

Tribunal fédéral – 5A_923/2014
destiné à la publication
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 27 août 2015 (d)

Newsletter octobre 2015

Couple non marié

Retrait de l'autorité
parentale conjointe

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Conditions

Noémie Helle, Vers une prime au conflit
parental ? Analyse de l'arrêt du Tribunal
fédéral 5A_923/2014, Newsletter
DroitMatrimonial.ch octobre 2015

Art. 298a al. 2 aCC ;
298d nCC



FACULTÉ DE DROIT

Vers une prime au conflit parental ? Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_923/2014

Noémie Helle

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral se prononce pour la première fois sur les conditions du retrait de l'autorité parentale conjointe après l'entrée en vigueur de la novelle relative à l'autorité parentale conjointe. Tout en précisant que l'autorité parentale conjointe est désormais la règle, il pose des conditions relativement ouvertes pour son retrait à l'un des parents et son attribution exclusive à l'autre.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Les concubins A. et B. sont les parents de C., née en 2009. Au moment de la naissance de l'enfant, les parents faisaient ménage commun. L'enfant a été reconnue par son père avant sa naissance. L'autorité de protection leur a octroyé l'autorité parentale conjointe en vertu de l'ancien art. 298a al. 1 CC sur la base de la convention qu'ils avaient signée. Peu de temps après, les parents se sont séparés, la mère déménageant plusieurs fois avec l'enfant. Selon une communication de l'office des migrations, le père se serait annoncé partant pour l'étranger à fin novembre 2009. Dans les faits, il n'est resté que peu de temps à l'étranger et a entretenu dès la séparation des contacts réguliers avec sa fille. Depuis la séparation, il n'a plus eu de domicile fixe et réside actuellement chez son frère. Les contacts ont en règle générale eu lieu chez la grand-mère paternelle, qui habite le même immeuble que le frère.

En juillet 2011, la mère a déposé une requête d'attribution de l'autorité parentale exclusive sur C. L'autorité tutélaire a désigné une curatrice à la procédure à l'enfant. En mai 2012, l'Office de protection de l'enfant rendait son rapport : il proposait l'attribution de l'autorité parentale exclusive à la mère et l'institution d'une curatelle au sens de l'art. 308 CC en faveur de l'enfant. Le 21 mars 2013, après avoir entendu les parents personnellement, l'autorité de protection a supprimé l'autorité parentale conjointe en raison d'un défaut de capacité de coopération et de difficultés de communication (art. 298a al. 2 aCC). Elle a

attribué l'autorité parentale à la mère et institué une curatelle au sens de l'art. 308 CC, la curatrice étant chargée de tâches précises. Le père a recouru contre cette décision auprès du Conseil communal, puis au Tribunal cantonal. Ses recours ont été rejetés. Le 21 novembre 2014, soit après l'entrée en vigueur de la novelle relative à l'autorité parentale conjointe, le père a recouru au Tribunal fédéral, en concluant à l'annulation des décisions rendues, au maintien de l'autorité parentale conjointe, subsidiairement au renvoi à l'autorité cantonale de recours pour nouvelle décision. Tant la mère que la curatrice ont été invitées à déposer des observations, ce qu'elles ont fait.

B. Le droit

Avant d'aborder les considérants de l'arrêt, il y a lieu de relever quelques **particularités de la procédure**. Tout d'abord, la mère a déposé sa requête en attribution exclusive de l'autorité parentale en juillet 2011, sous l'empire de l'ancien droit, et devant les anciennes autorités tutélaires, dont on rappelle ici qu'elles n'étaient encore ni forcément professionnelles, ni interdisciplinaires, le nouveau droit de la protection n'entrant en vigueur que le 1^{er} janvier 2013. Les parties ont donc dû faire face à une nouvelle procédure, de nouvelles autorités et un nouveau droit de fond devant l'instance cantonale de recours. Ensuite, alors que la mésentente entre les parents était criante, l'enfant n'a bénéficié d'une curatelle au sens de l'art. 308 CC qu'en 2013, alors même qu'une curatrice à la procédure avait été désignée en 2011 déjà. Enfin, la procédure d'instruction devant le Tribunal fédéral a été particulièrement riche, puisque les parties ont eu chacune deux tours d'écritures, alors même que l'art. 102 al. 3 LTF prévoit que la Haute Cour ordonne exceptionnellement un second échange d'écritures. La présente procédure est dès lors exceptionnelle à plus d'un titre et permet au juriste averti de découvrir les termes peu usités de « triplique » et « quadriplique » (faits, let. C).

