



Berne, le 24 avril 2024

Garde alternée : Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien

Rapport du Conseil fédéral donnant suite au
postulat 21.4141 Silberschmidt du 29 septembre
2021

Table des matières

1	Mandat	5
1.1	Postulat 21.4141 Silberschmidt	5
1.2	Autres interventions parlementaires sur la garde alternée	6
1.2.1	Interpellation 20.4467 Silberschmidt	6
1.2.2	Initiative parlementaire 21.449 Kameron	6
1.2.3	Motion 22.4000 Romano	6
1.3	Objets connexes.....	7
1.3.1	Procédure et juridiction en droit de la famille.....	7
1.3.2	Droit des contributions d'entretien de l'enfant.....	8
2	Contexte	8
2.1	Révision des dispositions sur la responsabilité parentale après une séparation ou un divorce	8
2.2	Rapport du Conseil fédéral de 2017 « Garde alternée »	9
2.3	Jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 2017.....	11
3	La garde alternée dans la pratique	11
3.1	Méthode	11
3.2	Étude « Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde »	13
3.3	Étude « Quand les parents ne vivent pas ensemble – responsabilité de la prise en charge et de l'éducation des enfants »	18
4	Appréciation du Conseil fédéral	22
4.1	La garde alternée dans la pratique.....	22
4.1.1	Réponse aux questions du postulat	23
4.1.2	Évaluation de la nécessité de légiférer.....	24
4.2	Calcul de la contribution d'entretien : analyse des conséquences de la réforme.....	28
4.3	Faut-il adapter la terminologie ?.....	28
4.4	Procédure et juridiction en droit de la famille.....	30
5	Conclusions	31

Condensé

Entre 2014 et 2017, les dispositions du code civil (CC) relatives à l'autorité parentale et à l'entretien de l'enfant ont été modifiées afin de renforcer la responsabilité commune des parents après une séparation ou un divorce. Le principe de l'autorité parentale conjointe a été inscrit dans la loi en 2014 (art. 296, al. 2, 298, al. 1, et 298b, al. 2, CC), tandis que deux dispositions ont été ajoutées en 2017 (art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}) pour obliger l'autorité compétente (juge ou autorité de protection de l'enfant) à examiner si la garde alternée est la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant dans le cas d'espèce « si le père, la mère ou l'enfant la demande ». Sans pour autant prescrire un modèle donné, le législateur voulait favoriser ainsi une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge de leur enfant après une séparation ou un divorce.

La Tribunal fédéral a entretemps défini dans sa jurisprudence les critères pour la mise en place de la garde alternée dans les cas litigieux, en soulignant la volonté législative de promouvoir la coparentalité sous la forme de la garde alternée après la séparation et le divorce. Il est cependant parfois encore reproché aux tribunaux de première et de deuxième instance de ne prononcer la garde alternée que lorsque les deux parents la demandent. Diverses interventions parlementaires consacrées à la garde alternée ont été déposées dans ce contexte. Le Conseil national a adopté le postulat 21.4141 Silberschmidt le 17 décembre 2021, qui demande une « évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde et le droit de visite ».

Pour donner suite à ce postulat, deux études interdisciplinaires ont été commandées dans un premier temps. L'une a évalué la pratique des tribunaux sur la garde alternée et l'autre s'est concentrée sur la perspective et l'expérience des autorités, des spécialistes et des parents concernés (ainsi que des enfants lorsque c'était possible) sur ce modèle de prise en charge.

Il ressort des deux études que la plupart des parents trouvent un accord sur la garde de leurs enfants après leur séparation ou leur divorce. Le fait qu'ils choisissent assez rarement la garde alternée a davantage à voir avec les circonstances réelles (distance entre les domiciles des parents, obligations professionnelles ou situation financière) qu'avec les conflits qui les opposent. Les études n'ont en revanche pas confirmé que les tribunaux feraient obstacle à la diffusion de la garde alternée. La plupart des juges s'efforcent de trouver des solutions individuelles avec les parents en conflit et ils admettent des phases de transition et d'essai graduelles. Ils veillent en outre à ce que les deux parents restent aussi présents que possible dans le quotidien de leurs enfants. La part de prise en charge moyenne des pères a progressé ces dernières années et, dans nombre de cas, plutôt que de se limiter au droit de visite auparavant usuel d'un week-end sur deux, ce droit englobe actuellement des temps réguliers de prise en charge pendant la semaine.

Dans ces circonstances, le Conseil fédéral ne voit pas de nécessité de légiférer sur la garde alternée. La volonté d'origine du législateur est appliquée aujourd'hui. Le Con-

seil fédéral est en outre convaincu qu'il est primordial de conserver une règle qui accorde la priorité à la recherche de solutions individuelles dans le domaine de la prise en charge des enfants au quotidien. C'est la seule manière de retenir ou d'ordonner dans chaque cas le régime de prise en charge qui correspond le mieux au bien de l'enfant, en tenant compte de toutes les circonstances matérielles de la famille. Seul le terme de « garde » mérite d'être étudié de plus près afin de déterminer s'il existe un potentiel d'amélioration et si une modification de la loi s'impose afin que le plus grand nombre possible de parents se reconnaissent dans leur rôle de prise en charge.

Afin de favoriser la responsabilité commune des parents après une séparation ou un divorce, le Conseil fédéral observe un bien plus grand besoin d'amélioration et de révision en matière de procédure en droit de la famille, comme l'ont également montré les études. On renverra à ce propos aux travaux liés à d'autres postulats : tant l'uniformisation des compétences et de la procédure pour le règlement des questions relatives aux enfants, indépendamment de l'état civil des parents, que l'intégration d'instruments de désescalade rapide des conflits, tels que la médiation et le conseil ordonné durant la procédure, seront examinées dans ce contexte.

1 Mandat

1.1 Postulat 21.4141 Silberschmidt

Le conseiller national Andri Silberschmidt a déposé le postulat 21.4141 « Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde et le droit de visite » le 29 septembre 2021. Le Conseil fédéral a proposé de l'adopter le 17 novembre 2021 et le Conseil national l'a accepté sans discussion le 17 décembre 2021 puis l'a transmis au Conseil fédéral¹. Le postulat a la teneur suivante :

Le Conseil fédéral est chargé d'évaluer la pratique des tribunaux de première et de deuxième instance suite à la révision du droit des contributions d'entretien (en vigueur depuis le 1er janvier 2017), en particulier en ce qui concerne la garde et le droit de visite. Cette évaluation doit permettre d'examiner, dans des cantons choisis pour leur représentativité, la fréquence à laquelle des formes de garde alternée ont été ordonnées a) au total, b) dans des cas litigieux et c) par rapport au nombre total de jugements de divorce et de séparation de corps impliquant des enfants mineurs. L'évaluation doit indiquer l'âge des enfants et les demandes formulées par les parents. Elle précisera aussi dans quelle mesure chacun des parents prend en charge les enfants. Outre les effets de la révision de la loi sur la pratique, il convient de montrer si la jurisprudence du Tribunal fédéral a influencé les jugements de première et de deuxième instance et, le cas échéant, comment.

Le développement du postulat précise notamment ceci :

Le présent postulat cible en particulier la question de la garde alternée, explicitement mentionnée dans la révision, que le tribunal doit à présent examiner comme option en cas de désaccord entre les parents.

Le postulat doit être compris comme un complément (indispensable) au postulat Altermatt 19.3503², auquel le Conseil fédéral est favorable et qui traite de la mise en œuvre de l'autorité parentale conjointe. Le Conseil fédéral est chargé d'évaluer les modèles et les possibilités permettant de résoudre à l'amiable les cas de divorce et de séparation litigieux. Il est indispensable d'étudier la jurisprudence des tribunaux de première et de deuxième instance, car nous n'avons aujourd'hui aucune vue globale sur leur pratique en matière de garde et de prise en charge. Des points de vue technique et politique, il serait bon d'étudier de plus près la garde alternée.

¹ BO N 2021 2711

² Voir le ch. 1.3.1.

1.2 Autres interventions parlementaires sur la garde alternée

La question soulevée par le postulat 21.4141 a fait l'objet d'autres interventions parlementaires ces dernières années³.

1.2.1 Interpellation 20.4467 Silberschmidt

Dans sa réponse à l'interpellation 20.4467 « *Garde alternée. Comment la volonté du législateur est-elle appliquée ?* », le Conseil fédéral a indiqué que selon une analyse scientifique de 2019 portant sur 90 jugements prononcés dans des procédures litigieuses⁴, environ la moitié des demandes formulées par un seul parent avaient été approuvées. Confrontés à de tels cas, les tribunaux ne décident donc pas de manière schématique, mais prennent en compte les circonstances du cas d'espèce en veillant au bien de l'enfant.

1.2.2 Initiative parlementaire 21.449 Kamerzin

L'initiative parlementaire 21.449 « *Favoriser la garde alternée en cas d'autorité parentale conjointe* » demande une modification des art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, du code civil (CC, RS 210). Elle propose d'écrire dans la loi que l'autorité compétente examine *et favorise*, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si l'un des parents ou l'enfant le demande, et que le refus de l'un des parents ne saurait y faire obstacle.

Les commissions des affaires juridiques des deux conseils ont donné suite à cette initiative parlementaire⁵.

1.2.3 Motion 22.4000 Romano

La motion 22.4000 « *Parents séparés ou divorcés. La garde alternée doit devenir la règle, dans l'intérêt de l'enfant* » va plus loin encore, et ce à deux égards. Elle demande de modifier le code civil « de sorte que la garde alternée devienne la règle, comme l'autorité parentale conjointe, afin que l'enfant puisse bénéficier par principe des soins et de l'éducation dispensés par ses deux parents ». Elle demande en outre que la garde alternée soit organisée de manière à permettre à l'enfant de passer 50 % du temps avec chaque parent. Le Conseil fédéral a proposé de rejeter la motion, car il est d'avis qu'il faut privilégier la recherche de solutions individuelles qui favorisent le bien de l'enfant et lui permettent de maintenir une relation avec ses deux parents, plutôt que de faire de la garde alternée une règle générale.

Le Conseil national a adopté la motion le 25 septembre 2023 par 112 voix contre 42 et 22 abstentions⁶. La Commission des affaires juridiques du Conseil des États

³ Ces interventions sont disponibles sur : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Numéro d'objet.

⁴ MONIKA LEUENBERGER, *Alternierende Obhut auf einseitigen Antrag*, FamPra.ch 2019, p. 1100 ss

⁵ La transcription des débats est disponible sur : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > (Numéro d'objet) 21.449.

