



Master

2019

Open Access

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

L'autorité parentale conjointe a-t-elle fait ses preuves ?

Guitton, Maëlle

How to cite

GUITTON, Maëlle. L'autorité parentale conjointe a-t-elle fait ses preuves ? Master, 2019.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:131244>



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT

L'autorité parentale conjointe a-t-elle fait ses preuves ?

Travail de mémoire effectué sous la direction du Professeur Gian Paolo ROMANO et de
Monsieur Vito BUMBACA

Dans le cadre du séminaire « La protection internationale de l'enfant »

Remerciements

En préambule, je tiens sincèrement à remercier tous les professionnels qui m'ont accordé de leur précieux temps et qui ont accepté de me recevoir afin de répondre à mes questions pour que je puisse approfondir ma recherche. Je remercie également le Professeur Gian Paolo ROMANO et Monsieur Vito BUMBACA pour leur disponibilité et leur encadrement. Un grand merci à ma sœur et à mon amie Léa pour leur relecture attentive.

Table des matières

I. Introduction	1
II. Historique	2
2.1 La révision du droit de la filiation du 25 juin 1976	2
2.2 La révision du droit du divorce et de la filiation du 1 ^{er} janvier 2000	3
2.3 La réforme du 1 ^{er} juillet 2014	3
III. Autorité parentale : notion, conditions et contenu	5
3.1 Notion	5
3.2 Conditions de détention	6
3.3 Contenu	7
IV. L'autorité parentale avant la réforme du 1^{er} juillet 2014	7
4.1 Pour les parents mariés	7
4.2 Pour les parents divorcés	8
4.3 Pour les parents non mariés	9
4.4 Pour les parents séparés	10
4.5 Critiques de cet ancien système	10
4.5.1 Discrimination à l'égard des pères	10
4.5.2 Discrimination à l'égard des couples non mariés	12
4.5.3 Traitement inégal entre la séparation et le divorce	12
4.5.4 Le bien de l'enfant insuffisamment pris en compte	13
4.5.5 Les conflits entre les parents renforcés	14
4.6 Statistiques et bilan de la pratique	15
V. La réforme du 1^{er} juillet 2014	15
5.1 Eléments nouveaux et critiques	15
5.1.1 L'autorité parentale conjointe comme règle, indépendamment de l'état civil des parents	15
5.1.2 L'autorité parentale exclusive comme exception	18
5.1.3 Le critère du bien de l'enfant	20
5.1.4 Dérogation à l'exercice conjoint du pouvoir décisionnel	21
5.1.5 Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant	22
5.1.6 Le nouveau droit de garde, la prise en charge et les relations personnelles	25
5.2 Effets	27
5.2.1 Sur les conflits parentaux	28
5.2.2 Sur les pères	31
5.2.3 Sur le bien de l'enfant	34

VI. Conclusion	36
ANNEXES	41
1. Office fédéral de la statistique : attribution de l'autorité parentale de 2000 à 2010 (parents divorcés)	41
2. Office fédéral de la statistique : enfants nés vivants, selon l'état civil de la mère (2000 à 2010).....	41
3. Office fédéral de la statistique : taux brut de divortialité	42
4. Statistique des autorités tutélaires suisses : nombre de cas où l'autorité a attribué l'autorité parentale conjointe (comparaison de 2000 à 2010)	42
5. Déclaration concernant l'autorité parentale conjointe pour les parents non mariés.....	43
6. Procès-verbal d'audition de M. Philippe SCHNEIDER (médiateur et vice-président de la Maison genevoise des Médiations) (5 juin 2019).....	44
7. Procès-verbal d'audition de M. X et M. Y (Permanence d'accueil de l'Association Père pour toujours Genève) (13 juin 2019)	49
8. Procès-verbal d'audition de Mme Ida KOPPEN (adjointe de direction et médiatrice à l'Office protestant de Consultations Conjugales et Familiales et Présidente de l'association Avenir Familles Genève) (19 juin 2019)	54
9. Procès-verbal d'audition de M. Stephan AUERBACH (Coprésident de l'association genevoise MédiationS et médiateur auprès du Service Social International) (21 juin 2019)	59
10. Procès-verbal d'audition de Mme Alexandra SPIESS (Intervenante psychosociale, thérapeute de la famille et responsable de la Fondation As'trame Genève) (2 juillet 2019).....	63
11. Réseau Enfants Genève, charte constitutive, adoptée le 15 mai 2018, état au 11 juin 2019	67
BIBLIOGRAPHIE	73
DECLARATION DE NON-PLAGIAT	81

I. Introduction

Le 1^{er} juillet 2014 est entrée en vigueur la réforme du Code civil suisse relative à l'autorité parentale. Cette réforme a fait de l'autorité parentale conjointe la règle, indépendamment de l'état civil des parents. Il est toutefois important de préciser que l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent est encore possible mais qu'elle intervient uniquement si « elle est nécessaire pour protéger les intérêts de l'enfant »¹. En principe, l'enfant est donc « soumis pendant sa minorité à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère » (article 296 alinéa 2 CC).

Il faut savoir que l'autorité parentale conjointe a mis du temps à être introduite dans le Code civil suisse. Cela faisait en effet depuis la révision du droit de la filiation du 25 juin 1976 que cette question se posait. Malheureusement, le législateur de l'époque n'est pas parvenu à établir une égalité de principe entre les enfants de parents mariés et les enfants de parents célibataires et il fallut attendre la révision du 1^{er} janvier 2000 pour que les parents non mariés et les parents divorcés obtiennent la possibilité d'acquérir l'autorité parentale conjointe². Il y eut ensuite encore de nombreux travaux parlementaires pour finalement aboutir aux règles sur l'autorité parentale telles que nous les connaissons aujourd'hui. En outre, les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) en la matière, les différentes législations européennes ainsi que les mouvements d'associations de défense des intérêts des pères ont largement contribué à la réforme du 1^{er} juillet 2014³.

La notion d'autorité parentale n'étant pas une notion facile à appréhender, il s'agira, après avoir donné un aperçu historique de la situation (*infra* II), de déterminer les conditions pour détenir l'autorité parentale, de délimiter ses contours et de définir son contenu (*infra* III).

En faisant de l'autorité parentale conjointe la règle, la réforme de 2014 a introduit un véritable changement de paradigme puisque sous l'ancien droit l'autorité parentale exclusive était la règle et que l'autorité parentale conjointe n'était prononcée que dans des cas exceptionnels si le bien de l'enfant le justifiait⁴. Il s'agira donc de déterminer quelle situation prévalait pour les parents mariés, non mariés, séparés et divorcés avant l'entrée en vigueur du nouveau droit (*infra* 4.1 à 4.4). Il s'agira également de formuler quelques critiques à l'égard de cet ancien système, d'expliquer pourquoi la situation n'était pas satisfaisante (*infra* 4.5) et de dresser un bilan de la pratique (*infra* 4.6).

La situation étant très inégalitaire entre les parents mariés, non mariés et divorcés, l'introduction de l'autorité parentale conjointe en tant que règle, indépendamment de l'état civil des parents, avait pour but de rétablir l'égalité de traitement entre ces différents couples ainsi qu'entre les hommes et les femmes⁵. Andreas BUCHER parle même d'un « retour des pères », l'idée étant de permettre aux pères divorcés et non mariés de pouvoir s'impliquer davantage dans les décisions relatives à leurs enfants⁶. La réforme était également « animée et

¹ CONSEIL FEDERAL, Message concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315, 8316.

² FF 2011 8315, 8316.

³ CHOFFAT, p. 169.

⁴ COTTIER, p. 31 ; MEIER, Etat des lieux, p. 160.

⁵ FF 2011 8315, 8316 ; Pour rappel, le principe d'égalité des sexes dans le domaine de la famille est expressément garanti par l'article 8 alinéa 3 de la Constitution fédérale suisse.

⁶ BUCHER, N 1.

soutenue par la maxime de l'intérêt de l'enfant »⁷. Cette notion n'étant pas aisée à déterminer, il s'agira de se pencher sur les critères qui ont été développés par la doctrine et la jurisprudence afin de s'en faire une idée plus précise (*infra* 5.1.3).

La réforme visait pour finir à encourager les parents à mieux communiquer et à mieux coopérer dans la prise en charge de leurs enfants afin de réduire leurs conflits et de permettre aux enfants de se développer de la meilleure façon qu'il soit.

En définitive, ce travail vise donc à comprendre quels éléments nouveaux ont été introduits par la réforme ainsi qu'à évaluer s'ils sont satisfaisants ou non (*infra* 5.1). Il vise également à déterminer si l'autorité parentale conjointe a permis de réduire les conflits entre les parents (*infra* 5.2.1), si les pères sont satisfaits de leur rôle et de la nouvelle place qu'ils occupent dans la vie de leurs enfants (*infra* 5.2.2) et si elle a eu un effet positif sur les enfants (*infra* 5.2.3).

II. Historique

2.1 La révision du droit de la filiation du 25 juin 1976

En matière d'autorité parentale, la révision du Code civil suisse relative à la filiation du 25 juin 1976 a aboli le droit de prééminence octroyé aux pères lorsque les parents mariés vivaient ensemble⁸. La puissance paternelle a été remplacée par la puissance parentale exercée conjointement et l'égalité des droits et des devoirs en termes de décisions familiales est devenue complète entre les conjoints⁹.

Bien que la réforme de 1976 eût pour but d'instituer l'égalité de traitement entre les enfants de parents mariés et les enfants de parents non mariés et divorcés, le législateur de l'époque n'est pas parvenu à un tel résultat¹⁰. Les enfants de parents mariés étaient en effet soumis à l'autorité parentale conjointe de leurs parents alors que les enfants de parents non mariés et divorcés étaient soumis à une autorité parentale exclusive¹¹.

En cas de divorce, l'autorité parentale était attribuée au parent gardien, c'est-à-dire à la mère dans la grande majorité des cas, car les tribunaux considéraient que la relation mère-enfant devait primer sur la relation père-enfant du fait des liens plus étroits que cette dernière tisse avec son enfant durant ses premières années de vie¹². Martin STETTLER parle d'ailleurs de 9 cas sur 10 dans lesquels l'autorité parentale était confiée à la mère¹³. Le Tribunal fédéral nuança toutefois ses propos, dans un arrêt du 9 septembre 1985, en disant qu'il fallait « choisir la solution qui permettait de garantir la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux de l'enfant aux plans physique, moral et intellectuel » et qu'il était donc possible que l'autorité parentale soit attribuée au père¹⁴. De plus, même si la loi ne le permettait pas encore, certains juges décidèrent d'attribuer l'autorité parentale conjointe à

⁷ BUCHER, N 1.

⁸ STETTLER, Egalité, p. 140.

⁹ CONSEIL FEDERAL, Message concernant la modification du code civil suisse (Filiation), FF 1974 II 1, 70 ; STETTLER, Révision de 1976, p. 1.

¹⁰ FF 2011 8315, 8316.

¹¹ FF 2011 8315, 8316.

¹² STETTLER, Révision de 1976, p. 1.

¹³ STETTLER, Egalité, p. 140.

¹⁴ STETTLER, Egalité, p. 141 ; ATF 111 II 225, consid. 2, JdT 1988 I 231.

certaines parents divorcés lorsqu'ils en faisaient la demande¹⁵. Dans un arrêt du 12 décembre 1991, le Tribunal fédéral jugea cependant que cette situation ne pouvait pas être introduite par la voie prétorienne et qu'elle nécessitait une modification de la loi¹⁶.

Pour les parents non mariés, l'autorité parentale était confiée de plein droit à la mère. Cette situation très inégalitaire était souvent mal vécue par les parents qui, dans les faits, vivaient de manière quasi identique aux couples mariés¹⁷.

Afin de rétablir l'égalité de traitement entre les enfants de parents mariés et les enfants de parents non mariés et divorcés, le législateur examina la question de l'attribution de l'autorité parentale conjointe aux parents divorcés et non mariés lors de la révision du 1^{er} janvier 2000.

2.2 La révision du droit du divorce et de la filiation du 1^{er} janvier 2000

Avec la révision du droit du divorce et de la filiation du 1^{er} janvier 2000, le législateur accorda la possibilité aux parents divorcés et non mariés d'obtenir l'autorité parentale conjointe moyennant une requête commune de leur part attestant leur participation à la prise en charge de l'enfant et à son entretien¹⁸. L'attribution de l'autorité parentale conjointe n'était par conséquent pas automatique et son octroi dépendait de conditions strictes¹⁹. Il faut par ailleurs garder à l'esprit que l'attribution de l'autorité parentale exclusive à un parent demeura le principe et que c'est seulement la réforme du 1^{er} juillet 2014 qui introduisit l'autorité parentale conjointe en tant que règle.

2.3 La réforme du 1^{er} juillet 2014

Comme déjà évoqué précédemment (*supra* I), la réforme de 2014 fut le fruit de longs travaux parlementaires. Le 7 mai 2004, le Conseiller national Reto WEHRLI déposa un postulat intitulé « Tâches parentales. Egalité » dans lequel il demanda au Conseil fédéral de trouver des solutions afin de promouvoir l'autorité parentale conjointe pour les parents non mariés et divorcés et de faire de l'autorité parentale conjointe la règle²⁰. Encouragé par le Conseil fédéral, le Conseil national accepta cette proposition le 7 octobre 2005 à une large majorité après des débats très animés²¹.

Selon Andreas BUCHER, cette évolution de l'égalité entre hommes et femmes dans le domaine de l'autorité parentale a notamment été déclenchée par l'affaire tchèque de 2010²². Dans cette affaire, le Tribunal fédéral avait conclu que la mère, qui détenait seule la garde mais qui exerçait conjointement l'autorité parentale avec son mari dont elle était séparée, pouvait déménager en République tchèque avec ses enfants contre la volonté du père. La mère pouvait ainsi prendre seule des décisions importantes concernant l'éducation des enfants alors même

¹⁵ FF 2011 8315, 8320 ; PERRIN p. 372.

¹⁶ ATF 117 II 523, consid. 1g, JdT 1994 I 561.

¹⁷ STETTLER, Egalité, p. 141.

¹⁸ CONSEIL FEDERAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Etat civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1, 2.

¹⁹ CHOFFAT, p. 168.

²⁰ Postulat WEHRLI 04.3250, BO CN 2005 454.

²¹ FF 2011 8315, 8316.

²² BUCHER, N 3-4 ; ATF 136 III 353, JdT 2010 I 491.

que l'autorité parentale était censée être exercée conjointement²³. Cet arrêt a ainsi permis au Conseil fédéral de réformer l'autorité parentale et en particulier le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

Il faut également savoir que les associations de défense des intérêts des pères ont abondamment fait pression pour que le Conseil fédéral modifie le Code civil suisse et fasse de l'autorité parentale conjointe la règle.

Par ailleurs, sur le plan international, la CourEDH condamna l'Allemagne, dans l'affaire *Zaunegger contre Allemagne*, pour avoir violé la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) dans le domaine de l'autorité parentale²⁴. La Cour considéra en effet que le fait d'avoir refusé le droit à un père célibataire, qui avait entretenu une relation effective avec son enfant, d'exercer l'autorité parentale conjointe du seul fait que la mère s'y opposait et sans examen du bien de l'enfant était contraire aux articles 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale) et 14 CEDH (interdiction des discriminations). La Cour déclara que le droit allemand aurait dû permettre à une autorité judiciaire d'examiner si l'intérêt de l'enfant justifiait d'attribuer l'autorité parentale conjointe aux deux parents²⁵. La Cour confirma ensuite sa position dans l'arrêt *Sporer contre Autriche* de 2011²⁶ puisqu'elle condamna l'Autriche pour violation des articles 8 et 14 CEDH au motif que la loi autrichienne faisait dépendre l'attribution de l'autorité parentale conjointe de parents non mariés au consentement de la mère²⁷.

A l'époque, certains auteurs de doctrine, comme Philippe MEIER et Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, considérèrent que la jurisprudence rendue par la CourEDH en la matière devait être transposable à l'ordre juridique suisse du fait de sa proximité avec les législations allemande et autrichienne²⁸. A l'époque, la loi suisse prévoyait en effet que l'octroi de l'autorité parentale conjointe pour les couples divorcés et non mariés était conditionné au dépôt d'une requête commune, sans qu'il n'y ait de possibilité pour le parent qui se voyait opposer un refus par l'autre de demander un contrôle par une autorité judiciaire. Afin de corriger cette situation, la Suisse fut donc indirectement obligée de modifier son Code civil, faute de quoi elle se serait exposée à une condamnation par la CourEDH²⁹. Dans l'intervalle, les autorités étaient donc tenues d'octroyer, à chaque parent qui en faisait la demande, la possibilité d'obtenir un examen de l'opportunité d'instituer l'autorité parentale conjointe malgré le refus de l'autre parent³⁰.

Finalement, le 27 mai 2014, soit quelques mois seulement avant l'entrée en vigueur du nouveau droit, la Cour de Strasbourg rendit, dans le cadre de l'affaire *Buchs contre Suisse*³¹, une décision très attendue par les autorités suisses³². Cette affaire concernait un père divorcé qui s'était vu refuser l'attribution de l'autorité parentale conjointe faute de consentement de son ex-épouse. Le père considéra que cette décision portait atteinte à son droit au respect de la vie familiale (article 8 CEDH) et qu'elle opérait une discrimination injustifiée des pères

²³ BUCHER, N 4.

²⁴ CourEDH, 03 décembre 2009, affaire *Zaunegger contre Allemagne*, n° 22028/04.

²⁵ MEIER, Arrêt *Zaunegger*, p. 246.

²⁶ CourEDH, 03 février 2011, affaire *Sporer contre Autriche*, n° 35637/05.

²⁷ CHOFFAT, p. 169.

²⁸ MEIER, *Jurisprudence*, p. 286 ; PAPAUX VAN DELDEN, *Convention européenne des droits de l'homme*, p. 37.

²⁹ PAPAUX VAN DELDEN, *Réforme critiquée*, p. 32 ; MEIER, *Jurisprudence*, p. 287 ; FF 2011 8315, 8349.

³⁰ MEIER, Arrêt *Zaunegger*, p. 256 ; PAPAUX VAN DELDEN, *Réforme critiquée*, p. 32.

³¹ CourEDH, 27 mai 2014, affaire *Buchs contre Suisse*, n° 9929/12.

³² CHOFFAT, pp. 169-170.

divorcés fondée sur le sexe (article 14 CEDH combiné à l'article 8 CEDH). Bien que la Cour n'apportât pas de réponse à la question de savoir si l'absence de consentement des deux parents au maintien de l'autorité parentale conjointe suffisait à refuser l'exercice conjoint de cette autorité parentale³³, elle considéra que « *the exclusion of shared parental authority where one of the parents opposes it also falls within the margin of appreciation [of the Member States]* (...) »³⁴. Elle releva également que le fait de devoir déposer une requête commune afin de maintenir l'autorité parentale conjointe après le divorce ne reposait pas sur une distinction basée sur le sexe³⁵. Finalement, elle conclut que les pères divorcés ne pouvaient pas invoquer une violation des articles 8 et 14 CEDH pour obtenir l'autorité parentale conjointe indépendamment d'une requête commune.

Quoi qu'il en soit, comme cela faisait déjà un petit moment que la plupart des législations européennes avaient érigé l'autorité parentale conjointe en principe, aussi bien pour les parents divorcés que pour les parents non mariés, et que le besoin de rétablir l'égalité des sexes en matière d'autorité parentale se faisait de plus en plus ressentir, le Conseil fédéral proposa, le 16 novembre 2011, soit plus de sept ans après le dépôt du postulat WEHRLI, de modifier le Code civil suisse afin de faire de l'autorité parentale conjointe la règle, indépendamment de l'état civil des parents. Le Parlement accepta cette proposition le 21 juin 2013 et la réforme entra en vigueur le 1^{er} juillet 2014³⁶.

III. Autorité parentale : notion, conditions et contenu

3.1 Notion

La notion d'autorité parentale, régie aux articles 296 et suivants du Code civil suisse, n'étant pas définie par la loi, il n'est pas aisé de l'appréhender de manière précise. Le Code civil se borne en effet uniquement à décrire son but et son contenu.

Plus qu'un droit, l'autorité parentale est un véritable devoir des parents de prendre les décisions qui concernent l'enfant mineur³⁷. La doctrine et la jurisprudence parlent d'un « *Pflichtrecht* »³⁸ (droit-devoir) dans le sens où l'autorité parentale « habilite et en même temps oblige ses titulaires à prendre toutes les décisions nécessaires au bon développement de l'enfant, tant que ce dernier est mineur »³⁹. Peut-être que le législateur aurait donc dû privilégier la notion de « responsabilité parentale », telle que définie par l'article 1 § 2 de la Convention de La Haye de 1996 relative à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection de l'enfant (CLaH96)⁴⁰, afin de mieux refléter l'obligation qu'ont les parents de prendre les décisions relatives à leurs enfants.

En prévoyant que « l'autorité parentale sert le bien de l'enfant », l'article 296 alinéa 1 CC énonce sans détour le but de l'autorité parentale et met en évidence le fait que c'est le principe

³³ BLEICKER, p. 4.

³⁴ Arrêt *Buchs contre Suisse*, par. 55.

³⁵ BLEICKER, p. 4.

³⁶ GUILLOD, Droit des familles, 5^e éd., N 238.

³⁷ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 554.

³⁸ HEGNAUER, Kindesrechts, p. 180.

³⁹ GUILLOD, Droit des familles, 5^e éd., N 244.

⁴⁰ RS 0.211.231.011.

du bien de l'enfant qui doit impérativement dicter l'exercice de l'autorité parentale⁴¹. En faisant de l'autorité parentale conjointe la règle, indépendamment de l'état civil des parents, le législateur est donc parti du principe que le bien de l'enfant commandait toujours que ses deux parents prennent ensemble les décisions le concernant, sans voix prépondérante⁴².

La réforme ayant conduit à une certaine confusion des concepts légaux gravitant autour de l'autorité parentale, il est important de distinguer la notion d'autorité parentale, des notions de droit de garde (« *Obhut* »), de garde de fait (« *die faktische Obhut* ») et de droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Avant la réforme du 1^{er} juillet 2014, le droit de garde, qui faisait partie intégrante de l'autorité parentale, comprenait le droit de déterminer le mode d'encadrement quotidien de l'enfant (« *die faktische Obhut* ») ainsi que le droit de déterminer son lieu de résidence⁴³. Depuis la réforme du 1^{er} juillet 2014, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant est devenu une composante à part entière de l'autorité parentale. La notion de garde se limite donc désormais à la seule « garde de fait » (« *die faktische Obhut* »), c'est-à-dire à la prise en charge quotidienne, aux soins et à l'éducation courante de l'enfant⁴⁴.

En résumé, nous pouvons retenir que l'autorité parentale est « une institution constituée d'un faisceau de responsabilités et de pouvoirs dont l'étendue varie en fonction de plusieurs facteurs, soit en particulier de l'âge et de la maturité de l'enfant »⁴⁵.

3.2 Conditions de détention

Afin de pouvoir détenir l'autorité parentale, les parents doivent avoir un lien de filiation avec l'enfant, ce qui signifie que seuls les parents juridiques de l'enfant peuvent être détenteurs de l'autorité parentale⁴⁶. Pour la mère, ce lien de filiation découle de plein droit de la naissance de l'enfant (article 252 alinéa 1 CC), mais peut aussi découler de l'adoption (articles 264 ss CC). Pour le père, il découle, de la présomption de paternité fondée sur le mariage d'avec la mère (article 255 alinéa 1 CC), de la reconnaissance (articles 260 ss CC), d'un jugement de paternité (articles 261 ss CC) ou d'une adoption (articles 264 ss CC).

Les parents doivent également avoir l'exercice des droits civils pour pouvoir exercer l'autorité parentale⁴⁷. Les mineurs et les personnes sous curatelle de portée générale ne peuvent par conséquent pas détenir l'autorité parentale (article 296 alinéa 3 phrase 1 CC). Toutefois, lorsque les parents mineurs deviennent majeurs, l'autorité parentale leur revient systématiquement (article 296 alinéa 3 phrase 2 CC). En revanche, lorsque la curatelle de portée générale est levée, le parent ne se voit pas automatiquement octroyer l'autorité parentale puisque l'article 296 *in fine* CC prévoit que l'autorité de protection de l'enfant statue sur l'attribution de l'autorité parentale en fonction du bien de l'enfant.

⁴¹ DUPONT *et al.*, N 150.

⁴² FF 2011 8315, 8339.

⁴³ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 576.

⁴⁴ BUCHER, N 83 ; VAERINI, p. 130.

⁴⁵ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 554.

⁴⁶ BSK CC-SCHWENZER/COTTIER, 6^e éd., CC 296 N 9.

⁴⁷ HELLE, art. 133 et 134 CC, N 41.

3.3 Contenu

C'est surtout le contenu de l'autorité parentale, tel que défini aux articles 301 et suivants de Code civil, qui permet de véritablement appréhender cette notion.

L'autorité parentale comprend tout d'abord le droit de déterminer les soins à donner à l'enfant (article 301 alinéa 1 CC), c'est-à-dire les soins médicaux, l'alimentation, l'habillement, l'attention, l'affection et la surveillance⁴⁸. L'autorité parentale porte ensuite sur le droit de prendre des décisions au nom de l'enfant (article 301 alinéa 1 CC) ainsi que sur le droit de déterminer son lieu de résidence (article 301a CC). Les parents se doivent aussi de définir l'éducation des enfants (article 302 CC), y compris leur éducation religieuse (article 303 CC). La loi laisse une grande autonomie aux parents en la matière tout en réservant leurs facultés et leurs moyens. Il incombe également aux parents de représenter les enfants à l'égard des tiers (article 304 ss CC) puisque les enfants n'ont pas l'exercice des droits civils et qu'ils « ne peuvent contracter une obligation ou renoncer à un droit qu'avec le consentement de leur représentant légal » (article 19 alinéa 1 CC)⁴⁹. Enfin, les parents sont tenus d'administrer les biens des enfants avec soin (articles 318 ss CC).

Bien que le contenu de l'autorité parentale soit relativement vaste, l'article 301 alinéa 1 *in fine* CC prévoit que les parents sont tenus d'agir en fonction du bien de l'enfant et de sa capacité civile lorsqu'ils prennent des décisions qui le concernent. Dans ce sens, l'article 301 alinéa 2 CC prévoit d'ailleurs que les parents « accordent [à l'enfant] la liberté d'organiser sa vie selon son degré de maturité et tiennent compte autant que possible de son avis pour les affaires importantes ». L'article 305 alinéa 1 CC rappelle également que « 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 ».

IV. L'autorité parentale avant la réforme du 1^{er} juillet 2014

Avant la réforme du 1^{er} juillet 2014, l'attribution de l'autorité parentale dépendait de l'état civil des parents au moment de la naissance de l'enfant. Les parents n'étaient en effet pas traités de la même manière selon qu'ils soient mariés, célibataires, séparés ou divorcés. Ce chapitre vise donc à dresser un panorama de la situation qui prévalait avant la réforme ainsi qu'à déterminer en quoi cette situation n'était pas satisfaisante.

4.1 Pour les parents mariés

D'après l'article 297 alinéa 1 aCC, les parents mariés exerçaient l'autorité parentale en commun. Le juge pouvait toutefois décider de l'attribuer à un seul des parents en cas de suspension de la vie commune ou de séparation de corps (article 297 alinéa 2 aCC). L'autorité de protection de l'enfant pouvait également décider d'attribuer l'autorité parentale à un seul des parents si celle-ci était retirée à l'autre sur la base des articles 311 et 312 aCC⁵⁰. A la requête de son conjoint, un des époux pouvait aussi se voir retirer tout ou partie de ses pouvoirs lorsqu'il se montrait incapable d'exercer son droit de représenter l'union conjugale

⁴⁸ DUPONT *et al.*, N 153.

⁴⁹ DUPONT *et al.*, N 153.

⁵⁰ FF 2011 8315, 8320.

(article 174 alinéa 1 aCC). Dans un tel cas, l'autre époux était tenu de prendre seul les décisions importantes pour le bien de l'enfant.

4.2 Pour les parents divorcés

En cas de divorce, l'autorité parentale était en principe attribuée par le juge à un seul des parents (article 133 alinéa 1 aCC). Il tenait compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant, d'une éventuelle requête commune de leur part et autant que possible de l'avis de l'enfant afin de déterminer lequel des parents devait se voir attribuer l'autorité parentale exclusive (article 133 alinéa 2 aCC). A titre exceptionnel, le juge pouvait cependant maintenir l'autorité parentale conjointe à condition que les parents soient d'accord et qu'ils présentent une requête commune allant dans ce sens-là, qu'elle soit compatible avec le bien de l'enfant et qu'ils soumettent à ratification du juge une convention déterminant leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci (article 133 alinéa 3 aCC).

L'autorité parentale conjointe post-divorce ne découlait par conséquent pas directement de la loi et nécessitait l'accord des deux parents. Il était en effet exclu que l'autorité parentale soit exercée conjointement lorsque seulement un des parents le souhaitait car le législateur ne voulait pas que l'autorité parentale conjointe puisse être attribuée contre la volonté de l'un d'eux⁵¹. Selon lui, cela aurait été contraire au but de l'autorité parentale conjointe et aurait risqué de mettre en péril le succès d'une telle mesure⁵². Le juge était en outre tenu de vérifier que la volonté de maintenir l'autorité parentale conjointe ait bien été conçue en commun et qu'elle corresponde à la volonté libre et éclairée des parents⁵³.

Le juge devait également s'assurer de la compatibilité de l'autorité parentale conjointe avec le bien de l'enfant et décidait de l'instaurer uniquement si elle pouvait servir ses intérêts, ces derniers primant sur ceux de ses parents⁵⁴. Le juge devait ainsi tenir compte de l'âge, du sexe, du degré de maturité de l'enfant ainsi que de sa religion⁵⁵. Il devait également vérifier les capacités personnelles de chaque parent à s'occuper de l'enfant ainsi que leur aptitude à coopérer et à collaborer ensemble⁵⁶.

Concernant la convention, qui était soumise à ratification du juge, les parents devaient se mettre d'accord sur leurs contributions personnelles et pécuniaires en faveur de l'enfant⁵⁷. Ils devaient déterminer précisément le temps que chacun allait consacrer à l'enfant en tenant compte de leurs possibilités de logement, de leur activité professionnelle et de leur situation patrimoniale⁵⁸. Les parents devaient aussi se mettre d'accord sur une éventuelle garde alternée ou désigner chez qui l'enfant allait continuer de vivre. Concernant les frais d'entretien, la répartition était fixée en fonction de la participation des parents à la prise en charge⁵⁹. Le parent ne vivant pas avec l'enfant devait donc s'engager à verser des pensions mensuelles à

⁵¹ CR CC-LEUBA/BASTONS BULLETTI, CC 133 N 28 ; HÄFELI, p. 191 ; PAQUIER/SANDOZ, N 257.

⁵² PAQUIER/SANDOZ, N 257.

⁵³ BSK CC-BREITSCHMID, 4^e éd., CC 133 N 21 ; AMREIN/GULER/HÄFELI, p. 168.

⁵⁴ CR CC-LEUBA/BASTONS BULLETTI, CC 133 N 38.

⁵⁵ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4^e éd., N 481.

⁵⁶ MICHELI *et al.*, N 263.

⁵⁷ CR CC-LEUBA/BASTONS BULLETTI, CC 133 N 31.

⁵⁸ CR CC-LEUBA/BASTONS BULLETTI, CC 133 N 33.

