

Renforcement de la prévention par l'État au regard du bien de l'enfant ?

Aspects choisis en droit de la famille¹

KARIN JORDAN*

MOTS CLÉS	Prévention – Bien de l'enfant – Autorité parentale conjointe – Garde alternée – Médiation
RÉSUMÉ	Cette contribution s'intéresse à la question de savoir si la Suisse ne pourrait pas aller plus loin en termes de prévention dans sa législation de droit de la famille, ceci afin de garantir le bien de l'enfant. Cette problématique est abordée plus spécifiquement en matière d'autorité parentale conjointe, de garde alternée et de médiation.
ZUSAMMENFASSUNG	Dieser Beitrag befasst sich mit der Frage, ob die Schweiz im Rahmen ihrer familienrechtlichen Gesetzgebung nicht mehr für die Prävention tun könnte, um das Wohl des Kindes zu gewährleisten. Die Problematik wird insbesondere in Bezug auf die gemeinsame elterliche Sorge, das alternierende Sorgerecht und die Mediation behandelt.
ABSTRACT	This paper looks at the question of whether Switzerland could go further in terms of prevention in its family law legislation, in order to guarantee the best interests of the child. The issue is addressed more specifically in relation to joint parental responsibility, shared custody, and mediation.

I. Introduction

Au cours des trente dernières années, le droit de la famille et le statut de l'enfant ont significativement évolué.

À l'heure actuelle où près d'un mariage sur deux se termine par un divorce et plus d'un enfant sur quatre naît hors mariage, la législation suisse – particulièrement conservatrice – a cherché à s'adapter aux modifications sociétales et aux nouvelles structures familiales².

La famille est toutefois encore considérée en Suisse comme une sphère privée, fermée, exclusive, dans laquelle l'État entend intervenir le moins possible. Il est, en effet, de jurisprudence constante que l'autonomie parentale doit l'emporter sur l'intervention étatique³.

De ce fait et malgré les récentes révisions entrées en vigueur dans le domaine du droit de la famille, la situation légale n'apporte toujours pas, à notre sens, pleine et entière satisfaction vis-à-vis de certains besoins spécifiques de protection. Dès lors, la question se pose de savoir si – dans le contexte actuel – l'État ne pourrait pas aller plus loin dans la mise en œuvre du droit de la famille au regard du « bien de l'enfant » (*Kindeswohl, il bene del figlio*), référence normative supra-législative permettant à l'autorité compétente de fonder son appréciation au sens de l'art. 4 CC⁴.

Ledit concept occupe, en effet, une place prépondérante dans l'ordre juridique suisse depuis l'entrée en vigueur de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) qui prévoit à son art. 3 § 1 que « [d]ans toutes les décisions qui

¹ La thématique de la présente contribution s'est initialement inscrite dans le cadre du séminaire doctoral annuel du programme doctoral en droit de la Conférence universitaire de Suisse occidentale intitulé « Le droit et la prévention » qui s'est tenu les 24 et 25 octobre 2019 à Cully (VD).

* KARIN JORDAN, Avocate au barreau de Genève, Médiatrice FSA & FSM, Collaboratrice de l'enseignement et de la recherche à l'École d'Avocature (ECAV) et Candidate au doctorat en droit (UNIGE). Cette contribution est publiée sous une licence Creative Commons. DOI de cet article: 10.3256/978-3-03929-059-8_06.

² Message du 16 novembre 2011 concernant une modification du code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315, 8322 s.

³ ATF 142 III 481 c. 2.5, JdT 2016 II 427. BURGAT, Les nouvelles lignes directrices du Tribunal fédéral en matière de contribu-

tions d'entretien en droit des familles, analyse de l'arrêt du TF, 5A_384/2018, in : DroitMatrimonial.ch 2018, 1 ss, 15. S'agissant des statistiques en matière de divorce, cf. Internet : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces/divortialite.html> et en matière de naissances hors mariage, cf. Internet : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/naissances-deces.html> (consultés le 6 février 2024).

⁴ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210). DE LUZE, Le bien de l'enfant, in : Cashin Ritaine/Arnaud (éds), Notions-Cadre, Concepts indéterminés et standards juridiques en droit interne, international et comparé, Genève 2008, 555 ss, 577 ; DUMORTIER, L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice », in : Revue des droits de l'Homme 3/2013, 1 ss, 5 et 15.

concernent les enfants, [...] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale »⁵.

Sur la base de l'art. 11 Cst. qui tend à une « protection particulière » des enfants et des jeunes, le Tribunal fédéral (TF) a reconnu un statut constitutionnel au bien de l'enfant et l'a qualifié de « maxime suprême des droits de l'enfant » dont il faut tenir compte dans tous les domaines juridiques de droit interne⁶.

