



11.070 n CC. Autorité parentale

Les notions de «garde», de «prise en charge» et de «lieu de résidence»

dans le projet du Conseil fédéral du 16 novembre 2011

I. Mandat

Lors de sa séance du 30 mars 2012, la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) a chargé l'administration d'expliquer les notions de «garde», de «prise en charge» et de «lieu de résidence» dans le projet du Conseil fédéral sur l'autorité parentale.

La question centrale porte sur la notion de «garde». Dans la première partie de ce document nous rappellerons par conséquent l'origine de cette notion (II). Ensuite, nous allons présenter la problématique posée par la notion de «garde» dans le droit actuel (III) et, enfin, nous expliquerons sa portée, ainsi que celle des autres notions concernées par le mandat, dans le projet de modification du code civil (IV).

Les documents mentionnés dans les notes de bas de page sont à disposition des membres de la CAJ-N.

II. La notion de «garde»

La notion de «garde» est connue surtout depuis la révision du droit suisse de la filiation qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1976. À cette époque, le législateur n'avait cependant pas précisé clairement les contours de cette notion.

Dans le commentaire bernois de 1980, BÜHLER/SPÜHLER attribuaient au titulaire de la «garde» la compétence de décider du lieu de résidence et du mode d'encadrement de l'enfant, ainsi que l'exercice des droits et des responsabilités liés à l'assistance, aux soins et à l'éducation quotidienne.¹

C'est MARTIN STETTLER qui a par la suite développé la distinction entre le «droit de garde» (Obhutsrecht), qui se matérialise dans la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode de prise en charge de l'enfant, et la «garde de fait» (faktische Obhut) qui se matérialise par l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante.²

¹ A. BÜHLER/K. SPÜHLER, Das Eherecht, 1^{ère} Partie, Die Ehescheidung, Art. 137–158 ZGB, 3^{ème} édition, Berne 1980, N. 201 ad Art. 145.

² v. P. MEIER/M. STETTLER, Droit de la filiation, 4^{ème} édition, Genève/Zürich/Bâle 2009, n. 1216.

Le Tribunal fédéral a clarifié cette distinction dans un arrêt prononcé le 2 novembre 2001, concernant la requête d'attribution du «droit de garde» présentée par le parent nourricier, auquel l'autorité tutélaire avait confié l'enfant.³ Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a précisé que «le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il consiste dans la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant [...]. Le détenteur de l'autorité parentale peut ainsi confier l'enfant à des tiers, exiger sa restitution, surveiller ses relations et diriger son éducation». Ce n'est que «lorsqu'elle ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant soit compromis» que «l'autorité tutélaire retire celui-ci aux père et mère ou aux tiers chez qui il se trouve et le place de façon appropriée (art. 310 al. 1 CC). Si l'enfant ne peut être accueilli par son autre parent, il est confié à de tierces personnes qui en acquièrent la garde de fait et deviennent ainsi ses parents nourriciers, au sens des art. 294 et 300 CC [...]. Cette mesure de protection de l'enfant a pour effet que le droit de garde passe des père et mère à l'autorité tutélaire, qui détermine dès lors le lieu de résidence de l'enfant et, partant, choisit son encadrement. Ce retrait n'a aucune incidence sur l'autorité parentale, dont les père et mère restent détenteurs [...]; ils sont simplement privés d'une de ses composantes, à savoir le droit de décider eux-mêmes du lieu de séjour de l'enfant mineur».⁴

III. Droit actuel

L'évolution de la société a fait en sorte que la question de la «garde» se pose de plus en plus souvent dans le cadre des procédures de séparation et de divorce.

1. Situations non problématiques

Pendant le mariage, les père et mère exercent en commun l'autorité parentale et sont par conséquent tous les deux titulaires du «droit de garde».

Étant donné qu'en règle générale l'enfant mineur vit dans leur foyer, la distinction entre les notions de «droit de garde» et «garde de fait» n'a pas de portée pratique.

Il en va de même lorsque l'autorité parentale appartient à un seul des parents et l'enfant réside chez lui, par exemple après un divorce (art. 133, al. 1, CC) ou lorsque les parents ne sont pas mariés (art. 298, al. 1, CC). Dans ce cas, la loi accorde au parent qui n'a pas la garde le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant (droit de visite; v. art. 273 CC).

