

INTERDISZIPLINÄRE STUDIE ZUR ALTERNIERENDEN OBHUT

**Michelle Cottier, Eric D. Widmer, Sandrine Tornare und
Myriam Girardin**

Genf, März 2017



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT
Département de droit civil



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

**FACULTÉ DES SCIENCES
DE LA SOCIÉTÉ**
Institut de recherches sociologiques

INHALTSVERZEICHNIS

EINFÜHRUNG	5
I. DIE GEMEINSAME ELTERN SCHAFT	7
1. EINLEITUNG	7
2. PSYCHOLOGISCHE UND SOZIOLOGISCHE ANSÄTZE	7
a) Neue Familienformen	7
b) Konzept, Dimensionen und Formen der gemeinsamen Elternschaft	8
c) Gemeinsame Elternschaft nach Scheidung oder Trennung	10
d) Gemeinsame Elternschaft vor einer Scheidung oder Trennung und alternierende Obhut	12
3. DIE GEMEINSAME ELTERN SCHAFT IM SCHWEIZER RECHT	13
a) Die elterliche Sorge	14
b) Die Obhut	16
c) Abgrenzung der Obhut von anderen Rechtsbegriffen	17
d) Die alternierende Obhut	18
4. INTERNATIONALE ENTWICKLUNGEN IM BEREICH DER ALTERNIERENDEN OBHUT	20
a) Entwicklungen in Australien und Quebec	20
b) Entwicklungen in gewissen europäischen Ländern	22
c) Die Resolution 2079 (2015) des Europarates	26
5. FAZIT	27
II. DAS KINDESWOHL	28
1. EINLEITUNG	28
2. PSYCHOLOGISCHE UND SOZIOLOGISCHE ANSÄTZE	28
a) Kein ideales Obhutsmodell für alle	28
b) Faktoren für den Erfolg der alternierenden Obhut	29
c) Positive Auswirkungen der Partizipation des Kindes	34
3. RECHTLICHE DEFINITIONEN DES KINDESWOHLS	34
a) Das «Kindeswohl» gemäss UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes	35
b) Die Leitlinien des Europarats für eine kindgerechte Justiz	36
c) Das Kindeswohl im Schweizer Recht und die neue gesetzliche Vermutung zugunsten der gemeinsamen elterlichen Sorge	36
d) Kriterien für die Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge	37
e) Kriterien für die Zuteilung der alleinigen oder der alternierenden Obhut	39
f) Das Gewicht der Meinung des Kindes	41
g) Die Anhörung des Kindes	42
h) Die Verfahrensbeistandschaft («Anwalt des Kindes»)	43
4. FAZIT	45
III. INTERDISZIPLINÄRE ANSÄTZE ZUR BEWÄLTIGUNG DES ELTERNKONFLIKTS	46

1.	EINLEITUNG	46
2.	SICHT DER SOZIALWISSENSCHAFTEN AUF DIE MEDIATION	46
a)	Der Konflikt des getrennten Paares	46
b)	Rückgriff auf die Mediation	47
c)	Der Elternkonflikt als Privatsache und die Bedeutung des persönlichen Netzwerks	49
d)	Ist eine Mediation in jedem Fall möglich und empfehlenswert?	50
3.	FAMILIENGERICHTSBARKEIT UND INTERDISZIPLINÄRE KONFLIKTBEILEGUNGSVERFAHREN	54
a)	Die Richtlinie der Europäischen Union über die Mediation und die Familiengerichtsbarkheit	54
b)	Erfahrungen in Australien und Quebec	57
c)	Mediation und Familiengerichtsbarkheit in der Schweiz	58
d)	Interdisziplinäre Modelle zur Förderung des Elternkonsenses	61
4.	FAZIT	62
IV.	MATERIELLE UND STRUKTURELLE VORAUSSETZUNGEN	64
1.	EINLEITUNG	64
2.	SOZIOLOGISCHE PERSPEKTIVE	64
a)	Die alternierende Obhut: eine kostspielige Form der Obhut	64
b)	Gleichstellung in der Schweiz? Geschlechtsspezifische Lebensverläufe und Berufslaufbahnen	66
c)	Familienergänzende Betreuungseinrichtungen für Kinder	68
d)	Die Familienpolitik in der Schweiz	70
3.	RECHTLICHER RAHMEN	72
a)	Die alternierende Obhut und die Revision des Kindesunterhaltsrechts	72
b)	Sozialrecht und Steuerrecht	76
4.	FAZIT	78
	SCHLUSS	79
	BIBLIOGRAPHIE	82

EINFÜHRUNG

Im Rahmen der Revision des Zivilgesetzbuches zum Kindesunterhalt vom 20. März 2015 verabschiedete das Parlament Bestimmungen, gemäss denen im Falle einer Scheidung oder Trennung das Gericht oder die Kindesschutzbehörde im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut prüft, sofern die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt wird. Obwohl der Nationalrat davon überzeugt war, dass die alternierende Obhut grundsätzlich gefördert werden sollte, stellte er sich doch Fragen zu Problemen, die diese Form der Obhut dem Kind, aber auch der Mutter und dem Vater, verursachen könnten. Er ersuchte deshalb den Bundesrat, einen Bericht über die rechtlichen und praktischen Probleme, welche sich durch die alternierende Obhut der Kinder im Scheidungs- oder Trennungsfall stellen, vorzulegen (Postulat 15.3003). Der vorliegende Bericht ist entsprechend vom Bundesamt für Justiz in Auftrag gegeben worden. Michelle Cottier, Rechtsprofessorin an der Universität Genf, und Eric Widmer, Soziologieprofessor an derselben Universität, sind mit der Leitung der Ausarbeitung dieses Berichts im Rahmen des *Observatoire des familles* der Universität Genf betraut worden.

Der vorliegende Bericht stützt sich auf die Definition des Bundesgerichts, wonach unter alternierender Obhut die Situation verstanden wird, in welcher die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, sich aber abwechselnd in mehr oder weniger gleichem zeitlichen Umfang um das Kind kümmern.¹ Die Begriffe der alternierenden Obhut und der geteilten Obhut werden als Synonyme verwendet.

Der Bericht beschränkt sich nicht darauf, einzig eine juristische Analyse der alternierenden Obhut, wie sie heute in der Schweiz definiert ist, zu liefern. Bezweckt wird ebenfalls eine vertiefte Analyse der psychosozialen Aspekte der alternierenden Obhut. Die Interessen des Kindes nehmen in dieser Analyse einen zentralen Platz ein. Gleichwohl geht die Analyse von der Prämisse aus, dass die Lebensbedingungen und -optionen der Eltern und die damit verbundenen Einschränkungen auch berücksichtigt werden müssen, da sie eine sehr wichtige, indirekte Wirkung auf die Modalitäten der Kinderbetreuung in Familien nach einer Trennung haben.

Die zweite Prämisse, auf welche sich die Analyse stützt, ist, dass die Erfahrungen anderer Länder sorgfältig untersucht werden müssen, da sie, jedenfalls zu einem grossen Teil, auf die Schweiz übertragen werden können. Da in gewissen Ländern die alternierende Obhut schon seit mehreren Jahren praktiziert wird, lohnt es sich, die damit gemachten Erfahrungen zu studieren. Eine kritische Würdigung der gesetzgeberischen Massnahmen und der Modalitäten zur Umsetzung der alternierenden Obhut in diesen Ländern kann als Ausgangslage zur Thematisierung in der Schweiz dienen. Aus diesem Grund wurden sowohl für den psychosozialen wie auch den rechtlichen Teil die Erfahrungen aus dem Ausland berücksichtigt.

●
¹ BGer 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.4.3.

Die Studie will Antworten auf folgende Fragen geben: Unter welchen Umständen ist die alternierende Obhut die beste Lösung für das Kind? Welche psychosozialen Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit diese Form der Obhut im Alltag funktionieren kann? Kann der Staat diese Form der gemeinsamen Elternschaft fördern, und wenn ja, wie?

Der Bericht ist wie folgt strukturiert: Das erste Kapitel befasst sich mit der praktischen Umsetzung der gemeinsamen Elternschaft nach der Trennung. Dabei sollen die Eckpunkte, welche die gemeinsame Elternschaft im Alltag strukturieren, sowie die damit verbundenen Konflikte und Probleme aufgezeigt werden. Das Thema wird anschliessend unter dem Aspekt beleuchtet, wie das Recht die gemeinsame Elternschaft nach Scheidung oder Trennung behandelt, und zwar anhand zweier besonders zentraler Begriffe: der elterlichen Sorge und der Obhut. Dieses erste Kapitel wird zur Feststellung führen, dass zwischen dem praktischen Alltag der Eltern und den in den aktuellen Gesetzesrevisionen vorgeschlagenen Lösungen eine beträchtliche Diskrepanz besteht. Dem Willen, den Beitrag der beiden Eltern und Ex-Partnern zur Kinderbetreuung egalitärer auszugestalten, stehen zahlreiche Schwierigkeiten auf der Beziehungsebene und materielle Hindernisse entgegen, die Auslöser vieler Spannungen und Konflikte sein können. In Ländern, welche die alternierende Obhut schon länger als Modell eingeführt haben, konnten diese Schwierigkeiten im Rahmen von empirischen Studien identifiziert werden. Im zweiten Kapitel wird der Begriff des Kindeswohls definiert und mit verschiedenen Resultaten von empirischen Studien zu den Auswirkungen der Modalitäten der Organisation der Familienbeziehungen nach der Trennung auf das Wohlergehen des Kindes in Bezug gesetzt. In diesem Kapitel werden auch aktuelle rechtliche und soziologische Konzepte vorgestellt, die der Meinung und der Handlungsfähigkeit des Kindes in Entscheidungen, die direkt seine Interessen betreffen, mehr Gewicht geben wollen. Das dritte Kapitel legt den aktuellen Trend dar, die Lösung des Elternkonflikts durch interdisziplinäre Methoden wie die Mediation oder die angeordnete Beratung zu fördern. Aus soziologischer Warte stehen diese Methoden im Zusammenhang mit der Konzeption des Elternkonflikts als Privatsache. Diesbezüglich ist es wichtig, auch die Grenzen dieser Methoden aufzuzeigen. Die vergleichende Analyse zeigt daraufhin, dass die Schweiz im Vergleich zur internationalen Entwicklung auf nationaler Ebene im Rückstand ist, dass aber auf kantonaler Ebene einige Initiativen umgesetzt werden. Das vierte Kapitel schliesslich beleuchtet die wirtschaftlichen Zwänge, die eine Umsetzung der alternierenden Obhut durch die Familien erschweren und indirekt Ausdruck der Organisation der bezahlten Erwerbsarbeit und der Familienarbeit in der Schweiz sind. Es wird festgestellt, dass es illusorisch oder sogar riskant ist, in Richtung eines zwingenden egalitären Betreuungsmodells der Kinder durch die Eltern nach der Trennung zu gehen, ohne im Vorfeld die für ein solches Modell erforderlichen Rahmenbedingungen, wie beispielsweise Angebote im Bereich der Kleinkinderbetreuung, und Unterstützungen, die für sämtliche Familienformen zugänglich sind, zu schaffen.

Der Bericht empfiehlt deshalb, sich nicht in Richtung eines neuen einzigen normativen Modells zu bewegen, das beispielsweise in allen Fällen eine strikte Gleichheit der Ex-Partner (und Eltern) fördern will. Die im Bericht aufgezeigte Vielfalt der Situationen gemeinsamer Elternschaft ist Indikator für die vielen unterschiedlichen Funktionsweisen und Erwartungen gegenüber Familien nach einer Trennung, was das Recht entsprechend berücksichtigen sollte.

I. DIE GEMEINSAME ELTERN SCHAFT

1. EINLEITUNG

Das von der Psychologie entwickelte Konzept der gemeinsamen Elternschaft beschreibt die Art und Weise, wie Eltern zusammenarbeiten, um ihre Elternrolle wahrzunehmen, und dies unabhängig davon, ob sie noch zusammenleben oder geschieden sind. Gemeinsame Elternschaft beinhaltet unterschiedliche Formen. Geht die Beziehung auseinander, ist bei gewissen Formen der gemeinsamen Elternschaft die Umsetzung der alternierenden Obhut einfach, während sie bei anderen Formen besonders schwierig ist. In diesem Kapitel werden, basierend auf verschiedenen psychosozialen Studien, die in Familien nach einer Scheidung oder Trennung vorhandenen Formen der gemeinsamen Elternschaft definiert und beschrieben, und anschliessend werden die im Schweizer Recht geregelten Aspekte der gemeinsamen Elternschaft aufgezeigt. Zum Schluss werden Modelle einiger Länder diskutiert, welche die gemeinsame Elternschaft gesetzlich verankert haben.

2. PSYCHOLOGISCHE UND SOZIOLOGISCHE ANSÄTZE

a) NEUE FAMILIENFORMEN

Seit den 60er-Jahren sind Selbstfindung, Freiheit bei der Lebensplanung und Selbstverwirklichung zu Leitwerten der westlichen Gesellschaften geworden. Mit dem verstärkten Interesse am Individuum haben sich auch die Beziehungen zwischen den Geschlechtern im Sinne einer besseren Gleichstellung zwischen Frau und Mann verändert, mit einer massiven Erhöhung der Scheidungsrate als Folge.² Das Paar ist zum Ort geworden, den man «wählt» und wo man sich verwirklichen muss. Erfüllt die Paarbeziehung die Erwartungen nicht, kann sie ohne weiteres beendet und ersetzt werden.³ Damit hat die Scheidung neue Familienformen, wie beispielsweise Alleinerziehende oder Patchworkfamilien, und damit neue Formen der «gemeinsamen Elternschaft» hervorgebracht.

Die bis anhin in der gesellschaftlichen Mittelschicht vorherrschende Kleinfamilie - die ein heterosexuelles Paar und seine biologischen Kinder im selben Haushalt vereint und nach einer stark geschlechtsspezifischen Rollenteilung (Vater als Ernährer, Mutter als Hausfrau) und durch einvernehmliche familiäre Normen, welche jedem Mitglied einen Status und eine klar definierte Rolle zuschreiben, organisiert ist – ist einer Vielzahl von neuen Familienformen gewichen.⁴ Diese Diversifizierung an Familienformen erfolgte nicht nur auf struktureller Ebene, sondern brachte auch Änderungen organisatorischer Art mit sich. Familien unterscheiden sich nicht nur in ihrer Struktur, sondern auch in ihrer Organisation, in ihrem Familienalltag und in den Regeln, die sie aufstellen, und die Werthaltung, die sie einnehmen. Gewisse Familien stützen sich auf egalitäre und individualistische, aber im Hinblick auf die Zuteilung der Rollen – insbesondere der Väter – manchmal auch widersprüch-

●
² LIMET 2009b; LIMET 2010.

³ LIMET 2010; FRISCH-DESMAREZ/BERGER 2014.

⁴ WIDMER 2010.

lichere und ungewissere Regeln, die Anlass zu mehr Verhandlungen und Spannungen geben.⁵ Andere Familien ziehen im Gegenteil die Verschiedenheit von Frau und Mann – für eine beträchtliche Zahl von Mitgliedern der unteren Bevölkerungsschichten Grundlage der sozialen Identität – bei der Übernahme der ehelichen und elterlichen Rollen vor.⁶ Obwohl sich die Familien in ihrer Struktur diversifiziert haben, müssen sich alle der Frage der Sozialisation der Kinder und ihrer affektiven und materiellen Betreuung stellen, folgen dabei aber sehr unterschiedlichen Denkweisen.⁷

b) KONZEPT, DIMENSIONEN UND FORMEN DER GEMEINSAMEN ELTERN SCHAFT

Das Konzept der gemeinsamen Elternschaft beschreibt, in welcher Weise Eltern sich zusammenschliessen und für die Gesamtheit der Aufgaben und Verantwortungen, die ihre Rolle als Mutter/Vater definieren, zusammenarbeiten, und zwar unabhängig von ihrer Familienform (ungetrennte Gemeinschaft oder Patchworkfamilie).⁸ Der Begriff gemeinsame Elternschaft umfasst im Grunde genommen die Gesamtheit der Beziehungen, welche für ein Kind verantwortliche Erwachsene im Hinblick auf dessen Sozialisation und Betreuung untereinander aufbauen oder unterhalten. Sie setzt die Interaktion und Zusammenarbeit zwischen den Eltern voraus und umfasst damit ein breites Spektrum von praktischen (Haushaltsarbeiten, Erziehung, Sozialisation, Pflege), affektiven (emotionale Unterstützung) wie auch symbolischen (Einheit der Familie) Aufgaben, welche Eltern für das Wohl ihres Kindes/ihrer Kinder «gemeinsam», unabhängig von ihrem Zivilstand (verheiratet, geschieden, wiederverheiratet, zusammenwohnend oder nicht usw.), zu erfüllen haben.⁹ Damit stellt sich unter anderem die Frage, bis zu welchem Ausmass jeder der beiden Eltern bereit oder fähig ist, für die Erziehung und Sozialisation ihres gemeinsamen Kindes zusammenzuwirken.

Ausgehend von der Literatur zu diesem Thema¹⁰ können im Grundsatz drei Dimensionen der gemeinsamen Elternschaft unterschieden werden.¹¹ Es gibt als erstes die vereinte gemeinsame Elternschaft, oft als «Kooperation», aber auch «Kohäsion», «Harmonie» oder «Positivität» bezeichnet. Diese Dimension beinhaltet eine «gemeinsame Perspektive» der Erziehungspartner, reziprok validierendes Verhalten, Zuneigung oder den gegenseitig ausgedrückten Respekt (wie er bei Interaktionen der beiden Elternteile beobachtet werden kann) oder die Förderung des familiären Zusammenhalts und der Einheit der Familie (wenn ein Elternteil sich in Abwesenheit des anderen gegenüber dem Kind über diesen äussert). Die vereinte gemeinsame Elternschaft steht im Zeichen des Erhalts des familiären Zusammenhalts, indem jeweils der eine Elternteil bei Abwesenheit des anderen ein für den Weiterbestand der Familie förderliches Verhalten an den Tag legt. Die zweite Dimension bezieht sich auf den «Konflikt», das heisst auf alle offen vor dem Kind ausgelebten Spannungen und Meinungsverschiedenheiten. Hier widersprechen sich die Eltern in Anwesenheit

⁵ SMART 2007; FRISCH-DESMAREZ/BERGER 2014.

⁶ LIMET 2010; WILPERT 2015.

⁷ SMART 2007; WIDMER 2010.

⁸ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014; MCHALE/KUERSTEN-HOGAN/RAO 2004.

⁹ MCHALE 1995; FEINBERG 2003; VAN EGEREN/HAWKINS 2004; WIDMER/FAVEZ/AEBY/DE CARLO/DOAN 2012.

¹⁰ MCHALE 1995; MCHALE 1997.

¹¹ FAVEZ/FRASCAROLO 2013.

des Kindes andauernd oder unterliegen der Versuchung, in einen Wettbewerb mit dem anderen zu treten. Und bei der dritten Dimension schliesslich, der «Verunglimpfung», geht es um die Gesamtheit der vor dem Kind geäusserten Kritik des einen Elternteils über den anderen, wenn dieser abwesend ist.

Auf der Grundlage dieser Dimensionen unterscheidet McHale¹² «offene» Verhaltensweisen, welche sich vor den Augen aller Familienmitglieder (das Kind inbegriffen) abspielen, und «verdeckte» oder «versteckte» Verhaltensweisen, die auftreten, wenn der andere Elternteil abwesend ist. Meinungsverschiedenheiten und Spannungen beispielsweise können sich «offen», in Form von Auseinandersetzungen und Kritik vor dem Kind, aber auch «versteckt», als systematische Verunglimpfung, manifestieren. In den neusten Studien zur gemeinsamen Elternschaft sind die drei Dimensionen auf zwei Hauptdimensionen reduziert worden: die eine erfasst die Einheit, d.h. alle positiven Verhaltensweisen, wie das Streben nach familiärer Solidarität, und die andere das Gegenteil, also den Konflikt und die Verunglimpfung.¹³ Zu beachten ist, dass diese Dimensionen – ob positiv oder negativ – keinesfalls ausschliesslich zu verstehen sind; sie können innerhalb derselben Dyaden der gemeinsamen Elternschaft je nach Situation und Umständen zusammen auftreten.¹⁴

Der Begriff der gemeinsamen Elternschaft ist im Übrigen nicht auf die biologischen Eltern beschränkt; er betrifft sämtliche Akteure, die im Alltag in die Sozialisation und Betreuung des Kindes involviert sind.¹⁵ Gewisse Autoren beziehen sich auf die «Mehrelternschaft», da bei den zahlreichen Familienformen biologische Kriterien nicht mehr ausreichen, um ein Individuum als «Elternteil» zu bezeichnen. Die Elternschaft kann gleichzeitig auch genealogisch (im Recht definierter Elternteil) oder haushaltsbezogen (Elternteil, der das Kind aufzieht) sein.¹⁶ Es kann sich um die Grosseltern, um Tanten und Onkel handeln, die nicht nur das Kind hüten, sondern auch eine wichtige Rolle bei dessen Sozialisation spielen.¹⁷ Ein Konflikt zwischen einem biologischen Elternteil und einem anderen in die gemeinsame Elternschaft involvierten Familienmitglied kann dieselben negativen Folgen beim Kind haben wie ein Konflikt zwischen zwei biologischen Eltern. Im Falle einer Scheidung oder Trennung und Bildung einer Fortsetzungsfamilie spielen auch die neuen Partner der biologischen Eltern eine Rolle in der gemeinsamen Elternschaft. Alle diese unterschiedlichen Akteure können positive Auswirkungen auf die gemeinsame Elternschaft haben, indem sie den biologischen Elternteil in seiner Rolle unterstützen, aber auch negative, wenn sie sich als Rivalen verhalten.¹⁸

Eine gemeinsame Elternschaft wird dann als funktionierend wahrgenommen, wenn es den Eltern oder den anderen Akteuren der gemeinsamen Elternschaft gelingt, in ihren Aufgaben zusammenzuarbeiten, sich alle in diesen Aufgaben zu engagieren und sich gegenseitig in der Elternrolle zu unterstützen, und damit eine gewisse Stabilität in der Familie erreichen.¹⁹ Sie wird als harmonisch betrachtet, wenn die familiäre Einheit sowohl in Theorie wie Praxis (Integration jedes Familienmitgliedes in die Aktivitäten der Familie) gestärkt und

●
¹² MCHALE 1997.

¹³ FAVEZ/FRASCAROLO 2013.

¹⁴ MCHALE 1997; MCCONNELL/KERIG 2002; TALBOT/MCHALE 2004.

¹⁵ MCHALE 2007; WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

¹⁶ BOISSON 2006; LIMET 2009b.

¹⁷ MILARDO 2010.

¹⁸ ROBERTSON/ELDER/SKINNER/CONGER 1991.

¹⁹ WIDMER/FAVEZ/AEBY/DE CARLO/DOAN 2012.

gefestigt wird. Gemäss Literatur bietet diese Art von gemeinsamer Elternschaft ein für die Entwicklung des Kindes günstiges Umfeld,²⁰ da das Kind so die Einheit der Familie unabhängig von den Umständen als konstant wahrnimmt.²¹ Im Gegensatz dazu wird die gemeinsame Elternschaft als dysfunktional betrachtet, wenn den beiden Eltern die Zusammenarbeit nicht gelingt, sie in Wettbewerb zueinander treten, sich in sehr unterschiedlichem Ausmass engagieren (Rückzug des einen Elternteils) oder die Vorgehensweise des anderen verunglimpfen (Kritik, Sarkasmus usw.). Solche elterlichen Verhaltensweisen tragen zur Destabilisierung der familiären Organisation und zur Entstehung von Spannungen und Konflikten im familiären Umfeld bei.²² Deshalb wird dieser Typ von gemeinsamer Elternschaft in der Literatur als schädlich für die Entwicklung des Kindes bezeichnet.²³

c) GEMEINSAME ELTERNSCHAFT NACH SCHEIDUNG ODER TRENNUNG

Die Forschung über gemeinsame Elternschaft nach Scheidung oder Trennung führt zu einer ersten Feststellung: in geschiedenen oder getrennten Familien wird die gemeinsame Elternschaft sowohl in ihren positiven wie auch negativen Dimensionen viel weniger aktiv gelebt als in Familien mit ungetrennter Gemeinschaft. Da die Interaktionen zwischen den Ex-Partnern (aber immer noch gemeinsamen Eltern) im Durchschnitt viel weniger häufig sind, reduzieren sich die konkreten Möglichkeiten einer gemeinsamen Absprache beträchtlich.²⁴ Bei Paaren in ungetrennter Gemeinschaft fliesst die Zufriedenheit mit der Partnerschaft stark in die Funktionsweise der vereinten gemeinsamen Elternschaft ein, während Spannungen in der Partnerschaft eine konfliktbeladene gemeinsame Elternschaft bewirken.²⁵ Im Falle einer Trennung ist die gemeinsame Elternschaft also oft in prekärem Zustand. Der Konflikt, der dem Auseinandergehen der Beziehung zwischen den beiden Eltern vorangeht, lässt sich in den meisten Fällen im Zeitpunkt der Trennung oder Scheidung nicht mehr lösen, im Gegenteil, oft schwelt er weiter und kristallisiert sich am Kind, welches mitunter ins Zentrum der elterlichen Auseinandersetzungen gerät.²⁶ Das «Kindeswohl» – welches sich auf die Notwendigkeit bezieht, die am besten auf die (körperlichen, psychischen, affektiven usw.) Bedürfnisse des Kindes angepasste Lösung zu finden – kann deshalb zum Gegenstand von Konflikten im Rahmen der gemeinsamen Elternschaft werden, wenn einer oder beide Elternteile der Auffassung sind, der andere sei ungeeignet oder unfähig, seine elterlichen Aufgaben auszuüben.²⁷

Zahlreichen geschiedenen oder getrennten Eltern gelingt es indessen, ein neues Gleichgewicht zu finden, und sie halten trotz der reduzierten Interaktionen zwischen ihnen eine vereinte gemeinsame Elternschaft aufrecht.²⁸ Einige Autoren weisen darauf hin, dass Konflikte in Patchworkfamilien (mit alleiniger Obhut) der Einheit und dem Zusammenhalt der Familie nicht zwingend entgegenstehen. In solchen Fällen stellt der Konflikt nämlich eine Investition der beiden biologischen Eltern in die gemeinsame Elternschaft dar, bei welcher

²⁰ TEUBERT/PINQUART 2010.

²¹ MCHALE 1997.

²² BELSKY/CRNIC/GABLE 1995; BELSKY/PUTNAM/CRNIC 1996.

²³ TEUBERT/PINQUART 2010.

²⁴ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

²⁵ MCHALE 1995; KATZ/GOTTMAN 1996.

²⁶ GRYCH/FINCHAM 1993; KATZ/LOW 2004.

²⁷ LIMET 2009b.

²⁸ LIMET 2010.

beide so gut wie möglich verhandeln und sich in ihren Erziehungsaufgaben koordinieren.²⁹ Eine vereinte gemeinsame Elternschaft charakterisiert sich in Familien nach der Trennung denn auch durch ein höheres Konflikts- und Spannungspotential, als wenn eben gar keine gemeinsame Elternschaft vorhanden ist.³⁰ Selbst wenn sie konfliktbeladen ist, kann die vereinte gemeinsame Elternschaft als funktional betrachtet werden, trägt sie bei Familien nach Scheidung oder Trennung doch zu einer besseren sozioaffektiven Entwicklung des Kindes bei. Zahlreichen Ex-Partnern jedoch gelingt es nicht, nach der Trennung eine vereinte gemeinsame Elternschaft zu bewahren oder zu entwickeln. Die Beteiligung des Vaters, der in den meisten Fällen der nicht obhutsberechtigten Elternteil ist, nach der Trennung an den elterlichen Pflichten hängt stark von seinem Engagement im Rahmen der gemeinsamen Elternschaft vor der Trennung ab. Je früher sich der Vater bei der Entwicklung des Kindes im Rahmen der Erstbeziehung engagiert, umso tragfähiger und dauerhafter ist die Beziehung Vater-Kind auch nach der Trennung der Eltern. Dieser Faktor ist insofern überaus wichtig, als die alternierende Obhut keinen direkten Einfluss auf die Qualität der Beziehung Vater-Kind hat.³¹

Die Beziehung zwischen den beiden biologischen Eltern ist zuweilen so konfliktbeladen, dass sie die Beziehung des Kindes zu einem der beiden beeinträchtigt.³² Wird keine Einheit der Familie angestrebt, kann der Konflikt beim obhutsberechtigten Elternteil den Wunsch auslösen, den anderen biologischen Elternteil beiseite zu schieben und ihn dazu zu bringen, sich von seiner Elternrolle zurückzuziehen. Der obhutsberechtigte Elternteil kann nämlich den Kontakt zwischen dem Kind und dem anderen biologischen Elternteil einschränken.³³ So reduziert sich das elterliche Engagement des nicht obhutsberechtigten Elternteils manchmal so sehr, dass sich dieser vollständig zurückzieht. Zahlreiche Studien belegen denn auch, dass sich eine Mehrheit der nicht obhutsberechtigten Elternteile folgerichtig mit der Zeit zurückziehen.³⁴ In der Literatur werden verschiedene Gründe für diesen Rückzug des nicht obhutsberechtigten Elternteils, in den meisten Fällen heutzutage der Vater, aufgeführt. Einerseits sieht sich die Mutter manchmal gezwungen, den Zugang zum Kind einzuschränken, um es physisch zu schützen (Sucht- oder Gewaltprobleme des Ex-Partners), oder sie versucht, eine Enttäuschung des Kindes in Bezug auf den Vater zu verhindern, weil sie selber von dieser konfliktreichen Partnerschaft enttäuscht ist. Andererseits kann ein Gerichtsurteil, welches der Mutter die ausschliessliche Obhut zuspricht, bei Vätern, die sich schon durch die der Mutter zugeteilten Zugangskontrolle zum Kind bedroht sehen, ein Gefühl der Nichtanerkennung ihrer Rolle und Identität hervorrufen. Der nicht obhutsberechtigte Vater ist einzig ein «Besucher» und entwickelt oft, da ihm nur wenig Zeit zur Verfügung steht, eine freundschaftliche, freizeitbezogene Bindung ohne elterliche Autorität zum Kind.³⁵ Gewisse Studien erklären den Rückzug des nicht obhutsberechtigten Vaters mit dem Bedürfnis, sich nach den aufgrund der Trennung entstandenen Verlusten (Verlust des Vaterstatus, Auflösung der Familie, Verlust des Zuhauses usw.) emotional zu schützen und weitere Konflikte mit seiner Ex-Partnerin zu vermeiden.³⁶

●
²⁹ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

³⁰ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

³¹ AQUILINO 2006.

³² LIMET 2010.

³³ CLAESSENS 2007.

³⁴ HETHERINGTON/STANLEY-HAGAN 2002; BRAY/BERGER 1993.

³⁵ AMATO/GILBRETH 1999; HETHERINGTON/STANLEY-HAGAN 2002.

³⁶ ARENDELL 1992; WILPERT 2015.

Der Konflikt mit dem Ex-Partner im Hinblick auf die gemeinsame Elternschaft, aber auch die Begründung einer neuen Lebensgemeinschaft durch die Mutter, haben ebenfalls Auswirkungen auf die restriktive Haltung der Mutter und die Häufigkeit der Besuche des Vaters.³⁷ Gewisse nicht obhutsberechtigte Elternteile verweigern die Zahlung von Unterhaltsbeiträgen mit der Begründung, dass der obhutsberechtigte Elternteil eine neue Lebensgemeinschaft begründet habe, was zu Konflikten führen kann, die sich zum Nachteil des Kindes entwickeln. Angemerkt werden muss, dass der Rückzug des biologischen Vaters aus der gemeinsamen Elternschaft mit einer grösseren Zufriedenheit der Mutter und ihres neuen Partners über ihre Beziehung³⁸ und einer besseren Beziehung zwischen dem Kind und dem neuen Partner einhergeht.³⁹ Wenn einer oder beide der biologischen Eltern eine neue Lebensgemeinschaft begründen, wird die gemeinsame Elternschaft komplexer, da nicht mehr zwei, sondern vier Personen involviert sind. Es bestehen nämlich nun drei Elternbeziehungen, eine zwischen den beiden biologischen Elternteilen und noch zwei andere zwischen jedem der Elternteile und dem jeweils neuen Partner.⁴⁰ In vielen Fällen sind die neuen Partner namentlich aufgrund schwelender Spannungen in der Beziehung zwischen dem Kind und seinem Stiefelternteil nur wenig in die gemeinsame Elternschaft involviert.⁴¹ In anderen Fällen ist die gemeinsame Elternschaft zwischen einem Elternteil und seinem neuen Partner stark entwickelt.⁴² Im Rahmen von Patchworkfamilien müssen unterschiedlichste Elternschafts-Dyaden zusammenarbeiten; manchmal unterstützen sie sich gegenseitig und fördern damit die Einheit der Familie, manchmal treten sie im Gegenteil in einen Wettbewerb, was Konflikte und Spannungen zwischen den Familienmitgliedern entstehen lässt.⁴³ Dies bedeutet für den obhutsberechtigten Elternteil, dass er ein Gleichgewicht zwischen dem Aufbau seiner neuen Partnerschaft und der Aufrechterhaltung bzw. der Entwicklung der aktiven gemeinsamen Elternschaft mit seinem Ex-Partner suchen muss. Die Anforderungen dieser Beziehungen sind häufig widersprüchlich.

d) GEMEINSAME ELTERNSCHAFT VOR EINER SCHEIDUNG ODER TRENNUNG UND ALTERNIERENDE OBHUT

Seit einigen Jahren gehen Gesetzgeber verschiedener Länder⁴⁴ davon aus, dass es im «Interesse des Kindes» sei, wenn es von seinen beiden Eltern aufgezogen wird. Unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichstellung der Eltern hat sich die alternierende Obhut – (beispielsweise «résidence alternée» in Frankreich oder «hébergement égalitaire» in Belgien) – als die Betreuungsart durchgesetzt, die empfohlen wird, um Konflikte im Zusammenhang mit der gemeinsamen Elternschaft unter Beachtung der Grundsätze des Kindeswohls und der Gleichstellung der Eltern abzuschwächen. Während bei der alleinigen Obhut das Bedürfnis des Kindes nach Stabilität oft in den Vordergrund gerückt wurde, wurden die Nachteile beim Wechselmodell, wie beispielsweise die Instabilität, im Vergleich zum Abbruch der

³⁷ CLAESSENS 2007.

³⁸ MONTGOMERY/ANDERSON/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL 1992.

³⁹ McDONALD/DEMARIS 2002.

⁴⁰ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

⁴¹ MONTGOMERY/ANDERSON/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL 1992.

⁴² BRAY/BERGER 1993.

⁴³ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

⁴⁴ Vgl. unten Unterkapitel «4. Internationale Entwicklungen bei der alternierenden Obhut».

Beziehung mit einem Elternteil als weniger gross bewertet.⁴⁵ Obwohl die alternierende Obhut – da gleichstellungskonform – als Ideallösung beurteilt wird, wird sie in Wirklichkeit von betroffenen Eltern im Alltag keineswegs als «ideal» erlebt oder wahrgenommen. Welche Erfahrungen Eltern mit der alternierenden Obhut machen, hängt stark von der Ausgestaltung der gemeinsamen Elternschaft ab, die sie vor der Scheidung oder Trennung gelebt haben. Nicht alle Paare und Familien funktionieren gleichberechtigt oder praktizieren vor der Scheidung eine funktionierende gemeinsame Elternschaft. Der prägende Einfluss dieser verschiedenen Funktionsweisen hängt von der Lebensgeschichte der Personen, vor allem aber von ihrem sozialen und kulturellen Milieu ab.⁴⁶

Auf der Grundlage von Aussagen von Paaren in Belgien zeigt Limet⁴⁷ auf, dass in der Tat Eltern, die vor der Scheidung kooperieren und die familiären Aufgaben und Verantwortungen in gleicher Weise mittragen (funktionierende gemeinsame Elternschaft), die alternierende Obhut («hébergement égalitaire» in Belgien) positiv wahrnehmen.⁴⁸ Wenn dagegen die Zusammenarbeit bei den elterlichen Aufgaben und Verantwortungen vor der Scheidung oder Trennung schon schwach war, wird die alternierende Obhut als negativ beurteilt. Dies ist namentlich bei Paaren der Fall, deren Funktionsweise nicht egalitär, sondern durch eine geschlechtsspezifische Rollenteilung charakterisiert ist – die Frau übernimmt die Kinderbetreuung ausschliesslich, während sich der Mann hauptsächlich beruflich engagiert. In solchen Situationen erlebt vor allem die Mutter die alternierende Obhut als negativ, da sie aus ihrer Sicht die einzige Person ist, die sich um das Kind, insbesondere wenn es klein ist, kümmern kann. Solche Frauen, die ihre Identität in ihrer Rolle als Mutter sehen und sich nur wenig in der Arbeitswelt engagiert haben (Teilzeit, unsichere Arbeitsverhältnisse usw.), nehmen die alternierende Obhut als Ungerechtigkeit und Nichtanerkennung ihrer Fähigkeiten wahr.⁴⁹ Die Anordnung der alternierenden Obhut bei Familien mit einer nicht egalitären Funktionsweise und einer vor der Scheidung schwach ausgeprägten gemeinsamen Elternschaft (Engagement des einen Elternteils stärker als des anderen) stellt gemäss Limet eine «institutionelle Gewaltanwendung» dar, die in gewissen Fällen zum Entziehen von Minderjährigen führen kann, was heisst, dass einer der Elternteile, namentlich die Mutter, sich weigert, das Kind dem anderen Elternteil, der mit der Obhut an der Reihe wäre, «herauszugeben»; dies sind heikle Situationen, die ohne Intervention der Justizbehörden in der Regel zu einem vollständigen Abbruch der Beziehungen des Kindes zu einem der Elternteile führen.⁵⁰

3. DIE GEMEINSAME ELTERN SCHAFT IM SCHWEIZER RECHT

Im Folgenden wird die gemeinsame Elternschaft aus rechtlicher Sicht beleuchtet. Das Konzept der gemeinsamen Elternschaft findet ihren Ausdruck im Schweizer Recht in verschiedenen Rechten und Pflichten im Zusammenhang mit der elterlichen Sorge, der Obhut und dem persönlichen Verkehr. Diese Aspekte werden in der Folge der Reihe nach beleuchtet.

●
⁴⁵ LIMET 2009b.

⁴⁶ KELLERHALS/WIDMER 2012.

⁴⁷ LIMET 2009b.

⁴⁸ LIMET 2010.

⁴⁹ LIMET 2009b; LIMET 2010; WILPERT 2015.

⁵⁰ LIMET 2009b.

Schliesslich werden die durch das Modell der alternierenden Obhut erfolgenden Änderungen beschrieben. Die Trennung der Eltern macht die Bedeutung mehrerer mit der elterlichen Verantwortung verbundenen Rechtsbegriffe deutlich: das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, die Obhut, der persönliche Verkehr oder auch der Betreuungsanteil. Diese Rechte, die beim Zusammenleben der Eltern und Kinder ineinander aufgehen, können je nach den Entscheidungen der Eltern, den familiären Konstellationen oder den Anordnungen der Kindesschutzbehörde oder des Gerichts voneinander getrennt werden, was der elterlichen Verantwortung schwer fassbare Konturen verleiht, die sich vom früher, bis zum 30. Juni 2014 geltenden System unterscheiden. Deshalb erscheint es dienlich, diese Begriffe in der Folge zu definieren.

a) DIE ELTERLICHE SORGE

Die Förderung der gemeinsamen Elternschaft ist eines der erklärten Ziele der Revision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB). Die am 1. Juli 2014 in Kraft getretene Änderung des ZGB vom 21. Juni 2013 hat die gemeinsame elterliche Sorge von Mutter und Vater über das minderjährige Kind zum Regelfall erhoben. Bei den neuen Bestimmungen stehen insbesondere das Kindeswohl und die Gleichbehandlung von Mutter und Vater, von verheirateten und nicht miteinander verheirateten Eltern im Zentrum.⁵¹ Die gemeinsame Verantwortung der Eltern für die Entwicklung und Erziehung des Kindes, auch nach einer Trennung, wird damit zum Referenzmodell, das grundsätzlich dem Wohl des Kindes entspricht. Das Kindeswohl kann je nach den konkreten Umständen aber auch die ausschliessliche Zusprennung der elterlichen Sorge an einen Elternteil verlangen, namentlich bei chronischen Konflikten, die schädlich für das Wohl des Kindes sind.⁵²

Die neue Regelung verpflichtet Eltern, welche die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, nicht auf ein bestimmtes Rollenmodell.⁵³ Die gemeinsame elterliche Sorge bedeutet nicht, dass bei einer Trennung automatisch eine gemeinsame oder alternierende Obhut angeordnet wird. Eine solche muss dem Wohl des Kindes entsprechen und deshalb im konkreten Fall die beste Lösung darstellen, was das Bundesgericht in einem jüngeren Entscheid bestätigt hat.⁵⁴ Die Botschaft hält fest: «Mit dem Regelfall der gemeinsamen elterlichen Sorge verbindet sich die Aufforderung ans Gericht, nicht nur der Rollenverteilung während der Ehe Rechnung zu tragen, sondern auch der möglichen Entwicklung dieser Rollen nach einer Scheidung».⁵⁵ Auch mit den neuen Bestimmungen zum Unterhaltsrecht, die am 1. Januar 2017 in Kraft getreten sind, wird nicht ein bestimmtes Modell vorgeschrieben.⁵⁶

Im Zivilgesetzbuch findet sich keine Definition der elterlichen Sorge. Gemäss Lehre und Rechtsprechung handelt es sich um ein «Pflichtrecht». Dieses umfasst die Verantwortung

51 Botschaft 2011, Ziff. 1.3 ff.

52 Vgl. unten Kapitel «II. Das Kindeswohl».

53 Botschaft 2011, Ziff. 1.5.2.

54 BGer 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.4.2 und unten Unterkapitel «d) Die alternierende Obhut».

55 Botschaft 2011, Ziff. 1.5.1, S. 9092.

56 Vgl. unten Unterkapitel «d) Die alternierende Obhut».

und die gesetzliche Befugnis der Eltern, die für das minderjährige Kind nötigen Entscheidungen im Hinblick auf seine Erziehung, seine Vertretung und die Verwaltung seines Kindesvermögens zu fällen (Art. 301-306 und 318 ff. ZGB).⁵⁷

Eine bemerkenswerte Änderung zum Inhalt der elterlichen Sorge betrifft das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen (Art. 301a ZGB).⁵⁸ Unter dem alten Recht konnte der Inhaber des Obhutsrechts den Aufenthaltsort des Kindes bestimmen und damit selbst bei gemeinsamer elterlicher Sorge ohne die Zustimmung des anderen Elternteils mit dem Kind umziehen. Heute ist das Aufenthaltsbestimmungsrecht Bestandteil der elterlichen Sorge und sollte nur im Ausnahmefall einem Elternteil allein zugesprochen werden.⁵⁹ Liegt der voraussichtliche neue Aufenthaltsort im Ausland oder hat der Wechsel des Aufenthaltsortes erhebliche Auswirkungen auf die Ausübung der elterlichen Sorge und den persönlichen Verkehr (Art. 301a Abs. 2 ZGB), wie beispielsweise bei einem Umzug in eine andere Sprachregion oder in einen weit entfernten Ort,⁶⁰ bedarf es der Zustimmung des anderen Elternteils oder der zuständigen Behörde. Verlegt ein Elternteil den Aufenthaltsort des Kindes ohne Einwilligung des anderen, der Mitinhaber der elterlichen Sorge ist, in einen Vertragsstaat des Haager Kindesentführungsübereinkommens (HKÜ),⁶¹ stellt dies eine internationale Kindesentführung im Sinne des Übereinkommens dar.⁶² Das zuständige Gericht kann zum Schluss kommen, dass der Wegzug mit dem Kindeswohl vereinbar ist, dass aber eine Überarbeitung der Modalitäten zur Betreuung und zum persönlichen Verkehr mit dem Kind erforderlich ist.⁶³ Diese neue Regelung ist eine Antwort auf die Kritik, welche die Lehre im Hinblick auf Sachverhalte mit internationalem Bezug geäussert hatte.⁶⁴

Die Ausübung der elterlichen Sorge hat dem Wohl des Kindes zu dienen (Art. 296 Abs. 1 ZGB). Die gemeinsame Ausübung, im neuen Recht der Regelfall, bedeutet, dass die Eltern alle Entscheidungen für ihr Kind gemeinsam treffen. Um dies zu erreichen, hat der Gesetzgeber eine Bestimmung vorgesehen, wonach derjenige Elternteil, der das Kind betreut, allein entscheiden kann, wenn die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist sowie wenn der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist (Art. 301 Abs. 1 bis ZGB).⁶⁵

Einzig die Eltern, zu denen ein Kindesverhältnis besteht (Art. 252 ff. ZGB), können Inhaber der elterlichen Sorge sein (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Auf andere Personen dagegen, die die Rolle eines sozialen Elternteils innehaben (Stiefeltern, Pflegeeltern, Grosseltern usw.) kann die elterliche Sorge nicht übertragen werden. Sie können von der zuständigen

⁵⁷ MEIER/STETTLER 2014, Rz. 448.

⁵⁸ BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301a N 1.

⁵⁹ BGer 5A_714/2015 vom 28. April 2016, E. 4.3.2. Dies unter Vorbehalt der in Art. 310 ZGB vorgesehenen Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts als Massnahme des Kindesschutzes.

⁶⁰ MEIER/STETTLER 2014, Rz. 877 ff.; BUCHER 2013, N. 136 ff.

⁶¹ Haager Übereinkommen vom 25. Oktober 1980 über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung (SR 0.211.230.02).

⁶² BJ 2012, S. 5.

⁶³ MEIER/STETTLER 2014, Rz. 877.

⁶⁴ BJ 2012, S. 3 und Verweise: der Elternteil, der Inhaber des Obhutsrechts war, konnte allein über den Aufenthaltsort des Kindes entscheiden, selbst wenn sich dieser im Ausland befand, was Schwierigkeiten bei der Umsetzung von in der Schweiz ergangenen Urteilen bei internationalen Sachverhalten verursachte (BGE 136 III 353 ff.); vgl. BUCHER 2013, N. 4 ff.

⁶⁵ Für die Auslegung dieser Bestimmung vgl. BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301 N 3a ff. und unten Unterkapitel «c) Abgrenzung der Obhut von anderen Rechtsbegriffen».

Behörde zum Beistand (Art. 308 ZGB) oder zum Vormund (Art. 327a ZGB) des Kindes ernannt werden, haben aber keinen Zugang zur elterlichen Sorge.⁶⁶ Zusätzliche Voraussetzungen, um die elterliche Sorge innezuhaben, sind beim Kind dessen Minderjährigkeit (Art. 296 Abs. 2 ZGB) sowie bei den Eltern deren Volljährigkeit und das Nichtvorhandensein einer umfassenden Beistandschaft (Art. 296 Abs. 3 ZGB).

b) DIE OBHUT

Es existiert keine gesetzliche Definition der Obhut. Das Bundesgericht führt im Anschluss an die Lehre⁶⁷ in seiner jüngeren Rechtsprechung aus, dass die Bedeutung der «Obhut» sich im neuen Recht auf die «faktische Obhut» reduziert, das heisst auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Ausübung der Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit seiner Pflege und laufenden Erziehung⁶⁸. Wie oben erwähnt, entspricht der Begriff der Obhut im neuen Recht nicht dem altrechtlichen «Obhutsrecht».⁶⁹

Die Obhut bedeutet nicht zwingend, dass derjenige Elternteil, der diese innehat, im Alltag mit dem Kind zusammen lebt. Er kann die «Betreuung» des Kindes an einen Dritten (Krippe, Tagesmutter oder Grosseltern) übertragen,⁷⁰ wobei diese Entscheidungsbefugnis in dem Sinne begrenzt ist, dass nicht eine Betreuung organisiert werden kann, die faktisch einem Wechsel des Aufenthaltsortes des Kindes gleichkommt, da dieses Recht neu eben mit der elterlichen Sorge verbunden ist.⁷¹ Die Obhut, ein Rechtsbegriff, muss deshalb von der «Betreuung», einem faktenbezogenen Begriff, unterschieden werden (siehe unten).

Eine weitere rechtliche Folge der ausschliesslichen Obhut bei gemeinsamer elterlicher Sorge besteht darin, dass dann als Wohnsitz des Kindes der Wohnsitz des Elternteils gilt, unter dessen Obhut das Kind steht (Art. 25 Abs. 1 ZGB). Der nicht obhutsberechtigte Elternteil und das Kind haben gegenseitig Anspruch auf persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Und schliesslich ist der für das Kind geschuldete Unterhaltsbeitrag in der Regel vom nicht obhutsberechtigten Elternteil an den anderen, der die Obhut innehat, zu leisten (289 Abs. 1 ZGB).

Die Lehre ist sich nicht einig, ob nur ein Inhaber der elterlichen Sorge auch Inhaber der Obhut sein kann⁷² oder ob die Obhut auch auf Dritte, namentlich Pflegeeltern übertragen werden kann.⁷³ Sind beide Eltern Inhaber der elterlichen Sorge, kann die Obhut entweder

⁶⁶ BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 9. Stief- und Pflegeeltern haben das Recht und die Pflicht, den Eltern beizustehen und sie je nach den Umständen in der Ausübung der elterlichen Sorge zu vertreten (Art. 299, 300 ZGB), vgl. MEIER/STETTLER 2014, Rz. 451.

⁶⁷ MEIER/STETTLER 2014, Rz. 462; BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 6.

⁶⁸ BGE 142 III 612, E. 4.1 ; BGE 142 III 617, E. 3.2.2.

⁶⁹ Das altrechtliche «Obhutsrecht» schloss das Recht, den Aufenthaltsort des Kindes zu bestimmen, mit ein. Mit dem neuen Art. 301a ZGB ist dieses Recht an die elterliche Sorge geknüpft. Vgl. BGE 142 III 612, E. 4.1 ; BGE 142 III 617, E. 3.2.2; BJ 2012 S. 5; MEIER/STETTLER, Rz. 459 ff. Für eine vertiefte Diskussion der Änderungen zum Begriff der Obhut vgl. GLOOR N. 2015, S. 331 ff.

⁷⁰ MEIER/STETTLER 2014, Rz. 466 und 887; BJ 2012.

⁷¹ BJ 2012, MEIER/STETTLER 2014, Rz. 466; ein Beispiel dafür wäre der Entscheid, das Kind in einem Internat unterzubringen.

⁷² MEIER/STETTLER 2014, Rz. 1357.

⁷³ BSK ZGB SCHWENZER/COTTIER, Art. 300 N 2.

ausschliesslich einem Elternteil zugesprochen oder mit dem anderen Elternteil geteilt werden (alternierende oder geteilte Obhut), mittels einer Vereinbarung der Eltern oder, wenn sich die Eltern nicht einigen können, auf Anordnung des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde.⁷⁴

c) ABGRENZUNG DER OBHUT VON ANDEREN RECHTSBEGRIFFEN

Der Begriff der «Betreuung» ist gesetzlich nicht definiert. Er wird von der Lehre als ein rein faktenbezogener Begriff gesehen, der weiter geht als der Begriff der Obhut und sich mit dem früheren Begriff der «faktischen Obhut» deckt.⁷⁵ Er betrifft jede Person, die das Kind betreut, also den Elternteil, der die Obhut oder ein Besuchsrecht im Sinne von Art. 273 Abs. 1 ZGB ausübt, oder auch durch Delegation die Pflegeeltern (Art. 300 ZGB).⁷⁶ Umstritten ist, ob es sich um ein eigenständiges Recht handelt.⁷⁷

Der Elternteil, der das Kind betreut, kann allein Entscheidungen treffen, wenn die Angelegenheit alltäglich oder dringlich ist sowie wenn der andere Elternteil nicht mit vernünftigem Aufwand zu erreichen ist (Art. 301 Abs. 1^{bis} ZGB). Mit der neuen Regelung erhält er so das Recht, bei einer potenziell grossen Zahl von Situationen alleine zu handeln. Im Gesetz ist jedoch nicht vorgesehen, dass der andere Elternteil an das Gericht gelangen kann, wenn er mit den in diesem Rahmen getroffenen Entscheidungen nicht einverstanden ist. Ein sich daraus ergebender Konflikt kann nicht vor Gericht ausgetragen werden. Ist der Konflikt gross, können auf der Grundlage von Art. 307 ZGB Schutzmassnahmen ergriffen oder, wenn nötig, einem der Elternteile die ausschliessliche elterliche Sorge zugeteilt werden.⁷⁸

Eltern, denen die elterliche Sorge oder Obhut nicht zusteht, und das minderjährige Kind haben gegenseitig Anspruch auf angemessenen persönlichen Verkehr (Art. 273 Abs. 1 ZGB). Dieser Anspruch, in der Praxis «Besuchsrecht» genannt, hängt vom Kindesverhältnis ab und betrifft denjenigen Elternteil (den Vater und/oder die Mutter), der nicht Inhaber der elterlichen Sorge oder der Obhut ist. Bei der alternierenden Obhut besteht somit kein Raum für eine Regelung des persönlichen Verkehrs.⁷⁹ Das Besuchsrecht, ein «Pflicht-Recht» wie die elterliche Sorge, verdeutlicht, wie wichtig es für das Kind ist, eine Beziehung zu beiden Elternteilen zu haben. Das Recht auf persönlichen Verkehr hat in allererster Linie dem Interesse des Kindes zu dienen, während das Interesse der Eltern in den Hintergrund zu treten hat.⁸⁰ Die konkrete Entscheidung muss so gut wie möglich den Bedürfnissen des Kindes entsprechen.⁸¹

⁷⁴ Vgl. unten Kapitel «II. Das Kindeswohl», Unterkapitel «3e) Kriterien für die Zuteilung der alleinigen oder der alternierenden Obhut».

⁷⁵ MEIER/STETTLER 2014, Rz. 466.

⁷⁶ MEIER/STETTLER 2014, Rz. 1021.

⁷⁷ Befürwortend: MEIER/STETTLER 2014, Rz. 887, ablehnend: BUCHER 2013, N. 85 ff.

⁷⁸ BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 301 N 3h.

⁷⁹ BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 298 N 10.

⁸⁰ BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 298 N 5; BGer 5A_459/2015 vom 13. August 2015, E. 6.2.1 mit Hinweisen: BGE 131 III 209, E. 2; BGE 130 III 585, E. 2.2.1 mit Hinweisen, BGE 127 III 295, E. 4a; BGE 123 III 445, E. 3b.

⁸¹ BGer 5A_459/2015 vom 13. August 2015 mit Hinweisen: BGE 117 II 353, E. 3; BGE 115 II 206, E. 4a und 317, E. 2.

Unter persönlichem Verkehr sind nicht nur Besuche, sondern auch der Kontakt mittels Briefen oder SMS, E-Mail usw. zu verstehen.⁸² Der Anspruch auf persönlichen Verkehr muss den Umständen entsprechend angemessen sein (Art. 273 Abs. 1 ZGB) und kann auf Verlangen des Elternteils, der dessen Umsetzung verlangt (Abs. 3), von der zuständigen Behörde geregelt werden. In einem solchen Fall muss die Betreuung des Kindes geklärt werden.⁸³ Verweigert das Kind den persönlichen Verkehr, muss dies bei der Festlegung oder Änderung resp. beim Entzug dieses Anspruchs berücksichtigt werden (Art. 274 ZGB). Obwohl die Weigerung des urteilsfähigen Kindes nicht das einzige zu berücksichtigende Kriterium ist, kann eine solche einen Entzug des Anspruchs auf persönlichen Verkehr rechtfertigen, wenn eine Fortsetzung mit dem Persönlichkeitsrecht des Kindes unvereinbar wäre.⁸⁴

Gemäss Art. 274a ZGB kann der Anspruch auf persönlichen Verkehr ausnahmsweise auch Personen ohne direktes Kindesverhältnis mit dem Kind, wie beispielsweise dem genetischen Vater, den Pflegeeltern oder leiblichen Eltern, den Grosseltern oder den Geschwistern, eingeräumt werden.⁸⁵ Ein solcher Anspruch muss aber mit dem Kindeswohl vereinbar sein. Die Meinung des Kindes kann, je nach Alter, ein wichtiges Element bei der Abklärung sein, ob seine emotionalen Bindungen über den persönlichen Verkehr aufrechterhalten werden sollen.⁸⁶ Der Anspruch wird bei Uneinigkeit zwischen Eltern und Dritten vom Gericht festgelegt und darf keine für das Kindeswohl schädliche Spannungen oder Verschärfungen des Konflikts verursachen.⁸⁷

d) DIE ALTERNIERENDE OBHUT

Die alternierende Obhut war in der bis zum 31. Dezember 2016 geltenden Fassung des schweizerischen Zivilgesetzbuchs nicht in eigenen Bestimmungen geregelt. Im Rahmen der Revision des Unterhaltsrechts erachtete es der Bundesrat in seiner Botschaft als nicht angezeigt, alle getrennt lebenden Eltern zu einer alternierenden Obhut zu verpflichten. Eine derart starre Regelung wäre überdies mit der liberalen Konzeption des schweizerischen Familienrechts nicht vereinbar. Dieses bevorzugt kein spezifisches Rollenmodell, sondern überlässt es den Eltern, die Aufgaben nach ihrem Gutdünken unter sich aufzuteilen.⁸⁸

Das Parlament wollte, unter Wahrung der liberalen Konzeption, die alternierende Obhut aber noch zusätzlich fördern und führte Bestimmungen im ZGB ein, die im Entwurf des Bundesrates nicht vorgesehen waren. Die neuen Art. 298 Abs. 2^{ter} und Art. 298b Abs. 3^{ter} ZGB sind am 1. Januar 2017 in Kraft getreten und verlangen vom Gericht oder der Kindesschutzbehörde, dass sie, wenn die elterliche Sorge gemeinsam ausgeübt wird, im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut prüfen, sofern ein Elternteil oder das Kind dies verlangt. Mit diesen Bestimmungen signalisiert der Gesetzgeber, dass er dieser egalitären Organisationsweise der gemeinsamen Elternschaft nach einer Trennung

82 MEIER/STETTLER 2014, Rz. 749.

83 MEIER/STETTLER 2014, Rz. 754.

84 MEIER/STETTLER 2014, Rz. 755; BGer 5A_459/2015 vom 13. August 2015, E. 6.2.2 und zitierte Entscheide.

85 MEIER/STETTLER 2014, Rz. 760.

86 KILDE 2012, S. 311 ff.

87 MEIER/STETTLER 2014, Rz. 762.

88 Botschaft 2013, Ziff. 1.6.2.

oder Scheidung den Vorzug gibt, ohne diese aber als einziges Modell vorschreiben zu wollen.⁸⁹

Es existiert keine allgemein anerkannte Definition eines für die alternierende Obhut erforderlichen minimalen Prozentsatzes der Kinderbetreuung.⁹⁰ Gemäss Bundesgericht üben bei der alternierenden Obhut die Eltern die elterliche Sorge zwar gemeinsam aus, betreuen aber das Kind alternierend während mehr oder weniger langen Zeitspannen.⁹¹ Der Bundesrat unterscheidet zwischen der alternierenden Obhut mit einer Betreuung zu mehr oder weniger gleichen Teilen und der geteilten Obhut, eigentlich eine gemeinsame Obhut, aber mit unterschiedlichen Betreuungszeiten, beispielsweise vier Tage durch den einen und drei Tage durch den anderen Elternteil.⁹² Aus den parlamentarischen Beratungen ergibt sich, dass der Gesetzgeber keine solche Unterscheidung vornehmen wollte. Die Begriffe alternierende Obhut und geteilte Obhut sind deshalb gleichbedeutend.⁹³ In der Lehre werden die beiden Begriffe ebenfalls nicht unterschieden.⁹⁴ Gewisse Autoren sprechen ab einer Betreuungszeit von mindestens 30% durch jeden der beiden Elternteile von alternierender Obhut.⁹⁵

Die Schweizer Lehre übernimmt die Terminologie anderer Rechtssysteme, welche zwischen dem «*Wechselmodell*» (alternierender Aufenthalt des Kindes) und dem «*Nestmodell*» (alternierender Aufenthalt der Eltern) unterscheiden.⁹⁶ Das erste, in der Praxis häufiger vorkommende Modell bedeutet, dass das Kind zwischen den Wohnungen der Eltern pendelt. Im zweiten Modell sind es die Eltern, die sich abwechselnd zum in der Familienwohnung lebenden Kind begeben.⁹⁷

Es existieren in der Schweiz bis jetzt noch keine empirischen Studien zur alternierenden Obhut unter dem seit dem 1. Juli 2014 geltenden Recht. Eine Studie unter dem früheren Recht hat jedoch gezeigt, dass nur wenige Vereinbarungen ein Wechselmodell beinhalten: von 547 untersuchten, in den Jahren 2002 und 2003 ergangenen Scheidungsurteilen sehen nur 5,1% dieses Modell vor.⁹⁸ Angesichts der aktuellen gesellschaftlichen Debatte und der nun verstärkten Sensibilisierung der Fachleute wird im Rahmen der vorliegenden Studie aber davon ausgegangen, dass die alternierende Obhut heute in der Schweiz häufiger ist.

●
⁸⁹ Vgl. ENGLER, AB 2015 S 187; VON GRAFFENRIED, AB 2015 N 422.

⁹⁰ Vgl. GLOOR N. 2015, S. 342.

⁹¹ BGer 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.4.3.

⁹² Botschaft 2013, Ziff. 2.1.1, S. 572.

⁹³ Zum Beispiel JANIÄK, AB 2014 S 1121; VON GRAFFENRIED, AB 2015 N 79.

⁹⁴ BÜCHLER/MARANTA 2014, Rz. 39.

⁹⁵ SALZGEBER/SCHREINER 2014, S. 68; SÜNDERHAUF/WIDRIG 2014, S. 893 (33%); vgl. auch GLOOR N. 2015, S. 342, Rz. 69. Die 30% wurden in den parlamentarischen Beratungen ebenfalls erwähnt, vgl. VON GRAFFENRIED, AB 2015 N 79.

⁹⁶ MEIER/STETTLER 2014, Rz. 2060; WIDRIG 2013, S. 903; BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 298 N 6.

⁹⁷ SALZGEBER/SCHREINER 2014, S. 67.

⁹⁸ CANTIENI 2007, S. 175.

4. INTERNATIONALE ENTWICKLUNGEN IM BEREICH DER ALTERNIERENDEN OBHUT

Im Folgenden wird über Erfahrungen in einigen Ländern berichtet, welche die alternierende Obhut als prioritäre Organisationsform der Kinderbetreuung nach einer Trennung oder Scheidung eingeführt haben.

In der gesellschaftlichen Realität bleibt die alternierende Obhut im Allgemeinen und trotz stärkerer Verbreitung in den letzten Jahren eine Lösung für eine Minderheit von Fällen, namentlich, wenn man von einer 50-50 Aufteilung der Betreuung ausgeht.⁹⁹ Generell liegt die prozentuale Verbreitung nicht höher als bei 35%. In Frankreich¹⁰⁰ betrug sie 2012 21%, in den Niederlanden¹⁰¹ 2008 16%, in England¹⁰² 2007 12%, in Dänemark 2008 20%, in Norwegen¹⁰³ 2008 25%, in Schweden¹⁰⁴ 2009 30%, in Quebec¹⁰⁵ 2008 20%, in Australien¹⁰⁶ 2010 8%, in Arizona¹⁰⁷ 2007 15% und in Wisconsin¹⁰⁸ 2007 31%. Diese statistischen Angaben sind mit grosser Vorsicht zu geniessen.¹⁰⁹ Einerseits werden die Daten nicht systematisch gesammelt. Andererseits stammen sie aus Scheidungsurteilen oder gerichtlichen Regelungen zu den Unterhaltsbeiträgen und sind deshalb nicht vollständig. Dazu kommt, dass die Definition von alternierender Obhut je nach Land unterschiedlich ist. Beispielsweise erfassen gewisse US-Bundesstaaten die alternierende Obhut ab einem Betreuungsanteil von mindestens 25% (so Wisconsin), während andere die Grenze bei 30% setzen. Folglich spiegeln sich in den verschiedenen Statistiken zur alternierenden Obhut unterschiedliche Realitäten. Auch unterscheiden die verschiedenen Studien nicht systematisch zwischen alternierender Obhut und gemeinsamer elterlicher Sorge. Statistische Vergleiche sind angesichts dieser Feststellungen also nicht sehr verlässlich.¹¹⁰ Tendenziell zeigt sich aber, dass die alternierende Obhut, obwohl in Zunahme begriffen, in einer Minderheit der Fälle festgelegt wird, namentlich in der Form mit gleich grossen Anteilen (50/50).

Einige Länder werden in der Folge vertiefter betrachtet.

a) ENTWICKLUNGEN IN AUSTRALIEN UND QUEBEC

Australien: In Australien ist 2006 eine Gesetzesrevision, *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act* (*'Shared Parental Responsibility Act'*) genannt, in Kraft getreten.¹¹¹ Eines der Ziele dieser Revision war es, die Beteiligung beider Eltern an der Kinderbetreuung nach ihrer Trennung signifikant zu fördern. Zu diesem Zweck führte die Revision zwei wichtige

⁹⁹ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

¹⁰⁰ CARRASCO/DUFOUR 2015, S. 2.

¹⁰¹ SPRUIJT/DUINDAM 2009, S. 65.

¹⁰² PEACEY/HUNT 2008, S. 19.

¹⁰³ BJORNBERG/OTTENSEN 2013, S. 59.

¹⁰⁴ BERGSTRÖM/MODIN/FRANSSON/RAJMIL/BERLIN/GUSTAFSSON/HJERN 2013, S. 1.

¹⁰⁵ BILAND/SCHÜTZ 2013, S. 3.

¹⁰⁶ CASHMORE/PARKINSON/WESTON/PATULNY/REDMOND/QU/BAXTER/RAJKOVIC/SITEK/KATZ 2010, S. 139.

¹⁰⁷ VENOHR/KAUNELIS 2008, S. 5.

¹⁰⁸ BARTFELD 2011, S. 5.

¹⁰⁹ BARTFELD 2011.

¹¹⁰ BARTFELD 2011.

¹¹¹ Vgl. RHOADES 2012, S. 158 ff.; SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, S. 109 ff.

Aspekte ein, die von den Gerichten in Urteilen mit Kindern zu berücksichtigen sind: die positiven Wirkungen eines signifikanten Kontakts des Kindes mit seinen beiden Eltern, und die Notwendigkeit, das Kind vor jeglicher Gefahr für das Kindeswohl wie beispielsweise Misshandlung, Vernachlässigung oder familiäre Gewalt, zu schützen.¹¹² Eine 2009 publizierte Evaluation dieses Gesetzes förderte jedoch eine problematische Umsetzung der Revision zutage. Gemäss dieser empirischen Studie stellten Fachleute der Familiengerichtbarkeit fest, dass in gewissen Fällen der Grundsatz der Beibehaltung eines signifikanten Kontakts mit beiden Elternteilen höher gewichtet wurde als die Sicherheit des Kindes.¹¹³ Es wurden Befürchtungen geäussert, dass eine Reihe von Kindern aufgrund der Reform, die den Akzent auf die gleichlange Zeit, die ein Kind mit jedem der Elternteile zu verbringen hat, gefährdenden Situationen ausgesetzt seien.¹¹⁴ Ein anderer Expertenbericht wies darauf hin, dass das Gewicht, das der Fähigkeit jedes Elternteils, den Kontakt mit dem anderen Elternteil zu fördern, zugeordnet wird, gewisse Elternteile daran hindere, angesichts des gewalttätigen Verhaltens des anderen Elternteils Bedenken für die Sicherheit des Kindes auszusprechen.¹¹⁵ Diese Ergebnisse führten zur Revision von 2011, welche den Schutz des Kindes vor Gewalt verstärkt hat.¹¹⁶ Interessant ist schliesslich die Feststellung, dass die Revision von 2006, trotz ihres Ziels, die gleichwertige Beteiligung beider Elternteile an der Betreuung des Kindes (*equal-time parenting*) zu fördern, in der gesellschaftlichen Realität nicht zu einer stärkeren Verbreitung dieses Modus der Organisation der Kinderbetreuung geführt hat.¹¹⁷ In der Literatur wird die offensichtliche Stagnation mit den schwierigen wirtschaftlichen Verhältnissen in Australien erklärt, die es den getrennten Eltern nicht erlaubten, sich in dieser gleichberechtigten Art und Weise zu organisieren: es fehlten ihnen die Ressourcen und die für die Umsetzung einer solchen Form der Obhut erforderliche Flexibilität.¹¹⁸

Quebec: Im Zivilgesetzbuch von Quebec findet sich das Konzept der «geteilten physischen Obhut» (*garde physique partagée*) nicht explizit, es ist aber seit den 90er-Jahren von der Rechtsprechung anerkannt.¹¹⁹

Eine 2013 publizierte quantitative Studie, bei welcher 2000 Gerichtsdossiers (im Jahr 2008 ergangene gerichtliche Verfügungen zum Unterhalt) mit einer 1998 vom Justizministerium begründeten Sammlung von gerichtlichen Verfügungen verglichen wurden, zeigt eine starke Zunahme der alternierenden Obhut: die alleinige Obhut der Mutter sank von 79% auf 60,5%, die geteilte Obhut stieg von 8,1% auf 19,7%, die alleinige Obhut je beider Elternteile (wenn die Geschwister nicht alle beim gleichen Elternteil leben) ging von 7,2% auf 5,3% zurück und die alleinige Obhut des Vaters wuchs von 5,4% auf 13,5% an.¹²⁰ Diese Studie belegt, dass Uneinigkeiten bei der Zuteilung der Obhut eher selten sind, was schon

●
¹¹² Family Law Act 1975 (Cth), s 60(CC)(2)(a) und (b).

¹¹³ KASPIEW/GRAY/WESTON/MOLONEY/HAND/QU 2009, S. 236.

¹¹⁴ SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, S. 120; RHOADES 2012, S. 165.

¹¹⁵ CHISHOLM 2009, S. 101 ff.

¹¹⁶ Family Law Legislation Amendment (Family Violence & Other Measures) Act 2011 (Cth) (the Family Violence Act).

¹¹⁷ SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, S. 140.

¹¹⁸ SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, S. 141.

¹¹⁹ CÔTÉ/GABOREAN 2015, S. 30 ff.

¹²⁰ BILAND/SCHÜTZ 2013, S. 3.

