Urteilskopf

117 II 523

96. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour civile du 12 décembre 1991 dans la cause K. contre dame K. (recours en réforme)
Regeste (de):
Art. 156 Abs. 1 und 297 Abs. 3 ZGB; Zuweisung der elterlichen Gewalt im Falle der Ehescheidung.

Art. 297 Abs. 3 ZGB lässt es nicht zu, dass die elterliche Gewalt nach der Scheidung der Ehe durch beide Eltern gemeinsam ausgeübt wird. Einer Bestimmung in der Vereinbarung über die Nebenfolgen der Ehescheidung, die dies vorsieht, hat der Richter die Genehmigung folglich zu verweigern.

Regeste (fr):
Art. 156 al. 1 et 297 al. 3 CC; attribution de l'autorité parentale en cas de divorce.

L'art. 297 al. 3 CC n'autorise pas l'exercice conjoint de l'autorité parentale après le divorce. Le juge doit donc refuser de ratifier la clause de la convention sur les effets accessoires du divorce qui le prévoit.

Regesto (it):
Art. 156 cpv. 1 e 297 cpv. 3 CC; attribuzione dell'autorità parentale in caso di divorzio.

L'art. 297 cpv. 3 CC non consente l'esercizio congiunto dell'autorità parentale dopo il divorzio. Il giudice deve quindi rifiutarsi di approvare una clausola della convenzione sulle conseguenze accessorie del divorzio che lo prevede.

Erwägungen ab Seite 523

BGE 117 II 523 S. 523

Extrait des considérants:

1. b) Le Tribunal fédéral n'a pas rendu, à ce jour, d'arrêt de principe sur la question de l'autorité parentale conjointe de parents divorcés. Cela ne signifie pas qu'il n'ait jamais abordé cette question. Sous l'empire de l'art. 274 al. 3 aCC - disposition reprise, après une modification rédactionnelle, par l'actuel art. 297 al. 3 CC (FF 1974 II 73) -, le Tribunal fédéral a affirmé que, ne pouvant remettre l'enfant en commun aux deux parents, le juge du divorce doit décider à qui sera confié l'exercice de l'autorité parentale (ATF 53 II 189). Dans deux arrêts postérieurs, il a également déclaré que le juge est contraint de choisir entre les époux et de priver l'un d'eux des droits qui, jusqu'ici, lui appartenaient (ATF 54 II 76) et que son pouvoir de régler les rapports entre parents et enfants résultait de la nécessité d'attribuer, soit au père soit à la mère, un droit dont jusqu'alors ils étaient investis tous deux et qu'ils exerçaient en commun (ATF 77 II 108). Récemment, le Tribunal fédéral s'est prononcé plus directement à deux reprises sur la question, sans toutefois motiver son opinion. Dans le premier arrêt, il a considéré que l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents est la