2. Situations problématiques

La situation se complique lorsque l'autorité parentale est exercée en commun, mais l'enfant est confié à un seul parent.

Tel est notamment le cas lors des mesures protectrices de l'union conjugale liées à la suspension de la vie commune (art. 176, al. 3, CC), lors des mesures provisoires prises dans le cadre d'une procédure de divorce (art. 276 CPC), lorsque l'autorité parentale conjointe est maintenue après un divorce (art. 133, al. 3, CC) et lorsque l'autorité tutélaire attribue l'autorité parentale conjointe aux deux parents (art. 298a, al. 1, CC) et qu'ils n'habitent pas en-

³ ATF 128 III 9, commenté par M. STETTLER, Garde de fait et droit de garde, in: RDT 2002 p. 236ss.

⁴ ATF 128 III 9 consid. 4a

semble. Dans de telles situations, la question se pose de savoir si le parent auquel est confié l'enfant détient seulement la «garde de fait» ou également le «droit de garde», c'est-à-dire le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

Le Tribunal fédéral a répondu à cette question dans un arrêt du 1^{er} juin 2010. Dans ce jugement, il a expliqué que le parent auquel l'enfant est confié est titulaire du «droit de garde» et que, en tant que titulaire de ce droit, il peut décider seul du lieu de résidence de l'enfant, même si cet endroit se trouve à l'étranger. Cette prérogative est limitée seulement par l'interdiction de l'abus de droit au sens de l'art. 2, al. 2, CC, qui peut, par exemple, être admis lorsque le déménagement est uniquement destiné à compromettre les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent.⁵

Cet arrêt a donné lieu à de nombreuses discussions et critiques. La possibilité offerte par la jurisprudence du Tribunal fédéral au titulaire du «droit de garde» de transférer librement son domicile ainsi que le lieu de résidence de l'enfant, sans devoir consulter au préalable l'autre parent (exerçant avec lui l'autorité parentale), peut en effet mettre ce dernier devant le fait accompli du départ de son enfant à l'étranger. Il s'agit là d'un événement susceptible d'influencer de manière importante l'exercice de l'autorité parentale, dès lors qu'un déménagement à l'étranger s'accompagne souvent d'un déplacement de la juridiction à l'étranger. Toute décision prise en Suisse à propos de l'autorité parentale devient en effet plus difficile à faire appliquer.

IV. Projet du Conseil fédéral

1. Droit de garde et droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant

Au vu de ce qui précède, le Conseil fédéral a décidé d'abandonner l'actuelle notion de «droit de garde» et de la remplacer par celle de **«droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant»**. Le projet consacre une disposition spécifique à ce droit (art. 301a P CC).

Le projet de révision considère ce droit comme une composante à part entière de l'autorité parentale.

Lorsque les parents exercent en commun l'autorité parentale, ils doivent partant décider ensemble du lieu de résidence de l'enfant (art. 301a, al. 1, P CC). Ils peuvent notamment décider que l'enfant va résider chez des tiers (par exemple parents nourriciers), chez les deux parents (par exemple alternativement), ou chez l'un d'entre eux. Si les parents ne sont pas en mesure de s'accorder, c'est le juge qui va trancher.

Les parents doivent également s'accorder, en principe, sur tout changement ultérieur du lieu de résidence de l'enfant, par exemple lorsque le parent qui cohabite avec celui-ci souhaite déménager (art. 301a, al. 2, P CC). L'al. 2 vise à éviter que l'un des parents puisse changer son lieu de résidence sans le consentement de l'autre parent et mettre ainsi ce dernier et l'enfant devant le fait accompli. Est réservé le cas où le changement du lieu de résidence n'a pas de conséquence significative pour l'exercice de l'autorité parentale pour l'autre parent. «Si les parents ne parviennent pas à s'entendre sur leur lieu de domicile et celui de l'enfant, il reviendra au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant de statuer. La décision sera prise avant tout dans l'intérêt de l'enfant. Si cet intérêt est préservé, l'autorisation de déménager

⁵ ATF 136 III 353 consid. 3.2.

