



Article scientifique

Article

2018

Published version

Public access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La garde alternée. Une étude interdisciplinaire sur ses conditions-cadre

Cottier, Michelle; Widmer, Eric; Tornare, Sandrine; Girardin Keciour, Myriam

How to cite

COTTIER, Michelle et al. La garde alternée. Une étude interdisciplinaire sur ses conditions-cadre. In: La pratique du droit de la famille, 2018, vol. 19, n° 2, p. 297–332.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:106809>

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Last deposit update in Archive ouverte UNIGE on 15.03.2023 09:28

La garde alternée

Une étude interdisciplinaire sur ses conditions-cadre

Michelle Cottier, Dr. en droit, professeure de droit civil, Université de Genève

*Eric Widmer, Dr. en sociologie, professeur de sociologie de la famille
et du parcours de vie, Université de Genève*

Sandrine Tornare, avocate et médiatrice, à Genève

*Myriam Girardin, Dr. en sociologie, collaboratrice scientifique
à l'Observatoire des familles, Université de Genève*

Mots clefs: *Intérêt supérieur de l'enfant, coparentalité, conditions-cadre de la garde alternée, étude interdisciplinaire.*

Stichwörter: *Kindeswohl, gemeinsame Elternschaft, Rahmenbedingungen der alternierenden Obhut, interdisziplinäre Studie.*

I. Introduction

Dans le cadre de la révision du Code civil concernant l'entretien de l'enfant, le Parlement a adopté des dispositions selon lesquelles, en cas de séparation ou de divorce, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, le juge ou l'autorité de protection de l'enfant doit examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande (art. 298 al. 2^{er} et art. 298b al. 3^{er} CC, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017). Par l'introduction de ces dispositions, le Parlement fédéral, tout en préservant une conception libérale du droit de la famille, et sans imposer un modèle spécifique de prise en charge de l'enfant par les parents, a souhaité encourager davantage ce mode de prise en charge égalitaire. Le Conseil National s'est toutefois posé la question des problèmes que la garde alternée est susceptible de poser à l'enfant, ainsi qu'au père et à la mère. Il a donc chargé le Conseil fédéral de présenter un rapport sur les problèmes juridiques et pratiques posés par la garde alternée des enfants en cas de divorce ou de séparation des parents (Postulat 15.3003).

Dans le cadre des travaux préparatoires du rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat, publié le 8 décembre 2017,¹ l'Office fédéral de la justice (OFJ) a

1 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, <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/kindesunterhalt/ber-br-f.pdf> (visité le 20 février 2018).

commandé aux Facultés de droit et de sciences de la société de l'Université de Genève une étude interdisciplinaire sur la garde alternée. La présente contribution présente des résultats choisis de cette étude à l'intersection entre droit et sociologie.²

Les questions auxquelles l'étude entend répondre sont les suivantes :

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 ?

Le point de départ pour répondre à ces questions est le concept de la « garde » selon le droit suisse. Nous l'envisageons ici dans sa nouvelle teneur depuis la réforme du droit de l'autorité parentale, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 (II.). L'étude examine ensuite les modèles présents dans quelques pays étrangers ayant légiféré sur la garde alternée (III.). Elle définit la notion juridique de l'intérêt supérieur de l'enfant et la confronte à différents résultats d'études empiriques sur les effets des modalités d'organisation des relations familiales après la séparation sur le bien-être de l'enfant (IV.). Finalement, l'analyse se centre sur les contraintes économiques pesant sur la mise en place de la garde alternée par les familles, émanant indirectement de l'organisation du travail rémunéré et du travail familial, ainsi que de la politique familiale en Suisse (V.). Pour conclure, l'étude répond aux questions exposées ci-dessus et recommande de ne pas s'orienter vers un nouveau modèle normatif unique, promouvant par exemple, et dans tous les cas, une stricte égalité entre les ex-partenaires (et parents) en matière de prise en charge de l'enfant (VI.).

II. Les concepts de « garde » et « garde alternée » selon le droit suisse

Le concept de la garde a été modifié avec l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014 de la réforme du Code civil.³ Cette réforme, élevant au rang de modèle l'exercice conjoint de l'autorité parentale, a amené une redéfinition des concepts juridiques déterminants pour l'exercice de la coparentalité après une séparation ou un divorce.⁴

2 COTTIER/WIDMER/TORNARE/GIRARDIN, Etude interdisciplinaire sur la garde alternée, Genève, mars 2017, publié le 8 décembre 2017 <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/kindesunterhalt/studie-alternierende-obhut-f.pdf> (visité le 20 février 2018). Une deuxième contribution à paraître dans la revue FamPra.ch exposera les résultats en matière de modes interdisciplinaires de résolution du conflit parental (cf. COTTIER/WIDMER/TORNARE/GIRARDIN, 44 ss).

3 Message du Conseil fédéral concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale) du 16 novembre 2011, FF 2011 8315 ss, n. 1.3 ss.

4 Pour une présentation du concept de la coparentalité selon les approches psychologiques et sociologiques, cf. COTTIER/WIDMER/TORNARE/GIRARDIN (n. 2), 7 ss.

1. La garde

La « garde » (*Obhut*), non définie par une disposition légale, se réduit aujourd'hui à la seule dimension de la « garde de fait » (*faktische Obhut*), soit l'encadrement quotidien de l'enfant et l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante,⁵ et ne correspond donc plus au « droit de garde » de l'ancien droit.⁶ En cas d'autorité parentale conjointe, la garde peut soit être confiée exclusivement à l'un des parents, soit être partagée avec l'autre parent (garde alternée ou partagée), par accord des parents eux-mêmes ou par décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant en cas de désaccord. La modalité de la garde doit correspondre au bien de l'enfant et donc apparaître comme la meilleure solution dans un cas donné,⁷ avec la prise en considération non seulement de la répartition des rôles entre les parents durant le mariage, mais aussi de son évolution probable après le divorce.⁸

En cas d'exercice conjoint de la garde, le domicile de l'enfant sera fixé chez l'un des parents, selon accord ou décision judiciaire.⁹ Dans le cas d'une attribution de la garde exclusive, le domicile du parent gardien détermine le domicile de l'enfant (art. 25 al. 1 2^{ème} hypothèse CC). Dans cette hypothèse, le parent non gardien et l'enfant ont un droit réciproque aux relations personnelles (art. 273 al. 1 CC) et la contribution d'entretien pécuniaire due à l'enfant par ce parent est en règle générale versée au parent détenteur de la garde (art. 289 al. 1 CC).

Ce parent gardien peut confier la « prise en charge » de l'enfant à un tiers (crèche, maman de jour ou aux grands-parents),¹⁰ tandis que la compétence de modifier le lieu de résidence de l'enfant est aujourd'hui liée à l'autorité parentale.¹¹ La question de savoir si seul un parent détenteur de l'autorité parentale peut être également dé-

5 ATF 142 III 612, consid. 4.1 ; ATF 142 III 617, consid. 3.2.2 : le Tribunal fédéral reprend les définitions proposées par la doctrine.

6 Précédemment, le « droit de garde » englobait la faculté de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. Désormais, l'art. 301a CC rattache ce droit à l'autorité parentale. Cf. ATF 142 III 612, consid. 4.1 ; ATF 142 III 617, consid. 3.2.2 ; MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 5^{ème} éd., Genève/Zurich 2014, n. 459 ss. Pour une discussion approfondie des modifications concernant la notion de la garde cf. GLOOR, *Der Begriff der Obhut*, FamPra.ch 2015, 331 ss.

7 TF, 26.5.2015, 5A_46/2015, consid. 4.4.2.

8 Message, FF 2011 8315 ss, n. 1.5.1.

9 Pour la question du domicile en cas de garde alternée cf. également le rapport du Conseil fédéral (n. 1), qui évoque la possibilité d'annoncer un domicile secondaire (commune de séjour) au contrôle des habitants selon l'art. 3 let. c LHR.

10 MEIER/STETTLER (n. 6), n. 466 et 887 ; Office fédéral de la justice (OFJ), *Les notions de « garde », de « prise en charge » et de « lieu de résidence »*, notice juin 2012, à l'intention de la CAJ-N (11.070 n CC. Autorité parentale).

11 OFJ (n. 10), MEIER/STETTLER (n. 6), n. 466 ; un exemple serait la décision visant à envoyer l'enfant dans un pensionnat.

tenteur de la garde¹² ou si la garde peut être attribuée à des tiers comme notamment les parents nourriciers divise la doctrine.¹³

2. *Distinction entre la garde et les notions de « prise en charge » et de « relations personnelles »*

La notion de « prise en charge », notion de pur fait selon la doctrine et non définie par la loi, concerne toute personne qui assume la charge de l'enfant, par la garde, le droit de visite au sens de l'art. 273 al. 1 CC ou par délégation (parents nourriciers selon l'art. 300 CC).¹⁴ Plus ample que la garde,¹⁵ elle implique, pour le parent qui l'assume, la compétence de prendre seul les décisions courantes ou urgentes, ainsi que d'autres décisions si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable (art. 301 al. 1^{bis} CC).

Le « droit de visite », terme utilisé dans la pratique, vise, pour le parent non détenteur de l'autorité parentale ou de la garde ainsi que l'enfant mineur, le droit d'entretenir réciproquement des relations personnelles indiquées par les circonstances (art. 273 al. 1 CC), ce qui exclut une réglementation des relations personnelles en cas de garde alternée.¹⁶

3. *La garde alternée*

Le modèle de l'exercice conjoint de l'autorité parentale n'a ni imposé un modèle particulier de répartition des rôles, ni entraîné, en cas de séparation des parents, l'instauration du modèle d'une garde conjointe ou alternée.¹⁷ Les nouvelles dispositions sur le droit à l'entretien, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017,¹⁸ le confirment en demandant au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant d'examiner la possibilité de la garde alternée en cas d'autorité parentale conjointe, selon le bien de l'enfant, si le père, la mère ou l'enfant la demande (art. 298 al. 2^{er} et art. 298b al. 2^{er} CC). Si ce mode égalitaire d'organisation de la coparentalité post-séparation ou post-divorce a ainsi la préférence du législateur, il n'est cependant pas prescrit en tant que modèle unique, dans la perspective d'une conception libérale de la famille,¹⁹ laissant aux pa-

12 MEIER/STETTLER (n. 6), n. 1357.

13 Commbâlois/SCHWENZER/COTTIER, art. 300 CC, n. 2.

14 MEIER/STETTLER (n. 6), n. 1021.

15 MEIER/STETTLER (n. 6), n. 466.

16 Commbâlois/SCHWENZER/COTTIER, art. 298 CC, n. 10.

17 Message, FF 2011 8315 ss, n. 1.5.2.

18 Loi fédérale du 20 mars 2015 (Entretien de l'enfant), RO 2015 4299.

19 Cf. ENGLER, BO 2015 CE 187; VON GRAFFENRIED, BO 2015 CN 422.

rents le soin de décider de manière autonome de la répartition des tâches entre eux, conception défendue par le Conseil fédéral.²⁰

Pour le Tribunal fédéral, la garde alternée concerne la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales.²¹ Certains auteurs admettent une garde alternée à partir d'une prise en charge d'au moins 30 % du temps par chacun des parents.²² Le Conseil fédéral distingue la garde alternée, impliquant une prise en charge plus ou moins égale, de la garde partagée, caractérisée par des temps de prise en charge variables, par exemple quatre jours pour un parent et trois jours pour l'autre.²³ Cependant, ces termes sont utilisés de manière interchangeable par le législateur,²⁴ et ne sont pas non plus distingués par la doctrine.²⁵ La résidence alternée de l'enfant (« Wechselmodell ») implique des transferts de l'enfant entre les résidences des parents,²⁶ et la résidence alternée des parents (« Nestmodell »), moins fréquente, concerne le déplacement des parents à tour de rôle auprès des enfants.²⁷

Selon une étude menée sous l'ancien droit, la garde alternée représentait 5,1 % des arrangements sur les 547 jugements de divorce étudiés, rendus en 2002 et 2003.²⁸ Au vu du débat de société actuel et la sensibilité accrue des professionnels ces dernières années, nous admettons cependant que l'instauration de garde alternée est plus fréquente en Suisse aujourd'hui.

III. Développements internationaux en matière de garde alternée

Pour mieux connaître les chances de succès d'une promotion étatique de la garde alternée après une séparation ou un divorce, les expériences des pays qui l'ont introduite comme mode prioritaire sont particulièrement intéressantes, mais démontrent également les limites d'une telle approche.

20 Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant) du 29 novembre 2013, FF 2014 511 ss, n. 1.6.2

21 TF, 26. 5. 2015, 5A_46/2015, consid. 4.4.3.

22 SALZGEBER/SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, 66, 68; SÜNDERHAUF/WIDRIG, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, PJA 2014, 885, 893 (33 %); cf. aussi GLOOR N., FamPra.ch 2015, 331, 342, n. 69. Les 30 % ont également été mentionnés dans le cadre des débats parlementaires, cf. VON GRAFFENRIED, BO 2015 CN 79.

23 Message, FF 2014 511 ss, n. 2.1.1, 553.

24 Par exemple Janiak, BO 2014 CE 1121; VON GRAFFENRIED, BO 2015 CN 79.

25 BÜCHLER/MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge, Jusletter 11 août 2014, n. 39.

26 MEIER/STETTLER (n. 6), n. 2060; WIDRIG, Alternierende Obhut – Leitprinzip des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht, PJA 2013, 903; Commbâlois/SCHWENZER/COTTIER, art. 298 CC, n. 6.