1998 in einer Studie gezeigt wurde, wonach bei lediglich 15% der Scheidungen ein gerichtlicher Entscheid zur Obhut der Kinder erging.¹²¹ Das bedeutet, dass in der überwiegenden Zahl der Fälle die Obhutsform ohne Beizug des Gerichts festgelegt wurde.¹²² Die Zuteilung der alleinigen Obhut an die Mutter resultiert im Übrigen daraus, dass sich Mütter stärker für eine solche Zuteilung einsetzen, selbst wenn Väter heute engagierter sind als früher.¹²³ Auch findet sich die geteilte Obhut häufiger bei günstigen finanziellen Verhältnissen, was gemäss dieser Studie den folgenden Schluss erlaubt: je höher das Einkommen des Vaters ist, umso mehr nimmt die alleinige Obhut der Mutter zugunsten einer alternierenden Obhut ab, und zwar im gleichen Ausmass.¹²⁴ Bei der Zuteilung der Obhut spielt das Alter der Kinder ebenfalls eine Rolle, werden doch 80% der Kinder bis 6 Jahre, aber nur noch 51% der 12- bis 18-Jährigen von ihrer Mutter betreut. Die Anzahl der Kinder spielt ebenfalls eine Rolle: bei mindestens drei Geschwistern ist die alternierende Obhut häufiger als bei Einzelkindern. Gemäss den Autoren dieser Studie kann aber nicht auf einen Umbruch bei der Kinderbetreuung geschlossen werden, da in der Mehrheit der Fälle immer noch die alleinige Obhut der Mutter anzutreffen ist, auch wenn heute Väter häufiger eine solche verlangen.¹²⁵

Eine andere Studie stellt fest, dass in Quebec die geteilte physische Obhut zur gesellschaftlichen Norm geworden ist, und zwar sowohl in der Wahrnehmung der getrennten Eltern wie auch der Fachleute der Familiengerichtsbarkeit (Anwältinnen und Anwälte, Richterinnen und Richter).¹²⁶ Während die Organisation der Präsenzzeit des Kindes bei jedem der Elternteile und die ökonomische Verantwortung nach dem Prinzip der symmetrischen Aufteilung (halb/halb) erfolgen, sind in Wirklichkeit weder die finanzielle Aufteilung noch die Aufteilung des Erziehungs- und Betreuungsaufwandes egalitär: oft nehmen Mütter mehr Aufgaben wahr als Väter, und das Prinzip der gleichen Aufteilung der Kosten übertüncht die immer noch vorhandene Lohnungleichheit, sind doch die Einkommen der Mütter im allgemeinen tiefer.¹²⁷

b) ENTWICKLUNGEN IN GEWISSEN EUROPÄISCHEN LÄNDERN

Frankreich: Frankreich hat die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge für verheiratete Eltern und für unverheiratete Eltern, bei denen der Vater das Kind innerhalb eines Jahres nach der Geburt anerkannt hat, zur Regel erhoben. In allen anderen Fällen wird eine gemeinsame Erklärung der Eltern verlangt (Art. 372 französischer Code civil, CCF). Die Trennung der Eltern durch Scheidung, Beendigung des Konkubinats oder Auflösung des PACS hat keinen Einfluss auf die Ausübung der elterlichen Sorge (Art. 373-2 CCF). Erfordert es das Kindeswohl, kann das Gericht die Ausübung der elterlichen Sorge einem der beiden Eltern zuteilen (Art. 373-2-1 CCF).

¹²¹ JOYAL 2003, S. 271.

¹²² BILAND/SCHÜTZ 2013, S. 4.

¹²³ BILAND/SCHÜTZ 2013, S. 5.

¹²⁴ BILAND/SCHÜTZ 2013, S. 5 f.

¹²⁵ BILAND/SCHÜTZ 2013, S. 6.

¹²⁶ CÔTÉ/GABOREAN 2015, S. 39 ff.

¹²⁷ CÔTÉ/GABOREAN 2015, S. 41.

Zwei Revisionen hatten Einfluss auf das Recht der elterlichen Sorge: das Gesetz Nr. 2002-305 vom 4. März 2002 und das Gesetz Nr. 2004-439 vom 26. Mai 2004.¹²⁸ Mit dem ersten Gesetz wurde die Möglichkeit des Wechselmodells (*résidence alternée*) des Kindes eingeführt, während mit dem zweiten Gesetz das Scheidungsverfahren revidiert wurde, um vermehrte Einigungen der Ehepartner zu jedem Zeitpunkt des Verfahrens zu fördern.

Seit 2002 kann der Aufenthalt des Kindes alternierend bei beiden Elternteilen oder bei einem der beiden festgelegt werden (Art. 373-2-9 CCF). Die Ausarbeitung dieser Bestimmung wurde von einer gesellschaftlichen Debatte begleitet,¹²⁹ die sich bis heute in zwei Lager teilt: gewisse Kinderpsychologen und -psychiater, die auf der Schädlichkeit des Wechselmodells für Kinder unter sechs Jahren beharren,¹³⁰ und die Verfechter des Modells, die betonen, dass das Prinzip der gemeinsamen Elternschaft vom jüngsten Kindesalter an zum Wohlergehen des Kindes beiträgt, dabei aber eingestehen, dass die alternierende Obhut in der Praxis schwierig umzusetzen ist.¹³¹

Seit Inkrafttreten des Gesetzes 2002 hat in Frankreich die Zahl der Fälle, in welchen das Wechselmodell festgelegt wurde, zugenommen, von 12% auf 21% bei den Scheidungen und von 8% auf 11% bei der Trennung von unverheirateten Eltern, und liegt damit insgesamt bei 17%. Der Hauptaufenthaltort bei der Mutter bleibt jedoch die meistverbreitete Lösung, in 71% der Fälle, während bei 12% der Fälle der Aufenthalt beim Vater festgelegt wurde.¹³² Bei 80% der Fälle gelangten die Parteien vor dem Familiengericht zu einer Einigung.¹³³ In den Vereinbarungen zum Wechselmodell wird dieser in über 86% der Fälle in Form eines wöchentlichen Turnus, bei 7% nach Absprache der Eltern und in 1,3% in Form eines 14-tägigen Turnus organisiert.¹³⁴

Die empirischen Studien unterstreichen die Wichtigkeit des Alters des Kindes und der sozialen Stellung der Eltern bei den von den französischen Gerichten erlassenen Anordnungen des Wechselmodells. Eine Studie zu im Jahr 2012 ergangenen Urteilen stellt fest, dass der Anteil der Kinder mit Hauptaufenthaltort bei der Mutter bei Kindern unter 5 Jahren häufiger ist (84%) und dann umgekehrt proportional zum Alter des Kindes abnimmt. Am häufigsten wird das Wechselmodell bei den 5- bis 10-Jährigen angeordnet (24%). Und schliesslich wird bei 23% der 15- bis 18-Jährigen der Aufenthalt beim Vater festgelegt.¹³⁵ Hinsichtlich der sozialen Stellung der Eltern wird festgestellt, dass das Wechselmodell vorrangig bei Vätern der Mittel- und Oberschicht vorkommt und dass die berufliche Aktivität der Mütter als unabdingbare Notwendigkeit für die Umsetzung dieses Projekts erscheint.¹³⁶ Die Autorinnen einer anderen Studie halten fest, dass die Institutionalisierung des Wechselmodells nicht ausreicht, um eine Gleichstellung zwischen getrennten Eltern zu erreichen. Es sei eher so, dass bei hinsichtlich der beruflichen Aktivität relativ gleichberechtigten Paaren die Chance grösser sei, dass die Asymmetrie der Elternrollen

●
¹²⁸ CARRASCO/DUFOUR 2015, S. 6.

¹²⁹ Vgl. CÔTÉ/GABOREAN 2015, S. 32 mit Hinweisen.

¹³⁰ Vgl. namentlich PHÉLIP 2013; BERGER 2009.

¹³¹ Vgl. insbesondere NEYRAND 2014; NEYRAND/ZAOUCHE-GAUDRON 2014.

¹³² GUILLONNEAU/MOREAU 2013, S. 5.

¹³³ GUILLONNEAU/MOREAU 2013, S. 6.

¹³⁴ GUILLONNEAU/MOREAU 2013, S. 21.

¹³⁵ GUILLONNEAU/MOREAU 2013, S. 22.

¹³⁶ BESSIÈRE/BILAND/FILLOD-CHABAUD 2013, S. 135 ff.

ebenfalls weniger gross sei, so dass im Zeitpunkt der Auflösung der Beziehung ein Wechselmodell eher durchführbar erscheine.¹³⁷

2014 ist ein Gesetzesentwurf zur elterlichen Sorge und zum Kindeswohl von der Nationalversammlung angenommen und an den Senat weitergeleitet worden.¹³⁸ Mit der Revision soll der Begriff des Wechselmodells aus dem Code civil gestrichen und damit die binäre Alternative bei Trennung der Eltern zwischen alternierendem Aufenthalt oder Aufenthalt am Wohnsitz des einen Elternteils abgeschafft werden. Art. 373-2-9 CCF würde folgendermassen abgeändert: «In Anwendung von Artikel 373-2-7 und 373-2-8 wird die Häufigkeit und Dauer des Aufenthalts des Kindes am Wohnsitz jedes Elternteils mittels einer Vereinbarung zwischen den Eltern oder, falls nötig, durch das Gericht, festgelegt. In Ausnahmefällen kann das Gericht den Aufenthalt des Kindes am Wohnsitz des einen Elternteils festlegen. In diesem Fall regelt es die Modalitäten des Besuchsrechts des anderen Elternteils. Wenn es die Umstände erfordern, kann das Besuchsrecht in einem vom Gericht bestimmten Begegnungsraum ausgeübt werden». Gemäss dem Bericht der Gesetzeskommission soll mit der Revision der Graben zwischen Befürwortern und Gegnern des Wechselmodells überwunden und die Diskussion auf die Wahl der für das Kindeswohl in der konkreten familiären Situation geeignetsten praktischen Organisation zurückgeführt werden. Der Aufenthalt am Wohnsitz jedes der beiden Elternteile setzt nämlich gemäss demselben Bericht nicht eine gleichmässige Aufteilung der Präsenzzeit bei jedem der beiden voraus.¹³⁹

Belgien: Belgien hat die Ausübung der gemeinsamen elterlichen Sorge für verheiratete und unverheiratete Eltern unabhängig von der Frage der Unterkunft in einem Gesetz vom 13. April 1995 verankert und in den Art. 371 bis 387ter des belgischen Code civil (CCB) konkretisiert, um die Eltern zu ermutigen, im Interesse ihres Kindes/ihrer Kinder eine Einigung zu finden. Die alleinige elterliche Sorge wird als Ausnahme betrachtet und kommt namentlich bei Meinungsverschiedenheiten «über die Organisation der Unterbringung des Kindes, über wichtige Entscheidungen zu seiner Gesundheit, Erziehung, Ausbildung, Freizeit und religiöse oder philosophische Ausrichtung» (Art. 374 al. 2 CCB) zum Tragen. Gemäss Rechtsprechung können nur völlig aussergewöhnliche, gravierende und auf bewiesenen Tatsachen beruhende Umstände, die zeigen, dass die Beibehaltung der gemeinsamen elterlichen Sorge für das Kindeswohl schädlich wäre, ein Gericht dazu bewegen, eine alleinige Ausübung zu verfügen.¹⁴⁰

Mit einem Gesetz vom 18. Juli 2006¹⁴¹ hat Belgien in der Folge das Prinzip des Wechselmodells (*hébergement égalitaire*) eingeführt, auch «gemeinsame Elternschaft bezüglich Unterbringung» (*«coparenté en matière de résidences»*; Art. 374 § 2 Abs. 2 CCB) genannt. Gemäss dieser Bestimmung prüft das Gericht, wenn keine Einigung der Eltern zustande kommt, prioritär diese Möglichkeit. Scheint ihm diese Lösung nicht angemessen, kann es eine andere Form der Unterbringung anordnen, muss aber seinen Entscheid ausführlich begründen. Der Gesetzgeber hat also die egalitäre Aufteilung der vom Kind mit jedem Elternteil

¹³⁷ BESSIÈRE/BILAND/FILLOD-CHABAUD 2013, S. 136. Vgl. auch unten Kapitel «IV. Materielle und strukturelle Voraussetzungen».

¹³⁸ Text Nr. 664 (2013-2014), am 27. Juni 2014 an den Senat weitergeleitet.

¹³⁹ Bericht Nr. 1925 von Marie-Anne Chapdelaine, im Namen der Gesetzeskommission verfasst, am 7. Mai 2014 vorgelegt.

¹⁴⁰ SOSSON 2014, S. 414 mit Hinweisen.

¹⁴¹ Gesetz vom 18. Juli 2006 «tendant à privilégier l'habbergement égalitaire de l'enfant dont les parents sont séparés et réglementant l'exécution forcée en matière d'habbergement d'enfant», 2006009678, 43971.

verbrachten Zeit zur Regel und die nicht gleichberechtigte Unterbringung zur Ausnahme erhoben.¹⁴²

Die belgische Studie von Limet, aus welcher weiter oben einige Resultate vorgestellt worden sind, hat auf die mangelnde Zufriedenheit von Müttern, die vor der Trennung die Kinderbetreuung wahrgenommen hatten, hingewiesen. Wird eine alternierende Obhut angeordnet, nehmen sie dies als mangelnde Anerkennung ihrer Fähigkeiten wahr.¹⁴³ In der Folge werden Gerichtsurteile, die eine gleichberechtigte Unterbringung anordnen, von den Eltern häufig nicht eingehalten, insbesondere von den Müttern nicht, die sich weigern, das Kind dem Vater zu überlassen.¹⁴⁴ Eine andere empirische Studie hat mit Besorgnis die seit 2006 erfolgte Zunahme von Urteilen in Belgien festgestellt, die in hochkonflikthaften Fällen eine alternierende Obhut anordnen, was nach heutigem Kenntnisstand in den Sozialwissenschaften eine Gefahr für das Kindeswohl darstellt.¹⁴⁵

Ein Gesetzesentwurf vom 21. Oktober 2014¹⁴⁶ schlägt die Änderung von Art. 374 CCB durch die Streichung des Wortes «prioritär» vor, um die Unsicherheit zur Tragweite dieser Bestimmung, die teilweise wie eine verbindliche Regel ausgelegt wurde, zu beenden. Der Entwurf wird derzeit vom belgischen Gesetzgeber geprüft. Zur Unterstützung des Vorschlags werden Statistiken von 2011 zu mehr als 1'800 Elternteilen angeführt, deren Kind/Kinder bei ihnen untergebracht sind. Sie zeigen, dass 29,3% der Kinder sich immer bei ihrer Mutter aufhalten, 15% hauptsächlich mit Ausnahme der Wochenenden bei ihrer Mutter, 8,9% bei ihrem Vater, 1,4% hauptsächlich mit Ausnahme der Wochenenden bei ihrem Vater, 27,1% alternierend bei beiden Eltern im Sinne des Wechselmodells (33%-66%), 9,2% während der Woche bei der Mutter und am Wochenende beim Vater, 1,2% während der Woche beim Vater und am Wochenende bei der Mutter, und dass bei 0,8% das Nestmodell praktiziert wird (alternierender Aufenthalt der Eltern)¹⁴⁷ sowie 7,2% ohne feste Regeln für die Unterbringung sind. Auch wenn sich, sogar bei kleinen Kindern, klar eine Gleichstellung der Eltern abzeichnet, macht doch der Gesetzesvorschlag sichtbar, wie wichtig eine massgeschneiderte Unterbringungslösung ist, welche die Wahl der Schule, die berufliche Situation der Eltern und auch die Freizeitaktivitäten der Kinder mitberücksichtigt. Als im Hinblick auf diese Unterbringungslösung hinderliche Faktoren werden die Distanz zwischen den Wohnungen der Eltern oder der fehlende Dialog zwischen den Eltern genannt. In einem Exkurs wird auf das Problem einer mit einem dauernden Schulwechsel verbundenen wochenweisen Unterbringung (eine Woche bei der Mutter/eine Woche beim Vater) hingewiesen. Gemäss den Verfasserinnen des Vorschlages könnte vom flämischen Minister für das Unterrichtswesen das Ende dieser Praxis entschieden werden.¹⁴⁸

●
¹⁴² SOSSON 2014, S. 422; CÔTÉ/GABOREAN 2015, S. 28.

¹⁴³ LIMET 2009b; LIMET 2010 und oben Unterkapitel «2d) Gemeinsame Elternschaft vor einer Scheidung oder Trennung und alternierende Obhut».

¹⁴⁴ LIMET 2009a, S. 16, zitiert nach CÔTÉ/GABOREAN 2015, S. 38 f.

¹⁴⁵ SODERMANS/MATTHJIS/SWICEGOOD 2013, S. 840.

¹⁴⁶ Belgische Abgeordnetenversammlung, Gesetzesentwurf zur Änderung von Artikel 374 des Code civil (eingereicht von Sabien Lahaye-Battheu und Carina Van Cauter), DOC 54 0462/001.

¹⁴⁷ Das Kind bleibt in der Familienwohnung und die Eltern weilen abwechselungsweise dort.

¹⁴⁸ Gesetzesentwurf zur Änderung von Artikel 374 des Code civil, DOC 54 0462/001, FN 1.

c) DIE RESOLUTION 2079 (2015) DES EUROPARATES

In der von der Parlamentarischen Versammlung am 2. Oktober 2015 angenommenen Resolution 2079 (2015)¹⁴⁹ verabschiedete der Europarat eine Reihe von Empfehlungen an die Mitgliedstaaten, namentlich im Hinblick auf die Aufnahme folgender Themen in ihre Gesetzgebung: den Grundsatz des Wechselmodells (*résidence alternée, shared residence*) nach einer Trennung (mit Ausnahme von Situationen des Kindesmissbrauchs oder -vernachlässigung, oder der häuslichen Gewalt); die Festlegung der Aufenthaltsdauer bei jedem Elternteil entsprechend den Bedürfnissen und Interessen der Kinder; die Beachtung des Rechts des urteilsfähigen Kindes, zu allen es betreffenden Angelegenheiten angehört zu werden; die Berücksichtigung des Wechselmodells bei der Gewährung von Sozialleistungen; die Förderung und Entwicklung der Mediation im Rahmen von familiengerichtlichen Verfahren mit Kindern, darunter der vom Gericht angeordnete obligatorische Besuch einer Informationsveranstaltung; eine entsprechende Ausbildung der Mediatorinnen und Mediatoren; eine erwünschte multidisziplinäre Zusammenarbeit nach der Cochemer Praxis; die interdisziplinäre Ausbildung der Fachleute, die bei familiengerichtlichen Verfahren im Kontakt mit den Kindern sind; gemäss den Leitlinien des Europarates für eine kinderfreundliche Justiz auf Kinder angepasste Verfahren; Anreize für die Ausarbeitung von Elternvereinbarungen; die Einführung eines Revisionsbegehrens durch die Kinder selber, insbesondere, was ihren Aufenthaltsort betrifft; den Elternurlaub für Väter.

Im Vorbericht vom 14. September 2015 zur Resolution der Kommission über Gleichstellung und Nichtdiskriminierung (Berichterstatteurin Françoise Hetto-Gaasch), wird das Wechselmodell als eine Modalität der Betreuung des Kindes verstanden, wonach das Kind sich alternierend bei jedem der beiden Eltern zu mehr oder weniger gleichen Teilen aufhält, wobei die Betreuungszeiten in Tagen, Wochen oder sogar Monaten bestimmt werden können. Das Wechselmodell wird manchmal auch geteilte Obhut, alternierende Obhut, gleichberechtigter oder paritätischer Aufenthalt genannt.¹⁵⁰ Dieser Vorbericht stützt sich namentlich auf neuere Untersuchungen, die die Wichtigkeit nicht der Form der Obhut, sondern der Bedingungen betonen, unter welchen sie ausgeübt wird, müsse doch das Umfeld und die Familiendynamik fallweise evaluiert werden, da kein Modell allein allen Situationen gerecht werde.¹⁵¹ Elemente, die dem Wechselmodell eher nicht förderlich sind, sind andauernde Konflikte zwischen den Eltern, die schlechte Beziehung des Kindes zu einem Elternteil, die besondere Situation von Jugendlichen, die zwei Haushalte manchmal als Nachteil und deren geographische Entfernung voneinander als zu weit beurteilen. Schliesslich ist

¹⁴⁹ Europarat, Resolution 2079 Gleichstellung und gemeinsame elterliche Verantwortung: die Rolle der Väter, 2. Oktober 2015.

¹⁵⁰ Vgl. Europarat 2015. Der Vorbericht verwendet, im Interesse einer begrifflichen Klärung, eher den Begriff «Wechselmodell» (*résidence alternée, shared residence*) als «Obhut», da es bei Obhut eine Begriffsverwirrung gibt: der Begriff der «Obhut» (*garde; custody*) bezeichnet je nach Rechtssystem die «gemeinsame» (*garde conjointe; joint custody*) oder «alleinige» (*garde exclusive; sole custody*) elterliche Verantwortung oder elterliche Sorge, während der Begriff der «geteilten Obhut» (*garde partagée; shared custody* in Kanada oder *joint physical custody* in den USA) die Modalitäten des Aufenthaltes des Kindes umschreibt, wobei das Konzept der Obhut (im Sinne von «Aufenthalt») von demjenigen der Verantwortung oder elterlichen Sorge unterschieden werden muss, da das eine das andere nicht voraussetzt (Europarat 2015, S. 7).

¹⁵¹ Verweis auf CYR 2014, S. 33.

anerkannt, dass der Wechsel von einem Elternteil zum anderen heikel ist, wobei die Stimmung, in welcher dieser Wechsel stattfindet, eine grosse Rolle spielt.

5. FAZIT

Nach einer Scheidung oder Trennung stellt sich im Familienalltag die gemeinsame Elternschaft auf der Grundlage von vereinzelt und fragilen Interaktionen zwischen den Ex-Partnern her. Sie hängt zwar vom Verantwortungsgefühl der geschiedenen/getrennten Eltern gegenüber ihren gemeinsamen Kindern, aber auch von den neuen Paarbeziehungen, die sie aufbauen können, und vom Fortbestand oder sogar von der Verschlimmerung der ursprünglichen Konflikte, die zur Trennung geführt haben, ab. Das Kindeswohl ist eine, aber nicht die einzige Dimension, welche die Eltern berücksichtigen. Das Recht postuliert, dass der Kontakt des Kindes mit beiden Elternteilen zu seinem Vorteil ist, und erhebt das Kindeswohl zum zentralen Wert, der garantiert werden soll, indem Mindestanforderungen an die elterliche Sorge, die Obhut und die Weiterführung des persönlichen Verkehrs gestellt werden. Das Recht zwingt jedoch den Eltern nicht eine spezifische Organisation der Betreuung ihrer Kinder auf, sondern überlässt es ihnen im Gegenteil, die Aufgaben nach ihrem Gutdünken unter sich aufzuteilen.¹⁵² Die Justiz schreitet im Grundsatz nur ein, wenn den Eltern eine Einigung über die konkreten Modalitäten ihrer gemeinsamen Elternschaft nicht gelingt.

In der Praxis lässt sich eine beträchtliche Diskrepanz zwischen dem Verhalten der Eltern und den im geltenden Recht vorgeschlagenen Lösungen feststellen. Die Ex-Partner befinden sich in einer oft konfliktreichen komplexen Beziehungsdynamik, welche keine einfachen Lösungen bietet, sondern sowohl bei Müttern wie Vätern Auslöser für zahlreiche Frustrationen ist. Das Recht indessen legt einen normativen Rahmen fest, der zunehmend in Richtung eines gleichberechtigten Engagements der beiden Eltern geht. Diese Gleichberechtigung kommt den Erwartungen gewisser Elternteile entgegen, namentlich derjenigen Väter, die nach der Trennung mit ihren Kindern eine aktive Beziehung beibehalten möchten. Gleichzeitig aber generiert das Recht so potentiell zahlreiche Spannungen, da es zwischen den Ex-Partnern stärkere gegenseitige Verflechtungen schafft, die in Widerspruch mit deren Wunsch geraten können, ihr Familienleben autonom zu gestalten, was lediglich den seit ungefähr fünfzig Jahren zunehmenden Individualismus im Familienbereich spiegelt. Die internationalen Erfahrungen belegen diese Beobachtungen: in denjenigen Ländern, die die alternierende Obhut als prioritäres Modell für die Organisation der gemeinsamen Elternschaft nach einer Scheidung oder Trennung gewählt haben, haben empirische Studien doch die Grenzen einer solchen Lösung aufgezeigt.

¹⁵² Botschaft 2013, Ziff. 1.6.2; BGer 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015, E. 4.4.3.

II. DAS KINDESWOHL

1. EINLEITUNG

Das Kindeswohl (*l'intérêt supérieur de l'enfant/ le bien de l'enfant*) ist ein Rechtskonzept, das auf psychosozialen Erkenntnissen zum Wohlergehen des Kindes beruht. Zur Beantwortung der Frage, unter welchen Umständen die alternierende Obhut die beste Lösung für das Kind ist,¹⁵³ ist folglich eine interdisziplinäre Annäherung erforderlich. In einem ersten Schritt werden Forschungsergebnisse aus dem Bereich der Sozialwissenschaften zu den Voraussetzungen und Erfolgchancen der alternierenden Obhut vorgestellt. Auch werden die psychosozialen Aspekte der Beteiligung des Kindes bei Entscheidungen, die das Kind direkt betreffen, diskutiert. In einem zweiten Schritt erfolgt eine Übersicht über die unterschiedlichen rechtlichen Definitionen des «Kindeswohls» («*l'intérêt supérieur de l'enfant/ le bien de l'enfant*»), wie sie im internationalen und Schweizer Recht verwendet werden. Weiter wird analysiert, wie schweizerische Gerichte das Kindeswohl im Zusammenhang mit der Umsetzung der Revision der elterlichen Sorge von 2014 auslegen. Zudem werden die Erfahrungen mit dem Recht des Kindes, dass seine Meinung im Rahmen der Entscheidungen zu seiner Betreuung durch die Eltern nach einer Trennung oder Scheidung berücksichtigt wird, diskutiert. Abschliessend wird die Frage beantwortet, inwieweit die Rechtspraxis in der Schweiz mit den Resultaten der psychosozialen Forschung kompatibel ist.

2. PSYCHOLOGISCHE UND SOZIOLOGISCHE ANSÄTZE

a) KEIN IDEALES OBHUTSMODELL FÜR ALLE

Aufgrund der im vorangehenden Kapitel dargestellten gesellschaftlichen Veränderungen haben Betreuungsformen, die eine gleichmässige Beteiligung beider Eltern vorsehen, namentlich das Wechselmodell, in den letzten Jahrzehnten an gesellschaftlicher Legitimität gewonnen. Trotzdem kann auf der Basis der Analyse der sozialwissenschaftlichen Literatur nicht gesagt werden, dass es ein ideales Modell der Betreuung des Kindes nach der Trennung oder Scheidung seiner Eltern gibt.¹⁵⁴

Sozialwissenschaftliche Studien zeigen, dass das Wechselmodell in gewissen Situationen vorteilhaft sein kann, da es tendenziell das Engagement des Vaters für seine Kinder fördert und seine Bindung zu ihnen stärkt.¹⁵⁵ Eine gemeinsame Elternschaft kann sich jedoch nur



¹⁵³ Vgl. die Einleitung zum vorliegenden Bericht.

¹⁵⁴ Im deutschsprachigen Raum ist vor allem HILDEGUND SÜNDERHAUF für die Idee der alternierenden Obhut als das optimale Modell für Kinder von getrennten Eltern eingetreten; vgl. SÜNDERHAUF 2013, passim; SÜNDERHAUF/WIDRIG 2014, S. 885 ff. Wie namentlich KERIMA KOSTKA in ihrer Aufarbeitung der Literatur aufgezeigt hat, ist diese Behauptung ohne empirische Grundlage, vgl. KOSTKA 2014, S. 54 ff. Vgl. auch FICHTNER/SALZGEBER 2006, S. 278 ff.; SALZGEBER/SCHREINER 2014, S. 66 ff.

¹⁵⁵ SHAPIRO/LAMBERT 1999.

mittels Verhaltensweisen aufbauen, die die Bindung und Gemeinschaft des Kindes mit seinen beiden Eltern gleichzeitig fördern.¹⁵⁶ Kinder in funktionierender alternierender Obhut können eine individuelle und ausgeglichene Beziehung mit ihren beiden Eltern aufbauen und ziehen es vor, von beiden Eltern und nicht nur von einem Elternteil sozialisiert zu werden.¹⁵⁷ Der folgende Gesprächsauszug – aus einer qualitativen Untersuchung zu Kindern mit getrennten oder geschiedenen Eltern in England¹⁵⁸ – zeigt deutlich, wie zufrieden Kinder sind, wenn bei einer geteilten Obhut beide Eltern präsent sind. Rosie, 9 Jahre alt:

«Ich habe Bücher über Kinder gelesen, die ihre Eltern nur von Zeit zu Zeit sehen. Und das... Ich will sagen, wenn zum Beispiel die Mutter eine andere Beziehung beginnt, und dann der Vater auch. Und... der neue Freund ist die ganze Zeit mit der Mutter zusammen... da fühlt sich doch das Kind völlig überflüssig. Völlig fehl am Platz. Und das, das ist ganz schlimm. Wenn du aber beide die ganze Zeit immer wieder sehen kannst, kannst du den Freund deiner Mutter und die Freundin deines Vaters richtig kennenlernen. Aber... da muss man mehr teilen, Zeit, Liebe, Geld, alles... Ich habe wirklich Glück, weil mein Vater und meine Mutter nicht... Rivalen sind oder so etwas. Sie sind einfach nicht mehr zusammen.»¹⁵⁹

Den Eltern bietet die alternierende Obhut die Möglichkeit, in ihrem Privatleben ein neues Gleichgewicht zu finden, indem sie sich, wenn sich die Kinder nicht bei ihnen aufhalten, besser ihrem Beziehungs- und Liebesleben widmen können, was wiederum die Spannungen und Frustrationen mit dem Ex-Partner abzuschwächen hilft.¹⁶⁰

Hingegen darf aus den obigen Ausführungen nicht abgeleitet werden, dass die alternierende Obhut die einzig praktikable Lösung ist. Dies umso mehr, als die Beibehaltung einer vereinten gemeinsamen Elternschaft nicht zwingend eine alternierende Obhut bedingt; sie kann auch mittels anderer Formen der Obhut, wie beispielsweise der alleinigen Obhut mit erweitertem Besuchsrecht, unterstützt und weitergeführt werden. Aus der Analyse der sozialwissenschaftlichen Literatur wird eine Reihe von Faktoren sichtbar, die Einfluss auf den Erfolg der alternierenden Obhut haben. Diese Faktoren werden folgend kurz dargelegt.

b) FAKTOREN FÜR DEN ERFOLG DER ALTERNIERENDEN OBHUT

Arten von gemeinsamer Elternschaft und von Konfliktbewältigung: Die sozialwissenschaftliche Forschung betont die Wichtigkeit des Modus der gemeinsamen Elternschaft und der Konfliktbewältigung im Hinblick auf den Erfolg der alternierenden Obhut. Wenn die gemeinsame Elternschaft von Kooperation und Übereinstimmung zwischen den beiden

●
¹⁵⁶ NEYRAND 2014. Im französischsprachigen Kontext sind gewisse Kinderpsychiater bei kleinen Kindern – vor allem bei unter 6-Jährigen – sehr skeptisch gegenüber dem alternierenden Aufenthalt, da das Kind nicht von der Mutter, die Hauptbezugsperson ist, getrennt werden sollte, vgl. IZARD, 2012; BERGER/CICONNE/GUEDENEY/ROTTMAN 2004; SOLOMON/GEORGE 1999. Dieser Ansatz stützt sich auf die klinische Erfahrung der Autoren und wird in breit angelegten empirischen Studien nicht bestätigt, vgl. POUSSIN, 2015. Andere Forscher stellen zudem die Dominanz der Mutter/Kind-Beziehung in Frage und stellen fest, dass Mütter und Väter mit dem Kind komplementäre Bindungen aufbauen, die beide für die gesunde soziale und emotionale Entwicklung des Kindes notwendig sind. Vgl. BAUSERMAN 2002; KELLY/LAMB 2000.

¹⁵⁷ LUEPNITZ 1986; NEYRAND 2014; BAUDE/SAGNES/ZAOUCHE-GAUDRON 2010.

¹⁵⁸ SMART/NEALE/WADE 2001.

¹⁵⁹ SMART/NEALE/WADE 2001, S.131-132.

¹⁶⁰ NEYRAND 2014; BRUNET/KERTUDO/MALSAN 2008.

Elternteilen (und Ex-Partnern) geprägt ist, fühlen sich die Kinder freier, beide Elternteile zu lieben und wertzuschätzen; den beiden Elternteilen gelingt es so, die beiden familiären Milieus in Einklang zu bringen und die Kontinuität der Familie sicherzustellen, und sie vermitteln den Kindern so ein Gefühl von Sicherheit.¹⁶¹ Geschiedene oder getrennte Eltern, die eine vereinte gemeinsame Elternschaft¹⁶² praktizieren und damit die Zusammenarbeit, aber auch den Erhalt eines Gefühls der Familienzugehörigkeit wählen, schaffen es besser als andere, diese Form der Obhut in befriedigender Weise weiterzuführen.¹⁶³ Kinder nehmen diese Vorbedingung ausserdem bewusst wahr, so wie es Tom, 12 Jahre alt, zum Ausdruck bringt:

«Es geht wirklich gut. Ich glaube nicht, dass man sich noch besser organisieren könnte. *Frage:* Was meinst Du, wieso funktioniert es so gut? *Tom:* Ich glaube, es geht so gut, weil sich Mama und Papa zwar nicht mehr lieben, aber immer sehr nett zueinander sind, und sie verstehen sich wirklich gut, auch bei der Übergabe, und so.»¹⁶⁴

In diesem Zusammenhang muss betont werden, dass der Konflikt an sich nicht ein Risiko darstellt: wenn er im Kontext des gemeinsamen Wunsches nach Zusammenarbeit und Einheit auftritt, ist er nämlich Ausdruck dafür, dass gemeinsame Gespräche notwendig sind. So gesehen hat er keine negativen Auswirkungen auf die Entwicklung des Kindes.¹⁶⁵ Die Forschung zeigt, dass eine funktionierende gemeinsame Elternschaft vor der Trennung ein Faktor ist, der den Erfolg einer alternierenden Obhut begünstigt, was durch eine longitudinale australische Studie bestätigt wird, die aufzeigt, dass das Engagement des Vaters bei den elterlichen Aufgaben vor der Trennung mit einer stabileren alternierenden Obhut nach der Trennung einhergeht.¹⁶⁶

Wenn dagegen, und dies unabhängig von der Art der Obhut, die Meinungsverschiedenheiten über die Art und die praktische Ausgestaltung der gemeinsamen Elternschaft (Aufteilung der Aufgaben und/oder der Erziehungsstil usw.) erheblich und permanent (chronischer Stress) sind und das Kind direkt betreffen,¹⁶⁷ dann geht der Konflikt mit einer schwa-

¹⁶¹ BAUDE/SAGNES/ZAUCHE-GAUDRON 2010; HAYEZ 2008.

¹⁶² Der Begriff der vereinten gemeinsamen Elternschaft, oft Kooperation, aber auch Kohäsion, Harmonie oder Positivität genannt, deckt eine «gemeinsame Perspektive» zwischen Erziehungspartnern, ein gegenseitig validierendes Verhalten, gegenseitig ausgedrückte Zuneigung (wie sie bei der Interaktion der Eltern beobachtet werden kann) oder die Förderung des Zusammenhalts und der familiären Einheit (wenn ein Elternteil sich in Abwesenheit des anderen gegenüber dem Kind über diesen äussert) ab. Die elterliche Solidarität äussert sich in erster Linie im Bemühen um den Erhalt des familiären Zusammenhalts durch das die familiäre Einheit fördernde Verhalten des einen Elternteils in Abwesenheit des anderen. Vgl. FAVEZ/FRASCAROLO 2013.

¹⁶³ MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG 2010.

¹⁶⁴ SMART/NEALE/WADE 2001, S. 131.

¹⁶⁵ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014; BAUDE/SAGNES/ZAUCHE-GAUDRON 2010.

¹⁶⁶ MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG 2010.

¹⁶⁷ WIDMER/FAVEZ/AEBY/DE CARLO/DOAN 2012.

chen sozialen und emotionalen Anpassung des Kindes einher, was sich bei ihm in Verhaltensstörungen¹⁶⁸, einem hohen Grad von Angstzuständen und Depressionen¹⁶⁹, Aufmerksamkeitsstörungen¹⁷⁰, einem mangelnden Selbstwertgefühl¹⁷¹, einer geringen Anpassungsfähigkeit in Beziehungen zu anderen Kindern äussern kann, da eine negative Sicht auf die familiären Beziehungen auch seine Beziehungen zu anderen beeinträchtigen kann¹⁷².

Ist die Beziehung zwischen den Eltern feindselig und der Umgang verunglimpfend, verinnerlicht das Kind wider Willen die Spannungen zwischen den Eltern und fühlt sich in einem destruktiven Loyalitätskonflikt gefangen. Es muss das «Lager» wählen,¹⁷³ was bei ihm emotionale und verhaltensmässige Störungen hervorrufen kann.¹⁷⁴

In solch stark konfliktbeladenen Situationen ist gemäss den Forschungsbefunden die Zufriedenheit von Kindern (zwischen 7 und 17 Jahren) in alternierender Obhut geringer als von Kindern in alleiniger Obhut. Dieser Befund ist noch ausgeprägter, wenn die alternierende Obhut starr umgesetzt wird und sich nur wenig an die sich ändernden Wünsche und Bedürfnisse des Kindes und der Familie (keine Zusammenarbeit) anpasst und zudem in den meisten Fällen durch ein Gerichtsurteil (zwingend) auferlegt wird.¹⁷⁵ Die Aussage von Matt (15 Jahre alt) ist diesbezüglich ziemlich aufschlussreich, da seine Eltern eine besonders starre und ihn belastende alternierende Obhut – eine Nacht beim einen Elternteil, eine Nacht beim anderen – eingeführt haben, damit Matt genau «gleich viel» Zeit mit dem einen wie mit dem anderen verbringt; scheinbar die einzige Lösung zur Verhinderung nicht enden wollender Konflikte. Befragt zur alternierenden Obhut, antwortet Matt:

«Für mich ist es sehr mühsam, wirklich. *Frage:* Was ist dabei am schlimmsten für Dich? *Matt:* Ich kann mich nicht für mehr als eine Nacht an einem Ort installieren... es ist nur mein Zimmer. In Wirklichkeit fühle ich mich nicht zu Hause, so, wie wenn ich die ganze Zeit in einem einzigen Haus leben würde, das, das ist wirklich... *Frage:* Wenn Du wählen könntest, was möchtest Du tun? *Matt:* Ich möchte an einem einzigen Ort wohnen. [Als Mama und Papa noch zusammen waren], war es stabiler, ich fand es ruhiger und friedlicher. *Frage:* Was meinst Du, wie würden [deine Mutter und dein Vater] reagieren, wenn Du ihnen sagen würdest: «Könnten wir mal etwas anderes ausprobieren?» *Matt:* Ich weiss nicht, wahrscheinlich würden sie über die Zeit streiten, die ich in jedem Haus verbringen würde... Ich sage lieber nichts... Sie würden wahrscheinlich jeden Tag streiten... Sie streiten schon darüber, dass einer einen «langen» Tag hat oder so. Es ist endlos. Ich möchte einfach, dass sie aufhören.»¹⁷⁶

Gewalt: Abgesehen von hoch konfliktträchtigen Situationen stellt Gewalt gegenüber dem Ex-Partner zweifellos ein grosses Hindernis für eine alternierende Obhut dar.¹⁷⁷ Eine

●
¹⁶⁸ FAVEZ/FRASCAROLO/FIVAZ-DEPEURSINGE 2006; FIVAZ-DEPEURSINGE 2003; MILLER/COWAN/COWAN/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL 1993.

¹⁶⁹ MCHALE/RASMUSSEN 1998.

¹⁷⁰ MCINTOSH/SMYTH/KELAHHER 2010.

¹⁷¹ TURNER/KOPIEC 2006.

¹⁷² FAVEZ/FRASCAROLO/FIVAZ-DEPEURSINGE 2006; MCHALE/RASMUSSEN 1998.

¹⁷³ MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG 2010; LE RUN 2013.

¹⁷⁴ BUCHANAN/MACCOBY/DORNBUSCH 1991; MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG 2010; LE RUN 2013.

¹⁷⁵ MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG 2010.

¹⁷⁶ SMART/NEALE/WADE 2001, S. 133.

¹⁷⁷ KOSTKA 2014 mit zitierten Verweisen.

Trennung verhindert weitere Gewalt nicht, im Gegenteil, manchmal verschlimmert sich diese noch,¹⁷⁸ wenn der Ex-Partner seinen Macht- und Kontrollbereich trotz der Trennung erhalten will.¹⁷⁹ Die für die alternierende Obhut erforderlichen direkten und häufigen Kontakte zwischen den Ex-Partnern erhöhen das Risiko von Gewalt, die in unterschiedlichen Formen zum Ausdruck kommt (Drohungen, Kontrolle, Verunglimpfungen, Druckversuche, Nötigung, Einschüchterung, Erpressung usw.).¹⁸⁰ In solchen Situationen sind die Kinder, Zeugen solcher Handlungen, dieser Gewalt direkt ausgesetzt, mit gewichtigen negativen Konsequenzen auf ihre Entwicklung und ihr Wohlbefinden.¹⁸¹ Der Sicherheit des Ex-Partners, der Opfer von Gewalt ist, und der Kinder kommt deshalb höhere Priorität zu als der Einrichtung der alternierenden Obhut.

Elterliche Erziehungsfähigkeit: In der internationalen Literatur wird auf die Gefahr der gleichmässigen Zuweisung der Betreuung an beide Eltern hingewiesen, wenn ein Elternteil oder sogar beide nicht über die erforderliche Erziehungsfähigkeit verfügen.¹⁸² Die Erziehungsfähigkeit kann namentlich durch eine psychische oder physische Erkrankung oder eine Sucht beeinträchtigt sein.¹⁸³

Die Wechsel von einem Wohnort zum anderen: Für die Kinder bedeuten die Wechsel von einem Wohnort zum anderen, von einem Quartier zum anderen oder von einer Region in eine andere Zäsuren im Alltag (Schule, Freunde und Freizeitaktivitäten) und die Notwendigkeit, jedes Mal seine Sachen (Koffer) packen zu müssen. Diese Wechsel verlangen den Kindern und ihren Eltern eine Organisation ab, die für gewisse Kinder sehr belastend sein kann. Selina, 16 Jahre alt:

«Das beginnt am Sonntag (Nachmittag) so um fünf Uhr, ich habe dieses wirklich schreckliche Gefühl, und dann... aah... schon wieder Koffer packen... Ich beklage mich nicht. Es ist einfach so. Es nützt nichts, sich zu beklagen, ändern tut sich nichts... Immer am Sonntag um diese Zeit... wir sind verärgert, weil wir gehen müssen, und jeder hat schlechte Laune... wissen Sie, man wird ziemlich genervt... *Frage:* Kannst Du etwas tun, damit dieser Moment einfacher wird? *Selina:* Planen. Man muss viel planen und vorausdenken. Das ist das Wichtigste: vorausdenken. Zum Beispiel, es gibt Hockeymatches, die kommen erst im letzten Moment... natürlich habe ich meine Sachen immer dabei, weil ich jede Woche Training habe, aber die Sachen für die Matches, saubere Socken, ein Oberteil, das ist alles zusammen an einem Ort. Und das ist wie «verflucht!!»... Aber planen, das ist das Wichtigste, was ich tun muss... einfach mich organisieren. Und, wissen Sie, ich habe viele Zettel und solche Dinge, damit ich mich besser organisieren kann.»¹⁸⁴

Für gewisse Kinder haben die fehlende Stabilität des Umfeldes und die andauernden Wechsel destabilisierende Auswirkungen und müssen als problematisch eingestuft werden. Colette, 13 Jahre alt:

«Alle denken, dass ich Glück habe, weil ich dorthin gehen kann, wo ich will, und weil ich, wenn ich bei einem der Eltern bin, einfach zum anderen gehen kann – aber ich hasse

●
¹⁷⁸ FLEURY/SULLIVAN/BYBEE 2000; HOTTON 2001; BASTARD 2014.

¹⁷⁹ HARDESTY/GANONG 2006.

¹⁸⁰ HARDESTY/CHUNG 2006; HARDESTY/GANONG 2006; BÜCHLER/MICHEL 2011.

¹⁸¹ HOTTON 2001; HARDESTY/CHUNG 2006; BASTARD 2014.

¹⁸² KOSTKA 2014, S. 55.

¹⁸³ CHISHOLM 2009, S. 127 ff.; LUDEWIG/BAUMER/SALZGEBER/HÄFELI/ALBERMANN 2015.

¹⁸⁴ SMART/NEALE/WADE 2001, S. 128.

das. Alle sagen: «Oh, Du hast zwei Weihnachten und zwei Geburtstagsfeste» usw. Nein, ich hasse das, ich hasse das wirklich... Ich will einfach normal sein... ich habe das Gefühl, dass ich kein richtiges Zuhause habe, wirklich... jedes Mal, wenn jemand meine Telefonnummer oder Adresse oder so will, gebe ich immer beide, und dann sagen sie: «Auf welche Nummer soll ich telefonieren?» Und dann weiss ich es nicht, und sie sagen: «Also, wo bist Du denn am häufigsten?» Aber das weiss ich auch nicht... weil sie [die Eltern] diese dumme Sache [eingerichtet] haben... fast die ganze Woche bin ich beim einen, und dann, in der Woche darauf, bin ich fast die ganze Woche beim anderen... und so muss ich immer fragen, wo ich sein werde... Ich habe das immer gehasst.»¹⁸⁵

Eine gewisse affektive und kognitive Reife ist erforderlich, damit ein Kind das Gefühl von emotionalem Verlust und Unsicherheit bei jeder Trennung von einem Elternteil im alltäglichen Leben überwinden kann.¹⁸⁶

Es gibt jedoch mögliche Strategien, um solche geschilderte Schwierigkeiten zu überwinden, wie beispielsweise, dass für die Kinder ihre Sachen/Kleider doppelt vorhanden sind oder dass die Wohnungen der Eltern nahe beieinander liegen, was den Kindern Kontinuität in ihrem Beziehungs- und Schulleben ermöglicht.¹⁸⁷ Besonders wichtig scheint dies für Jugendliche in der Vorpubertät und Pubertät zu sein, da sie mehr Unabhängigkeit brauchen und, wenn sie Lust oder das Bedürfnis haben, die Möglichkeit haben wollen, ihre Freunde oder den Elternteil, der dann gerade nicht die Obhut hat, zu sehen.¹⁸⁸

In der Literatur herrscht dagegen keine Einigkeit zum Rhythmus der Alternanz: die einen wollen zu häufige Wechsel vermeiden,¹⁸⁹ für die anderen ist diese Lösung nicht geeignet, da das Risiko besteht, dass das Kind unter der vorübergehenden Abwesenheit des anderen Elternteils leidet.¹⁹⁰

Materielle und strukturelle Faktoren: Die alternierende Obhut setzt bei jedem der beiden Elternteile beträchtliche Mittel voraus, um die Verdoppelung der Wohnungen, Kleider, Spielsachen, Aktivitäten, Transportkosten usw. finanzieren zu können.¹⁹¹ Die für eine funktionierende alternierende Obhut erforderlichen Mittel hängen in einem hohen Masse von materiellen und strukturellen Umständen ab, die von den Eltern nur schwer geändert werden können, so beispielsweise von der Aufteilung der bezahlten und unbezahlten Arbeit unter ihnen, den Löhnen der beiden, dem familienergänzenden Kinderbetreuungsangebot und weiteren familienpolitischen Massnahmen. Diese Aspekte werden Gegenstand des letzten Kapitels dieses Berichtes sein.¹⁹²

●
¹⁸⁵ SMART/NEALE/WADE 2001, S. 132.

¹⁸⁶ BAUDE/SAGNES/ZAOUACHE-GAUDRON 2010. Gewisse Kinderpsychiater leiten aus ihren klinischen Beobachtungen ab, dass eine alternierende Obhut erst dann in Betracht gezogen werden sollte, wenn das Kind in einem Alter ist, in welchem es versteht, was man ihm sagt, und in welchem es seine Bedürfnisse in Worte fassen kann, vgl. BERGER 2013.

¹⁸⁷ NEYRAND 2009; SMART 2004.

¹⁸⁸ SMART 2004.

¹⁸⁹ NEYRAND 2009.

¹⁹⁰ CÔTÉ 2000.

¹⁹¹ CÔTÉ 2000.

¹⁹² Vgl. unten Kapitel «IV. Materielle und strukturelle Voraussetzungen».

c) POSITIVE AUSWIRKUNGEN DER PARTIZIPATION DES KINDES

Die rechtlichen Definitionen des Kindeswohls beziehen auch die Meinung des Kindes, die während seiner Anhörung ermittelt wird, mit ein.¹⁹³ Aus psychosozialer Sicht ist als erstes festzuhalten, dass Kinder, die über ihr Recht, angehört zu werden, informiert werden, einer Anhörung gegenüber positiv eingestellt sind.¹⁹⁴ Denn so ist das Kind als aktives Subjekt mit eigenen Bedürfnissen und Wünschen und nicht einfach als hilfsbedürftiges Objekt anerkannt.¹⁹⁵ Es wird als legitimer Akteur in der Suche nach einer Lösung, die seinem Wohlergehen entsprechen sollte, wahrgenommen und nimmt sich selber auch so wahr. Alterslimiten sollten keinesfalls die Anhörung von kleinen Kindern verhindern;¹⁹⁶ diese können, mit den Mitteln, die ihnen zur Verfügung stehen (Spiel, Körpersprache, Gesichtsausdruck, Zeichnungen usw.) ihre Wünsche ausdrücken. Solche Anhörungen müssen von Personen mit einer entsprechenden entwicklungspsychologischen Ausbildung durchgeführt werden.¹⁹⁷ Die Partizipation des Kindes ist nicht nur für das Gerichtsverfahren, für das Ermitteln des Sachverhaltes, nützlich, sondern auch positiv für die Entwicklung des Kindes, namentlich bei Kindern, deren Wohl gefährdet ist. Die Partizipation des Kindes bedeutet einerseits, dass sein Erleben und seine Meinung von einer dritten Person, die zuhört und das Kind respektiert, ernst genommen werden.¹⁹⁸ Andererseits verschafft sie dem Kind das Gefühl der Selbstwirksamkeit – das heisst das Gefühl, handeln und seine Lebenssituation beeinflussen zu können, indem es sich einbringen kann. Das Gefühl der Selbstwirksamkeit fördert die Stärkung der Widerstandsfähigkeit des Kindes (Resilienz) gegenüber negativen Ereignissen (Trennung der Eltern, Konflikte zwischen den Eltern usw.), mit denen es konfrontiert ist, trägt zur raschen Erholung von potentiell traumatischen Erfahrungen bei und beeinflusst seine Entwicklung trotz der schwierigen Lebensbedingungen positiv.¹⁹⁹

3. RECHTLICHE DEFINITIONEN DES KINDESWOHLS

Im Folgenden wird untersucht, wie das übergeordnete Wohl des Kindes nach Scheidung oder Trennung im Recht definiert wird, unter Einbezug der ausdrücklichen Vorbehalte, die von der sozialwissenschaftlichen Forschung hinsichtlich der Anordnung der alternierenden Obhut als einzigem Modell der Kinderbetreuung in solchen Situationen angebracht werden. Als erstes wird die Definition des Kindeswohls in der Kinderrechtskonvention betrachtet. Gemäss dieser Konvention, und auch gemäss den Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz, ist die Meinung des Kindes als zentraler Aspekt zu berücksichtigen. Anschliessend werden der Rechtsbegriff des «Kindeswohls» im Schweizer Recht und die neue, durch die Revision des Rechts der elterlichen Sorge 2014 eingeführte gesetzliche Vermutung des Kindeswohls vorgestellt. Seit Inkrafttreten des neuen Rechts hatte das Bundesgericht Gelegenheit, die Kriterien für die Zuteilung der elterlichen Sorge und der Obhut in strittigen Situationen zu definieren. Zum Schluss werden die Berücksichtigung der Meinung



¹⁹³ Siehe folgenden Abschnitt.

¹⁹⁴ BÜCHLER/SIMONI 2009.

¹⁹⁵ STOECKLIN 2009.

¹⁹⁶ BRUNNER/SIMONI 2011.

¹⁹⁷ SIMONI/DIEZ GRIESER 2011.

¹⁹⁸ SIMONI/DIEZ GRIESER 2011.

¹⁹⁹ SIMONI, ZVW 2009, S. 333 und 335; SIMONI/DIEZ GRIESER 2011.

des Kindes und die Umsetzung der Rechte des Kindes im Verfahren (Anhörung, «Anwalt des Kindes») evaluiert.

a) DAS «KINDESWOHL» GEMÄSS UN-ÜBEREINKOMMEN ÜBER DIE RECHTE DES KINDES

Seit das UN-Übereinkommen über die Rechte des Kindes (KRK)²⁰⁰ 1997 für die Schweiz in Kraft getreten ist, hat es wesentliche Impulse für die Entwicklung der Gesetzgebung und Praxis im Bereich des Familienrechts gegeben, die das Kind in den Mittelpunkt stellen.

Das Kindeswohl (*l'intérêt supérieur de l'enfant, the best interests of the child*) wird in Art. 3 Abs. 1 KRK als zentraler Punkt definiert, der bei allen Massnahmen, die Kinder betreffen, vorrangig zu berücksichtigen ist. Um im konkreten Fall das Kindeswohl zu bestimmen, verweist der Ausschuss für die Rechte des Kindes auf die multidisziplinäre Beurteilung der Situation und bezüglich Verfahren auf den Anspruch des Kindes, seine Meinung äussern zu können und vertreten zu werden.²⁰¹

Gemäss dem Ausschuss für die Rechte des Kindes, der die Umsetzung des Übereinkommens durch die Mitgliedstaaten überwacht, muss die Evaluation des Kindeswohls dem in Art. 12 KRK garantierten Anspruch des Kindes, dass es seine Meinung frei äussern kann und dass seine Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten angemessen berücksichtigt wird, genügend Platz einräumen.²⁰² Gemäss Ausschuss muss jegliche Gesetzgebung zur Trennung und Scheidung das Recht des Kindes auf Anhörung durch die Entscheidungsträger und auch im Rahmen von Mediationsverfahren enthalten.²⁰³ Dass das Übereinkommen im Verfahren zur Ermittlung des Kindeswohls den Akzent auf die Partizipation des Kindes legt, kann als zentraler Beitrag zur Entwicklung der Rechte der Kinder im innerstaatlichen Familienrecht der Mitgliedstaaten, zu denen auch die Schweiz zählt, gewertet werden.

In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass der in Art. 12 KRK verwendete Begriff der Fähigkeit, sich eine eigene Meinung zu bilden, nicht der Urteilsfähigkeit im Schweizer Recht entspricht. Dazu der Ausschuss für die Rechte des Kindes: «Erstens hat der Ausschuss betont, dass der Begriff des Kindes als Rechtsträger im Alltag des Kindes von der frühesten Phase an verankert ist. Untersuchungen zeigen, dass Kinder fähig sind, sich von früher Kindheit an eine Meinung zu bilden, auch wenn sie noch nicht imstande sind, diese verbal auszudrücken. Konsequenterweise verlangt die volle Umsetzung von Artikel 12 die Anerkennung und Achtung nicht-verbaler Kommunikationsformen wie Spiel, Körpersprache, Gesichtsausdruck, Zeichnen und Malen, mit denen sehr junge Kinder Verstehen, Wünsche und Vorlieben zum Ausdruck bringen».²⁰⁴

●
²⁰⁰ Übereinkommen über die Rechte des Kindes, abgeschlossen in New York am 20. November 1989, ratifiziert durch die Schweiz am 24. Februar 1997 (SR 0.107).

²⁰¹ Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013) «sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale» (Art. 3 Abs. 1), N. 46 ff.

²⁰² Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 (2013) N. 43.

²⁰³ Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009), «Le droit de l'enfant d'être entendu», Deutsche Übersetzung von Lothar Krappmann und Sybille Bulloch-Schlegel, N. 52.

²⁰⁴ Ausschuss für die Rechte des Kindes, Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009), N 21.

Das Übereinkommen enthält weitere Bestimmungen, die das Kindeswohl im Rahmen von Entscheidungen zur elterlichen Sorge und zur Obhut konkretisieren. Gemäss Art. 9 Abs. 1 KRK soll ein Kind nicht gegen den Willen der Eltern von diesen getrennt werden, es sei denn, die zuständigen Behörden befinden, dass diese Trennung zum Wohl des Kindes notwendig ist. Gemäss Art. 18 Abs. 1 KRK bemühen sich die Vertragsstaaten nach besten Kräften, die Anerkennung des Grundsatzes, dass beide Elternteile gemeinsam für die Erziehung und Entwicklung des Kindes verantwortlich sind, sicherzustellen.

b) DIE LEITLINIEN DES EUROPARATS FÜR EINE KINDGERECHTE JUSTIZ

Auf europäischer Ebene ist die Partizipation der Kinder im Justizsystem Thema der vom Ministerkomitee des Europarates 2010 publizierten «Leitlinien für eine kindgerechte Justiz».²⁰⁵ Das Recht der Kinder, dass ihr Wohl in allen sie direkt oder indirekt berührenden Angelegenheiten oberste Priorität hat, bedingt gemäss diesem Dokument, dass sichergestellt wird, dass ihren Ansichten und Meinungen gebührend Rechnung getragen wird, dass alle ihre Rechte wie das Recht auf Würde, Freiheit und Gleichbehandlung gewahrt werden, dass ein umfassender Ansatz gewählt wird, damit alle in Frage stehenden Interessen (seelisches und körperliches Wohlergehen, rechtliche, soziale und wirtschaftliche Interessen) berücksichtigt werden, aber auch, dass das Wohl aller an demselben Verfahren oder derselben Angelegenheit beteiligten Kinder einzeln bewertet und abgewogen wird mit dem Ziel, etwaige widerstreitende Interessen in Einklang zu bringen.

c) DAS KINDESWOHL IM SCHWEIZER RECHT UND DIE NEUE GESETZLICHE VERMUTUNG ZUGUNSTEN DER GEMEINSAMEN ELTERLICHEN SORGE

In der Schweiz ist das Kindeswohl ein verfassungsrechtlicher Anspruch und Teil der öffentlichen Ordnung (Art. 11 Abs. 1 BV, Art. 3 KRK).²⁰⁶ Das Verhältnis zwischen dem Begriff des «Kindeswohls» (*l'intérêt supérieur de l'enfant, the best interests of the child*), wie er in den oben erwähnten internationalen Dokumenten verwendet wird, und dem Konzept des «Kindeswohls» gemäss Schweizer Recht ist bis heute nicht ganz klar: während die Schweizer Regierung in ihrem zweiten, dritten und vierten Bericht zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes die beiden als Synonyme behandelt,²⁰⁷ ist der Ausschuss für die Rechte des Kindes in seinen Schlussbemerkungen der Ansicht, dass «der Begriff «Wohl des Kindes» und die in der Konvention verwendete Terminologie des «best interest» nicht übereinstimmen und sich somit hinsichtlich ihrer Bedeutung und Umsetzung unterscheiden. Deshalb ist der Ausschuss besorgt darüber, dass das Prinzip des «best interest» nicht explizit in allen betroffenen Bundes- und Kantonsgesetzen verankert wurde und in den Verwaltungs- und Gerichtsverfahren sowie in Politik und Programmen, welche die Kinder betreffen, nicht systematisch angewendet wird».²⁰⁸

²⁰⁵ Leitlinien für eine kindgerechte Justiz vom 17. November 2010.

²⁰⁶ BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 8a mit Hinweisen.

²⁰⁷ Schweizerischer Bericht KRK 2012, N. 85 ff.

²⁰⁸ Ausschuss für die Rechte des Kindes 2012, N. 26.

Das Kindeswohl ist im Schweizer Recht das entscheidende Kriterium bei allen Entscheiden, die Kinder betreffen, insbesondere bei Entscheiden hinsichtlich der elterlichen Verantwortung (elterliche Sorge, Obhut, persönlicher Verkehr usw.), und es hat Vorrang vor den Interessen der Eltern.²⁰⁹ Allgemein und insbesondere auch durch die Rechtsprechung ist anerkannt, dass die Beziehung des Kindes zu beiden Elternteilen sehr wichtig ist und bei der Identitätsfindung eine entscheidende Rolle spielen kann.²¹⁰ Die elterliche Sorge, aber auch die Obhut und der persönliche Verkehr, haben dem Kindeswohl zu dienen (Art. 296 Abs. 1 ZGB). Im Gesetz werden jedoch die Kriterien, die die zuständige Behörde bei der Bestimmung des Kindeswohls anleiten sollen, nicht aufgezählt (namentlich Art. 296 Abs. 3, 298 Abs. 1, 298b Abs. 2, 298c, 298d Abs. 1, 133 ZGB), weshalb die Rechtsprechung in diesem Bereich eine wichtige Referenz ist.

Die Einführung des Prinzips der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regelfall per 1. Juli 2014 kann als eine gesetzliche Vermutung dafür angesehen werden, dass diese Art von Sorge dem Kindeswohl entspricht.²¹¹ Vor der Revision wurde die gemeinsame elterliche Sorge nur angeordnet, wenn sie mit dem Wohl des Kindes vereinbar schien. Die Eltern mussten dem Gericht oder der Kindesschutzbehörde eine Vereinbarung vorlegen, welche die gemeinsame elterliche Sorge vorsah und die jeweilige Beteiligung an der Betreuung des Kindes und die Aufteilung seiner Unterhaltskosten regelte.²¹² Die Rechtsprechung befand, dass die unter dem Blickwinkel des Kindeswohls zu prüfende Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung im Wesentlichen von den Umständen des Einzelfalles wie beispielsweise der Kooperationsfähigkeit der Eltern abhängt.²¹³

Heute müssen die Eltern keine Vereinbarung mehr einreichen, um die gemeinsame elterliche Sorge zu erlangen, und sie haben deshalb dem Gericht oder der Kindesschutzbehörde auch nicht mehr aufzuzeigen, dass eine solche Regelung dem Kindeswohl entspricht.²¹⁴ Die Analyse des Kindeswohls beschränkt sich darauf, die Umstände zu identifizieren, die eine alleinige elterliche Sorge erforderlich machen.

d) KRITERIEN FÜR DIE ZUTEILUNG DER ALLEINIGEN ELTERLICHEN SORGE

In seinem zum neuen Recht der elterlichen Sorge ergangenen Leitentscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Kriterien für die Zuteilung des Sorgerechts an einen einzigen Elternteil²¹⁵ weniger streng sind als die Kriterien für den Entzug der elterlichen Sorge

²⁰⁹ BGer 5A_985/2014 vom 25. Juni 2015, E. 3.2.1.

²¹⁰ BGE 130 III 585, E. 2.2.2; 127 III 295, E. 4a mit Hinweisen.

²¹¹ BGE 142 III 1, E. 3.3; BGer 5A_22/2016 vom 2. September 2016, E. 4.2; vgl. auch CHOFFAT 2015, S. 180.

²¹² Art. 133 Abs. 3 und Art. 298a ZGB in ihrer durch das BG vom 26. Juni 1998 eingeführten Version, in Kraft vom 1. Januar 2000 bis 30. Juni 2014 (AS 1999 1118).

²¹³ BGer 5A_196/2013 vom 25. September 2013, E. 4.1 in fine; BGer 5A_779/2012 vom 11. Januar 2013, E. 4.1; BGer 5A_540/2011 vom 30. März 2012, E. 3.1, und BGer 5A_69/2011 vom 27. Februar 2012, E. 2.1 in fine.

²¹⁴ Vgl. Art. 296 Abs. 2, 298a, 298b Abs. 2, 298c, 298d Abs. 1 ZGB.

²¹⁵ Im Entscheid des Bundesgerichts vom 27. August 2015 (BGE 141 III 472 ff.) ging es um die Anwendung von Art. 298d ZGB, der eine Änderung der Zuteilung der elterlichen Sorge bei nicht verheirateten Eltern ermöglicht. Die Frage der Zuteilung der elterlichen Sorge kann sich auch im Zusammenhang mit folgenden Verfahren stellen: Eheschutz (Art. 176 Abs. 3 in Verbindung mit

im Sinn einer Kindesschutzmassnahme gemäss Art. 311 ZGB.²¹⁶ Gemäss Bundesgericht ist eine Alleinzuweisung bei punktuellen Streitigkeiten oder üblichen Meinungsverschiedenheiten nicht gerechtfertigt. Ein schwerwiegender elterlicher Dauerkonflikt oder die anhaltende Kommunikationsunfähigkeit können eine Alleinzuweisung des Sorgerechts gebieten, wenn sich der Konflikt negativ auf das Kindeswohl auswirkt und von einer Alleinzuweisung eine Verbesserung erwartet werden kann. Ist sodann ein Konflikt zwar schwerwiegend, erscheint er aber singulär, ist gemäss Bundesgericht im Sinne der Subsidiarität zu prüfen, ob eine richterliche Alleinzuweisung spezifischer Entscheidungsbefugnisse innerhalb der elterlichen Sorge nicht ausreichend ist, um Abhilfe zu schaffen. Punktuelle Auseinandersetzungen oder Meinungsverschiedenheiten, wie sie in allen Familien vorkommen und insbesondere mit einer Trennung oder Scheidung einhergehen, können angesichts des neuen Rechts nicht Grund für eine Alleinzuweisung des elterlichen Sorgerechts sein. Die Alleinzuweisung des elterlichen Sorgerechts muss gemäss dieser Rechtsprechung eine eng begrenzte Ausnahme bleiben. Kommt es zu einer Alleinzuweisung, soll der kooperative Elternteil, der die Fähigkeit aufweist, die Bindung zum anderen Elternteil zu fördern, und nicht derjenige, der unfähig zur Zusammenarbeit und Kommunikation ist und das Kind vom anderen Elternteil eher fernhält, zum Zuge kommen.²¹⁷

Das Bundesgericht hatte auch Gelegenheit zur Klarstellung der Voraussetzungen einer Zuteilung der alleinigen elterlichen Sorge bei Wegzug ins Ausland desjenigen Elternteils, der die Obhut des Kindes innehat. Danach reichen Defizite beim Kooperationswillen im Zusammenhang mit dem Wegzug eines Elternteils mit dem Kind ins Ausland für die Zuteilung der alleinigen Sorge nicht aus. Wenn sich die Eltern, abgesehen von ihrem Konflikt über den Aufenthaltsort des Kindes, nicht über die Belange des Kindes streiten, besteht kein ausreichender Grund für eine Alleinzuweisung der elterlichen Sorge. Das abstrakte Risiko eines zukünftigen Konflikts stellt ebenfalls keinen Grund dar.²¹⁸

Art. 298 ZGB, oder für die Abänderung Art. 179 Abs. 1 ZGB in Verbindung mit Art. 298 ZGB); Regelung der Kinderbelange bei Scheidung (Art. 133 in Verbindung mit Art. 298 ZGB, für die Abänderung eines Scheidungsurteils Art. 134 in Verbindung mit Art. 298 ZGB); Regelung der elterlichen Sorge auf Begehren eines unverheirateten Elternteils (Art. 298b ZGB); Regelung der elterlichen Sorge im Vaterschaftsprozess (Art. 298c ZGB). Die in BGE 141 III 472 ff. begründete Rechtsprechung des Bundesgerichts ist auf all diese Situationen anwendbar, vgl. BGE 142 III 1, E. 3.3; BGE 142 III 197, E. 3.5; BGer 5A_22/2016 vom 2. September 2016, E. 4; 5A_81/2016 vom 2. Mai 2016, E. 5; 5A_89/2016 vom 2. Mai 2016, E. 4; 5A_186/2016 vom 2. Mai 2016, E. 4, mit weiteren Hinweisen. Für einen kantonalen Entscheid zu Art. 298c ZGB (Zuteilung der elterlichen Sorge im Vaterschaftsurteil) vgl. TC VD, JdT 2015 III 166.

²¹⁶ Vgl. hierzu und zum Folgenden BGE 141 III 472 ff. Vgl. auch BGE 142 III 1, E. 3.3; BGE 142 III 197, E. 3.5; BGer 5A_22/2016 vom 2. September 2016, E. 4; 5A_81/2016 vom 2. Mai 2016, E. 5; 5A_89/2016 vom 2. Mai 2016, E. 4; 5A_186/2016 vom 2. Mai 2016, E. 4; 5A_926/2014 vom 28. August 2015; 5A_412/2015 vom 26. November 2015.

²¹⁷ BGE 141 III 472, E. 4. Vgl. CHOFFAT 2015, S. 182; CANTIENI/BIDERBOST 2015, S. 779 ff.

²¹⁸ BGE 142 III 1, E. 3.4. Für einen kritischen Kommentar zu diesem Urteil vgl. BURGAT, Newsletter Droitmatrimonial.ch, Januar 2016.

e) KRITERIEN FÜR DIE ZUTEILUNG DER ALLEINIGEN ODER DER ALTERNIERENDEN OBHUT

Die Frage der alleinigen oder alternierenden Obhut stellt sich einzig bei der gemeinsamen elterlichen Sorge, da nur ein Elternteil, der Inhaber der elterlichen Sorge ist, auch Inhaber der Obhut sein kann.²¹⁹

In seiner jüngeren Rechtsprechung hält das Bundesgericht fest, dass aus der gemeinsamen elterlichen Sorge nicht eine alternierende Obhut abgeleitet werden kann und dass eine solche dem Gericht gemäss den konkreten Umständen möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar erscheinen muss.²²⁰ Das Bundesgericht konkretisiert die Kriterien, die das Gericht bei seiner sachverhaltsbasierten Prognose darüber zu leiten haben, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entspricht. Zunächst kommt die alternierende Obhut grundsätzlich nur dann in Frage, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. Gemäss Bundesgericht ist zwar die Zustimmung der Eltern nicht mehr eine notwendige Voraussetzung für die alternierende Obhut;²²¹ eine fehlende Zustimmung kann aber auf Schwierigkeiten in der Zusammenarbeit zwischen den Eltern hinweisen, was das Gericht berücksichtigen muss, insbesondere wenn die Beziehung zwischen ihnen sehr konfliktbeladen ist. Eine alternierende Obhut kommt dort nicht in Frage, wo die Eltern aufgrund der zwischen ihnen bestehenden Feindseligkeiten auch hinsichtlich anderer Kinderbelange nicht zusammenarbeiten können, mit der Folge, dass sie ihr Kind im Szenario einer alternierenden Obhut dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen würden, die seinen Interessen offensichtlich zuwiderläuft.²²² Zu berücksichtigen ist ferner die geographische Situation, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern, und die Stabilität, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind gegebenenfalls mit sich bringt. In diesem Sinne fällt die alternierende Obhut eher in Betracht, wenn die Eltern das Kind schon vor ihrer Trennung abwechselnd betreuten.²²³ Weitere Gesichtspunkte sind die Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen, das Alter des Kindes, seine Beziehungen zu (Halb- oder Stief-)Geschwistern und seine Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld.²²⁴ Auch dem Wunsch des Kindes ist Beachtung zu schenken, selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist (vgl. dazu unten f).

²¹⁹ BSK ZGB-SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 N 6.

²²⁰ BGE 142 III 612, E. 4.2; BGE 142 III 617, E. 3.2.3; BGer 5A_714/2015 vom 28. April 2016, E. 4.2.1.2; 5A_266/2015 vom 24. Juni 2015 E. 4.2.2.1; 5A_46/2015 vom 26. März 2015, E. 4.4.3 mit Hinweisen; BGer 5A_345/2014 vom 4. August 2014, E. 3 und 4.3.

²²¹ BGer 5A_46/2015 vom 26. März 2015, E. 4.4.5. Vgl. auch Kantonsgericht FR vom 12. Januar 2015, FZR 2015 1; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Rz. 10.137; WIDRIG, 2013, S. 910; GLOOR U./ SCHWEIGHAUSER 2014, S. 10; BERNARD/MEYER LÖHRER 2014, Rz. 21.

²²² BGE 142 III 612, E. 4.3; BGE 142 III 617, E. 3.2.3; BGer 5A_72/2016 vom 2. November 2016, E. 3.3.2; BGer 5A_46/2015 vom 26. März 2015, E. 4.4.5 mit Hinweis auf einen Entscheid unter dem alten Recht, vor Inkrafttreten des Prinzips der gemeinsamen elterlichen Sorge als Regel: BGer 5A_105/2014 vom 6. Juni 2014, E. 4.3 mit Hinweis auf einen Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in der Sache Nr. 9929/12 vom 27. Mai 2014, Buchs vs. Eidgenossenschaft, § 70 ff. Vgl. auch BGer 5A_527/2015 vom 6. Oktober 2015.

²²³ BGE 142 III 612, E. 4.3; BGE 142 III 617, E. 3.2.3.

