la prise en charge de l'enfant. Dans les couches dites moyennes et aisées de la population, il en résulte un affaiblissement sensible du soutien que les mères peuvent escompter pour les années suivant leur divorce. Dès lors qu'elles n'ont souvent pas d'autre choix, leur niveau de vie et celui de leurs enfants diminue, au point que les moins bien lotis rejoindront les déjà trop nombreuses familles monoparentales vivant en-dessous du seuil de pauvreté.

97. En fait, la solution préconisée par les autorités fédérales va augmenter la pression pour les mères de se chercher un emploi en plus de leur charge familiale, et ce alors qu'une solution de garde externe n'est de loin pas toujours possible et à des coûts raisonnables. Or, on peut se demander si tel est le rôle du droit de la famille.¹⁰⁰ Si on estime

¹⁰⁰ Une clarification s'imposera d'autant plus qu'une solution a été présentée par le Conseil fédéral qui se dirige dans le sens opposé. Selon le projet du 29 mai 2013 sur le partage de la prévoyance profes-

que cela est une politique souhaitable, encore faudrait-il ne pas ignorer que les conditions régnant sur le marché de l'emploi ne sont de loin pas aussi prometteuses pour assurer aux mères qu'elles puissent faire face à leur situation. Dans les cercles attachés aux grands principes, on ne manquera pas de relever qu'au prix du sacrifice des mères divorcées, un pas supplémentaire et positif sera fait vers l'égalité de plus en plus complète entre hommes et femmes, comme cela est soutenu dans de larges milieux et même par ceux qui osent encore se dire « féministes ».

98. Pour bien marquer que la contribution pour la prise en charge de l'enfant n'aura plus rien à faire avec les besoins des femmes divorcées, cette contribution aura pour créancier non pas ce parent, mais l'enfant lui-même, avec les aléas que cela peut provoquer lorsque la gestion du patrimoine de l'enfant est entre les mains des deux parents divorcés et opérant sous autorité parentale conjointe.¹⁰¹

99. On notera par ailleurs qu'aucune attention n'a été portée aux problèmes de conflits de lois. En effet, la loi applicable à l'entretien de l'époux divorcé et à celui de l'enfant n'est parfois pas la même.¹⁰² Cela peut créer des inégalités de traitement lorsque la loi alimentaire suisse entend réduire l'entretien revenant à l'époux divorcé au niveau des frais effectifs de la prise en charge de l'enfant, tandis que la loi étrangère régissant les effets du divorce contient bel et bien une règle comme l'art. 125 al. 2 ch. 6 CC ou même une solution plus généreuse. Inversement, la loi sur l'entretien après divorce peut être la loi suisse (alors amputée de l'art. 125 al. 2 ch. 6), alors que la loi étrangère régissant les aliments de l'enfant entend régler la protection économique de l'époux divorcé au-delà des frais effectifs de la prise en charge de l'enfant exclusivement comme une question ayant trait aux effets du divorce, cependant régis par une autre loi.

100. Le sens véritable de la notion de prise en charge de l'enfant sera ainsi révélé lorsque l'on abordera la réforme du droit de l'entretien. On va d'abord instaurer l'autorité parentale conjointe pour paver le chemin au « retour des pères ». Lorsque cela sera acquis, on dressera les comptes et on verra ce qui reste pour le « retour des mères ». Gageons que les féministes-égalitaristes vont dire aux mères qu'elles devront subir ce que les pères ont obtenu afin d'être à égalité avec eux. En attendant, le socle de pauvreté des familles monoparentales dépassera la barre des 30%.

sionnelle en cas de divorce, le juge peut ordonner l'attribution de plus de la moitié de la prestation de sortie au conjoint créancier « lorsque celui-ci prend en charge des enfants communs après le divorce » (art. 124b al. 3 CC, FF 2013 4341–4408, 4341 ss, 4371 s., 4411).

¹⁰¹ Pour des critiques, cf. HAUSHEER, p. 345–348 ; RUMO-JUNGO/HOTZ, p. 7 s.

¹⁰² Cf. art. 4 et 8 de la Convention sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 2 octobre 1973 (RS 0.211.213.01).

101. Pour l'instant, on fera face à une notion de prise en charge largement vide de substance. À une exception près, cependant, qui est de taille. Il convient d'aborder, en effet, ce que cette prise en charge comporte comme pouvoir de décision.

IV. Qui décide ?

102. Le sujet est vaste : l'autorité sur l'enfant confère aux parents un pouvoir de prendre des décisions ayant trait à sa vie sociale, aux soins et à l'éducation à lui prodiguer. Ces décisions doivent être analysées dans les relations internes entre les parents, d'une part, et dans les rapports avec les tiers, d'autre part.

103. Avant d'aborder l'exercice de ce pouvoir, il convient cependant d'en connaître tout d'abord le contenu. Le Tribunal fédéral a relevé que le droit suisse ne connaîtrait pas de définition de l'autorité parentale.¹⁰³ Sur ce point, le nouveau droit ne fait pas mieux. Le droit suisse comprend pourtant la Convention de La Haye de 1996, dont l'art. 1 par. 2 définit la responsabilité parentale comme une notion qui « comprend l'autorité parentale ou tout autre rapport d'autorité analogue déterminant les droits, les pouvoirs et les obligations des parents, d'un tuteur ou autre représentant légal à l'égard de la personne et des biens de l'enfant ». L'autorité parentale est donc l'un de ces rapports compris dans la responsabilité parentale. Ces deux concepts sont parfaitement équivalents dans leur contenu, même si des sensibilités différentes apparaissent dans l'expression linguistique. On ne reprendra pas ici les termes du débat sur la préférence qu'il y aurait lieu de donner à la notion de « responsabilité parentale », que l'on réservera pour des générations futures de juristes et de politiciens.¹⁰⁴

104. La Convention détermine encore le droit applicable à l'exercice de la responsabilité parentale. D'après l'art. 17, c'est la loi de l'État de la résidence habituelle qui est applicable ; cette loi est celle de la nouvelle résidence si celle-ci a changé. Le fait que cet État soit ou non un État contractant est sans importance (art. 20).

¹⁰³ TF, 5A_497/2011 du 5 décembre 2011 cons. 2.1.2 ; TF, 5A_369/2012 du 10 août 2012 cons. 3.1.

¹⁰⁴ On notera toutefois qu'une plume bien inspirée a fait glisser l'expression dans le nouvel art. 298a al. 2 ch. 1, où l'on évoque la déclaration des parents non mariés d'être disposés à assumer « conjointement la responsabilité de l'enfant ». Tant que durera la domination alémanique dans l'administration fédérale et les milieux politiques, on ne doit s'attendre, hélas, à aucune sensibilité envers les francophones souhaitant se débarrasser enfin de l'expression « autorité parentale », ce que les alémaniques ont obtenu en 2000 déjà. Etant donné que les deux versions linguistiques sont différentes de toute façon, il n'y aurait pas d'obstacle à ce que la notion de responsabilité parentale soit introduite dans le texte français (et italien) uniquement (ce qu'un député a suggéré au Conseil national, BO CN 2012 1633 [Vischer]).

105. Qu'en est-il alors en droit civil suisse ? Le droit actuel ne s'y intéresse guère, ce qui constitue un héritage de temps anciens, où l'autorité exercée sur les enfants était perçue comme un champ pour la libre volonté des parents. Leur pouvoir n'est ainsi guère défini, puisque l'art. 301 al. 1 CC se borne à mentionner les soins et l'éducation, en laissant aux parents au surplus toute latitude pour prendre « les décisions nécessaires ». Le contenu de celles-ci n'est abordé que négativement, à travers les situations dans lesquelles un retrait de l'autorité parentale sur décision de l'autorité compétente est justifié. Le nouveau droit ne touche pas à ce principe, en conservant tant cette disposition que celle de l'art. 311 CC, auquel on a ajouté uniquement le cas de la violence (ch. 1).

106. Cependant, en élargissant le champ de l'autorité parentale conjointe aux couples vivant séparés, quelques précisions se sont avérées nécessaires, qui s'adressent autant aux couples vivant dans un ménage commun. En effet, à quoi sert l'activité parentale exercée en commun si le parent vivant hors de la demeure de l'enfant n'est pas assuré de pouvoir prendre part aux décisions concernant la vie de son enfant ? L'une de ces décisions porte sur la détermination du lieu de résidence de l'enfant – on y viendra. Comment concrétiser par ailleurs la participation du parent n'ayant pas la charge de l'enfant dans sa propre demeure ? Il faudrait régler les deux volets : assurer à ce parent sa participation à travers une exigence de consentement aux décisions à prendre, et obliger le parent s'occupant de l'enfant à se concerter avec son ex-partenaire et de solliciter son accord.

107. Le Parlement fédéral n'a pas cherché à atteindre la perfection dans la définition des pouvoirs de décision respectifs des parents. En revanche, il a insisté sur la présence d'une règle statuant le principe. On n'a donc pas voulu corriger le nouvel alinéa 1^{bis} de l'art. 301 CC, tel que proposé par le Conseil fédéral, sachant bien qu'il donnera encore lieu à de très nombreux débats, dans les ménages et dans les prétoires. Il s'agirait d'une « pièce centrale » de la réforme.¹⁰⁵ En effet, selon ce texte :

Le parent qui a la charge de l'enfant peut prendre seul :

1. Les décisions courantes ou urgentes ;
2. D'autres décisions, si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable.

108. Pour les uns, cette disposition peut facilement animer des débats épiques,¹⁰⁶ alors que, pour les autres, elle paraît limpide. Les divergences que l'on observe dans les

¹⁰⁵ CANTIENI, *in* Aktuelle Reform, Fampra.ch 13 (2012) 641 (« Kernstück »).

¹⁰⁶ Ainsi pour CANTIENI, *in* Aktuelle Reform, Fampra.ch 13 (2012) 641 : « Da unklar bleibt, was damit gemeint ist, eröffnet der Vorschlag meiner Meinung nach Tür und Tor für diesbezügliche Auseinandersetzungen ». Pour RÜETSCHI, *in* Aktuelle Reform, Fampra.ch 13 (2012) 631, cette règle offre de nouvelles possibilités pour se disputer (« Natürlich schafft eine solche Regelung wieder neue Möglichkeiten, sich zu streiten »).

premières réactions semblent s'expliquer par le fait que le texte légal apparaît lacunaire si l'on ne le place pas dans le contexte plus ample des concepts d'autorité parentale et de prise en charge. En lisant la disposition, on se demande : faut-il la prendre au mot – ou non ?

109. Ce nouvel alinéa se présente comme une exception au premier, consacrant le pouvoir des père et mère détenteurs de l'autorité parentale de prendre « les décisions nécessaires », ce qui sous-entend qu'elles soient prises en commun. L'alinéa 1^{bis}, en revanche, détermine le pouvoir de l'un des parents de décider « seul ». On est nécessairement dans une hypothèse d'autorité parentale conjointe, car à défaut de celle-ci, le principe de l'alinéa 1^{er} serait amplement suffisant.

110. La nouvelle règle est facile à comprendre pour ce qu'elle dit explicitement : le parent décide seul les questions de la vie courante et s'il y a urgence ; dans tous les autres cas, il décide seul si l'autre parent n'est pas atteignable¹⁰⁷. Par interprétation, on ajoutera que l'hypothèse où le parent est atteignable, certes, mais ne répond pas ou refuse de se prononcer, doit être assimilée au cas où il ne peut être joint.