⁶ BO 2023 N 1927 s.

(CAJ-E) a suspendu le traitement de la motion le 8 janvier 2024, car elle préfère attendre le présent rapport⁷.

1.3 Objets connexes

La garde alternée et l'encouragement de la responsabilité commune des parents après la séparation ou le divorce sont des enjeux qui dépassent la seule organisation de la prise en charge des enfants. Ils ont également des conséquences dans d'autres domaines juridiques, notamment la procédure en droit de la famille (voir le ch. 1.3.1) et les contributions d'entretien (voir le ch. 1.3.2). Diverses interventions parlementaires sur ces sujets ont également été déposées et transmises.

1.3.1 Procédure et juridiction en en droit de la famille

Suite à l'augmentation du nombre de couples (mariés ou non) avec enfants qui se séparent et des conflits qui en résultent, il est primordial de se demander comment améliorer la procédure dans l'intérêt de l'enfant.

- Le postulat 19.3503 Müller-Altermatt « *Moins de conflits en lien avec l'autorité parentale. Mesures en faveur de l'enfant, de la mère et du père* » demande au Conseil fédéral d'évaluer les pratiques cantonales en matière de médiation et d'intervention en cas de conflits dans les familles séparées.
- Le postulat 19.3478 Schwander « *Prendre la situation des enfants au sérieux* » demande au Conseil fédéral de présenter dans un rapport les modalités d'une réglementation, uniforme à l'échelle du pays, des procédures devant le Tribunal fédéral qui donnera les mêmes droits à tous les enfants, quel que soit l'état civil de leurs parents.
- Les différences de compétences et de procédure selon l'état civil des parents ont également fait l'objet du postulat 23.3047 Feri « *Rôle des autorités de protection de l'enfant dans l'élaboration de conventions d'entretien et d'accords entre parents* ».
- Le postulat 22.3380 de la Commission des affaires juridiques du Conseil national (CAJ-N) « *Pour un tribunal de la famille* » charge le Conseil fédéral d'évaluer la pertinence d'instituer dans tous les cantons un tribunal unique des affaires familiales au sens large. Préalablement à la saisine du tribunal, les litiges devraient en outre faire l'objet d'une tentative de conciliation obligatoire devant une juridiction interdisciplinaire.

Il a été décidé de réunir ces quatre postulats et d'y donner suite en trois étapes. La première consistait à faire un état des lieux avec les cantons de l'organisation des

⁷ Voir le communiqué de presse de la CAJ-E du 9 janvier 2024, disponible sur : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > (Numéro d'objet) 22.400.

autorités et des règles de procédure. La deuxième était la conférence publique « Familles et justice – Justice et familles. La procédure en droit de la famille est-elle encore appropriée ? La Suisse a-t-elle besoin de tribunaux des affaires familiales ? », qui s'est tenue à Fribourg le 27 novembre 2023⁸. La troisième et dernière étape, fondée sur les deux premières, est la rédaction d'ici fin 2024/début 2025 d'un rapport présentant les possibilités de révision de la procédure en droit de la famille. L'objectif est de la rendre plus efficiente, plus rapide et surtout moins pesante pour toutes les parties, en particulier afin que chaque enfant puisse tisser des liens forts avec ses deux parents.

1.3.2 Droit des contributions d'entretien de l'enfant

Puisque le régime de garde (exclusive ou alternée) a des conséquences sur le calcul et le montant des contributions d'entretien de l'enfant, il convient de mentionner également l'intervention parlementaire suivante, récemment adoptée :

- Le postulat 23.4328 de la CAJ-N « *Analyse de la contribution d'entretien* » charge notamment le Conseil fédéral d'analyser les effets de la révision du droit des contributions d'entretien de l'enfant sur le montant de ces contributions et en particulier sur la contribution de prise en charge.

2 Contexte

2.1 Révision des dispositions sur la responsabilité parentale après une séparation ou un divorce

Entre 2014 et 2017, les dispositions du code civil relatives à l'autorité parentale et aux contributions d'entretien de l'enfant ont été modifiées afin de renforcer *la responsabilité commune des parents après une séparation ou un divorce* : l'autorité parentale conjointe est devenue la norme en 2014 (art. 296, al. 2, 298, al. 1, et 298b, al. 2, CC) et en 2017, deux dispositions ont été ajoutées (art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC) qui prévoient que l'autorité compétente (le juge ou l'autorité de protection de l'enfant) *examine si la garde alternée est la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant dans le cas d'espèce*, « si le père, la mère ou l'enfant la demande ».

Le législateur ne souhaitait pas imposer un mode de prise en charge donné, mais néanmoins obliger les autorités à procéder à cet examen pour favoriser une participation plus équilibrée des parents séparés ou divorcés à la prise en charge des enfants. C'est délibérément que la notion de garde alternée n'a pas été définie dans la loi

⁸ Les présentations de cette conférence peuvent être téléchargées sur : www.ofj.admin.ch > Actualité > Manifestations.

comme une prise en charge à parts égales⁹. Conformément à la volonté du législateur, les professionnels considèrent aujourd'hui qu'il y a garde alternée *dès que la part de prise en charge de l'un des parents atteint 30 %*¹⁰.

2.2 Rapport du Conseil fédéral de 2017 « Garde alternée »

Dans le cadre des délibérations sur l'adoption des dispositions précitées (art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC), le Conseil national a adopté le postulat 15.3003¹¹, qui chargeait le Conseil fédéral de présenter un rapport sur les problèmes posés par la garde alternée pour l'enfant et ses parents.

Pour traiter ce postulat, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a commandé aux facultés de droit et des sciences de la société de l'Université de Genève une étude interdisciplinaire sur la garde alternée¹². L'étude a répondu comme suit aux questions posées.

« Dans quelles circonstances doit-on admettre que la garde alternée est la meilleure solution pour l'enfant ? »

Les résultats de recherche des sciences sociales ne permettent pas d'affirmer qu'il existerait un modèle de garde et de prise en charge de l'enfant qui serait idéal dans toutes les situations familiales et sociales. [...] Dans la perspective du bien de l'enfant, c'est en premier lieu le type de coparentalité existant entre les parents suite à la séparation ou au divorce qui est décisif [...] : les parents qui pratiquent un mode de coparentalité de type unitaire privilégiant la collaboration malgré la séparation/divorce parviennent davantage que les autres à développer de manière satisfaisante ce type de garde. Par contre, lorsque le désaccord autour des pratiques et des styles de coparentalité est profond, qu'il perdure dans le temps et qu'il implique directement l'en-

⁹ Voir les débats parlementaires :

– BO 2014 E 1120 : Markus Stadler explique que les art. 298 et 298b ont pour objectif de donner à l'enfant le droit d'être pris en charge par ses deux parents. Les rapports de prise en charge avant la séparation des parents ne doivent selon lui pas être repris automatiquement, car ils changent nécessairement au moment de la rupture. Il ajoute que les tribunaux doivent étudier la possibilité d'une garde alternée qui ne soit pas nécessairement partagée à parts égales.

– BO 2015 N 79 : Alec Von Graffenried définit la garde alternée comme une forme de vie et de prise en charge des enfants de parents séparés dans laquelle l'enfant vit au moins à 30 % chez chaque parent. Il s'agit de cas dans lesquels le droit de visite est étendu, potentiellement jusqu'à atteindre une prise en charge à parts égales.

– BO 2015 E 188 : Markus Stadler indique qu'il n'a jamais été question que la garde alternée corresponde exactement à une prise en charge à parts égales. Au contraire, le texte doit faire en sorte que les tribunaux étudient la possibilité d'une garde alternée lorsqu'un parent ou l'enfant le demande, la priorité étant le bien de l'enfant et son droit à entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents. Il précise qu'on attend uniquement un examen, pas une décision particulière, et que la garde alternée, loin d'être une formule mathématique, peut prendre plusieurs formes.

¹⁰ Voir l'étude sur les tribunaux, p. 9 (ch. 3.2).

¹¹ Postulat 15.3003 CAJ-N « Garde alternée. Clarification des règles légales et pistes de solutions »

¹² Le rapport du Conseil fédéral du 8 décembre 2017 et l'étude interdisciplinaire de l'Université de Genève de mars 2017 sont disponibles sur : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Entretien de l'enfant > Garde alternée.

fant, les conséquences pour le développement et le bien-être de l'enfant sont très négatives. En situation de conflit, la garde alternée exacerbe les tensions entre les parents, car elle génère des interdépendances fonctionnelles entre eux, liées aux alternances répétées et à la nécessité d'un travail de coordination important. [...]

Quelles conditions psychosociales doivent être remplies pour que ce mode de garde puisse fonctionner au quotidien ?

On peut distinguer les conditions relationnelles et personnelles d'une part, et les conditions matérielles d'autre part : du point de vue relationnel et personnel, un mode de coparentalité fonctionnelle avant la rupture est un facteur qui favorise la réussite d'un mode de garde alternée. La recherche souligne également l'effet positif de la participation de l'enfant dans la prise de décisions quant à l'organisation concrète de la garde. Du point de vue matériel, il est à constater que la garde alternée est un mode de garde coûteux : les parents doivent donc disposer de revenus relativement importants.

L'État peut-il, et le cas échéant comment, promouvoir cette forme de coparentalité ?

[...] c'est en premier lieu au niveau des politiques familiales plus générales que l'État peut faciliter l'organisation de la garde alternée, notamment en développant des mesures [...] qui permettraient de découpler la question du mode de garde de la question de la pension alimentaire. À cela s'ajoute un soutien financier plus actif de l'État aux pratiques de médiation et aux consultations ordonnées, visant à leur généralisation via la gratuité. [...] Au vu de la pluralité de modes de fonctionnement de la parentalité post-séparation ou post-divorce, révélée par ce rapport, nous ne recommandons pas d'imposer la garde alternée comme modèle prioritaire. Dans des situations où les conditions psychosociales et matérielles d'un tel modèle ne sont pas réunies, il serait dangereux pour le bien de l'enfant de contraindre les familles post-séparation/divorce à ce mode d'organisation. »¹³

Fort de ces résultats, le Conseil fédéral a conclu dans son rapport du 8 décembre 2017 (ci-après : rapport garde alternée 2017) que la décision du législateur d'inscrire le principe de la garde alternée dans la loi était judicieuse : « La garde alternée est non seulement exigeante au niveau de l'interaction des parents, mais dépend aussi de certaines conditions matérielles (augmentation des frais) et structurelles (marché du travail, structures d'accueil extrafamiliales de l'enfant, politique familiale) qu'il n'est pas toujours aisé de réunir. De plus, elle peut se révéler très lourde pour l'enfant en

¹³ MICHELLE COTTIER/ERIC D. WIDMER/SANDRINE TORNARE/MYRIAM GIRARDIN, Étude interdisciplinaire sur la garde alternée, Genève, mars 2017, p. 79 à 81.

