



21.449

Initiative parlementaire
« Favoriser la garde alternée en cas d'autorité parentale
conjointe »

Rapport explicatif de la Commission des affaires juridiques
du Conseil national

du 23 mai 2025

Condensé

L'avant-projet met en œuvre l'initiative parlementaire 21.449 « Favoriser la garde alternée en cas d'autorité parentale conjointe » visant à promouvoir un aménagement plus égalitaire de la prise en charge des enfants après une séparation ou un divorce des parents. La commission soumet deux variantes de mise en œuvre à discussion.

Contexte

Depuis le 1^{er} janvier 2017, deux dispositions du code civil (CC) (art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{er} CC) obligent l'autorité compétente (juge ou autorité de protection de l'enfant) à examiner, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, si la garde alternée est la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant dans le cas d'espèce « si le père, la mère ou l'enfant la demande ». Sans imposer un modèle spécifique de prise en charge, le législateur avait ainsi souhaité encourager une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge au quotidien de l'enfant après la séparation ou le divorce.

Le Tribunal fédéral a entretemps défini dans sa jurisprudence les critères pour la mise en place de la garde alternée dans les cas litigieux et précisé que l'opposition de l'un des parents ne saurait empêcher à elle seule l'instauration d'une garde alternée. La commission estime cependant que dans la pratique de certains tribunaux de première et de deuxième instance, la garde alternée continue d'être prononcée seulement lorsque les deux parents sont d'accord. Un renforcement de la garde alternée au niveau législatif s'avère donc nécessaire.

Contenu du projet

L'avant-projet vise à promouvoir une prise en charge de l'enfant le plus égalitaire possible, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement et les parents n'ont pas réussi à se mettre d'accord sur la modalité de prise en charge de l'enfant au quotidien. A cette fin, la commission soumet deux variantes de mise en œuvre de l'initiative parlementaire à discussion :

- la variante 1 prévoit que l'autorité compétente examine la possibilité de la garde alternée, si un des parents ou l'enfant la demande, et privilégie cette solution, pour autant qu'elle corresponde le mieux au bien de l'enfant. La jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle le seul refus de l'un des parents ne saurait faire obstacle à la mise en place d'une garde alternée, serait également expressément inscrite dans la loi.
- la variante 2 propose d'ancrer dans la loi l'obligation pour l'autorité compétente d'examiner la possibilité d'une prise en charge égalitaire de l'enfant – indépendamment d'une demande en ce sens – lorsque les parents, exerçant conjointement l'autorité parentale, ne s'accordent pas sur ce point. L'autorité

va toutefois s'écarter de cette répartition de la prise en charge, si cela correspond le mieux au bien de l'enfant.

Table des matières

Condensé	2
1 Genèse du projet	6
1.1 Initiative parlementaire 21.449	6
1.2 Travaux de la commission	6
2 Situation initiale	7
2.1 Révision des règles sur la responsabilité parentale en 2014 et 2017	7
2.2 Jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 2017	7
2.3 Autres interventions parlementaires sur la garde des enfants après une séparation ou un divorce	8
2.3.1 Postulat 21.4141 Silberschmidt	8
2.3.2 Motion 22.4000 Romano	9
3 Droit comparé	10
3.1 Droit international	10
3.1.1 Instruments de l'ONU	10
3.1.2 Instruments du Conseil de l'Europe	11
3.2 Situation juridique et discussions en cours dans d'autres pays	12
3.2.1 Australie	12
3.2.2 France	12
3.2.3 Belgique	13
3.2.4 Allemagne	14
3.2.5 Appréciation	14
4 Garde alternée selon le droit en vigueur	15
4.1 Examen de la possibilité d'une garde alternée selon le bien de l'enfant	15
4.2 Critères à examiner selon la jurisprudence	16
5 Présentation de l'avant-projet	18
5.1 Considérations introductives	18
5.2 Variante 1 : Mise en œuvre fondée sur le texte de l'initiative parlementaire	19
5.3 Variante 2 : Examen de la prise en charge de l'enfant à parts égales, en cas de désaccord entre les parents	20
5.4 Autres solutions examinées et écartées	21
5.4.1 Prise en charge à parts égales « pour tous »	21
5.4.2 Garde alternée (à parts égales) ou garde exclusive	21

5.5	Droit transitoire	22
6	Commentaires des articles	22
6.1	Variante 1 (garde alternée)	22
6.2	Variante 2 (prise en charge de l'enfant à parts égales)	23
6.3	Dispositions finales	24
7	Conséquences	24

Rapport explicatif

1 Genèse du projet

1.1 Initiative parlementaire 21.449

Le 5 mai 2021, le conseiller national Sidney Kamerzin a déposé l’initiative parlementaire 21.449 « Favoriser la garde alternée en cas d’autorité parentale conjointe ». Celle-ci vise la modification des art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, du code civil (CC)¹:

Art. 298 al. 2^{ter}

« Lorsque l’autorité parentale est exercée conjointement, le juge examine et favorise, selon le bien de l’enfant, la possibilité de la garde alternée, si l’un des parents ou l’enfant le demande. Le refus de l’un des parents ne saurait faire obstacle à la mise en place d’une garde alternée lorsque le bien-être de l’enfant le commande et que les circonstances le permettent ».

Art. 298b al. 3^{ter}

« Lorsque l’autorité parentale est exercée conjointement, l’autorité de protection de l’enfant examine et favorise, selon le bien de l’enfant, la possibilité de la garde alternée, si l’un des parents ou l’enfant le demande. Le refus de l’un des parents ne saurait faire obstacle à la mise en place d’une garde alternée lorsque le bien-être de l’enfant le commande et que les circonstances le permettent ».

Le 20 mai 2022, la Commission des affaires juridiques du Conseil National (ci-après la commission) a décidé, par 22 voix contre 0 et 1 abstention, de donner suite à l’initiative conformément à l’art. 109, al. 2, de la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)². La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (CAJ-E) s’est ralliée à cette décision le 13 octobre 2022 par 10 voix contre 0 et 1 abstention (art. 109, al. 3, LParl).

1.2 Travaux de la commission

Le 26 octobre 2023, la commission a discuté de la mise en œuvre de l’initiative parlementaire sur la base d’un document de travail élaboré par l’administration. Elle a décidé, par 13 voix contre 12 et 0 abstentions, de poursuivre ses travaux sans attendre le rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 21.4141 Silberschmidt (v. ch. 2.3.1) ni la décision du Conseil des Etats sur la motion 22.4000 Romano (v. ch. 2.3.2). Elle a par voie de conséquence chargé l’administration de formuler des propositions concrètes pour la mise en œuvre de l’initiative parlementaire.

¹ RS 210

² Loi du 13 décembre 2002 sur l’Assemblée fédérale, RS 171.10

Lors de sa séance du 20 juin 2024, après avoir pris connaissance du rapport du Conseil fédéral précité, la commission a confirmé, par 16 voix contre 7 et 2 abstentions, sa volonté de poursuivre ses travaux. Parmi les solutions proposées par l'administration pour la mise en œuvre de l'initiative parlementaire, il a été décidé, par 18 voix contre 4 et 3 abstentions, qu'un avant-projet comprenant deux variantes serait présenté, à savoir une mise en œuvre selon le texte de l'initiative parlementaire proposée (v. ch. 5.2) et une solution se rapprochant plus de la réglementation demandée par la motion 22.4000 Romano (v. ch. 5.3).

