

**Avant-projet de révision
des Code civil (autorité parentale) et Code pénal (art. 220)
Objet parlementaire 04.3250**

Prise de position de la Faculté de droit de l'Université de Genève

La présente prise de position résume les opinions de professeurs - en exercice et honoraires - de droit civil, de droit pénal et de droit constitutionnel de la faculté de droit de l'Université de Genève à l'égard de l'Avant-projet de loi (AP) et du Rapport explicatif (Rapport) du DFJP.

Appréciation générale

Le postulat de base de la révision, soit de faire durer l'autorité parentale conjointe au-delà du divorce des parents et de la rendre plus facilement accessible aux parents non mariés, donc de détacher la relation parents-enfants de l'état civil des parents, ne peut qu'être approuvé. Le texte légal proposé paraît néanmoins réducteur et lacunaire sur certains points importants; il nécessite, à notre avis, un réexamen approfondi pour éviter des problèmes importants dans l'application.

L'étude de l'AP démontre que les enjeux sont particulièrement importants. La modification des dispositions légales en matière d'autorité parentale aura des répercussions considérables sur la vie de très nombreux parents et enfants et elle aura également comme effet de toucher à certains concepts fondamentaux du droit actuel de la filiation. De ce fait, la révision législative envisagée nous incite à des commentaires particulièrement approfondis, qui visent les aspects fondamentaux de la loi proposée (I.), des détails spécifiques de celle-ci (cf. II.) et ses lacunes (III), de même que quelques détails rédactionnels (cf. IV). Par ailleurs, nous - en particulier les professeurs de droit civil - restons volontiers disponibles pour contribuer, au-delà des présents commentaires, à l'accomplissement de cette révision législative.

I. Remarques concernant des aspects fondamentaux de la réforme proposée

I.1 Autorité parentale - droit de garde - garde de fait

L'AP ne fait presque pas allusion au droit de garde et à la garde de l'enfant; il fait, par ailleurs, comme le droit suisse actuel en la matière, l'amalgame entre l'autorité

parentale et le droit de garde. Les attributions des autorité parentale, droit de garde et garde de fait ne sont que peu distinguées (cf. Rapport p. 21, commentaires de l'art. 298 P, p. 27 s., rattachant d'une part le droit de garde à l'autorité parentale, mais d'autre part l'exercice du droit de garde à la garde de fait). Suivant cette approche, toutes les décisions concernant l'enfant qui dépassent les décisions journalières de peu d'importance échoient aux deux parents détenteurs de l'autorité parentale, même si l'un des parents ne vit pas avec l'enfant; seules les décisions courantes journalières sont dévolues à la personne - parent ou tiers - qui vit avec l'enfant.

Cette vision des droits parentaux s'est, toutefois, révélée dépassée, ne répondant plus aux besoins de la société caractérisée par de nombreux couples parentaux séparés. L'expérience prouve qu'un nombre important de conflits parentaux concerne les décisions liées à l'encadrement au quotidien et au choix du lieu de vie de l'enfant, p.ex. le choix d'un soutien scolaire ou des loisirs, la détermination de l'argent de poche et des règles concernant les heures de sortie ou en matière d'habillement, mais aussi le choix de l'école ou d'un internat ou de la ville de résidence. Il s'agit de questions qui, dans la conception traditionnelle suisse, relèvent du droit de garde ; elles touchent surtout à la vie de l'enfant et du parent qui en a la charge. Les conflits à ces sujets ne se terminent souvent pas, comme il serait souhaitable, par des discussions fructueuses et un consensus des parents, mais par des blocages et des conflits, néfastes pour le climat familial et le bien de l'enfant.

La révision des dispositions concernant l'**autorité parentale** ne peut donc se faire, à notre avis, sans y incorporer aussi une **réflexion fondamentale sur le droit de garde et la garde de fait**, et sur la **relation entre ces trois concepts**. Le but d'une telle réflexion globale est de (re)définir ces concepts et leur contenu de manière à répondre à la réalité dans la société et, de ce fait, réduire le potentiel de conflit entre parents séparés.