27 SALZGEBER/SCHREINER, FamPra.ch 2014, 66, 67.

28 CANTIENI, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung. Eine empirische Untersuchung, Berne 2007, 175.

1. *Développements en Australie*

En Australie, une réforme législative, dénommée *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act*, est entrée en vigueur en 2006.²⁹ Un des objectifs de cette révision était d'encourager la participation significative des deux parents dans la prise en charge de l'enfant après la séparation. Dans ce but, la réforme a introduit deux considérations primordiales à prendre en compte dans les décisions des tribunaux concernant les enfants : les effets positifs du contact significatif de l'enfant avec ses deux parents et la nécessité de protéger l'enfant contre tout danger pour son bien, du fait de la maltraitance, la négligence ou la violence familiale.³⁰ Cependant, une évaluation de la loi publiée en 2009 a révélé une mise en œuvre problématique de la réforme. Selon cette étude empirique, les professionnels impliqués dans l'application du nouveau droit, constataient que le principe du maintien d'un contact significatif avec les deux parents était, dans certains cas, privilégié au détriment de la sécurité de l'enfant.³¹ Des préoccupations ont été exprimées concernant le nombre d'enfants exposés à des situations familiales problématiques, la réforme exigeant que l'enfant passe autant de temps chez l'un et l'autre parent.³² Un autre rapport d'expert a constaté que l'importance accordée à l'aptitude de chaque parent à favoriser les contacts avec l'autre parent, empêchait certains parents d'exprimer des craintes pour la sécurité de l'enfant face au comportement violent de l'autre parent.³³ Ces constatations ont mené à une réforme en 2011 qui a renforcé la protection de l'enfant contre les violences.³⁴ Il est finalement intéressant de noter que la réforme de 2006, malgré son but d'encourager la participation équivalente des deux parents à la prise en charge de l'enfant (*equal-time parenting*), n'a pas mené à une augmentation de la garde alternée en Australie.³⁵ La littérature explique cette situation par les conditions économiques difficiles dans ce pays qui ne permettent pas aux parents séparés de s'organiser de

29 Cf. RHOADES, *Legislating to promote children's welfare and the quest for certainty*, *Child and Family Law Quarterly* 2012, 158 ss. ; SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON, *Legislating for shared parenting after parental separation: insights from Australia?*, *Law and Contemporary Problems* 2014, 109 ss.

30 *Family Law Act 1975 (Cth)*, s 60(CC)(2)(a) and (b).

31 KASPIEW/GRAY/WESTON/MOLONEY/HAND/QU, *Evaluation of the 2006 family law reforms*, Melbourne 2009, 236.

32 SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON, *Law and Contemporary Problems* 2014, 120 ; RHOADES, *Child and Family Law Quarterly* 2012, 165.

33 CHISHOLM, *Family courts violence review: a report*, Australian Government, Attorney General's Department, 2. November 2009, 101 ss.

34 *Family Law Legislation Amendment (Family Violence & Other Measures) Act 2011 (Cth)* (the *Family Violence Act*).

35 SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON, *Law and Contemporary Problems* 2014, 140.

manière égalitaire : il leur manque les ressources et la flexibilité nécessaires à la mise en place d'un tel mode de garde.³⁶

2. *Développements au Québec*

Le Code civil québécois ne prévoit pas expressément le concept de « garde physique partagée » mais il est reconnu par la jurisprudence depuis les années 1990.³⁷

Une étude quantitative publiée en 2013 portant sur 2000 dossiers judiciaires (ordonnances en pension alimentaire rendues en 2008), comparés avec une banque d'ordonnances constituée en 1998 par le ministère de la justice, met en évidence une augmentation marquée de la garde alternée : la garde exclusive à la mère est passée de 79 % à 60,5 %, la garde partagée de 8,1 % à 19,7 %, la garde exclusive aux deux parents de 7,2 % à 5,3 % (frères et sœurs ne vivant pas tous chez le même parent), et la garde exclusive au père de 5,4 % à 13,5 %.³⁸ Cette étude confirme que les désaccords sur la garde sont peu fréquents, ce qui était déjà mis en évidence en 1998 dans une étude selon laquelle seuls 15 % des divorces impliquent un arbitrage du juge sur la garde des enfants,³⁹ de sorte que, dans la grande majorité des cas, la justice n'intervient pas.⁴⁰ Par ailleurs, la garde exclusive aux mères résulte d'une mobilisation plus forte de leur part, même si les pères sont plus entreprenants que par le passé.⁴¹ Par ailleurs, cette étude souligne que la garde partagée est plus fréquente dans les milieux aisés, et dépend plus étroitement du revenu du père : plus ce revenu est élevé, plus la garde à la mère diminue au profit de la garde alternée, et cela dans la même ampleur.⁴² L'âge des enfants joue également un rôle dans l'attribution de la garde, puisque 80 % des enfants âgés de moins de 6 ans sont gardés par leur mère contre 51 % pour les 12-18 ans. Le nombre d'enfants est aussi pertinent puisque pour les fratries d'au moins trois enfants, la garde alternée est plus fréquente que pour un enfant unique. Selon les auteurs de cette étude, on ne peut pas conclure à un changement radical du type de prise en charge des enfants puisque la garde exclusive à la mère reste la décision majoritaire, même si les pères sont plus nombreux aujourd'hui à la demander.⁴³

36 SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON, *Law and Contemporary Problems* 2014, 141.

37 CÔTÉ/GABOREAN, *Nouvelles normativités de la famille : La garde partagée au Québec, en France et en Belgique*, *Revue Femmes et droit/Canadian Journal of Women and the Law* 2015, 22, 30 ss.

38 BILAND/SCHÜTZ, *La garde des enfants de parents séparés au Québec. Une analyse quantitative de dossiers judiciaires*, *ARUC* 2013, 1, 3.

39 JOYAL, *Garde partagée de l'enfant-Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes*, *Les Cahiers de droit* 2003, 271.

40 BILAND/SCHÜTZ, *ARUC* 2013, 1, 4.

41 BILAND/SCHÜTZ, *ARUC* 2013, 1, 5.

42 BILAND/SCHÜTZ, *ARUC* 2013, 1, 5 s.

43 BILAND/SCHÜTZ, *ARUC* 2013, 1, 6.

Une autre étude constate qu'au Québec, la garde partagée s'est transformée en norme sociale, tant dans la perception des parents séparés que dans celle des professionnels de la justice familiale (avocat-e-s, juges).⁴⁴ Alors que l'organisation du temps de présence de l'enfant à chaque domicile parental ainsi que la responsabilité économique sont conçues sur le principe de partage symétrique (moitié/moitié), en réalité, ni le partage financier, ni le partage de la charge éducative et des soins ne sont symétriques : les mères assument souvent plus de tâches que les pères et le principe de partage symétrique des coûts efface la disparité de revenus toujours présente, les revenus des mères étant, en règle générale, plus faibles.⁴⁵

3. *Développements en France*

En France, depuis 2002, la résidence de l'enfant peut être fixée en alternance au domicile de chacun des parents ou au domicile de l'un d'eux (art. 373-2-9 CCF). Cette disposition a été et est encore aujourd'hui l'objet de controverses⁴⁶ opposant certains pédo-psychologues et psychiatres qui décrivent la résidence alternée comme nocive pour les jeunes enfants avant six ans⁴⁷ et les défenseurs de la garde alternée, qui soutiennent que le principe de la coparentalité dès le plus jeune âge participe au bien-être de l'enfant, tout en admettant que la garde alternée est difficile à mettre en œuvre dans la pratique.⁴⁸

En France, la résidence alternée a augmenté depuis l'instauration de la loi de 2002, passant de 12 % à 21 % pour les parents divorcés et de 8 % à 11 % pour les parents non mariés, soit un total de 17 %. Toutefois, la résidence principale chez la mère reste la solution majoritaire avec 71 % des situations alors que la résidence chez le père atteint 12 %.⁴⁹ 80 % des décisions reflètent l'accord des parties devant le juge aux affaires familiales.⁵⁰ Lorsqu'il y a accord, la résidence alternée s'organise dans plus de 86 % des cas selon une rotation hebdomadaire, 7 % selon un planning des parents, 1,3 % selon une rotation à quinzaine.⁵¹

44 CÔTÉ/GABOREAN, *Revue Femmes et droit* 2015, 22, 39 ss.

45 CÔTÉ/GABOREAN, *Revue Femmes et droit* 2015, 22, 41.

46 Cf. CÔTÉ/GABOREAN, *Revue Femmes et droit* 2015, 22, 32 et les références citées.

47 Cf. notamment PHÉLIP, *Le livre noir de la garde alternée*, Paris 2013 ; BERGER, *La résidence alternée pour les enfants de moins de 3 ans : Une pièce sombre*, *Le Cahier Spirale* 2009, 43 ss.

48 Cf. notamment NEYRAND, *La résidence alternée ou le défi de la coparentalité*, *Politiques sociales et familiales* 2014, 5 ss. ; NEYRAND/ZAOUICHE-GAUDRON, *Le livre blanc de la résidence alternée*, Toulouse 2014.

49 GUILLONNEAU/MOREAU, *La résidence des enfants de parents séparés : De la demande des parents à la décision du juge*. Rapport au Ministère de la Justice, direction des affaires civiles et du sceau, pôle d'évaluation de la justice civile, Paris 2013, 5.

50 GUILLONNEAU/MOREAU (n. 49), 6.

51 GUILLONNEAU/MOREAU (n. 49), 21.

Des études empiriques, en France, mettent en évidence l'importance de l'âge de l'enfant et de la position sociale des parents dans les décisions de garde alternée prise par la justice. L'une de ces études portant sur des jugements rendus en 2012 constate que la proportion des enfants dont la résidence principale est fixée chez la mère est plus forte chez les enfants de moins de 5 ans (84 %) et tend à diminuer de manière inversement proportionnelle à l'âge des enfants. Quant à la résidence alternée, elle concerne plus fréquemment les 5-10 ans (24 %) et la résidence chez le père, les 15-18 ans (23 %).⁵² 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 ce projet.⁵³ Les auteures d'une autre étude constatent que « l'institutionnalisation de la résidence alternée ne suffit donc pas à décréter l'égalité entre parents séparés. C'est plutôt au sein des couples relativement égalitaires du point de vue de l'activité professionnelle que la dissymétrie des rôles parentaux a des chances d'être moindre, de sorte que la résidence alternée peut sembler possible au moment de la dissolution du couple ».⁵⁴

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 2014.⁵⁵ La réforme propose de faire disparaître la notion de résidence alternée du Code civil et de mettre ainsi fin, en cas de séparation des parents, à l'alternative entre la résidence alternée ou la résidence au domicile de l'un des parents. L'art. 373-2-9 CCF serait ainsi modifié : « En application des articles 373-2-7 et 373-2-8, la résidence de l'enfant est 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. À titre exceptionnel, le juge peut fixer la résidence de l'enfant au domicile de l'un des parents. Dans ce cas, il statue sur les modalités du droit de visite de l'autre parent. Si les circonstances l'exigent, ce droit de visite peut être exercé dans un espace de rencontre qu'il désigne ». Selon le rapport de la commission de lois, la réforme entend dépasser les clivages entre partisans et adversaires de la garde alternée et à 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 eux.⁵⁶

52 GUILLONNEAU/MOREAU (n. 49), 22.

53 BESSIÈRE/BILAND/FILLOD-CHABAUD, *Résidence alternée : La justice face aux rapports sociaux de sexe et de classe*, Lien social et Politiques 2013, 125, 135 ss.

54 BESSIÈRE/BILAND/FILLOD-CHABAUD, *Lien social et Politiques* 2013, 125, 136. Cf. aussi le chapitre « V. Les conditions matérielles et structurelles » ci-dessous.

55 Texte n° 664 (2013-2014) transmis au Sénat le 27 juin 2014.

56 Rapport n° 1925 de Mme Marie-Anne Chapdelaine, fait au nom de la commission des lois, déposé le 7 mai 2014.

4. *Développements en Belgique*

Par une loi du 18 juillet 2006,⁵⁷ la Belgique a privilégié l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés, appelé également « coparenté en matière de résidence » (art. 374 § 2, al. 2 CCB). Selon cette disposition, le juge, à défaut d'accord entre les parents, examine prioritairement cette possibilité. Lorsque cette solution ne lui semble pas appropriée, le juge peut décider d'une autre forme d'hébergement, mais il doit alors motiver sa décision de manière circonstanciée. Le législateur a donc souhaité faire du partage égalitaire du temps passé par l'enfant avec chacun de ses parents, le principe, et de l'hébergement non égalitaire, l'exception.⁵⁸

L'étude belge de LIMET a révélé le manque de satisfaction des mères dans les situations où, avant la rupture, elles assumaient la prise en charge des enfants. En cas d'imposition de la garde alternée, elles se voient confrontées à ce qu'elles perçoivent comme une non-reconnaissance de leurs compétences.⁵⁹ Par conséquent, les décisions du tribunal ordonnant un hébergement égalitaire ne sont souvent pas respectées par les parents, notamment les mères, qui refusent de remettre l'enfant au père.⁶⁰ Une autre étude empirique a constaté l'augmentation depuis 2006 des décisions fixant la garde alternée en Belgique dans des cas hautement conflictuels, constituant un risque pour le bien-être de l'enfant.⁶¹

Une proposition de loi du 21 octobre 2014,⁶² visant à modifier l'art. 374 CCB par la suppression du mot « prioritairement », est aujourd'hui examinée par le législateur belge, afin de dissiper la confusion sur la portée de cette disposition que certains ont interprétée comme ayant valeur de règle. A l'appui de cette proposition, des statistiques de 2011 portant sur plus de 1'800 partenaires hébergeant leur(s) enfant(s) mineur(s) indiquent que 29,3 % des enfants sont toujours chez leur mère, 15 % principalement chez leur mère, 8,9 % toujours chez leur père, 1,4 % principalement chez leur père, 27,1 % en coparenté en matière de résidence (33 %-66 %), 9,2 % chez la

57 Loi du 18 juillet 2006 tendant à privilégier l'hébergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'hébergement d'enfant, 2006009678, 43971.