Le 14 février 2025, la commission a pris connaissance des variantes formulées par l'administration. Elle est entrée en matière sans opposition sur l'avant-projet et a commencé la discussion par article. Cette discussion s'est poursuivie lors de la séance du 23 mai 2025. La commission a également décidé sans opposition d'ouvrir une consultation sur les deux variantes.

La commission a été secondée dans ses travaux par le Département fédéral de justice et police, conformément à l'art. 112, al. 1, LParl.

2 Situation initiale

2.1 Révision des règles sur la responsabilité parentale en 2014 et 2017

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

2.2 Jurisprudence du Tribunal fédéral depuis 2017

Dans sa jurisprudence depuis 2017, le Tribunal fédéral a défini les critères pour la mise en place de la garde alternée dans les cas litigieux (v. ch. 4.2), en soulignant la volonté législative de promouvoir la coparentalité sous la forme de la garde alternée après une séparation ou un divorce³. Le Tribunal fédéral a en particulier précisé qu'« on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus

³ ATF 142 III 617 c. 3.2.3 (en français) et 612 c. 4.2 ainsi que 4.3 (en allemand)

d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre eux portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui pourrait apparaître contraire à son intérêt »⁴.

2.3 Autres interventions parlementaires sur la garde des enfants après une séparation ou un divorce

D'aucuns estiment cependant que la volonté du législateur et la jurisprudence du Tribunal fédéral ne seraient pas mises en œuvre par les tribunaux de première et de deuxième instance. Ces derniers ne prononceraient la garde alternée que lorsque les deux parents sont d'accord, d'où le dépôt de l'initiative parlementaire à l'origine de cet avant-projet ainsi que d'autres interventions parlementaires, dont celles énumérées ci-dessuite.

2.3.1 Postulat 21.4141 Silberschmidt

Le 29 septembre 2021, le conseiller national Andri Silberschmidt a déposé le postulat « Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde et le droit de visite » que le Conseil national a adopté le 17 décembre 2021⁵. Le postulat ciblait en particulier la question de la garde alternée et visait à obtenir une vue globale de la pratique des tribunaux de première et de deuxième instance en la matière.

Pour y donner suite, deux études interdisciplinaires ont été commandées dans un premier temps. De ces deux études, il est ressorti que la plupart des parents trouvent un accord sur la garde de leurs enfants après leur séparation ou leur divorce. Le fait qu'ils choisissent assez rarement la garde alternée a davantage à voir avec les circonstances réelles (distance entre les domiciles des parents, obligations professionnelles ou situation financière) qu'avec les conflits qui les opposent. La plupart des juges s'efforcent en outre de trouver des solutions individuelles avec les parents en conflit et veillent à ce que les deux parents restent aussi présents que possible dans le quotidien de leurs enfants. Dans ces circonstances, dans son rapport du 24 avril 2024 (ci-dessuite : Rapport Garde alternée 2024), le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion qu'une modification des dispositions sur la garde n'est pas nécessaire⁶.

⁴ ATF 142 III 617 c. 3.2.3

⁵ Le texte de ce postulat peut être consulté à l'adresse suivante : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Numéro d'objet.

⁶ Le rapport du Conseil fédéral « Garde alternée : Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien » du 24 avril 2024 et les deux études interdisciplinaires peuvent être consultés à l'adresse suivante : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Entretien de l'enfant > Garde alternée.

Pour favoriser la responsabilité parentale commune après une séparation ou un divorce, le Conseil fédéral a estimé qu'il faudrait plutôt procéder à des améliorations dans le domaine de la procédure en droit de la famille⁷ et a annoncé que cette thématique fera l'objet d'un rapport en cours d'élaboration pour donner suite à plusieurs postulats portant sur la juridiction et la procédure en droit de la famille⁸. L'enjeu est notamment de mieux soutenir les parents en conflit dans l'organisation de leur coparentalité après une séparation ou un divorce.

De plus, le besoin est également apparu de se pencher sur la terminologie en matière de garde, qui actuellement prévoit seulement la possibilité d'une « garde alternée » ou d'une « garde exclusive avec droit de visite »⁹. Cette terminologie, voire la proposition de renoncer à cette catégorisation au profit – par exemple – de la notion unique de « responsabilité de prise en charge », mériterait en effet d'être examinée en vue d'une possible amélioration, afin que le plus grand nombre possible de parents se reconnaissent dans leur rôle de prise en charge. D'après le Rapport Garde alternée 2024, ces questions seront traitées dans le cadre des travaux induits par un autre postulat¹⁰.

2.3.2 Motion 22.4000 Romano

La motion 22.4000 Romano « Parents séparés ou divorcés. La garde alternée doit devenir la règle, dans l'intérêt de l'enfant »¹¹ demande la modification du code civil « de sorte que la garde alternée [à parts égales] devienne la règle, comme l'autorité parentale conjointe, afin que l'enfant puisse bénéficier par principe des soins et de l'éducation dispensés par ses deux parents ». Une dérogation à cette règle ne serait possible que dans des situations particulières et pour des raisons « objectives »¹².

Dans son avis du 16 novembre 2022, le Conseil fédéral a proposé le rejet de cette motion car il est convaincu qu'il faut privilégier la recherche de solutions individuelles

⁷ Rapport Garde alternée 2024, p. 30s.

⁸ Postulat 19.3503 Müller-Altermatt « Moins de conflits en lien avec l'autorité parentale. Mesures en faveur de l'enfant, de la mère et du père », postulat 19.3478 Schwander « Prendre la situation des enfants au sérieux » et postulat CAJ-N 22.3380 « Pour un tribunal de la famille ». Voir également postulat 23.3047 Feri « Rôle des autorités de protection de l'enfant dans l'élaboration de conventions d'entretien et d'accords entre parents ». Ces interventions parlementaires peuvent être consultées à l'adresse suivante : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Numéro d'objet.

⁹ Rapport Garde alternée 2024, p. 28s.

¹⁰ Postulat 23.4328 CAJ-N « Analyse de la contribution d'entretien ». Le texte de ce postulat peut être consulté à l'adresse suivante : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Numéro d'objet.

¹¹ Le texte de cette motion peut être consulté à l'adresse suivante : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Numéro d'objet.

¹² Voir BO 2013 N 1928s. (CN Romano): «In caso di divorzio, il diritto del figlio ad intrattenere equa relazioni con entrambi i genitori passa quindi dalla custodia alternata, come principio e regola generale, alla quale derogare solo in situazioni particolari e oggettive.»

qui permettent à l'enfant de maintenir la relation avec les deux parents et correspondent le mieux à son bien, plutôt que d'imposer la garde alternée à parts égales à toutes les familles¹³. Le 25 septembre 2023, le Conseil national a adopté cette motion par 112 voix contre 42 et 22 abstentions. Le 8 janvier 2024, la CAJ-E a décidé de suspendre ses travaux, souhaitant d'abord attendre le rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat 21.4141 Silberschmidt. Au vu du rapport y relatif du 24 avril 2024 et des travaux en cours pour donner suite à l'initiative parlementaire 21.449 Kamberzin, la CAJ-E a proposé le 29 octobre 2024, sans opposition, le rejet de cette motion¹⁴. Le Conseil des Etats a rejeté la motion le 18 décembre 2024 également sans opposition¹⁵.

