

Autorité parentale, garde, relations personnelles, comment obtenir l'exécution des jugements, de *lege lata* ?

Anne REISER, *Avocate à Genève*

I. Rappel des principes posés par le droit en matière de protection de la vie de famille et de protection des droits de l'enfant.....	2
A. Définition de la famille	2
1. Par la Convention Européenne des Droits de l'Homme (art. 8).....	2
2. Par le droit suisse	3
B. La protection de la vie de famille	4
1. Par les textes conventionnels	4
2. Par la Constitution fédérale	5
C. La protection de l'enfant.....	6
1. Par les textes conventionnels	6
2. Par la Constitution fédérale	8
D. Mise en œuvre par la loi suisse de la protection de la famille et de la protection de l'enfant :	9
1. A la création de la famille.....	9
2. Lors de conflits judiciaires entre les parents touchant à la famille.....	10
E. Arbitrage jurisprudentiel effectué entre protection de la vie de famille et la protection des droits de l'enfant	13
II. Vers une coupure parentale institutionnalisée	15
A. Les besoins de l'enfant.....	15
B. La coupure parentale	16
III. Comment rendre exécutoires des jugements comportant des obligations de faire ?	23
A. Les instruments légaux	23
1. Les procédures visant à rendre des décisions en matière de séparation parents / enfants	23
2. L'exécutabilité des jugements rendus comportant des obligations de faire	28
a) Les relations personnelles	29
b) l'exercice en commun de l'autorité parentale.....	33
IV. Peut-on faire mieux de <i>lege lata</i> ?.....	34
A. Mettre du contenu et de l'avenir dans les principes : le règlement de coparentalité à adopter par les parents	34
1. Mettre du contenu dans les principes	34
2. Etre clairs sur les buts	35
3. Revenir de l'avenir vers le présent	36
4. L'avenir de l'enfant, une gestion de projet	36
5. Elargir le cercle de soutien	37
6. Passer du projet au budget de ressources	38
7. Répartir les responsabilités et les décisions	38
8. Revenir aux principes légaux.....	39
9. Assurer une communication efficace	40
10. Gérer les pannes	41
11. Convenir de l'adaptabilité de l'accord	41

12. S'engager à la patience	42
B. Obtenir une prise de responsabilité des parents pour leurs enfants : les moyens de parvenir à l'adoption d'un règlement de coparentalité.....	42
C. Encourager l'engagement parental et faire face aux pannes : la ratification du règlement de coparentalité par le juge après essai concret pendant une durée adaptée à la situation, et la surveillance de son respect	47
D. Trancher dans le vif : l'intervention active du juge pour régler les situations de conflits aigus et préserver l'enfant	50
E. Délester l'enfant du conflit.....	52
F. L'intervention active du juge pour régler les conflits ne concernant pas l'enfant	53
V. CONCLUSION.....	56

I. Rappel des principes posés par le droit en matière de protection de la vie de famille et de protection des droits de l'enfant

A. Définition de la famille

1. Par la Convention Européenne des Droits de l'Homme (art. 8)

- La famille existe entre parents (même non mariés) et enfants dès la naissance de l'enfant, et même si les parents ne vivent pas ensemble au moment de la naissance¹ ;
- des liens familiaux de fait peuvent surgir quand des parties vivent ensemble hors mariage² ;
- savoir si une relation entre des adultes non mariés constitue une vie de famille dépend d'un certain nombre de facteurs, parmi lesquels la vie commune, la durée de la relation et la démonstration de l'engagement mutuel par le fait d'avoir des enfants en commun ou par d'autres moyens³ ;

¹ *Berrehab v. Netherlands*, (App. 10730/84), Series A n° 138, (1989) 11 EHRR 322, § 21 et *Keegan v. Ireland*, (App. 16969/90), 26 mai 1994, Series A n° 290, (1994) 18 EHRR 342, § 44, cités par JACOBS, WHITE & OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 5^{ème} éd., New York 2010, p. 335.

² *Johnston and others v. Ireland*, (App. 9697/82), 18 décembre 1986, Series A n° 112; (1987) 9 EHRR 203, § 25, cité par JACOBS, WHITE & OVEY, op. cit., p. 335.

³ *Al-Nashif c. Bulgarie*, (App. 50963/99), 20 juin 2002, (2003) 36 EHRR 655, § 112, *Kroon et autres c. Hollande*, (App. 18535/91), 27 octobre 1994, Series A n° 297-C, (1995) 19 EHRR 263, *X, Y et Z c. Angleterre*, (App. 21830/93), 22 avril 1997, (1997) 24 EHRR 143, ECHR 1997-II, §§ 36-7, cité par JACOBS, WHITE & OVEY, op. cit., p. 337.

- des relations entre frères et sœurs, considérées avec celles qui lient les parents aux enfants, sont également protégées par l'art. 8⁴ ;
- des relations entre grands-parents et enfants peuvent être protégées dans certaines circonstances par l'art. 8⁵ ;
- le mariage crée une présomption d'une vie de famille entre mari et femme, même si le couple ne partage pas le même foyer⁶.

En résumé, et en ce qui concerne les relations parents-enfants, si la naissance de l'enfant crée la famille entre lui et ses parents, le mariage de ses parents ne crée qu'une présomption de celle-ci, et n'est pas nécessaire à la créer⁷, pas plus que la cohabitation des parents.

2. Par le droit suisse

En droit civil suisse, le mariage ne crée que l'union conjugale (art. 159 CC), ainsi qu'en témoigne la systématique du Code civil : son livre deuxième, intitulé « Droit de la famille », commence par une première partie « Des époux », suivie d'une deuxième partie « Des parents », dont le titre huitième, chapitre premier, est intitulé « De la communauté entre les père et mère et les enfants ». Le titre neuvième, lui, intitulé « De la famille » n'aborde que les questions de la dette alimentaire, de l'autorité domestique, et des biens de famille. On peinera à trouver dans le Code civil l'indication que le divorce de parents mariés ou la séparation de parents non mariés ferait disparaître la « famille ». On lit, au contraire, que les droits et obligations « familiales » résultent du lien de filiation, tant sur le plan des relations personnelles que sur celui de la dette alimentaire, voire du ménage commun, s'agissant de l'autorité interne et de la responsabilité à l'égard des tiers.

La jurisprudence fédérale conforte cette lecture, lorsqu'elle rappelle (ATF 119 la 134 = JdT 1996 I 286) que le devoir des père, mère et enfants, de se témoigner l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille selon CC 272, est un devoir indissolublement lié à la filiation, qui n'est pas modifié par le retrait de l'autorité parentale.

⁴ *Moustaquim c. Belgique*, (App. 12313/86), 18 février 1991, Series A n° 193 ; (1991) 13 EHRR 802, § 36, cité par JACOBS, WHITE & OVEY, op. cit., p. 336.

⁵ *Vermeire c. Belgique*, (App. 12849/87), 29 novembre 1991, Series A n° 214-C, (1993) 15 EHRR 488 : exclusion d'une petite fille de la succession d'un grand-parent en raison de sa naissance illégitime, cité par JACOBS, WHITE & OVEY, op. cit. p. 336.

⁶ *Marcks c. Belgique*, (App. 6833/74), 13 juin 1979, Series A n° 31, (1979-80) 2 EHRR 330, cité par JACOBS, WHITE & OVEY, op. cit., p. 335.

⁷ Notons qu'en Suisse, à teneur de l'art. 159 CC, le mariage ne crée que « l'union conjugale », voir A.2. ci-après.

B. La protection de la vie de famille

1. Par les textes conventionnels

Le Pacte ONU II (Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2), pose à son art. 17 : « 1. *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.*

2. *Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.* » ; et à son art. 23 : « 1. *La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat[...].*

4. *Les Etats parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire.* »

L'art. 8 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme (CEDH), consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale dispose ceci : « 1. *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.* »

L'art. 8 CEDH fonde donc des obligations positives à l'égard des Etats parties, qui doivent œuvrer à faire respecter, tant sur le plan interne qu'international, le droit au respect de la vie de famille, les autorités publiques ne pouvant interférer dans l'exercice de ce droit, à teneur de l'al. 2 de cette disposition, que « *pour autant que cette ingérence :*

- *est prévue par la loi ; et*
- *qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire :*
 - *à la sûreté publique,*
 - *au bien-être économique du pays,*
 - *à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales,*
 - *à la protection de la santé ou de la morale*
 - *ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

Les restrictions aux droits garantis par la Convention que peuvent représenter ces ingérences ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues (art. 18) ; en aucun cas le droit d'interférer dans l'exercice des libertés reconnues par la Convention ne peut être interprété comme un droit de l'Etat, d'un groupement ou d'un individu, d'agir de manière à limiter plus amplement, voire détruire les droits et libertés reconnus par la Convention (art. 17).

Au surplus, la jouissance des droits et libertés reconnus par la Convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation (art. 14).

Enfin, s'il y a procès civil, toute personne se voit garantir par l'art. 6 al. 1 le droit à ce que :

- sa cause soit entendue :
 - équitablement,
 - publiquement et
 - dans un délai raisonnable,
- par un tribunal
 - indépendant,
 - impartial et
 - établi par la loi,
- qui décidera des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil,
- qui rendra publiquement son jugement, l'accès de la salle d'audience pouvant cependant être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès :
 - dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, ou
 - lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou
 - dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.

2. Par la Constitution fédérale

Il est préalablement rappelé qu'en vertu de la primauté du droit international public, les traités conclus par la Suisse qui sont directement applicables, tels la Convention Européenne des Droits de l'Homme, sont réputés intégrés dans le système juridique suisse en vertu de l'art. 5 al. 4 Cst., et sont ainsi susceptibles d'offrir une garantie de respect des droits fondamentaux qui n'est pas restreinte par l'impossibilité dans laquelle le Tribunal fédéral est mis par l'art. 190 Cst. de ne pas revoir la constitutionnalité des lois : en effet, notre haute Cour a l'obligation d'appliquer le droit conventionnel et, s'il entre en conflit avec une norme de droit suisse, de ne pas appliquer cette dernière.

L'art. 13 al. 1 Cst. protège ainsi la sphère privée et familiale : « 1 Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les

télécommunications. » L'art. 14 Cst. complète ainsi cette garantie : « *Le droit au mariage et à la famille est garanti* », et l'art. 8 Cst. rappelle l'interdiction de toute discrimination fondée notamment sur l'origine, la race, le sexe, l'âge, la langue, la situation sociale, le mode de vie, les convictions religieuses, philosophiques ou politiques, la déficience corporelle ou mentale ou psychique ; la loi devant pourvoir à l'égalité de droit et de fait en particulier dans le domaine de la famille.

Au demeurant, la Constitution fédérale rappelle à son art. 9 que toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi.

Si l'accès à la justice est nécessaire, la Constitution à l'art. 29 garantit le droit de toute personne :

- à ce que sa cause soit traitée équitablement (art. 29) ;
- à ce que sa cause soit jugée, sauf exceptions légales, par une autorité judiciaire (art. 29) qui soit :
 - établie par la loi (art. 30),
 - compétente (art. 30),
 - indépendante (art. 30),
 - impartiale (art. 30) ;
- à ce que sa cause soit jugée dans un délai raisonnable (art. 29) ;
- d'être entendu (art. 29) ;
- d'obtenir l'assistance judiciaire gratuite si elle ne dispose pas de ressources suffisantes – sauf si sa cause paraît dépourvue de toute chance de succès –, et l'aide d'un défenseur dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert (art. 29).

C. La protection de l'enfant

1. Par les textes conventionnels

Le Pacte ONU II (Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (RS 0.103.2), pose à son art. 24 al. 1 : « *Tout enfant, sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'origine nationale ou sociale, la fortune ou la naissance, a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur.* ».

La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant (ci-après CDE) entrée en vigueur en Suisse le 26.3.1997 pose à son art. 3 l'obligation des Etats parties de considérer de manière primordiale l'intérêt supérieur de l'enfant ; d'assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être compte tenu des droits et devoirs de ses parents ; et de veiller à ce que le fonctionnement des institutions et services

qui assurent la protection des enfants soit conforme aux normes fixées par les autorités compétentes, particulièrement dans le domaine de la santé et de la sécurité et en ce qui concerne le nombre et la compétence de leur personnel, ainsi que l'existence d'un contrôle approprié.

Cette Convention fonde l'obligation des Etats parties à :

- prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits de l'enfant (art. 4) ;
- respecter la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents notamment, de donner à l'enfant, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits garantis à l'enfant par la Convention (art. 5) ;
- préserver l'identité de l'enfant, qui comprend sa nationalité, son nom et ses relations familiales, tels qu'ils sont reconnus par loi (art. 8) ;
- veiller à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre leur gré, sous réserve de décision judiciaire prise dans l'intérêt supérieur de l'enfant, en particulier lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant, ou lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant ; toutes les parties intéressées devant avoir la possibilité de participer aux délibérations ; étant rappelé que les Etats parties doivent respecter le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 9) ;
- prendre des mesures pour lutter contre les déplacements et les non-retours illicites d'enfants à l'étranger (art. 11) ;
- assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement : la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux ; ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 18) ;
- accorder l'aide appropriée aux parents et aux représentants légaux de l'enfant dans l'exercice de la responsabilité qui leur incombe d'élever l'enfant et assurent la mise en place d'institutions, d'établissements et de services chargés de veiller au bien-être des enfants (art. 18) ;
- faire en sorte que l'éducation de l'enfant vise à :
 - a) favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques, dans toute la mesure de leurs potentialités ;

- b) inculquer à l'enfant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et des principes consacrés dans la Charte des Nations Unies ;
- c) inculquer à l'enfant le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne ;
- d) préparer l'enfant à assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone ;
- e) inculquer à l'enfant le respect du milieu naturel (art. 29).

Elle fonde également le droit de tout enfant :

- de connaître ses parents et d'être élevé par eux, dans la mesure possible (art. 7) ;
- d'exprimer librement son opinion, s'il est capable de discernement, sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité (art. 12 al. 2) ;
- d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale (art. 12 al. 2).

2. Par la Constitution fédérale

Référence étant faite à l'obligation du Tribunal fédéral d'appliquer le droit conventionnel (art. 5 al. 4 Cst.) même lorsqu'il entre en conflit avec le droit suisse (art. 190 Cst.) qu'il ne peut revoir, il convient de relever que les art. 7 et 12 CDE apparaissent d'applicabilité directe.

L'art. 11 Cst. est ainsi libellé :

« *Protection des enfants et des jeunes*

¹ *Les enfants et les jeunes ont droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement.*

² *Ils exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement. ».*

L'enfant peut ainsi faire valoir seul son droit à la famille dans la mesure où il est capable de discernement, conformément à l'art. 11 al. 2 Cst.⁸.

⁸ PAPAUX VAN DELDEN, Le droit au mariage et à la famille, contours et implications en droit civil, Fampra.ch 12 (2011) 321 ss.

D. Mise en œuvre par la loi suisse de la protection de la famille et de la protection de l'enfant :

1. A la création de la famille

Le droit suisse consacre une différence de traitement des membres de la famille, fondée sur le lien qui unit les parents. Si ces derniers sont mariés, le mari est réputé être le père, et est automatiquement doté de l'autorité parentale, qui inclut la garde. S'ils ne sont pas mariés, le père doit reconnaître l'enfant pour créer le lien de filiation, et ainsi la famille. Cependant, par cette reconnaissance, il ne se voit conférer que le droit et le devoir de contribuer à l'entretien de l'enfant (art. 276 CC), et le droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant « indiquées par les circonstances » (art. 273 al. 1 CC), qui peuvent être, au besoin, fixées judiciairement (art. 273 al. 3 CC). Si les parents divorcent, ce n'est que si la mère y consent (et si la convention passée au sujet de la prise en charge de l'enfant respecte son intérêt, bien sûr, et est ratifiée par le juge) qu'une autorité parentale conjointe pourra subsister.

Aucun droit d'accès à la justice n'est ainsi offert au père par le Code civil pour faire fixer son droit à participer à la prise de responsabilité pour son enfant (absence de droit de faire fixer judiciairement le partage de l'autorité parentale, que ce soit sans ou après un mariage).

Du point de vue du père, l'obligation discriminante qui lui est ainsi faite par le droit matériel de se marier et de le demeurer pour avoir accès à la protection de sa vie de famille a déjà été jugée contraire à la CEDH (art. 8 et 14) par la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans son arrêt *Zaunegger c. Allemagne* du 3 décembre 2009⁹. On constate étonnamment que le projet de modification du Code civil touchant à l'autorité parentale qui sera bientôt mis au vote des Chambres fédérales maintient cette discrimination pour les pères qui ne se sont jamais mariés avec la mère de l'enfant.

Du point de vue de l'enfant que tout cela ne concerne pas et qui n'a pas choisi le type de lien unissant ses parents, force est de constater que la loi le relègue, si ses parents ne sont pas mariés, au rang de budget qu'on visite de temps en temps sans même pouvoir s'assurer qu'il est tenu¹⁰, ce qui

⁹ Dans ce sens, PAPAUX VAN DELDEN, Le droit au mariage et à la famille, analyse critique des restrictions, à paraître dans *Fampra.ch* 12 (2011) 30 s. : « les art. 13 Cst. et 8 CEDH sont au demeurant également applicables, le droit au respect de la vie familiale, cumulé au principe de non discrimination (art. 8 al. 2 Cst. et 14 CEDH) ne s'accordant pas avec les conditions restrictives dans l'exercice en commun de l'autorité parentale et du droit de garde des parents divorcés ou non mariés. ».

¹⁰ Alors que ce budget pourrait se changer en projet, si l'on voulait bien systématiquement le détailler en y mettant le contenu espéré (type de logement et d'encadrement de

apparaît contraire à son droit, consacré par l'art. 7 CDE, de connaître ses parents et d'être élevé par eux.

2. Lors de conflits judiciaires entre les parents touchant à la famille

L'examen du Code de procédure fédérale en vigueur depuis le 1.1.2011 nous enseigne que la famille est traitée différemment selon que les parents de l'enfant en litige sont mariés ou non.

Si les parents ne sont pas mariés, les requêtes susceptibles d'être déposées devant les tribunaux ordinaires (constatation et contestation de la filiation, action en paternité, entretien¹¹) sont soumises à l'essai préalable de conciliation (art. 198 et 295 CPC), puisque la procédure est simplifiée (art. 295 CPC). La maxime inquisitoire et d'office est applicable (art. 296 CPC), ce qui fait qu'on se demande ce que doit faire un juge conciliateur recevant une convention réglant le sort de l'enfant qui ne serait pas compatible avec l'intérêt supérieur de celui-ci, puisqu'en cette matière il ne peut pas faire de proposition de jugement (art. 210 CPC), et que, s'il délivre une autorisation de procéder (art. 209 CPC) alors même qu'il y a accord parental, il est douteux que les parties l'ayant requis d'un commun accord ne procèdent plus avant. On voit mal alors quelle protection est accordée à l'enfant.