⁵⁹ FF 1974 II 1, 164.

l'autre parent. La convention devait par ailleurs préciser le montant mensuel de la contribution d'entretien ainsi qu'en définir les bases de calcul⁶⁰.

4.3 Pour les parents non mariés

Jusqu'au 30 juin 2014, lorsque les parents n'étaient pas mariés ensemble au moment de la naissance de l'enfant, l'autorité parentale était attribuée *ex lege* à la mère (article 298 alinéa 1 aCC) et ce, même si les parents vivaient en ménage commun⁶¹. Le législateur justifia cela par le fait que les enfants nés hors mariage étaient le plus souvent élevés par leur mère et que leur lien de filiation était créé automatiquement par la naissance⁶².

Si la mère était mineure, décédée, sous curatelle de portée générale ou si elle s'était vue retirer l'autorité parentale, l'autorité de protection de l'enfant pouvait décider de transférer l'autorité parentale au père ou nommer un tuteur en fonction de ce que commandait le bien de l'enfant (article 298 alinéa 2 aCC). Selon la doctrine, la possibilité d'attribuer l'autorité parentale au père constituait une simple concession faite à la famille et non pas une préférence donnée à cette dernière⁶³. La seule existence d'un lien de filiation avec le père ne constituait en effet pas une garantie suffisante⁶⁴. C'est ainsi que la mise sous tutelle était préférée lorsque la mère était mineure, interdite ou qu'elle s'était vue retirer l'autorité parentale en raison de son inexpérience ou de son inaptitude, l'idée étant de lui permettre de retrouver l'autorité parentale une fois l'âge de la majorité atteint, l'interdiction levée ou la cause du retrait disparue⁶⁵. En cas de décès de la mère, l'enfant était mis sous autorité parentale de son père seulement s'il avait tissé avec lui des liens suffisamment étroits⁶⁶. Dans le cas contraire, un tuteur était nommé à l'enfant. Les situations dans lesquelles l'autorité parentale était attribuée au père étaient donc plutôt rares.

Toutefois, tout comme pour les parents divorcés, les parents non mariés pouvaient se voir accorder l'autorité parentale conjointe si cela était compatible avec le bien de l'enfant (article 298a alinéa 1 *ab initio* aCC). L'exercice de l'autorité parentale conjointe n'étant pas automatique pour les parents non mariés, ces derniers étaient tenus de déposer une requête commune auprès du juge de l'autorité de protection de l'enfant. Dans le cadre de leur requête conjointe, les parents devaient soumettre à ratification du juge une convention déterminant leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci (article 298a alinéa 1 *in fine* aCC). Cette convention devait détailler l'engagement en pourcentage ou en jours de chaque parent à la prise en charge de l'enfant ainsi que le montant des cotisations d'entretien⁶⁷. La convention était ensuite ratifiée par le juge si elle était claire, complète, pas manifestement inéquitable et si elle correspondait à la volonté libre et éclairée des parents⁶⁸. Il est important de préciser que les parents n'avaient pas besoin de vivre en ménage commun pour se voir attribuer l'autorité parentale conjointe⁶⁹, puisque l'idée était de garantir une certaine cohérence avec l'article 133 alinéa 3 aCC.

⁶⁰ CR CC-LEUBA/BASTONS BULLETTI, CC 133 N 37.

⁶¹ CR CC I-VEZ, CC 298 N 1.

⁶² FF 1974 II 1, 76.

⁶³ CR CC I-VEZ, CC 298 N 2.

⁶⁴ CR CC I-VEZ, CC 298 N 2.

⁶⁵ MEIER, Sort de l'enfant, p. 67 ; HEGNAUER, Ledigen Mutter, p. 100 ; CR CC I-VEZ, CC 298 N 3.

⁶⁶ BSK CC-SCHWENZER, 4^e éd., CC 298 N 6.

⁶⁷ GLOOR, pp. 222 ss.

⁶⁸ AMREIN/GULER/HÄFELI, p. 100.

⁶⁹ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4^e éd., N 475.

4.4 Pour les parents séparés

Comme déjà évoqué précédemment (*supra* 4.1), le juge pouvait décider, sur la base l'article 297 alinéa 2 aCC, de confier l'autorité parentale à un seul des parents en cas de suspension de la vie commune ou de séparation de corps.

Selon la doctrine et la jurisprudence, l'attribution exclusive de l'autorité parentale devait toutefois rester exceptionnelle dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, ces dernières ayant précisément pour but de sauvegarder l'union conjugale et non de la dissoudre⁷⁰. Dans un arrêt datant du 29 juin 2009 le Tribunal fédéral indiqua d'ailleurs très clairement que la suppression de l'autorité parentale conjointe ne pouvait se justifier que si les conditions essentielles pour une responsabilité commune des parents n'étaient plus données et que le bien de l'enfant l'exigeait⁷¹. Puis de préciser, dans un arrêt du 12 novembre 2012, qu'il ne suffisait pas que les parents entretiennent des relations conflictuelles ensuite de la séparation pour que le juge puisse faire application de l'article 297 alinéa 2 aCC⁷².

En revanche, dans le cadre de la séparation de corps, l'attribution de l'autorité parentale par le juge à un seul parent était la règle, compte tenu du fait que cette institution « était conçue dans une large mesure comme une solution alternative ou préalable au divorce »⁷³. Si le juge décidait de maintenir l'autorité parentale conjointe, les conditions de l'article 133 alinéa 3 aCC n'avaient toutefois pas à être respectées, la formulation de l'article 297 alinéa 2 aCC laissant en effet le choix au juge d'attribuer l'autorité parentale à l'un des parents ou de l'attribuer aux deux⁷⁴.

Les parents séparés de fait, c'est-à-dire vivant séparément mais sans qu'un jugement n'ait constaté cette situation, conservaient, quant à eux, l'exercice commun de l'autorité parentale⁷⁵. Si l'enfant était en danger, l'autorité de protection de l'enfant pouvait néanmoins prendre une mesure de protection de l'enfant et éventuellement retirer l'autorité parentale aux parents (articles 307 ss aCC)⁷⁶.

4.5 Critiques de cet ancien système

Bien que la réforme du droit du divorce du 1^{er} janvier 2000 ait permis aux parents non mariés et aux parents divorcés d'obtenir, respectivement de maintenir, l'autorité parentale conjointe sur requête commune, plusieurs critiques peuvent néanmoins être formulées à son encontre.

4.5.1 Discrimination à l'égard des pères

Comme nous l'avons vu précédemment (*supra* 4.3), lorsque les parents n'étaient pas mariés au moment de la naissance, la mère acquérait de plein droit l'autorité parentale sur l'enfant alors que le père ne pouvait l'obtenir que si la mère était mineure, décédée, sous curatelle de

⁷⁰ CR CC I-VEZ, CC 297 N 9 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_456/2009 du 28 septembre 2009, consid. 3.1.

⁷¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_271/2009 du 29 juin 2009, consid. 5.1.

⁷² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_271/2012 du 12 novembre 2012, consid. 2.1.

⁷³ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4^e éd., N 461.

⁷⁴ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4^e éd., N 461.

⁷⁵ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 4^e éd., N 462.

⁷⁶ GUILLOD, Droit des familles, 2^e éd., N 640.

portée générale ou si elle s'était vue retirer l'autorité parentale et pour autant qu'un tuteur n'ait pas été nommé à l'enfant. On peut par conséquent déjà dire, à ce stade de la réflexion, que les pères non mariés étaient relayés au second plan et que l'égalité des sexes n'était clairement pas garantie en matière d'autorité parentale.

Nous avons cependant vu que les pères non mariés pouvaient obtenir l'autorité parentale conjointe moyennant une requête commune. Cela signifie que l'exercice conjoint de l'autorité parentale était conditionné au consentement des mères et qu'à défaut de ce dernier, les pères étaient totalement privés de la possibilité d'exercer l'autorité parentale sur leurs enfants et de prendre part aux décisions concernant leur éducation⁷⁷. En tant que parent non détenteur de l'autorité parentale, les pères pouvaient tout au plus entretenir des relations personnelles avec leurs enfants (article 273 alinéa 1 aCC), être informés des événements particuliers survenant dans leur vie (article 275a alinéa 1 aCC) et obtenir des renseignements sur leur état et leur développement (article 275a alinéa 2 aCC). Ce qui peut toutefois surprendre c'est le fait que les pères étaient quand même tenus de participer à l'entretien des enfants, au même titre que s'ils avaient pu obtenir l'autorité parentale⁷⁸.

Les pères divorcés se trouvaient exactement dans la même situation que les pères non mariés puisque l'exercice conjoint de l'autorité parentale post-divorce nécessitait une requête commune des parents et était conditionné au consentement des mères. Bien que l'article 133 alinéa 1 aCC eût permis aux juges d'attribuer l'autorité parentale exclusive aux pères, cette possibilité n'était que très peu utilisée en pratique car les juges l'attribuaient le plus souvent au parent qui avait consacré le plus de temps à l'enfant durant la vie conjugale, c'est-à-dire à la mère dans la grande majorité des cas⁷⁹. Selon les chiffres de l'Office fédéral de la statistique, l'autorité parentale a par exemple été attribuée 7'776 fois (50.6%) aux mères en 2010 contre seulement 580 fois (3.8%) aux pères⁸⁰. Le Tribunal fédéral indiqua d'ailleurs très clairement, dans un arrêt du 4 mars 2010, que même si le juge ne pouvait pas se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en avait eu la garde pendant la procédure, ce critère jouissait d'un poids particulier⁸¹.

Le problème réside dans le fait que cette position de force dans laquelle se trouvaient les mères leur permettait de faire échec à l'exercice conjoint de l'autorité parentale sans motif ou pour des motifs incompatibles avec le bien de l'enfant⁸². Cette situation leur permettait également de négocier leur accord à l'autorité parentale conjointe contre un certain nombre d'avantages, comme des contributions d'entretien plus élevées par exemple⁸³.

Le fait que l'autorité parentale conjointe, pour les couples divorcés et non mariés, dépende à ce point-là du bon vouloir des mères était donc très clairement contraire à l'égalité hommes-femmes et créait une discrimination injustifiée à l'égard des pères⁸⁴. Certains auteurs, comme Alexandra RUMO-JUNGO, parlent même d'un « quasi droit de veto » dont disposaient les mères pour s'opposer à l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁸⁵.

⁷⁷ FF 2011 8315, 8325.

⁷⁸ FF 2011 8315, 8325.

⁷⁹ FF 2011 8315, 8326.

⁸⁰ Annexe 1.

⁸¹ ATF 136 I 178, consid. 5.3.

⁸² DUPONT *et al.*, N 136.

⁸³ CONSEIL FEDERAL, Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénale (art. 220), janvier 2009, p. 6 ; RUMO-JUNGO, N 9.

⁸⁴ PAPAUX VAN DELDEN, Réforme critiquée, p. 32.

⁸⁵ RUMO-JUNGO, N 9.

Pour finir, nous pouvons relever le fait que l'ancien droit écartait les pères de leur statut de représentant et d'éducateur de l'enfant et les relayait à un rôle de « visiteur-payeur », ce qui avait pour conséquence de les éloigner de leurs enfants⁸⁶. Les pères qui auraient aimé conserver une relation intacte avec leurs enfants pouvaient en effet en être privés du seul fait que leur relation avec la mère n'était pas forcément au beau fixe⁸⁷. En définitive, cette situation était donc non seulement dommageable aux pères qui se sentaient dévalorisés par rapport à l'autre parent et qui se déresponsabilisaient par rapport à leurs enfants mais elle l'était encore plus pour les enfants dont le développement risquait d'être durablement et gravement compromis⁸⁸.

4.5.2 Discrimination à l'égard des couples non mariés

La deuxième critique que nous pouvons faire à l'égard de l'ancienne législation tient au fait qu'elle stigmatisait les couples non mariés⁸⁹. Les parents non mariés étaient en effet tenus de démontrer à l'autorité de protection de l'enfant que l'intérêt de ce dernier justifiait l'attribution de l'autorité parentale conjointe et devaient soumettre une convention détaillée déterminant leur participation à la prise en charge de l'enfant et à la répartition des frais d'entretien de celui-ci. Une telle contrainte n'était en revanche pas exigée des parents mariés qui étaient libres de se partager la prise en charge de l'enfant et les frais d'entretien de ce dernier sans que l'autorité ne vienne vérifier qu'une telle répartition soit conforme au bien de l'enfant⁹⁰.

Une telle différence de traitement par rapport aux couples mariés ne se justifiait donc pas, et encore moins lorsque les parents non mariés vivaient en concubinage, c'est-à-dire dans une situation de fait analogue à celle des parents mariés. Comme déjà évoqué précédemment (*supra* 2.1), une telle méfiance de la part du législateur était par ailleurs souvent mal vécue par les concubins qui avaient le sentiment d'être de moins bons parents que les parents mariés. A titre d'exemple, le Tribunal fédéral déclara expressément, dans un arrêt datant du 26 janvier 2005, que le fait que le père ait fait vie commune avec la mère depuis 13 ans sans interruption, qu'il ait reconnu l'enfant avant la naissance et qu'il s'en soit occupé avec la mère dans une relation harmonieuse ne changeait rien au fait que l'exercice conjoint de l'autorité parentale était subordonné à une décision de l'autorité de protection⁹¹.

4.5.3 Traitement inégal entre la séparation et le divorce

Comme déjà évoqué ci-dessus (*supra* 4.4), le juge pouvait décider de maintenir l'autorité parentale conjointe dans le cadre de la séparation sans que les conditions de l'article 133 alinéa 3 aCC n'aient à être remplies par les parents. Dès lors que cette institution était souvent utilisée par les parties comme une étape préalable au divorce, il aurait fallu, afin de garantir une certaine cohérence entre l'article 297 alinéa 2 et l'article 133 alinéa 3 aCC, que les parents séparés soient tenus, tout comme les parents divorcés, de déposer une requête commune ou que le juge du divorce puisse décider de maintenir l'autorité parentale conjointe

⁸⁶ STETTLER, Divorce, pp. 49 et 54 ; STAUB/HAUSHEER/FELDER, p. 537.

⁸⁷ Postulat WEHRLI 04.3250, BO CN 2005 454.

⁸⁸ CONSEIL FEDERAL, Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénale (art. 220), janvier 2009, p. 6.

⁸⁹ FF 2011 8315, 8326.

⁹⁰ FF 2011 8315, 8326.

⁹¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5C.265/2004 du 26 janvier 2005, consid. 2.

même en l'absence d'une telle requête des parents. Il est en effet difficile de comprendre pourquoi l'exercice de l'autorité parentale devait changer au moment du divorce à proprement parler, surtout lorsque les parents étaient restés séparés pendant de nombreuses années tout en conservant l'autorité parentale conjointe sans que cela ne donne lieu à des difficultés particulières⁹².

4.5.4 Le bien de l'enfant insuffisamment pris en compte

De nombreux spécialistes ont démontré que les enfants avaient besoin d'entretenir des relations personnelles étroites avec leurs deux parents afin de se développer harmonieusement et que leurs intérêts étaient mieux servis lorsque les parents partageaient une responsabilité commune⁹³. Or, l'ancienne législation qui préconisait l'autorité parentale exclusive comme règle et qui faisait dépendre l'exercice conjoint de l'autorité parentale du bon vouloir des mères ne prenait pas suffisamment en compte cet aspect-là et avait plus pour conséquence d'éloigner les enfants de leur père que de maintenir une relation intacte avec eux. Dans les faits, cela revenait donc pour les enfants à perdre un de leurs parents⁹⁴.

Nous pouvons également relever le fait que le bien de l'enfant était tout au plus pris en considération lorsqu'un des parents mariés était incapable de s'occuper de l'enfant et de son éducation et qu'il convenait donc de lui retirer l'exercice conjoint de l'autorité parentale⁹⁵.

Dans le cadre du divorce, ce n'était que lorsqu'il y avait accord préalable entre les parents que le bien de l'enfant était pris en considération et qu'on se demandait si c'était dans son intérêt que l'autorité parentale soit exercée en commun⁹⁶. Faute de requête commune, la question ne se posait donc même pas de savoir s'il aurait été mieux pour l'enfant que l'autorité soit exercée en commun par ses parents. Dans un arrêt du 27 mai 2005, le Tribunal fédéral indiqua d'ailleurs expressément que l'autorité parentale commune ne pouvait être maintenue après le divorce que sur requête commune des parents et que, même dans l'hypothèse où cette solution aurait été compatible avec l'intérêt de l'enfant, il n'existait pas de droit au maintien de l'autorité parentale commune après le divorce⁹⁷.

Pour les parents non mariés, la situation était identique puisqu'en l'absence de requête commune des parents, l'autorité parentale ne pouvait pas être exercée conjointement, quand bien même cela aurait été plus bénéfique à l'enfant. Pour rappel, la CourEDH déclara d'ailleurs très clairement, dans les arrêts *Zaunegger contre Allemagne* et *Sporer contre Autriche*, que l'absence d'examen du bien de l'enfant lorsque la mère s'opposait à l'exercice conjoint de l'autorité parentale était contraire aux principes du respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH) et d'interdiction de discrimination (article 14 CEDH). De surcroît, comme nous l'avons vu précédemment (*supra* 4.3), afin de permettre à la mère mineure, interdite ou déchue de l'autorité parentale de pouvoir la récupérer plus tard, l'enfant était le plus souvent mis sous tutelle alors même qu'il aurait peut-être été dans son intérêt que l'autorité parentale soit attribuée à son père.

⁹² PICHONNAZ/FOUNTOULAKIS, p. 19 ; STETTLER, Divorce, p. 66.

⁹³ CONSEIL FEDERAL, Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénale (art. 220), janvier 2009, p. 5 ; CR CC I-VEZ, CC 298a N 1.

⁹⁴ FF 2011 8315, 8325.

⁹⁵ FF 2011 8315, 8325.

⁹⁶ STETTLER, Divorce, p. 54.

⁹⁷ Arrêt du Tribunal fédéral 5C_77/2005 du 27 mai 2005, consid. 2.3.5.

En conclusion, et comme l'a dit Anne REISER, l'enfant dont les parents n'étaient pas mariés ou ne l'étaient plus était relégué « au rang de budget qu'on visite de temps en temps sans même pouvoir s'assurer qu'il est tenu »⁹⁸. Cette situation était par conséquent très clairement contraire à son droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux (article 7 alinéa 1 Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDE)⁹⁹) ainsi qu'à son droit d'entretenir des relations avec chacun d'eux malgré que la relation conjugale ait été rompue¹⁰⁰.

4.5.5 Les conflits entre les parents renforcés

L'autorité parentale étant une notion difficile à saisir, elle était souvent mal comprise par les parents qui la considéraient plus comme un droit de possession sur leurs enfants et comme un pouvoir de décider de leur avenir plutôt que comme un « droit-devoir » visant à favoriser leur bien-être. L'autorité parentale était par conséquent perçue par les parents comme un aspect important de leur relation avec l'enfant pour lequel ils étaient prêts à se battre¹⁰¹.

Par ailleurs, chacun des parents divorcés/séparés savait pertinemment que celui qui se verrait attribuer l'autorité parentale par le juge se trouverait dans une position de supériorité par rapport à l'autre et qu'il pourrait entretenir des relations étroites avec son enfant. *A contrario*, ils savaient aussi que le parent déchu de l'autorité parentale se retrouverait privé de ses prérogatives liées à son statut de parent et qu'il ne pourrait entretenir avec son enfant que des relations épisodiques¹⁰². Et puis, il y avait aussi et surtout des motifs financiers derrière l'autorité parentale car les parents savaient que celui qui se verrait attribuer l'autorité parentale et la garde obtiendrait une contribution d'entretien de la part de l'autre¹⁰³.

Tout cela avait donc pour conséquence d'engager les parents dans un conflit de pouvoir¹⁰⁴. Anne REISER parle même d'un « enfant trophée » que les parents se battaient pour obtenir et qu'il fallait à tout prix gagner¹⁰⁵. Dans le même sens, Martin STETTLER explique que « trop de parents abordaient encore la question de l'attribution de l'autorité parentale dans la même perspective et le même état d'esprit que celui qui les anime lorsqu'il s'agit de défendre des intérêts de nature pécuniaire, toute concession étant *a priori* interprétée dans le sens d'une perte de pouvoir, si ce n'est d'une marque de faiblesse »¹⁰⁶.

Pour les parents non mariés, la situation n'était guère plus satisfaisante puisqu'en plaçant les mères dans une position de supériorité et en leur permettant de faire obstacle à l'exercice conjoint de l'autorité parentale, les pères se sentaient rejetés de la vie de leurs enfants et ressentaient ce refus comme une punition, ce qui ne faisait qu'aggraver les conflits parentaux.

⁹⁸ REISER, *Autorité parentale*, p. 206.

⁹⁹ RS 0.107, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997.

¹⁰⁰ Le droit pour un enfant et son parent d'être ensemble constitue un élément fondamental du droit au respect de la vie privée et familiale (article 8 CEDH) ; REISER, *Autorité parentale*, pp. 206 ss.

¹⁰¹ PICHONNAZ, p. 24.

¹⁰² MANAI, p. 198.

¹⁰³ Annexe 6, question 2.

¹⁰⁴ REISER, *Autorité parentale*, p. 230.

¹⁰⁵ REISER, *Autorité parentale*, p. 215.

¹⁰⁶ STETTLER, *Divorce*, p. 51.

En faisant de l'autorité parentale exclusive la règle, l'ancien droit ne faisait donc qu'exacerber les conflits entre les parents qui voulaient à tout prix obtenir l'autorité parentale sur leurs enfants.

4.6 Statistiques et bilan de la pratique

En conclusion de cette partie sur l'autorité parentale avant la réforme du 1^{er} juillet 2014, nous pouvons dire que l'ancien droit ne correspondait plus du tout à la réalité sociétale et qu'il était urgent qu'un changement législatif intervienne¹⁰⁷.

Nous pouvons en effet constater que l'ancien droit se fondait sur un modèle de famille nucléaire dépassé à l'heure où les divorces et les naissances d'enfants hors mariage ne faisaient qu'augmenter. A ce propos, les données de l'Office fédéral de la statistique montrent que le nombre d'enfants nés de parents célibataires est passé de 7'009 en 2000 à 12'621 en 2010¹⁰⁸ et que le nombre de divorces n'a fait qu'augmenter depuis les années 1970 puisqu'un mariage sur deux se finit aujourd'hui en divorce¹⁰⁹.

Nous pouvons également dire que l'ancien droit ne tenait pas suffisamment compte du fait que de plus en plus de parents non mariés et divorcés optaient pour l'autorité parentale conjointe¹¹⁰. Selon les chiffres de l'Office fédéral de la statistique, la part d'enfants de parents divorcés sous autorité parentale conjointe est par exemple passée de 15% en 2000 à 45% en 2010¹¹¹.

Pour finir, nous pouvons relever le fait que la législation ne prenait pas en considération le désir grandissant des pères de jouer un rôle plus actif dans la prise en charge et l'éducation de leurs enfants¹¹². D'ailleurs, selon l'étude empirique PNR 52, menée par Andrea BÜCHLER, Heidi SIMONI et Linus CANTIENI, il a été démontré que lorsque l'autorité parentale était détenue exclusivement par la mère, 62% des pères souhaitaient qu'elle soit exercée conjointement et que lorsque l'autorité parentale conjointe était maintenue, 91% des pères étaient satisfaits de la situation¹¹³.

V. La réforme du 1^{er} juillet 2014

5.1 Eléments nouveaux et critiques

5.1.1 L'autorité parentale conjointe comme règle, indépendamment de l'état civil des parents

Afin de rétablir l'égalité de traitement entre les pères et mères ainsi qu'entre les couples mariés, divorcés, séparés et non mariés, le Conseil fédéral a décidé de faire de l'autorité parentale conjointe la règle, indépendamment de l'état civil des parents, l'idée étant de créer

¹⁰⁷ CHOFFAT, p. 174.

¹⁰⁸ Annexe 2.

¹⁰⁹ Annexe 3.

¹¹⁰ Annexe 1 pour les parents divorcés ; Annexe 4 pour les parents non mariés.

¹¹¹ Annexe 1.

¹¹² DUPONT *et al.*, N 136 ; PICHONNAZ, p. 17.

¹¹³ CANTIENI/BÜCHLER/SIMONI, p. 211.

une coparentalité, c'est-à-dire de substituer au couple conjugal le couple parental censé exister indépendamment de toute conjugalité¹¹⁴.

Tout comme l'ancienne législation, le nouveau droit prévoit que les parents qui se sont mariés avant la naissance de l'enfant sont titulaires *ex lege* de l'autorité parentale conjointe. Bien qu'il n'existe plus de disposition légale indiquant expressément que l'autorité parentale est exercée conjointement par les parents mariés, l'article 296 alinéa 2 CC pose le principe selon lequel « l'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère »¹¹⁵. Lorsque les parents se marient après la naissance de l'enfant, le nouveau droit prévoit que l'autorité parentale est exercée en commun une fois que la paternité du mari est établie¹¹⁶.

Pour les parents divorcés, la situation a significativement changé depuis la réforme puisqu'ils continuent désormais d'exercer l'autorité parentale conjointe après le divorce sans que le dépôt d'une requête commune allant dans ce sens-là ne soit nécessaire. Ce n'est par conséquent que dans des cas exceptionnels et lorsque le bien de l'enfant le justifie que l'autorité parentale est exercée par un seul des parents (article 296 alinéa 2 et 298 alinéa 1 sur renvoi de l'article 133 alinéa 1 CC). Le paradigme a ainsi été totalement renversé et l'absence d'accord de la mère ne fait plus obstacle à l'exercice conjoint de l'autorité parentale¹¹⁷.

Selon Andreas BUCHER, le fait qu'il n'y ait pas de règle claire qui prévoit que le divorce n'a pas d'effet sur l'autorité parentale peut toutefois surprendre, surtout que cette volonté avait été clairement exprimée lors des débats parlementaires¹¹⁸. Toujours selon lui, « le nouvel article 133 alinéa 1 CC donne [même] l'impression qu'il faudrait en décider spécialement puisque le juge du divorce est invité à régler « notamment » : 1. l'autorité parentale »¹¹⁹. D'ailleurs, le Conseil fédéral a expressément indiqué, dans son Message, que le juge devait intervenir chaque fois que la question de l'autorité parentale se posait dans le cadre d'une procédure matrimoniale et qu'il devait dans tous les cas s'assurer que les conditions à l'exercice de l'autorité parentale conjointe étaient remplies¹²⁰. Dans la mesure où l'attribution de l'autorité parentale conjointe post-divorce n'est pas automatique et que la procédure est encore relativement longue, le but du législateur de rétablir l'égalité de traitement entre les couples mariés et divorcés n'a par conséquent pas été atteint.

En matière de séparation, le principe veut que l'autorité parentale soit exercée en commun par les parents et que ce ne soit que si le bien de l'enfant le commande que le juge attribue l'autorité parentale exclusive à un des parents (article 298 alinéa 1 sur renvoi des articles 176 alinéa 3 et 118 alinéa 2 CC).

Finalement, pour les parents qui ne sont pas mariés au moment de la naissance de l'enfant, le nouveau droit prévoit que l'enfant est en principe soumis à l'autorité parentale exclusive de sa mère (article 298a alinéa 5 CC). Si cette dernière est mineure ou sous curatelle de portée générale, l'autorité parentale est attribuée au père ou un tuteur est nommé à l'enfant en fonction de ce que commande son intérêt (article 298b alinéa 4 CC). Une telle situation ne

¹¹⁴ GUY-ECABERT, N 20.

¹¹⁵ CHOFFAT, p. 176.

¹¹⁶ GUILLOD, Droit des familles, 5^e éd., N 240.

¹¹⁷ CHOFFAT, p. 178.

¹¹⁸ BUCHER, N 16.

¹¹⁹ BUCHER, N 17.

¹²⁰ FF 2011 8315, 8332.

correspond dès lors pas à la volonté du législateur de faire de l'autorité parentale conjointe la règle, indépendamment de l'état civil des parents¹²¹. Le nouveau droit prévoit toutefois que l'autorité parentale conjointe peut être instituée moyennant une déclaration commune (article 298a CC), une décision de l'autorité de protection de l'enfant (article 298b CC) ou une décision du juge de l'action en paternité (article 298c CC)¹²². Il convient de préciser que l'attribution de l'autorité parentale conjointe nécessite qu'un lien de filiation soit préalablement établi entre le père et l'enfant par le biais d'une reconnaissance ou d'un jugement de paternité¹²³.

Lorsque les parents s'entendent sur le principe de l'exercice conjoint de l'autorité parentale, ils peuvent déposer une requête commune allant dans ce sens-là (article 298a alinéa 1 CC) auprès de l'officier d'état civil, lorsque la déclaration a lieu en même temps que la reconnaissance de l'enfant, ou auprès de l'autorité de protection de l'enfant, lorsqu'ils la déposent plus tard (article 298a alinéa 4 CC)¹²⁴. Dans le cadre de cette requête commune, ils doivent confirmer, en cochant une case sur un formulaire¹²⁵, « qu'ils sont disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant et qu'ils se sont entendus sur la garde de l'enfant, sur les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge ainsi que sur la contribution d'entretien » (article 298a alinéa 2 CC). Par rapport à l'ancien droit, cette déclaration commune a le mérite d'être davantage accessible car les parents n'ont plus besoin de détailler la manière dont ils se sont mis d'accord et l'autorité compétente n'a pas à déterminer si l'exercice conjoint de l'autorité parentale est conforme au bien de l'enfant. Même si la réforme a permis d'alléger les formalités pour les parents non mariés, l'autorité parentale conjointe n'a toutefois rien d'automatique et nécessite encore une requête commune de leur part. Dans ce sens-là, l'égalité de traitement entre les parents non mariés et les parents mariés n'a donc pas été rétablie.

Lorsqu'un des parents refuse de déposer une déclaration commune, l'article 298b alinéa 1 CC prévoit que « l'autre parent peut s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant du lieu de domicile de l'enfant ». C'est ensuite l'autorité de protection de l'enfant qui décide d'attribuer l'autorité parentale conjointe aux deux parents ou de l'attribuer à un seul d'entre eux en fonction de ce que commande le bien de l'enfant (article 298b alinéa 2 CC). Partant, même si le refus de la mère ne permet plus d'empêcher l'exercice conjoint de l'autorité parentale, il a quand même pour effet d'empêcher un accès facilité du père à l'autorité parentale conjointe¹²⁶. Nous pouvons par ailleurs nous poser la question de savoir s'il est vraiment dans l'intérêt de l'enfant que l'autorité parentale soit exercée conjointement « lorsqu'un parent persiste à ne pas vouloir l'exercer ou à ne pas s'en sentir capable »¹²⁷. Dans de telles circonstances, il vaudrait mieux, selon Philippe MEIER, éviter de vouloir à tout prix faire triompher les principes, surtout lorsqu'ils n'apportent rien de bon à l'enfant¹²⁸.

Pour finir, lorsque le lien de filiation est établi par une action en paternité, le nouveau droit prévoit que le juge qui connaît de cette action institue l'autorité parentale conjointe sauf si le bien de l'enfant commande qu'elle ne soit attribuée à un seul des parents (article 298c CC). Dans une telle situation, nous pouvons nous demander si le fait que le juge puisse attribuer

¹²¹ PAPAUX VAN DELDEN, Réforme critiquée, p. 35.

¹²² SPIRA, p. 158.

¹²³ CHOFFAT, p. 179.

¹²⁴ Recommandations de la COPMA, p. 3.

¹²⁵ Annexe 5 pour un exemple de formulaire.

¹²⁶ BUCHER, N 37.

¹²⁷ MEIER, Etat des lieux, p. 161.