3 Droit comparé

3.1 Droit international

3.1.1 Instruments de l'ONU

L'art. 3, par. 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (CDE)¹⁶, en vigueur en Suisse depuis le 26 mars 1997, consacre le principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant (bien de l'enfant) est la considération primordiale qui doit prévaloir dans toutes les décisions qui le concernent. S'agissant en particulier de la réglementation de la relation parent-enfant consécutive à une séparation, l'art. 9, al. 3, CDE prévoit que les Etats parties se doivent également de respecter le droit de l'enfant séparé de ses deux parents ou de l'un d'eux d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec eux deux, sauf si cela s'avère contraire à son intérêt supérieur. De plus, l'art. 7, al. 1, CDE consacre le droit pour l'enfant d'être élevé par ses deux parents dans la mesure du possible, impliquant une prise en charge plus active du parent absent à la vie de l'enfant que le simple fait de verser une somme d'argent pour subvenir à ses besoins¹⁷. Il en va ainsi également de l'art. 18 CDE qui consacre le principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement¹⁸.

¹³ Voir Rapport du Conseil fédéral « Garde alternée » du 8 décembre 2017 (ci de suite : Rapport Garde alternée 2017). Ce rapport, ainsi que l'étude interdisciplinaire de l'Université de Genève sur laquelle il est fondé, peuvent être consultés à l'adresse suivante : www.ofj.admin.ch > Société > Projets législatifs en cours > Entretien de l'enfant > Garde alternée.

¹⁴ Voir Communiqué de presse de la CAJ-E du 30 octobre 2024 qui peut être consulté à l'adresse suivante : www.parlement.ch > Services > Actualités > Numéro d'objet.

¹⁵ BO 2024 E 1348

¹⁶ RS 0.107

¹⁷ Implementation Handbook for the Convention on the rights of the Child, Unicef, (ci-après Handbook), p. 108. Cet ouvrage peut être consulté à l'adresse suivante : www.unicef.org > Research and reports.

¹⁸ Handbook, p. 130.

Ainsi, bien que soulignant l'importance pour ce dernier de pouvoir bénéficier d'une relation propre à favoriser un contact régulier et direct avec chacun de ses parents, tant la CDE que les observations générales du Comité des droits de l'enfant de l'ONU émises en lien avec celle-ci ne prévoient pas que la garde alternée doive être imposée comme principe ou comme régime de garde prioritaire, le bien de l'enfant étant le critère primordial pour toute décision le concernant.

3.1.2 Instruments du Conseil de l'Europe

Dans le cadre du droit pour toute personne au respect de sa vie privée et familiale résultant de l'art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme [CEDH])¹⁹, les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) sur la question spécifique de l'attribution de la garde restent plutôt rares²⁰. Cela étant, l'approche favorable à l'instauration d'un régime de « garde alternée » est plutôt soutenue par la Cour, l'attribution d'une garde exclusive étant plutôt prononcée lorsque le constat est émis que ce premier régime de garde est exclu compte tenu du bien de l'enfant²¹. De même, la Résolution 2079 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 2 octobre 2015 intitulée « Égalité et coresponsabilité parentale : le rôle des pères » a émis une série de recommandations aux États-membres, dont la recommandation no 5.5 qui, bien que non contraignante, les invite à introduire dans leur législation, le principe de la résidence alternée des enfants après une séparation (sauf en cas d'abus, de négligence ou de violence domestique), tout en aménageant le temps de résidence en fonction des besoins et de l'intérêt des enfants. Cette recommandation doit être comprise comme exhortant les États-membre à faire en sorte que la mise en œuvre de la résidence alternée soit systématiquement examinée, l'intérêt et l'opinion de l'enfant, comme la situation particulière du cas d'espèce, devant néanmoins être préservés²².

Ainsi, en dépit du fait que la Cour EDH soutient les États-membre dans le prononcé d'une garde alternée, respectivement que la recommandation 5.5 encourage ces derniers à un examen systématique de la résidence alternée, les instruments du Conseil de l'Europe ne visent pas, à l'instar de ceux de l'ONU, à ériger ce système de prise en charge au rang de principe ou comme modèle de garde prioritaire.

¹⁹ RS 0.101

²⁰ Voir A. Leonov c. Russie (requête no 77180/11, ch. 65s, 71 et 73) du 10 avril 2018. Voir en ce sens aussi : A. Diamante et Pelliccioni c. Saint-Marin (requête no 32250/08, ch. 183 et 184), arrêts qui peuvent être consultés à l'adresse suivante : <https://hudoc.echr.coe.int> > Recherche.

²¹ LEUBA AUDREY/MEIER PHILIPPE/PAPAUX VAN DELDEN MARIE-LAURE, Droit du divorce, 2021, Stämpfli, p. 590 et les références citées.

²² Voir Rapport garde alternée 2017, p. 15s.

3.2 Situation juridique et discussions en cours dans d'autres pays

3.2.1 Australie

Souvent citée à titre d'exemple en ce qui concerne sa législation en matière de droit de la famille et de procédure, l'Australie a procédé en 2006 à la réforme législative intitulée « Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility Act) »²³ dans le but d'encourager le régime de la « garde alternée » et faire en sorte que l'enfant passe autant de temps chez l'un que chez l'autre. Cela étant, il n'a pas pu être démontré que cette réforme a effectivement mené à une augmentation de la garde alternée et une évaluation de cette loi a révélé ses faiblesses dont notamment le fait que vouloir privilégier le maintien d'un contact significatif avec les deux parents pouvait parfois se montrer néfaste pour la sécurité de l'enfant²⁴. C'est notamment en considération de ces craintes que l'Australie a récemment réformé une nouvelle fois sa législation en matière d'autorité parentale et de garde. Depuis le 6 mai 2024, l'autorité parentale conjointe (*equal shared parental responsibility*) n'est plus la règle et le juge décide au cas par cas de l'attribution de l'autorité parentale ainsi que de la prise en charge de l'enfant au quotidien (*'Live with' and 'spend time with'*), ceci à l'aune du bien de l'enfant (*best interests of the child*)²⁵.

3.2.2 France

En France, l'art. 9, al. 3, CDE, a été repris, dans la loi no 2002 -305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale et figure désormais à l'article 373-2-9 du code civil français²⁶. Cette même loi a introduit également la notion de « résidence alternée » d'un enfant au domicile de chacun des parents²⁷ sans imposer de stricte parité dans le partage du temps parental. En dépit de la volonté initiale du législateur de donner la priorité à cette formule de prise en charge²⁸ et de son augmentation depuis son instauration, les études menées à ce titre mettent toutefois en évidence que tant l'âge de l'enfant que la position sociale de ses parents (classe moyenne ou supérieure) peuvent

²³ Le texte légal en question, en particulier l'art. 65 DAA, peut être consulté à l'adresse suivante : <https://www.legislation.gov.au> > Home > Acts > In force.

