

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

Rapport final

Sur mandat de
L'Office fédéral de la justice (OFJ), Domaine de direction Droit privé

Heidi Stutz, Caroline Heusser, Patrik Gajta, Anja König, Silvan Müggler (BASS)
Heidi Simoni (Marie Meierhofer Institut für das Kind)
Prof. Andrea Büchler, Barbara Borkowski, Dr. Zeno Raveane, Sharon Petralia (Rechtswissenschaftliches Institut der Universität Zürich), Dr. Linus Cantieni (Rechtsanwalt, Zürich)

Berne, octobre 2023

Résumé

Le postulat 21.4141 Silberschmidt (Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien, en particulier en ce qui concerne la garde et le droit de visite) adopté fin 2021 par le Conseil national charge le Conseil fédéral d'évaluer la pratique des tribunaux de première et de deuxième instance en matière de garde alternée et de droit de visite. La présente étude fournit des éléments de réponse aux questions soulevées dans le postulat.

Approche méthodologique

Dans une première étape, nous avons compilé les **données disponibles** sur le nombre de divorces et d'enfants concernés. Étant donné que la part des divorces avec garde alternée n'est recensée ni par une statistique nationale ni par les tribunaux, nous avons réalisé, **dans les cinq cantons sélectionnés, un sondage écrit auprès de tous les tribunaux de première instance**. Nous avons aussi conduit des **discussions d'experts avec des juges** de première instance **ainsi qu'avec des avocats spécialisés** des cantons examinés. Enfin, nous avons analysé directement un échantillon représentant un peu plus d'un quart des **décisions judiciaires de deuxième instance** rendues en 2021 et en 2022 sur des cas de garde alternée litigieux.

L'étude approfondie a porté sur **cinq cantons** les plus hétérogènes possible en termes de taille, de langue, de répartition ville-campagne et de fréquence des arrangements de prise en charge alternée. Les cantons sélectionnés sont Saint-Gall, Schwytz, Vaud, le Valais et Zurich.

Types de procédure

Dans 8408 divorces de couples avec enfants prononcés en Suisse en 2021, **13 809 enfants mineurs étaient concernés**, dont les deux tiers au moins âgés de 5 à 14 ans. Il est fréquent que plusieurs années s'écoulent entre la séparation de fait et le divorce de parents d'enfants mineurs. Or on ne peut attendre que le divorce soit prononcé pour régler la question de la garde des enfants : soit les parents parviennent à s'entendre sur les modalités de celle-ci au moment de la séparation, soit une **procédure de protection de l'union conjugale et/ou des mesures provisionnelles** sont engagées dans le cadre de la procédure de divorce. C'est pourquoi ces deux types de procédure ont été inclus dans l'analyse.

Les procédures en cas de **séparation de parents non mariés**, dont le nombre n'est pas recensé statistiquement, sont différentes de celles en cas de divorce. Lors de la séparation de couples non mariés avec enfants, c'est l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) qui est compétente pour régler l'arrangement d'hébergement et de prise en charge des enfants. Par contre, lorsque les parents ne parviennent pas à se mettre d'accord sur la répartition de la contribution d'entretien des enfants, c'est le juge qui tranche. Le tribunal statue alors aussi sur la prise en charge des enfants. Les procédures relatives à la séparation de couples non mariés avec enfants ont également été intégrées dans l'analyse. Une autre différence majeure par rapport aux parents mariés est l'absence d'une procédure assimilable à celle de la protection de l'union conjugale pour régler provisoirement la vie séparée.

Sondage auprès des tribunaux de première instance

Dans les cantons sélectionnés, nous avons écrit à l'ensemble des tribunaux de première instance. Un peu plus de 70 % (27 sur 38) d'entre eux ont participé au sondage. Au final, nous avons analysé **1430 procédures de protection de l'union conjugale et de mesures provisionnelles ainsi que 1015 jugements de divorce** afférents aux années 2021 et 2022. Dans le cadre des procédures de protection de l'union conjugale et des mesures provisionnelles, une garde alternée a été instaurée dans 7 à 19 % des cas, selon les cantons. Les jugements de divorce ont pour leur part débouché sur une autorité parentale conjointe dans 91 à 99 % des cas et sur une garde alternée dans 9 à 29 % des cas. Il est (très) rare selon les tribunaux interrogés que le régime de garde décidé dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles soit considérablement modifié ultérieurement par le jugement de divorce. Le taux de gardes alternées plus élevé dans les procédures de divorce tient plutôt au fait qu'une garde alternée est souvent réglée par consentement mutuel et que, dans ce cas, il n'y a pas de procédure préalable.