¹²⁸ MEIER, Etat des lieux, p. 161.

l'autorité parentale aux deux parents, voire exclusivement au père alors que celui-ci a montré son désintérêt pour l'enfant en ne le reconnaissant pas, sert vraiment les intérêts de l'enfant¹²⁹. Nous pouvons par exemple penser au cas d'un père qui se verrait attribuer l'autorité parentale en commun avec la mère alors même qu'il n'aurait entretenu aucune relation concrète avec son enfant et qu'il aurait fait preuve de désintérêt à son égard pendant toute la procédure¹³⁰. En guise de conclusion, nous pouvons dire que l'exercice conjoint de l'autorité parentale a le mérite d'essayer de maintenir le couple parental et de rétablir l'égalité de traitement entre les pères et les mères. Nous pouvons toutefois critiquer le fait que la préoccupation centrale devrait avant tout porter sur le bien de l'enfant plutôt que sur une répartition égale des droits parentaux¹³¹. Andreas BUCHER considère même que le fait de « justifier l'égalité père/mère par l'intérêt de l'enfant est un faux débat » car son bien-être ne commande pas toujours que ses parents soient sur un pied d'égalité, notamment lorsqu'ils se mettent d'accord pour que l'exercice de l'autorité parentale soit attribué à un seul d'entre eux¹³². On peut par exemple penser au cas de deux parents qui se seraient mis d'accord pour que l'autorité parentale soit attribuée exclusivement à la mère, le père étant très souvent en déplacements professionnels.

Selon Philippe MEIER et Martin STETTLER, il est par ailleurs important de préciser que la réussite du couple parental ne dépend pas seulement du maintien symbolique de l'autorité parentale conjointe et que le droit à une prise en charge paritaire de l'enfant joue un rôle nettement plus important¹³³.

Nous pouvons finalement remarquer que, contrairement à la volonté initiale du législateur, l'égalité de traitement n'est pas encore totalement réalisée entre les parents mariés, non mariés et divorcés puisque, comme nous l'avons vu, l'attribution de l'autorité parentale conjointe pour les parents divorcés et non mariés n'est pas automatique alors qu'elle découle directement de la loi pour les parents mariés. De plus, les systèmes sont encore très différents entre les parents divorcés, pour lesquels la procédure est relativement longue, et les parents non mariés, pour lesquels une simple déclaration commune exprimant leur volonté d'exercer l'autorité parentale conjointe suffit.

5.1.2 L'autorité parentale exclusive comme exception

En faisant de l'autorité parentale conjointe la règle, le législateur est parti du principe que cette solution était la plus à même de défendre les intérêts de l'enfant¹³⁴. Dans un même temps, il a cependant reconnu qu'il pouvait arriver, à titre exceptionnel et lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, que le juge ou l'autorité de protection de l'enfant attribue l'autorité parentale à un seul des parents (articles 298 alinéa 1, 298b alinéa 2 et 298c CC).

Faute de critères établis par la législation justifiant l'attribution de l'autorité parentale exclusive à un des parents, le Conseil fédéral déclara, dans un premier temps, que ces critères devaient être les mêmes que ceux de l'article 311 alinéa 1 CC, à savoir l'inexpérience, la maladie, l'infirmité, l'absence, la violence, d'autres motifs analogues (chiffre 1) ou encore le fait que le parent ne se soit pas sérieusement soucié de l'enfant ou qu'il ait gravement manqué

¹²⁹ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 618 ; BUCHER, N 67.

¹³⁰ MEIER, Etat des lieux, p. 161.

¹³¹ CANTIENI/BÜCHLER/SIMONI, p. 213.

¹³² BUCHER, N 2 ; GEISER, p. 1102.

¹³³ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 608.

¹³⁴ FF 2011 8315, 8339.

à ses devoirs envers lui (chiffre 2)¹³⁵. Certains parlementaires ainsi que certains auteurs de doctrine ont toutefois considéré que l'attribution exclusive de l'autorité parentale ne devait pas seulement se limiter à ces cas de figure trop restrictifs et qu'un conflit important et durable entre les parents, des options médicales contre tout bon sens ou une opposition systématique d'un parent aux décisions de l'autre pouvaient aussi justifier l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent¹³⁶.

Finalement, un peu plus d'un an après l'introduction de la nouvelle loi, le Tribunal fédéral confirma cette position, dans un arrêt du 27 août 2015, en disant qu'un « conflit durable et grave entre les parents ou une incapacité persistante à communiquer par exemple, pouvaient justifier l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents lorsque le problème a un effet négatif sur le bien de l'enfant et que la mesure permet d'espérer une amélioration »¹³⁷. Puis de préciser quand même « qu'une certaine importance et une périodicité du conflit ou de la déficience dans la communication sont nécessaires en tous les cas ; des oppositions ou des divergences d'opinion ponctuelles [...] ne sauraient [...] servir de prétexte à l'attribution exclusive de l'autorité parentale à l'un des parents »¹³⁸. Le Tribunal fédéral indiqua également que l'allégation d'un conflit futur n'était pas suffisante pour permettre de refuser l'autorité parentale conjointe¹³⁹, pas plus que la distance géographique entre les parents¹⁴⁰. Il précisa par ailleurs que les parents n'avaient pas besoin de se voir pour exercer l'autorité parentale conjointe et que la communication pouvait se faire par écrit ou par l'intermédiaire d'un tiers¹⁴¹.

En conclusion, alors que cette exception donnait l'impression de replacer l'intérêt de l'enfant au centre de la réflexion, on peut se demander si cet objectif a réellement été atteint en pratique car les tribunaux semblent concevoir l'autorité parentale exclusive dans des cas vraiment très exceptionnels, « même lorsque le conflit est très important, général et durable et que l'on voit mal comment une autorité conjointe pourrait fonctionner au quotidien »¹⁴². D'ailleurs, certaines avocates, comme Sandrine CHIAVAZZA, Micaela VAERINI et Carole SEPPEY déplorent le fait que l'attribution de l'autorité parentale conjointe soit trop systématique¹⁴³. Selon elles, dans des situations vraiment conflictuelles où les parents ne s'entendent pas et ne parviennent pas à communiquer, le bien de l'enfant devrait commander d'attribuer l'autorité parentale à un seul des parents¹⁴⁴. Nous pouvons par exemple penser à des situations où les parents se déchirent sans arrêt, se sentent trahis, en colère l'un contre l'autre, n'arrivent pas à communiquer, à mettre de côté leurs conflits conjugaux et à discuter pour prendre des décisions réfléchies pour le bien de leur enfant.

Quoi qu'il en soit, comme l'a dit Andreas BUCHER, le Message du Conseil fédéral est un peu paradoxal car il admet qu'on puisse se départir du bien de l'enfant pour permettre aux pères

¹³⁵ FF 2011 8315, 8342.

¹³⁶ COTTIER, p. 34 ; HELLE, N 48 ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 674.

¹³⁷ ATF 141 III 472, consid. 4.6, JdT 2016 II 130.

¹³⁸ ATF 141 III 472, consid. 4.7, JdT 2016 II 130.

¹³⁹ ATF 142 III 1, consid. 3.4, JdT 2016 II 395 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_840/2016 du 30 janvier 2017, consid. 3.3.2.

¹⁴⁰ ATF 142 III 56, consid. 3 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_34/2017 du 4 mai 2017, consid. 4.1.

¹⁴¹ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_345/2016 du 17 novembre 2016, consid. 5.

¹⁴² MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 676.

¹⁴³ PASQUIER, p. 13.

¹⁴⁴ PASQUIER, p. 13.

d'avoir plus accès à l'autorité parentale mais il se sert de ce même critère pour retirer l'autorité parentale à un des parents – aux pères dans la grande majorité des cas¹⁴⁵.

5.1.3 Le critère du bien de l'enfant

Comme nous venons de le voir, les autorités sont tenues de prendre en considération le bien de l'enfant et les circonstances concrètes du cas d'espèce lorsqu'elles décident d'attribuer l'autorité parentale à un seul des parents¹⁴⁶. Ce principe est, du reste, expressément prévu par l'article 296 alinéa 1 CC qui prévoit que « l'autorité parentale sert le bien de l'enfant ». Le Conseil fédéral a par ailleurs beaucoup insisté sur le fait que la réforme devait avant tout servir le bien de l'enfant et que ce dernier devait primer sur les intérêts de ses parents¹⁴⁷. Faute de définition légale de la notion de bien de l'enfant, la jurisprudence a progressivement dégagé un certain nombre de critères à prendre en considération dans l'attribution de l'autorité parentale¹⁴⁸.

Le premier critère concerne tout d'abord la personnalité de l'enfant et la nature de ses relations avec chacun de ses parents¹⁴⁹. Les besoins d'un enfant dépendent en effet de son âge, de son sexe, de sa religion et de son degré de maturité¹⁵⁰. Il convient par ailleurs de prendre en considération le fait que l'enfant n'ait plus eu de lien avec un de ses parents depuis longtemps, le fait que ce parent ne soit apparu que tardivement dans sa vie, qu'il ne se soit jamais intéressé à lui ou encore le fait que le parent et l'enfant aient rompu tous liens depuis de nombreuses années¹⁵¹. Nous pouvons par exemple penser au cas d'un adolescent qui aurait décidé de ne plus entretenir de contact avec son père suite à un conflit insurmontable entre ses parents ou au cas d'un père qui n'aurait plus vu son enfant depuis sa naissance et qui n'aurait pas essayé de reprendre contact avec lui¹⁵².

Le second critère concerne ensuite les capacités éducatives des parents. Le fait qu'un des parents soit incapable de prendre des décisions adéquates et raisonnables pour son enfant, qu'il n'ait pas les capacités éducatives suffisantes en raison d'une faiblesse de caractère, d'une maladie ou d'une dépendance ou encore le fait qu'il ignore les intérêts de son enfant ou qu'il soit violent à son égard ou à l'égard de l'autre parent sont des indices qui tendent à l'attribution exclusive de l'autorité parentale¹⁵³. Nous pouvons par exemple penser au cas d'un parent qui nierait les difficultés scolaires de son enfant et qui l'empêcherait de changer d'orientation ou encore au cas d'un parent qui nierait les problèmes de santé de son enfant et qui s'opposerait à des interventions médicales nécessaires¹⁵⁴. Il faut par ailleurs aussi prendre en considération les cas d'abus de droit où un parent demande que soit exercée conjointement l'autorité parentale dans le seul but de pouvoir surveiller et superviser l'autre parent¹⁵⁵.

¹⁴⁵ BUCHER, N 23.

¹⁴⁶ HELLE, N 44.

¹⁴⁷ FF 2011 8315, 8330 ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 670.

¹⁴⁸ STETTLER, Divorce, p. 55 ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 672.

¹⁴⁹ HELLE, N 26.

¹⁵⁰ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 692.

¹⁵¹ MEIER, Etat des lieux, pp. 163 ss.

¹⁵² Arrêt du Tribunal fédéral 5A_926/2014 du 18 août 2015, consid. 3.4 ; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_103/2018 du 6 novembre 2018, consid. 2.

¹⁵³ MEIER, Etat des lieux, pp. 162 ss ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 695 ; BÜCHLER/MARANTA, N 37 ss.

¹⁵⁴ MEIER, Etat des lieux, p. 162.

¹⁵⁵ BÜCHLER/MARANTA, N 43.

Dans le cadre de la détermination du bien de l'enfant, il convient pour finir de prendre en compte les capacités des parents à collaborer et à communiquer entre eux ainsi que leur « *Bindungstoleranz* » (aptitude à favoriser des contacts avec l'autre parent)¹⁵⁶ car il est établi « qu'un soutien, une coopération entre coparents, est un facteur contextuel favorable au développement émotionnel et cognitif de l'enfant » et qu'*a contrario*, « le conflit ou le désinvestissement constitueraient des facteurs de risque »¹⁵⁷. Lorsque les parents n'arrivent pas à coopérer ni à s'entendre, il n'est donc pas dans l'intérêt de l'enfant que l'autorité parentale soit exercée en commun. Et puis, le critère de la stabilité du cadre socio-éducatif joue aussi un rôle important car la continuité de l'action éducative et la stabilité du cadre dans lequel évolue l'enfant permettent de lui garantir un développement harmonieux¹⁵⁸.

Comme déjà évoqué précédemment (*supra* 5.1.1 et 5.1.2), nous pouvons nous demander si la réforme met vraiment au centre de la réflexion le bien de l'enfant car en même temps qu'elle proclame ce principe comme devant être le but ultime à atteindre, elle admet qu'il faille parfois s'en départir pour permettre aux pères d'avoir plus accès à l'autorité parentale¹⁵⁹. Ne serait-ce donc pas une loi qui va dans le sens des pères plutôt que dans celui des enfants ? A force de vouloir courir plusieurs lièvres à la fois, le législateur a pris le risque de n'en attraper aucun... ou en tout cas pas le plus important, qui à notre sens est celui du bien de l'enfant. De plus, peut-être aurait-il fallu que le législateur s'en tienne à la notion d'intérêt de l'enfant telle que consacrée à l'article 3 §1 CDE afin de garantir une certaine cohérence avec le droit international car la doctrine et la jurisprudence ne font pas toujours très bien la distinction entre le concept du bien de l'enfant et celui de l'intérêt de l'enfant¹⁶⁰.

5.1.4 Dérogation à l'exercice conjoint du pouvoir décisionnel

Comme nous le savons désormais, l'exercice conjoint de l'autorité parentale suppose que les parents prennent en commun toutes les décisions relatives à l'enfant, sans voix prépondérante¹⁶¹. Durant le processus législatif, certains ont toutefois considéré qu'il y avait un risque que le parent ne vivant pas avec l'enfant entrave l'autre dans la prise de décisions quotidiennes¹⁶². Ces craintes étaient notamment fondées sur les résultats de l'analyse empirique PNR 52 qui ont démontré que parmi les parents exerçant conjointement l'autorité parentale, seulement 10% des femmes qui s'occupaient des enfants quotidiennement étaient satisfaites de la situation¹⁶³. Ainsi, afin de garantir le bien de l'enfant et d'éviter ce genre de situations, le législateur a décidé d'introduire l'article 301 alinéa 1^{bis} CC qui prévoit que « le parent qui a la charge de l'enfant peut prendre seul les décisions courantes ou urgentes » (chiffre 1) ainsi que « d'autres décisions, si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable » (chiffre 2).

En l'absence de définition légale, le Conseil fédéral a déclaré que les activités urgentes et courantes devaient être déterminées sur la base de critères objectifs, « sans tenir compte de ce qu'un parent considère subjectivement comme important » et que cette compétence revenait

¹⁵⁶ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 699.

¹⁵⁷ FAVEZ/FRASCAROLO, p. 78.

¹⁵⁸ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 697.

¹⁵⁹ PAPAUX VAN DELDEN, Réforme critiquée, p. 32 ; BUCHER, N 23.

¹⁶⁰ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 669.

¹⁶¹ FF 2011 8315, 8343.

¹⁶² GUILLOD, Dépoussiérage, p. 3.

¹⁶³ COTTIER, p. 32 ; CANTIENI/BÜCHLER/SIMONI, p. 211.

au juge dans chaque cas concret¹⁶⁴. Il précisa pour le surplus que les questions relatives à l'alimentation, à l'habillement et aux loisirs devaient être considérées comme courantes à l'inverse de celles portant sur un changement de domicile, d'école ou de religion¹⁶⁵. Par « décisions urgentes », il faut par ailleurs comprendre les décisions qui, si elles sont prises avec du retard, risquent de mettre en danger le bien de l'enfant¹⁶⁶. Le chiffre 2 fait, quant à lui, référence aux cas où un parent partirait en vacances et qu'il ne serait pas possible de le joindre¹⁶⁷. En réalité, compte tenu de l'ensemble des moyens de communication qui existent actuellement, nous avons un peu de mal à imaginer dans quel genre de situation un parent ne pourrait pas être atteint moyennant un effort raisonnable. Selon Andreas BUCHER, il convient d'élargir cette situation aux cas où le parent serait joignable mais ne répondrait pas ou refuserait de le faire¹⁶⁸.

Faute de définition légale établie par le législateur, nous pouvons dire que cette exception à l'exercice conjoint de l'autorité parentale risque plus de créer des conflits entre les parents, et donc de mettre en péril le bien de l'enfant, que de les encourager à coopérer et à communiquer entre eux¹⁶⁹. Nous pouvons par exemple penser au cas d'un père qui voudrait que son enfant suive un régime végétalien et d'une mère qui y serait fortement opposée et qui ne feraient que de se disputer à ce sujet. De plus, si l'on s'en tient au texte légal, nous pouvons remarquer que l'accord des deux parents est toujours nécessaire lorsqu'on ne se trouve pas dans un des deux cas d'exception mentionnés à l'article 301 alinéa 1^{bis} CC. Cela signifie qu'en l'absence d'un tel accord, la décision ne peut pas être prise alors même qu'elle serait conforme aux intérêts de l'enfant. Nous pouvons par exemple penser au cas d'un parent qui s'opposerait fermement à ce que son enfant soit placé dans une école spécialisée alors même qu'il rencontrerait des difficultés scolaires. Une fois de plus, c'est donc le bien de l'enfant qui risque de passer à la trappe. C'est pourquoi, comme l'a dit la Professeure Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN, afin d'éviter ce genre de situations, il ne peut être que trop recommandé aux parents « d'anticiper les conflits en concluant une convention écrite aux fins de clarifier l'exercice et les limites de leur pouvoir décisionnel »¹⁷⁰.

5.1.5 Le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant

Au nombre de modifications importantes apportées par la réforme, il faut ajouter celle du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Alors que sous l'ancien droit, le droit de déterminer le lieu de résidence faisait partie du droit de garde, il doit désormais être compris comme une composante indissociable de l'autorité parentale¹⁷¹. L'article 301a alinéa 1 CC prévoit d'ailleurs expressément que « l'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant ». Le juge ne peut donc plus maintenir l'autorité parentale conjointe et réserver le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant à un seul des parents, comme il le faisait parfois auparavant¹⁷².

¹⁶⁴ FF 2011 8315, 8344.

¹⁶⁵ FF 2011 8315, 8344.

¹⁶⁶ GLOOR/SCHWEIGHAUSER, p. 15.

¹⁶⁷ FF 2011 8315, 8344.

¹⁶⁸ BUCHER, N 110.

¹⁶⁹ CANTIENI, p. 641.

¹⁷⁰ PAPAUX VAN DELDEN, Réforme critiquée, p. 37 ; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, p. 15 ; BÜCHLER/MARANTA, N 64-67.

¹⁷¹ GUILLOD, Droit des familles, 5^e éd., N 247.

¹⁷² FF 2011 8315, 8344.

En rattachant le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant au droit de garde, la précédente législation permettait au parent gardien de déménager avec l'enfant sans que l'accord de l'autre parent ne soit nécessaire, et ce même si l'autorité parentale était exercée conjointement¹⁷³. Ce n'était par ailleurs que dans des cas très exceptionnels et lorsque le bien de l'enfant était sérieusement menacé qu'il était possible de s'opposer à un déménagement¹⁷⁴. C'était par exemple le cas d'un enfant malade dont le parent gardien voulait déménager dans un pays étranger ne disposant pas de l'encadrement médical adapté¹⁷⁵.

Comme nous l'avons vu dans l'affaire tchèque de 2010 (*supra* 2.3), l'ancienne législation rendait quasi impossible le droit du parent non gardien de participer aux décisions relatives à l'enfant et la possibilité d'entretenir avec lui des relations personnelles étroites. Afin de favoriser la relation de l'enfant avec ses deux parents, le législateur a donc décidé, pour les parents exerçant conjointement l'autorité parentale, de subordonner la volonté du parent désirant déménager avec l'enfant à l'accord de l'autre parent (article 301a alinéa 2 CC). A défaut d'accord de l'autre parent, l'article 301a alinéa 2 CC prévoit toutefois que le parent gardien peut s'adresser au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant qui doit examiner l'opportunité du déménagement au regard des critères importants pour le bien de l'enfant. L'accord du parent non gardien ou des autorités est nécessaire lorsque que « le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger » (art. 301a alinéa 2 lettre a CC) ou lorsque « le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent et pour les relations personnelles » (art. 301a alinéa 2 lettre b CC).

Lorsqu'un des parents veut déménager à l'étranger, il doit dans tous les cas requérir le consentement de l'autre parent ou des autorités car, même si ce déménagement n'a pas de conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale, il entraîne un changement de juridiction¹⁷⁶. En revanche, lorsque le déménagement a lieu en Suisse, l'accord de l'autre parent ou des autorités compétentes est nécessaire seulement si le déménagement a des conséquences importantes sur l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent ou sur les relations personnelles (article 301a alinéa 2 lettre b CC). Selon la jurisprudence, c'est notamment le cas lorsque le déplacement a des effets sensibles sur le mode de prise en charge ou sur le droit de visite de l'autre parent pratiqué jusqu'alors¹⁷⁷. Cela signifie que plus le parent s'est impliqué dans la prise en charge de son enfant et plus le déménagement aura des conséquences importantes au sens de l'article 301a alinéa 2 lettre b CC¹⁷⁸. C'est par exemple le cas d'un parent qui amène et va chercher son enfant à la crèche ou à l'école¹⁷⁹. Selon la doctrine, le fait que le déménagement ait lieu en Suisse mais dans une autre région linguistique ou dans un lieu éloigné géographiquement doit également être considéré comme ayant des conséquences importantes sur l'autorité parentale¹⁸⁰.

Lorsque les parents n'arrivent pas à s'entendre sur le lieu de résidence de l'enfant, les autorités sont tenues d'examiner si le bien de l'enfant commande qu'il suive son parent dans le nouveau lieu de résidence ou qu'il reste auprès de l'autre¹⁸¹. A cette fin, il convient

¹⁷³ COTTIER, p. 33.

¹⁷⁴ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1114.

¹⁷⁵ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1114.

¹⁷⁶ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1117 ; ATF 142 III 481, consid. 2.3, JdT 2017 II 427.

¹⁷⁷ ATF 142 III 502, consid. 2.4.1.

¹⁷⁸ WYSEN/BURGAT, p. 5.

¹⁷⁹ WYSEN/BURGAT, p. 5.

¹⁸⁰ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1129.

¹⁸¹ BURGAT, N 36 ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1120.

notamment de prendre en considération l'âge de l'enfant, sa formation scolaire, sa capacité d'adaptation, des éventuelles difficultés de santé, les souhaits qu'il a exprimés, son environnement familial et économique, les relations personnelles qu'il entretient avec chacun de ses parents ainsi que les capacités éducatives des parents et leurs disponibilités¹⁸². Bien que les circonstances de chaque cas concret soient toujours déterminantes, le Tribunal fédéral a déclaré qu'il était en principe dans l'intérêt de l'enfant qu'il déménage avec son parent si ce dernier avait principalement, voire exclusivement, pris soin de lui¹⁸³. Il a également ajouté que le fait que le pays de destination soit le pays d'origine du parent voulant déménager devait jouer un rôle prépondérant en faveur du déménagement et qu'*a contrario*, le fait que le parent n'ait aucun lien professionnel ni personnel avec le pays de destination devait plutôt jouer en défaveur d'un déménagement¹⁸⁴. Dans l'ATF 142 III 481 du 11 mars 2016, le Tribunal fédéral a par exemple accepté qu'une mère d'origine autrichienne, ayant principalement pris en charge ses deux enfants, déménage avec eux en Autriche¹⁸⁵. En revanche, dans l'ATF 142 III 498 du 7 juillet 2016, le Tribunal fédéral a refusé d'octroyer l'autorisation à une mère de déménager avec sa fille de 7 ans en Espagne au motif que l'enfant était pris en charge de manière égalitaire par ses deux parents et que la mère ne parlait pas espagnol et qu'elle n'avait aucun lien avec l'Espagne¹⁸⁶.

Il est important de rappeler qu'un parent qui déménage à l'étranger sans l'accord de l'autre ou sans l'accord de l'autorité compétente se rend coupable d'un déplacement illicite d'enfant au sens de l'article 1 lettre a de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (CLaH80)¹⁸⁷ ainsi que d'un enlèvement d'enfant au sens de l'article 220 du Code pénal suisse¹⁸⁸. L'article 220 CP, modifié par la réforme du 1^{er} juillet 2014, prévoit désormais que le parent qui se rend coupable d'un enlèvement d'enfant est puni, sur plainte, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. En réalité, et comme l'a dit Annemarie GANTY, responsable pédagogique au Point Rencontre Saint Victor de Genève, nous pouvons nous demander si le fait que l'enfant soit soustrait à son parent gardien pour une durée pouvant aller jusqu'à trois ans d'emprisonnement n'est pas un peu disproportionné au regard de son bien-être¹⁸⁹.

Une fois que le déménagement est autorisé par l'autre parent ou par l'autorité compétente, l'article 301a alinéa 5 CC prévoit que les parents doivent s'entendre, dans le respect du bien de l'enfant, pour adapter le régime de l'autorité parentale, de la garde, des relations personnelles et de la contribution d'entretien. Si les parents n'y parviennent pas, il appartient à l'autorité de protection ou au juge de trancher.

L'article 301a alinéa 3 CC prévoit, quant à lui, qu'en cas d'autorité parentale exclusive, le parent qui veut modifier le lieu de résidence de l'enfant est tenu d'en informer l'autre parent en temps utile. C'est d'ailleurs aussi le cas lorsque le parent décide de modifier son propre lieu de résidence (article 301a alinéa 4 CC).

¹⁸² WYSEN/BURGAT, p. 6.

¹⁸³ ATF 142 III 481, consid. 2.7, JdT 2017 II 427 ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1120.

¹⁸⁴ ATF 142 III 498, consid. 4.5, JdT 2019 II 141 ; WYSEN/BURGAT, p. 6.

¹⁸⁵ ATF 142 III 481, JdT 2017 II 427.

¹⁸⁶ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1125.

¹⁸⁷ RS 0.211.230.02.

¹⁸⁸ BURGAT, N 35.

¹⁸⁹ ANGLADA/GANTY/FISCHER, p. 9.

En permettant au parent gardien, le plus souvent à la mère, de déménager à l'étranger sans que l'accord de l'autre parent ne soit nécessaire, l'ancien droit ne prenait pas suffisamment en considération la volonté de certains pères de participer activement à la vie de leurs enfants ni leur volonté d'entretenir avec eux des relations étroites. Si nous prenons un moment pour y réfléchir et que nous nous mettons à la place de ces pères, qui parfois avaient tissé des liens affectifs très forts avec leurs enfants, nous pouvons facilement nous imaginer à quel point cela devait être difficile pour eux de voir leurs enfants s'en aller, parfois à des milliers de kilomètres de distance. Et puis, nous pouvons également imaginer à quel point ce genre de situations pouvaient être douloureuses pour les enfants qui se voyaient arracher de leur environnement et souvent couper de tout contact avec leur autre parent.

Afin de remédier à ces situations, la réforme visait donc à garantir au parent non gardien une meilleure position juridique et à permettre aux enfants de conserver des liens de proximité avec chacun de leurs deux parents¹⁹⁰. En réalité, sur la base d'une brève analyse jurisprudentielle, nous avons pu remarquer que la pratique des autorités, tant cantonales que fédérales, allait plutôt dans le sens d'autoriser le déménagement de l'enfant avec son parent gardien, c'est-à-dire avec la mère dans la grande majorité des cas. D'ailleurs, selon les avocates Carole SEPPEZ et Sabrina BURGAT, les juges sont relativement compréhensifs lorsqu'il s'agit d'autoriser une mère à déménager avec son enfant¹⁹¹. En sus, la Professeure Michelle COTTIER explique que « les juges ont tendance à ne pas changer l'équilibre des tâches qui prévalait avant la rupture » et que « si les pères s'occupent davantage de leurs enfants, c'est toujours moins que les mères »¹⁹².

En définitif, la réponse à la question de savoir si l'autorité parentale conjointe a fait ses preuves en matière de droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant ne peut qu'être nuancée. Si la volonté initiale du législateur était louable, elle n'a été que très peu suivie d'effets dans la pratique, peut-être même parfois au détriment du bien de l'enfant.

5.1.6 Le nouveau droit de garde, la prise en charge et les relations personnelles

Comme l'ont dit Philippe MEIER et Martin STETTLER, les notions de droit de garde, de prise en charge et de relations personnelles jouent un rôle très important pour le bien de l'enfant, peut-être même plus que le maintien symbolique de l'autorité parentale conjointe¹⁹³. Des études psychologiques ont en effet montré que les enfants avaient besoin de maintenir de bonnes et étroites relations avec chacun de leurs parents pour se développer de la meilleure façon qu'il soit (*infra* 5.2.2).

Comme mentionné précédemment (*supra* 3.1), la notion de garde, qui est une composante de l'autorité parentale, se réduit désormais à la seule garde de fait qui se traduit par « l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante »¹⁹⁴. Lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement par les parents encore faut-il déterminer si la garde doit être confiée exclusivement à un parent (garde exclusive) ou si elle doit être laissée aux deux parents dans un mode de prise en charge équivalent (garde alternée ou partagée) car, d'après le Tribunal fédéral, « un parent ne peut

¹⁹⁰ BURGAT, N 22 ; BUCHER, N 120.

¹⁹¹ PASQUIER, p. 14.

¹⁹² LUGON, p. 3.

¹⁹³ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 608.

¹⁹⁴ ATF 142 III 617, consid. 3.2.2.

pas déduire du principe de l'autorité parentale conjointe le droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant pendant la moitié du temps »¹⁹⁵. Lorsque les parents n'arrivent pas à s'entendre sur l'attribution de la garde, ce sont les critères importants pour le bien de l'enfant, tels que définis précédemment (*supra* 5.1.3), qui doivent être pris en considération par les autorités.

Selon le nouveau droit relatif à l'autorité parentale conjointe, le juge et l'autorité de protection n'ont plus besoin de l'accord des deux parents pour instaurer la garde alternée si cette dernière est compatible avec le bien de l'enfant¹⁹⁶. Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017, prévoit pourtant, aux articles 298 alinéa 2^{ter} et 298b alinéa 3^{ter} CC, que le juge et l'autorité de protection examinent la possibilité d'instaurer la garde alternée si le père, la mère ou l'enfant le demande. D'après la doctrine, cet examen doit, en réalité, intervenir d'office¹⁹⁷. Afin de déterminer s'il est opportun que la garde soit alternée, la jurisprudence a développé un certain nombre de critères qu'il convient de prendre en considération, tels que la capacité des parents à collaborer et à communiquer, leurs possibilités de s'occuper personnellement de l'enfant, la distance géographique qui sépare leurs logements, le critère de stabilité, l'âge de l'enfant, son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que les souhaits qu'il a exprimés¹⁹⁸.

Lorsque la garde est attribuée à un seul des parents, ce parent vit en ménage commun avec l'enfant et est responsable de sa prise en charge au quotidien (garde de fait). Le parent non détenteur de la garde a, quant à lui, droit d'entretenir des relations personnelles avec son enfant (articles 133 alinéa 1 chiffre 3 et 273 alinéa 1 CC) mais a aussi le droit et l'obligation de le prendre en charge. Il faut savoir que le droit aux relations personnelles est considéré par la doctrine suisse comme un « droit-devoir », dans le sens où le parent non gardien est obligé d'exercer ce droit¹⁹⁹. L'article 274 alinéa 2 CC prévoit toutefois que le droit aux relations personnelles peut être refusé à son bénéficiaire lorsqu'il risque de porter préjudice à l'enfant. C'est notamment le cas si le parent ne se soucie pas sérieusement de son enfant²⁰⁰. Il faut par ailleurs savoir que le droit aux relations personnelles est relativement large puisqu'il couvre aussi bien le droit de visite que les contacts téléphoniques, électroniques et épistolaires. Cette extension du droit de visite prend en considération le fait qu'il est important pour le bon développement de l'enfant qu'il puisse conserver des relations étroites avec ses deux parents²⁰¹.