58 SossON, Le projet de réforme du Code civil suisse concernant l'autorité parentale conjointe sous l'éclairage des droits français et belge, FamPra.ch 2013, 410, 422; CÔTÉ/GABOREAN, Revue Femmes et droit 2015, 22, 28.

59 LIMET, La Revue scientifique de l'AIFI 2009, 1 ss; LIMET 2010.

60 LIMET, Parents séparés: Contraints à l'accord? Une analyse à partir de la loi de 2006 sur l'hébergement égalitaire: Contexte, discours et pratiques du judiciaire face à la non-représentation d'enfants, Liège 2009, 16, cité d'après CÔTÉ/GABOREAN, Revue Femmes et droit 2015, 22, 38 s.

61 SODERMANS/MATTHIJS/SWICGOOD, Characteristics of joint physical custody families in Flanders, Demographic Research 2013, 821, 840.

62 Chambre des Représentants de Belgique, Proposition de loi modifiant l'article 374 du Code civil (déposée par Mmes Sabien Lahaye-Battheu et Carina Van Cauter), DOC 54 0462/001. Cf. également Chambre des Représentants de Belgique, Proposition résolution relative aux conséquences de l'hébergement égalitaire des enfants chez les deux parents après la séparation (déposée par Mme Karin Jiroflée et consorts), DOC 54 1736/001.

mère la semaine et chez le père le week-end et 1,2 % chez le père la semaine et chez la mère le week-end, 0,8 % en résidence alternée des parents⁶³ et 7,2 % sans règles fixes en matière d'hébergement. Si l'égalité parentale se dessine clairement, même pour de jeunes enfants, la proposition de loi met toutefois en évidence l'importance d'une formule d'hébergement sur mesure, qui prend en compte le choix de l'école, la situation professionnelle des parents ou encore les activités de loisirs des enfants. Sont mentionnés comme des facteurs peu propices à ce mode d'hébergement, la distance séparant les domiciles des parents ou l'absence de dialogue entre les parents. Un excursus relève le problème posé par un hébergement une semaine chez la mère/une semaine chez le père, avec un changement d'école à chaque reprise. Selon les auteurs de la proposition, la fin de cette pratique pourrait être décidée par le Ministre flamand de l'Enseignement.⁶⁴

IV. L'intérêt supérieur de l'enfant : conditions psycho-sociales de la garde alternée

L'intérêt supérieur de l'enfant est un concept juridique qui repose sur une conception plus ou moins explicite de ce qui est favorable au bien-être de l'enfant. Il est nécessaire alors de passer en revue les résultats de recherche touchant à la question du bien-être de celui-ci, dans une perspective interdisciplinaire liant le droit à la sociologie et à la psychologie. Dans un premier temps, nous évoquerons les conditions de réussite de la garde alternée, mises en exergue dans la littérature psycho-sociale, et la nécessité d'écouter l'enfant dans toute décision le concernant. Dans un deuxième temps, nous rappellerons les définitions juridiques de « l'intérêt supérieur de l'enfant » et du « bien de l'enfant », établies par le droit international et le droit suisse, et analyserons la manière dont la jurisprudence suisse interprète le bien de l'enfant dans sa mise en œuvre de la réforme de 2014 du droit de l'autorité parentale. Seront aussi résumées les expériences qui ont trait à la prise en compte de l'avis de l'enfant lors de décisions concernant sa prise en charge par les parents après une séparation ou un divorce. La conclusion répondra à la question de savoir dans quelle mesure la pratique juridique en Suisse est compatible avec les résultats des recherches psycho-sociales.

1. Approches psychologiques et sociologiques

Les modes de prise en charge de l'enfant qui prévoient une implication à part égale des deux parents, notamment la résidence alternée, ont gagné en légitimité sociale ces dernières décennies. Cependant, l'analyse de la littérature psycho-sociale

63 L'enfant reste dans le logement familial et les parents déménagent.

64 Proposition de loi modifiant l'article 374 du Code civil, DOC 54 0462/001, n. b. p. 1.

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.⁶⁵

a) L'absence d'un mode de garde idéal pour tous

Les études scientifiques montrent que la résidence alternée peut être bénéfique dans certaines situations, car elle tend à développer l'engagement du père envers ses enfants et à renforcer les liens qu'il entretient avec eux.⁶⁶ La coparentalité – qui renvoie à la manière dont les parents (en couple, séparés ou divorcés) collaborent dans l'ensemble des tâches et des responsabilités qui définissent leur rôle de mère/père⁶⁷ – ne peut cependant se construire que dans des pratiques qui favorisent le lien de l'enfant avec à la fois sa mère et son père.⁶⁸ Lorsque la garde alternée se passe bien, les enfants développent une relation équilibrée avec leurs deux

65 Dans le contexte germanophone, c'est surtout SÜNDERHAUF qui a soutenu l'idée de la garde alternée comme le modèle de garde optimal pour les enfants de parents séparés; cf. SÜNDERHAUF, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013, passim; SÜNDERHAUF/WIDRIG, PJA 2014, 885 ss. Comme l'a démontré notamment KOSTKA, cette affirmation ne trouve pas de base dans la recherche empirique, cf. KOSTKA, Neue Erkenntnisse zum Wechselmodell?, ZKJ 2014, 54 ss. Cf. aussi FICHTNER/SALZGEBER, Gibt es den goldenen Mittelweg? Das Wechselmodell aus Sachverständigensicht, FPR 2006, 278 ss.; SALZGEBER/SCHREINER, FamPra.ch 2014, 66 ss.

66 SHAPIRO/LAMBERT, Longitudinal effects of divorce on the quality of the father-child relationship and on fathers' psychological well-being, Journal of Marriage and Family 1999, 397 ss.

67 WIDMER/FAVEZ/DOAN, Coparentage et logiques configurationnelles dans les familles recomposées et de première union, Politiques sociales et familiales 2014, 45 ss.; McHALE/KUERSTEN-HOGAN/RAO, Growing points in the study of coparenting relationships, Journal of Adult Development 2004, 221 ss.

68 NEYRAND, Politiques sociales et familiales 2014, 5 ss. Dans le contexte francophone, certains auteurs spécialisés en pédopsychiatrie se montrent très critiques vis-à-vis de la résidence alternée pour les jeunes enfants – surtout avant 6 ans – l'enfant ne pouvant être séparé de sa mère, qui serait figure d'attachement principale, cf. IZARD, La résidence alternée non conflictuelle. Troubles psychiques observés chez les enfants, in: PHÉLIP/BERGER (éd.), Divorce, séparation: Les enfants sont-ils protégés? Paris 2012, 77 ss.; BERGER/CICONNE/GUEDENEY/ROTTMAN, La résidence alternée chez les enfants de moins de 6 ans: Une situation à hauts risques psychiques, Devenir 2004, 213 ss.; SOLOMON/GEORGE, The development of attachment in separated and divorced families. Effects of overnight visitation, parent and couple variables, Attachment and Human Development 1999, 2 ss. Cette perspective repose sur des expériences cliniques des auteurs et n'est pas confirmée par des études empiriques à large échelle, cf. POUSSIN, Entre clinique et recherches: Le chemin de la parentalité à la coparentalité à travers la résidence alternée, in: NEYRAND/POUSSIN/WILPERT (éd.), Père, mère après séparation: Résidence alternée et coparentalité, Toulouse 2015, 83 ss. De plus, d'autres chercheurs remettent en question la dominance de l'attachement maternel, ils soulignent que mères et pères développent des liens d'attachement complémentaires, tous deux nécessaires au bon développement socio-affectif de l'enfant, cf. BAUSERMAN, Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review, Journal of Family Psychology 2002, 91 ss.; KELLY/LAMB, Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children, Family and Conciliation Courts Review 2000, 297 ss.

parents.⁶⁹ L'extrait d'entretien ci-joint – tiré d'une enquête qualitative portant sur les enfants dont les parents sont séparés ou divorcés en Angleterre⁷⁰ – exprime bien la satisfaction de certains enfants de pouvoir bénéficier de la présence des deux parents lors de la garde partagée. Rosie, 9 ans :

« Je l'ai lu des livres sur les enfants qui ne voient leurs parents que de temps en temps. Et ce ... Je veux dire, comme, par exemple, la mère commence une autre relation, puis, ensuite, le père. Et ... il est avec sa mère tout le temps ... alors l'enfant se sentira juste comme complètement mal aimé. Complètement indésirable. Donc, ça, c'est absolument terrible. Alors que, si tu les vois les deux tout le temps, t'as la chance de vraiment connaître le partenaire de ta mère et la partenaire de ton père. Mais ... c'est plus de partage, c'est plus de partage du temps, d'amour, d'argent, de tout ... Je suis chanceuse vraiment, parce que mon père et ma mère ne sont pas ... rivaux ou quoi que ce soit. Ils ne sont tout simplement pas ensemble ».⁷¹

Il serait par contre problématique de déduire de ces observations que la garde alternée s'impose comme unique solution, et cela d'autant plus qu'une coparentalité harmonieuse peut être maintenue au travers d'autres modes de garde (par exemple la garde unique avec un droit de visite élargi).

b) Facteurs influençant la réussite de la garde alternée

Les facteurs suivants, associés à l'organisation familiale, influencent la réussite de la garde alternée :

Modes de coparentalité et de gestion de conflit : Lorsque la coparentalité s'articule autour de la coopération et de l'unité entre les deux parents (et ex-partenaires), dans le sens d'une coparentalité unitaire,⁷² les enfants se sentent plus libres d'aimer leurs deux parents ; ils parviennent à concilier les deux milieux familiaux et à préserver la continuité familiale, leur procurant ainsi un sentiment de sécurité.⁷³ Les parents divorcés ou séparés qui privilégient la collaboration entre eux parviennent davantage que les autres à maintenir de manière satisfaisante ce type de garde.⁷⁴ Les enfants, par ailleurs, ont conscience de ce prérequis, comme l'exprime Tom, 12 ans :

69 NEYRAND, Politiques sociales et familiales 2014, 5 ss ; LUEPNITZ, A comparison of maternal, paternal, and joint custody: Understanding the varieties of post-divorce family life, *Journal of Divorce* 1986, 1 ss. BAUDE/SAGNES/ZAUCHE-GAUDRON, La résidence alternée: Etude exploratoire auprès d'enfants âgés de 7 à 10 ans, *Dialogue* 2010, 133 ss.

70 SMART/NEALE/WADE, *The changing experience of childhood: Families and divorce*, Cambridge 2001.

71 SMART/NEALE/WADE (n. 70), 131-132.

72 Cf. à ce sujet COTTIER/WIDMER/TORNARE/GIRARDIN (n. 2), 8 ss.

73 BAUDE/SAGNES/ZAUCHE-GAUDRON, *Dialogue* 2010, 133 ss. HAYEZ, Hébergement alterné: Seul garant du bien-être de l'enfant?, *Santé mentale au Québec* 2008, 209 ss.

74 MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG, A longitudinal study of school-aged children in high conflict divorce, in: MCINTOSH/SMYTH/KELAHER/WELLS/LONG (éd.), *Post-separation parenting arrangements and developmental outcomes for children*, Report to the Australian Government Attorney-General's Department, Canberra 2010, 23 ss.

« Ça marche vraiment bien. Je ne pense pas qu'il pourrait y avoir de meilleur arrangement que cela. *L'enquêteur*: Alors qu'est-ce qui fait, selon toi, que ça fonctionne si bien ? *Tom*: Je pense que c'est parce que, même si maman et papa ne s'aiment plus, ils sont toujours très gentils l'un envers l'autre et ils s'entendent vraiment bien, même lors des échanges, et autres. »⁷⁵

Si le conflit s'associe à un désir commun de coopération et d'unité, il n'est le signe que de négociations nécessaires et ne constitue pas, en soi, un risque pour le développement de l'enfant.⁷⁶ À l'inverse, lorsque le désaccord autour des pratiques (éducatives, etc.) est profond, chronique et qu'il implique directement l'enfant,⁷⁷ le conflit s'associe à une faible adaptation socio-émotionnelle de l'enfant, se manifestant par des troubles du comportement,⁷⁸ une forte anxiété,⁷⁹ des troubles d'attention,⁸⁰ une mauvaise estime de soi,⁸¹ un faible ajustement dans les relations avec les pairs, la vision négative de l'enfant sur ses relations familiales pouvant affecter ses rapports avec les autres.⁸² Dans de telles situations, les enfants en garde alternée sont moins satisfaits que ceux qui sont en garde exclusive, et cela d'autant plus si la garde alternée s'applique de manière rigide et est imposée (décision judiciaire).⁸³ Le témoignage de Matt (15 ans) est, en ce sens, assez révélateur puisque ses parents ont instauré une garde alternée rigide – une nuit chez l'un, une nuit chez l'autre – afin que Matt puisse passer exactement la « même » quantité de temps avec l'un et avec l'autre, seule solution pour éviter les conflits incessants. Questionné sur la garde alternée, Matt répond :

75 SMART/NEALE/WADE (n. 70), p. 131.

76 WIDMER/FAVEZ/DOAN (n. 67), 45 ss.; BAUDE/SAGNES/ZAUCHE-GAUDRON, Dialogue 2010, 133 ss.

77 WIDMER/FAVEZ/AEBY/DE CARLO/DOAN, Capital social et coparentage dans les familles recomposées et de première union, Sociograph 2012, 1 ss.

