



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Le Conseil fédéral

Garde alternée

Rapport du Conseil fédéral en réponse au
postulat CAJ-CN 15.3003
«Garde alternée. Clarification des règles légales
et pistes de solutions»

du 8 décembre 2017

Table des matières

1 Contexte.....	5
1.1 Révisions récentes en matière du droit de la famille	5
1.2 Postulat 15.3003	6
1.2.1 Teneur du postulat.....	6
1.2.2 Traitement du postulat	6
1.3 Attribution d'un mandat à l'Université de Genève	7
2 Étude interdisciplinaire sur la garde alternée	7
2.1 Objectif de l'étude	7
2.2 Résultats de l'Étude interdisciplinaire	7
2.2.1 Coparentalité	7
2.2.2 Intérêt supérieur de l'enfant	9
2.2.3 Modes interdisciplinaires de résolution du conflit parental.....	10
2.2.4 Conditions matérielles et structurelles de la garde alternée	11
2.3 Recommandations	12
3 Avis du Conseil fédéral sur la garde alternée comme modèle de garde prioritaire	13
3.1 Évolution depuis l'adoption du postulat	13
3.2 Conclusion.....	16
4 Clarification des règles légales et pistes de solutions	18
4.1 Garde alternée et contribution d'entretien	18
4.2 Garde alternée et modification des circonstances	19
4.2.1 Modification des circonstances	19
4.2.2 Répartition des compétences	20
4.3 Garde alternée et domicile de l'enfant	21
4.3.1 Principe de l'unité du domicile civil.....	21
4.3.2 Double domiciliation pour l'enfant?	22
4.4 Garde alternée et impôts.....	23
4.4.1 Barème parental.....	23
4.4.2 Déductions	24
5 Appréciation d'ensemble et perspectives	24

Résumé

Le législateur suisse accorde une grande importance au maintien de la relation entre l'enfant et ses deux parents après séparation ou divorce. Pour cette raison, en 2014 il a posé le principe de l'autorité parentale conjointe après la séparation ou le divorce. De plus, par l'adoption des art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC – en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017 – il a clairement exprimé son désir d'encourager une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge au quotidien de l'enfant après la séparation ou le divorce. Sans faire de la garde alternée le modèle de base, le législateur a voulu s'assurer que l'autorité saisie examine si cette modalité de prise en charge de l'enfant est la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant dans le cas d'espèce.

Dans le cadre des discussions sur l'introduction desdites normes, le Conseil national a adopté un postulat demandant au Conseil fédéral d'examiner dans un rapport les problèmes posés par la garde alternée en cas de divorce ou de séparation, d'étudier les éventuelles modifications législatives nécessaires pour y remédier et de donner un aperçu des législations des pays voisins.

Pour donner suite à ce mandat, le Conseil fédéral a chargé l'Université de Genève d'élaborer une étude interdisciplinaire sur la garde alternée. Le thème des relations entre parents et enfants après la séparation ou le divorce implique en effet des considérations non seulement d'ordre juridique, mais également de nature psychologique, sociologique et de politique familiale. Au vu des résultats de cette étude, dans la première partie de ce rapport le Conseil fédéral parvient à la conclusion que la décision du législateur de ne pas faire de la garde alternée le modèle de garde prioritaire est juste. 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 extra-familiales 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 raison des changements fréquents d'un lieu de vie à l'autre. En France et en Belgique, pays qui privilégient actuellement cette modalité de garde, des projets de réforme sont en cours dans le but de recentrer le débat sur le choix de l'organisation pratique la plus conforme au bien de l'enfant: une «solution sur mesure» qui lui permette de maintenir une relation régulière avec les deux parents après la séparation ou le divorce 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. Dans la deuxième partie de son rapport, le Conseil fédéral examine les questions juridiques qui se posent le plus souvent en relation avec l'instauration de la garde alternée et parvient à la conclusion que les dispositions législatives en vigueur permettent de répondre à ces questions dans le cas d'espèce.

De manière générale, il est important pour le Conseil fédéral d'encourager le maintien d'une relation régulière entre l'enfant et ses deux parents après la séparation et le divorce. À cette fin, l'État doit œuvrer pour créer les conditions-cadre favorisant cette relation plutôt que de prescrire des modèles de vie rigides. Dans les pays ayant promu la garde alternée, celle-ci s'accompagne entre autres d'une promotion des modes alternatifs de gestion du conflit parental. En Suisse aussi, certains cantons proposent un accompagnement interdisciplinaire aux parents qui se séparent. Cela favorise le développement des compétences nécessaires pour redéfinir, au besoin, les modalités de prise en charge de l'enfant. Le Conseil fédéral estime nécessaire de suivre de près ces modèles d'accompagnement interdisciplinaire des familles en cas de séparation ou divorce. Leur évaluation dans les cantons concernés du point de vue de la durabilité des solutions trouvées, de leur impact sur le conflit parental et sur le bien-être de l'enfant, ainsi que de la participation de l'enfant dans le processus de

prise de décision pourrait servir de base pour une réflexion plus ample sur le fonctionnement de la justice familiale.

1 Contexte

1.1 Révisions récentes en matière du droit de la famille

Suite à l'augmentation du nombre de divorces et de séparations, les législateurs de plusieurs pays se préoccupent particulièrement depuis quelques années du sort des enfants, tant du point de vue de leur relation avec le parent avec lequel ils ne vivent plus au quotidien que du point de vue de la prise en charge matérielle de leur subsistance. La coprésence durable des parents n'étant plus assurée, il devient important de garantir aux enfants la continuité dans la prise en charge tant affective que pratique et matérielle et le maintien du lien avec chacun des parents¹. Les révisions récentes du droit suisse de la famille en matière de responsabilité parentale participent à cette évolution².

La **révision du code civil relative à l'autorité parentale** entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014³ a fait de l'autorité parentale conjointe la règle, indépendamment de l'état civil des parents. L'attribution de l'autorité parentale exclusive à l'un des parents reste possible, mais seulement si le bien de l'enfant le commande. L'autorité parentale représente le droit-devoir des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur, en particulier en ce qui concerne son éducation, sa représentation et l'administration de ses biens (art. 301 à 306 CC et 318 ss CC). Le législateur suisse part du principe que l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents correspond au bien de l'enfant et ce même lorsque les parents ne sont pas mariés ou ne vivent pas – ou plus – ensemble. L'exercice conjoint de l'autorité parentale n'implique toutefois pas automatiquement que l'enfant vit avec chacun des deux parents de manière alternée, pour des périodes plus ou moins égales (garde alternée): «Un parent ne peut donc pas déduire du principe de l'autorité parentale conjointe le droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant pendant la moitié du temps. [...] on ne décidera d'une garde alternée (ou partagée) que si celle-ci est la meilleure solution pour le bien de l'enfant.»⁴

La question de l'introduction de la garde alternée dans la loi comme modèle de garde prioritaire⁵ après une séparation ou un divorce a été discutée lors du deuxième volet de la réforme législative consacrée à la responsabilité parentale, la **révision du droit de l'entretien de l'enfant**, entrée (partiellement) en vigueur le 1^{er} janvier 2017⁶. Dans son message du 23 novembre 2013, le Conseil fédéral a estimé qu'il serait inopportun d'imposer la garde alternée à tous les parents vivant séparés. Le caractère rigide d'une telle réglementation serait en effet en contradiction avec la conception libérale du droit de la famille suisse, qui n'impose pas un modèle de vie spécifique⁷.

Tout en préservant cette conception libérale, le Parlement a souhaité encourager une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge de l'enfant au quotidien après la séparation ou le divorce, sans toutefois prescrire la garde alternée en tant que modèle de garde prioritaire. Le 20 mars 2015 le Parlement a par conséquent adopté des dispositions qui n'étaient pas prévues par le projet du Conseil fédéral. Selon les art. 298, al. 2^{bis} et 2^{ter}, et 298b, al. 3^{bis} et 3^{ter}, CC, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017, l'autorité compétente (juge ou

¹ LAURA CARDIA VONECHE/SYLVIE CADOLLE, Quand le conflit conjugal est un conflit parental, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (éd.), *Private Law: national, global, comparative: Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, 2011 Berne, p. 325 à 336, p. 325.

² Voir message du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), FF 2014 511, p. 517.

³ RO 2014 357

⁴ Voir message du Conseil fédéral du 16 novembre 2011 concernant la révision du code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315, p. 8331.

⁵ On parle aussi de «modèle de base» ou «modèle par défaut».

⁶ RO 2015 4299 et 5017

⁷ Voir message Entretien de l'enfant, FF 2014, p. 545 à 547.

autorité de protection de l'enfant), lorsqu'elle statue sur la garde de l'enfant, les relations personnelles ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant doit tenir compte du droit de l'enfant *d'entretenir régulièrement⁸ des relations personnelles avec ses deux parents*. De plus, si l'un des parents ou l'enfant le demande, cette autorité est tenue d'examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité d'instaurer la *garde alternée⁹*. Par l'adoption de ces dispositions, le législateur a voulu s'assurer que l'autorité saisie examine toute demande visant l'établissement d'une garde alternée. Bien entendu, celle-ci ne devra être prononcée que si elle paraît être la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant¹⁰.

1.2 Postulat 15.3003

1.2.1 Teneur du postulat

Il y a lieu de rappeler que, sur recommandation de sa Commission des affaires juridiques (CAJ-N), le Conseil national s'était dans un premier temps opposé à l'introduction desdites dispositions législatives, proposées par le Conseil des États le 2 décembre 2014¹¹. Bien que convaincue de la nécessité de principe d'encourager la garde alternée, la CAJ-N était préoccupée par les problèmes que ce mode de garde pourrait poser à l'enfant, ainsi qu'à ses parents. Avant de modifier la loi, elle souhaitait disposer d'une étude sur les problèmes juridiques et pratiques que ce mode de garde peut poser et sur les expériences faites dans les autres pays. D'où le dépôt, le 23 janvier 2015, du postulat 15.3003 «Garde alternée. Clarification des règles légales et pistes de solutions», avec la teneur suivante:

«Le Conseil fédéral est invité à présenter un rapport sur les problèmes juridiques posés par la garde alternée des enfants en cas de divorce ou de séparation des parents. Il étudiera les modifications législatives nécessaires pour y remédier. Il donnera en outre un aperçu en droit comparé des législations de nos pays voisins.»¹²

1.2.2 Traitement du postulat

Dans son avis du 25 février 2015, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat, en soulignant en particulier l'importance, pour l'enfant, de pouvoir entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents après la séparation ou le divorce. Le 4 mars 2015, le Conseil National a adopté le postulat¹³.