Le Tribunal fédéral reprend dans un premier temps les constatations de fait de la dernière instance cantonale et sa position juridique (c. 2). Après avoir dressé un tableau des innombrables pommes de discorde entre les parents (la mère faisant baptiser unilatéralement l'enfant, reprochant au père de ne pas payer de contribution d'entretien, de vouloir enlever l'enfant, de ne pas rechercher activement d'emploi et raccourcissant les vacances du père, celui-ci reprochant de son côté à la mère de déménager aussi fréquemment qu'elle changeait de compagnon, d'avoir fait percer les oreilles de l'enfant, de poster des images d'elle sur les réseaux sociaux et déposant plainte pour enlèvement alors que celle-ci était en vacances et qu'il en avait été informé), mais admis qu'en dépit de celles-ci, les relations entre le père et l'enfant étaient bonnes et qu'il l'avait accueillie régulièrement, la Cour cantonale n'a pu que constater que les parents ne parvenaient jamais à se mettre d'accord, que les décisions concernant l'enfant soient importantes ou mineures. Le conflit parental avait gagné en intensité, ce que les parents ont admis lors de leur audition, de même que le fait d'être dans l'impossibilité de communiquer et de se mettre d'accord sur des questions fondamentales. La curatelle instituée en 2013 n'avait rien amélioré. La curatrice parlait d'une escalade du conflit parental. A ses yeux, les parents auraient eu besoin d'un juge à plein temps, qui se positionne et départage ainsi les parents. Quoi qu'il en soit, le droit de visite entre le père et l'enfant prévu en mars 2013 fonctionnait.

D'un point de vue juridique, l'instance cantonale de recours a constaté que le nouveau droit relatif à l'autorité parentale était en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2014 et que la modification de celle-ci était désormais régie par l'art. 298d CC. L'autorité parentale est désormais la

règle, et son attribution exclusive, l'exception. Pour l'autorité cantonale, il n'est pas contesté que l'un des parents peut se voir retirer l'autorité parentale conjointe si les conditions de l'art. 311 al. 1 CC sont réalisées. Elle a constaté, sur la base de certaines interventions lors des débats parlementaires que la doctrine semblait admettre que d'autres motifs, tels qu'un conflit permanent entre le parent ou l'absence de capacité à coopérer, pouvaient entraîner l'attribution de l'autorité parentale à un seul des parents, même si cela devait rester l'exception. A ses yeux, il devait en aller ainsi lorsque la réglementation de la prise en charge de l'enfant ne permettait pas de régler le conflit parental et que seule l'attribution de l'autorité parentale exclusive était susceptible de mettre celui-ci à néant ou de l'atténuer. Un simple désaccord entre les parents ne constituait ainsi pas une raison suffisante pour retirer l'autorité parentale conjointe. Dans le cas présent, les disputes continues des parents avaient des répercussions négatives sur l'enfant, non pas en raison des interventions judiciaires et policières, mais du conflit de loyauté qui commençait à se dessiner selon la curatrice de l'enfant, ce qui représentait une mise en danger des intérêts de l'enfant. Les conditions avaient à ce point changé depuis l'attribution de l'autorité parentale conjointe qu'il s'avérait nécessaire de la modifier. L'institution d'une curatelle avait certes réduit les conflits, mais elle n'était pas en mesure d'améliorer les capacités de coopération entre les parents. En raison du conflit parental lourd et persistant, en particulier de l'absence de capacité de coopération et de communication et de ses effets sur l'enfant âgée de cinq ans, les conditions n'étaient plus données pour une autorité parentale conjointe. L'attribution exclusive de l'autorité parentale permettrait d'adoucir le conflit. Bien qu'un pronostic soit certes difficile, l'attribution claire des compétences décisionnelles devrait diminuer les possibilités de conflits (c. 2).