On perçoit cela d'autant plus mal que, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection des mineurs et des adultes, ce sont les tribunaux tutélaires qui, selon leurs règles de procédure cantonale (mais souvent, depuis le 1.1.2011, selon le CPC applicable à titre supplétif, comme à Genève, en vertu de l'art. 94 LACCS), continueront à régler la question des relations personnelles de l'enfant avec le parent qui n'a sur lui ni autorité parentale ni garde. Cela ne changera pas avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection des mineurs et des adultes, le 1.1.2013 : ce sera également l'autorité de protection des mineurs et des adultes qui se chargera de la question, soit un autre juge que celui qui examinera le contentieux financier touchant à l'enfant. Ainsi, le sort d'un enfant de parents non mariés en conflit est confié à deux juridictions différentes qui pourront parfaitement être saisies en même temps, et pourront rendre leurs jugements de façon imperméable. Dans un tel contexte, le risque est grand d'obtenir des jugements qui ne tiennent pas compte de la réalité globale de l'enfant, et ainsi de son intérêt supérieur. Le risque est également grand que les jugements rendus violent le droit d'être entendu des parents et des enfants, s'agissant du respect de leurs droits fondamentaux, dès lors qu'un pan essentiel de la réalité de l'enfant n'est pas pris en compte par l'une ou l'autre des juridictions saisies.

l'enfant, d'écolage, d'activités etc., que le budget de l'entretien consenti à l'enfant est censé couvrir, référence étant faite à l'art. 285 CC).

¹¹ HOHL, Procédure Civile, Tome II, Berne 2010, n. 1286.

Considérant, en outre, que le Code de procédure civile ne permet pas plus que le Code civil au parent non marié avec la mère de l'enfant de saisir la justice aux fins de se faire attribuer l'autorité parentale conjointe sur son enfant, force est de constater que la protection attribuée à la famille et à l'enfant par le CPC est insatisfaisante au regard des art. 8 et 14 CEDH et 7 CDE. Cela dit, eu égard à l'application directe de la CEDH (art. 5 al. 4 Cst.), il serait parfaitement envisageable, à notre sens, qu'un parent non marié agisse par devant les autorités tutélaires compétentes (et dès le 1.1.2013 devant l'autorité de protection des mineurs et des adultes) en leur demandant de tout mettre en œuvre pour que lui soit attribuée l'autorité parentale conjointe sur son enfant, par application de l'art. 298a CC, des art. 8 Cst., 8 et 14 CEDH et de la jurisprudence européenne¹².

Si les parents de l'enfant sont mariés, en revanche, ils ont, à l'instar de l'enfant, le droit d'avoir accès à un tribunal unique pour trancher de tout ce qui concerne la famille. Mieux, l'enfant se voit conférer par le CPC le droit d'être entendu (art. 298 CPC), d'être représenté à la procédure (art. 299 CPC) et de se voir communiquer la décision qui le concerne dès l'âge de 14 ans (art. 301 let. b CPC). En revanche, il n'a pas l'espoir de voir – contrairement à l'enfant de parents non mariés – son sort réglé rapidement et définitivement sur le plan financier par une procédure susceptible d'être liquidée sur tous les plans après une tentative de conciliation d'un an au maximum (art. 203 CPC), puis après l'achèvement – en cas de non conciliation – d'une procédure conduite très rapidement, puisqu'en la forme simplifiée. On ne peut que le regretter, lorsque l'on sait l'âpreté avec laquelle les questions financières sont débattues judiciairement et le temps qu'il faudra compter pour obtenir une décision judiciaire définitive, qui mettra un terme au conflit des parents de l'enfant qui n'attend que cela.

Cette étonnante discrimination effectuée par la procédure civile fédérale entre enfants de parents mariés et enfants de parents non mariés, donne la sensation que ce n'est que lorsqu'il est issu de parents mariés que l'enfant est hélas promu au noble rang « d'effet accessoire » d'une procédure de séparation parentale destinée à durer (on l'évoque, surtout s'agissant de la répartition des tâches entre époux, pour indiquer combien il a été « lebensprägend » et combien sa venue justifie une perte d'autonomie financière de l'un des parents méritant l'octroi d'une indemnité équitable ; puis on l'entend parfois, et on le représente en cas de grand conflit, et on lui permet ainsi de faire durer, lui aussi, à son corps défendant, la procédure de divorce de ses parents par le truchement de son curateur¹³), procédure qui

¹² Arrêt *Zaunegger c. Allemagne*, du 3 décembre 2009, et article du Prof. MEIER, in : RMA 2010 246 ss, « L'autorité parentale conjointe – l'arrêt *Zaunegger c. Allemagne* – quels effets sur le droit suisse ? ».

¹³ Notons à cet égard, que, bien que l'art. 300 CPC n'indique pas que le représentant de l'enfant peut déposer des conclusions et interjeter recours lorsqu'il s'agit de questions

succède généralement immédiatement à une autre procédure initiée deux ans plus tôt (vu le délai de l'art. 114 CC), celle des mesures protectrices de l'union conjugale qui, bien que soumise à une procédure sommaire (art. 271 let. a CPC), dépendra, pour le rythme, des délais de reddition des rapports d'évaluation sociale émis par des services surchargés, voire d'expertises pédopsychiatriques autour de la garde de l'enfant qui prennent du temps, le tout au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant, qui oblige le juge à instruire d'office la question du sort de celui-ci¹⁴.

Lorsque l'on sait que la Cour de Justice de Genève a rendu récemment un arrêt¹⁵ qui a été interprété comme indiquant qu'il n'y avait pas de place, dans les mesures provisionnelles que sont, à son sens, les mesures protectrices de l'union conjugale, pour d'autres mesures super-provisionnelles, l'on est assuré que le sort de l'enfant qui a le privilège d'avoir des parents mariés entre eux ne sera scellé qu'après un conflit qui est destiné à durer un temps infini.

C'est dire si l'intérêt de l'enfant risque d'être perdu de vue par l'agglutinement du sort de l'enfant au grandiloquent rituel judiciaire accordé au démariage.

Le traitement accordé en procédure, en revanche, aux créances alimentaires d'enfants de parents non mariés apparaît plus léger pour eux, dans la mesure où le CPC impose la célérité. En revanche, applicable à titre supplétif, pour l'instant, dans de nombreux cantons en attendant l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection des mineurs et des adultes, il n'impose pas plus de célérité dans les procédures touchant aux relations personnelles, qui ont tendance à virer de la requête tendant à leur fixation selon l'art. 273 al. 2 CC à une requête de restriction selon l'art. 274 al. 2 CC, puis à une demande d'ordonnance de mesures de protection selon les art. 307 et 308 CC, à la défaveur de l'exacerbation du conflit parental.

Il n'en demeure pas moins que le droit fédéral n'impose aucune différence liée au statut des membres de la famille quant aux devoirs qu'ils se doivent mutuellement (art. 272 ss CC) – différence qui serait d'ailleurs contraire à la CEDH.

financières, la maxime d'office illimitée étant applicable également à la question de la contribution à l'enfant, il devrait également pouvoir conclure et recourir sur ces questions, l'enfant étant titulaire de la créance d'entretien et devant pouvoir s'exprimer sur le sujet par application de l'art. 12 CDE (cf. HOHL, op. cit., n. 1911). La question se pose d'ailleurs de savoir si l'enfant ne pourrait pas intervenir au procès de ses parents par application de l'art. 73 CPC, après avoir demandé et obtenu la nomination d'un représentant, afin d'être assuré que son intérêt supérieur soit réellement pris en compte dans le litige parental, conformément à l'art. 12 CDE.

¹⁴ La maxime d'office illimitée est applicable au sort des enfants, HOHL, op. cit., n. 1914 ss.

¹⁵ ACJC 438/2011 du 23 mars 2011, cons. 1, p. 3/4.

Dans ce sens, le texte même du CPC apparaît contraire aux art. 8 et 14 CEDH et 7 et 12 CDE.

E. Arbitrage jurisprudentiel effectué entre protection de la vie de famille et la protection des droits de l'enfant

A lire la jurisprudence de la CourEDH, le fait pour un parent et son enfant, d'être ensemble, représente un élément fondamental de la vie familiale même lorsque la relation entre les parents est rompue¹⁶. Ce n'est ainsi que dans des circonstances exceptionnelles que le lien familial entre parents et enfants sera cassé et que la vie de famille cessera¹⁷.

De manière générale, la Cour Européenne des Droits de l'Homme examine les mesures internes qui empêchent ou limitent la faculté d'un parent et de son enfant à être ensemble, élément fondamental de la vie familiale, sous l'angle de l'art. 8 CEDH¹⁸. C'est ainsi qu'elle a importé dans son interprétation de l'art. 8 CEDH l'exigence de rapidité et de diligence dont les Etats doivent faire preuve dans l'application des procédures prévues par la Convention de la Haye sur les aspects civils liés aux enlèvements d'enfants¹⁹.

Dans un cas d'enlèvement d'enfants dont se plaint un parent « dépossédé », la CourEDH utilise le contenu de la CLaH sur les aspects civils liés aux enlèvements d'enfants comme mètre étalon ; un manquement d'effectuer les démarches exigées par la Convention suggèrera fortement une violation de l'art. 8 CEDH²⁰.

¹⁶ *B. v. United Kingdom*, (App. 25702/94), 12 juillet 2001 (2003), 36 EHRR 255, ECHR 2001-VII, § 150, cité par JACOBS, WHITE & OVEY, op.cit., p. 335; et notamment *Johnston et autres c. Irlande*, (App. 9697/82), 18 décembre 1986, Series A, n° 112, par. 72, ELSHOLZ, par. 43, KEEGAN par. 50.

¹⁷ *Gül c. Suisse*, (App. 23218/94), 19 février 1996, (1996) 22 EHRR 93, ECHR 1996-I, § 32, cité par JACOBS, WHITE & OVEY, op. cit., p. 335 : Regroupement familial nié car les liens pouvaient subsister malgré son absence ; l'art. 8 CEDH ne forçant pas les Etats à respecter les choix de domicile faits par un couple marié étranger et à autoriser le regroupement familial sur leur territoire.

¹⁸ ACEDH *P., C. et S c. Royaume-Uni* du 16 juillet 2002, Rec. 2002-VI, par. 113 et 142 ; ACEDH *Fourchon c. France* du 28 juin 2005, par. 25 ; ACEDH *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996, Rec. 1996-III, par. 52.

¹⁹ ACEDH *Ignaccolo-Zenide c. Roumanie*, (App.31679/96), ECHR 200-I ; ACEDH *Sylvester c. Autriche*, (App.36812/97 et 40104/98), du 24 avril 2003 ; *Neulinger et Shuruk c. Suisse* (GC) (App.41615/07).

²⁰ ACEDH *Maire c. Portugal*, (App. 48206/99), ECHR 2003-VII, ACEDH *Monory c. Roumanie et Hongrie*, (App.71099/01), du 5 avril 2005.

Il est arrivé, dans des cas d'enlèvement d'enfant ou de garde d'enfants, que la CourEDH entende l'autre parent²¹.

Et si les opinions du ou des enfants, si elles sont connues, seront prises en compte, il n'y a pas encore de pratique établie à Strasbourg pour organiser une représentation séparée des enfants dans les cas qui les concernent, ceci est un sujet de réflexion pour l'avenir, tout au moins pour les cas les plus délicats²².

En Suisse, le Tribunal fédéral convient également de ce que « L'attribution des enfants à l'un des parents en cas de divorce ou de séparation constitue une atteinte grave au droit au respect de la vie familiale de l'autre parent. » [...]Référence étant faite à l'art. 8 al. 2 CEDH « Pour qu'une telle ingérence soit licite », il poursuit ainsi : [...] « le critère essentiel qui doit guider les autorités est le bien, autant physique que psychique, de l'enfant ». ²³

Les droits fondamentaux étant dotés d'un effet horizontal indirect de par l'art. 35 al. 1 et 3 Cst., l'Etat a l'obligation positive de protéger les particuliers contre les atteintes à leur droit au mariage et à la famille venant de pair.²⁴ C'est ainsi qu'il doit résoudre ce type de conflit par le biais d'une législation interne en tenant compte des droits fondamentaux en cause, en particulier lorsqu'ils sont antagonistes²⁵. Cette pesée d'intérêts doit intervenir conformément à l'art. 36 Cst., et l'éventuelle restriction qui serait portée à un droit fondamental à l'issue de cette pesée d'intérêt devra reposer, ainsi, sur une base légale, être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui, et satisfaire à l'exigence de proportionnalité, le noyau intangible de ce droit devant être respecté.

²¹ ACEDH *Eskinazi et Chelouche c. Turquie* (dec), (App. 36812/97 et 40104/98), 24 avril 2003 ; 14600/05, ECHR 2005-XIII ; *Sylvester c. Autriche*, (App. 36812/97 et 40104/98), 24 avril 2003.

²² *Pini et autres c. Roumanie*, n° 78028/01 et 78030/01, ECHR 2004-V ; à ce sujet, lire le discours du 14 mai 2011 donné par le Président Costa à l'occasion d'un colloque franco-anglo-irlandais sur le droit de la famille, qui s'intitule « The best interests of the child on the recent case-law of the European Court of Human Rights », discours publié sur le site de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, suite à l'arrêt *Neulinger et Shuruk c. Suisse*.

²³ ATF 5P_103/2004, en la cause *B. c. B.*, du 7 juillet 2004, SJ 2005 I 30, cons. 2.3, qui continue ainsi : « En droit suisse, cette ingérence des autorités publiques dans la vie familiale est prévue, s'agissant des mesures protectrices de l'union conjugale, par l'art. 176 al. 3 CC ; dans ce domaine, la réglementation du Code civil suisse est conforme à l'art. 8 CEDH. Pour qu'une telle ingérence soit licite, encore faut-il que cette réglementation ait été correctement appliquée ; le critère essentiel qui doit guider les autorités est le bien, autant physique que psychique, de l'enfant ».

²⁴ PAPAUX VAN DELDEN, op. cit., p. 345.

²⁵ PAPAUX VAN DELDEN, op. cit., p. 346.

L'examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral nous enseigne pourtant que, lorsque les parents d'un enfant sont en conflit, les mesures prises pour l'en protéger conduisent progressivement à la disparition des relations personnelles entre l'enfant et le parent non gardien²⁶, sans que ne soient systématiquement mises en œuvre des mesures destinées à permettre la renaissance progressive de ce lien, dans l'intérêt bien compris de l'enfant, contrairement à ce qu'exige l'ACEDH *Nistor c. Roumanie* du 2 novembre 2010, ce qui, du point de vue du parent privé de liens avec son enfant, peut apparaître contraire à l'art. 8 CEDH, et, du point de vue de l'enfant coupé de son parent non gardien, peut sembler contraire aux art. 5, 7, 8 et 18 CDE.

Certes, le Tribunal fédéral a rendu deux arrêts remarquables, fondés sur l'art. 307 al. 3 CC, par lesquels il a ordonné, sous les peines de droit de l'art. 292 CP, soit aux parents d'un enfant de suivre une médiation familiale (5A_457/2009 du 1^{er} février 2010), soit (5A_140/2010 du 11 juin 2010) à la mère d'un enfant ayant œuvré à la rupture des liens avec l'autre parent, de suivre une thérapie auprès d'un thérapeute spécialisé dans le Parental Alienation Syndrom (PAS) en relevant que, dès lors que la disposition de l'art. 307 al. 3 CC habilite l'autorité tutélaire notamment à donner une instruction portant sur le suivi d'une thérapie, elle constitue également une base juridique suffisante pour ordonner une médiation.

Cette pratique ne semble cependant que peu suivie par les instances judiciaires chargées de situations hautement conflictuelles touchant à des enfants.

En outre, le même examen des pratiques judiciaires reflétées par la jurisprudence du Tribunal fédéral nous indique que l'audition des enfants dans les procédures qui les concernent n'est de loin pas systématique, ce qui peut apparaître contraire à l'art. 12 CDE.

II. Vers une coupure parentale institutionnalisée

A. Les besoins de l'enfant

Dans l'organisation sociale dont notre pays s'est doté, l'enfant est principalement élevé par ses parents, sous la responsabilité desquels il est placé et à qui il est confié (Titre huitième CC, Des effets de la filiation, Chapitre premier : De la communauté entre les père et mère et les enfants). Dès lors, ce sont prioritairement les parents de l'enfant qui ont l'obligation d'assurer le bien-être de l'enfant. C'est autant l'usage que la norme légale.

²⁶ Cf. exposé de jurisprudence du Président DELABAYS, au début de cette contribution.

De l'avis des thérapeutes de famille actifs dans notre société, « d'une part l'enfant a besoin de ses parents afin d'être encadré par eux tout au long de son développement. Cet encadrement conduira à une hiérarchie de compétences, adulte-enfant, indispensable pour que le jeune puisse se sentir sécurisé, à sa place d'enfant. » [...] « D'autre part les parents et les autres adultes qui sont autour du jeune, doivent savoir que l'enfant a besoin de cette période protégée qu'est l'enfance pour pouvoir se construire à l'abri des adultes. » [...] « Depuis la naissance les parents devraient apprendre à entrer en complémentarité avec les autres adultes sensés encadrer l'enfant. Chaque adulte à sa place, avec ses compétences : parents avec leurs compétences de parents, éducatrices de la petite enfance avec leurs propres compétences, enseignants avec leurs compétences d'enseignants, conseillères en planning avec leurs compétences de conseillères en planning. C'est dans cet "encadrement social *complémentaire* de l'enfant" que réside la coresponsabilité adulte dans la formation et la protection du mineur. C'est le vrai partenariat social autour du jeune. L'idée de l' « encadrement social *complémentaire* de l'enfant » signifie créer un réseau de soutien, prévention et protection autour du jeune. Il ne s'agit pas de le posséder ou de le coloniser, » (nous soulignons) « il s'agit de lui fournir un tissu social cohérent pour qu'il puisse mieux se développer. »²⁷

En Suisse, dès lors, un enfant s'attend à être élevé par ses parents, cas échéant avec le soutien des institutions mises en place dans le cadre de la protection de la famille.

B. La coupure parentale

Plongé dans le contexte d'une séparation très conflictuelle de ses parents, pourtant, l'enfant se voit peu à peu coupé du parent à la garde duquel il n'aura pas été confié par la décision d'un juge qui ne l'aura généralement pas entendu personnellement²⁸.

Les autorités œuvrant autour de l'intérêt de l'enfant interprètent, en effet, l'intérêt supérieur de l'enfant comme signifiant celui de ne pas se retrouver constamment au cœur du conflit opposant ses parents, ce qui signifierait

²⁷ Exercice des droits strictement personnels du mineur capable de discernement, entre liberté et protection : l'exemple de l'accès au planning familial, FRENCK, Fampra.ch 3 (2002) 509 s.

