



Master

2013

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

Autorité parentale conjointe d'office : droit de l'enfant à ses deux parents
ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

Meillard, Chloé Raphaëlle Marie

How to cite

MEILLARD, Chloé Raphaëlle Marie. Autorité parentale conjointe d'office : droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ? Master, 2013.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:160472>



Sous la direction de Philip Jaffé

Autorité parentale conjointe d'office : droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

MÉMOIRE – Orientation Recherche

Présenté à l'Unité d'enseignement et de recherche en Droits de l'enfant de l'Institut Universitaire Kurt Bösch pour l'obtention du grade de Master of Arts Interdisciplinaire en droits de l'enfant

Par

Chloé MEILLARD

De

Vullyens, Vaud

Mémoire No.....

SION

Janvier 2013

REMERCIEMENTS

Je remercie mon directeur de mémoire, Monsieur Philip Jaffé, qui, par ses conseils avisés, m'a guidé dans les premiers pas de ce travail permettant ainsi la réalisation de celui-ci.

Je remercie mon père, Maurice Meillard, qui par son expérience, ses précieux conseils, ses encouragements et sa relecture minutieuse m'a permis d'avancer dans ce travail.

Merci à lui pour l'aide et l'accompagnement qu'il m'a offert.

Je remercie ma mère, Elisabeth Meillard, qui a été, tout au long de mes études, ma fidèle relectrice, me permettant grâce à son expérience, de constamment m'améliorer.

Merci à elle pour le temps qu'elle m'a accordé ainsi que pour sa présence.

Dans ces remerciements adressés à ma famille, je tiens à remercier mes frères pour leurs appuis et conseils avisés en qualité d' « experts » en informatique.

Je remercie tous mes amis qui, par leur écoute bienveillante, m'ont apporté leur soutien dans les périodes de doute.

Merci à eux pour les nombreuses discussions autour d'un verre qui m'ont permis de nourrir ma réflexion ou de me changer les idées.

Finalement, une pensée toute particulière à Sidonie, Maxime et Guillaume pour les nombreuses journées passées ensemble à la bibliothèque. Grâce à eux, ces épisodes « hautement studieux » ont été vécus beaucoup plus sereinement et joyeusement !

Merci à eux pour leur présence et les nombreuses pauses café emplies de rire.

Les opinions émises dans ce travail n'engagent que l'auteure.

RESUME

Ce travail propose une réflexion autour du projet de modification de la loi sur l'attribution de l'autorité parentale lors de divorce, à la lumière des droits de l'enfant. Selon la législation actuelle, l'autorité parentale revient en cas de divorce à l'un des parents, en général la mère. Ce dispositif génère des insatisfactions, principalement chez certains pères qui se sentent dépossédés d'une partie de leur capacité de décision à l'égard de l'enfant, entraînant souvent leur désinvestissement. Un nouveau projet de loi – instituant la poursuite automatique de l'autorité parentale conjointe après divorce – est en cours d'adoption par les autorités suisses. Si cette révision peut être vue comme une avancée notable dans la reconnaissance sociale du statut de père, se pose la question de savoir si, dans une société encore fortement adulte-centrée, l'enfant a réellement été considéré comme un sujet de droits ou uniquement comme un « bien » que se disputent les parents. En s'appuyant sur des éléments socio-historiques, ainsi que sur les prises de positions des divers acteurs mobilisés, ce travail reconstitue le cheminement ayant conduit à ce projet de loi. La réflexion menée autour de la notion de « l'intérêt de l'enfant » semble avoir été reléguée au second plan par rapport à la volonté de mettre juridiquement à égalité les père et mère lors de divorce.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
I. CADRE THEORIQUE	15
1.1 QU'EST-CE QU'UNE POLITIQUE PUBLIQUE ?	15
1.2 SELECTION ET PRESENTATION DU MODELE THEORIQUE	17
II. L'AUTORITE PARENTALE	27
2.1 ORIGINE DE L'AUTORITE PARENTALE	27
2.2 L'AUTORITE PARENTALE DANS LE DROIT SUISSE	30
2.2.1 CONTENU ET SIGNIFICATION DE L'AUTORITE PARENTALE SELON LE DROIT SUISSE	30
2.2.2 CONDITIONS A LA TITULARISATION DE L'AUTORITE PARENTALE	33
2.2.3 L'ATTRIBUTION DE L'AUTORITE PARENTALE APRES DIVORCE SELON LA LOI EN VIGUEUR	35
2.2.4 LES CRITIQUES FORMULEES A L'ENCONTRE DE LA LEGISLATION ACTUELLE	40
2.3 LA NOUVELLE REGLEMENTATION PROPOSEE	43
III. LE CONTEXTE SOCIO-CULTUREL ET LES ACTEURS EN PRESENCE	49
3.1 POLARITE DU SOUS-SYSTEME : DEUX COALITIONS HETEROGENES D'ACTEURS EN COMPETITION	49
3.2 LES PARAMETRES RELATIVEMENT STABLES	52
3.2.1 PARAMETRES RELEVANT DU DROIT INTERNATIONAL	53
3.2.2 LA FAMILLE, INSTITUTION FONDAMENTALE DE LA SOCIETE	56
3.2.3 LE MAINTIEN DE L'AUTORITE PARENTALE INCHANGEE	57
3.3 LES EVENEMENTS EXTERIEURS AU SOUS-SYSTEME	58
3.3.1 LA PRIVATISATION ET L'INDIVIDUALISME FAMILIAL	59
3.3.2 MATERNITE, PATERNITE ET (CO-)PARENTALITE	60
3.3.3 LE PHENOMENE DU DIVORCE EN SUISSE A TRAVERS QUELQUES STATISTIQUES	65
3.4 FENETRES D'OPPORTUNITE	66
3.5 LES CHOCS INTERNES AU SOUS-SYSTEME	68
3.5.1 LES ASSOCIATIONS DE PERES : LEGITIMITE, PARADOXE ET RENFORCEMENT DE LEUR ACTION	69
3.6 L'ENFANT, BENEFICIAIRE FINAL POUR LUI-MEME ?	73
IV. L'INTERET DE L'ENFANT	79
4.1 LES EFFETS SUR L'ENFANT DU DIVORCE DE SES PARENTS	79
4.2 DE L'INTERET <i>POUR</i> L'ENFANT À L'INTERET <i>DE</i> L'ENFANT	81
4.3 L'INTERET DE L'ENFANT DANS LE CONTEXTE DE LA SEPARATION PARENTALE	85
4.4 L'AUDITION DE L'ENFANT DANS LES PROCEDURES DE DIVORCE : UNE APPLICATION CONCRETE DE LA DEFENSE DE SON INTERET	87
4.5 L'AUTORITE PARENTALE CONJOINTE D'OFFICE LORS DE DIVORCE, UN ATOUT POUR L'ENFANT ?	89
CONCLUSION	97
REFERENCES	103

INTRODUCTION

Le divorce, qu'il soit conflictuel ou à l'amiable, n'est jamais anodin. C'est un événement empreint de souffrance et synonyme de perte : il vient remettre en cause les fondations d'une vie de couple qui s'achève et montre simultanément aux individus concernés que l'être humain est dépendant du monde qu'il a construit, de son environnement familial. Le divorce provoque désenchantement et ouvre la porte à une phase faite de perturbations et turbulences qui peut profondément déstabiliser les individus concernés. Au-delà de ces ressentis qui peuvent imprégner tant les hommes que les femmes vivant une séparation conjugale, les effets à long terme du divorce d'un couple avec enfant – situation qui nous intéresse dans ce travail – ne sont pas identiques pour les hommes, respectivement pour les femmes. Comme de nombreux auteurs l'ont relevé (de Singly, Castelain Meunier), l'instabilité conjugale a des impacts inégaux selon les sexes : si pour la majorité des femmes le divorce provoque un appauvrissement économique, pour les hommes les conséquences d'une séparation sont plus psychologiques. En effet, les pères sont presque systématiquement réduits au statut de parent non-gardien lors de divorce, ce qui les éloigne souvent de leurs enfants, éventuellement contre leur gré.

La législation suisse pose comme « norme » le fait que, suite à un divorce, l'autorité parentale est attribuée à l'un des deux parents, la mère en général, le père, plus rarement. Cependant, il est possible, sur requête conjointe des parents, de maintenir l'exercice en commun de l'autorité parentale, pour autant que cela aille dans le sens du bien de l'enfant. La demande est toutefois soumise à trois conditions : les parents doivent la présenter ensemble ; elle doit être accompagnée d'une convention fixant les obligations financières de l'un et l'autre des parents et, dernier point, mais pas des moindres, le juge doit acquiescer la conviction que cette autorité parentale conjointe répond au bien de l'enfant. Si l'une de ces trois conditions n'est pas remplie, le juge attribuera l'autorité parentale à l'un des deux parents. Si le législateur a ouvert une brèche en offrant la possibilité de maintenir l'exercice de l'autorité parentale conjointe, cette réglementation est

sujette à de nombreuses critiques depuis quelques années. En effet, elle crée, ou du moins renforce, une inégalité de facto entre mère et père, ces derniers se retrouvant souvent relégués au statut de « payeur » des contributions d'entretien des enfants. Ces différentes critiques ont conduit à l'élaboration d'un projet de révision du Code civil instituant l'autorité parentale conjointe comme règle et non plus comme exception. Acceptée, le 25 septembre 2012, à une large majorité par le Conseil national, cette nouvelle disposition devrait entrer en vigueur en 2014, pour autant que le Conseil des Etats se prononce favorablement, ce qui semble extrêmement probable.

En apprenant le dépôt de ce projet de révision de loi instituant l'autorité parentale conjointe en norme, nous avons ressenti une grande satisfaction : sensibles aux inégalités entre les sexes, nous ne pourrions pas revendiquer l'égalité entre hommes et femmes si celle-ci ne va pas dans les deux sens et, sur le sujet de l'autorité parentale, les pères sont, à notre sens, les perdants en cas de divorce.

Ravies de voir qu'au travers de ce projet de révision de loi s'exprimait une réelle reconnaissance sociale du père et de son importance dans le développement de l'enfant, nous ne nous sommes pas questionnées davantage sur le sujet. Nous sommes cependant assez vite revenues sur notre impression première : en analysant en détail l'automatisme de l'autorité parentale conjointe, force est de constater de nombreux bémols, d'autant plus lorsqu'une attention est portée à l'enfant. Les discussions sur le sujet n'ont-elles pas été menées, en effet, dans le but d'améliorer une situation jugée insatisfaisante pour les pères, sans réellement prendre en considération la troisième partie concernée, à savoir l'enfant ? Que se passe-t-il pour l'enfant qui, lors du divorce de ses parents, porte en quelque sorte les restes de l'objet-couple ? Car s'il est certes important d'éviter d'impliquer l'enfant dans les querelles parentales lors de divorce, il est souhaitable, et même nécessaire, de tenir également compte de ses besoins, de ses désirs et de ses intérêts. L'enfant, sujet de droits, est parfaitement en mesure d'avoir un avis à exprimer sur son avenir et sur un futur relationnel avec chacun de ses parents. Cela a-t-il été réellement considéré lors du processus législatif ayant abouti au projet de loi sus-mentionné ?

L'idée nous est ainsi venue de nous questionner, tout au long de ce mémoire, sur l'impact sur l'enfant de l'attribution de l'autorité parentale conjointe d'office après divorce. Ce travail propose une réflexion autour de la notion « d'intérêt de l'enfant » dans le cadre de cette modification de loi.

Autorité parentale conjointe d'office :
droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

PROBLEMATIQUE

Il s'agira dans ce mémoire de questionner cette réforme instituant l'autorité parentale conjointe comme norme à la lumière des droits de l'enfant. Lors des discussions qui ont eu lieu autour de cette révision du Code civil, certains acteurs ont mis en avant la nécessité de réviser le droit afin de l'adapter à l'évolution des mœurs : l'exercice de la parentalité évolue, les positions parentales se redéfinissent avec les transformations sociétales et il est dès lors légitime de reconnaître juridiquement aux pères une place plus symétrique qu'autrefois dans l'organisation du domaine familial et éducatif, cela même après une séparation. Et il faut le noter : cette révision est une marque notable de la reconnaissance sociale du statut de père. Mais se pose la question de savoir si, dans une société encore fortement adulte-centrée, l'enfant a été considéré comme un sujet de droits directement concerné par cette nouvelle loi, ou comme un « bien » que les parents doivent se partager. Trois parties sont en effet directement impliquées dans ce changement de loi : concrètement, l'autorité parentale est donnée au père et à la mère, mais celle-ci touche directement à l'enfant, et il est primordial de peser et de considérer l'impact de ce changement de loi sur les intérêts des trois parties.

Mes questions de recherche peuvent être formulées comme suit :

Dans quelle mesure l'attribution de l'autorité parentale conjointe d'office lors d'un divorce va-t-elle dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant ?

- *Quelle définition de cet intérêt de l'enfant a été instituée lors de la révision de la loi sur l'autorité parentale ? Portée par quelle coalition d'acteurs ?*
- *En quoi cette définition va-t-elle dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant ?*

Cette disposition est-elle la marque d'une reconnaissance de la plus-value pour le bon développement d'un enfant d'avoir des relations personnelles avec ses deux

parents, ou a-t-elle avant tout pour vocation de supprimer l'inégalité des statuts respectifs des mères et des pères ?

Si l'enfant a été considéré comme un sujet à part entière lors des discussions ayant mené à ce changement de loi, et que la nécessité d'œuvrer dans le sens de son intérêt supérieur a été mise en avant, y-a-t-il eu un questionnement autour de ce concept d'intérêt supérieur de l'enfant ? Quelle est la signification de ce concept théorique d'intérêt supérieur et comment celui-ci se concrétise-t-il dans la réalité ? Parler d'intérêt et de bien de l'enfant est certes une avancée notable, mais encore faut-il avoir la volonté de ne pas considérer cette notion en théorie seulement et de s'assurer de son efficience dans la vie de l'enfant.

Mes hypothèses de travail peuvent être décrites comme suit :

L'institutionnalisation de l'attribution de l'autorité parentale conjointe comme norme ne peut pas être vue comme une garantie de facto de l'intérêt supérieur de l'enfant : des dommages collatéraux peuvent être identifiés.

Lors des discussions sur l'automatisme de l'autorité parentale conjointe en cas de divorce, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant a été mobilisée, mais elle recouvrait des dimensions différentes selon la position occupée dans le débat. Une réflexion systémique en profondeur, prenant en compte des intérêts éventuellement divergents, n'a pas réellement été entreprise, chacun défendant finalement sa position plus que l'enfant pourtant au centre cette réforme juridique.

La reconnaissance de la paternité, en l'institutionnalisant juridiquement au travers de l'automatisme de l'autorité parentale conjointe, ne signifie pas pour autant la mise en place d'office d'une paternité relationnelle.

L'aspect novateur de ce mémoire par rapport aux diverses discussions qui ont déjà eu lieu sur cette thématique tient au fait de situer la porte d'entrée de la réflexion au niveau de l'enfant et non au niveau des adultes comme il est d'usage. Finalement, la discussion qui guidera tout ce travail portera sur le fait de savoir s'il y

a une confrontation inévitable entre l'intérêt de l'enfant, celui de la mère et celui du père lors de l'attribution d'office de l'autorité parentale conjointe ou s'il est possible d'appliquer cette loi de telle manière que les droits et intérêts des trois parties présentes soient respectés. En sachant que cette loi va devoir être mise en œuvre par des gens qui l'ont souhaitée – certains pères – mais également par des personnes qui ne l'ont pas forcément voulue et à qui elle est imposée – les mères qui vont peut-être avoir comme réaction première un sentiment d'amputation d'une part de la reconnaissance de l'importance de leur rôle de mère – les mettant sur la défensive, sa mise en place risque d'être compliquée. Qu'en est-il des retombées de cette loi sur l'enfant ? In fine, cette réforme respecte-t-elle ses droits dans la réalité de sa vie quotidienne ?

Afin d'appréhender mon sujet dans toute sa complexité, il sera nécessaire de faire interagir les savoirs de différentes disciplines, car seule une approche interdisciplinaire permettra le développement d'une analyse globale. Il ne s'agit pas de simplement additionner les apports de plusieurs domaines, mais bien de les faire dialoguer entre eux.

Le changement de loi du Code civil qui institue l'automatisme de l'autorité parentale conjointe lors de divorce offre la possibilité d'analyse d'une politique publique. En effet, comme nous aurons l'occasion de le voir dans ce travail, une politique publique vise à résoudre un problème social reconnu comme tel à l'agenda gouvernemental. Ceci conduit à qualifier la décision de faire de l'autorité parentale conjointe la norme en cas de divorce – et non plus l'exception comme c'est le cas actuellement – de politique publique. Je n'ai nullement la prétention d'entreprendre dans ce travail une analyse pointue de cette politique publique spécifique, mais il me paraît intéressant et pertinent de mobiliser certaines dimensions propres à l'analyse des politiques publiques pour enrichir ce travail.

Autorité parentale conjointe d'office :
droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

I. CADRE THEORIQUE

Tout en se focalisant principalement sur les dimensions sociologiques, juridiques et psychologiques propres à la thématique de ce travail, il convient, dans le cadre d'un travail sur un changement de loi, d'appréhender également les aspects politiques inhérents à celui-ci.

Ainsi, sans traiter cette dimension politique uniquement en elle-même et pour elle-même, nous mobiliserons un modèle théorique afin d'articuler et de faire interagir les multiples composantes du projet de changement de loi instaurant l'automatisme de l'autorité parentale conjointe après séparation. Il nous est apparu en effet que le support d'un cadre théorique, issu d'une autre discipline – à savoir la science politique – nous permettrait de faire discuter entre elles les trois principales orientations présentes dans ce travail, sans qu'aucune de celles-ci ne domine au détriment des autres. La dimension politique a un impact certain sur une multitude de phénomènes plus ou moins quotidiens, à commencer par les droits de l'enfant dont il est question ici.

1.1 QU'EST-CE QU'UNE POLITIQUE PUBLIQUE ?

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner auparavant, le modèle théorique qui sera appliqué dans ce travail est un modèle d'analyse des politiques publiques. Il est dès lors nécessaire de présenter comme préalable ce que l'on entend par politique publique afin de s'assurer qu'il est pertinent de mobiliser, par la suite, un modèle d'analyse propre à ce domaine.

Le terme « politique publique » est apparu dans le champ de la science politique en Europe dans les années 1970 comme traduction littérale du terme anglophone « public policy » (Kübler et de Maillard, 2009). Malgré un usage aujourd'hui fréquent de ce terme, en donner une définition concise n'est pas aisé. En effet, une politique publique n'est pas quelque chose de concret et nombre d'auteurs ont développé leur propre définition afin de rendre compte de ce objet difficile à saisir.

Nonobstant la multitude d'explications existantes, certains éléments peuvent être vus comme consubstantiels à la constitution d'une politique publique.

En s'appuyant sur l'analyse développée par Knoepfel, Larrue et Varone (2006), il semble pertinent de poser qu'une politique publique vise à traiter une situation d'insatisfaction sociale reconnue politiquement comme un problème public et dont la résolution dépend de l'action du secteur public. Il est nécessaire que les acteurs participant à cette tentative de traitement de la situation problématique agissent en tant qu'acteurs publics ou, s'ils appartiennent au secteur privé, qu'ils soient légitimés à décider ou/et agir sur la base d'une délégation fondée sur un cadre juridique. Une politique publique représente donc la réponse développée par le système politico-administratif à un problème public reconnu comme tel à l'agenda gouvernemental. Par ailleurs, il est possible d'identifier des groupes-cibles dont le comportement est supposé être à l'origine de la situation insatisfaisante. La politique publique vise à orienter le comportement des groupes-cibles, soit directement, soit en agissant sur leur environnement.

Ainsi, toute politique publique suppose une « théorie du changement social » (Mény et Thoening, 1989, cités par Knoepfel, Larrue et Varone, 2006, p.28) dans une orientation donnée. Il est prévu que le processus s'opère sur la base d'un programme d'intervention visant à résoudre le problème public considéré. Il y a lieu de noter également qu'une politique publique s'appuie sur un ensemble de décisions et d'activités dépassant le niveau d'une décision unique et visant à produire des « outputs » (actes formalisés) plus ou moins contraignants, censés orienter le comportement des individus ou groupes d'individus supposés à l'origine du problème public à résoudre.

Sur la base des éléments constitutifs d'une politique publique brièvement présentés ci-dessus, il apparaît que le projet de changement de loi du Code civil, instituant l'automatisme de l'autorité parentale conjointe en cas de divorce, s'inscrit bel et bien dans le cadre d'une politique publique. Dans cette perspective, il offre, et suppose, des possibilités d'analyse plus larges que des considérations limitées aux seuls champs familial, social et juridique.

1.2 SELECTION ET PRESENTATION DU MODELE THEORIQUE

Comme toute modification de loi, celle instituant l'autorité parentale conjointe d'office est beaucoup plus complexe qu'il n'apparaît de prime abord. En effet, tout changement de politique publique amène à se questionner sur les raisons expliquant qu'il se produise à tel moment plutôt qu'à tel autre, sur le sens des nouveautés envisagées, sur ses implications pour la population, bref sur une multitude de dimensions qui apparaissent au fur et à mesure qu'est réellement questionnée cette politique publique.

Les premiers travaux d'analyse des politiques publiques sont apparus aux Etats-Unis aux cours des années 1930 et c'est une quarantaine d'années après que ce champ d'étude s'est fait sa place dans le monde académique français (Kübler et de Maillard, 2009). Il s'est rapidement et considérablement étendu au point de devenir aujourd'hui l'un des grands pôles de développement de la science politique et de la sociologie. Loin de représenter un domaine d'étude homogène et unifié, l'analyse des politiques publiques est appréhendée par le biais de nombreuses approches théoriques différentes. Après nous être intéressés à la nébuleuse des modèles d'analyse des politiques publiques existants, l'approche dite cognitive nous est apparue comme la plus pertinente à retenir pour ce travail. Sous cette terminologie, sont regroupés tous les modèles qui insistent sur l'influence des idées, des représentations ou des croyances sociales dans l'élaboration des politiques publiques (Boussaguet, Jacquot et Ravinet, (dir.) 2004). Pendant longtemps cette dimension « idéelle » de la conduite des politiques publiques n'a pas été considérée, les chercheurs estimant que les idées n'avaient pas d'influence propre sur l'action publique et qu'il fallait au contraire considérer qu'elles étaient engendrées par l'action.

Dans les années 1980-1990, plusieurs travaux prenant le contre-pied des postulats en vogue ont été développés avec pour idée de base que les politiques publiques devaient être appréhendées comme des processus sociaux de construction de sens mettant en scène des acteurs aux systèmes de perceptions et d'interprétations propres (Kübler et de Maillard, 2009). Partant de cette observation, il est nécessaire

de considérer les facteurs cognitifs et normatifs comme des éléments influençant l'élaboration des politiques publiques, sans pour autant nier l'impact des facteurs institutionnels et des intérêts perçus par les acteurs.

Les différentes théories cognitives ont en commun de montrer que la conduite des politiques publiques est un processus impliquant un travail intellectuel où la construction de sens joue un rôle déterminant. Cependant, chaque théorie possède ses propres postulats et accorde une place plus ou moins prépondérante aux idées et, par là même, à d'autres variables telles que les ressources des acteurs ou les structures institutionnelles.

Afin de saisir la modification de loi qui nous intéresse dans toute sa spécificité et sa complexité, et questionner ainsi les hypothèses de ce travail, de nombreuses dimensions doivent être prises en compte. Des choix sélectifs quant au modèle théorique à appliquer ont dès lors dû être opérés et la décision a été prise d'analyser les modifications de loi d'attribution de l'autorité parentale en Suisse au travers de l'approche dite « par les coalitions de causes », plus connue sous sa désignation anglaise d'*Advocacy Coalition Framework* (ACF). S'il n'a certes pas été aisé de retenir un seul modèle théorique, celui de l'*Advocacy Coalition Framework* s'est imposé comme le plus à même de faire interagir les multiples variables à mobiliser eu égard à la problématique de ce travail. Compte tenu des éléments propres à plusieurs disciplines distinctes, le choix de ce modèle nous est également apparu pertinent dans le but d'étudier l'objet de ce travail sous un angle interdisciplinaire.