Bien que la complexité du droit de la famille révèle toujours de nouvelles problématiques, nous avons sélectionné trois aspects au sujet desquels une prévention étatique renforcée pourrait, à notre sens, s'avérer bénéfique eu égard au bien de l'enfant, à savoir en matière d'autorité parentale conjointe (cf. *infra* I.), de garde alternée (cf. *infra* II.) et de médiation familiale (cf. *infra* III.).

II. Autorité parentale conjointe

Prévue aux art. 296 ss CC, la notion d'autorité parentale (*elterliche Sorge* ; *autorità parentale*) n'est pas définie par la loi, l'art 296 al. 1 CC se contentant d'énoncer son but : « [l']autorité parentale sert le bien de l'enfant »⁷.

Considérée comme un « droit-devoir » (*Pflichtrecht*), l'autorité parentale porte, en particulier, sur l'éducation de l'enfant (art. 302 s. CC), sa représentation juridique (art. 304 ss CC) et la gestion de ses biens (art. 318 ss CC). Son contenu varie en fonction de l'âge et de la capacité de discernement de l'enfant⁸.

Depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} juillet 2014, de la révision en matière d'autorité parentale, l'exercice conjoint de

l'autorité parentale est devenu la règle⁹. Des divergences subsistent néanmoins selon l'état civil des parents.

A. Problématique

Alors que la filiation maternelle résulte de la naissance pour la mère (art. 252 al. 1 CC), la paternité du mari est, pour sa part, présumée (art. 252 al. 2 CC et 255 CC). De ce fait, les parents mariés sont titulaires de l'autorité parentale conjointe de par la loi (*ex lege*) qu'ils exercent à égalité de droit (art. 252 al. 1 et 2, 255 al. 1 *cum* 296 al. 2 CC), comme c'était d'ailleurs déjà le cas avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'autorité parentale en juillet 2014¹⁰. Autrement dit, il n'est procédé à aucune vérification en amont par l'autorité judiciaire compétente, les capacités parentales respectives des parents mariés étant présumées au regard du bien de l'enfant.

Dans le cadre d'une procédure de protection de l'union conjugale, de séparation de corps ou de divorce, les parents doivent faire examiner par l'autorité compétente si les conditions à l'exercice de l'autorité parentale conjointe sont toujours réunies, soit si son maintien ne cause pas un préjudice tel à l'enfant qu'il convienne mieux d'attribuer exclusivement l'autorité parentale à un seul de ses parents (art. 118 al. 2 CC, 133 al. 1, respectivement 176 al. 3 *cum* 298 al. 1 CC)¹¹.

Les parents non mariés sont, pour leur part, tenus de soumettre préalablement une déclaration commune – à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) (art. 298a al. 1 CC) ou à l'officier d'état civil compétent au moment de la reconnaissance de l'enfant (art. 50 al. 1 lit. c^{bis} OEC) – dans laquelle ils confirment leur volonté d'assumer ensemble la responsabilité dudit enfant, ainsi que s'être entendus sur la prise en charge, les relations per-

⁵ Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDE, RS 0.107) ; Message du 12 mai 1971 concernant la révision du code civil suisse (Adoption et article 321), FF 1971 I 1239 ; Message du 5 juin 1974 concernant la modification du code civil suisse (Filiation), FF 1974 II 1. BUCHER, Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, in : Fountoulakis/Rumo-Jungo (éds.), *La famille dans les relations transfrontalières*, Berne 2013, 1 ss, 4 ; GUILLOD/BURGAT, *Droit des familles*, 6^e éd., Neuchâtel 2022, 1 ss, N 257 ; DE LUZE (n. 4), 555, 563, 566, 570 s. et 574 ; MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 6^e éd., Zurich 2019, 1 ss, 22 s. et 445 ; PAPAUX VAN DELDEN, *Autorité parentale conjointe : une réforme critiquée*, Plaidoyer 5/2014, 32 ss, 32.

⁶ ATF 129 III 250 c. 3.4.2, JdT 2003 I 187 ; 126 II 377 c. 5d ; 132 III 359 c. 4.4.2, JdT 2006 I 295. COTTIER/WIDMER/TORNARE/GIRARDIN KEICOUR, *La garde alternée – Une étude interdisciplinaire sur ses conditions-cadre*, FamPra.ch 2018, 297 ss, 314 ; DE LUZE (n. 4), 565 s. et 576 ; FASSBIND PATRICK, *Systematik der elterlichen Personensorge in der Schweiz*, thèse, Bâle 2006, 1 ss, 67.

⁷ GUILLOD/BURGAT (n. 5), N 245 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 33.

⁸ MEIER/STETTLER (n. 5), 381.