conséquence nécessaire de ce que le droit suisse ne connaît pas l'exercice commun de cette autorité par des parents divorcés (ATF 108 II 378 consid. 2a). Dans le second, il a déclaré que le droit suisse n'admet pas l'exercice commun de l'autorité parentale par des parents non mariés (ATF 114 II 415, à propos de l'art. 298 al. 1 CC). Dans ces arrêts, le Tribunal fédéral n'était pas en présence, comme en l'espèce, d'une convention. Mais peu importe car, lors de l'homologation, le juge doit examiner chacune des clauses de la convention pour apprécier leur licéité (ATF 102 II 68 consid. 2, ATF 60 II 171; BÜHLER/SPÜHLER, Berner Kommentar, n. 180 ad art. 158 CC; GÜRZUMAR, Die Rolle des Richters im Ehescheidungsprozess in der Schweiz und in der Türkei, thèse Fribourg 1991, p. 178 ss). La doctrine dominante soutient que l'autorité parentale conjointe des parents divorcés n'est pas admissible en droit suisse (voir notamment: BRÄM, Tendenzen der Scheidungsrechtsrevision, in RSJ 86/1990 p. 259; BÜHLER/SPÜHLER, op.cit., n. 114 et 147 ad art. 156 CC; idem, Ergänzungsband, n. 8, 114 et 147 ad art. 156 CC; DESCHENAUX/TERCIER, Le mariage et le divorce, 3e éd., p. 137/138; ECKERT, Compétence et procédure au sujet de l'autorité parentale dans les causes matrimoniales, thèse Lausanne 1990, p. 22 et 119; HAUSHEER, cité in Plädoyer 1/1983 p. 9; HEGNAUER/BREITSCHMID, Grundriss des Eherechts, 2e éd., p. 107 ch. 11.35; HEGNAUER/SCHNEIDER, Droit suisse de la filiation, 3e éd., p. 169/170; HEGNAUER, Gemeinsame elterliche Gewalt nach der Scheidung?, in RSJ 86/1990 p. 369 ss; HENCKEL, Die elterliche Gewalt, in Das neue Kindesrecht, BTJP 1977, p. 92; JORIO, Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, thèse Fribourg 1977, p. 258; JORNOD, La femme et le nom en droits suisse et français, thèse Lausanne 1991, p. 180; PERRIN, Le juge du divorce peut-il instaurer l'autorité parentale conjointe?, in SJ 112/1990 p. 372 ss; SANDOZ, Attribution conjointe de l'autorité parentale aux parents divorcés?, in Mélanges Piotet, 1990, p. 107 ss; SPÜHLER, Abänderungs- oder Ergänzungs- (bzw. Nach-)verfahren zum Ehescheidungsprozess, in RSJ 79/1983 p. 38; STETTLER, Le droit suisse de la filiation, in Traité de droit privé suisse, III/II/1, p. 280; TUOR/SCHNYDER, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10e éd., p. 173 et 320; cf. également HAUSHEER, Die Zuteilung der elterlichen Gewalt im Scheidungsverfahren nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts, in RDT 38/1983 p. 135 s.; contra: BALSCHEIT, Gemeinsame Elternverantwortung

auch nach der Scheidung?, in RSJ 84/1988 p. 25 ss; GÜRZUMAR, op.cit., p. 188). La pratique des juridictions de première instance se distance parfois de cette opinion. Ainsi, la première section du Tribunal du district de Saint-Gall, qui a ratifié une convention de parents divorcés prévoyant l'exercice conjoint de l'autorité parentale (RSJ 85/1989 p. 139 ss). Ce cas n'est d'ailleurs pas isolé (cf. sur ce point: BRÄM, op.cit., p. 259; PERRIN, op.cit., p. 372 n. 2; HEGNAUER, op.cit., p. 371 ch. II; cf. aussi l'arrêt du Tribunal du district de Gelterkinden du 28 octobre 1986, cité par BALSCHEIT, op.cit., p. 25/26). En revanche, le Tribunal cantonal saint-gallois (RSJ 87/1991 p. 119 ss) et le Tribunal supérieur zurichois (RSJ 87/1991 p. 414 ss) ont condamné cette solution.
c) Pendant le mariage, les père et mère exercent l'autorité parentale en commun (art. 297 al. 1 CC). Lorsque la vie commune est suspendue ou que les époux sont séparés de corps, le juge peut confier l'autorité parentale à un seul des époux (art. 297 al. 2 CC). L'art. 297 al. 3 CC dispose enfin qu'en cas de divorce, l'autorité parentale appartient à l'époux auquel les enfants sont confiés. Cette dernière disposition - dans le contexte des alinéas qui la précèdent (cf. PERRIN, op.cit., p. 373 in fine) - est claire et n'autorise pas le maintien de l'autorité parentale conjointe au profit de parents divorcés. Selon la jurisprudence, le juge peut toutefois s'écarter d'un texte clair lorsque des raisons sérieuses lui permettent de penser, sans doute possible (ATF 112 Ib 472 let. c, ATF 105 Ib 62 consid. 5b, ATF 103 Ia 117 consid. 3), que ce texte ne restitue pas le sens véritable de la norme (ATF