Le Tribunal fédéral rappelle que, contrairement à ce que soutient le recourant, l'autorité cantonale de recours était fondée à se pencher sur de nouveaux moyens soulevés devant elle, la maxime d'office étant applicable en ce qui concerne le sort des enfants pour autant que certaines conditions, réalisées en l'espèce, soient respectées (c. 3). Il était ainsi admissible d'entendre une nouvelle fois les parents et la curatrice. La Haute Cour relève également que l'instance cantonale a utilisé à juste titre l'art. 298d CC comme base légale pour fonder le retrait de l'autorité parentale conjointe, en vertu de l'art. 12 al. 1 Tit. final CC (c. 3).

Les juges fédéraux précisent l'objet de l'arrêt : il s'agit d'interpréter l'art. 298d CC, soit la **modification de la réglementation de l'autorité parentale** en cas de changement substantiel de circonstances pour le bien de l'enfant, à la lumière des nouvelles dispositions relatives à l'autorité parentale entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014 et de déterminer si seuls les critères de l'art. 311 CC sont applicables pour l'attribution exclusive de l'autorité parentale ou si d'autres critères peuvent entrer en considération (c. 4).

Le Tribunal fédéral utilise cumulativement plusieurs méthodes d'interprétation pour déterminer quels motifs permettent une attribution exclusive de l'autorité parentale. Il souligne ainsi en premier lieu que le projet du Conseil fédéral ne contenait pas de base légale pour la modification de l'autorité parentale en cas de changement de circonstances et que cette lacune a été comblée par l'introduction de l'art. 298d CC devant les Chambres fédérales. Se référant à une interprétation littérale et systématique, le Tribunal fédéral relève que le Message et les délibérations parlementaires ne sont pas clairs, puisqu'ils recourent simultanément aux notions de bien ou d'intérêt de l'enfant au sens des

art. 298 ss CC et de protection de l'enfant au sens des art. 307 ss CC. Or, quand on parle de protection de l'enfant au sens des art. 307 ss CC, l'autorité de protection de l'enfant doit intervenir d'office (c. 4.1). La confusion née du Message s'est poursuivie devant les Chambres : pour certains parlementaires, une attribution exclusive de l'autorité parentale était justifiée par une mise en danger du bien de l'enfant au sens de l'art. 311 CC, tandis que d'autres soutenaient qu'il subsistait un espace pour d'autres motifs, lesquels n'avaient pas besoin d'être aussi drastiques ou qu'il pouvait exister des exceptions à des conditions strictes. Devant le Parlement, le Conseil fédéral n'était pas plus clair : à ses yeux, les conditions pour le retrait de l'autorité parentale conjointe obéissaient à l'art. 311 CC, mais il soutenait dans le même temps que les art. 298 ss CC constituaient des clauses générales et que dès lors d'autres motifs étaient susceptibles de conduire à une attribution exclusive de l'autorité parentale (c. 4.2).

L'intention du législateur ne peut dès lors être déterminée avec une certitude absolue, compte tenu des imprécisions du Message et de l'absence de clarté des interventions parlementaires. Pour le Tribunal fédéral, il est toutefois possible de soutenir qu'en ce qui concerne les art. 298 al. 1 et 2 CC, le **bien de l'enfant et non la protection de l'enfant** est le critère déterminant, en se fondant sur le Message. Cette interprétation vaut également en ce qui concerne l'art. 298d CC, disposition créée par le Parlement et qui n'a donné lieu à aucune discussion. Ces trois normes reposent sur la même prémisse, à savoir que le divorce ou la séparation amène presque naturellement son lot de litiges dans le cadre du processus judiciaire. Ces litiges ne constituent pas en tant que tels des motifs pour une attribution exclusive de l'autorité parentale, ils se résorbent pour la plupart avec l'écoulement du temps. Cependant, il peut arriver que les conflits prennent de l'ampleur et qu'une modification de la réglementation de l'autorité parentale se justifie au regard de l'art. 298d CC (c. 4.3).