78 FAVEZ/FRASCAROLO/FIVAZ-DEPEURSINGE, Family alliance stability and change from pregnancy to toddlerhood and marital correlates, Swiss Journal of Psychology 2006, 213 ss. FIVAZ-DEPEURSINGE, L'alliance coparentale et le développement affectif de l'enfant dans le triangle primaire, Thérapie Familiale 2003, 267 ss. MILLER/COWAN/COWAN/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL, Externalizing in preschoolers and early adolescents: A cross-study replication of a family model. Developmental Psychology 1993, 3 ss.

79 McHALE/RASMUSSEN, Coparental and family group-level dynamics during infancy: Early family predictors of child and family functioning during preschool, Development and Psychopathology 1998, 39 ss.

80 McINTOSH/SMYTH/KELAHER, Relationships between overnight care patterns and psycho-emotional development in infants and young children, in: McINTOSH/SMYTH/KELAHER/WELLS/LONG (éd.), Post-separation parenting arrangements and developmental outcomes for children, Report to the Australian Government Attorney-General's Department Canberra 2010, 85 ss.

81 TURNER/KOPIEC, Exposure to interparental conflict and psychological disorder among young adults, Journal of Family Issues 2006, p.131 ss.

82 FAVEZ/FRASCAROLO/FIVAZ-DEPEURSINGE, Swiss Journal of Psychology 2006, 213 ss. McHALE/RASMUSSEN (n. 79), 39 ss.

83 McINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG (n. 74), 23 ss.

« C'est juste une corvée pour moi, vraiment. *L'enquêteur* : Quelle est la pire chose pour toi ? *Matt* : Juste ne pas être en mesure de s'installer dans un endroit pendant plus d'une nuit ... (...) *L'enquêteur* : Si t'avais le choix, qu'aimerais-tu faire ? *Matt* : J'aimerais rester à une seule place. [Quand maman et papa étaient encore ensemble], c'était plus stable, ça semblait juste plus calme et plus paisible. *L'enquêteur* : Comment penses-tu que [ta maman et ton papa] réagiraient si tu leur disais : « Pourrions-nous essayer quelque chose de différent ? ». *Matt* : Je ne sais pas, ils deviendraient probablement fous au sujet de la quantité de temps que je passerais dans chaque maison ... Je me sens obligé de ne rien dire ... Ils se battraient probablement chaque jour ... Ils se disputent déjà sur le fait que l'un ou l'autre a une « longue » journée ou autre. C'est juste sans fin. Je voudrais qu'ils arrêtent, je suppose. »⁸⁴

Capacités éducatives des parents : La prise en charge par les deux parents à part égale lorsque l'un des parents, voire les deux parents, ne possède pas les capacités éducatives nécessaires – en raison d'une maladie psychique, physique ou d'une toxicomanie⁸⁵ – représente un danger pour l'enfant.⁸⁶

Transitions d'un lieu de résidence à l'autre : Pour les enfants, les transitions d'un lieu de résidence à l'autre constituent des ruptures dans la vie quotidienne (école, amis, et activités) et la nécessité de transférer à chaque fois leurs affaires (valises). Ces transitions requièrent une organisation qui peut s'avérer fort pesante pour certains enfants comme en témoigne Selina, 16 ans :

« Ça vient vers environ cinq heures le dimanche (après-midi), j'ai ce sentiment vraiment affreux et puis ... aah ... faire les valises à nouveau ... (...) D'habitude, le dimanche autour de cette heure ... nous sommes contrariés parce que nous devons partir et chacun est de mauvaise humeur ... vous savez, on devient assez irritable ... *L'enquêteur* : Y a-t-il quelque chose que tu peux faire pour rendre ce moment plus facile ? *Selina* : Planifier. Il faut planifier beaucoup et anticiper. (...) Et j'ai beaucoup de fiches, vous savez, des choses comme ça, pour m'aider à m'organiser. »⁸⁷

Pour certains enfants, les transferts répétés ont des effets déstabilisants et peuvent être perçus comme problématiques, tel est le cas de Colette, 13 ans :

« Tout le monde pense que je suis chanceuse parce que je peux aller où je veux, si je suis chez l'un de mes parents, je peux juste aller chez l'autre, mais ça, je déteste ça (...) non, je déteste ça, je déteste vraiment ça ... Je veux juste être normale ... j'ai comme le sentiment que je n'ai pas de vraie maison, vraiment ... Chaque fois que quelqu'un me demande mon numéro de téléphone ou adresse ou autre, je leur donne toujours les deux et ils disent : « Auquel dois-je téléphoner ? » Et je ne sais pas et ils disent : « Eh bien, où es-tu le plus souvent ? Je ne sais pas ça non plus ... parce qu'ils [parents] ont [instauré] cette chose stupide que ... la plupart de la

84 SMART/NEALE/WADE (n. 70), 133.

85 CHISHOLM (n. 33), 127 ss. LUDEWIG/BAUMER/SALZGEBER/HÄFELI/ALBERMANN, Richterliche und behördliche Entscheidungsfindung zwischen Kindeswohl und Elternwohl : Erziehungsfähigkeit bei Familien mit einem psychisch kranken Elternteil, FamPra.ch 2015, 562 ss.

86 KOSTKA, ZKJ 2014, 54, 55.

87 SMART/NEALE/WADE (n. 70), 128.

semaine je suis chez l'un et la semaine après, la majeure partie de la semaine, je suis chez l'autre ... et je dois toujours leur demander où je vais être ... J'ai toujours détesté ça.»⁸⁸

Une certaine maturité affective et cognitive de l'enfant est donc de mise pour permettre à l'enfant de dépasser un sentiment de perte affective et d'insécurité à chaque séparation d'avec l'un de ses parents.⁸⁹ Il existe des stratégies possibles pour pallier à de telles difficultés comme avoir, pour les enfants, les objets/vêtements à double, ou des logements parentaux à proximité l'un de l'autre, ce qui leur permet de maintenir une continuité dans leur vie relationnelle et scolaire.⁹⁰ Ceci est important pour les adolescents qui ont besoin de plus d'indépendance et qui veulent, quand ils en ont envie ou besoin, retrouver leurs amis ou l'autre parent qui n'est pas de garde à ce moment-là.⁹¹

Facteurs matériels et structurels : La garde alternée requiert, pour chacun des parents, des ressources financières relativement importantes, pour être capable de prendre en charge le dédoublement des logements, des vêtements, activités et déplacements, etc.⁹² Or, les conditions financières nécessaires à une garde alternée fonctionnelle dépendent, dans une large mesure, de contraintes matérielles et structurelles difficilement modifiables par les parents, tels que la répartition du travail rémunéré et non rémunéré dans le couple, les salaires des deux parents, les structures d'accueil extra-familial des enfants et d'autres mesures de la politique familiale.⁹³

Violences : La violence entre les parents (et ex-partenaires) représente un sérieux frein à la mise en place de la garde alternée.⁹⁴ La séparation n'empêche pas la violence de continuer, parfois, même, elle l'exacerbe,⁹⁵ quand l'un des ex-partenaires veut maintenir son pouvoir sur l'autre, malgré la rupture.⁹⁶ Par conséquent, les

88 SMART/NEALE/WADE (n. 70), 132.

89 BAUDE/SAGNES/ZAOUCHE-GAUDRON, Dialogue 2010, 133 ss. Certains pédopsychiatres, sur la base de leurs observations cliniques, en déduisent que l'enfant doit être en âge de comprendre ce qu'on lui dit et d'être capable d'exprimer verbalement ses besoins avant d'envisager la garde alternée, cf. BERGER, Recherches actuelles concernant la résidence alternée, in Colloque « Résidence alternée. Quels effets psychologiques pour les enfants ? », Paris 2013.

90 NEYRAND, L'enfant face à la séparation des parents. Une solution, la résidence alternée, Paris 2009 ; SMART, Equal shares: Rights for fathers or recognition for children ?, Critical Social Policy 2004, 484 ss.

91 SMART, Critical Social Policy 2004, 484 ss.

92 CÔTÉ, La garde partagée. L'équité en question. Montréal 2000.

93 Cf. ci-dessous V. Les conditions matérielles et structurelles.

94 KOSTKA, ZKJ 2014, 54 ss et les références citées.

95 FLEURY/SULLIVAN/BYBEE, When ending the relationship does not end the violence: Women's experiences of violence by former partners, Violence Against Women 2000, 1363 ss ; HOTTON, Spousal violence after marital separation, Juristat 2001, 1 ss. BASTARD, Un conjoint violent peut-il être un bon père ? Bruxelles 2014.

96 HARDESTY/GANONG, How women make custody decisions and manage co-parenting with abusive former husbands, Journal of Social and Personal Relationships 2006, 543 ss.

contacts directs et fréquents entre les deux ex-partenaires qu'implique la garde alternée augmentent les risques de violence. Les enfants y sont directement exposés avec d'importantes conséquences négatives sur leur développement et leur bien-être.⁹⁷ De fait, la sécurité de l'ex-partenaire victime de violence et des enfants doit être garantie comme prioritaire par rapport à la mise en place de la garde alternée.

c) Effets positifs de la participation de l'enfant

Les définitions juridiques de l'intérêt supérieur de l'enfant englobent aussi l'avis de l'enfant, qui est établi durant son audition.⁹⁸ Les enfants qui sont informés quant à leur droit d'être entendus se montrent positifs par rapport à leur audition.⁹⁹ Ce faisant, l'enfant est reconnu comme un sujet actif et non plus comme un objet d'assistance.¹⁰⁰ L'audition de jeunes enfants est aussi possible ;¹⁰¹ ceux-ci peuvent en effet exprimer ce qu'ils désirent par différents moyens (jeu, langage corporel, dessin, etc.).¹⁰² Outre son utilité pour la procédure judiciaire quant à l'établissement des faits, la participation de l'enfant a des effets positifs sur son développement, notamment chez ceux dont le bien-être est menacé. Elle implique, d'une part, que son vécu et son opinion soient pris au sérieux par une tierce personne qui l'écoute et le respecte.¹⁰³ D'autre part, elle promeut chez l'enfant le sentiment d'auto-efficacité – c'est-à-dire le sentiment de pouvoir, en s'exprimant, influencer sa situation de vie – renforçant ainsi sa capacité à résister (résilience), à se remettre rapidement d'expériences potentiellement traumatiques et à favoriser son développement malgré les conditions de vie difficiles qui l'entourent.¹⁰⁴

97 HOTTON, Juristat 2001, 1 ss ; BASTARD (n. 95) ; HARDESTY/CHUNG, Intimate partner violence, parental divorce, and child custody: Directions for intervention and future research, Family Relations 2006, 200 ss.

98 Voir section suivante.

99 BÜCHLER/SIMONI (éd.), Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiale Übergänge, Zürich 2009.

100 STOECKLIN, L'enfant acteur et l'approche participative, in : ZERMATTEN/STOECKLIN (éd.) Le Droit des enfants de participer. Norme juridique et réalité pratique : Contribution à un nouveau contrat social. Sion 2009, 47 ss.

101 BRUNNER/SIMONI, Alltags- und Beziehungsgestaltung mit getrennten Eltern – Mitbestimmen und Mitwirken von Kindern aus psychologischer Sicht, FamPra.ch 2011, 349 ss.

102 De telles auditions doivent être menées par des personnes ayant suivi une formation en psychologie du développement de l'enfant, cf. SIMONI/DIEZ GRIESER, Parler avec les enfants et les jeunes au lieu de parler « sur » eux. Vingt questions sur la manière de conduire un entretien avec un enfant ou un jeune, in : CFEJ (éd.), Rapport de la commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse : A l'écoute de l'enfant, le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et d'être entendu, Berne 2011, 33 ss.