²²⁴ BGE 142 III 612, E. 4.3; BGE 142 III 617, E. 3.2.3.; BGer 5A_46/2015 vom 26. Mai 2015 E. 4.4.2 und 4.4.5; BGer 5A_345/2014 vom 4. August 2014 E. 4.2.

Das Bundesgericht differenziert weiter und stellt fest, dass die alternierende Obhut in jedem Fall die Erziehungsfähigkeit beider Eltern voraussetzt, dass die weiteren Beurteilungskriterien oft voneinander abhängig sind und je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls von unterschiedlicher Bedeutung. So spielen gemäss Bundesgericht das Kriterium der Stabilität und dasjenige der Möglichkeit zur persönlichen Betreuung des Kindes bei Säuglingen und Kleinkindern eine wichtige Rolle, bei Jugendlichen kommt der Zugehörigkeit zu einem sozialen Umfeld grosse Bedeutung zu. Die Kooperationsfähigkeit der Eltern wiederum verdient besondere Beachtung, wenn das Kind schulpflichtig ist oder die geografische Entfernung zwischen den Wohnorten der Eltern ein Mehr an Organisation erfordert.²²⁵

Bei einer Alleinzuteilung der Obhut sind die von der Rechtsprechung bis anhin entwickelten Kriterien für die Zuteilung der elterlichen Sorge nach wie vor relevant.²²⁶ Zu diesen gehören die Beschaffenheit des persönlichen Verkehrs zwischen Eltern und Kindern und die jeweilige elterliche Erziehungsfähigkeit und ihre Fähigkeit, das Kind persönlich zu betreuen sowie den Kontakt mit dem anderen Elternteil zu fördern. Die gewählte Lösung soll dem Kind die für eine harmonische Entwicklung in emotionaler, seelischer, moralischer und intellektueller Hinsicht notwendige Stabilität in den Beziehungen sicherstellen.²²⁷ Für Kinder im Schulalter, oder die es bald sein werden, gilt im Übrigen, dass die Obhut, wenn Vater und Mutter gleichwertige Bedingungen bieten, demjenigen Elternteil zugewiesen werden muss, der die Kinder eher dauerhaft unter seine eigene Obhut nehmen, sich um sie kümmern und sie persönlich aufziehen kann. Der Elternteil, der die Obhut während des Verfahrens innehatte, hat keinen automatischen Anspruch auf die Obhut, aber dieses Faktum hat ein besonderes Gewicht, wenn die Fähigkeiten der beiden Eltern zur Erziehung und Betreuung ähnlich sind; je nach Alter des Kindes schliesslich muss sein eindeutiger Wunsch berücksichtigt werden.²²⁸

Die vom Bundesgericht behandelten Fälle beziehen sich alle auf Meinungsverschiedenheiten der Eltern zu den Modalitäten der Ausübung der elterlichen Verantwortung. Der elterliche Konflikt spielt folglich eine zentrale Rolle, und die Herausforderung besteht darin, herauszufinden, ab welcher Intensität das Wohl des Kindes bedroht ist. Diesbezüglich ist ein Entscheid des Bundesgerichts zur Aufhebung des Besuchsrechts (Art. 273, 274 ZGB) interessant, wonach allfällig auftretende Loyalitätskonflikte des Kindes «bis zu einem gewissen Grad» als dem Besuchsrecht inhärente Erscheinung hinzunehmen sind und die Konfrontation des Kindes mit dem Konflikt ihm die Gelegenheit bietet, den Umgang damit zu erlernen. Die positiven Aspekte regelmässiger Besuche beim nicht obhutsberechtigten Elternteil (namentlich Erleichterung der Trennungsverarbeitung, Ergänzung der Erziehungsstile, Identifizierungsmöglichkeit, Steigerung des Selbstwertgefühls, Beratungsmöglichkeit in der Pubertät und später bei der Berufswahl) überwiegen die negativen Aspekte wie Nervosität zu Beginn der Besuchszeit oder mögliche Spannungen.²²⁹ Besuche können

●
²²⁵ BGE 142 III 612, E. 4.3; BGE 142 III 617, E. 3.2.3.

²²⁶ BGE 142 III 612, E. 4.4; BGE 142 III 617, E. 3.2.4.

²²⁷ BGer 5A_46/2015 vom 26. März 2015, E. 4.4.2.

²²⁸ BGE 136 I 178, E. 5.3; BGer 5A_781/2015 vom 14. März 2016, E. 4.1.2; BGer 5A_847/2015 vom 2. März 2016, E. 5.2.3; BGer 5A_976/2014 vom 30. Juli 2015, E. 2.3; BGer 5A_46/2015 vom 26. März 2015, E. 4.4.2; BGer 5A_848/2012 vom 11. Februar 2013, E. 3.1.2; BGer 5A_972/2013 vom 23. Juni 2014, E. 3; BGer 5A_319/2013 vom 17. Oktober 2013, E. 2.1; BGer 5A_157/2012 vom 23. Juli 2012, E. 3.1.

²²⁹ BGer 5A_459/2015 vom 13. August 2015, E. 6.2.2.

eine entspannende Wirkung auf den Konflikt zwischen den Eltern haben, wenn sie richtig angelegt und wiederholt durchgeführt werden, sofern die Eltern die Ausübung des Besuchsrechts nicht zum Anlass nehmen, ihre gegenseitigen Zwistigkeiten auszutragen.²³⁰

Gemäss Rechtsprechung ist es somit nicht der Konflikt an sich, der dem Kindeswohl schadet, sondern dessen Intensität. Dieses Kriterium fordert von den Eltern die Fähigkeit, ihre Konflikte im Interesse des Kindes unter Kontrolle zu halten und deren Eskalation zu vermeiden. Im weiter oben zitierten Entscheid²³¹ hatte der Vater als Reaktion auf die verschiedenen Gerichtsentscheide, die eine alternierende Obhut verweigerten, während mehrerer Monate freiwillig darauf verzichtet, seine Kinder zu sehen. Das Bundesgericht beurteilte diese Haltung als Ausdruck dafür, dass der Vater sein eigenes Interesse, seinen Kampf vor Gericht zu verfolgen, über das Interesse seiner Kinder, einen regelmässigen Kontakt mit ihrem Vater zu haben, gestellt hatte. Der Schutz des Kindeswohls verlangt, dass der elterliche Konflikt von den Eltern adäquat gehandhabt wird, und zwar auch während des Gerichtsverfahrens, um eine für eine gemeinsame Ausübung notwendige minimale Zusammenarbeit sicherzustellen. Diesbezüglich werden zu Recht neue Instrumente wie die Mediation in das gerichtliche Verfahren integriert. Dieser Punkt ist Thema des Kapitels «Interdisziplinäre Ansätze zur Bewältigung des Elternkonflikts».

f) DAS GEWICHT DER MEINUNG DES KINDES

Für die schweizerische Rechtsprechung ist die Meinung des Kindes für die Bestimmung des Kindeswohls nur ein Kriterium unter mehreren.²³²

In der Rechtsprechung zum Anspruch auf persönlichen Verkehr wird der Meinung des Kindes besondere Beachtung geschenkt. Gemäss Bundesgericht ist die Meinung des Kindes stets eines von mehreren Kriterien. Andernfalls würde der Kindeswille mit dem Kindeswohl gleichgesetzt, obwohl sich die beiden durchaus widersprechen können, und elterlichen Druckversuchen auf das Kind wären Tür und Tor geöffnet.²³³

Bei der Bestimmung des Willens des Kindes sind die Konstanz des geäusserten Willens, die Fähigkeit des Kindes zu autonomer Willensbildung und sein Alter die zentralen Elemente; letztere beziehen sich auf die Relativität des Begriffs der Urteilsfähigkeit, die sich in Bezug auf eine bestimmte Handlung beurteilt, und zwar je nach deren Art und Wichtigkeit. Die erforderliche Reife muss bejaht werden, wenn das Kind sich seine eigene Meinung bilden kann und es die Problematik versteht.²³⁴ Für Fragen in Verbindung mit den Elternrechten geht das Bundesgericht davon aus, dass eine entsprechende Urteilsfähigkeit bei ungefähr 12 Jahren vorliegt, wobei diese Altersgrenze je nach Kind variieren kann.²³⁵

Der eigene Wille des Kindes kann verzerrt sein, wenn das Kind aufgrund eines mehrjährigen schwerwiegenden Loyalitätskonfliktes unter einer tiefen Verunsicherung leidet. Bei

●
²³⁰ BGE 131 III 209, E. 5.

²³¹ BGer 5A_46/2015 vom 26. März 2015.

²³² Vgl. zum Beispiel BGE 142 III 612, E. 4.3; BGE 142 III 617, E. 3.2.3; BGer 5A_52/2015 vom 17. Dezember 2015, E. 5.2.4; BGer 5A_985/2014 vom 25. Juni 2015.

²³³ BGer 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014, E. 4.4.

²³⁴ BGer 5A_459/2015 vom 13. August 2015, E. 6.2.2; BGer 5A_719/2013 vom 17. Oktober 2014, E. 4.4; BGer 5A_107/2007 vom 16. November 2007, E. 3.2.

²³⁵ BGE 131 III 334, E. 5.1.

einem Kind, das sich einem Elternteil gegenüber defensiv verhält, muss das Gericht oder die Kindesschutzbehörde die Gründe für dieses Verhalten und etwaige Folgen der Entscheidung für sein Wohl herausarbeiten. So wurde die Verweigerung des Besuchsrechts durch ein neuneinhalbjähriges Kind nicht als Äusserung des eigenen Willens, sondern als Resultat des Elternkonfliktes betrachtet, der das Kind unter Gefahr des Verlustes der eigenen Identität dazu brachte, so zu reagieren, wie es die Mutter von ihm erwartete. Die Verweigerung des Kindes basierte also nicht auf persönlichen negativen Erfahrungen während der Ausübung des Besuchsrechts, im Gegenteil, es zeigte Freude, seinen Vater zu sehen, der zudem angemessene elterliche Fähigkeiten aufwies.²³⁶

Das Kindeswohl, verstanden als Persönlichkeitsrecht, steht jedoch im Fall eines urteilsfähigen Kindes, das den Kontakt mit dem nicht obhutsberechtigten Elternteil aufgrund eigener Erfahrungen kategorisch und wiederholt ablehnt, einem erzwungenen Kontakt mit diesem Elternteil entgegen.²³⁷ In einem anderen Fall befand das Bundesgericht, dass dem wiederholt ausgesprochenen Willen der Kinder im Alter von 12, fast 16 und 18 Jahren, den Vater nicht zu sehen, was vier Jahre zuvor zu einem vollständigen Abbruch des Kontaktes geführt hatte, entsprochen werden muss.²³⁸

g) DIE ANHÖRUNG DES KINDES

Das Kind muss in jedem Verfahren zur Zuteilung der elterlichen Sorge und der Obhut angehört werden.²³⁹ Es wird durch die Kindesschutzbehörde oder das Eheschutz- oder Scheidungsgericht oder durch eine beauftragte Drittperson in geeigneter Weise persönlich angehört, sofern nicht sein Alter oder andere wichtige Gründe dagegen sprechen. Im Protokoll werden nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse festgehalten. Die Eltern werden über diese Ergebnisse informiert. Das urteilsfähige Kind kann die Verweigerung der Anhörung mit Beschwerde anfechten.

Das Anhörungsrecht ist ein Persönlichkeitsrecht des Kindes und eine Verpflichtung der Gerichtsinstanz. Die Anhörung setzt nicht voraus, dass das Kind im Sinne von Art. 16 ZGB urteilsfähig ist.²⁴⁰ Gemäss Rechtsprechung erfolgt die Anhörung in der Regel durch das zuständige Gericht selbst, sie kann aber an eine Fachperson delegiert werden, insbesondere bei zugespitzten Konflikten in der Familie und Streitigkeiten der Eltern über die Zuteilung der Kinder. Das Bundesgericht befolgt die Leitlinie, dass Kinder ab dem vollendeten sechsten Altersjahr angehört werden können.²⁴¹ Dieses Schwellenalter ist jedoch «zu unterscheiden von der kinderpsychologischen Erkenntnis, dass formallogische Denkopoperationen erst ab ungefähr elf bis dreizehn Jahren möglich sind und auch die sprachliche Differenzierungs- und Abstraktionsfähigkeit erst ab diesem Alter entwickelt ist».²⁴² Der

²³⁶ BGer 5A_459/2015 vom 13. August 2015.

²³⁷ BGer 5A_459/2015 vom 13. August 2015, E. 6.2.2.; BGer 5C.250/2005 vom 3. Januar 2006, E. 3.2.1; BGE 126 III 219, E. 2b: Fall mit Gewalttätigkeiten.

²³⁸ BGer 5A_265/2015 vom 22. September 2015, E. 2.2.2.

²³⁹ Für Verfahren vor der Kindesschutzbehörde vgl. Art. 314a ZGB, für gerichtliche Verfahren vgl. Art. 298 der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272).

²⁴⁰ BGE 131 III 553 ff.

²⁴¹ BGE 131 III 553 E. 1.2.3; BGE 133 III 553, E. 3.

²⁴² BGE 131 III 553 E. 1.2.2; BGer 5A_119/2010 vom 12. März 2010, E. 2.1.3 mit Hinweisen.

Grund dafür liegt darin, dass – gemäss Bundesgericht – eine Anhörung bei jüngeren Kindern der zuständigen Richterin oder dem zuständigen Richter vor allem dazu dient, sich ein persönliches Bild zu machen und über zusätzliche Elemente zum Sachverhalt zu verfügen.²⁴³ Aufgrund dieser Überlegungen ist nach Bundesgericht bei kleineren Kindern «nicht nach konkreten Zuteilungswünschen zu fragen, können sich diese doch hierüber noch gar nicht losgelöst von zufälligen gegenwärtigen Einflussfaktoren äussern und in diesem Sinn eine stabile Absichtserklärung abgeben».²⁴⁴

Von wiederholten Anhörungen ist gemäss Bundesgericht abzusehen, wo dies für das Kind eine unzumutbare Belastung bedeuten würde, was namentlich bei akuten Loyalitätskonflikten der Fall sein kann, und überdies keine neuen Erkenntnisse zu erwarten wären oder der erhoffte Nutzen in keinem vernünftigen Verhältnis zu der durch die erneute Befragung verursachten Belastung stünde.²⁴⁵

In einer Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR) zu den ersten Auswirkungen des neuen Kindesschutzrechts in den Kantonen Genf, Waadt und Zürich werden, was die Anhörung des Kindes betrifft, Unterschiede zwischen den verschiedenen Behörden bezüglich der Methode, der die Anhörung durchführenden Person sowie des Alters der angehörten Kinder aufgezeigt. Es wird auf den Handlungsbedarf bei der Ausbildung der anhörenden Personen sowie in der Systematisierung der Anhörung hingewiesen.²⁴⁶ Eine empirische Studie aus dem Jahr 2006 zeigt, dass das Recht des Kindes, angehört zu werden, im Rahmen von Scheidungsverfahren in der Gerichtspraxis nicht ausreichend umgesetzt wird.²⁴⁷

h) DIE VERFAHRENSBEISTANDSCHAFT («ANWALT DES KINDES»)

In jedem Verfahren betreffend die Zuteilung der elterlichen Sorge und der Obhut kann ein Beistand für die Vertretung des Kindes im Verfahren ernannt werden.²⁴⁸

Das Gericht oder die Kindesschutzbehörde ordnet wenn nötig die Vertretung des Kindes an und bezeichnet als Beistand eine in fürsorgerischen und rechtlichen Fragen erfahrene Person (Art. 299 Abs. 1 ZPO, Art. 314a^{bis} Abs. 1 ZGB). Das Gesetz umschreibt typische Verfahrens- und Interessenkonstellationen, welche nach einer Kindesvertretung rufen²⁴⁹

●
²⁴³ BGE 131 III 553, E. 1.1; BGer 5A_2/2016 vom 28. April 2016, E. 2.3; BGer 5A_754/2013 vom 4. Februar 2014, E. 3 in fine.

²⁴⁴ BGE 131 III 553, E. 1.2.2; BGE 133 III 146, E. 2.6; BGer 5A_354/2015 vom 3. August 2015, E. 3.1; BGer 5A_119/2010 vom 12. März 2010, E. 2.3.1.

²⁴⁵ BGE 133 III 553, E. 2.2; BGer 5A_411/2014 vom 3. Februar 2015, E. 2.2;.

²⁴⁶ HITZ QUENON/PAULUS/LUCHETTA MYT 2014.

²⁴⁷ BÜCHLER/SIMONI 2009.

²⁴⁸ Für Verfahren vor der Kindesschutzbehörde vgl. Art. 314a^{bis} ZGB, für Verfahren vor dem Gericht vgl. Art. 299 f. ZPO.

²⁴⁹ BGE 142 III 153, E. 5.1.1.

(Art. 299 Abs. 2 ZPO,²⁵⁰ Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB²⁵¹). Der Beistand des Kindes kann Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen (Art. 300 ZPO, Art. 314a^{bis} Abs. 3 ZGB). Im eherechtlichen Verfahren beschränken sich die Befugnisse des Beistandes auf folgende Angelegenheiten: die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge, wichtige Fragen des persönlichen Verkehrs und Kindesschutzmassnahmen (Art. 300 ZPO). Mit dem Inkrafttreten der neuen Regelung zum Kindesunterhalt am 1. Januar 2017 wurden diese Befugnisse auf die Aufteilung der Betreuung und den Unterhaltsbeitrag (Art. 300 Bst. d und e ZPO) ausgeweitet.

Zwar prüft das Gericht von Amtes wegen die Einsetzung einer Kindesvertretung, entscheidet jedoch nach seinem Ermessen im Sinne einer Interessenabwägung, ohne dass es einen formellen Entscheid fällen muss.²⁵² Einzig in den Verfahren vor Gericht hat das urteilsfähige Kind das Recht, selbst Antrag auf eine Vertretung zu stellen (Art. 299 Abs. 3 ZPO). In den Verfahren vor der Kindesschutzbehörde (Art. 314a^{bis} ZGB) besteht auch dort kein Zwang zur Anordnung einer Kindesvertretung, wo ein urteilsfähiges Kind die Vertretung verlangt.²⁵³

Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) erwähnt in derselben, oben zitierten Studie von 2014, dass sich die Kindesschutzbehörden noch nicht hinreichend die Frage zu stellen scheinen, ob eine Kindesvertretung angebracht wäre, und es unterstreicht den Handlungsbedarf in der Sensibilisierung sowie in der Rollenklärung der Kindesvertretung.²⁵⁴ Bis vor dem Inkrafttreten der Zivilprozessordnung 2010 wurde die Anzahl Verfahrensbeistandungen für das Kind in eherechtlichen Verfahren statistisch von den Kantonen erhoben. Diese Statistiken zeigten grosse Unterschiede in der Praxis der Kantone sowie eine zögerliche Umsetzung der Institution des «Anwalts des Kindes».²⁵⁵ Eine Statistik zur Anzahl Verfahrensbeistände gemäss Art. 299 ZPO existiert nicht.

²⁵⁰ Gemäss Art. 299 Abs. 2 ZPO prüft das Gericht die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn: die Eltern bezüglich der Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen; die Kindesschutzbehörde oder ein Elternteil eine Vertretung beantragen; das Gericht aufgrund der Anhörung der Eltern oder des Kindes oder aus anderen Gründen: 1. erhebliche Zweifel an der Angemessenheit der gemeinsamen Anträge der Eltern über die Zuteilung der elterlichen Obhut oder Sorge oder über den persönlichen Verkehr hat, oder; 2. den Erlass von Kindesschutzmassnahmen erwägt.

²⁵¹ Gemäss Art. 314a^{bis} Abs. 2 ZGB prüft die Kindesschutzbehörde die Anordnung der Vertretung insbesondere, wenn: 1. die Unterbringung des Kindes Gegenstand des Verfahrens ist; 2. die Beteiligten bezüglich der Regelung der elterlichen Sorge oder bezüglich wichtiger Fragen des persönlichen Verkehrs unterschiedliche Anträge stellen.

²⁵² Zum Beispiel: BGer 5A_400/2015 vom 25. Februar 2016, E. 2.3 (Erwägung nicht in BGE 142 III 197 publiziert); 5A_744/2013 vom 31. Januar 2014, E. 3.2.2 ff.; BGer 5A_465/2012 vom 18. September 2012, E. 4.2.

²⁵³ BGer 5A 232/2016 vom 6. Juni 2016, E. 4.

²⁵⁴ HITZ QUENON/PAULUS/LUCETTA MYT 2014.

²⁵⁵ Schweizerische Statistik der Massnahmen im Kindes- und Erwachsenenschutz 2010, ZKE 2011, 414, 420 (Statistiken zu den alten Art. 146 und 147 ZGB).

4. FAZIT

Die alternierende Obhut weist im Hinblick auf das Kindeswohl Vorteile auf, sofern sie von einer vereinten gemeinsamen Elternschaft begleitet ist. Ist eine alternierende Obhut erfolgreich, profitiert das Kind von der Entwicklung einer individuellen und ausgeglichenen Beziehung zu jedem seiner Elternteile. Die alternierende Obhut verhindert, dass sich ein Elternteil, in den meisten Fällen der Vater, zurückzieht, und sie ermöglicht sowohl der Mutter wie dem Vater, ihr Privatleben nach der Trennung wieder in ein Gleichgewicht zu bringen.

Die Erfolgchancen der alternierenden Obhut hängen von einer Reihe von psychosozialen Bedingungen ab, die nicht sehr einfach unter einen Hut zu bringen sind. In stark konfliktbeladenen oder gewalttätigen Situationen zwischen den Eltern und Ex-Partnern ist sie nicht empfehlenswert oder nicht mit dem Kindeswohl vereinbar. Zudem ist die alternierende Obhut, wenn sie zufriedenstellend gelebt werden soll, sehr anspruchsvoll. Im Idealfall sollte sie zuerst einmal von den beiden Elternteilen gewünscht werden, ausserdem sollten diese die notwendigen materiellen Voraussetzungen für deren Umsetzung aufweisen (Wohnung, Finanzen usw.). Auch ist eine gewisse geographische Nähe der beiden Wohnungen erforderlich, damit die Wechsel für das Kind möglichst wenig belastend sind und es in seiner Schule bleiben kann.²⁵⁶ Am wichtigsten ist aber, dass die Eltern ein minimales Einvernehmen aufweisen, damit sie kommunizieren und sich im Interesse des Kindes koordinieren können. Da bei einer alternierenden Obhut einzig die vereinte gemeinsame Elternschaft das Wohlergehen und das psychoaffektive Gleichgewicht des Kindes gewährleisten kann, verlangt dies von den Eltern, dass sie die ihre Beziehung betreffenden Konflikte überwinden können.²⁵⁷

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes macht die alternierende Obhut von konkreten Umständen und Fähigkeiten der Eltern abhängig und ermöglicht so die Berücksichtigung von Forschungsergebnissen aus empirischen sozialwissenschaftlichen Studien. Es genügt jedoch nicht, erst zum Zeitpunkt des Entscheides des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde eine interdisziplinäre Perspektive beizuziehen. Alternative Konfliktlösungsmodelle, namentlich die Mediation, können die Eltern beim Aufbau einer vereinten gemeinsamen Elternschaft unterstützen, die ihnen erst ermöglicht, eine geteilte Obhut ins Auge zu fassen. Diese Voraussetzung ist anspruchsvoll, denn sie verlangt von den Eltern und Ex-Partnern, dass sie sich gegenseitig als legitime Erziehungspartner akzeptieren, dass sie die Weiterführung der Erziehungsgemeinschaft, die sie ursprünglich als Paar hatten, wertschätzen und dass sie das jeweilige familiäre Umfeld so definieren, dass der andere Elternteil nicht von vornherein ausgeschlossen ist.²⁵⁸

●
²⁵⁶ NEYRAND 2015; POUSSIN 2015.

²⁵⁷ NEYRAND 2015.

²⁵⁸ Vgl. zu diesem Punkt CASTRÉN/WIDMER 2015.

III. INTERDISZIPLINÄRE ANSÄTZE ZUR BEWÄLTIGUNG DES ELTERNKONFLIKTS

1. EINLEITUNG

Angesichts der Wichtigkeit der Kommunikation und des Konfliktmanagements für eine funktionierende gemeinsame Elternschaft nach einer Trennung oder Scheidung (vgl. vorhergehende Kapitel) ist es aufschlussreich zu verfolgen, wie in der rechtlichen und psychosozialen Praxis in der Schweiz und im Ausland interdisziplinäre Strategien zur Konfliktbewältigung und zur Beratung von Eltern, die allesamt einen Konsens der Eltern anstreben, entwickelt werden. Am weitesten verbreitet ist die Mediation, im Allgemeinen definiert als ein Mittel der Streitbeilegung, bei welchem die Parteien mit Hilfe einer neutralen, unparteilichen und unabhängigen Mediationsperson selber versuchen, zu einer Einigung zu gelangen.

Dieses Kapitel beginnt mit einer psychosozialen Analyse des Konflikts des getrennten Paares, anschliessend wird der Rückgriff auf die Mediation aus soziologischer Sicht diskutiert. Dabei wird festgestellt, dass der elterliche Konflikt mehrheitlich als Privatsache wahrgenommen und aus diesem Grund die wichtige Rolle des persönlichen Beziehungsnetzes als Ressource für das Elternpaar tendenziell vernachlässigt wird. Ausserdem wird auch untersucht, in welchen Situationen von einer Mediation abgeraten wird, besonders in sehr konfliktreichen und von Gewalt geprägten Situationen.

In einem zweiten Schritt soll aufgezeigt werden, wie in letzter Zeit immer mehr versucht wird, die Eltern für eine Mediation zu gewinnen, um ihre Konflikte um das Kind nach einer Scheidung oder Trennung zu lösen. Dazu wird die Entwicklung in gewissen Ländern der Europäischen Union, namentlich nach Inkrafttreten der Richtlinie über die Mediation, sowie in Australien und Quebec dargestellt. Abschliessend folgt eine Übersicht zur Familienmediation und anderen Modellen zur Förderung des Elternkonsenses in der Schweiz.

2. SICHT DER SOZIALWISSENSCHAFTEN AUF DIE MEDIATION

a) DER KONFLIKT DES GETRENNTEN PAARES

Eine Trennung oder eine Scheidung bedeutet für beide Partner eine einschneidende Veränderung im Leben, die bei beiden Stresssituationen generiert, da sie einer neuen Situation gegenüberstehen und sich entsprechend anpassen müssen.²⁵⁹ Die Trennung kann mit einem Verlust, mit Trauer gleichgesetzt werden; sie kann Auslöser von Angst und Angstzuständen sein.²⁶⁰ Die Herausforderung besteht darin, dass die zwei Ex-Partner diese schwierige und stressverursachende Phase zufriedenstellend bewältigen, um anschliessend zusammen eine mehr oder weniger friedlich verlaufende, gemeinsame Elternschaft aufbauen zu können.²⁶¹ Dies ist unter Anbetracht der negativen Auswirkungen des Elternkonfliktes auf

²⁵⁹ DENIS 2001; SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁰ DAHAN 2015.

²⁶¹ SBARRA/EMERY 2005.

die psychoaffektive Entwicklung des Kindes besonders wichtig.²⁶² Obwohl die meisten der getrennten Paare ihren neuen Lebensabschnitt mit Erfolg meistern und diese Etappe positiv bewerten,²⁶³ sind andere jedoch in ewigen, manchmal gewaltsamen Konflikten gefangen.

Im Gegensatz zu reinen Paarkonflikten, die sich unter anderem um die Paarbeziehung (Fusion vs. Autonomie, Macht) drehen, steht bei Konflikten zwischen Eltern nach der Trennung oder Scheidung oft das Kind im Mittelpunkt, namentlich die Obhut und die elterlichen Aufgaben.²⁶⁴ Solche Konflikte können sich noch über Jahre nach der Trennung hinziehen; gewisse Daten zeigen nämlich, dass sich ein Viertel der geschiedenen Familien noch vier Jahre nach der Scheidung und rund 15% nach 12 Jahren immer noch in einer Konfliktsituation befinden.²⁶⁵ Diese Konflikte sind zwar nicht mehr so emotionsgeladen wie solche gleich nach der Scheidung, aber sie äussern sich dafür, wenn es um die gemeinsame Elternschaft geht, durch schwache Zusammenarbeit und ausweichendes Verhalten.²⁶⁶ Bei einer Minderheit von Eltern jedoch bleiben sich die Ex-Partner gegenseitig besonders feindselig eingestellt, und dies auch noch zehn Jahre nach der Trennung.²⁶⁷ Gemäss Literatur sind Streitigkeiten um die Obhut Ausdruck tieferliegender Konflikte, was Hinweis auf Schwierigkeiten sein kann, den Verlust der Beziehung hinzunehmen, sich von der Anbindung an den Ex-Partner zu lösen oder den anderen nicht mehr als Partner, sondern lediglich noch als anderen Elternteil wahrzunehmen.²⁶⁸ Obwohl die Gegenstände des Konflikts an sich gerechtfertigt sind (Obhut, Unterhalt usw.), haben gewisse Studien gezeigt, dass dahinter die fehlende Akzeptanz der Trennung erkennbar ist.²⁶⁹ Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass diese Konflikte, die sich um «praktische» Fragen im Zusammenhang mit dem Kind, um Tatsachen, Rechte und Pflichten drehen, stellvertretend für viel tiefere Widerstände und Ungereimtheiten, für nicht gelöste Interessenkonflikte oder Tabus stehen, die ihrerseits oft Ursache der Trennung sind und stärker in Verbindung mit Emotionen und Subjektivem zu verstehen sind.²⁷⁰

b) RÜCKGRIFF AUF DIE MEDIATION

Die Mediation wird definiert als ein Prozess der Konstruktion oder Rekonstruktion der Familienbande zwischen sich in Trennung befindlichen Individuen, während dessen eine unparteiliche, qualifizierte Drittperson ohne Entscheidungsgewalt mittels vertraulicher Gespräche die Wiederherstellung des Dialogs und die Beilegung des Konfliktes fördert.²⁷¹ Damit besteht die Rolle der Mediatorin oder des Mediators also darin, die in den Konflikt

●
²⁶² Vgl. oben Kapitel «II. Das Kindeswohl», Unterkapitel «2b) Faktoren für den Erfolg der alternierenden Obhut».

²⁶³ AMATO 2000; SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁴ KITZMAN/EMERY 1994; SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁵ SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁶ SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁷ SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁸ KITZMAN/EMERY 1994; WANG/AMATO 2000; SBARRA/EMERY 2005; MADDEN-DERDICH/LEONARD/CHRISTOPHER 1999.

²⁶⁹ KITZMAN/EMERY 1994; WANG/AMATO 2000; SBARRA/EMERY 2005.

²⁷⁰ DENIS 2001.

²⁷¹ HANNEDOUCHE 2009; CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

involvierten Personen in die Verantwortung zu nehmen, sind es doch sie, die Entscheidungen treffen und Lösungen für ihre Konflikte suchen und finden müssen.²⁷² Die Mediationsperson legt einen Rahmen für den gegenseitigen Respekt, die Beachtung der Redezeit und die Achtung der Meinung des anderen fest, was den zwei sich in Konflikt befindlichen Personen ermöglicht, die Kommunikation wieder in Gang zu setzen.²⁷³ Es kann sich dabei um Paare in der Trennung, aber auch um Kommunikationsprobleme zwischen Eltern und Kindern (Jugendlichen) handeln.²⁷⁴ Eine Mediation kann zu jedem Zeitpunkt angegangen werden, vor, während oder nach einem Gerichtsverfahren. Anders als die Mediation verstärkt der Gerichtsprozess tendenziell Konflikte, statt sie abzuschwächen.²⁷⁵ In der Literatur ist die Mediation als effiziente professionelle Konfliktbewältigungspraxis für getrennte Eltern anerkannt, die den Weiterbestand der elterlichen Beziehung nach der Trennung begünstigt.²⁷⁶ Sie will die Partner bei der Bewältigung des schwierigen Lebensabschnittes der Trennung begleiten, und ihnen helfen, sich an die neuen Lebensumstände anzupassen und eine neue, auf die gemeinsame Elternschaft ausgerichtete Beziehung aufzubauen.²⁷⁷ Vor diesem Hintergrund muss der Mediator bzw. die Mediatorin den Konflikt, selbst wenn er Gewalt beinhaltet, als Antrieb für Veränderung und Innovation würdigen, der den geschiedenen Partnern neue Perspektiven eröffnet.²⁷⁸ Die Mediation kann dann wirklich beginnen, wenn jeder der Partner die Position des anderen als Elternteil anerkennt und Klarheit in der eigenen Elternrolle und der Elternrolle des anderen besteht.²⁷⁹ Erst auf der Grundlage dieses gegenseitigen Respektes ist eine Veränderung denkbar.²⁸⁰ Mit der Mediation soll das Gespräch wieder in Gang gesetzt werden, ein neues Selbstverständnis ausgehandelt, eine neue Beziehung zwischen den Eltern aufgebaut und eine gegenseitige Vereinbarung hinsichtlich der erwähnten praktischen Konflikte getroffen werden.²⁸¹ Die «praktischen» Konfliktgegenstände sind in einer Mediation also zentral. So geht es darum, Lösungen zu finden und diese in die Praxis umzusetzen.²⁸² Die Wahl der Form der Obhut, wie beispielsweise die alternierende Obhut, steht oft im Mittelpunkt der Mediation; erst in diesem Rahmen nehmen die Eltern oft erst die volle Komplexität deren Umsetzung wahr und einigen sich über deren Organisation, die gleichzeitig die Bedürfnisse des Kindes, aber auch ihre persönliche und berufliche Situation berücksichtigen muss. Die Aufgabe der Mediationsperson besteht hier darin, den Eltern die Umsetzbarkeit der von ihnen gewollten Lösungen ins Bewusstsein zu rufen.²⁸³ Die versteckten Interessenkonflikte, die zur Trennung geführt haben, werden sich dabei nicht auflösen, auch wenn sie im Laufe der Mediation ans Licht kommen, thematisiert und entsprechend eher akzeptiert werden können.²⁸⁴ Gelegentlich kann eine wirkungsvolle Mediation aber auch unerwünschte Nebenwirkungen haben, dann nämlich, wenn die gute Verständigung zwischen den Eltern ein Bedauern hinsichtlich der



²⁷² HANNEDOUCHE 2009.

²⁷³ HANNEDOUCHE 2009; PORCEDDA-SELLERON 2010.

²⁷⁴ HANNEDOUCHE 2009.

²⁷⁵ CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

²⁷⁶ SBARRA/EMERY 2005; DENIS 2001.

²⁷⁷ SBARRA/EMERY 2005; DAHAN 2015.

²⁷⁸ DENIS 2001; DAHAN 2015.

²⁷⁹ HANNEDOUCHE 2009; PORCEDDA-SELLERON 2010.

²⁸⁰ DENIS 2001.

²⁸¹ DAHAN 2015; D'URSEL 2015; HANNEDOUCHE 2009; CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

²⁸² PORCEDDA-SELLERON 2010.

²⁸³ HANNEDOUCHE 2009.

²⁸⁴ GRÉCHEZ 2005; DENIS 2001.

Trennung und eine Sehnsucht nach dem Ex-Partner auslöst, was mit der, bei Frauen erhöhten, Gefahr einer Depression einhergehen kann.²⁸⁵

c) DER ELTERNKONFLIKT ALS PRIVATSACHE UND DIE BEDEUTUNG DES PERSÖNLICHEN NETZWERKS

Die Rolle der Mediationsperson ist im besprochenen Kontext vorgegeben und ziemlich eingeschränkt. Sie kann den Paaren in Konfliktsituationen, die zu ihr kommen, nicht ihre Sicht- und Handlungsweise aufzwingen. Sie ist da, um die Ex-Partner in ihren eigenen Entscheidungen und ihrer eigenen Konfliktbewältigung zu begleiten. Sie hat neutral zu bleiben.²⁸⁶ Es ist, mit anderen Worten, Sache des Paares festzulegen, wie es seine Beziehung der gemeinsamen Elternschaft ausgestalten will.²⁸⁷ Die anspruchsvolle Rolle der Mediationsperson, die begleitet ohne aufzuzwingen, widerspiegelt einen zentralen Wert, wie er der schweizerischen Kultur (wie übrigens auch der Kultur anderer Länder) zugrunde liegt, nämlich der Autonomie des Paares und der Familie. In der Schweiz wird die Familie als eine in sich geschlossene exklusive Privatsphäre betrachtet, in welche der Staat nicht intervenieren will. Die Intimität der Familie, der Ehe ist also zentral; sie vereint zahlreiche individuelle Erwartungen im Hinblick auf emotionale, identitätsstiftende, persönliche Entfaltungsmöglichkeiten.²⁸⁸ Diese Konzentration auf die familiäre und eheliche Intimität ist umso ausgeprägter, als sich die sozialen Bindungen zu anderen gesellschaftlichen Sphären wie Verwandtschaft, Nachbarschaft, Quartier, Arbeit oder Kirche abgeschwächt haben. Die Kernfamilie – die beiden Ehegatten und ihre Kinder – trägt deshalb die Verantwortung für die Entwicklung und das psychologische Gleichgewicht ihrer Mitglieder. Dabei legt das Elternpaar die Regeln innerhalb der Familie fest, es verwaltet deren Beziehungen, Funktionsweise und Konflikte.²⁸⁹

Der Mediationsprozess konzentriert sich im Wesentlichen auf die zwei Ex-Partner, denen die schwierige Aufgabe zukommt zu verhandeln, einen Kompromiss zu finden und ihren elterlichen Konflikt so gut wie möglich zu bewältigen. Das persönliche Netzwerk, das das Paar auf seinem ganzen Weg begleitet hat, ist dabei jedoch ein unverzichtbares Element, welches in den Mediationsprozess einfließen muss. Das persönliche Netzwerk kann zahlreiche (praktische, finanzielle und emotionale) Ressourcen bieten, mit deren Hilfe die beiden Ex-Partner den Stress der Trennung besser überwinden und ihre Meinungsverschiedenheiten besser bewältigen können und welche sie psychologisch auf einen neuen Lebensabschnitt vorbereiten und ihnen in ihrer neuen Rolle der gemeinsamen Elternschaft beistehen.²⁹⁰ Gewisse Daten zur Schweiz zeigen denn auch, dass die Unterstützung durch das persönliche Netzwerk den (nicht getrennten) Eltern nicht nur ermöglicht, Konflikte unter sich zu bewältigen, sondern auch ihr Verhalten als Eltern effizient und positiv auszugestalten.²⁹¹ In einem solchen Umfeld kann davon ausgegangen werden, dass im Falle einer Trennung das persönliche Netzwerk die beiden Ex-Partner weiterhin in der Umsetzung einer positiven gemeinsamen Elternschaft zugunsten des Wohls ihrer Kinder unterstützt. Aus

●
²⁸⁵ SBARRA/EMERY 2005.

²⁸⁶ D'URSEL 2015; CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

²⁸⁷ HANNEDOUCHE 2009.

²⁸⁸ KELLERHALS/WIDMER 2012.

²⁸⁹ KELLERHALS/WIDMER 2012.

²⁹⁰ KELLERHALS/WIDMER 2012; WIDMER/LE GOFF/LÉVY/HAMMER/KELLERHALS 2006.

²⁹¹ WIDMER/LE GOFF/LÉVY/HAMMER/KELLERHALS 2006.

diesen Daten geht auch hervor, dass die persönlichen Netzwerke und die Unterstützung, die sie bieten, von einem Paar zum anderen, ja sogar von einem Individuum zum anderen, sehr unterschiedlich sind. Gewisse Paare haben nur wenige (freundschaftliche und familiäre) Bande, auf die sie zählen können. Andere Paare dagegen verfügen über ein reiches Netzwerk von Freunden und Familienmitgliedern. Bei anderen wiederum sind die Netzwerke asymmetrisch, bei einem der Partner gut ausgebaut und beim anderen nur aus einigen wenigen persönlichen Beziehungen bestehend. Andere Paare schliesslich klagen über Überlappungen bei ihren persönlichen Netzwerken, was mehr Spannungen hervorruft als Unterstützung bringt.²⁹² Es kann davon ausgegangen werden, dass diese verschiedenen persönlichen Netzwerke zum Zeitpunkt der Trennung sehr unterschiedliche Einflüsse auf die Beziehung zwischen den beiden Ex-Partnern haben können. Können beide auf (praktische und emotionale) Hilfe von ihren persönlichen Netzwerken zählen, werden sie vermutlich eher zu Verhandlungen bereit sein und versuchen, Kompromisse im Hinblick auf ihre neue gemeinsame Elternschaft zu finden. Wenn nur einer der beiden Partner auf solche familiäre und/oder freundschaftliche Netzwerke zurückgreifen kann, erhöht ein solches Ungleichgewicht potentiell die Spannungen zwischen ihnen und erschwert Verhandlungen. Schlimmer noch, die zwei Partner können persönliche Netzwerke haben, die Kontrolle ausüben und sich einmischen, was den Konflikt zwischen den beiden noch zusätzlich schüren kann, so wie es bei hochkonflikthaften Scheidungen der Fall ist, wo zuweilen der Konflikt zu einer Sippenangelegenheit wird.²⁹³ Möglich ist auch, dass solche persönlichen Netzwerke die Ex-Partner zwingen, ein traditionelles Familienmodell (Mutter als Hausfrau, Vater als Ernährer) weiterzuführen und sie damit daran hindern, sich in Richtung einer egalitäreren gemeinsamen Elternschaft zu entwickeln.²⁹⁴ Aus all dem wird ersichtlich, dass die Ex-Partner nicht alle über die gleichen Ressourcen aus den Netzwerken verfügen, wenn sie eine Mediation beginnen. Das Mediationsverfahren und sein Ausgang können je nach Art der persönlichen Netzwerke der beiden Ex-Partner sehr unterschiedlich ausfallen. Die Mediation sollte deshalb den Beziehungskontext stärker berücksichtigen und dessen positiven wie negativen Einfluss auf die Bewältigung des Elternkonfliktes miteinbeziehen.

d) IST EINE MEDIATION IN JEDEM FALL MÖGLICH UND EMPFEHLENSWERT?

Die Mediation stützt sich, sowohl was die Voraussetzungen als auch die praktische Umsetzung angeht, auf das Konzept des Paares und der Familie als Privatsache. Sie bietet im Grunde genommen einen Ort, an dem ein sich in einer Krise befindliches Paar unter der diskreten Überwachung einer Mediationsperson diskutieren, sich austauschen und verhandeln kann und diese die Diskussion leitet, ohne ihre eigenen Standpunkte einzubringen. In einer Mediation muss man über sich selber, die eigenen Emotionen und Werte sprechen und dabei den anderen und dessen Entscheide respektieren.²⁹⁵ In der Praxis bedingt die Mediation also, Spielregeln und Werte der Kommunikation, der Zusammenarbeit, der Verhandlung, des Kompromisses und der Gleichstellung zwischen Frau und Mann zu leben.

●
²⁹² WIDMER/LE GOFF/LÉVY/HAMMER/KELLERHALS 2006; KELLERHALS/WIDMER 2012.

²⁹³ GILMOUR 2004.

²⁹⁴ GIUDICI/WIDMER 2015.

²⁹⁵ PORCEDDA-SELLERON 2010.

Sie beruht, übers Ganze gesehen, auf einer Konzeption der «assoziativen» Familie, in welcher Entscheidungen gemeinsam diskutiert und getroffen werden. Der Konflikt muss von den zwei Partnern bewältigt werden.²⁹⁶

Nun werden aber dieses Konzept und die ihm zugrundeliegenden Werte je nach sozialem und kulturellem Hintergrund nicht zwingend von allen Personen geteilt. Gewisse sehen sich ausserstande, für sich selber zu verhandeln. Dies ist insbesondere in den unteren Gesellschaftsschichten, gewissen migrantischen Milieus oder eher konservativen bzw. religiösen Kreisen der Fall.²⁹⁷ Die Mediation kann effektiv gewisse «traditionellere» Funktionsweisen, die auf der Geschlechtertrennung bei häuslichen Rollen und Aufgaben, aber auch bei Erziehungsaufgaben, beruhen, destabilisieren und Widerstand hinsichtlich Kommunikation und Verhandlung hervorrufen. Bei Ex-Partnern oder Ehegatten, deren Funktionsweise auf einer klaren Definition hierarchischer Familienrollen beruht, hat Verhandeln an sich keine Daseinsberechtigung. Längst nicht alle Partner begreifen und akzeptieren die Idee, den Konflikt gemeinsam zu lösen und für eine positive gemeinsame Elternschaft und im Interesse des Wohles ihrer Kinder zusammenzuarbeiten.²⁹⁸ Die «Aufteilung» des Kindes kann von Frauen, die ihre Rolle und ihre Identität hauptsächlich um das Kind herum konstruiert haben, als Beleidigung und von Männern, deren Wahrnehmung der Vaterschaft im Wesentlichen auf der Rolle des «Ernährers» beruht, als Problematik empfunden werden.²⁹⁹ Zudem wird der eheliche Konflikt nicht unbedingt als reine Privatangelegenheit wahrgenommen, sondern er betrifft die erweiterte Familie und teilweise auch die Gemeinschaft. Die Bewältigung des Elternkonflikts geht so über den Privatbereich hinaus und involviert zahlreiche Akteure, was die Aufgabe der Mediationsperson, die den Konflikt als rein auf das Paar bezogen definiert, erschwert.³⁰⁰ Eine solche Situation kann sich als besonders komplex entpuppen, da das persönliche Netzwerk – Familie, Freunde – um das Paar herum tendenziell ein traditionelleres Familienbild mit entsprechenden Werten stützt,³⁰¹ was die Mediation noch anspruchsvoller macht.

Bei hochkonflikthaften Trennungen kann sich das Mediationsverfahren also als ungeeignet erweisen, oder zumindest reicht es nicht aus, um einen Kompromiss zu finden. Obwohl die klare Definition einer hochkonflikthaften Trennung schwierig ist, geht es in der Regel um getrennte Paare, deren Konflikte schon lange andauern, wiederholt aufbrechen und sich um chronische Meinungsverschiedenheiten zu den Kindern (Erziehung, Unterhalt, Obhut usw.) drehen. Sie charakterisieren sich durch starke Emotivität, einen hohen Grad an Wut und Misstrauen gegenüber dem anderen Elternteil, der im Allgemeinen als schlechter Elternteil beschrieben wird. Die Ex-Partner verhalten sich in solchen Situationen einander gegenüber besonders feindselig und versuchen, sich gegenseitig zu verunglimpfen und das Kind an sich zu ziehen.³⁰² Nach Auffassung gewisser Autoren erweisen sich Paare, die solche Konflikte aufrechterhalten, als resistent gegen Veränderungen, wie sie eine Trennung eben gerade zwingend mit sich bringt. Sie ziehen so die Transformationsphase in die Länge,

●
²⁹⁶ D'URSEL 2015.

²⁹⁷ D'URSEL 2015.

²⁹⁸ D'URSEL 2015.

²⁹⁹ D'URSEL 2015; LIMET 2009b.

³⁰⁰ D'URSEL 2015.

³⁰¹ GIUDICI/WIDMER 2015.

³⁰² GILMOUR 2004.

und der Konflikt selbst wird zum neuen Beziehungsmodell.³⁰³ Die Verweigerung der Kommunikation und Zusammenarbeit erschwert dabei jeglichen Kompromiss. Da die Mediation auf einem rationalen Entscheidungsprozess aufbaut, kann sie nicht durchgeführt werden, wenn Emotionen und/oder Misstrauen gegenüber dem anderen zu stark sind. Solche Paare müssten vorgängig eine Familientherapie absolvieren, bevor eine Mediation in Betracht gezogen werden kann, oder ein Programm besuchen, das Therapie und Mediation verbindet, um die für sie typische starke Emotivität zu entschärfen.³⁰⁴

Von einer Mediation wird ganz besonders bei Paaren abgeraten, in denen einer der beiden – im Allgemeinen der Mann – einen grossen Einfluss oder viel Macht über den anderen ausübt, wie in Situationen häuslicher Gewalt.³⁰⁵ Ein solcher Einfluss oder eine solche Dominanz des anderen ist von aussen nicht immer erkennbar und kann sich lediglich unterschwellig bemerkbar machen, durch subtile Einschüchterungen oder Drohungen beispielsweise im Zusammenhang mit der Obhut der Kinder.³⁰⁶ Die Mediationsperson ist in der Tat nicht immer in der Lage, sich des Machtverhältnisses zwischen den beiden Ex-Partnern während der Mediation bewusst zu werden.³⁰⁷ In solchen Situationen besteht die Gefahr, dass der dominierende Partner, oft der Mann, die Diskussion und Verhandlung beherrscht, umso mehr noch, wenn es sich um eine Mediatorin handelt.³⁰⁸ Ausserdem beeinträchtigt die Angst des dominierten Partners davor, dass der dominierende Partner aus der Mediation gewonnene Informationen gegen ihn ausspielen könnte, jegliche Kommunikations- und Verhandlungsmöglichkeit.³⁰⁹ Obwohl das Recht beiden Parteien einen geschützten Rahmen bietet, kann je nachdem die Mediation ein Spiegel des Macht- und Kontrollverhältnisses innerhalb der Paarbeziehung sein.³¹⁰ Es besteht deshalb ein grosses Risiko, dass die ausgehandelten Vereinbarungen zugunsten des Mannes ausfallen. Das Dominanzverhältnis, das einer Paarbeziehung zugrunde liegen kann, kann noch lange nach der Trennung andauern, auch wenn die beiden Elternteile längst nicht mehr zusammenleben. Die Angst vor dem dominierenden Partner und seinen etwaigen Repressalien bringen den dominierten Partner dazu, seine Forderungen zu senken und Vereinbarungen zu akzeptieren, die ihn klar benachteiligen, namentlich finanziell, um schliesslich sich und seine Kinder zu schützen.³¹¹ In solchen Situationen kann eine Mediation machbar sein, aber nur unter Zuhilfenahme von gewichtigen Schutzmassnahmen wie beispielsweise der physischen Trennung der beiden Parteien, sei dies im selben Raum oder in separaten Räumen, um jegliche Einschüchterungsversuche zu unterbinden, und/oder die Präsenz einer zusätzlichen Person, die den Partner, der Opfer von Gewalt ist, stärkt.³¹² Vor der Mediation muss auch sichergestellt werden, dass beide Ex-Partner zur Zusammenarbeit bereit sind und den Willen haben, eine Lösung zu finden, und vor allem auch, dass der Partner, der Opfer von Gewalt ist, sich frei fühlt, seine Rechte zu verteidigen. Ansonsten ist eine Mediation vergeblich. Obwohl all diese Vorsichtsmassnahmen Einschüchterungsversuche bei der Mediation verhindern,

303 GILMOUR 2004.

304 GILMOUR 2004.

305 CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006; LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011; MATEFI 2003.

306 LANDRUM 2011.

307 LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011.

308 CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

309 LOWE/DODGE ABRAMS 2011.

310 CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006; LANDRUM 2011.

311 CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006; LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011.

312 LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011.

können sie aber solche Versuche ausserhalb der Mediation nicht unterbinden.³¹³ Ausserhalb kann die Gefahr von Repressalien besonders hoch sein, wenn der Partner, der Opfer von Gewalt ist, es gewagt hat, sich bei der Mediation zu äussern oder zu verhandeln. Wenn die Gefahr von Druckversuchen und Repressalien oder die Angst sich zu äussern zu gross sind, sollte eine Mediation vermieden werden. In solchen Situationen von Dominanz und/oder Gewalt in der Paarbeziehung ist der formelle Rahmen des Gerichtsverfahrens für eine Streitbeilegung besser geeignet.³¹⁴ Anzufügen ist noch, dass Gewalt auch bei Paaren vorhanden sein kann, bei denen kein Macht- oder Dominanzverhältnis besteht; sie kann in gewissen Situationen oder wenn die Krise den Höhepunkt (die Trennung) erreicht, auftauchen.³¹⁵ In solchen Situationen ist eine Mediation möglich; sie kann sogar zur Entschärfung der den Konflikten innewohnenden Gewalt beitragen.

Nebst all diesen problematischen Situationen kann die Mediation den Ex-Partnern auch zum falschen Zeitpunkt vorgeschlagen werden. Manchmal sind Personen überhaupt nicht für eine Mediation bereit; sie ziehen sich in ein abwehrendes Schweigen zurück, da ihre Emotionen zu stark oder zu schmerzhaft sind und sie Mühe bekunden, sich auszudrücken. Die Unfähigkeit der einen oder beider Parteien, Emotionen in Worte zu fassen, stellt für den Mediationsprozess eine ernsthafte Einschränkung dar. Liegt eine solche Situation vor, ist es besser, die Mediation aufzuschieben, bis der Trennungsschock überwunden ist und der Trauerprozess begonnen hat.³¹⁶ Andere Situationen in Verbindung mit der Persönlichkeit der Ex-Ehegatten können bei der Mediation Probleme aufwerfen. Gewisse Ex-Ehegatten können die Mediation manipulieren und zu ihrem Vorteil drehen, so dass sie sich für den Ex-Partner als riskant erweist.³¹⁷ Schliesslich ist eine Mediation nicht geeignet, wenn innerhalb des Paares Drogen-, Alkohol- oder psychische Probleme existieren.³¹⁸

All diese Beobachtungen machen klar, dass die Mediation keine für alle Paare geeignete Methode ist. Zu fragen ist, ob die Mediation eigentlich nicht nur solchen Paaren vorgeschlagen werden sollte, die sich auf einer gemeinsamen Grundlage der Gleichberechtigung bewegen, die die erforderlichen kommunikativen Fähigkeiten aufweisen und, vor allem, die verhandeln wollen. Für andere Paare, die nicht mit solchen Werten und Fähigkeiten funktionieren, sollten vielleicht besser die Gerichte mit ihren eher zwingenden Instrumenten (Gutachten, Elterncoaching usw.) entscheiden. Gemäss einigen Mediatorinnen und Mediatoren sollte die Mediation auch für Paare offen stehen, deren Familienmodell nicht dem vorherrschenden Modell entspricht, da die Mediation als ein Ort verstanden werden kann, wo Normen und Ideologien hinterfragt werden können, und wo die Ex-Partner, wenn sie wollen, ihre Frustrationen und ihre Wut zum Ausdruck bringen können, auch wenn das für sie sehr schwierig ist.³¹⁹ Und auch wenn eine Vereinbarung höchst unwahrscheinlich ist, kann solchen Paaren eine Mediation nützlich sein, weil sie ihnen das Gespräch ermöglicht und sie mit Worten ausdrücken können, wie sie eine Familie definieren und welche Rolle innerhalb des Elternpaares beide haben.³²⁰ Andere Fachleute wiederum betonen die Notwendigkeit, dass sich Mediatorinnen und Mediatoren bei komplizierten Situationen, wie bei

●
³¹³ LOWE/DODGE ABRAMS 2011.

³¹⁴ LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011.

³¹⁵ LANDRUM 2011.

³¹⁶ GRÉCHEZ 2005.

³¹⁷ GRÉCHEZ 2005.

³¹⁸ GILMOUR 2004.

³¹⁹ D'URSEL 2015; LIMET 2009b.

³²⁰ D'URSEL 2015; LIMET 2009b.

von Dominanz oder Gewalt geprägten Beziehungen, ihrer Grenzen und auch den Gefahren einer Mediation für gewisse fragile Ex-Partner bewusst sind. Sie müssen deshalb in der Lage sein, eine Mediation zu verweigern oder zu beenden, wenn es sich herausstellt, dass sie zum Scheitern verurteilt oder sogar für einen der Ex-Partner gefährlich ist.³²¹

3. FAMILIENGERICHTSBARKEIT UND INTERDISZIPLINÄRE KONFLIKTBEILEGUNGSVERFAHREN

Die Entwicklung der letzten Jahre des Familienrechts in Europa und im *Common Law* lässt sich nicht nur durch das Ideal der gemeinsamen Elternschaft nach der Trennung oder Scheidung charakterisieren, sondern auch durch die Förderung der Mediation in Verfahren, die die Familie betreffen. Heutzutage besteht eine starke Tendenz zur Mediation als obligatorische Etappe vor der Einleitung einer Klage auf Abänderung der Elternrechte und -pflichten. Von der Mediation wird dabei eine Steigerung der einvernehmlich gelösten Fälle mit tragfähigen Lösungen, eine verbesserte Kommunikation zwischen den getrennten Eltern sowie eine Reduktion der Kosten der Justiz erwartet.

a) DIE RICHTLINIE DER EUROPÄISCHEN UNION ÜBER DIE MEDIATION UND DIE FAMILIENGERICHTSBARKEIT

Die Mediation in Zivilsachen ist auf der Ebene der Europäischen Union in einer Richtlinie vom 21. Mai 2008³²² über die Mediation im Rahmen von grenzüberschreitenden Streitigkeiten geregelt, wobei präzisiert wird, dass es den Mitgliedstaaten freistehen sollte, «diese Bestimmungen auch auf interne Mediationsverfahren anzuwenden» (Erwägungsgrund 8). Gemäss Art. 3 Bst. a der Richtlinie «bezeichnet der Ausdruck «Mediation» ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen. Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben sein. Es schließt die Mediation durch einen Richter ein, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist. Nicht eingeschlossen sind Bemühungen zur Streitbeilegung des angerufenen Gerichts oder Richters während des Gerichtsverfahrens über die betreffende Streitsache.» Gemäss Art. 3 Bst. b der Richtlinie «bezeichnet der Ausdruck «Mediator» eine dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise durchzuführen, unabhängig von ihrer Bezeichnung oder ihrem Beruf in dem betreffenden Mitgliedstaat und der Art und Weise, in der sie für die Durchführung der Mediation benannt oder mit dieser betraut wurde.»

Ein Gericht, das mit einer Klage befasst wird, kann gegebenenfalls gemäss Art. 5 der Richtlinie «die Parteien auffordern, die Mediation zur Streitbeilegung in Anspruch zu nehmen. Das Gericht kann die Parteien auch auffordern, an einer Informationsveranstaltung über die Nutzung der Mediation teilzunehmen, wenn solche Veranstaltungen durchgeführt

³²¹ GRÉCHEZ 2005; LOWE/DODGE ABRAMS 2011.

³²² Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (ABl. L 136 vom 24.5.2008, S. 3).

werden und leicht zugänglich sind», wobei die Richtlinie nationale Rechtsvorschriften unberührt lässt, gemäss denen die Inanspruchnahme der Mediation vor oder nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens verpflichtend oder mit Anreizen oder Sanktionen verbunden ist, unter der Bedingung, dass diese Rechtsvorschriften die Parteien nicht daran hindern, ihr Recht auf Zugang zum Gerichtssystem wahrzunehmen (Art. 5 Abs. 2). Die Richtlinie enthält im Weiteren Bestimmungen über die Sicherstellung der Qualität der Mediation (Art. 4), über die Vollstreckbarkeit einer im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung (Art. 6), über die Vertraulichkeit der Mediation (Art. 7), über die Auswirkung der Mediation auf Verjährungsfristen (Art. 8) oder auch über die Information der breiten Öffentlichkeit (Art. 9).

Die Familiengerichtsbarkeit gehört zu jenen Bereichen, denen die Mitgliedstaaten der Europäischen Union bei der Umsetzung der Richtlinie in ihr innerstaatliches Recht am meisten Gewicht beimessen. Zwischen den einzelnen Regelungen bestehen jedoch beträchtliche Unterschiede, namentlich hinsichtlich der Frage, ob die Mediation zwingend oder freiwillig ist, und der Kosten (kostenlos oder nicht).

Deutschland hat für die Umsetzung der europäischen Richtlinie ein neues Gesetz über die Mediation (*Mediationsgesetz*)³²³ erlassen. Zudem sind in den verschiedenen Verfahrensgesetzen, unter anderen im Verfahren in Familiensachen,³²⁴ Bestimmungen zur gütlichen Beilegung von Streitigkeiten aufgenommen worden. Gemäss den neuen Bestimmungen müssen die Parteien bei Einreichung eines Antrags angeben, ob der Antragstellung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äusserung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen (§ 23 FamFG). Eine Mediation ist innerhalb oder ausserhalb des Gerichts möglich: Das Gericht kann die Parteien vor eine Richterin oder einen Richter verweisen (*Güterichter/in*), der versucht, eine gütliche Einigung zu erzielen, und dazu alle Methoden der Konfliktbeilegung einschliesslich der Mediation einsetzen kann (§ 36 Abs. 5 FamFG). Ausserdem kann das Gericht den Parteien eine aussergerichtliche Mediation oder ein anderes Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen und das Verfahren aussetzen, wenn die Parteien diesen Vorschlag akzeptieren (§ 36a FamFG). Mediationen sind kostenpflichtig, und finanzielle Beihilfen sind gegenwärtig nicht vorgesehen.³²⁵

Frankreich hat schon 1995 in der Zivilprozessordnung (*Code de procédure civile*; Art. 131-1 ff. CPCF)³²⁶ einen gesetzlichen Rahmen für die Mediation geschaffen, auf dessen Basis das

●
³²³ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der aussergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012 (BGBl. I D. 1577), am 26. Juli 2012 in Kraft getreten.

³²⁴ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 11. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2222) geändert worden ist.

³²⁵ Informationen auf dem europäischen Portal e-Justice: Mediation in den Mitgliedstaaten – Deutschland, am 04.03.2017 konsultiert: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-DE-fr.do?clang=de

³²⁶ Gesetz vom 8. Februar 1995 und Durchführungsverordnung. Vgl. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, konsultiert am 04.03.2017: https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2011/11/17/JUSC1117339P/jo/article_snum1

Gericht im Einverständnis mit den Parteien eine Mediation anordnen kann. Der nun geltende Rahmen der Mediation basiert auf der europäischen Richtlinie.³²⁷ Die Art. 131-1 ff. CPCF sehen vor, dass das Gericht im Einverständnis mit den Parteien eine Mediation anordnen kann, indem es eine Mediationsperson bestimmt, die eine für die Art des Rechtsstreits erforderliche Qualifikation besitzt, eine Ausbildung in Mediation oder entsprechende Erfahrung aufweist und einen guten Leumund hat und unabhängig ist. Die Massnahme ist auf 3 Monate begrenzt und einmal verlängerbar. Für das Verfahren in Familiensachen kann das Gericht auf der Grundlage von in den Jahren 2002 und 2004 eingeführten Bestimmungen im Code civil und im Code de procédure civile eine Mediation als Massnahme vorschlagen und, nachdem die Parteien ihr Einverständnis gegeben haben, einen Familienmediator oder eine Familienmediatorin bezeichnen (Art. 373-2-10, Art. 255 Abs. 1 und 2 CCF; Art. 1071 CPCF).³²⁸ Die Kosten für eine Familienmediation schwanken je nach Einkommen der Parteien zwischen 2 und 131 Euros pro Person und Sitzung. Findet die Mediation im Laufe des gerichtlichen Verfahrens statt, können die Kosten im Sinne einer Prozesskostenhilfe übernommen werden.³²⁹ 2014 wurden Versuche zur obligatorischen vorgängigen Familienmediation durchgeführt.³³⁰ Ein 2014 von der Nationalversammlung verabschiedeter Gesetzesentwurf «Proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant» arbeitet mit dem Modell der angeordneten Mediation.³³¹ Der Entwurf sieht die Einführung der Möglichkeit für das Gericht vor, den Parteien die Teilnahme an einer oder zwei Familienmediationssitzungen zu verordnen, ausser wenn einer der Elternteile gegen den anderen Elternteil oder gegen das Kind gewalttätig geworden ist.³³² Im Rahmen einer «Reform zur Modernisierung der Justiz des 21. Jahrhunderts» wurde im Jahr 2016 die Fortführung der Versuche zur vorgängigen, obligatorischen Mediation beschlossen.³³³

In England und Wales³³⁴ ist gemäss dem Gesetz über Kinder und Familien (*Children and Families Act*) seit 2014 die Teilnahme an einer Informations- und Evaluationssitzung («*family mediation information and assessment meeting*» MIAM) obligatorisch bevor ein Antrag in Familiensachen gestellt werden kann, unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen (insbesondere häusliche Gewalt).³³⁵ Eine 2015 publizierte Studie stellt fest, dass die Tendenz zu aussergerichtlichen Konfliktlösungsverfahren das Recht des Kindes, angehört zu werden, wie es in

³²⁷ Richtlinie 2008/52/EG vom 21. Mai 2008, umgesetzt durch die Verordnung Nr. 2011-1540 vom 16. November 2011.

³²⁸ Gesetz Nr. 2002-305 vom 4. März 2002 sur l'autorité parentale conjointe und Gesetz Nr. 2004-439 vom 26. Mai 2004 sur le divorce.

³²⁹ Sénat, Justice aux affaires familiales: pour un règlement pacifié des litiges, Rapport d'information n° 404 (2013-2014) de Mme Catherine Tasca et M. Michel Mercier, fait au nom de la commission des lois, déposé le 26 février 2014, S. 50; konsultiert am 04.03.2017: <http://www.senat.fr/rap/r13-404/r13-404.html>

³³⁰ Mittels Dekret Nr. 2010-1395 vom 12. November 2010 « relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale ». Ein Beschluss vom 16. Mai 2013 bestimmte die Bezirksgerichte von Bordeaux und von Arras für die Durchführung dieser Versuche bis am 31. Dezember 2014.

³³¹ Text Nr. 664 (2013-2014), am 27. Juni 2014 an den Senat weitergeleitet.

³³² Einfügung eines Abschnittes 2 bis «La médiation familiale» im Gesetz Nr. 95-125 vom 8. Februar 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

³³³ Art. 7 des Gesetzes Nr. 2016-1547 vom 18. November 2016 « de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1) ».

³³⁴ Herleitung vgl. SCHERPE/MARTEN 2013, S. 409 ff.

³³⁵ Section 10 Children and Families Act 2014; Practice direction 3a – family mediation information and assessment meetings (MIAMS).

Art. 12 KRK gewährleistet wird, gefährden kann. Gemäss den Verfassern besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Ideal der Autonomie der Eltern und dem Recht des Kindes, angehört zu werden.³³⁶ Entsprechend hat der Justizminister 2014 seine Absicht kundgetan, die Berücksichtigung des Willens des Kindes im Rahmen der Mediation zu verbessern.³³⁷ Die Kosten für eine Mediation schliesslich hängen vom Anbieter ab und sind nicht staatlich geregelt. Eine Organisation von Rechtsanwälten, die ehrenamtliche Dienstleistungen erbringt («*LawWorks*»), bieten kostenlose Mediation für diejenigen, die sich eine Mediation finanziell nicht leisten können.³³⁸

b) ERFAHRUNGEN IN AUSTRALIEN UND QUEBEC

Australien war mit dem Erlass des *Family Law Act 1975* eines der ersten Länder, das bei der Familiengerichtsbarkeit alternative Methoden der Konfliktbewältigung begünstigte. In der Zwischenzeit ist die obligatorische Mediation eingeführt worden: bevor die Parteien ans Gericht gelangen, müssen sie an einer *family dispute resolution* teilnehmen.³³⁹ Das angerufene Gericht kann die Parteien verpflichten, eine Fachperson für die Beilegung von Familienkonflikten zu konsultieren, um Streitigkeiten zur Regelung und Ausgestaltung der familiären Organisation beizulegen oder bei Änderungen derselben zu einer Einigung zu gelangen.³⁴⁰ Es besteht ein dichtes Netz von *Family Relationship Centres*, die aussergerichtliche Mediation anbieten und vom Staat subventioniert sind.³⁴¹ Obwohl Australien zwar, was die Frage der Partizipation des Kindes im Mediationsprozess betrifft, weiter fortgeschritten ist als andere Länder, weist die Forschung trotzdem auf die Notwendigkeit hin, die Praxis in dieser Hinsicht noch zu verbessern.³⁴² Die Kosten der *family dispute resolution* schliesslich sind bescheiden und hängen vom Einkommen der Parteien ab.³⁴³

Quebec, um ein Beispiel aus Kanada zu nennen, hat auf den 1. Januar 2016 für Eltern in Trennung, die Kinder zu betreuen haben, die gesetzliche Pflicht eingeführt, an einer Informationssitzung über Elternschaft und Mediation teilzunehmen, bevor sie von einem Gericht angehört werden. Nur aus wichtigen Gründen kann ein Elternteil von dieser Verpflichtung befreit werden, namentlich bei Partnergewalt (Art. 417-419 Code de procédure

³³⁶ EWING/HUNTER/BARLOW/SMITHSON 2015.

³³⁷ Rede von Simon Hughes an der Family Justice Young People's Board 'Voice of the Child' conference vom 24. Juli 2014 in London, konsultiert am 04.03.2017: <https://www.gov.uk/government/speeches/simon-hughes-speech-at-the-voice-of-the-child-conference>

³³⁸ Informationen auf dem europäischen Portal e-Justice: Mediation in den Mitgliedstaaten – England und Wales, konsultiert am 04.03.2017: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-EW-fr.do?clang=en

³³⁹ Section 60I Family Law Act 1975; Family Law Rules 2004 (FLR); vgl. AESCHLIMANN 2006, S. 46; SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, S. 122 ff.

³⁴⁰ Family Law Act 1975 Part IIIB—Court's powers in relation to court and non-court based family services.

³⁴¹ Vgl. die Webseite der australischen Regierung «Family relationships online», konsultiert am 04.03.2017: <http://www.familyrelationships.gov.au/>

³⁴² HENRY/HAMILTON 2012; GRAHAM/FITZGERALD 2010.

³⁴³ Webseite der australischen Regierung «Family relationships online», konsultiert am 04.03.2017: <http://www.familyrelationships.gov.au/Services/FamilyLawServices/FDR/Pages/default.aspx#q14>

civile québécois, CPC québécois).³⁴⁴ Ziel dieser Sitzung ist es, dass betroffene Eltern über den « psychologischen Schock einer Trennung für das Paar und für die Kinder » und über die Ausübung der Elternrolle nach der Trennung informiert werden, dass sie Grundkenntnisse zur Rechtslage erwerben und dass ihnen die Mediation als ein Konfliktlösungsmodell und ein Mittel zur Erarbeitung einer neuen Art und Weise der Ausübung der Elternschaft nach der Trennung vorgestellt wird.³⁴⁵ Das Gericht kann jederzeit das Verfahren sistieren, damit die Parteien eine Mediation bei einer von ihnen gewählten akkreditierten Mediationsperson beginnen oder weiterführen können, oder um den Dienst für Familienmediation aufzufordern, bei den Parteien zu intervenieren. Bevor das Gericht einen solchen Entscheid erlässt, berücksichtigt es, ob die Parteien schon eine akkreditierte Mediatorin oder einen akkreditierten Mediator beigezogen haben, das gegenwärtige Kräftegleichgewicht, eine etwaige familiäre oder eheliche Gewaltsituation sowie die Interessen der Parteien und ihrer Kinder (Art. 420 CPC québécois). Das Gericht kann für maximal drei Monate das Verfahren sistieren oder die Ermittlungen vertagen (Art. 421 CPC québécois).³⁴⁶ Das Justizministerium übernimmt seit Dezember 2012 die Kosten für die obligatorische Informationssitzung, für daraus folgende Mediationssitzungen sowie für 5 h an fachlichen Dienstleistungen bei einem Scheidungsprozess oder 2 h 30 an fachlichen Dienstleistungen bei einem Antrag auf Änderung eines Urteils oder einer Vereinbarung oder bei Eltern, die schon eine Familienmediation durchgeführt oder bereits ein Urteil für eine gerichtliche Trennung erhalten haben.³⁴⁷

c) MEDIATION UND FAMILIENGERICHTSBARKEIT IN DER SCHWEIZ

In der Schweiz wurde mit dem Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung (ZPO) am 1. Januar 2011 die Mediation neu auf Bundesebene in das Verfahren vor Zivilgericht aufgenommen.³⁴⁸ In den Art. 213 bis 218 ZPO ist das Zusammenspiel zwischen dem Verfahren vor Zivilgericht und der sogenannten «gerichtlichen» Mediation geregelt. Diese wird als ein vertrauliches (die Aussagen der Parteien dürfen im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden) und von der Schlichtungsbehörde und dem Gericht unabhängiges Verfahren verstanden, da die Organisation und Durchführung der Mediation Sache der Parteien ist, und sie auch, von Ausnahmen abgesehen, die Kosten tragen. Die Mediation bewirkt, dass das gerichtliche Verfahren bis zum Zeitpunkt sistiert ist, zu dem eine Partei der Schlichtungsbehörde oder dem Gericht einen Antrag stellt oder die Beendigung der Mediation mitteilt. Die in der Mediation erzielte Vereinbarung kann vom Gericht genehmigt werden und hat dann die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils. Wenn es die Parteien wünschen, kann die Mediation an die Stelle des Schlichtungsverfahrens treten.