²⁴ COTTIER MICHELLE/WIDMER ERIC et al. La garde alternée, in : FamPra.ch 2018, p. 302 et les références citées.

²⁵ Voir à ce sujet : <https://www.gotocourt.com.au> > Family > Children > What is 'Equal Shared Parental Responsibility' in Australia? (consulté le 13.11.2024).

²⁶ Voir à ce sujet www.legifrance.gouv.fr > Droit national en vigueur > Code civil.

²⁷ Voir à ce sujet « Responsabilité parentale des enfants et droit de visite – France ». Cet article peut être consulté sur le portail e-Justice européen <https://e-justice.europa.eu> > Droit de la famille et droits de succession > Responsabilité parentale – Garde des enfants et droit de visite > France.

²⁸ Voir à ce sujet www.justice-familiale.fr > Résidence alternée > Jurisprudences.

être des critères qui influent de manière conséquente les décisions des autorités s’agissant de l’instauration de ce régime de prise en charge²⁹. Un projet de réforme a malgré tout vu le jour avec une proposition de loi visant à faire de ce régime de prise en charge le modèle prioritaire³⁰. En décembre 2023, le Sénat français a toutefois décidé de ne pas systématiser ce mode de garde et de conserver le droit en vigueur, qui fixe comme priorité la recherche de solutions individuelles pour l’enfant³¹.

3.2.3 Belgique

En Belgique, dans une loi du 18 juillet 2006³², l’hébergement égalitaire de l’enfant dont les parents sont séparés a voulu être privilégié et l’article 374 du code civil belge (ci-après CCB) a été complété en ce sens³³, sans pour autant élever ce régime de prise en charge au rang de principe. Autrement dit, à défaut d’accord sur cette question entre les parents, le juge examine prioritairement cette possibilité. Lorsque les circonstances l’exigent, il peut exceptionnellement décider d’une autre forme d’hébergement mais sa décision doit être motivée de manière circonstanciée³⁴. Plusieurs études empiriques ont été menées sur l’efficacité de ce régime de prise en charge et ont révélé ses faiblesses. Une proposition de loi du 21 octobre 2014 visant à supprimer l’assertion « prioritairement » de l’art. 374 CCB a été examinée par le législateur belge ceci afin de mettre en évidence une formule d’hébergement sur mesure selon l’intérêt de l’enfant et les circonstances individuelles du cas d’espèce³⁵. Cela étant, cette proposition n’a pas abouti à un changement législatif depuis lors.

²⁹ Voir COTTIER MICHELLE/WIDMER ERIC et al, op. cit., 304s. ; Rapport garde alternée 2017, p. 8s ; Voir également Rapport no 176 (2023-2024) déposé le 6 décembre 2023 par la Commission des lois intitulé « Proposition de loi relative aux droits de l’enfant à entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses parents en cas de séparation de ces derniers, document qui peut être consulté à l’adresse suivante : www.senat.fr > Travaux parlementaires > Rapports et documents de travail > Rapports législatifs.

³⁰ Voir la proposition de loi relative aux droits de l’enfant à entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses parents en cas de séparation de ces derniers, Texte n° 308 (2021-2022) de Mme Élisabeth DOINEAU et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 16 décembre 2021. Les travaux parlementaires y relatifs peuvent être consultés à l’adresse suivante : <https://www.senat.fr> > Accueil > Travaux parlementaires > Comptes rendus > Comptes rendus intégraux de décembre 2023 > Séance du 14 décembre 2023 > 7 Droits de l’enfant, 12137 ss.

³¹ Rapport Garde alternée 2024, p. 27s.

³² 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, texte législatif qui peut être consulté à l’adresse suivante : <https://etaamb.openjustice.be> > Recherche.

³³ « Coordination des ONG pour les droits de l’enfant, Législation sur l’hébergement égalitaire : 10 ans après ... », Analyse – mars 2017 », p. 3s, cet article peut être consulté à l’adresse suivante : <https://lancode.be> > Famille.

³⁴ COTTIER MICHELLE/WIDMER ERIC et al, op. cit., p. 306s et les références citées.

³⁵ COTTIER MICHELLE/WIDMER ERIC et al, op. cit., p. 306s et les références citées.

3.2.4 Allemagne

Le code civil allemand en vigueur ne connaît pas explicitement de modèle de garde alternée³⁶ bien que cette solution ait été proposée en 2014 déjà³⁷. Une réforme du droit de la filiation est toutefois en cours à l'issue de laquelle il a été prévu d'introduire dans la loi la garde alternée (nommée « Wechselmodell ») sans pour autant imposer une répartition spécifique de prise en charge de l'enfant. Il s'agira d'une possibilité, tantôt symétrique (50 – 50), tantôt asymétrique (part importante, mais inférieure à 50 %), le choix du régime étant déterminé en fonction du bien de l'enfant³⁸.

3.2.5 Appréciation

L'analyse comparative montre que bien que les normes édictées sur le plan international ne souhaitent pas ériger la garde alternée comme principe ou modèle de prise en charge privilégié, celles-ci s'accordent toutefois à dire qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de pouvoir bénéficier, en cas de séparation ou de divorce, d'un contact régulier et direct avec ses deux parents.

Certains des états analysés ont introduit la garde alternée dans leur législation nationale en tant que régime prioritaire. Cela étant, on observe les limites d'une telle approche. Par conséquent, tous les pays finissent par décider au cas par cas, respectivement préconiser la prise en compte de la situation individuelle avec ses spécificités pour tenir compte au mieux du bien de l'enfant concerné³⁹.

³⁶ Voir à ce sujet aussi SCHRÖDER DANIELA, Die Rechtsstellung des Kindes im Wechselmodell – Ein Rechtsvergleich mit der alternierenden Obhut in der Schweiz, 2022, p. 14 et 16s.

³⁷ Voir à ce sujet Deutscher Familiengerichtstag e.V., Das Wechselmodell im deutschen Familienrecht, juillet 2014, p.5 s., document qui peut être consulté à l'adresse suivante: www.dfgt.de > Stellungnahmen I > Kinderrechtskommission.

³⁸ Rapport Garde alternée 2024, p. 27; Voir les Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz für eine Reform des Kindschaftsrechts : Modernisierung von Sorgerecht, Umgangsrecht und Adoptionsrecht, 25 janvier 2024, p. 9, document qui peut être consulté à l'adresse suivante: www.bmj.de > Themen > Gesellschaft und Familie > Kinder > Sorge- und Umgangsrecht.

³⁹ Voir Rapport garde alternée 2017, p. 15s et Rapport Garde alternée 2024, p. 27s.

4 Garde alternée selon le droit en vigueur

4.1 Examen de la possibilité d'une garde alternée selon le bien de l'enfant

Selon le droit en vigueur, l'autorité parentale conjointe n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée de l'enfant entre les parents⁴⁰. Cela étant et à l'inverse, la garde alternée ne peut entrer en ligne de compte que lorsque les parents exercent conjointement l'autorité parentale⁴¹.