103 SIMONI/DIEZ GRIESER (n. 102), 33 ss.

104 SIMONI, Kinder anhören und hören, RDT 2009, 333, 335 ; SIMONI/DIEZ GRIESER (n. 102), 33 ss.

2. Définitions juridiques de l'intérêt supérieur de l'enfant

a) « L'intérêt supérieur de l'enfant » selon la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant, considération primordiale dans toutes les décisions qui le concerne (art. 3 al. 1 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, CDE),¹⁰⁵ implique, selon le Comité des droits de l'enfant, une évaluation pluridisciplinaire dans les cas concrets et, au niveau procédural, le droit de l'enfant, capable de discernement, d'exprimer son opinion et d'être représenté,¹⁰⁶ droits transcrits à l'art. 12 CDE.¹⁰⁷ Ainsi, toute législation sur la séparation et le divorce doit inclure le droit de l'enfant d'être entendu par les décideurs, tout comme dans le cadre des processus de médiation.¹⁰⁸

La notion de capacité de discernement utilisée à l'art 12 CDE n'est pas identique à celle du droit suisse. Selon le Comité, l'enfant, comme titulaire de droits, doit être pleinement respecté dans sa vie quotidienne dès son plus jeune âge et voir sa capacité à se forger une opinion très tôt reconnue avec « la reconnaissance et le respect des formes non verbales de communication, y compris le jeu, le langage corporel, les mimiques, le dessin et la peinture, par lesquelles les enfants très jeunes montrent leur compréhension, leurs choix et leurs préférences ».¹⁰⁹

b) Le bien de l'enfant en droit suisse et la nouvelle présomption légale en faveur de l'autorité parentale conjointe

En Suisse, le bien de l'enfant (« Kindeswohl ») est élevé au rang de droit constitutionnel et fait partie de l'ordre public (art. 11 al. 1 Cst. féd., art. 3 CDE).¹¹⁰ Il ne correspond pas si clairement à l'« intérêt supérieur de l'enfant » des textes internationaux.¹¹¹ Il est le critère déterminant pour toutes les décisions concernant les enfants, primant sur l'intérêt des parents.¹¹²

L'introduction du principe de l'autorité parentale conjointe peut être vue comme une nouvelle présomption d'un exercice répondant de par la loi au bien de

105 Convention relative aux droits de l'enfant, conclue à New York le 20 novembre 1989, ratifiée par la Suisse le 24 février 1997 (RS 0.107).

106 Comité des droits de l'enfant, Observation générale no 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), n. 46 ss.

107 Comité des droits de l'enfant, Observation générale no 14 (2013), n. 43.

108 Comité des droits de l'enfant, Observation générale no 12 (2009), Le droit de l'enfant d'être entendu, n. 52.

109 Comité des droits de l'enfant, Observation générale no 12 (2009), n. 21.

110 Commbâlois/SCHWENZER/COTTIER, art. 296 CC et références, n. 8a,

111 Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document, CRC/C/CHE/CO/2-4, 26 février 2015, n. 26.

112 TF, 25.6.2015, 5A_985/2014, consid. 3.2.1.

l'enfant.¹¹³ Le rapport de l'enfant avec ses deux parents est unanimement reconnu comme essentiel, en particulier dans le processus de recherche d'identité de l'enfant.¹¹⁴ La loi n'énumère cependant pas les critères qui doivent guider l'autorité compétente dans la détermination du bien de l'enfant (notamment les art. 296 al. 3, 298 al. 1, 298b al. 2, 298c, 298d al. 1, 133 CC), faisant des décisions jurisprudentielles une référence essentielle en ce domaine, notamment l'identification des circonstances qui commandent une autorité parentale exclusive.

c) Critères d'attribution de l'autorité parentale exclusive

Les conditions d'octroi de l'autorité parentale à un seul parent¹¹⁵ sont moins sévères que celles du retrait de l'autorité parentale en tant que mesure de protection de l'enfant contre sa mise en danger prévu à l'art. 311 CC.¹¹⁶ Une attribution exclusive doit rester l'exception strictement délimitée et ne se justifie qu'en cas d'un conflit important et durable ou une incapacité à communiquer persistante entre les parents entraînant des répercussions négatives sur le bien de l'enfant. Aussi, l'attribution exclusive de certaines prérogatives de l'autorité parentale ne doit pas constituer un remède suffisant.¹¹⁷ En cas d'attribution exclusive, elle doit revenir au parent coopératif, notamment celui qui démontre une bonne capacité à favoriser les liens avec l'autre pa-

113 ATF 142 III 1, consid. 3.3; TF, 2.9.2016, 5A_22/2016, consid. 4.2; cf. également CHOFFAT, *Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale: Une promesse déçue?*, SJ 2015 II, 180.

114 ATF 130 III 585, consid. 2.2.2; 127 III 295, consid. 4a et les références.

115 L'arrêt du Tribunal fédéral du 27 août 2015 (ATF 141 III 472 ss) concernait l'application de l'art. 298d CC qui permet la modification de l'attribution de l'autorité parentale de parents non mariés. La question de l'attribution de l'autorité parentale peut aussi se poser dans le contexte des procédures suivantes: mesures protectrices de l'union conjugale (art. 176 al. 3 en lien avec l'art. 298 CC, ou pour la modification l'art. 179 al. 1 CC en lien avec l'art. 298 CC); règlement du sort des enfants dans le divorce (art. 133 en lien avec l'art. 298 CC, pour la modification d'un jugement de divorce art. 134 en lien avec l'art. 298 CC); règlement de l'autorité parentale sur demande d'un parent non marié (art. 298b CC); règlement de l'autorité parentale dans le procès de paternité (art. 298c CC). La jurisprudence du Tribunal fédéral établie dans l'ATF 141 III 472 ss est applicable dans toutes ces situations, cf. ATF 142 III 1, consid. 3.3; ATF 142 III 197, consid. 3.5; TF, 2.9.2016, 5A_22/2016, consid. 4; TF, 2.5.2016, 5A_81/2016, consid. 5; TF, 2.5.2016, 5A_89/2016, consid. 4; TF, 2.5.2016, 5A_186/2016, consid. 4; TF, 18.11.2016, 5A_280/2016; TF, 21.11.2016, 5A_292/2016; TF, 30.1.2017, 5A_840/2016, consid. 3.3; TF, 13.2.2017, 5A_609/2016; TF, 28.3.2017, 5A_744/2016; TF, 30.3.2017, 5A_499/2016; TF, 12.4.2017, 5A_455/2016; TF, 17.5.2017, 5A_903/2016; pour un arrêt cantonal relatif à l'art. 298c CC (attribution de l'autorité parentale dans le jugement de paternité) cf. TC VD, JdT 2015 III 166.

116 Cf. à ce sujet et pour ce qui suit ATF 141 III 472 ss. et la jurisprudence citée ci-dessus (n. 115).

117 Ces conditions semblent être encore moins strictes en cas de requête commune des parents. Selon un arrêt récent du Tribunal fédéral (ATF 143 III 36 ss.), l'art. 298 al. 1 CC n'empêche pas le juge du divorce, en cas de requête commune des parents (art. 133 al. 2 première phrase CC), d'attribuer l'autorité parentale exclusive à l'un d'eux, en tenant compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant (art. 133 al. 2 deuxième phrase CC). L'art. 298 al. 1 CC viserait les situations dans lesquelles les parents sont divisés sur la question de l'attribution de l'autorité parentale.

rent, et non à celui qui connaît une incapacité à coopérer, à communiquer et tend à éloigner l'enfant de l'autre parent.¹¹⁸

Enfin, en cas de déménagement à l'étranger du parent qui a la garde de l'enfant, un manque de volonté de coopérer des parents en rapport avec le départ d'un parent avec l'enfant à l'étranger, sans autre litige concernant les intérêts de celui-ci, ne suffit pas pour l'attribution de l'autorité parentale exclusive. Le risque abstrait de conflit dans l'avenir ne constitue pas une telle raison.¹¹⁹

d) Critères d'attribution de la garde exclusive ou alternée

L'autorité parentale conjointe est un prérequis pour que se pose la question d'une garde exclusive ou alternée.¹²⁰ La garde alternée doit apparaître comme possible selon les circonstances concrètes et compatible avec le bien de l'enfant¹²¹ et les capacités éducatives doivent être présentes chez les deux parents. Elle se trouve facilitée en cas de prise en charge alternée par les deux parents avant la séparation.¹²² L'accord des parents n'est plus une condition nécessaire à la garde alternée,¹²³ mais celle-ci sera écartée en cas de conflit marqué et persistant entre les parents laissant présager des difficultés futures de collaboration entre eux.¹²⁴ Cependant, les arrêts plus récents du Tribunal fédéral, publiés après la finalisation de notre étude interdisciplinaire, semblent exiger des conditions très élevées pour admettre qu'un conflit s'oppose à une garde alternée.¹²⁵ Cette pratique met en question la mise en œuvre de l'intention du législateur, selon laquelle on ne décidera d'une garde alternée que si

118 ATF 141 III 472, consid. 4. Cf. CHOFFAT, SJ 2015 II, 182; CANTIENI/BIDERBOST, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) – erste Erfahrungen und Klippen, FamPra.ch 2015, 779 ss.

119 ATF 142 III 1, consid. 3.4. Pour un commentaire critique de cet arrêt cf. BURGAT, Newsletter Droit-matrimonial.ch, janvier 2016.

120 Commbâlois/SCHWENZER/COTTIER, art. 296 CC, n. 6 ad.

121 ATF 142 III 612, consid. 4.2; ATF 142 III 617, consid. 3.2.3; TF, 28.8.2017, 5A_627/2016, consid. 5.1; TF, 4.5.2017, 5A_34/2017, consid. 5.1; TF, 28.4.2016, 5A_714/2015, consid. 4.2.1.2; TF, 24.6.2015, 5A_266/2015, consid. 4.2.2.1; TF, 26.3.2015, 5A_46/2015, consid. 4.4.3.

122 ATF 142 III 612, consid. 4.3; ATF 142 III 617, consid. 3.2.3.

123 ATF 142 III 612, consid. 4.3; ATF 142 III 617, consid. 3.2.3; TF, 6.10.2015, 5A_527/2015, consid. 4; TF, 26.3.2015, 5A_46/2015, consid. 4.4.5; TC FR, 12.1.2015, RFJ 2015 1; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5^{ème} édition, Berne 2014, n. 10.137; WIDRIG, PJA 2013, 910; GLOOR/SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014, 10; BERNARD/MEYER LÖHRER, Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern – Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels, jusletter, 12 mai 2014, n. 21.

124 ATF 142 III 612, consid. 4.3; ATF 142 III 617, consid. 3.2.3. Un cas de conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant a été par exemple admis dans un cas où trois épisodes de violence physique ont été rapportés aux autorités pénales, cf. TF, 15.12.2016, 5A_425/2016, consid. 3.5.

125 Cf. TF, 25.10.2017, 5A_17/2017, cons. 2.2.1, TF, 23.12.2016, 5A_191/2016, consid. 4.5.

celle-ci est la meilleure solution pour le bien de l'enfant.¹²⁶ Elle se rapproche d'une règle d'instauration de la garde alternée sur demande d'un parent – non voulue par le législateur – si ce mode de garde ne met pas en danger le bien de l'enfant.¹²⁷

La capacité de collaboration des parents joue un rôle important pour l'enfant scolarisé ou en cas d'éloignement géographique entre les domiciles des parents, car de telles situations requièrent une plus grande coordination entre les parents.¹²⁸ Les autres critères à considérer sont la situation géographique et la distance séparant les logements des parents ou le besoin de stabilité par le maintien de la situation antérieure. L'âge de l'enfant est aussi important. S'il s'agit d'un nourrisson ou d'un enfant en bas âge, la possibilité d'un parent de s'occuper personnellement de l'enfant est pertinente. D'autres critères comme l'appartenance à une fratrie ou à un cercle social doivent aussi être pris en compte, notamment lorsqu'il s'agit d'adolescents.¹²⁹ Ces critères d'appréciation, selon le Tribunal fédéral, sont interdépendants et d'importance variable en fonction des circonstances du cas d'espèce. Il faut également prendre en considération le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, notamment son désir univoque,¹³⁰ quand bien même il ne dispose pas de la capacité de discernement à cet égard (cf. ci-dessous f). Enfin, le parent qui a eu la garde pendant la procédure n'a pas un droit automatique à l'obtenir, mais ce critère pèse d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soins des parents sont similaires.

Les critères développés jusqu'alors par la jurisprudence pour l'attribution de l'autorité parentale exclusive peuvent fonder une attribution exclusive de la garde : état des relations personnelles entre parents et enfants, capacités éducatives respectives et aptitude des parents à prendre soin de l'enfant personnellement et à favoriser les contacts avec l'autre parent.¹³¹

126 Message, FF 2011 8315, 8331 ; STADLER, BO 2014 CE 1120 ; VON GRAFFENRIED, BO 2015 CN 422 ; TF, 26.5.2015, 5A_46/2015, consid. 4.4.3.

127 Cf. également MEIER/HÄBERLI, Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) septembre à décembre 2016, RMA 2017, 6, 17 et BÜCHLER/CLAUSEN, Die elterliche Sorge – Entwicklungen in Lehre und Rechtsprechung, FamPra.ch 2018, 1, 12, n. b.p. 52.

128 ATF 142 III 617, consid. 3.2.3.

129 ATF 142 III 612, consid. 4.3 ; ATF 142 III 617, consid. 3.2.3. ; TF, 4.5.2017, 5A_34/2017, consid. 5.1 ; TF, 15.12.2016, 5A_425/2016, consid. 3.4.2., TF, 26.5.2015, 5A_46/2015, consid. 4.4.2 et 4.4.5 ; TF, 4.8.2014, 5A_345/2014, consid. 4.2.

130 ATF 136 I 178, consid. 5.3 ; TF, 14.3.2016, 5A_781/2015, consid. 4.1.2 ; TF, 2.3.2016, 5A_847/2015, consid. 5.2.3 ; TF, 30.7.2015, 5A_976/2014, consid. 2.3 ; TF, 26.3.2015, 5A_46/2015, consid. 4.4.2 ; TF, 11.2.2013, 5A_848/2012, consid. 3.1.2 ; TF, 23.6.2014, 5A_972/2013, consid. 3 ; TF, 17.10.2013, 5A_319/2013, consid. 2.1 ; TF, 23.7.2012, 5A_157/2012, consid. 3.1.