⁹ BUCHER (n. 5), 6 s. ; COTTIER, *L'autorité parentale conjointe et la garde alternée en droit suisse*, in : Jaffé/Zermatten/Schwyder/Hofer (éd.), *Les nouvelles formes de parentalité : Le temps du partage... et l'enfant ?*, Sion 2017, 31 ss, 31 ; COTTIER et al. (n. 6), 298 s. ; GUILLOD, *Le dépoussiérage du droit suisse des familles continue* DroitMatrimonial.ch 2014, 1 ss, 2 s. ; MEIER/STETTLER (n. 5), 400 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 34 et 36.

¹⁰ En pratique, aucune autorité ne cherchera à vérifier si la répartition choisie dans l'exercice de l'autorité parentale respecte le bien de l'enfant, cf. Message (n. 2), 8326. Voir aussi PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 34 ; MEIER/STETTLER (n. 5), 405.

¹¹ Message (n. 2), 8340. BUCHER (n. 5), 7, 8 et 11. GLOOR/SCHWEIGHAUSER, *Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht*, FamPra.ch 2014, 1 ss, 8 ; GUILLOD (n. 9), 2 ; MEIER/STETTLER (n. 5), 414 s. ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 34 ; SÜNDERHAUF HILDEGUND/WIDRIG MARTIN, *Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut*, PJA 2014, 885 ss, 903.

sonnelles et l'entretien de ce dernier (art. 298a al. 2 CC)¹². L'accord trouvé n'a pas à être détaillé, l'autorité compétente n'ayant ni droit, ni devoir de contrôle à cet égard¹³.

Si la situation n'est pas problématique lorsque les parents s'entendent, elle est tout autre lorsque les parents ne sont pas d'accord entre eux. La mère non mariée possède en principe l'autorité parentale exclusive sur l'enfant *ex lege* tandis que le père non marié doit se mettre d'accord avec cette dernière ou, à défaut, entamer une procédure pour se voir reconnaître les mêmes prérogatives (art. 298b al. 1 CC).

Autrement dit, l'autorité parentale conjointe sur l'enfant n'est pas instituée de la même manière selon l'état civil des parents. De ce fait, la législation suisse ne prend pas en compte la situation de vie effective en n'opérant aucune distinction entre les parents non mariés vivant ensemble et les parents non mariés séparés.

B. Proposition de solutions

Comme nous venons de le voir, si l'autorité parentale conjointe prévaut d'après la loi indépendamment de l'état civil des parents (art. 296 al. 2 CC), elle ne découle toutefois pas automatiquement de celle-ci (*ex lege*) pour les parents non mariés, séparés ou divorcés¹⁴. Dans ce contexte, nous préconiserions ce qui suit.

Concernant l'autorité parentale conjointe automatique pour les parents mariés – bien que la question revête une importance pratique moindre – un examen du bien de ce dernier devrait également avoir lieu dès sa naissance et non pas uniquement dans un second temps, soit lors de la séparation ou le divorce de ses parents.

Si la Suisse n'est pas prête à aller aussi loin – ce que nous pouvons aisément concevoir compte tenu de la difficulté de mise en œuvre pratique – alors la reconnaissance par le père non marié devrait également suffire selon nous à instituer l'autorité parentale conjointe sur son enfant au regard du bien de ce dernier, une différence de traitement en fonction de l'état civil ne se justifiant pas.

Concernant la déclaration commune requise pour les parents non mariés, il conviendrait que celle-ci soit supprimée. L'autorité compétente n'est, en effet, pas tenue de vérifier les termes d'un tel accord lorsqu'elle est saisie par requête commune des parents, ce qui *vide non seu-*

lement une telle déclaration de son sens mais n'assure possiblement pas non plus le bien de l'enfant¹⁵. *A contrario*, lorsque les parents ne se sont pas mis d'accord entre eux, l'APEA est tenue de se prononcer sur l'ensemble des points litigieux (art. 298b CC).

En lieu et place, la rédaction facultative sur une base volontaire d'une convention détaillée – comme celle qui prévalait avant l'entrée en vigueur du droit de l'entretien – tant pour les parents mariés que pour les parents non mariés recensée électroniquement dans un registre national tel qu'*Infostar* pourrait être mise en place.

La procédure pourrait se dérouler par écrit de manière très simplifiée, au moyen de formulaires, comme c'est déjà le cas actuellement pour les parents non mariés¹⁶. De tels formulaires pourraient mêmes être disponibles par le biais d'une plateforme en ligne et nécessiteraient uniquement la signature des deux parents.

Le but poursuivi serait pour les parents celui de prévoir l'organisation de leurs prérogatives parentales, ainsi que la répartition de la prise en charge et de l'entretien de leurs enfants durant la vie commune. Outre le fait d'amener les parents à s'interroger ensemble sur ces questions, cela leur permettrait également de se positionner dans un contexte plus favorable qu'en cas de séparation. L'accord conclu pourrait, bien évidemment, être modifié en tout temps par leurs soins à tous deux.

En outre, cela simplifierait les procédures de droit de la famille, permettant aux autorités compétentes d'aiguiller le cas échéant leur appréciation sur la base de la dernière répartition des tâches choisie d'un commun accord par les parents.