Lorsque la garde est alternée, il n'est en principe pas nécessaire de régler les relations personnelles puisque l'enfant partage successivement la résidence de chacun de ses parents (modèle pendulaire)²⁰². Dans un tel cas, il convient néanmoins de régler la participation respective de chaque parent à la prise en charge de l'enfant²⁰³. Dans des cas relativement rares, il peut aussi arriver que l'enfant habite dans un même endroit et que ses parents viennent habiter avec lui en alternance (modèle du nid)²⁰⁴.

¹⁹⁵ Arrêt du Tribunal fédéral 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid. 4.4.3.

¹⁹⁶ BURGAT, N 50 ; TF, 5A_46/2015, 26 mai 2015, consid. 4.4.5.

¹⁹⁷ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1161.

¹⁹⁸ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1162 SS.

¹⁹⁹ DUPONT *et al.*, N 230.

²⁰⁰ DUPONT *et al.*, N 231.

²⁰¹ BURGAT, N 61 ; DUPONT *et al.*, N 230.

²⁰² MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1159.

²⁰³ GUILLOD, Droit des familles, 5^e éd., N 248 ; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1159 et 1161.

²⁰⁴ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 6^e éd., N 1159.

En introduisant la notion de garde alternée dans le Code civil suisse, le législateur a exprimé, le 1^{er} janvier 2017, sa préférence pour ce mode de prise en charge égalitaire et sa volonté de l'encourager le plus possible²⁰⁵. Nous pouvons toutefois nous poser la question de savoir si la garde alternée sert toujours les intérêts des enfants, notamment lorsque le juge l'impose aux parents contre leur volonté. Dans de telles circonstances, il existe un risque que l'enfant soit exposé de manière récurrente aux conflits de ses parents et que cela contrevienne à son bien-être²⁰⁶. D'ailleurs, une recherche en sciences sociales menée par la Professeure Michelle COTTIER et mandatée par l'Office fédéral de la Justice a démontré que la réussite de la garde alternée dépendait d'un certain nombre de conditions psycho-sociales et qu'elle « était déconseillée ou ne correspondait pas au bien de l'enfant en situation de forte conflictualité ou de violence entre les parents et ex-partenaires »²⁰⁷. Il a également été démontré qu'il fallait que la garde alternée soit voulue par les deux parents, qu'ils aient les conditions matérielles pour la mettre en place (proximité des logements et moyens financiers) et qu'ils aient les capacités à communiquer et se coordonner pour le bien-être de l'enfant²⁰⁸. En définitive, la garde alternée ne semble donc adaptée qu'à des situations très peu conflictuelles.

5.2 Effets

Comme évoqué en guise d'introduction, la réforme du 1^{er} juillet 2014 avait pour objectif de réduire les conflits entre les parents, de rétablir l'égalité des sexes dans le domaine de l'autorité parentale et de favoriser le bien-être des enfants. Bien que la partie de ce travail portant sur les éléments nouveaux introduits par la réforme (*supra* 5.1) ait déjà permis de mettre en exergue certains éléments insatisfaisants du nouveau droit, il s'agira, dans ce chapitre, de déterminer, grâce aux témoignages de professionnels que nous avons eu la chance de rencontrer, si ces trois objectifs ont réellement été atteints en pratique.

Afin de pouvoir répondre à la question de savoir si le nouveau droit a permis de réduire les conflits parentaux, nous avons eu la chance de pouvoir nous entretenir avec Philippe SCHNEIDER, médiateur et vice-président de la Maison genevoise des Médiations, Ida KOPPEN adjointe de direction et médiatrice à l'Office protestant de Consultations Conjugales et Familiales et Présidente de l'association Avenir Familles Genève ainsi que Stephan AUERBACH, coprésident de l'association genevoise MédiationS et médiateur auprès du Service Social International.

Pour nous aider à répondre à la question de savoir si les pères sont aujourd'hui plus satisfaits de la place qu'ils occupent dans la vie de leurs enfants et si l'égalité des sexes a été rétablie en matière d'autorité parentale, nous avons également eu la chance d'entendre M. X et M. Y qui s'occupent de la permanence d'accueil de l'Association Père pour toujours Genève. Il convient toutefois de préciser que ces personnes ne sont en contact qu'avec des pères qui rencontrent des difficultés en matière de droit de la famille et que leurs propos doivent donc être interprétés avec précaution. Afin de nous faire une idée plus objective de la situation, nous nous sommes par conséquent aussi appuyés sur les témoignages des autres professionnels qui ont accepté de nous recevoir.

²⁰⁵ COTTIER/WIDMER/GIRARDIN/TORNARE, p. 5.

²⁰⁶ TF, 5A_46/2015, 26 mai 2015, consid. 4.4.5.

²⁰⁷ COTTIER/WIDMER/GIRARDIN/TORNARE, p. 43.

²⁰⁸ COTTIER/WIDMER/GIRARDIN/TORNARE, p. 43.

Finalement, Alexandra SPIESS, intervenante psychosociale, thérapeute de la famille et responsable de la Fondation As'trame Genève, a pu nous apporter quelques éléments de réponse quant à la question de savoir si la réforme a eu un effet positif sur les enfants.

5.2.1 Sur les conflits parentaux

Bien plus que l'état civil des parents ou les inégalités entre hommes et femmes, ce sont les conflits interparentaux durables et profonds qui sont susceptibles d'avoir un effet néfaste sur le bien-être des enfants. Des études psychologiques montrent en effet que « l'existence de conflit(s) entre les parents et leurs caractéristiques ressortent comme des facteurs de risque [...] sur le développement de l'enfant et sur son adaptation »²⁰⁹. D'ailleurs, une étude menée par Paul AMATO et Bruce KEITH dans les années 1990 a permis de démontrer que les enfants de familles fortement conflictuelles avaient un plus faible degré de bien-être que les enfants de familles faiblement conflictuelles²¹⁰. Cela permet par conséquent de comprendre que « les conflits interparentaux constituent une variable prédictive majeure des problèmes d'adaptation chez l'enfant »²¹¹.

En ce qui concerne le divorce et la séparation, de nombreuses études ont constaté que les enfants qui faisaient l'objet de conflits conjugaux graves, spécialement à propos de la garde et du droit de visite, avaient plus de problèmes comportementaux et émotionnels²¹². De plus, il a été démontré que « l'enfant s'adaptait mieux quand il y avait moins de conflits et une plus grande coopération parentale à la suite du divorce que quand il y avait autant ou davantage de conflits et peu de coopération parentale »²¹³.

Il faut par ailleurs savoir qu'un enfant, qui est témoin des conflits qui animent ses parents, « peut devenir, à son insu et rapidement, l'objet, voire l'instrument de leur conflit »²¹⁴. Il se sent coupable de cette situation conflictuelle, ne se sent plus en sécurité, se sent impuissant et extrêmement seul²¹⁵. Il est dès lors très important que ses parents lui assurent une sécurité émotionnelle et qu'ils lui garantissent sa place d'enfant afin d'éviter qu'il ne soit pris dans un conflit de loyauté²¹⁶.

Comme nous l'avons vu précédemment (*supra* 4.5.5), l'ancien droit qui préconisait l'autorité parentale exclusive ne faisait qu'exacerber les conflits entre les parents qui étaient prêts à tout pour obtenir l'autorité parentale sur leurs enfants. C'est pourquoi, un des buts de la réforme était de faire de l'autorité parentale conjointe la règle afin d'instituer une coparentalité positive entre les parents de façon à les encourager à collaborer et à réduire leurs conflits. Les chercheurs s'accordent en effet tous à dire que des pratiques parentales positives et une bonne collaboration entre les parents favorisent le bon développement des enfants²¹⁷.

Alors que les opposants de la réforme considéraient que l'instauration de l'autorité parentale conjointe serait « source d'interminables querelles et rancœurs dont souffrirait en premier

²⁰⁹ ROUYER/HUET-GUEYE/BAUDE, p. 93.

²¹⁰ AMATO/KEITH, pp. 26-46.

²¹¹ RUFFIEUX/BODENMANN, p. 87.

²¹² JOHNSTON/GONZALES/CAMPBELL, pp. 498 ss ; GRYCH/FINCHAM, pp. 215-230.

²¹³ RUFFIEUX/BODENMANN, p. 88.

²¹⁴ VAN KOTE, p. 110.

²¹⁵ REISER, Autorité parentale, p. 214.

²¹⁶ VAN KOTE, pp. 110 ss.

²¹⁷ RUFFIEUX/BODENMANN, p. 72.

l'enfant »²¹⁸, les partisans pensaient au contraire qu'elle permettrait de réduire les conflits interparentaux. Pour asseoir leur position, les partisans de la réforme se sont notamment fondés sur l'étude, menée en Allemagne par Roland PROKSCH, selon laquelle l'autorité parentale conjointe permet « d'influer positivement sur la communication, la coopération et les échanges d'informations entre parents au sujet de leurs enfants (...), de faire diminuer [leurs] conflits et d'éviter toute procédure judiciaire ou d'en limiter les effets »²¹⁹. En réalité, différentes recherches ont été menées afin de déterminer si le partage de l'autorité parentale avait un impact sur les conflits parentaux mais nombreuses sont celles qui sont arrivées à la conclusion que l'autorité parentale conjointe n'avait aucun impact, ni positif ni négatif, sur les conflits parentaux²²⁰.

Cinq ans après la réforme, nous avons donc posé la question aux différents professionnels que nous avons eu la chance de rencontrer s'ils pensaient que l'autorité parentale conjointe permettait réellement de maintenir une coparentalité positive pour le bien de l'enfant et si c'était aussi le cas dans des situations fortement conflictuelles. Il convient en effet rappeler que l'exercice conjoint de l'autorité parentale présuppose une volonté de coopérer et de communiquer ainsi qu'une capacité des parents à faire des concessions et des compromis²²¹. Or, de telles facultés sont souvent anéanties lorsque les parents sont empreints à des conflits. Il paraît en effet difficile de leur demander de coopérer après un divorce ou une séparation alors qu'ils n'en étaient parfois même pas capables durant le mariage²²². En outre, il subsiste toujours le risque que les conflits conjugaux soient trop importants pour que l'autorité parentale conjointe apporte quoi que ce soit de positif à l'enfant.

Philippe SCHNEIDER nous a répondu qu'à son sens, l'autorité parentale conjointe permettait de maintenir une coparentalité positive pour le bien de l'enfant la plupart du temps et que la nouvelle loi permettait aussi aux parents de faire davantage face à leurs responsabilités²²³. Selon lui, même si la réforme a ouvert un espace de débats et de discussions qu'il n'y avait pas avant et que le conflit s'est légèrement déplacé, la situation actuelle s'est améliorée car le conflit porte désormais sur l'ouverture et la responsabilisation des parents²²⁴. De même, d'après lui, l'autorité parentale conjointe a permis aux parents de résoudre certains de leurs différends en les poussant à négocier et à discuter²²⁵. A son sens, l'autorité parentale conjointe a donc effectivement permis de renforcer la responsabilité parentale et les espaces de discussion au regard du bien de l'enfant²²⁶.

Ida KOPPEN nous a, en revanche, répondu que dans la pratique des séparations conflictuelles, l'autorité parentale conjointe ne permettait pas d'aider les parents à rester en lien ni à construire une coparentalité positive²²⁷. Selon elle, pour aboutir à une entente entre les parents et améliorer la situation pour le bien de l'enfant, il faudrait davantage agir sur la conflictualité et intervenir en amont des jugements²²⁸. Et puis, pour Stephan AUERBACH aussi, l'idée de

²¹⁸ CR CC I-VEZ, CC 298a N 25.

²¹⁹ STETTLER, Divorce, p. 62.

²²⁰ ALBISTON/MACCOBY/MNOOKIN, p. 174 ; STAUB/HAUSHEER/FELDER, p. 540 ; KOSTKA, p. 423.

²²¹ GUY-ECABERT, N 20 ; SPIRA, p. 8.

²²² GUY-ECABERT, N 21.

²²³ Annexe 6, questions 1 et 4.

²²⁴ Annexe 6, question 1.

²²⁵ Annexe 6, question 4.

²²⁶ Annexe 6, question 4.

²²⁷ Annexe 8, question 6.

²²⁸ Annexe 8, question 6.

départ de la réforme était bonne mais n'a pas réellement été suivie d'effets en pratique et n'a donc pas permis de maintenir une coparentalité positive entre les parents²²⁹.

A la question de savoir si l'autorité parentale conjointe permettait de maintenir une coparentalité positive pour le bien de l'enfant dans des situations conflictuelles, Alexandra SPIESS nous a répondu qu'à son sens ce n'était pas le cas. Selon elle, les conflits massifs entre les parents portent en effet davantage sur des questions conjugales que sur des questions éducatives²³⁰. En outre, pour Philippe SCHNEIDER, Ida KOPPEN et Stephan AUERBACH, il existe des situations dans lesquelles les enfants sont au centre des conflits qui nécessitent que l'autorité parentale soit attribuée à un seul des parents, en tout cas pendant un certain temps²³¹. Ida KOPPEN a toutefois beaucoup insisté sur la nécessité de travailler en amont afin de tout faire pour essayer de maintenir l'autorité parentale conjointe avant de devoir l'attribuer à un seul des parents²³². Pour Stephan AUERBACH aussi, il conviendrait de prévenir ce genre de situations conflictuelles, qui ne le sont pas forcément au départ mais qui le deviennent avec le temps, afin d'éviter de devoir en arriver à attribuer l'autorité parentale à un seul des parents²³³.

En résumé, et d'après les différents avis des professionnels que nous avons pu récolter, il ne semble pas que l'autorité parentale conjointe ait permis de maintenir une coparentalité positive pour le bien de l'enfant, en tout cas pas dans des situations conflictuelles.

Selon Patrick ROBINSON, porte-parole de la Coordination romande des organisations paternelle, il semblerait toutefois que, depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit portant sur l'autorité parentale conjointe, il y ait « bien moins de conflits autour de l'autorité parentale, et [que] tous les petits jeux et chantages qui se faisaient autour de cette question [soient] largement tombés »²³⁴. Afin de nous faire une idée plus précise de la situation, nous avons donc demandé aux différents professionnels qui ont accepté de nous recevoir si, depuis l'introduction de l'autorité parentale conjointe, ils avaient constaté une diminution des conflits parentaux.

Philippe SCHNEIDER nous a répondu que la réforme n'avait entraîné ni plus ni moins de conflits mais qu'elle avait permis de replacer le conflit au bon endroit²³⁵. D'après lui, le conflit porte désormais sur la question de la parentalité alors qu'avec l'autorité parentale exclusive il y avait un sentiment d'injustice et d'impuissance du parent qui n'avait pas accès à son enfant et qui ne pouvait pas prendre les décisions le concernant²³⁶. A son sens, l'autorité parentale conjointe a donc permis de faire naître des opportunités visant à reconstruire le couple parental qui n'existaient pas avant²³⁷.

Ida KOPPEN nous a indiqué, pour sa part, que ce n'était ni le langage, ni les instruments, ni l'approche du droit qui permettaient de réduire les conflits entre les parents²³⁸. Pour elle, cette réforme était une bonne idée mais aurait dû être accompagnée de mesures de terrain car c'est

²²⁹ Annexe 9, question 1.

²³⁰ Annexe 10, question 1.

²³¹ Annexe 6, questions 5 et 6 ; Annexe 8, question 7 ; Annexe 9, question 6.

²³² Annexe 8, question 7.

²³³ Annexe 9, question 6.

²³⁴ ABDESSEMED.

²³⁵ Annexe 6, question 9.

²³⁶ Annexe 6, question 9.

²³⁷ Annexe 6, questions 8 et 9.

²³⁸ Annexe 8, question 1.

l'entente entre les parents qui compte, bien plus qu'une loi qui leur impose quelque chose depuis le haut²³⁹. A son sens, la réforme n'a donc pas permis de réduire les conflits interparentaux.

Du point de vue de Stephan AUERBACH, il semblerait que l'autorité parentale conjointe n'ait pas eu d'effet positif sur les conflits parentaux et qu'elle ait même, dans certains cas de figure, fait augmenter la conflictualité sur des questions qui ne se posaient pas avant²⁴⁰. Alexandra SPIESS partage également cet avis puisqu'elle nous a expliqué que dans des situations conflictuelles, il y avait toujours un risque que l'autorité parentale conjointe crée du conflit sur tous les points qui concernent les enfants²⁴¹. Au final, l'enfant, qui est au cœur du conflit de ses parents, se sent responsable de cette situation et ne se sent plus en sécurité. Pour elle, c'est une très bonne chose d'avoir fait de l'autorité parentale conjointe la règle mais la réforme n'a pas apporté de piste à la résolution des conflits²⁴².

En définitive, si la réforme ne semble pas avoir permis de maintenir une coparentalité positive pour le bien de l'enfant, elle ne semble pas non plus avoir eu un effet positif sur les conflits parentaux. Et puis, pour certains, il semblerait même que l'autorité parentale conjointe ait eu un effet négatif en créant des conflits là où il n'y en avait pas avant. Nous pouvons par conséquent très clairement répondre par la négative à la question de savoir si l'autorité parentale conjointe a fait ses preuves en matière de conflits parentaux.

5.2.2 Sur les pères

Comme évoqué précédemment, le droit de veto dont disposaient les mères sous l'ancien droit créait une discrimination injustifiée à l'égard des pères, les écartait de leur statut de représentant et les éloignait de leurs enfants (*supra* 4.5.1). La réforme du 1^{er} juillet 2014 visait donc à rétablir l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans le domaine de l'autorité parentale afin que les pères ne se sentent plus mis à l'écart et qu'ils puissent davantage prendre part aux décisions concernant leurs enfants. Elle visait également à permettre aux pères d'entretenir des relations étroites et régulières avec leurs enfants.

Le fait de pouvoir entretenir des contacts réguliers avec leur père est important pour les enfants. Il a en effet été prouvé que les enfants avaient besoin de garder des relations régulières avec chacun de leurs parents pour se développer harmonieusement²⁴³. C'est d'ailleurs ce que nous ont confirmé Philippe SCHNEIDER et Alexandra SPIESS lors de nos entretiens. De même, selon Marie-Noëlle RUFFIEUX et Guy BODENMANN, « les parents jouent un rôle important auprès des enfants en raison de l'attention, de l'appui et de l'amour qu'ils manifestent à leur endroit et de la supervision qu'ils exercent. Ils sont primordiaux pour l'attachement des enfants et pour la construction favorable de leur estime de soi ». Or, comme nous l'avons vu, l'autorité parentale exclusive de l'ancien droit avait plus pour conséquence d'éloigner les enfants de leur parent non gardien, c'est-à-dire de leur père dans la grande majorité des cas, que de leur permettre d'entretenir des contacts réguliers. L'étude empirique PNR 52 a d'ailleurs démontré que, deux à trois ans après le divorce, 31% des enfants voyaient moins leur père qu'avant et que 7% ne le voyaient plus du tout²⁴⁴.

²³⁹ Annexe 8, question 1.

²⁴⁰ Annexe 9, question 5.

²⁴¹ Annexe 10, question 4.

²⁴² Annexe 10, question 4.

²⁴³ CONSEIL FEDERAL, Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénale (art. 220), janvier 2009, p. 6.

²⁴⁴ CANTIENI/BÜCHLER/SIMONI, p. 211.

Afin de favoriser le bien-être des enfants, le législateur a donc décidé de faire de l'autorité parentale conjointe la règle car les partisans de la réforme considéraient qu'elle aurait pour effet de maintenir le couple parental et qu'elle permettrait ainsi au parent non gardien et à l'enfant de se voir plus régulièrement. D'ailleurs, l'étude menée par Madonna E. BOWMAN et Constance R. AHRONS ainsi que celle menée par Robert BAUSERMAN ont très clairement démontré que les pères qui exerçaient l'autorité parentale conjointe entretenaient plus de contacts avec leurs enfants et faisaient plus d'activités avec eux que les pères n'exerçant pas une telle autorité parentale²⁴⁵. Et puis, l'étude PNR 52 est aussi arrivée à la conclusion que les contacts avec les enfants étaient plus importants en cas d'autorité parentale conjointe qu'en cas d'autorité parentale exclusive²⁴⁶.

Cinq ans après l'entrée en vigueur du nouveau droit, nous avons donc demandé aux différents professionnels si l'autorité parentale conjointe avait réellement permis aux enfants de voir plus régulièrement chacun de leurs parents par rapport à ce qui se faisait sous l'ancien droit.

Philippe SCHNEIDER nous a répondu que la réforme avait effectivement permis aux enfants de voir plus régulièrement leurs deux parents²⁴⁷ alors que Ida KOPPEN nous a répondu qu'elle avait remarqué un léger effet positif dans sa pratique de médiatrice mais que c'était aussi dû au fait que la société s'était émancipée et que les pères désiraient de plus en plus prendre part à la vie de leurs enfants²⁴⁸. Alexandra SPIESS nous a, quant à elle, expliqué que l'implication des pères dans la vie de leurs enfants ne tenait pas seulement à l'autorité parentale conjointe mais aussi à la manière dont s'était construite la famille durant le mariage²⁴⁹. Selon elle, les mères qui ont perçu l'implication des pères pendant toute la vie conjugale sont par exemple beaucoup plus à même de souhaiter que la même implication perdure post-séparation. Elle a toutefois reconnu que la réforme avait permis d'offrir une opportunité aux pères qui souhaitaient s'impliquer davantage dans la vie de leurs enfants²⁵⁰.

Bien que le fait d'entretenir des contacts réguliers avec chacun de leurs parents soit bénéfique pour les enfants, les chercheurs sont arrivés à la conclusion que « la fréquence des contacts paternels était une condition nécessaire mais non suffisante à l'établissement d'une relation étroite entre un père et son enfant »²⁵¹. Selon Marina WALTER-MENZINGER, pédopsychiatre à l'Office médico-pédagogique de l'Etat de Genève, c'est en effet plus la qualité des contacts que la quantité qui a un impact sur le bon développement des enfants²⁵². De plus, dans leur méta-analyse, Paul R. AMATO et Joan G. GILBRETH sont arrivés à la conclusion qu'il y avait d'autres facteurs à prendre en considération dans les relations père-enfant en plus de la fréquence des contacts, comme le paiement des contributions d'entretien, le sentiment d'attachement et l'exercice de l'autorité parentale par exemple²⁵³.

Finalement, à la question de savoir si les pères entretenaient des relations de meilleure qualité avec leurs enfants depuis la réforme, Alexandra SPIESS nous a répondu qu'à son sens,

²⁴⁵ BOWMAN/AHRONS, p. 483 ; BAUSERMAN, p. 98.

²⁴⁶ CANTIENI/BÜCHLER/SIMONI, p. 211.

²⁴⁷ Annexe 6, question 12.

²⁴⁸ Annexe 8, question 8.

²⁴⁹ Annexe 10, question 6.

²⁵⁰ Annexe 10, question 6.

²⁵¹ RUFFIEUX/BODENMANN, p. 82.

²⁵² WALTER-MENZINGER, p. 433.

²⁵³ AMATO/GILBRETH, pp. 557-573 ; RUFFIEUX/BODENMANN, p. 82.

l'autorité parentale conjointe avait plus impacté la préoccupation des pères que la qualité des contacts²⁵⁴.

En définitive, même s'il apparaît que depuis quelques années, les contacts père-enfant soient plus fréquents et que la préoccupation des pères pour leurs enfants soit grandissante, il semblerait que cette amélioration soit davantage la conséquence de l'évolution sociétale que le résultat d'un changement législatif.

En résumé, pour favoriser le bien-être des enfants, il est important que les relations soient régulières mais qu'elles soient aussi d'une certaine qualité, c'est-à-dire que les pères fassent des activités avec leurs enfants, qu'ils nouent des liens d'affection avec eux et qu'ils s'engagent activement dans leur vie. Selon Philippe SCHNEIDER, il est également important que les contacts soient très clairement établis et qu'un calendrier soit mis en place afin que l'enfant sache dans quelles conditions il verra chacun de ses parents et comment les choses se passeront très concrètement, faute de quoi il y a un risque que des conflits surgissent chaque semaine²⁵⁵. En réalité, force est de constater que la qualité et la quantité des relations ne sont pas des notions très éloignées l'une de l'autre puisque c'est quand même la quantité des contacts qui rend la qualité possible²⁵⁶.

En ne permettant que très difficilement aux pères non mariés et divorcés de pouvoir exercer l'autorité parentale conjointe avec la mère de leurs enfants, l'ancien droit créait une discrimination et une inégalité de traitement injustifiées à l'égard des pères. Les pères se sentaient évincés de la vie de leurs enfants et percevaient le refus de l'exercice de l'autorité parentale comme une punition²⁵⁷. D'ailleurs, selon Patrick ROBINSON, le retrait de l'exercice de l'autorité parentale aux pères, qui était basé sur le simple refus des mères, revenait à « [leur] enlever une part de [leur] identité et de [leur] fierté masculines »²⁵⁸.

Quelques années après l'introduction du nouveau droit, nous avons demandé à M. X, représentant de l'Association Pères pour toujours Genève, s'il avait le sentiment que l'autorité parentale conjointe avait permis de rendre la situation plus égalitaire entre les mères et les pères. Il nous a répondu que la loi et l'application de la loi étaient deux mondes très différents et qu'à son sens on était encore très loin du dogme de l'égalité homme-femme²⁵⁹. Pour lui, il n'y a pas eu de grand changement depuis la réforme et tout dépend encore du bon vouloir des mères²⁶⁰. De même, selon M. Y, les hommes et les femmes ne sont pas davantage traités sur un pied d'égalité par les juges depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit²⁶¹.

Nous leur avons également demandé si, depuis la réforme, les pères prenaient plus part aux décisions concernant leurs enfants, s'ils se sentaient plus reconnus par les juges et moins mis à l'écart. M. X nous a répondu que dans la pratique ce n'était pas le cas et que rien n'avait changé²⁶². Selon lui, le parent non gardien, c'est-à-dire la mère dans la grande majorité des cas, peut encore faire ce qu'il veut sans que cela n'ait de conséquences juridiques et sans que

²⁵⁴ Annexe 10, question 7.

²⁵⁵ Annexe 6, question 11.

²⁵⁶ STAUB/HAUSHEER/FELDER, p. 545.

²⁵⁷ CHOFFAT, p. 182 ; BEUTLER/PASQUIER p. 26.

²⁵⁸ ROBINSON, p. 3.

²⁵⁹ Annexe 7, question 4.

²⁶⁰ Annexe 7, question 5.

²⁶¹ Annexe 7, question 4.

²⁶² Annexe 7, question 8.

personne n'intervienne pour faire respecter les jugements²⁶³. De ce point de vue-là, l'autorité parentale conjointe est donc quelque chose de totalement symbolique, d'abstrait et d'illusoire. Ida KOPPEN partage, elle aussi, en partie, cet avis puisque, selon elle, le fait que les pères soient reconnus par les juges est une chose mais le fait que les mères acceptent les jugements et qu'elles les respectent en est toute une autre²⁶⁴. Pour leur part, Stephan AUERBACH et Alexandra SPIESS nous ont répondu que la réforme avait quand même permis une « responsabilisation » des pères et une reconnaissance de leur implication dans la vie familiale par rapport aux pères d'il y a 30-40 ans²⁶⁵.

Finalement, à la question de savoir si les pères étaient satisfaits de la réforme, M. X nous a répondu que dans l'ensemble ils l'étaient et que l'autorité parentale conjointe était très importante car elle permettait de faire un premier pas dans la bonne direction²⁶⁶. Selon lui, les tribunaux et les différents services de protection de l'enfant continuent toutefois encore de fonctionner comme si rien n'avait changé en privilégiant les mères sans qu'il n'y ait aucune raison de le faire²⁶⁷. Pour lui, l'autorité parentale conjointe est une bonne chose mais du travail reste encore à faire pour qu'elle soit réellement suivie d'effets en pratique. Alexandra SPIESS et Ida KOPPEN nous ont, quant à elles, répondu que les pères qu'elles voyaient en consultation étaient plutôt satisfaits de la nouvelle loi²⁶⁸. Et puis, Stephan AUERBACH n'a pas manqué de nous rappeler que la question de l'insatisfaction des pères face à l'autorité parentale était très délicate, souvent médiatisée et amplifiée par certains et que toute cette problématique devait être analysée avec précaution.

En conclusion, même si la réforme portant sur l'autorité parentale conjointe semble avoir permis de faire un pas dans le bon sens et qu'elle a permis, dans une certaine mesure, de rétablir l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, des progrès restent encore à faire dans ce domaine puisqu'il semblerait qu'en pratique les jugements ne soient pas correctement respectés.

5.2.3 Sur le bien de l'enfant

Comme évoqué précédemment, l'ancien droit ne prenait pas suffisamment en considération le bien de l'enfant (*supra* 4.5.4). C'était en effet seulement lorsque les parents divorcés ou non mariés s'étaient mis d'accord pour exercer l'autorité parentale conjointe que le bien de l'enfant était pris en considération. Dans le cas contraire, c'est-à-dire à défaut d'accord préalable entre les parents, il n'était pas possible que l'autorité parentale soit exercée en commun, quand bien même cela aurait été dans l'intérêt de l'enfant.

Le but de la réforme était donc de garantir et de replacer le bien de l'enfant au centre de la réflexion²⁶⁹. Pour ce faire, le législateur est parti du principe que l'exercice conjoint de l'autorité parentale était la meilleure solution pour défendre les intérêts de l'enfant, quel que soit l'état civil de ses parents²⁷⁰. Selon certains auteurs, l'exercice conjoint de l'autorité parentale était aussi le mode de prise en charge le plus à même de prendre en considération le

²⁶³ Annexe 7, question 8.

²⁶⁴ Annexe 8, question 9.

²⁶⁵ Annexe 9, question 10 ; Annexe 10, question 3.

²⁶⁶ Annexe 7, question 11.

²⁶⁷ Annexe 7, question 11.

²⁶⁸ Annexe 10, question 10 ; Annexe 8, question 10.

²⁶⁹ FF 2011 8315, 8330.

²⁷⁰ FF 2011 8315, 8339.

bien de l'enfant, ce dernier étant dès le départ placé au centre des préoccupations de ses parents²⁷¹.

A la question de savoir si, depuis la réforme, les parents mettaient effectivement plus l'enfant au centre de leur réflexion, Philippe SCHNEIDER nous a répondu qu'en médiation le point commun pour trouver des accords et faire baisser la tension entre les parents portait très souvent sur les enfants²⁷². Il nous a en effet expliqué qu'ils essayaient toujours de travailler sur le couple parental plutôt que sur le couple conjugal afin de trouver des solutions qui soient les plus conformes possible aux intérêts des enfants²⁷³. Bien que les enfants aient toujours été au centre du processus de médiation familiale, et ce même avant la réforme, il nous a expliqué que l'autorité parentale conjointe avait néanmoins permis aux deux parents de se responsabiliser et donc de trouver plus facilement des solutions concernant leurs enfants²⁷⁴. Pour Ida KOPPEN, en revanche, la réforme n'a pas permis de replacer le bien de l'enfant au centre des préoccupations de ses parents, pas plus qu'elle n'a permis de faire diminuer les conflits interparentaux²⁷⁵. Selon elle, ce n'est en effet pas une loi qui permet de changer l'âme, la fragilité, la colère ou la peur qu'un parent peut ressentir lorsqu'on lui retire l'autorité parentale²⁷⁶.