111. Une controverse peut être animée sur l'attitude à adopter dans les cas non visés et en supposant que le raisonnement « a contrario » n'est pas admissible : La décision ne touche pas à la vie courante et peut attendre, et l'autre parent s'y oppose ou propose une autre décision. La mère voudrait inscrire son enfant à un cours de sport de compétition, un cours de langue en option, un stage de voile en haute mer, un traitement dentaire bénéfique pour l'enfant sans être indispensable, ou toute autre chose ne relevant pas de la vie quotidienne ou courante. Certes, la mère pourrait différer la décision jusqu'au jour où elle devient urgente et trancher alors seule. Mais ce n'est pas une attitude à adopter de manière générale. Faudrait-il donc qu'il y ait toujours un accord commun dans les cas ne rentrant pas dans les deux catégories énumérées, et ce au point qu'à défaut, aucune décision n'est prise, respectivement le projet qui en fait l'objet est refusé et n'a pas lieu d'être ? Et que fait le parent ayant la garde de l'enfant s'il se heurte à des oppositions répétées, voire systématiques de la part de l'autre parent, qui semble n'avoir point d'autre but que de faire obstruction ? Il y aurait mille hypothèses de conflit à énumérer pour lesquelles l'alinéa 1^{bis} finirait dans un cul-de-sac. Cela ne peut pas être son but, sa « ratio legis ».

112. Lorsqu'on lit les débats parlementaires, on constate qu'il conviendrait de ne pas dramatiser.¹⁰⁸ Cette disposition ne doit pas provoquer des blocages qui rendent la vie ingérable tant à la mère qu'à l'enfant. L'objectif prioritaire, rappelé avec une certaine

¹⁰⁷ De nos jours, ces cas vont être rares. On citera le cas de l'emprisonnement et le départ dans un pays lointain et inaccessible.

¹⁰⁸ Cf. BO CN 2012 1648–1652.

insistance, est d'exiger que l'autre parent soit consulté lors du processus de prise de décision, à l'exception des hypothèses énumérées à l'alinéa 1^{bis}.¹⁰⁹ Cette disposition révélerait ainsi un sens parfaitement compréhensible et juste, en phase avec ce que représente l'autorité parentale exercée en commun. Cependant, il aurait mieux valu le dire. Le texte retenu dit bien que les cas des chiffres 1 et 2 sont les seuls qui ouvrent la voie à une décision prise « seule ». Dans les autres cas, elle est commune aux parents ou elle n'est pas. Or, ce raisonnement est trop court.

113. L'art. 301, dont le nouvel alinéa fait partie, porte sur la définition du contenu de l'autorité parentale. Cette disposition ne définit pas le contenu de la garde, ni celui de la prise en charge de l'enfant ou des relations personnelles. Les décisions à prendre dans le contexte de ces sous-éléments de l'autorité parentale relèvent de ces concepts et non de l'art. 301. En conséquence, les décisions inhérentes aux fonctions attachées à la garde, la prise en charge ainsi que les relations personnelles relèvent du pouvoir autonome du parent concerné. Dans les limites qui lui sont ainsi fixées, il décide seul, quitte à en informer l'autre parent le plus tôt possible.

114. On observera également que cet alinéa 1^{bis} s'adresse au « parent qui a la charge de l'enfant ». Dès lors que ce parent doit récolter l'avis concordant de l'autre, on est nécessairement dans une hypothèse de répartition de la prise en charge de l'enfant entre deux parents se partageant l'autorité parentale en commun. De plus, si l'autre parent doit être consulté, c'est du fait que le parent qui voudrait décider seul entend aller plus loin que ce qui relève de son « rayon » de toute manière. Si la mère détient la garde, elle décide de tout ce qui concerne sa prise en charge de l'enfant dans ce contexte. Elle fixe les heures de piano de l'enfant pendant la semaine ou elle décide de ses projets pour les vacances qu'elle partage avec l'enfant, par exemple. Le père qui assume la prise en charge un weekend ou pour certains moments dans la semaine décide du programme de musique pour ces périodes-là, comme il choisit le mode de vacances qu'il vivra ensemble avec l'enfant. En revanche, la mère ne décidera pas seule de fixer une leçon de musique à un moment où le père est chargé de leur enfant, comme elle ne passera pas ses vacances avec l'enfant de manière à empiéter sur les projets du père. Celui-ci, pour sa part, fixera une leçon de musique le samedi, mais il ne décidera pas de la déplacer au lundi lorsque l'enfant est de retour auprès de sa mère, sans avoir sollicité l'accord de celle-ci.

115. Il en résulte que le devoir de solliciter l'accord de l'autre parent incombe à chaque parent assumant la charge de l'enfant lorsqu'il entend prendre une décision qui sort de son champ de responsabilité et affecte la situation de l'autre parent. Pour ces cas,

¹⁰⁹ Cf. BO CN 2012 1650 : lorsque la mère entend prendre un emploi et doit mettre l'enfant à la crèche, l'autre parent ne pourra s'opposer à la prise d'emploi par la mère, mais il aura l'occasion de proposer une autre solution pour prendre l'enfant en charge (Sommaruga).

l'alinéa 1^{bis} fixe la direction à suivre. De plus, il faut songer aux décisions importantes qui dépassent le champ de compétence attaché à la garde ou la prise en charge et qui sont, de par leur nature, directement rattachées à l'autorité parentale. Pour ces cas, l'alinéa 1^{bis} se présente comme le complément indispensable, quoique implicite de toute manière, de l'alinéa 1^{er}.¹¹⁰ Ainsi, pour décider si l'enfant devrait prendre des leçons de violon plutôt que de faire du chant ou de l'athlétisme, l'accord de l'autre parent est nécessaire si celui-ci est atteignable moyennant un effort raisonnable. Par contre, pour fixer le lieu, la date et le moment des leçons, chaque parent dispose de l'autonomie circonscrite par les termes de sa prise en charge de l'enfant.

116. Pour ceux qui voient dans cet alinéa 1^{bis} un objet de controverses sans fin (que des centaines d'avocats exploiteront avec le zèle et l'effervescence qu'on leur connaît), il est possible de dédramatiser les enjeux. Ceux qui ont compris d'emblée sont rassurés, au point qu'ils devraient se demander si cette règle était vraiment indispensable. Ils devraient le faire d'autant plus que la disposition n'est associée à aucune voie judiciaire spécifique (contrairement à l'art. 301a al. 2). Pour les parents qui s'entendent, la règle est inutile ; pour les autres, faute d'autorité, elle ne présente qu'une source de conflit. Quel en est le sens ?

117. Enfin, le Conseil fédéral entend rassurer en affirmant que cette disposition « concerne uniquement la relation entre les parents », car les relations à l'égard de tiers sont toujours régies par l'art. 304 CC, qui reste inchangé.¹¹¹ Alors, à quoi tout cela sert ? La relation entre les parents n'affecterait pas également l'enfant et, de ce fait, l'exercice de l'autorité parentale ? Les tiers, sachant par hypothèse que les parents détiennent l'autorité parentale conjointe, pourraient alors encore invoquer leur bonne foi, inexistante, pour présumer le consentement de l'autre parent ? En droit actuel déjà, les tiers doivent savoir que des actes importants requièrent le consentement des deux parents et qu'il faut être particulièrement prudent lorsque ceux-ci sont non mariés ou vivent séparés.¹¹² Avec le nouveau droit, les tiers doivent également connaître les dispositions de l'alinéa 1^{bis} de l'art. 301 CC. Ils sauront donc que les conditions exigeant l'accord des deux parents sont devenues plus exigeantes.

¹¹⁰ Certes, on pourrait se demander qu'elles seraient les décisions de cette importance que l'on pourrait néanmoins qualifier de courantes au sens du chiffre 1 de l'alinéa 1bis. Or, il y a parfois des décisions qui sortent de l'ordinaire et qui sont, dans le cas particulier, néanmoins à prendre couramment, telles les doses d'insuline à administrer à un enfant atteint du diabète : cela est parfaitement courant pour les parents, tout en étant, selon les cas, important, voire vital pour la santé de l'enfant, sortant ainsi du champ de la garde ou de la prise en charge assumée par un seul d'entre eux.

¹¹¹ FF 2011 8344.

¹¹² HEGNAUER, n. 26.29.

118. Il reste une décision qui est autrement plus importante que ce qui est visé à l'alinéa 1^{bis} de l'art. 301 CC et qui se place au centre de la réforme vers l'autorité parentale conjointe.

V. Droit de déterminer la résidence de l'enfant

119. Le départ de l'enfant avec son parent gardien peut parfois être très douloureux pour l'autre parent. Les facilités de voyage et des communications sont certes évidentes, mais cela ne remplace pas le contact physique et de proximité. Le lien parental se voit privé d'une partie de sa substance, malgré les efforts entrepris par le parent délaissé au mieux de ses capacités. La question de la résidence de l'enfant ne se pose donc pas de façon isolée.

120. La société évolue. Le mariage était autrefois un lien conçu dans la durée. Il n'en est plus rien aujourd'hui, ou presque, de plus en plus rares étant les couples dont la relation a un impact décisif sur leur vie (« lebensprägend »). Or, l'enfant est venu se placer comme une solution de substitution, étant donné que l'idée s'est développée qu'il doit pouvoir conserver des liens de proximité avec ses deux parents, ce qui, par ricochet, devrait empêcher ceux-ci de s'éloigner, non seulement de l'enfant, mais également l'un de l'autre.

121. Il a été observé plus haut que le législateur entend « décapiter » le droit de garde de son élément principal, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. À peu de choses près, le droit de garde se résume alors à la garde de fait, ce qui amène les auteurs de la loi à faire disparaître la notion de « droit de garde » et de conserver uniquement l'idée de la « garde de fait » qui devient alors la simple « garde ».

122. Or, le droit de déterminer la résidence de l'enfant ne devient pas autonome de ce fait, mais il sera directement rattaché à l'autorité parentale. Et lorsque celle-ci est partagée entre les deux parents, ce même droit leur appartient en commun. Du moins, c'est ce que l'on croit en lisant les textes. La réalité n'est pas aussi simple. Procédons par étapes :

123. On lira tout d'abord le texte du nouvel art. 301a sur la « détermination du lieu de résidence », qui a pour thème principal le déménagement (« Umzugs – ou Zügelartikel ») :

¹ L'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

² Un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant dans les cas suivants :

- a. le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger ;
- b. le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles.

³ Un parent exerçant seul l'autorité parentale qui souhaite modifier le lieu de résidence de l'enfant doit informer en temps utile l'autre parent.

⁴ Un parent qui souhaite modifier son propre lieu de résidence a le même devoir d'information.

⁵ Si besoin est, les parents s'entendent, dans le respect du bien de l'enfant, pour adapter le régime de l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles et la contribution d'entretien. S'ils ne peuvent pas s'entendre, la décision appartient au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant.