La faculté des sciences de la société a poursuivi ses recherches. Un nouvel ouvrage est paru en 2020 : MARIE-ÈVE ZUFFEREY BERSIER ET AL., Les modes de garde après séparation : conditions et conséquences sur les relations familiales. Genève : Université de Genève, 2020. (Sociograph, Sociological Research Studies). La question de la garde alternée a été étudiée à nouveau, avec la même conclusion qu'en 2017 : « En conclusion, notre étude révèle que la garde partagée – perçue comme le mode de garde le plus égalitaire – ne peut pas être imposée en toutes circonstances, le cas par cas doit être privilégié. » (p. 91).

raison des changements fréquents d'un lieu de vie à l'autre. [...] une "solution sur mesure" [...] doit être trouvée. Le Conseil fédéral est aussi de l'avis qu'il faut privilégier la recherche de solutions individualisées et choisir le mode de prise en charge de l'enfant qui correspond le mieux à son bien. »¹⁴

2.3 Jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 2017

Dans sa jurisprudence depuis 2017, le Tribunal fédéral a défini les *critères déterminants pour instaurer une garde alternée en cas de litige* et souligné ce faisant la volonté du législateur d'encourager la parentalité commune sous la forme de la garde alternée après une séparation ou un divorce¹⁵. En particulier, le simple refus des parents de mettre en place une garde alternée ne permet pas de conclure qu'ils sont incapables de collaborer. Seul un conflit profond et durable sur les enjeux liés à l'enfant permet de conclure que la collaboration future sera difficile et signifie en règle générale que l'enfant sera fréquemment exposé à des situations de discorde, ce qui peut être contraire à ses intérêts¹⁶.

Nonobstant, d'aucuns critiquent les tribunaux de première et de deuxième instance, car ils ne prononceraient la garde alternée que lorsque les deux parents la demandent. Si un parent s'y oppose, le tribunal y renonce le plus souvent. La garde est alors attribuée à un seul parent, généralement à la mère, tandis que l'autre obtient un « droit de visite usuel »¹⁷. Le postulat 21.4141 et le mandat d'analyser la pratique des tribunaux sont à replacer dans ce contexte.

3 La garde alternée dans la pratique

3.1 Méthode

Deux études interdisciplinaires ont été commandées pour répondre au postulat.

- L'évaluation de la pratique des tribunaux a été confiée au Büro für arbeits- und sozialpolitische Studien (BASS), qui s'est associé à Andrea Büchler, Barbara Borkowski, Zeno Raveane et Sharon Petralia de l'université de Zurich, ainsi qu'à Linus Cantieni et Heidi Simoni. Ceux-ci ont rédigé l'étude « *Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde* » (ci-après : étude tribunaux, voir le ch. 3.2). Elle comprend une analyse de la pratique des tribunaux dans cinq cantons les plus hétérogènes possible en termes de taille, de langue, de répartition ville-campagne et de fréquence des arrangements de prise en charge alternée. Les cantons sélectionnés sont Saint-Gall, Schwytz, Vaud, le Valais et Zurich. Tous les tribunaux de première instance de ces cantons ont

¹⁴ Rapport garde alternée 2017 (nbp. 12), résumé, p. 3

¹⁵ Voir les ATF 142 III 612, consid. 4.2 s. et 142 III 617, consid. 3.2.3.

¹⁶ Voir notamment l'ATF 142 III 612, consid. 4.3 et l'arrêt du TF 5A_991/2019 du 19 janvier 2021, consid. 5.1.2 et les références citées.

¹⁷ Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence en la matière, voir le rapport garde alternée 2017, p. 14 s. et l'étude sur les tribunaux, p. 10 s.

¹⁷ Voir le développement de l'iv. pa. 21.449 Kamerzin « Favoriser la garde alternée en cas d'autorité parentale conjointe ».

été invités à participer à un sondage écrit. Les auteurs ont aussi conduit des discussions d'experts avec des juges de première instance ainsi qu'avec des avocats spécialisés des cantons examinés. Enfin, ils ont analysé directement un échantillon représentant un peu plus d'un quart des décisions judiciaires de deuxième instance rendues en 2021 et en 2022 sur des cas de garde alternée litigieux.

- À partir d'un projet de recherche plus vaste¹⁸, une équipe essentiellement identique a réalisé une seconde étude axée spécifiquement sur des questions en relation avec le postulat. L'étude « *Quand les parents ne vivent pas ensemble – responsabilité de la prise en charge et de l'éducation des enfants* » (ci-après : étude parents, voir le ch. 3.3) se fonde sur les réponses fournies lors de l'enquête en ligne réalisée à l'échelle nationale « *Quand les parents ne vivent pas ensemble* », consacrée au quotidien des familles dans lesquelles les parents font ménage à part¹⁹.

Ces deux études n'ont pas seulement évalué la pratique des tribunaux sur la garde alternée, elles ont aussi pris en compte la perspective et l'expérience des parents (et des enfants lorsque c'était possible) en plus de celles des autorités et des spécialistes²⁰. En effet, eu égard aux questions soulevées et dans la perspective d'une possible intervention législative, ce ne sont pas seulement les pratiques des autorités, les types de décisions de garde alternée et leur nombre qui comptent, mais aussi la manière dont ces décisions sont prises puis appliquées et comment elles sont réellement vécues par les parents et les enfants.

S'agissant de la situation particulière des familles exposées à des violences domestiques, l'étude « *Offres de soutien et mesures de protection pour les enfants exposés à la violence dans le couple parental*²¹ », commandée par le Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes (BFEG) et la Conférence suisse contre la violence domestique (CSVD), a également été prise en compte.

¹⁸ Le rapport « *Quand les parents ne vivent pas ensemble - Parentalité et quotidien des enfants* » est disponible sur : www.ekff.admin.ch > Dossiers > Thèmes prioritaires de la COFF 2019-2023 > Situations familiales après une séparation ou un divorce.

¹⁹ L'enquête a été réalisée dans le cadre du projet « *Enfants dans des constellations familiales multilocales* ». Voir www.buerobass.ch > Domaines d'activités > Société et sécurité > Politique de la famille > 12/2022. Elle offre une image représentative des parents ne vivant pas ensemble, qui ont des enfants de 1 à 17 ans nés en Suisse vivant chez l'un de leurs parents et dont le deuxième parent vit en Suisse dans un autre ménage privé.

²⁰ Les effets des différents arrangements familiaux sur les enfants seront encore approfondis par un nouveau projet de recherche « *FamyCH 2023-2027 : vers une meilleure compréhension de l'impact des arrangements de garde sur le bien-être des enfants en Suisse* ».

²¹ P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, *Offres de soutien et mesures de protection pour les enfants exposés à la violence dans le couple parental*, version courte du rapport, Lucerne/Sierre/Fribourg, janvier 2024. Voir www.ebg.admin.ch > Communiqué de presse 22 janvier 2024 « *Mieux protéger les enfants exposés à la violence au sein du couple parental* ».

3.2 Étude « Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde »

En résumé, les conclusions de l'analyse de la pratique des tribunaux sont les suivantes²² :

- *La plupart des parents parviennent à s'entendre sur les modalités de la garde.* Les avocats comme les juges indiquent que 90 % des parents parviennent à un accord intégral en cas de divorce. La garde alternée est rarement retenue. Les conditions réelles (p. ex. la distance entre les domiciles respectifs des parents, les obligations professionnelles ou la situation financière) restreignent souvent les possibilités de prise en charge des enfants²³.
- *La garde alternée est plus généralisée dans les cantons de Suisse romande analysés, ce qui reflète la plus grande intégration professionnelle des mères romandes avant une séparation par rapport au reste de la Suisse²⁴.*
- *Dans le cadre des procédures de protection de l'union conjugale et des mesures provisionnelles analysées²⁵, une garde alternée a été instaurée dans 7 à 19 % des cas, selon les cantons. Cette part oscille entre 9 et 29 % dans les jugements de divorce²⁶.*
- *Moins de la moitié des tribunaux²⁷ ont pu fournir des indications sur la fréquence des requêtes de garde alternée. Selon les données disponibles, le taux de demandes de garde alternée déposées conjointement par les deux parents s'élève à 9 % dans les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures provisionnelles, et à 13 % dans les procédures de divorce.*

²² Voir l'étude sur les tribunaux, p. 4 à 12 du résumé et 81 à 86 du rapport.

²³ Étude sur les tribunaux, p. 10 du résumé et 82 du rapport

²⁴ Étude sur les tribunaux, p. 82

²⁵ Il est fréquent que plusieurs années s'écoulent entre la séparation de fait et le divorce de parents d'enfants mineurs. Or on ne peut attendre que le divorce soit prononcé pour régler la question de la garde des enfants : soit les parents parviennent à s'entendre sur les modalités de celle-ci au moment de la séparation, soit une procédure de protection de l'union conjugale et/ou des mesures provisionnelles sont engagées dans le cadre de la procédure de divorce. C'est pourquoi ces deux types de procédures ont été inclus dans l'analyse.

²⁶ Il est (très) rare selon les tribunaux interrogés que le régime de garde décidé dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles soit considérablement modifié ultérieurement par le jugement de divorce. Le taux de gardes alternées plus élevé dans les procédures de divorce tient plutôt au fait qu'une garde alternée est souvent réglée par consentement mutuel et que, dans ce cas, il n'y a pas de procédure préalable (étude sur les tribunaux, p. 4 du résumé).

²⁷ Un peu plus de 70 % des tribunaux de première instance des cantons sélectionnés ont participé au sondage (étude sur les tribunaux, p. 4 du résumé).

Ces demandes conjointes n'ont jamais été refusées. Les *demandes de garde alternée formulées par un seul parent* sont rares²⁸, mais toutes émanent du père, jamais de la mère ou des enfants. Vu le faible nombre de cas, on ne dispose pas de résultats probants sur le taux d'acceptation des demandes déposées par un seul parent, mais il est certain qu'il y a eu des refus. L'élément déterminant selon les tribunaux est de savoir si les modalités de prise en charge proposées par le parent requérant sont réalistes²⁹.