Une première façon pour aboutir à ces résultats serait de distinguer entre le parent gardien et le parent qui, en dépit de l'autorité parentale conjointe, ne s'occupe de l'enfant que dans une mesure comparable à un droit de visite (des parents de ce dernier type constituent une proportion importante des parents attributaires ou non de l'autorité parentale, selon l'étude du Fonds national (FN) cité par le Rapport, p. 9). Le premier se verrait attribuer le droit de garde et, de ce fait, déciderait seul des questions relatives au quotidien de l'enfant. Une autre façon d'aboutir à ce résultat consisterait à prévoir que la convention entre parents relative à la prise en charge de l'enfant (art. 133 al. 2 et 298a al. 1 AP) devra prévoir les modalités de la prise de décision pour un certain nombre de questions connues pour être générateurs de conflits parentaux. A défaut d'une convention entre les parents sur ces points, le devoir de fixer de telles règles incomberait au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant. Les deux solutions sont pratiquées à l'étranger (cf. p. 10 ss du Rapport, notamment Autriche, Belgique, Danemark). En harmonie avec ce qui se pratique en droit international, un seul terme devrait définir les droits de celui des parents qui vit avec l'enfant, probablement 'droit de garde', le terme employé dans les conventions internationales. Le droit suisse

actuel emploie également fréquemment le seul terme 'garde' sans distinguer entre les droits qui en découlent (art. 273 al. 1, 275 al. 2, 276 al. 2 CC).

Vu les résultats de l'étude PNR 52 du FN (p. 9 du Rapport), tenir compte des rôles des parents et des problèmes auxquels chacun d'eux doit faire face s'impose. Contrairement à ce qu'affirme le Rapport, p. 15, il paraît douteux que le seul fait d'attribuer l'autorité parentale conjointe réduira nécessairement les effets néfastes du divorce sur l'enfant et incitera automatiquement le parent non gardien à maintenir des liens étroits et une relation équilibrée avec l'enfant. Même si cela devait être le cas, des difficultés dans l'application de la loi peuvent encore et toujours amener l'enfant à faire face à des situations difficilement supportables.

Le parent gardien sera inévitablement confronté à de nombreux problèmes qu'il doit pouvoir résoudre rapidement et sans devoir craindre une intervention contraire de l'autre parent. Le pouvoir d'intervention du parent qui ne s'occupe pas effectivement de l'enfant, doit rester **proportionné** à l'effort fourni par ce parent et ne pas entraver l'investissement de l'autre parent. L'équilibre des charges et des droits dans le couple parental, tel que déterminé par lui-même dans une convention ou par le juge sur la base de la loi, contribuera à la paix familiale et au bon développement de l'enfant, lequel devrait être le souci premier.

I.2 Systématique de la loi

Détacher l'autorité parentale autant que possible de l'état civil des parents souligne la **parentalité**, ce qui est à saluer. Le **regroupement de toutes les dispositions concernant l'autorité parentale** dans le chapitre filiation du Code civil appuierait cette démarche et le but de la loi et assurerait en même temps une meilleure lisibilité du texte légal. Des renvois simples dans les droits du divorce et du mariage remplaceraient alors les normes éparpillées en droit de la filiation, du divorce et du mariage.

Ce regroupement permettrait par ailleurs une **structure cohérente** des normes, selon le schéma 'attribution et modification de l'autorité parentale - modalités de l'exercice de l'autorité parentale - mesures de protection de l'enfant'.

I.3 Les intérêts légitimes en cause

L'**intérêt des pères divorcés ou non mariés avec la mère** était, en effet, souvent négligé par le passé et il se justifie de mieux en tenir compte. Toutefois, l'AP nous semble pécher par excès, en se focalisant totalement sur l'intérêt du père, optique qui repose sur la prémisse réductrice - et partant erronée - que la reconnaissance des droits du père est toujours dans l'intérêt de l'enfant. Par contraste, des commentaires sur l'intérêt de la mère, par hypothèse investie de la garde de l'enfant, sont quasi-absents.