Le projet du Conseil fédéral, suivi tout d'abord par le Conseil national, était distinct, essentiellement, sur deux points. En premier lieu, il exigeait, à l'alinéa 2, qu'un parent doit également obtenir l'accord de l'autre parent pour modifier son propre lieu de résidence. En second lieu, il ne contenait pas les alinéas 3 à 5. On a parlé d'un « Kernartikel » du projet.¹¹³

A. Principe

1. Affirmation

124. Aux termes de l'alinéa 1^{er} du nouvel art. 301a, « l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant ». En cas d'autorité conjointe, ce droit appartient aux deux parents. Cela signifie également que le parent qui décide unilatéralement de déplacer le lieu de séjour de l'enfant ne respecte pas le droit d'en décider de l'autre parent, comme il ne respecte pas le sien non plus, dès lors que ce droit appartient aux deux parents en commun. Il n'y a point de place pour recourir au régime pertinent pour les décisions qu'un parent peut prendre seul d'après le nouvel alinéa 1^{bis} de l'art. 301, car l'art. 301a constitue à cet égard une « lex specialis ».

125. On doit garder à l'esprit le mode d'attribution de l'autorité parentale et, surtout, la condition permettant à l'un des parents, au cas où ils sont divorcés ou non mariés, d'obtenir seul cette autorité du juge ou de l'autorité compétente : il faut que la sau-

¹¹³ Markwalder, BO CN 2012 1652.

vegarde du bien de l'enfant le commande (art. 298 al. 1, 298b al. 2, 298c). Cela signifie que la volonté de l'un des parents de décider seul d'une modification du lieu de résidence de l'enfant n'est pas un motif pour ne pas laisser l'autre parent accéder à l'autorité parentale conjointe. Car le droit de cet autre parent de participer à cette décision ne crée pas un trouble au point qu'il faudrait l'en priver pour préserver l'intérêt de l'enfant. De surcroît, le principe de l'art. 301a al. 1 a pour effet, explique le Message, que « le juge des divorces ne pourra plus attribuer l'autorité parentale conjointe tout en réservant à un seul des parents le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant »¹¹⁴. Cette autorité constitue un tout ; on ne peut pas en retrancher un élément caractéristique, tel le droit de déterminer la résidence de l'enfant.¹¹⁵

126. Les questions qui se posent en cas de séparation physique des parents sont de deux ordres : (1) Comment procéder dans la relation entre les deux parents lorsque l'idée d'un déplacement de l'enfant par l'un des parents se profile ? (2) Quelles décisions peuvent être prises par l'autorité compétente ?

127. A ces questions s'est ajoutée une nouvelle : ne faudrait-il pas traiter de la même manière l'hypothèse où ce n'est pas l'enfant qui s'éloigne avec son parent gardien, mais le parent non gardien ? En effet, les relations entre l'enfant et ses parents étant d'une double nature, réunissant des droits et des obligations, que ce soit l'enfant qui déplace sa résidence de Fribourg à Chiasso, ou que, au lieu de cela, son parent fasse le même trajet, les inconvénients liés à leur éloignement réciproque sont en général les mêmes. Le parallélisme ne va cependant pas plus loin. Car ce parent serait ainsi privé d'un droit au libre mouvement par rapport auquel il n'existe aucune restriction de droit familial, à tort ou à raison.¹¹⁶ Le droit de garde ou, selon le nouveau régime, l'autorité parentale implique un droit de fixer la résidence de l'enfant, mais aucune de ces notions ne contient un droit de l'enfant ou de l'autre parent à intervenir dans le choix du lieu de vie d'un parent. La proposition du Conseil fédéral n'a donc pas passé la rampe des Chambres fédérales.

2. Négation par la loi de son propre principe

128. En suivant le principe, complété par celui de l'art. 301 al. 1, le déplacement du lieu de résidence de l'enfant requiert une décision prise par les deux titulaires de l'autorité parentale conjointe. Or, l'alinéa 2 du nouvel art. 301a révèle que tel n'est pas le cas. Il n'y a que deux cas dans lesquels le parent exerçant conjointement l'autorité paren-

¹¹⁴ FF 2011 8344.

¹¹⁵ Aucune précision sur la notion de résidence n'a été fournie. Il ne doit pas s'agir nécessairement d'une résidence habituelle, comme l'admettent REUSSER/GEISER, p. 760. Un simple départ en vacances n'est pas visé non plus. L'idée est le « déménagement ». On pourra s'inspirer de la notion de résidence d'après l'art. 25 al. 1 CC.

¹¹⁶ Cf. REUSSER/GEISER, p. 762 s.

tale (et disposant de la garde) doit obtenir l'accord de l'autre parent. Aucune allusion n'est faite au principe de l'alinéa 1^{er}, par rapport auquel l'alinéa 2 se place en parfaite contradiction. Si les deux parents doivent disposer effectivement du droit de déterminer la résidence de l'enfant, il faudrait leur accord dans tous les cas. Si l'on ne veut pas aller aussi loin, le principe est vidé de sa substance – un leurre.

129. L'impression contrastée qu'offre l'art. 301a résulte d'une volonté de répondre à deux objectifs qui sont parfois inconciliables : d'un côté, on veut rassurer en statuant que l'autorité parentale conjointe ne doit pas priver les parents de leur liberté d'établissement, « en les empêchant de déménager »¹¹⁷. Cela a été répétée avec insistance devant le Parlement.¹¹⁸ De l'autre côté, « le projet veut cependant éviter qu'un déménagement n'entrave l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent »¹¹⁹. Or, les deux objectifs peuvent coexister dans certains cas, mais dans d'autres, le déplacement « en liberté » ne peut se faire autrement que de manière à « entraver » le rapport jusqu'alors vécu par l'autre parent avec l'enfant.¹²⁰

130. Pour commencer, lorsque l'on est confronté à la question, il faut lire l'alinéa 2 et oublier l'alinéa 1^{er}, tout au moins pour un instant.

B. Situations faisant appel à l'accord de l'autre parent

1. Départ de l'enfant à l'étranger

131. La première hypothèse à considérer est celle où le parent gardien entend déplacer la résidence de l'enfant (et la sienne) à l'étranger (al. 2 lit. a).¹²¹ Il faut alors l'accord de l'autre parent, également détenteur de l'autorité parentale.

132. Rien n'est précisé sur les modalités de cet accord. Il n'y a pas d'exigence de forme. Il peut donc être donné oralement ou tacitement, étant noté cependant que la preuve de l'accord est alors parfois difficile à fournir. La loi ne précise pas que l'accord doit être donné préalablement au déplacement de l'enfant. Certes, il est dit que l'on « ne peut modifier » le lieu de résidence de l'enfant « qu'avec l'accord » de l'autre parent, mais cela n'exclut pas un acquiescement ultérieur.

¹¹⁷ FF 2011 8331.

¹¹⁸ Cf. BO CN 2012 1654 (Sommaruga), 1655 (von Graffenried) ; BO CE 2013 5 (Stadler), 13 (Seydoux-Christe), 14 (Sommaruga).

¹¹⁹ FF 2011 8331.

¹²⁰ L'art. 301a a été jugé « extrêmement contradictoire » : REUSSER/GEISER, p. 761.

¹²¹ On n'évoquera pas, ici, l'hypothèse où il s'agirait de déplacer uniquement la résidence de l'enfant à l'étranger. Le cas est rare et les problèmes sont essentiellement les mêmes, sauf s'il s'agit d'un placement (cf. art. 33 de la Convention de La Haye de 1996).

133. La volonté du législateur est claire en ce sens qu'il s'agit de prévenir un enlèvement et que la nouvelle règle entend confirmer que le parent qui passe outre commet un enlèvement illicite au sens de la Convention de La Haye de 1980. L'intention est bonne, mais pour la mettre en œuvre, le principe de l'alinéa 1^{er} aurait été amplement suffisant. L'exigence de l'accord au changement de la résidence de l'enfant a pour corollaire les conditions relatives au consentement au déplacement de l'enfant qui ont pour effet, si elles sont remplies, que le retour de l'enfant ne doit pas être ordonné. Il est vrai que ces conditions ne sont pas directement liées à la définition du caractère illicite de l'enlèvement, mais il semble néanmoins judicieux de s'en inspirer dans le contexte de la lettre a de l'alinéa 2 de l'art. 301a, étant donné que cette disposition entend prévenir un cas où l'enfant devra être renvoyé en Suisse d'après la Convention. Or, l'art. 13 al. 1 lit. a de la Convention accepte le consentement, mais également l'acquiescement au déplacement de l'enfant. Ces conditions sont d'interprétation stricte.¹²² Il conviendra de s'en inspirer au sujet de l'accord de l'art. 301a al. 2 et ne pas permettre que l'un ou l'autre parent puisse jouer avec les ambiguïtés d'un accord qui n'a pas été donné nettement.¹²³

134. L'exigence d'un tel accord ayant pour sens de prévenir une situation qui pourrait aboutir à un enlèvement, elle devra être levée lorsque le parent concerné n'a pas exercé de façon effective son droit de prise en charge fondé sur l'autorité parentale. Dans un tel cas, en effet, on ne sera pas confronté à un enlèvement entraînant le retour de l'enfant selon la Convention (art. 3 al. 1 lit. b, 13 al. 1 lit. a) ; il n'y a donc pas lieu d'investir un tel parent d'un droit de veto au déplacement de l'enfant.

135. Toutefois, devant les autorités étrangères, il faudra expliquer le nouveau droit. Car la Convention définit comme un enlèvement illicite le comportement consistant dans une violation du droit de garde au sens de l'art. 5 lit. a, qui comprend, en particulier, le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. Il faudra donc montrer que ce que le droit de garde au sens de la Convention vise, en tant que notion autonome, reflète ce que le nouveau droit suisse attribue à l'autorité parentale. Et que les « soins de la personne de l'enfant », au sens de la même disposition, sont également rattachés en partie à cette autorité (art. 301 al. 1 CC) et compris dans la prise en charge. Paradoxalement, il faudra donc expliquer que le droit de déterminer la résidence de l'enfant, qui a été retiré du droit

¹²² Cf. CR LDIP–BUCHER, d, LDIP/CL, Art. 85 n. 247 s.

¹²³ De même, il faudrait écarter les cas où, en raison de la proximité du nouveau lieu de vie de l'enfant dans une région frontalière, aucune restriction à l'exercice de la garde ou de la prise en charge se produit en fait. Certes, le Tribunal fédéral a cru devoir admettre un enlèvement illicite alors que le déménagement de la France en Suisse ne dépassait pas une distance de 10 km et que les enfants se rapprochaient en fait du lieu de travail du père en Suisse, si bien qu'il ne pouvait exister aucune véritable violation des droits parentaux du père (ATF 134 III 88 ss, PJA 2008 478). On devrait s'attendre à ce que le Tribunal fédéral ne répète pas ce genre de décision malheureuse.

de garde en Suisse pour être rattaché à l'autorité parentale, constitue un droit de garde au sens de la Convention.

2. Déménagement en Suisse

136. L'autre situation à considérer est nouvelle. Il conviendra en effet de respecter la même exigence de l'accord de l'autre parent lorsque « le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles » (lit. b). On transposerait ainsi l'interdiction du départ seul vers l'étranger au territoire suisse, à condition toutefois que cela ait lieu sur une distance provoquant des « conséquences importantes » sur l'exercice des droits parentaux de l'autre parent, parmi lesquels on ne trouve pas, curieusement, ni la prise en charge de l'enfant, ni les variations se produisant, le cas échéant, au niveau des frais d'entretien. Si l'on regarde la seule question du lieu de séjour de l'enfant, une telle exigence est possible en droit, étant donné que le droit d'en décider relève de l'autorité parentale conjointe.