III. Garde alternée

La notion de garde (*Obhut*), n'a pas été définie par la législation suisse¹⁷. Selon la doctrine et la jurisprudence, il faut comprendre cette notion comme la garde de fait (*faktische Obhut* ou *Obhut im engen Sinn*), soit « l'encadrement quotidien de l'enfant et [...] l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante »¹⁸.

¹² Ordonnance sur l'état civil du 28 avril 2004 (OEC, RS 211.112.2). MEIER/STETTLER (n. 5), 407.

¹³ MEIER/STETTLER (n. 5), 406 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 34 ; SÜNDERHAUF/WIDRIG (n. 11), 903 et note n° 147.

¹⁴ Message (n. 2), 8325 ss. BUCHER (n. 5), 6 s. ; COTTIER (n. 9), 31 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 34.

¹⁵ PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 34 s.

¹⁶ MEIER/STETTLER (n. 5), 409.

¹⁷ OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Les notions de « garde », de « prise en charge » et de « lieu de résidence » dans le projet du Conseil fédéral du 16 novembre 2011, 1 ss, 1. COTTIER (n. 9), 34 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 38.

¹⁸ ATF 147 III 121 c. 3.2.2 ; 142 III 612, 614, JdT 2017 II 195. Voir aussi ATF 142 III c. 3.2.2. COTTIER (n. 9), 34 s. ; COTTIER/CLAUSEN, *Obhut und Betreuung bei gemeinsamer elterlicher Sorge* : Arbeitskreis 7, in : Fankhauser/Büchler (éd.), Neunte

La garde est dite alternée en cas de prise en charge de l'enfant « pour des périodes plus ou moins égales » fixées en jours, en semaines ou en mois¹⁹. Une partie de la doctrine considère qu'il y a garde alternée à partir d'une prise en charge de 30% du temps par chaque parent²⁰. Une prise en charge respectivement de 39% et de 61 % a notamment été considérée comme une garde alternée par le TF²¹.

Une garde alternée ne peut toutefois être prononcée que lorsqu'une prise en charge paritaire constitue la meilleure solution au regard du bien de l'enfant selon les circonstances concrètes du cas d'espèce²². La solution retenue doit permettre d'assurer la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux de l'enfant, d'un point de vue affectif, psychique, moral et intellectuel²³.

Schweizer Familienrechtstage, Berne 2018, 165 ss, 167 ; COTTIER et al. (n. 6), 299 ; GLOOR, Der Begriff der Obhut, FamPra.ch 2015, 331 ss, 348 ; JUNGO/ARNDT, Barunterhalt der Kinder : Bedeutung von Obhut und Betreuung der Eltern, FamPra.ch 2019, 750 ss, 751 ; LEUENBERGER, Alternierende Obhut auf einseitigen Antrag, FamPra.ch 2019, 1100 ss, 1101 ; MAIER/VECCHIÈ, Geteilte Obhut um jeden Preis?, PJA 2022, 696 ss, 701 ; MEIER/STETTLER (n. 5), 398 s. ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 38.

¹⁹ TF, 5A_557/2020 (2 février 2021), c. 3.1 ; 5A_991/2019 (19 janvier 2021), c. 5.1.1 ; 5A_821/2019 (14 juillet 2020), c. 4.1 ; 5A_46/2015 (26 mai 2015), c. 4.4.3 ; 5A_345/2014 (4 août 2014), c. 4.2. Voir aussi BÜCHLER/CLAUSEN, Die elterliche Sorge – Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung, FamPra.ch 2018, 1 ss, 10 ; BURGAT, Autorité parentale et prise en charge de l'enfant : état des lieux, in : Bohnet/Dupont (éd.), Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et du partage de la prévoyance, Neuchâtel/Bâle 2016, 107 ss, 121 ; COTTIER (n. 9), 35 ; COTTIER et al. (n. 6), 299, 301 et 316 ; GLOOR, (n. 18), 342 ; GUILLOD/BURGAT (n. 5), N 264 ; LEUENBERGER (n. 18), 1101 ; SCHÖBI, La garde alternée, ça marche ?, in : Jaffé/Zermatten/Schnyder/Hofer (éd.), Les nouvelles formes de parentalité : Le temps du partage... et l'enfant ?, Actes du 7^e Colloque printanier des 19 et 20 mai 2016 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, 79 ss, 80.

²⁰ COTTIER et al. (n. 6), 301 ; GLOOR (n. 18), 342 ; LEUENBERGER (n. 18), 1101 et 1110 ; SALZGEBER/SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, 66 ss, 67 s. ; SÜNDERHAUF/WIDRIG (n. 11), 893.

²¹ TF, 5A_722/2020 (13 juillet 2021), c. 3.4.1. Voir aussi MAIER/VECCHIÈ (n. 18), 702.