- *Il est très rare que des litiges autour des questions de garde fassent l'objet d'un recours auprès de l'instance supérieure.* Il ressort des décisions de deuxième instance étudiées que les mères et les pères interjettent appel à parts égales, ces derniers s'opposant le plus souvent à une garde exclusive de la mère et, à titre exceptionnel, aux modalités concrètes de la garde alternée décidée. Quant aux mères, l'objet de leur appel est la garde alternée ou la garde exclusive octroyée au père. Généralement, ni la mère ni le père n'obtiennent gain de cause. *Rien n'indique, dans l'ensemble, que les tribunaux de deuxième instance fassent preuve de plus de compréhension à l'égard des demandes des mères ou de celles des pères*³⁰.
- *Lorsqu'ils prononcent une garde alternée, deux tiers des tribunaux indiquent qu'elle est assortie d'une répartition égale de la prise en charge.* Les affirmations des tribunaux entrent quelque peu en contradiction avec les discussions d'experts avec des juges, desquelles il ressort qu'en cas de garde alternée, les parts de prise en charge inégale sont nettement plus courantes que les répartitions identiques³¹. Même si on constate que les *pères s'investissent de plus en plus dans la prise en charge de leurs enfants*, la part qu'ils demandent est en général très éloignée d'un arrangement équilibré³². Lorsqu'un des parents assume une grande part de prise en charge, c'est le plus souvent la mère³³.
- *Lorsque la question de la garde est litigieuse, les juges estiment que ce ne sont pas les droits des parents qui priment, mais le fait que ceux-ci trouvent ensemble une bonne solution pour leurs enfants.* Les juges comme les avocats

²⁸ Six des onze tribunaux disposant d'informations à ce sujet indiquent qu'aucune requête de ce type n'a été déposée dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles. Quatre de ces onze tribunaux précisent que cela vaut aussi pour les procédures de divorce. Les autres tribunaux font état d'un à trois cas pour les deux années observées, toutes procédures confondues (étude sur les tribunaux, p. 4 du résumé).

²⁹ Étude sur les tribunaux, p. 4 s. du résumé

³⁰ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé et p. 82 du rapport

³¹ Il existe en outre un fort décalage entre l'arrangement de garde choisi ou prononcé et la réalité de la prise en charge : les deux parents n'assument une prise en charge à un tiers au moins que dans 37 % des cas. Voir l'étude sur les tribunaux, p. 81 et le ch. 3.3.

³² Étude sur les tribunaux, p. 6 du résumé

³³ Étude sur les tribunaux, p. 81

estiment *pertinent d'aider les parents à trouver une solution sur mesure*³⁴.

Lorsque le tribunal est contraint de trancher, la distance séparant les loggements de la mère et du père, leur aptitude à la communication ainsi que la volonté des enfants jouent un rôle déterminant dans les considérants des jugements³⁵. Tous les tribunaux n'accordent cependant pas la même importance à l'organisation avant la séparation et à la disponibilité personnelle pour la prise en charge³⁶.

- *Les résultats ne confirment pas le point de vue selon lequel les tribunaux de première et de deuxième instance entravent la généralisation de la garde alternée. Au contraire, il est frappant de noter que la plupart des juges s'efforcent de trouver avec les parents en conflit des solutions adéquates pour leurs enfants et qu'ils y consacrent le temps nécessaire dans le cadre des audiences de conciliation*³⁷.
- Lorsque les tâches étaient réparties de façon unilatérale avant la séparation et que celle-ci induit une modification profonde et immédiate du modèle familial, le juge peut admettre des *phases de transition et d'essai graduelles*³⁸. Il peut vérifier que les modalités de prise en charge sont réalistes et s'assurer que l'un des parents ne demande pas la garde alternée (ou exclusive) pour des *raisons purement financières*³⁹.
- La vision qu'ont les juges de *l'élargissement du droit de visite* a fondamentalement changé. Autant que faire se peut, ils veillent à maintenir la présence des deux parents dans le quotidien des enfants. *La part de prise en charge des pères a ainsi notablement augmenté* et, dans nombre de cas, plutôt que de se limiter aux visites auparavant usuelles d'un week-end sur deux, ce droit englobe des temps réguliers de prise en charge pendant la semaine⁴⁰.
- Les situations dans lesquelles la garde alternée est problématique, voire exclue, sont les suivantes :
 - *Abus sexuels, violences domestiques et familiales et incapacité d'assumer l'éducation des enfants* sont autant de « lignes rouges » pour une garde alternée⁴¹.

³⁴ Étude sur les tribunaux, p. 82

³⁵ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé

³⁶ Étude sur les tribunaux, p. 5 à 7 du résumé

³⁷ Étude sur les tribunaux, p. 7 du résumé et 85 s. du rapport

³⁸ Étude sur les tribunaux, p. 7 s. du résumé 83 du rapport

³⁹ Étude sur les tribunaux, p. 7 s. du résumé

⁴⁰ Étude sur les tribunaux, p. 8 du résumé

⁴¹ Étude sur les tribunaux, p. 7 du résumé et 59 et 84 du rapport

- Un *grave conflit entre les parents* peut être source de problèmes, même s'il ne s'agit plus d'une « ligne rouge » selon la jurisprudence récente du Tribunal fédéral. Le conflit grave est dès lors devenu un thème sensible pour les tribunaux, car il peut affecter les enfants en garde alternée. Une situation imprévue, p. ex. l'oubli d'un livre d'école chez l'un des parents, peut vite devenir une grande source de stress si les parents sont incapables de communiquer. Ce type de situation recèle aussi le risque qu'un des parents rabaisse l'autre devant l'enfant et fasse de celui-ci son émissaire⁴².
- L'*âge des enfants* joue lui aussi un rôle. Les tribunaux prononcent rarement une garde alternée au moment du divorce lorsque l'enfant a moins de trois ans. Les enfants de huit ans et plus bénéficient plus souvent d'une garde alternée que ceux âgés de quatre à sept ans⁴³.
- L'*avis des enfants* doit être pris au sérieux : l'arrangement de garde doit assurer un quotidien satisfaisant pour l'enfant. Lorsque les enfants sont entendus, certains sont favorables au dédoublement des lieux de vie, tandis que d'autres s'y opposent expressément⁴⁴. Les adolescents en particulier peuvent refuser une garde alternée⁴⁵.

L'étude sur les tribunaux a relevé un potentiel d'amélioration, voire une nécessité d'agir, dans les domaines suivants :

- *Terminologie*

- *La notion de « garde » est imprécise.* Le terme de garde alternée lui-même ne correspond à une part de prise en charge précise ni dans les jugements ni dans la réalité du quotidien, et donne ainsi lieu à des interprétations très différentes. Quant au minimum de prise en charge de 30 % en usage dans la pratique, il a tout au plus valeur de référence. Un arrangement de prise en charge identique pourra tantôt être qualifié de garde alternée, tantôt de garde exclusive avec droit de visite élargi⁴⁶.
- La dualité opposant garde alternée et garde exclusive néglige le fait que la réalité quotidienne se situe souvent quelque part entre les deux et mène à des conflits inutiles. Dans la pratique, le libellé de la loi en matière de garde est insatisfaisant pour la majorité des spécialistes interrogés. Ils sont nombreux à constater que les parents ne comprennent pas la notion de garde, si

⁴² Étude sur les tribunaux, p. 7 et 10 s. du résumé et 84 du rapport

⁴³ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé et 83 du rapport

⁴⁴ Étude sur les tribunaux, p. 83

⁴⁵ Étude sur les tribunaux, p. 86

⁴⁶ Étude sur les tribunaux, p. 84

bien qu'il est nécessaire d'employer des formulations alternatives, telles que régime de prise en charge et responsabilité de la prise en charge⁴⁷.

- *Imposer la garde alternée comme règle générale ne saurait être la réponse à une réalité complexe.* Cette solution ne résoudrait pas les problèmes. Plutôt que de s'accrocher à la dichotomie dictée par la loi, il paraît pertinent de rechercher des solutions individuelles qui fonctionnent sur la durée et de les diffuser⁴⁸.
- *Calcul des contributions d'entretien*
 - Vu l'écart entre la notion de garde et la réalité de la prise en charge, il est d'autant plus important que les conséquences financières soient appréciées sur la base des modalités concrètes de la prise en charge plutôt que sur celle de la notion de garde⁴⁹.
 - Il existe en outre un *point de basculement indésirable lors du passage de la garde exclusive à la garde alternée* dans les cas où la part de prise en charge avoisine les 30 %. Étant donné que l'arrangement de la garde influe sur le mode de calcul, une modification minimale du taux de prise en charge peut déjà avoir des conséquences financières considérables. Des mesures s'imposent pour fluidifier ce passage⁵⁰.
 - Les spécialistes sont nombreux à considérer que le calcul de la contribution d'entretien selon la jurisprudence du Tribunal fédéral est trop complexe, surtout lorsque la prise en charge est assumée par les deux parents. Selon eux, le calcul de la contribution d'entretien et la mesure dans laquelle il faut tenir compte de la compatibilité entre prise en charge et activité professionnelle manquent de clarté⁵¹.
 - Les tribunaux critiquent également le fait qu'il faille *pronostiquer l'avenir de l'enfant jusqu'à l'âge adulte* et calculer plusieurs périodes d'entretien. Ils souhaiteraient un automatisme plus simple et plus compréhensible⁵².
- *La procédure de séparation des parents non mariés est insatisfaisante.* Juges et avocats considèrent comme inadaptées non seulement les différences d'autorités compétentes pour parents mariés et parents non mariés, mais aussi la procédure en vigueur applicable à ces derniers⁵³.

⁴⁷ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé et 84 du rapport

⁴⁸ Étude sur les tribunaux, p. 86

⁴⁹ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé et 84 s. du rapport

⁵⁰ Étude sur les tribunaux, p. 6 du résumé et 85 du rapport

⁵¹ Étude sur les tribunaux, p. 84

⁵² Étude sur les tribunaux, p. 84

⁵³ Étude sur les tribunaux, p. 85

- *Il apparaît urgent d'améliorer le soutien aux parents en conflit après une séparation pour réorganiser la parentalité commune* afin que ceux-ci puissent assumer pleinement leur responsabilité à l'égard de leurs enfants et, ce faisant, permettre à des arrangements de prise en charge alternée de fonctionner dans la réalité⁵⁴.
- *Il faut élaborer des modèles de procédure fondés sur la collaboration multidisciplinaire*, par exemple sous la forme de tribunaux dédiés aux affaires familiales⁵⁵.