pourra être accordée, si nécessaire après révision des modalités régissant la prise en charge et les relations personnelles de l'enfant. L'autorité pourra également interdire le déménagement, ou exiger que l'enfant soit placé chez l'autre parent ou hors de la famille, non sans avoir entendu l'enfant auparavant.»⁶

Excursus: Déplacement du lieu de résidence de l'enfant à l'étranger

Comme exposé ci-avant (III.2), la jurisprudence du Tribunal fédéral autorise le titulaire du «droit de garde» à transférer librement son domicile ainsi que le lieu de résidence de l'enfant à l'étranger, sans devoir consulter au préalable l'autre parent exerçant avec lui l'autorité parentale.

Eu égard à la controverse suscitée par cette jurisprudence, le déplacement du lieu de résidence à l'étranger fait l'objet d'une règle spéciale dans le P CC. À la différence d'un déménagement en Suisse, un départ n'est possible qu'avec le consentement de l'autre parent, et cela même s'il n'en résulte pas de conséquence significative pour l'exercice de l'autorité parentale (art. 301a, al. 2, let. a, P CC).

Cela a pour conséquence que si un parent déplace le lieu de résidence de son enfant dans un pays étranger signataire de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants (CLaH 80)⁷ sans le consentement de l'autre parent – également titulaire de l'autorité parentale et partant du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, ce dernier peut déposer une demande de retour de l'enfant victime d'un enlèvement international.⁸

Aux termes de l'art. 1 let. a CLaH 80, cette Convention vise à assurer le retour immédiat des enfants déplacés illicitement dans tout État contractant. Selon l'art. 3 let. a CLaH 80 le déplacement est considéré comme étant illicite «lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement». La CLaH 80 n'a pas essayé de développer une notion autonome de droit de garde⁹: celui-ci se détermine d'après le droit – loi interne et règles de conflit¹⁰ – de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle avant son déplacement. Cependant, à son art. 5 let. a la Convention précise le sens dans lequel la notion de droit de garde est utilisée : le «droit de garde» au sens de la CLaH 80 comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence.

La notion de «droit de garde» au sens de la CLaH 80 correspond à celle en vigueur en Suisse. Étant donné que la jurisprudence du Tribunal fédéral admet l'attribution du «droit de garde» à un seul des parents, la Convention s'applique actuellement surtout lorsqu'un enfant est déplacé à l'étranger sans l'accord du parent détenteur du «droit de garde». Ce dernier peut en revanche déménager avec l'enfant sans encourir le risque d'une procédure fondée sur la Convention.

⁶ Message du 16 novembre 2011 sur la révision du code civil (autorité parentale) FF **2011** 8345

⁷ Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (RS **0.211.230.02**).

⁸ Message du 16 novembre 2011 sur la révision du code civil (autorité parentale) FF **2011** 8345

⁹ Cf. Rapport explicatif Pérez-Vera § 61, disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'adresse suivante : <http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf>.

¹⁰ Cf. Rapport explicatif Pérez-Vera § 66, disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé à l'adresse suivante : <http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf>.

Cela va changer si les nouvelles règles entrent en vigueur, dès lors que le juge ne pourra plus maintenir l'autorité parentale conjointe tout en réservant à un seul des parents le droit de décider du lieu de résidence de l'enfant. À l'avenir, tout déplacement du lieu de résidence de l'enfant de la Suisse vers un pays étranger signataire de la Convention, sans le consentement de l'autre parent – également titulaire de l'autorité parentale et partant du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, sera considéré comme un enlèvement international au sens de la dite Convention.¹¹

2. Garde de fait et prise en charge

Est-ce qu'il aurait été opportun de renoncer également à la notion de «garde de fait» et de la remplacer par celle de «prise en charge»?