De manière générale, une grande majorité des parents trouve un accord sur la prise en charge de leur enfant au terme de leur vie commune (v. ch. 2.3.1). L'existence d'un tel accord n'exclut toutefois pas tout examen de la part de l'autorité puisque les procédures concernant les enfants sont régies par la maxime inquisitoire et la maxime d'office (art. 296 CPC [procédure judiciaire] et art. 314 en combinaison avec art. 446 CC [procédure devant l'APEA]). En présence d'un accord des parents sur la prise en charge de l'enfant, l'examen de l'autorité se limite cependant, en règle générale, à vérifier si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant⁴², sans procéder à l'analyse d'autres solutions.

Lorsque les parents ne parviennent pas à s'accorder, l'autorité saisie est tenue de rechercher et d'adopter la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant dans le cas d'espèce, en application des maximes précitées. Par l'introduction des art. 298, al. 2^{er} et 298b, al. 3^{er} CC, le législateur a néanmoins souhaité inscrire explicitement dans la loi l'obligation faite au juge, respectivement à l'APEA, d'examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée dès que le père, la mère ou l'enfant la demande (v. ch. 2.1).

L'accord entre les parents n'est donc pas une condition indispensable pour l'instauration d'une garde alternée⁴³. Si l'autorité compétente arrive à la conclusion que la garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, elle devra déterminer auquel des parents il conviendra d'attribuer la garde, le parent non attributaire de celle-ci bénéficiant d'un droit aux relations personnelles avec l'enfant (v. art. 273ss CC). Si l'autorité compétente parvient au contraire à la conclusion que la garde alternée est la solution qui correspond au mieux au bien de l'enfant (v. ch. 4.2), il faudra alors déterminer la participation respective de chaque parent à la prise en charge de l'enfant.

Sur ce dernier aspect, il y a lieu de préciser que la notion de garde alternée n'a délibérément pas été définie dans la loi comme une prise en charge à parts égales, le but du législateur étant d'encourager la participation des deux parents à la prise en charge

⁴⁰ ATF 142 III 617, c. 3.2.2 et 612 c. 4.2.

⁴¹ ATF 150 III 97 c. 4.3.

⁴² ATF 142 III 617, c. 3.2.3 ainsi que 612, c. 4.2.

⁴³ Message concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant) du 29 novembre 2013, FF 2014 511, 546s.

de l'enfant et non d'appliquer une formule mathématique⁴⁴, voire de prescrire aux familles un modèle de vie spécifique. Conformément à la volonté de ce dernier, les professionnels considèrent aujourd'hui qu'il y a garde alternée dès que la part de prise en charge de l'un des parents atteint 30%⁴⁵. En l'absence d'une définition légale, il peut toutefois arriver dans la pratique qu'un arrangement de garde puisse tantôt être qualifié de « garde alternée », tantôt de « garde exclusive avec un droit de visite élargi »⁴⁶. Lorsque les deux parents participent de manière à peu près équivalente à la prise en charge de l'enfant, la garde doit en revanche être qualifiée d'« alternée », les parents n'ayant pas à faire valoir un intérêt particulier pour cette désignation⁴⁷.

4.2 Critères à examiner selon la jurisprudence

Le bien de l'enfant est le critère primordial pour toute décision le concernant et les intérêts et souhaits des parents doivent être relégués au second plan⁴⁸. Dans deux décisions du 29 septembre 2016⁴⁹, le Tribunal fédéral a posé les critères à examiner pour déterminer si l'instauration d'une garde alternée correspond au bien de l'enfant :

« Le juge doit [...] évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si [celle-ci] est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les *capacités éducatives* des parents, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager l'instauration d'une garde alternée, ainsi que l'existence d'une bonne *capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer* compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. A cet égard, on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui pourrait apparaître contraire à son intérêt. Il faut également tenir compte de la *situation géographique* et de la distance séparant les logements des deux parents, de la *stabilité* qu'apporte à l'enfant le maintien de la situation antérieure, en ce sens notamment qu'une garde alternée sera instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation, de la *possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant*, de l'âge de ce dernier et de son *appartenance à une fratrie ou à un cercle social* [...]. Il faut également prendre en considération le *souhait de l'enfant* s'agissant de sa propre prise en charge,

⁴⁴ Voir les débats parlementaires à ce sujet : BO 2015 E 188 Markus Stadler; BO 2015 N 79 Alec Von Graffenried.

⁴⁵ Voir renvoi dans le Rapport Garde alternée 2024, nbp 10.

⁴⁶ Rapport garde alternée 2024, p. 16.

⁴⁷ ATF 147 III 121, c. 3.2.3

⁴⁸ TF 5A_972/2023 du 23 mai 2024, c. 3.1.1 avec références

⁴⁹ ATF 142 III 612 (en allemand), 142 III 617 (en français)

quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard. Sur ce point, il appartiendra au juge du fait, qui établit les faits d'office (art. 296 al. 1 CPC et art. 314 al. 1 en relation avec l'art. 446 CC), de déterminer dans quelle mesure l'intervention d'un spécialiste, voire l'établissement d'un rapport d'évaluation sociale ou d'une expertise, est nécessaire pour interpréter le désir exprimé par l'enfant et notamment discerner s'il correspond à son désir réel.

Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui est une prémisses nécessaire à l'instauration d'une garde alternée, les autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance respective varie en fonction des circonstances du cas d'espèce. Ainsi, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. La capacité de collaboration et de communication des parents est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concerné est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents nécessite une plus grande organisation. »⁵⁰

Plus récemment, la jurisprudence du Tribunal fédéral laisse entrevoir que la garde alternée devient de plus en plus fréquente et qu'une dérogation à celle-ci doit dûment être motivée⁵¹. En conséquence, certains critères d'évaluation de la garde alternée ont été relativisés : s'agissant par exemple de la possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant, le Tribunal fédéral a désormais établi que la prise en charge personnelle de l'enfant et la prise en charge par des tiers sont équivalentes⁵². En ce qui concerne la continuité de la prise en charge, il a ensuite considéré que même si l'un des parents exerçait une activité à plein temps par le passé, l'enfant a néanmoins intérêt à entretenir une relation avec ses deux parents. En conséquence, il convient de déterminer dans quelle mesure le parent concerné serait disponible à l'avenir pour la prise en charge des enfants⁵³. S'agissant de la capacité de communication et de collaboration, le Tribunal fédéral a finalement exposé que l'échange d'information peut également intervenir par écrit uniquement et que le fait que les parents soient dépendants de l'intervention d'une tierce personne pour prendre des décisions communes relative à l'éducation de leurs enfants ne constitue pas un obstacle à la garde alternée⁵⁴. Il convient toutefois de noter que, malgré les développements qui précèdent, le Tribunal fédéral a récemment réaffirmé que la garde alternée ne constitue pas la règle

⁵⁰ ATF 142 III 617, c. 3.2.3 et 612 c. 4.2.

⁵¹ Pour une analyse exhaustive de l'évolution de la jurisprudence voir l'étude « Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde » réalisée par Büro BASS en octobre 2023, p. 10s. Cette étude, disponible seulement en allemand peut être consultée à l'adresse suivante : www.bj.admin.ch > Projets législatifs en cours > Entretien de l'enfant > Garde alternée.