●
³⁴⁴ RLRQ, Kap. C-25.011. Vgl. auch die Webseite des Justizministeriums von Quebec, konsultiert am 04.03.2017: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/seance-parentalite.htm>

³⁴⁵ TORKIA 2012.

³⁴⁶ Webseite des Justizministeriums von Quebec, konsultiert am 04.03.2017: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/rencontres.htm>

³⁴⁷ Webseite des Justizministeriums von Quebec, konsultiert am 04.03.2017: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/choix-mediateur.htm>

³⁴⁸ Gewisse Kantone, so Genf, hatten in ihren eigenen kantonalen Prozessordnungen schon Bestimmungen zur Mediation in Zivilsachen, aber auch in Strafsachen, erlassen.

Art. 218 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass in kindesrechtlichen Angelegenheiten Parteien Anspruch auf eine unentgeltliche Mediation haben, wenn ihnen die erforderlichen Mittel fehlen und das Gericht die Durchführung einer Mediation empfiehlt. Bisher war diese Bestimmung nur auf kindesrechtliche Angelegenheiten anwendbar, die nicht vermögensrechtlicher Art sind. Mit der Einführung des neuen Unterhaltsrechts am 1. Januar 2017 wurde diese Regelung auf den Kindesunterhalt ausgeweitet. In der Botschaft des Bundesrates ist hierzu zu lesen: «Geht es um das Kindeswohl, so sind alle Möglichkeiten der Kommunikation zwischen den Parteien auszuschöpfen. Die Beziehung zwischen dem Elternteil und dem Kind ist zu schützen (...) Erachtet das Gericht in einem konkreten Fall die Mediation als geeignetes Instrument gegen eine Eskalation des Familienkonflikts, so muss es die Parteien unabhängig von der Frage, ob der Streitgegenstand vermögensrechtlicher Art ist oder nicht, dazu auffordern können. Die Kosten der Mediation dürfen einer einvernehmlichen Lösung des Konflikts zwischen den Eltern nicht im Weg stehen.»³⁴⁹

Art. 218 Abs. 2 muss in Verbindung mit Art. 297 Abs. 2 ZPO und Art. 314 Abs. 2 ZGB verstanden werden. Gemäss diesen Bestimmungen kann das Gericht beziehungsweise die Kindesschutzbehörde die Eltern zu einem Mediationsversuch auffordern. Der Begriff «auffordern» wird von der Lehre unterschiedlich ausgelegt. Die einen sehen darin die Möglichkeit, die Eltern zu einer Mediation zu verpflichten,³⁵⁰ für andere handelt es sich darum, die Mediation mit Nachdruck zu empfehlen.³⁵¹ Das Bundesgericht hat nach dem Inkrafttreten der ZPO und der neuen Bestimmungen über das Verfahren vor der Kindesschutzbehörde die Möglichkeit bestätigt, auf der Grundlage von Art. 307 Abs. 3 ZGB eine Mediation als Kindesschutzmassnahme anzuordnen.³⁵² Es muss deshalb die Möglichkeit des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde, eine Mediation nach Art. 297 Abs. 2 ZPO und Art. 314 Abs. 2 ZGB zu empfehlen, von der Möglichkeit unterschieden werden, eine Mediation als Kindesschutzmassnahme nach Art. 307 Abs. 3 ZGB anzuordnen.³⁵³ Die Mediationsfachleute sind in der Frage der Zulässigkeit einer angeordneten Mediation gespalten.³⁵⁴

Gewisse Kantone haben Regelungen zur gerichtlichen Mediation erlassen, in der Regel im kantonalen Einführungsgesetz zum Zivilgesetzbuch oder im kantonalen Gerichtsorganisationsgesetz.³⁵⁵ Dabei wird auch der Kreis der kantonalen Gerichtsmediatorinnen und -mediatoren nach Kriterien definiert, die sich gewöhnlich auf das Alter, die Ausbildung und die Integrität beziehen. Deren Organisation basiert üblicherweise auf einer Kontrolle, der Vereidigung und der Aufsicht durch eine staatliche Aufsichtsbehörde, die gegen Mediatorinnen oder Mediatoren, deren Verhalten gegen die kantonalen Vorschriften verstösst,

³⁴⁹ Botschaft 2013, S. 585 f.

³⁵⁰ Vgl. MEIER/STETTLER 2014, Rz. 1257.

³⁵¹ Vgl. BSK ZPO-STECK, Art. 297 N 13; COTTIER, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. 314 ZGB N 28.

³⁵² BGE 142 III 197, E. 3.7. Vgl. bereits BGer 5A_852/2011 vom 20. Februar 2012 und 5A_457/2009 vom 9. Dezember 2009; vgl. auch Entscheid des Obergerichts des Kantons Zürich vom 19. Juni 2008 in FamPra.ch 2009 S. 256 ff.

³⁵³ Vgl. auch Entscheide des Obergerichts des Kantons Zürich vom 22. Juni 2015, PQ140093, und vom 8. Januar 2015, ZR 114/2015, S. 65.

³⁵⁴ Zugunsten einer obligatorischen Mediation: PETER 2005, 193 ff.; STAUB 2006, 121 ff. Dagegen: LIATOWITSCH, FamKomm Scheidung, Anhang Mediation N 46 f.

³⁵⁵ Siehe beispielsweise den Kanton Waadt, dessen Règlement sur les médiateurs civils agréés (RMCA) vom 22. Juni 2010 in Art. 7 Abs. 1 vorsieht, dass der Mediator oder die Mediatorin gleich am Anfang der Mediation mit den Parteien eine schriftliche Vereinbarung abschliesst, welche namentlich das Recht jeder Partei enthält, die Mediation jederzeit zu beenden.

Sanktionen aussprechen kann.³⁵⁶ Mit dem Eid verpflichtet sich der Mediator/die Mediatorin in der Regel zu folgenden Punkten: die Ausübung der Aufgabe unter Beachtung der Gesetze, in aller Unabhängigkeit, Neutralität und Unparteilichkeit, ohne auf die beteiligten Parteien irgendwelchen Druck auszuüben, um ihre Zustimmung zu einer Einigung zu erlangen, die nicht frei ausgehandelt worden wäre, sowie die Bewahrung des geheimen (oder vertraulichen) Charakters der Mediation und die Beachtung der Berufsregeln.³⁵⁷ Die freie Wahl des Mediators oder der Mediatorin ist nicht in allen Kantonen gleich geregelt; in gewissen ist die Wahl auf «zugelassene» Mediationspersonen beschränkt.³⁵⁸ Die Kostenübernahme ist ebenfalls grundsätzlich geregelt, entweder in Mediationsgesetzen oder in Erlassen über unentgeltliche Rechtspflege/unentgeltlichen Rechtsbeistand.³⁵⁹ So wurde im Kanton Freiburg die Unentgeltlichkeit der Mediation auf Kindes- und familienrechtliche Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Natur ausgedehnt, wenn die Voraussetzungen der unentgeltlichen Rechtspflege erfüllt sind (Art. 126-127 Justizgesetz vom 31. Mai 2010 [JG]).

An der Mitgliederversammlung 2015 des Schweizerischen Vereins für Familienmediation SVFM (ehemals Schweizerischer Verein für Mediation SVM) trafen sich verschiedene Richterinnen/Richter und Mediatorinnen/Mediatoren, um ihre Erfahrungen aus der Praxis zu angeordneten oder empfohlenen Mediationen auszutauschen. Zusammenfassend zeigte sich, dass bei schweizerischen Gerichten eine einheitliche Praxis fehlt, eine Mediation oft zu spät in Betracht gezogen wird und ein wirkliches Bedürfnis nach einer besseren Zusammenarbeit zwischen Gerichten und Mediationspersonen besteht.³⁶⁰

Der Bund besitzt keine Daten zur Mediation und ihrer konkreten Umsetzung in familienrechtlichen Verfahren in der Schweiz. Der von Nationalrat Alec von Graffenried am 14. Juni 2012 eingereichten Interpellation Nr. 12.3558 «Wie wird die Mediation in den Kantonen angewendet?» wurde nicht gefolgt, da es der Bundesrat in seiner Antwort vom 5. September 2012 nicht für angebracht hielt, die Kantone zur Bereitstellung von Informationen über die in der Interpellation aufgezählten Mediationen aufzufordern. Er erachtete eine solche an sich wünschenswerte Evaluation erst nach einigen Jahren Erfahrung mit der Anwendung der ZPO machbar, weshalb entsprechende Überlegungen an die Hand zu nehmen seien.³⁶¹

Die Bilanz des vom *Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation* (GEMME) und vom *Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits* (CEMAJ) am

³⁵⁶ Waadt und Freiburg beispielsweise sehen vor, dass Mediatorinnen und Mediatoren mindestens 30 Jahre alt sein, eine mindestens 5-jährige Berufserfahrung aufweisen sowie über eine ausreichende Mediationsausbildung verfügen müssen und nicht im Strafregister eingetragen sein dürfen wegen einer vorsätzlich begangenen Widerhandlung gegen Redlichkeit und Ehre (VD: Art. 40 des Code de droit privé judiciaire vaudois vom 12. Januar 2010 - CDPJ; FR: Art. 7 der Verordnung vom 6. Dezember 2010 über die Mediation in Zivil-, Straf- und Jugendstrafsachen – MedV).

³⁵⁷ Vgl. Art. 40 Abs. 4 CDPJ (VD) oder Art. 9 MedV (FR) beispielsweise.

³⁵⁸ Vgl. zum Beispiel Art. 16 MedV (FR).

³⁵⁹ Die Kosten variieren je nach Kanton: ein Stundentarif zwischen CHF 150.- und 180.- im Kanton Waadt (Art. 14 RMCA), CHF 150.- im Kanton Freiburg im Allgemeinen oder CHF 130.- bei unentgeltlicher Mediation oder in Kindes- und familienrechtlichen Angelegenheiten nicht vermögensrechtlicher Natur (Art. 52 ff. - Justizreglement (JR) vom 30. November 2010 - SGF 130.11).

³⁶⁰ SVFM, Erfahrungen aus der Praxis zu angeordneten oder empfohlenen Mediationen, Protokoll der Mitgliederversammlung vom 13. März 2015, auf seiner Einstiegsseite, konsultiert am 04.03.2017: <http://familienmediation.ch/de>

³⁶¹ Antwort des Bundesrates vom 5. September 2012 zur Interpellation Nr. 12.3558.

29. Mai 2013 in Neuenburg organisierten Kolloquiums ist durchgezogen. Die Mediation finde im Rahmen der den Gerichten zur Verfügung stehenden Instrumente, die durch die am 1. Januar 2011 in Kraft getretene Zivilprozessordnung vom 18. Dezember 2008 ergänzt worden sind, nur schwer ihren Platz.³⁶² Bei den Richterinnen und Richtern sei es der Zeitmangel oder das fehlende Vertrauen in die Möglichkeiten der Mediation, die Unkenntnis ihrer Mechanismen oder Schwierigkeiten bei der Genehmigung von Mediationsvereinbarungen. Bei den Anwältinnen und Anwälten seien es Befürchtungen, Klienten oder die Kontrolle über das Dossier und die Verfahrenszeit zu verlieren. Erwähnt werden ebenfalls Schwierigkeiten bei der Umsetzung, mangelnde institutionelle Einbindung und fehlende finanzielle Mittel.

Alles in allem zeichnet sich ein Bedürfnis nach Klarstellung des Zusammenspiels Gericht-Mediation-Parteien ab, welche unabdingbar ist für Richterinnen und Richter, damit sie grundsätzliches Vertrauen in die Delegation des Falles an die Mediation aufbauen können, für die Parteien, damit sie sich auf eine Mediation einlassen können, und für Mediatorinnen und Mediatoren, damit sie die Parteien in einem Verfahren mit gerichtlichem Hintergrund begleiten können. Die Bestimmungen der ZPO scheinen für eine befriedigende Organisation dieses Zusammenspiels und eine kohärente Kostenübernahme bei den Honoraren für Mediationspersonen zu wenig präzise zu sein. Die Kantone haben ergänzende Bestimmungen erlassen, woraus sich aber divergierende Praktiken entwickeln, was mit der Idee einer vereinheitlichten Prozessordnung nicht wirklich kompatibel ist.

d) INTERDISZIPLINÄRE MODELLE ZUR FÖRDERUNG DES ELTERNKONSENSES

Zusätzlich zur Mediation haben sich in der Schweiz und im Ausland weitere Modelle zur Förderung des Konsenses der Eltern entwickelt, von welchen in der Folge einige vorgestellt werden.

In Deutschland sind seit 2005 Familienverfahren geschaffen worden, die rund um Eltern in Trennung das interdisziplinäre Zusammenwirken von Gerichten, Anwältinnen und Anwälten, Jugendschutzämtern und Familienberatungsstellen organisieren, mit dem Ziel, den Eltern in ihrer Konfliktsituation zu ermöglichen, Verhandlungslösungen für die Bedürfnisse der Kinder zu finden. Das diesen Systemen zugrundeliegende Modell heisst «Cocheimer Praxis» nach dem Namen der Stadt, in welcher erstmals ein solches System eingeführt wurde. Eine dieser interdisziplinären Initiativen, das «Beschleunigte Familienverfahren», ab 2007 in Berlin initiiert,³⁶³ wurde im Rahmen der Vergabe des Preises der Europäischen Kommission für die Wirksamkeit der Justiz (CEPEJ), «Kristallwaage der Justiz» 2014, besonders erwähnt.³⁶⁴ Dank einer multidisziplinären Zusammenarbeit (100 Richterinnen und Richter, 14'000 Anwältinnen und Anwälte und 12 Jugendämter) können 70% der elterlichen Vereinbarungen einvernehmlich abgeschlossen werden, ohne dass ein Gerichtsentscheid erforderlich ist.

³⁶² Gemme, Dokument konsultiert am 04.03.2017 unter:

http://www.gemme.ch/rep_fichier/2013_Colloque_GEMME_CEMAJ.pdf

³⁶³ MÜLLER-MAGDEBURG 2009, S. 184 ff.

³⁶⁴ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/events/EDCJ/Cristal/Cristal2014_fr.asp

Der «Elternkonsens», der ebenfalls auf der interdisziplinären Zusammenarbeit beruht, steht im Zentrum des Projektes von Baden-Württemberg, das im Juli 2014 eine spezielle Webseite für Fachleute, Eltern und Kinder lanciert hat (www.elternkonsens.de), mit Informationen in 9 Sprachen über die gerichtlichen Verfahren, die interdisziplinären Arbeitskreise und die Möglichkeit, diese zu kontaktieren.

Die Kantone St. Gallen und Basel-Stadt haben sich von den in Deutschland entwickelten Modellen inspirieren lassen und angeordnete Beratungen für Eltern eingeführt. Dies als Resultat von interdisziplinären Arbeitsgruppen (in Basel-Stadt: «Netzwerk Kind»), deren Ziel die Verbesserung der bestehenden Verfahren war, aber auch die Entwicklung neuer Instrumente war, die für sämtliche von familiären Konfliktsituationen betroffenen Personen zugänglich sein soll.

Im Kanton Basel-Stadt wurde ab 2008 die «angeordnete Beratung», die Konflikte zu Fragen in Zusammenhang mit den Kindern entschärfen soll, gemäss dem deutschen Modell eingesetzt.³⁶⁵ Sie wird als Massnahme des Kindesschutzes gemäss Art. 307 Abs. 3 ZGB von einem Sozialarbeiter der kantonalen Abteilung Kindes- und Jugendschutz, heute Kinder- und Jugenddienst, umgesetzt, der rasch mit den Eltern und je nach Alter mit den Kindern Kontakt aufnimmt, um den Prozess anzustossen. Von der Mediation unterscheidet sich die angeordnete Beratung dadurch, dass sie obligatorisch, dem Richter oder der Richterin gegenüber nicht vertraulich, lösungsorientiert und von kurzer Dauer ist.

Die Familiengerichtsbarkeit von St. Gallen hat für Eheschutz- oder Scheidungsverfahren das Basler Konzept der «angeordneten Beratung» übernommen.³⁶⁶ Das Gericht oder die Familienrichterin bzw. der Familienrichter kann beschliessen, der Familie Unterstützung zu gewähren, damit diese die Tragweite einer Trennung (Eltern und Kinder) erfasst und diese schwierige Lebensphase zum Wohle des Kindes und der Eltern bewältigen kann, indem sie eine einvernehmliche Vereinbarung erarbeitet. Für solche Beratungen stehen ein Team der kinder- und jugendpsychiatrischen Dienste St. Gallen, das Institut für forensisch-psychologische Begutachtung und die Kinder- und Jugendhilfe St. Gallen zur Verfügung. Die Anwesenheit der Eltern und der Kinder in den Sitzungen ist obligatorisch. Das gerichtliche Verfahren wird während der Dauer der Beratung ausgesetzt. Die ganze Beratung, deren Kosten sich auf CHF 2'000.- bis 3'000.- belaufen, dauert zwischen 2 und 3 Monaten und erfolgt vor einer neuen Verhandlung vor Gericht oder der Richterin/dem Richter. Scheitert eine einvernehmliche Lösung, kann die gerichtliche Instanz entweder in Gegenwart der Fachperson einen Entscheid fällen oder weitere Abklärungen vornehmen.

4. FAZIT

Weil die Kommunikation so wichtig für den Erfolg von Kinderbetreuungsmodellen ist, die auf einer funktionierenden gemeinsamen Elternschaft nach der Trennung beruhen, wie beispielsweise die alternierende Obhut, ist die Entwicklung von interdisziplinären Konfliktbewältigungsmethoden zukunftsweisend. Namentlich die Mediation ist eine Methode, bei

³⁶⁵ BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER 2012, S. 111 ff.

³⁶⁶ Vgl. Angeordnete Beratung in familienrechtlichen Verfahren. Hilfsmittel der interdisziplinären Arbeitsgruppe „Zusammenarbeit in Kinderbelangen“ zu Händen betroffener Fachleute, konsultiert am 04.03.2017: http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/nuetzliche_informationen/mitteilungen_zum_familienrecht/angeordnete_beratung.html

welcher die Eltern mit Hilfe einer professionellen Mediationsperson, die zu Neutralität, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit verpflichtet ist, wieder eine funktionierende Kommunikationskultur finden können.

Die soziologische Analyse zeigt jedoch auch die Grenzen dieses Ansatzes auf: die Mediation wie auch andere interdisziplinäre Konfliktbewältigungsmethoden beruhen auf dem Konzept, dass es sich beim Elternkonflikt um eine private und individuelle Angelegenheit handelt. Aufgrund dieser individualistischen Sicht des Elternkonfliktes kann es passieren, dass die Unterschiede in den persönlichen Netzwerken des getrennten Paares oder zwischen den verschiedenen sich in Trennung befindlichen Familien nicht berücksichtigt werden. In der psychosozialen Forschung wird ebenfalls auf die Grenzen der Mediation hingewiesen, wenn zwischen den getrennten Eltern ein Gewalt- oder Dominanzverhältnis besteht.

Zahlreiche europäische und *common law*-Länder fördern schon seit den 90er Jahren alternative Konfliktlösungsmethoden bei Familienstreitigkeiten. Gegenwärtig ist international eine Tendenz zur angeordneten Mediation oder zumindest zum obligatorischen Besuch einer Informationsveranstaltung zum Thema Mediation festzustellen. Die dabei gemachten Erfahrungen sind positiv, machen aber auch das Risiko deutlich, das Recht des Kindes auf Teilnahme am Verfahren zu vernachlässigen, und ebenfalls, der Vielfalt der Funktionsweisen von Familien nach einer Trennung nicht gerecht zu werden.

Erst kürzlich, mit dem Inkrafttreten der neuen Zivilprozessordnung³⁶⁷, hat die Schweiz eine gesetzliche Grundlage für die Mediation in familienrechtlichen Verfahren geschaffen. Die Mediationsfachleute stellen heute fest, dass die Mediation in der kantonalen Gerichtspraxis nur schwach integriert ist. Es scheint, dass neuen Programmen zur Förderung des Elternkonsenses (namentlich die «angeordnete Beratung»), welche die Praxis in den Kantonen auf der Basis von ausländischen Modellen entwickelt hat, mehr Erfolg beschieden ist. Wünschenswert wäre eine Evaluation dieser Programme hinsichtlich der Nachhaltigkeit der gefundenen Lösungen, ihrer Wirkung auf den Elternkonflikt und das Wohlergehen des Kindes, der Partizipation des Kindes am Entscheidungsprozess sowie im Hinblick auf die Finanzierbarkeit für alle getrennten Familien.

●
³⁶⁷ Vgl. ebenfalls das Bundesgesetz über internationale Kindesentführung und die Haager Übereinkommen zum Schutz von Kindern und Erwachsenen (SR 211.222.32).

IV. MATERIELLE UND STRUKTURELLE VORAUSSETZUNGEN

1. EINLEITUNG

Die alternierende Obhut stellt eine Ausgestaltung der gemeinsamen Elternschaft nach einer Trennung dar, die nicht nur hinsichtlich der Interaktion der Eltern anspruchsvoll ist, sondern auch gewisse materielle und strukturelle Voraussetzungen bedingt. Sie verlangt von beiden Eltern ein gleichwertiges Engagement in der Erziehung des Kindes und seiner Betreuung im Alltag und bedingt eine Verfügbarkeit der Eltern, die mit einer vollen Erwerbstätigkeit desjenigen Elternteils, der den höheren Lohn erzielen kann, kaum kompatibel ist. Gleichzeitig entstehen den Eltern für die Unterbringung des Kindes zusätzliche Kosten. Auf der Grundlage dieser Beobachtungen werden in diesem Kapitel die Erfahrungen anderer Länder zu den materiellen und strukturellen Rahmenbedingungen der alternierenden Obhut analysiert und aufgezeigt, dass deren Gewährleistung in der Schweiz immer noch stark von den Lebensverläufen und beruflichen Laufbahnen der getrennten Partner und Eltern abhängt. Ebenfalls werden die familienergänzenden Betreuungseinrichtungen für Kinder und die generelle Tendenz der Familienpolitik in der Schweiz betrachtet. Schliesslich werden aus Sicht des Schweizer Rechts der Zusammenhang zwischen der Organisation der Kinderbetreuung nach der Trennung der Eltern und der Revision des Rechts des Kindesunterhalts sowie mögliche Hindernisse für die alternierende Obhut seitens der rechtlichen Bestimmungen zu den Sozialleistungen und des Steuerrechts untersucht.

2. SOZIOLOGISCHE PERSPEKTIVE

Zahlreiche Untersuchungen zur alternierenden Obhut zeigen, dass diese Form der Obhut immer verbreiteter ist, und zwar sowohl in den Vereinigten Staaten, in Kanada wie auch in Europa.³⁶⁸ Solche Veränderungen spiegeln die Entwicklung der die Familie betreffenden Werte und sozialen Normen hin zur Gleichstellung der Geschlechter, die sich durch die zunehmende Integration von Müttern auf dem Arbeitsmarkt und das grössere Gewicht der Rolle des Vaters in der Familie zeigt.³⁶⁹ Der Familienalltag bestätigt diese Veränderungen, engagieren sich doch die Männer in den letzten Jahrzehnten verstärkt in ihrer Vaterrolle, indem sie mit ihren Kindern mehr Zeit verbringen.³⁷⁰

a) DIE ALTERNIERENDE OBHUT: EINE KOSTSPIELIGE FORM DER OBHUT

Obwohl es schwierig ist, zur alternierenden Obhut in Europa und generell im Westen eine allgemeine statistische Übersicht zu gewinnen, zeigen spezifische Studien, dass diese Form der Obhut in der Bevölkerung ungleich verteilt ist, da sie vor allem von Eltern aus bessergestellten Kreisen praktiziert wird. Die alternierende Obhut verlangt von den Eltern

³⁶⁸ BAUSERMAN 2002; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BERGER/BROWN/JOUNG/MELLI/WIMER 2008; BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015; CAR-RASCO/DUFOUR 2015; NIELSEN 2014.

³⁶⁹ BAUSERMAN 2002; CÔTÉ 2000; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BERGER/BROWN/JOUNG/MELLI/WIMER 2008; NIELSEN 2014.

³⁷⁰ BERGER/BROWN/JOUNG/MELLI/WIMER 2008; SAYER/BIANCHI/ROBINSON 2004.

in der Tat ein beträchtliches zeitliches und finanzielles Engagement.³⁷¹ Die wirtschaftliche Unsicherheit, namentlich wenn keiner der beiden Eltern vollzeitlich arbeitet, spricht deshalb gegen eine alternierende Obhut.³⁷² Damit sie längerfristig durchgeführt werden kann, bedingt die alternierende Obhut einen gewissen finanziellen Wohlstand. Sie setzt bei den Eltern ebenfalls einen besonderen Habitus voraus. Die Gleichstellung und das Verhandeln – notwendige Praktiken für eine gute Umsetzung der alternierenden Obhut – sind bei Paaren mit höherem Bildungsniveau ausgeprägter vorhanden.³⁷³ Erforderlich sind auch vergleichbare Ressourcen beider Elternteile. Frauen mit hohem Ausbildungsniveau sind eher stabil im Arbeitsmarkt integriert. Auch wenn eine Mutter nicht voll erwerbstätig ist, verschafft ihr ihre Ausbildung nach der Trennung oder Scheidung mehr Erwerbsmöglichkeiten als einer Mutter ohne Ausbildung.³⁷⁴ Väter mit hohem Ausbildungsniveau sind vor der Trennung mehr im Familienleben engagiert als Väter aus der Unterschicht und deshalb tendenziell eher geneigt, sich nach der Trennung Zeit für die Kinder zu nehmen. Väter aus finanziell guten Verhältnissen werden im Übrigen von ihren Partnerinnen eher so eingeschätzt, dass sie ausreichende Kompetenzen haben, um sich um ihre Kinder zu kümmern, als in der Unterschicht, wo Pflege und Erziehung der Kinder eher als ausschliesslich weibliche Tätigkeiten betrachtet werden.³⁷⁵ In bessergestellten Kreisen bedeutet die alternierende Obhut damit eine Weiterführung des Familienalltags und nicht eine radikale Umstellung wie für die Unterschicht.³⁷⁶ In finanziell bessergestellten Kreisen wird die alternierende Obhut sowohl von Frauen als auch von Männern als eine gute Lösung für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie wahrgenommen, bei welcher es auch für den Aufbau neuer Partnerschaften noch Raum gibt.³⁷⁷ Obendrein ist es für Eltern aus solchen Kreisen, namentlich für die Väter, einfacher, vor Gericht gegen die Norm (alleinige Obhut) anzutreten, während Eltern aus der Unterschicht eine distanziertere Beziehung zu Institutionen haben.³⁷⁸

Ein anderer Erklärungsansatz bezieht sich auf die finanziellen Kosten der alternierenden Obhut, welche für die Eltern höher sind als bei der alleinigen Obhut.³⁷⁹ Die alternierende Obhut zieht nämlich eine Verdoppelung der Fixkosten nach sich: zwei separate Unterkünfte, zwei Möblierungen, doppelte Kosten für Transport, Freizeit, Kleider, Spielsachen und manchmal auch für das Schulmaterial.³⁸⁰ Die alternierende Obhut ist folglich nur bei einer begrenzten Zahl von Kindern praktikabel (nicht mehr als zwei Kinder); je grösser die Zahl der Kinder, umso weniger verbreitet ist sie.³⁸¹ Um den Alltag der Kinder und der Eltern zu vereinfachen, ist es weiter von Vorteil, dass die Eltern nahe beieinander wohnen, damit das Kind seinen Alltag weiterleben kann (Schule, Freunde usw.). Dies bedingt jedoch, dass beide Elternteile in der Nähe wohnen können, was bei guten Einkommen einfacher

●
³⁷¹ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015; CANCIAN/MEYER 1998.

³⁷² JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005.

³⁷³ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; CANCIAN/MEYER 1998.

³⁷⁴ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005.

³⁷⁵ CÔTÉ 2000; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; LIMET 2009b; MACCOBY/MNOOKIN 1992.

³⁷⁶ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; LIMET 2009b.

³⁷⁷ CÔTÉ 2000; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005.

³⁷⁸ BONNET/GARBINTI/SOLAZ, 2015; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005.

³⁷⁹ CÔTÉ 2000.

³⁸⁰ CÔTÉ 2000; LIMET 2009b; NEYRAND 2015.

³⁸¹ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

zu bewerkstelligen ist. Idealerweise müsste das Kind über denselben Wohnraum (sein eigenes Zimmer) wie vor der Trennung verfügen können, und zwar in beiden Wohnungen. Dies ist in der Realität jedoch oft schwierig, selbst in bessergestellten Kreisen. In den meisten Fällen von alternierender Obhut behält ein Elternteil die ursprüngliche Wohnung, während der andere in eine kleinere Wohnung in der Nähe zieht, was aber nicht heisst, dass der dem Kind zur Verfügung stehende Wohnraum drastisch reduziert ist, da ja auch, ausser bei Begründung einer neuen Lebensgemeinschaft, die Haushaltsgrösse reduziert ist.³⁸² In gewissen Ländern ist jedoch eine Diskrepanz zwischen Vätern und Müttern in Bezug auf den Wohnraum feststellbar: die Wohnungen der Mütter sind in Bezug auf die Grösse des Haushaltes kleiner als die Wohnungen der Väter, was Ausdruck der ungleichen Einkommen ist, die im Durchschnitt bei den Vätern höher sind.³⁸³ Die alternierende Obhut setzt eigentlich voraus, dass beide Eltern zu ungefähr gleichen Teilen das Leben ihrer Kinder finanzieren, was aber in der Praxis aufgrund der vorher aufgezeigten Ungleichheiten beim Einkommen nicht immer der Fall ist.

Was die Unterhaltsbeiträge angeht, sind sie in gewissen Ländern im Falle von alternierender Obhut trotz der Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern weniger häufig als bei alleiniger Obhut. In Frankreich beispielsweise beziehen lediglich 12% der Mütter bei alternierender Obhut Unterhaltsbeiträge, während es bei der alleinigen Obhut 61% sind. Bei den Männern beziehen bei alternierender Obhut 1% Unterhaltsbeiträge und bei alleiniger Obhut 15%.³⁸⁴ Gemäss den französischen Steuerdaten bilden die Unterhaltsbeiträge, die Mütter mit alleiniger Obhut erhalten, einen wesentlichen Anteil ihres Einkommens, was erklären könnte, weshalb Frauen in schwierigen finanziellen Verhältnissen zögern, sich auf die alternierende Obhut einzulassen.³⁸⁵

b) GLEICHSTELLUNG IN DER SCHWEIZ? GESCHLECHTSSPEZIFISCHE LEBENSVERLÄUFE UND BERUFLAUFBAHNEN

Die alternierende Obhut ist also kostspielig und verlangt im Prinzip von beiden Elternteilen eine mehr oder weniger gleich hohe finanzielle Beteiligung. In der Schweiz sind aber die finanziellen Ressourcen von Frauen und Männern aufgrund ihrer geschlechtsspezifischen Lebensverläufe und der unterschiedlichen Integration auf dem Arbeitsmarkt bei weitem nicht gleich. Die in der Lebensverlaufsforschung verwendete Theorie des Masterstatus³⁸⁶ erklärt diese geschlechtsspezifische Differenzierung der Lebensbereiche als das Ergebnis von verinnerlichten geschlechtsbezogenen Normen innerhalb der Familie und gleichzeitig von strukturellen und institutionellen Zwängen, die eine geschlechtsspezifische Arbeitsteilung in Beruf und Haushalt festigen. So gesehen definieren in der Schweiz noch heute der Arbeitsmarkt, die sozialen Normen sowie die Organisation gewisser Institutionen wie beispielsweise Einrichtungen der Kleinkinderbetreuung³⁸⁷ die Familie als schwerpunktmässigen Verantwortungsbereich der Frauen und die berufliche Karriere als Männerdomäne. Als Folge davon wird die Integration von Müttern im Arbeitsmarkt wie auch das väterliche

●
³⁸² BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

³⁸³ BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

³⁸⁴ BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

³⁸⁵ BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

³⁸⁶ KRÜGER/LEVY 2001; LEVY/WIDMER/KELLERHALS 2002; WIDMER/RITSCHARD 2009.

³⁸⁷ BONOLI/REBER 2010.

Engagement im Familienbereich als zweitrangig betrachtet. Die Auswirkungen des Masterstatus auf den Lebensverlauf von Eltern sind klar: Mütter und Väter weisen unterschiedliche, geschlechtsspezifische Lebensverläufe auf. Während Väter, deren Rolle von den Institutionen und den vorherrschenden sozialen Normen als Ernährer der Familie definiert wird, hauptsächlich in ihre Berufskarriere investieren, kümmern sich Mütter, deren Rolle von denselben Institutionen und sozialen Normen als Mutter und Ehefrau definiert wird, stärker um die Familie.³⁸⁸

Diese geschlechtsspezifischen sozialen Normen werden bei der Geburt des ersten Kindes, selbst wenn die beiden Partner a priori egalitäre Werte innerhalb ihrer Partnerschaft teilen, besonders offensichtlich.³⁸⁹ Diese Normen werden vom persönlichen Netzwerk (Eltern, Geschwister, Freunde usw.) um das «Eltern» gewordene Paar herum weiter getragen und bringen die beiden Partner dazu, sich in demjenigen Lebensbereich zu engagieren, der ihnen sozial zugeteilt ist.³⁹⁰ So reduzieren Frauen ab der Geburt des Kindes ihre Arbeitszeit und bevorzugen tendenziell schlechter bezahlte Teilzeitarbeit, um sich mehr dem Familienleben zu widmen.³⁹¹ Gemäss den Zahlen des Bundesamts für Statistik teilt heute jedes zweite Paar mit Kindern (47 %) die Erwerbstätigkeit so untereinander auf, dass der Vater Vollzeit arbeitet und die Mutter Teilzeit. Wenn die Kinder noch klein sind (jüngstes Kind unter 7 Jahren), liegt der Anteil Familienhaushalte mit Vollzeit erwerbstätigem Vater und nicht erwerbstätiger Mutter bei einem Viertel (26%). Dieses Modell wird weniger häufig gewählt, je älter die Kinder werden. Dafür nimmt der Anteil der Teilzeit erwerbstätigen Mütter zu. Ist das jüngste Kind zwischen 7 und 14 Jahren alt, nimmt der Anteil der niedrigen Teilzeitpensen (1 bis 49 % Pensum) zu (27%), ist das jüngste Kind zwischen 15 und 24 Jahren alt, schlägt sich das besonders in den hohen Teilzeitpensen (50 bis 89 % Pensum) nieder (26%). Der Anteil der Paare, bei denen beide Partner Vollzeit arbeiten, beträgt um die 11%. Demgegenüber ist der Anteil der Paare, bei denen beide Partner Teilzeit arbeiten, im Vergleich zu den anderen Modellen immer noch selten (6%).³⁹² Abgesehen vom prägenden Einfluss des Masterstatus lässt sich die Reduktion oder Aufgabe der Erwerbstätigkeit seitens der Mutter auch durch die Beibehaltung des besseren Lohnes, in der Regel der Lohn des Vaters, begründen. Die Integration der Mütter im Arbeitsmarkt ist jedoch – sogar bei Vollzeitanstellung – tiefer als bei Vätern, so sehr ist der Stellenmarkt geschlechtsbezogen, beziehungsweise zu Gunsten der Männer strukturiert. Frauen, die erwerbstätig sind, bekleiden in der Regel Berufe mit weniger Wertschätzung (Berufe im Bereich des Sozialen, der Pflege, Erziehung, Betreuung und des Haushaltes), welche kürzer dauernde und weniger qualifizierende Ausbildungen als sogenannte (technische und wissenschaftliche) «Männerberufe» erfordern, und sind für denselben Beschäftigungsgrad schlechter bezahlt und haben nur geringe Karrierechancen.³⁹³ Wobei zu erwähnen ist, dass Frauen selbst bei gleichem Qualifikationsniveau noch heute im Durchschnitt weniger verdienen als Männer.³⁹⁴

●
³⁸⁸ KRÜGER/LEVY 2001; LEVY/GAUTHIER/WIDMER 2006; LEVY/WIDMER/KELLERHALS 2002; WIDMER/RITSCHARD 2009.

³⁸⁹ GIUDICI/WIDMER 2015; LEVY 2013.

³⁹⁰ GIUDICI/WIDMER 2015.

³⁹¹ WIDMER/LEVY/HAMMER/POLLIEN/GAUTHIER 2003; WIDMER/RITSCHARD 2009; GIUDICI/WIDMER 2015.

³⁹² BFS 2016a.

³⁹³ LEVY 2013.

³⁹⁴ EBG/BFS 2013.

Dazu kommt, dass bei Frauen die der Familienarbeit zugesprochene Priorität mit einer grossen Vielfalt von beruflichen Laufbahnen einhergeht, während Männer grossmehrheitlich eine relativ gradlinige und gleichförmige, auf Karriere ausgerichtete Berufslaufbahn verfolgen.³⁹⁵ Während gewisse Frauen voll in den Arbeitsmarkt einsteigen («Vollzeit»-Laufbahn), machen das andere nur teilweise, indem sie entweder nach der Geburt ihre Arbeitszeit reduzieren («Teilzeit»-Laufbahn), indem sie vorübergehend, bis die Kinder grösser sind, ihre Berufstätigkeit suspendieren («Wiederaufnahme»-Laufbahn) oder indem sie ihre berufliche Tätigkeit definitiv beenden, um sich voll dem Familienleben zu widmen («Hausfrau»-Laufbahn).³⁹⁶ Zu beachten ist, dass einzig Frauen mit hohem Ausbildungsniveau bestrebt sind, einen hohen Beschäftigungsgrad beizubehalten, und dies auch nach der Geburt ihres Kindes. Nicht universitär ausgebildete Frauen haben in der Schweiz noch heute weniger Chancen, während ihres ganzen Berufslebens eine Vollzeitbeschäftigung zu bekleiden, wie es bei Männern üblich ist.³⁹⁷ So sind in der Schweiz die beruflichen Karrieren von Frauen, im Gegensatz zu den nur wenig von familiären Einschränkungen beeinflussten Karriereverläufen der Männer, mehrheitlich durch das Familienleben geprägt, das im Wesentlichen durch familiäre Ereignisse (Geburten, Betreuung der Kinder und der betagten Eltern usw.) bestimmt wird. Die beruflichen Karrieren von Frauen weisen also Unterbrüche auf mit langen Abwesenheiten vom Erwerbsarbeitsmarkt oder sogar definitiven Abbrüchen, bedingt durch Arbeitsplatzwechsel und Änderungen im Beschäftigungsgrad, und sind, mit anderen Worten, durch Instabilität und Diskontinuität charakterisiert. Dies hat nicht zu unterschätzende Konsequenzen auf das Einkommen der Mütter und generiert finanzielle Unsicherheit im Trennungs- oder Scheidungsfall.³⁹⁸ Diese Tendenzen betreffen auch die neueren Generationen von Eltern und mit Ausnahme von Frauen mit hohem Ausbildungsniveau sämtliche sozioökonomischen Schichten, was den Einfluss des Masterstatus in der Schweiz bestätigt.³⁹⁹ Über sämtliche sozioökonomische Dimensionen hinweg sind Frauen im Vergleich zu Männern stark benachteiligt: im Durchschnitt haben sie einen tieferen beruflichen Status; sie verdienen weniger und weisen mehr soziale und berufliche Instabilität auf als die Männer. Bei einer Scheidung oder Trennung erweist sich die alternierende Obhut, die grundsätzlich eine gleich hohe materielle und finanzielle (Wohnungen, Auslagen für die Schule, Unterhalt, Freizeitaktivitäten der Kinder usw.) Beteiligung der beiden Eltern verlangt, in der nicht gleichstellungsgerechten Struktur des Stellenmarktes in der Schweiz grundsätzlich für alle Frauen, aber insbesondere für Frauen aus der Unterschicht, als äusserst schwierig durchführbar. Ohne Unterhaltsbeiträge haben diese mit Sicherheit die erforderlichen finanziellen Mittel nicht, um alleine ihre eigenen Bedürfnisse und diejenigen ihrer Kinder abzudecken, selbst wenn sie vollzeitlich arbeiten.

c) FAMILIENERGÄNZENDE BETREUUNGSEINRICHTUNGEN FÜR KINDER

Zusätzlich zum prägenden Einfluss der sozialen Normen und den strukturellen Ungleichheiten bringen auch andere Faktoren wie das schwache oder teure Angebot an ausserfamiliärer Kinderbetreuung die Frauen dazu, ihr Arbeitspensum zu reduzieren, um sich um die

●
³⁹⁵ WIDMER/RITSCHARD 2009.

³⁹⁶ LEVY/GAUTHIER/WIDMER 2006.

³⁹⁷ WIDMER/RITSCHARD 2009.

³⁹⁸ WIDMER/RITSCHARD 2009.

³⁹⁹ GIUDICI/WIDMER 2015.

Kinder zu kümmern.⁴⁰⁰ Aktuelle Daten aus Regionen der Deutschschweiz, wo das Betreuungsangebot besonders schwach ist, zeigen: eine Erhöhung des Kinderbetreuungsangebots führt zu einem signifikanten Anstieg der Vollzeitarbeit von Müttern, unabhängig von ihrem soziodemografischen Profil und ihrem wirtschaftlichen und kulturellen Hintergrund. Je mehr Betreuungsplätze zur Verfügung stehen, desto eher reduzieren zudem Väter ihr Arbeitspensum. Ein qualitativ gutes Angebot an familienergänzender Kinderbetreuung, die für alle zugänglich und finanziell tragbar ist, stellt einen wichtigen Faktor in der Wahl des Beschäftigungsgrades der Frauen wie der Männer dar und trägt so zur Förderung der Gleichstellung zwischen Frau und Mann bei,⁴⁰¹ und kann ausserdem die alternierende Obhut nach einer Trennung oder Scheidung erleichtern.

Die Schweiz ist jedoch noch weit davon entfernt, weil institutionelle Strukturen der Kinderbetreuung – wie Krippen, schulergänzende Betreuung, Kindertagesstätten, Horte, Schulkantinen usw. – nur schwach entwickelt und unflexibel (in Bezug auf die Arbeitszeiten) und je nach Kanton sehr verschieden sind.⁴⁰² Sie sind von Bundesrechts wegen einer kantonalen Aufsicht unterstellt (Art. 12 PAVO)⁴⁰³ und die Qualität der Einrichtungen ist auf kommunaler und kantonaler Ebene geregelt; zur Qualität der erzieherischen Betreuung existieren jedoch keine Vorschriften, nicht einmal auf Bundesebene.⁴⁰⁴ Im Gegensatz zu anderen europäischen Ländern, welche die familienergänzende und die schulergänzende Kinderbetreuung als zur Erziehung gehörig und damit als staatliche Angelegenheit betrachten, wird die Kinderbetreuung in der Schweiz heute noch als weitgehend private Sache in der Hauptverantwortung der Eltern, und vor allem der Mütter, gesehen.⁴⁰⁵ Bei Trennungen und Scheidungen sind familienergänzende Kinderbetreuungsstrukturen eine wichtige Unterstützung für Eltern und vor allem für Mütter, die wieder eine berufliche Tätigkeit aufnehmen oder den Beschäftigungsgrad erhöhen müssen, um eine gewisse wirtschaftliche Unabhängigkeit zu erreichen oder wiederzufinden und den Unterhalt ihrer Kinder sicherzustellen. Ihr Engagement auf dem Arbeitsmarkt ist nämlich vom Angebot an institutioneller Betreuung abhängig. Ist dieses Angebot kostspielig oder nicht sehr flexibel, können zahlreiche Frauen nicht effektiv darauf zurückgreifen, was die Wiederaufnahme ihrer beruflichen Tätigkeit verzögert. Bei Fehlen solcher Betreuungsstrukturen ist die Umsetzung der alternierenden Obhut folglich beeinträchtigt, da Frauen nicht einfach gelassen einer Integration in den Arbeitsmarkt entgegensehen können.

400 FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN 2013; LEVY 2013; BUNDESRAT 2015.

401 FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN 2013.

402 FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN, 2013; BUNDESRAT 2015; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

403 Pflegekinderverordnung (SR 211.222.338).

404 ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

405 ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

d) DIE FAMILIENPOLITIK IN DER SCHWEIZ

Die Familienpolitik beruht auf der föderalistischen Struktur und dem Subsidiaritätsprinzip; der Bund muss gesetzgeberisch tätig werden, um Massnahmen Dritter (Kantone, Gemeinden, private Organisationen) finanziell unterstützen zu können,⁴⁰⁶ aber er legt keine engagierte umfassende Familienpolitik fest.⁴⁰⁷ Er betreibt eher eine Politik des Laisser-faire und interveniert hauptsächlich, wenn Wirtschaft und Familien die (finanziellen) Bedürfnisse der Individuen nicht decken können.⁴⁰⁸ Die Schweiz unterscheidet sich damit klar von Ländern mit einer familialistischen Ordnung (Italien beispielsweise), welche die traditionelle Form der Familie privilegiert (Mutter als Hausfrau, Vater als Ernährer), indem sie mehrfache finanzielle Unterstützung (bezahlter Mutterschafts- oder Elternurlaub) bietet, damit sich Mütter voll ihrer Familie widmen können. Die Schweiz unterscheidet sich ebenfalls von Ländern mit etatistischen Systemen (wie Schweden), die im Gegenteil die Gleichstellung zwischen Frau und Mann fördern, indem sie den Ausbau von vielfältigen Dienstleistungen unterstützen (qualitativ gute Betreuungsstrukturen, flexible Arbeitsbedingungen), damit sowohl Männer wie Frauen problemlos Beruf und Familie vereinbaren können.⁴⁰⁹ Die Schweiz gehört in Sachen Familienpolitik zu den Ländern mit einem liberalen, individualistischen System.⁴¹⁰ Die Familie wird als autonom wahrgenommen und so gesehen dem Privatbereich zugeordnet, in welchen sich der Staat so wenig wie möglich einmischt; dies zeigt sich beispielsweise in der Ablehnung am 2. März 2013 (durch die Kantone) des Verfassungsartikels über die Familienpolitik, der unter anderem Bund und Kantone verpflichtet hätte, für ein bedarfsgerechtes Angebot an familien- und schulergänzenden Tagesstrukturen zu sorgen.⁴¹¹ Im Vergleich zu anderen europäischen Ländern sind die vom Bund bereitgestellten Mittel für die Familienpolitik relativ bescheiden.⁴¹² Zwar hat der Bund 2003 ein Impulsprogramm, mit welchem Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung gesprochen werden können (Programm bis 2019 verlängert) oder auch Projekte zur Unterstützung der Eltern (Pilotprojekte zur Einführung von Betreuungsgutscheinen) lanciert und sich verpflichtet, als Arbeitgeber mit gutem Beispiel voran zu gehen, indem er Teilzeitbeschäftigung und Telearbeit fördert und – sowohl Frauen wie Männern – die Möglichkeit gewährt, den Beschäftigungsgrad nach der Geburt eines Kindes zu reduzieren, und ausserdem einen finanziellen Beitrag an die Betreuungskosten seiner Mitarbeitenden leistet.⁴¹³ Obwohl dank dem Impulsprogramm zahlreiche Betreuungsplätze geschaffen werden konnten, ist die Diskrepanz zwischen Angebot und Nachfrage in der Schweiz immer noch hoch.⁴¹⁴ Es bestehen nicht genügend familienergänzende Kinderbetreuungseinrichtungen, und zudem bleiben sie für eine grosse Zahl von Familien finanziell kaum erschwinglich.⁴¹⁵

●

⁴⁰⁶ BUNDESRAT 2015.

⁴⁰⁷ FUX 2002; LEVY 2013; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴⁰⁸ FUX 2002.

⁴⁰⁹ FUX 2002; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴¹⁰ FUX 2002; LEVY 2013.

⁴¹¹ BUNDESRAT 2015.

⁴¹² ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴¹³ BUNDESRAT 2015; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴¹⁴ BUNDESRAT 2015.

⁴¹⁵ BUNDESRAT 2015; LEVY 2013.

Die Kosten für die Betreuung sind so hoch, dass sie gewisse Mütter dazu bewegen, zu Hause zu bleiben.⁴¹⁶

Angesichts solcher struktureller Voraussetzungen obliegt es deshalb den Eltern, die als verantwortlich für ihr Familienleben betrachtet werden, sich ihrem Einkommen und ihren Möglichkeiten entsprechend zu organisieren, um Beruf und Familie so gut wie möglich zu vereinbaren. Da eine Familienpolitik fehlt, die die Weiterführung der beruflichen Tätigkeit der Frauen – wie der erleichterte Zugang zum Angebot der ausserfamiliären Kinderbetreuung oder die Lohnungleichheit – fördern würde, obliegt es im konkreten Fall hauptsächlich den Frauen, mit den ihnen zur Verfügung stehenden Mitteln (finanziell, familiär usw.) eine Lösung zu finden,⁴¹⁷ was die grosse Vielfalt bei den weiblichen Lebensverläufen erklärt.⁴¹⁸ Sie können sich bei der Suche nach Unterstützung bis zu einem gewissen Grad auf ihr persönliches Netzwerk stützen (zum Beispiel betreuende Grosseltern).⁴¹⁹ Die Daten der Schweizerischen Arbeitskräfteerhebung (SAKE) von 2007 bestätigen in der Tat, dass die Kinder in erster Linie Verwandten wie beispielsweise den Grosseltern anvertraut werden (52% der Paare mit Kindern) und erst dann Kinderkrippen oder Horten (27%) oder Tagesmüttern (15%).⁴²⁰ Dieser Rückgriff auf informelle Hilfe entlastet in gewisser Weise Staaten mit einem liberalen System wie die Schweiz oder Staaten, die in finanziellen Schwierigkeiten stecken. Dank dieser Hilfe müssen sie keine kostenintensiven Angebote für die familienexterne Kinderbetreuung entwickeln.⁴²¹ Die persönlichen Netzwerke der jungen Eltern – meist Familienmitglieder und Freunde – befürworten in der Mehrheit der Fälle die vorherrschenden Normen und veranlassen so die Mütter, die Arbeitszeit noch mehr zu vermindern, um die Kinder betreuen zu können,⁴²² was diese auch machen, mit dem beträchtlichen Risiko, im Trennungs- oder Scheidungsfall in eine finanziell schwierige Situation oder sogar in die Armut zu geratend, und dies umso mehr, wenn sie die Obhut über ihr(e) Kind(er) haben.⁴²³

Unter solchen Umständen erscheint die Umsetzung der alternierenden Obhut für eine Vielzahl von getrennten/geschiedenen Eltern in der Schweiz schwierig. Die durch den sozioökonomischen Kontext in der Schweiz geschaffenen strukturellen Ungleichheiten zwischen Männern und Frauen erlauben es getrennten oder geschiedenen Müttern und Vätern weder zu gleichen Teilen die Betreuung der Kinder im Alltag wahrzunehmen noch eine finanzielle Gleichstellung zu leben. So gesehen würde das Vorschreiben der alternierenden Obhut als einziges Modell, das auf eine stark egalitäre Aufteilung der Kinderbetreuung nach der Trennung oder Scheidung setzt, zahlreiche Eltern unter starken Druck setzen, der dem Interesse des Kindes entgegengesetzt wäre, und zwar namentlich in der Unterschicht, wo Frauen auf dem Arbeitsmarkt weniger Ausbildung vorweisen können und wo Männer stärker an ein traditionelles Verständnis ihrer Rolle in der Familie, als Ernährer, gebunden sind.

●
⁴¹⁶ BUNDESRAT 2015; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴¹⁷ GIUDICI/WIDMER 2015; FUX 2002; LEVY 2013; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴¹⁸ FUX 2002; LEVY/GAUTHIER/WIDMER 2006; WIDMER/RITSCHARD 2009.

⁴¹⁹ FUX 2002; FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN 2013; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴²⁰ ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴²¹ GIUDICI/WIDMER 2015.

⁴²² GIUDICI/WIDMER 2015.

⁴²³ GIUDICI/WIDMER 2015.

Eine allgemeine Einführung der alternierenden Obhut bedingt eine institutionelle und normative Neukonfiguration der schweizerischen Gesellschaft, was kurzfristig nicht machbar erscheint.

3. RECHTLICHER RAHMEN

Die generelle Tendenz der Familienpolitik in der Schweiz findet sich auch im rechtlichen Rahmen wieder. Das eben revidierte Unterhaltsrecht ist in diesem Zusammenhang zentral, da es die direkten und indirekten Kinderkosten zwischen den beiden Eltern aufteilt. Wichtig sind ebenfalls die rechtlichen Bestimmungen zu den Sozialleistungen sowie das Steuerrecht, beide können aber in diesem Bericht nicht vertieft werden.

a) DIE ALTERNIERENDE OBHUT UND DIE REVISION DES KINDESUNTERHALTSRECHTS

Das neue Kindesunterhaltsrecht ist am 1. Januar 2017 in Kraft getreten.⁴²⁴ Auslöser für diese Revision war die Ungleichbehandlung zwischen Kindern geschiedener Eltern und Kindern von unverheirateten, getrennten Partnern. Während der geschiedene Ehegatte nach dem bisherigen Recht bereits einen Unterhaltsanspruch besass, der den Umfang und die Dauer der Betreuung der Kinder berücksichtigte (Art. 125 Abs. 2 Ziff. 6 ZGB), war für einen unverheirateten Elternteil im Falle einer Trennung kein entsprechender Unterhaltsbeitrag vorgesehen. Dieser musste folglich für den eigenen Unterhalt selber aufkommen, mit Ausnahme des Anspruchs der Mutter auf Ersatz der Kosten des Unterhaltes während mindestens vier Wochen vor und mindestens acht Wochen nach der Geburt (Art. 295 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Aus diesem Grund konnte der unverheiratete Ex-Partner nicht im Interesse des Kindes den Beschäftigungsgrad reduzieren oder je nach Fall eine Teilzeitbeschäftigung weiterführen.⁴²⁵

Die Gleichbehandlung der Kinder unabhängig vom Status ihrer Eltern wird aus der Einführung eines neuen «Betreuungsunterhalts» ersichtlich. Art. 285 ZGB zur Bemessung des Unterhaltsbeitrages wurde in diesem Sinne geändert. Wie bis anhin soll der Unterhaltsbeitrag den Bedürfnissen des Kindes sowie der Lebensstellung und der Leistungsfähigkeit der Eltern entsprechen und ausserdem Vermögen und Einkünfte des Kindes berücksichtigen (Art. 285 Abs. 1 ZGB). Gemäss bisherigem Recht wurden dabei nur die direkten Kosten des Kindes betrachtet. Sie ergeben sich aus den Konsumkosten eines Haushalts für die darin lebenden Kinder, beispielsweise für deren Ernährung, Unterkunft und Bekleidung, zuzüglich alle anderen Aufwendungen im Interesse des Kindes wie Krankenkassenprämien und Auslagen für Schule und Freizeitbeschäftigungen. Die im Zusammenhang mit einer Fremdbetreuung des Kindes (Tagesmutter, Krippe usw.) anfallenden Kosten wurden ebenfalls dazugerechnet.⁴²⁶ Die revidierte Bestimmung enthält nun ein zusätzliches Kriterium: «Der Unterhaltsbeitrag dient auch der Gewährleistung der Betreuung des Kindes durch die Eltern oder Dritte» (Art. 285 Abs. 2 ZGB, vgl. ebenfalls Art. 276 Abs. 2 ZGB).

⁴²⁴ Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Kindesunterhalt), Änderung vom 20. März 2015, AS 2015 4299.

⁴²⁵ Erläuternder Bericht 2012, Ziff. 1.3 ff.; Botschaft 2013, Ziff. 1.3.1.

⁴²⁶ Vgl. Botschaft 2013, Ziff. 1.3.1.

Für verheiratete und geschiedene Eltern ist neu, dass die Berechnung der Betreuungskosten im Rahmen der Festlegung des dem Kind zustehenden Unterhaltsbeitrages und nicht des Unterhaltsbeitrages des Ehegatten oder Ex-Ehegatten zu erfolgen hat. Bei unverheirateten Eltern wurden die Betreuungskosten im bisherigen Recht nicht eingerechnet, und in vielen Fällen ergibt sich nach neuem Recht eine Erhöhung des dem Kind zustehenden Unterhaltsbeitrages. Gemäss Bundesrat besteht das Ziel der vorliegenden Revision darin, jedem Kind die Gewährleistung der bestmöglichen Betreuungsverhältnisse zu ermöglichen. Die Möglichkeit der Eltern, eine persönliche Betreuung weiterzuführen, solle dabei nicht gegenüber der Drittbetreuung bevorzugt werden. Sie soll einzig im Interesse des Kindes im Einzelfall statusunabhängig möglich sein.⁴²⁷ Namentlich bei einer ungleichen Verteilung der Elternrollen vor der Trennung wird so derjenige Elternteil, der sich um die Kinder kümmerte, dies dank dem im Unterhaltsbeitrag des Kindes integrierten Betreuungsbeitrag weiterhin tun können. Das vor der Festlegung des Unterhaltsbeitrags gelebte Familienmodell erscheint damit als ausschlaggebend.⁴²⁸

Das neue Kriterium erfordert die Festlegung der indirekten Kinderkosten. Die Betreuungskosten erscheinen entweder in Form eines Mindereinkommens aus Arbeitserwerb oder in Form der Erhöhung der unentgeltlich geleisteten Haus- und Familienarbeit aufgrund des im Haushalt lebenden Kindes.⁴²⁹ Der Bundesrat stellt fest, dass bis heute keinen überzeugenden Ansatz zur Bewertung der Betreuung existiert. Die Botschaft verweist auf den Ermessensspielraum der Gerichte, um eine im Einzelfall angemessene Lösung zu finden. Nichtsdestotrotz empfiehlt der Bundesrat, den Betreuungsunterhalt auf der Grundlage der Lebenshaltungskosten der betreuenden Person festzulegen, damit diese nebst der Betreuung des Kindes ihren eigenen Lebensunterhalt decken kann.⁴³⁰ Dabei soll nur die Zeit berücksichtigt werden, während derer dem betreuenden Elternteil ansonsten die Ausübung einer Erwerbstätigkeit möglich wäre, und nicht die erwerbsfreie Zeit (beispielsweise Wochenende).⁴³¹

Nun stellt sich die Frage der Bemessung des Unterhaltsbeitrags der beiden Elternteile insbesondere im Zusammenhang mit der alternierenden Obhut. Der Bundesrat unterscheidet zwischen der alternierenden Obhut mit einer Betreuung zu mehr oder weniger gleichen Teilen und der geteilten Obhut, eigentlich eine gemeinsame Obhut, aber mit variablen Betreuungszeiten, beispielsweise vier Tage bei einem Elternteil und drei Tage beim anderen.⁴³² Wie weiter oben dargelegt wurde, gehen wir davon aus, dass das Parlament eine weniger starre Definition der alternierenden Obhut, bis zu einer Aufteilung 30-70, beschlossen hat.⁴³³

Zunächst sind die Änderungen wesentlich, die die Revision im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen der Regelung der Obhut und der Zuteilung der Rolle Unterhaltsschuldners bringt. Unter dem bisherigen Recht wurde die Art der zu erbringenden Unterhaltsleistung durch die Obhut bestimmt: Pflege und Erziehung durch den obhutsberechtigten Elternteil und Geldzahlung durch den nicht obhutsberechtigten Elternteil (Art. 276 Abs. 2

●
⁴²⁷ Botschaft 2013, S. 552, Ziff. 1.5.2.

⁴²⁸ Vgl. SPYCHER 2016, S. 19 ff.

⁴²⁹ Botschaft 2013, S. 540.

⁴³⁰ Botschaft 2013, S. 554.

⁴³¹ Botschaft 2013, S. 554.

⁴³² Botschaft 2013, Ziff. 2.1.1, S. 572.

⁴³³ Vgl. oben Kapitel «I. Die gemeinsame Elternschaft», Unterkapitel «3d) Die alternierende Obhut».

ZGB). Im neuen Art. 276 ZGB zu Gegenstand und Umfang der Unterhaltspflicht der Eltern ist der Verweis auf die Obhut als Kriterium für die Aufteilung der Unterhaltsleistungen zwischen den Eltern gestrichen worden. Da in zahlreichen Fällen die Eltern unabhängig von der Zuteilung der Obhut ihre Unterhaltspflicht in natura *und* in Form einer Geldleistung erfüllen, hat der Gesetzgeber dieses Kriterium in Art. 276 ZGB und ebenfalls in Art. 285 ZGB zur Bemessung des Unterhaltsbeitrages gestrichen.⁴³⁴ Eine Änderung von Art. 289 Abs. 1 (in fine) ZGB erlaubt es dem Gericht zu bestimmen, an welchen Elternteil in Fällen von alternierender Obhut die Unterhaltsbeiträge ausbezahlt werden müssen.⁴³⁵ Die Lehre hat eine Diskussion zur Berechnung des neuen Betreuungsunterhalts im Allgemeinen und bei einer alternierenden Obhut im Besonderen begonnen und unterstreicht, dass die bestehenden Berechnungsmethoden – die alle auf einem Modell der nicht egalitären Rollenverteilung beruhen – bei Fällen von alternierender Obhut schwierig anzuwenden sind.⁴³⁶

Die Botschaft hält fest, dass selbst wenn beide Elternteile sich je hälftig bei der Kinderbetreuung engagieren, ein Elternteil nicht in der Lage sein kann, seine Lebenshaltungskosten zu decken, was zur Festsetzung eines – vom anderen Elternteil zu übernehmenden – Betreuungsunterhalts führen kann, um die Betreuung des Kindes in seinem Interesse gewährleisten zu können. Sind die von den Eltern in natura erbrachten Leistungen gleich, müssen die anderen Leistungen nach den Fähigkeiten und Möglichkeiten jedes Elternteils aufgeteilt werden.⁴³⁷ In diesem Punkt besteht eine Verbindung zur Familienpolitik: das (privatrechtliche) Familienrecht stellt mittels des Betreuungsunterhalts die private Verantwortung für den Lebensunterhalt aller Mitglieder der getrennten Familie, also nicht nur des Kindes, sondern auch – sofern die finanziellen Mittel es erlauben – der Ex-Partner sicher.

Gleichzeitig werden die Grenzen der Aufteilung der direkten und indirekten Kosten des Kindes auf die Eltern sichtbar: um einen Betreuungsunterhalt sogar bei einer alternierenden Obhut, die idealerweise mit einem reduzierten Beschäftigungsgrad beider Eltern einhergeht, festlegen zu können, muss mindestens ein Elternteil über einen überdurchschnittlichen Lohn oder andere Einkommen verfügen, um einen Betreuungsunterhalt zahlen zu können, der nicht nur einen Beitrag an die direkten Kosten des Kindes, sondern auch an die Lebenshaltungskosten seines Ex-Partners umfasst. In einer solchen Situation stellt sich dann auch die Frage der Beibehaltung des Lebensstandards⁴³⁸: wenn das Paar vor der Trennung eine traditionelle Rollenteilung mit beträchtlichen Unterschieden bei der Erwerbsfähigkeit zwischen den beiden Partnern lebte und bei der Trennung derjenige Partner, der eine Vollzeitstelle hatte, seinen Beschäftigungsgrad reduziert, um sich an der Betreuung des Kindes zu beteiligen, wird der Lebensstandard der getrennten Familie sinken, da der andere Elternteil die Einkommenseinbusse durch eine Erhöhung der Arbeitszeit kaum wird auffangen können.



⁴³⁴ Botschaft 2013, Ziff. 2.1.1., S. 572 f.

⁴³⁵ Botschaft 2013, Ziff. 2.3, S. 582.

⁴³⁶ Vgl. SPYCHER 2016, S. 1 ff. Für die konkrete Berechnung im Fall der alternierenden Obhut vgl. JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER 2017, S. 170 f., 192 f.; STAUDMANN 2016, S. 447 f.

⁴³⁷ Botschaft 2013, Ziff. 2.1.3, S. 577.

⁴³⁸ Gemäss Rechtsprechung hat das Kind auf eine den Verhältnissen seiner Eltern entsprechende Erziehung und Lebensstellung Anspruch; seine Bedürfnisse sollen auch grosszügiger berechnet werden, wenn die Eltern einen höheren Lebensstandard aufweisen (BGE 120 II 285, E. 3a/cc S. 289 f.; BGer 5A_100/2012 vom 30. August 2012, E. 6.1, 5A_234/2011 vom 21. November 2011, E. 4.4.1 und 5A_220/2010 vom 20. August 2010, E. 2.1).

Am meisten Probleme wirft eine prekäre finanzielle Situation auf. Es geht dabei um folgenden Zusammenhang: die Revision hat – trotz Kritik – den Grundsatz der Unantastbarkeit des Existenzminimums der Unterhaltsschuldnerin resp. des Unterhaltsschuldners beibehalten. Folglich trägt der unterhaltsberechtigte Elternteil den Fehlbetrag (*Manko*), der aus der Differenz zwischen den verfügbaren Mitteln und dem Gesamtbetrag der Unterhaltsbedürfnisse resultiert, und er sieht sich gezwungen, Sozialhilfe zu beantragen. Er erleidet mehrere Nachteile. So muss er die bezogenen Leistungen zurückzahlen, wenn sich seine finanzielle Lage verbessert, sofern das kantonale Sozialhilferecht dies vorsieht.⁴³⁹ Die Situation könnte gemäss Bundesrat verbessert werden, indem die zivilrechtlichen Unterhaltsbeiträge und die finanzielle Unterstützung durch das Gemeinwesen in Form von Alimentenbevorschussung oder von Sozialhilfe wirksamer koordiniert würden. Da der Bundesgesetzgeber jedoch nicht die Kompetenz hat, diese Koordination sicherzustellen, da das Sozialhilferecht in die Zuständigkeit der Kantone fällt, hat er auf eine solche Koordination verzichtet.⁴⁴⁰ Mit der Revision wurden immerhin punktuelle Massnahmen zur Verbesserung der Stellung des Kindes in Mankofällen eingeführt. So ist namentlich in jedem Unterhaltsentscheid oder -vertrag der Betrag, der vom unterhaltspflichtigen Elternteil unter Berücksichtigung seiner Leistungsfähigkeit geschuldet ist, sowie der Betrag, der zur Deckung des gebührenden Unterhalts des Kindes notwendig ist, anzugeben (Art. 287a ZGB). Das erleichtert es, bei einer «erheblichen» Verbesserung der Vermögensverhältnisse der Unterhaltsschuldnerin oder des Unterhaltsschuldners den künftig zu leistenden Unterhaltsbeitrag zu ändern (Art. 286 ZGB). Zudem wird dem Kind damit auch die Möglichkeit eröffnet, bei einer «ausserordentlichen» Verbesserung der Verhältnisse des unterhaltspflichtigen Elternteils die nachträgliche Leistung der zur Deckung des gebührenden Unterhalts fehlenden Beträge einzufordern (Art. 286a ZGB).⁴⁴¹

Das Gegenstück zur Unantastbarkeit des Existenzminimums der Unterhaltsschuldnerin oder des Unterhaltsschuldners ist die Möglichkeit, von einem hypothetischen Einkommen auszugehen: ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass einer oder beide Elternteile sich nicht nach allen ihnen zumutbaren Kräften bemühen, ihre Unterhaltungspflicht zu erfüllen, kann gemäss Bundesgericht das Gericht bei der Festsetzung von Unterhaltsbeiträgen vom tatsächlichen Einkommen der Parteien abweichen und statt dessen sowohl bei der Unterhaltsschuldnerin oder dem Unterhaltsschuldner wie auch beim anderen Elternteil von einem höheren hypothetischen Einkommen ausgehen. Es geht darum, Unterhaltspflichtige dazu zu bewegen, das Einkommen zu erzielen, das ihnen zur Erfüllung ihrer Pflichten gegenüber dem Kind tatsächlich möglich und zumutbar ist.⁴⁴²

Damit stellt sich die Frage der Bemessung der Unterhaltsbeiträge der beiden Elternteile bei der alternierenden Obhut in einer finanziellen Situation mit Fehlbetrag. Geht man von einer traditionellen Rollenteilung vor der Trennung aus, zieht eine Reduktion des Beschäftigungsgrads der Unterhaltsschuldnerin oder des Unterhaltsschuldners eine zusätzliche Verminderung der verfügbaren Mittel nach sich, die nicht in jedem Fall durch eine Erhöhung der bezahlten Arbeitszeit des anderen Elternteils kompensiert werden kann, und zwar

●
⁴³⁹ Botschaft 2013, Ziff. 1.3.3, S. 543.

⁴⁴⁰ Botschaft 2013, S. 531.

⁴⁴¹ Botschaft 2013, Ziff. 1.5.4, S. 559.

⁴⁴² BGE 128 III 4, E. 4a; BGer 5A_165/2013 vom 28. August 2013, E. 4.1; 5A_99/2011 vom 26. September 2011, E. 7.4.1; BGer 5A_874/2014 vom 8. Mai 2015.

namentlich aufgrund der weiter oben beschriebenen geschlechtsspezifischen Lebensverläufe und Berufslaufbahnen.⁴⁴³ So besteht die Gefahr, dass ein Fehlbetrag entsteht oder sich vergrössert, was einen Konflikt schafft zwischen dem Interesse, eine egalitäre Aufteilung der Kinderbetreuung zu ermöglichen, indem ein tieferes Einkommen des unterhaltspflichtigen Elternteils, in der Regel des Vaters, zugelassen wird, und dem Interesse, eine zu hohe Verschuldung des unterhaltsberechtigten Elternteils, in der Regel der Mutter, gegenüber der Sozialhilfe zu vermeiden.⁴⁴⁴ Der internationale Vergleich zeigt, dass das Risiko der Verschlechterung der Lage der Frauen bei einer alternierenden Obhut in anderen Ländern effektiv schon Realität geworden ist.⁴⁴⁵

Im Zusammenhang mit der alternierenden Obhut schliesslich kann die Frage der Aufteilung des Unterhalts *in natura*, also die von jedem Elternteil direkt übernommenen Kosten, Anlass zu Konflikten sein. So, wie für die zeitliche Aufteilung der Betreuung ein gemeinsam vereinbarter oder von einer Behörde festgelegter Zeitplan (*Betreuungsanteile*) ausgearbeitet wird,⁴⁴⁶ wäre auch für solche Kosten ein ähnliches Vorgehen denkbar. Dass ein Elternteil eine Rechnung direkt bezahlen kann, ohne vom anderen den entsprechenden Betrag einfordern zu müssen, könnte in der Machtkonstellation zwischen den Eltern einen befriedenden Einfluss haben. In diesem Sinne sollte der Unterhaltsvertrag (vgl. Art. 287a ZGB) eine Angabe zur Aufteilung der wichtigsten Kosten enthalten. Die Wichtigkeit von vollständigen und klaren Vereinbarungen zwischen Eltern hat im Ausland auch zur Entwicklung von privaten online-Applikationen geführt, die für Eltern mit alternierender/geteilter Obhut bestimmt sind, um die Kosten der Kinder transparent zu handhaben.⁴⁴⁷

b) SOZIALRECHT UND STEUERRECHT

Eine Analyse der rechtlichen Bestimmungen zu den Sozialleistungen und des Steuerrechts und deren Auswirkungen auf die materiellen und strukturellen Voraussetzungen, die eine Umsetzung der alternierenden Obhut erleichtern oder nicht, würde den Rahmen des vorliegenden Berichtes sprengen. Dieser beschränkt sich darauf, einige Beispiele zur Handhabung von Situationen der alternierenden Obhut aufzuzeigen, welche die Vielzahl von unterschiedlichen anwendbaren Grundsätzen in verschiedenen Rechtsbereichen veranschaulichen: Familienzulagen, Wohnkostenzuschüsse, Steuern.⁴⁴⁸

Für die Gewährung von *Familienzulagen* gilt der Grundsatz, dass pro Kind ein Anspruch auf eine einzige Zulage besteht. In Art. 7 FamZG⁴⁴⁹ ist eine Rangfolge unter den Personen, die für das gleiche Kind einen Anspruch auf Familienzulagen haben, vorgesehen. Im Falle von gemeinsamer elterlicher Sorge bei einer Trennung oder Scheidung, wenn die Eltern beide berufstätig sind, gehen die Zulagen an die Person, bei der das Kind überwiegend lebt (Art. 7 Abs. 1 Bst. c FamZG). Bei gleichmässiger Aufteilung der Betreuung ist keine Aufteilung

⁴⁴³ Vgl. oben Unterkapitel «2b) Gleichstellung in der Schweiz? Geschlechtsspezifische Lebensverläufe und Berufslaufbahnen».