Le 17 mars suivant, le Conseil National s'est finalement rallié à la proposition du Conseil des États d'introduire les dispositions sur la garde alternée dans le code civil¹⁴. Le postulat n'est pas devenu sans objet pour autant. En effet, jusqu'alors une étude spécifique qui examine la garde alternée de manière complète en Suisse et qui aborde cette thématique de manière interdisciplinaire n'existe pas. Or, la réglementation des relations entre parents et enfants lorsque les parents ne vivent pas ou plus ensemble implique des considérations d'ordre non seulement juridique, mais également de nature psychologique (construction de l'identité de

⁸ Lors des débats parlementaires il a été précisé que «régulièrement» doit être interprété comme «le plus souvent possible». (Intervention CE Stadler, 02.12.2014, BO 2014 E 1120.)

⁹ Lors des débats parlementaires il a été précisé que les termes «garde alternée» et «garde partagée» sont des synonymes. De plus, le terme «garde alternée» ne devrait pas être utilisé seulement en présence d'une répartition égalitaire de la prise en charge de l'enfant, mais pourrait aussi se référer à une répartition asymétrique. (Intervention CE Stadler, 02.12.2014, BO 2014 E 1120 et intervention CN Von Graffenried 04.03.2015, BO 2015 N 79).

¹⁰ Voir intervention CE Stadler, 02.12.2014, BO 2014 E 1120, et intervention CN von Graffenried, 04.03.2015, BO 2015 N 80.

¹¹ Voir débat CN 04.03.2015, BO 2015 N 79 à 86.

¹² Voir intervention CN Schwaab, 04.03.2015, BO 2015 N 85.

¹³ BO 2015 N 89

¹⁴ BO 2015 N 422 à 425

l'enfant), sociologique (formes de coparentalité) et de politique familiale (soutien aux familles désireuses de combiner prise en charge de l'enfant et vie professionnelle). D'autres pays ont par ailleurs déjà introduit depuis plusieurs années la garde alternée dans leur législation et il est utile d'examiner les résultats de leur expérience.

1.3 Attribution d'un mandat à l'Université de Genève

Dans le cadre des travaux préparatoires du présent rapport, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a commandé aux Facultés de droit et de sciences de la société de l'Université de Genève une étude interdisciplinaire sur la garde alternée. L'intérêt de cette étude n'est pas seulement scientifique: elle pourra constituer un instrument de travail utile pour les professionnels confrontés au thème de la garde des enfants après la séparation ou le divorce.

2 Étude interdisciplinaire sur la garde alternée

2.1 Objectif de l'étude

L'«Étude interdisciplinaire sur la garde alternée» élaborée par l'Université de Genève (Étude interdisciplinaire) est partie de la définition de garde alternée adoptée par le Tribunal fédéral – qui entend par là la situation dans laquelle les parents exerçant en commun l'autorité parentale prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales – et s'est fixé l'objectif de répondre aux questions suivantes¹⁵:

- 1. Dans quelles circonstances doit-on admettre que la garde alternée est la meilleure solution pour l'enfant?**
- 2. Quelles conditions psychosociales doivent être remplies pour que ce mode de garde puisse fonctionner au quotidien?**
- 3. L'État peut-il, et le cas échéant comment, promouvoir cette forme de coparentalité?**

2.2 Résultats de l'Étude interdisciplinaire

Afin de répondre à ces questions, l'Étude interdisciplinaire a examiné quatre thèmes en relation avec la mise en œuvre d'une garde alternée après la séparation ou le divorce: coparentalité (voir chiffre 2.2.1); intérêt supérieur de l'enfant (voir chiffre 2.2.2); modes interdisciplinaires de résolution du conflit parental (voir chiffre 2.2.3) et conditions matérielles et structurnelles de la garde alternée (voir chiffre 2.2.4).

2.2.1 Coparentalité¹⁶

Le concept de coparentalité renvoie à la manière dont les parents s'allient et collaborent dans l'ensemble des tâches et des responsabilités familiales. La façon dont les couples perçoivent et expérimentent la garde alternée dépend étroitement de la forme de coparentalité qu'ils pratiquaient avant le divorce ou la séparation¹⁷.

Dans cette première partie, l'Étude interdisciplinaire expose les formes de coparentalité qui, lors d'une rupture, facilitent la mise en œuvre de la garde alternée et celles qui la rendent

¹⁵ Étude interdisciplinaire, p. 5.

¹⁶ Étude interdisciplinaire, p. 7 à 26.

¹⁷ Étude interdisciplinaire, p. 12.

particulièrement difficile voire impossible. Les parents qui avant la séparation collaboraient et s'impliquaient de manière similaire dans les tâches et les responsabilités familiales (coparentalité fonctionnelle) perçoivent la garde alternée de manière favorable. Par contre, si la collaboration dans les tâches et responsabilités parentales était faible, la garde alternée est considérée de manière négative. L'imposition de la garde alternée à des familles dont le mode de fonctionnement avant le divorce ou la séparation était inégalitaire et où la coparentalité était faible peut alors être perçue comme une forme de «violence institutionnelle»¹⁸. Dans les cas les plus extrêmes, ces conflits peuvent aboutir au non-paiement de la contribution d'entretien et à la rétention de l'enfant, ce qui peut conduire à la perte du lien avec l'un des parents¹⁹.

L'Étude interdisciplinaire s'est aussi penchée sur les expériences de quelques pays qui ont introduit la garde alternée en tant que mode prioritaire de l'organisation de la prise en charge de l'enfant après une séparation ou un divorce. De manière générale l'on observe que, bien qu'elle tende à progresser, la garde alternée demeure minoritaire, notamment si l'on considère sa modalité 50/50. Généralement, ce pourcentage ne dépasse pas les 35 %²⁰. Les études empiriques réalisées en France – où la possibilité d'une «résidence alternée» pour l'enfant a été instaurée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 – mettent en évidence l'importance de l'âge de l'enfant et de la position sociale des parents dans les décisions de garde alternée prises par la justice française. Les enfants dont la résidence est la plus fréquemment fixée en alternance sont les 5-10 ans (24 %). En ce qui concerne la position sociale des parents, la résidence alternée concerne en priorité des pères de classes moyennes et supérieures et l'implication professionnelle des mères apparaît comme le corollaire nécessaire pour réaliser cette forme de garde. Une «proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant» a été adoptée par l'Assemblée nationale et transmise au Sénat en 2014. Le projet de réforme propose de faire disparaître la notion de résidence alternée du code civil et de mettre ainsi fin à l'alternative binaire entre la résidence alternée ou la résidence au domicile de l'un des parents. D'après ce projet «la résidence de l'enfant serait fixée au domicile de chacun des parents, selon les modalités de fréquence et de durée déterminées d'un commun accord entre les parents ou, à défaut, par le juge». Selon le rapport de la commission de lois, la réforme entend dépasser les clivages entre partisans et adversaires de la garde alternée et recentrer le débat, dans chaque situation familiale, sur le choix de l'organisation pratique la plus conforme à l'intérêt de l'enfant. En effet, la résidence au domicile de chacun des parents n'implique pas, selon le même rapport, une répartition égale des temps de présence chez chacun d'entre eux²¹. La Belgique, qui a adopté en 2006 une disposition privilégiant l'«hébergement égalitaire» de l'enfant dont les parents sont séparés, connaît une évolution semblable. D'après les recherches citées dans l'Étude interdisciplinaire, la garde alternée imposée est mal vécue par les mères dans les situations où elles avaient assumé seules la prise en charge des enfants avant la rupture. Par conséquent, les décisions du tribunal ordonnant un hébergement égalitaire ne sont souvent pas respectées. Il a été aussi constaté que des décisions fixant la garde alternée dans des cas hautement conflictuels constituent un risque pour le bien-être de l'enfant. Une proposition de révision de la loi est actuellement examinée par le législateur belge. Si l'égalité parentale se dessine clairement, même pour de jeunes enfants, la proposition de révision de la loi met toutefois en évidence l'importance d'une formule d'hébergement «sur mesure», qui prenne en compte le choix de l'école, la situation professionnelle des parents ou encore les activités de loisirs des

¹⁸ Étude interdisciplinaire, p. 13.

¹⁹ LAURA CARDIA VONÈCHE/SYLVIE CADOLLE, *op. cit.*, p. 333 à 335.

²⁰ Étude interdisciplinaire, p. 19.

²¹ Étude interdisciplinaire, p. 21 à 23.

enfants. Sont mentionnées comme des facteurs peu propices à l'hébergement égalitaire la distance séparant les domiciles des parents et l'absence de dialogue entre les parents²².

2.2.2 Intérêt supérieur de l'enfant²³

L'Étude interdisciplinaire introduit cette deuxième partie, consacrée à l'examen de la garde alternée du point de vue de l'enfant, par le constat suivant: «[L']analyse de la littérature existante en sciences sociales ne permet pas d'affirmer qu'il existe un mode de garde de l'enfant idéal après la séparation ou le divorce de ses parents.»²⁴

Les facteurs influençant la réussite de la garde alternée peuvent en revanche être définis. Le premier facteur concerne le mode de coparentalité et de gestion de conflit. Les parents divorcés ou séparés qui pratiquent un mode de coparentalité de type unitaire privilégiant la collaboration entre eux, mais aussi le maintien d'un sentiment d'appartenance familiale commune, parviennent davantage que les autres à maintenir de manière satisfaisante la garde alternée. Les enfants se sentent libres d'aimer et de reconnaître leurs deux parents, ils parviennent à concilier les deux milieux familiaux et à préserver la continuité familiale, ce qui leur procure un sentiment de sécurité. Par contre, dans les situations hautement conflictuelles, la recherche a constaté que les enfants (de 7 à 17 ans) en garde alternée étaient moins satisfaits que ceux en garde exclusive. Et cet impact est d'autant plus important lorsque la garde alternée s'applique de manière rigide, s'adaptant peu aux désirs et aux besoins changeants de l'enfant et de la famille et fait suite à une décision judiciaire (imposée)²⁵. La violence envers l'ex-partenaire représente aussi un sérieux frein à la mise en place de la garde alternée²⁶. La mise en place d'une garde alternée est également inappropriée lorsque l'un des parents ne possède pas les capacités éducatives nécessaires, à cause, par exemple, d'une maladie psychique ou physique ou d'une toxicomanie²⁷. Un autre facteur à évaluer avec attention est celui des déplacements d'un lieu de vie à l'autre. Pour les enfants, les transitions d'une résidence à l'autre, d'un quartier à l'autre ou d'une région à l'autre constituent des ruptures dans la vie quotidienne (école, amis, et activités extra-scolaires) et impliquent de transférer à chaque fois les affaires (valises). Ces transitions requièrent de la part des enfants et de leurs parents une organisation qui peut s'avérer fort pesante pour certains enfants. Pour d'autres, l'inconstance de l'environnement et les transferts répétés ont des effets déstabilisants. Or, il existe des stratégies possibles pour pallier à de telles difficultés comme avoir les objets ou les vêtements à double, ou encore des logements parentaux à proximité l'un de l'autre, ce qui permet aux enfants de maintenir une continuité dans leur vie relationnelle et scolaire²⁸. Cela implique toutefois, pour chacun des parents, des ressources financières relativement importantes, pour être capable de prendre en charge la démultiplication des logements, des vêtements, des jouets, des activités et des déplacements²⁹.