137. La réponse est différente, en revanche, si l'on examine l'hypothèse telle qu'elle se présentera normalement dans la pratique, du déménagement de l'enfant avec celui de ses parents qui en assume la garde. Quel est le titre juridique permettant à l'autre parent de s'opposer, non seulement au départ de l'enfant, mais également au départ du parent qui s'en occupe ? L'autorité parentale ne le fournit pas, étant donné que celle-ci a une incidence uniquement sur le placement de la résidence de l'enfant et non sur le lieu de vie du parent qui en assume la garde. Or, le nouvel art. 301a porte exclusivement sur l'effet de l'autorité parentale sur la résidence de l'enfant ; cette notion, de pur droit de la filiation, n'offre pas une base juridique pour empêcher le déménagement de l'un des parents sans l'accord de l'autre. Cela signifie que l'accord visé à l'alinéa 2 de l'art. 301a doit avoir pour fondement le bien de l'enfant. Si et dans la mesure où l'autre parent appuierait son refus du déplacement sur des considérations sans rapport avec la situation de l'enfant et sa relation avec celui-ci, il sortirait du cadre de validité de l'accord tel que prévu par la loi. Ainsi, si le veto au déménagement a pour but principal d'empêcher le parent-gardien de partir alors que celui-ci a des motifs raisonnables pour ce faire, tels que la prise d'un nouvel emploi, le retour dans le canton d'origine ou la volonté de fonder une nouvelle famille, le refus n'a aucun fondement légal tant qu'il n'est pas établi que, dans les circonstances du cas particulier, la sauvegarde du bien de l'enfant commande que le départ n'ait pas lieu, malgré les bonnes raisons à la base du projet du parent gardien. Il est certain que cela peut donner lieu à des controverses et que les parties risquent de se retrouver devant le juge ou l'autorité de protection de l'enfant. On y reviendra.

138. On observera d'ores et déjà que l'accord de l'autre parent au sens de l'alinéa 2 de l'art. 301a n'est pas simplement un acte juridique fondé sur la libre volonté de ce parent. Cet accord s'inscrit dans l'exercice de l'autorité parentale, dont le droit de déter-

miner la résidence de l'enfant constitue une partie. Or, ce droit constitue, comme cette autorité, un « droit-devoir » (« Pflichtrecht »)¹²⁴ – une conception que le législateur n'entendait pas abandonner¹²⁵. L'accord au changement de résidence s'inscrit donc dans le même contexte, ce qui signifie qu'il ne peut avoir pour effet d'empiéter sur l'autonomie du parent-gardien au point que celui-ci verra sa propre relation avec l'enfant se détériorer s'il était empêché de mettre ses projets de vie en application.

139. Le déménagement de l'enfant suppose l'accord de l'autre parent que s'il en résultait des « conséquences importantes ». Il s'agit d'une notion de fait. Les conséquences que l'on vise ne sont significatives qu'à la condition d'affecter effectivement la relation entre l'enfant et ce parent. Il ne faut pas simplement y songer en termes de distance ou d'éloignement géographique. Indépendamment de la distance, le changement de région linguistique peut également poser un problème sérieux¹²⁶ ; le jeune enfant déplaçant sa résidence de Lucerne à Bellinzona avec sa mère tessinoise risque de perdre sa maîtrise de la langue allemande, même si le père lucernois voudra se donner de la peine. En revanche, si celui-ci n'exerce que modérément sa part à la prise en charge de l'enfant ou son droit de visite, les conséquences du déplacement perdent de leur poids dans une proportion analogue.¹²⁷

140. Puisque l'alinéa 2 entend placer l'exigence de l'accord de l'autre parent avant le moment où le déménagement s'effectue, cette disposition peut devenir une source de disputes peu agréables sur la nature et l'intensité des liens entre l'enfant et l'autre parent.

3. Décision de l'autorité

a) Objectif visé

141. L'alinéa 2 de l'art. 301a laisse encore espérer que l'obstacle du refus de l'accord de l'autre parent puisse être surmonté par une « décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant » ou qu'en cas de fait accompli, une telle décision puisse ordonner le retour à la « case de départ ». Or, de quel droit et à quelles conditions l'autorité saisie d'une requête tendant à approuver le déplacement décidera-t-elle ? Certes, il est rappelé, comme une banalité, qu'il sera statué « avant tout dans l'intérêt de l'enfant »¹²⁸. Cependant, ce repère est insuffisant dès lors que la situation personnelle et économique du parent qui en assume la garde est également en jeu. En effet, au regard du bien de l'enfant, des solutions multiples peuvent être envisagées dont toutes respectent la per-

¹²⁴ Cf. ATF 136 III 356.

¹²⁵ FF 2011 8325 ; BO CE 2013 6 (Sommaruga).

¹²⁶ Cf. ATF 136 III 357.

¹²⁷ Cf., par ailleurs, DUREL, p. 221.

¹²⁸ FF 2011 8345.

sonne de l'enfant. Ce n'est donc pas l'enfant qui peut, seul, fournir le motif pour l'approbation, respectivement le refus du déplacement.

142. L'examen prendra comme point de départ les « conséquences importantes » du déplacement de l'enfant pour l'exercice de l'autorité parentale de l'autre parent. Ces conséquences ne sont pas nécessairement de nature à justifier un refus du départ afin de sauvegarder le bien de l'enfant. En effet, elles peuvent souvent être évitées ou rendues non significatives par une adaptation du régime de l'exercice de l'autorité parentale – démarche visée par l'alinéa 5, sur lequel on reviendra. Lorsque, malgré les efforts, une telle adaptation laisse subsister une perte significative dans la substance de la relation de l'autre parent avec l'enfant, l'examen sous l'angle de l'intérêt de l'enfant doit mettre en balance les répercussions d'un refus au déplacement sur la situation du parent-gardien et, par effet réflexe, sur l'enfant, d'une part, et les conséquences de l'approbation de ce projet sur l'autre parent et sa relation avec l'enfant, d'autre part. À quelques cas exceptionnels près, cette évaluation aboutira à l'acceptation de la modification du lieu de vie de l'enfant. Car en observant le poids proportionnel des inconvénients potentiels, il apparaîtra normalement plus lourd pour le parent exerçant la garde de renoncer à son projet, en comparaison aux adaptations à intervenir dans l'exercice des relations entre l'enfant et l'autre parent. Cela signifie également, cependant, que la balance pourrait pencher en faveur de ce parent, si l'objectif visé consiste essentiellement à sanctionner ce dernier, afin de limiter ses possibilités pour venir prendre l'enfant en charge et pour exercer son droit de visite et de contact.¹²⁹ De tels cas existent, mais ils ne représentent qu'une petite minorité des situations.

143. Il est vrai, cependant, que le seul texte de l'alinéa 2 ne soutient pas nécessairement cette interprétation. On rappellera, en effet, que, dans un premier temps, le Conseil fédéral a pensé que son art. 301a al. 2 serait suffisant pour « interdire le déménagement, ou exiger que l'enfant soit placé chez l'autre parent ou hors de la famille, non sans avoir entendu l'enfant auparavant ». ¹³⁰ La légèreté de l'analyse a de quoi surprendre. On aurait donc voulu empêcher une mère de déménager de Fribourg dans les Grisons où elle a enfin trouvé un emploi ou, à défaut, lui enlever l'enfant quitte à le placer dans une famille d'accueil ? On aurait ainsi voulu arracher l'enfant à sa mère et, en cas d'indisponibilité du père, le séparer de ses deux parents, sous prétexte que cela pourrait correspondre à son intérêt ? Quelle mentalité doit inspirer ceux qui tiennent la plume du Conseil fédéral !

¹²⁹ Le Tribunal fédéral a déjà traité de telles situations sous l'angle de l'abus de droit, ainsi lorsque le titulaire unique du droit de garde entend déménager à l'étranger alors qu'il n'a pas de motif plausible ou si son seul but est de rendre les relations entre l'enfant et l'autre parent plus difficiles (ATF 136 III 357 s. ; TF, 5A_369/2012 du 10 août 2012 cons. 3.1).

¹³⁰ FF 2011 8345.

144. Cette vision draconienne a heureusement laissé place à de multiples rectificatifs lors des débats aux Chambres fédérales. On a relevé que la vision d'un éloignement de l'enfant par son parent-gardien sur une distance telle qu'il en résulterait un relâchement significatif de la relation avec l'autre parent semble peu réaliste en Suisse, compte tenu de l'infrastructure des transports ; des ennuis peuvent se manifester, certes, mais avec de la bonne volonté et une adaptation raisonnable de ses propres préférences personnelles, il devrait être possible de les éviter.¹³¹ Le Tribunal fédéral avait déjà noté que la scolarisation des enfants dans un autre lieu, à l'étranger ou en Suisse, même si cela implique des difficultés d'intégration et de langue, ne sont en principe pas préjudiciable aux enfants.¹³²

145. À cela se sont ajoutées des voix affirmant que « le but de l'alinéa 2 n'est pas d'empêcher un des parents de déménager, mais bien d'inciter les parents à réfléchir ensemble avant le déménagement aux conséquences de celui-ci sur l'exercice de l'autorité parentale conjointe et sur le règlement des relations avec l'enfant ou son entretien. »¹³³ Le droit consacré à l'alinéa 2 n'est donc pas assorti d'une sanction pour en assurer le respect.¹³⁴

146. Dans ces conditions, à quoi sert encore la décision que le parent peut solliciter selon l'alinéa 2 ? La démarche peut sans doute donner de l'appui à une requête visant en fin de compte à parvenir à un règlement satisfaisant des nouvelles relations, sans se faire des illusions quant aux chances de pouvoir obtenir un refus du déplacement. C'est ce qu'une proposition de minorité voulait atteindre au Conseil des États, sans succès, supprimant l'alinéa 2, et ajoutant au principe de l'alinéa 1^{er} une clause préconisant qu'en cas de projet de modification du lieu de résidence, les parents s'entendent pour le règlement de leurs relations et qu'à défaut, le juge ou l'autorité peut être sollicité.¹³⁵

147. À part ce point stratégique, il faut encore observer deux objectifs complémentaires.

¹³¹ Markwalder, BO CN 2012 1652.

¹³² ATF 136 III 358.

¹³³ Seydoux-Christe, BO CE 2013 13. De même : Sommaruga, BO CE 2013 14, CN 2012 1654, 1655 ; Stadler, BO CE 2013 5.

¹³⁴ REUSSER/GEISER, p. 763 s.