131 ATF 142 III 612, consid. 4.4 ; ATF 142 III 617, consid. 3.2.4.

S'agissant du conflit parental, il convient d'en déterminer l'intensité à partir de laquelle le bien de l'enfant est menacé.¹³² Ce n'est donc pas le conflit en tant que tel qui est contraire au bien de l'enfant, mais son intensité et la capacité des parents à le gérer et à en éviter l'escalade, qui doivent être évaluées, y compris pendant la procédure judiciaire, afin de préserver une collaboration minimale nécessaire à l'exercice conjoint de la garde. Sous cet angle, de nouveaux outils, comme la médiation, font à juste titre partie du processus judiciaire.

e) L'importance de l'avis de l'enfant et son droit d'être entendu

Pour la jurisprudence, l'avis de l'enfant n'est qu'un critère parmi d'autres dans la détermination du bien de l'enfant.¹³³ La constance de cet avis et la capacité de l'enfant à se forger une volonté autonome ainsi que son âge, sont décisifs. La capacité de discernement de l'enfant s'apprécie par rapport à un acte déterminé, selon sa nature et son importance, et doit être admise lorsque l'enfant est capable de se forger sa propre opinion et qu'il comprend la problématique.¹³⁴ Sur les questions liées aux droits parentaux, le Tribunal fédéral présume la présence de cette capacité vers l'âge de 12 ans, mais la limite peut varier en fonction de l'enfant.¹³⁵ Le refus d'un enfant capable de discernement doit être pris en considération, le bien de l'enfant étant compris comme un droit de la personnalité.¹³⁶ Un désarroi profond lié à un conflit de loyauté conséquent peut altérer la volonté propre de l'enfant. Il convient alors de déterminer les motivations de l'enfant et l'éventuelle atteinte à l'intérêt de celui-ci que causerait la décision.¹³⁷

L'avis de l'enfant est établi lors de son audition, le droit de l'enfant d'être entendu étant un droit de la personnalité de celui-ci et une obligation faite à l'instance judiciaire. Dans toute procédure concernant l'attribution de l'autorité parentale et de la garde, l'enfant doit être entendu personnellement et de manière appropriée par l'au-

132 S'agissant d'un droit de visite, la confrontation de l'enfant au conflit, moyen d'apprentissage pour y faire face: TF, 13.8.2015, 5A_459/2015, consid. 6.2.2., et les visites comme un moyen de réduire les effets du conflit à condition que les parents n'en profitent pas pour exprimer leurs désaccords: ATF 131 III 209, consid. 5.

133 Cf. par exemple ATF 142 III 612, consid. 4.3; ATF 142 III 617, consid. 3.2.3; TF, 17.12.2015, 5A_52/2015, consid. 5.2.4; TF, 25.6.2015, 5A_985/2014.

134 TF, 13.8.2015, 5A_459/2015, consid. 6.2.2.; TF, 17.10.2014, 5A_719/2013, consid. 4.4; TF, 16.11.2007, 5A_107/2007, consid. 3.2.

135 ATF 131 III 334, consid. 5.1.

136 TF, 13.8.2015, 5A_459/2015, consid. 6.2.2.; TF, 3.1.2006, 5C.250/2005, consid. 3.2.1; ATF 126 III 219, consid. 2b: cas de violences; situation d'un enfant capable de discernement s'opposant catégoriquement à un contact forcé avec un parent non gardien de manière répétée, au vu de ses propres expériences. TF, 22.9.2015, 5A_265/2015, consid. 2.2.2: vœu d'enfants âgés de douze, presque seize et dix-huit ans, de ne pas voir leur père, formulé de manière répétée et qui s'était traduit par la rupture de tout contact depuis quatre ans.

137 TF, 13.8.2015, 5A_459/2015: refus d'un droit de visite exprimé par un enfant de 9 ans et demi considéré non comme l'expression d'une volonté propre, mais comme le résultat du conflit parental.

torité de protection de l'enfant, ou le juge des mesures protectrices de l'union conjugale ou du divorce, ou le tiers qui en a été chargé, à moins que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent (art. 314a al. 1 CC, art. 298 al. 1 CPC). Un procès-verbal est établi, qui ne comprend que les résultats de l'audition nécessaires à la décision, et dont les parents sont informés (art. 314a al. 2 CC, art. 298 al. 2 CPC). Une voie de recours contre le refus d'être entendu est prévue pour l'enfant capable de discernement (art. 314a al. 3 CC, art. 298 al. 3 CPC).

L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC¹³⁸ et elle est effectuée en principe, selon la jurisprudence, par la juridiction compétente elle-même, mais peut être déléguée à un-e spécialiste de l'enfance, en particulier en cas de conflit familial aigu et de dissensions entre les parents concernant le sort des enfants. La ligne directrice suivie par le Tribunal fédéral précise que l'audition d'un enfant est possible dès qu'il a six ans révolus,¹³⁹ même si, « en psychologie infantine, on considère que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là ».¹⁴⁰ La raison tient au fait qu'une audition avant cet âge vise – selon la Haute Cour – avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires.¹⁴¹ Ces réflexions amènent le Tribunal fédéral à considérer qu'il ne faut pas interroger les jeunes enfants « sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable ».¹⁴²

L'audition ne doit pas constituer une charge inacceptable pour l'enfant. Tel est le cas d'auditions à répétition, notamment en situation de conflit de loyauté, lorsqu'une nouvelle audition n'est pas susceptible d'apporter de nouvelles conclusions ou lorsque son utilité est minime comparée à la charge imposée à l'enfant.¹⁴³ Cependant, le droit de l'enfant d'être entendu n'est pas soumis à la condition que l'enfant ne se trouve pas dans un conflit de loyauté.¹⁴⁴

Dans son rapport sur les premiers effets de la mise en œuvre du nouveau droit de protection de l'enfant dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich, le Centre suisse

138 ATF 131 III 553 ss.

139 ATF 131 III 553, consid. 1.2.3.; ATF 133 III 553, consid. 3.

140 ATF 131 III 553, consid. 1.2.2; TF, 12.3.2010, 5A_119/2010, consid. 2.3.1 et les références.

141 ATF 131 III 553, consid. 1.1; TF, 28.4.2016, 5A_2/2016, consid. 2.3; TF, 4.2.2014, 5A_754/2013, consid. 3 in fine.

142 ATF 131 III 553, consid. 1.2.2; ATF 133 III 146, consid. 2.6; TF, 3.8.2015, 5A_354/2015, consid. 3.1; TF, 12.3.2010, 5A_119/2010, consid. 2.3.1.

143 ATF 133 III 553, consid. 2.2; TF, 3.2.2015, 5A_411/2014, consid. 2.2.

144 TF, 25.10.2017, 5A_215/2017, consid. 4.5.

de compétence pour les droits humains (CSDH) a relevé des variations entre différentes autorités tant au niveau de la méthode, de la personne effectuant l'audition ainsi que de l'âge des enfants, soulignant le besoin de formation et de systématisation quant à l'audition.¹⁴⁵ Une étude empirique qui date de 2006 montre que le droit d'être entendu de l'enfant n'est pas suffisamment mis en œuvre dans la pratique des tribunaux dans les procédures de divorce.¹⁴⁶

3. *Résumé*

Considérant l'intérêt supérieur de l'enfant, la garde alternée a des avantages si elle est accompagnée d'une coparentalité non ou peu conflictuelle. Si la garde alternée est réussie, l'enfant bénéficie du développement d'une relation individualisée et équilibrée avec ses deux parents. La garde alternée évite le désengagement d'un parent, dans la majorité des cas du père, et offre aussi bien aux mères qu'aux pères la possibilité de rééquilibrer leur vie personnelle après la séparation.

Les chances de réussite de la garde alternée dépendent cependant d'une série de conditions psycho-sociales qu'il n'est pas aisé de rassembler. Elle est déconseillée ou ne correspond pas au bien de l'enfant en situation de forte conflictualité ou de violence entre les parents et ex-partenaires. De plus, la garde alternée est exigeante pour être vécue de manière satisfaisante. Idéalement, il faut qu'elle soit, d'abord, souhaitée par les deux parents, et que ces derniers aient les conditions matérielles pour la mettre en place (logement, finances, etc.). La proximité des domiciles est aussi nécessaire, de manière à ce que les transferts soient le moins contraignants pour l'enfant et qu'il puisse maintenir sa scolarité.¹⁴⁷ Mais, il faut surtout que les parents aient un minimum d'entente, afin qu'ils puissent communiquer et se coordonner pour le bien-être de l'enfant. Ce mode de garde requiert donc que les parents soient en mesure de dépasser les conflits propres à leur relation, puisque la coparentalité unitaire est le seul moyen de garantir le bien-être et l'équilibre psycho-affectif de leur enfant en cas de garde alternée.¹⁴⁸ La jurisprudence du Tribunal fédéral, qui fait dépendre la garde alternée des circonstances concrètes et des capacités des parents, permet en principe de prendre en compte les résultats des études empiriques provenant des sciences sociales.

145 HITZ QUENON/PAULUS/LUCHETTA MYIT, *Le droit de protection de l'enfant, Les premiers effets de la mise en œuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich*, étude du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne 2014.

146 BÜCHLER/SIMONI (n. 99).

147 NEYRAND *Le statut de la résidence alternée dans l'élaboration d'une coparentalité démocratique en France*, in : NEYRAND/POUSSIN/WILPERT (éd.), *Père, mère après séparation : Résidence alternée et coparentalité*, Toulouse 2015 ; POUSSIN (n. 67).

148 NEYRAND (n. 147).

Se contenter d'une perspective interdisciplinaire au moment de la décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant est cependant insuffisant. Les modes alternatifs de résolution de conflit, notamment la médiation, peuvent permettre d'assister les parents dans la construction d'une coparentalité unitaire, pour leur permettre d'envisager la garde partagée comme un mode de garde possible.¹⁴⁹ Cette condition est exigeante puisqu'elle implique que les parents et ex-partenaires se considèrent l'un l'autre comme des partenaires éducatifs légitimes, qu'ils valorisent la continuité des relations éducatives qui les liaient dans le couple d'origine, et qu'ils définissent de manière inclusive leurs environnements familiaux respectifs, n'excluant pas d'emblée l'autre parent.¹⁵⁰

V. Les conditions matérielles et structurelles

1. *Perspective sociologique*

Certaines conditions rendent l'implémentation de la garde alternée plus aisée ou au contraire difficile. En demandant un engagement égalitaire des deux parents dans l'éducation de l'enfant et de sa prise en charge au quotidien, la garde alternée implique une disponibilité des parents peu compatible avec un travail rémunéré à plein temps du parent qui dispose de la capacité de gain supérieur. En même temps, les parents encourent des frais supplémentaires au niveau du logement de l'enfant. Cette section passera en revue quelques conditions-cadre matérielles et structurelles de la garde alternée et soulignera que, pour la Suisse, la réunion de celles-ci dépend étroitement des parcours de vie et trajectoires professionnelles des ex-conjoints et parents.

a) La garde alternée : un mode de garde coûteux

Bien qu'il soit difficile de donner un aperçu statistique général de la garde alternée en Europe, des études plus spécifiques montrent que ce mode de garde est inégalement distribué dans la population, puisqu'il est davantage pratiqué par des parents issus de milieux socio-économiques aisés. La garde alternée requiert, en effet, un investissement conséquent des parents tant au niveau de la disponibilité en temps qu'au niveau financier.¹⁵¹ L'insécurité économique, notamment lorsqu'aucun des pa-

149 Cf. à ce sujet COTTIER/WIDMER/TORNARE/GIRARDIN (n. 2), 44 ss.

150 Sur ce point, voir CASTRÉN/WIDMER, *Insiders and outsiders in stepfamilies: Adults' and children's views on family boundaries*, *Current Sociology* 2015, 35 ss.

151 JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, *Sharing roles, sharing custody? Couples' characteristics and children's living arrangements at separation*, *Journal of Marriage and Family* 2005, 157 ss; BONNET/GARBINTI/SOLAZ, *Les conditions de vie des enfants après le divorce*, Insee Première 2015, 1 ss; CANCIAN/MEYER, *Who gets custody?*, *Demography* 1998, 147 ss.

rents ne travaille à plein temps, est négativement associée à la garde alternée.¹⁵² La garde alternée demande donc, pour être soutenue sur le long terme, une certaine aisance financière. Elle requiert également des parents un mode de fonctionnement familial antécédent particulier. L'égalité et la négociation – pratiques nécessaires à une bonne mise en œuvre de la garde alternée – sont plus présentes dans les couples dont le niveau d'études est élevé.¹⁵³ Une certaine égalité de ressources entre les parents est également nécessaire. Les femmes avec de forts niveaux d'études sont davantage intégrées de manière stable sur le marché du travail. Un niveau d'études élevé facilite, après la séparation ou le divorce, l'acquisition par la femme d'un emploi sécurisé et bien rémunéré.¹⁵⁴ Quant aux pères ayant des niveaux d'études élevés, ils sont plus impliqués dans la vie familiale avant la séparation que les pères issus de milieux populaires. Par ailleurs, les pères des milieux aisés sont davantage perçus par leur partenaire comme ayant les compétences suffisantes pour s'occuper de leurs enfants que dans les milieux populaires, où les soins et l'éducation des enfants sont plutôt perçus comme des tâches exclusivement féminines.¹⁵⁵ Autrement dit, la garde alternée s'inscrit dans les milieux socialement avantagés, dans une continuité des pratiques familiales, et ne représente pas un changement radical, comme dans les milieux populaires¹⁵⁶. Dans les milieux aisés, la garde alternée est perçue tant pour les femmes que pour les hommes comme une bonne manière de concilier la vie professionnelles et familiale, et de préserver aussi un espace de développement aux nouvelles relations de couple¹⁵⁷. De plus, les parents de milieux favorisés, notamment les pères, ont plus de facilités à contrer la norme (garde unique) auprès de l'institution judiciaire, les parents des milieux populaires ayant un rapport plus distant avec l'institution.¹⁵⁸

152 JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, *Journal of Marriage and Family* 2005, 157 ss.

153 JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, *Journal of Marriage and Family* 2005, 157 ss ; CANCIAN/MEYER, *Demography* 1998, 147 ss.