⁴⁴⁴ Vgl. auch GEISER 2013, S. 200 ff.

⁴⁴⁵ Vgl. oben Unterkapitel «2a) Die alternierende Obhut: eine kostspielige Form der Obhut».

⁴⁴⁶ Vgl. Botschaft 2013, Ziff. 2.1.1, S. 572.

⁴⁴⁷ Vgl. beispielsweise Webseiten wie kidganizer.fr (Applikation für iPhone), www.easy2family.com oder auch www.family-facility.com.

⁴⁴⁸ Für die Berechnung der Sozialhilfe im Falle einer alternierenden Obhut vgl. ZIÖRJEN 2014, S. 10.

⁴⁴⁹ Familienzulagengesetz (SR 836.2).

der Zulage vorgesehen; anspruchsberechtigt ist dann der Elternteil mit dem höheren Einkommen (Art. 7 Abs. 1 Bst. e FamZG), und zwar im Hinblick darauf, dass dessen Arbeitgeber mehr zur Finanzierung der Familienzulagen beigetragen hat.

Wenn die finanziellen Mittel beider Eltern nicht ausreichen, um die Kosten von zwei für die Unterbringung der Kinder genug grossen Wohnungen zu decken, hängen die getrennten Eltern von *Wohnkostenzuschüssen* ab, die von den Kantonen geregelt sind. Als Beispiel soll der Kanton Genf dienen, in dessen Gesetzgebung die alternierende Obhut berücksichtigt ist. Gemäss Art 31C Abs. 1 Bst. g LGL⁴⁵⁰ ist der Abschluss eines Mietvertrages über eine Wohnung in Unterbelegung bei einer geteilten Obhut mit minderjährigen Kindern zulässig, sofern der zugeteilte und effektive Obhutsanteil mindestens 40% beträgt. Die Unterbelegung einer Wohnung wird in Art. 31C Abs. 1 Bst. e LGL als Situation definiert, in welcher die Anzahl Zimmer um mehr als zwei Einheiten die Anzahl dort wohnender Personen übersteigt.⁴⁵¹

Was das *Steuerrecht* betrifft, hält das Bundesgericht fest, dass bei geschiedenen Ehegatten mit gemeinsamer elterlicher Sorge im Fall, dass sie die alternierende Obhut gleichmässig ausüben, dass keine Unterhaltsbeiträge geleistet werden und dass die Eltern übereingekommen sind, den Unterhalt des Kindes zu gleichen Teilen zu übernehmen, davon ausgegangen wird, dass es der Elternteil mit dem geringeren Einkommen ist, der den Unterhalt des Kindes zur Hauptsache bestreitet. Demnach ist diesem Elternteil auf dem Einkommen der reduzierte Steuertarif für die direkte Bundessteuer und die Staats- und Gemeindesteuern zu gewähren. Die von der Eidgenössischen Steuerverwaltung getroffene Lösung, den reduzierten Steuertarif dem Elternteil mit dem höheren Einkommen zu gewähren, verstosse in einer solchen Konstellation gegen das Prinzip der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in vertikaler Richtung.⁴⁵² Zu erwähnen ist ebenfalls die von Philippe Nantermod eingereichte parlamentarische Initiative mit dem Titel «Alternierende Obhut. Aufteilung des Kinderabzugs zwischen den Eltern» (16.406), welche die Unmöglichkeit korrigieren will, bei Situationen von alternierender Obhut den Kinderabzug zwischen den Eltern gemäss Art. 35 DBG⁴⁵³ aufzuteilen, wenn ein Elternteil Unterhaltsbeiträge nach Art. 33 Abs. 1 Bst. c DBG geltend macht (Art. 35 Abs. 1 Bst. a DBG).

Zusammenfassend wird unseres Erachtens die Notwendigkeit offensichtlich, die verschiedenen Kriterien zu koordinieren, um nicht in Konstellationen, in der die Voraussetzungen in der Beziehung günstig für eine alternierende Obhut wären, strukturelle Hindernisse für die Umsetzung einer solchen Obhut zu errichten. Auch soll eine zunehmende Prekarisierung desjenigen Elternteils, dessen Erwerbsfähigkeit geringer ist, und eine Verschlechterung seines Lebensstandards im Vergleich zu einer Situation der traditionellen Rollenteilung vermieden werden. Um solche Hindernisse und Risiken der Prekarisierung identifizieren zu können, wäre die Durchführung von vertieften ökonomischen Analysen notwendig und wünschenswert.

⁴⁵⁰ Loi générale sur le logement et la protection des locataires (LGL) vom 4. Dezember 1977, GE I 4 0.5.

⁴⁵¹ Für Details vgl. Pratique administrative de l'office du logement PA/L/030.02, konsultiert am 04.03.2017: https://www.ge.ch/logement/pdf/PA_L_030_02.pdf

⁴⁵² BGE 141 II 338, E. 3-7.

⁴⁵³ Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (SR 642.11).

4. FAZIT

Abschliessend kann unseres Erachtens gesagt werden, dass die in der Schweiz herrschenden sozialen Bedingungen eine allgemeine Einführung der alternierenden Obhut verunmöglichen. Die ökonomischen Ungleichheiten zwischen Frau und Mann, hervorgerufen durch nach der Geburt des ersten Kindes betont anders verlaufende berufliche Laufbahnen, erschweren die Umsetzung des von der alternierenden Obhut vorausgesetzten egalitären Engagements in der Familienarbeit beträchtlich, mit Ausnahme der finanziell bessergestellten Kreise, die sich besser organisieren können (nahegelegene Wohnungen, private Lösung für die Kinderbetreuung, flexiblere Arbeitszeiten ohne einschneidende Folgen für den Lebensstandard der Kinder usw.).

Die Familienpolitik in der Schweiz setzt auf das Primat, dass die Familie im wesentlichen Privatsache ist und der Staat nur in letzter Instanz intervenieren soll. Das schwache Angebot bei der Kleinkinderbetreuung, die Lohnungleichheiten zwischen hauptsächlich weiblichen und hauptsächlich männlichen Berufen und die für Frauen und Männer in sozialen Normen und institutionellen Regelungen vorausgesetzten unterschiedlichen Masterstatus haben eine gewichtige wirtschaftliche Ungleichbehandlung zwischen den Partnern und Eltern zur Folge. Solange das Paar, verheiratet oder nicht, zusammenbleibt, kann diese Ungleichbehandlung unproblematisch scheinen. Erfolgt jedoch eine Trennung, zeigt die durch das Elternsein hervorgerufene ökonomische Ungleichbehandlung zwischen Frau und Mann ihre negativen Folgen, indem die Frau oftmals aufgrund der fehlenden Investition in die berufliche Karriere in eine Situation wirtschaftlicher Verletzlichkeit und der Mann oftmals aufgrund der fehlenden Investition in die Elternschaft im Alltag in eine Situation der Verletzlichkeit auf der Beziehungsebene gerät. Es ist deshalb illusorisch zu denken, dass ein Gesetz Gegensteuer geben und getrennte/geschiedene Paar zwingen könnte, ein egalitäres Modell zu leben, gelingt dies doch schon noch verheirateten/zusammenlebenden Paaren kaum, selbst wenn sie es wollten. Die durch die Auferlegung eines solchen Gesetzes im gegenwärtigen sozialen Umfeld unausweichlich hervorgerufenen Spannungen und Frustrationen würden mit Gewissheit zahlreiche unerwünschte Nebenwirkungen auslösen. Auch die geltenden gesetzlichen Bestimmungen zum Unterhalt beruhen auf der Annahme, dass in erster Linie die Eltern für den Lebensstandard des Kindes und dessen Weiterführung nach einer Trennung oder Scheidung verantwortlich sind, und dass es an den Eltern ist, Lösungen zu finden, die nicht eine zusätzliche finanzielle Unterstützung der Familie seitens des Staates bedingen. Das geltende Recht will sicherstellen, dass die für eine Beibehaltung des Lebensstandards des Kindes erforderlichen Geldtransfers zwischen den Eltern auch wirklich stattfinden.

SCHLUSS

Die vorliegende interdisziplinäre Studie hat zum Ziel, die rechtlichen und praktischen Probleme zu beleuchten, die sich bei der alternierenden Obhut im Falle einer Scheidung oder Trennung der Eltern ergeben.

Die Studie, die an der Schnittstelle zwischen Recht und Soziologie angesiedelt ist, kommt zu folgenden Schlüssen:

In der Schweiz wie in anderen westlichen Ländern bestehen heutzutage rund um die Familie eine Vielzahl von Vorgaben und sozialen Erwartungen. Auf der einen Seite hat sich das Ideal der Gleichstellung von Frau und Mann zu einem vorherrschenden Konzept entwickelt, was sich durch die zunehmende Integration der Mütter auf dem Arbeitsmarkt und dem grösseren Gewicht der Rolle der Väter in der Familie äussert. Auf der anderen Seite dauert die ungleiche Aufteilung der bezahlten Erwerbsarbeit und der Familienarbeit an. Diese Zwiespältigkeit kristallisiert sich an der Art und Weise, wie getrennte oder geschiedene Eltern die Betreuung ihres Kindes/ihrer Kinder organisieren: während die alternierende Obhut und damit eine egalitäre Organisationsweise in Theorie und Politik zunehmend Gewicht erhält, vereinbart immer noch die grosse Mehrheit der Ex-Partner den Hauptaufenthalt des Kindes bei der Mutter, was in den meisten Fällen der Aufgabenteilung vor der Trennung entspricht. Was die Beziehungen zwischen den Eltern betrifft, muss festgestellt werden, dass nach einer Trennung die gemeinsame Elternschaft mit beträchtlichen Schwierigkeiten verbunden ist. Aufgrund ihres Konfliktes haben die Eltern Mühe, eine funktionierende gemeinsame Elternschaft zu entwickeln, definiert als Fähigkeit zusammenzuarbeiten und sich beide in den verschiedenen Aufgaben zu engagieren und sich gegenseitig in der Elternrolle zu unterstützen, um so eine gewisse familiäre Stabilität sicherzustellen.

Trotz des prägenden Einflusses der traditionellen Modelle und der Schwierigkeiten auf der Beziehungsebene haben mehrere westliche Länder die alternierende Obhut als prioritäres Modell der Kinderbetreuung nach einer Trennung gewählt. Die dabei gemachten Erfahrungen zeigen, dass die Förderung eines egalitären Modells und die damit verbundene gesellschaftliche Debatte zur Entwicklung einer gleichberechtigteren familiären Rollenteilung beitragen können, dass aber angesichts der Vielzahl von Funktionsweisen und der Dynamik, die dem Konflikt nach der Trennung inhärent ist, damit auch Spannungen, Konflikte und Ambivalenzen hervorgerufen werden, die in der Praxis nicht leicht zu lösen sind. Folglich wird die alternierende Obhut auch in diesen Ländern nur in einer Minderheit der Fälle als Organisationsform nach der Trennung festgelegt und sie ist in erster Linie Eltern mit ausreichenden finanziellen und sozialen Ressourcen vorbehalten.

In vielen Ländern ist die neue Regel der egalitären Aufteilung der Kinderbetreuung nach einer Trennung mit der Förderung von alternativen Methoden zur Lösung des Elternkonflikts kombiniert worden. International ist eine Tendenz zur angeordneten Mediation oder zumindest zum obligatorischen Besuch einer Informationsveranstaltung zum Thema Mediation auszumachen. Empirische Studien bekräftigen die Vorteile dieser Vorgehensweise, lenken die Aufmerksamkeit aber auch auf die Gefahr, das Recht des Kindes auf Teilnahme am Verfahren zu vernachlässigen und die Vielfalt der Funktionsweisen von Familien nach einer Trennung nicht zu berücksichtigen.

Die Schweiz hat bis heute in der Familien- und Sozialpolitik ein liberales Konzept verfolgt, das nicht ein spezifisches Modell für die Betreuung der Kinder durch die Eltern vorschreibt. Das Parlament will jedoch die alternierende Obhut fördern und hat neue Bestimmungen verabschiedet, die vom Gericht oder der Kindesschutzbehörde verlangen, im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer alternierenden Obhut zu prüfen, wenn ein Elternteil oder das Kind dies verlangt (Art. 298 Abs. 2^{ter} und Art. 298b Abs. 2^{ter} ZGB). Gleichzeitig sind aber in der Schweiz die Rahmenbedingungen der Kinderbetreuung vor oder nach einer Trennung einer egalitären Aufteilung nicht förderlich. Einerseits ist das Potential der alternativen Modelle der Konfliktlösung und der Förderung des Elternkonsenses noch nicht ausgeschöpft worden. Andererseits, und dies ist zentral, stellt das von der Schweiz für den Bereich der Familienpolitik gewählte liberale, individualistische Modell den Familien keine Hilfen zur Verfügung, die eine generelle Einführung der alternierenden Obhut für alle Familien unabhängig von deren finanziellen und sozialen Ressourcen ermöglichen würden.

Auf der Basis dieser Feststellungen können die in der Einführung zu diesem Bericht gestellten Fragen wie folgt beantwortet werden:

Unter welchen Umständen ist die alternierende Obhut die beste Lösung für das Kind?

Aufgrund der Forschungsergebnisse in den Sozialwissenschaften kann nicht behauptet werden, dass es ein bestimmtes Modell der Obhut und Kinderbetreuung gibt, das für sämtliche familiäre und soziale Situationen ideal wäre. Anhand der internationalen Literatur kristallisieren sich jedoch die Konstellationen heraus, in welchen eine alternierende Obhut vorteilhaft ist. Aus Sicht des Kindeswohls ist in erster Linie die Art der gemeinsamen Elternschaft zwischen den Eltern nach der Trennung für die Beantwortung der gestellten Frage massgebend: denjenigen Eltern, die eine Art von vereinter gemeinsamer Elternschaft leben, wo trotz Trennung die Zusammenarbeit im Vordergrund steht, gelingt es besser als den anderen, die alternierende Obhut in zufriedenstellender Weise umzusetzen. Wenn dagegen die Meinungsverschiedenheiten über die Art und die praktische Ausgestaltung der gemeinsamen Elternschaft gross und permanent sind und das Kind direkt betreffen, sind die Konsequenzen für die Entwicklung und das Wohlergehen des Kindes sehr negativ. In einer Konfliktsituation verstärkt die alternierende Obhut die Spannungen zwischen den Eltern, da sie zwischen ihnen aufgrund der regelmässigen Alternanzen und des grossen Koordinationsbedarfs gegenseitige Verflechtungen schafft. Die von den Eltern umgesetzte (oder von den Eltern beabsichtigte) Ausgestaltung der gemeinsamen Elternschaft ist eine wichtige Voraussetzung für die alternierende Obhut. Diese Voraussetzung ist aber sehr anspruchsvoll, umso mehr noch, wenn beide Elternteile je wieder eine neue Partnerschaft eingehen. Festzuhalten ist schliesslich auch, dass eine alternierende Obhut bei Gewalt gegen den Ex-Partner oder die Kinder, oder wenn ein Elternteil, namentlich aufgrund einer psychischen Krankheit, zur Erziehung unfähig ist, nicht im Sinne des Kindeswohls ist.

Welche psychosozialen Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit diese Form der Obhut im Alltag funktionieren kann?

Es muss zwischen persönlichen Voraussetzungen sowie Voraussetzungen auf der Beziehungsebene einerseits und materiellen Voraussetzungen andererseits unterschieden werden:

aus persönlicher Sicht und unter dem Beziehungsaspekt stellt eine funktionierende gemeinsame Elternschaft vor der Trennung einen Faktor dar, der eine alternierende Obhut begünstigt. Die Forschung unterstreicht ebenfalls die positiven Auswirkungen der Partizipation des Kindes an der Entscheidungsfindung zur konkreten Organisation der Obhut. Was die materiellen Voraussetzungen betrifft, muss festgestellt werden, dass die alternierende Obhut eine kostspielige Art der Elternschaft ist: die Eltern müssen deshalb über relativ gute Einkommen verfügen.

Kann der Staat diese Form der gemeinsamen Elternschaft fördern, und wenn ja, wie?

Auf der Grundlage der Ergebnisse dieses Berichts kann postuliert werden, dass der Staat in erster Linie auf der Ebene der allgemeinen Familienpolitik die Organisation der alternierenden Obhut erleichtern kann, namentlich indem er Massnahmen zur Unterstützung von Einelternfamilien entwickelt, die es erlauben würden, die Frage der Art der Obhut von der Frage des Unterhalts zu entkoppeln. Ebenfalls wünschenswert wäre eine stärkere finanzielle Beteiligung des Staates an der Mediation und den angeordneten Beratungen, damit diese kostenlos angeboten und somit generell eingeführt werden könnten. Investitionen sind unseres Erachtens auch bei der Beschaffung von empirischen Daten zur Praxis der Familiengerichtsbarkeit in der Schweiz sowie zur gesellschaftlichen Realität von Familien nach Scheidung oder Trennung erforderlich. Der Mangel an auf schweizweit repräsentativen Stichproben beruhenden Studien zu diesen Themen ist besonders problematisch. Angesichts der in diesem Bericht aufgezeigten Vielfalt von Funktionsweisen der Elternschaft nach Trennung wird davon abgeraten, die alternierende Obhut als zwingendes Modell einzuführen. Es wäre für das Wohl des Kindes gefährlich, Familien nach Trennung in Situationen, in denen die psychosozialen und materiellen Voraussetzungen für eine alternierende Obhut nicht gegeben sind, zu einer solchen Organisationsweise zu verpflichten.

BIBLIOGRAPHIE

- AESCHLIMANN, Das australische Familienrechtssystem, FamPra.ch 2006, S. 32 ff.
- AMATO, The consequences of divorce for adults and children, Journal of Marriage and the Family 2000, S. 1269 ff.
- AMATO/GILBRETH, Nonresident Fathers and Children's Well-Being: A Meta-Analysis, Journal of Marriage and Family 1999, S. 557 ff.
- AQUILINO, The noncustodial father-child relationship from adolescence into young adulthood, Journal of Marriage and Family 2006, S. 929 ff.
- ARENDELL, After divorce: Investigations into father absence, Gender and Society 1992, S. 562 ff.
- AUSSCHUSS FÜR DIE RECHTE DES KINDES, Schlussbemerkungen zum zweiten, dritten und vierten Staatenbericht der Schweiz (übersetzt aus dem Englischen vom Bundesamt für Sozialversicherungen), CRC/C/CHE/CO/2-4, 26. Februar 2015.
- BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER, «Angeordnete Beratung» – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, FamPra.ch 2012, S. 111 ff.
- BARTFELD, Shared placement: An overview of prevalence, trends, economic implications, and impacts on child well-being. Report to the Wisconsin Department of Children and Families, Institute for Research on Poverty, Madison 2011.
- BASTARD, Un conjoint violent peut-il être un bon père? Brüssel 2014.
- BAUDE/SAGNES/ZAOUCHE-GAUDRON, La résidence alternée: Etude exploratoire auprès d'enfants âgés de 7 à 10 ans, Dialogue 2010, S. 133 ff.
- BAUSERMAN, Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review, Journal of Family Psychology 2002, S. 91 ff.
- BELSKY/CRNIC/GABLE, The determinants of coparenting in families with toddler boys: Spousal differences and daily hassles, Child Development 1995, S. 629 ff.
- BELSKY/PUTNAM/CRNIC, Coparenting, parenting, and early emotional development, in: MCHALE/COWAN (Hrsg.), New directions for child and adolescent development, vol. 74, Understanding how family-level dynamics affect children's development: Studies of two-parent families, San Francisco 1996, S. 45 ff.
- BERGER, La résidence alternée pour les enfants de moins de 3 ans: Une pièce sombre, Le Cahier Spirale 2009, S. 43 ff.
- BERGER, Recherches actuelles concernant la résidence alternée, in: Colloque «Résidence alternée. Quels effets psychologiques pour les enfants?», Paris 2013.
- BERGER/BROWN/JOUNG/MELLI/WIMER, The stability of child physical placements following divorce: Descriptive evidence from Wisconsin, Journal of Marriage and Family 2008, S. 273 ff.
- BERGER/CICONNE/GUEDENEY/ROTTMAN, La résidence alternée chez les enfants de moins de 6 ans: Une situation à hauts risques psychiques, Devenir 2004, S. 213 ff.

- BERGSTRÖM/MODIN/FRANSSON/RAJMIL/BERLIN/GUSTAFSSON/HJERN, Living in two-homes - a Swedish national survey of wellbeing in 12 and 15 year olds with joint physical custody, BMC Public Health 2013, S. 1 ff.
- BERNARD/MEYER LÖHRER, Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern – Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels, Jusletter 12. Mai 2014.
- BESSIÈRE/BILAND/FILLOD-CHABAUD, Résidence alternée: La justice face aux rapports sociaux de sexe et de classe, Lien social et Politiques 2013, S. 125 ff.
- BFS (Bundesamt für Statistik), Ein Portrait der Schweiz. Ergebnisse aus den Volkszählungen 2010–2014, Neuchâtel 2016 (zit. BFS 2016)
- BILAND/SCHÜTZ, La garde des enfants de parents séparés au Québec. Une analyse quantitative de dossiers judiciaires, ARUC 2013, S. 1 ff.
- BJORNBERG/OTTENSEN, Challenges for future family policies in the Nordic countries, Kopenhagen 2013.
- BOISSON, Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine en quête de sens commun, Informations sociales 2006, S. 102 ff.
- BONNET/GARBINTI/SOLAZ, Les conditions de vie des enfants après le divorce, Insee Première 2015, S. 1 ff.
- BONOLI/REBER, The political economy of childcare in OECD countries: Explaining cross-national variation in spending and coverage rates, European Journal of Political Research 2010, S. 97 ff.
- BRAY/BERGER, Developmental issues in stepfamilies research project: Family relationships and parent-child interactions, Journal of Family Psychology 1993, S. 76 ff.
- BRUNET/KERTUDO/MALSAN, Etude sociologique sur la résidence en alternance des enfants de parents séparés, Dossier d'étude 2008, S. 1 ff.
- BRUNNER/SIMONI, Alltags- und Beziehungsgestaltung mit getrennten Eltern – Mitbestimmen und Mitwirken von Kindern aus psychologischer Sicht, FamPra.ch 2011, S. 349 ff.
- BUCHANAN/MACCOBY/DORNBUSCH, Caught between parents: Adolescents' experience in divorced homes, Child Development 1991, S. 1008 ff.
- BUCHER, Elterliche Sorge im schweizerischen und internationalen Kontext, in: FOUNTOULAKIS/RUMO-JUNGO (Hrsg.), Familien in Zeiten grenzüberschreitender Beziehungen, Zürich 2013, S. 1 ff.
- BÜCHLER/MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge, Jusletter 11. August 2014.
- BÜCHLER/MICHEL, Besuchsrecht und häusliche Gewalt – Zivilrechtliche Aspekte des persönlichen Verkehrs nach Auflösung einer von häuslicher Gewalt geprägten Beziehung, FamPra.ch 2011, S. 525 ff.
- BÜCHLER/SIMONI (Hrsg.), Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Zürich 2009.
- CANCIAN/MEYER, Who gets custody?, Demography 1998, S. 147 ff.

CANTIENI, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung. Eine empirische Untersuchung, Bern 2007.

CANTIENI/BIDERBOST, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – erste Erfahrungen und Klippen, FamPra.ch 2015, S. 771 ff.

CARRASCO/DUFOUR, Les décisions des juges concernant les enfants de parents séparés ont fortement évolué dans les années 2000, Infostat Justice 2015, S. 1 ff.

CASHMORE/PARKINSON/WESTON/PATULNY/REDMOND/QU/BAXTER/RAJKOVIC/SITEK/KATZ, Shared care parenting arrangements since the 2006 Family Law Reforms. Report to the Australian Government Attorney-General's Department, Sydney 2010.

CASTRÉN/WIDMER, Insiders and outsiders in stepfamilies: Adults' and children's views on family boundaries, Current Sociology 2015, S. 35 ff.

CHISHOLM, Family courts violence review: a report, Australian Government, Attorney General's Department, 27. November 2009.

CHOFFAT, Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale: Une promesse déçue ?, SJ 2015 II, S. 167 ff.

CLAESSENS, Gatekeeper moms and (un)involved dads: What happens after a breakup, in: ENGLAND/EDIN (Hrsg.), Unmarried couples with children, New York 2007, S. 204 ff.

CLARKE-STEWART/BRENTANO, Divorce: Causes and consequences, London 2006.

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

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, S. 22 ff.

CYR, Sortir d'une vision manichéenne pour penser la complexité, in NEYRAND/ZAOUCHE GAUDRON (Hrsg.), Le livre blanc de la résidence alternée, Toulouse 2014, S. 31 ff.

DAHAN, Famille, souffrance, résilience et la médiation familiale, in: COUTANCEAU/BENNEGADI (Hrsg.), Souffrances familiales et résilience: Filiation, couple et parentalité, Paris 2015, S. 119 ff.

DENIS, La médiatrice et le conflit dans la famille, Ramonville Saint-Agne 2001.

D'URSEL, Intervenir auprès des couples en séparation qui ne partagent pas l'idéologie contemporaine du «bon divorce», in: COUTANCEAU/BENNEGADI (Hrsg.), Souffrances familiales et résilience: Filiation, couple et parentalité, Paris 2015, S. 137 ff.

EBG/BFS (Eidgenössisches Büro für die Gleichstellung von Frau und Mann/Bundesamt für Statistik), Auf dem Weg zur Lohngleichheit! Tatsachen und Trends, Bern 2013 (zit. EBG/BFS 2013).

ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI, Familien- und schulergänzende Kinderbetreuung: Eine Bestandesaufnahme der Eidgenössischen Koordinationskommission für Familienfragen, Bern 2008.

EUROPARAT, Egalité et coresponsabilité parentale: Le rôle des pères, Bericht der Kommission über Gleichstellung und Nichtdiskriminierung, Berichterstatterin: Françoise Hetto-Gaasch, Strassburg 2015.

- EWING/HUNTER/BARLOW/SMITHSON, Children's voices: Centre-stage or side-lined in out-of-court dispute resolution in England and Wales?, *Child and Family Law Quarterly* 2015, S. 43 ff.
- FAVEZ/FRASCAROLO, Le coparentage: Composants, implications et thérapie, *Devenir* 2013, S. 73 ff.
- FAVEZ/FRASCAROLO/FIVAZ-DEPEURSINGE, Family alliance stability and change from pregnancy to toddlerhood and marital correlates, *Swiss Journal of Psychology* 2006, S. 213 ff.
- FEINBERG, The internal structure and ecological context of coparenting: A framework for research and intervention, *Parenting Science and Practice* 2003, S. 95 ff.
- FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN, Gleichstellung der Geschlechter: Welche Rolle spielt die familienergänzende Kinderbetreuung?, Projekt NFP 60 «Familienergänzende Kinderbetreuung und Gleichstellung», St.Gallen 2013.
- FICHTNER/SALZGEBER, Gibt es den goldenen Mittelweg? Das Wechselmodell aus Sachverständigensicht, *Familie Partnerschaft Recht* 2006, S. 278 ff.
- FIVAZ-DEPEURSINGE, L'alliance coparentale et le développement affectif de l'enfant dans le triangle primaire, *Thérapie Familiale* 2003, S. 267 ff.
- FLEURY/SULLIVAN/BYBEE, When ending the relationship does not end the violence: Women's experiences of violence by former partners, *Violence Against Women* 2000, S. 1363 ff.
- FORTIN/HUNT/SCANLAN, Taking a longer view of contact: The perspectives of young adults who experienced parental separation in their youth, *Brighton* 2012.
- FRISCH-DESMAREZ/BERGER, Garde alternée: Les besoins de l'enfant, Brüssel 2014.
- FUX, Which models of the family are encouraged or discouraged by different family policies, in: KAUFMANN/KUIJSTEN/SCHULZE/STROHMEIER (Hrsg.), *Family Life and Family Policies in Europe*, Vol. II: Problems and Issues in Comparative Perspective, Oxford 2002, S. 363 ff.
- GEISER, Die Neuregelung des Familienunterhalts im Lichte der Neuregelung der elterlichen Sorge, in: *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Bern 2013, S. 187 ff.
- GILMOUR, Séparation et divorce très conflictuels: Options à examiner, *Rapport au Ministère de la Justice du Canada*, Ottawa 2004.
- GIUDICI/WIDMER, Gendered occupational shifts in the transition to parenthood: The influence of personal networks, *Sociology* 2015, S. 1 ff.
- GLOOR N., Der Begriff der Obhut, *FamPra.ch* 2015, S. 331 ff.
- GLOOR U./SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, *FamPra.ch* 2014, S. 1 ff.
- GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT, *Beyond the best interests of the child*, New York 1973.
- GRAHAM/FITZGERALD, Exploring the promises and possibilities for children's participation in Family Relationship Centres, *Family Matters* 2010, S. 53 ff.
- GRÉCHEZ, Enjeux et limites de la médiation familiale, *Dialogue* 2005, S. 31 ff.
- GRYCH/FINCHAM, Children's appraisals of marital conflict: Initial investigations of the cognitive-contextual framework, *Child Development* 1993, S. 215 ff.

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.

HANNEDOUCHE, Médiation familiale et résidence alternée, Le Cahier Spirale 2009, S. 181 ff.

HARDESTY/CHUNG, Intimate partner violence, parental divorce, and child custody: Directions for intervention and future research, Family Relations 2006, S. 200 ff.

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

HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Familienrecht, 5. Aufl., Bern 2014.

HAYEZ, Hébergement alterné: Seul garant du bien-être de l'enfant?, Santé mentale au Québec 2008, S. 209 ff.

HENRY/HAMILTON, The Inclusion of Children in Family Dispute Resolution in Australia: Balancing Welfare versus Rights Principles, The International Journal of Children's Rights 2012, S. 584 ff.

HETHERINGTON/STANLEY-HAGAN, Parenting in divorced and remarried families, in: BORNSTEIN (Hrsg.), Handbook of parenting: Practical Issues in Parenting (2. Auflage), Mahwah 2002, S. 287 ff.

HITZ QUENON/PAULUS/LUCHETTA MYTI, Das Kindesschutzrecht, Die ersten Auswirkungen im Bereich der Umsetzung in den Kantonen Genf, Waadt und Zürich, Studie des Schweizerischen Kompetenzzentrums für Menschenrechte (SKMR), Bern 2014.

HOTTON, Spousal violence after marital separation, Juristat 2001, S. 1 ff.

IZARD, La résidence alternée non conflictuelle. Troubles psychiques observés chez les enfants, in: PHÉLIP/BERGER (Hrsg.), Divorce, séparation: Les enfants sont-ils protégés? Paris 2012, S. 77 ff.

JOYAL, Garde partagée de l'enfant - Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes, Les Cahiers de droit 2003, S. 267 ff.

JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, Sharing roles, sharing custody? Couples' characteristics and children's living arrangements at separation, Journal of Marriage and Family 2005, S. 157 ff.

JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER, Der Betreuungsunterhalt. Das Konzept – die Betreuungskosten – die Unterhaltsberechnung, FamPra.ch 2017, 163 ff.

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

KATZ/GOTTMAN, Spillover effects of marital conflict: In search of parenting and coparenting mechanisms, New Directions for Child and Adolescent Development 1996, S. 57 ff.

KATZ/LOW, Marital violence, co-parenting, and family-level processes in relation to children's adjustment, Journal of family psychology 2004, S. 372 ff.

KELLERHALS/WIDMER, Familles en Suisse: Les nouveaux liens, Lausanne 2012.

KELLY/LAMB, Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children, Family and Conciliation Courts Review 2000, S. 297 ff.

KILDE, Der persönliche Verkehr des Kindes mit Dritten, FamPra.ch 2012, S. 311 ff.

KITZMAN/EMERY, Child and family coping one year after mediated and litigated child custody disputes, *Journal of Family Psychology* 1994, S. 150 ff.

KOSTKA, Neue Erkenntnisse zum Wechselmodell?, *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe* 2014, S. 54 ff.

KRÜGER/LEVY, Linking life courses, work and the family: Theorizing a not so visible nexus between women and men, *Canadian Journal of Sociology* 2001, S. 145 ff.

LANDRUM, The ongoing debate about mediation in the context of domestic violence: A call for empirical studies of mediation effectiveness, *Cardoso Journal of Conflict Resolution* 2011, S. 425 ff.

LE RUN, Les séparations conflictuelles: Du conflit parental au conflit de loyauté, *Enfances & Psy* 2013, S. 57 ff.

LEVY, Regulating life courses: National regimes of gendered trajectories: Towards an empirical analysis of Switzerland's gendered life-course regime, in: LEVY/WIDMER (Hrsg), *Gendered Life Courses between Standardization and Individualization: A European Approach Applied to Switzerland*, Münster 2013, S. 225 ff.

LEVY/GAUTHIER/WIDMER, Entre contraintes institutionnelle et domestique: Les parcours de vie masculins et féminins en Suisse, *Revue Canadienne de Sociologie* 2006, S. 461 ff.

LEVY/WIDMER/KELLERHALS, Modern family or modernized family traditionalism? Master status and the gender order in Switzerland, *Electronic Journal of Sociology* 2002, S. 1 ff.

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 (zit.: LIMET 2009a).

LIMET, De l'idéal de la coparentalité aux modalités pratiques: Quels écueils?, *La Revue scientifique de l'AIFI* 2009, S. 1 ff. (zit.: LIMET 2009b).

LIMET, Séparations, reconfigurations familiales et place de l'enfant: Ecueils et balises, *L'Observatoire* 2010, S. 18 ff.

LOWE/DODGE ABRAMS, Should we mediate cases involving domestic violence?, *Feature Article* 2011, S. 9 ff.

LUDEWIG/BAUMER/SALZGEBER/HÄFELI/ALBERMANN, Richterliche und behördliche Entscheidungsfindung zwischen Kindeswohl und Elternwohl: Erziehungsfähigkeit bei Familien mit einem psychisch kranken Elternteil, *FamPra.ch* 2015, S. 562 ff.

LUEPNITZ, A comparison of maternal, paternal, and joint custody: Understanding the varieties of post-divorce family life, *Journal of Divorce* 1986, S. 1 ff.

MACCOBY/MNOOKIN, *Dividing the child: Social and legal dilemmas of custody*, Cambridge 1992.

MADDEN-DERDICH/LEONARD/CHRISTOPHER, Boundary ambiguity and coparental conflict after divorce: An empirical test of a family systems model of the divorce process, *Journal of Marriage and the Family* 1999, S. 588 ff.

MATEFI, Mediation bei häuslicher Gewalt?, *FamPra.ch* 2003, S. 260 ff.

- MCCONNELL/KERIG, Assessing coparenting in families of school-age children: Validation of the Coparenting and Family Rating System, *Canadian Journal of Behavioural Science* 2002, S. 44 ff.
- MCDONALD/DEMARIS, Stepfather-stepchild relationship quality: The stepfather's demand for conformity and the biological father's involvement, *Journal of Family Issues* 2002, S. 121 ff.
- MCHALE, Co-parenting and triadic interactions during infancy: The roles of marital distress and child gender, *Developmental Psychology* 1995, S. 985 ff.
- MCHALE, Overt and covert coparenting processes in the family, *Family Process* 1997, S. 183 ff.
- MCHALE, When infants grow up in multiperson relationship systems, *Infant Mental Health Journal* 2007, S. 370 ff.
- MCHALE/KUERSTEN-HOGAN/RAO, Growing points in the study of coparenting relationships, *Journal of Adult Development* 2004, S. 221 ff.
- MCHALE/RASMUSSEN, Coparental and family group-level dynamics during infancy: Early family predictors of child and family functioning during preschool, *Development and Psychopathology* 1998, S. 39 ff.
- MCINTOSH/SMYTH/KELAHHER, Relationships between overnight care patterns and psycho-emotional development in infants and young children, in: MCINTOSH/SMYTH/KELAHHER/WELLS/LONG (Hrsg.), *Post-separation parenting arrangements and developmental outcomes for children*, Report to the Australian Government Attorney-General's Department Canberra 2010, S. 85 ff.
- MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG, A longitudinal study of school-aged children in high conflict divorce, in: MCINTOSH/SMYTH/KELAHHER/WELLS/LONG (Hrsg.), *Post-separation parenting arrangements and developmental outcomes for children*, Report to the Australian Government Attorney-General's Department, Canberra 2010, S. 23 ff.
- MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 5. Aufl., Genf/Zürich 2014.
- MILARDO, *The forgotten kin: Aunts and uncles*, New York 2010.
- MILLER/COWAN/COWAN/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL, Externalizing in preschoolers and early adolescents: A cross-study replication of a family model. *Developmental Psychology* 1993, S. 3 ff.
- MONTGOMERY/ANDERSON/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL, Patterns of courtship for remarriage: Implications for child adjustment and parent-child relationships. *Journal of Marriage and Family* 1992, S. 686 ff.
- MÜLLER-MAGDEBURG, Das beschleunigte Familienverfahren im Lichte des FamFG, *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe* 2009, S. 184 ff.
- NEYRAND, *L'enfant face à la séparation des parents. Une solution, la résidence alternée*, Paris 2009.
- NEYRAND, *La résidence alternée ou le défi de la coparentalité*, *Politiques sociales et familiales* 2014, S. 5 ff.
- NEYRAND, Le statut de la résidence alternée dans l'élaboration d'une coparentalité démocratique en France, in: NEYRAND/POUSSIN/WILPERT (Hrsg.), *Père, mère après séparation: Résidence alternée et coparentalité*, Toulouse 2015, S. 55 ff.

NEYRAND/ZAUCHE GAUDRON, Le livre blanc de la résidence alternée, Toulouse 2014.

NIELSEN, Shared physical custody: Summary of 40 studies on outcomes for children, *Journal of Divorce & Remarriage* 2014, S. 614 ff.

PEACEY/HUNT, Problematic contact after separation and divorce? A national survey of parents. Oxford 2008.

PETER, Hochstrittige Eltern im Besuchsrechtskonflikt, *ZVW* 2005, S. 193 ff.

PHÉLIP, Le livre noir de la garde alternée, Paris 2013.

PORCEDDA-SELLERON, Les enjeux de la médiation familiale: La coparentalité dans les séparations. *Les archives de pédiatrie* 2010, S. 968 ff.

POUSSIN, Entre clinique et recherches: Le chemin de la parentalité à la coparentalité à travers la résidence alternée, in: NEYRAN/POUSSIN/WILPERT (Hrsg.), *Père, mère après séparation: Résidence alternée et coparentalité*, Toulouse 2015, S. 83 ff.

RHOADES, Legislating to promote children's welfare and the quest for certainty, *Child and Family Law Quarterly* 2012, S. 158 ff.

ROBERTSON/ELDER/SKINNER/CONGER, The costs and benefits of social support in families, *Journal of Marriage and Family* 1991, S. 403 ff.

SALZGEBER/SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, *FamPra.ch* 2014. S. 66 ff.

SAYER/BIANCHI/ROBINSON, Are parents investing less in children? Trends in mothers' and fathers' time with children, *American Journal of Sociology* 2004, S. 1 ff.

SBARRA/EMERY, Coparenting conflict, nonacceptance, and depression among divorced adults: Results from a 12-year follow-up study of child custody mediation using multiple imputation, *American Journal of Orthopsychiatry* 2005, S. 63 ff.

SCHERPE/MARTEN, Mediation in England and Wales: Regulation and practice, in: HOPT/STEFFEK (Hrsg.), *Mediation: Principles, regulation and reform in comparative perspective*, Oxford 2013, S. 365 ff.

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, S. 397 ff.

SIMONI, Kinder anhören und hören, *ZVW* 2009, S. 333 ff.

SIMONI/DIEZ GRIESER, Mit statt über Kinder und Jugendliche reden. 20 Fragen rund um die Gesprächsführung mit Kindern und Jugendlichen, in: EKKJ (Hrsg.), *Bericht der Eidgenössischen Kommission für Kinder- und Jugendfragen: Kindern zuhören, das Recht auf Meinungsäußerung und auf Anhörung*, Bern 2011, S. 33 ff.

SMART, Equal shares: Rights for fathers or recognition for children?, *Critical Social Policy* 2004, S. 484 ff.

SMART, *Personal life: New directions in sociological thinking*, Cambridge 2007.

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

SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON, Legislating for shared parenting after parental separation: insights from Australia?, *Law and Contemporary Problems* 2014, S. 109 ff.

SODERMANS/MATTHJIS/SWICEGOOD, Characteristics of joint physical custody families in Flanders, *Demographic Research* 2013, S. 821 ff.

SOLOMON/GEORGE, The development of attachment in separated and divorced families. Effects of overnight visitation, parent and couple variables, *Attachment and Human Development* 1999, S. 2 ff.

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, S. 410 ff.

SPRUIJT/DUINDAM, Joint physical custody in the Netherlands and the well-being of children, *Journal of Divorce & Remarriage* 2009, S. 65 ff.

SPYCHER, Kindesunterhalt: Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen – heute und demnächst, *FamPra.ch* 2016, S. 1 ff.

STAUB, Pflichtmediation: Mythos und Wirklichkeit, *ZVW* 2006, S. 121 ff.

STECK, Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge, *Jusletter* 12. Oktober 2015.

STOECKLIN, L'enfant acteur et l'approche participative, in: ZERMATTEN/STOECKLIN (Hrsg.) *Le Droit des enfants de participer. Norme juridique et réalité pratique: Contribution à un nouveau contrat social*. Sitten 2009, S. 47 ff.

STOUDMANN, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant en pratique : Ce qui change et ce qui reste, *ZKE* 2016, S. 427 ff.

SÜNDERHAUF, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013.

SÜNDERHAUF/WIDRIG, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, *AJP* 2014, S. 885 ff.

TALBOT/MCHALE, Individual parental adjustment moderates the relationship between marital and coparenting quality, *Journal of Adult Development* 2004, S. 191 ff.

TEUBERT/PINQUART, The association between coparenting and child adjustment: A meta-analysis, *Parenting* 2010, S. 286 ff.

TORKIA, Séance sur la parentalité après la rupture, Rapport d'évaluation remis au Ministère de la Justice du Québec, Direction des orientations et politiques aux affaires, Québec 2012.

TURNER/KOPIEC, Exposure to interparental conflict and psychological disorder among young adults, *Journal of Family Issues* 2006, S. 131 ff.

VAN EGEREN/HAWKINS, Coming to terms with coparenting: Implications of definition and measurement, *Journal of Adult Development* 2004, S. 165 ff.

VENOHR/KAUNELIS, Arizona child support guidelines review: Analysis of case file data, Denver 2008.

WANG/AMATO, Predictors of divorce adjustment: Stressors, resources and definitions, *Journal of Marriage and the Family* 2000, S. 655 ff.

WIDMER, Family configurations. A structural approach to family diversity, London 2010.

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

WIDMER/FAVEZ/DOAN, Coparentage et logiques configurationnelles dans les familles recomposées et de première union, Politiques sociales et familiales 2014, S. 45 ff.

WIDMER/LE GOFF/LÉVY/HAMMER/KELLERHALS, Embedded parenting? The influence of conjugal networks on parent-child relationships, Journal of Social and Personal Relationships 2006, S. 387 ff.

WIDMER/LEVY/HAMMER/POLLIEN/GAUTHIER, Zwischen Standardisierung, Individualisierung und Geschlechtsspezifität: Eine Lebenslaufstudie in der Schweiz, Schweizerische Zeitschrift für Soziologie 2003, S. 35 ff.

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

WIDRIG, Alternierende Obhut - Leitprinzip des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht, AJP 2013, S. 903 ff.

WILPERT, Demande de résidence... ou de reconnaissance? En quoi la souffrance privée est politique, in: NEYRAND/POUSSIN/WILPERT (Hrsg.), Père, mère après séparation: Résidence alternée et coparentalité, Toulouse 2015, S. 21 ff.

ZIÖRJEN, Das Kind lebt zur Hälfte beim Vater: Wie wird die Sozialhilfe berechnet?, ZESO 2/2014, S. 10 ff.

Kommentare

HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 5. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK ZGB-VERFASSEN, Art. X N Y).

SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2013 (zit.: BSK ZPO-VERFASSEN, Art. X N Y).

BÜCHLER/HÄFELI LEUBA/STETTLER/ (Hrsg.), FamKomm Erwachsenenschutz, Bern 2013 (zit.: VERFASSEN, FamKomm Erwachsenenschutz, Art. X N Y).

SCHWENZER (Hrsg.), FamKomm Scheidung, 2. Aufl., Bern 2011 (zit.: VERFASSEN, FamKomm Scheidung, Art. X N Y).

Offizielle Dokumente Schweiz

BUNDESRAT, Familienpolitik: Auslegeordnung und Handlungsoptionen des Bundes, Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulats Tornare (13.3135) «Familienpolitik» 2015, S. 1 ff. (zit.: Bundesrat 2015).

Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl 2011 S. 9077 ff. (zit.: Botschaft 2011).

Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl 2014 S. 529 ff. (zit.: Botschaft 2013).

Bundesamt für Justiz (BJ), Die Begriffe «Obhut», «Betreuung» und «Aufenthaltort», Bericht Juni 2012 für die RK-N (11.070 n ZGB. Elterliche Sorge) (zit.: BJ 2012).

Zweiter, dritter und vierter Bericht der Schweizerischen Regierung zur Umsetzung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes, Bern, 20. Juni 2012 (zit.: Schweizerischer Bericht KRK 2012).

ETUDE INTERDISCIPLINAIRE SUR LA GARDE ALTERNÉE

**Michelle Cottier, Eric D. Widmer, Sandrine Tornare et
Myriam Girardin**

Genève, mars 2017



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT
Département de droit civil



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

**FACULTÉ DES SCIENCES
DE LA SOCIÉTÉ**
Institut de recherches sociologiques

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	5
I. COPARENTALITÉS	7
1. INTRODUCTION	7
2. APPROCHES PSYCHOLOGIQUES ET SOCIOLOGIQUES	7
a) De nouvelles formes familiales	7
b) Concept, dimensions et formes de coparentalité	8
c) Coparentalité dans les familles post-divorce et post-séparation	10
d) Coparentalité avant le divorce ou la séparation et garde alternée	12
3. LA COPARENTALITÉ DU POINT DE VUE DU DROIT SUISSE	13
a) L'autorité parentale	13
b) La garde	15
c) Distinction entre la garde et les autres notions juridiques	16
d) La garde alternée	17
4. DÉVELOPPEMENTS INTERNATIONAUX EN MATIÈRE DE GARDE ALTERNÉE	19
a) Développements en Australie et au Québec	19
b) Développements dans certains pays de l'Europe	21
c) La Résolution 2079 (2015) du Conseil de l'Europe	24
5. CONCLUSION	25
II. L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT	27
1. INTRODUCTION	27
2. APPROCHES PSYCHOLOGIQUES ET SOCIOLOGIQUES	27
a) L'absence d'un mode de garde idéal pour tous	27
b) Facteurs influençant la réussite de la garde alternée	28
c) Effets positifs de la participation de l'enfant	32
3. DÉFINITIONS JURIDIQUES DE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT	33
a) « L'intérêt supérieur de l'enfant » selon la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant	33
b) Les lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants	34
c) Le bien de l'enfant en droit suisse et la nouvelle présomption légale en faveur de l'autorité parentale conjointe	35
d) Critères d'attribution de l'autorité parentale exclusive	36
e) Critères d'attribution de la garde exclusive ou alternée	37
f) L'importance de l'avis de l'enfant	39
g) L'audition de l'enfant	40
h) La curatelle de procédure (« l'avocat de l'enfant »)	41
4. CONCLUSION	42
III. MODES INTERDISCIPLINAIRES DE RÉOLUTION DU CONFLIT PARENTAL	44

1.	INTRODUCTION	44
2.	LA PERSPECTIVE DES SCIENCES SOCIALES SUR LA MÉDIATION	44
a)	Le conflit dans le couple séparé	44
b)	Recours à la médiation	45
c)	Le conflit parental en tant qu'affaire privée et le rôle du réseau personnel	46
d)	La médiation, est-elle toujours possible et conseillée?	48
3.	JUSTICE FAMILIALE ET MODES INTERDISCIPLINAIRES DE RÉOLUTION DU CONFLIT PARENTAL	51
a)	La Directive de l'Union européenne sur la médiation et la justice familiale	51
b)	Expériences en Australie et au Québec	54
c)	Médiation et justice familiale en Suisse	55
d)	Modèles interdisciplinaires de soutien au consensus parental	58
4.	CONCLUSION	59
IV.	LES CONDITIONS MATÉRIELLES ET STRUCTURELLES	61
1.	INTRODUCTION	61
2.	PERSPECTIVE SOCIOLOGIQUE	61
a)	La garde alternée : un mode de garde coûteux	61
b)	Egalité en Suisse ? Parcours de vie et trajectoires professionnelles genrés	63
c)	Structures d'accueil et de prise en charge de l'enfant	65
d)	Les politiques familiales en Suisse	66
3.	CADRE JURIDIQUE	68
a)	La garde alternée et la réforme de l'entretien de l'enfant	68
b)	Le droit relatif aux prestations sociales et le droit fiscal	73
4.	CONCLUSION	74
	CONCLUSION	75
	BIBLIOGRAPHIE	78

INTRODUCTION

Dans le cadre de la révision du Code civil concernant l'entretien de l'enfant du 20 mars 2015, le Parlement a adopté des dispositions selon lesquelles, en cas de séparation ou divorce, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement le juge ou l'autorité de protection de l'enfant devrait examiner en fonction du bien de l'enfant la possibilité de la garde alternée. Bien que convaincu de la nécessité de principe d'encourager la garde alternée, le Conseil National s'est toutefois posé la question des problèmes que ce mode de garde 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). Le présent rapport a été mandaté par l'Office fédéral de la Justice dans ce contexte. Michelle Cottier, Professeure de droit à l'Université de Genève et Eric Widmer, Professeur de sociologie à l'Université de Genève ont été chargés de diriger la rédaction de ce rapport dans le cadre de l'Observatoire des familles de l'Université de Genève.

Le présent rapport repose sur la définition du Tribunal fédéral qui entend par la garde alternée 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 égales¹. Les termes de garde alternée et garde partagée seront utilisés en tant que synonymes.

Les résultats de ce rapport ne se limitent pas à livrer une analyse juridique de la garde alternée telle qu'elle est définie aujourd'hui en Suisse. Le but de cette étude est également d'obtenir une analyse approfondie des aspects psychosociaux de la garde alternée. Dans cette analyse les intérêts de l'enfant ont une place centrale. Néanmoins, l'analyse part du présupposé que les conditions et options de vie des parents, et les contraintes qui leur sont associées, doivent être prises en compte car elles ont un effet indirect très important sur les modalités de prise en charge de l'enfant dans les familles post-séparation.

Un second postulat sur lequel se fonde l'analyse est que les expériences faites dans d'autres pays doivent être étudiées scrupuleusement car les informations qu'elles fournissent sont applicables, en tous cas dans une grande mesure, au cas de la Suisse. Etant donné que dans certains pays la garde alternée est pratiquée depuis plusieurs années, il y a donc lieu d'examiner leur expérience. Une appréciation critique des choix législatifs et des modalités de mise en œuvre de la garde alternée dans ces pays pourra servir de base pour la réflexion à ce sujet en Suisse. On a donc considéré, tant pour la partie psychosociale que pour la partie juridique, les résultats de l'étranger.

Les questions auxquelles l'étude entend répondre sont les suivantes : dans quelles circonstances doit-on admettre que la garde alternée est la meilleure solution pour l'enfant? Quelles conditions psychosociales doivent être remplies pour que ce mode de garde puisse fonctionner au quotidien? L'État peut-il, et le cas échéant comment, promouvoir cette forme de coparentalité?

●
¹ TF 5A_46/2015 du 26.05.2015, consid. 4.4.3.

Le plan du rapport s'établit de la manière suivante. Le premier chapitre s'interroge sur les pratiques de coparentalité dans les familles post-séparation. Il entend révéler les principaux enjeux qui structurent la coparentalité au quotidien et les conflits et problèmes qui leur sont associés. La question est ensuite reprise autour de ce que le droit fait de la coparentalité post-divorce et post-séparation à travers deux notions particulièrement saillantes : l'autorité parentale et la garde. Ce premier chapitre nous fera constater qu'il y a une distance non-négligeable entre les pratiques des parents et les solutions proposées par les réformes actuelles du droit. La volonté de rendre plus égalitaires les apports des deux parents et ex-partenaires dans la prise en charge de l'enfant se confrontent à un ensemble de difficultés d'ordre relationnel et matériel, potentiellement créatrices de multiples sources de tensions et de conflits. Dans les pays où l'on a introduit depuis longtemps la garde alternée en tant que modèle, ces difficultés ont pu être mises en exergue dans le cadre d'études empiriques. Le deuxième chapitre définit la notion 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. Ce chapitre renvoie aussi aux conceptions juridiques et sociologiques actuelles qui cherchent à donner davantage de poids à la parole et à l'agentivité de l'enfant dans les décisions touchant directement à son intérêt. Le troisième chapitre retrace la tendance actuelle à favoriser la résolution du conflit parental par les modes interdisciplinaires tels que la médiation ou la consultation imposée. Du point de vue sociologique, ces méthodes s'inscrivent dans une vision du conflit parental en tant qu'affaire privée, et il importe de souligner leurs limites. L'analyse comparée démontre que la Suisse est en retard par rapport aux développements internationaux, mais que des initiatives cantonales sont en train de s'établir. Finalement, le quatrième chapitre 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 en Suisse. Il constate qu'il est illusoire, voire dangereux, de se diriger vers un modèle égalitaire contraignant de prise en charge des enfants par les parents après la séparation, sans avoir au préalable rendu compatibles à ce projet les conditions cadres nécessaires, telles qu'une politique de la petite enfance généralisée, et des aides familiales orientées vers tous les types de famille.

Le rapport recommande donc 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). La diversité des situations de coparentalité soulignée par le rapport est indicative d'une pluralité de modes de fonctionnement et d'attentes vis-à-vis de la famille après séparation, dont le droit devrait tenir compte.

I. COPARENTALITÉS

1. INTRODUCTION

La coparentalité, concept développé en psychologie, se réfère à la manière dont les parents collaborent pour mener à bien leurs rôles de parents, qu'ils soient encore ensemble ou divorcés. La coparentalité peut prendre plusieurs formes. Lors d'une rupture, certaines formes de coparentalité facilitent la mise en œuvre de la garde alternée alors que d'autres rendent la garde alternée particulièrement difficile. Ce chapitre a pour objectif de définir et de décrire les formes de coparentalité présentes dans les familles post-divorce et post-séparation en partant de diverses enquêtes psychosociales. Il vise ensuite à mettre en lumière les pratiques de coparentalité impliquées par la législation suisse. Pour finir, il énumérera les modèles présents dans quelques pays étrangers ayant légiféré sur la garde alternée.

2. APPROCHES PSYCHOLOGIQUES ET SOCIOLOGIQUES

a) DE NOUVELLES FORMES FAMILIALES

La quête de soi, l'autonomie dans les choix de vie et la recherche de la réalisation personnelle sont devenues, depuis les années 1960, des valeurs phares des sociétés occidentales. Avec l'intérêt plus marqué pour l'individu, les rapports à l'autre ont également changé, visant davantage d'égalité entre les hommes et les femmes avec comme corollaire, une augmentation massive des taux de divorce². Le couple est devenu un lieu « choisi » où l'on doit se réaliser. Si elle ne répond pas aux attentes, la relation conjugale peut être sans autre rompue, et remplacée³. Ce faisant, le divorce a généré de nouvelles formes familiales – telles que les familles monoparentales et les familles recomposées, et donc de nouvelles formes de « coparentalité ».

Jusqu'alors prédominante dans les classes moyennes, la famille « nucléaire » – unissant, dans un même ménage, un couple hétérosexuel et ses enfants biologiques, organisée sur une différenciation sexuelle marquée des rôles (père pourvoyeur, mère au foyer), régie par des normes familiales consensuelles octroyant à chacun de ses membres un statut et un rôle bien défini – a laissé la place à une pluralité de nouvelles formes familiales⁴. Cette diversification ne s'est pas produite uniquement au niveau structurel, elle a aussi entraîné des changements d'ordre organisationnel. Différentes dans leur structure, les familles le sont aussi dans leur organisation du quotidien, dans leurs pratiques familiales, dans les normes qu'elles érigent et les valeurs auxquelles elles adhèrent. Certaines reposent sur des normes égalitaires et individualistes mais aussi parfois plus contradictoires, plus incertaines quant aux rôles à adopter – notamment chez les pères – et sujettes à davantage de négociations et de tensions⁵. D'autres, au contraire, privilégient la différence de l'homme et de la femme dans la prise en charge des rôles conjugaux et parentaux, à la base – pour bon nombre d'individus



² LIMET 2009b; LIMET 2010.

³ LIMET 2010; FRISCH-DESMAREZ/BERGER 2014.

⁴ WIDMER 2010.

⁵ SMART 2007; FRISCH-DESMAREZ/BERGER 2014.

des classes populaires – de l'identité sociale⁶. Bien que les familles se soient diversifiées dans leur structure, toutes doivent faire face à la question de la socialisation des enfants et à leur prise en charge affective et matérielle, mais dans des logiques qui restent aujourd'hui très variées⁷.

b) CONCEPT, DIMENSIONS ET FORMES DE COPARENTALITÉ

Le concept de coparentalité renvoie à la manière dont les parents s'allient et collaborent dans l'ensemble des tâches et des responsabilités qui définissent leur rôle de mère/père, et cela quelle que soit la forme de leur famille (de première union ou recomposée)⁸. La coparentalité désigne, en somme, l'ensemble des relations que les adultes en charge d'un enfant établissent ou maintiennent l'un avec l'autre en vue de le socialiser et d'en prendre soin. Elle implique, ainsi, une interaction et une collaboration entre les parents. Elle comprend un vaste ensemble de tâches aussi bien pratiques (tâches domestiques, éducation, socialisation ou soins), affectives (soutien émotionnel) que symboliques (unité familiale) qui incombent aux parents d'accomplir « ensemble » pour le bien-être de leur(s) enfant(s), et cela quelle que soit leur situation maritale (mariés, divorcés, remariés, cohabitant ou non, etc.)⁹. Une des questions qui se pose est alors de savoir jusqu'à quel point chacun des deux parents est prêt ou est capable de collaborer dans les tâches d'éducation et de socialisation de leur enfant commun.

En partant de la littérature existant sur la question¹⁰, trois dimensions principales de la coparentalité sont retenues¹¹. Il s'agit d'abord de la coparentalité unitaire. Souvent dénommée « coopération », mais également « cohésion », « harmonie » ou « positivité », cette dimension recouvre une « perspective commune » entre partenaires éducatifs, des comportements de validation réciproque, l'affection ou le respect exprimé par les parents l'un envers l'autre (tel que l'on peut l'observer lorsque les parents interagissent l'un avec l'autre), ou la promotion de l'intégrité ou de l'unité familiale (quand l'un des parents interagit avec l'enfant à propos de l'autre parent, en l'absence de ce dernier). L'unité coparentale s'exerce d'abord dans un effort de préservation de l'intégrité familiale par des comportements du parent qui favorisent la continuité familiale, en l'absence de l'autre partenaire. La seconde dimension se réfère au « conflit », c'est-à-dire à toutes les tensions et tous les désaccords exprimés de manière ouverte devant l'enfant. Ici, les parents se contredisent sans cesse devant l'enfant ou cherchent à entrer en compétition avec l'autre parent. Et, finalement, le « dénigrement », troisième dimension, renvoie à l'ensemble des critiques proférées devant l'enfant par l'un des parents à l'égard de l'autre parent lorsque celui-ci est absent.

Sur la base de ces dimensions, McHale¹² distingue les comportements « ouverts », qui se manifestent au su et au vu de tous les membres de la famille (y compris l'enfant), des comportements « couverts » ou « cachés », qui ont lieu lorsque l'autre parent est absent. Par

⁶ LIMET 2010; WILPERT 2015.

⁷ SMART 2007; WIDMER 2010.

⁸ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014; MCHALE/KUERSTEN-HOGAN/RAO 2004.

⁹ MCHALE 1995; FEINBERG 2003; VAN EGEREN/HAWKINS 2004; WIDMER/FAVEZ/AEBY/DE CARLO/DOAN 2012.

¹⁰ MCHALE 1995; MCHALE 1997.

¹¹ FAVEZ/FRASCAROLO 2013.

¹² MCHALE 1997.

exemple, les désaccords et les tensions peuvent se manifester de manière « ouverte », par le biais de disputes et de critiques devant l'enfant, mais ils peuvent aussi s'exprimer de manière « cachée », au gré d'un dénigrement systématique. Dans les études les plus récentes portant sur la coparentalité, ces dimensions ont été réduites à deux dimensions majeures, l'une renvoyant à l'unité, à savoir tous les comportements positifs tels que la recherche de solidarité familiale et l'autre, à l'antagonisme, comprenant le conflit et le dénigrement¹³. Notons que ces dimensions – qu'elles soient positives ou négatives – ne sont, en aucun cas, exclusives; elles peuvent se manifester conjointement au sein des mêmes dyades coparentales selon les situations et les circonstances¹⁴.

Relevons aussi, par ailleurs, que la notion de coparentalité ne se restreint pas aux parents biologiques; elle concerne de prime abord l'ensemble des acteurs qui sont impliqués au quotidien dans la socialisation et les soins donnés à l'enfant¹⁵. Certains auteurs se réfèrent à la « pluriparentalité », les critères biologiques ne suffisant plus à désigner un individu de « parent » dans l'ensemble de nombreuses formes familiales. La parentalité peut être aussi généalogique (parent désigné par le droit) ou domestique (parent qui élève l'enfant)¹⁶. Il peut s'agir des grands-parents, des tantes et oncles qui sont amenés non seulement à garder l'enfant mais aussi à jouer un rôle important dans la socialisation de l'enfant¹⁷. Un conflit entre le parent biologique et un autre membre de la famille impliqué dans la coparentalité peut avoir les mêmes effets négatifs chez l'enfant qu'un conflit entre deux parents biologiques. Dans les cas de divorce ou séparation et de recomposition familiale, les nouveaux partenaires des parents biologiques sont eux aussi amenés à jouer un rôle dans la coparentalité. Tous ces différents acteurs peuvent avoir un impact positif sur la coparentalité en soutenant le parent biologique dans son rôle de parent, mais aussi négatif, s'ils se positionnent en compétiteurs¹⁸.

La coparentalité est, dès lors, perçue comme fonctionnelle lorsque les parents ou les autres acteurs de la coparentalité parviennent à collaborer dans leurs tâches, à s'investir tous dans ces diverses tâches, et à se soutenir mutuellement dans leur rôle de parents, assurant ainsi une certaine stabilité familiale¹⁹. Elle est décrite comme harmonieuse lorsque l'unité familiale est promue et encouragée, tant dans le discours que dans les pratiques (intégration de chaque membre familial dans les activités familiales). Dans la littérature, ce type de coparentalité offre un contexte favorable au développement de l'enfant²⁰ car ce type de comportements tendrait à ce que l'enfant perçoive l'unité familiale comme constante, quelles que soient les circonstances²¹. A l'inverse, elle est qualifiée de dysfonctionnelle, lorsque les deux parents ne parviennent pas à collaborer, entrent en compétition, s'investissent à des degrés très différents (désengagement de l'un des parents), ou encore dénigrent les manières de faire de l'autre parent (critiques, sarcasmes, etc.). Ces divers comportements coparentaux contribuent, ce faisant, à déstabiliser l'organisation familiale et à créer des tensions et du

●
¹³ FAVEZ/FRASCAROLO 2013.

¹⁴ MCHALE 1997; MCCONNELL/KERIG 2002; TALBOT/MCHALE 2004.

¹⁵ MCHALE 2007; WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

¹⁶ BOISSON 2006; LIMET 2009b.

¹⁷ MILARDO 2010.

¹⁸ ROBERTSON/ELDER/SKINNER/CONGER 1991.

¹⁹ WIDMER/FAVEZ/AEBY/DE CARLO/DOAN 2012.

²⁰ TEUBERT/PINQUART 2010.

²¹ MCHALE 1997.

conflit au sein du réseau familial²². De fait, ce type de coparentalité est perçu, dans la littérature, comme délétère pour le développement de l'enfant²³.

c) COPARENTALITÉ DANS LES FAMILLES POST-DIVORCE ET POST-SÉPARATION

Un premier constat fait par la recherche sur les familles post-divorce et post-séparation concernant la coparentalité tient au fait que celle-ci est beaucoup moins active, tant dans ses dimensions positives que négatives dans ces familles que dans les familles de première union. Les interactions entre les ex-partenaires (mais toujours coparents) étant beaucoup moins fréquentes en moyenne, les possibilités concrètes de se concerter s'affaiblissent considérablement²⁴. Dans les couples de première union, la satisfaction dans le couple s'associe fortement à un mode de coparentalité unitaire, alors que les tensions conjugales génèrent de la coparentalité conflictuelle²⁵. Par conséquent, en situation de séparation, la coparentalité est souvent mise à mal. Le conflit qui a initié la rupture entre les deux parents ne se règle pas dans bien des cas au moment de la séparation ou du divorce, ce dernier, au contraire, peut perdurer et tend à se cristalliser autour de l'enfant, devenant, parfois, le sujet des disputes coparentales²⁶. L'« intérêt de l'enfant » – qui se réfère à la nécessité de trouver la situation la mieux adaptée aux besoins de l'enfant (physiques, psychiques, affectifs, etc.) – peut devenir, dès lors, l'enjeu de conflits coparentaux, l'un ou les deux parents estimant l'autre inadéquat ou incompetent dans ses tâches parentales²⁷.

De nombreux parents divorcés ou séparés parviennent cependant à trouver un nouvel équilibre et préservent une coparentalité de type unitaire malgré la réduction des interactions entre eux²⁸. Certains auteurs relèvent que le conflit dans les familles recomposées (avec garde unique) ne s'oppose pas forcément à l'unité et l'intégrité familiale. Dans ce cas, le conflit révèle un investissement des deux parents biologiques dans la coparentalité, les deux cherchant au mieux à négocier et à se coordonner dans leurs tâches d'éducation²⁹. Une coparentalité de type unitaire se traduit en effet, dans les familles post-divorce ou post-séparation, par un niveau plus élevé de conflits et de tensions que par une absence de coparentalité³⁰. Même conflictuelle, la coparentalité unitaire est fonctionnelle puisqu'elle s'associe, dans les familles post-divorce ou post-séparation, à un meilleur développement socio-affectif de l'enfant. Ceci dit, de nombreux ex-partenaires ne parviennent pas à préserver ou développer une coparentalité unitaire après la séparation. L'implication du père, qui est dans la majorité des cas le parent non gardien, dans les tâches parentales après la séparation dépend étroitement de son engagement coparental avant la rupture. Plus l'engagement du père est précoce dans le développement de l'enfant dans le cadre de la première

²² BELSKY/CRNIC/GABLE 1995; BELSKY/PUTNAM/CRNIC 1996.

²³ TEUBERT/PINQUART 2010.

²⁴ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

²⁵ MCHALE 1995; KATZ/GOTTMAN 1996.

²⁶ GRYCH/FINCHAM 1993; KATZ/LOW 2004.

²⁷ LIMET 2009b.

²⁸ LIMET 2010.

²⁹ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

³⁰ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

union, plus la relation père-enfant est solide et durable même après la séparation des parents. Ce facteur est d'une telle importance que la garde alternée n'a pas d'influence directe sur la qualité du lien père-enfant³¹.

Parfois, la relation entre les deux parents biologiques est si conflictuelle qu'elle affecte le lien de l'enfant à l'un de ses parents³². Lorsqu'il n'y a pas de recherche d'unité familiale, le conflit peut entraîner chez le parent gardien le désir d'écarter l'autre parent biologique et le pousser à se désinvestir de son rôle de parent. Le parent gardien peut, en effet, limiter les relations entre l'enfant et son autre parent biologique³³. Ce faisant, l'investissement parental du parent non gardien s'affaiblit au point parfois qu'il se désengage complètement. De nombreuses recherches concluent donc logiquement qu'une majorité des parents non gardiens se désinvestissent au gré du temps³⁴. Plusieurs raisons sont avancées dans la littérature pour expliquer le désengagement du parent non gardien, pour l'essentiel des cas aujourd'hui, le père. D'un côté, la mère est parfois amenée à restreindre l'accès à l'enfant pour le protéger physiquement (problèmes d'addiction ou de violence de l'ex-conjoint) ou déçue de sa relation conjugale conflictuelle passée, agit de la sorte pour éviter une déception de l'enfant par rapport à son père. D'un autre côté, la décision de justice d'accorder la garde exclusive à la mère peut engendrer chez les pères un sentiment de non-reconnaissance de leur rôle et identité, menacés par le contrôle d'accès à l'enfant donné à la mère. Uniquement « visiteur », et ayant peu de temps à disposition, le père non gardien développe souvent une relation amicale et récréationnelle avec l'enfant, dénuée d'autorité parentale³⁵. Certaines études, en effet, expliquent le désengagement des parents non gardiens par le besoin de se protéger émotionnellement suite aux nombreuses pertes générées par la séparation (perte du statut de père, dissolution de la famille, perte du lieu de résidence, etc.), et d'éviter davantage de conflits avec leur ex-conjoint³⁶.

