

Commentaire**Proposition de citation :**

Olivier Guillod, Le dépoussiérage du droit suisse des familles continue, Newsletter DroitMatrimonial.ch février 2014

Le dépoussiérage du droit suisse des familles continue

Olivier Guillod

Pour le second mois d'affilée, aucun des arrêts résumés dans la présente *newsletter* n'est, à juste titre du reste, destiné à la publication, puisqu'aucun d'eux n'apporte quelque chose de réellement nouveau. Nous en profitons donc pour présenter les grandes lignes de la réforme de l'autorité parentale qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2014.

Chacun sait que pour le moment, la détention de l'autorité parentale dépend en premier lieu de la situation juridique des parents au moment de la naissance de l'enfant. Dans l'esprit traditionnel du Code civil qui fait du mariage le centre de l'organisation de la famille, l'autorité parentale appartient aux père et mère quand la femme qui accouche est mariée, son mari étant automatiquement reconnu juridiquement comme le père de l'enfant. Quand la femme qui accouche n'est pas mariée, elle détient au contraire seule l'autorité parentale. Le père, qui par hypothèse a reconnu l'enfant avant même sa naissance, ne peut selon la lettre du Code civil obtenir le partage de l'autorité parentale que si la mère accepte de déposer une requête commune dans ce sens auprès de l'autorité de protection de l'enfant.

Cette réglementation est contraire au principe d'égalité entre hommes et femmes, puisqu'elle soumet l'autorité parentale conjointe de parents non mariés au bon vouloir de la mère. La Cour européenne des droits de l'homme l'a clairement dit dans un arrêt du 3 décembre 2009 (*Zaunegger c. Allemagne*), déclarant que le droit allemand viole les articles 8 et 14 CEDH parce qu'un tribunal allemand a refusé d'accorder à un père célibataire l'autorité parentale conjointe simplement parce que la mère de l'enfant s'y opposait, sans procéder à un examen au fond sous l'angle de l'intérêt de l'enfant. La Cour a considéré que le refus de la mère de partager l'autorité parentale n'était pas nécessairement motivé par le bien de l'enfant. Dès lors, même lorsque le père en fait seul la demande, un tribunal doit pouvoir attribuer l'autorité parentale en commun aux père et mère, si cela sert l'intérêt de l'enfant. Comme la législation allemande correspondait largement, sur ce point, au droit suisse, la décision de la Cour (confirmée dans l'arrêt *Sporer c. Autriche* du 3 février 2011) obligeait indirectement le législateur suisse à modifier le Code civil (cf. Philippe Meier, L'autorité parentale conjointe : l'arrêt de la CourEDH *Zaunegger c. Allemagne* : quels effets sur le droit suisse ?, RMA 2010, 246 ss ; voir aussi ATF 138 III 348).

Le Conseil fédéral a donc proposé le 16 novembre 2011 (Message, FF 2011, 8315) de modifier le Code civil, afin que l'autorité parentale conjointe devienne la règle, indépendamment de l'état civil des père et mère juridiques de l'enfant. Simultanément, il a proposé que l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent (par le juge civil ou par l'autorité de protection de l'enfant) n'intervienne que si elle est nécessaire pour protéger le bien de l'enfant. Le Parlement fédéral a accepté la réforme le 21 juin 2013 (FF 2013, 4229) qui entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2014.

L'article 12 al. 4 et 5 du Titre final du Code civil règle le passage de l'ancien au nouveau droit. Si, au 1^{er} juillet 2014, un enfant se trouve sous l'autorité parentale exclusive d'un seul parent (par exemple une mère vivant seule avec son enfant reconnu par le père ; ou bien un père divorcé ayant obtenu

seul l'autorité parentale sur son enfant), l'autre parent pourra demander à l'autorité de protection de l'enfant de prononcer l'autorité parentale conjointe. Celle-ci sera instituée à moins que l'intérêt de l'enfant ne commande de laisser l'autorité parentale exclusive au parent la détenant déjà ou de la transférer exclusivement à l'autre parent (art. 298*b* al. 2 CC)