3.3 Étude « Quand les parents ne vivent pas ensemble – responsabilité de la prise en charge et de l'éducation des enfants »

L'analyse des réponses fournies lors de l'enquête en ligne réalisée à l'échelle nationale « Quand les parents ne vivent pas ensemble » (étude sur les parents) apporte les réponses suivantes aux questions posées par l'OFJ⁵⁶, notamment en ce qui concerne la répartition de la prise en charge, le fonctionnement de la garde alternée dans la pratique et la gestion des conflits⁵⁷.

Répartition de la prise en charge avant et après la révision de 2017

- Les procédés statistiques qui mesurent l'influence simultanée de différents facteurs montrent que *les enfants sont plutôt pris en charge de manière alternée quand* :
 - les parents se sont séparés après la révision de 2017 ;
 - les enfants ne sont ni tout petits, ni d'âge pubère (entre 6 et 11 ans) ;
 - les parents ont une relation de bonne qualité ;
 - les parents ont un niveau d'études assez élevé, ce qui indique des revenus potentiellement plus élevés⁵⁸.
- Comme auparavant, *les parents séparés qui se répartissent équitablement la prise en charge sont minoritaires*. Ce constat est d'autant moins surprenant qu'il en va de même des parents vivant ensemble⁵⁹.
- Si l'on examine l'évolution dans le temps, en comparant la situation avant et après la révision, *la probabilité qu'un père ne voie ses enfants que très rarement, ou que pendant la journée, a aussi fortement diminué*. La majorité des

⁵⁴ Étude sur les tribunaux, p. 86

⁵⁵ Étude sur les tribunaux, p. 85

⁵⁶ Voir l'étude sur les parents, tableau 1, p. 2.

⁵⁷ Voir l'étude sur les parents, p. III à IX et 51 à 54.

⁵⁸ Étude sur les parents, p. IV

⁵⁹ Étude sur les parents, p. 51

enfants qui vivent (presque) toujours chez un seul de leurs parents ont des contacts réguliers avec le second dans l'autre foyer⁶⁰.

- Dans le même temps, pour les enfants de douze ans ou plus, on a assisté à une *régression des prises en charge très inégalitaires par les deux parents au profit d'arrangements plus égalitaires* (avec 48 à 52 % du temps passé chez chacun des parents)⁶¹.

Conventions ou décisions en cas de séparation ou de divorce

- *Pour 84 % des parents interrogés ayant l'autorité parentale conjointe, la question de la garde a été expressément réglée dans le cadre d'une procédure judiciaire ou d'une procédure menée devant une autorité de protection de l'enfant (APEA). Pour un peu moins de la moitié d'entre eux (48 %), la garde a été attribuée aux deux parents (garde alternée)⁶² ; pour 46 %, l'un des parents a la garde exclusive, et pour les 6 % restants, la garde n'est pas réglée de la même manière pour tous les enfants. Pour les enfants de 0 à 3 ans, la garde est alternée dans 42 % des cas seulement. Pour les adolescents de 12 à 17 ans, cette proportion passe à 70 %⁶³.*
- Pour 15 % des parents ayant l'autorité parentale conjointe, c'est le tribunal ou l'APEA qui a décidé des modalités de garde, les parents ne parvenant pas à trouver une solution amiable. Dans près d'un tiers de ces cas, une garde alternée a été ordonnée⁶⁴.
- *La distance entre les domiciles et la situation financière influencent l'arrangement de prise en charge. On ne rencontre guère de prises en charge alternées quand la distance est importante. Au contraire, la volonté d'habiter à proximité de l'autre parent semble être la condition pour faire fonctionner un tel arrangement familial. Mais on observe aussi un lien clair entre le niveau de formation, qui influence les opportunités de revenus, et la prise en charge alternée. La réalité est donc que les conditions financières doivent être réunies pour pouvoir choisir et vivre un arrangement familial de ce type⁶⁵.*

⁶⁰ Étude sur les parents, p. IV et p. 51

⁶¹ Étude sur les parents, p. IV

⁶² Ce chiffre semble entrer en contradiction avec les résultats de l'étude sur tribunaux, qui a constaté que la garde alternée est minoritaire (voir le ch. 3.2). Cette différence s'explique peut-être par le fait que les parents retiennent l'arrangement de prise en charge concret et non sa désignation juridique, des modalités identiques pouvant être désignées tantôt comme garde alternée, tantôt comme garde exclusive avec droit de visite élargi (étude sur les tribunaux, p. 84).

⁶³ Étude sur les parents, p. V

⁶⁴ Étude sur les parents, p. V

⁶⁵ Étude sur les parents, p. 53

- *Peu de parents (8 %) ont eu recours à un conseil ou une médiation professionnels pour négocier un arrangement sur la résidence et la prise en charge de leurs enfants.* La prise en charge alternée va un peu plus souvent de pair avec une démarche de conseil. Il est possible que le conseil ait tendance à conduire à une prise en charge alternée, mais aussi que les parents capables d'envisager une prise en charge alternée aient plus tendance que les autres à recourir à un conseil professionnel, ces deux hypothèses étant également compatibles⁶⁶.

Fonctionnement de la garde alternée dans la pratique

- *Il existe une disparité considérable entre les modalités de garde convenues ou ordonnées et la réalité vécue de la prise en charge :*
 - Seuls 37 % des parents ayant le régime légal « garde alternée » s'occupent effectivement en alternance de leurs enfants, c'est-à-dire au moins un tiers du temps chacun. Ce taux chute à 26 % lorsque la garde alternée a été ordonnée par une autorité contre la volonté d'un parent (au moins)⁶⁷.
 - Dans 34 % des cas, la prise en charge est assurée par les deux parents, mais l'enfant dort chez sa mère au moins les deux tiers du temps.
 - Dans les 29 % restants, les enfants vivent de facto chez un de leurs parents et rendent seulement visite à l'autre⁶⁸.
- *Pour la plupart des enfants, les deux parents restent des personnes de référence centrales.* Le fait qu'un enfant soit pris en charge de manière alternée, donc qu'il dorme au moins un tiers du temps chez chaque parent, ou que les contacts avec l'autre parent soient intenses ne semble pas décisif pour la place de ce parent dans le réseau relationnel de l'enfant : quelle que soit la part de prise en charge, deux tiers des enfants de douze ans et plus comptent leurs deux parents parmi leurs personnes de référence les plus proches⁶⁹.
- *Quand la réalité de la prise en charge diffère de la garde telle qu'elle a été réglée, cela ne s'explique pas toujours par des conflits.* Le désir des parents d'assumer à parts égales la prise en charge quotidienne de leurs enfants n'est pas toujours facile à réaliser en raison des difficultés pour financer ce modèle ou pour concilier vie de famille et vie professionnelle. Mais même les besoins des parents et des enfants peuvent évoluer au fil du temps sans que cela conduise pour autant à la recherche d'une nouvelle réglementation de la prise en charge⁷⁰.

⁶⁶ Étude sur les parents, p. VI

⁶⁷ Étude sur les parents, p. VII

⁶⁸ Étude sur les parents, p. VIII

⁶⁹ Étude sur les parents, p. 53

⁷⁰ Étude sur les parents, p. IX

- *Pour deux tiers des parents, les paiements effectués coïncident avec ce qui a été convenu sur le plan financier.* Pour les autres, il arrive environ deux fois plus souvent qu'un parent verse moins que ce qui était prévu plutôt qu'il ne verse plus. Quand les parents s'occupent effectivement en alternance de leurs enfants, en assurant chacun au moins un tiers du temps, la situation la plus fréquente (78 %) est qu'ils respectent leurs accords financiers⁷¹.

Conflits et gestion des changements

- *La prise en charge alternée requiert des contacts et de la coopération. Le problème le plus important ne vient pas des conflits, mais du manque d'aptitude à la négociation et au compromis :* en cas de conflits personnels et d'une parentalité en grande partie « parallèle », dans laquelle il convient de régler par écrit et en détail le plus de points possible, la capacité et la volonté de coopérer un minimum dans l'intérêt des enfants sont capitales pour que les arrangements prévoyant une prise en charge alternée fonctionnent. La rupture complète de la communication et de la coopération se fait avant tout au détriment des enfants, qui transitent entre deux foyers ennemis, doivent supporter les tensions et parfois même agir comme émissaires. Il peut être très éprouvant pour eux d'être contraints de supporter et de compenser le manque de communication de leurs parents⁷².
- *Peu de parents ont facilement accès à une assistance professionnelle.* 18 % des parents qui prennent tous deux en charge en partie leurs enfants déplorent l'absence d'accès simple au quotidien à des services de conseil et de médiation pour résoudre les conflits survenant au fil du temps concernant les enfants⁷³.

L'étude sur les parents formule les conclusions et les propositions suivantes :

- La disparité considérable entre les modalités de garde convenues ou ordonnées et la réalité vécue de la prise en charge signifie que *le concept juridique de garde alternée n'a souvent pas grand rapport avec la réalité.* Les arrangements familiaux vécus sont variés. La dichotomie ancrée dans la loi entre garde exclusive avec droit de visite et garde alternée ne correspond pas à cette multiplicité de situations⁷⁴.

⁷¹ Étude sur les parents, p. VII

⁷² Étude sur les parents, p. IX et p. 53

⁷³ Étude sur les parents, p. VIII

⁷⁴ Étude sur les parents, p. 51

- *L'étude propose de remplacer cette dichotomie*, qui favorise les conflits entre les parents, par la *notion unique de responsabilité de prise en charge des deux parents*⁷⁵.
- *L'exercice conjoint des responsabilités de prise en charge et d'éducation devrait servir de cadre de référence*. Si les parents s'écartent de ce modèle égalitaire, cela doit être au profit de solutions plus viables au quotidien pour l'enfant comme pour les parents. La solution concrète et les éventuels écarts par rapport à une répartition égalitaire de l'activité professionnelle et du travail familial doivent être pris en compte dans la compensation des charges et des prestations familiales entre les parents⁷⁶.
- *Il faudrait plus souvent demander aux enfants quels sont leurs souhaits et leurs besoins*. La majorité des parents eux-mêmes ne le font pas, et dans le cadre des procédures, les enfants sont entendus dans seulement 10 %. Il faut trouver des possibilités pour que le droit de chaque enfant à être entendu dans le cadre familial ou par les autorités soit respecté⁷⁷.
- On peut déduire des commentaires sur le manque d'*accès simple à des services de résolution des conflits* que les offres de conseil et de médiation accessibles au quotidien peuvent simplifier la vie des parents séparés, et dès lors aussi celle de leurs enfants⁷⁸.