Enfin, l'Étude interdisciplinaire souligne l'importance d'informer et d'entendre l'enfant au sujet de la mise en place de la garde alternée. Outre l'utilité pour l'établissement des faits dans la procédure judiciaire, la participation de l'enfant est bénéfique pour lui-même: elle a des effets positifs sur son développement. D'une part, la participation implique que son vécu et son opinion sont pris au sérieux par une tierce personne qui l'écoute et le respecte. D'autre part,

²² Étude interdisciplinaire, p. 23 à 24.

²³ Étude interdisciplinaire, p. 27 à 43.

²⁴ Étude interdisciplinaire, p. 27.

²⁵ Étude interdisciplinaire, p. 28 à 30.

²⁶ Étude interdisciplinaire, p. 30.

²⁷ Étude interdisciplinaire, p. 31.

²⁸ Étude interdisciplinaire, p. 31 à 32.

²⁹ Étude interdisciplinaire, p. 32.

²⁹ Étude interdisciplinaire, p. 32.

elle promeut chez l'enfant le sentiment d'auto-efficacité – c'est-à-dire le sentiment de pouvoir, en s'exprimant, agir sur sa situation de vie et l'influencer. Ainsi, il se perçoit lui-même comme un acteur légitime dans la recherche d'une solution qui réponde à son bien-être³⁰.

2.2.3 Modes interdisciplinaires de résolution du conflit parental³¹

L'Étude interdisciplinaire expose aussi la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de responsabilité parentale³². Cette jurisprudence fait dépendre la garde alternée des circonstances concrètes et des capacités des parents et permet ainsi de prendre en compte les résultats des études empiriques provenant des sciences sociales que l'on vient d'exposer. Se contenter d'une perspective interdisciplinaire au moment de la décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant est cependant insuffisant³³ si l'on veut vraiment encourager la participation des deux parents à la prise en charge au quotidien de l'enfant après la séparation.

Vu que la communication et la gestion du conflit sont importantes pour un mode de coparentalité fonctionnel après une séparation ou un divorce, l'Étude interdisciplinaire se penche sur le développement de modes interdisciplinaires de résolution de conflit et de consultation des parents visant le consensus parental³⁴. Dans les pays où elle est devenue le modèle prioritaire, la garde alternée a en effet été souvent combinée avec une promotion des modes alternatifs de résolution du conflit parental, qui peuvent assister les parents dans la construction d'une coparentalité unitaire.

La médiation est la méthode la plus répandue, en Suisse comme à l'étranger³⁵. Elle est généralement définie comme un mode de résolution des litiges dans lequel les parties tentent par elles-mêmes de parvenir à un accord avec l'aide d'un médiateur neutre, impartial et indépendant. La médiation peut intervenir à tout moment, avant, pendant ou après toute procédure judiciaire. Cette pratique s'oppose au procès, qui tend à exacerber les conflits plutôt qu'à les atténuer. La médiation vise en effet à permettre aux partenaires de rétablir la parole, de négocier de nouvelles distances, de créer de nouveaux rapports et de trouver un accord mutuel par rapport aux conflits pratiques évoqués. Le choix du mode de garde, comme la garde alternée, est souvent au centre de la médiation; c'est dans ce cadre que les parents prennent conscience de la complexité de son application et se mettent d'accord sur une organisation qui tienne compte à la fois de l'enfant mais aussi de leur situation personnelle et professionnelle. Le rôle du médiateur consiste ici à faire prendre conscience aux parents de la faisabilité des solutions qu'ils envisagent. Cela dit, l'Étude interdisciplinaire précise que la médiation n'est pas un instrument qui peut s'appliquer à tous les couples. Certaines personnes ne se sentent pas en mesure de négocier pour elles-mêmes et préfèrent s'adresser à un professionnel qui les représentera dans une procédure judiciaire. Le processus de médiation n'est pas non plus approprié dans des situations de haute conflictualité: le refus de communiquer, de coopérer rend tout compromis difficile à obtenir. Plus encore, la médiation est particulièrement déconseillée pour les couples dans lesquels l'un des deux a une emprise ou un pouvoir important sur l'autre, comme dans les situations de violence domestique. Alors que le droit offre un cadre protecteur pour les deux parties, la médiation peut devenir le reflet d'une relation de pouvoir et de contrôle au sein du couple. Enfin, la médiation n'est pas

³⁰ Étude interdisciplinaire, p. 32 à 33.

³¹ Étude interdisciplinaire, p. 44 à 60.

³² Étude interdisciplinaire, p. 35 à 42.

³³ Étude interdisciplinaire, p. 43.

³⁴ Étude interdisciplinaire, p. 44 à 60.

³⁵ L'Étude interdisciplinaire expose en particulier la réglementation de la médiation en Allemagne, en France, en Angleterre et au Pays de Galles, ainsi que les expériences en Australie et au Québec.

non plus appropriée lorsqu'il y a des problèmes de drogue, d'alcool, ou des problèmes psychiques au sein du couple.

En sus de la médiation, d'autres modèles interdisciplinaires de soutien au consensus parental existent. L'Étude interdisciplinaire expose en particulier le système de procédures familiales mis en place en Allemagne, qui impliquent la coopération interdisciplinaire des autorités judiciaires, des avocats, des offices de protection de la jeunesse et des services de consultation familiale, avec pour objectif de permettre aux parents en conflit de trouver des solutions négociées pour répondre aux besoins des enfants. En Suisse, les cantons de Saint-Gall et de Bâle-Ville ont mis sur pied des consultations imposées aux parents avec leurs enfants, pour qu'ils puissent comprendre les enjeux de la séparation et parvenir à une solution à l'amiable. Il serait souhaitable d'évaluer ces programmes du point de vue de la durabilité des solutions trouvées, de leur impact sur le conflit parental et le bien-être de l'enfant, de la participation de l'enfant au processus de prise de décision, ainsi que de leur accessibilité pour les différentes familles séparées³⁶.

2.2.4 Conditions matérielles et structurelles de la garde alternée³⁷

L'enjeu financier lié à la mise en place de la garde alternée fait l'objet de la dernière partie de l'Étude interdisciplinaire. La garde alternée est un mode de garde coûteux, puisqu'elle implique des frais fixes doublés: deux logements séparés, deux sets d'ameublements, des frais de transports, des loisirs, des vêtements, des jouets et, parfois, du matériel scolaire à double. Pour cette raison, il s'agit d'un mode de garde appliqué surtout par des parents issus de milieux socio-économiques aisés³⁸.

En d'autres termes, la garde alternée est non seulement exigeante au niveau de l'interaction des parents, mais dépend aussi de certaines conditions matérielles et structurelles. Celles-ci peuvent faciliter ou compliquer la mise en œuvre de la garde alternée. L'Étude interdisciplinaire examine le marché du travail, l'offre de structures d'accueil extra-familiales de l'enfant ainsi que la politique familiale en Suisse. Il ressort de cette analyse que la garde alternée semble difficile à mettre en œuvre pour un bon nombre de parents séparés ou divorcés, surtout dans sa forme égalitaire.

Les ressources économiques des femmes et des hommes au moment de la séparation sont loin d'être égales. En Suisse, la famille est aujourd'hui encore perçue comme le domaine de responsabilité privilégié des femmes et la carrière professionnelle comme celui des hommes. Ainsi, dès la naissance de l'enfant, la majorité des femmes réduit son temps de travail et tend à privilégier des emplois à temps partiel, relativement peu rémunérés, pour s'investir davantage dans la vie familiale³⁹. D'autres facteurs tels que l'absence ou le coût élevé des offres d'accueil des enfants en dehors de la sphère familiale poussent également les femmes à réduire leur temps de travail afin de s'occuper des enfants⁴⁰. Au vu de ces circonstances, l'Étude interdisciplinaire estime que les inégalités structurelles entre hommes et femmes générées par le contexte socio-économique suisse ne permettent pas aux mères ni aux pères séparés ou divorcés de contribuer à part égale à la prise en charge effective des enfants dans la vie quotidienne ni à prétendre à une égalité économique. De ce point de vue, l'imposition de la garde alternée comme modèle unique, tablant sur une égalité forte entre les parents dans la prise en charge des enfants après la séparation ou le divorce, peut être à

³⁶ Étude interdisciplinaire, p. 58 à 59.

³⁷ Étude interdisciplinaire, p. 61 à 74.

³⁸ Étude interdisciplinaire, p. 61 à 62.

³⁹ Étude interdisciplinaire, p. 63 à 65.

⁴⁰ Étude interdisciplinaire, p. 65 à 67.

même de donner lieu à des stress importants pour des nombreux parents, contraires à l'intérêt de l'enfant.

2.3 Recommandations

En conclusion, l'Étude interdisciplinaire recommande de ne pas s'orienter vers un modèle normatif unique, en promouvant par exemple, et dans tous les cas, une stricte égalité entre les ex-partenaires (et parents). La diversité des situations de coparentalité est indicative d'une pluralité de modes de fonctionnement et d'attentes vis-à-vis de la famille après séparation, dont le droit devrait tenir compte⁴¹.

De plus, les conditions-cadre de la prise en charge de l'enfant avant ou après la séparation ou le divorce en Suisse ne sont pas propices au partage égalitaire. D'une part, le potentiel des modes alternatifs de résolution de conflit et de soutien au consensus parental n'a pas encore été exploité. D'autre part, le régime libéral, individualiste en matière de politiques familiales pour lequel la Suisse a opté ne met pas à disposition des familles des aides qui rendraient possible la généralisation de la garde alternée à toutes les familles, quelles que soient leurs ressources financières et sociales⁴².

Dans ses dernières pages, enfin, l'Étude interdisciplinaire répond aux questions posées en introduction⁴³:

1. 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. Néanmoins, la revue de la littérature internationale permet de définir les situations dans lesquelles la garde alternée a des avantages. 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 pour pouvoir répondre à la question posée: 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'enfant, les conséquences pour le développement et le bien-être de l'enfant sont très négatives. En situation de conflit, la garde alternée exacerbé 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. Les pratiques de coparentalité mises en place par les parents (ou que les parents sont désireux de mettre en place) sont donc une condition importante de la garde alternée. Cette condition est exigeante, d'autant plus si les parents se remettent en couple avec des nouveaux partenaires. Finalement, il est à retenir que la garde alternée ne répond pas au bien de l'enfant en cas de violence contre l'ex-partenaire ou contre les enfants, ou en cas d'incapacité éducative d'un des parents notamment suite à une maladie psychique.»

⁴¹ Étude interdisciplinaire, p. 6.

⁴² Étude interdisciplinaire, p. 76.

⁴³ Étude interdisciplinaire, p. 76 à 77.

2. 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.»