Cette approche d'analyse des politiques publiques a été développée par Paul A. Sabatier et Hank C. Jenkins-Smith dans le milieu des années 1980 aux Etats-Unis (Kübler et de Maillard, 2009) et se veut une tentative de dépassement de l'opposition entre les logiques top-down et bottom-up¹ (Bergeron, Surel et Valluy, 1998), tout en étant également une alternative aux modèles de *Institutional*

¹ Les approches dites top-down partent de l'idée de hiérarchie entre les différents échelons décisionnels, les échelons « subordonnés » devant exécuter les consignes prescrites. La démarche consiste à étudier les effets d'une décision prise d'un centre de pouvoir sur les rapports entre les autorités chargées de la mise en œuvre. Il s'agit dès lors d'un pilotage directif des politiques publiques. Au contraire, les approches appelées « bottom-up » prennent en considération l'ensemble des acteurs publics et privés mobilisés au sujet d'un problème public. Il s'agit là d'un pilotage participatif des politiques publiques.

Rational Choice, très en vogue à cette époque (Bergeron, Surel et Valluy, 1998). Sabatier considérait en effet – au contraire des défenseurs de ces modèles – que la rationalité de l'acteur est limitée.

Si le modèle de Sabatier et Jenkins-Smith a connu de nombreuses évolutions au cours des ans, ses auteurs l'améliorant au gré des critiques formulées à son encontre et des limites perçues, l'objectif premier a perduré : cette approche doit permettre de retracer et d'expliquer l'avènement des changements de politiques publiques en explicitant les mécanismes par le biais desquels les idées influencent le développement et la conduite des politiques publiques. Le point fort de cette approche est, selon nous, de s'inscrire résolument dans une perspective d'analyse ayant pour socle les interactions entre les différents acteurs, en mobilisant des variables cognitives et normatives, mais en tenant compte également des facteurs traditionnellement considérés comme significatifs dans l'analyse des politiques publiques, à savoir les intérêts et les ressources des acteurs ainsi que les structures institutionnelles. De par sa volonté de ne pas écarter la dimension institutionnelle au profit de la dimension idéale, mais bien de les combiner, la posture adoptée dans l'approche par les coalitions de causes nous est apparue comme la plus judicieuse à appliquer dans ce travail en permettant de saisir l'objet étudié dans toute sa globalité.

L'approche de Sabatier et Jenkins-Smith s'organise autour d'un certain nombre de concepts centraux, à commencer par celui de sous-système de politique publique, de système de croyances et de coalitions d'acteurs. Il est également fait référence aux facteurs institutionnels, aux paramètres relativement stables (principalement composés des valeurs), aux facteurs/événements externes à la coalition d'acteurs et aux chocs internes à celle-ci. Combinés, ces différents éléments composent les ressources et les contraintes des acteurs et permettront d'expliquer un changement de politique publique.

Les différents éléments de l'ACF ayant été nommés, nous nous proposons maintenant de les présenter plus longuement afin de saisir la logique explicative propre à cette approche. L'un des concepts centraux de cette théorie est celui de « policy subsystem » (Sabatier et Weible, 2007) qui se traduit volontiers par « sous-

système de politique publique ». Les auteurs définissent ce concept comme « les acteurs d'une pluralité d'organisations publiques et privées qui sont activement concernés par un problème public [...] et qui cherchent régulièrement à influencer la politique dans ce domaine » (Sabatier et Jenkins-Smith, 1999, p.119 cités par Kübler et de Maillard, 2009, p.176). En développant ce concept, les auteurs montrent qu'ils se situent dans une approche pour laquelle l'unité d'analyse pertinente est l'ensemble des acteurs mobilisés et concernés plus ou moins directement par un problème reconnu publiquement et par rapport auquel est développé une politique publique. Selon cette approche, les interactions des acteurs entre eux sont également prises en considération. Au sein de ce sous-système de politique publique – inséré dans un système politique plus large – les multiples acteurs présents vont se réunir en fonction de systèmes de croyances communs, ou « belief system » pour reprendre la nomenclature d'origine de Sabatier et Jenkins-Smith (Sabatier et Weible, 2007). Ces différentes coalitions de cause vont entrer en compétition les unes par rapport aux autres avec pour enjeu ultime de faire en sorte que les activités étatiques déployées dans un sous-système de politique publique obéissent à leurs volontés.

La compétition entre ces coalitions – généralement de 2 à 5 dans un sous-système de politique publique (Sabatier et Weible, 2007) – aboutit à l'adoption d'un programme d'action publique dont le contenu découle de l'hégémonie, à un moment donné, d'une coalition de cause et de son système de croyance dans ce sous-système spécifique.

Les auteurs de l'approche par les coalitions de cause mettent en avant la nécessité de considérer l'existence potentielle d'événements externes au sous-système de politique publique. Ces « chocs externes » – par exemple des changements profonds au niveau de l'opinion publique – peuvent affecter la répartition des ressources de pouvoir au sein du sous-système, provoquant dans un tel cas des modifications significatives d'une politique publique. Lors de la révision de leur modèle théorique en 2005, Sabatier et Jenkins-Smith ont ajouté à leur explication des changements de politiques publiques par des chocs externes au sous-système une nouvelle variable d'analyse : l'existence éventuelle de chocs internes au sous-

système de politique publique (Sabatier et Weible, 2007) pouvant conduire à un changement majeur de politique publique. Lors de l'application de l'approche par les coalitions de cause, une analyse de ces structures d'opportunité – ou opportunity structures – (Sabatiers et Weible, 2007) doit également être faite, ces dernières étant des clés d'analyse essentielles dans la tentative d'explication de la conduite des politiques publiques. Il est crucial de considérer ces différents éléments car les acteurs regroupés dans une coalition sur la base d'un système de croyances commun vont développer un ensemble de stratégies sur la base de l'utilisation des ressources (cadre institutionnel, argent, chocs externes,...) dans le but de contrôler la politique publique.

Suite à l'exposé de cette approche par les coalitions de cause, il est possible de donner une définition concise d'une politique publique comme étant, selon ce cadre d'analyse, « le produit d'un système de croyances spécifique, issu de la confrontation continue et des compromis successifs passés entre les systèmes de croyances propres à chaque coalition en présence dans un sous-système donné » (Bergeron, Surel et Valluy, 1998, p.202-203).

Dans la suite de ce travail, nous nous proposons d'utiliser ce modèle de l'*Advocacy Coalition Framework* afin de retracer, comprendre et expliquer le cheminement ayant mené au projet de modification de loi sur l'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce.

A cette fin, il s'agira tout d'abord d'identifier le sous-système de la politique publique étudiée, ce qui équivaut à identifier l'ensemble des acteurs qui interviennent de façon régulière dans les actions étatiques liées à cette politique publique. Il sera ensuite possible, sur la base de l'analyse des prises de position de ces différents acteurs, de repérer les coalitions de cause propres à ce sous-système de politique publique. Dans le même temps, il sera nécessaire de se pencher sur les événements externes et internes au sous-système s'étant produits dans la période analysée afin de s'intéresser à la manière dont les coalitions de cause ont réussi, ou non, à les exploiter à leur avantage². Ces différents éléments (chocs internes et

² Avec l'*Advocacy Coalition Framework*, il est d'usage d'observer les changements de politiques publiques sur des périodes relativement longues (10 ans ou plus) afin d'avoir une application optimale de cette approche.

externes) sont primordiaux dans l'analyse des politiques publiques sous l'angle de l'ACF car ils peuvent constituer des ressources, ou au contraire des contraintes, pour les différentes coalitions d'acteurs en présence.

Le graphique ci-dessous permet une schématisation de l'approche par les coalitions de causes avec une mise en relation des différents éléments présentés précédemment. Les flèches qui figurent sur le graphique servent à illustrer les impacts possibles des différents éléments entre-eux. Par ailleurs, la flèche qui se situe au bas du graphique permet une mise en évidence des boucles de rétroaction existant entre la législation créée et son impact sur les ressources et les contraintes des diverses coalitions du sous-système. Ainsi, la nouvelle loi peut permettre l'émergence de nouveaux acteurs et, parallèlement, d'autres acteurs peuvent être affaiblis, voire expulsés, ce qui pourra engendrer une restructuration du sous-système, pouvant amener, par la suite, à une modification de cette loi, et ainsi de suite (Sabatier et Weible, 2007).

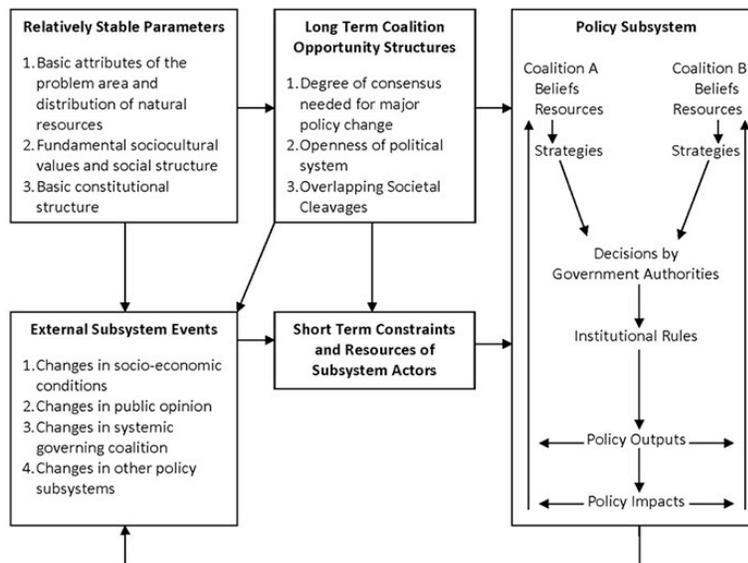


Figure 1 Représentation schématique de l'ACF (2005)

L'application de cette approche doit permettre, en définitive, de répondre aux questions de recherche qui sont les nôtres, à savoir : dans quelle mesure l'intérêt de

l'enfant a-t-il été considéré lors de ce projet de changement de loi ? Quelle définition de cet intérêt supérieur de l'enfant a finalement été retenue dans le cas présent et portée par quelle coalition d'acteurs ?

L'application de l'*Advocacy Coalition Framework* dans le cas du projet de réforme de loi sur l'attribution parentale aboutira, dans un second temps, à la mise en lumière du *Triangle de base des acteurs* propre à notre politique publique. Le *Triangle des acteurs*, tel qu'il a été conceptualisé par Knoepfel, Larrue et Varone (2006), se structure autour de trois pôles représentant les différents acteurs impliqués dans cette politique publique, à savoir les « groupes-cibles » qui sont à l'origine de la situation problématique, les « bénéficiaires finaux » qui subissent les effets délétères de celle-ci et les autorités politico-administratives qui vont tenter de résoudre cette insatisfaction en élaborant et en appliquant une politique publique. Il est possible de mentionner également un quatrième groupe présent plus indirectement dans le triangle : les groupes tiers. Ce sont les acteurs qui, sans être directement visés par la politique publique, voient leur situation se modifier durablement, soit positivement (= tiers profiteurs), soit négativement (= tiers lésés).

La reconstitution du *Triangle des acteurs* d'une politique publique en particulier doit permettre l'identification des acteurs de la politique publique, ce qui a pour effet collatéral la mise en exergue de potentielles incohérences lors de sa construction, tel que, par exemple, le manque de représentation de certains des acteurs pourtant directement concernés par la politique publique dont il est question. Or, ces « absences » de représentation ont un impact important sur les « hypothèses d'intervention » (Knoepfel, Larrue et Varone, 2006) mises en place par les autorités politico-administratives afin de résoudre la situation d'insatisfaction publique et directement liées aux acteurs présents dans le *Triangle de la politique publique*. Qu'en est-il dans le cas qui nous intéresse ?

Les éléments mis en exergue grâce à l'analyse de notre politique publique sous l'angle des *coalitions de cause* et la mise en évidence du triangle des acteurs permettront ensuite le développement d'une partie plus spécifiquement centrée sur l'enfant, sujet dont il est intimement question dans cette modification de loi. Plusieurs concepts centraux seront alors mobilisés et questionnés, à commencer par

la notion « d'intérêt supérieur » de l'enfant, tel qu'inscrit à l'article 3 de la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* des Nations-Unies. En effet, cette notion a été intensément mise en avant par les différents acteurs du sous-système de politique publique qui nous intéresse dans ce travail mais, paradoxalement, sans être réellement questionnée en prenant l'enfant comme point de départ de l'analyse. Il s'agira alors de mener une réflexion autour de la notion d'intérêt de l'enfant dans le cadre de l'attribution de l'autorité parentale en cas de séparation des parents.

Autorité parentale conjointe d'office :
droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

II. L'AUTORITE PARENTALE

Avant d'analyser la modification du Code civil tendant à rendre automatique l'instauration de l'autorité parentale conjointe en cas de divorce, il convient de voir ce que recouvre la notion même d'autorité parentale, son origine et la multitude de responsabilités et de pouvoirs qu'elle confère aux parents vis-à-vis de leurs enfants.

Nous procéderons ensuite à l'étude de sa signification et de son contenu dans le droit suisse puis verrons le cadre légal actuel relatif à son attribution en cas de rupture du lien conjugal. Nous tenterons alors d'identifier les insatisfactions d'une partie de la population quant au dispositif juridique précité. Une fois rapidement parcourus les instruments de droits nationaux et internationaux ayant documenté en partie le projet de loi proposé, nous poursuivrons par la présentation de celui-ci.

2.1 ORIGINE DE L'AUTORITE PARENTALE

Si les débats qui ont cours aujourd'hui en Suisse concernant l'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce mettent en évidence la nécessité d'une égalité entre les pères et les mères quant à leurs droits sur l'enfant, il est intéressant de rappeler qu'en un temps pas si lointain ce n'est pas d'autorité parentale qu'il était question, et encore moins d'autorité parentale conjointe, mais de puissance paternelle. Les changements juridiques relatifs à ce que l'on appelle communément autorité parentale sont à mettre en relation avec les différents stades de l'évolution de l'image sociale des mères et des pères, et conjointement, de leurs conditions sociales respectives.

Ce travail ne visant pas à retracer l'historique des droits des parents sur des siècles, nous avons amorcé cette chronologie de l'autorité parentale au 19^{ème} siècle. Pour les périodes antérieures au système qui s'est imposé depuis, nous nous bornons à mentionner ici que, pendant plusieurs siècles, a prédominé la tradition romaine du « pater familias », détenteur de la « patria potestas », ou puissance paternelle, sur sa femme et ses enfants. Ce pouvoir conférait au chef de famille ni plus ni moins qu'un

droit de vie et de mort sur ses enfants (Boulanger, 2008). Ce système très inégalitaire d'attribution des droits sur l'enfant a imprégné pendant longtemps les sources juridiques. C'est en 1804 que fut adopté en France le Code Napoléon qui rassemble l'ensemble des lois réglant les institutions du Code civil des Français. L'attente de certains que ce Code, de peu postérieur à la Révolution, introduise l'amorce d'une reconnaissance juridique d'une certaine égalité entre père et mère fut déçue. Le projet d'autorité partagée entre mère et père avancé par quelques « révolutionnaires » fut balayé par le tribun Albisson lors de la discussion finale sur l'élaboration de ce texte devant le Corps législatif. Pour Albisson, la nature a « résolu la question en donnant à l'homme des moyens de supériorité et prééminence qui ne peuvent lui être contestés » (Niort, cité par Boulanger, 2008).

Le Code civil français de 1804 consacra ainsi juridiquement la toute-puissance paternelle sur la famille ; cette prééminence perdura dans la loi française jusqu'en 1970 (Gardaz in Bernasconi et al., 2000). L'influence du Code Napoléonien fut effective en Suisse du fait que plusieurs cantons le prirent comme modèle pour la rédaction de leur propre législation, la République helvétique n'étant alors pas parvenue à rédiger son Code des lois civiles qui aurait concerné le pays dans son ensemble.

Le père suisse détenait seul, et durant toute la durée du mariage, la quasi totalité des droits sur l'enfant. Lors de l'adoption du Code civil suisse de 1907, la notion de puissance paternelle y fut inscrite mais, comme le relève Gardaz (2000), sans préciser les implications que ce pouvoir pouvait entraîner concrètement. Sous la terminologie de puissance paternelle, le Code civil d'Eugène Hube entendait de fait bel et bien l'exercice de la puissance parentale, car il était prévu que les deux parents décident en règle générale conjointement, les pères n'exerçant le pouvoir décisionnel seuls qu'en cas de défaut d'entente. En 1976, au nom de l'égalité des droits entre hommes et femmes, ce pouvoir décisionnel subsidiaire accordé aux hommes fut supprimé et l'autorité parentale au sens que nous lui connaissons aujourd'hui fit son entrée dans le Code civil suisse (Gardaz, in Bernasconi et al., 2000). L'exercice en commun par le père et la mère, pendant le mariage, des droits et devoirs à l'égard de leur enfant fut ainsi reconnu juridiquement.

Les lois relatives à la famille sont restées pratiquement immuables pendant des siècles puis, à partir du milieu du 20^{ème} siècle, ont notablement évolué, reflétant les changements survenus parallèlement au sein de la sphère familiale. Des siècles durant, les rapports familiaux se sont manifestés du « haut vers le bas », avec pour fondement la volonté de garantir la continuation des « chaînes des générations » (Marcelli, 2003, cité par Boulanger, 2008, p.14).

Le passage de la puissance paternelle à l'autorité parentale ne peut se comprendre sans un regard parallèle sur l'évolution de la structure familiale et, partant de là, sur les modifications, dès le début du 20^{ème} siècle, du statut de l'enfant dans la famille. Sous le régime de la puissance paternelle, l'enfant était vu comme un être « inférieur » dont il fallait absolument contrer les velléités d'opposition en maintenant un cadre fortement autoritaire au travers d'une structure familiale très hiérarchisée et inégalitaire avec à sa tête un homme marié³.

A partir des années 1960 s'est amorcée une remise en question du modèle familial basé encore sur la complémentarité – et la hiérarchie – des places, au sein du couple mais aussi entre celui-ci et les enfants. Une véritable révolution culturelle s'est opérée, renversant la dictature du père dans la famille pour développer un modèle familial plus démocratique. Cette évolution se caractérise par la mise en place d'une certaine égalité des personnes, tant entre sexes qu'entre générations et la reconnaissance de plus de libertés pour les individus ; femmes et enfants ne sont plus totalement sous l'emprise de l'autorité du mari, respectivement du père (Petiot, 2010). Ce passage à une famille plus démocratique s'est manifesté sur le plan juridique sous la forme de l'instauration de l'autorité parentale.

Malgré la fin de la puissance paternelle dans la législation moderne de notre société, des survivances de l'époque du *pater familias* peuvent encore être perçues dans les références collectives, comme nous aurons l'occasion de le découvrir au cours de ce travail.

³ Le cas des enfants nés hors mariage et qu'on appelait *illégitimes* faisait l'objet d'un traitement légal distinct à cette époque. A certaines conditions, la loi conférait aux femmes non mariées des responsabilités et des droits plus étendus qu'aux femmes mariées.

2.2 L'AUTORITE PARENTALE DANS LE DROIT SUISSE

Après avoir brièvement retracé l'histoire de l'autorité parentale, nous nous proposons de nous centrer sur le droit suisse la concernant afin de saisir cette notion dans toute sa spécificité helvétique.

2.2.1 Contenu et signification de l'autorité parentale selon le droit suisse

Contrairement à d'autres législations européennes, le Code civil suisse ne donne pas de définition de l'autorité parentale et nous ne tenterons pas de le faire ici, ce d'autant plus que cette notion est constituée d'un faisceau de devoirs, de responsabilités et de droits qui évoluent selon l'âge et la maturité de l'enfant (Meier et Stettler, 2009). La doctrine indique très succinctement que ce concept peut être appréhendé « comme la responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur » (Pichonnaz et Foëx, 2010, p.1820). Cette explication apparaît comme trop concise pour qui souhaite étudier un nouveau projet de loi portant sur l'autorité parentale, d'où la nécessité de saisir cette notion en essayant d'en cerner le contenu.

Les règles de droit la régissant se trouvent dans le Code civil, au *Titre huitième : Des effets de la filiation, Chapitre III : De l'autorité parentale*. Le titre ci-dessus nous conduit à relever que c'est la filiation, qu'elle soit biologique ou légale, qui est génératrice de l'autorité parentale dans notre société. De ces articles de loi découlent plusieurs des droits et devoirs des parents vis-à-vis de leurs enfants.

Comme institué aux articles 301 et ss., l'autorité parentale constitue la base juridique de l'éducation que les parents doivent donner à l'enfant :

Art. 301

B. Contenu

1. En général

1 Les père et mère déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation en vue de son bien et prennent les décisions nécessaires, sous réserve de sa propre capacité.

2 L'enfant doit obéissance à ses père et mère, qui lui accordent la liberté d'organiser sa vie selon son degré de maturité et tiennent compte autant que possible de son avis pour les affaires importantes.

3 L'enfant ne peut quitter la communauté domestique sans l'assentiment de ses père et mère; il ne peut pas non plus leur être enlevé sans cause légitime.

4 Les père et mère choisissent le prénom de l'enfant.

Art. 302

II. Education

1 Les père et mère sont tenus d'élever l'enfant selon leurs facultés et leurs moyens et ils ont le devoir de favoriser et de protéger son développement corporel, intellectuel et moral.

2 Ils doivent donner à l'enfant, en particulier à celui qui est atteint de déficiences physiques ou mentales, une formation générale et professionnelle appropriée, correspondant autant que possible à ses goûts et à ses aptitudes.

3 A cet effet, ils doivent collaborer de façon appropriée avec l'école et, lorsque les circonstances l'exigent, avec les institutions publiques et d'utilité publique de protection de la jeunesse.

Art. 303

III. Education religieuse

1 Les père et mère disposent de l'éducation religieuse de l'enfant.

2 Sont nulles toutes conventions qui limiteraient leur liberté à cet égard.

3 L'enfant âgé de 16 ans révolus a le droit de choisir lui-même sa confession.

L'autorité parentale confère également aux parents le pouvoir légal de représenter l'enfant, tel que cela apparaît à l'article 304 et ss. :

Art. 304

IV. Représentation

1. A l'égard des tiers

a. En général

1 Les père et mère sont, dans les limites de leur autorité parentale, les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers.

2 Lorsque les père et mère sont tous deux détenteurs de l'autorité parentale, les tiers de bonne foi peuvent présumer que chaque parent agit avec le consentement de l'autre.

3 Les père et mère ne peuvent procéder à des cautionnements ni créer des fondations ou effectuer des donations au nom de l'enfant, à l'exception des présents d'usage.

Art. 305

b. Statut juridique de l'enfant

1 L'enfant capable de discernement soumis à l'autorité parentale peut s'engager par ses propres actes dans les limites prévues par le droit des personnes et exercer ses droits strictement personnels.

2 L'enfant qui s'oblige est tenu sur ses propres biens, sans égard aux droits d'administration et de jouissance des père et mère.

Art. 306

2. A l'égard de la famille

1 L'enfant soumis à l'autorité parentale peut, s'il est capable de discernement, agir pour la famille du consentement de ses père et mère; dans ce cas, il n'est pas tenu lui-même, mais il oblige ses père et mère.

2 Si les père et mère sont empêchés d'agir ou si, dans une affaire, leurs intérêts entrent en conflit avec ceux de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant nomme un curateur ou prend elle-même les mesures nécessaires.

3 L'existence d'un conflit d'intérêts entraîne de plein droit la fin des pouvoirs des père et mère pour l'affaire en cause.