De nombreux tribunaux constatent une **augmentation du nombre de procédures liées à la séparation de parents non mariés**. En l'occurrence, il s'agit toujours de procédures conflictuelles, étant donné que les parents non mariés – contrairement aux couples mariés avec enfants qui demandent le divorce – n'ont pas l'obligation de faire ratifier leur accord par le juge.

Moins de la moitié des tribunaux ont pu fournir des indications sur la fréquence des requêtes de garde alternée. Selon les données disponibles, le taux de **demandes de garde alternée déposées conjointement par les deux parents** s'élève à 9 % dans les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale et de mesures provisionnelles, et à 13 % dans les procédures de divorce. Ces demandes n'ont **jamais** été **refusées**. En 2021 et en 2022, toutes les demandes de garde alternée formulées par un seul parent auprès des tribunaux interrogés l'ont été par le père, jamais par la mère ou les enfants. Six des onze tribunaux disposant d'informations à ce sujet indiquent qu'aucune requête de ce type n'a été déposée dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisionnelles. Quatre de ces onze tribunaux précisent que cela vaut aussi pour les procédures de divorce. Les autres tribunaux, enfin, font état d'un à trois cas pour les deux années observées, toutes procédures confondues. Vu le faible nombre de cas, on ne dispose pas de résultats probants sur le taux d'acceptation des demandes déposées par un seul parent, mais il est certain qu'il y a eu des refus. L'élément déterminant selon les tribunaux est de savoir si les modalités de prise en charge proposées par le parent requérant sont réalistes.

Outre la capacité éducative des parents et le bien de l'enfant en général, la distance séparant les logements de la mère et du père, leur capacité de communiquer entre eux ainsi que la volonté des enfants jouent un rôle déterminant dans les **considérants** des jugements. Pour plus de la moitié des tribunaux interrogés, la possibilité pour les parents de s'occuper personnellement des enfants, l'organisation de la prise en charge avant la séparation ainsi que l'âge des enfants sont également des critères d'une certaine importance. L'âge des enfants concernés au moment d'une décision avec garde alternée est rarement inférieur à 3 ans selon les tribunaux.

Il n'existe pas de pratique uniforme en ce qui concerne la manière dont les tribunaux entendent les **enfants** pour connaître leurs **souhaits**. Une bonne moitié indique que, à partir d'un certain âge (souvent l'âge de la scolarisation ou dès 6 ans), une **audition des enfants** a souvent, voire presque toujours lieu dans les cas litigieux. Près de la moitié des tribunaux ne fournit toutefois pas de données claires sur la fréquence ou les critères des auditions. Il semble que, lorsque les parents sont d'accord entre eux, on admette que la solution est aussi compatible avec le bien de l'enfant. Ce sont en général les juges eux-mêmes qui entendent les enfants. Rares, les **représentations d'enfants**

sont principalement mises en place dans les situations de haut conflit où les parents se déchirent, lors de conflits de loyauté manifestes des enfants, en cas de soupçons d'abus sexuels ou lorsque l'APEA est déjà impliquée.

Les recours auprès de l'**instance supérieure** en raison d'un litige concernant la garde sont extrêmement rares dans tous les types de procédure. Plusieurs tribunaux indiquent que ces recours portent en général uniquement sur les conséquences financières d'un régime de garde décidé.

Deux tiers des tribunaux interrogés relèvent des **difficultés** avec la jurisprudence sur la question de la garde et certains font état d'un besoin de changement aux niveaux législatif et jurisprudentiel. Par ordre de fréquence, les problèmes cités concernent le rapport entre la prise en charge et le montant de la contribution d'entretien ainsi que le calcul concret de cette dernière. Suivent le manque de psychologues spécialisés et l'insuffisance de l'offre d'accompagnement à bas seuil pour les parents, les conflits inutiles liés à l'interprétation des termes de garde alternée et de garde exclusive ou de droit de visite, les cas où le père demande la garde alternée alors que la répartition des tâches familiales pratiquée avant la séparation était unilatérale, la longueur des procédures ainsi que le paradoxe selon lequel les auditions des enfants peuvent diminuer les chances d'aboutir à une garde alternée.

Discussions d'experts avec des avocats

À une exception près, les discussions ont été menées dans tous les cantons avec une femme et un homme titulaires du certificat de « spécialiste FSA en droit de la famille » et représentent indifféremment des mères et des pères. Dans leurs réponses, on ne note pas de différences notables liées au genre. Aucun des avocats interrogés ne cite la procédure de divorce comme étant le moment décisif pour le règlement du régime de la garde. Selon eux, le partage des tâches avant la fin de la vie commune joue un rôle important. La séparation effective est un moment critique et, si aucun accord n'est alors trouvé, les procédures de protection de l'union conjugale et les mesures provisionnelles sont cruciales. Ensuite, c'est « le pouvoir du fait accompli » qui s'impose.