116 II 578, ATF 115 Ia 137 let. b, ATF 113 Ia 14 let. c, ATF 112 Ib 472 let. c, ATF 112 III 110) et conduit à des résultats que le législateur ne peut avoir voulus et qui heurtent le sentiment de la justice ou le principe de l'égalité de traitement (ATF 112 III 110, 109 Ia 27 let. d). De telles raisons peuvent découler des travaux préparatoires, du but et du sens de la disposition, ainsi que de la systématique de la loi (ATF ATF 116 II 578, ATF 115 Ia 137 let. b, ATF 113 Ia 14 let. c, ATF 111 Ia 297, ATF 108 Ia 297). En dehors du cadre ainsi défini, des considérations fondées sur le droit désirable ne permettent pas de s'écarter du texte clair de la loi, surtout lorsqu'elle est récente (ATF 105 Ib 62 consid. 5b). d) Lors des débats parlementaires relatifs à la révision du droit de la filiation, une proposition Condrau visait à introduire un art. 297 al. 2 CC, aux termes duquel "lorsque la vie commune est suspendue, que les époux sont séparés de corps ou qu'ils ont

BGE 117 II 523 S. 526

divorcé, le juge peut confier l'autorité parentale aux deux époux ou à un seul d'entre eux". Le Conseil national a clairement rejeté cette proposition par 94 voix contre 7 (BOCN 1975 p. 1777 ss), non sans que les parlementaires eussent entendu un bref exposé critique des droits français et allemand qui connaissent cette institution (Intervention du Conseiller fédéral Furgler, ibid. p. 1779; JORIO, op.cit., p. 59). L'interprétation historique corrobore donc, "sans doute possible", l'interprétation littérale de l'art. 297 al. 3 CC (PERRIN, op.cit., p. 374 in fine). Certes, les travaux préparatoires ne sont, en soi, ni obligatoires ni même décisifs pour l'interprétation d'une norme (ATF 116 Ia 368, ATF 116 II 527 let. b, ATF 112 II 4). Il n'en demeure pas moins qu'ils peuvent être notamment utiles dans la mesure où, comme en l'espèce, la volonté du législateur s'est manifestée dans le texte à interpréter (ATF 116 Ia 368, 115 Ia 130 consid. 3a, ATF 112 II 4). En outre, les intentions du législateur ont d'autant plus de poids que le texte à interpréter est récent (ATF 115 Ia 130 consid. 3a, ATF 112 Ib 470 consid. 3b, ATF 109 Ia 303). Or, tel est le cas pour l'art. 297 al. 3 CC (PERRIN, op.cit., p. 375 in fine). Cette disposition résulte d'un jugement de valeur délibéré du législateur: c'est le meilleur moyen d'assurer le bien de l'enfant (BOCN 1975 p. 1778 s.; JORIO, op.cit., p. 58; SANDOZ, op.cit., p. 112). Personne ne prétend que ce but serait modifié ou dépassé (HEGNAUER, op.cit., p. 372 ch. 2). Il est vrai que l'intérêt de l'enfant peut, si ce n'est commander dans certaines circonstances l'exercice commun de l'autorité parentale par ses parents divorcés, du moins ne pas s'y opposer (cf. RSJ 85/1989 p. 141 consid. 3). Mais, en dernière analyse, cette solution répond bien davantage à une revendication du parent non attributaire, lequel veut participer aux décisions qui concernent son enfant. Il est significatif de relever que la "garde conjointe" du droit français - d'abord consacrée par la voie prétorienne, puis à l'art. 287 CCF, introduit par la loi No 87-570 du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale - paraît bien être le résultat d'une prise en compte des revendications paternelles (cf. DE GRAFFENRIED, L'enfant au regard des droits français et suisse, Lausanne 1984, p. 90 No 105; MEULDERS-KLEIN, La problématique du divorce dans les législations d'Europe occidentale, in RIDC 1989 p. 52/53 et 55). Or, cette considération détournerait l'art. 297 al. 3 CC de son but premier. Il n'appartient pas au juge de substituer sa propre définition de l'intérêt de l'enfant à celle que le législateur a préférée expressément dans cette disposition