Le conflit coparental avec l'ex-partenaire, mais aussi la remise en couple de la mère, ont aussi un impact sur l'attitude restrictive de la mère et la fréquence des visites du père³⁷. Certains parents non gardiens refusent de payer la pension alimentaire, sous prétexte de la remise en couple du parent gardien, ce qui entraîne des conflits qui se développent au détriment de l'enfant. A noter que le désengagement du père biologique de la coparentalité s'associe à une meilleure satisfaction conjugale entre la mère et son nouveau conjoint³⁸, ainsi qu'à une meilleure relation entre l'enfant et le nouveau conjoint³⁹. Lorsqu'il y a remise en couple d'un ou des deux parents biologiques, la coparentalité devient, en effet, plus complexe puisqu'elle ne se fait plus à deux mais à quatre. De fait, il y a trois relations coparentales, une entre les deux parents biologiques, et deux autres encore entre chacun des parents et son nouveau conjoint⁴⁰. Dans de nombreux cas, les nouveaux partenaires sont peu im-

31 AQUILINO 2006.

32 LIMET 2010.

33 CLAESSENS 2007.

34 HETHERINGTON/STANLEY-HAGAN 2002; BRAY/BERGER 1993.

35 AMATO/GILBRETH 1999; HETHERINGTON/STANLEY-HAGAN 2002.

36 ARENDELL 1992; WILPERT 2015.

37 CLAESSENS 2007.

38 MONTGOMERY/ANDERSON/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL 1992.

39 McDONALD/DEMARIS 2002.

40 WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

pliqués dans la coparentalité, notamment en raison des tensions qui sous-tendent les relations entre l'enfant et son beau-parent⁴¹. Dans d'autres cas, la coparentalité entre le parent et son nouveau partenaire est forte⁴². Différentes dyades coparentales sont donc amenées à collaborer les unes avec les autres dans le cadre des familles recomposées; parfois elles se soutiennent l'une l'autre, favorisant l'unité familiale, parfois au contraire elles entrent en compétition, créant des conflits et des tensions entre les membres de la famille⁴³. Il y a donc un problème d'équilibre à trouver pour le parent gardien, entre le développement de sa nouvelle relation de couple et le maintien, voire le développement, d'une coparentalité active avec l'ex-partenaire. Ces différents investissements sont dans bien des cas contradictoires.

d) COPARENTALITÉ AVANT LE DIVORCE OU LA SÉPARATION ET GARDE ALTERNÉE

Depuis quelques années, le législateur de différents pays⁴⁴ sous-entend qu'il serait dans l'« intérêt de l'enfant » d'être élevé par ses deux parents et par respect pour le principe d'égalité parentale, la garde alternée – (par exemple résidence alternée en France ou hébergement égalitaire en Belgique) – s'est imposée comme le mode de garde recommandé pour atténuer les conflits coparentaux, tout en respectant les principes de l'intérêt de l'enfant et l'égalité parentale. Alors que le besoin de stabilité de l'enfant était souvent mis en avant lors de la garde unique, les risques de l'alternance, comme l'instabilité, étaient dès lors perçus comme moindres par rapport à la rupture du lien d'avec l'un des parents⁴⁵. Bien que perçue comme idéale – étant égalitaire – la garde alternée n'est pas, en réalité, vécue ni perçue comme « idéale » par les parents qui la vivent au quotidien. La façon dont les couples perçoivent et expérimentent la garde alternée dépend étroitement de la forme de coparentalité qu'ils pratiquaient avant le divorce ou la séparation. Pas tous les couples ni toutes les familles présentent, en effet, un fonctionnement égalitaire, ni n'affichent une coparentalité fonctionnelle avant le divorce. La prégnance de ces différents modes de fonctionnement dépend de l'histoire de vie des individus mais surtout de leur milieu social et culturel⁴⁶.

En se basant sur un ensemble de témoignages de couples en Belgique, Limet⁴⁷ montre, en effet, que les parents qui, avant le divorce, collaboraient et s'impliquaient de manière similaire dans les tâches et les responsabilités familiales (coparentalité fonctionnelle) perçoivent la garde alternée (ou hébergement égalitaire en Belgique) de manière favorable⁴⁸. Par contre, si la collaboration dans les tâches et responsabilités parentales était faible avant le divorce ou la séparation, la garde alternée est considérée de manière négative. C'est notamment le cas des couples dans lesquels le fonctionnement est inégalitaire, axé sur une répartition genrée des rôles – la femme s'occupe exclusivement des soins à l'enfant alors que le père s'investit principalement dans le domaine professionnel. Dans de telles situations, ce sont surtout les mères qui perçoivent la garde alternée de manière négative, se

⁴¹ MONTGOMERY/ANDERSON/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL 1992.

⁴² BRAY/BERGER 1993.

⁴³ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014.

⁴⁴ Cf. ci-dessous sous-chapitre « 4. Développements internationaux ».

⁴⁵ LIMET 2009b.

⁴⁶ KELLERHALS/WIDMER 2012.

⁴⁷ LIMET 2009b.

⁴⁸ LIMET 2010.

percevant comme étant seules en mesure de s'occuper de l'enfant, particulièrement en bas âge. Pour ces femmes qui ont construit leur identité autour de leur rôle de mère, et qui ont peu investi le monde professionnel (temps partiel, travail précaire, etc.), la garde alternée est vue comme une injustice et une non-reconnaissance de leurs compétences⁴⁹. L'imposition de la garde alternée à des familles dont le mode de fonctionnement est inégalitaire et où la coparentalité est faible (investissement plus fort d'un des parents que l'autre) avant le divorce relève, selon Limet, de « violence institutionnelle », ayant pour conséquence, dans certains cas, à la non-représentation d'enfants, c'est-à-dire que l'un des parents, la mère notamment, refuse de « rendre » l'enfant à l'autre partenaire, à qui revient, pourtant, le tour de garde; situations délicates qui, sans l'intervention de la justice, aboutissent à une rupture totale de l'enfant avec l'un de ses parents⁵⁰.

3. LA COPARENTALITÉ DU POINT DE VUE DU DROIT SUISSE

Passons maintenant à la question de la coparentalité du point de vue du droit. Le concept de la coparentalité s'exprime en droit suisse par différents droits et devoirs touchant à l'autorité parentale, à la garde et aux relations personnelles. Nous considérerons tour à tour ces différentes dimensions et finirons par décrire les modifications engendrées par le modèle de la garde alternée. La séparation des parents met en évidence l'importance de plusieurs notions juridiques liées à la responsabilité parentale : le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, la garde, les relations personnelles ou encore la participation à la prise en charge de l'enfant. Ces droits, s'ils se confondent en cas de vie commune entre parents et enfants, peuvent être disjoints selon les décisions des parents, les situations familiales ou les décisions de l'autorité de protection de l'enfant ou du juge, donnant à la responsabilité parentale un contour parfois difficile à appréhender, qui se différencie du système antérieur, en vigueur jusqu'au 30 juin 2014. C'est la raison pour laquelle il nous semble utile de définir ces notions dans les sous-sections suivantes.

a) L'AUTORITÉ PARENTALE

Promouvoir la coparentalité est un des buts déclarés de la réforme du Code civil (CC). La modification du Code civil du 21 juin 2013, entrée en vigueur le 1er juillet 2014, a élevé au rang de modèle l'exercice conjoint par les père et mère de l'autorité parentale sur l'enfant mineur. Les nouvelles dispositions ont notamment pour objectif de mieux répondre au bien de l'enfant, de respecter l'égalité entre père et mère et celle entre parents mariés et non mariés⁵¹. La coresponsabilité des parents dans le développement et l'éducation de l'enfant, y compris après la séparation, est ainsi érigée en modèle, correspondant en principe au bien de l'enfant. Ce bien peut cependant commander une attribution exclusive de l'autorité parentale à l'un des parents, selon les circonstances concrètes, notamment en cas de conflits chroniques contraires au bien de l'enfant⁵².

⁴⁹ LIMET 2009b; LIMET 2010; WILPERT 2015.

⁵⁰ LIMET 2009b.

⁵¹ Message 2011, n. 1.3 ss.

⁵² Cf. le chapitre «II. L'intérêt supérieur de l'enfant » ci-après.

Les nouvelles dispositions n'imposent pas aux parents exerçant l'autorité parentale conjointe un modèle particulier de répartition des rôles⁵³. En cas de séparation, l'autorité parentale conjointe ne signifie pas l'instauration d'une garde conjointe ou alternée. Celle-ci doit correspondre au bien de l'enfant et donc apparaître comme la meilleure solution dans un cas donné, ce qu'a confirmé le Tribunal fédéral dans une jurisprudence récente⁵⁴. Selon le Message, « La règle de l'autorité parentale conjointe doit inciter les tribunaux à prendre en considération non seulement la répartition des rôles entre les parents durant le mariage, mais aussi les perspectives d'évolution de ces rôles après le divorce »⁵⁵. Les nouvelles dispositions sur le droit à l'entretien, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2017, confirment l'absence de modèle imposé⁵⁶.

Le Code civil ne donne pas de définition de l'autorité parentale. Selon la doctrine et la jurisprudence, il s'agit d'un « droit-devoir » (*Pflichtrecht*), soit un droit impliquant des responsabilités. Plus précisément il représente la responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur en ce qui concerne son éducation, sa représentation et l'administration de ses biens (art. 301 à 306 CC et 318 ss CC)⁵⁷.

Un changement notable dans le contenu de l'autorité parentale concerne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a CC)⁵⁸. Sous l'ancien droit, le détenteur du droit de garde (*Obhutsrecht*) avait le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, et pouvait donc déménager avec l'enfant sans l'accord de l'autre parent même en situation d'autorité parentale conjointe. Aujourd'hui le droit de déterminer le lieu de résidence fait partie de l'autorité parentale et ne doit qu'exceptionnellement être attribué à un parent seul⁵⁹. L'accord de l'autre parent ou de l'autorité compétente est réservé si la résidence projetée se trouve à l'étranger ou si le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale et des relations personnelles (art. 301a al. 2 CC), comme un déplacement dans une autre région linguistique ou éloignée géographiquement⁶⁰. Un déplacement de l'enfant vers un pays étranger signataire de la Convention de La Haye sur l'enlèvement international d'enfants (CLaH 80)⁶¹ sans le consentement du parent co-titulaire de l'autorité parentale, constitue un enlèvement international au sens de la Convention⁶². Le juge ainsi saisi peut estimer qu'un déménagement est compatible avec le bien de l'enfant, mais nécessite une révision des modalités de prise en charge et des relations personnelles avec l'enfant⁶³. Cette nouvelle réglementation répond aux critiques que la doctrine avait émises pour les situations à caractère international⁶⁴.

⁵³ Message 2011, n. 1.5.2.

⁵⁴ TF 5A_46/2015 du 26.05.2015, consid. 4.4.2 et ci-dessous le sous-chapitre « d) La garde alternée ».

⁵⁵ Cf. le sous-chapitre « d) La garde alternée » ci-dessous.

⁵⁶ Message 2011, n. 1.5.1, p. 8330.

⁵⁷ MEIER/STETTLER 2014, n. 448.

⁵⁸ SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 1 ad art. 301a.

⁵⁹ TF 5A_714/2015 du 28 avril 2016, consid. 4.3.2. Ceci sous réserve du retrait du droit de déterminer le lieu de résidence comme mesure de protection de l'enfant, prévu à l'art. 310 CC.

⁶⁰ MEIER/STETTLER 2014, n. 877 ss ; BUCHER 2013, n. 136 ss.

⁶¹ Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (RS 0.211.230.02).

⁶² OFJ 2012, p. 5.

⁶³ MEIER/STETTLER 2014, n. 877.

⁶⁴ OFJ 2012, p. 3 et références : un parent titulaire du droit de garde pouvait décider seul du lieu de résidence de l'enfant, y compris à l'étranger, ce qui posait des difficultés dans la mise en œuvre des

L'exercice de l'autorité parentale doit servir le bien de l'enfant (art. 296 al. 1 CC). L'exercice conjoint, conçu comme la règle dans le nouveau droit, implique que les parents prennent d'un commun accord toutes les décisions pour leur enfant. Pour faciliter la pratique de l'autorité parentale conjointe par les deux parents, le législateur a introduit une norme qui prévoit que le parent qui prend en charge l'enfant a 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)⁶⁵.

Seuls les parents juridiques, ayant un lien de filiation avec l'enfant (art. 252 ss CC) peuvent être détenteurs de l'autorité parentale (art. 296 al. 2 CC). D'autres personnes qui prennent le rôle d'un parent social (beaux-parents, parents nourriciers, grands-parents, etc.) ne peuvent en être investies. Elles peuvent être désignées par l'autorité compétente comme curateur (art. 308 CC) ou tuteur (art. 327a CC) de l'enfant, mais n'ont pas accès à l'autorité parentale⁶⁶. Les conditions supplémentaires de la titularité de l'autorité parentale sont la minorité de l'enfant (art. 296 al. 2 CC) et, pour les parents, la majorité et l'absence d'une curatelle de portée générale (art. 296 al. 3 CC).

b) LA GARDE

La garde ne fait pas l'objet d'une définition légale. Le Tribunal fédéral, dans sa jurisprudence récente, reprend les définitions proposées par la doctrine et constate que le générique de « garde » (Obhut) se réduit désormais à la seule dimension de la « garde de fait » (faktische Obhut), qui se traduit par l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante⁶⁷. Comme mentionné ci-dessus, la notion de garde du nouveau droit ne correspond pas au « droit de garde » de l'ancien droit⁶⁸.

La garde n'implique pas nécessairement que le parent qui en est détenteur vive au quotidien avec l'enfant. Il peut confier la « prise en charge » de l'enfant à un tiers (crèche, maman de jour ou aux grands-parents)⁶⁹, la limite à ce pouvoir de décision consistant à ne pas mettre en place une prise en charge qui marquerait un changement du lieu de résidence de l'enfant, compétence aujourd'hui liée à l'autorité parentale⁷⁰. Il convient donc de distinguer la garde de la « prise en charge », la première étant une notion juridique tandis que la seconde est une notion « de fait » (voir ci-après).



décisions prises en Suisse dans des situations internationales (ATF 136 III 353 ss); cf. BUCHER 2013, n. 4 ss.

⁶⁵ Pour l'interprétation de cette norme cf. SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 3a ss ad art. 301 et ci-dessous sous-chapitre « c) Distinction entre garde et autres notions juridiques ».

⁶⁶ SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 9 ad art. 296. Les beaux-parents et parents nourriciers ont le droit et le devoir d'assister les parents, voire de les représenter dans l'exercice de l'autorité parentale selon les circonstances (art. 299, 300 CC), cf. MEIER/STETTLER 2014, n. 451.

⁶⁷ ATF 142 III 612, consid. 4.1 ; ATF 142 III 617, consid. 3.2.2.

⁶⁸ 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 ; Rapport 2012 p. 5 ; MEIER/STETTLER, n. 459 ss. Pour une discussion approfondie des modifications concernant la notion de la garde cf. GLOOR N. 2015, p. 331 ss.

⁶⁹ MEIER/STETTLER 2014, n. 466 et 887; OFJ 2012.

⁷⁰ OFJ 2012, MEIER/STETTLER 2014, n. 466 ; un exemple serait la décision visant à envoyer l'enfant dans un pensionnat.

Une autre conséquence juridique de l'attribution de la garde exclusive en cas d'autorité parentale conjointe est qu'elle fixe le domicile de l'enfant au domicile du parent gardien en cas d'autorité parentale conjointe (art. 25 al. 1 2ème hypothèse CC). Le parent non gardien et l'enfant ont un droit réciproque aux relations personnelles (art. 273 al. 1 CC). Finalement la contribution d'entretien pécuniaire due à l'enfant par le parent non gardien est en règle générale versée au parent qui en assume la garde (art. 289 al. 1 CC).

Il n'y a pas d'unanimité de doctrine sur la question de savoir si seul un parent détenteur de l'autorité parentale peut être également détenteur de la garde⁷¹ ou si la garde peut être attribuée à des tiers comme notamment les parents nourriciers⁷². Lorsque les deux parents sont titulaires de l'autorité parentale, 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 désaccord⁷³.

c) DISTINCTION ENTRE LA GARDE ET LES AUTRES NOTIONS JURIDIQUES

La notion de « prise en charge » n'est pas définie par la loi. Considérée par la doctrine comme une pure notion de fait, elle est plus ample que celle de la garde coïncidant avec la notion antérieure de « garde de fait »⁷⁴. Elle concerne toute personne qui assume la charge de l'enfant, soit un parent qui exerce la garde ou un droit de visite au sens de l'art. 273 al. 1 CC ou encore des parents nourriciers par délégation (art. 300 CC)⁷⁵. La question de savoir s'il agit d'un droit indépendant est controversée⁷⁶.

Le parent qui prend en charge l'enfant a 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 nouveau droit lui confère ainsi un droit d'agir seul dans un nombre potentiellement important de situations. La loi ne prévoit pas un recours au juge en cas d'opposition de l'autre parent contre les décisions prises dans le respect de ce cadre. Le conflit qui en résulte échappe au contexte judiciaire. En cas de conflit important, des mesures de protection peuvent être prises sur la base de l'art. 307 CC, voire l'attribution de l'autorité parentale exclusive à l'un des parents si nécessaire⁷⁷.

Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances (art. 273 al. 1 CC). Appelé « droit de visite » dans la pratique, il dépend du lien de filiation et concerne le père et/ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde. Il n'y a donc pas place pour une réglementation des relations personnelles en cas de garde alternée⁷⁸. « Droit-devoir » au même titre que l'autorité parentale, il exprime l'importance pour l'enfant d'avoir des relations avec ses deux parents. Le droit aux relations

71 MEIER/STETTLER 2014, n. 1357.

72 SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 2 ad art. 300.

73 Cf. ci-dessous le chapitre « II. L'intérêt supérieur de l'enfant », sous-chapitre « e) Critères d'attribution de la garde exclusive ou alternée ».

74 MEIER/STETTLER 2014, n. 466.

75 MEIER/STETTLER 2014, n. 1021.

76 Pro: MEIER/STETTLER 2014, n. 887, contra: BUCHER 2013, n. 85 ss.

77 SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 3h ad art. 301.

78 SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 10 ad art. 298.

personnelles doit servir en premier lieu l'intérêt de l'enfant, l'intérêt des parents étant subsidiaires⁷⁹. La décision concrète doit répondre le mieux possible aux besoins de l'enfant⁸⁰.

Par relations personnelles, il faut entendre non seulement les visites, mais aussi les contacts par lettre ou par d'autres moyens comme les sms ou e-mail⁸¹. Ce droit doit être indiqué par les circonstances (art. 273 al. 1 CC) et peut être réglé par l'autorité compétente sur demande du parent qui en sollicite la mise en œuvre (al. 3). Il s'agit en ce cas de clarifier la prise en charge de l'enfant⁸². Un refus de l'enfant sur les relations personnelles doit être pris en compte lors de la fixation ou de la modification, voire de la suppression, de ce droit (art. 274 CC). S'il n'est pas le seul critère à prendre en considération, le refus de l'enfant capable de discernement peut justifier une suppression du droit aux relations personnelles sous peine de consacrer la violation des droits de la personnalité de l'enfant⁸³.

L'art. 274a CC accorde exceptionnellement ce droit à des personnes qui n'ont pas de lien de filiation directe avec l'enfant, comme un père génétique, les parents nourriciers ou biologiques, les grands-parents ou encore les frères et sœurs⁸⁴. Ce droit doit être compatible avec le bien de l'enfant. L'avis de l'enfant selon son âge peut être un élément important pour déterminer s'il est nécessaire de préserver ses liens affectifs à travers des relations personnelles⁸⁵. Fixé par le juge en cas de désaccord entre parents et tiers, il ne doit pas engendrer des tensions ou une aggravation du conflit qui seraient préjudiciables à l'enfant⁸⁶.

d) LA GARDE ALTERNÉE

La garde alternée ne faisait pas l'objet de dispositions particulières dans la version du Code civil suisse en vigueur jusqu'au 31 décembre 2016. Dans le cadre de la réforme du droit de l'entretien, le Conseil fédéral, dans son Message, a estimé qu'il était inopportun d'imposer la garde alternée à tous les parents vivant séparés. Le caractère rigide d'une telle réglementation serait en contradiction avec la conception libérale du droit de la famille suisse, qui n'impose pas un modèle de vie spécifique mais laisse aux parents le soin de décider de manière autonome de la répartition des tâches entre eux⁸⁷.

Le Parlement fédéral, tout en préservant cette conception libérale, a souhaité encourager davantage la garde alternée et a introduit des dispositions dans le Code civil qui n'étaient pas prévues dans le projet de Conseil fédéral. Les nouveaux art. 298 al. 2^{ter} et art. 298b al. 2^{ter} CC, qui sont entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017, 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, lorsque l'autorité parentale est exercée

⁷⁹ SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 5 ad. art. 298; TF 5A_459/2015 du 13 août 2015, consid. 6.2.1. et références : ATF 131 III 209 consid. 2; ATF 130 III 585 consid. 2.2.1 et les références, ATF 127 III 295 consid. 4a; ATF 123 III 445 consid. 3b.

⁸⁰ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015 et références : ATF 117 II 353 consid. 3; ATF 115 II 206 consid. 4a et 317 consid. 2.

⁸¹ MEIER/STETTLER 2014, n. 749.

⁸² MEIER/STETTLER 2014, n. 754.

⁸³ MEIER/STETTLER 2014, n. 755; TF 5A_459/2015, du 13 août 2015 consid. 6.2.2 et les arrêts cités.

⁸⁴ MEIER/STETTLER 2014, n. 760.

⁸⁵ KILDE 2012, p. 311 ss.

⁸⁶ MEIER/STETTLER 2014, n. 762.

⁸⁷ Message 2013, n. 1.6.2

conjointement. Par ces dispositions le législateur exprime sa préférence pour ce mode égalitaire d'organisation de la coparentalité post-séparation ou post-divorce, sans vouloir le prescrire en tant que modèle unique⁸⁸.

Il n'existe pas de définition généralement admise d'un pourcentage minimal de prise en charge de l'enfant requis pour la garde alternée⁸⁹. Selon le Tribunal fédéral, la garde alternée est 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 égales⁹⁰. Le Conseil fédéral distingue la garde alternée, impliquant une prise en charge plus ou moins égale et la garde partagée, avec une garde commune mais avec des temps de prise en charge variables, comme par exemple quatre jours pour un parent et trois jours pour l'autre⁹¹. Il ressort des débats parlementaires que le législateur n'a pas souhaité faire une telle distinction. Les termes « garde alternée » et « garde partagée » sont utilisés de manière interchangeable⁹². La doctrine ne distingue pas non plus les deux termes⁹³. Certains auteurs admettent une garde alternée à partir d'une prise en charge d'au moins 30 % du temps par chacun des parents⁹⁴.

La doctrine suisse reprend les terminologies adoptées dans d'autres systèmes juridiques qui distinguent la résidence alternée de l'enfant (« *Wechselmodell* ») et la résidence alternée des parents (« *Nestmodell* »)⁹⁵. Le premier modèle, plus fréquent dans la pratique, implique des transferts de l'enfant entre les résidences des parents. Dans le deuxième modèle, ce sont les parents qui se déplacent à tour de rôle auprès des enfants vivant dans l'appartement familial⁹⁶.

Il n'existe pas encore d'études empiriques concernant la pratique suisse en matière de garde alternée sous le droit en vigueur depuis le 1^{er} juillet 2014. Une étude sous le droit antérieur a cependant démontré une faible fréquence d'arrangements qui impliquent la résidence alternée de l'enfant (« *Wechselmodell* ») : sur les 547 jugements de divorce étudiés, rendus en 2002 et 2003, uniquement 5,1% prévoyait cet arrangement⁹⁷. Au vu du débat de société actuel et la sensibilité accrue des professionnels qui a eu lieu depuis lors, nous admettons cependant que l'instauration de garde alternée est plus fréquente en Suisse aujourd'hui.

●
⁸⁸ Cf. ENGLER, BO 2015 CE 187; VON GRAFFENRIED, BO 2015 CN 422.

⁸⁹ Cf. GLOOR N. 2015, p. 342.

⁹⁰ TF 5A_46/2015 du 26.05.2015 consid. 4.4.3.

⁹¹ Message 2013, n. 2.1.1, p. 553.

⁹² Par exemple JANIAK, BO 2014 CE 1121 ; VON GRAFFENRIED, BO 2015 CN 79.

⁹³ BÜCHLER/MARANTA 2014, n. 39.

⁹⁴ SALZGEBER/SCHREINER 2014, p. 68; SÜNDERHAUF/WIDRIG 2014, 893 (33%); cf. aussi GLOOR N. 2015, p. 342, n. 69. Les 30% ont également été mentionné dans le cadre des débats parlementaires, cf. VON GRAFFENRIED, BO 2015 CN 79.

⁹⁵ MEIER/STETTLER 2014, note 2060; WIDRIG 2013, 903; SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 6 ad art. 298.

⁹⁶ SALZGEBER/SCHREINER 2014, p. 67.

⁹⁷ CANTIENI 2007, p. 175.

4. DÉVELOPPEMENTS INTERNATIONAUX EN MATIÈRE DE GARDE ALTERNÉE

Nous passons maintenant en revue les expériences de quelques pays qui ont introduit la garde alternée en tant que mode prioritaire de l'organisation de la prise en charge de l'enfant après une séparation ou un divorce.

Dans la réalité sociale, de manière générale et malgré qu'elle se soit, globalement, fortement accrue ces dernières années – la garde alternée demeure minoritaire, notamment si l'on considère sa modalité 50-50⁹⁸. Généralement, ce pourcentage ne dépasse pas les 35%. Elle atteint 21% en France en 2012⁹⁹, 16% aux Pays-Bas en 2008¹⁰⁰, 12% en Angleterre en 2007¹⁰¹, 20% au Danemark en 2008, 25% en Norvège (2008)¹⁰², 30% en Suède en 2009¹⁰³, 20% au Québec en 2008¹⁰⁴, 8% en Australie en 2010¹⁰⁵, 15% en Arizona en 2007¹⁰⁶ et 31% dans le Wisconsin en 2007¹⁰⁷. Ceci dit, il faut prendre avec beaucoup de précautions ces diverses statistiques¹⁰⁸. D'une part, les informations ne sont pas systématiquement récoltées. D'autre part, elles s'appuient sur des jugements de divorce ou des décisions judiciaires concernant les pensions alimentaires; elles ne sont donc pas exhaustives. Plus encore, la définition de la garde alternée varie selon les pays. Certains États américains, par exemple, considèrent la garde alternée à partir de 25% au moins (comme le Wisconsin) alors que d'autres fixent la limite à 30%. Par conséquent, les statistiques sur la garde alternée renvoient à des réalités diverses. De même, garde alternée et autorité parentale conjointe ne sont pas systématiquement distinguées dans les études. Au vu de ces constats, les comparaisons statistiques sont donc peu fiables¹⁰⁹. La tendance générale montre néanmoins que, bien qu'elle tende à progresser, la garde alternée reste minoritaire, notamment dans sa forme parfaitement équilibrée (50/50).

Quelques pays appellent des développements supplémentaires ci-après.

a) DÉVELOPPEMENTS EN AUSTRALIE ET AU QUÉBEC

Australie : En Australie, une réforme législative dénommée *Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act* ('*Shared Parental Responsibility Act*'), est entrée en vigueur en 2006¹¹⁰. Un des objectifs de cette révision était d'encourager la participation significative des deux parents dans la prise en charge de l'enfant par ses deux parents après leur séparation. Dans ce but, la réforme a introduit deux considérations primordiales à prendre en compte dans

●
⁹⁸ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BONNET/GARBINTI/SOLAZ, 2015.

⁹⁹ CARRASCO/DUFOUR 2015, p. 2.

¹⁰⁰ SPRUIJT/DUINDAM 2009, p. 65.

¹⁰¹ PEACEY/HUNT 2008, p. 19.

¹⁰² BJORNBERG/OTTENSEN 2013, p. 59.

¹⁰³ BERGSTRÖM/MODIN/FRANSSON/RAJMIL/BERLIN/GUSTAFSSON/HJERN 2013, p. 1.

¹⁰⁴ BILAND/SCHÜTZ 2013, p. 3.

¹⁰⁵ CASHMORE/PARKINSON/WESTON/PATULNY/REDMOND/QU/BAXTER/RAJKOVIC/SITEK/KATZ 2010, p. 139.

¹⁰⁶ VENOHR/KAUNELIS 2008, p.5.

¹⁰⁷ BARTFELD 2011, p. 5.

¹⁰⁸ BARTFELD 2011.

¹⁰⁹ BARTFELD 2011.

¹¹⁰ Cf. RHOADES 2012, p. 158 ss.; SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, p. 109 ss.

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 familiale¹¹¹. 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 du système de justice familiale 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'enfant¹¹². Des préoccupations ont été exprimées concernant le nombre d'enfants exposés à des situations les mettant en danger en raison de l'accent de la réforme sur l'équivalence du temps que l'enfant devait passer avec les deux parents¹¹³. 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 parent¹¹⁴. Ces constatations ont mené à une réforme de 2011 qui a renforcé la protection de l'enfant contre les violences¹¹⁵. 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 ce mode d'organisation dans la réalité sociale¹¹⁶. La littérature explique l'effective stagnation par les conditions économiques difficiles en Australie qui ne permettent pas aux parents séparés de s'organiser de manière égalitaire : il leur manque les ressources et la flexibilité nécessaires à la mise en place d'un tel mode de garde¹¹⁷.

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 1990¹¹⁸.

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 montée en puissance 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%¹¹⁹. 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 enfants¹²⁰, de sorte que la grande majorité des cas se rapporte à des modes de garde fixés sans l'intervention du juge¹²¹. Par ailleurs, l'attribution exclusive aux mères résulte d'une mobilisation plus forte de leur part pour cette attribution, même si les pères sont plus entreprenants que par le passé¹²². Enfin, la garde partagée est

●
¹¹¹ Family Law Act 1975 (Cth), s 60(CC)(2)(a) and (b).

¹¹² KASPIEW/GRAY/WESTON/MOLONEY/HAND/QU 2009, p. 236.

¹¹³ SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, p. 120; RHOADES 2012, p. 165.

¹¹⁴ CHISHOLM 2009, p. 101 ss.

¹¹⁵ Family Law Legislation Amendment (Family Violence & Other Measures) Act 2011 (Cth) (the Family Violence Act).

¹¹⁶ SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, p. 140.

¹¹⁷ SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, p. 141.

¹¹⁸ CÔTÉ/GABOREAN 2015, p. 30 ss.

¹¹⁹ BILAND/SCHÜTZ 2013, p. 3.

¹²⁰ JOYAL 2003, p. 271.

¹²¹ BILAND/SCHÜTZ 2013, p. 4.

¹²² BILAND/SCHÜTZ 2013, p. 5.

plus fréquente dans les situations financières aisées, ce qui permet, selon cette étude, de retenir que plus le revenu du père est élevé, plus la garde à la mère diminue au profit de la garde alternée, et cela dans la même ampleur¹²³. 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 également 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 basculement 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 demander¹²⁴.

Une autre étude constate qu'au Québec la garde physique 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)¹²⁵. 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 n'est symétrique : 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 faibles¹²⁶.

b) DÉVELOPPEMENTS DANS CERTAINS PAYS DE L'EUROPE

France : La France a fait de l'exercice conjoint de l'autorité parentale la règle pour les parents mariés et pour les parents non mariés dont le père a reconnu l'enfant dans l'année qui suit la naissance. Une déclaration commune des parents est requise dans les autres cas (art. 372 Code civil français, CCF). La séparation des parents, par divorce, fin du concubinage ou dissolution du pacs, est sans incidence sur l'exercice de l'autorité parentale (art. 373-2 CCF). Si l'intérêt de l'enfant le commande, le juge peut confier l'exercice de l'autorité parentale à l'un des deux parents (art. 373-2-1 CCF).

Deux réformes ont influé sur le droit de l'autorité parentale : la loi no 2002-305 du 4 mars 2002 et la loi no 2004-439 du 26 mai 2004¹²⁷. La première a instauré la possibilité d'une résidence alternée pour l'enfant et la seconde a réformé la procédure de divorce afin d'inciter les conjoints à trouver un accord à tout moment de la procédure.

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). La rédaction de cette disposition était accompagnée par un débat de société¹²⁸ qui est jusqu'à aujourd'hui divisé entre la position de certains pédo-psychologues et psychiatres qui insistent sur la nocivité de la résidence alternée pour les jeunes enfants avant six ans¹²⁹ et les défenseurs de la garde alternée, qui soutiennent que le principe de la coparentalité dès le plus jeune âge participe du

123 BILAND/SCHÜTZ 2013, p. 5 s.

124 BILAND/SCHÜTZ 2013, p. 6.

125 CÔTÉ/GABOREAN 2015, p. 39 ss.

126 CÔTÉ/GABOREAN 2015, p. 41.

127 CARRASCO/DUFOUR 2015, p. 6.

128 Cf. CÔTÉ/GABOREAN 2015, 32 et les références citées.

129 Cf. notamment PHÉLIP 2013 ; BERGER 2009.

bien-être de l'enfant, tout en admettant que la garde alternée est difficile à mettre en œuvre dans la pratique¹³⁰.

En France, le nombre de cas où une résidence alternée a été fixée, a augmenté depuis l'instauration de la loi de 2002, passant de 12% dans les divorces et 8% dans les séparations de parents non mariés à 21% dans les divorces et 11% pour les autres parents, soit un total de 17%. Toutefois, la résidence principale chez la mère reste la solution majoritaire avec 71% des situations, la résidence chez le père a été fixée dans 12% des situations¹³¹. 80% des décisions reflètent l'accord des parties devant le juge aux affaires familiales¹³². Dans les accords sur la résidence alternée, celle-ci est fixée dans plus de 86% selon une rotation hebdomadaire, 7% selon un planning des parents, 1,3% selon une rotation à la quinzaine¹³³.

Les études empiriques 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 française. Une étude portant sur des jugements rendus en 2012 constate que la proportion des enfants dont la résidence principale est fixée chez la mère est encore plus forte pour les enfants de moins de 5 ans (84%) et tend à diminuer de manière inversement proportionnelle à l'âge des enfants. Les enfants dont la résidence est la plus fréquemment fixée en alternance sont les 5-10 ans (24%). Enfin, pour 23% des 15-18 ans, la résidence est fixée chez le père¹³⁴. 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 projet¹³⁵. Les auteures d'une étude constate 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 »¹³⁶.

Une « proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant » a été adoptée par l'Assemblée nationale et transmis au Sénat en 2014¹³⁷. La réforme propose de faire disparaître la notion de résidence alternée du Code civil et de mettre ainsi fin à l'alternative binaire ouverte, en cas de séparation des parents, 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

¹³⁰ Cf. notamment NEYRAND 2014; NEYRAND/ZAUCHE-GAUDRON 2014.

¹³¹ GUILLONNEAU/MOREAU 2013, p. 5.

¹³² GUILLONNEAU/MOREAU 2013, p. 6.

¹³³ GUILLONNEAU/MOREAU 2013, p. 21.

¹³⁴ GUILLONNEAU/MOREAU 2013, p. 22.

¹³⁵ BESSIÈRE/BILAND/FILLOD-CHABAUD 2013, p. 135 ss.

¹³⁶ BESSIÈRE/BILAND/FILLOD-CHABAUD 2013, p. 136. Cf. aussi le chapitre « IV. Les conditions matérielles et structurelles » ci-dessous.

¹³⁷ Texte n° 664 (2013-2014) transmis au Sénat le 27 juin 2014.

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 eux¹³⁸.

Belgique : La Belgique a consacré, par une loi du 13 avril 1995, concrétisée aux art. 371 à 387ter du Code civil belge (CCB), l'exercice de l'autorité parentale conjointe pour les parents mariés ou non, indépendamment de la question de l'hébergement, encourageant les parents à s'entendre dans l'intérêt de leur(s) enfant(s). L'autorité parentale exclusive est conçue comme une exception et n'intervient notamment qu'en cas de désaccord « sur l'organisation de l'hébergement de l'enfant, sur les décisions importantes concernant sa santé, son éducation, sa formation, ses loisirs et sur l'orientation religieuse ou philosophique » (art. 374 al. 2 CCB). Selon la jurisprudence, seules des circonstances tout à fait exceptionnelles, sérieuses et reposant sur des faits dûment prouvés démontrant que le maintien de l'autorité parentale conjointe serait préjudiciable à l'intérêt de l'enfant pourraient amener un tribunal à prévoir un exercice exclusif¹³⁹.

Par une loi du 18 juillet 2006¹⁴⁰, la Belgique a ensuite 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'exception¹⁴¹.

L'étude belge de Limet, dont nous avons exposé quelques résultats ci-dessus, a révélé le manque de satisfaction des mères dans les situations où avant la rupture elles ont assumé 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 compétences¹⁴². 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 père¹⁴³. Une autre étude empirique a constaté avec préoccupation l'augmentation à partir de l'année 2006 des décisions fixant la garde alternée en Belgique dans des cas hautement conflictuels, ce qui selon les connaissances actuelles des sciences sociales constitue un risque pour le bien-être de l'enfant¹⁴⁴.

Une proposition de loi du 21 octobre 2014¹⁴⁵, visant à modifier l'art. 374 CCB par la suppression du mot « prioritairement », est aujourd'hui examinée par le législateur belge,

●
¹³⁸ Rapport n° 1925 de Mme Marie-Anne Chapdelaine, fait au nom de la commission des lois, déposé le 7 mai 2014.

¹³⁹ SOSSON 2014, p. 414 et les références citées.

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ SOSSON 2014, p. 422 ; CÔTÉ/GABOREAN 2015, p. 28.

¹⁴² LIMET 2009b; LIMET 2010 et ci-dessus le sous-chapitre « d) Coparentalité avant le divorce ou la séparation et garde alternée ».

¹⁴³ LIMET 2009a, p. 16, cité d'après CÔTÉ/GABOREAN 2015, p. 38 s.

¹⁴⁴ SODERMANS/MATTHJIS/SWICEGOOD 2013, p. 840.

¹⁴⁵ 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.

afin de dissiper la confusion sur la portée de cette disposition que certains ont interprété 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) mineurs indiquent que 29,3% des enfants sont toujours chez leur mère, 15% principalement chez leur mère à l'exception du week-end, 8,9% chez leur père, 1,4% principalement chez leur père à l'exception du week-end, 27,1% en coparenté en matière de résidence (33%-66%), 9,2% chez la 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 parents¹⁴⁶ 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 prenne 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 auteures de la proposition, la fin de cette pratique pourrait être décidée par le Ministre flamand de l'Enseignement¹⁴⁷.

c) LA RÉSOLUTION 2079 (2015) DU CONSEIL DE L'EUROPE

Dans sa Résolution 2079 (2015) adoptée par l'Assemblée parlementaire le 2 octobre 2015¹⁴⁸, le Conseil de l'Europe a adopté une série de recommandations adressées aux États membres visant notamment à introduire dans leur législation le principe de la résidence alternée des enfants après une séparation (à l'exception des cas d'abus ou de négligence d'un enfant, ou de violence domestique); l'aménagement du temps de résidence en fonction des besoins et de l'intérêt des enfants ; le respect du droit de l'enfant, capable de discernement, d'être entendu pour toutes les affaires le concernant ; la prise en compte du mode de résidence alternée dans l'attribution des prestations sociales ; l'encouragement et le développement de la médiation dans le cadre des procédures judiciaires familiales impliquant des enfants, dont une séance d'information obligatoire ordonnée par un juge ; une formation appropriée des médiateur-e-s ; une coopération pluridisciplinaire souhaitée sur le modèle de Cochem ; la formation interdisciplinaire des professionnels en contact avec les enfants lors des procédures judiciaires familiales ; des procédures adaptées aux enfants conformément aux Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants ou encore l'encouragement de l'élaboration de plans parentaux et l'introduction de demande de révision des arrangements par les enfants eux-mêmes, en particulier leur lieu de résidence et à instaurer un congé parental dont les pères puissent bénéficier.

Dans le rapport préalable du 14 septembre 2015 à cette résolution, émanant de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination, dont la rapporteure était Mme Françoise Hetto-Gaasch, la résidence alternée est comprise comme une modalité de résidence de l'enfant selon laquelle celui-ci réside de manière alternée avec chacun de ses parents pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en



¹⁴⁶ L'enfant reste dans le logement familial et les parents déménagent.

¹⁴⁷ Proposition de loi modifiant l'article 374 du Code civil, DOC 54 0462/001, n.b.p. 1.

¹⁴⁸ Conseil de l'Europe, Résolution 2079 « Egalité et coresponsabilité parentale : le rôle des pères », 2 octobre 2015.

mois, parfois appelée « garde partagée », « garde alternée », « résidence égalitaire » ou « résidence paritaire »¹⁴⁹. Ce rapport se fonde notamment sur des recherches récentes qui mettent en évidence l'importance non du type de garde mais des conditions dans lesquelles celle-ci s'exerce, le contexte et les dynamiques familiales devant être évaluées au cas par cas, aucun modèle de garde unique ne convenant à tous¹⁵⁰. Les éléments identifiés comme moins favorables à la résidence alternée sont le conflit permanent des parents, la mauvaise relation de l'enfant avec l'un des parents, la situation particulière des adolescents qui vivent parfois la réalité de deux foyers comme un inconvénient et la distance géographique trop grande entre les deux foyers. Enfin, la phase de transition d'un parent à l'autre est reconnue comme délicate, avec l'importance du climat dans lequel s'opère ce passage.

5. CONCLUSION

La coparentalité dans les pratiques des familles post-divorce et post-séparation s'établit sur des interactions entre ex-partenaires peu fréquentes et fragiles, dépendant certes du sentiment de responsabilité des parents divorcés/séparés vis-à-vis de leurs enfants communs, mais également des nouvelles relations de couple qu'ils peuvent construire et de la persistance, voire l'augmentation, de leurs contentieux initiaux, ayant mené à la séparation. Le bien-être de l'enfant est une dimension que les parents prennent en compte, mais pas la seule. Le droit, quant à lui, fait du bien de l'enfant la pierre d'angle de son édifice. Il cherche à le garantir en fixant des minimaux quant à l'autorité parentale, à la garde, à la conservation des relations personnelles, en postulant que l'accès de l'enfant à ces deux parents est à son bénéfice. Il n'impose pas, cependant, aux parents une organisation spécifique de la prise en charge de leurs enfants mais leur laisse, au contraire, le soin de décider de manière autonome de la répartition des tâches entre eux¹⁵¹. L'appareil judiciaire n'intervient en principe que quand les parents n'arrivent pas à s'entendre sur les modalités concrètes de leur coparentalité.

On peut donc constater qu'il y a une distance non négligeable entre les pratiques des parents et les solutions proposées par le droit actuel. Les ex-partenaires sont pris dans des dynamiques relationnelles complexes, souvent conflictuelles, qui n'ont pas de solutions évidentes, mais qui créent nombre de frustrations, tant pour les femmes que pour les hommes. Le droit fixe cependant un cadre normatif qui vise de plus en plus à un investissement égal des deux parents. Cette égalité répond aux attentes de certains parents, notamment des hommes désireux de maintenir une relation active avec leurs enfants après la séparation. Mais il est également, potentiellement, générateur de nombreuses tensions puisqu'il crée de plus fortes interdépendances fonctionnelles entre les ex-partenaires, qui peuvent entrer en contradiction avec leur volonté de mener leur vie familiale de manière autonome, un projet

¹⁴⁹ Cf. Conseil de l'Europe 2015. Le rapport préalable utilise le terme de « résidence alternée » plutôt que « garde », dans un souci de clarification terminologique, vu la confusion terminologique autour de la garde : les termes de « garde » (*custody*) désignent selon les systèmes juridiques la responsabilité ou autorité parentale, « conjointe » (*joint custody*) ou « exclusive » (*sole custody*), celui de « garde partagée » (*shared custody* au Canada ou *joint physical custody* aux États-Unis) désigne les modalités de résidence de l'enfant, avec la nécessité de distinguer le concept de garde (au sens de « résidence ») de celui de responsabilité ou autorité parentale, l'une n'impliquant pas l'autre (Conseil de l'Europe 2015, p. 7).

¹⁵⁰ Référence faite à CYR 2014, p. 33.

¹⁵¹ Message 2013, n. 1.6.2. ; TF 5A_46/2015 du 26. mai 2015 consid. 4.4.3.

répondant à la montée de l'individualisme dans le champ familial depuis une cinquantaine d'années. L'expérience internationale confirme ces observations : dans les pays qui ont choisi de définir la garde alternée en tant que modèle prioritaire de l'organisation de la coparentalité après une séparation ou un divorce, des études empiriques ont démontré les limites d'une telle approche.

II. L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

1. INTRODUCTION

L'intérêt supérieur de l'enfant est un concept juridique qui repose sur des connaissances psychosociales du bien-être de l'enfant. Pour répondre à la question de savoir dans quelles circonstances on doit admettre que la garde alternée est la meilleure solution pour l'enfant¹⁵², une approche interdisciplinaire est donc nécessaire. Dans un premier temps, nous allons exposer des résultats de recherches en sciences sociales au sujet des conditions et des chances de réussite d'un modèle de garde alternée. Les aspects psychosociaux de la participation de l'enfant dans toute décision le concernant seront aussi discutés. Dans un deuxième temps, il s'agira de donner un aperçu des définitions juridiques de « l'intérêt supérieur de l'enfant » et du « bien de l'enfant » telles qu'elles sont établies par le droit international et le droit suisse. Nous allons analyser la manière dont la jurisprudence suisse interprète le bien de l'enfant dans le contexte de la mise en œuvre de la réforme de 2014 du droit de l'autorité parentale. Seront aussi résumées les expériences faites avec les droits de l'enfant qui assurent la prise en compte de son avis dans le cadre des 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 de la recherche psycho-sociale.

2. APPROCHES PSYCHOLOGIQUES ET SOCIOLOGIQUES

a) L'ABSENCE D'UN MODE DE GARDE IDÉAL POUR TOUS

Suite aux transformations sociétales exposées dans le chapitre précédent, 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 existante en sciences sociales ne permet pas d'affirmer qu'il existe un mode de garde de l'enfant idéal après la séparation ou le divorce de ses parents¹⁵³.

Les études provenant des sciences sociales démontrent 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 eux¹⁵⁴. La coparentalité ne peut cependant se construire que dans des pratiques qui favorisent le lien et la coprésence de l'enfant avec à la fois sa mère et son père¹⁵⁵. Les enfants qui bénéficient d'une garde

●
¹⁵² Cf. l'introduction au présent rapport.

¹⁵³ Dans le contexte germanophone c'est surtout HILDEGUND SÜNDERHAUF qui a soutenu l'idée de la garde alternée comme le modèle de garde optimal pour les enfants de parents séparés; cf. SÜNDERHAUF 2013, *passim*; SÜNDERHAUF/WIDRIG 2014, p. 885 ss. Comme l'a démontré notamment KERIMA KOSTKA dans une revue de la littérature, cette affirmation ne trouve pas de base dans la recherche empirique, cf. KOSTKA 2014, p. 54 ss. Cf. aussi FICHTNER/SALZGEBER 2006, p. 278 ss; SALZGEBER/SCHREINER 2014, p. 66 ss.

¹⁵⁴ SHAPIRO/LAMBERT 1999.

¹⁵⁵ NEYRAND 2014. 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

alternée réussie, bénéficient du développement d'une relation individualisée et équilibrée avec leurs deux parents, et préfèrent être socialisés par les deux parents plutôt que par un seul¹⁵⁶. L'extrait d'entretien ci-joint – tiré d'une enquête qualitative portant sur les enfants dont les parents sont séparés ou divorcés en Angleterre¹⁵⁷ – 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 »¹⁵⁸.

Pour les parents, l'alternance offre aussi bien aux mères qu'aux pères la possibilité de rééquilibrer leur vie personnelle, en s'adonnant davantage, quand ils n'ont pas leurs enfants, à une vie relationnelle et amoureuse, ce qui en soi atténue les tensions et la frustration avec l'ex-conjoint ou partenaire¹⁵⁹.

Il serait par contre problématique de déduire de ces observations que la garde alternée s'impose comme unique solution. Et cela d'autant plus que le maintien d'une coparentalité unitaire ne nécessite pas forcément une garde alternée; elle peut être promue et maintenue au travers d'autres modes de garde comme la garde unique avec un droit de visite élargi. L'analyse de la littérature existante en sciences sociales fait ressortir un nombre de facteurs qui influencent la réussite de la garde alternée. Nous résumerons brièvement ces facteurs.

b) FACTEURS INFLUENÇANT LA RÉUSSITE DE LA GARDE ALTERNÉE

Modes de coparentalité et de gestion de conflit : La recherche en sciences sociales souligne l'importance des modes de coparentalité et de gestion de conflit pour la réussite de la garde alternée. Lorsque la coparentalité s'articule autour de la coopération et de l'unité entre les deux parents (et ex-partenaires), les enfants se sentent plus libres d'aimer et de reconnaître leurs deux parents; ils parviennent à concilier les deux milieux familiaux et à préserver la continuité familiale, leur procurant ainsi un sentiment de sécurité¹⁶⁰. Les parents divorcés

● ans –l'enfant ne pouvant être séparé de sa mère, qui serait figure d'attachement principale, cf. IZARD, 2012; BERGER/CICONNE/GUEDENEY/ROTTMAN 2004; SOLOMON/GEORGE 1999. Cette perspective repose sur des expériences cliniques des auteurs et n'est pas confirmée par des études empiriques à large échelle, cf. POUSSIN, 2015. 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 2002; KELLY/LAMB 2000.

¹⁵⁶ LUEPNITZ 1986; NEYRAND 2014; BAUDE/SAGNES/ZAUCHE-GAUDRON 2010.

¹⁵⁷ SMART/NEALE/WADE 2001.

¹⁵⁸ SMART/NEALE/WADE 2001, p.131-132.

¹⁵⁹ NEYRAND 2014; BRUNET/KERTUDO/MALSAN 2008.

¹⁶⁰ BAUDE/SAGNES/ZAUCHE-GAUDRON 2010; HAYEZ 2008.

ou séparés qui pratiquent un mode de coparentalité de type unitaire¹⁶¹ privilégiant la collaboration entre eux, mais aussi le maintien d'un sentiment d'appartenance familiale commune, parviennent davantage que les autres à maintenir de manière satisfaisante ce type de garde¹⁶². Les enfants, par ailleurs, ont conscience de ce prérequis, comme l'exprime Tom, 12 ans:

« 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. »¹⁶³

Il est important de souligner dans ce contexte que le conflit en soi ne constitue pas un risque : s'il s'associe à un désir commun de coopération et d'unité, il n'est le signe que de négociations nécessaires. Et, en ce sens, il n'a pas d'effets négatifs sur le développement de l'enfant¹⁶⁴. La recherche démontre qu'un mode de coparentalité fonctionnelle avant la rupture est un facteur qui favorise la réussite d'un mode de garde alternée, comme en témoigne une étude longitudinale australienne qui montre que l'implication du père dans les tâches parentales avant la rupture s'associe à une meilleure stabilité de la garde alternée après la rupture¹⁶⁵.

Par contre, et quel que soit le mode de garde, lorsque le désaccord autour des pratiques et des styles de coparentalité (répartition des tâches, et/ou les pratiques éducatives, etc.) est profond, qu'il perdure dans le temps (stress chronique), et qu'il implique directement l'enfant¹⁶⁶, le conflit s'associe, dès lors, à une faible adaptation socio-émotionnelle de l'enfant, se manifestant par des troubles du comportement¹⁶⁷, par un niveau élevé d'anxiété et de dépression chez l'enfant¹⁶⁸, des troubles d'attention¹⁶⁹, une mauvaise estime de soi¹⁷⁰, 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 autres¹⁷¹.

Lorsque l'hostilité entre les deux parents est forte et teintée de dénigrement, l'enfant se sent davantage pris à parti, porteur malgré lui des tensions parentales, et piégé dans un

●
¹⁶¹ Rappelons que la coparentalité unitaire, souvent dénommé coopération, mais également cohésion, harmonie ou positivité, recouvre une « perspective commune » entre partenaires éducatifs, des comportements de validation réciproque, l'affection exprimée par les parents l'un envers l'autre (telle qu'on peut l'observer quand les parents interagissent l'un avec l'autre), ou la promotion de l'intégrité ou de l'unité familiale (quand l'un des parents interagit avec l'enfant à propos de l'autre parent, en absence de ce dernier). La solidarité coparentale s'exerce d'abord dans un effort de préservation de l'intégrité familiale par des comportements du parent qui favorisent l'unité familiale, en l'absence de l'autre partenaire. Voir FAVEZ/FRASCAROLO 2013.

¹⁶² MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG 2010.

¹⁶³ SMART/NEALE/WADE 2001, p.131.

¹⁶⁴ WIDMER/FAVEZ/DOAN 2014; BAUDE/SAGNES/ZAOUCHE-GAUDRON 2010.

¹⁶⁵ MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG 2010.

¹⁶⁶ WIDMER/FAVEZ/AEBY/DE CARLO/DOAN 2012.

¹⁶⁷ FAVEZ/FRASCAROLO/FIVAZ-DEPEURSINGE, 2006; FIVAZ-DEPEURSINGE, 2003; MILLER/COWAN/COWAN/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL 1993.

¹⁶⁸ MCHALE/RASMUSSEN 1998.

¹⁶⁹ MCINTOSH/SMYTH/KELAHHER 2010.

¹⁷⁰ TURNER/KOPIEC 2006.

¹⁷¹ FAVEZ/FRASCAROLO/FIVAZ-DEPEURSINGE, 2006; MCHALE/RASMUSSEN, 1998.

conflit de loyauté déstructurant, l'enfant devant choisir son « camp »¹⁷², ce qui peut générer chez lui des difficultés émotionnelles et comportementales¹⁷³.

Dans ces situations hautement conflictuelles, la recherche a constaté une moindre satisfaction des enfants (de 7 à 17 ans) en garde alternée que ceux qui sont en garde exclusive. Et cet impact est d'autant plus important si la garde alternée s'applique de manière rigide, s'adaptant peu aux désirs et aux besoins changeants de l'enfant et de la famille (aucune coopération), et faisant, pour la plupart, suite à une décision judiciaire (imposée)¹⁷⁴. Le témoignage de Matt (15 ans) est, en ce sens, assez révélateur puisque ses parents ont instauré une garde alternée particulièrement rigide et éprouvante pour lui – 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:

« 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... c'est juste ma chambre. En réalité, je ne me sens pas à la maison comme si je vivais dans une seule maison tout le temps, ça, c'est vraiment... *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. »¹⁷⁵

Violences : Au-delà des situations hautement conflictuelles, la violence envers l'ex-partenaire représente sans doute un sérieux frein à la mise en place de la garde alternée¹⁷⁶. La séparation n'empêche pas la violence de continuer, parfois, même, elle l'exacerbe¹⁷⁷, quand l'ex-partenaire veut maintenir son pouvoir et son contrôle, malgré la rupture¹⁷⁸. Par conséquent, les contacts directs et fréquents entre les deux ex-partenaires qu'implique la garde alternée augmentent les risques de violence qui s'expriment de diverses manières (menaces, contrôle, dénigrement, pressions, harcèlement, intimidations, chantages, etc.)¹⁷⁹. Dans de telles situations, les enfants, témoins de tels actes, sont directement exposés à ces violences, avec d'importantes conséquences négatives sur leur développement et leur bien-être¹⁸⁰. 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.

172 MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG, 2010; LE RUN, 2013.

173 BUCHANAN/MACCOBY/DORNBUSCH 1991. MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG 2010; LE RUN, 2013.

174 MCINTOSH/SMYTH/WELLS/LONG 2010.

175 SMART/NEALE/WADE 2001, p. 133.

176 KOSTKA 2014 et les références citées.

177 FLEURY/SULLIVAN/BYBEE 2000; HOTTON, 2001; BASTARD, 2014.

178 HARDESTY/GANONG, 2006.

179 HARDESTY/CHUNG, 2006; HARDESTY/GANONG, 2006; BÜCHLER/MICHEL 2011.

180 HOTTON 2001; HARDESTY/CHUNG, 2006; BASTARD, 2014.

Capacités éducatives des parents : La littérature internationale attire l'attention au danger de prévoir la prise en charge par les deux parents à part égale dans les situations où l'un des parents, voire les deux parents, ne possède pas les capacités éducatives nécessaires¹⁸¹. Les capacités éducatives peuvent notamment être compromises par une maladie psychique, physique, ou par une toxicomanie¹⁸².

Transitions d'un lieu de résidence à l'autre : Pour les enfants, les transitions d'une résidence à l'autre, d'un quartier à l'autre ou d'une région à l'autre constituent des ruptures dans la vie quotidienne (école, amis, et activités extra-scolaires) et la nécessité de transférer à chaque fois les affaires (valises). Ces transitions requièrent de la part des enfants et de leurs parents une organisation qui peut s'avérer fort pesante pour certains enfants 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... Je ne me plains pas. C'est juste comme ça. Il est inutile de se plaindre, rien ne va changer... 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. C'est la principale chose à faire: anticiper. Comme, par exemple, il y a des matchs de hockey qui arrivent à la dernière minute... évidemment, j'ai mes affaires parce que j'ai des entraînements chaque semaine, mais mes affaires pour les matchs, des chaussettes propres, une chemise, tout est à un seul endroit. Et c'est comme « Zut!! »... Mais planifier, c'est la principale chose que je dois essayer de faire... juste m'organiser. Et j'ai beaucoup de fiches, vous savez, des choses comme ça, pour m'aider à m'organiser. »¹⁸³

Pour certains enfants, l'inconstance de l'environnement et les transferts répétés ont des effets déstabilisants et peuvent être perçus comme vraiment 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, tout le monde dit: « Oh, tu as deux Noëls et deux anniversaires, etc. » 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 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. »¹⁸⁴

181 KOSTKA 2014, p. 55.

182 CHISHOLM 2009, p. 127 ss.; LUDEWIG/BAUMER/SALZGEBER/HÄFELI/ALBERMANN 2015, .

183 SMART/NEALE/WADE 2001, p. 128.

184 SMART/NEALE/WADE 2001, p. 132.

Une certaine maturité affective et cognitive 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 dans la vie quotidienne¹⁸⁵.

Il existe des stratégies possibles pour pallier à de telles difficultés comme avoir, pour les enfants, les objets/vêtements à double, ou encore des logements parentaux à proximité l'un de l'autre, ce qui leur permet de maintenir une continuité dans leur vie relationnelle et scolaire¹⁸⁶. Ceci semble particulièrement important pour les pré-adolescents et 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-là¹⁸⁷.

Par contre, il n'existe pas d'unanimité dans la littérature au sujet du rythme de l'alternance : pour les uns il s'agit d'éviter de trop nombreux transferts¹⁸⁸, les autres jugeant cette solution inadéquate, l'enfant risquant de souffrir de l'absence temporaire de l'autre parent¹⁸⁹.

Facteurs matériels et structurels : La garde alternée requiert, pour chacun des parents, des ressources financières relativement importantes, pour être capable de prendre en charge la démultiplication des logements, des vêtements, jouets, activités et déplacements, etc.¹⁹⁰. Les conditions financières nécessaires à une garde alternée fonctionnelle dépendent, dans une large mesure, de circonstances 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. Ces dimensions feront l'objet du dernier chapitre de ce rapport¹⁹¹.

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 audition¹⁹². Du point de vue psychosocial, il est d'abord à retenir que les enfants qui sont informés quant à leur droit d'être entendus se montrent positifs par rapport à leur audition¹⁹³. Ce faisant, l'enfant est reconnu comme un sujet actif, avec ses besoins et ses souhaits, et non plus comme un objet d'assistance¹⁹⁴. Il est perçu et se perçoit lui-même comme un acteur légitime dans la recherche d'une solution qui réponde à son bien-être. Des critères d'âge ne devraient en aucun cas empêcher l'audition de jeunes enfants¹⁹⁵; ceux-ci peuvent exprimer, par les moyens qu'ils ont à disposition (jeu, langage corporel, expression du visage, dessin, etc.), ce qu'ils désirent. Il va de soi que de telles auditions

●
¹⁸⁵ BAUDE/SAGNES/ZAUCHE-GAUDRON 2010. 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 2013.

¹⁸⁶ NEYRAND 2009; SMART, 2004.

¹⁸⁷ SMART, 2004.

¹⁸⁸ NEYRAND 2009.

¹⁸⁹ CÔTÉ 2000.

¹⁹⁰ CÔTÉ 2000.

¹⁹¹ Ci-dessous chapitre « IV. Les conditions matérielles et structurelles ».

¹⁹² Voir section suivante.

¹⁹³ BÜCHLER/SIMONI 2009.

¹⁹⁴ STOECKLIN 2009.

¹⁹⁵ BRUNNER/SIMONI 2011.

doivent être menées par des personnes ayant suivi une formation en psychologie du développement de l'enfant¹⁹⁶. Outre l'utilité pour la procédure judiciaire quant à l'établissement des faits, la participation de l'enfant est bénéfique pour lui; elle a des effets positifs sur son développement, notamment chez ceux dont le bien-être est menacé. D'une part, la participation implique que son vécu et son opinion soient pris au sérieux par une tierce personne qui l'écoute et le respecte¹⁹⁷. D'autre part, elle promeut chez l'enfant le sentiment d'auto-efficacité – c'est-à-dire le sentiment de pouvoir, en s'exprimant, agir et influencer sa situation de vie. Le sentiment d'auto-efficacité contribue à renforcer la capacité de l'enfant à résister (résilience) face aux événements négatifs (séparation des parents, conflits inter-parentaux, etc.) auxquels il est confronté, à se remettre rapidement d'expériences potentiellement traumatiques et à favoriser positivement son développement malgré les conditions de vie difficiles qui l'entourent¹⁹⁸.

3. DÉFINITIONS JURIDIQUES DE L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

Voyons maintenant comment l'intérêt supérieur de l'enfant dans des situations post-divorce et post-séparation est défini par le droit, tout en gardant à l'esprit les limites très sérieuses que les recherches en sciences sociales émettent quant à l'imposition de la garde alternée comme modèle unique de prise en charge de l'enfant dans ces situations. Nous allons considérer d'abord la définition de l'intérêt supérieur de l'enfant comme il est défini par la Convention relative aux droits de l'enfant. L'avis de l'enfant est un aspect central à prendre en compte selon cette convention ainsi que selon les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants. Seront ensuite exposées la notion juridique du « bien de l'enfant » et la nouvelle présomption du bien de l'enfant qui a été introduite par la réforme de l'autorité parentale en 2014. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit, le Tribunal fédéral a eu l'occasion de définir les critères applicables pour l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde dans des situations litigieuses. Finalement, la prise en compte de l'avis de l'enfant et la mise en œuvre des droits de l'enfant dans la procédure (audition, « avocat de l'enfant ») seront évaluées.

a) « L'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT » SELON LA CONVENTION DE L'ONU RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT

Depuis son entrée en vigueur pour la Suisse en 1997, la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE)¹⁹⁹ a donné des impulsions importantes pour le développement d'une législation et pratique en droit de la famille qui met l'enfant au centre.

L'intérêt supérieur de l'enfant est posé à l'art. 3 al. 1 CDE en tant que considération primordiale dans toutes les décisions qui concernent l'enfant. Pour la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant dans un cas concret, le Comité des droits de l'enfant met en évidence

●
¹⁹⁶ SIMONI/DIEZ GRIESER 2011.

¹⁹⁷ SIMONI/DIEZ GRIESER 2011.

¹⁹⁸ SIMONI, RDT 2009, 333, 335; SIMONI/DIEZ GRIESER 2011.

¹⁹⁹ 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).

l'évaluation pluridisciplinaire de la situation et, au niveau procédural, le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et d'être représenté²⁰⁰.

Selon le Comité des droits de l'enfant, qui surveille la mise en œuvre de la Convention par les États membres, l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant doit faire une place au respect du droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion et du droit à ce que cette opinion soit dûment prise en considération dans toutes les affaires concernant l'enfant qui est garanti à l'art. 12 CDE²⁰¹. Selon le Comité, toute législation sur la séparation et le divorce doit inclure le droit de l'enfant d'être entendu par les décideurs et aussi dans le cadre des processus de médiation²⁰². L'accent de la Convention sur la participation de l'enfant dans le processus d'évaluation de son bien peut être considéré comme un des apports centraux au développement des droits de l'enfant dans les droits de la famille des États membres, dont la Suisse.

Il est important dans ce contexte de souligner que la notion de capacité de discernement utilisée à l'art 12 CDE n'est pas identique à celle du droit suisse. Pour citer le Comité des droits de l'enfant : « Premièrement, le Comité a souligné que le concept de l'enfant comme titulaire de droits doit être pleinement respecté dans la vie quotidienne de l'enfant dès le plus jeune âge. La recherche montre que l'enfant est capable de se forger une opinion dès le plus jeune âge, même s'il ne peut encore l'exprimer verbalement. Par conséquent, la mise en œuvre intégrale de l'article 12 exige 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 »²⁰³.

La Convention contient d'autres dispositions qui concrétisent l'intérêt supérieur de l'enfant dans le contexte de décisions concernant l'autorité parentale et la garde. Selon l'art. 9 al. 1 CDE, l'enfant ne doit pas être séparé de ses parents contre leur gré, à moins que les autorités compétentes ne décident que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon l'art. 18 al. 1 CDE, les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement.

b) LES LIGNES DIRECTRICES DU CONSEIL DE L'EUROPE SUR UNE JUSTICE ADAPTÉE AUX ENFANTS

Au niveau européen, la participation des enfants dans le contexte judiciaire fait l'objet de « Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants » publié en 2010 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe²⁰⁴. Selon ce document, le droit de l'enfant à ce que son intérêt prime sur toute autre considération dans toutes les affaires le concernant, directement ou indirectement, implique, lors de son évaluation, la prise en considération des points

²⁰⁰ 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.

²⁰¹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale no 14 (2013) n. 43.

²⁰² Comité des droits de l'enfant, Observation générale no 12 (2009), Le droit de l'enfant d'être entendu, n. 52.

²⁰³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale no 12 (2009), Le droit de l'enfant d'être entendu, n. 21.

²⁰⁴ Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants du 17 novembre 2010.

de vue et avis de l'enfant, le respect de ses droits, tels que le droit à la dignité, à la liberté et à l'égalité de traitement, une approche globale tenant compte de tous les intérêts en jeu (bien-être psychologique et physique, intérêts juridiques, sociaux et économiques), mais aussi une évaluation séparée des enfants concernés par une même procédure ou affaire, pour concilier d'éventuels intérêts divergents des enfants.

c) 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)²⁰⁵. La relation entre la notion d'« intérêt supérieur de l'enfant », tel que compris dans les textes internationaux précités et le concept du bien de l'enfant selon le droit suisse n'est à ce jour pas très claire : tandis que le gouvernement suisse, dans ses deuxième, troisième et quatrième rapports sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant admet que les deux concepts sont synonymes²⁰⁶, le Comité des droits de l'enfant dans ses Observations finales « estime que le terme « bien-être » de l'enfant diffère, du point de vue de son sens et de son application, du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant consacré par la Convention. C'est pourquoi le Comité s'inquiète de ce que ce principe n'ait pas été explicitement incorporé dans toutes les lois fédérales et cantonales, et de ce qu'il ne soit pas systématiquement appliqué dans toutes les procédures administratives et judiciaires, ou dans les politiques et programmes concernant les enfants »²⁰⁷.

Le bien de l'enfant est en droit suisse le critère déterminant pour toutes les décisions concernant les enfants, en particulier pour celles concernant la responsabilité parentale (autorité parentale, garde, relations personnelles, etc.) et il prime l'intérêt des parents²⁰⁸. Le rapport de l'enfant avec ses deux parents est unanimement reconnu comme essentiel, en particulier par la jurisprudence, qui reconnaît qu'il peut jouer un rôle décisif dans le processus de recherche d'identité de l'enfant²⁰⁹. Le bien de l'enfant doit être servi par l'autorité parentale (art. 296 al. 1 CC), mais aussi la garde ou les relations personnelles. 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), et les décisions jurisprudentielles constituent une référence essentielle en ce domaine.

L'introduction du principe de l'autorité parentale conjointe en tant que règle au 1^{er} juillet 2014 peut être vue comme une nouvelle présomption d'un exercice répondant de par la loi au bien de l'enfant²¹⁰. Avant la réforme, l'autorité parentale conjointe n'était prononcée que si elle apparaissait compatible avec le bien de l'enfant. Les parents devaient soumettre à la ratification du juge, ou de l'autorité de protection de l'enfant, une convention prévoyant l'autorité parentale conjointe et qui déterminait leur participation à la prise en charge de

●
²⁰⁵ SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 8a ad art. 296 et références.

²⁰⁶ Rapport suisse CRC 2012 n. 85 ss.

²⁰⁷ Comité des droits de l'enfant 2012, n. 26.

²⁰⁸ TF 5A_985/2014, du 25 juin 2015 consid. 3.2.1.

²⁰⁹ ATF 130 III 585 consid. 2.2.2; 127 III 295 consid. 4a et les références.

²¹⁰ ATF 142 III 1 consid. 3.3; TF 5A_22/2016 du 2 septembre 2016 consid. 4.2; cf. également CHOF-FAT 2015, p. 180.

l'enfant et la répartition des frais d'entretien de celui-ci²¹¹. La jurisprudence considèrerait que l'admissibilité d'un tel accord, à apprécier sous l'angle du bien de l'enfant, dépendait essentiellement des circonstances du cas particulier, telle que la capacité de coopération des parents²¹².

Aujourd'hui, les parents n'ont plus à déposer une convention pour obtenir l'autorité parentale conjointe de l'enfant, et donc sont dispensés de démontrer au juge, ou à l'autorité de protection de l'enfant, que ce mode d'exercice est conforme au bien de l'enfant²¹³. L'analyse du bien de l'enfant se résume à identifier les circonstances qui commandent une autorité parentale exclusive.

d) CRITÈRES D'ATTRIBUTION DE L'AUTORITÉ PARENTALE EXCLUSIVE

Le Tribunal fédéral a récemment précisé que les conditions d'octroi de l'autorité parentale à un seul parent²¹⁴ 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 CC²¹⁵. Selon la Haute Cour suisse, une attribution exclusive ne se justifie pas en cas de disputes ponctuelles ou de divergences d'opinions usuelles. Cependant, un conflit important et durable ou une incapacité à communiquer persistante entre les parents peuvent conduire à une attribution exclusive de l'autorité parentale. Ce conflit doit avoir des répercussions négatives sur le bien de l'enfant qui peuvent être diminuées par l'attribution de l'autorité parentale exclusive. Le principe de subsidiarité commande, selon la Haute Cour, d'examiner si l'attribution exclusive de certaines prérogatives de l'autorité parentale ne pourrait pas suffire à apaiser la situation, notamment en cas de conflit important mais limité à un thème déterminé. Les différends et les conflits qui surgissent dans chaque famille, en particulier

²¹¹ Art. 133 al. 3 et art. 298a CC dans leurs versions introduites par la LF du 26 juin 1998, en vigueur du 1^{er} janv. 2000 au 30 juin 2014 (RO 1999 1118).

²¹² TF 5A_196/2013 du 25 septembre 2013 consid. 4.1 in fine; TF 5A_779/2012 du 11 janvier 2013 consid. 4.1; TF 5A_540/2011 du 30 mars 2012 consid. 3.1 et TF 5A_69/2011 du 27 février 2012 consid. 2.1 in fine.

²¹³ Cf. art. 296 al. 2, 298a, 298b al. 2, 298c, 298d al. 1 CC.

²¹⁴ 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 5A_22/2016 du 2 septembre 2016 consid. 4 ; 5A_81/2016 du 2 mai 2016 consid. 5 ; 5A_89/2016 du 2 mai 2016 consid. 4 ; 5A_186/2016 du 2 mai 2016 consid. 4, et les références citées. 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.

²¹⁵ Cf. à ce sujet et pour ce qui suit ATF 141 III 472 ss. Cf. aussi ATF 142 III 1, consid. 3.3 ; ATF 142 III 197 consid. 3.5 ; TF 5A_22/2016 du 2 septembre 2016 consid. 4 ; 5A_81/2016 du 2 mai 2016 consid. 5 ; 5A_89/2016 du 2 mai 2016 consid. 4 ; 5A_186/2016 du 2 mai 2016 consid. 4 ; 5A_926/2014 du 28 août 2015 ; 5A_412/2015 du 26 novembre 2015.

lors d'une séparation ou d'un divorce, ne peuvent justifier, selon le nouveau droit, d'accorder l'autorité parentale à un seul des parents. Selon cette décision, l'attribution exclusive doit rester l'exception strictement délimitée. 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 parent, et non à celui qui connaît une incapacité à coopérer, à communiquer et à éloigner l'enfant de l'autre parent²¹⁶.