4 Appréciation du Conseil fédéral

4.1 La garde alternée dans la pratique

L'analyse de la pratique des tribunaux des cinq cantons sélectionnés permet de répondre à la plupart des questions soulevées par le postulat (voir le ch. 4.1.1), même si elle ne fournit pas de chiffres absolus. Les deux études apportent en outre un éclairage global sur le contexte social dans lequel s'inscrit la garde alternée et donnent ainsi un aperçu complet de l'importance de ce modèle de prise en charge pour les tribunaux et les autorités comme pour les parents et les enfants. Or, comme dit plus haut, pour évaluer la nécessité de légiférer, ce ne sont pas seulement les types de décisions de garde alternée et leur nombre qui comptent, mais aussi la manière dont elles sont prises puis appliquées et comment elles sont réellement vécues par les parents et les enfants (voir le ch. 4.1.2).

⁷⁵ Étude sur les parents, p. 51

⁷⁶ Étude sur les parents p. IX et 54

⁷⁷ Étude sur les parents, p. VIII

⁷⁸ Étude sur les parents, p. 54

4.1.1 Réponse aux questions du postulat

L'étude sur les tribunaux permet d'apporter les éléments de réponse suivants aux questions expressément posées par le postulat (voir le ch. 1.1) :

- Les modalités de prise en charge des enfants après une séparation ou un divorce sont le plus souvent décidées par les parents eux-mêmes et non par le juge. Dans 90 % des cas, les parents arrivent à se mettre d'accord.
- La garde alternée n'est prononcée par le juge que dans la minorité des cas. Selon les données disponibles et selon les cantons, la garde alternée est prononcée à l'issue de 7 à 19 % des cas de mesures protectrices de l'union conjugale et de 9 à 29 % des procédures de divorce. Cette part plus faible dans les procédures préventives (mesures protectrices de l'union conjugale et mesures provisionnelles) s'explique par le fait qu'elles n'ont lieu que dans les cas litigieux.
- Selon les données disponibles, les deux parents demandent conjointement la garde alternée à l'issue de 9 % des mesures protectrices de l'union conjugale et provisionnelles et dans 13 % des procédures de divorce. D'après l'étude, ces demandes communes n'ont jamais été refusées.
- En pratique, il est rare qu'un seul parent demande la garde alternée, et lorsque c'est le cas, c'est toujours le père qui en est à l'origine, jamais la mère ni l'enfant. Vu le faible nombre de cas, on ne dispose pas de résultats probants sur le taux d'acceptation des demandes déposées par un seul parent.
- Les tribunaux prononcent rarement une garde alternée au moment du divorce lorsque l'enfant a moins de trois ans. Les enfants de huit ans et plus bénéficient plus souvent d'une garde alternée que ceux âgés de quatre à sept ans.
- Les parts de prise en charge inégale sont nettement plus courantes que les répartitions identiques. Lorsqu'un des parents assume une grande part de prise en charge, c'est le plus souvent la mère, même si on constate que les pères s'investissent de plus en plus dans la prise en charge de leurs enfants.
- La réglementation du droit de visite a grandement évolué depuis la révision de 2017. La part de prise en charge des pères a notablement augmenté et, dans nombre de cas, plutôt que de se limiter aux visites auparavant usuelles d'un week-end sur deux, ce droit englobe des temps réguliers de prise en charge pendant la semaine.
- La plupart des juges de première instance consacrent le temps nécessaire pour trouver avec les parents des solutions adéquates pour leurs enfants dans le cadre des audiences de conciliation. En particulier lorsque la séparation ou le divorce induit un changement des responsabilités de prise en charge, le juge peut admettre des phases de transition et d'essai graduelles.

- Il est très rare que des litiges autour des questions de garde fassent l'objet d'un recours auprès de l'instance supérieure. Généralement, ni la mère ni le père n'obtient gain de cause. Rien n'indique que les tribunaux de deuxième instance « fassent preuve de plus de compréhension » à l'égard des demandes des mères (opposées à la garde alternée ou à la garde exclusive octroyée au père) ou de celles des pères (opposés à la garde exclusive de la mère ou aux modalités concrètes de la garde alternée) ni qu'ils « privilégient systématiquement » l'un des deux types de garde.

Enfin, l'étude consacrée aux parents a révélé que les enfants bénéficient plus souvent d'une garde alternée lorsque leurs parents se sont séparés après 2017. La révision a également conduit à une régression des prises en charge très inégalitaires par les deux parents au profit d'arrangements plus égalitaires.

En conclusion, la critique ou la crainte selon laquelle la révision de 2017 serait restée sans effet dans la réalité et que les juges de première instance en particulier feraient obstacle à la garde alternée ou aux arrangements de prise en charge plus égalitaires n'a pas été confirmée.

4.1.2 Évaluation de la nécessité de légiférer

Les deux études concluent sans équivoque qu'*il est plus courant qu'avant que les deux parents participent à la prise en charge de leurs enfants après une séparation ou un divorce*, en particulier depuis l'entrée en vigueur de la révision du droit des contributions d'entretien de l'enfant en 2017. En effet, la garde exclusive d'un parent avec droit de visite de l'autre parent un week-end sur deux n'est plus « usuelle » et il est devenu difficile de cerner la limite entre garde alternée et garde exclusive avec droit de visite élargi. Le Conseil fédéral constate également avec satisfaction la forte diminution, depuis la révision de 2017, de la proportion de pères qui ne voient leurs enfants que très rarement ou que la journée. Même si les enfants habitent encore presque toujours chez un seul parent, la plupart d'entre eux ont de nombreux contacts avec l'autre parent dans le second foyer.

4.1.2.1 La loi doit-elle favoriser le partage de la prise en charge des enfants après une séparation ou un divorce ?

Certes, la *répartition de la prise en charge demeure inégale* et les formes de garde alternée égalitaires restent peu répandues. Sur ce point, le Conseil fédéral estime lui aussi que la garde alternée pourrait et devrait encore être encouragée. Cependant, il estime qu'une modification du code civil visant à amener les tribunaux et les APEA à prononcer plus souvent la garde alternée ne permettra pas d'amorcer le changement attendu (contrairement à l'avis des deux CAJ sur l'initiative parlementaire 21.449 Kammerzin, voir le ch. 1.2.2).

Les deux études ont clairement montré que ce sont le plus souvent les parents eux-mêmes et non les tribunaux qui renoncent à une forme de garde alternée. Le fait que la garde alternée demeure minoritaire ne peut donc pas être attribué à une prédisposition du juge, mais plutôt aux exigences matérielles élevées posées par cette forme de prise en charge, notamment eu égard à la distance entre les domiciles des parents

et à leur capacité financière. À ce propos, il est à noter que selon l'étude sur les tribunaux, la garde alternée est plus fréquente en Suisse romande que dans le reste du pays. Les auteurs y voient le reflet de la meilleure intégration professionnelle des mères romandes avant la séparation ou le divorce.

Le *contexte social* joue donc un rôle crucial dans la diffusion de la garde alternée. Les études aboutissent à la conclusion qu'une répartition aussi égalitaire que possible de la prise en charge des enfants après une séparation ou un divorce réussit surtout dans les cas où les parents s'occupaient des enfants de manière égalitaire déjà *durant* la vie commune. Il appartient à la *politique de la famille et de l'enfance* d'encourager ces modes de prise en charge⁷⁹. On renverra ici au plan d'action de la Stratégie égalité 2030 et plus spécifiquement aux mesures prévues au champ d'action « Conciliation et famille »⁸⁰. En revanche, le Conseil fédéral ne juge *pas pertinent d'inscrire dans le code civil l'obligation de favoriser* la prise en charge partagée des enfants après une séparation ou un divorce.

4.1.2.2 Faut-il inscrire dans la loi le principe de la garde alternée à parts égales ?

Dans le contexte actuel, le Conseil fédéral considère qu'il n'est *pas indiqué d'inscrire dans le code civil le principe de la garde alternée à parts égales* avec la possibilité de s'en écarter à titre exceptionnel « si le bien de l'enfant le commande », comme ce fut le cas en 2014 pour l'introduction de l'autorité parentale conjointe (art. 298, al. 1, et 298b, al. 2, CC), principe que la motion 22.4000 Romano demande de transposer à la garde (voir le ch. 1.2.3).

Pour les raisons citées, faire de la garde alternée à parts égales (50 – 50) une norme expresse de la loi ne serait *tout simplement pas envisageable pour de nombreux parents, et dès lors ce principe ne serait pas applicable*. L'écart constaté dans l'étude sur les parents entre la décision du juge ou de l'autorité et la réalité vécue⁸¹ risquerait de se creuser davantage, ce qui serait problématique tant pour les parents concernés que pour leurs enfants. Il faut en effet prendre en compte le fait que dans nombre de cas, la répartition de la garde détermine le montant des contributions d'entretien. Or, cette décision judiciaire ne peut être modifiée sans autre par la suite.

En particulier, élever la garde alternée au rang de modèle de garde standard dans la loi *ne serait pas compatible avec le bien de l'enfant*, qui demeure la maxime suprême

⁷⁹ Voir aussi PIERRE LÜSSI/MERET LÜTOLF, Un nouveau modèle familial comme référence pour la politique et la société, Sécurité sociale (CHSS), 30 janvier 2024. Ce texte se fonde sur l'exposé « Politique de conciliation entre vie familiale et vie professionnelle égalitaire – Le modèle familial de référence de l'avenir », paru le 5 décembre 2023 dans l'ouvrage collectif de la COFF « Familles et politique familiale en Suisse – Défis en 2040 ».

⁸⁰ Voir www.egalite2030.ch > Stratégie > Champ d'action 2 : Conciliation et famille.