⁵² ATF 144 III 481, c. 4.6.3 et 4.7.1

⁵³ TF 5A_888/2016 du 20 avril 2018, c. 3.3.2

⁵⁴ TF 5A_629/2019 du 13 novembre 2020, c. 4.2

légale et que le tribunal doit déterminer la solution de prise en charge la mieux adaptée aux intérêts de l'enfant sur la base d'un pronostic factuel⁵⁵.

5 Présentation de l'avant-projet

5.1 Considérations introductives

La commission est d'avis que le droit en vigueur ne permet pas pleinement à l'enfant « d'établir et de maintenir une relation durable et équilibrée avec ses deux parents, et donc de bénéficier d'une stabilité relationnelle dès la séparation »⁵⁶. En dépit du texte des art. 298, al. 2^{er} et 298b, al. 3^{er} CC, et de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la conception selon laquelle faute d'accord entre les parents la garde doit être attribuée exclusivement à l'un d'eux, notamment la mère, est encore retenue par de nombreux tribunaux, ce qui expose l'enfant aux risques d'instrumentalisation, de même que le parent non-gardien à une détérioration de sa relation avec celui-ci, caractérisée par le manque de temps passé avec lui⁵⁷. Compte tenu de l'augmentation de la participation des pères aux activités familiales et domestiques, ainsi que de l'augmentation des places en crèches et accueils extrascolaires, tout comme de la possibilité de se prévaloir de l'aide d'autres membres de la famille (grands-parents en particulier), la plupart des pères sont aujourd'hui en mesure d'aménager leur vie professionnelle de manière à prendre en charge leur enfant plus que le temps reconnu dans le cadre d'un « droit de visite usuel ». Une garde alternée, aménagée au cas par cas, améliorerait de manière considérable la relation entre les parents et leurs enfants et favoriserait en outre l'égalité des chances et l'accès au travail pour les deux parents⁵⁸.

La commission est consciente que le droit en vigueur prévoit déjà que les autorités ne sont pas liées par les conclusions des parties lorsqu'elles statuent sur des questions relatives aux enfants, puisque ces procédures sont régies aussi bien par la maxime inquisitoire que par la maxime d'office (v. ch. 4.1). Elle considère toutefois que, dans la pratique, les tribunaux et autorités compétents se fondent trop largement sur les conclusions des parties. Les précisions proposées visent donc en premier lieu à réaffirmer la volonté du législateur de promouvoir la garde alternée.

La commission est convaincue que pour favoriser la mise en place d'une garde alternée, il est nécessaire de modifier la loi dans la mesure où les dispositions entrées en vigueur en 2017 n'ont pas eu l'effet escompté dans la pratique. A cette fin, elle a élaboré deux variantes de mise en œuvre de l'initiative parlementaire :

- **Variante 1** : cette variante prévoit que l'autorité compétente saisie examine la possibilité de la garde alternée, si un des parents ou l'enfant la demande, et privilégie cette solution, pour autant qu'elle corresponde le mieux au bien de

⁵⁵ TF 5A_800/2022 du 28 mars 2023, c. 5.4.2

⁵⁶ Voir Développement Iv.pa. 21.449.

⁵⁷ Voir Développement Iv.pa. 21.449.

⁵⁸ Voir Développement Iv.pa. 21.449.

l'enfant. La jurisprudence du Tribunal fédéral, selon laquelle le seul refus de l'un des parents ne saurait faire obstacle à la mise en place d'une garde alternée, serait également expressément inscrit dans la loi (v. ch. 5.2 et 6.1).

- **Variante 2** : cette variante propose d'ancrer dans la loi l'obligation pour l'autorité compétente saisie d'examiner la possibilité d'une prise en charge égalitaire de l'enfant – indépendamment d'une demande en ce sens – lorsque les parents exerçant conjointement l'autorité parentale ne s'accordent pas sur ce point. L'autorité va toutefois s'écarter de cette répartition de la prise en charge, si cela correspond le mieux au bien de l'enfant (v. ch. 5.3 et 6.2).

5.2 Variante 1 : Mise en œuvre fondée sur le texte de l'initiative parlementaire

Cette variante prévoit le maintien de la situation actuelle lorsque les parents s'accordent sur la prise en charge de leur enfant et propose une adaptation minimale des articles art. 298, al. 2^{ter} et 298b, al. 3^{ter} CC en cas de désaccord. Comme dans le droit en vigueur, l'autorité saisie va examiner la possibilité de la garde alternée uniquement si les parents exerçant conjointement l'autorité parentale ne sont pas parvenus à s'accorder sur la prise en charge de leur enfant (art. 298, al. 2, CC, v. ch. 4.1) et l'un d'eux ou l'enfant demande ce régime de garde (art. 298, al. 2^{ter} et 298b, al. 3^{ter} CC). La variante 1 propose une modification minimale de cette disposition, de sorte à ce que l'autorité ne se limite plus désormais à *examiner* la possibilité d'une garde alternée mais doit *privilégier* ce régime de prise en charge, s'il correspond le mieux au bien de l'enfant. De plus, la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le seul refus de l'un des parents ne saurait faire obstacle à l'examen et à l'attribution d'une garde alternée doit être codifiée dans la loi (v. ch. 6.1).

Par cette modification, le législateur signale clairement aux parents en désaccord qu'une participation commune de ceux-ci à la prise en charge de l'enfant est la situation qui lui semble le mieux correspondre au bien de l'enfant et sollicite l'autorité à promouvoir la mise en place d'une garde alternée, que ce soit à parts égales ou dans des proportions différentes (par exemple 60/40 ou 70/30). A l'instar de ce qui est prévu par le droit en vigueur, il est renoncé à définir de manière mathématique la notion de « garde alternée » et à prescrire aux parents qui n'ont pas trouvé d'accord un modèle de prise en charge spécifique : le bien de l'enfant doit rester le critère déterminant pour la décision de l'autorité dans chaque cas d'espèce. Les critères établis par la jurisprudence pour l'examen de la garde alternée (v. ch. 4.2) gardent donc toute leur valeur.

A l'instar du droit en vigueur, un accord entre les parents sur la prise en charge de leur enfant continue d'avoir la priorité. L'existence d'une convention entre ces derniers n'exclut pas tout examen de la part de l'autorité (soit le juge ou l'APEA), mais celle-ci va se limiter à vérifier si la prise en charge convenue entre les parents est possible et compatible avec le bien de l'enfant (v. ch. 4.1).

5.3 Variante 2 : Examen de la prise en charge de l'enfant à parts égales, en cas de désaccord entre les parents

La variante 2 va plus loin que la variante 1 et propose une modification plus importante des articles art. 298, al. 2^{ter} et 298b, al. 3^{ter} CC dont notamment l'obligation systématique pour l'autorité d'examiner la possibilité d'une prise en charge de l'enfant à *parts égales*, indépendamment d'une demande de l'un des parents en ce sens.