La Haute Cour souligne que dans la mesure où ni le Message, ni les interventions parlementaires ne sont clairs sur la question de savoir si l'atteinte au bien de l'enfant doit **atteindre le seuil de l'art. 311 CC** pour justifier une attribution exclusive de l'autorité parentale dans l'application des art. 298 al. 1, 298 al. 2 et 298d CC ou si d'autres motifs peuvent également la justifier, la doctrine ne pouvait pas l'être non plus (c. 4.4).

De l'avis du Tribunal fédéral, dans l'application des art. 298 al. 1, 298 al. 2 et 298d CC, il n'est pas nécessaire que les conditions de l'art. 311 CC soient remplies pour justifier un retrait de l'autorité parentale conjointe. Il justifie son point de vue en expliquant que certes, le résultat juridique est identique, puisque l'un des parents se voit privé du pouvoir décisionnel en ce qui concerne l'enfant, mais que la thématique est totalement différente. Cette appréciation est conforme à la terminologie utilisée, puisque s'agissant des art. 298 ss CC, le législateur recourt à la notion de « bien de l'enfant », tandis que les art. 307 ss CC traitent de la « protection de l'enfant ». Si les mesures prévues par l'art. 307 CC ne sont pas suffisantes pour assurer la protection de l'enfant, l'autorité de protection peut retirer la garde aux parents en vertu de l'art. 310 CC. Dans l'hypothèse où le retrait de la garde n'est pas suffisant, l'autorité peut retirer l'autorité parentale. Il s'agit d'une *ultima ratio* qui ne peut entrer en considération que lorsque toutes les autres mesures se sont révélées inefficaces pour assurer la protection de l'enfant (principe de la subsidiarité). En principe, il n'y a ici plus de place pour des relations personnelles entre les parents et l'enfant, alors que lorsque l'attribution exclusive de l'autorité parentale est prononcée en vertu des art. 298 ss CC, le

parent non attributaire conserve le droit d'entretenir des relations personnelles normales avec ses enfants, de sorte que pour ceux-ci, la seule conséquence est que leurs parents n'ont plus à prendre les décisions ensemble.

A côté de la position systématique et du contenu des différentes réglementations, l'attribution de l'autorité parentale exclusive au sens des art. 298 ss CC doit être distinguée du retrait de l'autorité parentale au sens de l'art. 311 CC. En effet, dans le cadre des mesures de protection de l'enfant, la loi fait toujours mention « des parents ». Même si le retrait de l'autorité parentale au sens de l'art. 311 CC peut en principe être prononcé à l'encontre d'un seul des parents, ce que prévoit du reste l'art. 311 al. 2 CC, la réglementation repose sur l'incapacité du couple parental en tant que tel, et le fait que les parents ne sont pas mutuellement capables de compenser les carences de l'autre. L'enfant doit donc être protégé de ses deux parents. Le Tribunal fédéral explique ensuite que le retrait du droit de garde au sens de l'art. 310 CC a des implications bien plus fortes sur l'enfant que l'attribution exclusive de l'autorité parentale au sens des art. 298 ss CC. Dans ce cadre, l'enfant reste le plus souvent auprès du parent qui en assume la garde à titre principal et ne perçoit généralement pas que le pouvoir décisionnel de l'un de ses parents a connu une modification. Il n'en va pas de même en cas de retrait du droit de garde au sens de l'art. 310 CC ou d'un retrait de l'autorité parentale au sens de l'art. 311 CC. Il est dès lors logique d'utiliser une échelle différente de celle de l'art. 311 dans le cadre des art. 298 ss CC pour justifier le retrait de l'autorité parentale conjointe à l'un des parents.