Les articles 318 et ss. précisent par ailleurs le pouvoir légal que confère l'autorité parentale quant à l'administration des biens de l'enfant. S'ils permettent de saisir la notion d'autorité parentale d'un point de vue théorique, ces différents articles ne permettent pas d'en saisir le contenu de façon précise au regard de l'infinie diversité de ses modalités d'exercice et des multiples besoins d'un enfant. Il ne serait dès lors pas judicieux de considérer comme parfaitement exhaustive cette liste d'articles de loi qui ne met par exemple pas en lumière les dimensions affectives de l'autorité parentale, plus difficilement catégorisables mais pourtant si importantes pour le développement d'un enfant.

Le droit de garde apparaît comme l'un des éléments centraux parmi les multiples droits et devoirs découlant directement des articles présentant le contenu de l'autorité parentale. Selon la jurisprudence actuelle (Reiser, 2012), il comprend le droit de fixer le domicile de l'enfant et dès lors celui d'en changer pour l'établir ailleurs, sans en référer au parent non-gardien et ce, même en cas d'autorité parentale conjointe. Le pouvoir que constitue le droit de garde est un élément

essentiel de l'autorité parentale, mais il est nécessaire de l'en distinguer. Il est possible en effet de détenir l'autorité parentale sur un enfant sans pour autant disposer du droit de garde sur lui.

Il n'est par contre pas possible, en règle générale, de détenir le droit de garde de son propre enfant sans disposer également de l'autorité parentale, responsabilité plus globale dont il est l'une des composantes.

Du contenu des articles présentés plus haut il semble légitime de retenir, pour la suite de ce travail, que l'autorité parentale fait référence à l'ensemble des droits et devoirs que la loi reconnaît aux parents vis-à-vis de leur enfant jusqu'à sa majorité. Cette panoplie d'obligations et de droits a été élaborée en vue de protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, d'assurer son éducation et de permettre son développement, ceci dans le respect qui lui est dû. Ce pouvoir légal constitue, comme le note Hegnauer (1998), la base juridique relative à l'éducation, à la représentation de l'enfant, à l'administration de ses biens, par ses père et mère. Il est cependant à noter que malgré tous les « pouvoirs » qu'elle confère, l'autorité parentale ne constitue pas un pur droit subjectif (Hegnauer, 1998) à disposition des personnes la détenant: elle leur impose également un certain nombre de devoirs auxquels ils ne peuvent décider de se soustraire arbitrairement. L'étendue de ces responsabilités et droits dépend principalement de l'âge et de la maturité de l'enfant : la fonction de l'autorité parentale se modifie ainsi au fur et à mesure que l'enfant grandit.

Pour conclure cette partie sur la signification de l'autorité parentale, nous retenons que « son but final est de se rendre superflue et de faire de l'enfant, devenu majeur, un être capable d'exercer lui-même l'autorité parentale » (Hegnauer, 1998, p.164).

2.2.2 Conditions à la titularisation de l'autorité parentale

Il nous apparaît nécessaire de rappeler ici comment est régie l'autorité parentale dans le droit suisse. L'arrivée d'un enfant dans un couple (ordinairement par sa naissance mais ce peut être par son adoption) est l'événement qui entraîne la constitution d'une famille. La filiation, entendue comme le lien de parenté juridique

entre un enfant et sa mère (filiation maternelle) ou son père (filiation paternelle) fonde et entraîne sans autre l'autorité parentale (Meier et Stettler, 2009). Celle-ci ne peut échoir qu'aux parents (père et mère) de l'enfant, comme effet de la filiation. Le concept de filiation (entendue au sens juridique) est à distinguer de celui de descendance (comprise au sens biologique). La filiation peut certes reposer sur le lien génétique, mais celui-ci n'est pas une condition suffisante ni même nécessaire, à sa création. Ce lien filial est considéré comme établi lorsque l'une des hypothèses légales d'établissement de la filiation maternelle ou paternelle est réalisée. Le seul fait de la naissance de l'enfant (art. 252 al.1 CC), fonde le lien de filiation maternelle de manière automatique et de plein droit sans qu'aucune action juridique de reconnaissance de l'enfant par la mère ne soit nécessaire.

A contrario, la filiation entre le père et l'enfant n'existe pas a priori, elle est dépendante de certaines conditions ou modalités. Elle peut être fondée sur la *présomption de paternité* du mari de la mère, sur la *reconnaissance* légale par le géniteur de sa paternité ou encore suite à son officialisation par *jugement* (art. 252 al.2 CC).

La *présomption en paternité du mari* est le mode ordinaire : si un enfant naît pendant le mariage, la filiation paternelle est établie ipso facto par le simple fait de cette union (art. 255 al.1 CC). En d'autres termes, le lien de filiation paternel est fondé sur le lien conjugal. Il est établi de plein droit parallèlement à l'établissement de la filiation maternelle sans que ne soit mise en question la conception par le mari.

Si les parents de l'enfant ne sont pas mariés, la filiation paternelle requiert une procédure formelle sous la forme d'un *acte de reconnaissance en paternité* signé par le père présumé (art. 260 al.1 CC), pour autant que l'enfant, né hors mariage ou désavoué, soit dépourvu de filiation paternelle. (Le cas d'un enfant placé en vue d'adoption est traité de manière particulière).

Lorsqu'aucun des deux scénarii précités n'est réalisé, le lien de filiation entre un enfant et le père présumé peut encore être établi par le biais d'une *action judiciaire en reconnaissance de paternité* pour autant qu'au préalable la filiation maternelle soit établie et qu'il n'y ait pas déjà un père légal.

Le lien de filiation est également possible en l'absence de tout lien de descendance. Conformément au principe de l'adoption plénière tel qu'il prévaut en Suisse, l'adoption d'un enfant par une personne seule ou par un couple crée un lien de filiation entre l'adoptant, ou les adoptants, et l'enfant. Le droit suisse ne prévoit aucune distinction entre une parentalité par le sang et une parentalité par adoption et les adoptants acquièrent de plein droit l'autorité parentale sur l'adopté mineur (Pichonnaz et Foëx, 2010) dès le moment où ils en deviennent les parents légaux, en d'autres termes, dès l'officialisation du prononcé de l'adoption.

La notion de filiation est fondamentale pour l'acquisition de l'autorité parentale qui en est l'un des effets légaux. Deux conditions sont à toutefois à remplir impérativement pour pouvoir exercer l'autorité parentale sur son enfant: être majeur et ne pas être *interdit* (art. 296 al.2 CC).

Ne disposant en effet pas des droits civils, la personne mineure ou interdite n'est à fortiori pas en mesure d'assumer l'autorité parentale sur son enfant ou, en d'autres termes, d'assurer la représentation légale de celui-ci.

2.2.3 L'attribution de l'autorité parentale après divorce selon la loi en vigueur

Selon l'article 297 al.1 du CC, les parents mariés sont titulaires de l'autorité parentale du seul effet de la loi et l'exercent en commun, à égalité de droits. L'exercice de cette autorité suppose l'obligation d'agir d'un commun accord⁴. Bien qu'ils s'entendent tacitement sur l'exercice autonome par chacun d'entre eux de l'autorité parentale, ils restent tous deux responsables des mesures nécessaires pour l'enfant (Hegnauer, 1998).

En cas de séparation des parents qu'advient-il de cet exercice en commun de l'autorité parentale dont l'attribution ne découle plus de la loi mais d'une décision d'attribution ?

Lors d'une suspension hors divorce de la vie commune des parents (art. 175 CC), l'autorité parentale des époux n'est pas affectée et son exercice commun est conservé. S'il l'estime nécessaire, le juge appelé à se prononcer dans le cadre de

⁴ Un parent ne peut agir de manière unilatérale sans le consentement de l'autre que si cela est nécessaire à la protection de la personnalité de l'enfant et si les intérêts de celui-ci et de l'autre parent ne sont pas lésés (Hegnauer, 1998).

la procédure de séparation, peut toutefois décider (art. 297 al.2 CC) de confier cette autorité parentale à un seul des parents. Les mesures de protection de l'union conjugale ayant précisément pour objectif d'éviter l'éclatement définitif de la cellule familiale et de viser à favoriser la reprise de la vie commune, une telle décision doit cependant rester l'exception (Meier et Stettler, 2009). Le juge essaiera, dans la mesure du possible, de se limiter à régler la question de l'attribution de la garde de l'enfant pour permettre ainsi aux deux parents d'être associés le plus étroitement possible à l'éducation des enfants et éviter au maximum une rupture dans la continuité de la relation. Au contraire de la suspension de la vie commune des époux, la dissolution du mariage, que ce soit par le divorce ou par une déclaration de nullité⁵, va avoir un impact réel sur l'autorité parentale. Jusqu'en l'an 2000, le juge devait attribuer l'autorité parentale à un seul des époux en cas de divorce.

La réforme du droit du divorce réalisée par une loi du 26 juin 1998, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, a introduit d'importantes nouveautés. Parmi celles-ci, les règles relatives à l'attribution de l'autorité parentale nous intéressent particulièrement du fait que le projet actuel de changement de loi que nous étudions s'inscrit dans le sillon de ce nouveau Droit du divorce.

D'autres changements notables sont apparus dans cette refonte de la loi sur le divorce : la disparition de la notion de faute au profit de l'idée que le divorce est le résultat d'une faillite (Bernasconi et al., 2000), l'introduction du divorce par demande unilatérale de l'un des conjoints ou par requête commune (qu'elle soit partielle ou totale). L'obligation d'entendre les enfants (ou de les faire représenter au procès par un curateur) et la possibilité du maintien de l'autorité parentale conjointe après divorce revêtent également une importance particulière au regard de notre sujet.

Pendant tout le XX^{ème} siècle, le droit suisse a imposé l'attribution impérative de l'autorité parentale, en cas de divorce, à un seul parent, sans dérogation

⁵ Un mariage peut être déclaré invalidé par une action en annulation. L'art 104 du CC prévoit 4 causes de nullité : l'un des époux était déjà marié et pas divorcé ni veuf, l'un des époux était incapable de discernement, le lien de parenté entre les époux ne permettait pas le mariage entre eux ou encore, l'un des époux ne prévoyait pas de fonder une communauté conjugale tentait juste de contourner les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers.

susceptible d'être entérinée par le Tribunal fédéral (Pichonnaz et Rumo-Jungo, 2006). Lors de la révision du droit de la filiation de 1976 (Meier et Stettler, 2009), la proposition d'introduire la possibilité du maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale après divorce avait été largement rejetée car susceptible de donner lieu à trop de litiges relatifs à la garde et aux relations personnelles avec l'enfant (Pichonnaz et Rumo-Jungo, 2006).

La conseillère nationale Mascarin y revient en 1983 (postulat 83348) en invitant le Conseil fédéral à réexaminer l'article 297 al. 3 a CC. Les décisions prises après 1988 par certains juges de première instance d'accorder l'autorité parentale conjointe à des parents divorcés furent cassées par le Tribunal fédéral qui rappela que le droit suisse l'interdisait et que les juges n'étaient pas habilités à prendre de telles décisions (Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénal (art. 220), 2009). Considéré par certains comme n'étant pas en adéquation avec les évolutions du contexte sociologique qui justifient l'exercice commun de l'autorité parentale (Meier et Stettler, 2009), le dispositif actuel en la matière a été ces dernières années de plus en plus contesté.

Les travaux préparatoires à la réforme du droit du divorce de 1998 n'ont pas remis en cause le principe fondamental selon lequel le juge doit statuer sur la question de l'autorité parentale lors de toute procédure impliquant des enfants mineurs. Ils ont conduit cependant à l'introduction dans le Code civil de dispositions novatrices en matière d'autorité parentale, pour les enfants nés de parents mariés comme pour ceux issus de parents non mariés.

La révision du Droit du divorce de 1998 donne une première réponse à l'épineuse question de l'autorité parentale conjointe en prévoyant la possibilité de la demander après le divorce⁶. Cela n'est toutefois pas érigé en règle générale, afin de ne pas « favoriser une fausse idéalisation de la capacité des parents à collaborer » (Bernasconi et al, 2000, p.180). Le législateur indiquait que l'autorité parentale conjointe d'office en cas de divorce « ne correspondait pas à la réalité

⁶ La possibilité de l'autorité parentale conjointe est accordée aussi aux parents non-mariés pour que l'enfant ne pâtisse pas de la décision personnelle de ne pas se marier et pour traiter les parents non mariés et parents divorcés pareillement. (Rapport sur la révision du Code civil (autorité parentale) et du code pénal (art. 220), 2009).

suisse » (Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénal (art. 220), 2009, p.4). L'article 133 al.1 CC dit que « le juge attribue l'autorité parentale à l'un des parents et fixe, d'après les dispositions régissant les effets de la filiation, les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent ainsi que la contribution d'entretien due par ce dernier ». Lorsque les parents s'entendent et qu'ils déposent une requête commune, la possibilité du maintien de l'exercice en commun de l'autorité parentale leur est offerte, pour autant que les trois conditions prévues par l'article 133 al.3 du CC soient impérativement remplies :

1. *Les parents doivent soumettre à la ratification du juge une convention par laquelle ils manifestent leur accord*

La volonté réciproque d'exercer en commun l'autorité parentale est vue comme une condition indispensable et évidente au succès d'un tel exercice. Il va dès lors de soi que cette demande ne peut s'effectuer que si le divorce des parents s'inscrit dans le cadre d'une requête commune avec au minimum un accord partiel et non lors de demandes de divorce unilatérales (Bernasconi et al., 2000). Le juge doit examiner si la solution proposée dans la requête commune est conforme à l'intérêt de l'enfant et examiner les conditions dans lesquelles celle-ci a été conclue afin de s'assurer du libre consentement des deux parents (Pichonnaz et Foëx, 2010).

2. *Cet exercice conjoint de l'autorité parentale doit être compatible avec le bien de l'enfant ;*

Si le droit suisse parle de *bien de l'enfant* – terme introduit dans le Code civil en 1972 (art. 264) lors de la révision du droit de l'adoption – la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CDE) retient le critère de *l'intérêt supérieur de l'enfant*. Quelle que soit la terminologie choisie, cette condition est essentielle ; il faut de plus considérer que le bien de l'enfant l'emporte sur celui des parents (Pichonnaz et Foëx, 2010). Vu ses multiples facettes et la variété des circonstances des cas d'espèce, les critères à prendre en considération dans la détermination du bien de l'enfant ont été dégagés progressivement de la doctrine et de la jurisprudence, en particulier, l'âge, le sexe, l'état de santé, la langue maternelle et la religion de l'enfant.

Le juge doit déterminer si les deux parents peuvent être détenteurs de l'autorité parentale, à savoir s'ils ont la volonté et les compétences éducatives pour l'assumer. De même doit être évaluée la qualité du lien personnel et émotionnel établi avec l'enfant. Il est nécessaire en complément de s'assurer de la possibilité effective d'un exercice conjoint de l'autorité parentale, en tenant compte des circonstances objectives (critères matériels tel que l'éloignement des domiciles des parents) et subjectives, en particulier la volonté et l'aptitude à coopérer des deux parents. La capacité à développer une concertation permanente et durable entre ex-conjoints et ce, malgré la rupture et les nouvelles constellations familiales, est en effet une condition essentielle à la mise en œuvre d'une autorité parentale conjointe respectueuse du bien de l'enfant (Bernasconi et al., 2000).

Le juge peut s'appuyer sur plusieurs outils, à commencer par la prise en considération, comme l'indiquent Meier et Stettler (2009), de la manière dont les rapports se sont déroulés pendant la phase de séparation qui a précédé le divorce, précieux indicateur. Le droit prévoit de plus que le juge entende les parents, séparément et ensemble (art. 111 al.1 CC), afin de s'assurer qu'ils présentent une garantie de sérieux par rapport à l'exercice de l'autorité parentale.

L'article 298 du Code de procédure civile (CPC) stipule que l'enfant doit également être entendu, par le juge lui-même ou par un tiers nommé à cet effet, pour autant que son âge ou d'autres motifs ne s'y opposent pas et qu'il ne le refuse pas ; il s'agit en effet pour l'enfant d'un droit et non d'une obligation. Cette audition doit permettre au juge d'établir les circonstances de vie de l'enfant et d'acquiescer la conviction que le maintien de cette autorité parentale conjointe répond à son bien (Pichonnaz et Foëx, 2010). Lors de l'attribution de l'autorité parentale à l'un ou l'autre des époux, le fait d'être une femme ne constitue pas un critère pertinent dans la détermination du bien de l'enfant, le Tribunal fédéral écartant, toute préférence naturelle en faveur de la mère (Pichonnaz et Foëx, 2010).

3. *La convention doit déterminer la participation de chacun des parents à la prise en charge de l'enfant ainsi que la répartition des frais d'entretien de celui-ci.*

Comme le rappellent Meier et Stettler (2009), la loi actuelle ne fixe pas de prise en charge minimale à partir de laquelle une autorité parentale conjointe sera présumée être dans l'intérêt de l'enfant.

L'autorité parentale conjointe n'est pas accordée aux parents n'entendant pas s'occuper eux-mêmes de l'enfant.

La loi en vigueur ne pose aucune condition à l'attribution à l'un des parents de la garde de fait, soit la prise en charge effective de l'enfant (soins, surveillance,...). L'attribution de l'autorité parentale conjointe après divorce n'exclut pas que la garde de fait revienne à la mère, au père, ou soit exercée de manière alternée.

La brèche ouverte depuis 2000 avec la possibilité du maintien de l'autorité parentale aux deux parents au-delà de leur divorce n'empêche pas que de nombreuses critiques soient formulées.

2.2.4 Les critiques formulées à l'encontre de la législation actuelle

Depuis plusieurs années, la loi suisse régissant l'attribution de l'autorité parentale conjointe après divorce est régulièrement la cible de critiques, émanant majoritairement des associations de défense des intérêts des pères, qui mettent en avant les limites de la réglementation actuelle. En cause, la condition selon laquelle les parents doivent soumettre ensemble la demande du maintien de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, qui peut être à la base d'inégalités de traitement entre les père et mère. Les éléments développés dans cette partie s'appuient en grande partie sur le Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénal (art. 220) sorti en 2009.

L'une des principales critiques formulées à l'encontre de la loi actuelle régissant l'attribution de l'autorité parentale après divorce à trait au fait que cette réglementation provoque des inégalités de traitement entre les père et mère. Jusque dans les années 1980, la relation mère-enfant, comme nous le verrons plus loin, s'est vue accorder un poids prédominant sur la relation père-enfant, comme le reflète l'arrêt 108 II 369 du Tribunal fédéral : « les enfants en bas âge, auxquels l'affection et les soins maternels sont spécialement nécessaires, sont généralement confiés à la mère. Lorsqu'elle est à même de s'occuper d'eux et de se vouer

personnellement à leur éducation» (Stettler, in Pichonnaz et Rumo-Jungo, 2006, p.50). C'est un arrêt datant de 1985 (ATF 114 II 200) qui a mis un terme au caractère quasi absolu de la relation directe mère-enfant : ce dernier institue que c'est la solution assurant le mieux la stabilité nécessaire au bon développement physique, psychique et intellectuel de l'enfant qui doit être retenue (Stettler, in Pichonnaz et Rumo-Jungo, 2006, p.50).

Or, aujourd'hui encore, dans la majorité des cas de divorce, l'autorité parentale est confiée à la mère, ce qui provoque pour le père la perte de son rôle d'éducateur et de représentant de l'enfant, pour se retrouver relégué au rang de « payeur et de visiteur » (Stettler, in Pichonnaz et Rumo-Jungo, 2006, p.49). Malgré le droit de conserver des relations personnelles indiquées par les circonstances (art 273, al.1 CC) avec l'enfant, le parent auquel celui-ci n'est pas confié est assigné à un statut « subalterne » qui peut potentiellement le faire s'éloigner de l'enfant et se déresponsabiliser envers lui. Cet aspect, que la législation engendre facilement, a pour effet, comme le soulève Stettler (in Pichonnaz et Rumo-Jungo, 2006), de compromettre d'emblée toute tentative de maintien d'un certain équilibre entre les rôles maternel et paternel. Ainsi, en édictant comme règle générale l'attribution de l'autorité parentale à un seul des parents, le droit suisse a pour effet de rompre le couple parental. Or, si le but recherché par le divorce est la rupture du couple conjugal, celui-ci devrait être en mesure de permettre la survivance du lien parental.

La seconde critique adressée à l'encontre de la législation actuelle est directement liée à cette inégalité de traitement entre les père et mère et a trait à l'intérêt de l'enfant. En effet, la réglementation en vigueur ne prend pas suffisamment en compte l'intérêt de l'enfant qui a besoin, selon les spécialistes de l'enfance, d'entretenir autant que faire se peut des liens étroits avec ses deux parents afin de se développer le plus harmonieusement possible. Il est courant que, suite à un divorce, s'opère une rupture entre l'enfant et l'un de ses parents, et plus particulièrement le père. Les statistiques de l'Office fédéral de la statistique viennent confirmer la tendance à privilégier l'attribution de l'autorité parentale à la

mère: pour l'année 2010⁷ celle-ci a en effet été attribuée à la mère pour 7'776 enfants ; au père pour 580 enfants ; aux deux parents pour 7'002 enfants et à un tiers pour 16 de ces mineurs. Or, comme le mettent en avant les associations de défense des pères en se basant sur les dires de pédopsychiatres, il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant d'avoir des relations personnelles avec ses deux parents, afin de grandir et s'épanouir dans les meilleures conditions. Les conséquences de la potentielle perte de contacts réguliers avec l'un des parents sont nuisibles pour l'enfant, de part l'impact non-négligeable que cela peut avoir sur son développement.

La législation permet certes de demander l'autorité parentale conjointe, mais cette possibilité a montré ses limites. La demande doit en effet être formulée par les deux parents sans quoi le juge n'entrera pas en matière. Cette condition limite grandement l'accès à l'autorité parentale conjointe en offrant un quasi droit de veto au parent – le plus souvent la mère – qui s'y oppose et a de grandes chances de se voir confier l'autorité parentale sans avoir à motiver son refus. Autre situation envisageable : l'un des parents fait dépendre son consentement de l'obtention d'avantages (par exemple une pension alimentaire plus élevée), ce qui équivaut à un quasi droit de veto. Comme nous l'avons déjà mentionné, l'autorité parentale est plus facilement attribuée aux mères, ce qui place celles-ci en position forte pour « négocier » leur accord à l'autorité parentale conjointe que le juge ne peut ni décider ni imposer.

Pour les promoteurs d'une modification de cette législation, le dispositif actuel avec l'exigence de requête commune des deux parents est inadaptée à l'évolution des mentalités. De plus en plus de parents choisissent l'autorité parentale conjointe et d'autres pourraient les rejoindre si la réglementation actuelle ne donnait pas un quasi droit de veto au parent réfractaire à son maintien après le divorce, la mère dans la majorité des cas.

Est également mis en évidence le décalage entre le droit suisse par rapport à l'évolution en Europe dont plusieurs pays prévoient le maintien de l'autorité

⁷ Les données pour l'année 2011 concernant l'attribution de l'autorité parentale lors de divorce ne sont pas encore disponibles.

parentale conjointe après divorce (Pichonnaz et Rumo-Jungo, 2006). Selon les promoteurs d'une modification de la loi, il est souhaitable que la Suisse s'aligne sur les législations étrangères et se mette ainsi en phase avec son temps. A noter toutefois que le choix législatif de l'attribution de l'autorité parentale conjointe sous réserve du respect des trois conditions posées, quoique assez isolé en Europe occidentale, ne viole aucunement les conventions internationales dont la Suisse est partie prenante (Pichonnaz et Foëx, 2010).