Stephan AUERBACH et Alexandra SPIESS nous ont également répondu que ce n'était pas parce que l'intérêt de l'enfant se trouvait au centre de la conception du droit de la famille que dans la pratique les parents étaient effectivement guidés par ce principe²⁷⁷. Selon eux, les parents sont au contraire le plus souvent guidés par leurs propres droits plutôt que par les besoins de leurs enfants. Dans des situations conflictuelles, les enfants n'existent donc pas plus qu'avant la réforme²⁷⁸. Selon Alexandra SPIESS, si on voulait réellement agir dans l'intérêt supérieur des enfants, il faudrait agir au niveau des conflits car ce sont les conflits qui perdurent entre les parents qui sont les plus délétères²⁷⁹.

Quand nous lui avons ensuite demandé si elle pensait que l'autorité parentale conjointe était la plus à même de défendre les intérêts des enfants, Alexandra SPIESS nous a répondu que l'autorité parentale conjointe participait au bien de l'enfant seulement dans des situations peu conflictuelles²⁸⁰. Pour Philippe SCHNEIDER, le fait que les parents réussissent à se mettre d'accord sur le sort de leurs enfants est aussi moins anxiogène pour eux que de savoir leurs parents en conflit sur tout²⁸¹. D'après lui, l'autorité parentale conjointe a donc un effet pédagogique sur les enfants puisque le fait de voir leurs parents réussir à résoudre leurs difficultés, à discuter et à trouver des accords leur donne le bon exemple à suivre²⁸².

En réalité, comme nous avons pu le remarquer précédemment, le législateur s'est un peu pris les pieds dans le tapis en voulant rétablir l'égalité de traitement entre hommes et femmes tout en prônant le bien-être de l'enfant. Il faut en effet garder à l'esprit qu'il n'est pas toujours

²⁷¹ PICHONNAZ, p. 19.

²⁷² Annexe 6, question 4.

²⁷³ Annexe 6, question 4.

²⁷⁴ Annexe 6, question 4.

²⁷⁵ Annexe 8, question 12.

²⁷⁶ Annexe 8, question 12.

²⁷⁷ Annexe 9, question 12 ; Annexe 10, question 2.

²⁷⁸ Annexe 10, question 8.

²⁷⁹ Annexe 10, question 8.

²⁸⁰ Annexe 10, question 9.

²⁸¹ Annexe 6, question 9.

²⁸² Annexe 6, question 9.

facile ni toujours possible de concilier les deux car le bien de l'enfant commande parfois que ses parents ne soient pas mis sur un pied d'égalité. Nous pouvons par exemple penser à des situations très conflictuelles où le bien de l'enfant commanderait que l'autorité parentale ne soit accordée qu'à un seul parent ou encore au cas de parents divorcés ou séparés qui se seraient eux-mêmes mis d'accord pour que l'autorité parentale soit exercée exclusivement par l'un d'eux. Dans de telles situations, il paraît très difficile de justifier le maintien de l'autorité parentale conjointe au nom du bien de l'enfant.

Finalement, à la question de savoir si l'objectif du législateur de garantir le bien de l'enfant avait été atteint en pratique, Alexandra SPIESS et Ida KOPPEN nous ont très clairement répondu que ce n'était pas le cas²⁸³. L'autorité parentale partait d'une très bonne intention et a permis de rétablir une certaine égalité de traitement entre les hommes et les femmes mais elle n'a pas permis ce qui avait été envisagé initialement par le législateur en ce qui concerne le bien de l'enfant²⁸⁴.

VI. Conclusion

En conclusion de ce travail, nous ne pouvons avoir qu'une réponse nuancée à la question de savoir si l'autorité parentale conjointe a fait ses preuves. A l'issue de nos recherches, nous avons en effet remarqué que certains objectifs poursuivis par le législateur n'avaient été que partiellement, voire absolument pas, atteints en pratique.

En matière d'égalité hommes-femmes, nous avons vu que l'ancien droit créait une discrimination injustifiée à l'égard des pères car il conditionnait l'exercice conjoint de l'autorité parentale au consentement des mères. A défaut de ce dernier, les pères divorcés et non mariés ne pouvaient pas prendre part aux décisions relatives à leurs enfants et étaient complètement écartés de leur vie. En faisant de l'autorité parentale conjointe la règle, le législateur visait donc à rétablir l'égalité de traitement entre les pères et les mères. A notre sens, cet objectif a été atteint, en tout cas en théorie, puisque l'absence d'accord des mères ne permet désormais plus de faire obstacle à l'exercice conjoint de l'autorité parentale²⁸⁵. En cas de divorce ou de séparation, l'autorité parentale continue d'être exercée conjointement et lorsqu'un des deux parents non mariés refuse de déposer une déclaration commune allant dans ce sens-là, l'autre parent peut s'adresser à l'autorité de protection de l'enfant.

Même si les représentants de l'association Père pour Toujours Genève nous ont dit que nous étions encore loin du dogme de l'égalité hommes-femmes et que l'autorité parentale conjointe était seulement symbolique, abstraite et illusoire, il nous semble qu'il faille interpréter leurs propos avec retenue car ils ne sont en contact qu'avec des pères qui rencontrent des difficultés en matière de droit de la famille. A notre sens, leur jugement ne peut donc qu'être biaisé.

En faisant de l'autorité parentale conjointe la règle, le législateur poursuivait également le but de redonner une place d'importance aux pères afin qu'ils ne se sentent plus évincés de la vie de leurs enfants, qu'ils puissent entretenir des contacts réguliers avec eux et qu'ils puissent prendre part aux décisions les concernant. Même si la nouvelle loi n'a pas forcément eu l'effet attendu par les partisans de la réforme et par le législateur, elle a au moins permis aux pères

²⁸³ Annexe 10, question 10 ; Annexe 8, question 13.

²⁸⁴ Annexe 10, question 8.

²⁸⁵ CHOFFAT, p. 178.

de s'impliquer davantage dans la vie de leurs enfants²⁸⁶. Dans ce sens-là, la réforme ne peut donc qu'être saluée.

Avant la réforme, les inégalités de traitement étaient aussi grandes entre les parents mariés, non mariés, séparés et divorcés. Nous avons en effet vu que l'autorité parentale conjointe découlait directement de la loi pour les parents mariés alors que les parents divorcés et non mariés devaient présenter une requête commune au juge ainsi qu'une convention détaillée déterminant leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci afin de se voir attribuer l'exercice conjoint de l'autorité parentale (articles 133 alinéa 3 et 298a alinéa 1 aCC). Pour les parents séparés, en revanche, une telle procédure n'était pas exigée, alors même que la séparation était souvent utilisée par les parties comme une étape préalable au divorce. En faisant de l'autorité parentale conjointe la règle, indépendamment de l'état civil des parents, le législateur poursuivait donc l'objectif de rétablir l'égalité de traitement entre les couples mariés, non mariés, séparés et divorcés.

En réalité, cet objectif n'a été que partiellement atteint en pratique puisqu'il subsiste, aujourd'hui encore, des différences selon que les parents soient mariés, séparés, divorcés ou non mariés. Bien que la réforme ait permis aux parents divorcés de continuer d'exercer l'autorité parentale conjointe sans que le dépôt d'une requête commune ne soit nécessaire, le juge du divorce est quand même tenu d'intervenir chaque fois que la question de l'autorité parentale se pose dans une procédure matrimoniale alors que les parents mariés sont titulaires *ex lege* de l'autorité parentale conjointe²⁸⁷. Et puis, pour les parents non mariés, même si la réforme a permis de simplifier la procédure, une déclaration commune de leur part est encore nécessaire pour que l'autorité parentale soit exercée en commun.

En plus de rétablir l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi qu'entre les couples mariés, non mariés, divorcés et séparés, la réforme avait pour mission de réduire les conflits parentaux en incitant les parents à communiquer et à coopérer davantage au sujet de leurs enfants. Sur la base des différents avis que nous avons pu récolter, nous nous sommes toutefois rendus compte que, dans les faits, la réforme n'avait pas eu d'impact sur les conflits interparentaux, pas plus qu'elle ne permettait de maintenir une coparentalité positive pour le bien de l'enfant. Par ailleurs, selon certains, la réforme a même fait naître des conflits qui n'existaient pas avant. De ce point de vue-là, la réforme n'a donc absolument pas eu l'effet escompté par le législateur.

Finalement, la réforme visait à favoriser le bien-être des enfants car l'ancien droit ne prenait pas suffisamment en considération cet aspect-là. Nous avons en effet vu qu'avant la réforme, le bien des enfants était tout au plus pris en considération lorsque les parents mariés étaient incapables de s'occuper de leurs enfants et qu'il convenait de leur retirer l'autorité parentale conjointe. Pour les parents divorcés et non mariés, ce n'était que lorsqu'il y avait accord préalable entre eux pour exercer conjointement l'autorité parentale que la question du bien de l'enfant se posait. A défaut d'accord, la question ne se posait donc même pas de savoir s'il aurait été dans son intérêt que l'autorité parentale soit exercée en commun par ses parents. Bien que dans son Message, le Conseil fédéral ait rappelé à de nombreuses reprises que « le projet d'autorité parentale conjointe tout entier [devait viser] un seul but : le bien de l'enfant »²⁸⁸, il ne semble pas que cet objectif ait effectivement été atteint en pratique.

²⁸⁶ Annexe 10, question 6.

²⁸⁷ FF 2011 8315, 8332.

²⁸⁸ FF 2011 8315, 8330.

Comme déjà évoqué précédemment, le législateur a essayé de justifier l'égalité de traitement hommes-femmes par le bien de l'enfant alors qu'il n'est pourtant pas toujours dans son intérêt que ses parents soient mis sur un pied d'égalité. Lorsque la situation est vraiment conflictuelle et que les parents ne parviennent pas à communiquer ou lorsque les parents se mettent d'accord pour que l'autorité parentale soit exercée par un seul d'entre eux, il vaudrait mieux que le bien de l'enfant l'emporte et qu'il prenne le pas sur cette égalité de traitement que nous voulons à tout prix maintenir. En définitive, même si des efforts ont été faits en la matière, de nombreux progrès restent encore à faire.

Selon nous, il faudrait tout faire pour que le bien de l'enfant soit réellement mis au centre des réflexions du droit de la famille. Pour ce faire, il conviendrait notamment de valoriser le droit à la parole de l'enfant en lui donnant la possibilité d'être entendu pour toutes les situations le concernant²⁸⁹. Comme l'a dit Anne REISER, il ne s'agirait plus de discuter *de* lui mais bien plutôt *avec* lui, en tant que personne impliquée dans la situation²⁹⁰. Et puis, puisque certains juges sont réticents et se refusent d'auditionner les enfants en arguant le fait qu'ils ne sont pas suffisamment formés pour cela, il faudrait sauter sur l'occasion et inclure, dans la formation obligatoire des juristes spécialisés en droit de la famille, des cours sur la manière d'auditionner les enfants et de s'entretenir avec eux.

De plus, comme les conflits interparentaux sont susceptibles d'avoir un impact très négatif sur les enfants, il conviendrait de favoriser la médiation familiale et d'offrir aux parents des soutiens extrajudiciaires à la résolution des conflits afin de les aider à trouver des solutions qui soient les plus à même de favoriser le bien-être des enfants. On pourrait aussi penser à mettre en place des programmes de prévention qui sensibiliseraient les parents et les futurs parents aux effets néfastes des conflits sur les enfants²⁹¹.

Aujourd'hui, le Code de procédure civile (CPC) prévoit, à son article 297 alinéa 2, que dans le cadre d'une procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille, le juge *peut* exhorter les parents à tenter une médiation. Dans la pratique, il semblerait toutefois que les juges ne recourent que rarement à ce genre de processus, la plupart d'entre eux n'ayant pas été formés ni même sensibilisés aux bienfaits et aux avantages d'une telle pratique²⁹². Nous ne pouvons pas plus compter sur les avocats pour encourager la médiation puisque trop d'entre eux « pensent à tort que ce processus leur enlève le pain de la bouche »²⁹³. A notre sens, il y aurait donc lieu de former et de sensibiliser les étudiants en droit, qui seront les futurs avocats et les futurs juges de demain, à la médiation et aux méthodes alternatives de résolution des conflits et de les rendre attentifs aux conséquences néfastes que peuvent avoir des écritures trop incendiaires et trop agressives.

Nous pourrions même aller plus loin que cela et imaginer, comme nous l'ont suggéré les professionnels que nous avons rencontrés, mettre en place des infrastructures pluridisciplinaires, contraignantes et précoces dans lesquelles les parents seraient aidés et accompagnés par des juges, des avocats, des assistants sociaux, des thérapeutes, des médiateurs ainsi que par toutes les autres personnes intervenant autour de la famille, à trouver des solutions amiables répondant aux besoins de leurs enfants²⁹⁴. L'idée serait qu'un travail

²⁸⁹ STETTLER, Divorce, p. 67.

²⁹⁰ REISER, Autorité parentale, p. 214.

²⁹¹ RUFFIEUX/BODENMANN, p. 94.

²⁹² REISER, Au nom de l'enfant, p. 89 ; Annexe 6, question 13.

²⁹³ REISER, Au nom de l'enfant, p. 89 ; Annexe 6, question 14 ; Annexe 7, question 13.

²⁹⁴ REISER, Au nom de l'enfant, p. 139 ; Dépliant coordination romande des organisations paternelles.

de collaboration se fasse entre ces différents professionnels afin qu'ils puissent encadrer de la meilleure façon qu'il soit les parents en conflit. Une telle façon de faire permettrait non seulement d'aboutir à des solutions qui soient calquées sur les intérêts des enfants et qui soient adaptées aux réalités de notre temps et à la multitude de formes familiales mais elle éviterait aussi aux parents des procédures judiciaires trop longues, trop coûteuses et fondées sur une philosophie où il y a nécessairement un perdant et un gagnant²⁹⁵. Elle permettrait aussi de désengorger les instances judiciaires et les services de l'Etat puisque, pour rappel, 75% des affaires civiles genevoises concernent des conflits de droit de la famille²⁹⁶. Enfin, cette solution permettrait de résoudre la problématique des jugements qui ne sont pas respectés puisqu'elle pousserait les parents à trouver des accords amiables qui, comme nous le savons, sont beaucoup mieux respectés que des décisions imposées par le haut.

Il faut savoir que, même sans changement législatif et dans le cadre du droit suisse actuel, il serait possible de mettre en œuvre un tel système²⁹⁷. A Bâle-Ville par exemple, cela fait déjà depuis 2008 que le groupe de travail « *Netzwerk Kinder* » a mis en place un réseau pluridisciplinaire dans lequel les parents sont poussés à trouver des accords lors de consultations ordonnées (« *angeordnete Beratung* »), l'idée étant de réussir à désamorcer les conflits le plus tôt et le plus rapidement possible afin de favoriser le bon développement des enfants²⁹⁸. Il a d'ailleurs été prouvé que cette méthode fonctionnait puisque, selon les premiers résultats, des solutions amiables ont été trouvées dans la plupart des cas²⁹⁹. En s'inspirant du système bâlois, le canton de Saint-Gall a ensuite décidé de mettre en place un système de consultations ordonnées dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale et du divorce³⁰⁰. De même, à Zurich, des expériences de médiation ordonnée ont été menées en 2005 et se sont révélées très positives³⁰¹. A Berne, une psychologue et un juriste ont même élaboré une ordonnance de consultation obligatoire en se fondant sur le cadre légal actuel³⁰². Finalement, dans le canton de Vaud, une permanence de médiation gratuite a été mise en place au Tribunal d'arrondissement de Lausanne, juste à côté des salles d'audience, afin d'informer les justiciables de la possibilité de régler leurs différends par le biais d'une médiation³⁰³.

A l'étranger aussi, des modèles extrajudiciaires et pluridisciplinaires ont été développés afin que les parents en conflit réussissent à trouver des accords amiables pour répondre aux besoins de leurs enfants³⁰⁴. En Allemagne par exemple, il existe la « méthode de Cochem », aussi appelée « modèle de consensus », qui a vu le jour en 1992 et qui vise, grâce à un processus interdisciplinaire, à aider les parents à trouver des solutions amiables dans l'intérêt de leurs enfants³⁰⁵. Et puis, en Angleterre et au Québec, les parents sont même obligés de participer à des réunions d'informations et d'évaluation sur la médiation avant de pouvoir passer devant un juge, l'idée étant de les sensibiliser aux méthodes alternatives de résolution des conflits et de les pousser à coopérer³⁰⁶. Pour finir, en Australie, la loi prévoit qu'en cas de

²⁹⁵ Dépliant coordination romande des organisations paternelles.

²⁹⁶ REISER, *Autorité parentale*, p. 238.

²⁹⁷ Annexe 11.

²⁹⁸ BANHOLZER *et al.*, pp. 111 ss.

²⁹⁹ BANHOLZER *et al.*, p. 119.

³⁰⁰ COTTIER/WIDMER/GIRARDIN/TORNARE, p. 59.

³⁰¹ Dépliant coordination romande des organisations paternelles.

³⁰² Ordonnance d'une consultation obligatoire fondée sur les art. 273 al. 2 et 307 al. 3 CC.

³⁰³ La médiation dans le canton de Vaud.

³⁰⁴ COTTIER/WIDMER/GIRARDIN/TORNARE, p. 58.

³⁰⁵ MARIQUE/SACREZ, p. 11.

³⁰⁶ COTTIER/WIDMER/GIRARDIN/TORNARE, p. 54-55.

séparation ou de divorce, les parents sont obligés de passer dans des centres pluridisciplinaires d'aide aux familles (« *Family Relationship Center* ») et d'obtenir un certificat attestant qu'ils ont participé à un processus de règlement des conflits (« *Family dispute resolution* ») avant de pouvoir aller au tribunal plaider leur cause³⁰⁷.

En somme, nous pourrions donc très bien imaginer que le canton de Genève s'inspire de ces expériences et mette en place un modèle pluridisciplinaire de résolution des conflits qui soit contraignant et précoce et qui pousserait les parents à trouver des accords pour le bien de leurs enfants malgré leur conflictualité³⁰⁸. On pourrait par exemple s'inspirer du modèle australien et créer un système dans lequel les parents, sur le point de se séparer ou divorcer, seraient obligés de passer dans des centres de consultation pluridisciplinaires pour négocier leur séparation/divorce dans l'intérêt de l'enfant avant de pouvoir ouvrir une procédure judiciaire à proprement parler. Une telle manière de faire permettrait non seulement de prendre véritablement en considération les intérêts des enfants mais elle permettrait aussi d'éviter que les conflits ne se péjorent et s'aggravent avec le temps. Dans cette perspective justement, le conseiller aux Etats Konrad GRABER a déposé une interpellation, le 12 décembre 2018, intitulée « Favoriser le bien de l'enfant grâce à des procédures de médiation lors de conflits familiaux » afin que le Conseil fédéral étudie le système australien et l'éventuel possibilité de modifier le droit suisse³⁰⁹.

Pour terminer, nous tenons à rendre attentifs les lecteurs de ce travail que la situation genevoise n'est pas au point mort et que beaucoup de personnes militent et travaillent pour que les choses changent et que le bien de l'enfant soit davantage pris en considération. Il existe par exemple le collectif « Enfant et séparation » qui organise des séances d'informations à destination des parents désirant se séparer afin de les aider à aborder cette étape de leur vie en tenant compte le plus possible des intérêts de leurs enfants³¹⁰. Il existe également le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP) qui « a pour mission d'informer, d'orienter et de conseiller des couples de parents d'enfants mineurs, en lien avec les problématiques post-séparation, dans une optique de prévention de l'enlèvement du conflit parental »³¹¹. Ce service se charge de faire des évaluations lorsque les parents sont en conflit et leur offre trois séances d'accompagnement³¹². Si le SEASP estime que la médiation pourrait fonctionner, il réoriente ensuite les parents vers un service spécialisé en médiation et prend en charge le coût de la médiation³¹³. Finalement, il a récemment été mis sur pied le « Réseau Enfants Genève » qui milite au niveau national pour un changement législatif en profondeur afin que les parents soient obligés de passer dans des centres de consultation pluridisciplinaires pour négocier leur séparation dans l'intérêt des enfants³¹⁴. Le droit de la famille est donc en pleine mutation. Il reste seulement à espérer que les choses continuent d'avancer dans la bonne direction.

³⁰⁷ Interpellation GRABER 18.4191, « Favoriser le bien de l'enfant grâce à des procédures de médiation lors de conflits familiaux » du 12 décembre 2018 ; Annexe 9, question 8.

³⁰⁸ Annexe 10, question 4.

³⁰⁹ Interpellation GRABER 18.4191, « Favoriser le bien de l'enfant grâce à des procédures de médiation lors de conflits familiaux » du 12 décembre 2018.

³¹⁰ Collectif « Enfant et séparation », brochure pour les parents, p. 1.

³¹¹ Annuaire de l'Etat de Genève, SEASP.

³¹² Annexe 8, question 2.

³¹³ Annexe 8, question 2.

³¹⁴ Annexe 9, question 2.

ANNEXES

1. Office fédéral de la statistique : attribution de l'autorité parentale de 2000 à 2010 (parents divorcés)³¹⁵

Année	Mère	Père	Mère et père
2000	6 373	523	1 189
2001	8 569	682	2 861
2002	8 463	826	3 379
2003	8 744	734	3 319
2004	8 926	738	3 998
2005	10 898	935	4 487
2006	10 450	966	4 678
2007	8 846	745	4 981
2008	8 254	672	5 137
2009	7 707	616	5 432
2010	7 776	580	7 002

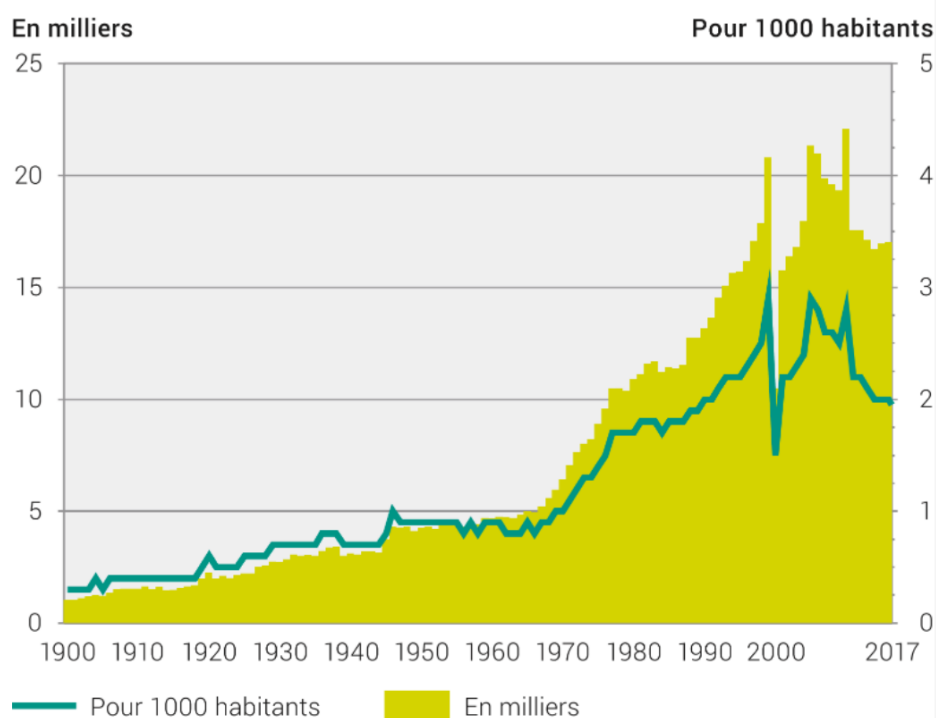
2. Office fédéral de la statistique : enfants nés vivants, selon l'état civil de la mère (2000 à 2010)

Année	Total ⁵	Célibataire	Mariée ⁶	Divorcée
2000	78 438	7 009	70 069	1 275
2001	72 295	6 681	64 219	1 308
2002	72 372	7 065	63 918	1 327
2003	71 848	7 501	62 924	1 340
2004	73 082	8 154	63 377	1 477
2005	72 903	8 174	62 890	1 760
2006	73 371	9 363	62 103	1 825
2007	74 494	10 073	62 447 (+5)	1 890
2008	76 691	10 942	63 584 (+4)	2 073
2009	78 286	11 790	64 266 (+22)	2 120
2010	80 290	12 651	65 343 (+20)	2 202

³¹⁵ Il convient de préciser que depuis la modernisation des méthodes de relevé des données de l'OFS, intervenue en 2011 et visant à décharger les tribunaux, il n'existe plus de données sur l'attribution de l'autorité parentale.

3. Office fédéral de la statistique : taux brut de divortialité

Divorces



4. Statistique des autorités tutélaires suisses : nombre de cas où l'autorité a attribué l'autorité parentale conjointe (comparaison de 2000 à 2010)³¹⁶

Année	Art. 298a et 134, al. 3, CC
2000	539
2001	872
2002	1130
2003	1139
2004	1594
2005	1511
2006	1719
2007	2101
2008	2601
2009	3231
2010	3370

³¹⁶ Il convient de préciser que cette statistique concerne les enfants de parents non mariés ensemble et les enfants dont les parents étaient divorcés au moment du dépôt de la demande d'autorité parentale conjointe, ce qui biaise les résultats.

5. Déclaration concernant l'autorité parentale conjointe pour les parents non mariés³¹⁷

Déclaration concernant l'autorité parentale conjointe Erklärung über die gemeinsame elterliche Sorge Dichiarazione concernente l'autorità parentale congiunta (Art. 298a CC/ZGB)

Mère / Mutter / Madre	
Nom / Name / Cognome	
Prénoms / Vornamen / Nomi	
Date de naissance / Geburtsdatum / Data di nascita	
Lieu d'origine / Heimatort / Luogo di appartenenza	
Nationalité / Staatsangehörigkeit / Cittadinanza	
Domicile / Wohnort / Domicilio	

Père / Vater / Padre	
Nom / Name / Cognome	
Prénoms / Vornamen / Nomi	
Date de naissance / Geburtsdatum / Data di nascita	
Lieu d'origine / Heimatort / Luogo di appartenenza	
Nationalité / Staatsangehörigkeit / Cittadinanza	
Domicile / Wohnort / Domicilio	

Enfant / Kind / Figlio	
Nom / Name / Cognome	
Prénoms / Vornamen / Nomi	
Date de naissance / Geburtsdatum / Data di nascita	
Lieu d'origine / Heimatort / Luogo di appartenenza	
Nationalité / Staatsangehörigkeit / Cittadinanza	
Domicile / Wohnort / Domicilio	

1:

**Par la présente, nous déclarons l'autorité parentale conjointe et confirmons:
Hiermit erklären wir die gemeinsame elterliche Sorge und bestätigen:
Con la presente dichiariamo l'autorità parentale congiunta e confermiamo:**

- | | | |
|--|---|---|
| 1. que nous sommes disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant; et | 1. dass wir bereit sind, gemeinsam die Verantwortung für das Kind zu übernehmen; und | 1. che siamo disposti ad assumere congiuntamente la responsabilità del figlio; e |
| 2. que nous nous sommes entendus sur la garde de l'enfant, sur les relations personnelles ou la participation de chaque parent à sa prise en charge ainsi que sur la contribution d'entretien. | 2. dass wir uns über die Obhut und den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile sowie über den Unterhaltsbeitrag für das Kind verständigt haben. | 2. che ci siamo accordati in merito alla custodia, alle relazioni personali o alla partecipazione alla cura del figlio e al suo contributo di mantenimento. |

Lieu et date /Ort und Datum /Luogo e data

La mère /Die Mutter /La madre

Le père /Der Vater/Il padre

Autorité de protection de l'enfant compétente (timbre et signature)/
Zuständige Kinderschutzhörde (Stempel und Unterschrift)/
Autorità di protezione dei minori competente (timbro et firma)

³¹⁷ Recommandations de la COPMA, annexe 2.

6. Procès-verbal d'audition de M. Philippe SCHNEIDER (médiateur et vice-président de la Maison genevoise des Médiations) (5 juin 2019)

1) Avez-vous constaté un changement dans votre pratique depuis la réforme du 1^{er} juillet 2014 ?

Philippe SCHNEIDER répond que fondamentalement la réforme n'a pas changé le type de travail qu'ils font en médiation. Il explique que, dès le moment où les gens viennent en médiation, il y a cette idée qu'ils ont déjà fait la moitié du chemin pour se parler et pour sortir du cadre purement juridique. Du coup, les gens qui venaient en médiation avant la réforme étaient de toute façon déjà des gens qui étaient prêts à discuter et à trouver des arrangements. Maintenant ce que la loi a permis c'est de mettre les parents face à leurs responsabilités. Il explique que la réforme a aussi ouvert un espace de débats qu'il n'y avait pas avant et que le conflit s'est donc un peu déplacé. Il précise toutefois que cette situation est saine car elle a permis de déplacer le conflit dans l'ouverture et la responsabilisation. Il répète que pour certaines personnes qui sont en difficultés la réforme a ouvert des champs de discussion qu'il n'y avait pas avant. La situation n'est donc pas forcément plus simple depuis la réforme mais elle est plus « responsabilisante ».

2) Est-ce que vous avez remarqué qu'avant la réforme les parents se battaient pour obtenir l'autorité parentale parce qu'ils savaient pertinemment qu'en l'obtenant ils allaient pouvoir entretenir des relations étroites avec leurs enfants ?

Philippe SCHNEIDER répond qu'il y avait un peu de cela mais qu'il y avait, aussi et surtout, des aspects économiques derrière l'autorité parentale puisque le fait d'obtenir l'autorité parentale et la garde sur les enfants voulait pertinemment dire partage des charges et baisse ou fin des pensions. Il explique que le fait d'avoir partagé les choses, en termes d'autorité parentale et de garde, a changé la donne économiquement puisqu'on n'a plus forcément cette idée du père qui paie. Il explique qu'aujourd'hui encore il y a des parents, souvent des pères, qui se battent pour voir plus leurs enfants mais qu'il y a aussi des pères qui se battent pour obtenir les enfants afin de payer moins, ce qui n'est pas tout à fait la même logique.

3) Est-ce qu'avant la réforme vous aviez le sentiment que les parents ne comprenaient pas forcément les implications de l'autorité parentale et qu'ils la considéraient plus comme un droit de possession sur leurs enfants plutôt que comme un « droit-devoir » ?

Philippe SCHNEIDER répond qu'en médiation le thème de l'autorité parentale est à chaque fois repris et rediscuté. Il explique qu'ils amènent toujours les parents à préciser exactement ce qu'implique l'autorité parentale. Après, il y a toujours la façon dont les gens conjuguent cette notion. La question se pose en effet de savoir qui prend les décisions en matière d'écolage, de soins ou de loisirs par exemple. Le fait d'avoir fait de l'autorité parentale conjointe la règle a ouvert ce genre de débats qui n'existaient pas forcément avant puisqu'en principe un seul des parents était titulaire de l'autorité parentale. C'est une chance d'avoir fait de l'autorité parentale conjointe la règle mais en même temps cela a un peu compliqué les choses car désormais nombreux sont les thèmes que les parents doivent aborder et sur lesquels ils doivent se mettre d'accord. Il ne faut par ailleurs pas oublier qu'en général il s'agit de parents qui se séparent ou qui divorcent et qu'il n'est donc pas toujours facile pour eux de trouver des terrains d'entente, étant entendu que nombreux sont les griefs qui peuvent les animer.

4) On sait que les conflits entre parents ont un effet néfaste sur les enfants. L'idée de cette réforme était donc de faire de l'autorité parentale conjointe la règle afin de créer une coparentalité positive pour pousser les parents à coopérer et à réduire leurs conflits. Pensez-vous que l'autorité parentale conjointe permet réellement de maintenir cette coparentalité positive pour le bien des enfants ?