¹³⁵ « Lorsque l'autorité parentale est exercée par les deux parents conjointement ou par l'un d'eux et que l'un d'eux entend modifier son lieu de résidence ou celui de l'enfant, ils s'entendent, en tenant compte du bien de l'enfant, sur ses relations personnelles et sur ses contacts directs avec ses deux parents, et sur les effets quant à l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent. S'ils ne parviennent pas à trouver un accord, même avec l'aide d'une médiation, le juge ou l'autorité de protection de l'enfant peut être sollicité » (BO CE 2013 13). Le texte reprenait, à quelques détails près et en ajoutant la médiation, une proposition formulée par 20 professeurs de droit de la famille provenant de toutes les Facultés suisses de droit. En ce sens également, en référence au droit français, SOSSON, p. 419 s.

b) Mesures protectrices tendant au maintien de la situation

148. L'alinéa 2 de l'art. 301a porte sur une décision très ponctuelle. Il n'est pas demandé au juge ou à l'autorité de procéder à un examen général de l'exercice de l'autorité parentale conjointe, mais de se prononcer pour ou contre le projet de modifier le lieu de résidence de l'enfant. Or, la situation peut se présenter où l'intérêt de l'enfant consiste impérativement à ce qu'il puisse conserver son lieu de vie et ne pas suivre un déménagement. Tel est le cas de l'enfant qui arrive prochainement au terme d'une phase scolaire ou d'un apprentissage ou qui devient adulte dans peu de temps. On songera également à l'enfant vivant à proximité d'une clinique où il reçoit des soins indispensables qui ne pourraient plus lui être prodigués s'il devait vivre dans un endroit trop éloigné d'un point d'accès à des services médicaux de pointe. Enfin, il y a le cas du père emprisonné, pour lequel l'éloignement de l'enfant signifie que les visites vont s'espacer et devenir plus difficiles à arranger. Si, malgré ce que l'on devait attendre de lui, le parent ayant la garde entend persister dans un déménagement, l'autorité saisie de la question pourra rendre une décision de refus. Cependant, elle n'en restera pas là. Car son simple refus n'écarte pas le risque d'un départ. Elle rendra donc une ordonnance de mesure protectrice, interdisant au parent gardien de déplacer le lieu de vie de l'enfant au-delà d'un certain rayon. Ce faisant, l'autorité sort du contexte de l'art. 301a al. 2 et se place dans celui de l'art. 307 CC.¹³⁶

149. Une autre mesure découle de la pratique en matière de prévention des enlèvements. Lorsque l'autorité entend empêcher le départ de l'enfant à l'étranger, elle peut ordonner que l'enfant ne doive pas quitter le territoire suisse et elle peut assortir sa décision des mesures protectrices et de prévention nécessaires.¹³⁷ Pour ce faire, elle dispose d'un fondement juridique, car dans un tel cas, le rapport avec l'autre parent risque d'être rompu ou d'être modifié malencontreusement du fait que l'enfant sera placé dans un autre cadre juridique si le régime de l'autorité parentale et tout ce qui y est associé devra être réglé devant une juridiction étrangère et selon une autre loi. C'est pourquoi la Convention de La Haye de 1980 instaure une procédure de retour et que des mesures peuvent être prises afin d'éviter d'arriver à ce stade ou, pire, à une situation d'enlèvement dans un État non partie, dont le retour ne relève plus que de l'espoir, souvent déçu, hélas. Dans un tel cas, l'autorité pourrait donc décider d'un refus. Cependant, une telle décision impressionne souvent peu si elle n'est pas associée à des mesures de prévention d'un départ forcé. Or, le silence du législateur sur la nature de telles mesures, voire sur la simple possibilité qu'elles puissent être prises par l'autorité confrontée à un cas relevant de la lettre a de l'alinéa 2, est regrettable. Il est important de relever, toutefois, que si

¹³⁶ ATF 136 III 358 s.

¹³⁷ Cf. ATF 135 III 574 s.; 136 III 357 ss, 362; TF, 5A_830/2010 du 30 mars 2011 cons. 4; TF, 5A_369/2012 du 10 août 2012 cons. 3; CR LDIP-BUCHER, Art. 85 n. 18.

elles n'ont pas intéressé le législateur, celui-ci ne les a pas abandonnés. Sur ce point également, le refus au départ peut être prononcé en vertu de l'alinéa 2 de l'art. 301a, mais les mesures qui en assurent l'efficacité relèvent de l'art. 307 al. 3 CC. Pour être efficaces, cependant, de telles mesures devraient souvent être prises avant que le projet de départ se profile et entraîne une démarche fondée sur l'art. 301a al. 2.

c) Quelle sanction en cas de refus ?

150. À première vue, comme cela fut expliqué, il n'existe pas de sanction et, surtout, le législateur a clairement laissé entendre que, comme il n'entend pas empêcher un déménagement, il n'entend pas non plus instaurer des mesures ordonnant un retour. On constate, en effet, que l'art. 301a ne prévoit pas une telle mesure et que, au contraire, l'alinéa 5 de la même disposition est entièrement orienté vers l'adaptation à la nouvelle situation. On a consacré le droit des parents de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, mais on ne leur a pas précisé le moyen permettant d'imposer le retour au « statu quo ante ». De plus, l'alinéa 2 offre la voie pour obtenir de l'autorité compétente une décision de refus, mais cette décision ne comprend pas un volet ordonnant le retour au cas où les destinataires ne devaient pas obtempérer.

151. Pour ce faire, il faudrait que les circonstances soient telles qu'un retour de l'enfant s'avère indispensable en tant que mesure protectrice. Or, cela est peu vraisemblable si l'autorité n'a pas déjà assorti son refus d'une mesure d'accompagnement empêchant efficacement le départ de l'enfant.

152. On sait, en revanche, qu'au plan international, lors d'un départ à l'étranger, la violation du droit de déterminer la résidence de l'enfant entraîne une sanction, plutôt efficace, dans les États parties à la Convention de La Haye de 1980. Cependant, le retour de l'enfant est alors fondé sur cet instrument et non sur l'art. 301a. Cette disposition se borne à consacrer le droit de chaque parent ayant l'autorité parentale sur la résidence de l'enfant, dont la violation crée le cas d'illicéité de l'art. 3 de la Convention.

153. Arrivé à ce point, la décision de refuser le déplacement semble dépourvue de sanction directe, si ce n'est à travers une mesure protectrice fondée sur l'art. 307 CC. On y reviendra.

154. Or, le réveil risque d'être dur. Car on a néanmoins voulu assortir un tel refus d'un moyen qui en force le respect. Dès lors que l'alinéa 2 de l'art. 301a subordonne la modification de la résidence de l'enfant à l'exigence d'un accord de l'autre parent ou d'une décision de l'autorité, il constate également, avec force de la loi, que le non-

respect de cette exigence rend le déplacement de l'enfant illicite.¹³⁸ On se demandera quelle est l'utilité d'une telle règle dès lors que, de toute façon, on peut y échapper par le fait accompli qui ne sera pas sanctionné par un ordre de revenir au point de départ.

155. On a dit, cependant, que cela est utile pour le juge pénal.¹³⁹ En effet, on aurait tort, lors de l'examen de l'art. 301a, de ne pas garder à l'œil ce que le nouvel art. 220 CP sur « l'enlèvement de mineur » en dit. L'infraction définie à cette disposition, prévoyant une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, ne sera plus l'acte de « celui qui aura soustrait ou refusé de remettre un mineur au détenteur du droit de garde », mais bien l'acte de « celui qui aura soustrait ou refusé de remettre un mineur au détenteur du droit de déterminer le lieu de résidence ». Au lieu de remplacer la notion « droit de garde » par celle de « garde », comme il l'a fait à l'art. 25 CC, le législateur a rattaché l'infraction directement au droit de déterminer la résidence de l'enfant.¹⁴⁰ Il devrait en résulter que l'infraction est celle d'avoir violé l'alinéa 2 de l'art. 301a CC, du fait d'un déménagement sans l'accord préalable de l'autre parent ou de l'autorité compétente.

156. On rappellera que la jurisprudence récente relative à l'art. 220 CP a fait de l'autorité parentale le critère déterminant.¹⁴¹ Le droit de visite n'est pas protégé, en soi, mais il peut l'être en tant qu'il a été réglé par le juge.¹⁴² Pour tomber sous le coup de l'art. 220 CP, l'entrave au droit de visite d'un parent par l'autre parent présuppose que la victime jouisse, à tout le moins de certaines prérogatives rattachées à l'autorité parentale sur l'enfant.¹⁴³ Le Tribunal fédéral a cependant également fait ressortir qu'à travers ces notions, c'était essentiellement le droit de déterminer la résidence et le domicile de l'enfant qui était protégé.¹⁴⁴ Or, pour donner à l'infraction de l'art. 220 CP, dans sa nouvelle rédaction, une utilité raisonnable, il conviendrait de ne retenir un droit de déterminer le droit de résidence de l'enfant que dans les limites qui lui sont effectivement fixées par l'art. 301a CC. Ces limites sont celles de l'alinéa 2 de l'art. 301a, dont il résulte que

¹³⁸ Cf. Sommaruga, BO CE 2013 14, répondant à une proposition de minorité qui ne reprenait pas l'alinéa 2 de l'art. 301a, qu'elle comportait une lacune sur ce point – ce qui est inexact, car cette proposition conservait l'alinéa 1er qui est suffisant à cet égard.

¹³⁹ Sommaruga, BO CE 2013 14.

¹⁴⁰ Il ne semble pas s'agir d'une erreur. La rapporteuse note que le remplacement est fait « comme nous l'avons fait précédemment » (Seydoux-Christe, BO CE 2013 16), ce qui implique un renvoi à la substitution du terme « droit de garde » par « garde » à l'art. 25 CC, mais il était rappelé en même temps que la notion de droit de garde allait disparaître et être remplacée par le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (*idem*, p. 7).

¹⁴¹ Cf., en dernier lieu, la synthèse dans le TF, 2C_397/2012 du 19 novembre 2012 cons. 4.3.3, *in* SJ 2013 I 136.

¹⁴² ATF 136 III 360 s.

¹⁴³ TF, 4A_13/2012 du 19 novembre 2012 cons. 4.3.3, *in* SJ 2013 I 139.

¹⁴⁴ ATF 136 III 360, 361.

ce droit n'est lésé qu'à la double condition que ni l'accord de l'autre parent ni la décision positive de l'autorité compétente n'a pu être obtenu. On ne saurait dégager l'infraction du seul non-respect de ce droit en vertu de l'alinéa 1^{er} de l'art. 301a, étant donné qu'à ce niveau, il n'existe pas de règle de mise en œuvre, seul l'alinéa 2 de la même disposition ayant été retenu à cet effet. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a rappelé, on ne peut rendre pénalement répréhensible ce qui est permis en droit civil.¹⁴⁵ Cependant, on aurait mieux fait de le dire, au lieu d'inciter à la prolifération de menaces brandissant l'art. 220 CP sans égard à ce qu'il dit réellement, mais simplement afin d'animer une querelle familiale de plus. En fin de compte, c'est l'arme pénale qui pourrait donner à la réglementation de la résidence au sens de l'art. 301a sa force. Pour faire face, après avoir procédé au déplacement sans droit, le parent ayant la garde sera amené à se plier au plus vite à l'adaptation de la réglementation des relations au sein de la famille (al. 5), et ce de telle manière à ce qu'il obtienne après coup la ratification de son départ (al. 2).