La loi actuelle d'attribution de l'autorité parentale est productrice de profonds mécontentements dans la société civile, et peut dès lors être vue, en adoptant une posture d'analyse des politiques publiques, comme une situation d'insatisfaction sociale (Knoepfel et al., 2006). Nous nous trouvons à ce stade en plein processus de problématisation, c'est-à-dire une phase « au cours de laquelle un certain nombre d'acteurs vont être amenés à percevoir une situation comme "anormale" et vont la qualifier d'une manière particulière, qui peut être susceptible d'appeler l'attention d'un acteur public » (Muller et Surel, cités par Sheppard in Boussaguet et al., 2004). Dans les parties qui suivent, nous nous proposons d'illustrer la publicisation de cette situation problématique (Sheppard, in Boussaguet et al., 2004), c'est-à-dire le passage de la sphère privée à la sphère publique afin de montrer la saisine de ce problème social par les autorités compétentes pour l'inscrire à l'agenda politique.

En effet, en se basant sur les critiques qui commencent alors à surgir autour de la réglementation de l'attribution de l'autorité parentale, plusieurs faits vont permettre à cette insatisfaction d'être qualifiée de problème public nécessitant l'élaboration d'un projet de révision de la législation sur l'autorité parentale après divorce, dès lors qu'est franchi le niveau politique.

2.3 LA NOUVELLE REGLEMENTATION PROPOSEE

C'est ainsi qu'est proposé par le Conseil fédéral un avant-projet qui vise à faire de l'autorité parentale conjointe une règle applicable indépendamment de l'état civil des parents – divorcés ou non-mariés. Le maintien de plein droit de l'autorité parentale conjointe après divorce y est fixé comme principe de base, les parents continuant ainsi à exercer l'autorité parentale à égalité de droits, comme pendant

le mariage. C'est donc ensemble qu'ils détermineraient les soins et l'éducation à donner à l'enfant, les décisions seraient prises en commun malgré le divorce. L'autorité parentale incluant le droit de garde, le projet de loi prévoit donc que les parents conservent tous deux le pouvoir de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et le mode de prise en charge. La garde de fait est exercée par le parent qui prend l'enfant en charge au quotidien, mais c'est ensemble que les ex-conjoints décident de l'aménagement de cette garde. Pour assurer au maximum le bon fonctionnement de l'autorité parentale conjointe et éviter ainsi des conflits ultérieurs qui en paralyseraient par la suite l'exercice, il est prévu que les père et mère soumettent au juge leurs conclusions sur la prise en charge de l'enfant et la contribution respective de chacun d'eux aux frais d'entretien. Un accord sur les questions relatives à l'organisation de la garde de fait et à la répartition des frais d'entretien est une des clés du succès de l'exercice de l'autorité parentale conjointe, mais les conclusions des parents à ce sujet ne constituent pas une condition au maintien de celle-ci.

Comme il est indiqué dans les commentaires du Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénal (art. 220) de 2009, le projet présenté présume que l'autorité parentale conjointe est dans l'intérêt de l'enfant et que les parents sont aptes à l'exercer ensemble. Mais des dispositions spécifiques sont prévues afin de palier aux situations où, au vu de raisons objectives ou subjectives concernant les parents, cela ne semble pas être le cas (l'un des parents n'a pas la volonté de coopérer, refus de dialogue, maladie, violences,...). Il est ainsi envisagé que le juge du divorce puisse retirer d'office ou sur requête de l'un des parents l'autorité parentale au père ou à la mère si des éléments l'amènent à penser que l'autorité parentale conjointe n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. Par ailleurs, si les parents ne s'entendent pas sur les conclusions données au juge concernant l'entretien et la garde de fait, il est prévu que le juge puisse les exhorter à tenter une médiation (art. 297 al. 2 CPC). En cas d'impossibilité à trouver un accord, le juge sera légitimé à s'interroger sur les capacités des parents à exercer conjointement l'autorité parentale et, le cas échéant, ne l'attribuer qu'à l'un des parents (Meier et Stettler, 2009). Un article dispose également que le juge du

divorce peut supprimer l'autorité parentale conjointe sur demande commune des parents et lorsqu'ils sont tous deux d'accord pour que l'autorité parentale ne soit détenue que par l'un d'eux. Mais, cette attribution de l'autorité parentale à un parent seulement est réservée aux cas où cela semble préférable pour le bien de l'enfant ; il doit s'agir d'une exception. En effet, il ne s'agit pas de permettre de contourner le principe de l'autorité parentale conjointe.

Une disposition de la nouvelle réglementation a été développée afin de déterminer la compétence décisionnelle du parent qui assume la garde de fait dans les situations où les père et mère exercent l'autorité parentale conjointement mais sans faire ménage commun⁸. Il est en effet prévu que le parent qui assume la garde de fait soit habilité à prendre seul les décisions courantes – c'est-à-dire « les actes usuels et sans conséquence grave sur le développement de l'enfant (par ex. nourriture, habillement, choix des programmes TV) » (Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénal (art. 220) de 2009, p.28) – ainsi que les décisions urgentes (hospitalisation en cas d'urgence,...). L'objectif de cette disposition est d'éviter des conflits éventuels entre les parents à propos de certaines décisions concernant l'enfant et qui pourraient bloquer l'exercice de l'autorité parentale. Cependant, comme l'a précisé la Conseillère fédérale Simonetta Sommaruga – en charge du Département fédéral de justice et police qui s'est vu confier la mission d'élaborer cet avant-projet de révision du Code civil – la décision a été prise de renoncer à dresser une liste énumérative de ce qui est « courant » et de ce qui est « urgent » ; c'est à la pratique de la définir⁹. En revanche, toutes les autres décisions concernant l'enfant, comme le choix d'une religion, d'un sport, etc, seront prises ensemble par les deux parents. En cas de désaccord, il est prévu qu'ils puissent recourir à l'autorité de protection de l'enfant, qui pourra formuler des recommandations ou donner des instructions, passibles d'être assorties de la menace de peine selon l'article 292 du Code pénal. Si des problèmes importants

⁸ La réglementation vise ici tant les parents divorcés, que les parents non mariés et les parents mariés séparés.

⁹ Propos tenus lors d'une conférence de presse et relatés dans un article du quotidien Le Temps du 26 septembre 2012.

surviennent de manière récurrente, la possibilité est donnée de modifier l'attribution de l'autorité parentale.

La nouvelle réglementation prévoit également, tel que cela est déjà le cas actuellement, la possibilité de modifier l'attribution de l'autorité parentale en cas de survenance de faits nouveaux importants après le divorce. Comme précisé dans les commentaires du Rapport relatif à cette révision (2009, p.22), « est considéré comme fait nouveau un événement qui implique que les fondements essentiels de la responsabilité commune des parents ou du parents détenant seul l'autorité parentale n'existent plus » (maladie, incompatibilité grave entre l'enfant et le nouveau conjoint de l'un des parents,...). Enfin, un article prévoit également la possibilité de modifier les modalités de la prise en charge, des relations personnelles et des questions relatives à la contribution d'entretien de l'enfant en cas de faits nouveaux, que cela soit avec ou sans nouvelle attribution de l'autorité parentale.

En conclusion, et en résumé, l'exercice conjoint de l'autorité parentale étant maintenu de plein droit selon la modification du Code civil proposée, la règle s'appliquerait automatiquement dès lors qu'il y a divorce.

Autorité parentale conjointe d'office :
droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

III. LE CONTEXTE SOCIO-CULTUREL ET LES ACTEURS EN PRESENCE

Nous avons rappelé successivement : les éléments constitutifs de l'institution qu'est l'autorité parentale puis la législation suisse relative à son attribution lors de divorce et ensuite le projet de modification du Code civil à ce propos.

Nous allons appliquer maintenant le modèle de l'*Advocacy Coalition Framework* en vue de présenter et d'agencer les facteurs cognitifs, tels que les croyances des membres d'une coalition, et les éléments non-cognitifs, tels que les événements socio-économiques, culturels et institutionnels à la base du processus conduisant à l'élaboration d'une politique publique. Dans cette partie nous nous proposons donc d'identifier le contexte socio-culturel dans lequel s'inscrit ce changement de loi et les groupes d'acteurs en présence. Nous mettrons alors en évidence la prise en compte de l'enfant dans ce processus et la définition qui a été donnée de son intérêt.

3.1 POLARITE DU SOUS-SYSTEME : DEUX COALITIONS HETEROGENES D'ACTEURS EN COMPETITION

Comme nous avons eu l'occasion de le voir, des propositions de modification de la législation suisse relative à l'autorité parentale sont périodiquement formulées depuis une trentaine d'années, notamment en 1976, 1983, ou encore 1998. Le sous-système de politique publique qui nous intéresse est composé des différents acteurs qui se sont positionnés sur les enjeux relatifs à ce sujet au cours de ces dernières années. En font partie : les principaux partis politiques suisses amenés à se prononcer lors de la rédaction et du dépôt d'un projet de modification de loi, certaines branches de l'administration publique (principalement celles s'occupant du droit de la famille, mais également les offices occupés à la promotion de l'égalité des sexes) et encore, des organisations issues de la société civile dont principalement les associations de défense de la condition paternelle. Se sont également mobilisées des associations de mères ainsi que les organisations familiales et de protection de l'enfant.

De l'analyse des coupures de presse, des communiqués de presse publiés par ces différents organismes, ainsi que des messages et rapports de l'administration fédérale, il ressort que le débat entourant la question de l'autorité parentale en cas de divorce a été fortement polarisé et émotionnel. En effet, depuis la mise en place en 2000 de la possibilité, pour les ex-époux, de demander conjointement le maintien de l'autorité parentale en commun après divorce, de nombreuses critiques ont commencé à émaner, tant du monde politique que des associations de pères. En cause, l'existence, comme nous avons eu l'occasion de le voir auparavant, d'un quasi droit de veto accordé au parent qui ne souhaite pas l'instauration d'une autorité parentale conjointe, en général la mère. L'intérêt des pères divorcés est, selon les auteurs de ces critiques, rarement pris en considération et peu respecté. Les revendicateurs souhaitent l'instauration de l'automatisme de l'autorité parentale conjointe et insistent, à l'appui de leurs propos, sur le bien de l'enfant à avoir ses deux parents auprès de lui. Ils rappellent de plus que la majorité des législations européennes ont déjà adopté cette position.

Il semble judicieux de relever l'hétérogénéité du groupe favorable à la nouvelle réglementation. Se retrouvent aussi dans cette coalition en effet des « masculinistes », qui plaident en faveur des droits des pères et des individus – aussi bien des femmes que des hommes – qui déplorent les disparités de traitement existant entre père et mère en cas de divorce de par la législation actuelle.

Cette coalition comprend également les membres de partis politiques que nous ne pouvons légitimement pas apparenter aux défenseurs des droits des pères, malgré des revendications qui portent, de prime abord, sur les mêmes points. Or, en déconstruisant et en analysant ces propos nous nous apercevons que, sous couvert du droit des pères et des enfants à conserver des liens étroits malgré le divorce, certains individus perçoivent dans le maintien de l'autorité parentale conjointe après divorce un moyen de faire perdurer un certain pouvoir de l'homme sur son ex-épouse et ses enfants. Il n'est dès lors pas question pour ces revendicateurs de partager la charge des responsabilités quotidiennes liées à l'éducation des enfants, contrairement aux membres des associations de pères qui, du moins dans leurs argumentaires, le réclament.

A cette coalition des « pour » s'oppose le camp des « contre » l'automaticité de l'autorité parentale conjointe après divorce. Majoritairement femmes, principalement des féministes et/ou socialistes, ces personnes rejettent avec une certaine insistance les revendications de leurs opposants. Des femmes, de même que certains hommes, ne se définissant ni comme féministes ni comme socialistes, ne sont pas, pour diverses raisons, favorables à l'automaticité de l'autorité parentale et font partie de la coalition défavorable au nouveau projet de loi.

Il ressort de certaines prises de position, rapports et communiqués de presse, que ces personnes ne sont pas contre l'idée du partage de l'autorité parentale après divorce, reconnaissant que la loi actuelle n'est pas satisfaisante et qu'il est nécessaire d'améliorer la situation des deux parents, au nom de l'égalité entre hommes et femmes, mais également pour le bien de l'enfant. Résolument pour la coparentalité, elles rejettent néanmoins le projet de loi proposé du fait que le partage de l'autorité parentale après divorce ne suffit pas à lui seul, à leurs yeux, à encourager l'investissement parental conjoint tel qu'elles le préconisent. Il y a nécessité de ne pas partager uniquement les droits vis-à-vis de l'enfant, mais également les devoirs qui vont avec afin que soit renforcée l'égalité entre père et mère.

Cette coalition estime qu'il est erroné de vouloir traiter cette question du partage de l'autorité parentale uniquement en elle-même, qu'il faut l'englober dans une réflexion plus large qui permettrait d'élaborer un cadre juridique permettant une responsabilité commune des deux parents vis-à-vis de leur enfant non seulement au moment où il est question de rupture, mais tout au long de la durée du couple. Ainsi, il n'y a pas lieu d'effectuer une révision isolée de l'attribution de l'autorité parentale, ce qui risquerait d'entraîner de nouvelles inégalités (précarisation de la situation économique des femmes après divorce par exemple) et ne saurait donc aller, à elle seule, dans le sens du bien de l'enfant.

Dans cette même coalition d'opposants au projet de loi, se trouvent également des femmes qui, sans forcément l'affirmer haut et fort, ne souhaitent pas, pour diverses raisons, partager la responsabilité de leurs enfants avec le père de ceux-ci. Selon Badinter (1992), cela peut s'expliquer, pour certaines, par le fait qu'elles « [...]

ressentent leur prééminence maternelle comme un pouvoir qu'elles ne veulent pas partager [...] » (p.270). D'autres considèrent que l'étape de vie avec le père de leur enfant est terminée, ce d'autant plus si ce passé a été marqué par des épisodes de violence domestique.

Il est important de noter que toutes les femmes prenant part au débat ne se situent pas dans ce groupe, et qu'au sein du groupe socialiste c'est une partie seulement qui semble prendre position contre ce projet de loi.

Ainsi, sur le sujet de l'autorité parentale conjointe automatique, il semble pertinent d'opposer deux camps – certes hétérogènes – relativement facilement identifiables : le clan des « pour » et celui des « contre », qui étaient déjà présents lorsque la question s'est posée en 1998. Que s'est-il dès lors passé depuis pour que le groupe des individus favorables à l'automatisme de l'autorité parentale conjointe parvienne aujourd'hui à asseoir ses revendications ?

C'est ce que nous nous proposons d'aborder maintenant en structurant cette nouvelle partie selon la logique du modèle de l'*Advocacy Coalition Framework* (ACF) afin d'identifier les ressources et les comportements des coalitions.

3.2 LES PARAMETRES RELATIVEMENT STABLES

Tel que le relève Sabatier dans son modèle de l'ACF, il est nécessaire de relever ce qu'il nomme les « paramètres relativement stables ». Dans un souci de clarté et de cohérence par rapport à la thématique traitée, nous nous focaliserons essentiellement sur les valeurs socioculturelles fondamentales et sur la structure sociale.

Avant cela il semble nécessaire toutefois de faire un détour par les règles de droit international car la liberté de manœuvre des Etats nationaux concernant le droit de la famille diminue depuis quelques décennies suite à l'augmentation de l'impact de normes supra-législatives dans ce domaine. Nous avons pris le parti de situer ces instruments juridiques internationaux parmi les paramètres relativement stables selon la terminologie de l'ACF. En effet, les instruments juridiques internationaux traitant de la question des liens entre enfants et parents ne sont pas particulièrement récents. Aussi, ils ne peuvent pas être invoqués pour expliquer

directement la modification du Code civil sur l'autorité parentale. Cependant, ces normes internationales orientent automatiquement les réformes possibles : en Suisse prévaut la conception moniste selon laquelle le droit international et le droit interne sont les deux éléments d'un seul et même ordre juridique, le premier primant sur le second.

3.2.1 Paramètres relevant du droit international

Comme le met en évidence Boulanger (2008), depuis les années 1970-1980 les conceptions traditionnelles des rapports hiérarchiques entre parents et enfants se sont considérablement affaiblies, permettant le passage de relations familiales autoritaires à des liens plus démocratiques. Partout en Europe, l'autorité parentale évolue de façon continue dans le sens d'une fonction parentale devant être un outil permettant à l'enfant de se développer comme acteur et sujet de sa vie. Plusieurs sources internationales ont effectivement conceptualisé cette vision de l'autorité parentale – qui s'inscrit dans une perspective de droit de l'enfant – avec des impacts certains sur les législations nationales.

3.2.1.1 Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CDE)

Il serait inconcevable de ne pas citer en premier lieu la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE) qui a posé le principe selon lequel le mineur ne doit plus être un sujet passif, témoin – dans le cas qui nous intéresse – des relations conflictuelles de ses parents, mais un sujet de droits. Parmi ceux-ci, la CDE institue la « considération primordiale » que doit être l'intérêt supérieur de l'enfant dans toute décision prise à son égard (article 3), et donc lors de la séparation de ses parents. Dans la présente Convention, est également stipulé, à l'article 18, que les parents ont une responsabilité commune pour élever l'enfant et assurer son développement. De plus, l'article 9 alinéa 3 précise que l'enfant séparé de ses deux parents, ou de l'un d'eux, a droit à entretenir des relations personnelles et des contacts directs avec eux, pour autant que cela ne soit pas contraire à son intérêt supérieur. Par ailleurs, l'enfant capable de discernement a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et, compte tenu de son âge et

de son degré de maturité, ses opinions doivent être prises en considération (article 12).

Les concepts et droits proclamés dans la CDE ont inéluctablement « pénétré » les législations nationales et nous nous proposons de les étudier de manière plus approfondie dans une partie ultérieure, afin de poser précisément ce qu'ils signifient dans le cas de l'attribution de l'autorité parentale. Cela nous permettra de voir si le projet de révision du Code civil va dans la direction voulue par ladite Convention.

3.2.1.2 Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH)

Les affaires concernant les droits parentaux soulèvent des questions essentiellement sous l'angle de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (CEDH), c'est-à-dire sur le droit au respect et à la protection de la vie privée et familiale. Les Juges de Strasbourg ont renoncé à donner une définition exhaustive du concept de vie privée, l'existence de liens personnels étroits devant être vue comme le critère pertinent en la matière (Kilkelly, 2003). Comme indiqué dans le *Précis sur les droits de l'homme n°1* relatif à cet article, la cohabitation n'est pas une condition sine qua non pour jouir d'une vie familiale. Ainsi, les membres d'une famille ne vivant plus ensemble suite à un divorce peuvent malgré tout bénéficier de la protection de l'article 8. La notion de famille sur laquelle repose cet article incluant le lien entre un individu et son enfant malgré l'absence de cohabitation, le droit à son respect doit être reconnu aussi bien aux époux mariés que séparés et à leurs enfants. Lorsque, à la suite d'une séparation, le droit à la garde et au soin de l'enfant est accordé à un seul parent, l'autre peut prétendre que cette décision viole son droit au respect de sa vie familiale (Kilkelly, 2003). Les éléments présentés ne nous permettent toutefois pas de déduire de cet article 8, à l'heure actuelle, une obligation des Etats à attribuer l'autorité parentale conjointe d'office, mais il existe certes un encouragement à le faire, pour autant que cela aille dans le sens de l'intérêt de l'enfant.

3.2.1.3 Recommandation n° R (84) 4 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe

Le 28 février 1984, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté la Recommandation n° R (84) 4 sur les responsabilités parentales. Le *principe 5* de cette recommandation pose que les responsabilités parentales appartiennent conjointement aux deux parents à l'égard de l'enfant de leur mariage, ce qui sous-entend que l'obligation d'entretien envers l'enfant incombe aux deux parents. Le *principe 6* de la dite Recommandation stipule qu'en cas de dissolution du mariage ou de séparation des parents, les responsabilités parentales sont réparties entre les deux parents ou exercées conjointement s'ils le souhaitent. Lorsque les responsabilités parentales sont exercées conjointement par les deux parents, toute décision affectant les intérêts de l'enfant doit être prise d'un commun accord. En cas de désaccord, l'autorité compétente saisie par l'un des parents doit, dans la mesure où l'intérêt de l'enfant l'exige, s'efforcer de concilier les parents et, dans le cas où cette tentative n'aboutit pas, prendre toute décision appropriée (*principe 10*). Le *principe 8* pose que le parent chez lequel l'enfant ne réside pas doit avoir la possibilité de maintenir des relations personnelles avec l'enfant, sauf si ces relations nuisent sérieusement à l'intérêt de celui-ci. A noter encore que le *principe 3* de la Recommandation stipule qu'il est nécessaire de tenir compte de l'avis de l'enfant et, qu'en ce sens, si l'autorité compétente est appelée à prendre une décision concernant l'attribution ou l'exercice de l'autorité parentale, l'enfant devrait être consulté, pour autant que son degré de maturité par rapport à la décision à prendre le permet.

Ces différents instruments ont eu des influences certaines sur les droits nationaux, les Etats ne pouvant se dispenser d'aller dans le sens de ces Conventions lors de réformes.

Parmi les paramètres relativement stables, deux éléments doivent aussi, à notre sens, être développés s'agissant d'une recherche portant sur la politique publique relative à l'attribution de l'autorité parentale : la famille comme institution sociale fondamentale et l'autorité parentale, non remise en cause dans son principe de base. Touchant aux valeurs socioculturelles fondamentales et à la structure sociale,

ils permettent de comprendre les modifications apportées à la nouvelle législation ou, en d'autres termes, les éléments qui n'ont pas été repensés.

3.2.2 La famille, institution fondamentale de la société

Dans toute société la famille constitue la cellule sociale de base, de même que le lieu de prédilection pour la socialisation primaire de l'individu. Cependant, au delà du fait universel et invariant de la parenté, « [...] les institutions qui lui donnent forme, et les catégories sémantiques qui permettent de la penser sont extrêmement variables d'une société à l'autre » (Géraud, Leservoisier, Pottier, 2007, p.201). Ainsi, tel que le relève K. Lüscher (2004) la famille au sens où nous l'entendons est une forme de vie parmi d'autres qu'il est nécessaire d'envisager dans tout le relativisme culturel que cette notion renferme. Comme nous nous proposons de le développer ci-après, en Suisse, et plus généralement en Europe, la famille se trouve depuis quelques décennies dans un processus de mutation. Or, et malgré les nombreux et profonds changements qui viennent bousculer l'institution familiale, certaines valeurs sociétales concernant celle-ci subsistent. Ainsi, il est important de noter que la famille reste en Suisse le pivot de la société. Bien que de nouvelles structures familiales commencent à être reconnues (monoparentalité, concubinage,...), notre pays conserve une vision relativement classique et traditionnelle dans ce domaine, consacrant la famille conjugale (ou nucléaire), c'est-à-dire composée d'un couple hétérosexuel et de ses enfants. N'est pas remise en question l'idée que la cellule familiale est le lieu où l'enfant doit, autant que possible, grandir et être élevé.

Certes, tels que le relèvent Kellerhals et Widmer (2005), la famille nucléaire suisse n'existe pas dans un vide relationnel et des liens assez vivaces avec la parenté existent. Cependant, malgré cela, l'idéologie de la famille conjugale comme seul décideur de son destin, concentrant sur elle les énergies affectives et les actes de la vie quotidienne, est vivace en Suisse (Kellerhals et Widmer, 2005). Nous retenons finalement que chaque société consacre un modèle familial : actuellement, c'est la famille au sens étroit, la famille cellulaire, qui est emblématique de notre société.

Cet élément s'illustre parfaitement au travers de l'inexistence, dans la législation suisse, de droits spécifiques – principalement un droit aux relations personnelles –

pour les grands-parents. Ceux-ci sont assimilés à des « tiers » au même titre que d'autres membres de la parenté (art. 274a CC). Nous relevons à ce sujet qu'une motion visant à ancrer le droit réciproque, pour les grands-parents et l'enfant d'entretenir des relations personnelles appropriées, a été déposée mais a été rejetée par le Conseil national en septembre 2012. Nous pouvons également mentionner les propos de J. Zermatten qui, dans une interview accordée au quotidien *Le Temps* (23 novembre 2012, p.26), se disait frappé de la non-reconnaissance juridique de la place et de l'importance des relations significatives de l'enfant avec certains adultes (beaux-parents, grands-parents,...) qui apparaissent avec les recompositions familiales contemporaines.