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

«Au vu de nos constats, 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 de soutien aux familles monoparentales, 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. Des investissements nous semblent aussi nécessaires dans la récolte de données empiriques au sujet des pratiques du système suisse de justice familiale ainsi que des réalités sociales des familles post-séparation et post-divorce. Le manque d'enquêtes fondées sur des échantillons représentatifs sur ces thématiques au niveau suisse est particulièrement problématique. 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.»

3 Avis du Conseil fédéral sur la garde alternée comme modèle de garde prioritaire

Le Conseil fédéral examine ici une nouvelle fois la possibilité d'introduire dans le code civil la garde alternée comme modèle de garde prioritaire, bien qu'il l'ait déjà écartée lors des récentes révisions en matière d'autorité parentale et d'entretien de l'enfant (voir chiffre 1.1). En particulier les associations des pères continuent de préconiser cette solution.

3.1 Évolution depuis l'adoption du postulat

Il ne fait pas de doutes que le **législateur** suisse accorde une grande importance au maintien de la relation entre l'enfant et ses deux parents après la séparation ou le divorce. Pour cette raison il a posé le principe de l'autorité parentale conjointe après la séparation ou le divorce. De plus, par l'adoption des art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC – en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017 – il a clairement exprimé son désir d'encourager une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge de l'enfant au quotidien après une séparation ou un divorce. Selon ces dispositions, si l'un des parents ou l'enfant le demande, l'autorité compétente (juge ou autorité de protection de l'enfant) est tenue d'examiner, selon le bien

de l'enfant, la possibilité de la *garde alternée* (voir chiffre 1.1). Ainsi, le législateur n'a pas voulu faire de la garde alternée le modèle de base, mais il a voulu s'assurer que l'autorité saisie examine – d'office ou sur demande de l'un des parents ou de l'enfant – si l'établissement d'une garde alternée sert le bien de l'enfant. Appelée à statuer sur la garde de l'enfant, l'autorité compétente doit de toute manière rechercher la meilleure solution pour l'enfant en vertu de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office, applicables à toutes les procédures concernant les enfants (pour le juge, voir art. 296 CPC; pour l'autorité de protection de l'enfant, voir art. 446 CC, applicable par renvoi de l'art. 314 CC). Bien entendu, la garde alternée ne devra être prononcée que si elle constitue la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant. Le bien de l'enfant est le critère déterminant pour toutes les décisions concernant les enfants, en particulier pour celles concernant la responsabilité parentale (autorité parentale, garde, relations personnelles, entretien, etc.) et il prime l'intérêt des parents⁴⁴.

La **jurisprudence récente du Tribunal fédéral** reflète aussi cette évolution⁴⁵. Dans deux décisions de principe prononcées le 29 septembre 2016 (ATF 142 III 612 [en langue allemande] et 617 [en langue française])⁴⁶, le Tribunal fédéral⁴⁷ a précisé que le juge appelé à statuer sur une demande de garde alternée doit examiner, indépendamment de l'accord des parents sur ce sujet, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant. Le bien de l'enfant constitue en effet la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. La possibilité concrète d'instaurer une garde alternée et sa compatibilité avec le bien de l'enfant étant dépendantes des circonstances du cas d'espèce, le juge doit évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. Rien ne saurait être déduit des diverses études psychologiques ou psychiatriques en la matière se prononçant de manière absolue en faveur ou en défaveur de l'instauration d'un tel mode de garde, puisque celles-ci ne prennent pas en considération tous les paramètres qui entrent en ligne de compte dans le cas d'espèce (ATF 142 III 612, consid. 4.2, et 142 III 617, consid. 3.2.3). Le Tribunal fédéral a ensuite établi les critères déterminants pour décider de l'instauration d'une garde alternée: «Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les *capacités éducatives des parents*, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager l'instauration d'une garde alternée, ainsi que l'existence d'une *bonne capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer* compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. [...] Il faut également tenir compte de la *situation géographique* et de la distance séparant les logements des deux parents, de la *stabilité* qu'apporte à l'enfant le maintien de la situation antérieure, de la *possibilité pour chacun des parents de s'occuper personnellement* de l'enfant, de *l'âge de ce dernier* et de son appartenance à une fratrie ou à un cercle social. [...] Il faut également prendre en compte le *souhait de l'enfant* s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard. [...] Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui

⁴⁴ Voir intervention CE Stadler, 02.12.2014, BO 2014 E 1120, et intervention CN Von Graffenried, 04.03.2015, BO 2015 N 80.

⁴⁵ Voir aussi les déclarations du juge fédéral Nicolas von Werdt, président de la deuxième Cour de droit civil du Tribunal fédéral, dans l'interview parue le 14 mars 2017 dans le «Tagesanzeiger» et intitulée «Die Hoffnungen der Väter sind berechtigt».

⁴⁶ «Les deux arrêts en question portaient sur des recours dirigés respectivement contre un arrêt de la Cour de justice du canton de Genève et un arrêt de la Cour suprême du canton de Thurgovie. Dans ces deux affaires, les tribunaux cantonaux s'étaient prononcés, dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, en défaveur de l'instauration d'une garde alternée et avaient attribué la garde exclusive à la mère des enfants, tout en réservant un droit de visite au père. Dans la première affaire, le Tribunal fédéral a rejeté le recours du père, dans la seconde il l'a admis partiellement au motif que les preuves ont été appréciées arbitrairement et a renvoyé la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision.» (Communiqué du Tribunal fédéral du 20 octobre 2016)

⁴⁷ Le Tribunal fédéral a d'abord indiqué que, selon les nouvelles règles entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014, le terme de garde («Obhut») se réduit désormais à la seule dimension de la garde de fait («faktische Obhut»), qui se traduit par l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante (ATF 142 III 612, consid. 4.1, et 142 III 617, consid. 3.2.2).

est une prémissse nécessaire à l'instauration d'une garde alternée, *les autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance respective varie en fonction des circonstances du cas d'espèce.*» (142 III 612, consid. 4.3, et 142 III 617, consid. 3.2.3). Si le juge arrive à la conclusion qu'une garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, il devra alors déterminer auquel des deux parents il attribue la garde en tenant compte, pour l'essentiel, des mêmes critères d'évaluation et en appréciant, en sus, la capacité de chaque parent à favoriser les contacts entre l'enfant et l'autre parent (ATF 142 III 612, consid. 4.4, et 142 III 617, consid. 3.2.4).

Au niveau international, il y a lieu de mentionner la **Résolution 2079 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 2 octobre 2015**. Par l'adoption d'une résolution, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe exprime un vœu qui, bien que non contraignant pour les États membres, doit être sérieusement considéré. Dans la résolution citée, intitulée «**Égalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères**», le Conseil de l'Europe a adressé une série de recommandations aux États membres. La recommandation n° 5.5 appelle notamment les États membres «à introduire dans leur législation le principe de la résidence alternée des enfants après une séparation [à l'exception des cas d'abus ou de négligence d'un enfant, ou de violence domestique] en aménageant le temps de résidence en fonction des besoins et de l'intérêt des enfants». Pour comprendre le sens et le but de cette recommandation, il est nécessaire d'examiner le rapport et l'avis des commissions qui ont accompagné son adoption. Dans le résumé du rapport préalable à cette résolution, du 14 septembre 2015, la rapporteure de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination a précisé ce qui suit: «La résidence des enfants et les droits de visite peuvent s'avérer des questions particulièrement sensibles et être source de conflits lorsque les parents se séparent. Les États sont appelés à introduire la résidence alternée ou, le cas échéant, à en faire un plus grand usage [car elle] est souvent la meilleure alternative pour préserver le lien entre l'enfant et ses parents. La résidence alternée doit toutefois être mise en œuvre avec discernement et en ayant toujours à l'esprit l'intérêt de l'enfant.»⁴⁸ Les éléments identifiés comme moins favorables à la résidence alternée sont en particulier le conflit permanent des parents, la mauvaise relation de l'enfant avec l'un des parents, la situation particulière des adolescents qui vivent parfois la réalité de deux foyers comme un inconvénient et la distance géographique trop grande entre les deux foyers⁴⁹. De son côté, dans son avis du 30 septembre 2015⁵⁰, le rapporteur de la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable a souligné «que le droit d'un parent à la coresponsabilité parentale, à la garde ou à la résidence alternée de son enfant ne saurait en aucun cas prendre le pas sur les droits de l'enfant concerné. Tout enfant a le droit de ne pas être séparé de ses parents et d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt supérieur. Un enfant capable de discerner a aussi le droit d'exprimer librement, sur toute question l'intéressant, un avis qui sera dûment pris en considération en fonction de son âge et de son degré de maturité. Il ne suffit donc pas que les parents eux-mêmes ou les tribunaux compétents décident du partage de la responsabilité ou de la garde parentale, ou encore du lieu de résidence – les opinions de l'enfant concerné doivent être prises en compte et c'est son intérêt supérieur qui doit primer.»⁵¹ Le même rapporteur observe qu'«[a] vrai dire, le fait que le mode de résidence alternée soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant ne fait pas encore consensus – les opinions divergent sensiblement entre les chercheurs, les militants (tels les groupes de défense des

⁴⁸ Doc. 13870, 14 septembre 2015, p. 1. Sous le chiffre 15, la rapporteure a précisé que «[l]a résidence alternée se définit comme un arrangement en vertu duquel les enfants de parents séparés ou divorcés passent quasiment autant de temps chez chaque parent après la séparation, c'est-à-dire au moins 35 % (voire 50 %) chez un parent».

⁴⁹ Doc. 13870, 14 septembre 2015, chiffres 26 et 28.

⁵⁰ Doc. 13896, 30 septembre 2015.

⁵¹ Doc. 13896, 30 septembre 2015, A. Conclusions de la commission, chiffre 2.

droits des pères) et les professionnels (notamment parmi les avocats). Dans l'ensemble, nos connaissances restent largement lacunaires (en particulier concernant le mode d'alternance paritaire – 50 % du temps chez l'un, 50 % chez l'autre). Ceci permet aux chercheurs de parvenir à différentes conclusions qui sont alors invoquées, et cela est bien naturel, pour appuyer des arguments pour ou contre le mode de résidence alternée.»⁵² Le rapporteur ajoute enfin qu'«[i]l ne faut pas non plus sous-estimer les risques que comporterait un mode de résidence alternée érigé en norme; en effet, selon les termes de la British Law Society, "[u]ne telle présomption risque de subordonner l'intérêt supérieur de l'enfant aux attentes des parents en matière d'égalité de droits", ou de la Commission pour les enfants dans les familles (Children in Families Committee) du Conseil de justice aux affaires familiales (Family Justice Council), "[I]es demandes de résidence alternée se font souvent dans l'intérêt des parents; leurs sentiments; la lutte de pouvoirs au sein de leur relation; leurs tentatives d'exercer un contrôle sur l'autre après la séparation (...)"». Faire la part des choses entre les motivations financières ou affectives est aussi parfois difficile. La solution permettant de réduire ces risques est, selon moi, de privilégier les droits des enfants, en décidant au cas par cas, en associant les enfants aux décisions prises et en plaçant leur intérêt supérieur au-dessus de toute autre considération.»⁵³ Eu regard aux considérations des deux commissions, la recommandation n° 5.5 doit finalement être comprise comme une exhortation à faire en sorte que la mise en oeuvre de la garde alternée soit examinée dans chaque cas, plutôt qu'à l'ériger en mode de garde prioritaire. C'est l'option qu'a choisie le législateur suisse en adoptant les art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017.