Le Tribunal fédéral précise enfin qu'assimiler l'attribution exclusive de l'autorité parentale à une mesure de protection de l'enfant n'aurait pas non plus de sens au regard de la pratique. A l'heure actuelle, le retrait de l'autorité parentale au sens des art. 311 ou 312 CC est prononcé entre 50 et 100 fois par année, contre 1000 retraits du droit de garde, ce qui démontre le caractère exceptionnel de la mesure. Si l'attribution exclusive de l'autorité parentale en cas de divorce ou de séparation devait avoir un caractère aussi exceptionnel, cela ne correspondrait ni à l'esprit de la loi, ni aux délibérations parlementaires. En effet, le Parlement a souligné à plusieurs reprises le caractère de clause générale des art. 298 ss CC, qui permet de trouver des solutions conformes au bien de l'enfant (c. 4.5).

Il découle des explications qui précèdent que l'attribution exclusive de l'autorité parentale en vertu des art. 298 ss CC n'obéit pas aux conditions du retrait de l'autorité parentale au sens de l'art. 311 CC. Ainsi peuvent commander une attribution exclusive de l'autorité parentale un **conflit parental important** ou une **incapacité durable à communiquer**, si ceux-ci ont un **impact négatif sur le bien de l'enfant** et que **cette mesure est susceptible d'améliorer la situation**. L'autorité parentale conjointe est dénuée de sens lorsque la collaboration entre les parents n'est pas possible et il n'est pas dans l'intérêt supérieur de l'enfant qu'un juge ou une autorité de protection doivent constamment trancher les désaccords entre ses parents. Le maintien purement formel de l'autorité parentale pour le bien de l'enfant n'a alors aucun sens et ne serait conforme ni à l'intérêt de l'enfant, ni aux délibérations parlementaires (c. 4.6).

Après avoir posé la règle, le Tribunal fédéral la tempère immédiatement : pour justifier une attribution exclusive de l'autorité parentale, il est nécessaire que le conflit ou les difficultés de communication entre les parents atteignent une certaine intensité et une certaine chronicité. Des désaccords ponctuels ou des points de vue différents, qui surviennent dans toutes les familles, surtout au moment d'une séparation ou d'un divorce, ne sont pas

suffisants pour justifier l'attribution exclusive de l'autorité parentale. En présence d'un conflit parental grave, il faut encore examiner sous l'angle de la **subsidiarité** si une attribution judiciaire exclusive de certaines prérogatives de l'autorité parentale (par exemple en matière scolaire ou religieuse, ou à propos de la détermination de la résidence) est suffisante pour résoudre le conflit. L'attribution exclusive de l'autorité parentale doit rester une exception strictement délimitée (c. 4.7).

Après avoir posé ces principes, le Tribunal fédéral s'attache à l'examen du cas concret (c. 5). Dans un premier grief, le recourant soutenait que l'autorité cantonale de recours lui avait imputé la responsabilité exclusive du conflit, alors même que, de son point de vue, la mère en était à la base et prenait de manière unilatérale les décisions. Pour le recourant, il était inacceptable que la position de la mère entraîne le retrait de l'autorité parentale conjointe. Le Tribunal fédéral rappelle qu'en ce qui concerne l'autorité parentale, il n'est **pas question de faute des parents** et que seul le bien de l'enfant entre en considération, comme le confirme l'art. 298d al. 2 CC. Il expose que si le blocage est le fait d'un seul des parents et que le bien de l'enfant est menacé, il est possible d'attribuer exclusivement l'autorité parentale au parent le plus coopératif. Cela se justifie d'autant plus que lorsque les capacités de coopération et de communication font défaut chez l'un des parents, cela va souvent de pair avec une tendance à l'aliénation parentale.