3.2.3 Le maintien de l'autorité parentale inchangée

Il nous paraît nécessaire de mentionner un second élément qui relève également de cette catégorie des « paramètres stables » : l'autorité parentale elle-même, ou plus précisément sa non-remise en question. En effet, si les acteurs du sous-système qui nous concerne ont débattu sur les modalités de l'attribution de l'autorité parentale en cas de divorce des parents, la question de remettre en cause ou de repenser cette institution ne s'est pas posée. Il n'y a pas eu de modification de la notion même d'autorité parentale, comme cela aurait pu être le cas si nous nous référons à d'autres législations nationales, ainsi la Grande-Bretagne par exemple a opté pour une terminologie différente en instituant la *responsabilité parentale*. Or, comme le relève très justement Boulanger, le langage utilisé n'est pas neutre. La notion d'autorité parentale contient en elle-même l'idée d'une suprématie de l'adulte sur l'enfant, ce dernier étant sous l'emprise de l'autorité de ses parents qui en sont ainsi les « possesseurs ». Ce terme d'autorité parentale renvoie ainsi à une notion de droit « sacré » des parents et dès lors au devoir de subordination à ceux-ci de l'enfant. La notion de responsabilité parentale permet au contraire de mettre l'accent non seulement sur les droits de parents vis-à-vis de leur enfant, mais également sur les devoirs qu'ils ont à son égard. Le terme d'autorité parentale peut en revanche occulter la place centrale de la responsabilité des parents dans l'éducation de leur enfant.

De Singly relève par ailleurs qu'en définissant la responsabilité parentale comme « l'ensemble des droits, devoirs, pouvoirs, responsabilités et autorité que par la loi le parent d'un enfant détient en relation à cet enfant et à ses biens » (Théry, 1993, cité par de Singly, 1993, p.48) la responsabilité du parent est individuelle, ce qui est plus en conformité avec le système de valeurs contemporain, mais également plus approprié au vu des réalités familiales actuelles. Le fait de parler d'autorité parentale *conjointe* après le divorce pose que les ex-conjoints restent conjoints même après la séparation, ce qui peut être vu, selon Théry, comme un « retournement spectaculaire du jeu idéologique : le divorce devient l'apothéose paradoxale de la famille puisqu'elle résiste à tout, même à la séparation, même à la décohabitation » (Théry, 1993, cité par de Singly, 1993, p.48).

Il est important que la prise en charge et l'encadrement parental soient le fait des deux parents, ce qui favorise le développement équilibré de l'enfant vivant une séparation. Or, le terme d'autorité parentale conjointe ne rend pas compte de la nécessité de partager les autres dimensions de l'éducation des enfants et non uniquement les prérogatives de l'autorité.

3.3 LES EVENEMENTS EXTERIEURS AU SOUS-SYSTEME

Les différentes requêtes ayant abouti à ce projet de révision du Code civil doivent toujours être réinsérées dans le contexte sociétal d'où elles sont issues : c'est lui qui permet d'expliquer leur contenu. En effet, ce que Sabatier et Jenkins-Smith nomment les « événements extérieurs » au sous-système doivent permettre de saisir la manière dont les coalitions de cause se sont formées, comment elles ont été modifiées, ou non, par ces éléments. Le cas échéant, il sera possible de voir si les coalitions ont pu exploiter ces événements à leur avantage.

Au cœur de cette réforme législative se trouve l'institution de la famille qui a été fortement « bousculée » depuis les années soixante, ce qui n'a pas été sans conséquence sur ce qui se joue actuellement en Suisse. L'analyse des mutations que connaît la famille suisse depuis quelques décennies permet de contextualiser, et ainsi de saisir, le projet de réforme de la loi sur l'attribution de l'autorité parentale.

3.3.1 La privatisation et l'individualisme familial

Depuis les années 60, de nombreux changements, brutaux et importants, sont venus modifier l'institution familiale, en Suisse évidemment, mais plus généralement dans les pays industrialisés d'Europe. Selon Kellerhals et Widmer (2005), deux tendances de fond permettent d'éclairer le fonctionnement de la famille contemporaine. Premièrement, une tendance à la privatisation de la famille : les acteurs externes de la famille ne sont « autorisés » à interférer avec la vie familiale que si l'intégrité psychique ou physique de l'un de ses membres est menacée. En revanche, ce qui relève de la formation du couple, de sa gestion quotidienne ou encore de sa possible dissolution, ne doit dépendre que des conjoints eux-mêmes. La famille contemporaine a également été influencée par la montée de ce que Kellerhals et Widmer (2005) nomment très justement « l'individualisme familial ». Sous cette locution, les auteurs font référence à l'idéologie selon laquelle l'individu a la primauté sur le couple, et le couple sur la famille : dans la famille moderne, les membres ont une individualité plus grande que dans les familles antérieures. Ainsi, le « je » l'emporte sur le « nous » : les obligations à l'égard du conjoint et des enfants sont d'une certaine manière subordonnées à l'épanouissement personnel.

Ces deux tendances expliquent les transformations que la famille connaît depuis les années 60 à savoir : la diminution du nombre des mariages et remariages qui s'accompagne parallèlement d'une augmentation des unions libres ; l'augmentation des divorces et des séparations ; l'augmentation des familles monoparentales et recomposées ; la diminution du nombre des naissances ; l'augmentation du nombre des naissances hors mariage ; l'augmentation du travail salarié des femmes, notamment des mères et, par conséquent, du nombre des couples où les deux conjoints exercent une activité professionnelle.

Cependant, malgré l'individualisme contemporain qui déstabilise et fragilise la famille, celle-ci est toujours utile. Ce qui caractérise cette famille qualifiée de « post-moderne par de Singly, c'est que les relations n'y sont pas développées et entretenues pour elles-mêmes mais pour les satisfactions qu'elles doivent procurer à chacun de ses membres. Ainsi, la famille reste centrale pour l'individu car elle constitue l'un des moyens idéaux pour se réaliser soi-même (de Singly, 1993). A

noter que les individus ne valorisent pas l'indépendance – vue comme le rejet de l'affiliation à un groupe – mais l'autonomie, qui est une forme d'intégration, qui peut ou non passer par l'affiliation (Kellerhals et Widmer, 2005). Ces changements ne sont pas sans conséquences sur le projet actuel de révision du Code civil : de plus en plus de couples non-mariés souhaitent voir les démarches de demande d'autorité parentale conjointe facilitées, et de plus en plus de couples avec enfants divorcent.

L'imaginaire familial s'est radicalement transformé et les profondes modifications des références et repères existentiels retentissent inévitablement sur les projets et dynamiques des couples et familles : les individus savent qu'ils risquent de divorcer, d'élever leur enfant dans une famille recomposée ou encore que le choix d'être père ou mère est de plus en plus concurrencé par d'autres modes d'investissement conjugaux (Kellerhals et Widmer, 2005).

Le profond désir d'une relation privilégiée et primordiale avec l'enfant est toujours présent, mais il est plus régulièrement en compétition, plutôt qu'en phase, avec d'autres désirs, ce qui n'était pas le cas avant les années 60. La crainte existe que l'arrivée d'un enfant limite la possibilité de donner assez de place à sa vie de couple, mais également qu'un avenir professionnel – jugé essentiel par souci d'autonomie personnelle, mais également pour les gratifications qu'il amène – soit compromis (Kellerhals et Widmer, 2005). La rivalité entre la parentalité et la carrière professionnelle, c'est-à-dire entre des objectifs individuels, conjugaux et sociaux, s'est accrue¹⁰.

3.3.2 Maternité, paternité et (co-)parentalité

Les changements survenus au sein de l'institution familiale ces dernières décennies ont eu pour effet collatéral de faire évoluer les conditions d'exercice de la parentalité¹¹, sans toutefois, comme nous allons le voir, remettre totalement en cause les pratiques parentales (Neyrand, 2011). Il nous apparaît utile de relever ici

¹⁰ A noter toutefois que cette concurrence n'est pas identique selon les classes sociales : il semblerait que dans le bas de la hiérarchie sociale le désir d'enfant soit moins concurrencé avec d'autres paramètres (Kellerhals et Widmer, 2005).

¹¹ La parentalité peut être définie comme « l'être parent », ce qui englobe moins la question de la filiation que celle des relations concrètes entre les pères, les mères et les enfants (Bastard, 2006).

que la bipartition des places parentales, telle qu'elle existe chez nous aujourd'hui encore – malgré l'évolution de la place de chacun des parents – est culturellement située et n'est en rien une donnée naturelle, innée et invariable. Il est donc nécessaire de ne pas perdre de vue la dimension construite des représentations que nous avons de la famille.

Cela étant posé, revenons à la question de la parentalité. Il est intéressant de constater que l'usage du terme parentalité devient de plus en plus fréquent, ce qui n'est pas anodin. En effet, comme le mentionne Bastard (2006), parler de parentalité, c'est considérer que le rapport enfant-parent n'est plus nécessairement médiatisé par la référence à un couple : le conjugal et le parental peuvent être distingués l'un de l'autre (Bastard, 2006).

Se questionner sur la parentalité nécessite de se pencher, dans un premier temps, sur la maternité et l'évolution des savoirs concernant la relation mère-enfant.

Dès la fin de la 2^{ème} Guerre mondiale, l'évolution des savoirs sur la petite enfance permet la reconnaissance du rôle de l'affectivité maternelle sur l'enfant : le bébé a une vie affective, il n'est pas uniquement un tube digestif et les soins maternels sont primordiaux. La *dyade mère-enfant*, pour reprendre la terminologie winnicottienne, est étudiée sous toutes ses coutures et son importance n'est plus contestable : les carences maternelles sont alors mises sur le devant de la scène lors de perturbations psychiques chez l'enfant. Tel que le relève Neyrand :

[...] cette irruption des théories analytiques de la carence maternelle après la Seconde Guerre mondiale actualise sur le plan de la théorie du développement affectif de l'enfant la disposition idéologique générale en Occident de la prévalence de la mère dans tout le processus de gestation, mise au monde, soins et élevage/éducation du bébé et du jeune enfant (2011, p.17).

Cette posture ne va être sans conséquences pour les pères dont la place auprès de l'enfant est alors totalement marginalisée : c'est un modèle de différenciation des rôles sexuels qui est alors opérant dans la famille.

Les années 60-70, avec les nombreuses idées développées à cette époque, et plus particulièrement le mouvement d'émancipation des femmes, vont avoir un impact majeur sur la place accordée à l'enfant. Cette période est caractérisée par la remise en cause de l'assimilation du féminin au maternel et le souhait que soit reconnue la nouvelle autonomie des femmes, de leurs corps (développement de la contraception féminine) et de leur activité professionnelle (montée effrénée du travail féminin). Les féministes s'élèvent contre la conception selon laquelle l'épanouissement de la femme se fait quasi exclusivement à travers le maternel et, ce faisant, elles questionnent également l'idéologie de l'exclusivité maternelle dans les soins au bébé. Parallèlement, l'avancée des connaissances théoriques sur l'enfance fait apparaître un consensus pour l'élargissement de la dyade mère-enfant : l'enfant a plusieurs figures d'attachement et, sans nier l'importance de la mère dans le développement de l'enfant, il serait erroné de considérer ce lien mère-enfant comme un absolu (Neyrand, 2011). Certains auteurs ne parlent dès lors plus seulement de dyade mais de triade, incluant le père dans l'univers du petit enfant. Dès ce moment-là, la question de la place du père dans la parentalité peut véritablement commencer à se poser et un travail de requalification de l'importance de la place du père auprès de l'enfant est entrepris. Les conséquences de la carence paternelle commencent à être traitées et des auteurs tels que G. Delaisi, dans son ouvrage *La part du père*, mettent en évidence la possibilité de la pratique d'un paternage qui n'enlève rien au maternage mais rétablit d'une certaine manière l'équilibre entre les deux parents.

Comme le relève Castelain Meunier (2002), ces changements ont permis la création d'un nouvel espace autour de la préoccupation de l'accès à l'enfant par les deux parents, ce qui permet le développement d'une paternité en interaction avec la femme. L'homme peut ainsi se définir dans une relation de sujet à sujet tant avec la femme qu'avec l'enfant, alors qu'auparavant la puissance paternelle freinait la communication et la relation en dehors des rapports de pouvoir et de domination.

Le sentiment paternel se construit aujourd'hui dans la dissociation de l'amalgame entre chef de famille – conjoint – père, en vue du développement d'un relationnel

nouveau à l'enfant. Ainsi, certains pères cherchent à prendre une place auprès de leur enfant, mais une place nouvelle qui ne les conditionne pas uniquement à être le représentant de la loi. Ils revendiquent d'autres aspects de la paternité, en particulier le droit du lien à l'enfant et, dans ce sens, certains auteurs en sont venus à parler de paternité relationnelle. Une conscience paternelle se développe depuis quelques années bien que, comme le note Castelain Meunier (2002), cela relève davantage du volontarisme et de l'engagement de certains pères, que des mécanismes institutionnels.

La mutation dont la paternité est l'objet implique des adaptations exposées aux résistances que génère l'appréhension devant toute innovation. Certaines confusions entre les pratiques, les rôles et les modèles peuvent provoquer une ambivalence chez l'homme, qui doit en quelque sorte rompre avec ses traditions afin de se situer par rapport à une femme susceptible elle aussi d'être ambivalente.

Cependant, malgré la remise en question du caractère arbitraire de certaines prérogatives maternelles, il n'en demeure pas moins que la société actuelle demeure *matrifocale* : les femmes restent sur-responsabilisées à l'échelle de la famille et l'impératif sociétal de la « bonne mère » est extrêmement fort (Castelain Meunier, 2002). Suite au mouvement de contestation de l'ordre social patriarcal, combiné à l'accession de l'autonomie économique des femmes, à la maîtrise de la reproduction par la contraception, à une certaine autonomie juridique conférée par les différentes lois édictées réorganisant la filiation et le divorce, il apparaît en effet que la position des pères s'est affaiblie. Or, cet affaiblissement va au-delà d'un simple rééquilibrage égalitariste : le père se retrouve placé en ce qui concerne sa relation à l'enfant dans une position de fragilité – il peut se retrouver évacué de l'environnement affectif et social de l'enfant – qui se remarque principalement après le divorce au travers de son infériorité parentale. Le père contemporain doit faire face à de nouveaux enjeux, à commencer par celui qui consiste à éviter que le rapport mère enfant ne se referme sans lui.

Certes, la société actuelle affirme un grand principe social d'égalité qui se perçoit avec l'affaiblissement des idéologies statutaires. Mais malgré tout, des suprématies localisées continuent à s'affirmer. Selon Kellerhals et Widmer (2005), il n'y a plus de

ségrégation complète entre les genres, mais chaque sexe conserve, tant pour des raisons structurelles que culturelles, un *statut-maître*, c'est à dire un champ de responsabilité principal : la famille pour les femmes et le métier pour les hommes, ce qui limite l'investissement des individus dans leur champ de responsabilité secondaire.

Une volonté d'égalisation des places parentales est certes réelle chez certains individus – principalement les organisations de défense des pères – et cela s'exprime au travers de la tendance à la *coparentalité*. Ce terme ne signifie pas l'interchangeabilité des sexes – notamment quant à leur fonction identitaire – ni la négation des différences bio-psychologiques, mais il rappelle la relativité de ceux-ci et insiste sur la possibilité d'un partage plus égalitaire des droits et devoirs des deux parents auprès de leur enfant.

Cependant, pour que cette co-responsabilité puisse véritablement s'épanouir dans la société il est nécessaire que des mesures soient prises par l'Etat afin que soit entérinée une nouvelle distribution des pouvoirs masculins et féminins et que la paternité soit repositionnée dans le sens de la reconnaissance du lien éducatif père-enfant. Castelain Meunier (2002) met cette nécessité en avant :

Ainsi, il s'agit de reconnaître, par le biais de mesures juridiques, d'initiatives institutionnelles et de valorisations éthiques et culturelles, le fait que, désormais, la définition de l'enfant comme personne et de la femme comme sujet social agit sur la culture contemporaine de la paternité, qui se déleste dans le même temps, éventuellement, de ses attributions, mais surtout qui fait tomber les masques qui la définissaient antérieurement. L'ensemble des mesures qu'il s'agit de prôner doivent faire en sorte que cette nouvelle culture se diffuse et favorise une meilleure prise de conscience, un changement des représentations et des pratiques, afin que celles-ci deviennent beaucoup plus égalitaires et revalorisent à leur tour, par de nouvelles initiatives et mesures, la fonction maternelle (p. 61-62).

Ainsi, malgré la mutation qu'a subi la paternité, un grand travail doit encore être accompli afin que cette évolution profite réellement tant au père, à la mère, qu'à l'enfant, d'où la mobilisation des associations de pères en faveur du projet de

modification du cadre légal régissant l'attribution de l'autorité parentale. Le changement en cours peut être vu en effet comme une étape vers l'égalisation des fonctions parentales entre les sexes et en même temps comme une reconnaissance socio-juridique de la place de père.

3.3.3 Le phénomène du divorce en Suisse à travers quelques statistiques

L'augmentation des divorces illustre bien les mécanismes de privatisation et d'individualisme familial en introduisant de la finitude, ou du moins du provisoire, dans un échange perçu auparavant comme permanent. Les termes du « contrat » sont en quelque sorte modifiés et, sans qu'apparaisse dans le fond une nouvelle conjugalité, la portée de certaines valeurs traditionnelles est relativisée. Il serait donc erroné de voir dans le taux plus élevé de séparation un échec ou un dysfonctionnement sociétal ; cette évolution illustre plutôt une attitude générale qui donne davantage de droits à l'individu par rapport au « nous » de la famille, entraînant ainsi davantage de divorces.

Il nous semble intéressant de donner quelques statistiques afin de saisir l'ampleur du phénomène du divorce en Suisse et donc du problème de l'attribution de l'autorité parentale après rupture du couple conjugal.

Jusqu'en 1966, le taux de divortialité est resté relativement stable en Suisse, s'élevant à 12% (Kellerhals et Widmer, 2005, p.18). L'année 1967 marque le point d'inflexion d'un redressement très net de la courbe des divorces qui vit passer le taux de divortialité de 13% cette année-là à 29,4% en 1986, 40% en 2002 pour atteindre 54,4% en 2010 (chiffres de l'OFS).

Selon les statistiques de l'Office fédéral de la statistique (OFS), 17'556 divorces ont été prononcés en Suisse en 2011¹² ; sur ce total, 7'895 concernaient des enfants mineurs. Cela signifie que dans 45% des divorces prononcés en 2011, le sort

¹² A partir de 2011, la statistique des divorces ne se base plus sur les jugements rendus par les tribunaux, mais sur le registre informatisé de l'état civil (Infostar). Selon l'ordonnance sur l'état civil (OEC), lorsqu'aucun des époux ne possède la nationalité suisse, l'enregistrement du divorce dans le registre d'état civil Infostar n'est obligatoire que si les données de ces personnes sont déjà disponibles dans le système. Si cette condition n'est pas remplie, les officiers d'état civil n'ont pas l'obligation de saisir ce divorce. Ce changement de source a pour conséquence une rupture de série dans la statistique des divorces : les informations sur les divorces concernant deux époux de nationalité étrangère ne sont plus toutes disponibles pour la statistique

d'enfants mineurs (au nombre de 12'731) a dû être réglé. Les statistiques sur l'attribution de l'autorité parentale n'étant pas encore disponibles pour l'année 2011, nous nous proposons ici d'étudier brièvement celles concernant l'année 2010.

Pour les 22'081 divorces prononcés en Suisse en 2010, 9'596 impliquaient des enfants mineurs. Les couples concernés ayant parfois plusieurs enfants, il a fallu gérer au final la question de l'attribution de l'autorité parentale pour 15'374 de ceux-ci. L'autorité parentale a été confiée à la mère pour 7'776 enfants ; au père pour 580 enfants ; aux deux parents pour 7'002 enfants et à un tiers pour 16 de ces mineurs. Le rapport de l'OFS intitulé *les comportements démographiques des familles en Suisse de 1970 à 2008* (OFS, 2009), met en évidence le fait qu'il est aujourd'hui encore rarissime que le père obtienne la garde exclusive des enfants.

L'augmentation de la propension au divorce en Suisse et l'importance du nombre de cas soulevant la question de l'attribution de l'autorité parentale démontrent à quel point il est nécessaire de repenser la législation actuelle.

3.4 FENETRES D'OPPORTUNITE

Les fenêtres d'opportunité sont des événements ou des institutions dont peuvent profiter les acteurs des coalitions pour tenter d'orienter en leur faveur les prises de position des décideurs politiques.

Le processus décisionnel est influencé en Suisse par la présence de mécanismes propres à la démocratie directe (initiative populaire et referendum), ce qui a un impact profond sur le déroulement des processus politiques. Tel que le relève Kriesi, « swiss consensus democracy is characterized by a high degree of power sharing between different institutions and political actors, and by a large number of veto points, where policy proposals can be blocked by coalition of opposing actors » (Kriesi, 2008, p.115). De par l'existence du droit de référendum, chaque modification de la législation concernant l'autorité parentale se trouve ainsi sujette à des espaces de veto dans la procédure. Afin d'éviter d'éventuels refus et oppositions, il est préférable d'inclure les différents acteurs du sous-système dans le processus décisionnel, ce d'autant plus que toute révision du Code civil est soumise

d'office au referendum. Ainsi, l'inclusion des idées de la coalition majoritaire sur le sujet permet d'éviter que le projet de loi se retrouve bloqué par la Vox populi.

Kriesi argumente que « all actors capable of making a credible referendum threat have been integrated into the decision making process from the start into elaborate pre-parliamentary consultations and negotiations procedures » (Kriesi, 2008, p.115). Ce qui a poussé certains auteurs, tel que Neidhart, à qualifier la démocratie suisse de *démocratie de négociation*. Les coalitions du sous-système peuvent donc exercer une influence considérable au cours du processus politique de prise de décision.

Un autre élément essentiel, qui découle également de l'existence de ces instruments de démocratie directe, provient de l'existence de plusieurs possibilités d'impulser un processus législatif en Suisse : les citoyens peuvent le faire en se servant de l'initiative populaire, les cantons comme le Conseil fédéral par le recours à un droit d'initiative. Chacun des deux Conseils parlementaires peut également initier un processus législatif ; les parlementaires peuvent ainsi potentiellement faire « remonter » plus facilement les problèmes sociaux afin de les inscrire à l'agenda politique. Cela se vérifie dans le cas qui nous intéresse.

Le 7 mai 2004 le Conseiller national Reto Wehrli dépose en effet le postulat 04.3250 intitulé « Tâches parentales. Egalité de traitement » dans lequel il demande que le Conseil fédéral examine les possibilités de promouvoir l'autorité parentale conjointe, tant dans le cas où les parents ne sont pas mariés, que lorsqu'ils ne le sont plus. Au travers de ce postulat est émis le souhait d'examiner la possibilité d'ériger l'autorité parentale conjointe en principe. A l'appui de ses propos, le Conseiller national cite une étude réalisée en 2002 en Allemagne par Roland Prokosch selon laquelle le système de l'autorité parentale conjointe aurait, en règle générale, des effets plus positifs que le système de l'attribution de cette mission à un seul des parents sur plusieurs aspects : la communication, la coopération et les échanges d'informations entre les parents au sujet de leur(s) enfant(s). Ce dispositif favoriserait le maintien et le renforcement des contacts entre les enfants et les deux parents. Le Conseiller national Wehrli prenait en considération le contexte familial dans son ensemble en intégrant dans la réflexion les relations des enfants à d'autres

membres de la famille tels les grands-parents, pour ne pas se focaliser sur les liens parents-enfants. Il relevait l'inégalité entre père et mère que le droit actuel engendre, de par l'exigence d'une requête commune des parents, au risque de décharger les pères de la responsabilité de l'éducation des enfants et dans ce sillage de conduire à une rupture des relations du père avec les enfants, au détriment de ces derniers. Le Conseil fédéral a donné suite à ce postulat en rédigeant le projet de modification du Code civil présenté dans une partie ultérieure de ce travail. Toutes les propositions du postulat Wehri n'ont pas été retenues dans le projet de loi, la prise en considération du contexte familial dans son ensemble (grands-parents,...) par exemple ne l'a pas été.