²² Message (n. 2), 8331. ATF 142 III 612, c. 4.2 s., JdT 2017 II 195 ; TF, 5A_527/2015 (6 octobre 2015), c. 4 ; 5A_266/2015 (24 juin 2015), c. 4.2.2.1 ; 5A_46/2015 (26 mai 2015), c. 4.4.3 ss. COTTIER (n. 9), 35 ; COTTIER/CLAUSEN (n. 18), 168 ; PAPAUX VAN DELDEN (n. 5), 33 ; SCHÖBI, Referate / Aktuelle Herausforderungen für das Bundesgericht – Die gemeinsame elterliche Sorge, in : Fankhauser/Büchler (éd.), Neunte Schweizer Familienrechtstage, Berne 2018, 59 ss, 63.

²³ TF, 5A_847/2015 (2 mars 2016), c. 5.2.3 ; 5A_266/2015 (24 juin 2015), c. 4.2.2.2.

A. Problématique

Depuis l'entrée en vigueur de la révision de l'entretien de l'enfant au 1^{er} janvier 2017, l'autorité compétente – le tribunal civil ou l'APEA selon l'état civil des parents notamment – est tenue d'examiner la possibilité d'instaurer une garde alternée selon le bien de l'enfant « si le père, la mère ou l'enfant le demande » (art. 298 al. 2^{ter} cum 298b al. 3^{ter} CC)²⁴.

Par ce biais, une prise en charge égalitaire des enfants dans l'organisation de la coparentalité post-séparation ou post-divorce a été favorisée sans pour autant avoir un impact sur la conception libérale de la famille qui continue à prévaloir en droit suisse, permettant toutefois à l'autorité compétente de prononcer une garde alternée en cas de demande en faisant fi du refus de l'un des parents²⁵.

Cependant, ni les coûts financiers, ni les soins ne sont partagés de manière équitable, les mères assumant en règle générale toujours l'enfant davantage que les pères bien qu'elles disposent souvent de moyens financiers plus limités²⁶.

À cet égard, la difficulté principale rencontrée découle de l'accès limité des femmes au marché du travail et de leurs parcours professionnels souvent adaptés en fonction des besoins familiaux²⁷.

Par ailleurs, s'il est admis que l'enfant a besoin de contact avec ses deux parents, la mise en place d'une garde alternée peut aboutir à une perte de flexibilité et de ressources financières au détriment de la sécurité, voire de la stabilité de l'enfant ce dernier²⁸.

Dès lors, les autorités compétentes ne devraient pas être amenées à prononcer une garde alternée si cela devait ensuite mener la famille à faire face à une situation financière délicate, étant rappelé qu'en cas de déficit, seul le parent créancier est généralement tenu de recourir à l'aide sociale, en vertu du principe de l'intangibilité du minimum vital LP du parent débiteur²⁹.

²⁴ Message (n. 2), 8331 ; COTTIER et al. (n. 6), 297, 300 et 317 ; LEUENBERGER (n. 18), 1100.

²⁵ Message (n. 2), 8331 ; Message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), FF 2014 511, 545. TF, 5A_46/2015 (26 mai 2015), c. 4.4.3 ; COTTIER et al. (n. 6), 297 et 300.

²⁶ A ce propos, voir les statistiques datant de 2021 en matière familiale de l'Office fédéral de la statistique, cf. Internet : <https://www.swissstats.bfs.admin.ch/collection/ch.admin.bfs.swissstat.fr.issue210110112100/article/issue210110112100-01> (consulté le 1^{er} novembre 2023).

²⁷ COTTIER et al. (n. 6), 324.

²⁸ Les transitions d'un lieu de résidence à un autre requièrent une organisation qui peut peser, voire déstabiliser l'enfant, cf. COTTIER et al. (n. 6), 302 s. et 311.

²⁹ ATF 144 III 502, c. 6.4, JdT 2019 II 200 ; 140 III 337, c. 4.3 ; 137 III 59, c. 4.2.1 ; 135 III 66, c. 2 ; 133 III 57, c. 3, JdT 2007 I 354 ; 121 I 97, c. 2 et 3, JdT 1997 I 46.

B. Proposition de solutions

Au vu de ce qui précède, le droit suisse devrait prévoir la possibilité pour l'autorité compétente d'examiner la garde alternée à l'aune du bien de l'enfant indépendamment de toute demande, en application de la maxime inquisitoire d'office qui découle de l'art. 296 al. 3 CPC³⁰.

Cela étant, si les circonstances du cas d'espèce le permettent et que cela s'avère conforme au bien de l'enfant, une garde alternée devrait pouvoir être instaurée³¹. C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence du TF semble se diriger³².