²⁸ BÜCHLER / SIMONI, Les enfants et le divorce – Influence de la pratique du droit sur les transitions familiales, PNR (2007) n° 52 : deux à trois ans après le divorce, 31% des enfants voient moins souvent leur père, 7% n'ont plus de contacts avec leur père et 21% présentent des signes marqués de troubles psychiques, http://www.nfp52.ch/f_dieprojekte.cfm?0=0&kati=0&Projects.Command=details&get=33. Lire également le Rapport d'approfondissement Genre et Santé de l'Office fédéral de la santé publique (2008) : les problèmes familiaux sont un des déterminants de suicide parmi la tranche d'âges 15-25 ans (n. 5, p. 66 ss).

également celui de ne pas se voir mêlé à la procédure et, ainsi, de ne pas être convié à une audition par le juge. L'idée serait qu'il conviendrait que l'enfant retrouve la stabilité qui était la sienne – certainement – avant la séparation de ses parents.

Or, l'examen de la réalité des familles enseigne que très rares sont celles dans lesquelles coule un amour paisible et sécurisant au quotidien !

De par l'organisation sociale qui est devenue la nôtre (individualisme forcené, culte de la rentabilité personnelle et de la jeunesse éternelle, taux d'emploi faible dès la fin des études et en chute la cinquantaine venue, temps alloué au travail rémunéré débordant sur le temps libre, temps alloué aux transports allant croissant, manque de temps pour les loisirs, les liens familiaux, amicaux et associatifs, liens communautaires en disparition, lieux de culte en désaffectation, éléments conjugués à l'omniprésence de moult vecteurs permettant l'occupation et le divertissement de la pensée), si la famille nucléaire est effectivement le dernier refuge, il faut entendre par-là le dernier lieu où s'expriment toutes les difficultés liées à la vie en société, donc le dernier lieu dans lequel se dit ce qui ne va pas et où l'on prend la liberté, ainsi, d'en punir ceux qu'on a sous la main, ou, lorsque l'on est trop fatigué ou résigné pour le faire, le dernier lieu où cela se voit, faute de s'entendre, la télévision et autres multimédias s'occupant du son, voire même des relations, les relations virtuelles ayant tendance à recevoir plus d'attention actuellement que les relations liées à la présence concomitante en un même lieu.

Force est de constater ainsi que la famille est le microcosme dans lequel vont se réfugier tous les conflits sociaux et personnels.

C'est le motif pour lequel une rupture d'avec ce qui a été peut – à la manière d'un « coup de sac » au loto – extraordinairement renouveler l'air ambiant et permettre aux membres de la famille de renouer avec une vitalité perdue²⁹.

C'est également la raison pour laquelle il est nécessaire que, dans ce processus, la partie faible au conflit soit protégée, c'est-à-dire qu'il faut lui garantir l'accès au respect de ses droits, de manière équitable et sans arbitraire, ainsi que le prônent les textes conventionnels (art. 6 CEDH, 12 CDE notamment).

Il convient de relever qu'au plus fort du conflit opposant ses parents, l'enfant se sent extraordinairement seul : il perd son foyer passé ; ses deux parents souffrent et peuvent n'être pas du tout en soutien de sa propre souffrance, ou

²⁹ Lire à ce sujet BARBARAS, La rupture pour vivre, Comment des ruptures amoureuses, familiales, professionnelles peuvent être libératrices et devenir forces de renouvellement et de créativité, Paris 1997.

n'être absolument pas attentifs à son sort – tous occupés qu'ils sont de leurs propres difficultés – ; ils l'évoquent en parlant *de* lui, de ce qui serait bien pour lui, mais rarement en parlant *avec* lui, comme personne impliquée dans la situation. Ou alors s'ils le font, ils n'ont forcément qu'un langage qui reflète leur situation propre, en projetant sur lui leur vision propre de ce qu'ils vivent, mais en n'utilisant que rarement des termes qui évoquent le lien que l'enfant a réellement avec ses deux parents (l'amour qu'il leur porte, la crainte qu'il a de les perdre, l'insécurité dans laquelle le plonge le conflit de ses parents, la peur de l'avenir et le besoin d'être rassuré à propos de son droit de rester un enfant dans tout cela, car les adultes le sont suffisamment pour prendre la responsabilité tant du conflit que de la solution la meilleure à lui apporter).

Et, si le conflit entre les parents d'un enfant est si aigu qu'il a conduit à l'espacement, voire à la coupure de toute relation avec le parent qui n'a pas sa garde, l'enfant ne pourra pas concevoir, lui, que le conflit a cessé, une fois la fin de la procédure judiciaire atteinte, puisqu'il aura perdu des liens vivants avec la moitié de sa famille (c'est-à-dire le lien avec le parent qui n'a pas sa garde et la famille de celui-ci) dans le processus, et qu'il pourra avoir la sensation de ne pas être digne d'intérêt ou d'avoir été abandonné par le parent qui n'aura pas gagné sa garde, ou qui ne se sera même pas battu pour conserver un lien fréquent avec lui, ou qui ne le verra plus que de loin en loin, voire plus du tout. A cela s'ajoute le fait que personne d'autre que ses parents ne l'informe de ce qui se passe ; personne ne lui dit de manière objective comment la situation conflictuelle a été réglée ; personne ne le rassure et personne ne lui confirme que c'est fini.

L'enfant laissé à lui-même dans le conflit qui oppose ses parents n'est ainsi à l'écart de rien. Et lorsqu'on ne le mêle à rien qui participe à la solution à apporter au conflit, et tant que rien ne lui est dit à propos de ses parents et de leur conflit, il se fera ses propres représentations.

C'est ainsi par exemple qu'il sera libre de faire porter la responsabilité du conflit à l'un de ses deux parents, sur la base de ce qu'il voit et entend. C'est aussi ainsi qu'il aura naturellement tendance à s'allier avec celui de ses parents qui semble plus souffrir que l'autre, ou celui dont il sent que dépend sa sécurité matérielle et/ou affective future, ou encore celui qui « compense » la situation difficile qui est la sienne par beaucoup de nouveaux avantages (cadeaux, permissions, etc.).

On constate dès lors que la situation dans laquelle l'enfant est plongé sans apport extérieur qui le cadrerait, le met dans la situation d'être manipulé, utilisé comme justification pour servir les objectifs de ses parents, voire même, dans le pire des cas, dressé par l'un de ses parents contre l'autre.

D'« enfant roi » supposé dès la naissance (objet de toutes les attentions, confirmation de la puissance paternelle et de la fertilité maternelle, justification du couple et de la distribution des rôles en son sein, continuation de la lignée familiale et du nom de celle-ci, incarnation de tous les projets et de toutes les projections idéalisées de ses parents, source de reconnaissance et d'ascension sociale pour le couple qui épouse le modèle traditionnel prôné) ; ou alors d'« enfant alibi » de toutes les résignations et tous les fardeaux de ses parents (alibi de ce qui perdure et persiste à ne douloureusement pas changer), il devient du jour au lendemain :

- « enfant trophée » (qui aura sa garde sera réputé être un bon parent) ;
- « enfant pansement » (en charge de réparer le vide affectif de l'un de ses parents, voire des deux) ;
- « enfant paillasson » (on essuie sur lui les saletés qu'on attribue à son conjoint) ;
- « enfant confident » (il apprend plus sur la vie intime de ses parents qu'il n'en aurait su s'ils ne s'étaient pas séparés) ;
- « enfant trésorerie » (qui aura sa garde aura droit à des aliments pour l'entretenir pendant 18 à 25 ans, donc subira moins de pression financière à moyen terme en lien avec la séparation, si le parent non gardien a la possibilité de pourvoir suffisamment) ;
- « enfant fardeau » (s'il n'était pas là, il est évident que son parent gardien pourrait travailler plus et mieux gagner sa vie, et son parent non gardien ne devrait pas payer autant de pension alimentaire)³⁰ ; voire
- « enfant missile » (il est régulièrement mis dans des situations qui vont faire souffrir l'autre parent), ou même
- « enfant soldat » (sur la base de son interprétation des situations auxquelles il a assisté et/ ou des paroles qu'il a entendues, il prendra fait et cause pour l'un de ses parents contre l'autre).

Bref, du jour au lendemain, il aura perdu le droit de rester un enfant et de ne pas se mêler d'histoires qui le dépassent et qu'il est objectivement – mais il ne le sait pas – impuissant à résoudre.

³⁰ Voir à ce sujet, le rapport de la CROP, Coordination romande des organisations paternelles, publiée sur le site www.crop.ch, à propos du projet de révision du Code civil (autorité parentale – effets de la filiation) et du Code pénal (art. 220) du Conseil fédéral, ainsi que la prise de position de cette fédération, intitulée « pauvreté et divorce ». Cf également la prise de position de la FSFM, Fédération suisse des familles monoparentales, intitulée « Autorité parentale, proposition de la FSFM pour une révision du Code civil (CC) équitable pour les enfants, publiée sur le site www.einelternfamilie.ch ; voir également le document intitulé « Einelternfamilien und Armut », publié par cette fédération.

Le mal qui est fait à l'enfant contraint d'endosser des rôles qui lui sont assignés par ses parents dans sa relation avec l'un ou l'autre d'entre eux fait l'objet de beaucoup de littérature dans le domaine de la psychiatrie. Le trouble constaté de la relation parent-enfant (trouble déjà répertorié au rang des maladies psychiques) peut, dans les cas très graves, être qualifié de « syndrome d'aliénation parentale ». La description de ce syndrome est en train d'évoluer, afin d'en évacuer toute référence au parent qui serait à l'origine de l'aliénation de l'enfant – qui rendait sa détection plus difficile – pour ne plus aborder que le cas de l'enfant qui s'allie avec l'un de ses parents – ce qui semble faciliter le diagnostic et améliorer la prise en charge de l'enfant³¹.

Ce qui est certain, en tous les cas, c'est qu'en laissant l'enfant assumer l'un ou l'autre de ces rôles dans le conflit qui oppose ses parents, et en s'en remettant à l'espoir – même s'il n'est pas corroboré par la réalité concrète des rapports rendus par les services sociaux à ce sujet, ni par les écritures incendiaires des avocats des parents – que ces parents seront suffisamment responsables pour trouver à terme des solutions qui conviendront à l'enfant et qui lui permettront d'évoluer et de s'épanouir, les juridictions suisses soit tombent dans l'angélisme, soit se laissent submerger par une résignation qui peut confiner à la démission, devant l'impuissance qu'elles se sentent à réguler des conflits de ce type.

Elles peuvent en outre contribuer, par ce « laisser-faire », à l'émergence d'une nouvelle jeunesse, irrespectueuse de la génération qui l'a précédée, méprisant ses ascendants autant que ses parents l'ont méprisée dans leurs incessants conflits, sans adhésion à l'ordre social dont elle a vécu les

³¹ Lire à ce sujet : BERNET, Parental Alienation DSM-5, and ICD-11, Springfield, Illinois, USA, 2010, qui cite notamment, p. 79, le travail en Suisse du Dr. GONCALVES et GRIMAUD DE VINCENZI : « D'ennemis à Coéquipiers, le Difficile Apprentissage de la Coparentalité après un Divorce Conflictuel », *Thérapie familiale*, 24(3) : 239-53 (2003), lesquels insistent sur les pièges potentiels et le besoin de coordonner les interventions thérapeutiques avec les tribunaux chargés des décisions en matière de garde ; et GARDNER, M.D., SAUBER, Ph.D., LORANDOS, Ph.D., *The International Handbook of Parental Alienation Syndrome, Conceptual, Clinical and Legal Considerations*, J.D., Springfield, Illinois, USA, 2006, qui relèvent les problèmes spécifiques des enfants souffrant des effets du PAS en p. 294 s. : colère, perte ou manque de contrôle dans le comportement, perte de confiance en soi et d'estime de soi ; « coller » et anxiété liée à la séparation, développement de peurs et de phobies, dépression et idées de suicide, troubles du sommeil, troubles de l'alimentation, problèmes scolaires, énurésie et encoprésie, abus de drogues et comportement auto destructeur, comportement de type obsessionnel compulsif, anxiété et attaques de panique ; identité sexuelle endommagée, mauvaises relations avec les pairs, sentiments excessifs de culpabilité. Lire également sur le PAS, la note diffusée par la « Pas-Gemeinschaft » en mai 2010 à l'intention des métiers impliqués dans le divorce, qui comprend une foule de références et indique l'état de la situation s'agissant de classer le PAS au DSM-V, publiée sur le site www.pas-konferenz.de, intitulée « Informations sur l'Aliénation Parentale et sur le Parental Alienation syndrome (PAS) / Snyndrome d'Aliénation Parentale (SAP).

dérives, ne témoignant à autrui pas plus de considération qu'il ne lui en a été témoigné, exclusivement mue par l'intérêt du « moi d'abord », pour changer du « moi après s'il en reste ».

Il faut donc battre en brèche l'idée saugrenue que l'on pourrait protéger un enfant *du* conflit de ses parents – comme on ne peut pas le protéger de la vie qui lui saute contre –. On ne peut pas plus, sans entrer dans un extraordinaire déni de la réalité, prétendre qu'en éliminant tout contact entre un enfant et l'un de ses parents, lorsque les deux parents sont en conflit perpétuel, on « préserverait » l'enfant du conflit. Tout au contraire, on l'y plonge, comme déjà dit, en le lestant, au surplus, d'une part de responsabilité dans la « solution » qui dictera son sort désormais, qui est d'autant plus grande que personne d'autre que ses parents ne lui aura expliqué quoi que ce soit à ce sujet.

En revanche, il faut promouvoir l'idée, toute autre, que l'on peut protéger un enfant *dans* le conflit de ses parents, en aménageant des modes de résolution des conflits qui permettent de restituer aux parents le conflit qui leur appartient et qui ne concerne absolument pas l'enfant et de purger leur passé difficile, pour enfin être à même de porter les yeux devant, vers l'avenir qui les attend : décès, naissances, mariages ou autres rites propres à leur famille, qui va se trouver réunie autour de l'enfant qu'ils persisteront, même morts, à avoir en commun. Il peut être utile, à cet égard, de faire comprendre à ces parents que le seul choix véritable qu'ils ont au sujet de cette famille qui va persister, nonobstant leur désunion, concerne la qualité des liens et des moments inévitables qui vont les réunir, et, ainsi, le plaisir ou le déplaisir qu'il auront à s'en accommoder.

Du côté de l'institution et des auxiliaires qui sont mis en œuvre lors des désunions parentales (avocats, assistants sociaux, psychologues et psychiatres), il apparaît également fondamental de comprendre et d'accepter que, dès lors que la famille est un lien que seul un jugement détruisant la filiation peut supprimer³², et sur l'existence de laquelle le lien qui unit les parents est sans pertinence le processus dans lequel doivent s'engager, avec leur enfant, les parents qui se séparent, doit tendre à la survie et à la santé des liens familiaux, c'est-à-dire des liens noués autour de et à l'occasion de la naissance de l'enfant, en ayant à l'esprit l'obligation que fait l'art. 272 CC à tous les membres de la famille : « les père et mère et l'enfant se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille. »

C'est à ce stade précisément et de cette manière que doit être prise la « mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la

³² Cf. I.A.1. et A.2. ci-dessus.

prévention des infractions pénales à la protection de la santé ou de la morale ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » (art. 6 al. 1 et art. 8 al. 2 CEDH) : non pas en coupant les liens d'un enfant avec un pan de sa famille, mais en œuvrant au caractère paisible de ces liens.

Le catalogue des mesures prônées dans ce but figure ci-dessous.

Qu'il soit permis d'ores et déjà ici de souligner que l'intérêt de l'enfant commande, à notre avis, que, quel que soit le statut de ses parents (mariés ou non mariés), son sort soit examiné par une autorité judiciaire attentive à ses besoins, prête à l'écouter, soucieuse de le rassurer, et prêtant son concours actif, voire coercitif, aux parents de l'enfant, pour les amener à passer des accords touchant à l'enfant et à lui seul, et à prendre des mesures qui tendent à :

- inculquer à l'enfant « *le respect de ses parents, de son identité, de sa langue et de ses valeurs culturelles, ainsi que le respect des valeurs nationales du pays dans lequel il vit, du pays duquel il peut être originaire et des civilisations différentes de la sienne* » (art. 29 let. d CDE), en prenant en compte son droit de « *connaître ses parents et d'être élevé par eux, dans la mesure possible* » (art. 7 CDE) : cette transmission du respect mutuel de valeurs divergentes ne peut se faire que si les parents de l'enfant se témoignent autant de respect qu'il entendent en obtenir de leur enfant ; elle ne peut être effectuée par des parents en conflit perpétuel, que l'enfant finira par fuir, haïr et mépriser ; de plus, le droit de l'enfant de connaître ses parents et d'être élevé par eux dans la mesure du possible nous apparaît violé si la Suisse rend possible, par l'action concertée de ses institutions, le fait que la ritualisation judiciaire du démariage déteigne sur les relations parentales au point de mettre la famille en danger, par la coupure de liens de l'enfant avec une branche ascendante de sa famille ; ce droit apparaît tout autant violé par le fait que la Suisse fasse légalement dépendre du statut des parents l'ampleur de leur responsabilité parentale ;
- « *favoriser l'épanouissement de la personnalité de l'enfant et le développement de ses dons et de ses aptitudes mentales et physiques* », notamment de ses aptitudes à œuvrer, au cœur d'une société peuplée d'individus aux intérêts légitimement conflictuels, à la résolution négociée de ces conflits, dans le respect de ses propres opinions qui auront été prises en compte car entendues, ce qui lui permettra d' « *assumer les responsabilités de la vie dans une société libre, dans un esprit de compréhension, de paix, de tolérance, d'égalité entre les sexes et d'amitié entre tous les peuples et groupes ethniques, nationaux et religieux, et avec les personnes d'origine autochtone* » (art. 29 let. a et d CDE) : cet esprit de tolérance pour qui ne pense pas comme soi, qui marque fondamentalement le

fonctionnement de la démocratie suisse, n'est pas susceptible d'être acquis par un enfant qui sait que ses parents se sont vus conférer le droit d'en découdre de manière interminable sur le plan judiciaire, en ne tolérant pas l'autre et en cultivant l'inimitié en toute impunité.

L'intérêt de l'enfant commande également, à notre sens, que la décision qui aura été prise au sujet de l'enfant lui soit communiquée par un juge ou un auxiliaire de justice (avocat, assistant social), dans un langage et d'une manière qu'il peut comprendre (en ne se contentant pas – comme l'exige l'art. 300 let. b CPC pour l'enfant de parents mariés – de lui « communiquer » la décision judiciaire rendue comme on le ferait à ses parents, soit par voie postale).

En œuvrant à cela, la Suisse contribuera non seulement à la préservation de la famille, qui, rappelons-le encore une fois, ne dépend pas de l'existence de liens aimants entre les parents de l'enfant, ni de leur cohabitation, ni de leur absence de conflit.

Elle contribuera en outre à l'éducation de ses futurs citoyens, qui auront compris qu'il existe des moyens « sur mesure » destinés à régler des conflits aigus en tenant compte de la situation et de l'avis de chacun³³. Ainsi, la Suisse mettra ses pratiques en ligne avec ses engagements internationaux.