Philippe SCHNEIDER répond que de manière générale c'est le cas. Il explique qu'en médiation, même si la situation est conflictuelle, le thème de l'autorité parentale est toujours abordé et discuté. Lorsque le couple conjugal bat de l'aile et qu'il est en difficulté, parfois même avec de grosses tensions et de forts conflits, le point commun pour reconstruire quelque chose ce sont les enfants. Très souvent, les parents trouvent des accords pour faire baisser la tension parce qu'ils savent que c'est mieux pour leurs enfants. Et puis, cela permet aussi aux médiateurs de résoudre des bouts d'accord qui permettent ensuite de finaliser un divorce.

Philippe SCHNEIDER insiste sur le fait que, lorsque les choses s'enveniment et qu'il y a trop d'émotions, il s'agit de trouver les solutions qui soient les plus adéquates possible pour les enfants. Il explique qu'ils travaillent vraiment à faire vivre le couple parental qui doit demeurer.

Il explique ensuite que l'autorité parentale conjointe permet aussi de résoudre certains différends qu'il y a au sein du couple parental car elle pousse les parents à négocier et à discuter. En même temps, les parents doivent aussi parfois lâcher prise et laisser faire l'autre. L'autorité parentale conjointe permet donc vraiment de poser les choses sur la table afin que les parents discutent et trouvent des solutions.

Selon Philippe SCHNEIDER, l'autorité parentale conjointe permet ainsi de renforcer la responsabilité parentale et les espaces de discussion.

Après, il explique qu'il y a aussi tout un travail à faire pour sortir, si possible, cet espace-là du monde juridique parce que généralement la logique de l'avocat est celle de gagner contre l'autre. L'espace de médiation devrait donc être favorisé et privilégié, en tout cas dans un premier temps, afin de responsabiliser les parents et d'aller vers de la solidarité et de la coopération.

Il rappelle par ailleurs que lorsque des accords sont trouvés entre les parents plutôt qu'imposés par le juge, ils sont mieux respectés et les parents ont beaucoup plus de facilité à les appliquer. Quand la décision est prise par le juge mais qu'un parent ne veut pas s'y soumettre, il fait de l'obstruction totale.

En conclusion, le fait de favoriser la coparentalité veut aussi dire trouver des espaces où les parents peuvent et doivent se parler avec comme corolaire des risques de conflits.

5) Pensez-vous que l'autorité parentale conjointe est une bonne chose pour le bien de l'enfant même lorsque la situation est très conflictuelle ? Si les parents sont empreints à des conflits si profonds qu'ils n'arrivent plus à se parler, on peut se demander en quoi le fait de maintenir l'autorité parentale conjointe pourrait servir les intérêts des enfants.

Philippe SCHNEIDER remarque que derrière cette question il y a aussi toute la philosophie de l'égalité entre hommes et femmes. Il explique qu'il ne voit pas en quoi cela serait plus juste que l'un ou l'autre des partenaires ait cette responsabilité. Il considère, pour sa part, que les enfants sont faits à deux, que les parents se séparent à deux et qu'ils restent parents à deux. C'est sûr que cela a un côté plus pratique quand quelqu'un décide quel parent a l'autorité parentale mais l'autorité parentale conjointe ouvre des espaces de négociation qui sont sains.

Après, quand les enfants sont au centre de l'enjeu et qu'aucun des parents ne veut faire de pas en avant, il explique que les choses deviennent compliquées et qu'il est donc mieux, en tout cas pendant un certain temps, que l'autorité parentale soit attribuée à un seul des parents pour le bien des enfants. Il précise que ce sont souvent des situations qui sortent de l'espace de médiation et que la représentation des avocats devient donc nécessaire et utile.

6) Comment faire quand il n'y a plus du tout de dialogue entre les parents ?

Philippe SCHNEIDER répond qu'il faudrait que des instances, comme le SPMI par exemple, poussent les parents à un dialogue minimum parce que les ex-conjoints restent avant tout des parents et que c'est cette responsabilité qui est importante. Après, c'est vrai que si cela devient malsain pour les enfants il faut trancher.

7) Si je comprends bien, quand la situation est trop conflictuelle il s'agit de remettre le bien de l'enfant au centre de la discussion ?

Philippe SCHNEIDER acquiesce. Il explique que lorsque les parents viennent en médiation, il y a différents points à régler mais que s'ils commencent par les questions pécuniaires c'est souvent très compliqué parce que ce sont des thèmes qui font mal et que parfois les sommes sont considérables. Les premiers accords sont donc très souvent trouvés autour des enfants. La question qui se pose est effectivement celle de savoir comment les parents vont faire concrètement par rapport à leurs enfants en fonction de ce qui est mieux pour eux. Gentiment les parents trouvent donc des accords de base autour des enfants puis, sur la base de ces premiers accords, ils arrivent à en trouver d'autres.

8) Est-ce que vous pensez que le fait d'avoir fait de l'autorité parentale conjointe la règle a permis de diminuer les conflits entre parents ?

Philippe SCHNEIDER répond qu'au moment de la réforme certains avaient dit que la médiation allait se faire envahir de situations où les hommes allaient venir pour réclamer la parité, essentiellement pour des questions économiques. Or, il explique que dans les faits cela n'a pas été le cas. Il explique qu'il a plutôt vu naître des opportunités visant à reconstruire le couple parental. Et puis, l'autorité parentale conjointe a aussi permis d'obliger certaines mères, parfois trop protectrices avec leurs enfants, à ouvrir un espace aux pères. Il insiste sur le fait que l'autorité parentale conjointe a permis de créer plus d'espaces de discussion. Il termine en déclarant que même s'il y a des différences de point de vue, s'il est géré, le conflit est sain et fait partie de la coparentalité.

9) Pensez-vous qu'il y a un modèle d'autorité parentale qui entraîne moins de conflits qu'un autre ?

Philippe SCHNEIDER répond que l'autorité parentale conjointe a permis de replacer le conflit au bon endroit. On ne peut pas dire qu'il y a moins ou plus de conflits depuis la réforme mais il est au bon endroit. Il porte vraiment sur la question de la parentalité alors qu'avec l'autorité parentale exclusive il y avait un sentiment d'injustice et d'impuissance du parent n'ayant pas accès à ses enfants et ne pouvant pas prendre les décisions les concernant. Du coup, les parents se battaient au tribunal mais pas pour les bonnes raisons. Selon lui, la réforme a donc permis de recentrer la vision des choses sur le couple parental plutôt que sur la déception du couple conjugal.

10) Pensez-vous que l'autorité parentale conjointe a un effet positif sur les enfants ?

Philippe SCHNEIDER acquiesce. Il explique que lorsque les parents arrivent à se mettre d'accord sur le sort des enfants c'est beaucoup moins anxiogène pour eux que de savoir leurs parents en conflit sur tout. Il considère par ailleurs que l'autorité parentale conjointe a un effet pédagogique sur les enfants. Quand les parents ont recours à des avocats le message qui ressort est quand même celui qu'ils n'ont pas été capables de discuter ensemble pour trouver une solution. Dans certaines situations on ne peut pas faire autrement que d'avoir recours à des avocats mais dans la majorité des cas la médiation peut être bénéfique. Quand les enfants voient leurs parents résoudre leurs difficultés, discuter et trouver des solutions c'est sécurisant et ça leur donne le bon exemple. Il est important que les parents arrivent à se mettre d'accord sur le sort des enfants car cela leur permet de ne pas avoir de sentiment de culpabilité. Il termine en déclarant qu'il est vraiment important que les parents réussissent à cliver le couple parental du couple conjugal.

11) L'autorité parentale conjointe permet aux enfants de maintenir une relation étroite avec chacun de leurs deux parents, ce qui n'était pas le cas avec l'autorité parentale exclusive où le parent non gardien voyait moins ses enfants. Est-ce que vous pensez que cet élément-là est bénéfique aux enfants ?

Philippe SCHNEIDER répond qu'il est effectivement très important que les enfants puissent maintenir des contacts réguliers avec leurs deux parents. Quand il y a des ruptures très longues, c'est très compliqué parce qu'en principe le parent non gardien n'arrive pas à créer un lien solide et profond avec ses enfants. Pour que qu'ils soient bénéfiques aux enfants, il faut donc que les contacts soient réguliers et très clairement établis. Il s'agit en effet d'établir un calendrier, de déterminer dans quelles conditions les enfants verront chacun de leurs parents et de déterminer comment les choses vont se passer afin qu'il y ait le moins de flou possible. Pour les enfants c'est sécurisant. Quand ce n'est pas le cas, il y a un risque que, chaque semaine, il y ait des conflits.

12) Est-ce que vous pensez que l'autorité parentale conjointe a permis aux enfants de voir plus régulièrement chacun de leurs parents ?

Philippe SCHNEIDER répond que c'est très clairement le cas.

13) Quelle solution verriez-vous pour améliorer les choses ? Est-ce que le fait de rendre la médiation obligatoire serait par exemple une solution adéquate ?

Philippe SCHNEIDER répond qu'il serait en tout cas intéressant que des entretiens individuels préalables avec chaque parent soient obligatoires afin de leur expliquer le but de la médiation et quelles solutions elle pourrait leur apporter. Le fait qu'il y ait, pour chaque couple qui divorce, au moins un entretien, même si la médiation n'a pas lieu, serait une possibilité intéressante. Il explique qu'il est assez frappé par le fait qu'il y ait des juges qui n'envoient jamais les couples en médiation. Peut-être que pour certaines situations la médiation n'est pas adaptée mais dans 2/3 des cas elle l'est. Il faudrait donc favoriser la médiation familiale. Il considère qu'il faudrait aussi qu'il y ait une « professionnalisation » de la médiation car il y a beaucoup de gens qui sortent de formation, qui ont très peu de pratique et qui produisent des documents qui ne sont pas toujours acceptés par les juges. Il serait donc souhaitable que la médiation familiale devienne une profession protégée afin d'éviter l'amateurisme qui risque de nuire à la pratique. Il termine en déclarant qu'il serait vraiment intéressant pour les parents d'avoir cette possibilité de rencontrer des médiateurs. Après, si la médiation leur correspond tant mieux mais si ce n'est pas le cas alors tant pis. La médiation doit rester un processus volontaire.

14) Pensez-vous que les étudiants en droit devraient être sensibilisés à la médiation ?

Philippe SCHNEIDER répond que cela devrait être obligatoire dans le cursus des étudiants en droit. Selon lui, l'idée ne serait toutefois pas de faire des avocats des médiateurs parce qu'il est très important que les médiateurs soient perçus par les parties comme étant neutres. Il faudrait en revanche que chacun (juges, avocats, professionnels du droit) puisse connaître la pratique de l'autre. Il considère en effet qu'il faudrait qu'il y ait un travail de collaboration entre les différentes professions. Parfois les médiateurs ont besoin de juristes et renvoient les parties chez des avocats mais il faudrait aussi que les avocats renvoient un peu plus leurs clients chez les médiateurs lorsque le conflit dépasse le cadre de leurs compétences techniques. Il devrait y avoir beaucoup plus de porosité entre les deux professions. Il considère qu'il y aurait énormément à gagner si on échangeait sur ce type de situation. Le monde judiciaire a besoin de lâcher prise et de comprendre quels pourraient être les avantages de la médiation. Il faut par ailleurs être conscient du fait que le divorce est un marché très lucratif et que, par ses tarifs, la médiation peut représenter une concurrence mal vue. Il faudrait donc transmettre aux étudiants en droit une vision de la complémentarité que pourrait apporter la médiation au métier d'avocat. D'ailleurs, les juristes et les avocats devraient utiliser dans leur quotidien une partie de la posture médiatique à défaut de pratiquer eux-mêmes un processus de médiation. Il termine en déclarant que dans certains pays, des bureaux de médiateurs se trouvent même juste à côté de ceux des juges.

7. Procès-verbal d'audition de M. X et M. Y (Permanence d'accueil de l'Association Père pour toujours Genève) (13 juin 2019)

1) Est-ce qu'avant la réforme vous avez eu affaire à des situations où les mères s'opposaient à l'exercice de l'autorité parentale conjointe sans motif ou pour des motifs incompatibles avec le bien de l'enfant ?

M. X répond qu'ils ont davantage eu affaire à des cas où les mères ne voulaient pas que l'autorité parentale soit exercée en commun. Il explique qu'avant 2014, les mères posaient clairement leur veto à l'exercice conjoint de l'autorité parentale sans motif valable.

2) Est-ce que cela avait pour conséquence d'envenimer les conflits entre les parents ?

M. X répond que les pères ressentaient le refus des mères comme quelque chose de complètement incompréhensible et d'inacceptable. Il déclare toutefois qu'il faut replacer les choses dans une perspective historique. Il rappelle en effet qu'à un moment donné, les pères avaient tous les pouvoirs juridiques dans la famille mais qu'on est passé à une situation où ils n'en avaient plus aucun, ce qui fut très douloureux pour eux. Avant la réforme, les pères étaient complètement dépossédés de leurs enfants. Il faut comprendre aussi que l'investissement des pères est énorme, leurs enfants c'est leur raison de vivre. Ils vont travailler pour leur famille mais au moment où la famille éclate, ils perdent leur femme, leur appartement et leurs enfants. C'est tellement dur et tellement injuste que cela crée forcément des conflits. Le fait que les pères puissent avoir l'autorité parentale conjointe ne change pas tellement les choses mais au moins on reconnaît symboliquement leur rôle de père. C'est donc vraiment le minimum du minimum qu'on puisse leur donner. Il termine en déclarant que les conséquences de l'autorité parentale conjointe sont plus de l'ordre du symbolique que de l'ordre du concret.

3) Est-ce que vous pensez que la réforme a permis d'octroyer aux pères une meilleure position juridique en ce qui concerne le droit de déterminer le lieu de résidence des enfants ?

M. X donne l'exemple d'un genevois et d'une genevoise qui sont tous les deux nés à Genève et qui y ont passé toute leur vie. Il explique qu'ils se sont séparés et qu'un an après la mère a déménagé à Lausanne ce qui a eu pour conséquence d'éloigner les enfants du père. Malheureusement, comme cette situation s'est passée sous l'ancien droit, le père n'a rien pu dire. Concrètement, il explique que la réforme a changé les choses sur le papier mais qu'en pratique rien n'a changé.

Il explique que les associations de défense des intérêts des pères souhaiteraient que les juges, lorsqu'ils accordent le déménagement, modifient les conditions du jugement en diminuant la contribution d'entretien et en prévoyant un droit de visite plus large par exemple. Comme le déménagement des mères dans un autre canton ou dans un autre pays engendre des frais supplémentaires pour les pères, il faudrait que les conditions du jugement soient modifiées en conséquence.

4) Un des buts de la réforme était de rétablir l'égalité de traitement entre hommes et femmes. Est-ce que vous trouvez que la situation est plus égalitaire depuis la réforme ?

M. X répond qu'il faut prendre en considération le contexte plus global. Il rappelle que tous les pays autour de nous avaient déjà introduit l'autorité parentale conjointe depuis longtemps et que notre législation commençait à faire désordre. Il y a donc eu un côté un peu cosmétique à la chose. On pouvait en effet difficilement maintenir cette situation plus longtemps. Maintenant, c'est vrai qu'il y a ce dogme de l'égalité qui s'installe mais on en est encore très loin. La loi et l'application de la loi sont deux mondes très différents. Il y a la volonté du législateur d'un côté et ce qui se passe concrètement au tribunal d'un autre. Il explique que dans les faits, il n'y a pas eu beaucoup de changements.

M. Y explique qu'il n'a pas tellement l'impression que l'homme et la femme soient traités sur un pied d'égalité par les juges. Pour lui, cet élément d'autorité parentale conjointe est seulement symbolique.

M. X répond que concrètement il n'a pas vu de changement au niveau de l'égalité de traitement.

5) Est-ce que les pères se sentent plus reconnus par les juges depuis la réforme du 1^{er} juillet 2014 ?

M. X répond par la négative. Il explique que pour la plupart des pères, l'autorité parentale conjointe veut dire garde alternée. Les pères s'attendent donc à être sur un pied d'égalité par rapport aux mères à ce niveau-là et demandent de pouvoir obtenir la garde alternée ou en tout cas quelque chose qui y ressemble. Il termine en déclarant qu'on est encore très loin de l'égalité de traitement dans la pratique et que tout dépend du bon vouloir des mères.

6) Est-ce que c'est le cas aussi lorsqu'il y a des jugements qui sont rendus et qui octroient l'autorité parentale aux deux parents ?

M. X acquiesce. Il explique que dans les faits les femmes peuvent très bien ne pas respecter les jugements sans que cela n'ait de conséquences juridiques. Il explique qu'il y a vraiment un non-respect des jugements qui sont rendus de la part des mères. Il considère, pour sa part, que cela ne sert strictement à rien d'avoir des jugements si au final les mères ne les respectent pas. Il termine en remarquant que personne ne fait rien lorsque les femmes ne respectent pas les jugements.

7) Est-ce que vous pensez que les jugements ne sont pas respectés dans la grande majorité des cas ?

M. X répond que c'est en tout cas la grande majorité des cas qu'ils voient au sein de la permanence d'accueil de l'Association Père pour Toujours Genève.

8) Est-ce que depuis la réforme les pères prennent plus part aux décisions qui concernent les enfants ?

M. X répond que dans la pratique ce n'est pas le cas. Il explique par exemple qu'au niveau scolaire les pères ne sont pas mis au courant des réunions de parents et que les notes de leurs enfants ne leur sont pas communiquées. Dans les faits, il n'y a donc absolument rien qui a changé. Le parent gardien peut faire ce qu'il veut sans qu'il n'y ait aucune conséquence juridique. Il n'y a par ailleurs personne qui intervient pour faire respecter les jugements ce qui est un vrai problème. L'autorité parentale conjointe devient donc quelque chose de totalement symbolique, d'abstrait et d'illusoire. Il explique que le seul domaine où l'autorité parentale conjointe a eu un effet positif c'est au niveau des enlèvements internationaux.

9) Une des idées de la réforme était de permettre aux pères s'impliquer davantage dans la vie de leurs enfants et de garder avec eux des contacts réguliers. Est-ce que vous avez remarqué un résultat positif dans votre pratique ? Est-ce que les enfants voient plus leur père depuis la réforme ?

M. X répond qu'au sein de leur association ils ne voient que des cas qui ne fonctionnent pas et qu'il est donc un peu difficile de dire s'il y a eu un résultat positif dans la pratique ou pas.

10) Dans ce cas, est-ce que dans votre pratique vous avez remarqué une diminution du nombre de pères qui ne sont pas satisfaits ?

M. X répond qu'ils n'ont pas constaté de diminution du nombre de cas au sein de leur association depuis la réforme. Il déclare au contraire qu'ils reçoivent environ deux téléphones par jour de pères qui ne sont pas satisfaits alors qu'au début de leur activité ils n'en recevaient qu'un par jour. Il explique que la réforme et l'évolution de la société ont permis de solidifier les attentes des pères, surtout chez les jeunes. Pour les jeunes pères, il est en effet totalement incompréhensible de ne pas pouvoir voir leurs enfants.

11) Est-ce que les pères sont satisfaits de la nouvelle loi sur l'autorité parentale conjointe ?

M. X répond que dans l'ensemble ils sont satisfaits de cette nouvelle loi. Il explique que l'autorité parentale conjointe est extrêmement importante car c'est un premier pas qui va dans la bonne direction. Aujourd'hui, le cadre légal est posé pour que les choses avancent dans le bon sens. Il remarque toutefois que les tribunaux et les différents services de protection de l'enfant continuent à fonctionner comme si rien n'avait changé. Selon lui, avec le cadre légal actuel on pourrait faire beaucoup de choses mais il y a encore une tendance à privilégier les mères, sans qu'il n'y ait aucun motif de le faire. C'est juste parce que c'est devenu une habitude.

12) Pensez-vous que si on avait fait de la garde alternée la règle, cela aurait permis d'améliorer les choses ?

M. X répond que la Suisse est un pays où la loi suit l'évolution mais ne la précède pas, contrairement à la France où les choses avancent un peu plus vite. En Suisse, on a tendance à y aller doucement et à ne pas « secouer la barque ». Il faut toutefois comprendre que les couples sont très différents les uns des autres et qu'il y a une grande variété de situations. Le fait d'imposer une solution de garde alternée ne serait donc pas adapté et serait même

contraire à la logique du droit civil. Il faudrait que la garde alternée soit la solution privilégiée mais qu'on puisse s'en éloigner si on se rend compte qu'elle n'est pas souhaitée ou que ce n'est pas une bonne solution. Selon lui, il ne faudrait pas imposer la garde alternée mais plutôt la prendre comme solution privilégiée.

Par rapport au bien-être des enfants, il explique que le désagrément d'un changement de domicile n'est pas à sous-estimer mais que le fait pour l'enfant de pouvoir entretenir des contacts réguliers avec chacun de ses parents compense ce désagrément.

Il explique que le gros problème qu'il y a aujourd'hui concerne la conflictualité entre les parents et le fait que la « tringleriez » judiciaire augmente cette conflictualité. La durée de la procédure et le vocabulaire utilisé par certains avocats fait augmenter la conflictualité. Cela ne peut pas fonctionner car les enfants souffrent de la conflictualité de leurs parents et toute la procédure qui existe aujourd'hui augmente tendanciellement cette conflictualité. La bonne solution serait d'avoir un modèle dans lequel les rôles des juges et des avocats changeraient complètement. Il faudrait que la société entoure les couples au moment d'une séparation ou d'un divorce et qu'elle mette des ressources à leur disposition afin qu'ils réussissent à gérer leurs conflits. Il faut que la société les aide à trouver des solutions. Si on arrive à faire cela, la situation ne sera qu'améliorée. Il faut que le système modifie sa façon de voir les choses parce que le droit utilise des concepts qui sont anciens et qui ne peuvent pas fonctionner. Le droit et surtout la lenteur de la justice ne sont plus adaptés. Il y a donc de gros changements à faire.

Il termine en déclarant que l'autorité parentale conjointe va dans le bon sens et que c'est une base de départ pour créer une égalité dans la famille. On est parti dans la bonne direction mais c'est encore un peu bancal. L'autorité parentale conjointe est une très bonne chose mais il y a encore beaucoup de travail pour qu'elle soit vraiment suivie d'effets en pratique. Il considère que c'est à la société de trouver un cadre dans lequel les parents puissent faire le travail intérieur nécessaire pour passer de la conjugalité à la parentalité.

13) Pensez-vous que le fait de rendre obligatoire la médiation serait une solution pour aller de l'avant ?

M. Y répond qu'à son sens il ne faudrait pas rendre la médiation obligatoire car l'emprise de l'Etat sur les affaires personnelles est déjà exagérée. Pour lui, le fait de rendre obligatoire la médiation serait presque une contradiction dans les termes. Il considère qu'on ne résoudrait pas les choses en faisant porter un poids encore plus lourd sur les parents. Il propose donc d'avoir un système d'ensemble comme le système de Cochem qui est pratiqué en Allemagne et qui aide les parents à trouver des solutions.

M. X explique qu'à Bâle ils ont réussi à mettre en place quelque chose qui ressemble très fortement au système de Cochem et qui est basé sur le droit de la protection de la jeunesse. A Genève, il explique qu'il y a des séances d'informations qui sont organisées par un collectif qui s'appelle « Enfant et séparation » et qu'il y a aussi la SEASP (Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale) qui fait de l'accompagnement de parents. Il y a donc beaucoup de choses qui sont en train d'être mises en place et il y a une réelle volonté de la part des participants de changer et d'améliorer le système. Après, le problème c'est que chacun reste dans son coin et que les avocats ont peur de perdre des clients en rendant la médiation obligatoire par exemple. Il considère par conséquent que l'assemblage est mal conçu et qu'il n'est pas adapté aux besoins des familles et des enfants. Il remarque aussi que si les parents ne sont pas capables de gérer eux-mêmes leurs conflits, l'Etat ne les aide pas

vraiment. On est en pleine mutation et les choses sont en train de bouger mais il faut espérer qu'elles bougent un peu plus vite et qu'elles aillent dans le bon sens.

14) Quelles solutions verriez-vous pour améliorer les choses ?

M. Y répond qu'il faudrait favoriser la méthode de Cochem. Il considère que la médiation obligatoire serait un poids supplémentaire dans le système juridique existant qui est déjà très lourd et lent. Il précise qu'il est très favorable à la médiation mais que selon lui il ne faudrait pas la rendre obligatoire.

M. X précise que la méthode de Cochem est un peu plus que de la médiation obligatoire puisqu'il s'agit vraiment d'un package.

Conclusion

M. X précise, en guise de conclusion, que ni lui ni M. Y n'ont été blessés par la justice. Il explique qu'ils essaient d'être les plus professionnels possible afin d'apporter aux pères des informations pour les aider à mieux gérer leur situation. Il déclare également que leurs propos doivent être interprétés avec précaution car ils ne voient que des pères qui sont dans des situations très difficiles.

8. Procès-verbal d'audition de Mme Ida KOPPEN (adjointe de direction et médiatrice à l'Office protestant de Consultations Conjugales et Familiales et Présidente de l'association Avenir Familles Genève) (19 juin 2019)

1) On sait que les conflits entre parents ont un effet néfaste sur les enfants, l'idée de cette réforme était donc de faire de l'autorité parentale conjointe la règle afin de créer une coparentalité positive pour pousser les parents à coopérer et à réduire leurs conflits. Pensez-vous que l'autorité parentale conjointe permet de maintenir cette coparentalité positive pour le bien des enfants ?

Ida KOPPEN répond qu'à son sens ce n'est pas la loi qui permet de résoudre les conflits entre les parents. Selon elle, le langage, les instruments et l'approche du droit augmentent parfois les conflits. Il faut donc trouver autre chose. Elle précise qu'elle n'est pas du tout contre l'idée de l'autorité parentale conjointe par défaut mais que le fait d'imaginer qu'un changement légal puisse avoir un effet positif sur la conflictualité entre les parents est une perception erronée du fonctionnement du droit. Le lien entre émotion et droit est plus compliqué que cela. Elle remarque par ailleurs que ce changement de loi n'a pas été accompagné de mesures de terrain pour faire en sorte que les parents sortent de leur conflictualité.

Elle explique que le grand défi d'aujourd'hui est de trouver une solution afin de réussir à faire exercer cette autorité parentale conjointe par défaut à des parents qui sont en conflit et qui ne communiquent pas. Le problème c'est que la société est là, qu'elle observe et qu'elle considère que c'est une situation normale si les parents séparés sont en conflit. En réalité, ce n'est pas une situation normale. Elle explique que l'autorité parentale conjointe pousse les parents à se responsabiliser vis-à-vis de leurs enfants et à collaborer entre eux. Elle déclare d'ailleurs qu'à Genève, on est en train de créer des structures qui aident les parents, malgré leur conflictualité, à pratiquer une autorité parentale conjointe qui implique qu'ils réussissent à communiquer sur tout ce qui est important dans la vie de leurs enfants (école, santé, religion, voyages, lieu de résidence) ce qui est très positif.

Elle termine en déclarant que l'autorité parentale conjointe n'a pas permis de réduire les conflits parentaux. Cette autorité parentale conjointe était une bonne idée à la base mais elle aurait dû être accompagnée par des mesures de terrain parce que finalement c'est l'entente entre les parents qui compte, plus qu'une loi qui leur impose quelque chose depuis le haut.

2) Quelles solutions préconiserez-vous pour favoriser cette entente entre les parents et réduire la conflictualité parentale ? Est-ce que le fait de rendre obligatoire la médiation serait une bonne solution selon vous ?

Ida KOPPEN répond qu'à son sens la médiation doit rester volontaire. Pour que la médiation fonctionne il faut en effet un certain engagement des parents. Les parents doivent venir en médiation parce qu'ils sont convaincus qu'elle va leur servir à quelque chose. On peut créer cet engagement des parents quand ils sont envoyés par le juge mais c'est plus difficile parce qu'il y a un risque qu'un des parents bloque tout. Dans de telles circonstances, l'efficacité de la médiation est limitée.

Elle explique qu'à Genève, a été créé le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP). Avant la création du SEASP, tous les cas conflictuels devant les tribunaux allaient au SPMI. Comme les séparations conflictuelles ne créaient toutefois pas toujours de danger pour l'enfant, le SEASP a été créé. Il se charge de faire des évaluations

lorsque les parents ne sont pas d'accord et leur offre trois séances d'accompagnement. Ensuite, si le SEASP estime que la médiation pourrait fonctionner alors les professionnels réorientent les parents vers un service de médiation et prend en charge le coût de la médiation.

Selon elle, pour les situations à haute conflictualité, il faudrait qu'un cadre soit posé par le juge et qu'il existe une structure d'accompagnement pour les parents. Le juge peut et doit plaider pour une démarche à l'amiable et réorienter les parents vers des professionnels pour les aider. Cette manière de faire permettrait par la suite aussi aux professionnels (thérapeutes ou médiateurs) d'avoir une certaine autorité et de pouvoir apporter un encadrement aux parents. Il ne s'agirait donc pas d'avoir une base légale qui imposerait la médiation mais plutôt d'avoir une prise en charge du couple en conflit afin de créer un engagement des parents.

Elle insiste sur le fait qu'il est vraiment important d'accompagner les parents. Elle explique qu'avec le droit actuel on peut déjà avoir cet accompagnement des parents et ce plaider du juge pour une démarche à l'amiable. Même sans changement du droit, on pourrait donc changer pas mal de choses dans la prise en charge des parents.

Après la question qui se pose est aussi celle de savoir qui paie pour la médiation. Au lieu d'avoir un changement de loi, elle explique qu'elle préférerait qu'il y ait un budget pour pouvoir payer les séances de médiation. S'il n'y a pas de budget pour la médiation, il y a en effet un risque que le conflit se concentre sur la question de savoir qui va payer au sein du couple. Si l'Etat pense vraiment qu'on doit gérer la conflictualité alors on doit avoir un budget pour la médiation.

3) Est-ce que ce Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP) fonctionne bien ? Est-ce que les résultats sont positifs ?

Ida KOPPEN répond que pour le moment les résultats sont très positifs.

4) Si je comprends bien, il manque, à Genève, un système d'accompagnement global et interprofessionnel ?

Ida KOPPEN répond que le TPAE organise actuellement des réunions avec tout le réseau alors que ce n'est pas le cas du TPI qui ne dispose même pas de Chambre dédiée au droit de la famille. Elle considère qu'il faudrait avoir plus de juges spécialisés au sein du TPI et qu'ils orientent un peu plus les parents en médiation.

5) Est-ce que vous ne pensez pas qu'il faudrait aussi que les étudiants en droit soient plus sensibilisés à la médiation ?

Ida KOPPEN répond que c'est très grave que les étudiants en droit ne soient pas sensibilisés à la médiation. Il ne faut pas qu'on apprenne aux étudiants en droit la théorie de la médiation mais il faudrait que tous les étudiants en droit, et en particulier ceux qui se spécialisent en droit de la famille, soient sensibilisés à la notion des démarches à l'amiable pour protéger les enfants. Il faut que les étudiants soient sensibilisés à cette différence entre le contentieux et la résolution des conflits à l'amiable. Le droit est là pour nous protéger quand nos droits sont atteints donc si on veut parler de coparentalité, on doit sortir de l'idée qu'un divorce ou une séparation entraîne automatiquement une atteinte aux droits et aux obligations. Cette idée qu'un des deux parents est en train de faire du mal à l'autre d'un point de vue juridique est

fausse mais c'est quand même le réflexe de 99% des gens. Pour le bien-être des enfants, les parents doivent rester en lien et cette coparentalité commence par la perception de ce qu'une séparation ou un divorce implique. La coparentalité oblige les deux parents qui se séparent à rester un couple parental.