Comme dans le droit en vigueur, l'autorité saisie va examiner la possibilité de la garde alternée uniquement si les parents exerçant conjointement l'autorité parentale ne sont pas parvenus à s'accorder sur la prise en charge de leur enfant (art. 298, al. 2, CC, v. ch. 4.1). A la différence du droit en vigueur (et de la variante 1), l'autorité a désormais l'obligation d'examiner la possibilité d'une prise en charge de l'enfant à parts égales dans chaque cas, indépendamment d'une demande en ce sens. Elle doit toutefois s'en écarter si un autre régime de prise en charge correspond mieux au bien de l'enfant (v. ch. 6.2).

La variante 2 tient donc compte de la proposition formulée par la motion 22.4000 Romano (entre-temps rejetée). Elle n'y adhère pourtant pas complètement puisque la garde alternée à parts égales n'est pas érigée à titre de règle générale qui serait valable pour tous les couples (indépendamment de l'existence d'un accord) et à laquelle il ne pourrait être dérogé que dans des situations particulières et pour des raisons objectives (v. ch. 2.3.2). La variante 2 admet en effet aussi bien un accord divergeant entre les parents, que la possibilité d'un régime de prise en charge non égalitaire, par exemple à hauteur de 60/40 ou 30/70, voire une garde exclusive (v. ch. 6.2). Une garde exclusive à un seul parent continue d'être possible, que ce soit pour protéger le bien de l'enfant (p. ex en situation de violence domestique) ou pour d'autres raisons objectives (p.ex. à cause d'une grande distance géographique entre les domiciles des parents).

A l'instar du droit en vigueur et de la variante 1, un accord entre les parents sur la prise en charge de leur enfant continue donc d'avoir la priorité. L'existence d'une convention entre ces derniers n'exclut pas tout examen de la part de l'autorité (soit le juge ou l'APEA), mais celle-ci va se limiter à vérifier si la prise en charge convenue entre les parents est possible et compatible avec le bien de l'enfant sans procéder à l'analyse d'autres solutions (v. ch. 4.1).

Avec la variante 2, le législateur s'exprime non seulement clairement en faveur d'une responsabilité partagée entre les parents, comme pour la variante 1, mais signale en outre ici que, faute d'accord, l'autorité va examiner prioritairement une prise en charge égalitaire. Cela dit, le critère déterminant pour la décision reste le bien de l'enfant, de sorte que les critères d'examen établis par la jurisprudence (v. ch. 4.2) gardent toute leur valeur.

Enfin, la variante 2 tient compte des critiques formulées à l'encontre de la terminologie en matière de garde, respectivement de la notion de « garde alternée », dont fait état le Rapport garde alternée 2024 (v. ch. 2.3.1). Elle propose de remplacer cette notion par « prise en charge de l'enfant ». La possibilité de supprimer complètement

la notion de « garde » dans toutes les dispositions du droit de la famille sera examinée de manière détaillée dans le cadre des travaux donnant suite à un autre postulat⁵⁹. Si des adaptations s'avéraient nécessaires à l'avenir, elles seraient intégrées aux réflexions et aux travaux ultérieurs.

5.4 Autres solutions examinées et écartées

5.4.1 Prise en charge à parts égales « pour tous »

La Motion 22.4000 Romano proposait d'ancrer comme principe dans la loi la garde alternée à parts égales après une séparation ou un divorce, de la même manière que l'autorité parentale conjointe (art. 296, al. 2, CC) (v. ch. 2.3.2). Selon cette proposition, motivée par la conviction que – lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement – une prise en charge égalitaire est la meilleure solution pour tout enfant, la loi exigerait des parents qu'ils s'organisent afin d'assurer la prise en charge de l'enfant à parts égales. Une dérogation à cette règle ne serait possible que dans des situations particulières et pour des raisons objectives, s'il était établi que le bien de l'enfant commande un autre régime de prise en charge⁶⁰.

Cette solution a été écartée en raison de sa rigidité et de sa praticabilité restreinte. Dans de nombreux cas les parents parviennent à s'entendre sur une modalité de prise en charge de leurs enfants qui correspond aux besoins de leur famille (v. ch. 2.3.1). Dans une telle situation, il paraît excessif de remettre fondamentalement en question leur accord et d'obliger l'autorité à examiner de manière approfondie la possibilité d'une prise en charge égalitaire, respectivement les raisons invoquées pour y déroger. La pratique actuelle qui consiste à examiner la compatibilité de la solution envisagée par les parents avec le bien de l'enfant paraît plus adéquate (v. ch. 4.1, 5.2 et 5.3). De plus, les résultats des études menées pour donner suite au postulat 21.4141 Silberschmidt ont montré que la majorité des familles n'est concrètement pas en mesure de mettre en place une prise en charge à parts égales (v. ch. 2.3.1). Il serait incohérent d'instaurer cette solution comme régime légal s'il n'est représentatif de la situation vécue que par une minorité.

5.4.2 Garde alternée (à parts égales) ou garde exclusive

Selon cette solution, la garde alternée à parts égales serait érigée comme principe dans la loi après une séparation ou un divorce, de la même manière que l'autorité parentale conjointe (art. 296, al. 2, CC), comme demandé par la Motion 22.4000 Romano (v. ch. 2.3.2). Une dérogation à ce principe ne serait possible que pour des motifs de

⁵⁹ Postulat 23.4328 CAJ-N « Analyse de la contribution d'entretien ». Le texte de ce postulat peut être consulté à l'adresse suivante : www.parlement.ch > Travail parlementaire > Recherche Curia Vista > Numéro d'objet.

⁶⁰ Voir BO 2013 N 1928s. (CN Romano)

protection de l'enfant justifiant l'instauration d'une garde exclusive. Cette solution a été écartée pour les raisons déjà évoquées pour la variante précédente. De plus, elle s'inscrirait dans la dichotomie critiquée dans les études pour répondre au postulat 21.4141 Silberschmidt (v. ch. 2.3.1) et à laquelle la commission n'adhère pas puisqu'elle vise à promouvoir la prise en charge partagée de l'enfant sans prescrire un régime spécifique (v. ch. 5.2 et 5.3).

5.5 Droit transitoire

Le nouveau droit devra s'appliquer dès son entrée en vigueur aux procédures en cours. Par conséquent, cela devra être réglementé dans une nouvelle disposition de droit transitoire du titre final du CC (v. art. 12, al. 6, AP Tit. fin. CC).

La possibilité de demander une modification d'une décision sur la prise en charge de l'enfant suite à l'introduction du nouveau droit a été examinée et écartée. En effet, le principe du droit actuel selon lequel le bien de l'enfant est le critère déterminant pour toute décision sur la prise en charge de l'enfant est maintenu par les deux variantes proposées (v. ch. 5.2 et 5.3). Le nouveau droit n'apporte donc aucun changement à cet égard. De plus, une décision refusant la garde alternée pour la seule raison qu'un des parents s'y oppose peut déjà être attaquée jusqu'au Tribunal fédéral selon le droit en vigueur (v. ch. 2.2). Il n'y donc pas de raison de remettre en question des décisions ayant déjà acquis force de chose jugée. La possibilité de demander une modification de la décision sur la prise en charge de l'enfant en raison de faits nouveaux (art. 134 et 298d CC) est naturellement réservée.

Compte tenu du fait que les critères d'examen de la garde alternée restent inchangés, il n'y a pas non plus lieu de prévoir une règle transitoire spécifique pour la procédure devant le Tribunal fédéral.