Le parent qui ne détient pas l'autorité parentale conjointe au 1^{er} juillet 2014 dispose d'un délai d'une année pour déposer cette demande, quelle que soit la durée préalable pendant laquelle l'autorité parentale a été exercée exclusivement par l'autre parent. En cas de divorce toutefois, la demande ne sera recevable que si le divorce « *a été prononcé dans les cinq ans précédant la modification du 21 juin 2013* » (art. 12 al. 5 T.f. CC). Les divorces entrés en force jusqu'en juin 2009 ne peuvent dès lors plus être remis en question en ce qui concerne l'autorité parentale sur la base de l'article 12 T.f. CC (mais une procédure ordinaire de modification du jugement de divorce pour faits nouveaux reste naturellement possible sur la base de l'art. 134 CC). Le Conseil fédéral justifiait cette solution restrictive par un argument pour le moins curieux : selon lui, cette limitation préserverait « *la confiance des parents dans la valeur des jugements rendus jusque là par les tribunaux du divorce* » (FF 2011 8347) !

La situation juridique des parents mariés ne changera pas au 1^{er} juillet 2014. Ils resteront de par la loi tous deux titulaires de l'autorité parentale (art. 296 al. 2 CC). En cas de séparation (qu'il s'agisse de mesures provisionnelles, de mesures protectrices ou de séparation de corps), le juge ne pourra attribuer l'autorité parentale à un seul des parents que « *si le bien de l'enfant le commande* » (art. 298 al. 1 CC, par renvoi de l'art. 176 al. 3 CC et de l'art. 118 al. 2 CC). En cas de divorce, le même article 298 al. 1 CC (par renvoi de l'art. 133 al. 1 CC) prévoit que le juge peut confier l'autorité parentale exclusive à l'un des parents « *si le bien de l'enfant le commande* ». Le principe du droit actuel se trouvera donc renversé. Si le juge estime qu'aucun des deux parents de l'enfant n'est apte à exercer l'autorité parentale, il devra inviter l'autorité de protection de l'enfant à nommer un tuteur à l'enfant (art. 298 al. 3 et 327*a* CC).

Quand une femme non mariée accouchera, l'autorité parentale appartiendra à la mère dès la naissance (cf. art. 298*a* al. 5 CC), à moins que la mère soit mineure ou sous curatelle de portée générale. En pareille hypothèse (mère mineure ou sous curatelle de portée générale), l'autorité de protection de l'enfant devra attribuer l'autorité parentale au père ou nommer un tuteur à l'enfant (art. 298*b* al. 4 CC), en fonction de l'intérêt de l'enfant.

Dès l'instant où le lien de filiation paternelle est établi par reconnaissance, les parents obtiendront l'autorité parentale conjointe sur la base d'une déclaration commune dans laquelle ils confirment simplement être disposés à assumer ensemble la responsabilité de l'enfant et s'être entendus sur la garde, les relations personnelles ainsi que sur leur participation à la prise en charge et à l'entretien de l'enfant (art. 298*a* al. 1 et 2 CC). Contrairement au droit actuel, les parents n'auront pas à donner le détail des arrangements trouvés, mais devront simplement déclarer qu'ils se sont mis d'accord. La déclaration commune pourra être faite en même temps que la reconnaissance de l'enfant, devant l'officier d'état civil. Si elle est faite ultérieurement, elle devra être adressée à l'autorité de protection de l'enfant du lieu de domicile de l'enfant (art. 298*a* al. 4 CC) qui pourra au préalable conseiller les parents (art. 298*a* al. 3 CC).

Si l'un des parents refuse de déposer cette déclaration commune, l'autre pourra s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant (art. 298*b* al. 1 CC), conformément à la jurisprudence *Zaunegger*. L'autorité devra alors instituer l'autorité parentale conjointe, sauf si le bien de l'enfant exige de n'attribuer l'autorité parentale qu'à l'un des parents (confirmation de l'autorité parentale de la mère ou transfert au père ; art. 298*b* al. 2 CC).

Quand le lien de filiation paternelle sera établi par jugement, le juge devra simultanément prononcer l'autorité parentale conjointe, sauf si le bien de l'enfant commande l'attribution à titre exclusif à la mère ou au père (art. 298c CC).