Même si le recourant avait évoqué l'attribution de l'autorité parentale exclusive en sa faveur, il n'avait pris aucune conclusion en ce sens devant les instances cantonales. Formulées uniquement au stade de la procédure devant la Haute Cour, ses conclusions étaient tardives. Les critiques du recourant selon lesquelles seule la mère était dépourvue de la faculté de coopérer et de communiquer étaient démenties par les constatations de fait de l'autorité cantonale. Dans la mesure où le recourant ne démontrait aucune violation de ses droits constitutionnels, le Tribunal fédéral ne pouvait retenir que les faits tels qu'ils avaient été établis devant l'instance cantonale de recours et devait, dès lors, constater que les parties étaient dans l'incapacité totale et permanente de trouver les solutions nécessaires pour que l'exercice commun de l'autorité parentale soit viable (c. 5.1).

Outre l'existence du conflit parental qui menaçait le bien de l'enfant, la Cour cantonale avait retenu que l'enfant souffrait d'un conflit de loyauté et était déséquilibrée en raison de la tension entre ses parents. Le recourant avait beau soutenir que tel n'était pas le cas, le Tribunal fédéral ne pouvait que retenir les faits tels que constatés par l'autorité cantonale, le père ne démontrant aucune violation de ses droits constitutionnels. Enfin, le Tribunal fédéral retenait, avec la Cour cantonale, que les parents étaient essentiellement en conflit autour de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, alors même que le droit de visite se déroulait relativement bien. Selon les déclarations de la curatrice, les parents auraient constamment eu besoin d'un juge pour trancher leurs conflits. Le retrait de l'autorité parentale à l'un des parents permettrait donc d'améliorer la situation (c. 5.2).

Le recourant soutenait également que le bien de l'enfant n'était pas menacé, car les autorités cantonales n'avaient pas jugé utile de retirer l'effet suspensif à ses recours pendant les trois années qu'avaient duré la procédure. Cela démontrait clairement à ses yeux que le bien de l'enfant n'était pas menacé. Le Tribunal fédéral rappelle que l'attribution exclusive de l'autorité parentale en vertu des art. 298 ss CC ne requiert pas le même degré d'intervention qu'en matière de retrait de l'autorité parentale en tant que mesure de protection de l'enfant (art. 311 CC). Le retrait de l'effet suspensif ne pouvait dès lors entrer

en ligne de compte que si l'intérêt de l'enfant avait été menacé de manière particulièrement aiguë, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (c. 5.3).

Restait la question de la **proportionnalité** de la mesure d'attribution exclusive de l'autorité parentale qui, contrairement aux allégations du recourant, avait été examinée soigneusement par la Cour cantonale. Celle-ci était parvenue à la conclusion que l'existence d'une curatelle au sens de l'art. 308 CC ne permettait pas un soutien suffisant aux parents dans l'exercice conjoint de l'autorité parentale. L'attribution exclusive de l'autorité parentale était donc inévitable. Cette conclusion juridique, compte tenu des constatations de fait, était compatible avec le droit fédéral.

Le recourant soutenait encore que la cour cantonale aurait dû exhorter les parents à une **médiation** au sens de l'art. 314 al. 2 CC ou – en cas de refus de la mère – aurait dû l'ordonner en vertu de l'art. 307 al. 3 CC. Il avait toutefois indiqué lui-même dans son recours que les tentatives de règlement devant la Cour cantonale avaient été impossibles. Pour le Tribunal fédéral, cela confirmait le blocage fondamental entre les parents en matière d'autorité parentale, ainsi que l'avait retenu l'instance cantonale. Si les discussions entre les parents en cours de procédure étaient impossibles, la médiation ne pouvait pas apporter de meilleurs résultats. Le recourant ne démontrait au surplus pas avoir fait cette proposition de médiation devant l'instance cantonale de recours (c. 5.4).