6) Est-ce que vous pensez que l'autorité parentale conjointe aide les parents à rester en lien et à construire cette coparentalité positive pour le bien des enfants ?

Ida KOPPEN répond que c'était l'objectif de la loi mais que dans la pratique des séparations conflictuelles ce n'est pas un mécanisme automatique. Elle explique qu'il faut vraiment agir sur la conflictualité pour améliorer les choses mais que malheureusement l'autorité parentale conjointe par défaut n'y change rien. Pour agir sur cette conflictualité, il faudrait que les parents aillent dans des centres d'accompagnement et/ou de médiation. Si on veut aboutir à une entente entre parents, un travail doit intervenir en amont des jugements.

7) Dans des situations très conflictuelles, est-ce que vous pensez que l'autorité parentale conjointe est vraiment une bonne solution pour les enfants ?

Ida KOPPEN répond qu'il faudrait aller beaucoup plus loin dans la gestion du conflit. La gestion du conflit devrait devenir quelque chose de primordiale. Après, s'il y a un vrai danger pour les enfants alors il faut retirer l'autorité parentale conjointe aux parents et l'attribuer à un seul d'entre eux. Elle considère toutefois que l'autorité parentale exclusive devrait vraiment rester l'exception. Il devrait y avoir un très grand travail en amont avant de conclure qu'on a tout fait et que l'autorité parentale conjointe ne fonctionne pas. Elle explique que le juge pourrait aussi décider de retirer l'autorité parentale conjointe aux parents sur certains points seulement, comme la santé des enfants par exemple. Avant de supprimer complètement l'autorité parentale conjointe, il faudrait l'enlever seulement sur certains éléments et travailler sur la conflictualité.

8) En faisant de l'autorité parentale conjointe la règle, un des buts de la réforme était de permettre aux pères de pouvoir prendre davantage part aux décisions concernant leurs enfants et qu'ils puissent entretenir avec eux des contacts réguliers. Est-ce que vous pensez que ce but a été atteint en pratique ? Est-ce que l'autorité parentale conjointe a permis de renforcer les contacts père-enfant ?

Ida KOPPEN répond que pour les couples non mariés la loi a eu un effet positif. La loi a permis de mettre les couples non mariés sur un pied d'égalité par rapport aux couples mariés.

Elle indique toutefois, en ce qui concerne les contacts réguliers, qu'il faudrait faire des recherches supplémentaires pour pouvoir répondre à la question de savoir si l'autorité parentale conjointe a eu un effet positif sur les contacts entre les pères et les enfants. Elle explique que l'association Avenir Famille fait des recherches mais qu'elles sont globales. Il faudrait donc procéder à d'autres recherches de terrain et qu'elles aillent un peu plus dans le détail.

Elle indique néanmoins que, dans sa pratique de médiatrice, elle a remarqué un léger effet positif mais que c'est aussi dû au fait que la société s'est émancipée et que les pères veulent de plus en plus prendre part à la vie de leurs enfants.

9) Est-ce que depuis la réforme les pères prennent plus part aux décisions relatives à leurs enfants et est-ce qu'ils se sentent plus reconnus par les juges ?

Ida KOPPEN répond que c'est un peu une bataille juge-mère parce qu'être reconnu par le juge c'est une chose mais il faut aussi que les mères acceptent les jugements et qu'elles les respectent. Dans la pratique de tous les jours la coparentalité se concrétise par l'attitude des deux parents qui doivent apprendre à se respecter, s'écouter, se consulter et à prendre des décisions ensemble. La réponse est « oui », mais ce oui ne signifie pas que la place du père est réellement garantie car elle dépend aussi de l'attitude de la mère.

10) Est-ce que vous pensez que les pères sont satisfaits de cette réforme ?

Ida KOPPEN répond que lorsque les pères font un travail en médiation ils sont en principe satisfaits. Elle explique qu'au niveau de la médiation ils font toujours leur maximum pour les deux parents, ils cherchent un équilibre et des solutions qui soient justes et équitables. Elle précise toutefois que les problèmes qui concernent l'autorité parentale sont aussi souvent liés à des problèmes financiers. La loi a essayé de résoudre un problème mais un peu de façon juridique naïve parce qu'au final il faudrait une infrastructure globale pour pouvoir aider les parents à réduire leur conflictualité. Selon elle, la nouvelle loi a créé des problèmes qui n'existaient pas avant.

11) Vous pensez que la loi a déplacé le conflit sur autre chose, comme sur la garde par exemple ?

Ida KOPPEN répond que le problème se situe au niveau de l'exécution de l'autorité parentale conjointe puisque les parents en conflit n'arrivent souvent pas à se mettre d'accord sur les décisions concernant leurs enfants (scolarisation, santé etc.). Au final, on en revient donc encore à la conflictualité sur laquelle il faut travailler.

12) Selon le Message du Conseil fédéral, le bien de l'enfant était insuffisamment pris en considération avant la réforme. Un des buts de cette réforme était donc de faire de l'autorité parentale conjointe la règle afin de favoriser le bien-être des enfants. Est-ce que vous pensez que depuis la réforme les parents mettent plus le bien-être de leurs enfants au centre de leur réflexion ?

Ida KOPPEN répond que ce n'est pas une loi qui change l'âme, la fragilité, la colère et la peur d'un parent qui se sent abandonné. Selon elle, la loi n'a donc pas eu pour effet de replacer le bien de l'enfant au centre de la réflexion et n'a pas non plus eu pour effet de mettre les parents plus à l'aise ou dans une entente. Elle termine en déclarant, qu'à son niveau, elle n'a pas vu une réduction de la conflictualité depuis la réforme.

13) Est-ce que vous trouvez que le bien de l'enfant est plus pris en considération par les parents depuis la réforme ?

Ida KOPPEN répond qu'elle n'a pas vu cela en pratique. Elle explique qu'elle reste avec cette idée que l'application de l'autorité parentale conjointe doit être accompagnée.

Conclusion

Ida KOPPEN remarque que certaines questions qui ont été posées mériteraient des données que nous n'avons pas et que nous ne sommes pas en train de recueillir alors qu'il serait très intéressant de le faire. Elle remarque que le droit a certaines limites et que les juristes pensent qu'il a un pouvoir absolu alors qu'en pratique c'est très différent. Cela ne veut pas dire que la loi n'est pas intéressante et utile mais pour gérer cette conflictualité dans les familles on aurait besoin d'une autre forme d'approche car le langage juridique peut même parfois blesser. Elle termine en déclarant qu'elle soutient la réforme qui suit un développement dans la société, notamment l'égalité femme/homme et l'égalité père/mère, et espère que l'exécution de l'autorité parentale conjointe sera soutenue par des mesures de terrain comme le financement de la médiation et du coaching parental.

9. Procès-verbal d'audition de M. Stephan AUERBACH (Coprésident de l'association genevoise MédiationS et médiateur auprès du Service Social International) (21 juin 2019)

1) On sait que les conflits entre parents ont un effet néfaste sur les enfants, l'idée de cette réforme était donc de faire de l'autorité parentale conjointe la règle afin de créer une coparentalité positive pour pousser les parents à coopérer et à réduire leurs conflits. Pensez-vous que l'autorité parentale conjointe permet de maintenir cette coparentalité positive pour le bien des enfants ?

Stephan AUERBACH répond qu'on ne peut pas dire que l'autorité parentale conjointe permette de maintenir une coparentalité positive pour le bien des enfants. L'idée de départ était bonne mais elle n'a pas tellement été suivie d'effets en pratique.

Il explique qu'au sein du Service Social International (SSI), ils ont poussé dans le sens de la réforme et ont pris position lors des consultations fédérales. Il précise qu'ils ont surtout proposé l'article sur le déménagement de l'enfant. Il salue d'ailleurs le fait que le droit de déménager avec l'enfant se situe désormais au niveau de l'autorité parentale et non plus au niveau de la garde. Dans l'application, il considère toutefois qu'il aurait fallu prévoir des médiations ordonnées obligatoires en cas de conflit. Malheureusement, il explique que cette proposition n'a pas été retenue par le Parlement.

Il explique ensuite que l'autre problématique concerne l'amalgame qu'il y a entre l'autorité parentale et la garde de l'enfant. Il remarque en effet que les médias ont tendance à transmettre le message que l'autorité parentale conjointe implique la garde alternée obligatoire ce qui n'est pourtant pas le cas. On entraîne donc une confusion qui ne correspond pas du tout au texte légal. Le problème c'est que l'autorité parentale conjointe laisse penser que tout serait à partager de manière égalitaire, y compris le temps d'hébergement, ce qui n'est pas le cas. Il termine en déclarant que la bataille autour de la garde de l'enfant continue et qu'elle n'a pas été atténuée par la réforme, bien au contraire.

2) Est-ce que vous pensez que le conflit s'est déplacé et a ouvert des débats qu'il n'y avait pas forcément avant, en lien avec la garde par exemple ?

Stephan AUERBACH répond que c'est justement dans ce sens-là que le SSI prône la médiation et la consultation ordonnées qui ne sont actuellement pas inscrites dans la législation. Il explique qu'ils ont actuellement mis sur pied un « Réseau Enfants Genève » et qu'ils militent au niveau national pour un changement législatif en profondeur car la vraie solution serait que les parents qui se séparent soient obligés de passer dans des centres de consultation pluridisciplinaires pour négocier leur séparation dans l'intérêt de l'enfant. Il termine en déclarant que le système actuel n'est pas encore arrivé à bout et qu'il devrait encore aller plus loin, notamment avec une obligation faite aux parents de voir des professionnels (médiateurs et thérapeutes) avant d'aller voir des juges et des avocats.

3) Est-ce que vous pensez qu'une telle solution serait adaptée à des situations conflictuelles ?

Stephan AUERBACH explique que le but ultime serait d'éviter que le conflit ne s'envenime en faisant de la prévention. Il rappelle que toutes les situations dans lesquelles il y a un blocage complet sont devenues comme cela avec le temps et que ce sont souvent les procédures et les avocats qui ont envenimé les choses. Il est clair qu'une fois que la situation est cristallisée c'est terrible mais on peut travailler et faire de la prévention. Il explique qu'un outil de prévention serait par exemple d'avoir des centres de coparentalité obligatoires.

4) La réforme avait pour but de redonner une position de force aux pères, notamment en rattachant le droit de déterminer le lieu de résidence à l'autorité parentale. Pourtant, en pratique, il semble que les juges autorisent quand même le déménagement du parent gardien dans la grande majorité des cas. Est-ce que vous avez aussi remarqué cela dans votre pratique ?

Stephan AUERBACH acquiesce. Il explique que la question qui se pose aussi est celle de savoir comment la décision est reçue et quels impacts elle a sur le conflit des parents. Il explique qu'en principe les décisions n'apaisent pas les conflits. Il serait donc mieux d'éviter de prendre des décisions judiciaires imposées et que les conflits soient réglés à l'amiable.

5) Est-ce que vous pensez que l'autorité parentale conjointe a permis de réduire les conflits entre les parents ?

Stephan AUERBACH répond qu'il ne pense pas que ce soit le cas. Ce qui permettrait vraiment de réduire les conflits ce serait d'instaurer un système de consultation obligatoire avant d'aller en justice. Il remarque d'ailleurs que l'autorité parentale conjointe a même parfois fait augmenter la conflictualité sur certaines questions qui ne se posaient pas forcément avant.

6) Est-ce que vous pensez que dans des situations très conflictuelles l'autorité parentale conjointe est vraiment une bonne chose pour les enfants ?

Stephan AUERBACH répond qu'il peut parfois être dans le bien des enfants de limiter l'autorité parentale à un seul parent, surtout lorsque le conflit est très important. A un certain moment, il est mieux de limiter l'autorité parentale mais l'idée serait quand même de prévenir ce genre de situations pour éviter d'en arriver là parce que toutes ces situations très conflictuelles ne le sont généralement pas au départ. Ce sont souvent des situations qui deviennent très conflictuelles à la suite d'interventions d'avocats ou de la justice.

7) Est-ce que vous pensez que les étudiants en droit devraient être sensibilisés à la médiation ?

Stephan AUERBACH acquiesce. Il explique que le droit de la famille est d'abord une question interpersonnelle et que les questions juridiques ne sont pas des plus intéressantes dans ce genre de conflits. Ce sont avant tout des problèmes affectifs et émotionnels qui se posent donc c'est sur ce terrain-là qu'il faudrait aborder les conflits.

8) Est-ce que vous pensez qu'il faudrait que les avocats et les médiateurs collaborent plus ensemble ?

Stephan AUERBACH répond que ce serait très souhaitable mais qu'il faudrait même aller encore plus loin. Il explique qu'en Australie, ils ont par exemple complètement renversé l'approche du droit de la famille puisque les personnes qui veulent se séparer doivent d'abord aller dans des centres de relations familiales et obtenir un certificat avant de pouvoir aller au tribunal plaider leur cause et ouvrir la procédure. Il explique que dans ces centres, il y a aussi bien des thérapeutes, des médiateurs que des juristes qui donnent des conseils légaux. Il explique que l'idée de ces centres est de résoudre le conflit à l'amiable dans un premier temps. Selon lui, la Suisse devrait suivre ce modèle australien. Il explique d'ailleurs que le conseiller aux Etats Konrad GRABER (PDC) a interpellé le Conseil fédéral avec une interpellation intitulée « Favoriser le bien de l'enfant grâce à des procédures de médiation lors de conflits familiaux » afin que le Conseil fédéral étudie le système australien et la possibilité de modifier le droit de procédure en Suisse afin d'aller dans ce sens-là.

9) Il existe à Genève le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP), est-ce que vous ne pensez pas que c'est déjà un pas qui va dans la bonne direction ?

Stephan AUERBACH acquiesce. Il explique que des séances d'informations sont données par le SEASP aux parents. Il indique toutefois qu'à Bâle, il existe des véritables consultations ordonnées sur trois mois avec des séances régulières (7-9 séances) pour les parents qui se séparent afin qu'ils réussissent à élaborer des accords. A Bâle, il existe donc un niveau supérieur par rapport à Genève puisqu'il ne s'agit pas seulement de faire des séances d'informations mais bien plutôt d'accompagner la séparation au niveau de la consultation. Il précise que les résultats sont satisfaisants puisque 50% des consultations ordonnées finissent par un accord.

10) Avant la réforme, les pères étaient très souvent éloignés de leurs enfants et se déresponsabilisaient. L'idée de la réforme était donc de permettre aux pères de prendre davantage part aux décisions concernant leurs enfants et d'entretenir des contacts plus réguliers avec eux. Est-ce que, selon vous, les pères voient plus régulièrement leurs enfants depuis l'instauration de l'autorité parentale conjointe ?

Stephan AUERBACH répond que la réforme a permis de « re-responsabiliser » les pères. Il déclare toutefois qu'il ne peut pas tellement répondre à cette question puisque le SSI s'occupe surtout de problématiques transnationales. Il explique que lorsqu'il y a un déménagement à l'étranger, le grand problème ce sont les droits de visite, la distance géographique et le fait de réussir à maintenir des liens entre le parent qui n'est pas parti et l'enfant. Il termine en déclarant que ce problème reste entier et que l'autorité parentale conjointe n'a pas réellement permis de changer les choses.

11) Est-ce que vous pensez que les pères sont plus satisfaits depuis la réforme ?

Stephan AUERBACH répond que la question de l'insatisfaction des pères face à l'autorité parentale est très délicate et qu'elle est souvent médiatisée et amplifiée par certains médias et certains avocats. Toute cette problématique doit donc être prise avec des pincettes.

12) Selon le Message du Conseil fédéral, le bien de l'enfant était insuffisamment pris en considération avant la réforme. Un des buts de la réforme était donc de faire de l'autorité parentale conjointe la règle afin de favoriser le bien de l'enfant. Est-ce que vous pensez que depuis la réforme les parents mettent plus le bien de l'enfant au centre de leur réflexion ?

Stephan AUERBACH répond que l'intérêt de l'enfant est au centre de la conception du droit de la famille mais que dans la pratique les parents sont quand même très souvent guidés par leurs propres droits et leurs propres besoins. La consultation et la médiation ordonnées permettraient de faire un véritable travail à ce niveau-là. Il explique que dans le système australien par exemple les méthodologies d'intervention sont axées sur les enfants. Ils sont vraiment mis au centre des discussions et les parents sont sensibilisés à ce qu'ils vivent. Si on appliquait la même méthode qu'en Australie cela permettrait réellement de replacer l'enfant au centre de la réflexion.

13) Est-ce que vous pensez que l'autorité parentale conjointe est plus à même de prendre en considération le bien de l'enfant que l'autorité parentale exclusive.

Stephan AUERBACH répond que c'est le cas en règle générale mais que dans certains cas il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant qu'il ait des liens avec ses deux parents.

10. Procès-verbal d'audition de Mme Alexandra SPIESS (Intervenante psychosociale, thérapeute de la famille et responsable de la Fondation As'trame Genève) (2 juillet 2019)

1) On sait que les conflits entre parents ont un effet néfaste sur les enfants, l'idée de cette réforme était donc de faire de l'autorité parentale conjointe la règle afin de créer une coparentalité positive pour pousser les parents à coopérer et à réduire leurs conflits. Pensez-vous que l'autorité parentale conjointe permet de maintenir cette coparentalité positive pour le bien des enfants ?

Alexandra SPIESS répond que l'autorité parentale conjointe a permis de légitimer les deux parents à prendre des décisions au même titre concernant les enfants. Elle explique toutefois que lorsqu'il y a un conflit massif entre les parents, c'est davantage une question conjugale qu'une question éducative qui se pose. Les parents reportent en effet au niveau parental ce qu'ils n'ont pas comme reconnaissance au niveau conjugal.

2) Est-ce que cela signifie que les parents n'arrivent pas à différencier le couple parental du couple conjugal ?

Alexandra SPIESS répond que tout le monde aimerait théoriquement que les parents fassent la distinction entre le couple conjugal et le couple parental. Elle rappelle toutefois que si on devient parents c'est bien parce qu'il y a une conjugalité. Au fond, c'est donc un peu une hérésie que de penser qu'on sort de la conjugalité parce qu'on n'est plus un couple.

Elle explique ensuite que le conflit sert souvent à maintenir un lien entre les parents afin de pallier la disparition du lien conjugal par peur qu'il n'y ait plus rien. Malheureusement, elle explique que l'autorité parentale conjointe n'a pas réglé ce problème-là. C'est comme la question de la garde alternée ; elle ne résout pas les conflits.

On tente, au nom du principe d'égalité hommes-femmes, d'octroyer les mêmes droits à chacun mais la difficulté qu'on peut rencontrer c'est qu'en période de conflit les droits et les envies des parents passent avant les besoins des enfants. Elle explique qu'au sein de la Fondation As'trame leur but est de ne pas perdre de vue l'intérêt des enfants. Pour y arriver il faudrait toutefois qu'il existe un système qui permette de mieux communiquer les uns avec les autres au niveau interdisciplinaire.

Elle explique que pour ne pas perdre de vue le bien des enfants, il faut aussi tenir compte de la blessure conjugale des parents. Elle explique que depuis la disparition du divorce pour faute, le parent qui se sent lésé dans la séparation n'a plus la reconnaissance dont il pouvait s'attendre par le passé. Il n'est plus reconnu comme étant la victime de l'autre. Le fait qu'il y ait cette disparition fait donc que le parent lésé recherche, au travers de la parentalité, à panser ses plaies et à être reconnu. Le problème c'est que cela risque de faire de l'autorité parentale conjointe un « ring » sur lequel se battent les parents.

3) Est-ce que vous pensez que l'autorité parentale conjointe a eu un effet positif sur les conflits ? Est-ce que les parents sont moins en conflit depuis la réforme ?

Alexandra SPIESS répond qu'elle n'a pas le sentiment que ce soit le cas. Elle remarque toutefois que la réforme a permis une reconnaissance de l'implication des pères par rapport aux pères d'il y a 30-40 ans en arrière.

Elle explique qu'elle trouve ce changement de loi tout à fait juste car il n'y avait plus de raison qu'un seul des parents prenne les décisions seul.

Le problème aujourd'hui c'est que lorsqu'il y a un conflit, on est parfois dans l'immobilisme. Il y a en effet un risque de congélation des décisions. Par exemple, si un suivi thérapeutique doit être mis en place pour l'enfant et que l'autorité parentale est exercée conjointement, il y a un risque qu'un des parents bloque tout. Le problème c'est que le temps que cette question soit résolue, il peut se passer des mois pendant lesquels le bien-être de l'enfant se péjore.

4) Dans des situations conflictuelles, est-ce que vous pensez que l'autorité parentale conjointe est vraiment une bonne solution pour le bien des enfants ?

Alexandra SPIESS répond que dans des situations conflictuelles, il y a un risque que l'autorité parentale conjointe rajoute du conflit sur tous les points qui concernent les enfants. Au final, l'enfant, qui est au cœur du conflit, a le sentiment d'être responsable de cette situation. C'est une très bonne chose d'avoir fait de l'autorité parentale conjointe la règle mais ce n'est pas une piste de résolution des conflits.

Elle explique que pour faire évoluer le dispositif genevois, il faudrait avoir un système identique au système bâlois. Elle considère en effet que le système genevois n'est pas assez contraignant. On laisse des situations se péjorer parce que la justice va trop lentement, parce qu'il y a un manque de formation des professionnels de première ligne et parce qu'il y a un manque d'information au niveau des parents. On ne contraint pas les parents à se responsabiliser dès le départ et à mettre en place quelque chose qui soit cohérent pour les enfants. Résultat, on assiste à des « parcours d'errance » avec des familles qui passent de service en service pendant des années. Le conflit a donc le temps de s'étayer et de devenir massif.

Elle termine en déclarant que ce n'est pas tellement le fait d'instaurer l'autorité parentale conjointe qui permet de diminuer les conflits. Ce qui permettrait de diminuer les conflits, ce serait d'avoir un dispositif avec des actions plus précoces et plus contraignantes. Si dès le départ on contraignait les parents à trouver des accords malgré leur niveau de conflit, cela ne pourrait être que positif. L'autorité parentale conjointe est une très bonne chose car elle a permis de redonner les mêmes droits aux parents mais elle n'a pas permis de diminuer les conflits.

5) Est-ce qu'il y a quand même des situations dans lesquelles l'autorité parentale conjointe fonctionne bien ?

Alexandra SPIESS répond qu'au sein de la Fondation As'trame ils sont confrontés au pourcentage de familles pour qui l'autorité parentale conjointe ne fonctionne pas. Après, il est certain qu'il y a des familles pour lesquelles l'autorité parentale conjointe se passe bien. Elle précise que l'autorité parentale conjointe ne fonctionne pas pour différentes raisons et qu'il

faut donc aussi prendre en considération le vécu de chacun, le mythe fondateur sur lequel la relation repose, les blessures et les trahisons qui ont eu lieu pendant la vie conjugale. Elle termine en déclarant qu'il lui semble qu'il y a environ 30% de situations en conflit au niveau des séparations contre 70% de situations qui se passent plutôt bien.

6) Un des buts de la réforme était de permettre aux pères de s'impliquer davantage dans la vie de leurs enfants et de garder avec eux des contacts réguliers. Est-ce que vous pensez que la réforme a permis aux enfants de voir plus régulièrement leur père ?

Alexandra SPIESS répond que l'implication des pères dans la vie de leurs enfants ne tient pas seulement à l'autorité parentale conjointe mais aussi à la manière dont s'est construite la famille durant le mariage. Elle explique en effet que l'implication des pères dans la vie familiale avant la séparation est déterminante par rapport à ce qui se passe après la séparation. Quand on a une grande implication des deux parents auprès des enfants dans la vie familiale, généralement l'implication reste la même post-séparation. Les mères qui perçoivent l'implication des pères pendant toute la vie familiale sont beaucoup plus à même de souhaiter que la même implication perdure post-séparation. Elle explique qu'il y a vraiment un regard qui est issu du modèle qui a prévalu jusqu'à la séparation. Elle termine en déclarant que l'autorité parentale conjointe a toutefois permis d'offrir une opportunité aux pères qui souhaitaient s'impliquer davantage dans la vie de leurs enfants.

7) Est-ce que vous pensez que les pères entretiennent des relations de meilleure qualité avec leurs enfants depuis la réforme ? Est-ce que la réforme a eu un effet positif sur la qualité des contacts père-enfant ?

Alexandra SPIESS répond que l'autorité parentale conjointe a davantage impacté la préoccupation des pères que la qualité des contacts. De par l'autorité parentale conjointe, les parents ont un devoir de préoccupation qui n'était peut-être pas le même qu'avant. Après, savoir si ce devoir de préoccupation améliore la qualité de la relation père-enfant est une autre question. Elle considère, pour sa part, qu'il n'y a pas tellement de cause à effet entre l'autorité parentale conjointe et la qualité des contacts.

8) Selon le Message du Conseil fédéral, le bien de l'enfant était insuffisamment pris en considération sous l'ancien droit. Avec la réforme, le législateur est donc parti du principe que l'autorité parentale conjointe était la plus à même de défendre les intérêts des enfants. D'ailleurs, certains partisans de la réforme considéraient que les enfants seraient dès le départ mis au centre des préoccupations de leurs parents. Selon vous, est-ce que les parents mettent effectivement plus les intérêts des enfants au centre de leur réflexion depuis la réforme ?

Alexandra SPIESS répond que cette réforme s'inscrit dans un courant où les enfants ont une autre place qu'avant. On est dans une ère où l'enfant a une place et une reconnaissance à laquelle il n'avait pas forcément le droit auparavant. Lorsqu'il y a un conflit entre les parents, l'enfant n'existe toutefois pas plus qu'avant. Elle explique que ce n'est en effet pas l'autorité parentale conjointe qui permet d'agir sur le conflit et donc sur le bien de l'enfant. Si on voulait agir dans l'intérêt supérieur de l'enfant, il faudrait agir au niveau des conflits car on sait que les conflits qui durent sont très délétères pour les enfants. D'ailleurs, elle explique que la perte d'un parent crée souvent moins de dégâts sur les enfants que les conflits. Les enfants qui subissent les conflits de leurs parents durant de nombreuses années sont marqués à vie, il y a des enfants qui vont très mal et même certains qui se suicident. Malheureusement,

l'autorité parentale conjointe n'est pas un outil qui a permis d'agir au niveau du bien des enfants. Elle a permis beaucoup d'autres choses comme la reconnaissance des droits des deux parents mais elle n'a pas tellement eu d'effet sur le bien-être des enfants. L'autorité parentale conjointe partait d'une très bonne intention mais elle n'a finalement pas permis ce qu'on avait imaginé.

9) Est-ce que vous pensez que l'autorité parentale conjointe est plus à même de prendre en considération le bien de l'enfant ?

Alexandra SPIESS répond que l'autorité parentale conjointe participe au bien de l'enfant dans les situations qui fonctionnent bien.

10) Est-ce que vous pensez que l'objectif du législateur de garantir le bien de l'enfant en faisant de l'autorité parentale conjointe a été atteint en pratique ?

Alexandra SPIESS répond par la négative. Elle explique que l'autorité parentale conjointe fonctionnait déjà bien dans des situations non conflictuelles. Selon elle, la réforme n'est toutefois pas une mauvaise chose puisque de nombreux pères sont très satisfaits de la nouvelle loi. L'autorité parentale conjointe permet par ailleurs aussi d'attendre des deux parents un engagement à résoudre leurs conflits qui est coloré un peu différemment depuis qu'ils ont les mêmes droits. Il y a donc, au travers de l'attribution de l'autorité parentale conjointe par défaut, un regard et des attentes de la part du législateur vis-à-vis des deux parents qui sont positifs. En résumé, même si l'autorité parentale conjointe n'est pas la clé de résolution des conflits durables, elle apporte un regard sur les deux parents qui est positif.

11) Est-ce que vous pensez que le système australien selon lequel les parents sont obligés de passer par un centre pluridisciplinaire pour obtenir une attestation qui leur permet ensuite d'enclencher la procédure de séparation serait une bonne piste à suivre en Suisse ?

Alexandra SPIESS répond qu'elle se bat exactement pour instaurer un tel système.

12) Est-ce que vous ne pensez pas qu'il faudrait aussi mieux former les juristes à cette question et les sensibiliser à la médiation ?

Alexandra SPIESS acquiesce. Elle explique qu'il devrait même exister une formation de base pour tous les professionnels qui travaillent avec des familles afin de leur permettre de mieux comprendre les implications d'une séparation et les effets sur les enfants, les adultes et sur la dynamique familiale.

13) Est-ce que vous pensez que la mise en place du SEASP est déjà un pas dans la bonne direction ?

Alexandra SPIESS répond que c'est un petit pas en avant mais que le problème du SEASP c'est qu'il intervient seulement sur mandat du tribunal. Elle explique que le SEASP a vraiment à cœur de faire de la prévention alors que malheureusement nous n'en sommes pas encore là aujourd'hui. Pour elle, il faudrait intervenir déjà bien avant que les situations ne se péjorent.

11. Réseau Enfants Genève, charte constitutive, adoptée le 15 mai 2018, état au 11 juin 2019

Historique

Le « Réseau Enfants Genève » (ci-après : « REG ») a été créé suite au séminaire des HUG du 2 octobre 2017 sur le thème « Conflits parentaux : l'enfant victime silencieuse ». Il est le résultat d'une initiative d'un groupe de personnes – professionnel-e-s indépendant-e-s et membres d'institutions publiques ou privées genevoises – convaincu-e-s que les modèles d'intervention présentés lors de ce colloque pouvaient également être adaptés et transposés au contexte genevois. Une première réunion du REG a eu lieu le 21 novembre 2017.

Problématique et ébauches de solutions

En cas de séparation parentale conflictuelle, les enfants en sont les premières victimes. Chaque séparation parentale est différente, et les conséquences pour les enfants varient fortement d'une situation à l'autre, notamment en fonction du degré de conflictualité de la séparation. Trois grandes tendances peuvent cependant être identifiées :

- 1) Un premier groupe de familles en séparation parvient à mettre soi-même sur pied les modalités de prise en charge post-séparation adaptées aux besoins de leur(s) enfant(s) et de leur situation, sans conflit majeur et sans intervention extérieure majeure ;
- 2) Un deuxième groupe parvient à « réussir » sa séparation avec l'aide directe et librement choisie d'intervenants externes comme des conseillers conjugaux, des psychothérapeutes, des médiateurs, des intervenants en protection de l'enfant, des avocats etc. ;
- 3) Un troisième groupe n'arrive pas à développer un modèle de coparentalité post-séparation apaisé et sans tensions majeures pour les enfants, malgré le cadre que représentent les décisions prises par un tiers juridique ou des professionnels de la protection de l'enfant.

Ces groupes ne sont évidemment pas figés : au début d'une séparation, et – dans une moindre mesure – ultérieurement, une importante « fenêtre d'opportunités » existe pour aider ces parents à adopter des stratégies de séparation plus constructives. De multiples facteurs ont une influence sur l'évolution d'un conflit parental, comme par exemple :

- Les styles de résolution de conflit préexistants au sein du système familial,
- Les stratégies de résolution de conflit et les ressources propres de chacun des parents, mais aussi
- L'existence et la nature du dispositif étatique et privé dans ce domaine : quels rôles et fonctions ont été attribués aux avocats, juges, intervenants en protection de l'enfant, intervenants privés comme les psychothérapeutes, experts judiciaires, médiateurs etc. ?