Il incombe par ailleurs à l'État de concentrer ses ressources sur le développement de mesures de soutien afin que les parents aient le choix de privilégier une garde alternée et non qu'ils y renoncent uniquement pour des considérations financières. Il lui appartient ainsi de développer l'offre, la qualité et la flexibilité des structures d'accueil extra-familial (crèches, garderies, etc.), ainsi que de les rendre accessibles à tout un chacun en termes de coûts³³.

Enfin, le principe de l'intangibilité du minimum vital LP du parent débiteur – outre le fait qu'il ne respecte pas les obligations internationales prises par la Suisse – doit être abandonné au profit d'un partage du déficit entre les parents, étant rappelé que les deux parents sont conjointement responsables de l'entretien de l'enfant dont les besoins doivent être pris en considération dans le cadre du calcul de sa contribution d'entretien (art. 285 al. 1 CC)³⁴.

IV. Médiation

La médiation est prévue aux art. 213 ss CPC, à la suite de la procédure de conciliation (art. 197 ss CPC) qu'elle peut remplacer si l'ensemble des parties en font la demande³⁵. Procédure indépendante et confidentielle, l'organisation et les coûts de la médiation sont en principe à la charge des parties, sauf dans les affaires concernant le droit des enfants à certaines conditions (art. 215, 216 et 218 CPC).

Avec un taux de réussite de plus de 70% et une durée moyenne comprise entre trois et cinq séances, la médiation est un processus rapide et efficace, mais également peu coûteux³⁶. Ainsi, lorsque le bien-être de l'enfant est menacé par des conflits parentaux, une obligation d'intervention par le biais de la médiation peut être appropriée et nécessaire³⁷.

En cas d'accord, ce dernier peut être ratifié par l'autorité compétente et revêtir les effets d'une décision de justice entrée en force (art. 217 CPC).

En matière familiale, l'autorité compétente peut exhorter les parties à tenter une médiation sur la base de l'art. 297 al. 2 CPC, ainsi que de l'art. 314 al. 2 CC depuis le 1^{er} janvier 2013³⁸. Par ce biais, le pouvoir législatif suisse encourage la médiation en octroyant à l'autorité compétente la possibilité de faire preuve d'une certaine insistance auprès des parties lorsqu'une démarche de médiation pourrait, selon elle, aboutir à un accord concernant les points litigieux et, notamment, le sort des enfants³⁹.

³⁰ Voir aussi COTTIER et al. (n. 6), 331.

³¹ Les situations dans lesquelles les parents sont parvenus à un accord devraient toutefois être privilégiées.

³² TF, 5A_629/219 (13 novembre 2020), c. 4.1 ; 5A_367/2020 (19 octobre 2020), c. 3.3. Voir aussi ATF 142 III 612, c. 4.5, JdT 2017 II 195 ; 142 III 617, c. 3.2.5. AEBI-MÜLLER, Elterliche Sorge : Betreuungsrecht – Betreuungspflicht – Aufenthaltsbestimmungsrecht, in : Jungo/Fountoulakis (éd.), Elterliche Sorge, Betreuungsunterhalt, Vorsorgeausgleich und weitere Herausforderungen, 9^e Symposium zum Familienrecht, Zurich/Bâle/Genève 2018, 29 ss, 52.

³³ Voir aussi COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS FAMILIALES, Familles et politique familiale en Suisse – Défis en 2040, Six contributions au débats, 1 ss, 8, cf. Internet : https://ekff.admin.ch/fileadmin/user_upload/ekff/05dokumentation/EKFF_Familienpolitik_2040_20231205_FR.pdf (consulté le 6 février 2024).

³⁴ En ce sens également, cf. AMACKER/FUNKE, Alleinerziehende in prekären Lebenslagen, FamPra.ch 2016, 148 ss, 169 ; BIGLER-EGGENBERGER, Ehetrennung, Ehetrennung und Getrenntleben – und wo bleibt die Gleichstellung der Ehegatten ?, PJA 1996, 3 ss, 6 ss ; PICHONNAZ/RUMO-JUNGO, La protection du minimum vital du débiteur en droit du divorce : évolution récente, RSJ 2004, 81 ss, 81 ss et note n° 11. D'un avis contraire, cf. GEISER, Die Familie und das Geld, FamPra.ch

2014, 884 ss, 899 s. ; REUSSER, Aktuelle aus dem Familienrecht unter besonderer Berücksichtigung der Revisionstendenzen bei der elterlichen Sorge, RJB 2008, 143 ss, 146 ss.

³⁵ Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse (CPC), FF 2006 6841, 6943.

³⁶ IMHOOS, Etat des lieux de la médiation familiale en Suisse romande, in : Grand (éd.), Médiation familiale dans le monde francophone, Lettre des Médiations 2017 (3), 14 ss, 19 ; PASTORE/SAMBETH GLASNER, La médiation civile dans le Code de procédure civile unifié, Pratique du barreau 2010, 327 ss, 334.