Or, l'**intérêt de l'enfant** est de toute évidence d'avoir des parents qui s'investissent dans sa vie au quotidien. Mais l'expérience le prouve et l'étude PNR 52 du FN le démontre statistiquement que même en cas d'autorité parentale conjointe, l'un des

parents est souvent beaucoup moins présent dans sa vie de l'enfant que l'autre (Rapport, p. 9). De ce fait, il paraît sinon irréaliste, à tout le moins prématuré de partir de l'idée, comme le font les rédacteurs du Rapport (p. 15, en dépit des doutes évoqués sur les p. 16 s., au pt. 1.7) qu'en règle générale, l'autorité parentale conjointe sera exercée en bonne entente par ces détenteurs, comme pendant le mariage. La situation de vie après le divorce des parents n'est pas la même, ni du point de vue de la vie familiale, ni du point de vue du couple, que celle pendant le mariage et pendant la vie commune. Lorsque les parents sont séparés - par le divorce ou dans les faits - le danger réel que l'autorité parentale conjointe serve d'instrument pour s'en prendre à l'autre parent ne doit pas être écarté trop légèrement. Il devrait être discuté dans le rapport ou le message au parlement, ce qui implique la prise en compte équitable des intérêts de chacun des parents - gardien et non gardien - et de l'enfant.

En adoptant cette optique, on n'ignore donc pas la tendance des pères à s'impliquer d'avantage. Au contraire, seule la discussion des **droits des parents tenant compte de leurs charges effectives** à l'égard de l'enfant permettrait de se détacher du cliché du père privé de tous droits face à la mère largement avantagée à cet égard, et de favoriser ainsi la recherche de solutions objectives et fructueuses. Les droits et obligations de l'un et de l'autre parent seront nécessairement différents si la prise en charge du parents ne se fait pas de manière parfaitement égale.

A ce sujet, nous renvoyons aussi à nos réserves concernant les art. 298 ss AP, sous II. 3 et 4 et concernant l'art. 309 AP, sous II.5.

I.4 Egalités et inégalités de traitement des parents dans les différentes situations de vie

La loi proposée éliminerait des discriminations existant actuellement, ce qui est naturellement à saluer vu leur contrariété à la Constitution et aux diverses conventions internationales.

Force est de constater, toutefois, qu'elle créerait de **nouvelles inégalités entre les parents** (cf. aussi II.1), à savoir :

- Les couples parentaux qui vivent **séparés** ne sont pas traités de manière égale. Selon l'art. 133 al. 2 AP, les couples en instance de divorce seraient soumis à l'exigence de présenter 'au juge leurs conclusions relatives à la prise en charge de l'enfant et à leur contribution d'entretien'; en l'absence de telles conclusions, le juge devrait prendre les mesures nécessaires (cf. Rapport, p. 21, par. 3). Un devoir de formaliser leur convention au sujet de la prise en charge et de l'entretien de l'enfant n'est fait ni aux couples mariés vivant séparés, ni aux concubins. Vu leur impact sur l'enfant, l'absence de vie commune et la cessation de la vie commune des parents devraient fonder les mêmes obligations que le divorce.

- L'art. 298a AP renferme des inégalités de traitement entre couples **mariés** et couples **non mariés** : il s'agit de l'inégalité soulevée au paragraphe précédent dans les

situations où les parents vivent séparés, mais aussi de l'encouragement fait aux seuls parents non mariés de convenir de la prise en charge et de la contribution à l'entretien de l'enfant. Or, l'obligation des parents, mariés ou non, de s'entendre sur la prise en charge de l'enfant découle de l'exercice en commun de l'autorité parentale. Une convention spécifique ne serait pas plus utile pour les concubins vivant ensemble que pour des parents mariés en ménage commun. Une disposition légale visant les premiers seulement serait donc dépourvue de justification et superflue, alors qu'elle paraît nécessaire pour les uns et pour les autres en cas de séparation.

- La **modification de l'autorité parentale conjointe** de parents mariés et de parents non mariés interviendrait à des conditions très différentes pour les parents non mariés, selon les art. 298b al. 1 et 2 AP, et pour les parents mariés, selon les art. 297 al. 2 et 311/312 CC. Il conviendrait de vérifier dans quelle mesure ces inégalités se justifient.

I.5 Conformité au droit constitutionnel et conventionnel

La justification des inégalités de traitement subsistantes doivent être évaluées à la lumière de l'art. 8 CEDH, seul et cumulé avec l'art. 14 CEDH, ainsi qu'avec les art. 13 et 8 al. 1 de la Constitution.