Durant la même période, l'impulsion du Parlement est utilisée une seconde fois, avec dépôt de la motion « Commission des affaires juridiques du Conseil national » (05.3713 - Droit du divorce. Révision des dispositions relatives à la compensation de la prévoyance et aux questions qui touchent les enfants). Celle-ci chargeait le Conseil fédéral d'examiner la nécessité de procéder à des révisions législatives dans le domaine des questions qui touchent les enfants afin de formuler des propositions adéquates au Parlement. Pour se faire, le Conseil national doit se baser, entre autres, sur les résultats d'un sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs et dans lequel des solutions ont été proposées afin d'améliorer la situation et favoriser la participation des pères à l'autorité parentale.

3.5 LES CHOCS INTERNES AU SOUS-SYSTEME

Comme nous avons eu l'occasion de le mentionner, Sabatier et Jenkins-Smith ont modifié la version initiale de l'ACF à plusieurs reprises afin de la faire évoluer au gré des critiques et constats auxquels elle a donné lieu. C'est ainsi que fut rajoutée l'existence de chocs internes au sous-système qui peuvent également faire partie des facteurs explicatifs d'un changement de politique publique. Ces chocs internes peuvent entraîner une redistribution des ressources des différents acteurs du sous-système avec pour effet d'engendrer un affaiblissement de l'une des coalitions.

Dans le cas qui nous intéresse, l'existence de chocs internes au sous-système se vérifie.

3.5.1 Les associations de pères : légitimité, paradoxe et renforcement de leur action

La modification de la législation relative à l'attribution de l'autorité parentale a été portée avant tout par les associations de défenses des intérêts des pères. Comme le soulève Castelain-Meunier (2002), les revendications de ces acteurs sociaux traduisent un malaise collectif tout en révélant les profondes souffrances de certains pères. Il n'est pas aisé pour ces collectifs associatifs de faire entendre leurs revendications ; lors de la révision du droit du divorce de 1998 notamment, ils ne parvinrent pas à imposer leur volonté d'automatisme de l'attribution de l'autorité parentale conjointe en cas de séparation. Pour quelles raisons peinent-ils à se faire entendre ? Qu'est-ce qui a changé pour qu'en 2012 ils parviennent à faire inscrire leur demande à l'agenda politique ?

Les revendications des pères font difficilement consensus et ne paraissent pas pleinement légitimes. S'interrogeant sur les raisons pouvant expliquer les difficultés rencontrées par les associations de pères, C. Castelain Meunier pose plusieurs hypothèses. Ces mouvements mettent en avant le paradoxe de la paternité contemporaine : le père se voit reprocher ses insuffisances mais ne se voit pas accorder les moyens pour développer sa paternité autrement que dans son rôle nourricier. La reconnaissance de l'égalité entre père et mère soulève angoisse, malaise et résistance et se heurte à de nombreux obstacles du fait de la difficulté à concilier la reconnaissance des droits avec une clarification des moyens, de la place et des fonctions de chacun des parents, et ce d'autant plus lors d'une séparation. Ainsi, les revendications des associations de pères se trouvent en pleine rupture épistémologique :

[...]elles forcent à considérer le rôle du père par rapport à celui de la mère, alors que devient nécessaire la prise en considération de la fonction parentale par rapport aux besoins de l'enfant, dissociée de la potentialité conjugale du couple qui lui a donné naissance (Castelain Meunier, 2002, p.126).

Les revendications révèlent donc plusieurs contradictions dans le cadre de l'exercice de la paternité contemporaine et font écho de fait à des changements dans les rapports de pouvoir entre les sexes concernant l'enfant, en particulier la distribution des rôles entre l'homme et la femme.

Il y a lieu de relever par ailleurs que les revendications des associations de défense paternelle ne concernent qu'une minorité de pères dont la majorité se définissent principalement sur le registre de la victimisation par rapport à la crise conjugale. Or en faisant usage du mode de la victimisation, qui peut parfois s'accompagner de réactions violentes, on porte atteinte à la légitimité de la paternité relationnelle en réactualisant des stéréotypes sur la violence masculine.

Ainsi, les associations de pères dénoncent les résistances juridiques, culturelles et sociales qui tendent à fragiliser le lien paternel. Elles s'insèrent par ailleurs, et du même coup, dans un débat plus général autour du découplage entre sexualité et procréation, filiation et alliance, des assignations et rôles en fonction du sexe, et qui questionne sur les métamorphoses touchant la famille contemporaine.

C'est dans les années 70 que la première association de pères voit le jour en Suisse, dans la mouvance du développement du mouvement de la condition paternelle français. L'objectif de ce mouvement est de mettre en valeur la parentalité de manière générale et, plus particulièrement, la paternité. Au cours des décennies suivantes, de nombreux groupements en faveur de l'amélioration de la condition paternelle voient le jour à travers la Suisse. Asseoir leur légitimité ne fut pas chose aisée dans une société encore fortement ancrée dans l'idéologie que la sphère domestique est principalement un apanage féminin.

L'introduction de la nouvelle loi sur le divorce, en 2000, qui visait à une simplification de la procédure, a créé certaines zones de flou, ce qui eut pour effet d'élargir le nombre de ces associations. En mars 2005 se réunit à Fribourg un groupe de travail de 16 délégués d'associations de pères de Suisse. La réunion a pour but de favoriser un échange d'expériences et une mise en commun des différentes forces pour une meilleure coordination à l'échelle nationale. La même année est créée Männer.ch, l'organisation faîtière regroupant 25 associations d'hommes et de pères de Suisse germanophone totalisant environ 3000 membres. Deux ans plus tard, en

2007, la Coordination Romande des Organisations Paternelles (CROP) voit le jour afin de regrouper les divers mouvements des cantons francophones. Le but est d'unir les forces et de renforcer les actions communes. Une avancée significative dans la reconnaissance de la cause des pères se réalise avec l'entrée en septembre 2011 de la CROP dans la Commission fédérale de coordination pour les questions familiales (COFF). Finalement, en 2008, est créée l'Association suisse pour la coparentalité (GeCoBi) qui regroupe 13 associations de pères et de mères sans droit de garde, totalisant entre 2000 et 3000 membres.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner, les associations de défenses des pères ont fortement fait pression pour que soit révisée la législation suisse concernant l'attribution de l'autorité parentale. La coalition dont font partie ces associations a obtenu que les activités étatiques déployées dans le sous-système de la politique publique qui nous intéresse dans ce travail la suivent. Si cette coalition a cette fois-ci réussi à imposer sa « volonté », ce qui ne fut pas le cas lors de la révision du droit du divorce de 1998, il est légitime de prétendre que c'est en partie grâce au renforcement, au cours des années 2000, du travail de lobbying des associations de pères qui se sont coordonnées et ont regroupé leurs forces pour agir. A titre d'exemple, une réunion, rassemblant des représentants de plusieurs organisations paternelles, a eu lieu le 19 juin 2007 pour faire le point sur les actions engagées et encore à développer afin d'influer sur le débat politique et législatif autour du postulat Wehrli (Feuille d'informations n°1 de juin 2007 de la coordination romande des Organisation Paternelles). Il semble dès lors légitime de poser que c'est au cours des années 2000 que les associations suisses de défense des intérêts des pères ont réussi à s'imposer comme mouvements sociaux, c'est-à-dire, comme une mobilisation collective qui, de l'extérieur du système politique, vise à exercer une pression sur ce dernier, en protestant contre un état de chose, en contestant une politique et/ou en revendiquant la réalisation d'un programme d'action (Bickel, 2009).

Parallèlement, le Conseiller national Wehrli est en quelque sorte devenu, avec le dépôt de son postulat, le porte-étendard des associations de pères. A travers les revendications de ce politicien, les groupements de défense des intérêts des pères se sont sentis légitimés dans leur action, ce qui les a encouragés à développer

d'avantage leur travail de lobbying. Ces associations ont également trouvé en la personne de Monsieur Wehrli un moyen de porter au niveau politique leurs demandes issues de la société civile et pour lesquelles l'inscription à l'agenda politique risquait d'être laborieuse. Il faut comprendre cette notion de mise à l'agenda comme le passage du problème de la sphère privée au domaine public : les autorités publiques s'emparent de la question qui est alors susceptible de faire l'objet d'une ou plusieurs décisions. Cette phase de mise à l'agenda est directement reliée à l'étape qui précède, à savoir celle de la construction du problème social. La façon dont le problème aura été construit et défini influence en effet la manière des autorités de le penser à leur tour et par conséquent de le traiter.

Comme nous venons de le voir, la coalition des « pour » la modification du dispositif relatif à l'attribution de l'autorité parentale après divorce a réussi à influencer sur la définition du problème, notamment grâce à l'acteur clé qu'est devenu le Conseiller national Wehrli, qui ajoute à son statut de père, les ressources d'un politicien.

3.6 L'ENFANT, BENEFICIAIRE FINAL POUR LUI-MEME ?

Les éléments présentés dans cette partie nous ont permis d'identifier les variations rencontrées lors du cheminement du projet de modification de la législation relative à l'attribution de l'autorité parentale, en présentant le contexte sociétal et son évolution, mais en tenant également compte des rapports entre les acteurs et plus précisément les coalitions. La question sous-jacente à tout le développement qui précède est de savoir si l'enfant, dont il est éminemment question dans cette modification de législation, a été considéré comme un sujet de droits.

La première chose qu'il nous paraît important de relever a trait à la forte mobilisation de la notion d'*intérêt de l'enfant* dans les discours des différents acteurs en « compétition ». En effet, les individus amenés à se prononcer sur le sujet, ont mis en avant la nécessité de prendre en considération le bien de l'enfant. Pour exemple :

*« L'autorité parentale conjointe est sans aucun doute dans l'intérêt de l'enfant si les parents sont capables de trouver en commun des solutions équitables pour l'enfant. [...] L'autorité parentale conjointe peut mettre en danger le **bien de l'enfant** parce qu'elle aiguise les conflits parentaux »* (Communiqué du 25 septembre 2012 de la Fédération suisse des familles monoparentales).

*« La CQFD déplore que l'avant-projet ne soit pas orienté sur le **bien de l'enfant** (Prise de position de la Commission fédérale pour les questions féminines) – CQFD avril 2009).*

*« [...] le système de l'autorité parentale conjointe est mieux à même de maintenir et d'asseoir les contacts des enfants avec les deux parents, et donc de favoriser le **bien de l'enfant** »* (Communiqué du 4 mars 2005 de la Coordination Romande des Organisations Paternelles).

*« [...] **Le bien de l'enfant** doit avoir une place centrale [...] »* (Présentation de la révision du Code civil sur l'autorité parentale par le Département de justice et police¹³).

Une attention certaine a été portée à l'enfant au travers de la mention de son intérêt ou de son bien. Quelle que soit la coalition d'appartenance l'importance de considérer le bien de l'enfant a été mise en avant. Dans le postulat lui-même, le

¹³ Information trouvée sur le site du DFJP consulté le 12 janvier 2013 : http://www.ejpd.admin.ch/content/ejpd/fr/home/themen/gesellschaft/ref_gesetzgebung/ref_elterliche_sorge.html

Conseiller national Wehrli indiquait que cette réforme devait avoir lieu afin de garantir l'intérêt de l'enfant, négligé par la législation actuelle et que seule l'autorité conjointe d'office pouvait remédier à cette lacune. La considération du bien de l'enfant a ainsi, de prime abord du moins, effectivement été prise en compte dans cette réforme. La coalition des « pour » met en avant la nécessité, au nom du *bien de l'enfant*, que des liens entre celui-ci et les deux parents soient maintenus, ce qui serait selon eux davantage le cas avec la normalisation de l'attribution de l'autorité parentale conjointe. La coalition des « contre » affirme au contraire que la seule autorité parentale conjointe ne permet pas de favoriser le *bien de l'enfant* et que celui-ci ne peut être garanti sans la prise en considération d'autres paramètres.

L'analyse du projet de modification de loi et l'identification des différentes coalitions permettent de reconstituer le *Triangle des acteurs* de cette politique publique. Comme nous avons eu l'occasion de le mentionner dans la partie consacrée au cadre théorique, le *Triangle des acteurs* se structure autour de trois pôles représentant les différents acteurs impliqués dans une politique publique, à savoir les « groupes-cibles », les « bénéficiaires finaux » et les autorités politico-administratives.

Les arguments¹⁴ mobilisés afin d'illustrer les limites de la législation actuelle régissant l'autorité parentale et ainsi justifier le bien-fondé de la réforme de celle-ci sont les suivants : premièrement, la législation actuelle ne prend pas suffisamment en compte le bien de l'enfant. Le retrait de l'autorité parentale à l'un des parents décharge en effet, en principe, celui-ci de l'obligation de s'occuper de l'enfant et de son éducation, ce qui peut potentiellement entraîner une rupture des contacts avec l'enfant. Le retrait de l'autorité parentale devrait donc être prononcé uniquement si le parent est incapable de s'occuper de l'enfant et que ce retrait est la meilleure solution pour le bien de l'enfant. Or, avec la législation actuelle, l'intérêt de l'enfant n'est pas déterminant dans l'appréciation relative à l'autorité parentale conjointe.

14 Tirés du message 11.070 du Conseil fédéral concernant une modification du Code civil (Autorité parentale) du 16 novembre 2011.

Secondement, est mise en avant la discrimination des pères en droit et en fait. L'autorité parentale est acquise par la mère en donnant naissance à l'enfant, alors que l'autorité parentale du côté paternel – et donc l'autorité parentale conjointe – nécessite le consentement de la mère de l'enfant si les parents ne sont pas mariés. Ce même consentement est nécessaire en cas de divorce pour que les parents puissent continuer à exercer conjointement l'autorité parentale, sans quoi c'est généralement la mère qui l'acquiert.

Partant de là, il apparaît que les « bénéficiaires finaux » du changement de loi sont doubles : les pères – de par la reconnaissance juridique et sociale de leur statut qu'apporterait la nouvelle législation – et les enfants dont l'intérêt serait davantage assuré de part la prise en considération de l'importance pour eux, pour se développer harmonieusement, d'entretenir des liens étroits avec leurs parents.

Se situant du même côté du triangle, les tiers profiteurs sont des acteurs qui, sans être directement visés par la politique publique, voient leur situation se modifier durablement d'une manière qu'ils perçoivent comme positive. Nous pouvons imaginer, dans le cas présent, que les grands-parents paternels puissent appartenir à cette catégorie de personnes : sans que la loi ne modifie concrètement leur situation, ils pourront potentiellement voir davantage leurs petits-enfants dès le moment où leur fils partagera l'autorité parentale avec son ex-conjointe ; le cas échéant, leur fils pourra s'opposer à l'interdiction souhaitée par son ex-compagne que les enfants aient des contacts avec leur grands-parents paternels.

Sans pouvoir réellement et directement les qualifier de « groupes-cibles », cette modification de loi vise tout de même à changer la situation des mères dont le statut est favorisé dans la loi actuelle par rapport à celui des pères. C'est donc leur possession du pouvoir décisionnel sur l'enfant qui doit être modifiée par cette nouvelle loi. Cette dernière aura donc un impact certain, du moins en théorie, sur le comportement de la mère, qui devra partager les prises de décision concernant l'enfant avec son ex-conjoint. Le « groupe-cible » étant le groupe dont la politique publique doit faire évoluer le comportement afin de résoudre le problème, il est de ce fait pertinent de considérer qu'il s'agit bel et bien des mères dans le cas présent vu que la nouvelle loi vise à diminuer leur liberté décisionnelle à l'égard de l'enfant.

Comme nous l'avons déjà mentionné, les autorités politico-administratives incarnent les acteurs en charge de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique publique. Nous retrouvons, au niveau du gouvernement, le Département fédéral de justice et police et plus particulièrement l'Office fédéral de la justice. Au niveau du Parlement, c'est la Commission des affaires juridiques du Conseil national qui s'est penchée sur le projet.

La reconstitution de ce triangle des acteurs permet de reconstituer le cadre théorique sous-jacent à cette politique. En effet, toute politique publique peut être considérée comme une construction théorique, comprenant une *hypothèse causale* et une *hypothèse d'intervention*, façonnant un modèle de causalité. *L'hypothèse causale* fait le lien entre « groupes-cibles » et « bénéficiaires finaux », en répondant à la question de savoir qui est en quelque sorte responsable du problème. Ainsi, selon l'explication donnée par Knoepfel et al. (2006)

L'hypothèse causale apporte une réponse politique à la question de savoir qui ou quoi est "coupable" ou "objectivement coupable" (c'est-à-dire sans culpabilité subjective) du problème collectif à résoudre. Définir l'hypothèse causale d'une politique publique consiste donc à en désigner les groupes cibles et les bénéficiaires finaux (p.63-64).

Dans le cas de notre politique publique, *l'hypothèse causale* peut être définie comme suit : *S'il existe actuellement une inégalité entre père et mère dans l'attribution de l'autorité parentale lors de divorce, c'est parce que la loi favorise les mères en leur accordant un quasi droit de veto de par la nécessité de déposer une requête commune afin d'obtenir l'autorité parentale conjointe, de quoi découle un défaut de prise en compte de l'intérêt de l'enfant qui a besoin de liens étroits avec ses deux parents.*

L'hypothèse d'intervention, quant à elle, relie les autorités politico-administratives avec les « groupes-cibles » en établissant comment le problème public peut être atténué, voire résolu. Pour reprendre les propos de Knoepfel et al. (2006)

L'hypothèse d'intervention établit comment le problème collectif à résoudre peut être atténué, voire résolu, par une politique publique. Elle définit les modalités de l'intervention étatique qui vont influencer les décisions et les

activités des groupes cibles désignés, de façon à ce que celles-ci soient compatibles avec les objectifs politiques (p.65).

Ainsi, il devient possible de formuler *l'hypothèse d'intervention* de cette politique publique de la manière suivante : *S'il existe une inégalité entre les père et mère concernant l'attribution de l'autorité parentale et donc un prise en compte lacunaire de l'intérêt de l'enfant – qui a besoin de ses deux parents pour se développer harmonieusement – il est nécessaire de réviser la législation concernant les modalités d'attribution de l'autorité parentale lors de divorce afin de mettre sur un pied d'égalité les père et mère et ainsi favoriser l'investissement du père auprès de l'enfant.*

Ces différents éléments mettent en évidence le fait que l'intérêt de l'enfant a certes été mis au cœur de cette réforme législative, mais, cependant, sans qu'aucun des documents cruciaux analysés ne définissent le contenu de cette notion. Sans vouloir remettre en cause la sincérité de leurs propos, nous nous permettons de douter que les acteurs mobilisés aient véritablement mené une réflexion de fond sur ce qu'est dans la situation de l'après divorce le bien de l'enfant. En effet, il apparaît qu'un amalgame semble avoir été fait entre l'intérêt des pères et celui des enfants : les données ont été analysées et traitées en partant du fait que de l'intérêt du père découle celui de l'enfant. Or, comme nous nous proposons de le développer dans la partie qui suit, il est quelque peu simpliste de réduire l'intérêt de l'enfant à celui de ses parents ; ce qui, par contre, vient illustrer une nouvelle fois la dimension adulto-centrée de notre société.

Autorité parentale conjointe d'office :
droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

IV. L'INTERET DE L'ENFANT

Cette troisième et dernière partie est centrée plus spécifiquement sur l'enfant qui, sans être acteur du divorce de ses parents, est infiniment plus qu'un simple spectateur. Comme nous venons de l'exposer, la notion d'intérêt de l'enfant a été mobilisée durant le processus législatif, mais qu'entend-on par là dans les faits ? Et comment savoir où se trouve le bien de l'enfant dans une situation donnée, en l'occurrence, dans le cas qui nous intéresse, lors du divorce de ses parents ? L'épineuse question de la concurrence pouvant exister entre droits de l'enfant, droits du père et droits de la mère mérite également réflexion. Y-a-t-il nécessairement suprématie de l'un sur les autres ou peuvent-ils être conciliés ?

Avant d'entreprendre une réflexion sur ce concept abstrait 'd'intérêt', il nous a semblé important d'aborder les aspects plus psychologiques de la situation des enfants de parents divorcés, puis de jeter un regard sur leurs droits.

Nous pourrions ainsi déterminer ce qu'est l'intérêt de l'enfant dans une telle situation. Ensuite seulement nous pourrions définir si, comme l'affirment les autorités, la nouvelle législation sur l'attribution de l'autorité parentale conjointe après divorce respecte réellement l'intérêt de l'enfant.

4.1 LES EFFETS SUR L'ENFANT DU DIVORCE DE SES PARENTS

Si le divorce s'est banalisé au cours de ces dernières décennies, il met néanmoins toute la famille dans une situation critique et en particulier l'enfant. Les parents portent certes la responsabilité de la rupture, mais les enfants, sans en être directement parties prenantes, sont véritablement concernés par toute séparation du couple conjugal. Ils voient leurs repères exploser et doivent composer avec la réalité nouvelle de l'éclatement de la famille. Sans dresser une revue exhaustive des résultats des nombreuses études traitant des effets de la séparation des parents sur le développement des enfants, nous pensons utile d'évoquer ici les impacts psychologiques du divorce sur ceux-ci pour la détermination de leur l'intérêt.

Les premières recherches, effectuées dans les années 1960-70, sur les effets du divorce sur les enfants, ont permis de poser que la séparation des parents était la cause de différents troubles du développement et qu'il était possible d'identifier un véritable « syndrome de séparation » (Togliatti, Lubrano Lavadera et Franci, 2005, p.140). Cette perspective causale des troubles manifestés par les enfants de parents divorcés a été abandonnée depuis au profit d'explications plus complexes et moins déterministes. Les recherches plus récentes ont ainsi mis en évidence

que les difficultés du mineur semblaient liées à la relation qu'il avait établie avec ses parents et au nombre élevé de conflits qui empêche toute forme de coopération parentale après la séparation ou le divorce, et qui se manifeste à travers des communications très dysfonctionnelles (Togliatti et al., 2005, p.140).

Il apparaît alors que ce n'est pas tant la séparation conjugale et le divorce en eux-mêmes qui sont susceptibles d'engendrer des effets délétères – psychologiquement parlant – sur les enfants, mais bien davantage le climat familial. L'enfant est plus exposé au sein d'une famille *unie* mais vivant ses relations sur le mode conflictuel que dans une famille *séparée* mais capable d'échanges sereins. Et l'on peut considérer que la mésentente conjugale est susceptible de provoquer des troubles chez l'enfant pouvant perdurer au delà de son accession à l'âge adulte. Une recherche présentée par Menahem (1992) confirme qu'un contexte familial tendu pendant l'enfance – souvenirs de graves disputes ou de mésententes entre les parents – peut être mis en lien avec l'état de santé à l'âge adulte.

Comme le relève Berger (1997), l'enfant peut avoir beaucoup à perdre lors du divorce de ses parents : « le sentiment de sécurité, l'image des parents tendres, l'image de ses parents réunis autour de lui, la possibilité de faire jouer les identifications et les désirs qu'il éprouve à l'égard de ses deux parents » (p.68-69). Il peut en découler un sentiment d'abandon, du chagrin, une perte d'estime de soi, de l'angoisse, de la nostalgie de la période passée ou encore des sentiments de culpabilité. Certains parents n'affrontent pas leurs différents entre eux et entraînent l'enfant dans leur conflit passionnel de couple (Cuynet, 2001). Les enfants peuvent se retrouver écartelés entre père et mère, devoir porter le poids de la séparation ou encore être dans l'obligation de soutenir l'un des parents. On dit de certains

enfants qu'ils sont « parentifiés » ce qui entraîne une perturbation des frontières intergénérationnelles (Togliatti et al., 2005). Obligés de porter, en tant que cible privilégiée, la problématique et la souffrance du couple dont ils sont la soudure, les enfants peuvent souffrir de profondes blessures et déchirures.