6 Commentaires des articles

6.1 Variante 1 (garde alternée)

Art. 298, al. 2^{ter}, et Art. 298b, al. 3^{ter}

L'objectif poursuivi par la modification envisagée est d'obliger l'autorité compétente (le juge ou l'APEA) à ne pas se limiter à l'examen de la possibilité de la garde alternée, lorsque l'un des parents ou l'enfant le demande, mais à *privilégier* cette solution et ce, même lorsque l'un des parents s'y oppose. Cela doit être explicitement mentionné dans le texte de loi (v. ch. 5.2). Cela dit, le critère décisif pour la décision sur la prise en charge reste le bien de l'enfant. Les critères d'examen développés par la jurisprudence gardent toute leur valeur (v. ch. 4.2), d'autant plus que la présente modification du texte légal vise essentiellement à codifier la jurisprudence du Tribunal fédéral (v. ch. 5.1).

À l'art. 298, al. 2^{ter} (procédure judiciaire), respectivement l'art. 298b, 3^{ter} (procédure devant l'APEA), il sera donc expressément prévu que *le refus de l'un des parents ne saurait faire obstacle à l'examen et à l'attribution d'une garde alternée*. Comme déjà établi par le Tribunal fédéral, ce refus n'est pas en soi un critère pour faire échec à l'instauration d'une garde alternée. Bien plus, le défaut de coopération qui sous-tend ce refus doit être mis en relation avec d'autres critères. Ce n'est que lorsque celui-ci expose l'enfant au conflit parental d'une manière manifestement incompatible avec son bien, qu'il peut faire obstacle à la garde alternée⁶¹.

Pour le reste, les deux dispositions visées par la modification ne subiront aucun autre changement. Le but n'est pas de prévoir un automatisme à la garde alternée, qui par ailleurs, comme dans le droit en vigueur, ne va pas être définie par la loi. Le juge et l'APEA conserveront leur marge d'appréciation et resteront libres de ne pas l'instaurer lorsqu'elle s'avère contraire au bien de l'enfant.

6.2 Variante 2 (prise en charge de l'enfant à parts égales)

Art. 298, al. 2^{ter} et art. 298b, al. 3^{ter}

En l'absence d'un accord sur ce point entre les parents exerçant conjointement l'autorité parentale, les nouveaux art. 298, al. 2^{ter} (décision du juge) et 298b, 3^{ter} (décision de l'APEA), posent le principe selon lequel l'autorité va *examiner la possibilité d'une prise en charge à parts égales indépendamment d'une demande* en ce sens. Elle va néanmoins s'en écarter et décider d'un autre régime, si celui-ci correspond mieux au bien de l'enfant. Ainsi, le bien de l'enfant reste le critère primordial pour la décision de l'autorité saisie et les critères d'examen établis par la jurisprudence gardent toute leur valeur (v. ch. 4.2).

Les nouvelles dispositions ne visent donc pas à imposer à tous les parents un régime spécifique de prise en charge de l'enfant à parts égales. Comme dans le droit en vigueur, les parents ont la possibilité de s'accorder sur un régime de prise en charge différent, qui conserve la priorité (v. ch. 5.3). L'autorité ne va examiner cette forme de prise en charge que « lorsqu'aucun accord entre les parents ne semble envisageable sur ce point » (art. 298, al. 2, CC).

L'objectif poursuivi par les nouvelles dispositions – selon lesquelles l'autorité saisie examine la possibilité d'une prise en charge à parts égales, dans tous les cas, indépendamment d'une demande de l'un des deux sur ce point – consiste plutôt à signaler aux parents qu'après une séparation ou un divorce, la responsabilité pour la prise en charge de l'enfant revient aux deux parents. Lorsque ces derniers ne parviennent pas à se mettre d'accord, le point de départ pour l'examen de l'autorité sera alors une prise en charge à parts égales, et non l'attribution d'une garde exclusive à l'un avec un droit aux relations personnelles à l'autre. De plus, en réservant la possibilité d'un régime

⁶¹ ATF 142 III 617, c. 3.2.3 ainsi que 612, c. 4.2.

différent, si celui-ci correspond mieux au bien de l'enfant, le législateur se montre ouvert à d'autres modalités de répartition de la prise en charge que celle des 50/50, par exemple une solution visant les 60/40 ou 30/70. Au demeurant, le juge et l'APEA conserveront leur marge d'appréciation et resteront libres de ne pas instaurer la garde alternée lorsqu'elle celle-ci s'avère contraire au bien de l'enfant.

Compte tenu des critiques formulées à l'encontre de la notion de « garde alternée » (v. ch. 2.3.1), les nouvelles dispositions se limitent à faire mention de la « prise en charge ». Pour l'instant, la notion de « garde » est en revanche maintenue (v. ch. 5.3), mais s'applique uniquement aux cas de garde exclusive, qui deviendront vraisemblablement plus rares. Une garde exclusive à un seul parent continue en effet d'être possible, que ce soit pour protéger l'enfant (p. ex en situation de violence domestique) ou pour d'autres raisons objectives (p.ex. à cause d'une grande distance géographique entre les domiciles des parents).

6.3 Dispositions finales

Titre final, Art. 12, al. 6

L'art. 12 prévoit l'applicabilité des nouvelles normes aux procédures pendantes qui concernent la prise en charge de l'enfant, soit devant le juge soit devant l'APEA.

7 Conséquences

Les modifications proposées n'auront pas de conséquences pour la Confédération.

La modification n'entraîne aucune modification fondamentale sur la procédure devant le juge ou l'APEA, les litiges sur les questions concernant les enfants étant soumis à la maxime inquisitoire et la maxime d'office (v. ch. 4.1). La variante 1, en particulier, n'aura que peu d'impact sur l'activité des autorités car elle consiste en une codification de la jurisprudence du Tribunal fédéral (v. ch. 4.1, 5.2 et 6.1). Il pourrait en aller différemment pour la variante 2 puisque, en l'absence d'un accord entre les parents, elle fait explicitement obligation à l'autorité d'examiner la possibilité d'une prise en charge de l'enfant à parts égales, indépendamment d'une demande de l'un des parents en ce sens (v. ch. 5.3 et 6.2). Cette variante pourrait donc engendrer une charge de travail supplémentaire, en particulier pour les autorités de première instance.

La présente révision n'a pas d'impact sur l'économie nationale. Cela dit cette modification législative correspond à une évolution de la société et en particulier à la réalité vécue au sein de nombreuses familles. De plus en plus de pères s'engagent en effet

dans les soins et l'éducation des enfants pendant la vie commune⁶². Par la présente modification, le législateur veut encourager les parents à s'organiser de manière à pouvoir le faire aussi après la fin de la vie commune. Un partage plus égalitaire de la prise en charge des enfants au quotidien pourra avoir des effets positifs non seulement en termes de valorisation du rôle des pères mais également en termes de réintégration professionnelle des mères après une séparation et un divorce.

⁶² Voir à ce sujet les statistiques émises en 2023 par l'OFS lesquelles peuvent être consultées à l'adresse suivante : <https://www.bfs.admin.ch> > Statistiques > Population > Familles > Activité professionnelle, tâches domestiques et familiales.