La différence de traitement de pères ayant reconnu l'enfant et de ceux étant devenus pères par décision judiciaire (art. 298 et 298d AP), en revanche, paraît admissible sur la base de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

I.6 Le concubinage

Plusieurs des personnes ayant contribué à la présente prise de position, soulignent que la reconnaissance du concubinage par rapport aux enfants qui en sont issus devrait donner lieu à une réglementation plus générale de ce mode de vie en commun, réglementation maintes fois repoussée.

I.7 La redistribution des compétences entre le juge et l'autorité de protection de l'enfant

Le remaniement des compétences du juge et des autorités de protection de l'enfant préconisé par l'AP rendra les diverses situations plus claires. Néanmoins, la question de savoir si ces instances sont **aptes** et ont les **moyens** pour faire face à leurs nouvelles attributions se pose : p. ex. la justice pourra-t-elle assumer sa nouvelle compétence de trancher dans les cas de litige concernant la modification du droit aux relations personnelles (art. 298e al. 2 et 3 AP), et les autorités de protection sont-elles armées pour recevoir et conseiller les couples qui ne réussissent pas à se mettre d'accord dans l'exercice en commun de l'autorité parentale et du droit de garde (art. 298g AP et explications du Rapport, p. 28).

II. Réserves concernant certains détails importants du projet de loi

II.1 Contenu des conclusions des parents en divorce

L'art. 133 al. 2 AP, prévoit le devoir des époux de soumettre au juge du divorce leurs **conclusions relatives à la prise en charge de l'enfant et à leur contribution de l'entretien**. Le texte de loi proposé ne contient pas de détail quant au contenu obligatoire de ces conclusions, alors que le Rapport (p. 21, pt. 2.1, par. 3) précise que l'accord des époux 'sur ces questions est une clef du succès de l'exercice de l'autorité parentale'. D'affirmer ensuite que ces conclusions ne constitueraient pas une condition du maintien de l'autorité parentale conjointe ne peut qu'étonner, même s'il est ajouté, dans la phrase suivante, que le juge pourrait être amené, en cas de désaccord persistant des parents, à supprimer l'autorité parentale conjointe. Il nous semble faux, dans ce débat, de minimiser ainsi les répercussions du conflit entre les époux sur leurs conclusions relatives à la prise en charge des enfants (cf. aussi supra I.1). Des précisions dans la loi sur les points essentiels et obligatoires des conclusions à soumettre par les parents, ou du moins à fixer par le juge, nous paraissent importantes pour concrétiser la notion du bien de l'enfant. Elles permettraient au juge de mieux remplir sa fonction de garant de l'intérêt de l'enfant et assureraient une pratique uniforme.

Par identité de motifs, un projet de convention sur les mêmes sujets devrait être demandé aux mêmes conditions aux parents qui se séparent qu'ils soient mariés ou non. Il est, en effet, difficile de voir pourquoi la séparation formalisée des parents justifierait des exigences légales autres que si la séparation n'est pas formalisée; l'impact de la rupture du couple parental sur l'enfant peut être tout aussi important (voir aussi pts I.3 et 4, et IV.3).

II.2 L'autorité parentale du père par jugement (art. 298 c et d AP)

Selon l'art. 198c AP, la mère non mariée exercerait seule l'autorité parentale si le père ne reconnaît pas l'enfant. Toutefois, l'AP entend conférer au père dont la paternité a été établie par jugement, le droit de requérir auprès du juge l'attribution de l'autorité parentale conjointe (art. 298d al. 1 AP). Le texte proposé ne fait aucune mention de l'intérêt de la mère et de l'enfant, ni de l'obligation du juge de les entendre. Or, cette disposition créerait un réel danger pour le bien de l'enfant et la paix familiale, vu la situation réelle visée.

L'art. 298d al. 1 AP ne pourrait concerner que le **père majeur et non interdit, conscient de l'existence de l'enfant, qui n'a pas voulu reconnaître l'enfant**. Le père mineur dont le représentant légal refuse le consentement à la reconnaissance et le père incapable de discernement, qui constituent les autres cas de figure envisageables pour une action en recherche de paternité (art. 261 ss CC), ne pourraient obtenir l'autorité parentale.