III. Comment rendre exécutoires des jugements comportant des obligations de faire ?

A. Les instruments légaux

1. Les procédures visant à rendre des décisions en matière de séparation parents / enfants

Le problème majeur auxquels sont confrontés les parents tous deux dotés de l'autorité parentale et de la garde de l'enfant qui sont en rupture, réside tout d'abord dans le fait qu'ils n'ont pas plus le droit l'un que l'autre de décider de la demeure conjugale (s'ils sont mariés) et de la résidence principale de l'enfant, mais qu'ils le prennent.

Cet arrachement, qui va de pair avec le droit, dans le mariage, de chacun des époux de choisir de rompre la vie commune (art. 170 CC) même contre

³³ HAMPSHIRE, La Justice est conflit, Princeton, 2011 : « Un seul principe moral, que tous les citoyens ont intérêt à accepter et à respecter en pratique, s'impose : les conflits doivent être résolus par des procédures équitables institutionnalisées. », p. 97 ; « L'élimination des conflits par la force ou par la menace représente un mal politique majeur, que tous les citoyens devraient considérer comme tel », p. 98.

le gré de l'autre conjoint, et avec celui, hors mariage, de tout ressortissant suisse de choisir son domicile librement en un quelconque lieu du pays (art. 24 Cst.), est traité vigoureusement par notre législation si le parent qui part avec l'enfant s'établit avec lui à l'étranger.

C'est ainsi que la Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de la Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA) et la Convention du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, contient un catalogue de mesures destinées à permettre le plus vite possible le retour de l'enfant, grâce à une procédure qui requiert :

- l'audition de l'enfant (art. 9 LF-EEA), à tout le moins sur ce qu'il pense du milieu dont il a été arraché et de celui dans lequel il se trouve, l'audition ne devant pas avoir pour objet de trancher le litige sur la garde et l'autorité parentale (cf. art. 16 CLaH 80) ;
- la représentation d'office de l'enfant (art. 9 et 6 al. 2 LF EEA) ;
- la fixation de relations personnelles provisoires ou d'urgence immédiatement, et l'obtention de renseignements et de preuves auprès de l'un ou l'autre des Etats (de résidence nouvelle ou ancienne) (art. 35, 11 et 12 LF-EEA) ;
- la célérité de la procédure (art. 2 et 11 CLaH 80), les procédures excédant six semaines par instance devant être considérées comme affectées d'un retard ;
- la médiation (art. 10) pluridisciplinaire (art. 3 LF-EEA) ;
- la judiciarisation conciliatrice (art. 8 LF-EEA) et, en cas de défaut de la conciliation, une obligation de statuer de manière sommaire ;
- la participation immédiate des deux parents (art. 4 al. 2 LF-EEA) ;
- le maintien à tout prix des relations parentales au cœur du conflit (art. 7 al. 1 LF-EEA), qui comprend le règlement des relations personnelles (art. 6 al. 1 LF-EEA) ;
- l'organisation de l'exécution de la décision (art. 11 al. 2 LF-EEA) de retour, ce qui présuppose que les modalités d'exécution soient fixés dans la décision, la mise en œuvre de cette dernière pouvant impliquer le recours à la contrainte, l'intérêt de l'enfant à ne pas être exposé à un danger physique ou psychique ou de toute autre manière placé dans une situation intolérable devant s'appliquer à cette occasion (art. 13 al. 1 let. b CLaH 80 et art. 12 al. 2 LF-EEA) ;

- la décision étant considérée comme une mesure de protection des mineurs³⁴.

Dans les situations internes, rien de tel. Si l'auteur de l'arrachement s'établit en Suisse, alors la procédure de mesures protectrices de l'union conjugale est ouverte pour fixer la résidence de l'enfant et les modalités de sa prise en charge ainsi que les relations personnelles avec ses parents, si les parents sont mariés. S'ils ne le sont pas, c'est la requête de fixation de relations personnelles des art. 273 et 274 CC qui est ouverte au parent privé de ses enfants, titulaire ou non de l'autorité parentale.

L'art. 315a al. 3 ch. 2 CC permettrait cependant aux autorités de tutelle compétentes d'ordonner un retour immédiat des enfants emmenés sans l'accord du codétenteur de l'autorité parentale et de la garde. L'expérience enseigne qu'elles rechignent à le faire, faisant passer la liberté constitutionnelle d'établissement (art. 24 Cst.) du parent ravisseur (s'il est suisse, et, l'expérience l'enseigne, s'il est de sexe féminin³⁵, ce qui apparaît contraire à l'interdiction de discrimination consacrée par les art. 8 al. 2 et 3 Cst. et 14 CEDH) avant le droit au respect de la vie de famille (art. 14 Cst. et 8 CEDH) tant de l'enfant que du parent privé de l'enfant.

Ce même art. 315a al. 3 ch. 2 CC permettrait également aux autorités de tutelle du lieu de l'ancienne résidence des enfants de fixer d'urgence, immédiatement et provisoirement des relations personnelles, sous les peines de droit de l'art. 292 CP, et d'exiger l'obtention de renseignements les autorités de tutelle du lieu de nouvelle résidence en Suisse du parent ravisseur et des enfants. L'expérience enseigne cependant qu'elles y renoncent la plupart du temps, considérant que les autorités de tutelle du nouveau lieu de résidence de l'enfant seront plus aptes à agir, en déléguant à cet effet le service de protection de la jeunesse du lieu où se trouvent les enfants. L'art 315a al. 3 ch. 2 CC devrait alors permettre au parent privé de ses enfants sans son consentement de saisir les autorités tutélaires du nouveau lieu de résidence du parent ravisseur et des enfants d'une même requête.

³⁴ BUCHER, Protection internationale des enfants – Convention de La Haye de 1996 et LF-EEA, aperçu général, conférence donnée à Genève le 16 mars 2009, <http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pdf/conf.ge.16.3.2009.pdf>.

³⁵ Selon les statistiques tenues par l'autorité centrale suisse en matière d'enlèvements d'enfants, et communiquées lors de la journée de droit civil du 21.06.2011 par Me KUENG, qui œuvre à l'autorité centrale, depuis l'entrée en vigueur de la LF-EEA, sur les 45 nouveaux cas dénoncés à la Suisse, 33 enlèvements avaient été perpétrés par la mère, 12 par le père. Nous ne disposons pas de statistiques pour les arrachements internes à la Suisse.

En ce qui concerne la médiation rendue obligatoire par la LF-EEA, si le CPC ne permet au juge que d'exhorter (dans les affaires matrimoniales, art. 297 al. 2 CPC), respectivement que de conseiller (dans le cas de parents non mariés art. 214 CPC) les parents à tenter une médiation, l'on a déjà vu³⁶ qu'à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, les autorités tutélaires compétentes pourraient en tout temps ordonner une médiation par application de l'art. 307 al. 3 CC ; on voit mal dès lors que le juge chargé d'un conflit matrimonial soit doté de moins de pouvoirs, puisqu'il doit, comme les autorités tutélaires, appliquer la maxime d'office illimitée à toutes les questions touchant au sort de l'enfant, afin d'assurer sa protection et le respect de son intérêt supérieur.

On sait également que la conciliation n'est pas possible dans les affaires matrimoniales, à lire le CPC (elle ne l'est ni dans les procédures de divorce, art. 198 let. a et c CPC, ni dans les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale, art. 198 let. a et 271 let. a et d CPC), et qu'elle n'est réservée qu'aux questions financières touchant à l'enfant de parents non mariés. Pour les autres procédures, l'art. 124 al. 3 CPC indique que le tribunal peut en tout état de la cause tenter une conciliation des parties. On relèvera qu'il n'en a pas l'obligation.

L'audition de l'enfant et sa représentation, prévues par la LF-EEA, ne sont réglées que dans les affaires touchant les enfants de parents mariés. A Genève, la loi d'application du Code civil prévoit l'audition du mineur par les autorités tutélaires compétentes, mais pas sa représentation dans les affaires qui le concernent. Il convient dès lors de s'appuyer sur la jurisprudence du Tribunal fédéral³⁷ pour obtenir la représentation du mineur, conforme à l'art. 12 CDE³⁸, devant les autorités de tutelle compétentes.

S'agissant de la célérité, force est de constater que si l'art. 124 al. 1 CPC indique que le tribunal prend les décisions d'instruction nécessaires à une préparation et à une conduite rapides de la procédure, mais ne contient pas de mesure de la rapidité. Or, si la question du sort des enfants s'inscrit dans une procédure de divorce, la procédure est ordinaire, et peut durer ; si elle est réglée dans le cadre des mesures protectrices de l'union conjugale, c'est la procédure sommaire qui prévaut et l'avenir dira si l'ambition du législateur d'accélérer ce type de procédure se vérifiera dans les faits ; et si elle est réglée de manière indépendante, la procédure simplifiée s'applique. Le CPC ne contient aucune disposition quant aux délais maximaux dans lesquels il

³⁶ Cf lettre E ci-dessus.

³⁷ Le Tribunal fédéral a reconnu la qualité de partie à l'enfant enlevé sur le plan international : TF, 18.5.2004, 5P.151/2004, PJA 2005, 106, RSDIE 2005 394, cités par BUCHER, SJ 2006 II 239 s.

³⁸ Disposition qui est directement applicable en Suisse (« self-executing ») : ATF 124 III 90, 92.

convient d'avoir procédé, sauf à encourir le grief de « retard ». C'est à l'exception des délais de recours et d'appel contre les décisions rendues, imposés aux seules parties au procès. Les juges eux-mêmes ne sont soumis à aucun délai légal pour rendre leur jugement ni pour agir. C'est à l'exception du juge conciliateur qui n'intervient que dans les causes financières touchant aux enfants de parents non mariés. Seul ce juge, en effet, subit légalement la pression des délais³⁹ : recevant une requête de parents non mariés, il se voit impartir un délai de deux mois pour tenir son audience dès réception de la requête ou fin des échanges d'écritures (art. 203 al. 1 CPC) et ne peut faire durer la procédure de conciliation au-delà de douze mois (art. 203 al. 4 CPC). L'enfant dont les parents ne sont pas mariés peut donc, lui, espérer une fixation rapide de son sort financier, contrairement à celui dont les parents ont contracté mariage.

En ce qui concerne la composition du tribunal, laissée à la compétence des cantons par la Constitution fédérale, aucune exigence de pluridisciplinarité n'est posée. En revanche, dès l'entrée en vigueur, le 1.1.2013, du nouveau droit de la protection des mineurs et des adultes, c'est un tribunal multidisciplinaire qui prononcera les mesures de protection des mineurs (art. 440 al. 3 nCC). Il ne sera cependant pas chargé du contentieux parental lorsque celui-ci comporte des incidences financières ou lorsqu'il s'inscrit dans une action touchant au statut ou à l'organisation de la vie séparée de parents mariés⁴⁰.

L'organisation de la participation des deux parents à la résolution du conflit pose également un problème lorsque l'affaire est du ressort des autorités tutélaires, vu la particularité de la procédure, qui n'a pas vocation à être contentieuse, puisqu'elle est toute entière tournée vers l'intérêt de l'enfant : les parents n'y sont pas parties, et n'ont pas forcément accès à tout le dossier, si l'intérêt de l'enfant s'y oppose. Cela part d'une louable intention, mais cela peut avoir pour conséquence de changer les autorités tutélaires compétentes – et à leur suite les services de protection des mineurs qui reçoivent leurs demandes de rapport, de curatelle d'organisation et de surveillance du droit aux relations personnelles, et de curatelle d'assistance, qui n'ont aucun pouvoir décisionnaire – en un mur des lamentations, impuissant à régler les conflits parentaux qui finissent par tant polluer leur tâche que les services de protection des mineurs peuvent avoir tendance à

³⁹ Une réserve à cela, résulte de la lecture du rapport de la commission de gestion du pouvoir judiciaire du canton de Genève, qui semble implicitement imposer des délais de « rendement » aux juges que l'on ne peut que regretter : une décision rapide ne met pas forcément fin définitivement à conflit ; une bonne décision, prise dans les délais nécessaires, a cet effet.

⁴⁰ On note avec intérêt la disposition de l'art. 306 al. 3 nCC, qui indique que l'existence d'un conflit d'intérêts entraîne de plein droit la fin des pouvoirs des père et mère pour l'affaire en cause, et celle de l'art. 314 al. 2 nCC, qui donne à l'autorité de protection le pouvoir d'exhortation à la médiation repris de l'art. 297 al. 2 CPC.

devenir des services de protection des majeurs, qui n'entendent plus les enfants tant ils ont à cœur de prendre sur eux les conflits parentaux dont ils croient les préserver.

Enfin, l'organisation de l'exécution des décisions dans la décision elle-même est rendue possible par l'art. 236 al. 3 CPC. Encore faut-il la demander (le tribunal ou l'autorité tutélaire saisie n'ayant pas l'obligation de s'assurer d'office de l'efficacité de sa décision en la rendant⁴¹), penser à des mesures d'exécution des obligations de faire qui soient simples, pratiques, dissuasives autant qu'incitatives, en tenant compte de la situation concrète tant de l'enfant que des parents.

C'est dire si, s'agissant d'assurer la célérité des procédures, le respect du droit d'être entendu de l'enfant et sa représentation, et la participation nécessaire et utile des parents en conflit, il y a à faire, si l'on entend assurer à la décision à rendre tant l'adhésion des deux parents et de l'enfant que l'exécutabilité du jugement.

L'objet de cette contribution étant de proposer des pistes de solutions de *lege lata*⁴², il sera abondamment puisé dans les jurisprudences de la CourEDH et celles du Tribunal fédéral s'agissant de la médiation et de la thérapie ordonnées dans l'intérêt de l'enfant (art. 307 al. 3 CC) pour faire œuvre utile. Il apparaît à cet égard tout à fait possible de « faire du neuf avec du vieux. »

2. L'exécutabilité des jugements rendus comportant des obligations de faire

Le nouveau Code de procédure civile comporte un titre 10 : « Exécution », qui dit comment procéder pour obtenir l'exécution des jugements. S'agissant des obligations de faire que sont les devoirs de collaborer des parents autour de l'autorité parentale et le devoir de favoriser les relations personnelles du parent non gardien avec l'enfant, l'art. 343 CPC indique que le tribunal de l'exécution peut (a) assortir la décision de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CPC ; (b) prévoir une amende d'ordre de 5'000 francs au plus ; (c) prévoir une amende d'ordre de 1'000 francs au plus pour chaque jour d'inexécution ; (d) prescrire une mesure de contrainte telle que l'enlèvement d'une chose mobilière ou l'expulsion d'un immeuble ; (e) ordonner l'exécution de la décision par un tiers. L'art. 345 CPC indique en outre que la partie qui a obtenu gain de cause peut exiger des dommages-intérêts, si la partie succombante n'exécute pas les mesures prescrites par le tribunal (let. a).

⁴¹ Ce qui est dommage, car il y a là une source possible de diminution de la surcharge des tribunaux en matière de droit de la famille.

⁴² Cf. IV. ci-après.

a) Les relations personnelles

Les problèmes liés à l'exercice effectif du droit d'un parent non gardien d'entretenir des relations personnelles avec son enfant sont très fréquents en Suisse. Tout comme sont fréquents les cas dans lesquels le parent non gardien ne respecte pas le droit de visite tel qu'il a été fixé par jugement, ou l'exerce à son gré, à ses heures, voire ne l'exerce pas du tout.

Les parents en butte avec ce genre de problèmes, pleins d'espoir, font appel aux autorités compétentes : l'autorité tutélaire si le jugement émane de cette autorité, ou le juge de l'exécution si le droit aux relations personnelles a été fixé dans le cadre d'un jugement de divorce ou de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 134 al. 4 CC, art. 339 let. c CPC), et si le domicile de l'enfant est encore dans leur pouvoir de juridiction, à défaut au nouveau domicile du parent gardien de l'enfant, où la remise de l'enfant doit être effectuée (art. 339 let. b CPC).

L'autorité tutélaire ou le tribunal d'exécution requis n'a pas la compétence de modifier, de compléter ou de suspendre durablement la réglementation arrêtée par le juge ou par l'autorité tutélaire. En cas de circonstances nouvelles qui rendent nécessaire une modification de la décision fixant le droit de visite, il appartient aux parties de saisir le juge du fond compétent. En revanche, une exécution partielle de la décision peut s'avérer nécessaire dans l'intérêt de l'enfant et pour autant que celle-ci soit réalisable au vu des circonstances nouvelles⁴³. Le juge pourra au préalable entendre l'enfant si la décision est vieille de plusieurs années et que les relations parent/enfant ont été longuement interrompues⁴⁴. Le Tribunal fédéral a par ailleurs jugé qu'il n'était pas arbitraire de refuser l'exécution du droit de visite tel que fixé dans un jugement, dès l'instant où une action en modification du jugement de divorce portant sur le droit de visite a été introduite⁴⁵.

Si, en revanche, la décision est récente ; si les relations parent/enfant n'ont pas été longuement interrompues, et si aucune action en modification du jugement de divorce portant sur les relations personnelles n'a été introduite, le parent non gardien dont le droit aux relations personnelles avec son enfant est entravé, à l'instar du parent gardien dont l'enfant ne voit pas son autre parent conformément au jugement, pourra demander au tribunal ou aux autorités tutélaires compétentes l'exécution de la décision rendue, sous les peines de droit de l'art. 292 CP.

L'auteur sait qu'il y a des cantons⁴⁶ dans lesquels les parents gardiens se font condamner à l'amende lorsque l'exercice du droit du parent non gardien

⁴³ TF, 5A_547/2007 du 19 décembre 2007.

⁴⁴ TF, 5A_388/2008 du 22 août 2008, Fampra.ch 10 (2009) 249.

⁴⁵ ATF 118 II 392 = JdT 1994 I 339.

⁴⁶ Le Valais en particulier.

aux relations personnelles fixé par jugement est entravé. L'on ne connaît pas de décisions condamnant sous les menaces de l'art. 292 CP un parent non gardien à exercer effectivement son droit⁴⁷ aux relations personnelles avec son enfant.

S'agissant du parent qui n'exerce pas du tout son droit de visite, on voit mal un juge considérer qu'il est de l'intérêt de l'enfant de l'y contraindre, même sous les peines de droit de l'art. 292 CP : l'enfant comprendra bien vite qu'il n'intéresse plus ledit parent et en souffrira encore plus s'il sent de la contrainte dans les visites. Autre est la question de savoir comment traiter le cas du parent qui en fait à sa guise, quoi que dise le jugement, et qui expose ainsi le parent gardien à son bon vouloir et à devoir s'organiser toujours en dernière minute, puisqu'il a l'enfant avec lui quand cela n'était pas prévu, avec tout le stress et l'énervement que cela comporte, ce qui n'est vraiment pas dans l'intérêt de l'enfant. L'expérience enseigne que la solution judiciaire donnée à une telle situation va toujours dans le sens d'une limitation du droit de visite, qui peut devenir surveillé- ce qui peut être ressenti comme une contrainte par l'enfant aussi - voire être suspendu, ce qui n'est pas non plus dans l'intérêt de l'enfant, qui est ainsi puni de l'incapacité de son parent non gardien à faire abstraction du parent gardien dans la relation qui l'unit à l'enfant.