154 JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, *Journal of Marriage and Family* 2005, 157 ss. KELLERHALS/WIDMER/LEVY, *Mesure et démesure du couple : cohésion, crises et résilience dans la vie des couples*, Lausanne 2004.

155 CÔTÉ (n. 96) ; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, *Journal of Marriage and Family* 2005, 157 ss ; LIMET, *De l'idéal de la coparentalité aux modalités pratiques : Quels écueils ?*, *La Revue scientifique de l'AIFI* 2009, 1 ss ; MACCOBY/MNOOKIN, *Dividing the child : Social and legal dilemmas of custody*, Cambridge 1992.

156 JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, *Journal of Marriage and Family* 2005, 157 ss ; LIMET, *La Revue scientifique de l'AIFI* 2009, 1 ss.

157 CÔTÉ (n. 96) ; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, *Journal of Marriage and Family* 2005, 157 ss.

158 BONNET/GARBINTI/SOLAZ, *Insee Première* 2015 ; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, *Journal of Marriage and Family* 2005, 157 ss.

Une autre explication a trait aux coûts financiers de la garde alternée : celle-ci est plus chère pour les parents que la garde unique.¹⁵⁹ Elle implique, en effet, des frais fixes presque doublés : deux logements séparés, deux sets d'ameublements, des frais de transports, de loisirs, des vêtements, des jouets, parfois, du matériel scolaire à double.¹⁶⁰ De fait, la garde alternée reste envisageable seulement si le nombre d'enfants est limité (pas plus de deux enfants) ; sa pratique diminue, ainsi, avec le nombre d'enfants.¹⁶¹ Ensuite, afin de faciliter le quotidien des enfants et des parents, il est préférable que les deux parents vivent à proximité ; l'enfant peut ainsi préserver la continuité dans ses activités quotidiennes (école, amis, etc.). Or, cette condition nécessite que les deux parents puissent habiter à proximité, une possibilité facilitée par des revenus conséquents. Idéalement, l'enfant devrait bénéficier du même espace (sa propre chambre) que celui dont il disposait avant la séparation, et ceci dans les deux logements. Cependant, dans les faits, cela reste souvent difficile, y compris dans les milieux socialement avantagés. Dans la majorité des cas de gardes alternées, l'un des parents garde le logement d'avant la séparation alors que l'autre emménage à proximité dans un appartement plus petit, ce qui ne signifie pas que l'espace à disposition de l'enfant soit drastiquement réduit puisque la taille du ménage est plus petite, sauf en cas de remise en couple.¹⁶² Dans certains pays, cependant, on relève une disparité entre les logements des pères et des mères, celles-ci ayant généralement un logement plus petit, reflétant les inégalités de revenus entre les sexes¹⁶³. La garde alternée implique que les deux parents contribuent financièrement à part relativement égale à la vie de leurs enfants, mais, dans les faits, ce n'est pas toujours le cas, en raison des inégalités de revenus soulignées précédemment.

Quant aux pensions alimentaires, elles sont dans certains pays moins fréquentes en cas de garde alternée qu'en cas de garde unique, malgré les disparités de salaires entre hommes et femmes. En France, par exemple, seules 12 % des mères en garde alternée touchent une pension alimentaire alors qu'elles sont 61 % dans ce cas lorsqu'elles ont la garde exclusive. Quant aux hommes, un pourcent d'entre eux touche une pension alimentaire en garde alternée et 15 % quand ils ont la garde exclusive.¹⁶⁴ Selon les données fiscales françaises, la pension alimentaire reçue par les mères ayant la garde exclusive représente une part importante de leurs revenus, ce qui pourrait expliquer la réticence de certaines femmes en situation financière difficile d'opter pour une garde alternée.¹⁶⁵

159 CÔTÉ (n. 96).

160 CÔTÉ (n. 96) ; LIMET, *La Revue scientifique de l'AIFI* 2009, 1 ss ; NEYRAND (n. 147), 55 ss.

161 JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, *Journal of Marriage and Family* 2005, 157 ss ; BONNET/GARBINTI/SOLAZ, *Insee Première* 2015, 1 ss.

162 BONNET/GARBINTI/SOLAZ, *Insee Première* 2015, 1 ss.

163 BONNET/GARBINTI/SOLAZ, *Insee Première* 2015, 1 ss.

164 BONNET/GARBINTI/SOLAZ, *Insee Première* 2015, 1 ss.

165 BONNET/GARBINTI/SOLAZ, *Insee Première* 2015, 1 ss.

b) Egalité en Suisse ? Parcours de vie et trajectoires professionnelles genrés

La garde alternée est donc plus coûteuse financièrement que la garde unique et exige en principe de la part des deux parents une contribution financière plus ou moins égale. Or, en Suisse, les ressources économiques des femmes et des hommes sont loin d'être égales, en raison de leur parcours de vie genré et leur insertion différenciée sur le marché du travail, une inégalité qui n'a pas été fondamentalement remise en question dans les deux dernières décennies. Aujourd'hui, dans un couple sur deux avec enfant(s) à domicile, le père est actif professionnellement à plein temps et la mère occupe un poste à temps partiel. La proportion des ménages familiaux où le père travaille à plein temps et la mère n'exerce pas d'activité professionnelle s'élève à 26 % environ si l'enfant le plus jeune a moins de 7 ans. À mesure que les enfants grandissent, la part des ménages où la mère n'exerce pas d'activité rémunérée va en diminuant, tandis que la proportion des ménages où la mère travaille à temps partiel s'accroît. La part des couples dans lesquels les deux partenaires travaillent à plein temps est d'environ 11 % seulement. En revanche, la proportion des couples où les deux partenaires travaillent à temps partiel est un modèle nettement moins répandu que les autres (6 %).¹⁶⁶ Plus encore, la priorité donnée au travail familial s'associe chez les femmes à une variété de trajectoires professionnelles alors que les hommes dans leur grande majorité suivent un parcours professionnel relativement linéaire et uniforme, axé sur la carrière.¹⁶⁷ Alors que certaines femmes s'insèrent pleinement sur le marché du travail (parcours « plein-temps »), d'autres ne s'y insèrent que partiellement en réduisant leur temps de travail à l'arrivée des enfants (parcours « temps-partiel »). En cas de divorce ou de séparation, la garde alternée qui requiert en principe une contribution matérielle et financière (appartements, écolage, entretien, loisirs des enfants, etc.) plus ou moins égale des deux parents s'avère, dans la structure inégalitaire du marché de l'emploi en Suisse, relativement difficile à mettre en place, particulièrement par les femmes issues des milieux populaires. Sans l'apport de pensions alimentaires, celles-ci n'ont pas les ressources économiques requises pour subvenir, seules, à leurs besoins et à ceux de leurs enfants, et cela même si elles sont actives professionnellement à plein temps.

166 OFS (Office fédéral de la statistique), Portrait de la Suisse. Résultats tirés des recensements de la population 2010-2014, Neuchâtel 2016 (cité OFS 2016).

167 WIDMER/RITSCHARD, The de-standardization of the life course : Are men and women equal ?, *Advances in Life Course Research* 2009, 28 ss.

2. *Cadre juridique*

a) La garde alternée et la réforme de l'entretien de l'enfant

La réforme du droit de l'entretien de l'enfant, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017,¹⁶⁸ vise à pallier l'inégalité de traitement entre l'enfant de parents divorcés et celui de parents non mariés séparés. Cette inégalité tient à l'existence d'une contribution d'entretien pour le conjoint divorcé qui prend en compte l'ampleur et la durée de la prise en charge de l'enfant (art. 125 al. 2 ch. 6 CC), contribution inexistante sous l'ancien droit pour un parent non marié. L'ex-partenaire non marié prenant en charge l'enfant, ne pouvait donc pas, pour cette raison, réduire son taux d'occupation, voire parfois maintenir un temps de travail partiel dans l'intérêt de l'enfant.¹⁶⁹

L'égalité de traitement de l'enfant indépendamment du statut de ses parents s'exprime par l'introduction d'une nouvelle « contribution de prise en charge ». Comme sous l'ancien droit, la contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant ainsi qu'à la situation et aux ressources des père et mère ; il est également tenu compte de la fortune et des revenus de l'enfant (art. 285 al. 1 CC). Cependant, selon l'ancien droit, seuls les coûts directs de l'enfant étaient pris en compte. Ces coûts représentent les dépenses de consommation qu'un ménage effectue pour ses enfants, par exemple pour l'alimentation, le logement, l'habillement, les primes de caisse-maladie, les frais d'écolage, le coût des activités de loisirs, ainsi que les coûts d'une prise en charge externe de l'enfant (maman de jour, crèche, etc.).¹⁷⁰ Le nouveau droit y ajoute un nouveau critère : les coûts de la prise en charge de l'enfant par ses parents (art. 285 al. 2 CC, cf. également art. 276 al. 2 CC), soit les coûts « indirects ».

Selon le Conseil fédéral, il ne s'agirait pas de privilégier une prise en charge par les parents, par rapport à une prise en charge assurée par des tiers, mais de faire en sorte que cette option puisse être retenue si elle est dans l'intérêt de l'enfant, non seulement après le divorce mais également après une séparation de parents non mariés.¹⁷¹ L'organisation familiale mise en place avant la séparation apparaît déterminante.¹⁷²

Le nouveau critère implique l'évaluation des coûts indirects de l'enfant. Ceux-ci se traduisent soit par une baisse du revenu professionnel, soit par une hausse des heures consacrées au travail domestique et familial non rémunéré occasionné par la présence des enfants.¹⁷³ Pour le calcul de la contribution de prise en charge, le Conseil fédéral recommande de se baser sur les frais de subsistance du parent qui prend en

168 Code civil suisse (Entretien de l'enfant), modification du 20 mars 2015, RO 2015 4299.

169 Rapport explicatif 2012, n. 1.3 ss; Message, FF 2014 511 ss, n. 1.3.1.

170 Cf. Message, FF 2014 511 ss, n. 1.3.1.

171 Message, FF 2014 511 ss, 533, n. 1.5.2.

172 Cf. SPYCHER, Kindesunterhalt: Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen – heute und demnächst, FamPra.ch 2016, 19 ss.

173 Message, FF 2014 511 ss, 522.

charge l'enfant pour lui permettre d'assurer ses propres besoins tout en s'occupant de l'enfant.¹⁷⁴

Se pose plus particulièrement la question de la détermination des contributions d'entretien des deux parents dans le contexte de la garde alternée. En premier lieu, il importe de retenir les changements qu'apporte la réforme concernant le lien entre la réglementation de la garde et l'attribution du rôle du débiteur de la contribution d'entretien pécuniaire. Sous l'ancien droit, la garde de l'enfant déterminait le mode d'entretien : soins et éducation pour le parent gardien et prestations pécuniaires pour le parent non gardien (art. 276 al. 2 CC). Le nouveau droit supprime cette attribution des rôles de créancier et débiteur de l'entretien pécuniaire.¹⁷⁵ Une modification de l'art. 289 al. 1 (in fine) CC permet au juge, dans des cas de garde alternée, de préciser à quel parent le paiement de la contribution pécuniaire doit se faire.¹⁷⁶ La doctrine juridique vient de lancer le débat concernant le calcul de la nouvelle contribution de prise en charge en général, et en situation de garde alternée en particulier,¹⁷⁷ et souligne la difficulté de l'application des méthodes de calculs existantes – qui reposent toutes sur un modèle de répartition des tâches inégalitaire – dans les situations de garde alternée.¹⁷⁸

Le Conseil fédéral souligne que même en cas de garde alternée 50-50 exercée par des parents actifs sur le marché du travail, le fait que l'un d'eux ne parvienne pas à assumer son propre entretien peut amener à la fixation d'une contribution qui permette la prise en charge de l'enfant, conformément à son intérêt et qui sera à la charge de l'autre parent.¹⁷⁹ Se trouve ici le lien avec les politiques familiales : le droit (privé) de la famille assure par le biais de la contribution de prise en charge la responsabilité privée pour la subsistance de tous les membres de la famille séparée, donc non seulement de l'enfant mais aussi – si les moyens le permettent – des ex-partenaires.

En même temps les limites de la répartition des coûts directs et indirects de l'enfant entre les parents deviennent visibles : pour pouvoir fixer une contribution de prise en charge même en cas de garde alternée, qui idéalement est liée à un taux d'activité réduit sur le marché du travail des deux parents, au moins un des parents doit disposer d'un salaire ou d'autres revenus bien au-dessus de la moyenne pour pouvoir

174 Message, FF 2014 511 ss, 535 s.

175 Message, FF 2014 511 ss, n. 2.1.1., 553.

176 Message, FF 2014 511 ss, n. 2.3, 562.

177 Pour des calculs concrets en situation de garde alternée cf. JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER 2017, *Der Betreuungsunterhalt. Das Konzept – die Betreuungskosten – die Unterhaltsberechnung*, FamPra.ch 2017, 163, 170 s., 192 s.; STUODMANN, *Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant en pratique : Ce qui change et ce qui reste*, RMA 2016, 447 s.