Les pères visés par l'art. 298d al. 1 AP n'avaient de toute évidence aucun intérêt à créer une relation avec l'enfant avant de devenir père par la décision dans l'action en

paternité. Non seulement l'action a dû leur être intentée, mais ils n'ont même pas saisi l'opportunité de reconnaître l'enfant pendant le procès, possibilité et droit que leur garantit l'art. 260 al. 3 CC. Face à ces circonstances, il paraît **inconcevable** que la loi confère à ces pères le droit de demander au juge, dans la même action encore, l'attribution de l'autorité parentale. En effet, il faut craindre que plutôt que d'être motivée par une éruption spontanée d'un intérêt pour l'enfant (qui, encore une fois, ne se manifesterait pas par une reconnaissance !), une telle demande procéderait plutôt de sentiments de revanche et de la volonté d'ennuyer la mère ou même l'enfant. Il ne paraît pas non plus réaliste de croire que l'autorité parentale conjointe serait exercée en bonne entente par des parents qui sortent de l'épreuve d'une action judiciaire sur un sujet aussi essentiel que la paternité de leur enfant. L'attribution immédiate de l'autorité parentale conjointe ne devrait pas être possible dans ces cas; une disposition légale du contenu de l'art. 298d al. 1 AP ne devrait donc, à notre avis, pas être créée. En revanche, dans tous les cas où la paternité est constatée dans une action judiciaire, le juge devrait régler la contribution d'entretien dû par le père.

L'absence d'une disposition légale du contenu de l'art. 298d al. 1 AP n'ignorerait cependant pas la possibilité que l'homme devenu père par jugement - qu'il s'agisse du père visé au paragraphe précédent ou du père mineur à la naissance de l'enfant - établisse par la suite une bonne relation avec l'enfant. La demande de l'attribution de l'autorité parentale conjointe pourrait être faite, après une certaine période et à travers l'exercice du droit de visite, pour '**faits nouveaux**' (art. 298e AP), soit auprès du juge, soit, en cas d'entente avec la mère, auprès de l'autorité de protection de l'enfant.

Si l'art. 298d al. 1 AP devait être maintenu, il faudrait à tout le moins ancrer également dans la loi le droit de la mère et de l'enfant d'être entendus par le juge. La détermination de la situation des deux parents et des précisions au sujet des pouvoirs du parent en charge de l'enfant (cf. *supra* I.1) paraissent particulièrement importants dans de tels cas.

II.3 La relation entre l'autorité parentale et les prémisses de la reconnaissance (art. 298 ss AP, 260 CC)

L'art. 298 AP doit être approuvé en tant qu'il confère l'autorité parentale conjointe aux mère et père de l'enfant reconnu, dans l'optique du couple de concubins qui remplissent volontiers leurs devoirs parentaux. Cela devrait être le gros des couples concernés (cf. Rapport, p. 24).

Toutefois, une **réserve importante** doit être faite, bien qu'elle ne devrait concerner que la minorité des cas de reconnaissance : L'art. 298 AP est inadéquat par rapport au père qui reconnaît l'enfant pour des motifs tout différents, notamment pour éviter une action en paternité, mais sans intérêt réel pour l'enfant, voire éventuellement nourrissant des ressentiments contre la mère et l'enfant. Ces situations comportent un très grand potentiel de conflit parental et de danger pour le bien de l'enfant. L'autorité parentale conjointe, en particulier si les pouvoirs des parents ne sont pas déterminés

en fonction de l'implication réelle de chaque parent (cf. ci-dessus I.1 et I.3), conférerait alors au père des moyens accrus pour s'en prendre à la mère et à l'enfant.

Ce problème renvoie à la question fondamentale des **conditions de la reconnaissance**. Selon l'art. 260 CC, la reconnaissance n'est soumise ni à l'exigence du bien de l'enfant, ni à celle d'un consentement, voire d'une simple consultation de la mère ou de l'enfant. Le père est donc seul maître de la création du lien de filiation; aucune voix n'est donnée à cet égard à l'enfant et à la mère.