Les cas les plus fréquents, cependant, sont ceux dans lesquels le parent non gardien ne peut pas exercer son droit aux relations personnelles fixées par jugement, soit en raison du comportement du parent titulaire du droit de garde, soit en raison du comportement de l'enfant.

Ce parent sera tenté de prier le tribunal de l'exécution indirecte d'appliquer l'art. 343 CPC et de condamner le parent gardien – auquel il attribue une violation du devoir de loyauté découlant de l'art. 274 al. 1 CC, et, ainsi, la cause du non exercice de son droit de visite – à l'amende (art. 343 al. 1 let. b, 5'000 francs, et let. c, 1'000 francs par jour d'inexécution), voire de faire exécuter la décision par la force publique (art. 343 al. 1 let. e).

Au vu du principe selon lequel, sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable l'auteur de la contravention (art. 103 CP)⁴⁸ celui qui agit intentionnellement (art. 12 CP, applicable par renvoi de l'art. 104 CP) ; et vu l'impunissabilité (art. 14 CP) de celui qui agit afin d'assurer la préservation d'un autre bien juridique protégé par la loi, le parent gardien qui ne satisfait

⁴⁷ Et son obligation, conformément à l'art. 273 CC, ce droit étant conçu comme un droit de la personnalité de l'enfant : ATF 127 III 295, 298 cons. 4.1.

⁴⁸ De même que l'auteur de la contravention qu'est l'insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP), dans l'hypothèse où la décision ou le jugement fixant les relations personnelles aurait condamné le parent gardien à remettre l'enfant au parent non gardien selon un calendrier de visite fixé sous les peines de droit de l'art. 292 CP.

pas à une décision de justice lui ordonnant de remettre son enfant, par exemple, à l'autre parent afin de permettre à ce dernier d'exercer son droit à des relations personnelles avec lui, pourrait fort bien échapper à toute critique pénale, s'il invoque que son devoir de protéger le développement physique ou psychique de son enfant serait par-là violé (art. 219 CP). L'article 343 CPC let. a à c ne serait pas une mesure permettant ainsi d'assurer l'exécution d'un jugement rendu en matière de relations personnelles dans ce genre de situation. En vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant qui doit guider le juge suisse, il conviendrait évidemment d'investiguer alors en quoi le développement physique ou psychique de l'enfant serait mis en danger par l'entretien de relations personnelles avec l'autre parent, ce qui pourra prendre du temps, et retarder l'exécution de la décision rendue.

A cela s'ajoute le fait que le parent censé favoriser les relations personnelles de l'enfant avec l'autre parent pourra se réfugier derrière le refus de l'enfant d'entretenir de telles relations. L'on sait qu'à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'enfant a le droit de s'opposer aux relations personnelles dès 13 ans⁴⁹.

Le juge de l'exécution, auquel il serait indiqué que l'enfant refuse d'entretenir des relations avec son parent non gardien pourrait alors fort bien considérer qu'il y a, chez le parent gardien, une impossibilité objective d'exécuter le jugement qui lui ordonne de remettre l'enfant (art. 119 CO applicable via art. 7 Titre préliminaire du CC) non fautive, et dès lors, non punissable pénalement.

En imaginant un instant, cependant, que le juge attribue l'entrave aux relations personnelles entre l'enfant et son parent non gardien à une violation du devoir de loyauté de l'autre parent, et condamne ce dernier à l'amende, force est de constater que ce sera alors le tribunal d'application des peines et mesures qui sera emprunté lorsqu'il s'agira de convertir l'amende éventuellement non payée en jours de détention qui obligerait le parent condamné à confier l'enfant à un tiers pour pouvoir purger sa peine.

Certes, il serait possible, en vertu de l'art. 343 let. e CPC, d'ordonner l'exécution du droit de visite par un tiers, soit par la force publique. Les dégâts que cela peut avoir sur l'enfant font cependant reculer moult parents non gardiens lorsqu'il leur est demandé s'ils entendent avoir recours à ce moyen de contrainte, et bon nombre de juges rechignent à ordonner de telles mesures, considérant qu'elles ne peuvent que traumatiser l'enfant dans sa relation avec ses deux parents.

⁴⁹ TF, 5C_298/2006 du 21 février 2007, FamPra.ch 7 (2006) 757.

Et, s'agissant d'ordonner des dommages-intérêts pour compenser le dommage lié à l'inexécution de la décision, il convient d'avoir à l'esprit le fait que la transformation en dommages intérêts, qui doit couvrir selon le législateur la valeur de la prestation, n'est pas concevable lorsque cette prestation ne peut être estimée, soit lorsqu'elle ne représente pas un coût pour le patrimoine du sujet de droit obligé⁵⁰. A supposer cependant qu'un parent ait exposé par exemple des frais de déplacement importants pour rendre visite à son enfant et soit empêché de le voir, le juge ne pourra pas non plus occulter le principe selon lequel le dommage doit être imputable à faute, et, en présence d'une impossibilité objective non fautive d'exécution⁵¹, il peinera à les octroyer au parent qui les réclame.

Bref, il semble qu'en présence de relations personnelles entravées entre le parent non gardien et son enfant, l'art. 343 CPC soit de faible recours.

On relèvera, à cet égard, l'arrêt *Nistor c. Roumanie* rendu le 2 novembre 2010 par la CourEDH, relatant des tentatives d'exécution forcée du droit de visite par huissier judiciaire et intervention de la police, au cours desquelles l'enfant, âgé de six ans, aurait menacé de se suicider. La Cour relève que des mesures coercitives à l'égard des enfants ne sont pas souhaitables dans ce domaine délicat. Elle constate qu'aucune mesure n'a été proposée par la suite pour rendre effectif le droit de visite qui n'avait pas été exercé depuis plusieurs mois, et relève que l'intervention de l'autorité de tutelle était en l'espèce d'autant plus nécessaire qu'à la suite d'un examen psychologique, il avait été établi que l'enfant (âgé de six ans au moment des faits) souffrait de troubles émotionnels à la suite des conflits familiaux et qu'il était recommandé de ne plus contraindre l'enfant à la réalisation du droit de visite. Ce constat aurait dû, selon la Cour, non pas arrêter les autorités compétentes dans leurs démarches, mais les motiver pour organiser des contacts préparatoires entre les parties et l'enfant et solliciter davantage le concours de pédopsychiatres ou de psychologues afin de remédier à la situation. Or, l'autorité de tutelle s'est bornée à constater que l'enfant était bien chez son père et ses grands-parents paternels et à faire office d'intermédiaire pour lui transmettre des colis. La Cour a été consciente de ce que les difficultés provenaient pour une large part de l'animosité entre les deux parents et leurs familles respectives. Cependant, c'est plus particulièrement lorsque la situation est conflictuelle entre les parties que les

⁵⁰ PIOTET, Dommages intérêts et exécution forcée selon l'art. 345 CPC ; sens et limites de l'innovation, RSPC 2010 211, 214.

⁵¹ L'on pense à l'exemple typique dans lequel le parent gardien affirmerait faire tout ce qu'il est en son pouvoir de faire pour persuader son enfant à voir le parent non gardien, en vain, car l'enfant s'y opposerait résolument. Nombreux sont les juges qui ont tendance à croire les parents gardiens de bonne foi dans ces cas et qui, informés de l'apparent refus de l'enfant, rechignent à exercer de quelconques moyens de contrainte et à ordonner des mesures d'investigation des causes du refus.

autorités sont appelées à intervenir, sans qu'une obligation de résultat pèse à leur charge⁵².

Bref, l'injonction européenne est là : en présence d'une entrave persistante à un exercice du droit aux relations personnelles entre l'enfant et non parent non gardien, les autorités suisses doivent organiser des contacts préparatoires entre les parties et l'enfant et solliciter le concours de pédopsychiatres ou de psychologues afin de rétablir les relations parentales entre l'enfant et son parent non gardien.

b) l'exercice en commun de l'autorité parentale

Les jurisprudences mentionnées en première partie de cet exposé enseignent qu'en présence d'une difficulté des parents à collaborer autour de l'intérêt de l'enfant, un tribunal est généralement saisi d'une demande d'un parent gardien tendant à faire supprimer l'autorité parentale conjointe. La lecture de ces jurisprudences enseigne qu'un tribunal saisi de telles requêtes maintiendra l'autorité parentale conjointe en renvoyant les parents dos à dos si les motifs évoqués pour la faire supprimer ne sont pas suffisamment importants pour mettre en danger le bien de l'enfant⁵³ ; ou alors décidera de supprimer l'autorité parentale conjointe en cas de difficultés importantes affectant l'enfant.

Il semble qu'aucune décision n'ait été rendue sur requête de l'un des parents détenteurs de l'autorité parentale conjointe à l'effet d'ordonner à l'autre de faire (collaborer, renseigner, etc.) mais bien plus tôt d'interdire de faire (changer l'enfant d'école, etc.).

En présence de dispositifs de jugements peu explicites s'agissant de ce qu'il convient de faire lorsqu'une autorité parentale conjointe a été conférée aux parents, il est évidemment difficile d'agir en exécution d'une obligation précise contenue dans l'obligation de collaborer autour du bien de l'enfant. Si la décision comportait un catalogue d'actions et de mesures reflétant l'accord des parents à propos de ce qu'il convient de faire pour assurer le bien être de l'enfant, alors l'exécution du jugement serait facilitée. Des propositions en ce sens figurent à ce sujet ci-après.

⁵² Cité par MEIER, ZKE 2011 116-136, dans son résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) novembre 2010 à février 2011. Pour d'autres situations concernant de possibles violations de l'art. 8 CEDH en matière de droit de visite : arrêt de la CourEDH *Bordeianu c. Moldavie* du 11 janvier 2011 ; arrêt de la CourEDH *Plaza c. Pologne* du 25 janvier 2011 ; arrêt de la CourEDH *Tsikakis c. Allemagne* du 10 février 2011.

⁵³ Par exemple : arrêt du TF, 5A_471 et 472/2010 du 5 novembre 2010 (d) : injonction à la mère de faire le départ entre sa relation avec le père de l'enfant et la relation entre celui-ci et l'enfant, et de se conformer enfin à ses devoirs de coopération, au risque de se voir imposer des mesures fondées sur l'art. 273 al. 2 ou les art. 307-311 CC.

IV. Peut-on faire mieux de *lege lata* ?

A. Mettre du contenu et de l'avenir dans les principes : le règlement de coparentalité⁵⁴ à adopter par les parents

1. Mettre du contenu dans les principes

L'expérience enseigne que, lorsqu'ils se battent autour de l'autorité parentale conjointe, les parents s'engagent volontiers dans un conflit de pouvoir, en adoptant des positions de principe, mais en ne s'attachant pas au vocabulaire qu'ils utilisent, ni aux notions juridiques que recouvrent les mots qu'ils utilisent.

Il ne leur est que rarement expliqué ce qu'est l'autorité parentale, et en quoi elle se distinguerait, par exemple, du droit de garde au moment de la séparation. Ils croient souvent qu'en mettant fin à leur lien conjugal, ils perdent leur famille. Il leur est rarement exposé que leur lien conjugal n'était pas nécessaire pour fonder une famille, que l'arrivée de leur enfant y a pourvu, et que, faute pour l'enfant de mourir sans laisser de descendance, leur famille continuera d'exister. A preuve le fait qu'ils seront invités, cas échéant, ensemble au même mariage de leur enfant et au même baptême éventuel de leurs petits-enfants. Ils ignorent souvent, aussi, que leur enfant aura à leur égard une dette alimentaire dans leur grand âge qui est le pendant de leur obligation d'entretenir leur progéniture. Il convient dès lors de prendre soin du lien familial dans l'esprit de l'art. 272 CC, afin que ces réunions familiales se passent le mieux possible et qu'il ne faille pas recourir à des procédures de poursuite pour faire face au futur paiement de leur hébergement en EMS quand le moment sera venu.

Il convient donc tout d'abord d'exposer aux parents que l'autorité parentale sur un enfant comprend le droit et le devoir de choisir le prénom (et bientôt le nom) de l'enfant ; de pourvoir à son entretien et d'assumer les frais de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger ; de choisir la résidence de l'enfant ; de déterminer le mode de prise en charge de l'enfant, soit l'encadrement qui lui sera assuré, les soins qui lui seront prodigués ; de décider de l'éducation qui lui sera donnée, des préceptes moraux qui lui seront inculqués, et de l'instruction qui lui sera dispensée, afin d'assurer son développement harmonieux sur les plan physique, affectif et intellectuel ; de collaborer de façon appropriée avec l'école et, lorsque les circonstances l'exigent, avec les institutions publiques et d'utilité publique de protection de la jeunesse ; de représenter l'enfant à l'égard des tiers ; d'administrer ses biens, quitte à en utiliser les revenus pour son entretien,

⁵⁴ Etant rappelé que la parentalité étant, par nature, toujours conjointe chez les humains, le préfixe « co » y est ajouté pour faire référence à une parentalité « coopérante ».

son éducation et sa formation et, dans la mesure où cela est équitable, pour les besoins du ménage ; d'assurer l'ordre de la maison en cas de vie commune ; d'assumer la responsabilité du dommage causé par l'enfant placé sous son autorité ; et enfin d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant, et de favoriser de telles relations avec l'autre parent de l'enfant en ayant à l'esprit l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille.

C'est de la coopération possible et/ou nécessaire des parents à propos de chacun de ces points qu'il a été question, *nolens volens*⁵⁵, au moment où l'enfant est né. C'est de cette même coopération qu'il faut convenir, au moment où les parents ne font plus vie commune, respectivement au moment où les parents mettent un terme à leur relation affective privilégiée et/ou juridique, s'ils sont mariés.

En cas de séparation des parents, il convient que ceux-ci comprennent que l'enfant, à moins d'être cloné, ne parviendra pas à poursuivre une vie commune avec ses deux parents, et qu'il risque d'être extraordinairement fatigué s'il lui est imposé de faire comme si. C'est cela qu'il convient de revoir, afin d'assurer le meilleur avenir possible à l'enfant.

2. *Etre clairs sur les buts*

Il convient ensuite que les parents expliquent quels projets ils avaient formé pour leur enfant, à la naissance, puis du temps de la vie commune, et à quoi leurs efforts respectifs ont tendu.

Ceci fait, il est utile de réévaluer les projets en termes de réalisations possibles, eu égard à l'écoulement du temps depuis le moment auquel les projets étaient au stade du fantasme. L'enfant, par exemple, que l'on destinait à être médecin, a horreur des études ; en revanche il est extraordinairement curieux de la nature et connaît les noms de tous les insectes qu'il invite dans sa chambre... Ou alors on espérait qu'il ferait de la politique, ou de la scène, mais il s'avère extraordinairement timide et il bégaye quand il est ému. Ou alors on voulait à tout prix qu'il reprenne l'atelier

⁵⁵ L'expérience enseigne, en effet, qu'étonnamment, rares sont les parents qui débattent de manière authentique de la manière avec laquelle ils vont s'entraider et pendant combien de temps, en tenant compte des besoins accrus d'un enfant en bas âge puis petit, sans qu'aucun d'eux ne se sacrifie. Rares sont, en particulier, les femmes - qui, souvent, expriment le plus fort un désir d'enfant - qui négocient franchement leur engagement auprès de l'enfant et au foyer dans le mariage, en utilisant les possibilités que leur réservent les art. 164 et 276 CC, redoutant souvent, à raison, de s'entendre dire par leurs compagnons, reculant devant le poids énorme de la responsabilité qui leur est demandée sur tous les plans, que leur désir d'enfanter n'est pas partagé ; et nombreux sont les couples qui, de fait, tiennent par devers eux une comptabilité de tout ce qu'ils font et ont fait pour l'autre et qui leur donnerait un droit de créance à l'égard de l'autre, empoisonnant ainsi leur relation conjugale et minant ses perspectives de bonheur, de renouvellement et d'avenir.

de mécanique automobile de son père, mais il est horriblement malhabile et déteste le cambouis, et d'ailleurs il y a de moins en moins de travail dans la branche.

Puis, les parents seront amenés à redéfinir des buts envisageables concrètement en fonction des capacités et des qualités de leur enfant.

3. Revenir de l'avenir vers le présent

Partant de l'avenir souhaitable pour l'enfant, il convient alors de faire dire aux parents eux-mêmes ce que suppose cet avenir.

Par exemple, l'enfant, passionné par le métier d'avocat, devrait terminer ses études universitaires à 24 ans environ, puis s'acquitter des frais de l'école d'avocature et en suivre les cours pendant 6 mois, puis encore se voir engager dans une étude d'avocats pour y faire un stage de 18 mois, puis enfin passer son brevet d'avocat au mieux à 26 ans. De 24 à 26 ans, il se verra verser un salaire pendant le stage, qu'il faudra peut-être compléter. Il faut donc des ressources pour cela, et si le père de l'enfant atteindra l'âge de la retraite aux 20 ans de l'enfant, il faut qu'il planifie déjà une activité lucrative à exercer après la retraite pendant six ans. Quant à la mère de l'enfant, plus jeune que le père, il faudra qu'elle consente à ne plus recevoir de contribution alimentaire au moment de la prise de retraite du père de l'enfant, pour qu'il puisse continuer à financer les études de celui-ci. Il faudra aussi qu'elle soit rapidement autonome financièrement pour pouvoir prendre le relais du financement des études de l'enfant, et ne pas dépendre de l'entretien de son ex-mari, en cas de perte d'emploi de ce dernier et de diminution de son taux d'employabilité après 50 ans, soit dans 3 ans. Cela signifie qu'il faut qu'elle augmente d'ores et déjà son temps de travail pour pouvoir être autonome financièrement dans 3 années. Donc il faut qu'elle se remette immédiatement à niveau professionnellement, pour arriver à trouver un emploi qui lui permette de bien gagner sa vie d'emblée dans un an, afin de faire face à son engagement aux études de son enfant, à son manque à gagner tant à la prise de retraite du père de l'enfant qu'à sa propre retraite, et pour que sa survie ne dépende pas du père de l'enfant qui travaille dans un secteur touché par le chômage.

4. L'avenir de l'enfant, une gestion de projet

Les buts étant définis, de même que les conditions à réunir pour les atteindre, il convient maintenant de répartir les responsabilités et les tâches entre les parents en termes d'actions et d'objectifs, en étant toujours clairs à propos de ce en quoi lesdites actions tendent aux objectifs fixés, afin d'être, en cas de pannes (et plus les engagements sont grands, plus les pannes sont à leur hauteur), à même d'être souples sur les positions et de trouver des actions de rechange ou de réparation.