178 Cf. SPYCHER, FamPra.ch 2016, 1 ss.

179 Message, FF 2014 511 ss, n. 2.1.3, 557; Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat CAJ-CN 15.3003 (n. 1), 18 ss.

verser une contribution d'entretien qui englobe non seulement une contribution aux coûts directs de l'enfant mais aussi aux frais de subsistance de son ex-partenaire. Dans cette situation, la question du maintien du niveau de vie se pose :¹⁸⁰ si, le parent qui avait une activité rémunérée à plein temps avant la séparation réduit son temps de travail pour pouvoir participer à la prise en charge de l'enfant, l'autre parent n'arrivera souvent pas à compenser la perte de revenu par une augmentation de son propre temps de travail, ce qui s'explique par les parcours de vie et trajectoires professionnelles genrés que nous avons décrits plus haut.¹⁸¹ Par conséquent, le niveau de vie de la famille séparée diminuera. Dans des situations financières initialement peu favorables, un déficit risque d'apparaître ou d'augmenter, créant un conflit entre l'objectif de faciliter le partage égalitaire de la prise en charge de l'enfant par l'admission de revenus inférieurs du parent débiteur, en règle générale du père, et l'objectif d'éviter une dette d'aide sociale trop grande du parent créancier, en règle générale de la mère.¹⁸² La comparaison internationale a démontré que ce risque de précarisation des femmes dans la situation de garde alternée s'est déjà réalisé dans d'autres pays.¹⁸³

Finalement, la question de la répartition de l'entretien en nature, donc des frais assumés directement par chaque parent, peut être la cause de conflits. Tout comme l'élaboration d'un calendrier conventionnel ou fixé par l'autorité pour déterminer la répartition temporelle de la prise en charge (*Betreuungsanteile*),¹⁸⁴ la fixation de ces frais peut également être envisagée. Permettre à un parent de payer directement une facture sans devoir remettre à l'autre le montant correspondant peut jouer un rôle d'apaisement dans les enjeux de pouvoir entre parents. En ce sens, la convention d'entretien (cf. art. 287a CC) devrait comprendre l'indication de la répartition des principaux frais. A l'étranger, l'importance d'accords complets et clairs entre parents est également à l'origine du développement d'applications privées en ligne, proposées aux parents en garde alternée/partagée pour gérer les frais des enfants, en toute transparence.¹⁸⁵

180 Selon la jurisprudence, les enfants ont le droit de recevoir une éducation et de bénéficier d'un niveau de vie qui correspond à la situation des parents ; leurs besoins doivent également être calculés de manière plus large lorsque les parents bénéficient d'un niveau de vie plus élevé (ATF 120 II 285, consid. 3a/cc. ; arrêts TF, 30.8.2012, 5A_100/2012., consid. 6.1, TF, 21.11.2011, 5A_234/2011, consid. 4.4.1 et TF, 20.08.2010, 5A_220/2010, consid. 2.1).

181 Ci-dessus, sous-chapitre « b) Egalité en Suisse ? Parcours de vie et trajectoires professionnelles genrés ».

182 Cf. aussi GEISER, *Die Neuregelung des Familienunterhalts im Lichte der Neuregelung der elterlichen Sorge*, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer, Berne 2013, 187, 200 ss.

183 Ci-dessus sous-chapitre « 2.a) La garde alternée : un mode de garde coûteux ».

184 Cf. Message, FF 2014 511 ss, n. 2.1.1., 553.

185 Cf. par exemple les sites comme kidganizer.fr (application pour iphone), www.easy2family.com ou encore www.family-facility.com.

b) Le droit relatif aux prestations sociales et le droit fiscal

Une analyse de la réglementation des prestations sociales et du droit fiscal et de leur impact sur les conditions matérielles et structurelles qui facilitent ou non la réalisation de la garde alternée aurait dépassé le cadre de l'étude interdisciplinaire. Elle contient seulement quelques exemples de traitement des situations de garde alternée qui démontrent la pluralité de principes applicables dans différents contextes juridiques : allocations familiales, allocations de logement, impôts.¹⁸⁶

Pour l'octroi d'*allocations familiales*, le principe est que chaque enfant donne droit à une seule allocation. L'art. 7 LA Fam¹⁸⁷ prévoit un ordre de priorité des ayants-droits parmi les personnes qui peuvent prétendre au versement des allocations. En cas d'autorité parentale conjointe dans la séparation ou le divorce, entre parents salariés, les allocations sont versées à la personne qui s'occupe prioritairement de l'enfant (art. 7 al. 1 let. c LA Fam). En cas de partage équivalent de la prise en charge, le partage de l'allocation n'est pas prévu. L'ayant droit sera le parent ayant le revenu le plus élevé (art. 7 al. 1 let. e LA Fam), eu égard au fait que son employeur a contribué davantage au financement des allocations familiales.

Dans les situations où les revenus des deux parents ne suffisent pas à assurer deux logements assez grands pour héberger leurs enfants, les parents séparés dépendront des *allocations de logement*, qui sont du ressort des cantons. On peut citer le cas de Genève qui dans sa législation prend en considération la garde alternée. Selon l'art 31C al. 1 let. g de la Loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL),¹⁸⁸ la conclusion d'un bail en sous-occupation lors de garde partagée d'enfants mineurs, pour autant que le taux de garde attribué et effectif soit d'au moins 40 %, est admise, la sous-occupation étant définie par la même loi à l'art. 31C al. 1 let. e comme situation dans laquelle le nombre de pièces du logement dépasse de plus de deux unités le nombre de personnes occupant le logement.¹⁸⁹

Pour le *droit fiscal*, le Tribunal fédéral précise que dans le cas où les époux divorcés ont l'autorité parentale conjointe, la garde alternée équivalente, où aucune contribution d'entretien n'est versée et où 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. Par conséquent, le barème réduit doit lui être accordé pour l'impôt fédéral direct et les impôts cantonal et communal sur le revenu. La solution prévue par l'Administration fédérale des contributions consistant à accorder ce barème au parent

186 Pour le calcul de l'aide sociale en cas de garde alternée cf. ZIÖRJEN, Das Kind lebt zur Hälfte beim Vater: Wie wird die Sozialhilfe berechnet?, ZESO 2/2014, 10 ss.

187 Loi sur les allocations familiales (RS 836.2).

188 Loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL) du 4 décembre 1977, GE I 4 0.5.

189 Cf. pour les détails la Pratique administrative de l'office du logement PA/L/030.02, consulté le 4.3.2017: https://www.ge.ch/logement/pdf/PA_L_030_02.pdf.

qui a le revenu le plus élevé viole, dans une telle constellation, le principe de la capacité économique verticale.¹⁹⁰

Ces exemples illustrent la nécessité de coordonner les différents critères applicables en droit social et fiscal pour ne pas créer d'obstacles structurels supplémentaires pour la mise en œuvre d'un modèle de garde alternée dans les situations où les conditions relationnelles sont propices à son instauration. Il s'agit aussi d'éviter la précarisation du parent qui a une capacité de gain inférieure et la dégradation de son niveau de vie comparé à celui dont il bénéficiait lors de son union caractérisée par une répartition des tâches « traditionnelle ». Pour pouvoir identifier de tels obstacles et les risques de précarisation, il serait nécessaire et souhaitable de procéder à des analyses économiques approfondies.

VI. Conclusion

L'étude interdisciplinaire ici résumée¹⁹¹ a visé à fournir des connaissances plus systématiques sur les problèmes juridiques et pratiques posés par la garde alternée des enfants en cas de divorce ou de séparation des parents. On peut en tirer les conclusions suivantes :

Nous pouvons constater aujourd'hui en Suisse, tout comme dans d'autres pays occidentaux, l'existence d'une pluralité de normes et attentes sociales autour de la famille. D'une part, l'idéal de l'égalité entre femmes et hommes est devenu une orientation dominante et se manifeste par l'intégration croissante des mères sur le marché du travail et l'importance accrue du rôle des pères dans la famille. Cependant, les modes inégalitaires de répartition du travail rémunéré et du travail familial persistent. Cette ambivalence structurelle se reflète dans la façon dont les parents séparés ou divorcés organisent la prise en charge de leur(s) enfant(s) : tandis que l'on observe une importance croissante de la garde alternée et donc d'un mode d'organisation égalitaire dans les discours et revendications, la grande majorité des ex-partenaires conviennent toujours d'une résidence principale de l'enfant chez la mère, ce qui correspond, dans la plupart des cas, à la répartition des tâches présente avant la séparation.

Malgré la prégnance des modèles traditionnels, plusieurs pays occidentaux ont choisi de poser la garde alternée comme mode prioritaire de prise en charge des enfants post-séparation/divorce. Ces expériences démontrent que la promotion d'un modèle égalitaire et les débats de société qui l'entourent peuvent contribuer au développement de pratiques familiales davantage égalitaires, mais que face à la multitude de modes de fonctionnement ainsi qu'à la dynamique spécifique au conflit post-séparation/divorce, elle crée aussi des tensions, des conflits et de l'ambivalence qu'il

190 ATF 141 II 338, consid. 3 à 7.

191 Cf. n. 2.

n'est pas aisé de résoudre dans la pratique. La garde alternée reste par conséquent un mode d'organisation post-séparation/divorce minoritaire dans ces pays également, réservé en premier lieu à des parents jouissant de ressources financières et sociales importantes.

La Suisse a, à ce jour, opté pour une conception libérale dans ses politiques familiales et sociales, qui n'impose pas un modèle spécifique de prise en charge de l'enfant par les parents. Le Parlement fédéral a néanmoins souhaité encourager la garde alternée en introduisant de nouvelles dispositions qui demandent au juge ou à l'autorité de protection de l'enfant d'examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande (art. 298 al. 2^{ter} CC et art. 298b al. 2^{ter} CC). En même temps, les conditions-cadre de la prise en charge de l'enfant avant ou après la séparation/divorce en Suisse ne sont pas propices au partage égalitaire. Notamment 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 sociales.

Au vu de ces constats, nous pouvons répondre de la manière suivante aux questions exposées en introduction de cette contribution :

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 ou le 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 exacerbe les tensions entre les parents car elle génère des interdépendances fonctionnelles entre eux, liées aux alternances répétées et à la nécessité d'un travail de coordination important. 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.

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. A 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 des 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.

Résumé : *La contribution présente des résultats choisis d'une étude interdisciplinaire à l'intersection entre droit et sociologie au sujet de la garde alternée. Les questions auxquelles l'étude entend répondre sont les suivantes : 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? Le point de départ pour répondre à ces questions est le concept de la « garde » selon le droit suisse. (II.). L'étude examine ensuite les modèles présents dans quelques pays étrangers ayant légiféré sur la garde alternée (III.). Elle définit la notion juridique de l'intérêt supérieur de l'enfant et la confronte à différents résultats d'études empiriques sur les effets des modalités d'organisation des relations familiales après la séparation sur le bien-être de l'enfant (IV.) Finalement, l'analyse se centre sur les contraintes économiques pesant sur la mise en place de la garde alternée par les familles, émanant indirectement de l'organisation du travail rémunéré et du travail familial, ainsi que de la politique familiale en Suisse (V.). Pour conclure, l'étude répond aux questions exposées ci-dessus et recommande de ne pas s'orienter vers un nouveau modèle normatif unique, promouvant par exemple, et dans tous les cas, une stricte égalité entre les ex-partenaires (et parents) en matière de prise en charge de l'enfant (VI.).

Zusammenfassung: Der Beitrag präsentiert ausgewählte Ergebnisse einer interdisziplinären Studie an der Schnittstelle von Recht und Soziologie zur alternierenden Obhut. Die Fragen, welche die Studie beantworten möchte, sind: 1. Unter welchen Umständen sollte eine alternierende Obhut als beste Lösung für das Kind in Betracht gezogen werden? 2. Welche psychosozialen Bedingungen müssen erfüllt sein, damit diese Form der Obhut im Alltag funktioniert? 3. Kann der Staat diese Form der gemeinsamen Elternschaft fördern und, gegebenenfalls, wie? Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Fragen ist der Begriff «Obhut» nach schweizerischem Recht (II.). Die Studie untersucht anschliessend einige Modelle in anderen Ländern, die die alternierende Obhut gesetzlich geregelt haben (III.). Sie definiert den Rechtsbegriff des Kindeswohls und vergleicht ihn mit verschiedenen empirischen Forschungsergebnissen zu den Auswirkungen von Familienbeziehungen nach der Trennung auf das Kindeswohl (IV.). Schliesslich konzentriert sich die Analyse auf die ökonomischen Zwänge bei der Einführung der alternierenden Obhut durch Familien, die sich indirekt aus der Organisation von bezahlter Arbeit und Familienarbeit sowie aus der Familienpolitik in der Schweiz ergeben (V.). Abschliessend beantwortet die Studie die oben genannten Fragen und empfiehlt, sich nicht auf ein einziges neues normatives Modell zu versteifen, das beispielsweise in allen Fällen eine strikte Gleichheit der ehemaligen Partner (und Eltern) in Bezug auf die Kinderbetreuung fördern will (VI.).