⁸¹ Voir également HEIDI STUTZ/HEIDI SIMONI, Theoretische Obhutsüberlegungen und die gelebte Betreuungsrealität in Familien mit getrennten Eltern, *FamPra.ch* 1/2024, p. 106 à 120.

pour déterminer les parts de prise en charge : les tribunaux et les autorités doivent systématiquement observer les spécificités du cas d'espèce et trouver une solution adaptée⁸². D'après les deux études, *d'autres formes de garde partagée qui répondent mieux dans certains cas aux besoins de la famille sont répandues*. Les répartitions 60 – 40 et 70 – 30 permettent également aux enfants de tisser et de vivre une relation régulière et solide avec leurs deux parents. Dès lors, la notion de droit à une prise en charge parfaitement égale des enfants reflète peut-être davantage un besoin des parents que des enfants. Selon les observations faites dans la pratique, les enfants peuvent s'« accommoder » de différents modèles de prise en charge, du moment que les deux parents sont favorables au modèle choisi⁸³. Dans l'optique de l'égalité absolue, la question de l'attribution de la garde paraît nettement plus complexe que celle de l'autorité parentale, ce qui constitue un argument de plus contre la transposition du principe applicable à cette dernière. Il convient d'ajouter que l'orientation jusqu'ici libérale du droit suisse de la famille s'oppose à un cadre légal aussi strict⁸⁴.

Faire de la répartition égale de la prise en charge la nouvelle norme légale pourrait également poser problème eu égard au *risque de violences domestiques*, qui n'est pas toujours facilement identifiable. Une étude publiée en janvier 2024 relève que même si les représentants des autorités interrogées (APEA, tribunaux civils) citent la violence comme un motif d'exclusion de la garde alternée : « même dans les exemples de cas présentant des indices de violence psychique et physique dans le couple (par ex. insultes, gifles), quelques personnes interrogées tendent à opter pour une garde alternée »⁸⁵. Par conséquent, la difficulté fréquente à prouver les accusations de violence et la forte conviction que le contact avec les deux parents est en principe dans l'intérêt de l'enfant pourraient conduire « à minimiser, à normaliser ou à nier totalement la violence »⁸⁶. Les auteurs recommandent donc de déterminer systématiquement si des cas de violence domestique (y compris la violence dans le couple

⁸² Voir les arrêts du TF 5A_463/2022 du 22 mai 2023, consid. 3.2 (en l'espèce la garde alternée avait été ordonnée, mais la prise en charge de la fille durant une demi-journée de la semaine restait litigieuse) et 5A_800/2022 du 28 mars 2023, consid. 5.4.2.

⁸³ Voir SABINE AESCHLIMANN/JONAS SCHWEIGHAUSER/DIEGO STOLL, Das Parlament revidiert das Familienrecht – was sagen Lehre und Praxis dazu?, *FamPra.ch* 1/24, p. 93.

⁸⁴ Voir le message du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse (entretien de l'enfant), FF 2014 511 546.

⁸⁵ Voir P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁶ Vgl. P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, *op. cit.*, p. 8 : « Ces mécanismes sont facilités par le fait que les représentant·e·s des autorités doivent prendre leurs décisions dans l'incertitude, car les conséquences de ces décisions ne sont guère prévisibles. Cela les rend particulièrement vulnérables à l'influence des stéréotypes et des idées reçues. Il s'agit, par exemple, de représentations stéréotypées de la violence domestique et des personnes impliquées ou d'arguments tels que ceux avancés dans le cadre du concept controversé du "syndrome d'aliénation parentale" (entre autres Gardner, 2002). Ce dernier se manifeste, par exemple, lorsque les accusations de violence d'un parent rejetées sans vérification sont traitées comme un élément stratégique de la procédure, bien

parental) sont connus⁸⁷, notamment pour déterminer comment la prendre en compte lors de l'attribution de la garde et de la réglementation des relations personnelles, afin de garantir la protection de l'enfant et du parent victime de la violence⁸⁸.

4.1.2.3 Pas de nécessité de légiférer sur la garde alternée

Fort de ces observations, le Conseil fédéral est convaincu que pour répartir la prise en charge des enfants entre les parents, *l'examen au cas par cas est la solution la plus convaincante*⁸⁹. De cette manière, les circonstances du cas d'espèce peuvent être prises en compte afin de toujours choisir ou, si nécessaire, prononcer la solution de prise en charge la plus favorable au bien de l'enfant⁹⁰. La formulation actuelle des dispositions du code civil (art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC) garantit que cet examen est effectué tout en signalant l'importance donnée par le législateur à la prise en charge équilibrée des enfants par les deux parents. Le Conseil fédéral ne voit donc pas la nécessité d'intervenir sur ce point.

Cet examen fait écho aux discussions menées actuellement dans certains pays voisins sur l'inscription de la garde alternée dans la loi comme solution privilégiée. Ce fut notamment le cas en *France* l'an passé⁹¹. Pour des raisons similaires, le Sénat français a décidé en décembre 2023 de conserver le droit en vigueur⁹², qui fixe comme priorité la recherche de solutions individuelles pour l'enfant⁹³. L'*Allemagne* va quant à elle introduire une forme de garde alternée (nommée « Wechselsmodell ») à l'issue de sa réforme en cours du droit de l'enfance, mais elle n'en fera pas une obligation pour la répartition de la prise en charge des enfants. Il s'agira plutôt d'une possibilité, tantôt symétrique (50 – 50), tantôt asymétrique (part importante, mais inférieure à 50 %). Le choix du modèle de prise en charge se fera toujours à l'aune du bien de l'enfant. De plus, la protection face à la violence domestique durant la procédure portant sur

que la probabilité que les accusations soient vraies soit plus élevée que celle indiquant le contraire. Dans ce contexte, un manque de connaissances sur les thèmes pertinents spécifiques à la violence augmente le risque que les stéréotypes et les idées reçues influencent la prise de décision. »

⁸⁷ Voir P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁸ Voir P. KRÜGER/S. LORENZ COTTAGNOUD/T. MITROVIC/A. MAHFOUDH/E. GIANELLA-FRIEDEN & G. DROZ-SAUTHIER, *op. cit.*, p. 11.

⁸⁹ Il était déjà parvenu à cette conclusion dans le rapport de 2017 sur la garde alternée (voir le ch. 2.2).

⁹⁰ Voir également SABINE AESCHLIMANN/JONAS SCHWEIGHAUSER/DIEGO STOLL, *op. cit.*, p. 88 s.

⁹¹ Voir la proposition de loi relative aux droits de l'enfant à entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses parents en cas de séparation de ces derniers, Texte n° 308 (2021-2022) de Mme Élisabeth DOINEAU et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 16 décembre 2021. Cette proposition et les travaux parlementaires y relatifs peuvent être consultés à l'adresse suivante : <https://www.senat.fr/dossier-legislatif/pp121-308.html>

⁹² « Le Sénat conforte la garde alternée des enfants, sans en faire un principe - Alors qu'une sénatrice centriste proposait de faire de la garde alternée une "présomption légale", les sénateurs se sont montrés prudents et ont décidé de ne pas systématiser ce mode de garde », *Le Parisien*, 14 décembre 2023. Cet article peut être consulté à l'adresse suivante : <https://www.leparisien.fr/societe/le-senat-conforte-la-garde-alternee-des-enfants-sans-en-faire-un-principe-14-12-2023-LA5AF32C3VG7REYYA2I7UFC5QE.php>

⁹³ Voir l'art. 373-2-9, al. 1 et 2 du Code civil français : « (1) En application des deux articles précédents, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. (2) À la demande de l'un des parents ou en cas de désaccord entre eux sur le mode de résidence de l'enfant, le juge peut ordonner à titre provisoire une résidence en alternance dont il détermine la durée. Au terme de celle-ci, le juge statue définitivement sur la résidence de l'enfant en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux. »

l'autorité parentale et les relations personnelles (*Sorge- und Umgangsverfahren*) doit être améliorée, tout en prenant en compte la Convention d'Istanbul⁹⁴.

4.2 Calcul de la contribution d'entretien : analyse des conséquences de la réforme

Dans l'étude sur la pratique des tribunaux, les avocats comme les juges ont cité les règles applicables à la contribution d'entretien de l'enfant parmi les obstacles à la diffusion de la garde alternée et des accords de prise en charge partagée. Selon eux, le calcul de la contribution d'entretien et la mesure dans laquelle il faut tenir compte de la compatibilité entre prise en charge et activité professionnelle manquent de clarté. *Il existe en outre un point de basculement indésirable lors du passage de la garde exclusive à la garde alternée dans les cas où la part de prise en charge avoisine les 30 %*. Étant donné que l'arrangement de la garde influe sur le mode de calcul, une modification minimale du taux de prise en charge peut déjà avoir des conséquences considérables sur la répartition des contributions d'entretien entre les parents. Des mesures s'imposeraient pour « fluidifier ce passage »⁹⁵.

Le Conseil fédéral estime que cette problématique requiert un examen plus approfondi. Les questions et les difficultés soulevées par *le calcul des contributions d'entretien* pourront être étudiées lors des travaux liés au postulat 23.4328 (voir le ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**). C'est dans ce cadre qu'il conviendra d'examiner et de traiter les critiques formulées dans l'étude sur la pratique des tribunaux à l'encontre du lien actuel entre la garde et l'entretien, ainsi que les propositions visant à calculer la contribution d'entretien en se basant « uniquement » sur l'arrangement concret de la garde⁹⁶. Ces travaux seront également l'occasion d'examiner une adaptation de la terminologie de la garde au calcul de la contribution d'entretien. L'analyse de l'impact d'une modification de cet ordre devra également prendre en compte les autres domaines du droit dans lesquels la notion de « garde » déploie des effets (directement ou non ; voir le ch. 4.3).

4.3 Faut-il adapter la terminologie ?

Comme dit plus haut (ch. 3.2 et 3.3), les deux études ont relevé un certain potentiel d'amélioration des notions de « *garde alternée* » et de « *garde exclusive avec droit de visite* ». Pour leur part, les tribunaux semblent s'en être accommodés⁹⁷. Il ressort des discussions avec les juges un certain pragmatisme, ces derniers désignant un accord

⁹⁴ Voir les *Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Kindschaftsrechts : Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht*, 25 janvier 2024, p. 9 s. (disponible sur : www.bmj.de > Themen > Gesellschaft und Familie > Kinder > Sorge- und Umgangsrecht).

⁹⁵ Étude sur les tribunaux, p. 84 s.

⁹⁶ Voir PHILIPP MAIER/MERCEDES GEIGER, *Betreuen oder bezahlen – weshalb Obhut und Unterhalt untrennbar miteinander verknüpft sind*, *Revue de l'avocat* 10/2023, p. 430 à 438.

⁹⁷ Étude sur les tribunaux, p. 8 du résumé

de prise en charge inégal comme garde alternée ou garde exclusive selon le souhait des parents⁹⁸. En revanche, la majorité des avocats évitent ces termes autant que possible, car ils craignent que les parents ne comprennent pas cette dichotomie, ce qui peut amener de nouveaux conflits⁹⁹.