3.2 Conclusion

Par l'adoption des dispositions légales citées, le législateur suisse a exprimé de manière claire son désir d'encourager une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge au quotidien de l'enfant après une séparation ou un divorce. Reconnaître l'importance de l'implication des deux parents dans la prise en charge quotidienne des enfants ne signifie toutefois pas plaider pour une répartition égalitaire du temps passé avec l'enfant dans chaque situation. La demande visant à faire de la garde alternée le modèle standard après une séparation ou un divorce répond plus aux revendications paritaires des parents qu'au besoin de l'enfant d'être élevé à la fois par ses deux parents malgré leur séparation. Le maintien d'une coparentalité bénéfique pour l'enfant ne nécessite pas forcément une garde alternée; elle peut être promue aussi au travers une garde exclusive avec un droit de visite élargi⁵⁴.

Au vu des résultats de l'Étude interdisciplinaire, de l'expérience faite en France et en Belgique et des projets de réforme en cours dans ces deux pays (voir chiffre 2.2.1) le Conseil fédéral adhère à la recommandation de ne pas s'orienter vers un modèle normatif unique, promouvant une stricte égalité entre les ex-partenaires (et parents). Les spécialistes de l'enfance se prononcent d'ailleurs également en défaveur de solutions normatives rigides (garde exclusive versus garde alternée) et plaident plutôt pour une «casuistique plus précaution-

⁵² Doc. 13896, 30 septembre 2015, C. Exposé des motifs, chiffre 14.

L'Étude interdisciplinaire fait également état des opinions divergentes des chercheurs dans la note de bas de page n° 153: «Dans le contexte germanophone c'est surtout Hildegund Sünderhauf qui a soutenu l'idée de la garde alternée comme le modèle de garde optimal pour les enfants de parents séparés [...]. Comme l'a démontré notamment Kerima Kostka dans une revue de la littérature, cette affirmation ne trouve pas de base dans la recherche empirique [...].»

Voir aussi GÉRARD POUSSIN, Contradictions apparentes entre diverses études sur la résidence alternée, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant? – Actes du 7^e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE), 19-20 mai 2016, p. 49 à 58, p. 56: «Ainsi, il n'y a pas de preuve scientifique que la résidence alternée soit nocive pour les enfants d'âge préscolaire. Et encore moins pour les enfants d'âge scolaire. Mais il n'y a pas de preuve du contraire non plus.»

⁵³ Doc. 13896, 30 septembre 2015, C. Exposé des motifs, chiffre 16.

⁵⁴ Étude interdisciplinaire, p. 28.

neuse et plus respectueuse des enfants»⁵⁵. À l'occasion du 7^e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE) «Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage ... et l'enfant?», qui a eu lieu les 19 et 20 mai 2016 à Sion, Heidi Simoni, directrice de l'Institut Marie Meierhofer pour l'enfance de Zurich, s'est exprimée ainsi: «Es widerspricht jedoch meiner liberalen Gesinnung zutiefst, wenn eine verkrustete Haltung und ihre Praxis durch eine andere rigide "Lösung" ersetzt werden soll. Das zeigt aus meiner Sicht keinen Paradigma- sondern viel eher einen Dogmawechsel an. Genau das scheint zurzeit zu passieren, wenn die alternierende Obhut als DAS zeitgemäss Modell zur Ablösung verstaubter Nachtrennungsregelungen gepriesen wird. Dies ist umso bedauerlicher, als der rechtliche Rahmen sowie die Tatsache verschiedener Familienformen flexible und individuelle Lösungen ermöglichen und nahe legen.»⁵⁶ 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.

Eu égard à l'art. 3, par. 1, de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relatives aux droits de l'enfant (CDE)⁵⁷, «chaque enfant [a le droit] de voir son intérêt [...] évalué et [...] apprécié comme une considération primordiale, dès lors qu'une décision doit être prise à son égard. En effet, chaque fois qu'une décision est envisagée pour tel enfant, [...] le «décideur», public, ou privé, doit peser les effets négatifs ou positifs de la décision à prendre sur le sort de cet enfant et choisir une solution qui préservera son intérêt d'enfant, être en développement, dépendant, vulnérable, mais néanmoins personne à part entière, détentrice du droit à être placé au centre de toute décision.»⁵⁸

Or, pour son bon développement l'enfant a besoin de pouvoir entretenir une relation stable et continue avec ses deux parents après la séparation ou le divorce⁵⁹. Cette relation est favorisée par une communication constructive entre les parents. Au vu de l'importance de la communication et de la gestion du conflit pour un mode fonctionnel de coparentalité après une séparation ou un divorce, le Conseil fédéral est d'avis que tous les intervenants dans les conflits de famille – avocats, juges, autorités de protection, médiateurs, curateurs, etc. – doivent œuvrer pour désamorcer le conflit et rétablir la communication au sein de la famille⁶⁰. Les parents et les professionnels intervenant dans le conflit familial doivent être à l'écoute de l'enfant non seulement au moment de la décision sur la garde, mais aussi par la suite. Les besoins des enfants évoluent dans le temps. Il peut par exemple arriver que, après avoir passé son enfance prioritairement chez sa mère, un enfant demande lui-même, à l'adolescence, de partager le quotidien de son père. Plutôt que de prescrire des modèles de vie rigides, l'État doit œuvrer pour offrir aux enfants de parents séparés la possibilité d'exprimer

⁵⁵ MARC JUSTON, La résidence alternée: un droit des parents subordonné à l'intérêt de l'enfant, in: *Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?*, p. 87 à 90, p. 90: «Il est important aussi que la loi donne la possibilité aux parents de pratiquer du "sur mesure" et non pas du "prêt à porter".»

⁵⁶ «Remplacer un point de vue figé et la pratique qui en découle par une autre "solution" rigide est cependant profondément contraire à mes convictions libérales. Selon moi, cela revient à changer non pas de paradigme, mais de dogme. C'est exactement ce qui semble se produire actuellement quand la garde alternée est vantée comme LE modèle contemporain appelé à remplacer des arrangements post-séparation poussiéreux. Cela est d'autant plus regrettable que le cadre juridique et la diversité des structures familiales autorisent et invitent à envisager des solutions souples et individuelles.» (Traduction) HEIDI SIMONI, Die alternierende Obhut – Betreuungsmodelle vom Kind her denken: teilhaben dürfen statt wechseln müssen, in: *Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?*, p. 137 à 148, p. 137.

⁵⁷ RS **0.107**

⁵⁸ JEAN ZERMATTEN, Intérêt supérieur de l'enfant, le point de vue du droit, in: *Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?*, p. 43 à 48, p. 43 s.

⁵⁹ Voir aussi VITTORIO VEZZETTI, La santé des enfants de familles en séparation, in: *Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?*, 19-20 mai 2016, p. 59 s.

⁶⁰ Voir aussi GÉRARD POUSSIN, Contradictions apparentes entre diverses études sur la résidence alternée, in: *Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?*, p. 49 à 58, p. 56: «tous les auteurs qui ont travaillé sur la question des arrangements de l'après divorce ont noté un lien très solide entre les conflits parentaux et le mal être des enfants [...] Si l'on veut appliquer les connaissances des recherches sur les effets du divorce c'est avant tout sur ce point qu'on doit le faire.»

leurs besoins de manière à ce qu'ils soient entendus. Les parents devraient ainsi être en mesure de rediscuter et redéfinir, au besoin, la modalité de la prise en charge des enfants. Le développement de ces compétences chez les parents passe par la promotion des modèles interdisciplinaires de soutien au consensus parental évoqués dans l'Étude interdisciplinaire⁶¹. La mise en réseau des différents groupes professionnels concernés par le conflit familial, telle qu'elle a lieu dans certaines régions de l'Allemagne, de la Belgique⁶², mais aussi en Suisse⁶³, semble donner de bons résultats. Le Conseil fédéral estime nécessaire de suivre de près ces modèles d'accompagnement interdisciplinaire des familles en cas de séparation ou divorce.

4 Clarification des règles légales et pistes de solutions

Lors des débats parlementaires sur l'adoption des art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC, plusieurs questions d'ordre juridique ont été soulevées en relation avec la garde alternée. Pour cette raison, le postulat demande d'examiner les problèmes juridiques qui pourraient surgir dans le cadre d'une garde alternée et d'indiquer des pistes de solutions.

4.1 Garde alternée et contribution d'entretien

Une des questions posées le plus souvent porte sur la fixation d'une contribution d'entretien en présence d'une garde alternée: est-ce qu'une participation paritaire à la prise en charge quotidienne de l'enfant implique la suppression de la contribution d'entretien?

En théorie, la garde alternée implique que les deux parents contribuent financièrement à parts relativement égales à la vie de leurs enfants. Dans les faits, cela n'est que très rarement le cas en raison des inégalités de ressources économiques des deux parents, mentionnées aussi dans l'Étude interdisciplinaire⁶⁴. Aux termes de l'art. 276, al. 2, CC, «[I]es père et mère contribuent ensemble, *chacun selon ses facultés*, à l'entretien convenable de l'enfant et assument en particulier les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger». La mise en œuvre d'une garde alternée, même à parts égales, n'exclut donc pas le versement d'une contribution d'entretien pour l'enfant⁶⁵. En d'autres termes, une participation paritaire à la prise en charge quotidienne de l'enfant n'implique pas automatiquement une participation aux frais d'entretien de l'enfant limitée à la moitié. Toute autre solution reviendrait à mettre à charge de l'Etat l'entretien de l'enfant, lorsque l'un des parents n'est pas en mesure de s'acquitter de sa moitié des frais d'entretien. Or, l'entretien de l'enfant – il y a lieu de le rappeler – doit être assumé solidairement par ses pa-

⁶¹ Étude interdisciplinaire, p. 58 s. À ce sujet on peut évoquer aussi les cours «Kinder im Blick» pour les parents en séparation organisés à Bâle, Lucerne et Zurich. Ces cours visent à permettre aux parents de mieux comprendre les enjeux de leur séparation pour leurs enfants. De son côté, la Fondation As'trame, active en Suisse romande, propose un soutien aux parents ainsi qu'un accompagnement pour les enfants et les adolescents confrontés à la séparation des parents.

⁶² MARIE-FRANCE CARLIER, La garde alternée, ça marche?, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?, p. 73 à 78, p. 75.