Ce qui fonctionne bien dans la gestion de projet, d'expérience, et qui génère le minimum de discussions et de malentendus, c'est la clarté des actions exprimées en termes de « Qui / Verbe d'action / Quoi / Quand / Comment / Où / Combien / Pour Quoi ? », en tenant compte des spécificités des « Qui » et de la relation qu'ils entretiennent entre eux.

Par exemple, il est convenu que l'enfant soit encouragé à lire le soir, qu'il n'aura le droit de regarder la télévision qu'une heure maximum par jour, le week-end et le mercredi, et qu'il ne se couchera jamais après 21h, quel que soit son lieu de sommeil.

Exprimé en termes de « Qui / Verbe d'action / Quoi / Quand / Comment / Où / Combien / Pour Quoi ? », cela donnera : [Mère / enlève / le câble de la télévision / le dimanche soir à 19h / ... / chez elle / ... / pour encourager l'enfant à la lecture] et [Mère / lit avec l'enfant / Crimes et Châtiments / le soir de 20h à 21h / à haute voix / dans la chambre de l'enfant / tous les soirs / pour faire découvrir la littérature à l'enfant].

Et s'il est convenu que l'enfant ira prendre des cours de golf avec son père pour être à l'aise avec les futurs clients que ce dernier espère pour lui, cela donnera [Père / paie / leçons de golf / une heure chaque samedi / de ses propres deniers / au golf club de Cologny / CHF 150 la leçon / pour qu'il soit à l'aise sur un parcours de golf avec des clients fortunés], et ainsi de suite.

5. Elargir le cercle de soutien

Les parents restant des humains normaux, donc truffés de défauts et de qualités, il convient de tableer sur les ressources que peuvent représenter tant ces défauts que ces qualités pour atteindre les objectifs fixés pour l'enfant. Et si des comportements irrépressibles des parents, liés à la relation qu'ils entretiennent, sont susceptibles de mettre en danger l'avènement des buts communs au moment de l'établissement du contrat parental, il est nécessaire qu'ils en prennent conscience et qu'ils ne s'engagent pas à ce qu'ils ne pourront absolument pas tenir (voire même à ce qu'ils s'appliqueront à faire échouer), en n'hésitant pas à faire appel à des tiers pour cela.

Par exemple, il est convenu qu'afin de garder l'intérêt de l'enfant éveillé sur la chose juridique, il serait emmené à la séance de 18h de chaque film à l'affiche sur le sujet, pour qu'il ne se couche pas après 21h le soir dit. Il incombera à la mère d'aller chercher l'enfant chez son père le jour dit à 17h15 au plus tard, car le père a des occupations politiques qui l'occupent le soir. La mère a une irrépressible tendance à arriver partout en retard, ce qui rend fou le père, mais moyennant des efforts conscients, elle arrive à se corriger. La mère a encore une dent contre le père en relation avec les circonstances de la rupture et sait qu'elle ne pourra pas se priver du plaisir de le mettre en colère et de le bloquer à la maison avec son fils en mettant

en danger l'accomplissement de ses obligations politiques qui lui ont coûté son mariage. Elle sait donc qu'elle n'arrivera jamais à l'heure chez le père, c'est plus fort qu'elle. Il est donc décidé que sa propre mère, qui est ponctuelle, ira chercher l'enfant.

De même, si les ressources financières du couple ne permettent pas de financer la prise en charge extra scolaire de l'enfant, il peut être convenu de s'arranger avec des voisins pour qu'ils prennent l'enfant chez eux après l'école, moyennant quoi le père, bricoleur, leur donnera un coup de main pour les menues réparations de leur foyer.

6. Passer du projet au budget de ressources

Les étapes menant à l'accomplissement du projet commun que les parents ont pour l'enfant étant définies, un budget de temps, de ressources externes, et de finances sera établi en additionnant les « Quand », les « Combien » et les « Qui » lorsqu'il ne s'agit pas des parents (appui extérieur en relation d'échange avec une autre prestation promise par l'un des parents). Seront compris, ainsi, dans ledit budget, toutes les actions qui font l'objet d'un accord de mise en commun par les parents. Seront gardées hors budget et attribuées au budget personnel de chaque parent toutes les actions qui divergent des valeurs communes ou de l'objectif commun, que chaque parent reconnaît à l'autre le droit d'engager et qu'il s'engage ainsi à ne pas entraver.

Ceci fait, il sera possible de répartir entre les parents la prise en charge financière des actions qui font l'objet d'un consensus, en proportion des ressources dont chacun dispose sur ce plan, afin de leur permettre à chacun de conserver une autonomie financière suffisante pour allouer une partie du budget à la satisfaction des dépenses dont ils ont la maîtrise exclusive (soit qu'elles les concernent uniquement, soit qu'elles concernent l'enfant et appartiennent au domaine réservé du parent).

7. Répartir les responsabilités et les décisions

Ce n'est qu'une fois établi le budget des ressources exprimées en termes de temps, d'argent, et de soutien extérieur qu'il est utile de passer au crible les décisions qu'il est pratique de prendre en commun et celles qu'il est plus utile de prendre chacun de son côté. Ainsi, s'il a été admis que le père estime nécessaire que l'enfant pratique le golf, afin d'être à l'aise dans les cercles dans lesquels il sera susceptible de rencontrer des clients, et si la mère ne juge absolument pas cela nécessaire voire franchement contre-indiqué, espérant plutôt pour son fils une carrière d'avocat engagé dans la défense des plus faibles – qui en ont bien besoin dans une société qui fabrique de l'exclusion – mais s'il a été admis que chaque parent a le droit d'avoir ses vues propres, divergentes de l'autre à ce sujet, alors il est probable qu'il sera convenu que les leçons de golf seront prises en charge par le père et

n'émargenteront pas au budget commun de l'enfant déterminant le pourcentage de prise en charge de l'entretien de l'enfant en fonction des ressources personnelles des parents. Et il pourra par exemple être admis que la mère, de son côté, financera elle-même, sans émarger au budget commun, la participation régulière de l'enfant au festival des droits humains à Genève et au festival du film documentaire Visions du Réel à Nyon, afin de sensibiliser l'enfant à l'état du monde. Il sera alors convenu que tant la mère que le père conservera une autonomie complète de décision relative à ces activités, sans avoir à en référer à l'autre.

8. Revenir aux principes légaux

Le projet étant ainsi posé et la participation de chacun définie, il conviendra alors de revenir aux principes légaux, et de déterminer qui, en fonction de l'accomplissement du projet convenu, devra avoir la responsabilité de l'enfant au quotidien. Cette décision sera prise en examinant quelles actions sont déterminantes, au moment de l'adoption du projet, pour l'avènement du résultat espéré. Il est ainsi possible de convenir que, si l'enfant est petit et doit se coucher tôt, et si le père est absent le soir en raison de ses activités politiques, il est plus judicieux que l'enfant soit confié à la mère au quotidien. Si en revanche il est adolescent et ne se couche pas avant 22h, et si la mère doit suivre des cours de formation le soir pour se remettre à niveau professionnellement afin d'être autonome financièrement rapidement, il peut être plus judicieux que ce soit le père qui en ait la charge le soir. Il est également judicieux d'avoir le moyen et le long terme en vue, en prenant ce genre de décision. Ainsi il peut être convenu, *a priori*, que c'est la mère qui aura la charge de l'enfant jusqu'à ce qu'il termine son école primaire, et que c'est le père qui prendra le relais à ce moment.

Il conviendra alors de bien expliquer aux parents que c'est le droit de garde qui est ainsi fixé ainsi que la résidence habituelle de l'enfant (art. 276 al. 2 CC et art. 3 let. b CLaH 1996), et de leur indiquer qu'à teneur de la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, le parent qui a ce droit a le droit de changer le domicile de l'enfant sans en référer à l'autre, ce qui peut mettre en péril l'avènement du projet parental convenu. Il conviendra alors d'inclure dans l'accord parental des cautèles à ce droit, afin de ne pas anéantir l'effort consenti par les parents en passant leur accord. On pourra ainsi exclure, dans la convention, la possibilité du parent gardien de changer la résidence habituelle de l'enfant sans avoir averti l'autre parent six mois à l'avance de ce désir, afin de permettre aux deux parents de renégocier leur accord parental en tenant compte de la liberté de mouvement consentie aux parents. On pourra convenir d'un même délai de préavis en cas de changement de domicile du parent non gardien, afin de s'assurer de sa présence et de son soutien conforme à l'accord parental passé.

Il sera en outre nécessaire d'être précis dans la fixation du droit aux relations personnelles du parent non gardien (« Qui » et « Quand »), afin de lui permettre de le revendiquer judiciairement en cas de besoin.

Afin d'assurer l'exécutabilité de l'accord tant en Suisse qu'à l'étranger, il sera ainsi important de fixer avec précision, dans l'accord à passer, la résidence habituelle de l'enfant, le titulaire du droit de garde, le droit de visite convenu, et les mesures prévenant l'éloignement de l'enfant par le parent gardien (par indication de ce que ce type de décision ne peut qu'être pris en commun, par exemple, ou peuvent être prises unilatéralement moyennant un préavis de quelques mois permettant de renégocier la collaboration parentale), afin de permettre ultérieurement la délivrance du certificat nécessaire à permettre la reconnaissance à l'étranger de l'accord parental qui sera entériné par le juge, au sens de l'art. 40 CLaH sur la responsabilité parentale de 1996⁵⁶, indiquant quelle responsabilité parentale précise a été conférée à chaque parent et où est le lieu de résidence habituelle de l'enfant. Ces précisions permettront également à chacun des parents de se plaindre au pénal d'un enlèvement de l'enfant en cas d'arrachement à la résidence principale convenue ou en cas de non présentation de l'enfant pour l'exercice du droit aux relations personnelles du parent non gardien.

9. Assurer une communication efficace

L'accord parental à passer devra contenir des règles relatives à la communication qui soient claires : comment et quand communique-t-on à propos de quel sujet. Il peut ainsi être convenu qu'une communication par sms ou courriel est suffisante pour l'organisation de tous les jours (« l'enfant est malade, que fait-on ? »), mais qu'une communication face à face est nécessaire pour d'autres sujet plus importants pour l'un ou l'autre des parents voire les deux ou sur simple requête de l'un des parents (« l'enfant veut arrêter le golf, il déteste les gens qu'il rencontre au club qu'il trouve snob, il ne veut pas venir à sa leçon » ; « l'enfant ne veut pas passer ses vacances avec son père / sa mère, il veut faire un trek au Népal avec des copains »).

De plus, il sera primordial de convenir de réunions régulières (une fois par trimestre par exemple) entre les parents pour faire le point de manière générale, sur l'état de l'enfant, ce qu'il vit chez chacun des parents, comment il évolue, etc., de manière à ce que, fondamentalement, chacun soit averti du caractère réalisable du projet parental convenu, soit moins surpris des pannes qui vont surgir, et plus apte à modifier la convention dans le sens nécessité par les événements. Les parents seront invités à communiquer, à

⁵⁶ Quand bien même, aux dires de Me KÜNG, avocate auprès de l'Autorité Centrale en matière d'enlèvements d'enfants, l'utilisation de ce certificat pour obtenir l'exécution des jugements concernant les responsabilités parentales n'est encore que rare : qu'à cela ne tienne !

cette occasion, les changements importants survenus dans leurs propres vies, qui peuvent avoir un impact sur leur collaboration et sur l'enfant, afin d'être toujours conscients de l'adaptabilité nécessaire de leurs accords.

10. Gérer les pannes

Comme indiqué précédemment, plus l'engagement parental est grand, plus les pannes seront à leur hauteur. Il convient que les parents en soient conscients, et qu'ils admettent d'emblée qu'il y a chez chacun d'eux un engagement à la bienveillance vis-à-vis de l'autre, à la source de leur accord et de leurs actions destinées à en promouvoir l'accomplissement. Il sied également que les parents soient suffisamment modestes et généreux pour accepter que leurs comportements instinctifs vont certainement entraver les engagements qu'ils prennent – c'est le propre de la nature humaine, et cela n'est absolument pas grave –, et pour convenir de signaler immédiatement les pannes qu'ils ont générées à l'autre parent, afin d'en limiter les conséquences et de convenir de solutions de rechange et de conduites de réparation, selon le principe qui veut que chacun nettoie ce qu'il a créé, et que l'autre aura la gentillesse de détourner le regard pendant ce temps et de ne pas commenter la manœuvre.

11. Convenir de l'adaptabilité de l'accord

Enfin, les expériences conduites à l'étranger à propos des accords parentaux (Canada, USA, Angleterre, Afrique du Sud⁵⁷) enseignent que ceux-ci ont généralement une durée de vie de deux ans.

L'enfant évolue, ses parents aussi, et la vie, capricieuse, fait le reste.

Il convient donc d'inclure dans les accords à passer un engagement à revoir l'accord parental tous les deux ans, afin de l'adapter régulièrement à l'évolution de l'enfant et des situations de chaque parent. Les parents gagneront, au surplus, à insérer dans leur convention un engagement à soumettre à la médiation toute divergence qu'ils ne parviendraient pas à surmonter.

⁵⁷ On notera avec intérêt qu'en Afrique du Sud, les parents désireux d'obtenir un jugement sanctionnant les effets de leur séparation s'agissant des enfants doivent déposer, avec leur requête un « plan parental » qui indique la teneur de leur accord touchant à leur collaboration parentale future. Et accord doit être préparé avec le concours d'un avocat de la famille, un assistant social ou un psychologue. Si les parents ne parviennent pas à s'accorder, ils doivent s'adresser à un médiateur pour obtenir cet accord (art. 33 al. 2 et 3 et art. 34 Children's Act 38 of 2005). L'enfant doit être consulté au cours de la négociation de l'accord, et il doit être informé de son contenu par l'avocat spécialisé dans le domaine de la famille, l'assistant social ou le psychologue requis pour établir le plan parental (Regulation 11). Cf. à ce sujet www.ourlawyer.co.za. Pour l'Angleterre, voir le site de la National Family Mediation www.nfm.org.uk, et, s'agissant de la durée de vie et de l'adaptabilité du plan parental durant toute la dépendance de l'enfant, voir www.theparentconnection.org.uk/co-parenting/children-in-the-middle/children-grow-their-needs-change.aspx.

12. S'engager à la patience

Les parents gagneront à comprendre que leur collaboration durera pendant le temps nécessaire à permettre à l'enfant à devenir un adulte autonome, c'est-à-dire longtemps.

Cette longue vue devrait les inciter à la patience, lorsque les promesses échangées, les engagements tenus et les pannes surmontées ne seront pas couronnées du succès escompté. La vie est longue, certaines graines mettent du temps à pousser, et il faut accepter que certaines plantes ne fleurissent jamais malgré leur exposition au soleil et leur arrosage fréquent. C'est ainsi, et il n'est pas utile de s'en faire le reproche. Il est des choses que l'on ne maîtrise pas ; l'important c'est de tout mettre en œuvre pour permettre le succès des projets conçus ensemble, et c'est qui on est quand on œuvre à cela. Déjà ça, c'est un succès.

B. Obtenir une prise de responsabilité des parents pour leurs enfants : les moyens de parvenir à l'adoption d'un règlement de coparentalité

L'on ne saurait trop insister sur le désengorgement possible de la justice et l'allègement important des services de l'Etat que peut représenter l'énergique refus des juges de laisser les parents entrer dans de longs conflits au sujet de leur séparation lorsqu'ils ont des enfants à élever⁵⁸.

L'Etat, les parents, les enfants, et même les juges (dont la tâche se trouvera alléguée) gagneront ainsi à ce que les parents en conflit soient systématiquement exhortés à soumettre leur litige à la médiation. A cet

⁵⁸ Rappelons qu'à Genève, le 75% des affaires civiles représentent des conflits du droit de la famille : une affaire qui sollicite d'abord le juge des mesures protectrices ira à l'instance supérieure, voire au Tribunal fédéral ; elle passera souvent par le Tribunal tutélaire pour des mesures de curatelle de surveillance du droit de visite à tout le moins, puis à l'Autorité de Surveillance pour les problèmes liés au droit de visite ; elle reviendra occuper le juge du divorce et des mesures provisionnelles pour remonter à l'instance supérieure, voire au Tribunal fédéral ; puis, le jugement rendu, elle ira à l'instance cantonale supérieure avant de remonter au Tribunal fédéral, le tribunal tutélaire étant régulièrement sollicité dans l'intervalle pour des problèmes liés à l'inexécution du droit de visite, voire les instances pénales en cas de violation d'obligation d'entretien ; à cela s'ajoute l'intervention des autres services de l'Etat, régulièrement sollicités dans les conflits aigus : Service de Protection des Mineurs, Service d'Avance et de Recouvrement des Pensions Alimentaires, voire l'Institut de Médecine Légale lorsqu'il s'agit d'ordonner une expertise pédopsychiatrique autour de la garde de l'enfant, les Services Médico-pédagogiques en appui à l'enfant, l'Office des Poursuites chargé du recouvrement des pensions alimentaires ; c'est sans oublier l'intervention des psychologues et psychiatres régulièrement appelés au secours des parents belligérants et des enfants qui vont mal, dont le coût est supporté par les sociétés d'assurance maladie ; voire l'Assurance Invalidité lorsque les belligérants, désespérés de n'être pas entendus, se retrouvent totalement sans ressort et inaptes à fonctionner dans une société à laquelle ils avaient fait allégeance, et qui ne comble pas leur besoin de justice.

égard, l'indication donnée aux parents qu'en plaçant leur enfant au cœur de leur conflit, ils prennent le risque que ce dernier coupe, plus tard, tout contact avec eux ; ne vienne plus à aucune de leurs fêtes familiales et religieuses ; et ne leur rende pas visite quand ils seront en EMS ; et qu'ainsi ils soient laissés dans la solitude la plus complète au crépuscule de leur vie, peut amener les parents à porter leur regard sur la vie qui les attend au-delà de leur conflit.

Il est cependant certains parents qui souffrent tellement, ou qui sont tellement en colère qu'ils sont incapables de commencer à envisager le point de vue de l'autre parent (c'est le risque de la médiation) voire de l'autre quel qu'il soit, fut-il leur enfant, tout centrés qu'ils sont sur leur problème ; ils comptent sur la justice pour leur servir de bras armé pour punir, voire, idéalement, tuer psychiquement l'autre parent. Il est aussi des parents qui ne sont pas tant en colère que froidement calculateurs et prêts à tout pour obtenir un maximum, sur le plan financier, dans la procédure initiée, quel que soit l'intérêt de leur enfant, finalement.

Ces parents rétifs à s'accorder et à faire des concessions n'hésitent pas à abreuver les juges d'écritures remplies de salissures au sujet de l'autre, afin – par le choc des écrits lus – de provoquer chez ces juges des réactions humaines, instinctives, de dégoût pour l'autre partie, qui auront un impact naturel sur la conduite de la procédure et le jugement à rendre ; cela alors que toute notion de faute a été évacuée des procédures relatives au démariage depuis l'an 2000. Il n'est pas rare alors de lire des écritures d'avocat sémantiquement orientées vers le dénigrement, l'insulte, voire même la diffamation et la calomnie.