La majorité des avocats évitent autant que possible les **termes** de garde alternée et de garde exclusive, car ils exacerbent les tensions. La plupart classent leurs clients en deux catégories : il y a, d'une part, les parents qui se sont déjà entendus sur la prise en charge des enfants et souhaitent se faire aider pour établir une convention juridiquement valable et régler

les questions financières et, d'autre part, les parents – moins nombreux – qui sont effectivement en **désaccord** sur la répartition de la prise en charge et/ou l'attribution de la garde. S'agissant de ces derniers, c'est **souvent un changement fondamental de l'arrangement de prise en charge pratiqué jusque-là** qui est à l'origine du conflit. Selon les avocats, il y a plus ou moins égalité entre le nombre d'accords trouvés avant l'ouverture d'une procédure judiciaire et le nombre de conventions négociées lors d'une audience de conciliation. Ils précisent par ailleurs que, indépendamment du régime de garde, des **injonctions judiciaires** sont prononcées dans **10 à 20 % au maximum des cas** et qu'il s'agit plus souvent de conflits portant sur les conséquences financières du régime de garde que sur celui-ci à proprement parler.

De nombreux avocats expliquent qu'ils ne se contentent pas de prendre acte des demandes de leurs clients, mais qu'ils discutent avec eux pour les **inciter à renoncer à leurs exigences maximales et les rendre attentifs à l'importance de faire la part des choses en tant que parents** afin de trouver une solution à l'amiable qui tienne compte des **intérêts des enfants**. Tel est plus particulièrement le cas en Suisse romande, où les avocats partent du principe que le tribunal ordonnera la garde alternée si l'un des parents la demande et qu'aucun argument pertinent ne s'y oppose. Certains rappellent parfois aux mères que, au plus tard après les années consacrées à l'éducation des enfants, elles devront de toute manière (re)travailler pour assurer leurs moyens d'existence et que les longues périodes de taux d'activité très réduit impactent fortement les perspectives professionnelles. Il arrive aussi que les avocats suggèrent aux parents qui ne parviennent pas à s'entendre de **tester pendant un certain temps**, souvent accompagnés d'un médiateur ou d'une autre assistance professionnelle, différents modes de prise en charge alternée afin de se faire une idée concrète avant de se décider définitivement pour une solution ou une autre. Il est aussi possible d'accorder **dans un premier temps** un droit de visite très large au père jusqu'alors peu impliqué dans la prise en charge des enfants afin qu'il puisse faire ses expériences.

D'une manière générale, les avocats constatent que **les pères s'investissent de plus en plus dans la garde de leurs enfants**. Cela dit, ils rappellent aussi que la **part de prise en charge demandée** par les pères est en général **très éloignée d'un arrangement de prise en charge équilibré**. Cette évolution s'explique tant par les changements sociétaux que par les nouvelles possibilités légales. Les tribunaux

sont aujourd'hui plus ouverts à la garde alternée qu'avant la révision de 2017 aux dires des avocats, qui évoquent à cet égard aussi l'arrivée d'une nouvelle génération de juges. Certains avocats décrivent la jurisprudence cantonale en matière de garde comme uniforme, alors que d'autres observent de grandes disparités suivant la représentation personnelle que les juges ont de la famille.

Comme **facteurs influençant une possible garde alternée**, les avocats rejoignent assez largement les tribunaux. Il s'agit, par ordre d'importance, de la distance entre les domiciles du père et de la mère et de la capacité de ceux-ci de communiquer sur les questions relatives aux enfants. En ce qui concerne la disponibilité personnelle, les avis sont assez tranchés : certains avocats estiment qu'elle influe considérablement sur la décision du juge, ce qui les pousse à inciter les pères qui demandent la garde alternée à assumer personnellement une partie de la prise en charge des enfants afin d'augmenter les chances que le tribunal accède à leur demande. D'autres trouvent choquant qu'un des parents fasse garder l'enfant ou les enfants par des tiers alors que l'autre parent disposerait du temps nécessaire pour le faire.

À partir de l'âge de la scolarité, mais au plus tard à l'adolescence, la volonté des enfants acquiert de plus en plus de poids selon les avocats interrogés. Les avis sur l'importance de la continuité de l'arrangement de prise en charge convenu sont nuancés, voire contradictoires. Les « lignes rouges » pour une garde alternée sont la violence domestique ainsi que l'incapacité de l'un des deux parents d'exercer correctement l'autorité parentale.