Ces situations conflictuelles engendrent des coûts psychologiques et financiers considérables à la charge des familles et de la collectivité, parmi lesquels la souffrance inutile des enfants, motif principal de la démarche décrite dans le présent document.

Pour répondre à cette problématique, dans certains pays comme l'Australie³¹⁸, le Canada³¹⁹ ou l'Allemagne³²⁰, et dans certains cantons suisses³²¹, le dispositif juridique et institutionnel en matière de séparation familiale a par conséquent été profondément réformé ces dernières décennies autour des axes et postulats suivants :

- Privilégier le recours à des intervenants non-judiciaires dans une 1^{ère} phase de séparation ;
- Favoriser la communication directe entre les parents, en privilégiant les échanges oraux aux échanges écrits ;
- Dé-judiciariser les conflits familiaux en les voyant d'abord comme une question relationnelle avant d'être une question juridique ;
- Mettre l'enfant systématiquement au centre du dispositif ;
- Respecter le droit de l'enfant de participer à toute procédure le concernant (article 12 Convention relative aux droits de l'enfant), donc également à ces nouveaux types de procédures de droit de l'enfant ;
- Renforcer la coopération entre tous les acteurs (juges, intervenants en protection de l'enfant, avocats, médiateurs, thérapeutes, soignants, etc.) en créant un dispositif formel avec un certain degré d'injonction, voire une étape contraignante pour les parents.

Sont cependant exclus de ce nouveau dispositif ainsi que de la présente initiative du REG les situations de violence envers un parent ou l'enfant, et de maltraitance grave de l'enfant.

³¹⁸ Depuis son *Family Law Act 1975*, l'Australie favorise des méthodes alternatives de résolution de conflits. Aujourd'hui, soixante-cinq « Family Relationship Centres » interdisciplinaires existent sur tout le territoire australien. Des parents en séparation et souhaitant accéder à la justice doivent produire un certificat attestant qu'ils ont tenté au préalable une résolution amiable de leur conflit, sauf dans des cas de violence conjugale ou de maltraitance d'un enfant.

³¹⁹ Au Québec, il existe depuis 2016 une obligation des parents d'assister à une séance d'information sur la parentalité et la médiation avant d'être entendus par le juge.

³²⁰ Basée sur la « méthode de consensus » ou « modèle de Cochem », en Allemagne, une « procédure familiale accélérée » (« Beschleunigtes Familienverfahren ») a été développée dans certaines juridictions.

³²¹ Inspiré des expériences en Allemagne, le « Netzwerk Kinder » a été créé à Bâle en 2008 et développé un dispositif d'intervention cohérent et partiellement contraignant (cf. Schreiner, Joachim/Schweighauser, Jonas : *Trennung und Scheidung : Alternative Formen der interdisziplinären Zusammenarbeit am Beispiel des « Netzwerks Kinder » im Kanton Basel Stadt*, in : Büchler/Müller-Chen (ed.) : *Private Law – national – global – comparative*, Bern 2011, pp. 1555-1564) ainsi que Banholzer, Karin/Schweighauser, Jonas et al. : « *Angeordnete Beratung* » - ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, in : *FamPra.ch* 2012, pp. 111-125.)

Contexte genevois et suisse

La société d'aujourd'hui en tant que garante des futures générations ainsi que les intervenant-e-s auprès des familles en voie de séparation ont une responsabilité particulière de tout mettre en œuvre afin que les enfants puissent vivre au mieux ces transitions familiales parfois extrêmement douloureuses, et en soient le moins possible affectés dans leur développement personnel.

A Genève pourtant, le dispositif en matière de séparation parentale est morcelé et ne tient pas encore suffisamment compte des besoins des enfants et des familles en cas de séparation, soit au stade initial de la séparation, soit dans son suivi :

- Le recours à des procédures extra-judiciaires se fait encore principalement sur une base volontaire par les parents, ou selon l'appréciation individuelle de certains juges, et non pas de manière systématique, ceci malgré le fait que la nouvelle Constitution de la République et canton de Genève stipule que « L'Etat encourage la médiation et les autres modes de résolution extrajudiciaire des litiges. » (art. 120 Cst-GE);
- Les autorités cantonales en matière de protection de l'enfance (SEASP, SPMi) manquent de ressources et de compétences professionnelles nécessaires pour soutenir, systématiquement et dans la durée, les parents dans leur séparation. L'identification des situations nécessitant des mesures de protection de l'enfant, en regard du simple conflit parental temporaire, sont encore insuffisantes et prennent trop de temps à tous les niveaux (justice, social, soignants).
- Une multitude de services privés existe (Collectif Enfants et Séparation, OPCCF, Couple et famille, Centre Social Protestant, As'trame, Maison Genevoise des Médiations, Service Social International, etc.) sans pour autant faire partie d'un dispositif cohérent et en partie contraignant pour les parents.

Le modèle bâlois³²² montre qu'un dispositif plus structuré et cohérent et un renforcement des prestations ou injonctions étatiques en matière de coparentalité est pourtant possible dans le cadre du droit suisse actuel du droit de la famille, en particulier les articles 307 et 314 du Code civil suisse³²³.

³²² Cf. note ci-dessus relative au canton de Bâle.

³²³ Art. 307 al. 3 CC : L'autorité de protection de l'enfant « **peut**, en particulier, rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs, **donner des** indications ou **instructions** relatives au soin, à l'éducation et à la formation de l'enfant, et désigner une personne ou un office qualifiés qui aura un droit de regard et d'information. »

Art. 314 al. 2 CC : « L'autorité de protection de l'enfant peut, si elle l'estime utile, **exhorter** les parents de l'enfant à **tenter une médiation**. »

Objectifs du « Réseau Enfants Genève » (REG)

Objectif général

Développer et mettre en place un processus et un dispositif pluridisciplinaire cohérent et au moins partiellement contraignant de prise en charge des familles post-séparation de la première demande au tribunal jusqu'à l'établissement d'une coparentalité protectrice de l'enfant.

Objectifs spécifiques

- Promouvoir la connaissance des expériences réussies à l'étranger et ailleurs en Suisse en organisant des colloques, des conférences, des événements publics etc. ;
- Favoriser l'échange, la coordination et la coopération entre les acteurs genevois (publics et privés) du domaine de la séparation parentale ;
- Se constituer en un espace de réflexion créatif afin de proposer des modèles de prise en charge innovants ;
- Améliorer pour les acteurs institutionnels et le grand public la lisibilité et visibilité des services et prestations existants ;
- Établir une collaboration constructive avec le pouvoir judiciaire et le barreau
- Collaborer avec les décideurs politiques cantonaux (législatif et exécutif) en vue de créer un dispositif de soutien à la coparentalité plus cohérent et plus contraignant tenant plus compte des besoins des enfants, et identifier et promouvoir les éventuels changements législatifs nécessaires au niveau cantonal, voire fédéral ;
- Favoriser des recherches, par d'autres organismes, sur des problématiques annexes³²⁴ ;

Fonctionnement du REG

Actuellement, le REG fonctionne en tant que regroupement informel de professionnels indépendants et de représentants d'institutions publiques et privées. Trois niveaux de fonctionnement existent en ce moment :

- **Séances plénières** à intervalles d'environ 2 mois, ouvertes à tous les membres du réseau

³²⁴ Il conviendrait par exemple aussi d'identifier les facteurs administratifs qui contribuent à alimenter ou adoucir le conflit parental (au niveau impôts, logement, domicile administratif de l'enfant, etc.), ou encore d'estimer le coût économique des séparations/divorces conflictuelles pour le canton de Genève et les éventuelles répercussions économiques favorables d'un dispositif comme celui visé par le Réseau Enfants Genève.

- Un **comité** composé de :

- Stephan Auerbach – Coordination du groupe
- Alexandra Spiess, Anne de Montmollin (As'trame)
- Katharina Schindler (Ecole des Parents)
- Laurence Bagnoud (Thérapeute)
- Camille Maulini (avocate)
- Camille La Spada-Odier (avocate)

Font également partie du comité à titre d'invité-e-s permanent-e-s :

- Amarda Thanasi (Cheffe du SEASP)
- Suma Mandwewala / Sylvie Bonnal (SSEJ)

- Un **comité scientifique** (cf. liste ci-dessous)

Membres du REG

a) Membres représentant-e-s des institutions privées

- Monika Ducret, Christine Tissot-Mayor, Pierre-Alain Corajod – Couple et Famille
- Sylvia Thodé, Ida Koppen, Loubna Freih – Office protestant de consultations conjugales et familiales (OPCCF)
- Alexandra Spiess, Anne de Montmollin – Fondation As'trame
- Katharina Schindler-Bagnoud – Ecole des parents
- Laurence Bagnoud-Roth – Therapea
- Alexandre Balmer – Antenne de médiation et de prévention avec des mineurs AMPM – Astural et Fédération Genevoise MédiationS (FGeM)
- Collectif Enfant et Séparation
- Stephan Auerbach – Service social international – Suisse (SSI)

b) Membres travaillant au sein d'une institution publique

- Bruno Chevrey, - Fondation Officielle de la Jeunesse
- Marina Walter-Menzinger – HUG, Centre Universitaire Romand de Médecine Légale, Unité de Psychiatrie Légale

c) Professionnelles indépendantes

- Avocates :
 - Lorella Bertani
 - Sandrine Tornare (et médiatrice)
 - Catherine Ming (et médiatrice)
 - Tatiana Tence
 - Pauline Wenger Studer (et médiatrice)
 - Birgit Sambeth Glasner (et médiatrice)
 - Camille Maulini
 - Camille La Spada-Odier

- Thérapeutes indépendantes :
 - o Maude Masson-Babel
 - o Danielle Jaques Walder, médiatrice familiale et thérapeute de couple et de famille
- Médiateurs indépendants :
 - o Anne Catherine Salberg
 - o Pascale Byrne-Sutton
 - o Laura Cardia Vonèche
 - o Nathalie Herren
- Chercheuses indépendantes :
 - o Virginie Morel
 - o Régiane Pereira

d) Comité scientifique

- Prof. Michelle Cottier (Université de Genève, Faculté de droit)
- Prof. Nicolas Favez (Université de Genève/FAPSE, Faculté de psychologie et sciences de l'éducation)
- Prof. Eric Widmer (Université de Genève, Faculté de sociologie)

Personnes de contact pour le REG et participant aux réunions plénières du REG

- Nathalie Hänggi, Florenta Ferati – Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP)
- Charlotte Ferrer-Soler, Ivana Boesch – Service de protection des mineurs (SPMi)
- Serge Abramowski, Suma Mandwewala, Sylvie Bonnal – Service de santé de l'enfance et de la jeunesse (SSEJ)

Invitée permanente au comité et aux réunions plénières du REG

- Amarda Thanasi – Cheffe du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP)

BIBLIOGRAPHIE

ABDESSEMED Charaf, Ces pères séparés ou divorcés que l'on continue à maltraiter, *in* Lausanne cités 11 janvier 2017, [<https://www.lausannecites.ch/le-journal/eclairage/ces-peres-separes-ou-divorces-que-lon-continue-maltraiter>] (03.06.2019).

ALBISTON Catherine R./MACCOBY Eleanor E./MNOOKIN Robert R., Does joint legal custody matter ?, *in* Stanford Law & Policy Review (SLPR) 1990, vol. 2, pp. 167-179, [<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1707&context=facpubs>] (31.05.2019).

AMATO Paul R./GILBRETH Joan G., Nonresident Fathers and Children's Well-Being: A Meta-Analysis, *in* Journal of Marriage and Family (JMF) 1999, vol. 61, no. 3, pp. 557-573, [<https://www.jstor.org/stable/pdf/353560.pdf>] (11.06.2019).

AMATO Paul R./KEITH Bruce, Parental divorce and the well-being of children : A meta-analysis, *in* Psychological Bulletin [ALBARRACIN Dolores, éd.], 1991, vol. 10, no. 1, pp. 26-46, [<https://psycnet.apa.org/fulltext/1991-32830-001.pdf>] (24.07.2019).

AMREIN Bernhard/GULER Albert/HÄFELI Christoph, Recueil de modèles concernant le droit de l'adoption et de la filiation, 2^e éd., Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2005.

ANGLADA Christian/GANTY Annemarie/FISCHER Sylvie, L'autorité parentale conjointe, un idéal risqué, *in* Plaidoyer 2010, vol. 28, no. 2, pp. 6-9.

BANHOLZER Karin/DIEHL Regula/HEIERLI Andreas/KLEIN Anne/SCHWEIGHAUSER Jonas, "Angeordnete Beratung" - ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, *in* Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2012, vol. 13, no. 1, pp. 111-125.

BAUSERMAN Robert, Child Adjustment in Joint-Custody Versus Sole-Custody Arrangements: A Meta-Analytic Review, *in* Journal of Family Psychology (JFP) 2002, vol. 16, no. 1, pp. 91-102, [<https://www.apa.org/pubs/journals/releases/fam-16191.pdf>] (07.06.2019).

BEUTLER Vera/PASQUIER Suzanne, Le « röstigraben » de l'autorité parentale conjointe, *in* Plaidoyer 2011, vol. 29, no. 4, pp. 26-27.

BLEICKER Olivier, Analyse de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme B. c. Suisse du 27 mai 2014, req. n° 9929/12 (non définitif), *in* Newsletter DroitMatrimonial.ch juin 2014, [<https://www.droitmatrimonial.ch/matrimonial/page/newsletter/969>] (25.04.2019).

BOWMAN Madonna E./AHRONS Constance R., Impact of Legal Custody Status on Fathers' Parenting Postdivorce, *in* Journal of Marriage and Family (JMF) 1985, vol. 47, no. 2, pp. 481-488, [https://www.jstor.org/stable/352147?seq=1#metadata_info_tab_contents] (07.06.2019).

BUCHER Andreas, Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, *in* La famille dans les relations transfrontalières [FOUNTOULAKIS Christiana/RUMO-JUNGO Alexandr, éd.], Genève (Schulthess éd. romandes) 2013, pp. 1-68.

BÜCHLER Andrea/MARANTA Luca, Das neue Recht der elterlichen Sorge - Unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, *in Jusletter* 11 août 2014, Berne 2014, [http://jusletter.weblaw.ch/publicationssystem/jusletter/juslissues/2014/765/das-neue-recht-der-e_72c1407896.html] (27.04.2019).

BURGAT Sabrina, Autorité parentale et prise en charge de l'enfant : état des lieux, *in* Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, Faculté de droit de l'université de Neuchâtel, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2016, pp. 107-129.

CANTIENI Linus, Aktuelle Reform des Rechts der elterlichen Sorge und des Unterhalts nach Trennung und Scheidung, *in* Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2012, vol. 13, pp. 627-656.

CANTIENI Linus/BÜCHLER Andrea/SIMONI Heidi, Die Regelung der elterlichen Sorge nach Scheidung de lege ferenda – ein Vorschlag, *in* Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2007, vol. 8, no. 2, pp. 207-228.

CHOFFAT Guillaume, Réflexion sur la réforme de l'autorité parentale conjointe : une promesse déçue ?, *in* Semaine judiciaire (SJ) 2015 II, pp. 167-186.

COTTIER Michelle, L'autorité parentale conjointe et la garde alternée en droit suisse, *in* Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE). Les nouvelles formes de parentalité : Le temps du partage...et l'enfant ? Actes du 7^e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE), Sion, 2017, pp. 31-41, [<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:97970>] (01.05.2019).

COTTIER Michelle/WIDMER Eric/GIRARDIN Myriam/TORNARE Sandrine, Etude interdisciplinaire sur la garde alternée mandatée par l'Office fédéral de la Justice, *in* Archive ouverte UNIGE, Genève 2017, [<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:100098>] (16.05.2019).

DUPONT Anne-Sylvie/MICHELI Jacques/SCHWAAB Jean-Jacques/JACCOTTET TISSOT Catherine/CRETZAZ Joël/CHIAVAZZA Sandrine, Divorcer : un guide juridique, Lausanne (Pépinet) 2014.

FAVEZ Nicolas/FRASCAROLO France, Le coparentage : composants, implications et thérapie, *in* Devenir 2013, vol. 25, no. 2, pp. 73-92, [<https://www.cairn.info/revue-devenir-2013-2-page-73.htm>] (26.04.2019).

GEISER Thomas, Umsetzung der gemeinsamen elterlichen Sorge durch die Gerichte, *in* Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2015, pp. 1099-1108.

GEISER Thomas/FOUNTOLAKIS Christiana (édit.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1-456 ZGB, 6^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn Verlag) 2018 (cité : BSK CC-SCHWENZER/COTTIER, 6^e éd.).

GLOOR Urs, Gemeinsame elterliche Sorge - erste Erfahrungen und besondere Fragestellungen, *in* Pratique juridique actuelle (PJA/AJP) 2004, vol. 2, pp. 217-224.

GLOOR Urs/SCHWEIGHAUSER Jonas, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge - eine Würdigung aus praktischer Sicht, *in* Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2014, vol. 15, pp. 1-25.

GRYCH John H./FINCHAM Frank D., Children's appraisals of marital conflict : Initial investigations of the cognitivecontextual framework, *in* Child Development 1993, vol. 64, pp. 215-230, [<https://www.jstor.org/stable/1131447>] (31.05.2019)

GUILLOD Olivier, Droit des familles, 5^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2018 (cité : Droit des familles, 5^e éd.).

GUILLOD Olivier, Droit des familles, 2^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2012 (cité : Droit des familles, 2^e éd.).

GUILLOD Olivier, Le dépoussiérage du droit suisse des familles continue, *in* Newsletter DroitMatrimonial.ch février 2014, [<https://www.droitmatrimonial.ch/matrimonial/page/newsletter/897>] (27.04.2019) (cité : Dépoussiérage).

GUY-ECABERT Christine, Des mutations de la famille à l'impuissance du droit de la famille, *in* Enlèvement parental international d'enfants, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2015, pp. 71-83.

HÄFELI Christoph, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und nicht verheirateter Eltern, *in* Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA/ZKE) 1999, vol. 54, no. 5, pp. 176-195.

HEGNAUER Cyril, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, Berne (Stämpfli) 1999 (cité : Kindesrechts).

HEGNAUER Cyril, Zur elterlichen Gewalt der ledigen Mutter - art. 298 ZBG, *in* Revue du droit de la tutelle (RDT/ZVW) 1990, pp. 99 ss (cité : Ledigen Mutter).

HELLE Noémie, Art. 133 et 134 CC, *in* Droit matrimonial, fond et procédure, droit privé, procédure civile, droit international privé, droit des assurances sociales, droit fiscal [BOHNET François/GUILLOD Olivier, édit.], Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2016, pp. 405 ss.

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim Peter/GEISER Tomas (édit.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 1-456 ZGB, 4^e éd., Bâle (Helbing Lichtenhahn Verlag) 2010 (cité : BSK CC-SCHWENZER, 4^e éd. ; BSK CC-BREITSCHMID, 4^e éd.).

JOHNSTON Janet/GONZALES Roberto/CAMPBELL Linda E., Ongoing postdivorce conflict and child disturbance, *in* Journal of Abnormal Child Psychology 1987, vol. 15, no. 4, pp. 493-509, [<https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2FBF00917236.pdf>] (29.05.2019).

KOSTKA Kerima, Im Interesse des Kindes ? Elterntrennung und Sorgerechtsmodelle in Deutschland, Grossbritannien und den USA, Frankfurt (Jugend und Familie) 2004, [<https://www.socialnet.de/materialien/attach/388.pdf>] (31.05.2019).

LUGON Laure, La justice reste sourde à la souffrance des pères, *in* Le Temps 28 mars 2016, [<https://www.letemps.ch/societe/justice-reste-sourde-souffrance-peres>] (08.05.2019).

MANAI Dominique, Les enfants du divorce entre la déficience du couple conjugal et la survivance du couple parental, *in* Scheidung und ihre Folgen [BODENMANN Guy/PERREZ Meinrad, édité.], Berne (Universitätsverlag Freiburg Schweiz/Verlag Hans HUBER Bern) 1996, pp. 193-214.

MARIQUE Bee/SACREZ Marie, De cochem à Dinant : une procédure dans le respect de l'enfant, *in* Revue trimestrielle de droit familial 2014, no. 1, pp. 11-46, [http://editions-larcier.larciergroup.com/resource/extra/9782804470890/Extr_RTDF%202014_01_WEB.pdf] (22.07.2019).

MEIER Philippe, Le sort de l'enfant après le décès du parent titulaire des droits parentaux, en particulier le testament parental, *in* Revue du droit de la tutelle (RDT/ZVW) 2001, pp. 61-83 (cité : Sort de l'enfant).

MEIER Philippe, L'autorité parentale conjointe : l'arrêt de la Cour EDH Zaunegger c. Allemagne – quels effets sur le droit suisse ?, *in* Revue de la protection des mineurs et des adultes (RMA/ZKE) 2010, vol. 65, no. 3, pp. 246-256 (cité : Arrêt Zaunegger).

MEIER Philippe, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *in* La pratique du droit de la famille (FamPra.ch) 2012, vol. 13, no. 2, pp. 255-310 (cité : Jurisprudence).

MEIER Philippe, Nouveau droit de l'autorité parentale – état des lieux, *in* Le droit en question : mélange en l'honneur de la Professeurs Margareta BADDELEY, Genève (Schulthess éd. romandes) 2017, pp. 149-185 (cité : Etat des lieux).

MEIER Philippe/STETTLER Martin, Droit de la filiation, 6^e éd., Genève (Schulthess) 2019 (cité : Droit de la filiation, 6^e éd.).

MEIER Philippe/STETTLER Martin, Droit de la filiation, 4^e éd., Genève (Schulthess) 2009 (cité : Droit de la filiation, 4^e éd.).

MICHEL Jacques/NORDMANN Philippe/JACCOTTET TISSOT Catherine/CRETZAZ Joël/THONNEY Thierry/RIVA Erica, Le nouveau droit du divorce, Lausanne (Pépinet) 1999.

PAPAU VAN DELDEN Marie-Laure, Autorité parentale conjointe : une réforme critiquée, *in* Plaidoyer 2014, vol. 32, no. 5, pp. 32-40 (cité : Réforme critiquée).

PAPAU VAN DELDEN Marie-Laure, Familles et Convention européenne des droits de l'homme : incidences en droit de la filiation, *in* Le droit civil dans le contexte international : Journée de droit civil 2011 [BADDELEY Margareta/FOEX Bénédict/LEUBA Audrey/PAPAU VAN DELDEN Marie-Laure, édité.], Genève (Schulthess) 2012, pp. 1-55 (cité : Convention européenne des droits de l'homme).

PAQUIER Caroline/SANDOZ Suzette, Le nouveau droit du divorce : travaux de la Journée d'étude organisée le 8 septembre 1999 à l'Université de Lausanne, Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 2000.

PASQUIER Suzanne, L'autorité parentale conjointe est trop systématique, *in* Plaidoyer 2015, vol. 5, pp. 13-15.

PERRIN Jean-François, Le juge du divorce peut-il instaurer l'autorité parentale conjointe, *in* La semaine judiciaire (SJ) 1990, vol. 112, no. 20, pp. 372-378.

PICHONNAZ Pascal, Le droit du divorce en question : problèmes choisis, *in* Le droit du divorce : questions actuelles et besoin de réforme [PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2008, pp. 1-34.

PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédicte (édit.), Commentaire romand, Code civil, Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2010 (cité : CR CC I-VEZ ; CR CC I-LEUBA/BASTONS BULLETTI).

PICHONNAZ Pascal/FOUNTOULAKIS Christiana, Droit de la famille, procédure et exécution : un panorama des nouveautés, *in* Droit de la famille et nouvelle procédure [FOUNTOULAKIS Christiana/PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2012, pp. 1-36.

REISER Anne, Autorité parentale, garde, relations personnelles, comment obtenir l'exécution des jugements, de *lege lata* ?, *in* Droit de la famille et nouvelle procédure [FOUNTOULAKIS Christiana/PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra, édit.], Genève, Zurich, Bâle (Schulthess) 2012, pp. 197-261 (cité : Autorité parentale).

REISER Anne, Au nom de l'enfant... Se séparer sans se déchirer : modèles de conventions, rappels des lois, témoignages et propositions de changements, Lausanne (Editions Favre SA) 2012 (cité : Au nom de l'enfant).

ROBINSON Patrick, Eléments d'un argumentaire pour l'autorité parentale conjointe, la coopération parentale ordonnée et l'application, 17 décembre 2006, [http://www.crop.ch/images/coordination/pdf/20070607_Autorite-cooperation.pdf] (07.06.2019).

ROUYER Véronique/HUET-GUEYE Marie/BAUDE Amandine, Les enfants et leurs parents dans la séparation conjugale : l'importance de la relation coparentale, *in* Dialogue 2013, vol. 4, no. 202, pp. 89-98, [<https://www.cairn.info/revue-dialogue-2013-4-page-89.htm>] (27.05.2019).

RUFFIEUX Marie-Noëlle/BODENMANN Guy, Le rôle du divorce pour les enfants : une analyse psychologique, *in* Enfant et divorce [PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra, édit.], Genève (Schulthess) 2006, pp. 71-100.

RUMO-JUNGO Alexandra, Gemeinsame elterliche Sorge geschiedener und unverheirateter Eltern, *in* Jusletter 15 février 2010, Berne 2010, [https://jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2010/556/_8113.html__ONCE] (17.04.2019).

SPIRA Vincent, L'avocat face à l'autorité parentale conjointe, *in* Revue de l'avocat 2015, vol. 18, no. 4, pp. 156-163.

STAUB Liselotte/HAUSHEER Heinz/FELDER Wilhelm, Gemeinsame elterliche Sorge – eine psychologische Betrachtungsweise, *in* Revue de la Société des juristes bernois (RJB/ZBJV) 2006, vol. 142, pp. 537-552.

STETTLER Martin, Les décisions relatives à l'autorité parentale et aux mesures de protection de l'enfant liées au divorce, *in* *Enfant et divorce* [PICHONNAZ Pascal/RUMO-JUNGO Alexandra, éd.], Genève (Schulthess) 2006, pp. 47-69 (cité : Divorce).

STETTLER Martin, Egalité des sexes en droit de la famille, *in* *L'égalité entre hommes et femmes*, Lausanne (Payot) 1988, pp. 125-142 (cité : Egalité).

STETTLER Martin, Les principaux développements enregistrés dans le droit suisse de la filiation depuis la révision de 1976, *in* *La pratique du droit de la famille* (FamPra.ch) 2002, vol. 3, no. 1, pp. 1-19 (cité : Révision de 1976).

VAERINI Micaela, Autorité parentale, prise en charge et déménagement à l'étranger de l'enfant, *in* *Entretien de l'enfant et prévoyance professionnelle*, Genève (Schulthess éd. romandes) 2018, pp. 125-158.

VAN KOTE Agnes, Médiation familiale : une autre parole entre l'enfant et ses parents séparés, *in* *Connexions* 2010, vol. 1, no. 93, pp. 109-119, [<https://www.cairn.info/revue-connexions-2010-1-page-109.htm>] (27.05.2019).

WALTER-MENZINGER Marina, Dimension psychologique des conflits familiaux, notamment leur impact sur les enfants, *in* *Le droit de la famille dans tous ses états, formation d'avocat spécialiste FSA en droit de la famille* [GUILLIOD Olivier/LEUBA Audrey, éd.], Universités de Genève et de Neuchâtel, 2014, pp. 427-435.

WYSSEN Magalie/BURGAT Sabrina, L'autorité parentale conjointe et le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_945/2015 du 7 juillet 2016, *in* *Newsletter DroitMatrimonial.ch* septembre 2016, [<https://www.droitmatrimonial.ch/matrimonial/page/newsletter/1507>] (04.05.2019).

Documents officiels

CONSEIL FEDERAL, Message concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315.

CONSEIL FEDERAL, Rapport relatif à la révision du code civil (autorité parentale) et du code pénale (art. 220), janvier 2009.

CONSEIL FEDERAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Etat civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtagé matrimonial) du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1.

CONSEIL FEDERAL, Message concernant la modification du code civil suisse (Filiation), FF 1974 II 1.

Postulat WEHRLI 04.3250, BO CN 2005 454.

Interpellation GRABER 18.4191, « Favoriser le bien de l'enfant grâce à des procédures de médiation lors de conflits familiaux » du 12 décembre 2018.

Autres sources

COPMA, Recommandations du 13 juin 2014, « L'autorité parentale conjointe devient la règle – Mise en œuvre », [https://www.copma.ch/application/files/1714/6410/0726/14_Recommandation_COPMA_autorit__parentale__final2_.pdf] (20.07.2019) (cité : Recommandations de la COPMA).

COLLECTIF « ENFANT ET SEPARATION », Brochure pour les parents, Genève, 2016, [http://enfant-et-separation.ch/wp-content/uploads/2015/12/Brochure_ES_2016.pdf] (22.07.2019) (cité : Collectif « Enfant et séparation », brochure pour les parents).

COORDINATION ROMANDE DES ORGANISATIONS PATERNELLES, Conflits parentaux autour des enfants, pratique de Cochem et médiation ordonnée, quels en sont les avantages ?, Delémont 2009, [http://www.crop.ch/images/coordination/pdf/Depliant_Cochem.pdf] (18.07.2019) (cité : Dépliant coordination romande des organisations paternelles).

Ordonnance d'une consultation obligatoire fondée sur les art. 273 al. 2 et 307 al. 3 CC, [http://www.crop.ch/images/coordination/pdf/20090531_ConsultationObligatoire.pdf] (18.07.2019).

La médiation dans le canton de Vaud, [https://www.vd.ch/themes/justice/conseils-et-assistance/mediation-en-matiere-civile] (20.07.2019).

Fiche du Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale, [https://ge.ch/annuaire/service/5165] (20.07.2019) (cité: Annuaire de l'Etat de Genève, SEASP)

Indexe des décisions citées

Cour européenne des droits de l'homme

Arrêt CourEDH du 27 mai 2014, affaire *Buchs contre Suisse*, n° 9929/12.

Arrêt CourEDH du 03 février 2011, affaire *Sporer contre Autriche*, n° 35637/05.

Arrêt CourEDH du 03 décembre 2009, affaire *Zaunegger contre Allemagne*, n° 22028/04.

Tribunal fédéral

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_103/2018 du 6 novembre 2018.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_34/2017 du 4 mai 2017.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_840/2016 du 30 janvier 2017.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_345/2016 du 17 novembre 2016.

ATF 142 III 617 du 29 septembre 2016.

ATF 142 III 502 du 11 août 2016.

ATF 142 III 498/JdT 2019 II 141 du 7 juillet 2016.

ATF 142 III 481/JdT 2017 II 427 du 29 mars 2016.

ATF 142 III 56 du 20 janvier 2016.

ATF 141 III 472/JdT 2016 II 130 du 27 août 2015.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_926/2014 du 18 août 2015.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_46/2015 du 26 mai 2015.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_271/2012 du 12 novembre 2012.

ATF 136 III 353/JdT 2010 I 491 du 1^{er} juin 2010.

ATF 136 I 178 du 4 mars 2010.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_456/2009 du 28 septembre 2009.

Arrêt du Tribunal fédéral 5A_271/2009 du 29 juin 2009.

Arrêt du Tribunal fédéral 5C_77/2005 du 27 mai 2005.

Arrêt du Tribunal fédéral 5C.265/2004 du 26 janvier 2005.

ATF 111 II 225/JdT 1988 I 231 du 19 mars 1996.

ATF 117 II 523/JdT 1994 I 561 du 12 décembre 1991.

DECLARATION DE NON-PLAGIAT

Je déclare que je suis bien l'auteur de ce texte et atteste que toute affirmation qu'il contient et qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets.

GUITTON Maëlle