C. Parent n'ayant pas l'autorité parentale

157. L'effet a contrario de l'alinéa 1^{er} de l'art. 301a l'emporte lorsque l'un seul des parents exerce l'autorité parentale. S'il entend modifier le lieu de résidence de l'enfant, ce parent en décide seul. Tout ce que l'alinéa 3 lui demande de faire est d'informer « en temps utile » l'autre parent. Etant donné qu'il doit fournir cette information dès le moment où il « souhaite » modifier la résidence de l'enfant, il est permis de penser que cette information doit être donnée préalablement au déménagement. On aurait mieux fait de le dire clairement. Le fait de ne pas l'avoir pas dit, usant du terme quelque peu ambigu de « en temps utile » (« rechtzeitig »), confirme que le parent n'ayant pas l'autorité ne doit pas pouvoir intervenir pour empêcher le déplacement, qu'il ait lieu en Suisse ou vers l'étranger. Le devoir d'information sert d'incitation au dialogue entre les parents pour trouver les arrangements nécessaires aux relations avec l'enfant et, le cas échéant, pour s'adresser à l'autorité compétente afin d'y parvenir. Or, parfois, cela peut encore se faire après le déplacement. Le parent gardien n'attendra certainement pas la décision de l'autorité pour mettre en œuvre son projet. L'absence d'information préalable, certes regrettable, ne constitue donc pas un empêchement à la modification du lieu de résidence de l'enfant. L'alinéa 3 présente une règle de bonne conduite, sans plus, qui n'entraîne aucune conséquence ou sanction en cas d'observation. Par ailleurs, dans la plupart des cas, l'autre parent, s'il exerce régulièrement son droit de visite et de contact, apprendra de toute manière que des préparatifs au déplacement sont en cours.

158. L'alinéa 3 révèle son importance par ce qu'il ne dit pas expressément. À part son droit d'être informé, l'autre parent ne participe pas à la décision de déplacer la rési-

¹⁴⁵ ATF 136 III 361.

dence de l'enfant. Il peut disposer du droit aux relations personnelles et même au-delà, avoir une certaine responsabilité de prise en charge de l'enfant, mais la décision sur le départ de l'enfant lui échappe complètement.

159. Ce choix du législateur étant fait, il subsiste une situation qui pose problème. On a déjà rappelé que, dans l'hypothèse où seul l'un des parents retient l'autorité parentale, il peut être prévu que ce parent n'exercera pas son droit de garde au-delà d'un rayon géographique déterminé, qui peut être la Suisse ou une certaine région en Suisse. Cette injonction produit un effet réflexe positif pour l'autre parent, dépourvu de l'autorité parentale et du droit de garde, étant donné qu'il en est le bénéficiaire. Il devrait donc pouvoir en exiger le respect, sous réserve d'une modification ultérieure convenue entre les parents ou décidée par le juge.

160. Or, le nouveau droit ne dit mot de cette possibilité. Celle-ci ne semble pas avoir été prise en compte positivement en tant qu'aménagement de l'autorité parentale lorsque celle-ci est exercée par un parent seul, puisqu'on lit que celle-ci, dans l'hypothèse d'un divorce, serait « exclusive », sans que l'on n'explique nulle part le sens de ce terme, parfaitement inutile. Il conviendra dès lors de situer la résolution du problème au niveau de la garde, en préconisant que celle-ci, si cela répond à un besoin de protection et de prévention dans le cas particulier, soit exercée dans un cadre territorial déterminé. Cela fait naître par effet réflexe un droit de l'autre parent au respect d'une telle prescription. Cela sera un droit « ad hoc », puisqu'avec la disparition de la notion de droit de garde en droit interne, on ne peut plus l'y rattacher. Il est certain qu'il s'agirait d'un droit de garde au sens de l'art. 5 de la Convention d'enlèvement de 1980, conformément à une pratique largement dominante. Encore faut-il savoir si un tel droit peut exister selon le nouveau droit (ce qui suppose que l'on n'admette pas, sur ce point, une lecture « a contrario » de l'art. 301a al. 1). C'est moins certain, ce d'autant que les conditions pour une mesure de protection au sens de l'art. 307 ne sont pas nécessairement remplies. Si l'on estime qu'une telle restriction quant au rayon de vie de l'enfant ne peut être apportée à l'autorité parentale, étant donné que celle-ci est dite « exclusive », on constate qu'en revanche, la loi ne définit pas la garde autrement que par la mention qu'il s'agirait d'une « notion de fait ». Il y a donc une place pour une injonction quant à la région au-delà de laquelle le détenteur de la garde ne doit pas déplacer le lieu de la communauté domestique dans laquelle vit l'enfant. Une telle ordonnance n'a de sens que si son respect peut être invoqué par les personnes qui ont un intérêt à l'invoquer, à savoir l'autre parent et, le cas échéant, l'enfant. Il y a donc une lueur d'espoir que les pères, même sans autorité parentale, puissent obtenir un minimum de protection avant de voir s'éloigner leurs enfants de façon malheureuse. Cela serait d'autant plus regrettable si ces pères étaient privés de la protection de la Convention d'enlèvement de 1980, si on voulait admettre que la loi suisse ne connaît plus un droit de garde au sens de son art. 5, limité au seul droit de participer à

la décision sur la résidence de l'enfant et non lié à la notion d'autorité parentale selon le nouveau droit suisse.

161. Le droit transitoire risque de donner de l'ampleur au problème, puisque, pour le nouveau droit, le droit de déterminer la résidence de l'enfant est rattaché à l'autorité parentale et non plus à la simple garde. Le concept de « droit de garde » du droit actuel va disparaître et, avec lui, la modalité qui y est rattachée de la délimitation territoriale de l'exercice de ce droit, même s'il en est fait mention dans un jugement.

162. Fondamentalement, la lacune qui apparaît ainsi dans la protection du parent n'ayant pas l'autorité parentale découle de la thèse qu'il convient de rattacher le droit de déterminer la résidence de l'enfant à l'autorité parentale, sans accepter que ce droit puisse exister isolément. Le parent dépourvu de l'autorité parentale risque ainsi de n'avoir plus rien à dire alors que, dans sa condition de parent investi d'un droit aux relations personnelles, il peut faire valoir un intérêt légitime à ce que ces relations ne soient pas entravées excessivement par un déplacement décidé unilatéralement par le parent ayant la garde de l'enfant.¹⁴⁶ L'erreur peut être illustrée par un regard théorique : chacun des composants de la relation entre l'enfant et ses parents comprend une dimension spatiale, sans laquelle il risque d'être privé de ses effets. L'autorité parentale, la garde, la prise en charge et le droit aux relations personnelles ne peuvent être mis en œuvre raisonnablement qu'à condition que l'enfant et le parent concerné ne soient pas trop éloignés géographiquement l'un de l'autre. Si l'on entend protéger cette relation avec chacun de ses éléments, il faut éviter qu'un tel éloignement puisse avoir lieu. Le nouveau droit le fait par rapport à l'autorité parentale, en y rattachant le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, mais il ne le fait pas par rapport aux autres éléments et en particulier les relations personnelles.

163. En échange de son droit d'être informé, l'alinéa 4 entend imposer au parent qui ne participe pas à la décision sur la résidence de l'enfant « le même devoir d'information » lorsqu'il souhaite s'en aller lui-même. Le parent ayant la garde de l'enfant ne semble que modérément concerné par cette règle, étant donné que son devoir d'informer est inclus dans celui ayant trait à la modification de la résidence de l'enfant au sens de l'alinéa 2 ; l'information devrait donc être fournie encore dans les autres cas, qui sont des déménagements à petite ou moyenne distance. Cependant, dans l'hypothèse d'un couple marié, ne s'agit-il pas d'un effet du mariage, déjà compris à l'art. 159 ? Dans le cas d'un couple divorcé ou non marié mais séparé, est-ce judicieux de créer un tel devoir d'information qui dépasse largement la seule relation avec l'enfant ? On n'y a pas réfléchi, ce qui n'est pas bien grave, étant donné que ce droit n'est associé d'aucune sanction si l'information attendue n'arrive pas à destination.

¹⁴⁶ Cf., également, REUSSER/GEISER, p. 762, 764.

D. Adaptation du régime applicable

164. Le déménagement de l'enfant n'étant pas véritablement empêché en cas de refus au sens de l'alinéa 2, ni rétracté s'il a été effectué, il ne reste plus qu'à régler le fait accompli. C'est bien en tant que reflet de cette réalité que l'alinéa 5 de l'art. 301a précise, et ce exclusivement, un chemin pour trouver des solutions intervenant « a posteriori ». Selon ce texte, une décision n'a lieu d'être que si les parents ne parviennent pas à s'entendre pour « adapter » (« anpassen ») leur régime, ce qui implique principalement une intervention « ex post ». Le mot « adapter » vise une action qui intervient en conséquence d'une autre. Il ne s'agit pas d'une action ayant pour but d'empêcher qu'une autre se produise. L'autorité est ainsi sollicitée pour régler les effets du déplacement de la résidence de l'enfant, non pour intervenir afin d'empêcher qu'il ait lieu. Il en va forcément de même dans les hypothèses des alinéas 3 et 4.

165. Comme pour confirmer ce qui résulte déjà de l'analyse des dispositions de l'alinéa 2, l'adaptation du régime de l'autorité parentale ne signifie pas de rectifier ou d'effacer les effets d'une action qui ne serait pas autorisée, mais de régler ses suites. L'alinéa 5 n'entend donc pas offrir une base légale pour ordonner le retour à la « case de départ », pas plus que l'alinéa 2 dans les hypothèses visées par cette disposition.

166. Face à la nouvelle situation, ressentie parfois par l'autre parent comme un fait accompli, les parents sont fortement incités à s'entendre pour en régler les conséquences. S'ils n'y parviennent pas et que les points encore en conflit requièrent l'intervention de l'autorité, l'un d'eux ou les deux ensemble s'adresseront, soit au juge (du divorce ou des mesures conjugales), soit à l'autorité de protection de l'enfant. La palette quasi-complète des effets du lien de filiation peut faire l'objet de l'examen par l'autorité : l'autorité parentale, la garde, les relations personnelles et l'entretien. On y ajoutera, s'il y a lieu, la répartition de la prise en charge de l'enfant, qui n'est pas toujours couverte par les concepts mentionnés dans la loi.

167. On notera en marge, pour ne pas trop compliquer, que l'aménagement des relations dans la famille à la suite de la nouvelle localisation d'une partie de ses membres n'est pas uniquement un sujet ayant trait à la situation de l'enfant. Si les parents sont mariés et mèneront dorénavant une vie séparée, il faudra également aménager celle-ci. Cela peut provoquer un autre litige, pour lequel l'autorité compétente et, le cas échéant, le for, sont différents. Il n'y a pas de for de la connexité et l'exception de connexité (dite « renvoi pour cause de connexité » à l'art. 127 CPC) est d'un maniement incertain.

168. Ce ne sera pas plus simple, on en conviendra, dans des cas internationaux, pour lesquels les mesures de protection de l'enfant, d'une part, et son entretien, d'autre part, suivent des règles différentes en ce qui concerne la compétence et la loi applicable.

169. L'alinéa 5 trompe donc son lecteur : souvent, cette adaptation de la situation juridique ne se fera pas par « un juge ou l'autorité », mais par les deux, et elle n'aboutira pas à « la décision », mais à plusieurs, dont la coordination n'est pas sans son lot d'incertitudes.