Il convient à ce stade de distinguer les effets à court terme de ceux à long terme. Les premiers sont normaux et typiques et affectent la plupart des enfants de parents divorcés ; ils ne provoqueront pas le développement d'un véritable trouble. Les troubles à long terme ont par contre une influence plus marquée sur l'adaptation des enfants et peuvent se manifester sous des formes psychopathologiques (Togliatti et al., 2005).

Nous posons en conclusion que le divorce des parents génère inévitablement souffrance et tristesse chez l'enfant, de par l'effondrement de l'équilibre familial, mais qu'il ne faut pas sous-estimer les capacités de l'enfant à rebondir. Les enfants développent – en fonction de leur personnalité, des expériences passées et de la manière dont ils ont pu les élaborer – un certain degré de résilience qui leur permet de faire face. Un accompagnement psychologique adéquat peut être nécessaire pour favoriser cette capacité de résilience. A contrario, un contexte relationnel post-séparation très conflictuel peut entraîner des perturbations au niveau de l'équilibre psychologique des enfants (Ricci Riso et Kinoo, 2001). Signalons que l'« accompagnement psychologique adéquat » ne signifie pas nécessairement recours à un psychologue ; les parents eux-mêmes peuvent l'apporter en étant présents pour leurs enfants, en écoutant leur souffrance.

Ces quelques repères psychologiques participent à la détermination de l'intérêt de l'enfant confronté au divorce de ses parents et nous conduisent ainsi tout naturellement à traiter de cette notion.

4.2 DE L'INTERET POUR L'ENFANT À L'INTERET DE L'ENFANT

La notion d'intérêt de l'enfant est autrement plus complexe qu'il n'y paraît de prime abord ; il est nécessaire pour la saisir dans ses divers aspects et applications,

de jeter un coup d'œil sur son évolution et de manière plus large sur l'évolution de la place accordée à l'enfant dans la société, les deux étant solidaires.

De l'enfant vu dans l'Antiquité comme incapable de se suffire à lui-même, inexistant, défini négativement (celui qui ne parle pas, ne travaille pas, n'est pas achevé), totalement soumis au bon vouloir du détenteur de la puissance paternelle, on passe, avec le Temps des Lumières et Rousseau, à une conception positive avec une définition qui positionne l'enfance comme un état et non pas comme une chute (tel que le pensait John Locke). Le 19^{ème} siècle voit croître l'intérêt pour l'enfant avec la reconnaissance de son statut de membre de la cellule idéalisée qu'est la famille. Celle-ci a pour rôle alors d'assurer la protection de ses jeunes membres, de leur transmettre les valeurs patrimoniales et de les préparer par l'éducation à assumer leur rôle dans le lignage. Le 20^{ème} siècle voit cet intérêt pour l'enfant se développer avec l'avènement de l'individualisme ; l'idée émerge que l'enfant est une personne à part entière, bénéficiant certes de garanties et de protection en raison de sa vulnérabilité, mais néanmoins individu avec des droits qui lui sont spécifiques (Zermatten, 2003). On assiste à la mutation de la place de l'enfant dans la société et à l'apparition d'une préoccupation de plus en plus importante pour lui, devenu au fil des décennies une personne digne d'intérêt. Cette évolution s'est traduite dans le droit sous la forme de nouveaux instruments juridiques, tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme (1948), la Déclaration des droits de l'Enfant (1959) et surtout la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989) qui, en reconnaissant à l'enfant le statut de sujet de droits, peut être vue comme l'apogée de cet intérêt pour lui.

S'est ainsi opéré un véritable changement de paradigme au cours du siècle dernier avec le passage de l'enfant de la position d'« objet de droit » – bénéficiant seulement de ce qui était intéressant pour lui selon ceux qui en avait la responsabilité – à celle d'enfant « sujet de droits », qui plus est de droits participatifs (Zermatten, 2003).

Cette révolution – car c'est bien de cela qu'il s'agit – dans la manière de considérer l'enfant a généré le développement d'un concept juridique nouveau :

celui d'intérêt de l'enfant. La locution d'intérêt supérieur de l'enfant est consacrée dans la CDE en son article 3 alinéa 1:

Art. 3

1 Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.

Rien n'est précisé dans cet article sur la manière de définir cet intérêt supérieur, ni sur les dispositions relatives à son application, ni encore sur les devoirs particuliers en découlant. Le Comité des droits de l'enfant n'a pas donné de critères explicites permettant de définir et de saisir concrètement la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, concept qui n'a pas, selon Ncube par ailleurs, une signification immuable et identique pour tous : « the normative universality achieved in the definition and formulation of children's rights has to contend with divers and varied cultural and traditional conceptions of childhood, its role, its rights and obligations » (Ncube, 1998, cité par Freeman, 2007, p.33-34). Il est d'autant plus difficile de donner une définition de l'intérêt de l'enfant que ce concept est influencé par le contexte idéologique du moment, qu'il est sujet à interprétation et de plus se compose de différents aspects : satisfaction des besoins matériels pour certains, satisfaction des besoins liés au développement psychologique (à savoir la sécurité émotionnelle, le bien-être psychologique et le développement de l'enfant) pour d'autres, ou encore bien-être moral et religieux pour d'autres (Freeman, 2007). La tentative de Eekelaar de définir l'intérêt supérieur de l'enfant est, selon Freeman, particulièrement aboutie et permet d'englober la réalité vécue par tous les enfants à travers le monde : « Basic interests, for example to physical, emotional and intellectual care developmental interests, to enter adulthood as far as possible without disadvantage ; autonomy interests, especially the freedom to choose a lifestyle of their own » (Eekelaar, 1992, cité par Freeman, 2007, p.27).

Cette définition a le précieux avantage de porter son attention sur les besoins tant affectifs, cognitifs que sociaux, dont la satisfaction est nécessaire à l'enfant pour se développer harmonieusement. Avec la prise en considération de l'ensemble des

besoins de l'enfant se trouve mieux appréhendée la notion d'intérêt supérieur. Reste la question de l'identification de celui-ci.

Le Comité des droits de l'enfant ne s'est pas prononcé clairement à ce sujet, mais a souligné certains points permettant de progresser. Les articles de la CDE forment un tout qui fonde le nouveau statut de l'enfant comme sujet de droits. Ainsi, lors de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, il n'est pas possible de considérer l'article 3 sans se questionner sur les corrélations qu'il entretient avec d'autres articles de la CDE. La détermination de l'intérêt supérieur doit se faire, notamment, au travers de la considération primordiale que les principes généraux¹⁵, à savoir la non-discrimination (article 2), le droit à la survie et au développement (article 6) au respect des opinions de l'enfant, forment un tout indivisible (Hodgkin et Newell, 2002).

Comme le relève par ailleurs Hodgkin et Newell, « la détermination de l'intérêt supérieur doit se faire en fonction du court ou du long terme. Elle doit correspondre à l'esprit de la Convention tout entière, particulièrement dans l'accent qu'elle place sur l'enfant en tant qu'individu, avec ses opinions et ses sentiments propres, et en tant que sujet de droits civils et politiques en même temps que bénéficiaire de protections spéciales » (2002, p.42). L'enfant étant par définition un être en évolution, il est nécessaire de se positionner dans une vision d'avenir et de considérer l'intérêt de l'enfant dans la perspective de son futur et non pas uniquement dans la situation hic et nunc (Zermatten, 2003).

Avant de nous intéresser à l'intérêt de l'enfant dans le cadre du divorce de ses parents, il nous paraît important de souligner que la CDE stipule que l'intérêt supérieur doit être UNE considération primordiale et non pas LA considération primordiale. En effet, l'existence d'un conflit entre les intérêts de plusieurs individus – en l'occurrence entre l'enfant, le père et la mère dans le cas du divorce parental – est possible. Or, si l'intérêt supérieur est une condition primordiale dans toute décision le concernant, il « [...] n'[est] pas toujours le facteur unique, suprême à considérer : il peut y avoir compétition ou conflit, par exemple entre [...] les droits

¹⁵ Les droits de l'enfant tels qu'énoncés dans la CDE reflètent quatre principes généraux qui se trouvent incarner aux articles 2 (non-discrimination), 3 (intérêt supérieur de l'enfant), 6 (droit à la vie, à la survie et au développement) et 12 (droit d'expression et respect des opinions de l'enfant).

des enfants et ceux des adultes » (Hodgkin et Newell, 2002, p.43). Ainsi la décision doit être prise en considérant les intérêts de toutes les personnes touchées par la situation et « [...] décider où se situera cet intérêt [supérieur] dans des circonstances données, pour des enfants déterminés » (Hodgkin et Newell, 2002, p.43). Dans cette civilisation marquée par l'individualisme, l'enfant doit être considéré lui-même comme une personne à part entière. Il ne s'agit pas de le considérer comme un individu supérieur aux autres, ni son intérêt comme primant sur d'autres. Par contre, et la CDE insiste sur ce point, dans les décisions prises à l'égard de l'enfant, son intérêt ne peut être balayé du fait que c'est juste celui d'un enfant. Cet intérêt doit être d'autant mieux pris en compte que dans beaucoup de situations il ne sera pas défendu par l'enfant lui-même, mais souvent par ses représentants légaux, qui peuvent – parfois totalement inconsciemment et innocemment – être poussés par des considérations avant tout égoïstes (Zermatten, 2003).

4.3 L'INTERET DE L'ENFANT DANS LE CONTEXTE DE LA SEPARATION PARENTALE

Le divorce de ses parents s'inscrit indéniablement dans les situations où doit être considéré l'intérêt supérieur d'un enfant. A l'appui et en confirmation de cette affirmation il paraît utile de citer le Comité des droits de l'homme qui, dans deux de ses Observations générales sur l'interprétation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, souligne que si « the marriage is dissolved, steps should be taken, keeping in view the *paramount interest* of the children, to give them necessary protection [...] » (Observation générale n° 17, 1989, par 6), propos réaffirmé dans l'Observation générale n°19. Reste cependant à se questionner sur ce qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant dans la situation particulière du divorce de ses parents et de l'attribution de l'autorité parentale ?

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le relever, la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant est influencée par le contexte idéologique du moment. Dans la démarche visant à déterminer ce qu'est l'intérêt supérieur de l'enfant dans les situations de divorce des parents, il est utile de dresser un bref historique de l'évolution du regard porté sur le divorce et parallèlement de jeter un regard sur les mutations du concept d'intérêt supérieur de l'enfant.

Dans les années 1950-1980, la représentation sociale du divorce faisait apparaître celui-ci comme une déviance par rapport à la norme « naturelle », et fortement occidentale, de la famille nucléaire unie autour des enfants : les divorces étaient généralement prononcés pour « faute ». A cela s'ajoutaient les travaux sociologiques et psychiatriques sur le sujet qui avaient tendance à pathologiser le divorce. C'est pourquoi on considérait à cette époque que, dans son intérêt, il fallait privilégier le lien fort de l'enfant à un seul parent, celui qui n'avait pas failli à ses devoirs, généralement la mère (Ricci Risso et Kinoo, 2011). Comme le relèvent ces deux auteurs, il y avait une exception à ce principe de référence à la faute : la prédisposition naturelle de la mère à s'occuper des enfants. Ce qui impliquait que dans tous les cas le père se retrouvait « perdant », que ce soit par faute ou par incompetence naturelle à s'occuper de l'éducation des enfants.

Avec l'émergence de la notion d'égalité homme-femme, l'idée que la mère est, par nature, destinée à s'occuper des enfants s'estompe progressivement. L'importance pour l'enfant d'entretenir des liens étroits avec ses deux parents est mise en avant par les professionnels de l'enfance. Parallèlement disparaît de la législation le divorce pour « faute, remplacé par le divorce par consentement mutuel.

Il est ainsi possible de poser que l'intérêt supérieur de l'enfant concerné par la rupture du lien conjugal de ses parents est défini, actuellement, comme la préservation, pour autant que cela soit possible, de liens étroits et équilibrés, en fréquence et en durée, avec ses deux parents. Il est tout de même entendu que, sous certaines conditions (maltraitance, toxicomanie,...), le maintien d'un lien étroit avec l'un des parents peut être contraire à cet intérêt supérieur. Au travers de ses articles 9 et 18 principalement, la CDE affirme le même point de vue, sans nier l'importance d'autres articles tels que le 5 qui traite des droits et devoirs des parents et du développement des capacités de l'enfant.

Nous avons cependant décidé de nous focaliser plus précisément sur les deux articles 9 et 18 précités de par leur résonance directe avec le sujet qui nous intéresse. L'article 9, qui concerne la séparation de l'enfant d'avec ses parents, pose, en son alinéa 3, que l'enfant a le droit de rester en relation et en contact

avec chacun de ses parents. L'article 18 traite de la responsabilité commune des parents, en lien avec l'Etat, à l'égard de l'enfant. Hodgkin et Newell (2002) indiquent, en référence aux articles 9 et 18, « [...] que la loi doit présumer que, sauf preuve du contraire, la participation continue des deux parents à la vie de l'enfant est dans l'intérêt supérieur de celui-ci » (p. 264).

Est ainsi mise en évidence l'importance de la responsabilité commune des deux parents dans l'éducation des enfants. Or ce n'est que récemment que certaines sociétés ont reconnu que les pères pouvaient, et devaient, également s'occuper des soins quotidiens aux enfants, tout comme les mères ont, autant que les pères, des responsabilités financières et des droits légaux en rapport avec les enfants. Hodgkin et Newell (2002) indiquent que la CDE est l'un des premiers traités à considérer ce principe de responsabilité commune des deux parents comme un droit fondamental des enfants.

4.4 L'AUDITION DE L'ENFANT DANS LES PROCEDURES DE DIVORCE : UNE APPLICATION CONCRETE DE LA DEFENSE DE SON INTERET

Un point essentiel, directement en lien avec la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, doit encore être présenté. L'article 3 de la CDE relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant ne peut être traité sans le rattacher à l'article 12 de cette même Convention qui stipule que les Etats parties doivent garantir à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et que ses opinions doivent être dûment prises en considération, eu égard à son âge et à son degré de maturité. La possibilité d'être entendu doit par conséquent être donnée à l'enfant dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant et donc notamment celle de divorce. Au travers de cet article est renforcé le statut de l'enfant détenteur de droits humains fondamentaux, avec des opinions et des sentiments propres qu'il a le droit d'exprimer librement. Il est important de souligner que ce droit prévoit que ses opinions doivent être écoutées et entendues. L'enfant a ainsi le droit de participer au processus de prise de décisions qui affectent sa vie.

L'audition de l'enfant permet de se faire une idée de la situation telle qu'il la ressent, mais également d'évaluer l'importance des éléments à prendre en considération ou encore de définir les enjeux pour lui. Elle constitue une étape supplémentaire dans l'établissement des faits déterminants et permet ainsi de mieux définir ce qu'est l'intérêt de l'enfant dans une situation donnée, tout en gardant à l'esprit qu'il ne s'agit pas d'un espace décisionnel !

Le Code civil suisse a entériné cette obligation d'auditionner l'enfant dans le cas de divorce et l'article 298 du Code de procédure civile précise que le juge, ou un tiers nommé à cet effet, entend les enfants personnellement de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à l'audition. Cependant, cette obligation n'est, selon les résultats de l'étude *« Les enfants et le divorce – Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales »*, pas suffisamment respectée (Büchler, Simoni et Muller, 2009). Il apparaît que le statut d'enfant sujet de droits participatifs – duquel découle la nécessité de l'auditionner – ne soit pas encore ancrée dans la pratique juridique suisse. Cet état de fait est d'autant plus regrettable que l'audition de l'enfant n'est pas uniquement une étape dans la détermination de son intérêt, elle lui permet aussi de comprendre ce qui se « trame » autour de lui. Un enfant concerné par le divorce de ses parents a, de manière générale, le besoin de savoir ce qu'il adviendra de lui, ce qui rend d'autant plus précieuse la possibilité d'exprimer ses souhaits dans cette période douloureuse (Büchler, Simoni et Muller, 2009). Selon Simoni (2006), l'audition de l'enfant, si l'entretien est bien mené, est un critère essentiel de son bien-être, notamment parce qu'elle constitue une aide psychologique bienvenue pour lui.

Ce droit d'expression donné à l'enfant – un devoir pour le juge mais bel et bien un droit et non une obligation pour l'enfant – est ainsi un moyen lui permettant de partager ses soucis, de donner son avis et également un moyen d'anticiper la situation qui sera la sienne dans un futur plus ou moins proche.

Tel que le relève encore Schäffer :

L'audition des enfants, et des parents, engendre la réflexion, rend visible les mécanismes possibles mis en place par le système familial (manipulation,

influence, instrumentalisation). La perspective de l'audition oblige les parents, en quelque sorte, à repenser les droits et les obligations de leurs enfants (cours dispensé le 5.12. 2011 dans le cadre du Master interdisciplinaire en Droits de l'enfant, IUKB).

En complément de ce qui précède, il n'est pas inutile de souligner qu'une grande attention doit être portée au déroulement de cette audition qui doit être strictement encadrée. Il y a lieu que le juge soit formé à cette écoute particulière ou qu'il délègue la conduite de l'audition à une personne formée et compétente. L'audition de l'enfant vise à apporter un éclairage essentiel à la détermination de son intérêt supérieur tout en étant menée avec précaution pour éviter les effets délétères sur l'enfant, tels que malaise, culpabilité fantasmatique ou encore illusion d'omnipotence (Cuynet, 2001).

Concluons sur l'audition de l'enfant avec les propos très significatifs de Dunn : « L'hypothèse selon laquelle les enfants sont capables de réfléchir précocement sur des questions morales, sociales et sur les sentiments d'autrui..., est avancée avec trop de timidité » (1988, cité par Togliatti et al., 2005, p.137). La détermination de son intérêt supérieur lors du divorce de ses parents ne peut se préciser sans que l'enfant ait pu s'exprimer par lui-même.

4.5 L'AUTORITE PARENTALE CONJOINTE D'OFFICE LORS DE DIVORCE, UN ATOUT POUR L'ENFANT ?

L'autorité parentale conjointe témoigne du glissement du droit dans le sillage du modèle familial actuel, plus participatif que par le passé, avec un père affectueux et moins autoritaire avec ses enfants. Pour les autorités suisses en charge de la modification du cadre légal sur l'autorité parentale après divorce, le projet est conforme à l'intérêt de l'enfant : il aide celui-ci à traverser la période de crise familiale consécutive au divorce de ses parents en lui permettant de les « garder » tous les deux. Comme cela a été souligné précédemment, permettre de conserver des liens étroits avec chacun de ses deux parents va en effet dans le sens de l'intérêt supérieur de l'enfant. Que l'autorité parentale revienne d'office

conjointement aux deux parents peut justement faciliter ce maintien du lien en n'évinçant pas automatiquement l'un des parents de l'univers de l'enfant.

Le lien entre autorité parentale conjointe et intérêt de l'enfant n'est pourtant pas aussi évident et direct qu'on le suppose. Rappelons que les défenseurs de l'autorité parentale conjointe saluent l'influence positive de cette solution sur la communication et la coopération entre les parents, ce qui aurait pour effet subséquent de favoriser également une plus grande implication du parent non-gardien dans la vie de l'enfant¹⁶. Or plusieurs sources viennent contrebalancer ces arguments en s'appuyant sur des études récentes mettant en doute ces effets potentiels. Une présentation des résultats et conclusions de ces recherches nous paraît s'imposer ici.

Menée dans le cadre du Programme national suisse de recherche « L'enfance, la jeunesse et les relations entre générations dans une société en mutation », l'étude « *Les enfants et le divorce – Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales* », que nous avons déjà mentionnée, a été dirigée par A. Büchler, professeure de droit à l'Université de Zurich, et H. Simoni, psychologue. Elle visait à examiner et évaluer la réalité et la situation des enfants pendant et après une procédure de divorce pour voir comment leurs intérêts sont déterminés et pris en compte. Une attention particulière a également été portée à la question de la participation des enfants à la prise de décision pendant et après la procédure de divorce et, le cas échéant, à la forme et aux modalités de cette participation. Cette étude démontre que l'autorité parentale conjointe n'entraîne pas automatiquement les effets qu'on a tendance à lui accorder : elle ne garantit pas un renforcement des liens entre l'enfant et le parent dont il ne partage pas le quotidien, n'engendre pas d'office un partage plus égalitaire des tâches entre père et mère ; de plus, il n'apparaît pas que les parents affichent une plus grande satisfaction en raison de l'atténuation des tensions entre ex-époux. Selon les résultats de l'étude, l'autorité parentale conjointe, telle qu'elle est fixée dans le jugement de divorce, ne laisse rien préfigurer de l'organisation du quotidien avec

¹⁶ L'auteur du postulat demandant à ce que l'autorité parentale conjointe soit introduite comme le cas-type en Suisse, le Conseiller national Wehrli, mobilise ces arguments afin de justifier son propos.

les enfants. Les chiffres avancés pour quantifier ces conclusions sont éloquentes: 35 % des personnes interrogées ont maintenu, après le divorce, une autorité parentale conjointe de fait avec un droit de visite étendu. 71% des couples continuent à perpétuer le modèle traditionnel de répartition des tâches : la mère est dans une large mesure responsable de l'éducation des enfants et du ménage et si elle travaille, elle le fait à temps partiel. Le père de son côté poursuit une activité professionnelle à plein temps et entretient des contacts réguliers avec les enfants par le biais du droit de visite. Seuls environ 5 % des parents ont adopté la solution de la répartition équitable des responsabilités envers les enfants (Büchler et Simoni, 2007). Au vu des résultats de cette étude, l'autorité parentale conjointe après divorce ne paraît pas entraîner une implication plus importante des pères face à leurs responsabilités parentales.

Aucune étude « autorisée » n'est venue démontrer que l'autorité parentale conjointe exerçait une influence positive réelle sur la coopération entre les parents. Au contraire, les auteurs, tel Castelain Meunier (2002), semblent davantage insister sur le fait que le divorce vient en quelque sorte uniquement révéler une situation déjà présente durant le mariage. Ainsi, selon de Singly (1993), « le plus faible investissement des hommes après le divorce ou la séparation reflète leur désengagement antérieur » (p.115). Il semble donc y avoir perpétuation, après le divorce, de la répartition des tâches, des implications et des responsabilités existant pendant le mariage. Cet élément ressort également dans la thèse de Cantieni intitulée «Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung; Eine empirische Untersuchung » (2007) – qui s'inscrit dans le prolongement de l'étude suisse sur le divorce et les enfants.

Par conséquent, il ne semble pas pertinent de conclure que l'attribution de l'autorité parentale conjointe après divorce puisse résoudre à elle seule le problème de la répartition inégale des rôles des parents dans la prise en charge des enfants. Les auteurs de l'étude suisse concluent en remarquant que, s'agissant du bien de l'enfant, l'autorité parentale conjointe n'est, à elle seule, ni un atout ni un obstacle à la qualité des liens parents-enfant (Büchler et Simoni, 2006).

Sans nier que l'autorité parentale conjointe est le signe d'une véritable reconnaissance pour les pères divorcés de leur droit d'occuper une place nouvelle dans l'organisation du domaine éducatif, il est nécessaire de relever que son automaticité peut néanmoins être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Si elle peut permettre de désamorcer les sources de conflits, l'autorité parentale conjointe peut également les aviver. Lorsque les désunions sont conflictuelles, il est difficile de garantir les bienfaits du partage de l'autorité parentale.