L'art. 133, al. 3, CC actuellement en vigueur prévoit que «sur requête conjointe des père et mère, le juge maintient l'exercice en commun de l'autorité parentale, pour autant que cela soit compatible avec le bien de l'enfant et que les parents soumettent à sa ratification une convention qui détermine leur participation à la prise en charge de l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci».¹² D'après cette disposition, introduite lors de la révision du droit de divorce entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000, les parents qui conviennent d'exercer en commun l'autorité parentale après le divorce ne sont donc pas obligés de prévoir une attribution de la garde à un seul d'entre eux et de régler les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent, mais seulement de définir leur participation à la prise en charge de l'enfant. Le législateur de l'époque partait en effet de l'idée que les parents qui choisissent l'autorité parentale conjointe s'occuperaient tous les deux de l'enfant, «de manière à connaître sa vie quotidienne».¹³

La réalité est toutefois différente. Les cas de garde conjointe sont encore minoritaires. L'organisation de la vie pratique conduit en effet les parents exerçant en commun l'autorité parentale à décider que l'enfant va habiter principalement chez l'un d'entre eux et à régler les relations personnelles entre l'enfant et l'autre parent.¹⁴

Pour cette raison, le Conseil fédéral a choisi de ne pas abandonner complètement la notion de garde dans le projet de modification du code civil.

Le parent chez lequel l'enfant va habiter devient détenteur de la «garde de fait». Assumer la «**garde de fait**» revient donc à vivre en communauté domestique avec l'enfant mineur (v. art. 301, al. 3, CC) et à lui donner ce dont il a journalièrement besoin pour se développer harmonieusement sur le plan physique, affectif et intellectuel (habillement, nourriture, soins et éducation).¹⁵ Le parent qui ne détient pas la garde et l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances (art. 273, al. 1, CC).

La notion de «**prise en charge**» est plus ample que celle de «garde de fait» et ne se réfère pas uniquement à la personne qui vit en communauté domestique avec lui. Le parent déten-

¹¹ Message du 16 novembre 2011 sur la révision du code civil (autorité parentale) FF **2011** 8345

¹² L'attribution de l'autorité parentale conjointe aux parents non mariés est soumise à la même condition, v. art. 298a CC.

¹³ Message du 15 novembre 1995 sur la révision du code civil (divorce), FF **1996** I 133

¹⁴ v. L. CANTIENI, Gemeinsame eltreliche Sorge nach Scheidung, Bern 2007, p. 176–178.

¹⁵ H. HAUSHEER/T. GEISER/R. AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4ème édition, Berne 2010, n. 17.101 et 17.103.

teur de la «garde de fait» peut notamment confier la «prise en charge» de l'enfant à un tiers, par exemple à une crèche, à une maman de jour ou aux grands-parents, même pendant plusieurs jours, pour autant que cela ne comporte pas un changement du lieu de résidence de l'enfant. Pour cette raison, par exemple, le parent gardien ne peut pas décider seul d'envoyer l'enfant dans un pensionnat.

Le parent qui n'a pas la garde de fait assume la «prise en charge» de l'enfant pendant l'exercice du droit de visite, lorsque l'enfant se trouve avec lui.

3. Conclusion

Le maintien de la notion de «garde»¹⁶, tout en clarifiant qu'il s'agit seulement d'une «garde de fait»¹⁷, dans le sens exposé ci-dessus, présente plusieurs avantages:

- il s'agit d'une notion connue du public, qui permet de comprendre immédiatement si l'enfant vit en communauté domestique avec un parent (et lequel) ou avec les deux (en cas de garde partagée);
- le versement des avances des pensions alimentaires est facilité dans les cantons où le versement de ces prestations présuppose une décision sur l'attribution de la garde;
- la notion de garde est utilisée par d'autres normes du droit de la filiation, et notamment: par les art. 273 et 275 CC, qui règlent le droit aux relations personnelles entre l'enfant et le parent qui ne détient pas la garde, et par les art. 276, 285 et 289 CC, qui règlent l'obligation d'entretien des père et mère (lorsque l'enfant n'est pas sous la garde de ses père et mère l'entretien est assuré par des prestations pécuniaires).