Le Tribunal fédéral a aussi eu l'occasion de clarifier les conditions de l'octroi de l'autorité parentale exclusive en cas de déménagement à l'étranger du parent qui a la garde de l'enfant. Il a constaté qu'un manque de volonté de coopérer des parents en rapport avec le départ d'un parent avec l'enfant à l'étranger ne suffit pas pour l'attribution de l'autorité parentale exclusive. Si abstraction faite du désaccord des parents concernant le lieu de résidence de l'enfant, les parents ne sont pas en litige concernant les intérêts de celui-ci, il n'y a pas de raison suffisante pour l'attribution exclusive de l'autorité parentale. Le risque abstrait de conflit dans l'avenir ne constitue pas une telle raison²¹⁷.

e) CRITÈRES D'ATTRIBUTION DE LA GARDE EXCLUSIVE OU ALTERNÉE

La question de garde exclusive ou alternée se pose uniquement en cas d'autorité parentale conjointe, puisque seul un parent détenteur de l'autorité parentale peut aussi être détenteur de la garde²¹⁸.

Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral constate que la garde alternée ne peut pas être déduite du principe de l'autorité parentale conjointe et qu'elle doit apparaître dans l'examen du juge comme possible selon les circonstances concrètes, et compatible avec le bien de l'enfant²¹⁹. Le Tribunal fédéral concrétise les critères qui doivent guider le tribunal dans son évaluation, sur la base de la situation de fait, pour trancher la question de savoir si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. L'accord des parents n'est plus une condition nécessaire à la garde alternée²²⁰, mais son défaut peut laisser présager une difficulté dans la collaboration entre les parents, dont le juge doit tenir compte notamment lorsque la relation entre eux est particulièrement conflictuelle. L'instauration d'une garde alternée n'entre pas en ligne de compte en cas d'un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant qui 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 intérêt²²¹. Il faut également tenir compte de la situation géographique

²¹⁶ ATF 141 III 472 consid. 4. Cf. CHOFFAT 2015, p. 182 ; CANTIENI/BIDERBOST 2015, p. 779 ss.

²¹⁷ ATF 142 III 1 cons. 3.4. Pour un commentaire critique de cet arrêt cf. BURGAT, Newsletter Droitmatrimonial.ch, janvier 2016.

²¹⁸ SCHWENZER/COTTIER, BSK-ZGB, n. 6 ad art. 296.

²¹⁹ ATF 142 III 612 consid. 4.2; ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; TF ; 5A_714/2015 du 28 avril 2016 consid. 4.2.1.2 ; 5A_266/2015 du 24 juin 2015 consid. 4.2.2.1 ; 5A_46/2015 du 26 mars 2015 consid. 4.4.3. et référence : TF 5A_345/2014 du 4 août 2014 consid. 3 et 4.3.

²²⁰ TF 5A_46/2015 du 26 mars 2015 consid. 4.4.5 ; Tribunal cantonal FR du 12 janvier 2015, RFJ 2015 1; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, n. 10.137; WIDRIG, 2013, p. 910; GLOOR U./SCHWEIGHAUSER 2014, p. 10; BERNARD/MEYER LÖHRER 2014, n. 21.

²²¹ ATF 142 III 612 consid. 4.3; ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; TF 5A_46/2015 du 26 mars 2015 consid. 4.4.5 et référence à un arrêt rendu sous l'ancien droit, avant l'entrée en vigueur du principe de l'autorité parentale conjointe en tant que règle: TF 5A_105/2014 du 6 juin 2014 consid. 4.3 se

et de la distance séparant les logements des deux parents ainsi que de la stabilité qu'apporte à l'enfant le maintien de la situation antérieure. Une garde alternée est, en effet, plus facilement instaurée si les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation²²². Des aspects supplémentaires peuvent être considérés tels que la possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de ce dernier et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social²²³. Il faut également prendre en considération le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne dispose pas de la capacité de discernement à cet égard (cf. ci-dessous f).

Le Tribunal fédéral précise ensuite qu'hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui est une prémisse 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, selon le Tribunal fédéral, 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, toujours selon notre Haute Cour, 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 organisation²²⁴.

En cas d'attribution exclusive de la garde, les critères développés jusqu'alors par la jurisprudence pour l'attribution de l'autorité parentale restent pertinents²²⁵, à savoir l'état des relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, et leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent. La solution choisie doit permettre d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel²²⁶. Par ailleurs, pour les enfants en âge de scolarité ou qui sont sur le point de l'être, l'attribution doit être donnée, lorsque le père et la mère offrent des conditions équivalentes, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour les avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper d'eux et les élever personnellement. Le parent qui a eu la garde pendant la procédure n'a pas un droit automatique à obtenir la garde, mais ce critère jouit d'un poids particulier lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires ; enfin, selon l'âge des enfants, leur désir univoque doit être pris en compte²²⁷.

●
référant à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) rendu dans l'affaire n. 9929/12 du 27 mai 2014, Buchs contre Suisse, par. 70 ss. Cf. aussi TF 5A_527/2015 du 6 octobre 2015.

²²² ATF 142 III 612 consid. 4.3; ATF 142 III 617 consid. 3.2.3.

²²³ ATF 142 III 612 consid. 4.3; ATF 142 III 617 consid. 3.2.3.; TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.4.2 et 4.4.5; TF 5A_345/2014 du 4 août 2014 consid. 4.2.

²²⁴ ATF 142 III 612 consid. 4.3; ATF 142 III 617 consid. 3.2.3.

²²⁵ ATF 142 III 612 consid. 4.4; ATF 142 III 617 consid. 3.2.4.

²²⁶ TF 5A_46/2015 du 26 mars 2015 consid. 4.4.2.

²²⁷ ATF 136 I 178 consid. 5.3 ; TF 5A_781/2015 du 14 mars 2016 cons. 4.1.2 ; TF 5A_847/2015 du 2 mars 2016 cons. 5.2.3 ; TF 5A_976/2014 du 30 juillet 2015 consid. 2.3; TF 5A_46/2015 du 26 mars 2015 consid. 4.4.2 ; TF 5A_848/2012 du 11 février 2013 consid. 3.1.2 ; TF 5A_972/2013 du 23 juin 2014 consid. 3; TF 5A_319/2013 du 17 octobre 2013 consid. 2.1; TF 5A_157/2012 du 23 juillet 2012 consid. 3.1.

Les situations discutées par le Tribunal fédéral se rapportent par définition à des désaccords des parents sur les modalités d'exercice de la responsabilité parentale. Le conflit parental joue alors un rôle central et l'enjeu consiste à en déterminer l'intensité à partir de laquelle le bien de l'enfant est menacé. A ce sujet, un arrêt relatif à la suppression du droit de visite (art. 273, 274 CC) est intéressant, car le Tribunal fédéral estime que le conflit de loyauté est inhérent « dans une certaine mesure » à ce droit et la confrontation de l'enfant au conflit est perçue comme un moyen d'apprentissage pour y faire face. Ainsi, les visites régulières au parent non gardien permettent notamment une gestion plus aisée de la séparation, des modes d'éducation complémentaires, des perspectives d'identification, une amélioration de l'estime de soi, des conseils au moment de la puberté et, plus tard, lors du choix d'une profession, autant d'éléments qui l'emportent sur les aspects négatifs que sont l'agitation de l'enfant au début (du temps de visite) et les tensions éventuelles²²⁸. Les visites peuvent réduire les effets du conflit entre les parents pour autant qu'elles soient conçues de manière judicieuse et de manière répétée, à condition que les parents ne profitent pas de l'exercice du droit de visite pour exprimer leurs désaccords²²⁹.

Selon la jurisprudence, ce n'est donc pas le conflit en tant que tel qui est contraire au bien de l'enfant, mais son intensité. Ce critère a pour corollaire la capacité des parents à gérer leurs conflits et à en éviter l'escalade, eu égard à l'intérêt bien compris de l'enfant. Dans l'arrêt cité plus haut²³⁰, le père avait volontairement renoncé à voir ses enfants durant plusieurs mois en réaction aux diverses décisions judiciaires refusant la garde alternée. Le Tribunal fédéral a jugé que cette attitude démontrait que le père avait fait passer son propre intérêt à mener son combat judiciaire avant celui de ses enfants à entretenir des relations régulières avec lui. La préservation du bien de l'enfant implique que le conflit parental puisse être géré de façon adéquate par les parents, y compris pendant la procédure judiciaire, afin de préserver une collaboration minimale nécessaire à un exercice conjoint. Sous cet angle, de nouveaux outils, comme la médiation, font à juste titre partie du processus judiciaire. Ce point fait l'objet du chapitre « Modes interdisciplinaires de résolution du conflit parental ».

f) L'IMPORTANCE DE L'AVIS DE L'ENFANT

Pour la jurisprudence suisse, l'avis de l'enfant n'est qu'un critère parmi d'autres dans la détermination du bien de l'enfant²³¹.

C'est dans la jurisprudence relative au droit aux relations personnelles que l'avis de l'enfant a été l'objet d'une attention particulière. Cependant, selon la Haute Cour, l'avis de l'enfant ne saurait à lui seul permettre la détermination du bien de l'enfant, sous peine de confondre l'avis de celui-ci et son bien, qui peuvent être antinomiques et susciter des pressions parentales sur l'enfant²³².

Les éléments essentiels à la détermination de l'avis de l'enfant sont la constance de l'avis, la capacité de l'enfant à se forger une volonté autonome et son âge. Ces derniers éléments se rapportent à la capacité de discernement, notion relative, qui s'apprécie par rapport à un

²²⁸ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015 consid. 6.2.2.

²²⁹ ATF 131 III 209 consid. 5.

²³⁰ TF 5A_46/2015 du 26 mars 2015.

²³¹ Cf. par exemple ATF 142 III 612 consid. 4.3; ATF 142 III 617 consid. 3.2.3 ; TF 5A_52/2015 du 17 décembre 2015 consid. 5.2.4 ; TF 5A_985/2014, du 25 juin 2015.

²³² TF 5A_719/2013 du 17 octobre 2014 consid. 4.4.

acte déterminé, selon sa nature et son importance. La maturité nécessaire doit être admise lorsque l'enfant est capable de se forger sa propre opinion et qu'il comprend la problématique²³³. Sur les questions liées aux droits parentaux, le Tribunal fédéral la présume vers l'âge de 12 ans, mais la limite peut varier en fonction de l'enfant²³⁴.

La volonté propre de l'enfant peut être altérée lorsque l'enfant souffre d'un désarroi profond lié à un conflit de loyauté conséquent, subi depuis plusieurs années. Face à un enfant qui a adopté une attitude défensive envers un parent, le juge ou l'autorité de protection de l'enfant doit déterminer les motivations de l'enfant et l'éventuelle atteinte à l'intérêt de celui-ci que lui causerait la décision. Ainsi, le refus d'un droit de visite exprimé par un enfant de 9 ans et demi a été considéré non comme l'expression d'une volonté propre, mais comme le résultat du conflit parental qui amenait l'enfant à réagir en fonction de ce que la mère attendait de lui, au risque de mettre de côté sa propre identité. Le refus de l'enfant n'était pas fondé sur des expériences personnelles négatives vécues lors de l'exercice du droit de visite, dans la mesure où il avait au contraire manifesté du plaisir à voir son père, lequel présentait des capacités parentales adéquates²³⁵.

Toutefois, le bien de l'enfant, compris comme un droit de la personnalité, s'oppose à un contact forcé avec un parent, dans le cas d'un enfant capable de discernement qui s'est opposé catégoriquement et de manière répétée au contact avec le parent non gardien, au vu de ses propres expériences²³⁶. Le Tribunal fédéral a estimé qu'il fallait tenir compte du vœu d'enfants âgés de douze, presque seize et dix-huit ans, de ne pas voir leur père, vœu formulé de manière répétée et qui s'était traduit par la rupture de tout contact depuis quatre ans²³⁷.

g) L'AUDITION DE L'ENFANT

Dans toute procédure concernant l'attribution de l'autorité parentale et de la garde, l'enfant doit être entendu²³⁸. L'enfant est entendu personnellement et de manière appropriée par l'autorité 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. Un procès-verbal est établi, qui ne comprend que les résultats de l'audition nécessaires à la décision. Les parents en sont informés. Une voie de recours contre le refus d'être entendu est prévue pour l'enfant capable de discernement.

Le droit d'être entendu de l'enfant est un droit de la personnalité de celui-ci et une obligation faite à l'instance judiciaire. L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC²³⁹. Selon la jurisprudence, l'audition est effectuée en principe par la juridiction compétente elle-même, mais elle peut être déléguée à un spécialiste de l'enfance, en particulier en cas de conflit familial aigu et de dissensions entre les

●
²³³ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015 consid. 6.2.2.; TF 5A_719/2013 du 17 octobre 2014 consid. 4.4; TF 5A_107/2007 du 16 novembre 2007 consid. 3.2.

²³⁴ ATF 131 III 334 consid. 5.1.

²³⁵ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015.

²³⁶ TF 5A_459/2015 du 13 août 2015 consid. 6.2.2. ; TF 5C.250/2005 du 3 janvier 2006 consid. 3.2.1; ATF 126 III 219 consid. 2b : cas de violences.

²³⁷ TF 5A_265/2015 du 22 septembre 2015 consid. 2.2.2.

²³⁸ Pour les procédures devant l'autorité de protection de l'enfant cf. l'art. 314a CC, pour les procédures devant le juge cf. l'art. 298 du Code de procédure civile (CPC, RS 272).

²³⁹ ATF 131 III 553 ss.

époux 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 révolus²⁴⁰, même si, « en psychologie infantile, 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 »²⁴¹. La raison en tient au fait qu'une audition avant cet âge vise – selon la Haute Cours – avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires²⁴². 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 »²⁴³.

L'audition ne doit pas constituer une charge inacceptable pour l'enfant selon le Tribunal fédéral. Tel est le cas d'auditions à répétitions, 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'enfant²⁴⁴.

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 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'audition²⁴⁵. 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 divorce²⁴⁶.

h) LA CURATELLE DE PROCÉDURE (« L'AVOCAT DE L'ENFANT »)

Dans toute procédure concernant l'attribution de l'autorité parentale et de la garde, il existe la possibilité de désigner un curateur pour la représentation de l'enfant dans la procédure²⁴⁷.

Le juge ou l'autorité de protection de l'enfant ordonne, si nécessaire, la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté en matière d'assistance dans le domaine juridique (art. 299 al. 1 CPC, art. 314a^{bis} al. 1 CC). La loi décrit des situations dans lesquelles la désignation d'un curateur est typiquement nécessaire²⁴⁸ (art. 299 al. 2 CPC²⁴⁹, art. 314a^{bis}

²⁴⁰ ATF 131 III 553 consid. 1.2.3. ; ATF 133 III 553, consid. 3.

²⁴¹ ATF 131 III 553 consid. 1.2.2 ; TF 5A_119/2010 du 12 mars 2010 consid. 2.3.1 et les références.

²⁴² ATF 131 III 553, consid. 1.1; TF 5A_2/2016 du 28 avril 2016 consid. 2.3 ; TF 5A_754/2013 du 4 février 2014 consid. 3 in fine.

²⁴³ ATF 131 III 553 consid. 1.2.2; ATF 133 III 146 consid. 2.6; TF 5A_354/2015 du 3 août 2015 consid. 3.1; TF 5A_119/2010 du 12 mars 2010 consid. 2.3.1.

²⁴⁴ ATF 133 III 553 consid. 2.2 ; TF 5A_411/2014 du 3 février 2015 consid. 2.2..

²⁴⁵ HITZ QUENON/PAULUS/LUCHETTA MYT 2014.

²⁴⁶ BÜCHLER/SIMONI 2009.

²⁴⁷ Pour les procédures devant l'autorité de protection de l'enfant cf. l'art. 314a^{bis} CC, pour les procédures devant le juge cf. l'art. 299 s. CPC.

²⁴⁸ ATF 142 III 153 consid. 5.1.1.

²⁴⁹ Selon l'art. 299 al. 2 CPC, le tribunal examine s'il doit instituer une curatelle, en particulier dans les cas suivants : les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité

al. 2 CC²⁵⁰). Le curateur peut faire des propositions et agir en justice (art. 300 CPC, art. 314a^{bis} al. 3 CC). Dans la procédure matrimoniale, les pouvoirs du curateur sont limités aux décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde; les questions importantes concernant les relations personnelles et les mesures de protection de l'enfant (art. 300 CPC). Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'entretien de l'enfant au 1er janvier 2017, ces pouvoirs ont été élargis et englobent également les questions de la participation à la prise en charge ainsi que de la contribution d'entretien (art. 300 let. d et e CPC).

Si le juge examine d'office la question de l'instauration d'une curatelle pour la représentation de l'enfant, cela relève de son pouvoir d'appréciation, selon une pesée d'intérêts, sans nécessité pour le juge de rendre une décision formelle²⁵¹. Le droit de l'enfant capable de discernement de requérir lui-même la nomination d'un curateur existe seulement dans les procédures devant le juge (art. 299 al. 3 CPC). Dans les procédures devant l'autorité de protection de l'enfant (art. 314a^{bis} CC), l'instauration d'une curatelle de procédure n'est pas obligatoire, même si un mineur capable de discernement la demande²⁵².

Le Centre suisse de compétence pour les droits humains, dans la même étude 2014 citée sous le point précédent, mentionne que les autorités de protection ne se posent pas régulièrement la question de la pertinence d'une représentation pour l'enfant. Il a souligné la nécessité d'une sensibilisation et d'une clarification du rôle du curateur²⁵³. Jusqu'en 2010, avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile, le nombre de curatelles de procédure pour l'enfant dans les procédures matrimoniales était établi statistiquement par les cantons. Ces statistiques démontraient des grandes disparités dans les pratiques des cantons et un manque de mise en œuvre de l'institution de « l'avocat de l'enfant »²⁵⁴. Il n'existe pas de statistiques concernant le nombre de curateurs de procédure sur la base de l'art. 299 CPC.

4. CONCLUSION

En vue de l'intérêt supérieur de l'enfant, la garde alternée a des avantages si elle est accompagnée d'une coparentalité unitaire. 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

parentale ou de la garde ou à des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant; l'autorité de protection de l'enfant ou le père ou la mère le requièrent; le tribunal, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons: 1. doute sérieusement du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ou la façon dont leurs relations personnelles avec l'enfant sont réglées ; 2. envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant.

²⁵⁰ Selon l'art. 314a^{bis} al. 2 CC, l'autorité de protection de l'enfant examine si elle doit instituer une curatelle, en particulier lorsque: 1. la procédure porte sur le placement de l'enfant; 2. les personnes concernées déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou à des questions importantes concernant les relations personnelles avec l'enfant.

²⁵¹ Par exemple : TF 5A_400/2015 du 25 février 2016 consid. 2.3 (considérant non publié in ATF 142 III 197) ; 5A_744/2013 du 31 janvier 2014 consid. 3.2.2 ss; TF 5A_465/2012 du 18 septembre 2012 consid. 4.2.

²⁵² TF 5A 232/2016 du 6 juin 2016 consid. 4..

²⁵³ HITZ QUENON/PAULUS/LUCHETTA MYT 2014.

²⁵⁴ Statistique suisse des mesures de protection des mineurs et des adultes 2010, RMA 2011, 414, 420 (statistiques concernant les anciens art. 446 et 447 CC).

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, 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 scolarité²⁵⁵. 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 alternée²⁵⁶.

La jurisprudence du Tribunal fédéral, qui fait dépendre la garde alternée des circonstances concrètes et des capacités des parents, permet de prendre en compte les résultats des études empiriques provenant des sciences sociales. 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 assister les parents dans la construction d'une coparentalité unitaire, qui leur permet d'envisager la garde partagée comme un mode de garde possible. 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 parent²⁵⁷.

●
²⁵⁵ NEYRAND 2015; POUSSIN 2015.

²⁵⁶ NEYRAND 2015.

²⁵⁷ Sur ce point, voir CASTRÉN/WIDMER 2015.

III. MODES INTERDISCIPLINAIRES DE RÉOLUTION DU CONFLIT PARENTAL

1. INTRODUCTION

Au vu de l'importance de la communication et de la gestion du conflit pour un mode fonctionnel de coparentalité après une séparation ou un divorce (cf. chapitres précédents), il est intéressant de noter le développement, dans les pratiques juridiques et psychosociales en Suisse et à l'étranger, de modes interdisciplinaires de résolution de conflit et de consultation des parents visant le consensus parental. La médiation est la méthode la plus répandue, généralement définie comme un mode de résolution des litiges dans lequel les parties tentent par elles-mêmes de parvenir à un accord avec l'aide d'un-e médiateur-e neutre, impartial-e et indépendant-e.

Dans un premier temps, ce chapitre propose une analyse psychosociale du conflit dans le couple séparé pour ensuite discuter le recours à la médiation du point de vue sociologique. Nous constaterons qu'une conception du conflit parental en tant qu'affaire privée domine et que, de ce fait, le rôle important du réseau personnel comme ressource du couple parental tend à être négligé. Se pose également la question des situations dans lesquelles la médiation est déconseillée, notamment les situations hautement conflictuelles et de violence.

Dans un deuxième temps, il s'agira de retracer les développements récents visant à inciter les parents à la médiation pour résoudre les conflits concernant l'enfant dans la situation post-divorce et post-séparation. Seront résumés les développements ayant eu lieu dans certains pays de l'Union européenne, notamment suite à l'entrée en vigueur de la Directive sur la médiation, ainsi qu'en Australie et au Québec. Nous clorons, ensuite, ce chapitre par un état des lieux concernant la médiation familiale et d'autres modèles de soutien au consensus parental en Suisse.

2. LA PERSPECTIVE DES SCIENCES SOCIALES SUR LA MÉDIATION

a) LE CONFLIT DANS LE COUPLE SÉPARÉ

La séparation ou le divorce constituent des transitions de vie importantes pour les deux partenaires, générant chez eux un grand stress, puisqu'ils doivent faire face à une situation nouvelle à laquelle ils doivent s'adapter²⁵⁸. La séparation peut être assimilée à la perte, au deuil, génératrice de peurs et d'angoisses²⁵⁹. La question ici est de savoir si les deux ex-partenaires parviennent à gérer de manière satisfaisante cette phase difficile et stressante afin de pouvoir, ensuite, construire une relation plus ou moins sereine de coparentalité avec leur ex-partenaire²⁶⁰. Ceci est particulièrement important, sachant l'impact négatif du conflit

²⁵⁸ DENIS 2001; SBARRA/EMERY 2005.

²⁵⁹ DAHAN 2015.

²⁶⁰ SBARRA/EMERY 2005.

parental sur le développement psycho-affectif de l'enfant²⁶¹. Bien que la plupart des couples séparés parviennent à gérer avec succès leur nouvelle vie et considèrent cette étape de manière positive²⁶², d'autres, cependant, sont en perpétuels conflits, parfois violents.

Contrairement aux conflits au sein du couple qui tournent, entre autres, autour de la relation de couple (fusion/autonomie et pouvoir), les conflits de parents après la séparation ou le divorce se centrent souvent autour de l'enfant, notamment de son mode de garde et des pratiques parentales²⁶³. Ces conflits peuvent perdurer des années après la séparation; certaines données montrent, en effet, qu'un quart des familles divorcées sont encore en conflit quatre ans après le divorce et environ 15% le sont toujours après 12 ans²⁶⁴. Certes, ces conflits ne sont plus habités par une intense colère comme ceux qui se produisent juste après le divorce, mais ils se manifestent, au contraire, par une faible coopération et l'évitement lorsqu'il s'agit de coparentalité²⁶⁵. Une minorité de parents, toutefois, reste particulièrement hostile l'un envers l'autre, et cela même après une dizaine d'années après la séparation²⁶⁶. Selon la littérature, ces conflits autour de la garde de l'enfant s'imbriquent dans des conflits plus profonds, reflétant, parfois, des difficultés à faire leur deuil de la relation, à un attachement à l'ex-partenaire ou à une difficulté à percevoir l'autre partenaire non plus comme un conjoint mais comme un co-parent²⁶⁷. Bien que les objets de conflits soient en soi légitimes (la garde, la pension alimentaire, etc.), certaines études ont, en effet, montré que la non acceptation de la rupture s'inscrit souvent en filigrane²⁶⁸. En somme, ces conflits « pratiques » autour de l'enfant qui s'expriment en termes de faits, de droits et de devoirs, matérialisent des oppositions et des antagonismes plus profonds, des conflits d'intérêts non réglés, des non-dits, qui sont souvent à l'origine de la séparation et qui s'inscrivent donc davantage dans l'émotionnel et le subjectif²⁶⁹.

b) RECOURS À LA MÉDIATION

La médiation est définie comme un processus de construction ou de reconstruction du lien familial entre des individus en situation de rupture au cours duquel un tiers impartial, qualifié et sans pouvoir de décision encourage, au travers d'entretiens confidentiels, la restauration du dialogue et la gestion de leur conflit²⁷⁰. Ce faisant, le rôle du/de la médiateur-e est de responsabiliser les personnes en conflit, ce sont elles qui décident, cherchent et trouvent des solutions à leurs conflits²⁷¹. Le/la médiateur-e pose un cadre de respect mutuel, du temps de parole et des opinions de l'autre, ce qui va permettre aux deux individus en conflit de restaurer la communication²⁷². Il peut s'agir de couples en rupture mais aussi de parents

●
²⁶¹ Cf. le chapitre précédent « II. L'intérêt supérieur de l'enfant », sous-chapitre « b) Facteurs influençant la réussite de la garde alternée ».

²⁶² AMATO 2000; SBARRA/EMERY, 2005.

²⁶³ KITZMAN/EMERY 1994; SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁴ SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁵ SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁶ SBARRA/EMERY 2005.

²⁶⁷ KITZMAN/EMERY 1994; WANG/AMATO 2000; SBARRA/EMERY 2005; MADDEN-DERDICH/LEONARD/CHRISTOPHER 1999.

²⁶⁸ KITZMAN/EMERY 1994; WANG/AMATO 2000; SBARRA/EMERY, 2005.

²⁶⁹ DENIS 2001.

²⁷⁰ HANNEDOUCHE 2009; CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

²⁷¹ HANNEDOUCHE 2009.

²⁷² HANNEDOUCHE 2009; PORCEDDA-SELLERON, 2010.

et enfants (adolescents) lors de problèmes de communication²⁷³. La médiation intervient à tout moment, avant, pendant ou après toute procédure judiciaire. Cette pratique s'oppose au procès qui tend à exacerber les conflits, plutôt qu'à les atténuer²⁷⁴. Dans la littérature, elle est reconnue comme une pratique professionnelle efficace dans la résolution de conflits entre parents séparés et qui favorise le maintien de la relation coparentale après la séparation²⁷⁵. Elle vise, en effet, à accompagner les partenaires lors de cette difficile transition de vie qu'est la séparation, à les aider à s'adapter à leur nouvelle étape de vie et à construire une nouvelle relation axée sur la coparentalité²⁷⁶. Dans cette perspective, le/la médiateur-e doit considérer le conflit, même s'il comporte une part de violence, comme un moteur de changement et d'innovation, ouvrant de nouvelles perspectives aux partenaires divorcés²⁷⁷. La médiation peut vraiment commencer lorsque chacun des partenaires reconnaît la place de l'autre en tant que parent et clarifie la représentation que chacun a de son rôle parental et de celui de l'autre parent²⁷⁸. C'est seulement à partir de cette reconnaissance mutuelle qu'il est possible d'imaginer le changement²⁷⁹. La médiation permet de rétablir la parole, de négocier de nouvelles distances, de créer de nouveaux rapports entre les parents, et de trouver un accord mutuel par rapport aux conflits pratiques évoqués²⁸⁰. Les objets « pratiques » du conflit sont, donc, centraux dans la médiation. Il s'agit, en effet, de réfléchir à des solutions, et de les mettre en pratique²⁸¹. Le choix du mode de garde, comme la garde alternée, est souvent au centre de la médiation; c'est dans ce cadre que les parents prennent conscience de la complexité de son application et se mettent d'accord sur son organisation qui tienne compte à la fois de l'enfant mais aussi de leur situation personnelle et professionnelle. Le rôle du/de la médiateur-e consiste ici à faire prendre conscience aux parents de la faisabilité des solutions qu'ils envisagent²⁸². Quant aux conflits d'intérêts, latents, qui ont amené à la rupture, ils demeurent toujours, même si au cours de la médiation, ils peuvent être mis à jour, verbalisés et davantage acceptés²⁸³. Parfois, cependant, une médiation efficace peut avoir des effets indésirables, la bonne entente coparentale pouvant susciter du regret par rapport la rupture et à l'ex-partenaire, s'associant chez les femmes à un risque plus grand de dépression²⁸⁴.

c) LE CONFLIT PARENTAL EN TANT QU'AFFAIRE PRIVÉE ET LE RÔLE DU RÉSEAU PERSONNEL

Le rôle du/de la médiateur-e est ici cadré, relativement limité, il/elle ne peut pas imposer aux couples en conflit qui viennent le/la voir sa perception et sa façon de faire. Il/elle est

273 HANNEDOUCHE 2009.

274 CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

275 SBARRA/EMERY 2005; DENIS 2001.

276 SBARRA/EMERY 2005; DAHAN 2015.

277 DENIS 2001; DAHAN 2015.

278 HANNEDOUCHE 2009; PORCEDDA-SELLERON 2010.

279 DENIS 2001.

280 DAHAN 2015; D'URSEL 2015; HANNEDOUCHE 2009; CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

281 PORCEDDA-SELLERON 2010.

282 HANNEDOUCHE 2009.

283 GRÉCHEZ 2005; DENIS 2001.

284 SBARRA/EMERY 2005.

là pour accompagner les ex-partenaires dans leurs propres décisions et leur gestion des conflits. Il/elle doit rester neutre²⁸⁵. En d'autres termes, c'est au couple de choisir et de décider comment se déroulera, dès lors, leur relation de co-parents²⁸⁶. Le rôle difficile du/de la médiateur-e qui accompagne sans imposer fait écho à une valeur centrale de la culture suisse (comme dans d'autres pays, d'ailleurs), celle de l'autonomie du couple et de la cellule familiale. En Suisse, la famille est considérée comme une sphère privée, fermée, exclusive, dans laquelle l'État ne veut pas intervenir. L'intimité familiale, conjugale, est ici centrale; elle concentre beaucoup d'attentes individuelles autour de l'épanouissement affectif, identitaire, personnel²⁸⁷. La centration sur l'intimité conjugale et familiale est d'autant plus marquée que les liens sociaux avec d'autres sphères de la société, comme la parenté, le voisinage, le quartier, le travail, l'église se sont affaiblis. La famille nucléaire – unissant deux conjoints et leurs enfants – devient, donc, responsable du développement et de l'équilibre psychologique de ses membres. Ce faisant, c'est le couple parental qui fixe les règles au sein de la famille, c'est lui qui gère ses relations, son fonctionnement et ses conflits²⁸⁸.

Le processus de médiation se centre donc essentiellement sur les deux ex-partenaires, c'est à eux que revient la difficile tâche de négocier, de trouver un compromis et de gérer au mieux leur conflit parental. Pourtant, le réseau personnel qui a accompagné le couple tout au long de son parcours de vie est une donnée indispensable qu'il faut prendre en considération lors du processus de médiation. Le réseau personnel peut, en effet, offrir de nombreuses ressources (pratiques, financières, et émotionnelles) qui permettent aux deux ex-partenaires de mieux surmonter le stress de la séparation, de mieux gérer leurs désaccords, de les préparer psychologiquement à une nouvelle vie et de les aider, ainsi, dans leur nouveau rôle de co-parents²⁸⁹. Certaines données suisses montrent, en effet, que le support du réseau personnel permet aux parents (non séparés) non seulement d'atténuer les conflits qu'ils ont entre eux mais aussi d'adopter des pratiques parentales efficaces et positives²⁹⁰. Dans de telles circonstances, on peut supposer qu'en cas de séparation, le réseau personnel continue à soutenir les deux ex-partenaires dans la mise en œuvre d'une coparentalité positive pour le bien-être de leurs enfants. Ceci dit, ces diverses données révèlent aussi que les réseaux personnels et le support qu'ils offrent varient beaucoup d'un couple à l'autre, et même d'un individu à l'autre. Certains couples ont peu de liens (amicaux et familiaux) sur lesquels ils peuvent compter. D'autres couples ont, au contraire, un riche réseau composé d'amis et de membres de la famille. D'autres, encore, ont des réseaux asymétriques, l'un des partenaires ayant un riche réseau alors que l'autre ne dispose que de quelques liens personnels. Et, finalement, certains couples se plaignent de l'interférence de leur réseau personnel, créant davantage de tensions qu'il n'apporte de support²⁹¹. Au moment de la séparation, on peut supposer que ces divers réseaux personnels peuvent avoir des influences fort contrastées sur la relation entre les deux ex-partenaires. Lorsque ces derniers ont tous deux de l'aide (pratique et émotionnelle) de leurs réseaux personnels, on peut supposer qu'ils soient plus portés à la négociation et à trouver des compromis quant à leur nouvelle coparentalité.

285 D'URSEL 2015; CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

286 HANNEDOUCHE 2009.

287 KELLERHALS/WIDMER 2012.

288 KELLERHALS/WIDMER 2012.

289 KELLERHALS/WIDMER 2012; WIDMER/LE GOFF/LÉVY/HAMMER/KELLERHALS 2006.

290 WIDMER/LE GOFF/LÉVY/HAMMER/KELLERHALS 2006.

291 WIDMER/LE GOFF/LÉVY/HAMMER/KELLERHALS 2006; KELLERHALS/WIDMER 2012.

Lorsque seulement l'un des deux partenaires dispose de ressources familiales et/ou amicales, un tel déséquilibre peut accentuer des tensions entre eux et rendre plus difficile la négociation. Pire encore, les deux partenaires peuvent être insérés dans des réseaux personnels qui contrôlent et interfèrent, ce qui peut encore davantage attiser le conflit entre les deux ex-partenaires, comme dans les divorces hautement conflictuels où le conflit devient, parfois, une histoire de clans²⁹². Il se peut aussi que de tels réseaux personnels contraignent les ex-partenaires à suivre un modèle familial traditionnel (mère au foyer, père au travail), les empêchant ainsi de négocier et d'évoluer vers un mode de coparentalité plus égalitaire²⁹³. Il va sans dire qu'au vu de ces résultats, les ex-partenaires ne disposent pas tous des mêmes ressources relationnelles lorsqu'ils entrent en médiation. De fait, ce processus et son issue peuvent fortement varier selon le type de réseaux personnels dans lesquels les deux ex-partenaires sont insérés. Par conséquent, la médiation devrait davantage prendre en compte le contexte relationnel et évaluer son influence aussi bien positive que négative sur la gestion du conflit parental.

d) LA MÉDIATION, EST-ELLE TOUJOURS POSSIBLE ET CONSEILLÉE?

Dans son fondement et sa pratique, la médiation s'inscrit, donc, dans cette conception privatisée du couple et de la famille. La médiation offre, en somme, un lieu où le couple en crise peut discuter, échanger et négocier sous le contrôle discret d'un-e médiateur-e qui cadre la discussion sans imposer sa propre perception. Dans la médiation, il faut parler de soi, de ses émotions, de ses valeurs, tout en respectant l'autre dans ses choix²⁹⁴. Dans sa pratique, la médiation prône, en effet, des normes et des valeurs de communication, de collaboration, de négociation, de compromis et d'égalité entre hommes et femmes. La médiation repose, en somme, sur une conception de la famille « associative » dans laquelle les prises de décisions sont partagées ensemble et négociées. Le conflit doit être géré entre les deux partenaires²⁹⁵.

Or, ce modèle et les valeurs qui le sous-tendent ne sont pas forcément partagés par tous et toutes selon le milieu social et culturel auquel ils ou elles appartiennent. Certains ne se sentent pas en mesure de négocier pour eux-mêmes. C'est le cas notamment dans les milieux populaires ou certains milieux issus de l'immigration, ou des milieux plus conservateurs, voire religieux²⁹⁶. De fait, la médiation peut bousculer certains fonctionnements plus « traditionnels », axés sur la division genrée des rôles et des tâches domestiques mais aussi éducatives, et générer des résistances face à la communication et à la négociation. Pour les ex-conjoints ou ex-partenaires dont le type de fonctionnement repose sur une définition claire et distincte des rôles familiaux, hiérarchisés, la négociation n'a pas lieu d'être. L'idée qu'il fasse gérer le conflit ensemble et coopérer pour une coparentalité positive et efficace pour le bien-être des enfants est loin d'être comprise et voulue par tous les partenaires²⁹⁷. Le « partage » de l'enfant peut être vécu comme un affront pour les femmes qui ont construit leur rôle et leur identité essentiellement autour de l'enfant et une difficulté pour les hommes dont la perception de la paternité repose essentiellement sur le rôle de « gagne-

292 GILMOUR 2004.

293 GIUDICI/WIDMER 2015.

294 PORCEDDA-SELLERON 2010.

295 D'URSEL 2015.

296 D'URSEL 2015.

297 D'URSEL 2015.

pain »²⁹⁸. Plus encore, le conflit conjugal n'est pas forcément perçu comme une affaire strictement privée, il concerne la famille élargie, parfois, la communauté. La gestion du conflit parental sort donc du domaine privé, et implique de nombreux acteurs, ce qui complique la tâche du/de la médiateur- qui définit le conflit comme relevant strictement du couple²⁹⁹. Ceci peut s'avérer particulièrement complexe puisque le réseau personnel – famille, amis – qui entoure le couple divorcé lui rappelle généralement le modèle familial et les valeurs plus traditionnelles³⁰⁰, ce qui rend la médiation d'autant plus difficile.

Lors des séparations dites « très conflictuelles », le processus de médiation peut se révéler peu approprié ou du moins ne suffit pas à trouver des compromis. Bien qu'il soit difficile de définir clairement ce qu'est une séparation « très conflictuelle », il s'agit généralement de couples séparés dont les conflits durent depuis longtemps, qui sont répétés et reposent sur des désaccords chroniques autour des enfants (éducation, soins, garde, etc.). Ils sont généralement empreints d'une forte émotivité, d'un degré élevé de colère et de méfiance vis-à-vis de l'autre parent qui est décrit généralement comme un mauvais parent. Les ex-conjoints sont, dans ces situations, particulièrement hostiles vis-à-vis l'un de l'autre, cherchant à se dénigrer mutuellement et à s'attribuer l'enfant³⁰¹. Pour certains auteurs, ces couples qui entretiennent des conflits aigus présentent une sorte de résistance au changement qu'implique forcément la rupture. Ils s'éternisent ainsi dans la transition, et le conflit devient un nouveau modèle de relation³⁰². Le refus de communiquer, de coopérer rend tout compromis difficile à obtenir. La médiation qui repose sur un processus rationnel de décision ne peut se faire si les émotions et/ou la méfiance vis-à-vis de l'autre sont trop fortes. Ces couples devraient d'abord suivre une thérapie familiale, avant d'envisager la médiation, ou un programme qui allie les deux, thérapie et médiation, afin de désamorcer la forte émotivité qui les caractérise³⁰³.

Plus encore, la médiation est particulièrement déconseillée pour les couples dans lesquels l'un des deux – généralement l'homme – a une emprise ou un pouvoir important sur l'autre, comme dans les situations de violence domestique³⁰⁴. Cette emprise ou cette domination sur l'autre n'est pas toujours visible, elle peut se manifester de manière sournoise, au gré de subtiles intimidations ou menaces en lien, par exemple, à la garde des enfants³⁰⁵. De fait, le/la médiateur-e n'a pas toujours conscience du rapport de domination qui se joue entre les deux ex-conjoints au cours de la médiation³⁰⁶. Dans de telles situations, l'abuseur, souvent l'homme, risque de dominer la discussion et la négociation, et cela d'autant plus si le médiateur est une femme³⁰⁷. De plus, la peur du partenaire dominé que le conjoint dominant utilise les informations entendues lors de la médiation contre lui entrave toutes possibilités de communication et de négociation³⁰⁸. Alors que le droit offre un cadre protecteur

●
²⁹⁸ D'URSEL 2015; LIMET 2009b.

²⁹⁹ D'URSEL 2015.

³⁰⁰ GIUDICI/WIDMER 2015.

³⁰¹ GILMOUR 2004.

³⁰² GILMOUR 2004.

³⁰³ GILMOUR 2004.

³⁰⁴ CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006; LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011; MATEFI 2003.

³⁰⁵ LANDRUM 2011.

³⁰⁶ LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011.

³⁰⁷ CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006.

³⁰⁸ LOWE/DODGE ABRAMS 2011.

pour les deux parties, la médiation peut être le pâle reflet de relation de pouvoir et de contrôle au sein du couple³⁰⁹. Par conséquent, il y a un fort risque que les accords négociés soient davantage à la faveur de l'homme. Le rapport de domination qui sous-tendait la relation du couple avant la séparation peut perdurer bien longtemps après la rupture, même si les deux parents ne vivent plus ensemble. Souvent la peur de l'abuseur et de ses éventuelles représailles conduit l'abusé à abaisser ses revendications et à accepter des accords qui le désavantagent clairement, notamment financièrement, afin de se protéger ainsi que ses enfants³¹⁰. La médiation peut être possible dans de telles situations mais seulement avec la mise en place d'importants garde-fous, tels que la séparation physique des deux parties dans la même pièce, ou dans des pièces séparées afin d'éviter toute tentative d'intimidation, et/ou la présence d'une personne supplémentaire qui réconforte le partenaire victime de violence³¹¹. Il faut aussi s'assurer avant la médiation que les deux ex-partenaires soient disposés à coopérer, à trouver un arrangement et, surtout, que la partenaire victime se sente libre de défendre ses droits, sinon la médiation est inutile. Ceci dit, bien que l'ensemble de ces précautions empêche les tentatives d'intimidation lors de la médiation, il ne les empêche pas en dehors³¹². A l'extérieur, le risque de représailles peut être particulièrement grand, si le partenaire victime a osé s'exprimer ou négocier lors de la médiation. Si le risque de pression, de représailles et/ou la peur de s'exprimer sont trop grands, la médiation devrait, dans ces cas, être évitée. Le cadre formel de la procédure judiciaire se prête mieux au règlement des litiges dans des situations de domination et/ou de violence conjugale³¹³. Précisons aussi que la violence peut être aussi présente dans des couples où il n'y a pas de relation de pouvoir ou de domination, elle peut être situationnelle ou survenir lorsque la crise (la séparation) est à son apogée³¹⁴. Dans de telles situations, la médiation est possible; elle peut même aider à désamorcer la violence inhérente aux conflits.

Outre ces diverses situations problématiques, la médiation peut être aussi proposée aux ex-conjoints au mauvais moment. Parfois, les personnes ne sont absolument pas prêtes au processus de médiation, elles se referment dans un silence défensif, leurs émotions étant trop fortes ou douloureuses et peinent à s'exprimer. L'incapacité d'une ou des deux parties à verbaliser ses émotions représente une sérieuse limite au processus de médiation. Dans une telle situation, il est préférable de reporter la médiation à un moment où le choc de la séparation est surmonté et le processus du deuil enclenché³¹⁵. D'autres situations en lien avec la personnalité des ex-conjoints peuvent poser problème lors de la médiation. Certains peuvent manipuler la médiation et la tourner à leur avantage, ce faisant, elle peut, donc, se révéler risquée pour l'ex-partenaire³¹⁶. Finalement, la médiation ne se prête pas lorsqu'il y a au sein du couple des problèmes de drogue, d'alcool, ou des problèmes psychiques³¹⁷.

Au vu de ces différentes observations, il paraît clair que la médiation n'est pas une pratique professionnelle qui s'applique à tous les couples. La question qui se pose ici est de

309 CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006; LANDRUM 2011.

310 CLARKE-STEWART/BRENTANO 2006; LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011.

311 LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011.

312 LOWE/DODGE ABRAMS 2011.

313 LOWE/DODGE ABRAMS 2011; LANDRUM 2011.

314 LANDRUM 2011.

315 GRÉCHEZ 2005.

316 GRÉCHEZ 2005.

317 GILMOUR 2004.

savoir si la médiation ne doit être proposée qu'aux couples qui partagent des valeurs communes d'égalité, qui ont les compétences communicationnelles nécessaires et, surtout, qui se sentent libres pour négocier, et de laisser l'institution judiciaire et ses outils (expertises, guidances parentales, etc.), plus coercitifs, de décider pour ceux qui s'inscrivent dans un fonctionnement qui va à l'encontre de ces différentes valeurs et compétences. Pour certain-e-s médiateur-e-s, il est nécessaire d'ouvrir la médiation aux couples dont le modèle de famille ne correspond pas au modèle familial dominant, car la médiation peut être considérée comme un lieu où les normes et les idéologies peuvent être questionnées, un endroit où les ex-partenaires peuvent, s'ils le souhaitent, exprimer leur frustration et leur colère, même si cet exercice leur est particulièrement difficile³¹⁸. Et, même si l'accord est pour le moins impossible, le recours à la médiation peut leur être bénéfique puisqu'elle leur permet de libérer la parole, de mettre des mots sur comment on définit la famille et le rôle de chacun dans le couple parental³¹⁹. Cependant, pour d'autres professionnels, il est nécessaire que les médiateur-e-s soient conscient-e-s de leurs limites face à des situations compliquées, telles que celles qui sont empreintes de domination et de violences, et des écueils que représente leur pratique pour certains ex-partenaires fragiles. Ce faisant, les médiateur-e-s doivent être aptes à refuser ou à stopper un processus de médiation lorsque celui-ci s'avère voué à l'échec ou, pire encore, dangereux pour l'un des ex-conjoints³²⁰.

3. JUSTICE FAMILIALE ET MODES INTERDISCIPLINAIRES DE RÉSOLUTION DU CONFLIT PARENTAL

Les développements des droits de la famille européens et du *Common Law* de ces dernières années ne sont pas seulement marqués par l'idéal de la coparentalité après la séparation ou le divorce, mais aussi par l'encouragement de la médiation dans les procédures en matière familiale. Actuellement, il existe une tendance marquée vers la médiation en tant qu'étape obligatoire avant l'introduction d'une demande en modification des droits et obligations parentaux. Typiquement, on attend de la médiation une augmentation des cas résolus à l'amiable et donc une solution soutenable et une amélioration de la communication entre les parents séparés, ainsi qu'une réduction des coûts de justice.

a) LA DIRECTIVE DE L'UNION EUROPEENNE SUR LA MEDIATION ET LA JUSTICE FAMILIALE

La médiation civile a fait l'objet au niveau de l'Union européenne d'une Directive du 21 mai 2008³²¹ sur la médiation dans le cadre des litiges transfrontaliers, étant précisé que « rien ne devrait empêcher les États membres de les appliquer également aux processus de médiation internes » (ch. 8 considérant). Selon l'art. 3 let. a de la Directive, « on entend par « médiation », un processus structuré, quelle que soit la manière dont il est nommé ou visé, dans lequel deux ou plusieurs parties à un litige tentent par elles-mêmes, volontairement, de parvenir à un accord sur la résolution de leur litige avec l'aide d'un-e médiateur-e. Ce processus

³¹⁸ D'URSEL 2015; LIMET 2009b.

³¹⁹ D'URSEL 2015; LIMET 2009b.

³²⁰ GRÉCHEZ 2005; LOWE/DODGE ABRAMS 2011.

³²¹ Directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (JO L 136 du 24.5.2008, p. 3).

peut être engagé par les parties, suggéré ou ordonné par une juridiction ou prescrit par le droit d'un État membre. Il inclut la médiation menée par un juge qui n'est chargé d'aucune procédure judiciaire ayant trait au litige en question. Il exclut les tentatives faites par la juridiction ou le juge saisi d'un litige pour résoudre celui-ci au cours de la procédure judiciaire relative audit litige ». Selon l'art. 3 let. b de la Directive, on entend par « médiateur », « tout tiers sollicité pour mener une médiation avec efficacité, impartialité et compétence, quelle que soit l'appellation ou la profession de ce tiers dans l'État membre concerné et quelle que soit la façon dont il a été nommé pour mener ladite médiation ou dont il a été chargé de la mener. ».

Une juridiction saisie d'une affaire peut, le cas échéant et selon l'art. 5 de la Directive, « inviter les parties à recourir à la médiation pour résoudre le litige. La juridiction peut également inviter les parties à assister à une réunion d'information sur le recours à la médiation pour autant que de telles réunions soient organisées et facilement accessibles », ceci sans préjudice d'une législation nationale qui rend le recours à la médiation obligatoire ou soumet les parties à des incitations ou des sanctions, avant ou après le début de la procédure judiciaire, à condition qu'une telle législation n'empêche pas les parties d'exercer leur droit d'accès au système judiciaire (art. 5 al. 2). Cette directive comprend encore des dispositions sur la qualité de la médiation (art. 4), sur le caractère exécutoire des accords issus de la médiation (article 6), sur la confidentialité (art. 7), sur les effets sur les délais de prescription (art. 8) ou encore sur l'information du public (art. 9).

La justice familiale est l'un des domaines sur lequel les États membres de l'Union européenne mettent le plus l'accent en transposant la Directive dans leur droit national. Néanmoins, il existe des différences notables entre les différentes solutions notamment en ce qui concerne le caractère contraignant ou volontaire de la médiation et son coût (gratuité ou non).

L'*Allemagne*, en transposant la Directive européenne³²² a créé une nouvelle loi sur la médiation (*Mediationsgesetz*). Par ailleurs, des dispositions pour encourager la résolution à l'amiable des litiges ont été introduites dans les différentes législations sur la procédure, entre autres dans la procédure en matière familiale³²³. Suivant les nouvelles dispositions, les parties doivent indiquer, lors du dépôt d'une requête, si elles ont tenté de résoudre leur conflit par un mode extrajudiciaire, comme la médiation, ou si elles estiment que des motifs s'y opposent (§ 23 FamFG). Le droit allemand prévoit la médiation à l'interne et à l'externe du tribunal : le tribunal peut référer l'affaire à un juge (*Güterichter*), qui tente de concilier les parties et peut utiliser à ce but toutes les méthodes de résolution de conflit, la médiation incluse (§ 36 al. 5 FamFG). En outre, le tribunal peut proposer aux parties une médiation extrajudiciaire ou un autre mode de règlement extrajudiciaire des conflits, et ordonner la suspension de la procédure si les parties acceptent cette proposition (§ 36a FamFG). Des

³²² Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012 (BGBl. I p. 1577), entrée en vigueur le 26 juillet 2012.

³²³ Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) vom 17. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2586, 2587), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 11. Oktober 2016 (BGBl. I S. 2222) geändert worden ist.

aides financières à la médiation ne sont pas prévues en l'état et les services de médiation sont payants³²⁴.

La France a déjà inscrit en 1995 un cadre légal à la médiation dans le Code de procédure civile (art. 131-1 ss CPCF)³²⁵, permettant au juge d'ordonner la médiation avec l'accord des parties. Le cadre général de la médiation, actuellement en vigueur, est issu de la Directive européenne³²⁶. Les art. 131-1 ss CPCF permettent au juge d'ordonner la médiation avec l'accord des parties, en désignant un-e médiateur-e qui doit posséder une qualification liée à la nature du litige, une formation ou une expérience adaptée à la pratique de la médiation et répondre à des conditions générales d'honorabilité et d'indépendance. La durée de la mesure est fixée à 3 mois, renouvelable une fois. Pour la procédure en matière familiale, des dispositions dans le Code civil et le Code de procédure civile, introduit en 2002 et 2004, permettent au juge de proposer une mesure de médiation et, après avoir recueilli l'accord des parties, de désigner un-e médiateur-e familial-e pour y procéder (art. 373-2-10, art. 255 al. 1 et 2 CCF ; art. 1071 CPCF)³²⁷. Le coût d'une médiation familiale varie en fonction des revenus des parties entre 2 et 131 euros par personne et par séance. Lorsque la médiation a lieu au cours de la procédure juridictionnelle, elle peut être prise en charge au titre de l'aide juridictionnelle³²⁸. Des expérimentations de médiation préalable obligatoire ont été mises en œuvre en 2014 en matière familiale³²⁹. En 2014, une « proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant » a été adoptée par l'Assemblée nationale favorisant le modèle de la médiation imposée³³⁰. La proposition prévoit l'introduction de la possibilité du juge d'imposer aux parties de prendre part à une ou deux séances de médiation familiale, sauf si des violences ont été commises par l'un des parents sur la personne de l'autre parent ou sur la personne de l'enfant³³¹. Dans le cadre de la Réforme de modernisation de la justice du 21^e siècle, adoptée en 2016, la continuation des expérimentations de médiation préalable obligatoire a été décidée³³².

³²⁴ Informations sur le portail e-Justice européen : Médiation dans les États membres – Allemagne, consulté le 04.03.2017 : https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-DE-fr.do?clang=de

³²⁵ Loi du 8 février 1995 et son décret d'application. Cf. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale, consulté le 04.03.2017 : https://www.legifrance.gouv.fr/eli/rapport/2011/11/17/JUSC1117339P/jo/article_snum1

³²⁶ Directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 transposée par l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011.

³²⁷ Loi n°2002-305 du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale conjointe et Loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 sur le divorce.

³²⁸ Sénat, Justice aux affaires familiales : pour un règlement pacifié des litiges, Rapport d'information n° 404 (2013-2014) de Mme Catherine Tasca et M. Michel Mercier, fait au nom de la commission des lois, déposé le 26 février 2014, p. 50 ; consulté le 04.03.2017 : <http://www.senat.fr/rap/r13-404/r13-404.html>.

³²⁹ Par décret n° 2010-1395 du 12 novembre 2010 relatif à la médiation et à l'activité judiciaire en matière familiale. Un arrêté du 16 mai 2013 a désigné les tribunaux de grande instance de Bordeaux et d'Arras pour procéder à cette expérimentation jusqu'au 31 décembre 2014.

³³⁰ Texte n° 664 (2013-2014) transmis au Sénat le 27 juin 2014.

³³¹ Introduction d'une section 2 bis « La médiation familiale » dans la Loi n° 95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

³³² Par l'art. 7 de la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (1).

En Angleterre et Pays de Galles³³³ il est obligatoire depuis 2014, selon la Loi sur les enfants et les familles (*Children and Families Act*), de participer à une réunion d'information et d'évaluation sur la médiation (« *family mediation information and assessment meeting* » MIAM) avant d'introduire une requête dans une affaire familiale, sous réserve de dérogations (violence domestique notamment)³³⁴. Une étude publiée en 2015 a constaté que la tendance vers des modes extrajudiciaires de résolution des conflits parentaux risque de mettre en danger le droit de l'enfant d'être entendu tel qu'il est garanti par l'art. 12 CDE. Selon les auteurs, l'idéal de l'autonomie des parents se trouve en tension avec les droits de l'enfant d'être entendu³³⁵. Dans le même esprit, le Ministre de la Justice a annoncé en 2014 son intention d'améliorer la prise en compte de la voix de l'enfant dans le cadre de la médiation³³⁶. Finalement, il est à retenir que le coût de la médiation varie selon le prestataire et n'est généralement pas réglementé par l'État. Une organisation d'avocats qui offre des services bénévoles (« *LawWorks* ») met à disposition un service de médiation gratuit à ceux qui ne peuvent pas assumer le coût d'une telle prestation³³⁷.

b) EXPÉRIENCES EN AUSTRALIE ET AU QUÉBEC

L'Australie était, par l'adoption de la *Family Law Act 1975*, un des premiers pays à favoriser les méthodes alternatives de résolution de conflit dans son système de justice familiale. Depuis, la médiation obligatoire a été introduite : avant de saisir le tribunal, les parties ont l'obligation de participer à une *family dispute resolution*³³⁸. Lorsqu'un juge ou magistrat est saisi, il peut obliger les parties à consulter un-e professionnel-le de la résolution des conflits familiaux pour aider à résoudre tout litige sur les termes ou le fonctionnement de l'organisation familiale ou parvenir à un accord sur les modifications à apporter à celle-ci³³⁹. Il existe un large réseau de *Family Relationship Centres* qui offrent des services de médiation extrajudiciaire et qui sont subventionnés par l'État³⁴⁰. L'Australie est plus avancée que d'autres pays sur la question de la participation de l'enfant dans le processus de médiation, mais la recherche démontre néanmoins la nécessité d'améliorer encore davantage la pratique dans ce

³³³ Pour l'historique cf. SCHERPE/MARTEN 2013, p. 409 ss.

³³⁴ Section 10 Children and Families Act 2014; Practice direction 3a – family mediation information and assessment meetings (MIAMS).

³³⁵ EWING/HUNTER/BARLOW/SMITHSON 2015.

³³⁶ Simon Hughes' speech to the Family Justice Young People's Board 'Voice of the Child' conference, London, 24 July 2014, consulté le 04.03.2017: <https://www.gov.uk/government/speeches/simon-hughes-speech-at-the-voice-of-the-child-conference>.

³³⁷ Informations sur le portail e-Justice européen : Médiation dans les États membres – Angleterre et Pays de Galles, consulté le 04.03.2017 : https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-EW-fr.do?clang=en

³³⁸ Section 60I Family Law Act 1975; Family Law Rules 2004 (FLR); cf. AESCHLIMANN 2006, p. 46; SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON 2014, p. 122 ss.

³³⁹ Family Law Act 1975 Part IIIB—Court's powers in relation to court and non-court based family services.

³⁴⁰ Cf. le site du gouvernement australien « Family relationships online », consulté le 04.03.2017: <http://www.familyrelationships.gov.au/>.

domaine³⁴¹. Les coûts de la *family dispute resolution* sont modestes et dépendent du revenu des parties³⁴².

Le Québec, pour citer un exemple parmi d'autres au Canada, a instauré, avec entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2016, l'obligation légale pour les parents qui se séparent et qui ont des enfants à charge, d'assister à une séance d'information sur la parentalité et la médiation, avant d'être entendus par un juge. Seul un motif sérieux permet à un parent d'être dispensé de cette obligation, notamment en cas de violence conjugale (art. 417 à 419 Code de procédure civile québécois)³⁴³. Les objectifs de cette séance sont d'assurer à tous les parents une information sur le « choc psychologique de la rupture sur le couple et sur les enfants », ainsi que sur l'exercice du rôle parental après la séparation, d'acquérir la connaissance légale appropriée, et de se voir présenter la médiation comme un des modèles de résolution de conflit et un moyen de mettre en place un nouveau modèle pour exercer la parentalité après la rupture³⁴⁴. Le tribunal peut, à tout moment, suspendre la procédure pour permettre aux parties d'entreprendre ou de poursuivre une médiation auprès d'un-e médiateur-e accrédité-e qu'elles choisissent ou pour demander au service de médiation familiale d'intervenir auprès d'elles. Avant de rendre une telle décision, le tribunal prend en considération le fait que les parties ont déjà vu ou non un-e médiateur-e accrédité-e, l'équilibre des forces en présence, l'existence ou non d'une situation de violence familiale ou conjugale et l'intérêt des parties et de leurs enfants (art. 420 CPC québécois). Le tribunal peut suspendre l'instance ou ajourner l'instruction pour une période de pas plus de trois mois (art. 421 CPC québécois)³⁴⁵. Le Ministère de la Justice prend en charge, depuis décembre 2012, les coûts de la séance d'information obligatoire, des séances de médiation subséquentes, ainsi que 5 h de services professionnels dans le cas d'un processus de séparation ou 2 h 30 de services professionnels dans le cas d'une demande de révision d'un jugement ou d'une entente ou pour des parents qui ont déjà bénéficié des services de médiation familiale ou pour des parents qui ont déjà obtenu un jugement en séparation de corps³⁴⁶.

c) MÉDIATION ET JUSTICE FAMILIALE EN SUISSE

En Suisse, l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile (CPC), le 1^{er} janvier 2011, a marqué l'introduction au niveau fédéral de la médiation dans la procédure judiciaire civile³⁴⁷. Les art. 213 à 218 CPC cadrent l'articulation entre la procédure judiciaire civile et la médiation, dite « judiciaire ». Celle-ci est comprise comme un processus confidentiel (les déclarations des parties ne peuvent être prises en compte dans la procédure judiciaire) et

³⁴¹ HENRY/HAMILTON 2012; GRAHAM/FITZGERALD 2010.

³⁴² Site du gouvernement australien « Family relationships online », consulté le 04.03.2017 : <http://www.familyrelationships.gov.au/Services/FamilyLawServices/FDR/Pages/default.aspx#q14>

³⁴³ RLRQ, chap. C-25.011. Cf. aussi le site du Ministère de la Justice du Québec, consulté le 04.03.2017: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/seance-parentalite.htm>

³⁴⁴ TORKIA 2012.

³⁴⁵ Site du Ministère de la Justice du Québec, consulté le 04.03.2017 : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/rencontres.htm>

³⁴⁶ Site du Ministère de la Justice du Québec, consulté le 04.03.2017: <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/programmes/mediation/choix-mediateur.htm>

³⁴⁷ Certains cantons, dont Genève, avaient déjà adopté des règles cantonales sur la médiation civile, mais également pénale, dans leurs codes de procédure.

indépendant de l'autorité de conciliation et du tribunal, puisque son organisation et son déroulement sont laissés à la charge des parties, qui en assument les frais, sauf exception. La médiation a pour effet de suspendre la procédure judiciaire, jusqu'à ce qu'une partie saisisse l'autorité de conciliation ou le tribunal d'une requête ou leur communique la fin de la médiation. L'accord de médiation peut être ratifié par le juge et ses effets sont alors ceux d'une décision entrée en force. La médiation peut, en outre, remplacer la conciliation si les parties le souhaitent.

Dans les causes qui concernent le droit des enfants, l'art. 218 al. 2 CC prévoit que les parties ont droit à la gratuité de la médiation si elles ne disposent pas des moyens nécessaires et que le tribunal recommande ce processus. Alors qu'avant le 1^{er} janvier 2017, cette gratuité se rapportait exclusivement aux affaires de nature non patrimoniale, cette règle est aujourd'hui étendue également à l'entretien de l'enfant. Le Message du Conseil fédéral relève : « Lorsque le bien de l'enfant est en jeu, il faut exploiter toutes les possibilités pour maintenir la communication entre les parties et sauvegarder la relation parent-enfant (...) Lorsque, dans un cas concret, le juge estime que la médiation est l'outil approprié pour éviter une escalade du conflit familial, il doit pouvoir exhorter les parties à l'entreprendre indépendamment de la nature patrimoniale ou non de l'objet du litige. Les frais liés à la médiation ne doivent pas faire obstacle à une solution consensuelle du conflit parental »³⁴⁸. A noter que l'art. 218 al. 3 réserve le droit cantonal qui peut prévoir des dispenses de frais supplémentaires.

L'art. 218 al. 2 doit être mis en relation avec l'art. 297 al. 2 CPC et l'art. 314 al. 2 CC, selon lesquels le tribunal, respectivement l'autorité de protection de l'enfant, peut exhorter les parents à tenter une médiation. Le terme « exhortation » a donné lieu à des interprétations divergentes de la doctrine, certains y voyant la possibilité de contraindre les parents à la médiation³⁴⁹, d'autres estimant qu'il s'agit de recommander la médiation « avec insistance »³⁵⁰. Le Tribunal fédéral a confirmé dans sa jurisprudence récente, après l'entrée en vigueur du CPC et des nouvelles dispositions sur la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant, la possibilité d'ordonner la médiation en tant que mesure de protection de l'enfant sur la base de l'art. 307 al. 3 CC³⁵¹. Il s'agit donc de distinguer la possibilité du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant de recommander une médiation selon les art. 297 al. 2 CPC et art. 314 al. 2 CC, et la possibilité d'ordonner la médiation en tant que mesure de protection de l'enfant selon l'art. 307 al. 3 CC³⁵². Les spécialistes de la médiation sont divisés sur la question de l'admissibilité d'une médiation ordonnée³⁵³.

Certains cantons ont adopté des règlements cantonaux liés à la médiation judiciaire, en général dans les textes sur l'application du Code civil ou ceux relatifs à leur organisation

●
³⁴⁸ Message 2013, p. 565.

³⁴⁹ Cf. Meier/Stettler 2014, n. 1257.

³⁵⁰ Cf. STECK, BSK-ZPO, n. 13 ad art. 297; COTTIER, CommFam Protection de l'adulte, n. 28 ad art. 314 CC.

³⁵¹ ATF 142 III 197 cons. 3.7. Cf. déjà la jurisprudence antérieure TF 5A_852/2011 du 20 février 2012 et 5A_457/2009 du 9 décembre 2009 ; voir aussi l'arrêt de l'*Obergericht* du canton de Zurich du 19 juin 2008, in FamPra.ch 2009 p. 256 ss.

³⁵² Cf. aussi les arrêts de l'*Obergericht* du canton de Zurich du 22 juin 2015, PQ140093, et du 8 janvier 2015, ZR 114/2015, p. 65.

³⁵³ En faveur de la médiation obligatoire: PETER 2005, 193 ss; STAUB 2006, 121 ss. Contra : LIATO-WITSCH, FamKomm Scheidung, appendice médiation n. 46 s.

judiciaire³⁵⁴. Est ainsi défini le cercle des médiateur-e-s judiciaires cantonaux/cantonaux selon des conditions se rapportant usuellement à l'âge des médiateur-e-s, à leur formation et à la garantie de leur probité. Le mécanisme repose souvent sur un contrôle, une assermentation et un mécanisme de surveillance de ces médiateur-e-s exercés par une commission étatique de surveillance, avec pouvoir de sanctionner les médiateur-e-s dont le comportement contreviendrait aux règles cantonales³⁵⁵. Le serment peut prévoir l'engagement d'exercer la mission de médiateur-e dans le respect des lois, en toute indépendance, neutralité et impartialité, sans exercer une quelconque pression sur les personnes en litige destinée à obtenir leur adhésion à une entente qui ne serait pas librement consentie, de préserver le caractère secret (ou confidentiel) de la médiation, voire également de respecter les règles de déontologie³⁵⁶. Le libre choix du/de la médiateur-e n'est pas uniformément réglé par les cantons, certains limitant ce choix aux médiateur-e-s « autorisé-e-s »³⁵⁷. La prise en charge des frais est également réglementée en principe, soit dans les règlements sur la médiation soit sur les règlements d'assistance juridique/judiciaire³⁵⁸. Le canton de Fribourg a ainsi étendu la gratuité aux affaires non pécuniaires relevant du droit de la famille en général, avant l'introduction de l'art. 218 al. 2 CPC nouvelle teneur, si les conditions de l'assistance judiciaire sont remplies (art. 126-127 Loi du 31 mai 2010 sur la justice (LJ)).

Différent-e-s intervenant-e-s, juges et médiateur-e-s, se sont rencontré-e-s lors de l'assemblée générale 2015 de l'Association Suisse pour la médiation, afin de partager leurs expériences pratiques sur la médiation ordonnée ou recommandée. En conclusion, les expériences pratiques par les tribunaux suisses montrent une absence d'uniformisation, une délégation envisagée souvent trop tard et un réel besoin de coopération entre les tribunaux et les médiateur-e-s, coopération parfois difficile³⁵⁹.

La Confédération ne possède pas de données sur l'utilisation de la médiation et sa mise en œuvre concrète dans les procédures familiales en Suisse. Il n'a pas été donné suite à l'interpellation no 12.3558 « Comment la médiation est-elle utilisée dans les cantons? » déposée par le Conseiller national Alec von Graffenried le 14 juin 2012, le Conseil fédéral considérant, dans sa réponse du 5 septembre 2012, qu'il n'était pas pertinent de réclamer aux cantons les données sur les procédures de médiation énumérées dans l'interpellation en

354 Voir par exemple le canton de Vaud, dont le règlement sur les médiateurs civils agréés (RMCA) du 22 juin 2010 prévoit en son art. 7 al. 1 que « le médiateur agréé passera dès le début du processus une convention écrite avec les parties, qui rappellera notamment le droit de chaque partie de mettre fin à la médiation ».

355 Vaud et Fribourg prévoient par exemple que le médiateur doit être âgé de 30 ans au moins, avoir une expérience professionnelle d'au moins 5 ans, une formation suffisante en matière de médiation et l'absence d'inscription au casier judiciaire pour une infraction intentionnelle portant atteinte à la probité et à l'honneur (VD : art. 40 du code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010 - CDPJ; FR : art. 7 de l'Ordonnance du 6 décembre 2010 sur la médiation en matière civile, pénale et pénale pour les mineurs – OMed).

356 Voir art. 40 al. 4 CDPJ (VD) ou art. 9 OMed (FR) par exemple.

357 Voir art. 16 OMed (FR) par exemple.

358 La rémunération varie d'un canton à l'autre : le tarif horaire est compris entre CHF 150.- et 180.- par le canton de Vaud (art. 14 RMCA), CHF 150.- par le canton de Fribourg hors assistance juridique ou dans les affaires non pécuniaires relevant du droit de l'enfant et de la famille ou CHF 130.- en cas d'assistance juridique (art. 52 - Règlement sur la justice (RJ) du 30.11. 2010- RSF 130.11).

359 ASM, Expériences pratiques avec la médiation ordonnée ou recommandée, compte-rendu de l'Assemblée générale du 13 mars 2015, sur la page d'accueil de son site, consultée le 04.03.2017 : <http://familienmediation.ch/fr>

l'état, mais estimant que cette évaluation, souhaitable, ne serait possible qu'après quelques années d'application du CPC, une réflexion devant être menée dans cette optique³⁶⁰.

Le constat dressé à l'issue du colloque organisé le 29 mai 2013 par le Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation (GEMME) et le Centre de recherche sur les modes amiables et juridictionnels de gestion des conflits (CEMAJ) à Neuchâtel est réservé, en ce que « la médiation peine à trouver sa place dans la boîte à outils du juge complétée par le code de procédure civile du 18 décembre 2008, en vigueur depuis le 1er janvier 2011 »³⁶¹. Du côté des juges, le manque de temps ou de confiance dans les potentialités de la médiation est relevé, comme la méconnaissance de ses mécanismes ou les difficultés dans la ratification des accords de médiation. Du côté des avocat-e-s, est évoquée la crainte d'une perte de clients et de la maîtrise du dossier et du temps de la procédure. Des difficultés de mise en œuvre et un manque d'encadrement institutionnel et de moyens financiers sont aussi mentionnés.

Il semble en ressortir un besoin de clarification sur l'articulation juge-médiateur-e-parties, nécessaire à l'instauration de la confiance essentielle aux juges pour déléguer la cause en médiation, aux parties pour s'engager en médiation et aux médiateur-e-s pour accompagner les parties dans un processus qui s'inscrit dans un contexte judiciaire. Les dispositions fédérales contenues dans le CPC apparaissent trop peu précises pour organiser une articulation satisfaisante et une prise en charge des honoraires des médiateur-e-s cohérente. Les cantons ont prévu des normes complémentaires, mais les pratiques qui se développent en référence à ces normes génèrent des divergences, peu compatibles avec l'idée d'un code de procédure unifiée.

d) MODÈLES INTERDISCIPLINAIRES DE SOUTIEN AU CONSENSUS PARENTAL

En sus de la médiation, s'est développée en Suisse et à l'étranger une série d'autres modèles de soutien au consensus parental, dont quelques exemples seront exposés dans cette section.

Depuis 2005, ont été créées en Allemagne des procédures familiales qui impliquent, autour des parents qui se séparent, la coopération interdisciplinaire des autorités judiciaires, des avocat-e-s, des offices de protection de la jeunesse et des services de consultation familiale, avec pour objectif de permettre aux parents en conflit de trouver des solutions négociées pour répondre aux besoins des enfants. Le modèle à la base de ces systèmes de collaboration porte le nom de « modèle de Cochem », du nom de la ville qui a vu l'instauration d'un tel système. L'une de ces initiatives interdisciplinaires, consistant en une procédure familiale accélérée (« *das beschleunigte Familienverfahren* ») initiée dès 2007 à Berlin³⁶², a fait l'objet d'une mention spéciale dans le cadre du prix « Balance de cristal » 2014 de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ)³⁶³. Grâce à la mise en œuvre d'une équipe pluridisciplinaire (100 juges, 14'000 avocat-e-s et 12 offices de jeunesse), 70 %

³⁶⁰ Réponse du Conseil fédéral du 5 septembre 2012 à l'interpellation no 12.3558.

³⁶¹ Gemme, document consulté le 04.03.2017: http://www.gemme.ch/rep_fichier/2013_Colloque_GEMME_CEMAJ.pdf

³⁶² MÜLLER-MAGDEBURG 2009, 184 ss.