Cet état de fait, que nous ne pouvons évidemment que regretter, est cependant compréhensible. Les répercussions psychologiques du divorce sur les enfants ont été évoquées plus haut ; il paraît dès lors équitable de relever ici que pour les parents cette rupture peut également être très douloureuse et générer des troubles, à court ou à long terme, et d'une gravité plus ou moins sérieuse. Tel que le relève Cuynet (2001), le divorce, même celui qu'il est possible de qualifier de divorce « à l'amiable », est « une épreuve sérieuse pour le narcissisme des participants, qui n'en sortent jamais indemnes » (p.21). Ce psychanalyste relève que si l'enfant se retrouve régulièrement pris dans le conflit du couple, parfois totalement involontairement, c'est du fait qu'il est le « prolongement narcissique des Moi des parents » (p.25) et que chacun des deux veut en quelque sorte emporter avec lui, au travers de l'enfant, « [...] la peau du couple comme un trophée qui dénie la perte, le vide et laisse croire à chacun que son narcissisme n'est en rien entamé » (p.27).

Il est important de prendre acte que le cadre légal, quel qu'il soit, ne peut forcer ce qui est psychologiquement impossible. Il permet, au mieux, d'atténuer les conflits, au pire, de les exacerber et entre deux d'offrir un instrument pour les gérer le mieux possible. Il est important que les parents prennent conscience que les relations de l'enfant avec ses père et mère devraient être préservées de la dislocation du couple conjugal, mais cette coparentalité peut être, pour les raisons que nous venons d'évoquer, difficile à mettre en pratique. Selon Corpart (2009),

Dans de nombreuses ruptures, l'exercice en commun de l'autorité parentale par les père et mère est illusoire car l'un ou l'autre profite de petits

dysfonctionnements pour raviver les querelles. En quelque sorte l'enfant se trouve instrumentalisé par les adultes. Il est à la fois leur victime et leur otage (p.51).

Dans le Manuel d'application de la CDE, Hodgkin et Newell (2002) mettent également en garde contre les méfaits potentiels que peut engendrer l'automatisme de l'autorité parentale conjointe. Telle que mentionnée auparavant, la CDE pose qu'en vertu de l'intérêt de l'enfant il est important de maintenir des liens avec les deux parents et que pourtant l'autorité parentale conjointe lorsque les parents ne peuvent s'entendre sur rien n'est pas souhaitable car l'enfant peut alors se trouver dans une impasse, même pour des questions importantes (p. 264).

En posant la condition de la requête commune des deux parents pour le maintien après divorce de l'autorité parentale conjointe, la législation suisse actuelle a certes des limites ; elle a l'avantage précieux d'assurer parallèlement dans une certaine mesure que les parents ont une entente suffisante et le minimum de respect réciproque leur permettant d'agir ensemble. Avec la réforme du Code civil l'autorité parentale conjointe sera en quelque sorte imposée aux couples divorçant, sans aucune garantie qu'ils possèdent le degré minimum de communication nécessaire à une mise en œuvre qui respecte et épargne l'enfant. Or, comme le soulèvent Pichonnaz et Foëx (2010), il peut s'avérer difficile d'imposer des droits et responsabilités que les individus n'ont pas choisis et il est possible que cela génère entre eux des conflits préjudiciables aux intérêts de l'enfant (p.973).

Il est donc crucial que la loi ne soit pas rigide en de telles circonstances et que les décisions soient prises en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant (Hodgkin et Newell, 2002). Ainsi, il semble légitime d'établir qu'il serait contre-productif – ou du moins quelque peu hâtif – de poser une fois pour toutes qu'au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant le régime de l'autorité parentale conjointe après divorce doit prévaloir unilatéralement et être appliqué rigoureusement. Le caractère intrinsèquement subjectif de l'intérêt supérieur de l'enfant comme la particularité propre à chaque situation, milite pour une flexibilité, si ce n'est dans les principes de base, du moins dans leur application. De par les dispositions qui prévoient que les autorités puissent attribuer l'autorité parentale à un seul parent dans les cas où

l'intérêt de l'enfant le commanderait, le projet de loi proposé va précisément dans ce sens.

Au moment de clore ce sujet il paraît important de mentionner qu'il serait néfaste au bien de l'enfant que les autorités judiciaires s'abstiennent d'auditionner l'enfant, sous prétexte qu'il n'y a plus à ce prononcer sur la question de la continuation de l'autorité parentale conjointe ni sur la recevabilité d'une demande commune des parents à ce sujet. Comme nous l'avons indiqué, l'enfant a le droit d'être auditionné pendant la procédure de divorce de ces parents et cela correspond éminemment à son intérêt. Bien menée et cadrée, son audition peut permettre à l'enfant de comprendre mieux ce qui se passe et d'être rassuré. C'est un espace de parole précieux pour lui dans la situation éprouvante qu'il vit, et conforme à son intérêt.

Il nous paraît intéressant de mentionner que par ailleurs le recours à une médiation familiale est possible, voire à conseiller, pour beaucoup de situations. Un tel instrument d'intervention peut dans certains cas permettre une prise de distance, faciliter les échanges et les négociations, en particulier sur les questions à haute teneur émotionnelle telles celles concernant les enfants. La prise en compte du bien de l'enfant peut aller dans le sens d'un préavis en faveur d'un tel support, et la nouvelle législation le prévoit en cas de nécessité.

Nous avons fait plus haut la distinction entre autorité parentale et droit de garde. Il fait sens de préciser ici que l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'implique pas que les deux parents soient sur un pied d'égalité quant à la garde des enfants. Pour l'un des deux, désigné sous le vocable de parent gardien, l'autorité parentale contient et recouvre le droit de garde. A l'autre parent, limité au statut de parent visiteur, l'autorité parentale confère certes le droit et la responsabilité de s'exprimer sur les questions d'importance mais à l'exclusion du droit de faire vivre l'enfant avec lui et de décider de son lieu de vie. Le droit du divorce actuellement en vigueur assortit l'attribution de l'autorité parentale conjointe à la présentation par les parents à une autorité judiciaire, pour validation légale, d'une convention réglant les questions relatives au lieu de vie de l'enfant, de sa prise en charge financière, du droit de visite, etc. Cette convention, élaborée selon les vœux des

deux parents et signée par eux, atteste de leur capacité à ajuster leurs points de vue. Il est à souhaiter que la poursuite sans autre de l'autorité parentale conjointe après divorce ne dispense pas les futurs divorcés de s'ajuster sur ces questions concrètes, alors même qu'il n'y a, dans la future législation, plus de convention à fournir. Cette démarche serait de nature à éviter les conflits ultérieurs et du même coup à rassurer les enfants. La prise en compte de l'intérêt de ceux-ci nécessite que leur vie soit un minimum organisée et planifiée, aussi bien s'agissant de leur lieu de vie que de leur emploi du temps ou encore du dispositif relatif au droit de visite. Il paraît aussi légitime et indispensable qu'ils soient dûment informés des dispositions prises les concernant. Ceux qui ont fait l'expérience des conflits parentaux, ont été pris à témoin ou ont été sommés de prendre position pour l'un ou l'autre des parents, et ils tireront d'autant plus bénéfice de cette clarification.

Autorité parentale conjointe d'office :
droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

CONCLUSION

Le divorce peut, sans aucun doute, provoquer des effets délétères pour chacun des individus pris dans la tourmente qu'il provoque. Il génère d'intenses souffrances chez bon nombre de pères qui se retrouvent, suite à la séparation d'avec leur conjointe, en quelque sorte dépossédés de leur enfant. Il est important de relever l'amélioration que la réforme du Code civil étudiée ici apporte à la condition des pères en tentant de réduire les inégalités existant entre les parents divorcés dans leur rapport à leur enfant. A première vue, l'attribution automatique de l'autorité parentale conjointe après divorce semble une bonne chose : elle permet d'éviter certains conflits et tractations lors du divorce et réduit la potentielle inégalité de traitement – reposant sur le genre – entre père et mère lors de l'attribution des enfants.

Il est dès lors difficile de comprendre, de prime abord, les critiques assez virulentes formulées à l'égard de ce mode d'attribution de l'autorité parentale. Il apparaît que les individus favorables à ce projet de loi ne sont pas nécessairement en accord quant à la finalité de la revendication en faveur du partage de l'autorité parentale avec les mères. Pour les uns, ce droit parental va de pair avec le devoir d'assumer les obligations qui en découlent. D'autres, au contraire, n'incluent pas directement, dans leurs revendications, la charge que représente l'« élevage » d'un enfant et ses coûts. Certains « exigent », au nom d'une égalité formelle, le droit sur l'enfant, sans toutefois associer cela aux devoirs qui vont avec.

Or, dès lors que le taux de divorcialité est aussi élevé qu'il l'est en Suisse, il nous semble nécessaire, sans y voir un quelconque fatalisme, de vivre pendant le mariage dans la perspective qu'il peut y être mis un terme et que l'intérêt de l'enfant ne se pose pas qu'au moment de la séparation de ses parents. Plus les pères se seront impliqués dans la prise en charge de leurs enfants pendant la vie commune plus ils pourront être encore présents après l'éventuel divorce. La perspective de la potentielle brièveté du *couple conjugal* doit être pensée parallèlement à la durabilité du *couple parental*.

Il nous paraît essentiel que la société permette un réel investissement des pères auprès de leur enfant, et ce avant même leur naissance. Il semble légitime de poser que le simple fait de normaliser juridiquement l'autorité parentale conjointe après divorce ne suffit pas à lui seul à impliquer davantage les pères dans la vie de leur enfant. Comme le relève Meier et Stettler (2009), il importe surtout à l'enfant qui vit le divorce de ses parents de conserver des relations étroites et harmonieuses avec chacun d'eux. Or, la sauvegarde du couple parental après le divorce ne dépend pas nécessairement du maintien formel sur le papier de l'autorité parentale conjointe et pour l'enfant la présence effective de ses deux parents a plus d'importance que les documents juridiques. Un large droit de visite du parent non gardien, exercé de manière régulière et respectueuse, est ainsi plus significatif pour l'enfant que le fait que les décisions le concernant soient prises conjointement par les deux parents.

Il convient ainsi, selon nous, de démystifier la notion d'autorité parentale. Celle-ci joue de fait un rôle relativement restreint sur la relation vécue entre enfants et parents, a fortiori lorsqu'ils ne vivent pas, ou plus, sous le même toit. Telle qu'elle est formulée dans le droit suisse, l'autorité parentale ne concerne, en fin de compte, que le pouvoir décisionnel des parents sur les enfants.

La communication et la coopération entre parents divorcés influent notablement sur la santé des enfants. Il importe que le quotidien de ceux-ci soit gêné le moins possible en raison du manque de clarté au niveau des droits décisionnels les concernant ou de divergences en matière d'éducation. Les dispositions juridiques devraient en conséquence clairement déterminer les responsabilités au plus près de la réalité quotidienne vécue par l'enfant. Le champ de validité et d'exercice de l'autorité parentale devrait être proportionnel à l'engagement concret envers l'enfant que les parents développent au quotidien plutôt que correspondre à une valeur abstraite sans lien avec l'investissement consenti par les parents au quotidien. Dans cette optique, le parent s'occupant davantage de l'enfant devrait avoir un droit plus large de décider librement alors que le parent non-gardien devrait toujours pouvoir intervenir mais en vertu de son degré d'implication dans les responsabilités.

Il apparaît dans les faits que la parentalité masculine et la parentalité féminine ne sont pas équivalentes: les pères s'investissent en effet davantage dans l'éducation de l'enfant que par le passé, mais ils le font quasi exclusivement dans les tâches liées au développement intellectuel des enfants (jeux, sorties, suivi des devoirs,...). Les tâches parentales relatives à l'entretien et à la sécurisation de l'espace et du corps, encore peu valorisées socialement, sont laissées à la charge des femmes (Devreux, 2004). Ainsi, faute de pouvoir s'ajuster sur un partage équitable de la prise en charge concrète des enfants, le partage au niveau de l'autorité parentale est vu comme une source de nouvelles inégalités. Ces remarques nous éclairent ainsi sur les raisons à la base des critiques du projet.

Il serait important et nécessaire que la société mette en place des mécanismes permettant le développement d'une parentalité assumée également. Le débat actuel sur les fondements du partage de l'autorité parentale est révélateur de la montée en puissance de la notion de « droits des pères », avec sa traduction juridique en termes d'égalité des droits entre les parents. Cette évolution nous paraît certes positive mais, par ailleurs, les hommes dans leur majorité continuent de ne pas prendre en charge les besoins quotidiens des enfants. Le discours de certains hommes de la coalition des « pour » le projet de loi reflète la primauté donnée à la jouissance de droits par rapport à l'exécution de devoirs. Il faut pourtant rendre justice à ceux qui manifestent une réelle volonté d'être plus présents dans la vie de l'enfant en dépit des obstacles sociétaux qui complique la réalisation de leurs vœux. Nous pensons par exemple à un congé paternité élargi, à une flexibilisation des contrats professionnels dans le sens d'un temps partiel non pénalisant au niveau des plans de carrière, à la mise en place de tribunaux de la famille.

La législation actuelle, de par le droit de veto qu'elle accorde aux mères, est insatisfaisante, mais il ne nous semble pas que l'institutionnalisation de l'autorité parentale conjointe d'office soit réellement davantage satisfaisante. Il serait, par contre, indispensable que le cadre juridique et sociétal encourage les mères et les pères à se montrer responsables de leurs enfants, avant, pendant et après le mariage.

Comme institué à l'alinéa 2 de l'article 18 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, l'Etat doit – dans le but de garantir et de promouvoir les droits de l'enfant énoncés dans cette dernière – aider les parents à assumer et exercer la responsabilité qui leur incombe d'élever leur enfant. A cette fin, l'Etat doit assurer la mise en place d'institutions et de services appropriés. Il apparaît dès lors légitime d'entreprendre une réforme de la législation actuelle, mais également d'entreprendre des changements plus profonds et plus globaux que ne le permet la « simple » réforme des modalités d'attribution de l'autorité parentale après divorce.

Le souci de l'intérêt de l'enfant a certes été présent dans le processus législatif ayant abouti à ce projet de loi. L'autorité parentale conjointe respecte sans aucun doute l'intérêt de l'enfant mais suppose que les parents soient capables de trouver en commun des solutions équitables pour l'enfant. Le fait d'assumer conjointement l'autorité parentale en cas de divorce est un processus dynamique impliquant que la communication entre les deux parents fonctionne suffisamment bien et va dans le sens de l'intérêt de l'enfant. Ce dernier a le droit de demeurer dans des conditions d'encadrement stables, de bénéficier de la sécurité financière et d'entretenir des relations aussi peu conflictuelles que possible avec ses deux parents. Or, ces paramètres n'ont, à notre sens, pas été suffisamment étudiés lors de la rédaction de ce projet de loi.

Il aurait été souhaitable, à notre sens, de ne pas traiter des modalités d'attribution de l'autorité parentale en vase clos. Pour prendre en compte de manière plus large l'intérêt de l'enfant, il aurait été possible d'insérer le projet dans une refonte plus globale de la politique familiale. Les conditions de vie de l'enfant sur le plan financier sont à prendre en compte dans l'évaluation de leur intérêt. Aussi, il est regrettable que la décision ait été prise au niveau des autorités fédérales de dissocier la question de l'autorité parentale de celle des participations financières à la prise en charge de l'enfant. Un nombre important de mères élevant seules leurs enfants après un divorce sont en proie à de grandes difficultés financières, si bien que sur ce plan très basique l'intérêt de l'enfant n'est souvent pas respecté à tout point de vue. Il nous paraît légitime d'affirmer que le renvoi à plus tard par les

autorités du traitement des questions financières liées au divorce contrevient à l'article 27.3 de la CDE concernant le droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant.

Au terme de ce travail, nous souhaitons relever que la nouvelle législation relative à l'attribution de l'autorité parentale après divorce a bel et bien été pensée en considération de l'intérêt supérieur de l'enfant, vu comme découlant du maintien de liens avec ses deux parents. Cependant, afin de garantir au mieux le respect de cet intérêt, il nous semble pertinent de mettre en exergue le caractère lacunaire de cette réforme, qui aurait du revêtir une dimension plus globale. Nous posons que cette réforme a été pensée comme une manière d'égaliser les statuts de père et mère vis-à-vis de leurs enfants. L'intérêt supérieur de ceux-ci a été traité parallèlement, mais n'a pas été au final pensé de manière approfondie et complète.

Autorité parentale conjointe d'office :
droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

REFERENCES

- Badinter, E. (1992). *XY : de l'identité masculine*. Paris, France : Odile Jacob.
- Bastard, B. (2006). Une nouvelle police de la parentalité ? *Enfances, Familles, Générations*, 5, 1-9.
- Berger, M. (1997). Le vécu affectif de l'enfant confronté au divorce de ses parents. *Dialogue*, 137, 67-73.
- Bergeron, H., Surel, Y. et Valluy, J. (1998). L'Advocacy Coalition Framework : une contribution au renouvellement des études des politiques publiques ? *Politix*, 11(41), 195-223.
- Bernasconi, G-A., Bruchez, C., Ducrot, M., Gardaz, P., Sandoz, S., Schneider, J-A., Stettler, M. et Tappy, D. (2000). *Le nouveau droit du divorce*. Lausanne, Suisse : CEDIDAC.
- Boulanger, F. (2008). *Autorité parentale et intérêt de l'enfant : histoire, problématique, panorama comparatif et international*. Paris, France : EDILIVRE APARIS.
- Boussaquet, L., Jacquot, S. et Ravinet, P. (dir.). (2004). *Dictionnaire des politiques publiques*. Paris, France : Sciences Po Les Presses.
- Büchler, A. et Simoni, H. (2006). L'intérêt et les droits de l'enfant dans la pratique du droit du divorce. *Sécurité sociale*, 5, 260-264.
- Büchler, A. et Simoni, H. (eds.). (2007). *Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge*. Zürich, Suisse : Verlag Rüegger.
- Büchler, A., Müller, E. et Simoni, H. (2009). *L'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure de divorce : un guide pour les praticiens, assorti de modèles et d'exemples utiles*. Zürich, Suisse : UNICEF.
- Cantieni, L. (2007). *Gemeinsame elterliche Sorge nach Scheidung : eine empirische Untersuchung. Schriftenreihe zum Familienrecht*. Berne, Suisse : Stämpfli Verlag.
- Code civil suisse, du 10 décembre 1907, 2012.
- Comité des droits de l'enfant (2002). *Examen des rapports présentés par les Etats parties en application de l'article 44 de la Convention : Observations finales du Comité des droits de l'enfant : Suisse*.
- Conseil fédéral. Message 11. 070 du 16 novembre 2011 concernant une modification du Code civil suisse (autorité parentale), FF 2011N° 51.

Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989 par l'Assemblée Générale des Nations Unies, Résolution 44/25.

Corpart, I. (2009). Les enfants au cœur des séparations du couple conjugal. *La lettre de l'enfance et de l'adolescence*, 78(4), 47-52.

Cuyenet, P. (2001). Les oripeaux du couple dans le divorce : « J'aurai ta peau ». *Dialogue*, 151, 21-27.

De Singly, F. (1993). *Sociologie de la famille contemporaine*. Paris, France : Nathan.

Devreux, A-M. (2004). Au torité parentale et parentalité : droits des pères et obligations des mères ?. *Dialogue*, 165, 57-68.

Freeman, M. (2007). *Article 3 : The best interest of the child, a commentary on the United Nations Convention on the Rights of Children*. Leiden, Hollande : Martinus Nijhoff Publishers.

Géraud, M-O., Leservoisier, O. et Pottier, R. (2007). *Les Notions clés de l'ethnologie : analyses et textes* (3^{ème} éd.). Paris, France : Armand Colin.

Hegnauer, C. (1998). *Droit suisse de la filiation et de la famille (art. 328-359 CCS)* (4^{ème} éd. rév. et aug.). Berne, Suisse : Staempfli Editions SA.

Hodgkin, R. et Newell, P. (2002). *Manuel d'application de la Convention relative aux droits de l'enfant*. Genève, Suisse : UNICEF.

Kellerhals, J. et Widmer, E. (2005). *Familles en Suisse : les nouveaux liens*. Lausanne, Suisse : Presses polytechniques et universitaires romandes.

Kilkelly, U. (2003). *Le droit au respect de la vie privée et familiale : un guide sur la mise en œuvre de l'article 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. Strasbourg, France : Conseil de l'Europe.

Kriesi, H. et Trechesel, A. (2008). *The politics of Switzerland : continuity and changes in a consensus democracy*. Cambridge, UK : University Press

Knoepfel, P., Larrue, C. et Varone, F. (2006). *Analyse et pilotage des politiques publiques* (2^{ème} éd.). Zürich/Chur, Suisse : Verlag Rüegger.

Kübler, D. et de Maillard, J. (2012). *Analyser les politiques publiques*. Grenoble, France : Presses universitaires de Grenoble.

Lüscher, K. (2004). *La politique familiale, pourquoi ? Arguments et thèses*. Berne, Suisse : Commission fédérale de coordination pour les questions familiales.

Malagoli Togliatti M., Lubrano Lavadera A. et Franci, M. (2005). Les enfants du

- divorce comme protagonistes actifs de la séparation conjugale. *Cahiers critiques de thérapie familiale et de pratiques de réseaux*, 34, 135-156.
- Meier, P. et Stettler, M. (2009). *Droit de la filiation* (4^{ème} ed.). Genève, Zürich, Bâle, Suisse : Schulthess Médias Juridiques.
- Menahem, G. (1992). Troubles de santé à l'âge adulte et difficultés familiales durant l'enfance. *Population*, 4, 893-932.
- Meunier, C. C. (2002). *La place des hommes et les métamorphoses de la famille*. Paris, France : Presses Universitaires de France.
- Neyrand, G. (2011). *L'enfant, la mère et la question du père : un bilan critique de l'évolution des savoirs sur la petite enfance* (3^{ème} éd.). Paris, France : Presses Universitaires de France.
- Petitot, F. (dir.). 2010. Les enfants « divorcés ». *La lettre de l'enfance et de l'adolescence. Revue du GRAPE*, 78.
- Pichonnaz, P. et Foëx, B. (2010). *Commentaire romand du Code civil, art. 1-359*. Bâle, Suisse : Helbing Lichtenhahn.
- Ricci Risso, M.E. et Kinoo, P. (2001). Dans l'intérêt de l'enfant. *Louvain Médical*, 120, 101-110.
- Rieser, A. (2012). *Au nom de l'enfant... se séparer sans se déchirer. Modèles de conventions, rappels des lois, témoignages et propositions de changements*. Lausanne, Suisse : Favre.
- Sabatier, P. A. et Weible, C. M. (2007). The Advocacy Coalition Framework : innovations and clarifications. Dans P. Sabatier (ed.), *Theories of Policy Process* (p. 189 – 202). Boulder, CO : Westview Press.
- Schäfer, M. (2011). L'enfant et le droit de la famille. IUKB. Sion.
- Simoni, H. (2006). L'autorité parentale conjointe en question. *Fonds national suisse, Horizons*, 70, 5.
- Simoni, H., Perrig-Chiello, P., Büchler, A. (2007). Children and divorce: investigating current legal practices and their impact on family transitions. Dans G. Hirsch Hadorn et C. Pohl (eds.), *Handbook of transdisciplinary research* (p. 259-274). Heidelberg, Suisse : Springer.
- Stettler, M. (2006). *Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce*. Dans P. Pichonnaz (ed.), *Enfant et divorce*. Genève/Zurich/Bâle, Suisse : Rumo-Jungo.

Autorité parentale conjointe d'office :
droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

Widmer, E. (novembre 2011). *Les interactions familiales et l'enfant* dans le cours de sociologie de l'enfance. IUKB. Sion

Zermatten, J. (2003). *L'intérêt supérieur de l'enfant : de l'analyse littérale à la portée philosophique* (Working report 3-2003). Sion, Suisse : Institut international des droits de l'enfant.

Autorité parentale conjointe d'office :
droit de l'enfant à ses deux parents ou droit à l'enfant pour les deux parents ?

Déclaration sur l'honneur

Par ma signature, j'atteste avoir rédigé personnellement ce travail écrit et n'avoir utilisé que les sources et moyens autorisés, et mentionné comme telles les citations et paraphrases.

Lieu et date : Lausanne, le 21.01.2013

Signature :