BGE 117 II 523 S. 527

et de s'ériger ainsi en censeur de la loi (ATF 115 II 275). En admettant même l'existence d'une lacune improprement dite - ce qui n'est pas le cas (RSJ 87/1991 p. 121 let. c in fine) -, le juge ne pourrait la combler qu'aux conditions de l'art. 2 al. 2 CC (ATF 115 II 275, ATF 114 II 356 consid. 1), qui ne seraient à l'évidence pas remplies (HEGNAUER, op.cit., p. 372 ch. 2; RSJ 87/1991 p. 416 consid. 4). On peut cependant soulever une objection. En cas de séparation de corps, le juge peut confier l'autorité parentale aux deux époux séparés (art.

297 al. 2 CC a contrario). Cette disposition peut surprendre dans la mesure où la situation des parents séparés n'est, en fait, guère différente de celle des parents divorcés, surtout lorsque la séparation de corps est prononcée pour une durée indéterminée (cf. les critiques de BALSCHEIT, op.cit., p. 27). Mais il faut remarquer d'emblée que la nouvelle réglementation légale visait à mettre un terme à une controverse au sujet de l'attribution de l'autorité parentale en cas de séparation de corps (FF 1974 II 73; cf. BÜHLER/SPÜHLER, op.cit., n. 127 ad art. 156 CC et les références). Il semble bien, en outre, que l'autorité parentale conjointe soit la conséquence du lien conjugal, plutôt que de la vie commune. L'art. 297 al. 1 CC paraît corroborer cette thèse, qui dispose que pendant le mariage, les père et mère exercent l'autorité parentale en commun (cf. RSJ 87/1991 p. 119 consid. 1). La même remarque pourrait d'ailleurs être faite à propos de l'art. 298 al. 1 CC, en vertu duquel l'autorité parentale appartient à la seule mère lorsque celle-ci n'est pas mariée avec le père (RSJ ibid.; cf. aussi ATF 114 II 415). Or, contrairement au divorce, le jugement prononçant la séparation de corps ne dissout pas le lien conjugal (ATF 95 II 72 consid. 2a et les références). Au surplus, la norme permissive (Kann-Vorschrift) de l'art. 297 al. 2 CC résulte également d'un choix délibéré. Si le législateur avait voulu laisser la même latitude au juge du divorce, il aurait utilisé une formule identique pour l'al. 3 (PERRIN, op.cit., p. 373 in fine). On ne saurait suivre BALSCHEIT (op. cit., p. 27/28, critiqué également par HEGNAUER, op.cit., p. 371 ch. III/1), pour qui l'art. 297 al. 3 CC, à l'inverse de l'al. 2, ne s'adresserait pas au juge, mais accorderait une faculté, donc un droit subjectif, au parent attributaire d'associer l'autre à l'exercice de l'autorité parentale. Cette opinion méconnaît que l'art. 297 al. 3 CC doit être mis en relation avec l'art. 156 al. 1 CC: c'est le juge qui attribue l'enfant, le cas échéant homologue une convention des parties sur ce point.