Cette conception de la reconnaissance est acceptable tant que la reconnaissance ne débouche pas sur des droits étendus du père. Or, cela ne serait plus le cas après la mise en vigueur de l'art. 298 AP. Changer la réglementation pour donner la place qu'ils méritent aux pères qui veulent s'investir davantage (probablement dans la plupart des cas des pères qui vivent avec la mère et l'enfant au moment de la reconnaissance) ne doit toutefois pas conduire à créer un réel problème dans les autres cas. Ce danger ne peut être écarté qu'en soumettant la reconnaissance à des conditions supplémentaires garantissant les droits de l'enfant et de la mère. Un nouvel alinéa de l'art. 260 CC devrait accorder à ceux-ci les droits d'être informés et de demander un blocage de la reconnaissance; dans ce dernier cas, toutes les parties, donc aussi le père, disposeraient du droit de demander au juge de trancher.

Le blocage résultant des nouvelles conditions de la reconnaissance ne se produirait que dans une minorité de cas et serait justifié pour les raisons indiquées. En revanche, de toute vraisemblance les mères et les enfants ne feraient pas d'objection à la reconnaissance dans la plupart des cas (cf. Rapport, p. 24, not. par. 2) ; l'autorité parentale conjointe automatique s'appliquerait alors sans délai, comme le veut l'art. 298 AP.

II.4 Curatelle de paternité

L'art. 309 AP entend abolir la curatelle de paternité infligée aux mères actuellement même contre leur gré. Non seulement mal vécue par de nombreuses mères, la curatelle n'est pas toujours nécessaire, ni utile; la norme actuelle est donc disproportionnée.

Soucieuse de corriger ce défaut, la norme proposée va cependant trop loin. En dépit de la réticence de la mère, une curatelle peut encore être justifiée lorsque les intérêts de l'enfant s'opposent à ceux de la mère. Laisser le pouvoir discrétionnaire à la seule mère reviendrait, par ailleurs, à une modification de l'esprit du droit de la filiation qui entend, en l'état, assurer à l'enfant autant que faire se peut, une mère et un père. L'art. 309 AP devrait donc être complété par un alinéa 2 et prévoir la compétence du juge pour constituer une curatelle d'office si les intérêts de l'enfant le commandent. Le juge pourrait en être averti par toute personne de l'entourage de l'enfant; il pourrait, bien entendu, aussi être requis dans ce sens par la mère.

II.5 La nouvelle norme pénale : art. 220 AP-CP

Bien que le droit de l'enfant et du parent non attributaire de rester en relation ne soit contesté par personne, l'adjonction prévue à l'art. 220 AP-CP pour favoriser le droit de visite suscite des réserves à plusieurs titres :

- la proportionnalité de la peine privative et du maximum de cette peine (3 ans) paraît discutable en soi;
- elle l'est d'autant plus que le Rapport semble admettre très, voire trop facilement l'état de nécessité (art. 17 et 18 CP), ainsi que la justification par le devoir d'assistance (art. 14 CP).

On peut, par ailleurs, s'étonner, du point de vue de la subsidiarité du droit pénal, que l'on élargisse ainsi l'importance du droit pénal en même temps que le droit privé se retire des relations entre privés. Si la curatelle de visite ne donne pas satisfaction, la menace de peines pénales est-elle la bonne solution ? Le Rapport ne donne pas d'indications permettant de croire à l'efficacité, et donc à l'utilité, des sanctions plus sévères proposées.

III. Lacunes du projet de loi

III.1 Mère et pères mineurs

- **La mère mineure** : Le projet de loi entend éliminer l'art. 298 al. 2 CC sans le remplacer par une norme réglant le même état de faits ; le renvoi dans la note de bas de page 48 sur la page 25 du Rapport à la modification de la terminologie prévue pour l'art. 296 al. 2 CC n'apportera pas de solution quant au fond de la question qui se pose : qui exercera les fonctions de représentant légal de l'enfant d'une mère mineure ?

Cette question doit être traitée spécifiquement dans le droit futur, comme elle l'est actuellement à l'art. 298 al. 2 CC, mais aussi vu la nouveauté de l'autorité parentale conjointe prévue à l'art. 298 AP. Dans cette dernière hypothèse, le père majeur serait-il toujours détenteur de l'autorité parentale, le serait-il seul ou partagera-t-il les pouvoirs de représentant légal avec le curateur qui remplace la mère ? La solution à élaborer doit tenir compte, outre des intérêts de l'enfant et du père, de ceux de la mère qui devrait être investie automatiquement de ses droits à l'accession à la majorité (dans un futur relativement proche). Pour trouver une réponse législative satisfaisante à ces interrogations, il nous semble indispensable de revoir les conditions de la reconnaissance et d'insérer dans la loi future des précisions quant à l'autorité parentale des mères mineures.