De la posture qu'adopteront le juge et l'avocat de l'autre parent dépendra alors le cours de nombreuses vies.

Si tous deux acceptent de lire les horreurs qu'on leur relate sans sourciller, si l'avocat ne demande pas immédiatement que les allégations diffamatoires et insultantes soient retirées des écrits déposés en justice, et faute de le requérir ou d'obtenir satisfaction, ne dépose aucune plainte pénale contre leur auteur et accepte d'y répondre ; si le juge ne convoque pas immédiatement les parties et leurs conseils pour les exhorter à la mesure et à la dignité, le conflit va devenir sanglant et les liens familiaux – qui sont destinés à perdurer au-delà du conflit et même par-delà la mort des belligérants – seront irrémédiablement atteints. L'enfant de ces parents va devoir pousser sur les décombres fumants du conflit, en endossant sans aucun soutien la responsabilité de tout ce qui n'aura pas été nettoyé entre ces parents qu'il aura perdus dans la bagarre : c'est lui qui va généralement devoir organiser ses relations personnelles avec le parent non gardien, qui va décider d'ôter à ses parents toute possibilité (pour éviter des discussions

orageuses à son sujet) d'avoir à se parler, donc d'avoir à décider quoi que ce soit ensemble qui le concerne, qu'il va gérer tout seul, et cela, même et en ce qui concerne les décisions importantes touchant à l'autorité parentale. Bon nombre de ces enfants esseulés se retrouveront en train de créer, plus tard, des liens de dépendance censés leur apporter une sécurité trop tôt perdue (addictions, adhésion à des mouvements de type sectaire, relations affectives étouffantes pour le développement personnel, etc.). Et bon nombre deviendront difficilement aptes à fonctionner adéquatement en lien avec les autres (emploi, famille, amis), persuadés qu'ils ne peuvent s'en sortir que tous seuls, qu'ils ne peuvent compter sur personne.

L'intérêt supérieur de l'enfant commande donc que les juges d'abord adoptent une autre posture en présence d'écritures annonciatrices d'un conflit important.

C'est pourquoi il est recommandé qu'ils n'hésitent pas à appliquer systématiquement, *mutatis mutandis*, la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF, 5A_457/2009), qui indique que la disposition de l'art. 307 al. 3 CC habilite l'autorité tutélaire notamment à donner une instruction portant sur le suivi d'une thérapie, et qu'elle constitue dès lors également une base juridique suffisante pour ordonner une médiation⁵⁹.

Et si la médiation échoue, alors les juges seront bien inspirés d'ordonner le suivi d'une thérapie aux belligérants, toujours par application de l'art. 307 al. 3 CC. A cet égard, la jurisprudence du Tribunal fédéral en la Cause 5A_140/2010 du 11 juin 2010 mérite d'être mise en exergue : dans cette affaire, Tribunal fédéral a admis qu'il soit ordonné à la mère détentrice de l'autorité parentale, de suivre une thérapie auprès d'un thérapeute spécialisé dans le Parental Alienation Syndrom (PAS) sous la menace des peines de l'art. 292 CP.

Il convient en effet qu'à la faveur de l'intervention du juge, de la médiation ou de la thérapie ordonnée, les parents soient amenés à prendre conscience de ce que leur enfant fait partie des *sacra*⁶⁰, soit d'objets symboliques qui ne peuvent être ni vendus ni échangés, mais qui, précisément car ils ne peuvent l'être, ont justifié et continueront à justifier et à donner de la valeur à l'économie des dons et contre-dons qui s'est instaurée en leur nom entre leurs parents, indéfiniment liés entre eux par leur enfant. Et afin de tenter de perpétuer, entre les parents belligérants, cette alliance familiale créée par la venue de l'enfant, le juge gardera à l'esprit qu'il suffit de déclencher chez

⁵⁹ Et cela, malgré le récent arrêt rendu par le Tribunal fédéral 5A_72/2011 le 25 juillet 2011, dans une affaire dans laquelle le père paraissait exiger une médiation uniquement destinée à le faire entendre, alors qu'il semblait peiner à manifester l'élémentaire respect dû à la mère et à l'enfant.

⁶⁰ Lire à ce sujet GODELIER, L'énigme du don, Paris, 2008, not. p. 43.

l'une des parties le premier don, pour que le contre-don arrive, et que les dons s'enchaînent entre parents perpétuellement obligés l'un envers l'autre, car « *ce qui oblige à donner, c'est que donner oblige*⁶¹ ».

En outre, les juges gagneront, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, à faire une application forcenée de la maxime d'office illimitée qui s'applique à toutes les procédures touchant aux enfants, et, ainsi de l'art. 6 CEDH en traitant les cas de maltraitance judiciaire – car c'est ainsi qu'il convient d'appeler, à notre sens, les procédures sanguinaires qui leur sont infligées par les plaideurs – en s'efforçant de donner à la conduite de ces procédures un tour rapide visant à l'adoption d'un règlement de coparentalité à ratifier judiciairement. Il ne faut pas qu'ils hésitent à ordonner immédiatement, à réception d'écritures incendiaires, aux parents de suivre une médiation visant à la passation d'un accord parental touchant aux enfants, et il convient qu'ils leur fixent des délais soutenus pour ce faire (séances hebdomadaires, délai maximal pour la production de l'accord de quatre mois, reconvoque des parties en comparution personnelle quatre mois après l'ordonnance de médiation, la cause n'étant pas suspendue, puisque la médiation ne porte que sur l'un des effets accessoires de la séparation conjugale : le sort de l'enfant).

Le dispositif d'une telle ordonnance rendue *ab initio* pourrait ainsi revêtir la forme suivante :

- « 1. Ordonne une médiation familiale sur la base de l'art. 307 al. 3 CC, visant à permettre dès que possible l'adoption par les parents de Z (*enfant*), né le (à compléter), d'un règlement de coparentalité fixant les modalités de leur prise en charge de l'enfant ;
2. Ordonne que cette médiation familiale fasse l'objet de séances suivies à raison d'une fois par semaine au minimum, et impartit aux parents un délai de quatre mois pour lui faire parvenir le règlement de coparentalité qu'ils auront passé ;
3. Ordonne ainsi à Monsieur X et à Madame Y de soumettre à la médiation ordonnée sous chiffre 1 et de se rendre aux séances avec la régularité indiquée sous chiffre 2, sous la menace des peines prévues à l'art. 292 CP ;
4. Nomme un médiateur en la personne de ... (*à compléter avec adresse, téléphone et adresse électronique pour faciliter la prise de contact par les parents ; le juge aura eu soin au préalable de contacter le médiateur pressenti pour s'assurer de sa disponibilité immédiate*) ;
5. Ordonne à Monsieur X et à Madame Y de prendre contact entre le (date à préciser, comptée quatre jours après la date de l'ordonnance) et le (date à préciser, comptée sept jours après la

⁶¹ GODELIER, op. cit., 24 s.

- date de l'ordonnance) avec le médiateur désigné aux fins de convenir d'une première séance qui devra avoir lieu dans les quatorze jours à compter de la présente ordonnance ;
6. Confie au médiateur nommé un droit de regard et d'information, au sens de l'art. 307 al. 3 CC, lui donnant le droit et le devoir de s'assurer que la médiation familiale ordonnée au sens du chiffre 1 ci-dessus a lieu, et suit son cours avec la régularité ordonnée au chiffre 2 ci-dessus, et lui impartit la mission d'adresser au (juge ou autorités de tutelle compétentes) un rapport mensuel indiquant les dates des séances et les personnes qui y ont participé, ainsi que les séances manquées par l'un ou l'autre des parents ;
 7. Confirme que le médiateur nommé conserve pour le surplus le droit à garder le secret professionnel le plus absolu sur le contenu de la médiation ;
 8. Dit que les honoraires du médiateur seront pris en charge par moitié par les parents ;
 9. Condamne les parents à verser en mains du tribunal une avance de CHF... au titre d'avance de frais de la médiation ;
 10. Dit que les honoraires du médiateur suivront le sort des frais et dépens de la cause ;
 11. Dit que la présente ordonnance de mesures provisionnelles est exécutoire nonobstant recours ;
 12. Condamne ... aux frais de la présente ordonnance, qui comprendra un émolument de décision de ... ;

Cela fait,

13. Convoque les parties à une audience de comparution personnelle qui aura lieu le (*date à fixer dans la quinzaine de jours qui suivent l'écoulement du délai fixé aux parties pour déposer leur règlement de coparentalité en mains du tribunal*), dans le but de passer en revue le règlement de coparentalité à ratifier.».

Si les parents ne sont pas mariés, le juge conciliateur qui reçoit une requête au ton incendiaire gagnera à ordonner l'apport du dossier de l'enfant aux autorités tutélaires compétentes pour se faire une idée complète de la situation, à prendre contact avec ces autorités aux fins de coordonner leurs actions, et à convenir avec cette autorité qu'elle sursoie à statuer sur l'autorité parentale et les relations personnelles jusqu'à ce qu'il ait pu tenter le miracle d'un accord parental sur les questions financières doublé d'un accord sur l'autorité parentale et les relations financières, qu'il conviendra alors de faire ratifier, lui, par les autorités tutélaires compétentes. Il est certain que, pour ce genre de miracles, une formation à la médiation des juges conciliateurs est indispensable.

L'adoption d'une telle systématique dans le traitement des dossiers touchant au sort des enfants aurait, à notre sens, le mérite d'aligner les pratiques judiciaires sur les injonctions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme⁶².

Enfin, les juges et les autorités tutélaires compétentes, recevant des écrits incendiaires d'un avocat d'une partie, ne devront pas hésiter à signaler à l'Autorité Cantonale Disciplinaire compétente et au Conseil de l'Ordre des Avocats du barreau concerné tout manquement à la loi et à la déontologie qui pourrait avoir été commis par l'avocat auteur dudit écrit, voire à dénoncer au Ministère Public toute infraction au Code pénal qui aurait pu avoir été commise par la partie représentée par ledit avocat, voire par ledit avocat lui-même.

Il convient, en effet, que tous les intervenants au conflit familial soient constamment rappelés à la teneur de l'art. 272 CC, et témoignent aux parties et aux enfants des parties, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille, en ayant à l'esprit que la résolution du conflit doit tendre au maintien et non à la rupture des liens familiaux, dans l'intérêt bien compris de chaque membre de la famille, même s'il n'est pas perceptible immédiatement.

C. Encourager l'engagement parental et faire face aux pannes : la ratification du règlement de coparentalité par le juge après essai concret pendant une durée adaptée à la situation, et la surveillance de son respect

Le règlement de coparentalité étant enfin couché sur le papier et adressé au juge pour ratification, le juge du divorce gagnera à donner d'office à son jugement de ratification la valeur d'un jugement rendu sur mesures provisionnelles (art. 276 al. 1 CPC), dont la confirmation sera effectuée dans le jugement de divorce, une fois que le règlement aura été mis à l'essai pendant quelques mois (le temps de la procédure en divorce), afin d'en permettre l'ajustement à la réalité de ses signataires. Il gagnera à reporter alors de quelques mois le prononcé du divorce à l'échéance du délai fixé aux parents pour tester l'adéquation de leur accord, afin d'éviter d'être saisi rapidement d'une requête de modification du jugement de divorce, par un dispositif du type « *Dit qu'à défaut de recevoir d'ici au... une requête des parties tendant à la modification du règlement de coparentalité passé le..., le divorce sera prononcé conformément aux conclusions concordantes des*

⁶² Examen systématique par le juge de l'intérêt pour l'enfant du maintien (en cas de divorce) ou de l'octroi (couples non mariés) de l'autorité parentale conjointe, même en cas de refus du parent gardien, en application de la jurisprudence de la CourEDH (*Zaunegger c. Allemagne* et *Sporer c. Autriche*), cas échéant à l'aide d'un curateur, nommé en application de l'art. 308 al. 2 CC, chargé de surveiller l'exécution du règlement.

parties ». Afin de ne pas péjorer la situation de prévoyance de celles-ci en raison du report du jugement, les avocats des parties seront bien avisés de convenir de retenir la date du dépôt des conclusions d'accord des parties comme date déterminant le partage de la prévoyance accumulée pendant le mariage.

Si le règlement de coparentalité est soumis au juge des mesures protectrices de l'union conjugale, le caractère sommaire de cette procédure (art. 271 let. a CPC) et le fait que la décision n'acquerra qu'une autorité de la chose jugée limitée (sauf pour la séparation de biens)⁶³, devrait inciter le juge à le ratifier sans période de surveillance, et les parties à ne pas hésiter à revenir vers le juge pour toute modification nécessitée par les réflexions que leur aura inspirées la mise en pratique de l'accord.

Enfin, si le règlement de coparentalité est soumis au juge conciliateur par des parents non mariés, ce dernier pourra parfaitement surseoir à l'entériner, en laissant aux parents le temps nécessaire à la mise en pratique nécessaire à l'affiner, étant tenu par un délai maximal d'un an pour rendre son jugement, comme déjà dit (art. 203 al. 4 CPC).

L'intérêt de surseoir à entériner immédiatement un règlement de coparentalité réside à notre sens dans le fait qu'ainsi l'intérêt supérieur de l'enfant sera examiné *in concreto*, par application de la maxime d'office illimitée pour toutes les questions qui touchent à son sort, si l'enfant est entendu après la période d'essai du règlement, et s'il lui est donné connaissance des décisions judiciaires qui vont être prises à son sujet à cette occasion, ce qui le rassurera sur son sort. Nous y reviendrons.

Si le juge ou les autorités tutélaires compétentes reçoivent une requête commune des parents tendant à faire entériner leur accord touchant à l'enfant, ce dernier aura tout à gagner à ce que le juge pousse plus loin ses questions usuelles aux parents (« Vous voyez régulièrement l'enfant ? Tout se passe bien ? Vous arrivez à collaborer ? ») et qu'il les questionne sur l'enfant (« Concrètement, comment va-t-il ? Qu'est-ce qu'il fait ? Qu'est-ce qu'il aime et n'aime pas ? Quels problèmes lui ont posé la séparation parentale ? Comment ont-ils été résolus ? Que faites-vous quand vous êtes avec lui ? De quelles tâches êtes-vous chargé, chacun ? Quelles valeurs voulez-vous lui inculquer ? Etes-vous d'accord de laisser l'autre parent inculquer des valeurs auxquelles vous n'adhérez pas en partant du principe qu'il a aussi le droit de les transmettre ? Quels sont les sujets de désaccord que vous avez à propos de l'enfant ? Comment les réglez-vous au quotidien ? Comment communiquez-vous à propos de l'enfant ? Vous voyez-vous régulièrement à son sujet pour faire le point concernant son éducation

⁶³ HOHL, op. cit., n. 1904.

et son épanouissement ? » etc.). Les parents seront ainsi amenés à identifier ce à quoi ils n'ont pas pensé et à compléter leur règlement de coparentalité, dans l'intérêt tant de tout le monde : des parents qui anticipent des futurs conflits et qui décident de la manière de les résoudre ; de l'enfant à qui ces conflits seront évités ; et de la justice qui ne reverra plus ces parents, se ce n'est au moment où ils reviendront avec un règlement de coparentalité complet, susceptible d'être entériné par le juge.

Dans l'hypothèse, maintenant, où le juge constate que le règlement de coparentalité a été conclu à l'arraché, avec beaucoup de concessions faites dans la douleur de part et d'autre, il sera sage d'ordonner sa surveillance par le Service de Protection des Mineurs pendant une durée déterminée⁶⁴, par application de l'art. 308 al. 2 CC, le curateur de surveillance des relations personnelles ayant pour mission de signaler aux autorités tutélaires dont il dépend tout manquement audit règlement qui indique qu'il est inadéquat à régler paisiblement les relations parentales et filiales.

Afin de faciliter la tâche du curateur de surveillance, il pourrait être souhaitable également de lui conférer un droit de regard et d'information au sens de l'art. 307 al. 3 CC, à concevoir comme un droit de recevoir des parents un rapport régulier sur le mode de fonctionnement de leur règlement de coparentalité, et comme un devoir de signaler à l'autorité judiciaire ou tutélaire compétente le besoin d'adapter le règlement de coparentalité ou d'adopter d'autres mesures.

Enfin, dans le but d'éviter d'encombrer la justice civile et tutélaire déjà surchargée, il serait efficace de nommer aux fonctions de curateur de surveillance doté d'un droit de regard et d'information une personne formée à la médiation familiale à la fonction de « personne qualifiée » : recevant des « plaintes à propos de ce qui est », ce curateur formé pourra ainsi plus facilement inviter les parents à les transformer en « désirs de ce qui devrait être » et ainsi à les aider à adapter leur règlement dès que des problèmes récurrents auront été débusqués, et à les inviter à faire ratifier leurs modifications au règlement initial par le juge ou les autorités tutélaires compétentes.

Ainsi le dispositif d'un jugement entérinant un règlement de coparentalité pourrait être ainsi libellé en cas de conflit aigu antérieur nécessitant la surveillance de l'exécution du règlement :

⁶⁴ L'expérience enseigne qu'en général les situations très conflictuelles destinées à se résoudre se calment après environ deux ans à compter de la séparation parentale, et qu'il faut au minimum un an aux parties pour absorber les retours de flamme de leur procédure contentieuse, une fois qu'elle a été portée à son terme ; c'est une période critique au cours de laquelle elles sont tentées de rallumer le conflit judiciaire.

- « 1. Ratifie le règlement de coparentalité passé le... par ... concernant l'enfant Z (*note : il conviendra de ratifier autant de règlements qu'il y a d'enfants, les besoins de chacun étant différents*), annexé au présent jugement dont il fait partie intégrante ;
2. Ordonne une mesure de curatelle de surveillance de l'exécution dudit règlement au sens de l'art. 308 al. 2 CC ;
3. Nomme à cet effet (*nom du médiateur, avec adresse, téléphone et adresse électronique afin de faciliter le contact avec les parents ; le juge fera bien de contacter au préalable le médiateur pressenti, afin de s'assurer de sa disponibilité pour assurer la mission impartie*) ;
4. Ordonne pour une durée échéant le (*à compléter : il est suggéré de garder la mesure en vigueur pendant un an après le jugement, l'expérience enseignant que c'est dans les douze mois qui suivent un jugement mettant un terme à une procédure difficile que les effets de boomerang les plus forts se font sentir et que les éventuelles mesures de rétorsion sont prises par le ou les parent(s) insatisfait(s) de la situation, qui peuvent donner lieu à une nouvelle procédure judiciaire*) et confie au médiateur désigné sous chiffre 3 ci-dessus une mission de médiation et un droit de regard et d'information, au sens de l'art. 307 al. 3 CC, lui donnant le droit et le devoir :
- de s'assurer, de manière hebdomadaire pendant un mois à compter du présent jugement, puis de manière mensuelle pendant un an à compter du présent jugement, que le règlement de coparentalité est respecté par les parties ;
 - de s'entremettre auprès des parties afin de les aider à adapter ledit règlement de coparentalité dans la mesure nécessitée par l'intérêt supérieur de l'enfant à voir ses parents collaborer harmonieusement autour de lui ;
 - de signaler au (*tribunal ou autorités tutélaires compétentes*) tout besoin d'adapter le règlement de coparentalité ou d'adopter d'autres mesures ;
5. Dit que les honoraires du curateur seront pris en charge par moitié par les parties ;
6. Délie dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission telle que définie sous chiffres 2 à 5 ci-dessus, le médiateur nommé aux fonctions de curateur de son secret professionnel ».