E. Place pour des décisions prises par anticipation ?

170. Observant que les dispositions de l'art. 301a visent prioritairement l'adaptation au déplacement de la résidence de l'enfant qui a déjà eu lieu, on ne sera pas étonné de ne voir que difficilement, en regardant avec la loupe, un élément susceptible d'ouvrir une brèche pour une décision consistant à obtenir par anticipation, bien avant qu'éclate un conflit, l'accord de l'autorité au déplacement ou, au contraire, son refus et des mesures complémentaires assurant son efficacité.

1. Accord anticipé au déplacement de la résidence de l'enfant

171. L'alinéa 2 ne définit pas le moment où l'accord de l'autre parent devrait être sollicité et donné. Certes, il devrait l'être avant la mise en application du projet. Normalement, il le sera quelque temps avant, lorsque l'idée commence à germer dans l'esprit du parent gardien. Lorsque le parent intéressé sollicite l'accord de l'autre parent, point n'est-il exigé de lui de préciser concrètement en quel lieu il entend s'établir avec l'enfant à l'avenir. Certes, l'autre parent doit pouvoir évaluer sa situation et savoir ce qui l'attend. Cependant, pour lui permettre de mesurer les enjeux, il suffit qu'il reçoive une information approximative. En réalité, le contenu de l'accord et de l'offre qui le précède dépend des circonstances et de la volonté des parents : si l'autre parent accepte, par exemple, que le parent ayant la garde puisse se déplacer avec l'enfant « en Europe », point n'est-il nécessaire de présenter un projet de déménagement vers un pays européen ou un lieu déterminé. Le projet de modification de la résidence de l'enfant doit être précisé en fonction de ce que l'autre parent peut juger acceptable. Cela signifie également que ce projet peut être « mis sur la table » bien antérieurement à une quelconque réalisation, si l'autre parent peut l'accepter dans de telles conditions. L'accord peut donc être convenu à tout moment se situant en amont de son application concrète et, notamment, au moment du divorce déjà, ou encore, dans le cas d'un couple non marié et vivant séparé, lors du dépôt de la déclaration commune devant l'officier de l'état civil ou l'autorité de protection de l'enfant.

172. On se demandera alors s'il est également possible de solliciter l'autorité par anticipation. On songera tout d'abord au cas où l'autre parent a été approché bien avant la concrétisation de l'idée d'un départ et que ce premier contact s'est soldé par un refus. Est-ce possible de s'adresser alors à l'autorité sans attendre ? Or, l'alinéa 2 n'impose aucune contrainte temporelle qui ne permettrait pas de procéder ainsi. Il n'empêche point

le parent se heurtant au refus de l'autre de solliciter l'accord de l'autorité afin qu'il soit assuré de ses droits dans l'hypothèse à venir où un projet de départ devait se cristalliser concrètement, pour des raisons personnelles (nouveau partenaire) ou professionnelles (nouvel emploi). Le juge ou l'autorité doivent donc être sollicités antérieurement à toute mise en œuvre d'un projet de déplacement de l'enfant, à supposer cependant qu'ils soient saisis d'une demande qui révèle avec une certaine précision ce qui fera l'objet de leur décision. Il ne suffira pas de leur demander qu'ils acceptent par principe toute modification de la résidence de l'enfant. Il conviendrait de préciser un certain rayon géographique ou linguistique, cela sans exclure l'hypothèse d'un départ à l'étranger, cependant délimité raisonnablement. Car l'autorité doit tenir compte de la situation de l'autre parent, lequel ne doit pas être confronté à un éloignement de son enfant en un lieu ou un pays où il ne pourra plus vivre sa part à la prise en charge de l'enfant et aux relations personnelles.

173. On notera encore que l'alinéa 2 ne fait pas de la demande adressée préalablement à l'autre parent de donner son accord une condition de recevabilité de la requête soumise au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant. On aurait mieux fait de consacrer l'exigence d'une telle consultation préalable, étant donné que l'autorité demandera l'avis de l'autre parent de toute manière. Si celui-ci donne son accord, il n'y a plus de point litigieux. Dans la pratique, le parent requérant sera chargé des frais d'une démarche inutile, si bien qu'à la prochaine occasion, il s'y prendra autrement.

174. Cependant, la situation est différente dans le cadre d'un procès en cours, comme le divorce, lorsque chaque époux avance tout naturellement ses exigences, parmi lesquelles peut se trouver une demande d'autoriser le déplacement de l'enfant, dans l'immédiat ou dans les temps à venir. Le fait de ne pas faire de la sollicitation préalable de l'avis de l'autre parent une condition de recevabilité facilite alors l'inclusion de ce sujet dans le règlement d'ensemble des effets du divorce. Cela montre également, si besoin était, que l'alinéa 2 n'est point hostile à ce que la décision visée par cette disposition soit celle du juge du divorce. Le fait que cette mesure ne soit pas mentionnée, ni à l'art. 133, ni à l'art. 298, n'est pas un obstacle, l'alinéa 2 de l'art 301a étant à cet égard entièrement suffisant, comme une « *lex specialis* ».

175. Les travaux du législateur montrent que cette hypothèse a bien été retenue. Lorsqu'il explique le nouvel art. 298 al. 2, qui confie au juge du divorce le rôle de statuer sur la garde et les relations personnelles en cas de désaccord des parents, le Message dit que le juge est alors « *habilité à statuer uniquement sur le lieu de séjour et la prise en charge de l'enfant* ». ¹⁴⁷ La détermination du lieu de résidence de l'enfant apparaît donc étroitement associée à la question de la garde. Or, cette question peut être réglée par rapport à la situation donnée au jour du divorce, mais rien n'empêche le juge de divorce

¹⁴⁷ FF 2011 8340 s.

de statuer sur un projet de modification suffisamment précis et plausible se situant dans l'avenir immédiat ou proche, au lieu de renvoyer les parties à une procédure ultérieure de modification du jugement de divorce.¹⁴⁸ De même, lorsque l'autorité de protection de l'enfant est saisie d'une demande d'attribution de l'autorité parentale conjointe, elle peut compter la même question parmi les « autres points litigieux » à régler (art. 298b al. 3).

2. Retrait du droit de déterminer la résidence de l'enfant ?

176. L'art. 301a ne rend pas explicite une possibilité d'un tel retrait, s'agissant d'un droit qui est, selon la nouvelle conception, très étroitement associé à l'autorité parentale. La question est importante pour bien saisir la portée de l'autorité parentale conjointe.

177. Pour le législateur, la réponse est nette : on ne saura retirer ce droit de l'autorité parentale. Le juge du divorce ne saurait le faire de manière à ce que, entre deux parents partageant l'autorité parentale, l'un seul dispose du droit de déterminer la résidence de l'enfant.¹⁴⁹

178. La réponse apparaît quelque peu absurde au regard de l'alinéa 2 de l'art. 301a. Cette disposition, en effet, ne fait rien d'autre que de priver l'un des parents du droit de refuser son accord au déplacement de la résidence de l'enfant dans les hypothèses qui n'y figurent pas. Si son consentement doit être sollicité et qu'il le refuse, sa réaction sera privée de tout effet dès le moment où l'autorité accepte le déplacement. Dans ces cas, il n'y a tout simplement plus de droit de déterminer la résidence de l'enfant ou, si l'on préfère, ce droit est complètement vidé de son contenu.

179. En suivant le principe énoncé, il conviendra donc de se rabattre sur les décisions prises quant à l'exercice de l'autorité parentale et la prise en charge de l'enfant. Le Message explique, en effet, que, par rapport au principe de l'art. 301a al. 1, « les exceptions sont réglées aux art. 298 al. 2 et 298b al. 3. »¹⁵⁰ On en revient alors à des décisions prises par anticipation. À défaut de pouvoir retirer le droit de résidence complètement de l'autorité parentale, le juge du divorce et l'autorité de protection de l'enfant peuvent décider du lieu où l'enfant vivra même dans une hypothèse de déménagement à venir. Cette possibilité concorde avec l'alinéa 2 de l'art. 301a qui mentionne spécifiquement le « juge » pour confirmer que le divorce ou le règlement de la vie conjugale sont des occasions pour préciser les règles applicables en cas de déplacement – présent ou futur – de la résidence de l'enfant. Dans les limites dans lesquelles cet accord par anticipation est

¹⁴⁸ Il n'y a pas de raison de limiter l'accord des parents ou le prononcé du juge aux seules hypothèses du déplacement de la résidence dans un endroit à proximité, comme le suggère DIETRICH, p. 342. Dans un tel cas, l'accord de l'autre parent n'est de toute manière pas requise par l'alinéa 2.

¹⁴⁹ FF 2011 8344.

¹⁵⁰ FF 2011 8344.

donné et défini, le droit de déterminer la résidence de l'enfant est lui-même limité en conséquence. La construction est indirecte, certes, et on aurait préféré qu'elle soit exprimée directement. Elle existe cependant bel et bien, et c'est ce qui compte en définitive.

F. Place pour des ordonnances de retour ?

180. Lorsque l'art. 301a prévoit l'appel à l'autorité, ce n'est jamais dans un but correctif. L'alinéa 5, on l'a vu, n'y fait pas allusion. Dans le cas de l'alinéa 2, l'autorité donne son accord au déménagement ou elle le refuse, mais elle ne fait pas revenir un parent qui a mis son projet à exécution. L'autorité aura les mains liées. Pour le législateur, c'était une idée sous-jacente qui rendait l'art. 301a acceptable : on affirme le droit du parent non gardien de donner ou non son accord, mais on ne le protège pas.

181. La question aurait mérité un examen approfondi et dépassionné, car elle pointe sur un intérêt légitime : à quoi sert une autorité parentale conjointe qui comprend le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant si ce droit n'est accompagné d'aucune mesure d'exécution ? Il s'agit certes de respecter l'intérêt prépondérant du parent gardien à suivre une offre d'emploi ou à se rapprocher de l'endroit de ses origines ou de sa famille, par exemple, mais l'on doit également songer à des hypothèses où le départ a directement pour but de s'éloigner de l'ancien partenaire et de « couper les ponts », sans considération aucune de l'intérêt de l'enfant à préserver le contact de proximité avec l'autre parent. Cet intérêt n'est pas protégé par le nouvel art. 301a ; le refus du déplacement ne suffit pas. Il faudra donc, comme par le passé, se rabattre sur l'art. 307 CC, au risque de se faire rétorquer – faussement – que l'art. 301a, « *lex specialis* », contiendrait sur ce point un silence qualifié. En réalité, c'est un silence tout court, regrettable néanmoins.

182. Dans une hypothèse tout au moins, le regret est sérieux. Lorsque l'enfant a été amené à l'étranger, sans solliciter l'accord de l'autre parent ou passant outre son refus, la seule réponse du législateur, faussement rassurante, consiste à rappeler le droit du parent lésé à réclamer le retour de l'enfant selon la Convention de La Haye de 1980. Ce parent se fait donc renvoyer à mieux se pourvoir devant les autorités étrangères de l'État contractant où l'enfant a été amené. Cela permet souvent d'obtenir le retour de l'enfant, mais la procédure à suivre n'est pas toujours aussi rapide qu'on le souhaiterait. Or, en attendant, que font les juridictions en Suisse ?