Pour éviter tout risque de confusion il est nécessaire de modifier les dispositions du code civil et de code procédure civile en langue française qui font référence au «droit de garde»¹⁸ et qui, à l'avenir, seront à interpréter dans l'acception du projet. Tel est notamment le cas:

- de l'art. 25, al. 1, CC (domicile des mineurs). En l'absence d'un domicile commun des parents exerçant conjointement l'autorité parentale, le domicile de l'enfant va se rattacher à celui des parents qui à la garde (de fait) de l'enfant (art. 25, al. 1, première partie, CC). En cas de garde alternée, le domicile de l'enfant sera déterminé par le lieu de sa résidence (art. 25, al. 1, deuxième partie, CC), c'est-à-dire le lieu avec lequel il a les liens les plus étroits, par exemple celui de sa scolarisation;
- des art. 299–301 CPC (représentation de l'enfant, qui peut déposer des conclusions en matière d'autorité parentale ou de garde).

Il y a également lieu d'envisager une modification de l'art. 298a, al. 2, ch. 2, P CC. Dans leur déclaration commune, les parents non mariés vivant ensemble doivent notamment confirmer qu'ils se sont entendus sur le mode de prise en charge de l'enfant et sur la contribution d'entretien. Étant donné qu'ils ont tous les deux la garde (de fait) de l'enfant – ils vivent en communauté domestique avec lui et assument ensemble les soins et l'éducation courante – il n'y a pas lieu de s'accorder sur les relations personnelles de l'enfant. Cette notion doit par conséquent être supprimée.

¹⁶ Projet du 16 novembre 2011: Art. 133, al. 1, ch. 2; art. 134 al. 3 ; art. 275, al.2.

¹⁷ Message du 16 novembre 2011 sur la révision du code civil (autorité parentale), FF 2011 8339

¹⁸ Aucune modification n'est en revanche nécessaire en allemand (Obhut) et en italien (custodia).

Enfin, l'abandon de la notion de «droit de garde» dans son acception actuelle rend nécessaire une modification du titre marginal de l'art. 310 CC, dans les trois langues: Retrait du droit de déterminer le lieu de résidence / Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts / Ritiro del diritto di determinare il luogo di residenza.

11 juin 2012

Tableau des modifications proposées

Droit en vigueur	Proposition
<p>Art. 25, al. 1, CC</p> <p>L'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui a le droit de garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence.</p>	<p>Art. 25, al. 1, CC</p> <p>L'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, le domicile de celui de ses parents qui a la garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence</p>
<p>Art. 299, al. 2, CPC</p> <p>Le tribunal examine s'il doit instituer une curatelle, en particulier dans les cas suivants:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou du droit de garde ou à des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant; b. l'autorité tutélaire ou l'un des parents le requièrent; c. le tribunal, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons: <ol style="list-style-type: none"> 1. doute sérieusement du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant l'attribution de l'autorité parentale ou du droit de garde ou la façon dont les relations personnelles sont réglées, 2. envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant. 	<p>Art. 299, al. 2, CPC</p> <p>Le tribunal examine s'il doit instituer une curatelle, en particulier dans les cas suivants:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ou à des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant; b. l'autorité tutélaire ou l'un des parents le requièrent; c. le tribunal, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons: <ol style="list-style-type: none"> 1. doute sérieusement du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ou la façon dont les relations personnelles sont réglées, 2. envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant.
<p>Art. 300, lett. a, CPC</p> <p>Le représentant de l'enfant peut déposer des conclusions et interjeter recours lorsqu'il s'agit:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. de décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou du droit de garde; 	<p>Art. 300, lett. a, CPC</p> <p>Le représentant de l'enfant peut déposer des conclusions et interjeter recours lorsqu'il s'agit:</p> <ol style="list-style-type: none"> a. de décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde;
<p>Art. 301, lett. a, CPC</p> <p>La décision est communiquée:</p> <ol style="list-style-type: none"> c. le cas échéant, au curateur si la décision concerne l'attribution de l'autorité parentale ou du droit de garde, des questions importantes relatives aux relations personnelles ou des mesures de protection de l'enfant. 	<p>Art. 301, lett. a, CPC</p> <p>La décision est communiquée:</p> <ol style="list-style-type: none"> c. le cas échéant, au curateur si la décision concerne l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde, des questions importantes relatives aux relations personnelles ou des mesures de protection de l'enfant.
<p>Art. 310</p> <p>III. Retrait du droit de garde des père et mère</p>	<p>Art. 310 Titre marginal</p> <p>III. Retrait du droit de déterminer le lieu de résidence</p>