Pour résumer, il existait en l'occurrence un conflit de nature exceptionnelle, qui ne s'est pas atténué avec les années, mais au contraire renforcé. En attribuant l'autorité parentale exclusive à la mère, qui assume la majeure partie de la prise en charge de l'enfant, l'autorité cantonale est restée dans les limites de son pouvoir d'appréciation, et le Tribunal fédéral n'intervient qu'en cas d'abus, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Au contraire, la Cour cantonale a entendu les parties personnellement et s'est construit sa propre image de la situation. En conséquence, l'attribution exclusive de l'autorité parentale selon les critères exposés sous le considérant 4 ne viole pas l'art. 298d al. 2 CC (c. 5.5), de sorte que le recours du père doit être rejeté.

III. Analyse

D'une manière générale, l'introduction de la nouvelle réglementation relative à l'autorité parentale a été très favorablement accueillie. Outre les mouvements de la condition paternelle, la plupart des organismes et collectivités publiques ayant répondu à la procédure de consultation relevaient que les nouvelles dispositions tenaient compte de l'égalité entre homme et femme en tant que parents et de l'évolution des mentalités, favorisaient le bien de l'enfant et s'alignaient sur les autres réglementations européennes¹. Toutefois, sept cantons marquaient une opposition de principe au changement de paradigme voulant que l'autorité parentale conjointe soit désormais la règle, en invoquant notamment le fait que le projet n'apportait pas de solution dans les cas litigieux. Tel était le cas du canton de Zurich, dont provient l'arrêt dont il est ici question.

Dès l'adoption de la nouvelle réglementation, doctrine et pratique se sont interrogées sur les motifs pouvant conduire à une attribution exclusive de l'autorité parentale. Pour une

¹ Résultats de la procédure de consultation consultables à l'adresse suivante : <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/elterlichesorge/ve-ber-f.pdf>;

partie de la doctrine, **le refus du maintien de l'autorité parentale conjointe devait répondre aux conditions strictes de l'art. 311 CC**². Pour d'autres auteurs, il obéissait à des conditions plus légères³. Le maintien de l'autorité parentale conjointe *post* divorce n'avait rien d'automatique et l'art. 298 al. 1 CC ne constituait qu'une clause générale ouverte, sujette à interprétation, qui permettrait de ne pas maintenir l'autorité parentale conjointe⁴. Cette interprétation était confortée par le Message du Conseil fédéral, qui précisait « Indépendamment de la terminologie utilisée, un parent ne peut 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. Les critères sur lesquels l'autorité de protection de l'enfant doit fonder sa décision correspondront à ceux définis à l'art. 311 CC. Selon ces critères, le retrait de l'autorité parentale peut être motivé par l'inexpérience, la maladie, l'infirmité ou l'absence du parent (ch. 1). Il peut aussi être commandé par le fait que les parents ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant (ch. 2) »⁵.

L'arrêt dont il est ici question était donc très attendu. Le Tribunal fédéral a tranché : l'art. 298d CC constitue une clause générale, sujette à interprétation, et d'autres raisons que celles prévues par l'art. 311 CC peuvent justifier une attribution exclusive de l'autorité parentale.

Dans un premier temps, le Tribunal fédéral expose les conditions de cette attribution exclusive : il doit exister entre les parents **un conflit ou une incapacité de collaborer d'une telle intensité que le bien de l'enfant s'en trouve menacé**. Ces deux premières conditions remplies, il est encore nécessaire que **l'attribution exclusive de l'autorité parentale à l'un des parents soit susceptible d'améliorer la situation, et qu'aucune autre mesure ne permette d'atteindre ce résultat**.

La Haute Cour justifie le fait que l'art. 298d CC constitue une clause générale par une interprétation littérale, en faisant référence aux mots de « bien de l'enfant » utilisé par le législateur, et simultanément par des justifications pratiques : les retraits de l'autorité parentale fondés sur l'art. 311 CC sont tellement rares qu'ils ne sauraient être utilisés comme références pour l'art. 298d CC. Or, ce faisant, le Tribunal fédéral semble affaiblir dangereusement la règle qui veut que désormais, l'autorité parentale conjointe est la règle, son attribution exclusive devant rester une exception strictement délimitée.