183. On aimerait se tourner vers le nouveau droit pour y trouver une réponse. Il n'en est rien. Aucune mesure répressive en vue d'un retour de l'enfant n'est prévue et, apparemment, on n'a pas songé à en prévoir une, ne fût-ce que pour le cas international pour lequel il est affirmé que le départ au-delà des frontières sans l'accord de l'autre parent

serait illicite.¹⁵¹ On aurait donc pu s'attendre à ce qu'une autorité suisse puisse être approchée afin de lui demander de délivrer une ordonnance de retour destinée à réparer ce cas d'illicéité. Cela n'a pas été prévu. On ne trouve même pas de règle prévoyant que l'autorité judiciaire puisse fournir une décision attestant que le déplacement de l'enfant était illicite afin de permettre au requérant de produire ce constat devant les autorités étrangères saisies de la demande de retour, comme le prévoit l'art. 15 de la Convention.

184. Que l'on ne songe pas que cela serait impossible ou inutile, étant donné qu'après le départ de l'enfant, les autorités suisses n'auraient plus de compétence pour prendre des mesures, la résidence habituelle de l'enfant n'étant plus en Suisse et la *perpetuatio fori* ne s'appliquant pas. Cela serait inexact. Tout d'abord, jusqu'au changement de la résidence habituelle, dans un contexte d'enlèvement d'enfant, il faut un certain temps.¹⁵² Cela suffit normalement pour obtenir un premier ordre de retour. Mais il y a plus : la pratique n'a encore guère observé qu'en cas d'enlèvement vers l'étranger, l'autorité suisse de l'ancienne résidence maintient une compétence de protection du parent lésé, en vertu de l'art. 7 de la Convention de La Haye de 1996, qui lui permet pour une année au moins d'ordonner des mesures tant que l'autorité étrangère du pays de refuge de l'enfant n'aura pas statué sur la demande de retour.¹⁵³ Les autorités suisses peuvent donc ordonner le retour de l'enfant, voire attribuer la garde au parent lésé, et ce non sans chance de succès, étant donné qu'il s'agit d'une mesure protectrice dont la Convention de La Haye de 1996 assure la reconnaissance dans les autres États parties, sous réserve de l'obstacle de l'ordre public. Toutefois, pour ordonner le retour, encore faudrait-il disposer d'une base légale en droit suisse. Celle-ci aurait mérité d'être plus explicite que la règle générale de l'art. 307 CC, dont la pratique ne se sert que trop rarement à cet effet.

185. On rappellera à cette occasion que, contrairement à ce que l'on entend souvent dire, la Convention de La Haye de 1980 n'est pas le seul instrument (avec son petit frère, la Convention de Luxembourg)¹⁵⁴ afin de réagir à un enlèvement et d'obtenir le retour de

¹⁵¹ Le Message note pour ce cas que « l'art. 220 CP s'applique au demeurant » (FF 2011 8345). C'est un conseil bien maladroit, car la menace d'une peine pénale en Suisse fournira au ravisseur devant l'autorité étrangère un argument de poids pour refuser le retour de l'enfant, comme le montre d'ailleurs la jurisprudence du Tribunal fédéral (cf. CR LDIP-BUCHER, Art. 85 n. 260 et les arrêts cités).

¹⁵² Cf. CR LDIP-BUCHER, Art. 85 n. 29 ss.

¹⁵³ La disposition n'est pas des plus simples à comprendre. Cf. CR LDIP-BUCHER, Art. 85 n. 34 ss ; TF, 5A_509/2012 du 20 août 2012 cons. 3 ss ; TF, 5A_848/2012 du 11 février 2013 cons. 2.

¹⁵⁴ Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et de rétablissement de la garde des enfants du 20 mai 1980 (RS 0.211.230.01). On notera en marge que le législateur entend élargir l'hypothèse du recours au Tribunal fédéral soumis au délai bref de 10 jours de la Convention de La Haye de 1980 à celle de la Convention de Luxembourg. Or, celle-ci porte également sur la reconnaissance de décisions sur la garde hors des cas d'enlèvement

l'enfant. La Convention de La Haye de 1996 peut également remplir ce but et la compétence dite « continue », fondée sur l'art. 7, peut servir à cet effet. La différence principale, en termes d'efficacité, constitue en ceci que cette Convention contient une clause d'ordre public, tandis que la Convention de 1980 n'en connaît pas (sous réserve de son art. 20). Il n'empêche que même dans une matière sensible comme la protection des enfants en cas d'enlèvement, il n'est de loin pas évident que cet obstacle soit insurmontable dans le cas particulier lorsque l'on entend obtenir à l'étranger la reconnaissance, puis l'exécution d'une mesure demandant le retour de l'enfant.

VI. Conclusion

186. L'instauration générale de l'autorité parentale conjointe n'est pas aussi évidente que le discours politique l'affirme. La réforme qui se profile signifie que, dans les cas de divorce, l'autorité conjointe est certes accessible à tous, même sans l'accord du conjoint. Cependant, cela n'ira pas de soi, car un contrôle systématique aura lieu, de cas en cas, sur la base du bien de l'enfant. Dans les cas de divorce sur requête commune, il sera difficile d'imposer l'autorité conjointe à des couples qui n'en veulent pas.

187. Pour les couples non mariés, il faudra l'accord des deux parents sur leurs relations et, en cas de désaccord, il y aura également un examen du bien de l'enfant. L'enfant de parents non mariés jouira donc de leur autorité conjointe si telle est leur volonté, mais il naîtra dans une certaine insécurité : la déclaration des parents de vouloir l'éduquer sous autorité parentale conjointe et de lui assurer son entretien est un leurre car personne ne viendra vérifier son contenu. Aucune autorité ne s'y intéressera.

188. Les parents gérant l'autorité en commun doivent s'entendre sur toutes les décisions importantes, certes, mais ils doivent également s'entendre sur toute décision de moindre importance, pourvu qu'elle ne soit pas courante ou urgente : une réglementation

(art. 10) qui peuvent poser des questions délicates et nécessiter des développements nettement plus fournis que ceux se rapportant à un enlèvement. Le Message ne mentionne pas cette importante disposition (FF 2011 8347), qui est en pratique la seule qui est normalement invoquée. Certes, on pourrait suggérer, suivant le Message, que ce délai de recours raccourci ne s'applique qu'en cas de décision relative au retour d'un enfant ; néanmoins, la Convention de Luxembourg ne porte pas sur des décisions de ce type, mais sur la reconnaissance de décisions étrangères sur la garde. Le fait que l'art. 302 al. 1 lit. a CPC prévoit la procédure sommaire n'a pas de rapport avec le délai de recours au Tribunal fédéral. La jurisprudence combine d'ailleurs cette Convention avec celle de La Haye de 1996 (TF, 5A_131/2011 du 31 mars 2011 cons. 3, *in FamPra.ch* 12 (2011) 727 ss, cf. obs. Bucher, *in RSDIE* 2012 335 ; TF, 5A_291/2012 du 15 août 2012 cons. 2.2). Or, pour celle-ci, le délai de 30 jours s'applique. Quel délai l'emporte alors ?

peu claire et source de disputes interminables, même si les juristes finiront par tracer une ligne de conduite raisonnable.

189. Le droit de déplacer le lieu de résidence de l'enfant sera rattaché exclusivement à l'autorité parentale. Si elle est conjointe, elle suppose l'accord de l'un et de l'autre parent, mais si celui-ci s'y refuse, il n'aura aucun moyen pour faire respecter son droit – sauf celui de réclamer devant les juges étrangers d'un pays proche ou lointain le retour de l'enfant dont il ne pouvait empêcher le départ en Suisse, ou de faire jouer la menace pénale. Si l'autorité appartient à l'un seul des parents, l'autre parent verra l'enfant partir sans qu'il puisse faire quoi que ce soit, sauf si la pratique jurisprudentielle confirme les moyens de protection dont les auteurs de la loi n'ont pas tenu compte.

190. Une réforme compliquée et peu claire qui n'assure pas l'objectif qui lui a été fixé. Ce n'est pas ce que l'on attend du législateur. Les familles et les enfants en paieront le prix. Que l'on veuille bien leur donner de meilleurs juristes !

Bibliographie

Message du Conseil fédéral du 16 novembre 2011 concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315–8357 (cité : FF 2011).

ANDREAS BUCHER, Loi sur le droit international privé/Convention de Lugano, Commentaire Romand, Bâle 2011(avec la Mise à jour sur : www.andreasbucher-law.ch) (cité : CR LDIP–BUCHER).

ANDREA BÜCHLER/LINUS CANTIENI/HEIDI SIMONI, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda, FamPra.ch 8 (2007) 207–228 (cité : BÜCHLER/CANTIENI/SIMONI).

LINUS CANTIENI, Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung, Eine empirische Untersuchung, Berne 2007, 174–189 (cité : CANTIENI).

ANNKA DIETRICH, Gemeinsame elterliche Sorge – Revision des Zivilgesetzbuches, Revue de l’avocat 2012 340–342.

BASTIEN DUREL, Droits de garde et enlèvement international d’enfants, RMA 2012 190–223.

BERNARD DUTOIT, Le droit international privé de la famille et des droits fondamentaux de l’enfant : le choc qui fait chic, Un engagement au service du droit international privé, Mélanges en l’honneur de Hans van Loon, Cambridge 2013, 143–156.

MONIQUE GERBER/ANNA HAUSHEER, Le code civil suisse CC a 100 ans, Bulletin suisse des droits de l’enfant 2012, n. 2 p. I/II.

HEINZ HAUSHEER, Der Konkretisierungsbedarf bei allgemeinen Rechtsgrundsätzen und/bzw. Generalklauseln des Privatrechts, PJA 2013 336–348.

CYRIL HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts, 5^e éd., Berne 1999.

PHILIPPE MEIER, L’autorité parentale conjointe, l’arrêt de la CourEDH Zaunegger c. Allemagne : quels effets sur le droit suisse ?, RMA 2010 246–256 (cité : MEIER, RMA).

PHILIPPE MEIER, L’enfant en droit suisse : quelques aspects de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l’homme, FamPra.ch 13 (2012) 255–310 (cité : MEIER, *L’enfant*).

PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, Droit de la filiation, 4^e éd. Genève 2009.

RUTH REUSSER/THOMAS GEISER, Sorge um die gemeinsame elterliche Sorge, Ungeheimheiten im Gesetzesentwurf für eine Neuregelung, *RJB 2012* 758–772.

ALEXANDRA RUMO-JUNGO/SANDRA HOTZ, Der Vorentwurf zur Revision des Kindesunterhalts : ein erster Schritt, *FamPra.ch 14 (2013)* 1–32.

INGEBORG SCHWENZER/ANDREA BÜCHLER/MICHELLE COTTIER, Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, *FamPra.ch 13 (2012)* 627–656.

JEHANNE SOSSON, Le projet de réforme du Code civil suisse concernant l'autorité parentale conjointe sous l'éclairage des droits français et belge, *FamPra.ch 14 (2013)* 410–427.

MARTIN STETTLER, Le droit suisse de la filiation, *Traité de droit privé suisse*, vol. III, T. II/1, Fribourg 1987.

MARTIN WIDRIG, Alternierende Obhut, *PJA 2013* 903–911.