D. Trancher dans le vif : l'intervention active du juge pour régler les situations de conflits aigus et préserver l'enfant

Il est évidemment des situations dans lesquelles, nonobstant tous les efforts déployés par les intervenants au conflit familial (juge, médiateurs, avocats), aucun accord n'arrive à chef : les parents semblent tenir absolument à

purger leur conflit personnel judiciairement, et cela sur tous les plans, au risque de faire dépendre de la résolution d'autres effets accessoires compliqués la question du sort de l'enfant et de la participation de ses parents à sa prise en charge, notamment sur le plan financier.

Afin d'enlever l'enfant de la partie la plus aiguë du conflit, il est suggéré que les juges adoptent la pratique du Roi Salomon et tranchent dans le vif⁶⁵.

Il leur est ainsi suggéré, en cas de conflit aigu ou, comme c'est fréquent hélas, d'allégation d'abus physiques, psychiques ou sexuels perpétrés sur l'enfant, d'ordonner, pour les protéger, le placement temporaire des enfants au cœur du conflit parental selon l'art. 274a CC, aux frais des parents, chez un grand-parent par exemple, ou un proche de la famille, après avoir entendu l'enfant et l'avoir questionné sur les personnes avec lesquelles il s'entend le mieux, et ce, avec limitation correspondante du droit de garde selon l'art. 301 al. 1 CC, voire retrait temporaire de l'autorité parentale selon l'art. 311 al. 1 ch. 2 CC, jusqu'à adoption d'un règlement de coparentalité ou jusqu'au jugement. Ils ne le feront évidemment que si les parents refusent absolument la médiation ordonnée en tant que mesure de protection de l'enfant, ou font tout pour éviter qu'elle ne donne des résultats, en ayant à l'esprit la jurisprudence du Tribunal rendue à cet égard : « *Si, a priori, les mesures prévues aux art. 307, 308 et 310 ne suffisent pas à protéger les enfants, il y a lieu de prononcer immédiatement la déchéance, estimée nécessaire, de l'autorité parentale (ATF 90 II 471 = JdT 1965 I 351 ; ATF 96 II 69 = JdT 1971 I 563).* ».

En tout état de cause, il ne faut pas oublier que les enfants sont des buvards, et que lorsque le conflit fait rage dans leurs foyers, ils en absorbent toute la violence. Une mesure d'éloignement temporaire ne pourra que les préserver quelque peu et pourra produire sur les parents un choc susceptible de les réveiller. Et si l'éveil ne se produit pas, alors le juge sera convaincu qu'il convient de prendre des mesures de protection adéquates pour préserver les enfants.

En cette matière, l'engagement des juges à la célérité et à l'efficacité par une application forcenée des art. 6 et 8 CEDH et 3, 5, 8, 9, 12, 16, 18, 20, 24 CUDE en s'inspirant des principes de la LF-EEA ne pourra qu'accélérer l'avènement de solutions plus paisibles et à la restauration rapide de rapports respectueux dans la famille, une fois le conflit passé.

⁶⁵ La Bible, I Rois 3, versets 16 à 28 : lors d'une dispute portant sur l'attribution d'un enfant entre deux femmes qui affirmaient en être mères, le roi Salomon ordonna qu'on lui apportât une épée et dit « coupez en deux l'enfant vivant et donnez-en une moitié à l'une et une moitié à l'autre ». L'une des femmes s'étant émue de ce jugement supplia le roi de ne pas tuer l'enfant et de l'attribuer à l'autre femme, ce qu'entendant, le roi décréta que c'est à la femme émue qu'il convenait d'attribuer l'enfant.

E. Délester l'enfant du conflit

Référence étant faite à la perception qu'a l'enfant du conflit parental, et de sa durée, qui peut être beaucoup plus longue que celle du conflit judiciaire, il apparaît très important de systématiser son audition, par application de l'art. 298 CPC, et ce quel que soit son âge, et nonobstant l'ATF 131 III 553 = JT 2006 I 83 et ATF 133 III 553 indiquant qu'en principe les enfants doivent être entendus dès qu'ils ont 6 ans révolus seulement, et nonobstant l'ATF 133 III 553 affirmant qu'ils doivent l'être en principe dès l'âge de 11 ou 12 ans dans le cadre de la procédure de retour selon la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.

L'enfant a besoin d'être informé de ce qui se passe par un tiers neutre, d'être rassuré par une personne qui a un impact sur la solution (le juge idéalement), et d'être écouté.

Il a aussi besoin d'avoir un contact avec la réalité, pour quitter ses propres représentations de celle-ci, de savoir quel espoir nourrir et quel espoir abandonner. Il doit entendre qu'aucune solution miracle ne sortira de la justice, et que seuls ses parents peuvent la lui donner, mais que la justice s'emploie à aider ses parents à trouver la meilleure solution pour lui dans la situation présente. Il doit aussi comprendre que, si à l'avenir les choses ne se passent pas bien pour lui, il a des recours possibles à des aides diverses et qu'il n'est pas laissé à l'abandon dans une situation qui pourrait être ou devenir désespérante pour lui.

Enfin, il doit comprendre que, quoi qu'il dise, ce n'est pas lui qui décidera de la suite des événements, tout ce qu'il a à faire, c'est grandir ; ses parents sont assez grands pour s'occuper d'eux-mêmes et assez forts pour s'occuper de lui, même dans la peine. C'est dans ce contexte que le juge gagnera à entendre l'enfant une fois que le règlement de coparentalité a été passé, pour vérifier son adéquation avec l'impression qu'il peut se faire de l'enfant, en profitant de cette rencontre pour communiquer à l'enfant le dispositif du jugement en préparation. L'on sait que les juges rechignent à ce genre de tâche, persuadés qu'ils ne sont pas formés pour cela et qu'ils risquent de faire plus de dégâts qu'autre chose en se risquant à l'exercice. Rien n'empêche, pourtant, le juge d'entendre l'enfant en compagnie d'un représentant du Service de Protection des Mineurs, dès lors que les tâches de ce dernier (évaluer les situations familiales) lui sont conférées par le juge. Il faut juste oser. Certains juges genevois s'y risquent, se créant ainsi des accès privilégiés au dénoyautage de conflits conjugaux qui auraient, sans cela, empoisonné leurs chambres pendant des mois.

A cela s'ajoute que si la représentation de l'enfant a été ordonnée – et elle devrait l'être obligatoirement en cas de conflit parental aigu, quel que soit le

statut des parents de l'enfant nonobstant le texte de l'art. 299 al. 2 CPC qui ne la réserve qu'aux enfants de parents mariés, afin d'apporter un regard de tiers sur la situation -, l'audition de l'enfant et la communication à l'enfant de la décision qui le concerne, par application de l'art. 301 let. b et c CPC pourrait parfaitement se faire lors de la même audience, à laquelle pourrait assister le curateur nommé à l'enfant.

F. L'intervention active du juge pour régler les conflits ne concernant pas l'enfant

L'expérience enseigne qu'en cas de rupture, les parents ont peine à distinguer en eux les rôles et les statuts qu'ils ont assumés par le passé (concubins, époux, parents, voire parfois associés) : chacun n'est qu'un et indivisible, et les sentiments liés à la séparation envahissent tous les secteurs.

C'est ainsi que, pour voir couronné de succès son engagement à faire passer à ces parties un règlement de coparentalité, le juge gagnera à les aider à gérer les autres aspects de leur vie séparée de manière aussi efficace. Son action devra tendre à les aider à les amener à distinguer les conflits liés à la séparation affective et/ou juridique (qui concernent le passé) des conflits parentaux (qui concernent l'avenir), en faisant comprendre aux partenaires que leur famille survivra à leur séparation ; qu'il convient de nettoyer le passé en compensant l'impact que les choix communs ont pu avoir sur l'autonomie financière, sur la carrière professionnelle, sur les perspectives de retraite, ou sur tout autre plan, de l'un et/ou l'autre des parents. Ce faisant, le juge aidera les parties à reconnaître la partie des choix qu'elles ont fait qui ne sont pas communs, et qui ne nécessitent donc aucune compensation de l'autre partenaire.

Le but est ainsi de favoriser la transition des partenaires du passé, soit d'une dépendance du couple autonome et maître de la dynamique et de l'organisation de ses liens (art. 159 al. 2 et 3, 162, 163, 164 CC, en cas de mariage préexistant, art. 276 à 278, 285 et 286 CC s'agissant de l'enfant), à l'avenir, qui doit tendre à une autonomie personnelle (art. 125 CC en cas de mariage préexistant, sinon art. 530 ss CO à envisager pour l'avenir) à l'intérieur d'un binôme parental fonctionnel (art. 272, 273 al. 2, 274 al. 1, 296 à 298a, 125 al. 2 ch. 6, 276, 285 et 286 CC).

Il s'agira ainsi d'inviter les partenaires à passer un contrat d'entraide axé sur l'avenir désirable pour chacun et pour l'enfant dont ils ont la charge. Dans la mesure où les partenaires seront déjà à l'œuvre dans la négociation d'un règlement de coparentalité tourné vers l'avenir, ils pourront être engagés à le doubler d'un contrat d'entraide du même tonneau, dans lequel sont posés les

faits du passé (répartition des rôles, choix communs et non communs⁶⁶ s'agissant de l'autonomie financière et des perspectives professionnelles futures de chacun) du présent (impact concret que les choix du passé ont sur la capacité de gain de chaque parent en dehors du foyer) et de l'avenir (compensation par solidarité des effets des choix communs sur le manque d'autonomie financière du parent qui a mis son activité lucrative de côté pour vouer ses soins au but commun, l'enfant, et assurer le côté fonctionnel et agréable de la vie en commun ; aide mutuelle afin de propulser le parent devenu économiquement dépendant vers l'indépendance professionnelle et financière, par le biais d'une formation financée par l'autre, d'un temps de présence auprès de l'enfant accru pendant que l'autre poursuit sa formation, etc.).

Cette opération pouvant s'avérer aussi difficile pour le juge, en présence de parents belligérants, que celle qui consistait à tenter d'obtenir un accord de ces parents touchant au sort des enfants, le juge gagnera à tout d'abord exhorter systématiquement les parents à la médiation selon les art. 213 ss et 297 CPC, et à rappeler qu'elle sera gratuite si les parties ne disposent pas des moyens nécessaires en vertu de l'art. 218 al. 2 CPC .

En cas de réticence à la médiation des partenaires belligérants ; le juge gagnera à ordonner une médiation *ab initio* pour aboutir à un accord sur les effets accessoires de la séparation (divorce ou fin de concubinage) qui ne concernent pas l'enfant, dite ordonnance étant néanmoins comprise comme une mesure de protection et d'éducation de l'enfant (mesure d'assistance éducative selon l'art. 307 al. 3 CC), lequel doit pouvoir apprendre que dans le monde adulte il est possible de réguler ses conflits et d'y trouver, dans le respect de l'adversaire, des solutions acceptables s'appuyant sur la collaboration de chacun.

Par identité de motifs, si d'emblée la médiation ordonnée s'avère inutile vu la pathologie des liens, le juge ne devra pas hésiter à ordonner une thérapie selon l'art. 307 al. 3 CC partant du principe que les liens étant, eux aussi, uns et indivisibles, ils sont les mêmes dans la relation conjugale que dans la

⁶⁶ Exemples de choix communs : Madame arrête de travailler pour s'occuper de l'enfant dès la naissance et jusqu'à ce qu'il commence l'école enfantine, à 4 ans. Monsieur exerce une activité lucrative à l'extérieur du foyer pour pourvoir à l'entretien de la famille. Choix non communs : Madame ne reprend pas son activité professionnelle quand l'enfant entre à l'école enfantine contrairement à ce qui était convenu et ne s'inscrit pas aux cours de recyclage nécessaire dans la branche pour améliorer ses perspectives d'emploi. Monsieur ne saisit pas le juge d'une requête par application de l'art. 172 al. 1 et 2 CC car il tient à son mariage et ne veut rien faire qui puisse y jeter la discorde, il fait donc le gros dos et attend. La jurisprudence a tendance à considérer dans ce cas que, puisque Monsieur ne s'est pas plaint judiciairement des manquements de son épouse à la parole donnée, il a acquiescé à cette répartition des tâches et qu'il s'agit donc d'un choix commun, en vertu de l'adage qui veut que « qui ne dit mot consent ».

relation parentale et qu'il convient de les soigner tout aussi globalement, si l'on entend éviter à l'enfant d'avoir auprès de lui des parents qui sont sempiternellement en conflit, car l'enfant croira évidemment que ces conflits le concernent, puisqu'ils affectent sa qualité de vie auprès de parents toujours en colère.

Dans ce contexte aussi, les juges gagneront à engager les avocats des parties à la collaboration dans l'intérêt de leurs clients et du maintien de la famille (dont les membres se doivent aide, égards, respect dus en vertu de l'art. 272 CC). C'est ainsi, comme déjà dit plus haut, qu'ils ne devront pas hésiter, en présence d'écrits incendiaires d'un avocat d'une partie, à signaler à l'Autorité Cantonale Disciplinaire compétente et au Conseil de l'Ordre des Avocats du barreau concerné tout manquement à la loi et à la déontologie qui pourrait avoir été commis par l'avocat auteur dudit écrit, voire à dénoncer au Ministère Public toute infraction au Code pénal qui aurait pu avoir été commise par la partie représentée par ledit avocat, voire par ledit avocat lui-même.

Il convient, de rappeler avec force, à ce sujet, que tous les intervenants au conflit doivent être rendus attentifs à la teneur de l'art. 272 CC. Ils doivent eux aussi respecter le droit à la vie de famille de chacun de ses membres, en témoignant aux parties et aux enfants des parties, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille, en œuvrant au maintien absolu et non à la rupture de liens familiaux qui ne sont pas les leurs, et qu'ils gagneraient à ne pas commenter comme s'ils les avaient vécus.

Les avocats seront ainsi incités à exhorter leurs propres clients à plus de modestie et d'intelligence stratégique dans leurs instructions de combat, et à adopter des conduites inspirées plus par le jeu de go (où il s'agit de négocier le territoire de vie le plus large possible pour son mandant) que le jeu d'échecs (visant à la destruction de l'adversaire).

L'on ne saurait clore ce chapitre sans exhorter également les juges et les autorités tutélaires à une application forcenée des art. 6 et 8 CEDH : par la conduite énergique des procédures touchant à la séparation, soit principalement (procédures matrimoniales) soit de manière larvée (dans les procédures concernant l'exercice des droits parentaux initiées devant les autorités de tutelle), ils contribueront à transformer ce qui apparaît comme un grand rituel judiciaire de la séparation, auquel on doit donner autant de lustre et de faste qu'à celui du mariage, en territoire de négociation de l'avenir qui se prépare pour chacune des personnes concernées par la procédure.

En amenant les parties à se détourner du passé pour aborder l'avenir qui les attend, nul doute que le travail créateur du juge gagnera en intérêt et en plaisir : celui d'avoir contribué avec force et sagesse à la régulation de

conflits animant des gens qui se sont choisis, et qui ont tant projeté ensemble sur l'avenir qu'ils ont procréé.

V. CONCLUSION

La régulation des conflits touchant aux droits parentaux par la préservation des projets (les enfants) qui perdurent, dans le respect des divergences des parents, en n'acceptant pas de les laisser entrer dans des conflits sanguinaires lors de leur séparation ; en n'acceptant pas plus qu'ils se démettent de leurs responsabilités de parents en s'en remettant à un juge pour tenter de régler le puits sans fonds qu'est leur soif de justice ; en n'acceptant pas qu'ils démissionnent de leur responsabilité dans le conflit qui leur appartient ; en les invitant, voire en les contraignant à participer à la résolution des conflits qui les concernent et, ainsi, à voir en quoi leur conduite en est responsable (ce qui est pour eux un accès au changement et à une vie qui ne soit pas la photocopie, en plus sombre, de leur passé) ; en les invitant à prendre la responsabilité de leur propre avenir, et de leurs envies autant que de leurs plaintes, bref de leur vie, qui n'appartient qu'à eux et dont les juges ne sauraient se charger sans leur manquer infiniment de respect, ne peut que contribuer à la paix sociale,

- « à la *sûreté publique*,
- *au bien-être économique du pays*,
- *à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales*,
- *à la protection de la santé ou de la morale*,
- *ou à la protection des droits et libertés d'autrui* » (art. 8 al. 2 CEDH).

La famille est encore, de nos jours, la valeur refuge dans laquelle la plupart des individus qui en sont membres ont besoin de puiser des forces pour vivre dans la société d'autres individus qu'ils n'ont pas choisis.

Il convient de tout mettre en œuvre pour la respecter et préserver les liens unissant ses membres, par l'engagement concerté de toutes les personnes intervenant dans les conflits familiaux, juges, avocats, médiateurs, assistants sociaux, psychologues, en n'hésitant pas à faire œuvre créative, en associant à la résolution du conflit les proches, les amis, et les membres plus éloignés de la famille en conflit, dont l'amour pour les belligérants peut aussi devenir un soutien à l'instauration de la paix nécessaire des liens.

Les jugements qui seront ainsi rendus au terme de procédures beaucoup plus équitables et efficaces, car axées sur l'avenir et non plus sur le passé, et centrées sur l'intérêt supérieur de l'enfant et les besoins résiduels de solidarité de ses parents gagneront certainement en exécutabilité.

Au surplus, l'éducation d'un enfant pourra enfin passer du stade du budget à tenir à celui de projet à conduire et gérer, si le contenu nécessaire est mis dans les accords passés à son sujet avec distribution des tâches parentales (Qui (fait) Quoi, Quand, Comment, Où, Combien ça coûte, Comment, Pour quoi ?) et des libertés ou contraintes dans la prise des décisions y relatives (liste des décisions à prendre en commun ou tout seul moyennant consultation préalable). La collaboration parentale s'en trouvera renforcée, et la notion d'autorité parentale et celle de garde auront enfin un contenu intelligible pour chaque parent, rendu responsable de ce contenu, avec les pouvoirs et les limites qui s'y appliquent.

L'attention enfin portée à la rédaction précise des clauses de résidence habituelle de l'enfant et de droit de visite, et des mesures éventuelles prises afin de prévenir l'éloignement de l'enfant du parent qui n'a pas le droit de garde, dans les jugements ratifiant les règlements de coparentalités proposés dans cette contribution, permettra en outre une exécutabilité facilitée des jugements, tant en Suisse qu'à l'étranger.

Annexe : projet de règlement type de coparentalité