Selon l'étude sur la pratique des tribunaux, la majorité des auteurs de doctrine critique également la terminologie¹⁰⁰. Ils y voient une contradiction avec le concept de parentalité commune et égalitaire après la séparation ou le divorce, qui a servi de fondation aux révisions de 2014 et de 2017, puisqu'il est important pour le développement de l'enfant qu'il puisse conserver des liens étroits avec ses deux parents. Le choix d'alors de conserver les termes « garde » et « droit de visite » pourrait donc être compris comme rabaissant l'enfant et le parent bénéficiant d'un droit de visite au rang de simples « visiteurs » dans la vie l'un de l'autre, ce qui en retour donnerait plus d'importance à l'un des deux parents pour l'enfant¹⁰¹. À cela s'ajoute l'imprécision du terme de « garde ». La garde alternée n'impliquant pas une part de prise en charge précise, un arrangement de prise en charge identique pourra tantôt être qualifié de garde alternée, tantôt de garde exclusive avec droit de visite élargi¹⁰². Les deux études mentionnent enfin que cette dichotomie créée par la loi ne tient pas compte du fait que la plupart des solutions vécues au quotidien se situent quelque part entre les deux. Elles proposent donc de renoncer à cette catégorisation au profit de la notion unique de *responsabilité de prise en charge* des deux parents¹⁰³.

Le Conseil fédéral peut comprendre ces critiques et a pris connaissance de la proposition formulée en conséquence (« responsabilité de prise en charge »). Avant une éventuelle modification des termes *garde alternée* et *garde exclusive avec droit de visite* (ou droit d'entretenir des relations personnelles, art. 273 CC) dans la loi, il juge toutefois nécessaire d'analyser ses conséquences plus en détail. En effet, plusieurs dispositions du droit en vigueur associent des effets (directement ou non) à la « garde ». En droit civil, par exemple, l'enfant partage dans certains cas le domicile de celui de ses parents qui détient la garde (art. 25, al. 1, CC), lequel peut à certaines conditions modifier le lieu de résidence de l'enfant sans l'accord de l'autre parent (art. 301a, al. 2, CC). En outre, la garde et l'entretien sont liés (voir le ch. 4.2)¹⁰⁴. Le

⁹⁸ Étude sur les tribunaux p. 81

⁹⁹ Étude sur les tribunaux, p. 5 du résumé

¹⁰⁰ Étude sur les tribunaux, p. 9 et étude sur les parents, p. 4, toutes deux avec renvois

¹⁰¹ Voir PHILIPP MAIER/MERCEDES GEIGER, *op. cit.*, p. 431.

¹⁰² Étude sur les tribunaux, p. 84

¹⁰³ Étude sur les tribunaux, p. 86 et étude sur les parents, p. 51

¹⁰⁴ Voir PHILIPP MAIER/MERCEDES GEIGER, *op. cit.*, p. 438. Les auteurs montrent que malgré les critiques formulées à l'égard du terme de « garde », son utilisation est inévitable. Qu'il s'agisse de garde alternée ou exclusive, elle demeure décisive et pose un jalon important pour le calcul de la

terme de garde a des répercussions sur d'autres domaines du droit encore, tels que le droit des assurances sociales¹⁰⁵ et le droit fiscal¹⁰⁶. Comme indiqué précédemment, cette analyse pourra être effectuée dans le cadre des travaux induits par le postulat 23.4328 (voir le ch. 1.3.2).

Une décision ne pourra être prise sur cette modification terminologique qu'une fois que ses conséquences auront été étudiées. En toute logique, le Parlement devrait également effectuer cet examen à titre préalable s'il estime, contre l'avis du Conseil fédéral, qu'il y a lieu de légiférer sur la garde alternée, comme le demandent l'initiative parlementaire 21.449 Kamerzin et la motion 22.4000 Romano (voir les ch. 1.2.2 et 1.2.3). On peut également supposer que la question de la terminologie se poserait également dans ce contexte.

4.4 Procédure et juridiction en droit de la famille

D'après l'étude sur la pratique des tribunaux, il est urgent « d'améliorer le soutien aux parents en conflit après une séparation pour réorganiser la parentalité commune afin que ceux-ci puissent assumer pleinement leur responsabilité à l'égard de leurs enfants et, ce faisant, permettre à des arrangements de prise en charge alternée de fonctionner¹⁰⁷ ». Il est non seulement important pour les enfants qu'ils maintiennent un contact régulier avec leurs deux parents, mais aussi que ces derniers soient *capables de communiquer et de coopérer*. Leur *aptitude à gérer le conflit* a elle aussi son importance dans la décision d'octroyer une garde alternée, car il faut éviter « que les enfants ne deviennent les otages du conflit parental, ne servent d'émissaire ou ne doivent écouter le dénigrement d'un parent par l'autre¹⁰⁸ ». Les parents doivent être en mesure de faire la part des choses entre leur conflit et leur responsabilité mutuelle envers leurs enfants¹⁰⁹.

Il est également primordial pour le Conseil fédéral que les parents qui se séparent se sentent soutenus au mieux durant les procédures judiciaires et administratives, de sorte qu'ils puissent eux-mêmes organiser au mieux leur responsabilité vis-à-vis de leur enfant et la vivre en conséquence, en tenant compte du bien de ce dernier. Dans

contribution d'entretien de l'enfant. Ils présentent une méthode visant à permettre aux parents et aux professionnels du domaine de déterminer rapidement et en autonomie laquelle des méthodes de calcul du Tribunal fédéral est applicable.

¹⁰⁵ Art. 29^{sexies}, al. 1, let. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)

¹⁰⁶ Voir la circulaire n° 30 de l'Administration fédérale des contributions du 21 décembre 2010 « Imposition des époux et de la famille selon la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD) » ainsi que le droit cantonal, par ex. l'art. 10, al. 2, de la loi sur les impôts du canton de Berne (RSB 661.11) : « Les revenus et la fortune des enfants mineurs s'ajoutent à ceux des détenteurs de l'autorité parentale. Lorsque des parents divorcés, ou séparés judiciairement ou de fait, exercent l'autorité parentale conjointe, les revenus et la fortune de leurs enfants s'ajoutent à ceux du parent qui en a la garde ; en cas de garde conjointe, la répartition se fait par moitié. »

¹⁰⁷ Étude sur les tribunaux, p. 12 du résumé et 86 du rapport

¹⁰⁸ Étude sur les tribunaux, p. 7 du résumé et 67 du rapport

¹⁰⁹ Étude sur les tribunaux, p. 34

la mesure du possible, il faut éviter un procès civil classique, dont les mécanismes ne sont pas toujours axés sur la désescalade et l'organisation des relations familiales.

Le Conseil fédéral a déjà reconnu et souligné à plusieurs reprises la nécessité d'agir sur ce point. Concernant la demande formulée dans l'étude sur la pratique des tribunaux en lien avec la garde alternée, on renverra aux travaux déjà en cours sur la question de la procédure et de la juridiction en droit de la famille. La conférence publique à Fribourg du 27 novembre 2023 y a justement été consacrée (voir le ch. 1.3.1). Ces travaux seront l'occasion d'examiner non seulement l'uniformisation des compétences et de la procédure pour le règlement des questions relatives aux enfants, indépendamment de l'état civil des parents, mais aussi les possibilités d'intervention plus précoce des autorités (par exemple devant une autorité de conciliation) et d'intégration d'instruments de désescalade rapide des conflits, tels que la médiation et le conseil ordonné durant la procédure. Dans ce contexte, il conviendra d'examiner et de prendre en compte également des aspects particuliers, tels que la violence domestique. Le rapport sur lequel se fondera une éventuelle révision de la procédure en droit de la famille est en cours de rédaction et devrait être publié fin 2024/début 2025.

5 Conclusions

Avec les art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017 à l'issue de la révision du droit des contributions d'entretien et qui prévoient que lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, le juge ou l'autorité compétente « examine, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande », le législateur a exprimé de manière suffisamment claire sa volonté d'encourager une participation équilibrée des deux parents à la prise en charge quotidienne des enfants après la séparation ou le divorce. Sans pour autant prescrire la garde alternée comme modèle standard, le législateur voulait s'assurer que les tribunaux et les autorités vérifient au cas par cas si cette forme de prise en charge est favorable au bien de l'enfant.

Les résultats des deux études interdisciplinaires sur la pratique des tribunaux en matière de garde alternée et sur la perspective et l'expérience des familles concernées montrent que la volonté du législateur a été comprise et appliquée. Le fait que la garde alternée demeure minoritaire ne peut donc pas être attribué à une prédisposition du juge ou des avocats, mais plutôt aux exigences matérielles élevées posées par cette forme de prise en charge, notamment eu égard à la distance entre les domiciles des parents et à leur capacité financière. De l'avis du Conseil fédéral, ce n'est pas en modifiant les dispositions du code civil relatives à la garde alternée que l'on pourra favoriser la prise en charge équilibrée des enfants par les deux parents après une séparation ou un divorce, mais plutôt en modifiant le contexte social. D'après lui, il n'y a donc actuellement pas lieu de légiférer sur la garde alternée, que ce soit pour favoriser la prise en charge partagée des enfants après une séparation ou un divorce ou pour faire de la garde alternée à parts égales le modèle standard (voir le ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).

Le Conseil fédéral estime toutefois nécessaire d'intervenir dans d'autres domaines étroitement liés à l'encouragement de la responsabilité commune des parents après une séparation ou un divorce et, dès lors, également associés à la garde alternée. Il s'agit premièrement des liens entre garde et entretien et de la possibilité de simplifier le calcul de la contribution. Deuxièmement, la terminologie de la garde alternée mériterait d'être examinée en vue d'une possible amélioration, afin que le plus grand nombre possible de parents se reconnaissent dans leur rôle de prise en charge. Ces deux questions seront étudiées dans le cadre des travaux induits par un autre postulat (voir les ch. 4.2 et 4.3). Surtout, il y a besoin d'agir en lien avec la procédure en droit de la famille. Là encore, on renverra aux travaux liés à d'autres postulats : tant l'uniformisation des compétences et de la procédure pour le règlement des questions relatives aux enfants, indépendamment de l'état civil des parents, que l'intégration d'instruments de désescalade rapide des conflits, tels que la médiation et le conseil ordonné durant la procédure, seront examinées dans ce contexte (voir le ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**).