BGE 117 II 523 S. 528

e) Selon la jurisprudence, dans l'interprétation d'un texte légal, le principe de l'égalité de traitement doit être respecté, quand bien même le Tribunal fédéral ne peut examiner la constitutionnalité des lois fédérales (art. 113 al. 3 Cst.; ATF 112 Ib 470 consid. 3b). A ce propos, l'attribution de l'autorité parentale conjointe aux parents divorcés est souvent présentée comme la réalisation du postulat d'égalité entre les époux (cf. RSJ 85/1989 p. 142; BALSCHEIT, op.cit., p. 28/29). Il faut toutefois relever que l'art. 4 al. 2, 2e phrase, Cst. déclare expressément que c'est la loi, non la jurisprudence, qui pourvoit à l'égalité de traitement, en particulier dans le domaine de la famille (SANDOZ, op.cit., p. 112). Il n'appartient donc pas au Tribunal fédéral de modifier une norme discriminatoire, si tant est que l'art. 297 al. 3 CC le soit, pour la rendre conforme à cette disposition constitutionnelle (ATF 109 Ib 85 consid. 2, ATF 109 II 97 consid. 7), puisque l'art. 4 al. 2, 2e phrase, Cst. ne crée pas un droit individuel à l'égalité de traitement entre hommes et femmes (ATF 114 Ia 331 in fine). Au surplus, comme le remarque SANDOZ (op.cit., p. 113/114), le principe d'égalité interdit simplement d'exclure a priori la possibilité pour l'un ou l'autre des parents de se voir attribuer l'autorité parentale. On ne saurait enfin tirer argument de ce que la Cour constitutionnelle allemande a déclaré contraire à la Loi fondamentale (Grundgesetz) - plus précisément au droit naturel qui appartient aux deux parents d'éduquer leurs enfants (art. 6 al. 2 GG) - le § 1671 al. 4 BGB, selon lequel l'autorité parentale doit être attribuée à un seul parent (EuGRZ 1982 p. 429 ss et note COESTER, ibid., p. 434, ainsi que les commentaires de BRAND, in RIDC 1984 p. 391 ss, et de THÜR, in Plädoyer 1/1983 p. 7 s.). Non seulement le Tribunal fédéral ne jouit pas d'une telle compétence (art. 113 al. 3 Cst.), mais on pourrait mentionner des exemples en sens contraire (ainsi le droit autrichien cité par HEGNAUER, op.cit., p. 371 n. 15). f) S'il est interdit au juge d'attribuer l'autorité parentale aux deux parents divorcés, ou de ratifier une convention qui l'institue, rien n'empêche, de lege lata, une large collaboration des parents dans leurs relations avec les enfants. HEGNAUER (op.cit., p. 370 s. ch. 4) relève à juste titre que l'art. 297 al. 3 CC ne s'oppose pas à un accord dérogeant à la réglementation prévue par le jugement de divorce: le titulaire de l'autorité parentale peut ainsi accorder au parent non attributaire un droit de visite plus étendu que celui prévu par le jugement, voire lui confier la garde de l'enfant; il peut également l'associer à l'exercice de l'autorité parentale, en requérant

son approbation pour des décisions importantes (cf. également HAUSHEER, op.cit., p. 135; SANDOZ, op.cit., p. 116; contra: BALSCHEIT, op.cit., p. 26). Ces dérogations sont valables autant et aussi longtemps que le détenteur de l'autorité parentale est d'accord et que l'intérêt de l'enfant n'en est pas compromis. Les parents divorcés exerceraient en pratique, et dans la mesure convenue, une autorité parentale conjointe interne (HEGNAUER, op.cit., p. 371 ch. IV in fine). g) Il faut enfin signaler qu'un postulat Mascarin a invité le Conseil fédéral à réexaminer l'art. 297 al. 3 CC, "à l'effet de prévoir une amélioration qui laisserait aux parents la possibilité d'exercer en commun l'autorité parentale après leur divorce également" (BOCN 1983 p. 1003). Ce postulat, qui fait suite à l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande précité, ainsi qu'à deux expertises effectuées en Allemagne, sera examiné dans le cadre de la révision du droit du divorce (HEGNAUER, op.cit., p. 371 ch. II). On ne saurait introduire cette possibilité par la voie prétorienne (cf. PERRIN, op.cit., p. 377); le postulat confirme au contraire comment la loi actuelle doit être comprise. h) En conclusion, la cour cantonale n'a pas violé le droit fédéral en refusant de ratifier la clause de la convention prévoyant l'autorité parentale conjointe sur les enfants Cecilia et Michael et en réformant d'office le jugement sur ce point. Le moyen doit dès lors être rejeté.