³⁷ STAUB, Pflichtmediation im Kinderschutz – Möglichkeiten und Grenzen Ein Kommentar zum Urteil des Zürcher Obergerichts vom 14. Mai 2007 (NX070006/U), Zeitschrift für Vormundschaftswesen 2008, 431 ss, 435.

³⁸ Une uniformisation des teneurs entre les art. 297 al. 2 CPC et 314 al. 2 CC serait d'ailleurs la bienvenue.

³⁹ L'on ne peut toutefois en déduire une obligation d'y recourir, cf. FREIH, Médiation familiale et processus judiciaire : une nécessaire complémentarité au service d'un consensus parental ou entre conjoints, in : Hirsch/Imhoos (éd.), Arbitrage, médiation et autres modes pour résoudre les conflits autrement, Genève/Zurich 2018, 7 ss, 9.

A. Problématique

Bien que prévues par le droit fédéral, en pratique de telles exhortations à tenter une médiation restent rares⁴⁰.

Sur le plan politique, le conseiller aux États Konrad Graber (PDC) a déposé le 12 décembre 2018 une Interpellation 18.4191 intitulée « Favoriser le bien de l'enfant grâce à des procédures de médiation lors de conflits familiaux » rappelant que la consultation imposée dans les cas de conflits familiaux, ainsi que la médiation, ne sont pas intégrées systématiquement dans la procédure civile⁴¹.

Le Conseil fédéral s'est prononcé à ce sujet le 13 février 2019 en indiquant que « la mise sur pied d'une étude pilote n'est pas nécessaire étant donné que certains cantons sont déjà en train de tester des modèles de collaboration interdisciplinaire [...] ainsi que l'obligation de participer à une consultation ordonnée »⁴².

S'il est vrai qu'un certain nombre de cantons sont actuellement en train de mettre en place différents modèles, une adaptation de la législation fédérale actuelle permettrait toutefois d'aller plus loin tout en garantissant une mise en œuvre uniformisée de la pratique de la médiation sur le territoire suisse.

B. Proposition de solutions

Imposer un processus de médiation comme condition de recevabilité de la demande en justice – comme cela se pratique dans certains pays – ne nous apparaît pas la solution la plus judicieuse.

Il ne s'agit pas de contraindre les parties à poursuivre une médiation, mais bien de leur donner la chance d'explorer cette possibilité afin qu'elles soient ensuite libres de choisir de s'y engager ou non en connaissance de cause⁴³.

Cela étant, une séance d'information gratuite à la médiation doit être prévue dès le dépôt de la demande en justice. Il a en effet été reconnu que l'entretien d'information en matière de médiation apaise le conflit⁴⁴.

À l'issue de cette séance – durant laquelle l'attention des participants aura été attirée sur les avantages de la médiation en termes de coûts et de rapidité – la possibilité devra être donnée aux parents d'être mis directement en contact avec une personne professionnellement qualifiée en médiation, s'ils le souhaitent⁴⁵.

En outre, la possibilité d'exhorter à la médiation ne devrait plus être une possibilité mais un devoir de l'autorité compétente d'examiner à l'aune des circonstances du cas d'espèce.

Néanmoins, en cas de violence ou de domination de l'une des parties sur l'autre, la médiation ne sera en principe pas la voie la plus adaptée à suivre.

V. Conclusion

Malgré les récentes modifications législatives effectuées en droit suisse de la famille, de nombreuses adaptations sont encore nécessaires, notamment dans la mise en pratique, avant que la législation ne soit, à notre sens, en adéquation avec la société actuelle.

Or, si la famille est en principe une affaire privée, l'État a également un rôle à jouer afin d'assurer un cadre adéquat permettant le plein épanouissement des différents membres qui la composent et est, en particulier, tenu de veiller à ce que l'intérêt de l'enfant demeure la considération primordiale (art. 3 § 1 CDE).

⁴⁰ Voir p. ex. TF, 5A_65/2017 (24 mai 2017), c. 2.3 ; 5A_34/2017 (4 mai 2017), c. 7.3 ; 5A_852/2011 (20 février 2012), c. 6. Sur la base des réponses fournies dans différents cantons, les autorités judiciaires proposent rarement la médiation, à savoir plus d'une fois par an, dans 57 % des cas dans le canton de Fribourg, 61 % des cas dans le canton de Genève et 73 % des cas dans le canton de Vaud, voire jamais dans 19 % des cas dans le canton de Vaud, respectivement 29 % des cas dans le canton de Fribourg et 33 % des cas dans le canton de Genève, cf. MIRIMANOFF, Rapport sur la pratique des avocats et sur celles des notaires en relation avec la médiation suivi d'une note sur la sensibilisation (formation) initiale et continue des juges en matière de médiation, Genève 2018, 7 ss, 29. Voir aussi 13, 16 s. et 21.