⁶³ KARIN BANHOLZER/REGULA DIEHL/ANDREAS HEIERLI/ANNE KLEIN/JONAS SCHWEIGHAUSER, Angeordnete Beratung – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, in: Fam.Pra.ch 01/2012 p. 111 à 125, p. 125 (résumé): «Conscient que les conflits familiaux difficiles, lors desquels doivent être résolues des questions relatives aux enfants, ne peuvent être abordés que de manière interdisciplinaire, un groupe de travail Réseau enfant (Netzwerk Kind) s'est constitué à Bâle. Toutes les professions qui traitent des questions relatives aux droits des enfants y sont représentées. L'objectif de ce groupe de travail est d'améliorer les structures et processus existants et de trouver d'autres instruments qui devraient profiter à toutes les personnes impliquées dans ces situations difficiles. Le modèle bâlois de la consultation imposée a été développé dans le cadre de cette activité. Il s'agit d'une procédure standard adaptée aux institutions bâloises pour désamorcer les conflits en matière d'enfants. Elle est utilisée avec succès depuis une année et demie.»

⁶⁴ Étude interdisciplinaire, p. 63.

⁶⁵ Voir message Entretien de l'enfant, FF 2014, p. 557, et JONAS SCHWEIGHAUSER, FamKommentar Scheidung, Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (éd.), 3^e éd., Berne 2017, n°47 à 49 et 93 ad art. 285 CC.

rents: l'intervention de l'État est subsidiaire⁶⁶⁶⁷. Même en présence d'une garde alternée paritaire, la répartition de la charge financière de l'enfant se fera par conséquent sur la base des ressources de chacun des parents⁶⁸. Cette règle s'applique également à la contribution d'entretien pour la prise en charge de l'enfant⁶⁹.

4.2 Garde alternée et modification des circonstances

Une autre question souvent posée en relation avec la garde alternée concerne la marche à suivre lorsque l'un des parents ne respecte pas ses engagements et finit par ne pas assumer la moitié de la prise en charge de l'enfant, tout en continuant de verser une contribution d'entretien réduite⁷⁰.

4.2.1 Modification des circonstances

S'il s'avère que la garde alternée n'est plus envisageable⁷¹ et que la modalité de prise en charge se transforme de fait en une garde exclusive, il est possible d'introduire une demande de modification de la décision sur la garde et sur la contribution d'entretien en application des art. 179 et 286 CC (faits nouveaux: modification de la décision sur les mesures de protection de l'union conjugale) ou des art. 134 et 286 CC (faits nouveaux: modification de la décision de divorce). Si les parents ne sont pas mariés, le juge peut être saisi en application de l'art. 298d, al. 3 CC (faits nouveaux: modification de la décision de l'autorité de protection de l'enfant). Il y a lieu de rappeler que, dans le cadre d'une action en modification de la contribution d'entretien due à l'enfant, il est possible de demander une augmentation de la contribution pour l'avenir et pour l'année qui précède l'ouverture de l'action⁷².

De plus, le parent qui se retrouve «obligé» de manière imprévue d'assumer seul la garde de l'enfant peut, selon les circonstances, obtenir le remboursement de certains frais engendrés par le comportement du parent qui n'a pas respecté la répartition de la prise en charge convenue ou décidée par l'autorité. Le parent a ainsi peut-être du faire garder l'enfant par un

⁶⁶ Voir message Entretien de l'enfant, FF 2014, p. 520.

⁶⁷ La question de l'entretien de l'enfant dans le cadre de la garde alternée fait également l'objet de discussions en Allemagne. Dans son guide du 18 mai 2017 («Kindesunterhalt im Wechselmodell – Handreichung für die Beratungspraxis vom 18.5.2017», in: FamRZ 2017, p. 1299), la Ständige Fachkonferenz 3 (SFK 3) «Familienrecht und Beistandschaft, Amtssvormundschaft» du Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht relève qu'en cas de véritable garde alternée il incombe aussi prioritairement aux parents de couvrir les besoins financiers courants de l'enfant. Elle souligne qu'il faut veiller à ce que les moyens financiers disponibles à cette fin en cas de garde alternée ne soient pas inférieurs à ceux qui seraient disponibles en cas de garde exclusive. La SFK 3 note que, pour remplir cette condition, les parents sont généralement obligés de travailler à plein temps, mais que, s'ils ont des revenus élevés, il est possible qu'ils soient en mesure d'assurer l'entretien minimal en travaillant chacun à temps partiel. Elle relève que ce n'est que lorsque les parents sont dans l'incapacité, sans faute de leur part, de satisfaire entièrement à leurs incomberances par leurs propres moyens que l'État doit assurer l'entretien d'un enfant en garde alternée. Tel serait notamment le cas lorsque les parents ont des salaires qui, même cumulés, ne leur permettent pas de couvrir les coûts minimaux d'entretien de l'enfant, bien qu'ils travaillent autant qu'on peut raisonnablement l'exiger de leur part. La SFK 3 souligne que, dans ces cas, l'État est tenu de garantir, en fournissant les moyens nécessaires, que la garde alternée ne constitue pas, en raison de ses implications financières, une solution pour laquelle seules les familles aisées puissent opter.

⁶⁸ Voir aussi PHILIPPE MEIER, Nouveau droit de l'autorité parentale – État des lieux, in: Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux van Delden/Benedict Foëx (éd.), Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève 2017, p. 149 à 185, p. 175.

⁶⁹ Voir décision du Tribunal cantonal de Lucerne du 27 mars 2017, publiée dans FamPra.ch 2017, p. 877: «Selbst bei alternierender Obhut kann [...] zur Gewährleistung der persönlichen Betreuung des Kindes im Einzelfall ein Betreuungsunterhalt festgesetzt werden, sofern der andere Elternteil ausreichend leistungsfähig ist.» («Même en cas de garde alternée, il est [...] possible d'imposer le versement d'une contribution de prise en charge à l'un des parents, si celui-ci a les moyens financiers requis et si cela est nécessaire pour assurer la prise en charge de l'enfant.» [Traduction])

⁷⁰ Voir développement du postulat 15.3003. Cette question a été également posée lors de débats sur la révision des règles sur l'entretien de l'enfant: voir intervention CN Ursula Schneider Schüttel, 04.03.2015, BO 2015 N 82 et intervention CN Jean Christophe Schwaab, 04.03.2015, BO 2015 N 85.

⁷¹ Une telle situation peut se produire non seulement lorsque l'un des parents ne respecte pas ses engagements, mais aussi parce que l'enfant demande un changement ou suite au déménagement de l'un des parents.

⁷² SABINE AESCHLIMANN, in: FamKommentar Scheidung, n° 17 ad art. 286 CC; Droit de la famille, Code annoté, Estelle de Luze/Aline-Catherine Page/Patrick Stoudmann (éd.), Lausanne 2013, n° 1.14 et 1.15 ad art. 286 CC.

tiers pendant le temps que l'enfant était censé passer avec l'autre parent ou annuler un voyage pour s'occuper de l'enfant. Cela vaut d'ailleurs également lorsque le droit aux relations personnelles n'est pas exercé de manière conforme à ce qui était originairement prévu⁷³.

4.2.2 Répartition des compétences

Lors des débats parlementaires, il a été aussi affirmé que la mise en œuvre de la garde alternée serait difficile en raison d'une répartition peu claire des compétences entre le juge et l'autorité de protection de l'enfant, surtout en cas de modification des modalités de la prise en charge de l'enfant⁷⁴.

Dans la mesure où la décision du juge (art. 133 CC) ou de l'autorité de protection (art. 298b CC) concernant la réglementation de l'autorité parentale, de la garde, des relations personnelles et de l'entretien s'applique dans la durée, divers changements peuvent en effet intervenir dans le temps et rendre nécessaires des adaptations. Or, s'il est vrai que la question de la répartition des compétences entre le juge et l'autorité de protection a donné lieu initialement à des discussions lors de débats parlementaires, entretemps la procédure à suivre est devenue claire⁷⁵.

En cas de désaccord sur les modifications nécessaires, les parents vont devoir saisir l'autorité compétente: ce sera en principe le juge s'ils ont été mariés (art. 134 CC) ou l'autorité de protection de l'enfant s'ils n'ont pas été mariés (art. 298d CC). Si le litige porte sur la garde alternée en tant que telle (un parent demande par exemple la garde exclusive), il s'agit d'une modification du jugement de divorce qui relève de la compétence du juge selon l'art. 134, al. 3, CC. L'autorité de protection est en règle générale compétente lorsque les parents ne sont pas mariés, en vertu de l'art. 298d, al. 2, CC; il y a toutefois une attraction de compétence en faveur du juge, lorsque la modification implique aussi une adaptation de la contribution d'entretien (art. 298d, al. 3, CC). Lorsque ce sont les modalités d'exercice de la garde alternée qui sont contestées (le jour du changement de résidence dans la semaine ou la périodicité des changements), autrement dit la participation de chaque parent à la prise en charge, la compétence appartient à l'autorité de protection (pour les parents divorcés, voir art. 134, al. 4 *in fine*, CC⁷⁶; pour les parents non mariés, voir art. 298d, al. 2, CC).

Les parents peuvent toutefois aussi convenir des modifications et déroger d'un commun accord à la réglementation décidée. S'agissant de questions concernant le sort des enfants, une simple convention écrite entre les parents ne suffit toutefois pas (voir art. 284, al. 2, CPC). Si la nouvelle situation se stabilise, les parents peuvent l'officialiser en procédant devant l'autorité de protection, sans avoir à saisir une nouvelle fois le juge matrimonial s'ils ont été mariés (art. 134, al. 3, CC; voir art. 298d CC pour les parents non mariés). Même en présence d'un accord des parents, l'autorité examinera la nouvelle situation sous l'angle du bien

⁷³ ANDREA BÜCHLER, in: FamKommentar Scheidung, nº 11 ad art. 273 CC; message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial), FF 1996 I 1, p. 162: «Pour le reste, le non-respect d'une convention peut justifier, suivant les circonstances, une réparation selon les dispositions générales applicables en cas de délit.»

⁷⁴ Voir intervention CN Margret Kiener Nellen, 4.03.2015, BO 2015 N 82

⁷⁵ PHILIPPE MEIER, *op. cit.*, p. 175; ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, in: FamKommentar Scheidung, nº 20 ad art. 134 et art. 315a/b CC. La doctrine regrette toutefois que le pas supplémentaire accordant à une seule autorité – l'autorité de protection ou un tribunal du type tribunal de la famille – l'ensemble des pouvoirs en matière de droit de la famille n'ait pas été franchi (voir ESTELLE DE LUZE, Entretien de l'enfant: évolution en cours, in: Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux van Delden/Benedict Foëx [éd.], Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève 2017, p. 101-121, p. 119 s.).

⁷⁶ PHILIPPE MEIER, *op. cit.*, p. 175: «La question se rapproche en effet d'un litige sur le droit aux relations personnelles (droit de visite), étant relevé que le législateur a mis les deux questions sur le même plan à l'art. 133 al. 1 ch. 3 CC aussi. Il y a en revanche attraction de compétence en faveur du juge si celui-ci est saisi d'un contentieux sur l'autorité parentale, la garde ou l'entretien de l'enfant (art. 134 al. 3 *in fine* CC).»

de l'enfant, en application de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office (art. 446 CC, applicable en vertu du renvoi de l'art. 314 CC).