³⁶³ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/events/EDCJ/Cristal/Cristal2014_fr.asp.

des « plans parentaux » se font par consentement mutuel, sans nécessiter une décision judiciaire.

Le consensus des parents (« *Elternkonsens* »), également fondé sur le travail interdisciplinaire, est au centre du projet de Baden-Württemberg qui a lancé en juillet 2014 un site internet spécial destiné aux professionnels, aux parents et aux enfants (www.elternkonsens.de), avec des informations en 9 langues sur les procédures judiciaires, les équipes de travail interdisciplinaires et la possibilité de les contacter.

Inspirés par les modèles développés en Allemagne, les cantons de St-Gall et de Bâle-Ville ont mis sur pied des consultations imposées aux parents, résultant de la réflexion de groupes de travail interdisciplinaires (à Bâle-Ville : « *Netzwerk Kind* ») dont l'objectif bien compris est d'améliorer les processus existants mais aussi de développer de nouveaux instruments incluant toutes les personnes concernées par les situations familiales conflictuelles.

A Bâle-Ville, la consultation imposée (« *angeordnete Beratung* »), visant à désamorcer les conflits liés aux questions touchant les enfants, a été mise en place à partir de 2008 sur le modèle allemand³⁶⁴. Mesure de protection de l'enfant au sens de l'art. 307 al. 3 CC, elle est mise en œuvre par l'un des travailleurs sociaux du service de protection des mineurs cantonal (*Abteilung Kindes- und Jugendschutz*, aujourd'hui *Kinder- und Jugenddienst*), qui prend rapidement contact avec les parents et avec les enfants selon leur âge pour entamer le processus. Elle se différencie de la médiation en ce qu'elle est obligatoire, non confidentielle vis-à-vis du juge, orientée vers la solution et de courte durée.

La justice familiale à St-Gall a repris le concept bâlois de la consultation imposée (« *angeordnete Beratung* ») dans les procédures en mesures protectrices de l'union conjugale ou en divorce³⁶⁵. Le tribunal ou le juge familial peut décider d'instaurer un soutien à la famille afin que celle-ci comprenne les enjeux de la séparation (parents et les enfants) et puisse surmonter cette situation difficile dans l'intérêt de l'enfant et des parents, en élaborant une solution à l'amiable. Le soutien est apporté par une équipe du Service de psychiatrie enfantine de St-Gall (« *Kinder- und Jugendpsychiatrischer Dienst* »), par l'« *Institut für Forensisch-Psychologische Begutachtung* », ou par le service de protection de la jeunesse de St-Gall (« *Kinder- und Jugendhilfe* »). La présence des parents et des enfants lors des séances prévues est obligatoire. La procédure judiciaire est alors suspendue. Le processus, dont les coûts oscillent entre CHF 2'000.- et 3'000.-, dure entre 2 et 3 mois, avant une nouvelle audience devant le tribunal ou le juge. En cas d'échec d'une solution à l'amiable, l'instance judiciaire peut soit prendre une décision en présence du conseiller, soit demander des évaluations complémentaires.

4. CONCLUSION

En raison de l'importance de la communication pour la réussite de modèles de prise en charge de l'enfant qui reposent sur une coparentalité fonctionnelle après la séparation, tels que la garde alternée, le développement de modes interdisciplinaires de résolution de conflit

³⁶⁴ Banholzer/Diehl/Heierli/Klein/Schweighauser 2012, p. 111 ss.

³⁶⁵ Cf. *Angeordnete Beratung in familienrechtlichen Verfahren. Hilfsmittel der interdisziplinären Arbeitsgruppe „Zusammenarbeit in Kinderbelangen“ zu Händen betroffener Fachleute*, consulté le 04.03.2017: http://www.gerichte.sg.ch/home/dienstleistungen/nuetzliche_informationen/mitteilungen_zum_familienrecht/angeordnete_beratung.html

est prometteur. La médiation notamment est une méthode qui permet aux parents de retrouver une base de communication fonctionnelle à l'aide d'un-e médiateur-e professionnel-le, tenu-e à la neutralité, l'impartialité et l'indépendance.

L'analyse sociologique démontre néanmoins les limites de cette approche : la médiation, tout comme d'autres modes interdisciplinaires de résolution de conflit, repose sur une conception du conflit parental comme affaire privée et individuelle. A cause de cette vision individualiste du conflit parental, il se peut que les différences quant au réseau personnel à disposition au sein du couple séparé ou entre les différentes familles en situation de séparation ne soient pas considérées. La recherche psychosociale attire également l'attention sur les limites de la médiation s'il existe un rapport de violence ou de domination entre les parents séparés.

De nombreux pays européens et du *common law* favorisent déjà depuis les années 1990 les méthodes alternatives de résolution de conflit dans les litiges familiaux. Actuellement, il y a une tendance internationale vers la médiation imposée ou au moins vers une séance d'information obligatoire au sujet de la médiation. Les expériences sont positives mais démontrent aussi qu'il y a un risque non seulement de négliger le droit de l'enfant à participer à la procédure mais aussi de ne pas tenir compte de la diversité de modes de fonctionnement des familles après une séparation.

En Suisse, c'est seulement récemment, avec l'entrée en vigueur du nouveau Code de procédure civile³⁶⁶, que la Suisse a donné une base légale à la médiation dans les procédures en matière familiale. L'accès à la médiation pour le droit des enfants a en outre été consolidé par une volonté du législateur de la concevoir gratuite pour toutes les causes, non patrimoniales mais aussi patrimoniales depuis le 1^{er} janvier 2017, sous certaines conditions. En l'état, les praticiens de la médiation constatent un manque d'intégration de la médiation dans la pratique judiciaire cantonale. De nouveaux programmes de soutien au consensus parental (notamment la « consultation imposée ») que la pratique dans les cantons a développé à l'image de modèles étrangers, semblent être couronnés de plus de succès. Il serait souhaitable d'évaluer ces programmes du point de vue de la durabilité des solutions trouvées, de leur impact sur le conflit parental et le bien-être de l'enfant, de la participation de l'enfant dans le processus de prise de décision, ainsi que de leur accessibilité pour une diversité de familles séparées.

●
³⁶⁶ Cf. également la Loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes (RS 211.222.32).

IV. LES CONDITIONS MATÉRIELLES ET STRUCTURELLES

1. INTRODUCTION

La garde alternée est un mode d'organisation de la coparentalité après une séparation qui est non seulement exigeante au niveau de l'interaction des parents, mais qui dépend aussi de certaines conditions matérielles et structurelles. 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. Sur la base de ce constat, ce chapitre analysera les expériences d'autres pays concernant les 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-partenaires et parents. Il sera aussi question des structures d'accueil et de prise en charge de l'enfant et finalement de la direction générale des politiques familiales en Suisse. Ensuite, il s'agira d'analyser, du point de vue du droit Suisse, le lien entre l'organisation de la prise en charge de l'enfant après la séparation des parents et la réforme du droit de l'entretien de l'enfant, ainsi que les possibles obstacles à la garde alternée émanant du droit relatif aux prestations sociales et du droit fiscal.

2. PERSPECTIVE SOCIOLOGIQUE

De nombreuses données portant sur la garde partagée relèvent que ce mode de garde est de plus en plus fréquent, que ce soit aux États-Unis, au Canada ou en Europe³⁶⁷. Ces changements témoignent d'une évolution dans les valeurs et les normes sociales concernant la famille, celles-ci étant davantage portées vers l'égalité des genres, se manifestant par l'intégration croissante des mères sur le marché du travail et l'importance accrue du rôle de père dans la famille³⁶⁸. Les pratiques familiales confirment, en effet, ce changement puisque, ces dernières décennies, les hommes s'investissent davantage dans leur rôle de père, en passant davantage de temps avec leurs enfants³⁶⁹.

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 et en Occident, des études plus spécifiques montrent que ce mode de garde est inégalement distribué dans la population, puisqu'il est avant tout appliqué 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

●
³⁶⁷ BAUSERMAN 2002; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BERGER/BROWN/JOUNG/MELLI/WIMER 2008; BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015; CARRASCO/DUFOUR 2015; NIELSEN 2014.

³⁶⁸ BAUSERMAN 2002; CÔTÉ 2000; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BERGER/BROWN/JOUNG/MELLI/WIMER 2008; NIELSEN 2014.

³⁶⁹ BERGER/BROWN/JOUNG/MELLI/WIMER 2008; SAYER/BIANCHI/ROBINSON 2004.

financier³⁷⁰. L'insécurité économique, notamment lorsqu'aucun des parents ne travaille à plein temps, est négativement associée à la garde alternée³⁷¹. La garde alternée demande donc pour être soutenue sur le long terme une certaine aisance financière. Elle requiert également des parents un *habitus* 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 élevé³⁷². 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. Si la mère ne l'est pas totalement, son niveau d'études lui assurera, après la séparation ou le divorce, davantage de possibilités de travail rémunéré que la mère sans formation³⁷³. 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 et sont, dès lors, davantage susceptibles, après la séparation, de dégager du temps pour s'occuper des enfants. 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 féminines³⁷⁴. 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 populaires³⁷⁵. 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 couple³⁷⁶. 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'institution³⁷⁷.

Une autre explication a trait aux coûts financiers de la garde alternée ; celle-ci est plus chère pour les parents que la garde unique³⁷⁸. Elle implique, en effet, des frais fixes doublés : deux logements séparés, deux sets d'ameublements, des frais de transports, loisirs, des vêtements, des jouets, parfois, du matériel scolaire à double³⁷⁹. 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'enfants³⁸⁰. 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

●
³⁷⁰ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015; CANCIAN/MEYER 1998.

³⁷¹ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005.

³⁷² JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; CANCIAN/MEYER 1998.

³⁷³ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005.

³⁷⁴ CÔTÉ 2000; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; LIMET 2009b; MACCOBY/MNOOKIN 1992.

³⁷⁵ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; LIMET 2009b.

³⁷⁶ CÔTÉ 2000; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005.

³⁷⁷ BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015; JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005.

³⁷⁸ CÔTÉ 2000.

³⁷⁹ CÔTÉ 2000; LIMET 2009b; NEYRAND 2015.

³⁸⁰ JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON 2005; BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

logements. Cependant, dans les faits, c'est souvent difficile, et cela même 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 de l'enfant à disposition soit drastiquement réduit puisque la taille du ménage est plus réduite, sauf en cas de remise en couple³⁸¹. Dans certains pays, cependant, on relève une disparité entre les logements des pères et mères, celles-ci ayant généralement un logement plus petit que celui des hommes, reflétant les inégalités de revenus, en moyenne plus élevés chez les hommes³⁸². 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% lorsqu'elles ont la garde exclusive. Quant aux hommes, 1% touchent une pension alimentaire en garde alternée et 15% quand ils ont la garde exclusive³⁸³. 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 alternée³⁸⁴.

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. La théorie du statut-mâitre, utilisée dans la recherche sur le parcours de vie³⁸⁵, explique cette différenciation sexuée des domaines de vie comme la résultante à la fois de normes sexuées intériorisées au sein de la famille mais aussi de contraintes structurelles et institutionnelles encourageant la division genrée du travail professionnel et domestique. Conformément à cette perspective, le marché du travail et les normes sociales, ainsi que l'organisation de certaines institutions, telles que celles qui s'occupent de la petite enfance³⁸⁶, définissent en Suisse, aujourd'hui encore, la famille comme le domaine de responsabilité privilégié des femmes et la carrière professionnelle, comme celui des hommes. Par conséquent, l'insertion des mères sur le marché du travail est perçue comme secondaire à celui des pères, tout comme l'engagement des hommes dans la sphère familiale est perçu comme secondaire à celui des mères. Les effets du statut-mâitre sur le parcours de vie des parents sont clairs : mères et pères poursuivent des parcours de vie différents, genrés. Les pères, en effet, dont le rôle est défini par les institutions et les normes sociales dominantes comme celui de

381 BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

382 BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

383 BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

384 BONNET/GARBINTI/SOLAZ 2015.

385 KRÜGER/LEVY 2001; LEVY/WIDMER/KELLERHALS 2002; WIDMER/RITSCHARD 2009.

386 BONOLI/REBER 2010.

pourvoir aux besoins économiques de la famille, s'investissent principalement dans leur carrière professionnelle alors que les mères, d'abord définies par ces mêmes institutions et normes sociales dans leurs rôles de « mère » et d'« épouse », prennent davantage en main la vie familiale³⁸⁷.

Ces normes sociales, genrées, deviennent particulièrement manifestes lors de la naissance du premier enfant, et cela même si les deux partenaires partagent, a priori, des valeurs égalitaires au sein de leur couple³⁸⁸. Véhiculées par le réseau personnel (parents, fratrie, amis, etc.) qui entoure le couple devenu « parents », ces normes sociales incitent les deux partenaires à s'investir dans la sphère de vie qui leur est socialement attribuée³⁸⁹. Ainsi, dès la naissance de l'enfant, les femmes réduisent leur temps de travail et tendent à privilégier des emplois à temps partiel, relativement peu rémunéré, pour s'investir davantage dans la vie familiale³⁹⁰. Selon les statistiques récentes de l'Office fédéral de la statistique, cette situation est particulièrement fréquente en Suisse aujourd'hui puisque, dans un couple sur deux (47%), 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. Si l'enfant le plus jeune a entre 7 et 14 ans, la part des mères travaillant à un taux d'occupation entre 1 et 49 % augmente (27%) alors que, si le dernier-né a entre 15 et 24 ans, c'est la proportion des mères travaillant à des taux plus élevés, entre 50 et 89 %, qui s'accroît (26%). La part des couples dans lesquels les deux partenaires travaillent à plein temps est d'environ 11%. En revanche, la proportion des couples où les deux partenaires travaillent à temps partiel est un modèle nettement moins répandu que les autres (6%)³⁹¹. Outre la prégnance du statut-maître, la réduction ou l'arrêt du travail féminin se justifie aussi par le maintien du meilleur salaire, à savoir très généralement celui du père. En effet, l'insertion des mères sur le marché du travail est – même à plein temps – inférieure à celle des pères, tant le marché de l'emploi est sexué, à savoir hiérarchisé en faveur des hommes. Elles occupent des professions généralement moins valorisées (métiers du social, soins, éducation, accueil et domestique) – exigeant des formations de plus courte durée, et moins qualifiantes que les professions dites « masculines » (techniques ou scientifiques) – et sont, pour le même taux de travail, moins payées et ont peu de perspectives de carrière professionnelle³⁹². A noter, par ailleurs, que même à un niveau de qualification égal, les femmes encore aujourd'hui gagnent moins, en moyenne, que les hommes³⁹³.

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

387 KRÜGER/LEVY 2001. LEVY/GAUTHIER/WIDMER 2006; LEVY/WIDMER/KELLERHALS 2002; WIDMER/RITSCHARD 2009.

388 GIUDICI/WIDMER 2015; LEVY 2013.

389 GIUDICI/WIDMER 2015.

390 WIDMER/LEVY/HAMMER/POLLIEN/GAUTHIER 2003; WIDMER/RITSCHARD 2009; GIUDICI/WIDMER 2015.

391 OFS 2016.

392 LEVY 2013.

393 BFEG/OFS 2013.

parcours professionnel relativement linéaire et uniforme, axé sur la carrière³⁹⁴. Alors que certaines s'insèrent pleinement sur le marché du travail (parcours « plein-temps »), d'autres ne s'y insèrent que partiellement soit en réduisant leur temps de travail à l'arrivée des enfants (parcours « temps-partiel ») soit en suspendant temporairement leur activité professionnelle jusqu'à ce que les enfants soient grands (parcours « reprise »), soit en cessant définitivement leur activité professionnelle pour se centrer complètement sur la vie de famille (parcours « foyer »)³⁹⁵. Précisons que seules les femmes qui ont un niveau d'éducation supérieur tendent à maintenir un taux élevé d'activité professionnelle, et cela même après la naissance de leur enfant. Les femmes non universitaires en Suisse ont encore aujourd'hui moins de chances de suivre, tout au long de leur vie, une trajectoire professionnelle à plein temps, à l'image de celle des hommes³⁹⁶. Ainsi, contrairement aux parcours de vie masculins, peu perturbé par les contraintes familiales, les trajectoires professionnelles féminines sont en Suisse majoritairement modelées par la vie familiale, tributaire des événements qui rythment la famille (naissances, soins aux enfants, prise en charge des parents âgés, etc.). Elles sont, de ce fait, entrecoupées, marquées par des temps d'arrêt importants, voire définitifs, impliquant des changements de postes et de taux de travail, en d'autres termes, par l'instabilité et la discontinuité. Ceci a des conséquences non négligeables sur le revenu des mères et génère une insécurité économique en cas de séparation ou de divorce³⁹⁷. A noter que ces tendances touchent aussi les cohortes récentes de nouveaux parents et, à l'exception des femmes dont le niveau d'éducation est élevé, tous les milieux socio-économiques, ce qui confirme la force du statut-maître en Suisse³⁹⁸. Sur l'ensemble des dimensions socio-économiques, les femmes sont largement défavorisées par rapport aux hommes : elles ont un statut socio-professionnel plus bas ; elles gagnent moins et connaissent davantage d'instabilité socio-professionnelle que les hommes. 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.) égale des deux parents s'avère, dans la structure inégalitaire du marché de l'emploi en Suisse, des plus difficiles pour l'ensemble des femmes, et plus encore pour celles qui sont issues des milieux populaires. Sans l'apport de pensions alimentaires, celles-ci n'ont certainement pas les ressources économiques requises pour subvenir, seules, à leurs besoins et à ceux de leurs enfants, et cela même si elles travaillent à plein temps.

c) STRUCTURES D'ACCUEIL ET DE PRISE EN CHARGE DE L'ENFANT

Au-delà de la prégnance des normes sociales et des inégalités structurelles, d'autres facteurs tels que la faiblesse ou le coût élevé des offres d'accueil des enfants en dehors de la sphère familiale poussent les femmes à réduire leur temps de travail afin de s'occuper des enfants³⁹⁹. Certaines données récentes – récoltées dans des régions de Suisse alémanique où l'offre d'accueil est particulièrement faible – révèlent que plus les places d'accueil augmentent, plus s'accroît le nombre de mères professionnellement actives à plein temps, quels que soient leur profil socio-démographique et le contexte économique et culturel dans lequel elles vivent. Par ailleurs, plus l'offre d'accueil est développée, plus les pères réduisent leur taux de

³⁹⁴ WIDMER/RITSCHARD 2009.

³⁹⁵ LEVY/GAUTHIER/WIDMER 2006.

³⁹⁶ WIDMER/RITSCHARD 2009.

³⁹⁷ WIDMER/RITSCHARD 2009.

³⁹⁸ GIUDICI/WIDMER 2015.

³⁹⁹ FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN 2013; Levy 2013; Conseil Fédéral, 2015.

travail. Ainsi, une offre de structures d'accueil extra-familial de bonne qualité, accessible à tous et financièrement abordable, constitue un facteur important dans le choix du taux de travail tant des femmes que des hommes, et contribue ainsi à favoriser l'égalité entre hommes et femmes⁴⁰⁰, et est susceptible de rendre la garde alternée après la séparation ou le divorce plus aisée.

Cependant la Suisse est loin du compte tant les structures d'accueil formelles pour les enfants – telles que les crèches, les structures parascolaires, les structures d'accueil de jour, les garderies et les cantines scolaires, etc. – sont peu développées, coûteuses, peu flexibles (par rapport aux horaires du travail) et varient fortement selon les cantons⁴⁰¹. Selon le droit fédéral, elles sont soumises à la surveillance cantonale (art. 12 OPE)⁴⁰², et la qualité des structures est réglementée à l'échelle communale et cantonale, mais il n'y a aucune réglementation sur la qualité de la prise en charge éducative, même au niveau fédéral⁴⁰³. Contrairement à d'autres pays européens qui considèrent l'accueil extra-familial et parascolaire comme faisant partie de l'éducation et donc comme une affaire d'État, la prise en charge des enfants, en Suisse, est encore aujourd'hui considérée comme une question largement privée, de la responsabilité principale des parents, et avant tout des mères⁴⁰⁴. Or, en cas de séparation ou de divorce, ces structures d'accueil extra-familial constituent une aide importante pour les parents, et qui plus est pour les mères, qui doivent reprendre une activité professionnelle, ou augmenter leur taux de travail, afin d'acquérir ou de retrouver une certaine indépendance économique et d'entretenir leurs enfants. De fait, leur investissement sur le marché du travail est tributaire des offres de garde formelle. Si ces offres sont onéreuses ou peu flexibles, de nombreuses femmes ne peuvent y recourir efficacement, ce qui retarde la reprise de leur activité professionnelle. En l'absence de telles structures d'accueil, la mise en œuvre d'une garde alternée est donc compromise, les femmes ne pouvant envisager de manière sereine leur insertion sur le marché du travail.

d) LES POLITIQUES FAMILIALES EN SUISSE

La politique familiale en Suisse repose sur les principes du fédéralisme et de la subsidiarité; la Confédération est amenée à légiférer pour soutenir financièrement des mesures de tiers (cantons, communes, organisation privées)⁴⁰⁵, mais elle n'édicte pas une politique familiale globale, engagée⁴⁰⁶. Elle s'inscrit plutôt dans le « laisser-faire », et elle intervient principalement lorsque le marché économique et la famille ne parviennent plus à répondre aux besoins (économiques) des individus⁴⁰⁷. La Suisse se différencie, donc, clairement des pays à régime familialiste (comme l'Italie) qui privilégie la famille sous sa forme classique (mère au foyer et père, gagne-pain) en offrant de multiples aides financières (congé maternité ou

400 FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN 2013.

401 FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN 2013; Conseil Fédéral 2015; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

402 Ordonnance sur le placement d'enfants (SR 211.222.338).

403 ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

404 ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

405 Conseil Fédéral 2015.

406 FUX 2002; LEVY 2013; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

407 FUX 2002.

parental payé) qui incitent les mères à se consacrer pleinement à leur famille. Elle se distingue aussi des pays à régime étatiste (comme la Suède) qui promeuvent, au contraire, un modèle d'égalité entre hommes et femmes en encourageant le développement de multiples services (structures de garde de qualité, conditions flexibles du travail) qui permettent tant aux hommes qu'aux femmes de concilier aisément vie professionnelle et familiale⁴⁰⁸. La Suisse fait partie des pays à régime libéral, individualiste, en matière de politiques familiales⁴⁰⁹. Les familles sont perçues comme autonomes, et relèvent, en ce sens, du domaine du privé, dans lequel l'État veut s'immiscer le moins possible; pour preuve le refus du 2 mars 2013 (par les cantons) de l'article constitutionnel sur la politique familiale visant, entre autres, à obliger la Confédération et les cantons à pourvoir à des structures d'accueil extra-familial et parascolaire appropriées et abordables⁴¹⁰. De fait, comparées à d'autres pays européens, les dépenses allouées par la Confédération aux politiques familiales sont relativement modestes⁴¹¹. La Confédération a, certes, depuis 2003, lancé un programme d'« impulsion » permettant de développer des aides financières aux structures d'accueil extra-familial (programme reconduit jusqu'à 2019) ou de projets de soutien aux parents (projet bons de garde), et s'est engagée à donner l'exemple, en tant qu'employeur, en favorisant le temps partiel, le travail à distance et la possibilité de réduire – aussi bien pour les femmes que pour les hommes – le taux de travail après la naissance d'un enfant, et en apportant un soutien financier aux frais de garde de ses collaborateurs⁴¹². Bien que le programme d'« impulsion » ait permis d'ouvrir de nombreuses places d'accueil, l'écart entre l'offre et la demande demeure encore important aujourd'hui en Suisse⁴¹³. Les structures d'accueil extra-familial ne sont pas suffisantes et demeurent financièrement difficilement accessibles pour un grand nombre de familles⁴¹⁴. Les frais de garde sont tels qu'ils incitent certaines mères à rester à la maison⁴¹⁵.

Au vu de telles conditions structurelles, il revient donc aux parents, considérés comme responsables de leur vie familiale, de s'organiser, selon leur revenu et leurs possibilités, pour concilier au mieux vie professionnelle et familiale. En l'absence de politiques familiales qui favorisent le maintien de l'activité professionnelle féminine – comme l'accès facilité à des offres de garde extra-familiale ou l'égalité salariale – c'est dans les faits principalement aux femmes qu'il est demandé de trouver une solution, avec les moyens dont elles disposent (financiers, familiaux, etc.)⁴¹⁶, ce qui explique la forte diversité des parcours de vie féminins⁴¹⁷. Celles-ci peuvent s'appuyer, dans une certaine mesure, sur leur réseau personnel pour chercher du soutien (par exemple : grands-parents gardiens)⁴¹⁸. Les données 2007 de

●
⁴⁰⁸ FUX 2002; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴⁰⁹ FUX 2002; LEVY 2013.

⁴¹⁰ Conseil Fédéral 2015.

⁴¹¹ ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴¹² Conseil Fédéral 2015; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴¹³ Conseil Fédéral 2015.

⁴¹⁴ Conseil Fédéral 2015, LEVY 2013.

⁴¹⁵ Conseil Fédéral 2015; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴¹⁶ GIUDICI/WIDMER 2015; FUX 2002; LEVY 2013; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴¹⁷ FUX 2002; LEVY/GAUTHIER/WIDMER 2006; WIDMER/RITSCHARD 2009.

⁴¹⁸ FUX 2002; FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN 2013; ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

L'Enquête suisse sur la population active (ESPA) confirment effectivement que les enfants sont d'abord confiés aux membres de la parenté (52% des couples avec enfants), tels que les grands-parents, ensuite les crèches ou garderie (27%), ou mamans de jour (15%)⁴¹⁹. Ce recours à l'aide informelle décharge, en quelque sorte, les États à régimes libéraux, comme la Suisse, ou qui rencontrent des difficultés économiques. Celui-ci leur évite de développer des offres de structures d'accueil extra-familial particulièrement coûteuses⁴²⁰. Or, les réseaux personnels des nouveaux parents – composés, pour la plupart, de la famille ou des amis – prônent, dans la majorité des cas, les normes dominantes et incitent ainsi les mères à davantage réduire leur temps de travail pour s'occuper de leurs enfants⁴²¹. Celles-ci le font, donc, avec le risque majeur de se retrouver dans une situation difficile en cas de séparation ou de divorce, voire de tomber dans la pauvreté, et cela d'autant plus si elles ont la garde de leur(s) enfant(s)⁴²².

Au vu de ces circonstances, la garde alternée semble difficile à mettre en œuvre pour un bon nombre de parents séparés ou divorcés en Suisse. Les inégalités structurelles entre hommes et femmes générées par le contexte socio-économique suisse ne permettent pas aux mères ni aux pères séparés ou divorcés de contribuer à part égale à la prise en charge effective des enfants dans la vie quotidienne ni à prétendre à une égalité économique. De ce point de vue, l'imposition de la garde alternée comme modèle unique, tablant sur une égalité forte entre les parents dans la prise en charge des enfants après la séparation ou le divorce, est à même de donner lieu à des stress importants pour des nombreux parents, qui iraient à l'encontre de l'intérêt de l'enfant, notamment dans les milieux populaires où les femmes ont moins de capital de formation à faire valoir sur le marché du travail, et où les hommes sont plus attachés à une conception traditionnelle de leur rôle familial, comme pourvoyeur de ressources économiques. La généralisation de la garde alternée demande une reconfiguration institutionnelle et normative de la société suisse qui ne semble pas être réalisable dans le court terme.

3. CADRE JURIDIQUE

L'orientation générale des politiques familiales en Suisse se manifeste également dans le cadre juridique. Le droit de l'entretien, qui vient d'être réformé, est primordial dans ce contexte, dans la mesure où il répartit les coûts directs et indirects de l'enfant entre les deux parents. Le droit relatif aux prestations sociales et le droit fiscal revêtent également une grande importance, mais ne pourront pas être abordés de manière approfondie dans le cadre du présent rapport.

a) LA GARDE ALTERNÉE ET LA RÉFORME DE L'ENTRETIEN DE L'ENFANT

Le 1^{er} janvier 2017, le nouveau droit de l'entretien de l'enfant est entré en vigueur⁴²³. La problématique qui se trouve à l'origine de cette réforme est l'inégalité de traitement entre l'enfant de parents divorcés et celui de parents non mariés séparés. Cette inégalité tient à

⁴¹⁹ ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI 2008.

⁴²⁰ GIUDICI/WIDMER 2015.

⁴²¹ GIUDICI/WIDMER 2015.

⁴²² GIUDICI/WIDMER 2015.

⁴²³ Code civil suisse (Entretien de l'enfant), modification du 20 mars 2015, RO 2015 4299.

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), alors qu'une telle contribution n'existait pas sous l'ancien droit pour un parent non marié, qui devait donc assumer seul son propre entretien, à l'exception, pour la mère, d'un droit au versement des frais d'entretien pour les quatre semaines précédant et les huit semaines suivant la naissance (art. 295 al. 1 ch. 2 CC). L'ex-partenaire non marié 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'enfant⁴²⁴.

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 ». L'art. 285 CC sur la détermination de la contribution d'entretien a été modifié dans ce sens. 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 et l'habillement, ainsi que toutes les autres dépenses allant dans l'intérêt de l'enfant, comme les primes de caisse-maladie, les écolages et le coût des activités de loisirs. Font aussi partie des coûts ceux résultant d'une prise en charge externe de l'enfant (maman de jour, crèche, etc.)⁴²⁵. Le nouveau droit y ajoute un nouveau critère : « La contribution d'entretien sert aussi à garantir la prise en charge de l'enfant par les parents et les tiers » (art. 285 al. 2 CC, cf. également art. 276 al. 2 CC), soit les coûts « indirects ».

Pour les parents mariés et divorcés, ce qui est nouveau, c'est que le calcul du coût de la prise en charge de l'enfant doit désormais être effectué dans le cadre de la fixation de la contribution d'entretien destinée à l'enfant et non de la contribution d'entretien du conjoint ou de l'ex-conjoint. Pour les parents non mariés, les coûts de la prise en charge ne faisaient pas partie du calcul, et le nouveau droit amène dans beaucoup de cas une augmentation de la contribution d'entretien pécuniaire due à l'enfant. Selon le Conseil fédéral, le but de la présente révision est de permettre à chaque enfant de bénéficier de la meilleure prise en charge possible. Il ne s'agirait donc 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, indépendamment du statut des parents⁴²⁶. Notamment, en cas de répartition inégale des rôles parentaux avant la séparation ou le divorce, le parent qui s'occupait des enfants pourrait ainsi continuer à le faire grâce au montant de prise en charge intégré dans la contribution de l'enfant. L'organisation familiale mise en place avant la fixation de la contribution d'entretien apparaît ainsi déterminante⁴²⁷.

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 enfants⁴²⁸. Le Conseil fédéral constate qu'il manque pour l'heure une méthode convaincante

●
⁴²⁴ Rapport explicatif 2012, n. 1.3 ss ; Message 2013, n. 1.3.1.

⁴²⁵ Cf. Message 2013, n. 1.3.1.

⁴²⁶ Message 2013, p. 533, n. 1.5.2.

⁴²⁷ Cf. SPYCHER 2016, p. 19 ss.

⁴²⁸ Message 2013, p. 522.

pour estimer la valeur monétaire de la prise en charge des enfants. Le Message renvoie au pouvoir d'appréciation des juges pour trouver une solution adaptée au cas d'espèce. Le Conseil fédéral recommande néanmoins de déterminer la contribution de prise en charge sur la base des frais de subsistance du parent qui prend en charge l'enfant pour lui permettre d'assurer ses propres besoins tout en s'occupant de l'enfant⁴²⁹. Seul le temps correspondant au renoncement d'une activité professionnelle doit en tous les cas être pris en compte, et non le temps libre (week-end par exemple)⁴³⁰.

Se pose plus particulièrement la question de la détermination des contributions d'entretien des deux parents dans le contexte de la garde alternée. Le Conseil fédéral distingue la garde alternée, impliquant une prise en charge plus ou moins égale, et la garde partagée, qui serait une garde commune mais avec des temps de prise en charge variables, comme par exemple quatre jours pour un parent et trois jours pour l'autre⁴³¹. Comme nous l'avons souligné plus haut, nous admettons que le Parlement fédéral a opté pour une définition plus large de la garde alternée, à partir d'un partage 30-70⁴³².

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 le droit encore en vigueur, la garde de l'enfant détermine 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 nouvel art. 276 CC, portant sur l'objet et l'étendue de l'obligation d'entretien des père et mère, ne contient plus la référence à la garde en tant que critère de répartition des prestations d'entretien entre les parents. Prenant acte que nombre de situations impliquent pour les deux parents une obligation d'entretien en nature *et* en espèces, indépendamment de l'attribution de la garde, le législateur a supprimé ce critère à l'art. 276 CC, mais également à l'art. 285 CC, relatif à la détermination de la contribution d'entretien⁴³³. Une modification de l'art. 289 al. 1 (in fine) CC permet au juge de préciser dans des cas de garde alternée, à quel parent doit se faire le paiement de la contribution pécuniaire⁴³⁴. 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,⁴³⁵ et souligne la difficulté de l'application des méthodes de calculs existants – qui reposent tous sur un modèle de répartition des tâches inégalitaire – dans les situations de garde alternée⁴³⁶.

Le Message 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. Si les prestations en nature fournies par les parents sont équivalentes, les autres prestations doivent être réparties en fonction des possibilités et des ressources de chaque parent⁴³⁷. Il se trouve ici le lien avec

●
⁴²⁹ Message 2013, p. 535 s.

⁴³⁰ Message 2013, p. 536.

⁴³¹ Message 2013, n. 2.1.3, p. 553.

⁴³² Cf. ci-dessus, chapitre « I. Coparentalités », sous-chapitre « 3.d) La garde alternée ».

⁴³³ Message 2013, n. 2.1.1., p. 553.

⁴³⁴ Message 2013, n. 2.3, p. 562.

⁴³⁵ Pour des calculs concrets en situation de garde alternée cf. JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER 2017, p. 170 s., 192 s. ; STAUDMANN 2016, p. 447 s.

⁴³⁶ Cf. SPYCHER 2016, p. 1 ss.

⁴³⁷ Message 2013, n. 2.1.3, p. 557.

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 se montrent les limites de la répartition des coûts directs et indirects de l'enfant entre les parents : 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 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, il se pose aussi la question du maintien du niveau de vie⁴³⁸ : si, avant la séparation, le couple avait pratiqué une répartition traditionnelle des tâches avec des disparités importantes de capacité de gain entre les deux partenaires, et qu'au moment de la séparation le parent qui avait une activité rémunérée à plein temps réduit son temps de travail pour pouvoir participer à la prise en charge de l'enfant, le niveau de vie de la famille séparée va diminuer, étant donné que l'autre parent n'arrivera pas à compenser la perte de revenu par une augmentation du temps de travail.

C'est la situation financière précaire qui posera le plus de problème. Le contexte général est le suivant : la réforme n'a – malgré les critiques – pas changé le principe que le minimum vital du parent débiteur doit être préservé. Par conséquent, c'est le parent créancier qui supporte le déficit résultant de la différence entre les ressources disponibles et le montant total des besoins d'entretien et se voit obligé de recourir à l'aide sociale. Ce parent rencontre plusieurs désavantages, notamment il contracte une dette personnelle qu'il devra rembourser lorsque sa situation financière s'améliorera, si le droit cantonal en matière d'aide sociale le prévoit⁴³⁹. La situation pourrait, selon le Conseil fédéral, être améliorée par une coordination plus efficace entre les contributions d'entretien fondées sur le droit civil et le soutien financier fourni par la collectivité publique, que ce soit sous la forme des avances alimentaires ou de l'aide sociale. Comme le législateur fédéral n'a pas la compétence d'assurer cette coordination, le droit de l'assistance publique étant du ressort des cantons, le Conseil fédéral a renoncé à une telle coordination⁴⁴⁰. La réforme introduit cependant des mesures ponctuelles pour améliorer la position des enfants dans les situations de déficit. Notamment, dans toute décision ou convention doit figurer le montant de la contribution pécuniaire à la charge des pères et mères, calculée selon leur capacité contributive et le montant qui fait défaut pour un entretien convenable de l'enfant (art. 287a CC). Cela facilite non seulement une modification de la contribution d'entretien pour le futur, si la situation patrimoniale du débiteur de la contribution pécuniaire venait à s'améliorer de manière « notable » (art. 286 CC), mais permet aussi à l'enfant de demander ultérieurement le versement de la différence

●
⁴³⁸ 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 p. 289 s.; arrêts TF 5A_100/2012, du 30 août 2012, consid. 6.1, 5A_234/2011 du 21 novembre 2011 consid. 4.4.1 et 5A_220/2010 du 20 août 2010 consid. 2.1).

⁴³⁹ Message 2013, n. 1.3.3, p. 524.

⁴⁴⁰ Message 2013, p. 512 s.

entre le montant reçu et celui nécessaire à son entretien convenable, si la situation du parent débiteur devait s'améliorer de manière «exceptionnelle» (art. 286a CC)⁴⁴¹.

Le pendant de la préservation du minimum vital du débiteur de l'entretien est la possibilité d'admettre un revenu hypothétique : selon cette jurisprudence, lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents, ou les deux, ne fournissent pas tous les efforts que l'on peut attendre d'eux pour assumer leur obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien, et imputer un revenu hypothétique supérieur, tant au débiteur de l'entretien qu'à l'autre parent. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations à l'égard du mineur⁴⁴².

Il se pose donc la question de la détermination des contributions d'entretien des deux parents en cas de garde alternée dans une situation financière de déficit. Partons encore une fois de l'idée d'une répartition « traditionnelle » des tâches avant la séparation ou le divorce. Une réduction du taux d'activité lucrative du débiteur entraîne une réduction supplémentaire des moyens disponibles, qui ne peut pas être compensée dans tous les cas par une augmentation du temps de travail rémunéré de l'autre parent, notamment à cause des parcours de vie et trajectoires professionnelles genrés que nous avons décrits plus haut⁴⁴³. Un déficit risque ainsi d'apparaître ou d'augmenter, créant un conflit entre l'intérêt 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'intérêt d'éviter une dette d'aide sociale trop grande du parent créancier, en règle générale de la mère⁴⁴⁴. 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 pays⁴⁴⁵.

Finalement, dans le contexte de la garde alternée, 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*)⁴⁴⁶, la fixation de ces frais pourrait 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 transparence⁴⁴⁷.

●
⁴⁴¹ Message 2013, n. 1.5.4, p. 540 s.

⁴⁴² ATF 128 III 4 consid. 4a; arrêts du TF 5A_165/2013 du 28 août 2013 consid. 4.1; 5A_99/2011 du 26 septembre 2011 consid. 7.4.1 ; 5A_874/2014, du 8 mai 2015.

⁴⁴³ Ci-dessus, sous-chapitre « b) Egalité en Suisse ? Parcours de vie et trajectoires professionnelles genrés ».

⁴⁴⁴ Cf. aussi GEISER 2013, 200 ss.

⁴⁴⁵ Ci-dessus sous-chapitre « 2.a) La garde alternée: un mode de garde coûteux ».

⁴⁴⁶ Cf. Message 2013, n. 2.1.1., p. 553.

⁴⁴⁷ 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 dépasserait le cadre du présent rapport. Nous nous contenterons de mentionner 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, impôts⁴⁴⁸.

Pour l'octroi d'*allocations familiales*, le principe est que chaque enfant donne droit à une seule allocation. L'art. 7 LAFam⁴⁴⁹ 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 LAFam). 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 LAFam), 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)⁴⁵⁰, 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 logement⁴⁵¹.

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 qui a le revenu le plus élevé viole, dans une telle constellation, le principe de la capacité économique verticale⁴⁵². Une initiative parlementaire déposée par Philippe Nantermod, au titre de « Garde partagée. Répartir la déduction pour les enfants mineurs entre les parents » (16.406), tend à corriger l'impossibilité, dans les situations de garde alternée, de répartir la déduction pour les enfants mineurs entre les deux parents selon l'art. 35 LIFD⁴⁵³, si l'un des parents demande la déduction d'une contribution d'entretien pour l'enfant selon l'art. 33 al. 1 let. c LIFD (art. 35 al. 1 let. a LIFD).

448 Pour le calcul de l'aide sociale en cas de garde alternée cf. ZIÖRJEN 2014, 10.

449 Loi sur les allocations familiales (RS 836.2).

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

451 Cf. pour les détails la Pratique administrative de l'office du logement PA/L/030.02, consulté le 04.03.2017 : https://www.ge.ch/logement/pdf/PA_L_030_02.pdf.

452 ATF 141 II 338 cons. 3 à 7.

453 Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (RS 642.11).

Il est donc nécessaire de coordonner les différents critères 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.

4. CONCLUSION

En conclusion, les conditions sociales actuellement prédominantes en Suisse rendent à notre sens irréaliste la généralisation de la garde alternée. Les inégalités économiques entre hommes et femmes, générées par des trajectoires professionnelles divergeant radicalement après la naissance du premier enfant, rendent l'établissement d'une égalité des investissements dans le travail familial -- ce que sous-entend la garde alternée -- très difficile à établir. Seuls les parents issus de milieux privilégiés sont en mesure d'y parvenir, ayant les moyens nécessaires pour s'organiser (logements rapprochés, solution privée de prise en charge des enfants, assouplissement des horaires de travail sans conséquences désastreuses pour le niveau de vie des enfants, etc.).

Les politiques familiales en Suisse tablent sur le postulat que la famille ressort pour l'essentiel de la vie privée et que l'État ne doit intervenir qu'en dernier recours. La faiblesse des mesures de prise en charge de la petite enfance, la disparité de salaires entre les professions majoritairement occupées par les femmes et celles principalement occupées par les hommes, et les statuts-mâtres distincts pour les hommes et les femmes soutenus par les normes sociales et les arrangements institutionnels donnent lieu à une inégalité socio-économique importante entre les parents. Cette inégalité peut paraître non problématique tant que le couple, marié ou non, perdure. Cependant, quand la séparation survient, l'inégalité socio-économique entre hommes et femmes générée par la parentalité révèle ses effets négatifs en plaçant la femme (dans bien des cas) dans une situation de vulnérabilité socio-économique par son manque d'investissement dans la carrière professionnelle, et en plaçant l'homme (dans bien des cas) dans une situation de vulnérabilité relationnelle par son manque d'investissement dans la parentalité au quotidien. Il est alors illusoire de penser qu'une loi pourrait renverser la vapeur et obliger les couples séparés/divorcés à mettre en place des modèles égalitaires que les couples encore mariés ou cohabitants peinent à adopter ou à maintenir après la survenue des enfants, même quand ils le désirent. Les tensions et frustrations que générerait immanquablement l'imposition d'une telle loi dans le contexte social actuel ne manquerait pas de créer nombre d'effets pervers. Les dispositions légales actuelles concernant l'entretien tablent, elles aussi, sur le présupposé que ce sont les parents qui sont prioritairement responsables du niveau de vie de l'enfant et de son maintien après la séparation ou le divorce, et que c'est à ceux-ci de trouver des arrangements qui n'impliquent pas un soutien financier supplémentaire à la famille de la part de l'État. La législation actuelle cherche à s'assurer que les transferts monétaires entre les parents, nécessaires au maintien du niveau de vie de l'enfant, aient bien lieu.

CONCLUSION

La présente étude interdisciplinaire a visé à fournir les connaissances relatives aux problèmes juridiques et pratiques posés par la garde alternée des enfants en cas de divorce ou de séparation des parents.

Notre étude, à l'intersection entre droit et sociologie, soumet 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. D'autre part, les modes inégalitaires de répartition du travail rémunéré et du travail familial persistent. Cette ambivalence se reflète dans la façon dont les parents séparés ou divorcés organisent la prise en charge de leur(s) enfant(s) : tandis qu'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. Au niveau des relations entre les parents, on constate que la coparentalité après une séparation ou un divorce est associée à des difficultés bien réelles. En raison de leurs conflits, les parents ont des difficultés à développer une coparentalité fonctionnelle, définie par une capacité de collaborer et à s'investir tous deux dans leurs diverses tâches, et à se soutenir mutuellement dans leur rôle de parents, assurant ainsi une certaine stabilité familiale.

Malgré la prégnance des modèles traditionnels, et les difficultés au niveau relationnel, 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 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.

Dans beaucoup de pays, la nouvelle norme du partage égalitaire de la prise en charge de l'enfant après une séparation ou un divorce a été combinée avec une promotion des modes alternatifs de résolution du conflit parental. Nous constatons une tendance internationale vers la médiation imposée ou au moins vers une séance d'information obligatoire au sujet de la médiation. Les recherches empiriques confirment les avantages de cette approche, mais attirent aussi l'attention aux risques de négliger le droit de l'enfant à participer à la procédure et de ne pas tenir compte de la diversité de modes de fonctionnement des familles après une séparation.

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 introdui-

sant 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. D'une part, le potentiel des modes alternatifs de résolution de conflit et de soutien au consensus parental n'a pas encore été exploité. D'autre part, et c'est central, 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 posées en introduction de ce rapport :

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

Les résultats de recherche des sciences sociales ne permettent pas d'affirmer qu'il existerait un modèle de garde et de prise en charge de l'enfant qui serait idéal dans toutes les situations familiales et sociales. Néanmoins, la revue de la littérature internationale permet de définir les situations dans lesquelles la garde alternée a des avantages. Dans la perspective du bien de l'enfant, c'est en premier lieu le type de coparentalité existant entre les parents suite à la séparation ou au divorce qui est décisif pour pouvoir répondre à la question posée : les parents qui pratiquent un mode de coparentalité de type unitaire privilégiant la collaboration malgré la séparation/divorce parviennent davantage que les autres à développer de manière satisfaisante ce type de garde. Par contre, lorsque le désaccord autour des pratiques et des styles de coparentalité est profond, qu'il perdure dans le temps et qu'il implique directement l'enfant, les conséquences pour le développement et le bien-être de l'enfant sont très négatives. En situation de conflit, la garde alternée 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.

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 de garde coûteux : les parents doivent donc disposer de revenus relativement importants.

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

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 de modes de fonctionnement de la parentalité post-séparation ou post-divorce, révélée par ce rapport, nous ne recommandons pas d'imposer la garde alternée comme modèle prioritaire. Dans des situations où les conditions psychosociales et matérielles d'un tel modèle ne sont pas réunies, il serait dangereux pour le bien de l'enfant de contraindre les familles post-séparation/divorce à ce mode d'organisation.

BIBLIOGRAPHIE

- AESCHLIMANN, Das australische Familienrechtssystem, FamPra.ch 2006, p. 32 ss.
- AMATO, The consequences of divorce for adults and children, Journal of Marriage and the Family 2000, p. 1269 ss.
- AMATO/GILBRETH, Nonresident Fathers and Children's Well-Being: A Meta-Analysis, Journal of Marriage and Family 1999, p. 557 ss.
- AQUILINO, The noncustodial father-child relationship from adolescence into young adulthood, Journal of Marriage and Family 2006, p. 929 ss.
- ARENDELL, After divorce: Investigations into father absence, Gender and Society 1992, p. 562 ss.
- BANHOLZER/DIEHL/HEIERLI/KLEIN/SCHWEIGHAUSER, « Angeordnete Beratung » – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, FamPra.ch 2012, p. 111 ss.
- BARTFELD, Shared placement: An overview of prevalence, trends, economic implications, and impacts on child well-being. Report to the Wisconsin Department of Children and Families, Institute for Research on Poverty, Madison 2011.
- BASTARD, Un conjoint violent peut-il être un bon père? Bruxelles 2014.
- BAUDE/SAGNES/ZAUCHE-GAUDRON, La résidence alternée: Etude exploratoire auprès d'enfants âgés de 7 à 10 ans, Dialogue 2010, p. 133 ss.
- BAUSERMAN, Child adjustment in joint-custody versus sole-custody arrangements: A meta-analytic review, Journal of Family Psychology 2002, p. 91 ss.
- BELSKY/CRNIC/GABLE, The determinants of coparenting in families with toddler boys: Spousal differences and daily hassles, Child Development 1995, p. 629 ss.
- BELSKY/PUTNAM/CRNIC, Coparenting, parenting, and early emotional development, in: MCHALE/COWAN (eds), New directions for child and adolescent development, vol. 74, Understanding how family-level dynamics affect children's development: Studies of two-parent families, San Francisco 1996, p. 45 ss.
- BERGER, La résidence alternée pour les enfants de moins de 3 ans: Une pièce sombre, Le Cahier Spirale 2009, p. 43 ss.
- BERGER, Recherches actuelles concernant la résidence alternée, in: Colloque « Résidence alternée. Quels effets psychologiques pour les enfants? », Paris 2013.
- BERGER/BROWN/JOUNG/MELLI/WIMER, The stability of child physical placements following divorce: Descriptive evidence from Wisconsin, Journal of Marriage and Family 2008, p. 273 ss.
- BERGER/CICONNE/GUEDENEY/ROTTMAN, La résidence alternée chez les enfants de moins de 6 ans: Une situation à hauts risques psychiques, Devenir 2004, p. 213 ss.
- BERGSTRÖM/MODIN/FRANSSON/RAJMIL/BERLIN/GUSTAFSSON/HJERN, Living in two-homes-a Swedish national survey of wellbeing in 12 and 15 year olds with joint physical custody, BMC Public Health 2013, p. 1 ss.

BERNARD/MEYER LÖHRER, Kontakte des Kindes zu getrennt lebenden Eltern – Skizze eines familienrechtlichen Paradigmenwechsels, Jusletter 12 mai 2014.

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

BFEG/OFS (Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes/Office fédéral de la statistique), Vers l'égalité des salaires! Faits et tendances, Berne 2013 (cité BFEG/OFS 2013).

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

BJORNBERG/OTTENSEN, Challenges for future family policies in the Nordic countries, Copenhagen 2013.

BOISSON, Penser la famille comme institution, penser l'institution de la filiation. La recherche contemporaine en quête de sens commun, Informations sociales 2006, p. 102 ss.

BONNET/GARBINTI/SOLAZ, Les conditions de vie des enfants après le divorce, Insee Première 2015, p. 1 ss.

BONOLI/REBER, The political economy of childcare in OECD countries: Explaining cross-national variation in spending and coverage rates, European Journal of Political Research 2010, p. 97 ss.

BRAY/BERGER, Developmental issues in stepfamilies research project: Family relationships and parent-child interactions, Journal of Family Psychology 1993, p. 76 ss.

BRUNET/KERTUDO/MAISAN, Etude sociologique sur la résidence en alternance des enfants de parents séparés, Dossier d'étude 2008, p. 1 ss.

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

BUCHANAN/MACCOBY/DORNBUSCH, Caught between parents: Adolescents' experience in divorced homes, Child Development 1991, p. 1008 ss.

BUCHER, Autorité parentale conjointe dans le contexte suisse et international, in: FOUNTOULAKIS/RUMO-JUNGO (éd.), La famille dans les relations transfrontalières, Berne 2013, p. 1 ss.

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

BÜCHLER/MICHEL, Besuchsrecht und häusliche Gewalt – Zivilrechtliche Aspekte des persönlichen Verkehrs nach Auflösung einer von häuslicher Gewalt geprägten Beziehung, FamPra.ch 2011, p. 525 ss.

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

CANCIAN/MEYER, Who gets custody?, Demography 1998, p. 147 ss.

CANTIENI, Gemeinsame elterliche Sorge nach der Scheidung. Eine empirische Untersuchung, Bern 2007.

CANTIENI/BIDERBOST, Reform der elterlichen Sorge aus Sicht der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde – erste Erfahrungen und Klippen, FamPra.ch 2015, p. 771 ss.

CARRASCO/DUFOUR, Les décisions des juges concernant les enfants de parents séparés ont fortement évolué dans les années 2000, *Infostat Justice* 2015, p. 1 ss.

CASHMORE/PARKINSON/WESTON/PATULNY/REDMOND/QU/BAXTER/RAJKOVIC/SITEK/KATZ, Shared care parenting arrangements since the 2006 Family Law Reforms. Report to the Australian Government Attorney-General's Department, Sydney 2010.

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

CHISHOLM, Family courts violence review : a report, Australian Government, Attorney General's Department, 27 November 2009.

CHOFFAT, Réflexions sur la réforme de l'autorité parentale: Une promesse déçue ?, *SJ* 2015 II, p. 167 ss.

CLAESSENS, Gatekeeper moms and (un)involved dads: What happens after a breakup, in: ENGLAND/EDIN (eds), *Unmarried couples with children*, New York 2007, p. 204 ss.

CLARKE-STEWART/BRENTANO, *Divorce: Causes and consequences*, London 2006.

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.

CONSEIL DE L'EUROPE, Egalité et coresponsabilité parentale: Le rôle des pères, Rapport de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination, Rapporteuse: Mme Françoise Hetto-Gaasch, Strasbourg 2015.

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

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, p. 22 ss.

CYR, Sortir d'une vision manichéenne pour penser la complexité, in NEYRAND/ZAOUCHE GAUDRON (éd.), *Le livre blanc de la résidence alternée*, Toulouse 2014, p. 31 ss.

DAHAN, Famille, souffrance, résilience et la médiation familiale, in: COUTANCEAU/BENNEGADI (éd.), *Souffrances familiales et résilience: Filiation, couple et parentalité*, Paris 2015, p. 119 ss.

DENIS, *La médiatrice et le conflit dans la famille*, Ramonville Saint-Agne 2001.

D'URSEL, Intervenir auprès des couples en séparation qui ne partagent pas l'idéologie contemporaine du « bon divorce », in: COUTANCEAU/BENNEGADI (éd.), *Souffrances familiales et résilience: Filiation, couple et parentalité*, Paris 2015, p. 137 ss.

ERMERT KAUFMANN/KNUPFER/KRUMMENACHER/MARTI/SIMONI/ZATTI, *L'accueil de jour extrafamilial et parascolaire en Suisse: Un état des lieux de la Commission fédérale de coordination pour les questions familiales*, Berne 2008.

EWING/HUNTER/BARLOW/SMITHSON, Children's voices: Centre-stage or side-lined in out-of-court dispute resolution in England and Wales?, *Child and Family Law Quarterly* 2015, p. 43 ss.

FAVEZ/FRASCAROLO, *Le coparentage: Composants, implications et thérapie*, Devenir 2013, p. 73 ss.

FAVEZ/FRASCAROLO/FIVAZ-DEPEURSINGE, Family alliance stability and change from pregnancy to toddlerhood and marital correlates, *Swiss Journal of Psychology* 2006, p. 213 ss.

FEINBERG, The internal structure and ecological context of coparenting: A framework for research and intervention, *Parenting Science and Practice* 2003, p. 95 ss.

FELFE/ITEN/LECHNER/SCHWAB/STERN/THIEMANN, Quels sont les enjeux de l'accueil extra-familial des enfants en termes d'égalité entre femmes et hommes?, Etude PNR 60 « Accueil extra-familial des enfants et égalité », St-Gall 2013.

FICHTNER/SALZGEBER, Gibt es den goldenen Mittelweg? Das Wechselmodell aus Sachverständigensicht, *Familie Partnerschaft Recht* 2006, p. 278 ss.

FIVAZ-DEPEURSINGE, L'alliance coparentale et le développement affectif de l'enfant dans le triangle primaire, *Thérapie Familiale* 2003, p. 267 ss.

FLEURY/SULLIVAN/BYBEE, When ending the relationship does not end the violence: Women's experiences of violence by former partners, *Violence Against Women* 2000, p. 1363 ss.

FORTIN/HUNT/SCANLAN, Taking a longer view of contact: The perspectives of young adults who experienced parental separation in their youth, Brighton 2012.

FRISCH-DESMAREZ/BERGER, Garde alternée: Les besoins de l'enfant, Bruxelles 2014.

FUX, Which models of the family are encouraged or discouraged by different family policies, in: KAUFMANN/KUIJSTEN/SCHULZE/STROHMEIER (eds), *Family Life and Family Policies in Europe*, Vol. II: Problems and Issues in Comparative Perspective, Oxford 2002, p. 363 ss.

GEISER, Die Neuregelung des Familienunterhalts im Lichte der Neuregelung der elterlichen Sorge, in: *Mélanges en l'honneur de Paul-Henri Steinauer*, Berne 2013, p. 187 ss.

GILMOUR, Séparation et divorce très conflictuels: Options à examiner, *Rapport au Ministère de la Justice du Canada*, Ottawa 2004.

GLOOR N., Der Begriff der Obhut, *FamPra.ch* 2015, p. 331 ss.

GLOOR U./SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, *FamPra.ch* 2014, p. 1 ss.

GOLDSTEIN/FREUD/SOLNIT, *Beyond the best interests of the child*, New York 1973.

GRAHAM/FITZGERALD, Exploring the promises and possibilities for children's participation in Family Relationship Centres, *Family Matters* 2010, p. 53 ss.

GRÉCHEZ, Enjeux et limites de la médiation familiale, *Dialogue* 2005, p. 31 ss.

GRYCH/FINCHAM, Children's appraisals of marital conflict: Initial investigations of the cognitive-contextual framework, *Child Development* 1993, p. 215 ss.

GIUDICI/WIDMER, Gendered occupational shifts in the transition to parenthood: The influence of personal networks, *Sociology* 2015, p. 1 ss.

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.

HANNEDOUCHE, Médiation familiale et résidence alternée, *Le Cahier Spirale* 2009, p. 181 ss.

- HARDESTY/CHUNG, Intimate partner violence, parental divorce, and child custody: Directions for intervention and future research, *Family Relations* 2006, p. 200 ss.
- HARDESTY/GANONG, How women make custody decisions and manage co-parenting with abusive former husbands, *Journal of Social and Personal Relationships* 2006, p. 543 ss.
- HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, *Familienrecht*, 5ème éd., Berne 2014.
- HAYEZ, Hébergement alterné: Seul garant du bien-être de l'enfant?, *Santé mentale au Québec* 2008, p. 209 ss.
- HENRY/HAMILTON, The Inclusion of Children in Family Dispute Resolution in Australia: Balancing Welfare versus Rights Principles, *The International Journal of Children's Rights* 2012, p. 584 ss.
- HETHERINGTON/STANLEY-HAGAN, Parenting in divorced and remarried families, in: BORNSTEIN (ed.), *Handbook of parenting: Practical Issues in Parenting* (2nd ed), Mahwah 2002, p. 287 ss.
- HITZ QUENON/PAULUS/LUCHETTA MYT, Le droit de protection de l'enfant: Les premiers effets de la mise en oeuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich, *Rapport du Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)*, Berne 2014.
- HOTTON, Spousal violence after marital separation, *Juristat* 2001, p. 1 ss.
- 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, p. 77 ss.
- JOYAL, Garde partagée de l'enfant - Constats et réflexions à la lumière de recherches récentes, *Les Cahiers de droit* 2003, p. 267 ss.
- JUBY/LE BOURDAIS/MARCIL-GRATTON, Sharing roles, sharing custody? Couples' characteristics and children's living arrangements at separation, *Journal of Marriage and Family* 2005, p. 157 ss.
- JUNGO/AEBI-MÜLLER/SCHWEIGHAUSER, Der Betreuungsunterhalt. Das Konzept – die Betreuungskosten – die Unterhaltsberechnung, *FamPra.ch* 2017, 163 ss.
- KASPIEW/GRAY/WESTON/MOLONEY/HAND/QU, Evaluation of the 2006 family law reforms, Melbourne 2009.
- KATZ/GOTTMAN, Spillover effects of marital conflict: In search of parenting and coparenting mechanisms, *New Directions for Child and Adolescent Development* 1996, p. 57 ss.
- KATZ/LOW, Marital violence, co-parenting, and family-level processes in relation to children's adjustment, *Journal of family psychology* 2004, p. 372 ss.
- KELLERHALS/WIDMER, *Familles en Suisse: Les nouveaux liens*, Lausanne 2012.
- KELLY/LAMB, Using child development research to make appropriate custody and access decisions for young children, *Family and Conciliation Courts Review* 2000, p. 297 ss.
- KILDE, Der persönliche Verkehr des Kindes mit Dritten, *FamPra.ch* 2012, p. 311 ss.
- KITZMAN/EMERY, Child and family coping one year after mediated and litigated child custody disputes, *Journal of Family Psychology* 1994, p. 150 ss.
- KOSTKA, Neue Erkenntnisse zum Wechselmodell?, *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe* 2014, p. 54 ss.

KRÜGER/LEVY, Linking life courses, work and the family: Theorizing a not so visible nexus between women and men, *Canadian Journal of Sociology* 2001, p. 145 ss.

LANDRUM, The ongoing debate about mediation in the context of domestic violence: A call for empirical studies of mediation effectiveness, *Cardoso Journal of Conflict Resolution* 2011, p. 425 ss.

LE RUN, Les séparations conflictuelles: Du conflit parental au conflit de loyauté, *Enfances & Psy* 2013, p. 57 ss.

LEVY, Regulating life courses: National regimes of gendered trajectories: Towards an empirical analysis of Switzerland's gendered life-course regime, in: LEVY/WIDMER (eds), *Gendered Life Courses between Standardization and Individualization: A European Approach Applied to Switzerland*, Münster 2013, p. 225 ss.

LEVY/GAUTHIER/WIDMER, Entre contraintes institutionnelle et domestique: Les parcours de vie masculins et féminins en Suisse, *Revue Canadienne de Sociologie* 2006, p. 461 ss.

LEVY/WIDMER/KELLERHALS, Modern family or modernized family traditionalism? Master status and the gender order in Switzerland, *Electronic Journal of Sociology* 2002, p. 1 ss.

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 (cité LIMET 2009a).

LIMET, De l'idéal de la coparentalité aux modalités pratiques: Quels écueils?, *La Revue scientifique de l'AIFI* 2009, p. 1 ss (cité LIMET 2009b).

LIMET, Séparations, reconfigurations familiales et place de l'enfant: Ecueils et balises, *L'Observatoire* 2010, p. 18 ss.

LOWE/DODGE ABRAMS, Should we mediate cases involving domestic violence?, *Feature Article* 2011, p. 9 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, p. 562 ss.

LUEPNITZ, A comparison of maternal, paternal, and joint custody: Understanding the varieties of post-divorce family life, *Journal of Divorce* 1986, p. 1 ss.

MACCOBY/MNOOKIN, *Dividing the child: Social and legal dilemmas of custody*, Cambridge 1992.

MADDEN-DERDICH/LEONARD/CHRISTOPHER, Boundary ambiguity and coparental conflict after divorce: An empirical test of a family systems model of the divorce process, *Journal of Marriage and the Family* 1999, p. 588 ss.

MATEFI, Mediation bei häuslicher Gewalt?, *FamPra.ch* 2003, p. 260 ss.

MCCONNELL/KERIG, Assessing coparenting in families of school-age children: Validation of the Coparenting and Family Rating System, *Canadian Journal of Behavioural Science* 2002, p. 44 ss.

MCDONALD/DEMARIS, Stepfather-stepchild relationship quality: The stepfather's demand for conformity and the biological father's involvement, *Journal of Family Issues* 2002, p. 121 ss.

MCHALE, Co-parenting and triadic interactions during infancy: The roles of marital distress and child gender, *Developmental Psychology* 1995, p. 985 ss.

MCHALE, Overt and covert coparenting processes in the family, *Family Process* 1997, p. 183 ss.

MCHALE, When infants grow up in multiperson relationship systems, *Infant Mental Health Journal* 2007, p. 370 ss.

MCHALE/KUERSTEN-HOGAN/RAO, Growing points in the study of coparenting relationships, *Journal of Adult Development* 2004, p. 221 ss.

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

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

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

MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*, 5ème éd., Genève/Zurich 2014.

MILARDO, *The forgotten kin: Aunts and uncles*, New York 2010.

MILLER/COWAN/COWAN/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL, Externalizing in preschoolers and early adolescents: A cross-study replication of a family model. *Developmental Psychology* 1993, p. 3 ss.

MONTGOMERY/ANDERSON/HETHERINGTON/CLINGEMPEEL, Patterns of courtship for remarriage: Implications for child adjustment and parent-child relationships. *Journal of Marriage and Family* 1992, p. 686 ss.

MÜLLER-MAGDEBURG, Das beschleunigte Familienverfahren im Lichte des FamFG, *Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe* 2009, p. 184 ss.

NEYRAND, *L'enfant face à la séparation des parents. Une solution, la résidence alternée*, Paris 2009.

NEYRAND, *La résidence alternée ou le défi de la coparentalité*, *Politiques sociales et familiales* 2014, p. 5 ss.

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, p. 55 ss.

NEYRAND/ZAUCHE GAUDRON, *Le livre blanc de la résidence alternée*, Toulouse 2014.

NIELSEN, Shared physical custody: Summary of 40 studies on outcomes for children, *Journal of Divorce & Remarriage* 2014, p. 614 ss.

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

PEACEY/HUNT, Problematic contact after separation and divorce? A national survey of parents. Oxford 2008.

PETER, Hochstrittige Eltern im Besuchsrechtskonflikt, RDT 2005, p. 193 ss.

PHÉLIP, Le livre noir de la garde alternée, Paris 2013.

PORCEDDA-SELLERON, Les enjeux de la médiation familiale: La coparentalité dans les séparations. Les archives de pédiatrie 2010, p. 968 ss.

POUSSIN, Entre clinique et recherches: Le chemin de la parentalité à la coparentalité à travers la résidence alternée, in: NEYRAN/POUSSIN/WILPERT (éd.), Père, mère après séparation: Résidence alternée et coparentalité, Toulouse 2015, p. 83 ss.

RHOADES, Legislating to promote children's welfare and the quest for certainty, Child and Family Law Quarterly 2012, p. 158 ss.

ROBERTSON/ELDER/SKINNER/CONGER, The costs and benefits of social support in families, Journal of Marriage and Family 1991, p. 403 ss.

SALZGEBER/SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014. p. 66 ss.

SAYER/BIANCHI/ROBINSON, Are parents investing less in children? Trends in mothers' and fathers' time with children, American Journal of Sociology 2004, p. 1 ss.

SBARRA/EMERY, Coparenting conflict, nonacceptance, and depression among divorced adults: Results from a 12-year follow-up study of child custody mediation using multiple imputation, American Journal of Orthopsychiatry 2005, p. 63 ss.

SCHERPE/MARTEN, Mediation in England and Wales: Regulation and practice, in: HOPT/STEFFEK (eds), Mediation: Principles, regulation and reform in comparative perspective, Oxford 2013, p. 365 ss.

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, p. 397 ss.

SIMONI, Kinder anhören und hören, RDT 2009, p. 333 ss.

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, p. 33 ss.

SMART, Equal shares: Rights for fathers or recognition for children?, Critical Social Policy 2004, p. 484 ss.

SMART, Personal life: New/ directions in sociological thinking, Cambridge 2007.

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

SMYTH/CHISHOLM/RODGERS/SON, Legislating for shared parenting after parental separation: insights from Australia?, Law and Contemporary Problems 2014, p. 109 ss.

SODERMANS/MATTHJIS/SWICEGOOD, Characteristics of joint physical custody families in Flanders, *Demographic Research* 2013, p. 821 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, p. 2 ss.

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, p. 410 ss.

SPRUIJT/DUINDAM, Joint physical custody in the Netherlands and the well-being of children, *Journal of Divorce & Remarriage* 2009, p. 65 ss.

SPYCHER, Kindesunterhalt: Rechtliche Grundlagen und praktische Herausforderungen – heute und demnächst, *FamPra.ch* 2016, p. 1 ss.

STAUB, Pflichtmediation: Mythos und Wirklichkeit, *RDT* 2006, p. 121 ss.

STECK, Aufhebung der gemeinsamen elterlichen Sorge, *Jusletter* 12 octobre 2015

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, p. 47 ss.

STOUDMANN, Le nouveau droit de l'entretien de l'enfant en pratique : Ce qui change et ce qui reste, *RMA* 2016, p. 427 ss.

TALBOT/MCHALE, Individual parental adjustment moderates the relationship between marital and coparenting quality, *Journal of Adult Development* 2004, p. 191 ss.

SÜNDERHAUF, Wechselmodell: Psychologie – Recht – Praxis, Wiesbaden 2013.

SÜNDERHAUF/WIDRIG, Gemeinsame elterliche Sorge und alternierende Obhut, *PJA* 2014, p. 885 ss

TEUBERT/PINQUART, The association between coparenting and child adjustment: A meta-analysis, *Parenting* 2010, p. 286 ss.

TORKIA, Séance sur la parentalité après la rupture, Rapport d'évaluation remis au Ministère de la Justice du Québec, Direction des orientations et politiques aux affaires, Québec 2012.

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

VAN EGEREN/HAWKINS, Coming to terms with coparenting: Implications of definition and measurement, *Journal of Adult Development* 2004, p. 165 ss.

VENOHR/KAUNELIS, Arizona child support guidelines review: Analysis of case file data, Denver 2008.

WANG/AMATO, Predictors of divorce adjustment: Stressors, resources and definitions, *Journal of Marriage and the Family* 2000, p. 655 ss.

WIDMER, Family configurations. A structural approach to family diversity, London 2010.

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

WIDMER/FAVEZ/DOAN, Coparentage et logiques configurationnelles dans les familles recomposées et de première union, *Politiques sociales et familiales* 2014, p. 45 ss.

WIDMER/LE GOFF/LÉVY/HAMMER/KELLERHALS, Embedded parenting? The influence of conjugal networks on parent-child relationships, *Journal of Social and Personal Relationships* 2006, p. 387 ss.

WIDMER/LEVY/HAMMER/POLLIEN/GAUTHIER, Entre standardisation, individualisation et sexualité: Une analyse des trajectoires personnelles en Suisse, *Revue suisse de sociologie* 2003, p. 35 ss.

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

WIDRIG, Alternierende Obhut - Leitprinzip des Unterhaltsrechts aus grundrechtlicher Sicht, *AJP* 2013, p. 903 ss.

WILPERT, Demande de résidence... ou de reconnaissance? En quoi la souffrance privée est politique, in: NEYRAND/POUSSIN/WILPERT (éd.), *Père, mère après séparation: Résidence alternée et coparentalité*, Toulouse 2015, p. 21 ss.

ZIÖRJEN, Das Kind lebt zur Hälfte beim Vater: Wie wird die Sozialhilfe berechnet?, *ZESO* 2/2014, p. 10 ss.

Commentaires

HONSELL/VOGT/GEISER (éd.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB*, 5e éd., Bâle 2014 (cité: AUTEUR, BSK-ZGB, n. x ad art. y).

SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER (éd.), *Basler Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung*, 2e éd., Bâle 2013 (cité: AUTEUR, BSK-ZPO, n. x ad art. y).

LEUBA/STETTLER/BÜCHLER/HÄFELI (éd.), *CommFam Protection de l'adulte*, Berne 2013 (cité: AUTEUR, CommFam Protection de l'adulte, n. x ad art. y).

SCHWENZER (éd.), *FamKomm Scheidung*, 2e éd., Berne 2011 (cité: AUTEUR, FamKomm Scheidung, n. x ad art. y).

Documents officiels Suisse

CONSEIL FÉDÉRAL, Politique familiale: État des lieux et possibilités d'action de la Confédération, *Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat Tornare (13.3135) « Politique de la famille »* 2015, 1 (cité Conseil fédéral 2015).

Message du Conseil fédéral concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), du 16 novembre 2011, *FF* 2011 p. 8315 ss (cité Message 2011).

Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), du 29 novembre 2013, *FF* 2014 p. 531 ss (cité Message 2013).

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) (cité OFJ 2012).

Rapport suisse, Deuxième, troisième et quatrième rapports du Gouvernement suisse sur la mise en œuvre de la Convention relative aux droits de l'enfant, Berne le 20 juin 2012 (cité Rapport suisse CRC 2012).

Rapport explicatif relatif au projet soumis à la consultation concernant une modification du code civil (entretien de l'enfant), du code de procédure civile (art. 296*a*) et de la loi fédérale en matière d'assistance (art. 7) (cité Rapport explicatif 2012)