Il est également légitime de se demander si la seule attribution de l'autorité parentale exclusive à la mère permettra véritablement d'apaiser le conflit parental ou si, au contraire, elle ne créera qu'une tension supplémentaire. La position de la mère est en effet renforcée, alors même que les faits décrits dans l'arrêt tendent à démontrer que les parents portaient une responsabilité équivalente dans le conflit.

² GLOOR URS/SCHWEIGHAUSER JONAS, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014 1 ss, 6.

³ FELDER WILHELM/HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA/DESCH ERICA, Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl, ZBJV 150/2014 882 ss, 893.

⁴ BUCHER ANDREAS, Autorité parentale dans le contexte suisse et international, in Fountoulakis/Rumo-Jungo (éd.), La Famille dans les relations transfrontalières Actualités en droit suisse et dans les rapports internationaux, Genève/Zurich/Bâle 2013, 1 ss, N 18.

⁵ MESSAGE, FF 2011 8315, 8345.

D'un point de vue juridique, on peut également s'étonner du fait qu'après avoir exposé de manière détaillée que les art. 298 ss CC traitaient du bien de l'enfant et non de sa protection, le Tribunal fédéral fasse appel au principe de subsidiarité (c. 4.7). Le principe en question est précisément applicable en matière de protection de l'enfant au sens des art. 307 ss CC. Pour la Haute Cour, après avoir constaté que les conditions d'une attribution exclusive de l'autorité parentale sont remplies, il est encore **nécessaire de vérifier si le conflit parental ne peut pas être résolu en retirant certaines prérogatives de l'autorité parentale** (détermination de la résidence de l'enfant, questions relatives à la scolarité ou à la religion) avant de priver complètement l'un des parents de celle-ci. Il s'agit là d'un tempérament bienvenu, qui risque cependant de soulever de nouvelles interrogations en pratique.

Dans la procédure dont il est ici question, il faut enfin s'interroger sur le fait que les mesures de protection en faveur de l'enfant aient été instituées si tardivement : il a ainsi fallu attendre deux ans pour qu'une curatrice au sens de l'art. 308 CC soit nommée. Les parents n'ont par ailleurs pas été invités à une médiation, comme le relève à juste titre le père. Les autorités les ont en quelque sorte laissés alimenter leur conflit, sans leur mettre aucune limite ni leur apporter aucune aide.

Il paraît difficilement acceptable de laisser pendant aussi longtemps des parents se battre pour tout et n'importe quoi et mettre leur enfant en danger sans que des mesures soient prises. L'arrêt dont il est ici question démontre en tous les cas la nécessité de régler rapidement les conflits parentaux.

Dans le cas d'espèce, il nous paraît possible de soutenir que les conditions de l'art. 311 al. 2 CC sont remplies : de notre point de vue, par leurs incessants conflits et la violence de ceux-ci, les parents ont manqué de manière crasse à leurs devoirs élémentaires envers leur fille. L'autorité parentale aurait par conséquent pu leur être retirée sur cette base. On peut en effet légitimement se demander si le fait d'exposer une enfant à un conflit d'une telle intensité pendant une si longue période ne mettait pas si sérieusement en danger le bien de l'enfant qu'il faille prendre des mesures de protection en sa faveur.

En conclusion, nous regrettons que l'arrêt du Tribunal fédéral ouvre une porte sur une « prime au conflit » : finalement, les parents n'ont aucun motif pour résoudre leur conflit parental. Au contraire, si le conflit persiste, l'un des parents peut se voir attribuer l'autorité parentale exclusive. Le législateur souhaitait faire primer le couple parental sur le couple antérieur. La jurisprudence semble marquer un pas en arrière, ce qui n'est conforme ni au bien de l'enfant, ni à sa protection.