⁴¹ GRABER, Favoriser le bien de l'enfant grâce à des procédures de médiation lors de conflits familiaux, Interpellation 18.4191 déposée au Conseil des États le 12 décembre 2018, cf. Internet : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20184191> (consulté le 1^{er} novembre 2023).

⁴² Voir GRABER (n. 41). Dans ce contexte, des cantons comme Genève, Vaud, Bâle-Ville ou encore Saint-Gall ont pris des mesures.

⁴³ GANANCIA, Quatrième table ronde – La médiation familiale, un terreau fertile pour la médiation obligatoire ?, in : Blohorn-Brenner/Bacqué (éd.), Médiation obligatoire ou volontaire – Quelles réformes pour quels enjeux ? Etat des lieux de la médiation dans le monde, Paris 2018, 109 ss, 109.

⁴⁴ MARIE, Quatrième table ronde – La médiation familiale, un terreau fertile pour la médiation obligatoire ?, in : Blohorn-Brenner/Bacqué (éd.), Médiation obligatoire ou volontaire – Quelles réformes pour quels enjeux ? Etat des lieux de la médiation dans le monde, Paris 2018, 92 ss, 98 ; STAUB (n. 37), 127.

⁴⁵ Voir à cet égard l'art. 19 de la Loi genevoise sur la médiation (12854) du 27 janvier 2023, cf. Internet : <https://ge.ch/gandconseil/data/loisvotee/L12854.pdf> (consulté le 6 février 2024).

En matière d'autorité parentale conjointe, nous considérons qu'il appartient à l'État de se positionner soit en procédant à un véritable contrôle du bien de l'enfant indépendamment des circonstances du cas d'espèce – et en particulier de l'état civil des parents – soit en mettant en place une solution législative permettant aux parents de s'organiser selon leur meilleure convenance tout en étant placés à égalité de droit.

En matière de garde alternée, il importe que l'État prenne les mesures nécessaires en vue d'offrir un contexte structurel adéquat et qu'ainsi la garde alternée puisse toujours être examinée en priorité par l'autorité compétente à l'aune des circonstances du cas d'espèce.

Enfin, en matière de médiation, l'État ne doit certes pas forcer les parents à tenter une médiation dans tous les cas mais – à tout le moins – les informer et les sensibiliser en conséquence sur les avantages et inconvénients d'un tel processus, ainsi que leur recommander fortement d'y re-

courir lorsque les conditions à son exercice sont réunies. Cela devrait permettre aux parents d'être en mesure de mieux communiquer et d'ainsi pouvoir replacer le bien de l'enfant au centre de leurs préoccupations.

Anzeige

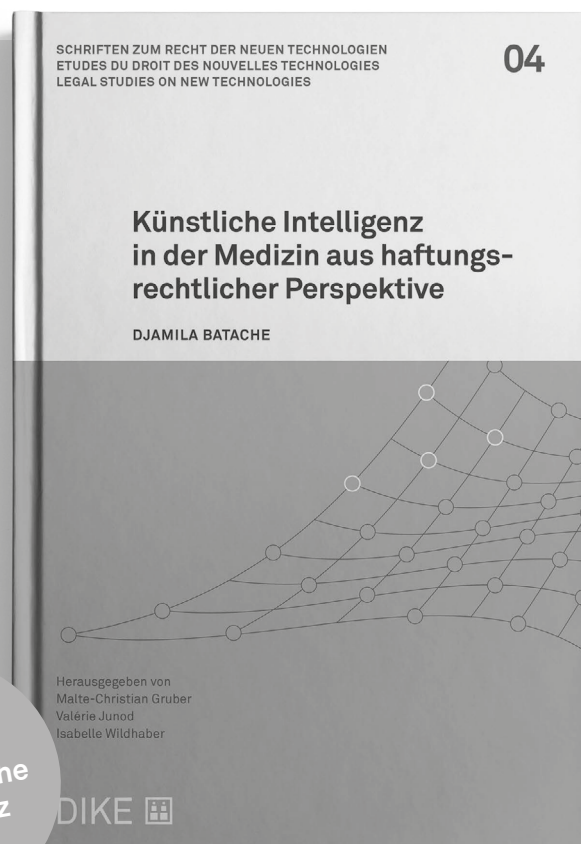
Djamila Batache

Künstliche Intelligenz in der Medizin aus haftungsrechtlicher Perspektive

Trifft eine neuartige Technologie wie die der künstlichen Intelligenz auf einen so sensiblen Bereich wie denjenigen der Medizin, wirft dies zahlreiche rechtliche Fragen auf. Die Dissertation von Djamila Batache beleuchtet in diesem Kontext rechtsdogmatische Herausforderungen und zeigt zeitgemässe Ansätze auf.

Recht der neuen Technologien (RnT), Band 4
2024, 325 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-03891-647-5
CHF 98.–

Haftung
für Künstliche
Intelligenz



www.dike.ch/6475

DIKE