4.3 Garde alternée et domicile de l'enfant

Une autre question qui est posée, surtout par les associations des pères, porte sur le domicile civil de l'enfant en présence d'une garde alternée. La possibilité de reconnaître à l'enfant deux domiciles (au domicile de chaque parent) aurait en effet une valeur symbolique particulière.

4.3.1 Principe de l'unité du domicile civil

En droit suisse, «nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles» (art. 23, al. 2, CC)⁷⁷. Cela vaut également pour l'enfant: même en cas de garde alternée, il ne peut avoir qu'un seul domicile (civil)⁷⁸.

Il y a lieu de préciser que le domicile n'a pas seulement une valeur symbolique. Il est déterminant tant pour les droits et devoirs d'une personne que pour différentes compétences⁷⁹, d'où la nécessité de l'unité du domicile. Le domicile civil détermine par exemple quelle autorité (quel tribunal ou quelle autorité de protection de l'enfant) est compétente. Le domicile civil au sens des art. 23 ss CC est déterminant dans tout le domaine du droit privé. Dans le domaine du droit public, la notion de domicile est définie de manière autonome⁸⁰. Dans de nombreux cas, par exemple dans le domaine du droit fiscal ou du droit des assurances sociales, le domicile est cependant défini par référence au domicile civil. Le domicile de l'enfant détermine notamment le lieu de scolarisation⁸¹.

Comment le domicile de l'enfant est-il déterminé en cas de garde alternée? Le domicile d'un enfant mineur correspond au domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, au domicile de celui de ses parents qui détient la garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence (art. 25, al. 1, CC). En cas de garde alternée, les parents se partagent tant l'autorité parentale que la garde. Selon la majorité de la doctrine, la garde alternée est un cas d'application de l'art. 25, al. 1, 2^e phrase, CC. D'après ce point de vue, le domicile de l'enfant en garde alternée correspond donc à son lieu de résidence⁸². La notion de résidence suppose un séjour d'une certaine durée; un bref séjour à un endroit donné ne suffit pas pour que celui-ci soit considéré comme lieu de résidence⁸³. Un enfant en garde alternée peut donc avoir deux lieux de résidence, s'il fait la navette entre le domicile de son père et celui de sa mère⁸⁴. Se pose alors la question de savoir où se trouve son domicile. Il est proposé de considérer que l'enfant a son domicile au lieu avec lequel il a les relations les plus étroites⁸⁵. Il peut s'agir par exemple du lieu où l'enfant

⁷⁷ Principe de l'unité du domicile. Voir DANIEL STAHELIN, Basler Kommentar ZGB I, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (éd.), 5^e éd., Bâle 2014, n° 2 ad art. 23 CC.

⁷⁸ FELIX SCHÖBI, La garde alternée, ça marche?, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?, p. 79 à 86, p. 80.

⁷⁹ HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4^e éd., Berne 2016, n° 09.18.

⁸⁰ DANIEL STAHELIN, *op. cit.*, n° 3 ad art. 23 CC.

⁸¹ ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, *op. cit.*, n° 12 ad art. 298 CC.

⁸² DANIEL STAHELIN, *op. cit.*, n° 9 ad art. 25 CC; ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, *op. cit.*, n° 12 ad art. 298 CC avec renvois; HEINZ HAUSHEER, Berner Kommentar Bd. II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser (éd.), 2^e éd., Berne 1999, n° 34/18 et 34/21 ad art. 162 CC; PHILIPPE MEIER, *op. cit.*, p. 174.

⁸³ HEINZ HAUSHEER, *op. cit.*, n° 34/19 ad art. 162 CC.

⁸⁴ La situation est différente en cas de résidence alternée des parents, lorsque ceux-ci se déplacent à tour de rôle auprès des enfants vivant dans l'appartement familial («Nestmodell»).

⁸⁵ ANDREA BÜCHLER/LUCA MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11 août 2014, n°12 *in fine*.

est scolarisé. Si les parents ne prennent pas l'enfant en charge à parts strictement égales, on peut admettre que l'enfant a son domicile au lieu où il passe la majeure partie de son temps⁸⁶.

Étant donné qu'il peut être difficile de déterminer le lieu avec lequel les relations sont les plus étroites et compte tenu de l'importance que revêt le domicile du fait des conséquences juridiques qui y sont attachées, la littérature recommande qu'en cas de garde alternée paritaire le domicile de l'enfant soit désigné d'un commun accord par les parents ou, en cas de litige, fixé par l'autorité compétente (juge ou autorité de protection de l'enfant)⁸⁷. Cette recommandation est souvent suivie dans la pratique⁸⁸.

4.3.2 Double domiciliation pour l'enfant?

La question de la double domiciliation de l'enfant fait aussi l'objet de discussions à l'étranger.

En **France**, le projet de réforme déposé en 2014 (voir chiffre 2.2.1) propose de fixer la résidence de l'enfant au domicile de chacun des parents, même sans une répartition égale des temps effectivement passés au domicile de chacun des parents. La proposition est cependant très controversée⁸⁹.

En **Allemagne**, la Cour fédérale administrative («Bundesverwaltungsgericht») a jugé, dans une décision du 30 septembre 2015⁹⁰, que, vu l'importance de la résidence principale («Hauptwohnung»), le principe «un habitant, une résidence principale» s'appliquait également sans restriction dans les cas de garde alternée. Elle a arrêté que, s'il est impossible de déterminer où se trouve le centre des intérêts d'un enfant en garde alternée et si les parents, détenteurs de l'autorité parentale, ne prennent pas de décision, c'est le lieu où les parents ont vécu avec leur enfant jusqu'à la séparation et où le père ou la mère continue à vivre après la séparation qui est considéré comme le domicile principal («Hauptwohnsitz»).

Les milieux préconisant la double domiciliation de l'enfant se réfèrent souvent à la réglementation belge. En **Belgique**, les enfants de parents séparés peuvent, depuis le 15 février 2016, avoir deux adresses officielles: un domicile et un lieu de résidence⁹¹. L'enfant n'a donc pas deux domiciles. Concrètement, le parent «hébergeur» peut faire ajouter au registre de la population l'identité de l'enfant (ou des enfants) qui réside(nt) chez lui. Une telle mention permet à l'enfant de bénéficier des mêmes avantages dans sa commune de résidence que dans celle où il est domicilié. Elle permet aussi aux services de secours, si nécessaire, de connaître le nombre de personnes potentiellement présentes dans le logement. Enfin, l'administration communale peut aussi réévaluer la situation du parent «hébergeur», notamment pour l'attribution d'un logement social⁹².

En Suisse, il est également possible d'annoncer un enfant à plusieurs endroits. Ainsi, en cas de garde alternée, un enfant peut être annoncé auprès de deux communes. Au sens du droit régulant l'annonce auprès du contrôle des habitants, l'enfant a son domicile principal dans la

⁸⁶ PAUL-HENRI STEINAUER, Le domicile de l'enfant dont les parents n'ont pas un domicile commun, in: *Le droit en question – Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley*, Zurich 2017, p. 15 à 24, p. 23.

⁸⁷ PAUL-HENRI STEINAUER, *op. cit.*, p. 23; INGEBORG SCHWENZER/MICHELLE COTTIER, *Basler Kommentar ZGB I*, Heinrich Honnold/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (éd.), 5^e éd., Bâle 2014, n° 9 ad art. 298 CC; PHILIPPE MEIER, *op. cit.*, p. 174.

⁸⁸ Voir arrêts du Tribunal fédéral 5A_937/2015 du 31 mars 2016, consid. 4, et 5A_439/2015 du 17 juin 2015. Voir également décision du tribunal cantonal du canton de Saint-Gall du 14 août 2015, accessible sur www.gerichte.sg.ch > Dienstleistungen > Rechtsprechung > Kantonsgericht > Entscheide 2015 > Zivilkammern.

⁸⁹ Voir www.lepoint.fr, 19.05.2014 «Proposition de loi famille: la double résidence de l'enfant divise l'Assemblée».

⁹⁰ BVerwG 6 C 38.14.

⁹¹ <http://www.infor-jeunes.be/site/news-infor-jeunes-417-Domicile-et-residence.-une-double-adresse-pour-les-jeunes-en-garde-alternee>

⁹² Ce registre ne donne toutefois aucun droit supplémentaire en matière d'avantages fiscaux ou sociaux. Par exemple, les réductions du précompte immobilier liées à la charge d'un enfant resteront uniquement valables pour le parent chez qui l'enfant est domicilié.

commune dans laquelle il vit avec celui de ses parents qui assume la majeure partie de sa prise en charge (commune d'établissement, voir art. 3, let. c, de la loi sur l'harmonisation de registre [LHR]⁹³). S'il réside au moins trois mois par an dans la commune de domicile de l'autre parent, celle-ci peut (également au sens du droit régulant l'annonce auprès du contrôle des habitants) constituer son domicile secondaire (commune de séjour, voir art. 3, let. c, LHR). En cas de garde alternée à parts égales, les offices de contrôle des habitants recommandent aux parents de s'accorder sur la désignation du domicile principal. En général, il s'agit du domicile civil. Il peut cependant y avoir un problème lié au fait que certains avantages sont réservés aux enfants ayant leur domicile principal dans une commune donnée⁹⁴. Étant donné la nécessité, évoquée plus haut, de l'unité du domicile civil, il est toutefois inopportun d'envisager une modification de la définition de la notion de domicile civil pour cette raison. Il incombe aux autorités et fournisseurs de prestations concernés de trouver au cas par cas une solution appropriée.

Enfin, la possibilité de reconnaître à l'enfant deux domiciles (d'assistance) en présence d'une garde alternée semble être prise en considération aussi dans le domaine du droit de l'aide sociale. Il est préconisé que, pour le calcul du budget de soutien, on reconnaisse que l'enfant partage le domicile d'assistance des deux parent ou alternativement le domicile d'assistance de l'un ou de l'autre.⁹⁵.

4.4 Garde alternée et impôts

Du point de vue fiscal, la garde alternée soulève les questions du barème applicable (voir chiffre 4.4.1) et de la personne qui peut faire valoir les déductions pour enfants (voir chiffre 4.4.2).

4.4.1 Barème parental

Les contribuables qui ont des enfants sont imposés selon le barème parental (art. 36, al. 2^{bis}, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct [LIFD]⁹⁶). Celui-ci se compose du barème pour les personnes mariées (base) et d'une déduction du montant de l'impôt égale à 251 francs par enfant. Le barème parental ne peut pas être divisé entre plusieurs contribuables. Si les parents sont séparés de fait ou de droit, le barème parental est toujours accordé exclusivement à un seul d'entre eux. L'autre est imposé selon le barème de base.