La généralisation de l'autorité parentale conjointe a suscité des craintes que le parent détenteur en commun de l'autorité parentale, mais ne vivant pas avec l'enfant, n'utilise ses prérogatives à des fins d'obstruction de l'action de l'autre. Le législateur a répondu à ces appréhensions en adoptant l'article 301 al. 1^{bis} CC qui précise que le parent ayant la charge de l'enfant peut prendre seul « *les décisions courantes ou urgentes* » (ch. 1) ainsi que « *d'autres décisions, si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable* » (ch. 2). Le Message mentionne comme exemples de décisions courantes celles concernant l'alimentation, l'habillement et les loisirs de l'enfant. Il précise que ne sont en revanche pas des décisions courantes celles qui portent sur un changement de domicile, d'école ou de religion (Message, FF 2011 8344). En cas de désaccord sur la notion de décision courante, il appartiendra au juge de la concrétiser dans chaque cas d'espèce.

La réforme clarifie par ailleurs les règles relatives à la détermination du lieu de résidence de l'enfant. L'article 301a al. 1 CC prévoit que « *l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant* ». Ce droit, que l'on appelle pour le moment droit de garde, sera une composante indétachable de l'autorité parentale (sous réserve de l'art. 310 CC).

Le droit de déterminer le lieu de résidence n'est toutefois pas sans limites. Quand l'autorité parentale appartiendra au père et à la mère, aucun d'eux ne pourra modifier unilatéralement le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 2 CC). Il ne sera dès lors plus possible (contrairement au droit actuel : cf. ATF 136 III 353, consid. 3.2) pour le juge matrimonial de maintenir l'autorité parentale conjointe en réservant à un parent seulement le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Le juge pourra en revanche se prononcer sur la garde (de fait) de l'enfant (art. 133 al. 1 ch. 2 et 298 al. 2 CC). En pareille hypothèse, le parent vivant avec l'enfant ne pourra modifier le lieu de résidence de l'enfant sans l'accord de l'autre parent, dès l'instant où le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger ou a un impact important sur l'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite de l'autre parent (art. 301a al. 2 let. a et b CC). Le parent exerçant seul l'autorité parentale aura en outre l'obligation d'informer en temps utile l'autre parent s'il souhaite modifier le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a al. 3 CC).

En vertu de l'article 301a al. 4 CC, chaque parent, qu'il détienne ou non le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, souhaitant modifier son propre lieu de résidence aura également le devoir d'informer en temps utile l'autre parent.

Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant est opposable aux tiers : la loi prévoit que l'enfant ne peut être enlevé aux titulaires de l'autorité parentale sans cause légitime. Le parent qui ne détient pas ou plus l'autorité parentale est considéré comme un tiers : le fait par exemple de ne pas ramener l'enfant à l'expiration du droit de visite porte atteinte au droit de l'autre parent de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Si l'enfant ne veut pas retourner chez le parent détenant l'autorité parentale exclusive, l'autre parent peut déposer une requête tendant soit à la modification de l'attribution de l'autorité parentale (art. 134 et 298d al. 1 CC), soit à la modification de la garde et des relations personnelles (art. 134 et 298d al. 2 CC). Le fait de ne pas ramener l'enfant à l'expiration du droit de visite est aussi réprimé pénalement (art. 220 CP : enlèvement de mineur), sur plainte du parent détenteur du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant ou du tuteur de l'enfant (cf. ATF 108 IV 24).

Comme en droit actuel, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant s'éteindra si l'autorité de protection de l'enfant le retire et place l'enfant chez des tiers. Une telle décision pourra être prise sur la base de l'article 310 CC ou sur la base de l'article 15 DPMIn en cas d'infraction commise par l'enfant (l'autorité pénale règle alors le droit des parents d'entretenir des relations personnelles avec

leur enfant mineur selon l'art. 16 al. 1 DPMIn). Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (tout comme l'autorité parentale) s'éteint naturellement à la majorité de l'enfant et en cas de décision de l'autorité de protection de l'enfant de retirer l'autorité parentale (art. 311 ou 312 CC).

En résumé, voilà une réforme qui dépoussière de manière bienvenue le droit suisse des familles.