- Comme la mère mineure, le **père non marié mineur** qui aurait reconnu l'enfant avec le consentement du représentant légal (art. 260 al. 1 et 2 CC) ne pourrait être détenteur de l'autorité parentale (art. 298 al. 1 AP). Accéderait-il à l'autorité parentale conjointe automatiquement à sa majorité ? Les mêmes raisonnements s'appliquent au mineur, devenu père par jugement, qui ne pourrait demander l'attribution de l'autorité

parentale au juge (art. 298c et 298 d al. 1 AP). Recouvrerait-il ce droit automatiquement à sa majorité ?

- Parents mineurs à la naissance de l'enfant

Dans ce cas, aucun des parents ne serait détenteur de l'autorité parentale à la naissance de l'enfant, mais la loi devrait contenir des précisions quant à l'attribution de l'autorité parentale au moment de l'accession à la majorité du premier des parents, et ensuite du second.

III.2 Moyens de modifier la titularité de l'autorité parentale - mesures protectrices de l'enfant ?

Dans une optique de clarification également, des précisions, dans le Message du Conseil fédéral ou dans la loi, au sujet de la relation entre d'une part les art. 133a al. 1 et 398b al. 2 AP et d'autre part l'art. 311 CC seraient souhaitables.

III.3 Autorité parentale en cas d'incapacité et d'absence des parents

L'art. 298f AP prévoit l'attribution de l'autorité parentale en cas de décès de l'un des parents. Il conviendrait d'étendre la disposition légale aux cas d'incapacité et d'absence des parents et à ceux où l'autorité parentale a été retirée (cf. art. 298 al. 2 CC). Un choix élargi par rapport au droit actuel pourrait se justifier (voir ci-dessous III.4).

III.4 La prise en compte de la réalité sociale

La **famille recomposée** constitue une figure constante et importante dans la société actuelle. Il a été regretté par certaines des personnes contribuant à la présente prise de position qu'aucune considération n'a été accordée à la situation du beau-parent. Il n'est pas inconcevable que ce dernier soit inclus dans le cercle des personnes auxquelles l'autorité parentale peut être conférée à la place de celle du parent (art. 298f al. 2 AP), par assimilation aux art. 299, 300 al. 2 et 274a CC.

III.5 Relation entre le CC actuel, le CC modifié par le nouveau droit de la protection de l'adulte et le CC modifié par les dispositions proposées sur l'autorité parentale conjointe

En l'état, les propositions semblent se fonder sur le CC en vigueur. Certaines modifications proposées par l'AP concernent des dispositions du CC qui seront modifiées à l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, probablement en 2011 ou 2012. Il aurait été utile que le Rapport donne des précisions sur l'interaction entre les trois législations. L'éventuel projet de loi devrait le faire, notamment pour le cas où les dispositions sur l'autorité parentale conjointe entreraient en vigueur avant celles relatives à la protection de l'adulte.

IV. Détails rédactionnels

IV.1 Dans le contexte international, le terme 'autorité parentale' tend à être remplacé par celui de '**responsabilité parentale**'. Ce dernier donnant leur sens aux pouvoirs conférés, il serait souhaitable d'adapter la terminologie aussi dans le projet de loi pour donner un signal à tous les parents de leurs obligations envers l'enfant.

IV.2 L'art. **133a al. 1 AP**: En conformité avec l'al. 2 du même article et avec l'art. 298b al. 2 AP, il conviendrait d'utiliser le terme 'attribution de l'autorité parentale', à la place de 'retrait'. En l'état, l'art. 133a al. 1 AP paraît inutilement stigmatisant par rapport à des situations qui sont semblables ou carrément les mêmes que celles envisagées dans les deux autres dispositions évoquées.

Genève, le 22 avril 2009

Prof. M. Baddeley
Directrice du département de droit civil