En cas de garde alternée, le barème parental est appliqué au parent qui assure l'essentiel de l'entretien de l'enfant. Lorsque des parents séparés, divorcés ou non mariés ont chacun leur propre ménage, exercent en commun l'autorité parentale et pratiquent la garde alternée et que des contributions d'entretien sont versées, le parent qui reçoit ces dernières est imposé selon le barème parental, tandis que l'autre parent est imposé selon le barème de base. En l'absence de contributions d'entretien, on presume que c'est le parent dont le revenu est le plus élevé qui pourvoit à l'essentiel de l'entretien de l'enfant et c'est donc ce parent qui est imposé selon le barème parental⁹⁷. Dans un arrêt du 7 août 2015 concernant des époux divorcés ayant l'autorité parentale conjointe, le Tribunal fédéral a jugé que lorsque (i) les parents exercent une garde alternée équivalente, (ii) aucune contribution d'entretien n'est ver-

⁹³ RS 431.02

⁹⁴ Par exemple, les tarifs appliqués dans le cadre du passeport vacances varient selon la commune de domicile des participants.

⁹⁵ Voir RUTH ZJÖRJEN, L'enfant vit la moitié du temps chez le père: comment calculer le soutien?, in: ZESO 2/2014, p. 10.

⁹⁶ RS 642.11

⁹⁷ Voir Administration fédérale des contributions (AFC), Impôt fédéral direct, circulaire n° 30: imposition des époux et de la famille selon la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), chiffres 13.4.2 et 14.4.2.

sée et (iii) les parents ont convenu de prendre en charge l'entretien de l'enfant à parts égales, c'est le parent qui a le revenu le moins élevé qui doit être considéré comme contribuant pour l'essentiel à l'entretien de l'enfant et que, partant, c'est à ce parent qu'on doit accorder le barème réduit pour l'impôt fédéral direct et les impôts cantonal et communal sur le revenu⁹⁸.

4.4.2 Déductions

Selon l'art. 35, al. 1, let. a, LIFD et la circulaire n° 30 de l'Administration fédérale des contributions (AFC), les déductions (déduction pour enfants, déduction pour primes d'assurance et intérêts de capitaux d'épargne) applicables lorsque des parents séparés, divorcés ou non mariés (deux ménages) exercent en commun l'autorité parentale sont régies par les principes suivants: en l'absence de contributions d'entretien, chacun des parents peut demander la moitié de la déduction pour enfants et la moitié de la déduction pour les primes d'assurance et les intérêts de capitaux d'épargne; si des contributions d'entretien sont versées, le parent qui les reçoit a droit à l'intégralité de ces déductions⁹⁹. Ces principes s'appliquent qu'il y ait ou non garde alternée.

Cette réglementation a été critiquée dans une intervention parlementaire déposée le 14 mars 2016¹⁰⁰. L'auteur de l'initiative demande que, lorsque les parents exercent une garde alternée et que l'un d'eux demande la déduction d'une contribution d'entretien, les déductions puissent être réparties par moitié. Par vote du 6 juin 2017, le Conseil national, sur recommandation de sa Commission de l'économie et des redevances (CER-N)¹⁰¹, chargée d'examiner l'initiative, a décidé de ne pas donner suite à celle-ci¹⁰². Il convient de relever que la garde alternée n'implique pas forcément que les parents prennent l'enfant en charge à parts exactement égales. Se pose donc la question de savoir quelle devrait être la répartition du temps de garde pour que les déductions puissent être partagées. La détermination, à intervalles réguliers, de la proportion du temps pendant laquelle chaque parent assume la garde de l'enfant peut représenter une lourde charge de travail pour l'AFC et une grave atteinte à la sphère privée des parents¹⁰³.

5 Appréciation d'ensemble et perspectives

Le présent rapport a été rédigé en exécution du postulat 15.3003, qui a «pour objectif d'obtenir une analyse complète des problèmes juridiques et pratiques posés par la garde alternée et d'évaluer les solutions qui pourraient y être apportées»¹⁰⁴.

Au vu des résultats de l'Étude interdisciplinaire, de l'évolution récente de la jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi que, au niveau international, de la Résolution 2079 de l'Assemblée

⁹⁸ Voir ATF 141 II 338 et le renvoi à cet arrêt à la p. 73 de l'Étude interdisciplinaire.

⁹⁹ Voir AFC, Impôt fédéral direct, circulaire n° 30: imposition des époux et de la famille selon la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), chiffres 14.4.1 et 14.5.2.

¹⁰⁰ Initiative parlementaire 16.406 Nantermod «Garde partagée. Répartir la déduction pour les enfants mineurs entre les parents».

¹⁰¹ Rapport du 20 février 2017 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national.

¹⁰² Voir, concernant ce même sujet, la motion 09.3129 Amstutz «Imposition de la pension alimentaire chez des parents divorcés ou séparés». Dans sa réponse à cette motion, le Conseil fédéral relève que, si on renonçait à subordonner le partage des déductions à l'absence de pension alimentaire, le parent débiteur pourrait demander la déduction non seulement de la pension alimentaire, mais également de la moitié de la déduction pour enfants, qui tient également compte des coûts directs des enfants. L'autre parent serait désavantageé, étant donné qu'il devrait payer des impôts sur la totalité de la pension alimentaire, tout en ne pouvant demander que la moitié de la déduction pour enfants. La charge fiscale ne serait donc plus rétablie équitablement, le parent débiteur bénéficiant d'un double allégement fiscal injustifié. Le Conseil fédéral conclut que la réglementation actuelle est justifiée du point de vue du droit constitutionnel et du système fiscal.

¹⁰³ Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 20 février 2017.

¹⁰⁴ Voir développement du postulat.

parlementaire du Conseil de l'Europe du 2 octobre 2015, «Égalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères», le Conseil fédéral est convaincu que la décision du législateur de ne pas faire de la garde alternée le modèle de garde prioritaire est juste. Le maintien d'une co-parentalité bénéfique pour l'enfant ne nécessite pas forcément une garde alternée; elle peut être promue et maintenue aussi au travers une garde exclusive avec un droit de visite élargi (voir chiffre 3).

De plus, le Conseil fédéral n'estime pas nécessaire adopter de nouvelles règles spécifiques pour les situations de garde alternée. Les questions que pose cette modalité de prise en charge de l'enfant peuvent être résolues dans le cas d'espèce en appliquant les dispositions légales en vigueur (voir chiffre 4). Aucun projet de révision législative ne sera donc lancé suite à ce rapport.

Les efforts pour permettre à l'enfant de maintenir une relation régulière avec ses deux parents après la séparation et le divorce, dont l'importance est explicitement reconnue par la loi (art. 298, al. 2^{bis}, et 298b, al. 3^{bis}, CC), doivent cependant se poursuivre. Il est important de renforcer les conditions-cadre permettant aux deux parents de participer à la prise en charge de l'enfant au quotidien avant et après la fin de la vie commune.

S'agissant des difficultés à concilier famille et travail, le programme d'impulsion visant à encourager la création de places d'accueil pour les enfants (et permettre ainsi aux parents de mieux concilier famille, travail ou formation), qui a été reconduit jusqu'au 31 janvier 2019¹⁰⁵, mérite d'être mentionné. Par ailleurs, le 16 juin 2017, le Conseil national et le Conseil des États ont approuvé deux instruments encourageant l'accueil extra-familial pour enfants. À l'avenir, le Conseil fédéral pourra soutenir les cantons et les communes qui augmentent les subventions à l'accueil extra-familial pour enfants afin de réduire les frais de garde supportés par les parents. Il pourra également octroyer des aides financières pour des projets visant une meilleure adéquation de l'offre d'accueil extra-familial aux besoins des parents. Pour ces deux nouvelles aides financières, la Confédération disposera d'un crédit d'engagement d'un montant maximal de 100 millions de francs pour une durée de cinq ans. Il est prévu que les nouvelles dispositions entrent en vigueur au milieu de l'année 2018¹⁰⁶. De plus, le 5 avril 2017, le Conseil fédéral a mis en consultation publique un projet de loi sur le traitement fiscal des frais de garde des enfants par des tiers, qui propose d'augmenter le montant déductible au titre de ces frais. Dans le cadre de l'impôt fédéral direct, les parents pourront déduire jusqu'à 25 000 francs par enfant et par an de leur revenu au titre des frais de garde des enfants par des tiers. Dans le cadre des impôts directs des cantons et des communes, le droit cantonal prévoira une déduction d'au moins 10 000 francs par enfant et par an¹⁰⁷.

La Confédération offre également un soutien aux familles dans le cadre du crédit «Organisations familiales». Ce crédit permet à la Confédération d'accorder des aides financières à des organisations familiales actives à l'échelle du pays ou d'une région linguistique, sachant que lesdites aides sont octroyées sur la base de contrats d'une durée de quatre ans (période en cours 2016-2019). Les aides financières fournies dans le cadre de ce crédit concernent les domaines «conseil aux parents et formation des parents» et «accueil extra-familial pour enfants»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ La loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants est entrée en vigueur le 1^{er} février 2003. Initialement fixée à huit ans, sa durée de validité a été prolongée de quatre ans à deux reprises et arrivera à son terme le 31 janvier 2019. Voir www.ofas.admin.ch > Aides financières > Accueil extra-familial pour enfants.

¹⁰⁶ Voir www.ofas.admin.ch > Politique sociale > Politique familiale > Conciliation entre vie familiale et vie professionnelle > Accueil extra-familial pour enfants.

¹⁰⁷ La procédure de consultation s'est conclue le 12 juillet 2017. Le communiqué du 5 avril 2017 peut être consulté à l'adresse suivante: www.admin.ch > Conseil fédéral > Communiqués > Communiqués du Conseil fédéral.

¹⁰⁸ Voir www.ofas.admin.ch > Aides financières > Organisations familiales.

Enfin, le Conseil fédéral considère avec le plus grand intérêt la coopération pluridisciplinaire des différents intervenants professionnels autour de la famille (juges, autorité de protection de l'enfant, avocats, médiateurs, curateurs, etc.), visant à désamorcer le conflit et à rétablir la communication entre les parents, dans le but de les amener à trouver des solutions amiables qui répondent aux besoins de leurs enfants. Il ressort de l'Étude interdisciplinaire que dans les pays ayant promu la garde alternée, celle-ci s'accompagne en particulier d'une promotion des modes alternatifs de gestion du conflit parental. En Suisse aussi, certains cantons proposent un accompagnement interdisciplinaire aux familles qui se séparent. Le Conseil fédéral estime nécessaire suivre de près ces modèles d'accompagnement interdisciplinaire. Leur évaluation dans les cantons concernés du point de vue de la durabilité des solutions trouvées, de leur impact sur le conflit parental et le bien-être de l'enfant, ainsi que de la participation de l'enfant dans le processus de prise de décision pourrait servir de base pour une réflexion plus ample sur le fonctionnement de la justice familiale.