De nombreux avocats observent une **augmentation des conflits en lien avec la question de la garde**, une tendance qu'ils attribuent aux **nouvelles possibilités** ainsi qu'à la connexité entre régime de garde, répartition du temps de prise en charge et contribution d'entretien. Ni le **calcul des parts de prise en charge** ni la répartition à partir de laquelle on admet qu'il y a une garde alternée ne font selon les avocats l'objet d'une pratique uniforme. Le principe des 30 % – 70 % semble néanmoins s'imposer.

Les avocats notent aussi une hausse des conflits lors de la séparation de parents non mariés, qu'ils expliquent en partie par les changements importants intervenus dans la réglementation des questions financières après la révision en 2017 du droit des contributions d'entretien. Ils relèvent cependant que les aspects financiers jouent également un rôle important chez les parents mariés. À titre d'exemple, ils citent le cas des pères qui demandent une garde alternée en espérant qu'ils devront ainsi payer moins, ou

celui des mères qui, pour des considérations financières également, s'opposent à l'attribution d'une part de garde supérieure à 30 % au père. Dans ce genre de situation, de nombreux avocats disent qu'ils cherchent d'abord à trouver un arrangement de prise en charge concret et réaliste et n'abordent les aspects financiers que dans un second temps.

À l'instar des tribunaux, les avocats citent comme principales **difficultés** la complexité du calcul des contributions d'entretien et sa dépendance du mode de garde décidé. Les termes de garde alternée ou exclusive et de droit de visite posent aussi problème selon eux, tout comme la détermination des parts de prise en charge, le champ de tension entre disponibilité personnelle et garde par des tiers, la durée des procédures et le pouvoir du fait accompli qui s'impose au fil du temps. De nombreux avocats attendent beaucoup d'un modèle dit du consensus parental interdisciplinaire tel que celui actuellement testé dans certaines régions. L'institution d'une juridiction de la famille permettrait également de renforcer la collaboration avec d'autres spécialistes qui accompagnent des familles traversant des situations difficiles.

Discussions d'experts avec des juges

La grande majorité des juges s'efforcent de trouver conjointement avec les parents des solutions à l'amiable et adaptées à la situation pour régler les questions concernant les enfants. Ils y parviennent dans la plupart des cas, comme en témoigne le **nombre très faible de décisions qu'ils sont appelés à rendre en matière de garde**. Les juges accordent une grande importance à l'audience de conciliation en tant que première étape de la procédure de divorce. Elle leur permet de tester des solutions provisoires avec les parents, de faire des expériences et de vérifier ce qui convient ou non. Dans leur pratique, ils constatent que la réglementation de la prise en charge en tant que telle n'est ou ne reste que rarement un sujet de grave conflit, pour la simple raison que toutes les solutions souhaitées en théorie ne sont de loin pas praticables au quotidien. Les juges confirment que les conflits portent principalement sur les aspects financiers de la répartition de la prise en charge.

La gravité du conflit parental, autrement dit la **mesure dans laquelle le père et la mère sont capables de dialoguer et de coopérer**, est un facteur d'influence très souvent évoqué par les juges. Le Tribunal fédéral a fixé à cet égard le seuil pour une garde alternée à un niveau bas, et la question de savoir à partir de quel moment une situation met le bien de l'enfant en danger occupe intensément les juges de première instance. La violence domestique, les abus

sexuels et l'incapacité d'assumer l'éducation des enfants constituent les « lignes rouges » pour une garde alternée. Il faut aussi éviter que les enfants ne deviennent l'otage du conflit parental, ne servent d'émissaire ou ne doivent écouter le dénigrement d'un parent par l'autre. Bien qu'un quasi-droit de veto du père ou de la mère contre la garde alternée ne soit de toute évidence pas la solution souhaitée, d'aucuns critiquent le faible niveau d'exigence du Tribunal fédéral en ce qui concerne la volonté de coopérer et de dialoguer des parents. Plusieurs juges estiment que, lorsque les parents ne sont manifestement pas disposés à coopérer, il est risqué pour le bien de l'enfant de décider une garde alternée, même si les modalités de la prise en charge sont clairement définies. En cas de doutes, les tribunaux qui participent à un modèle de consensus parental ou collaborent étroitement sous une autre forme avec des autorités de protection de l'enfant et d'autres services spécialisés mettent en place un accompagnement par des psychologues spécialisés.

À quelques exceptions près, tous les juges s'accordent à dire que la **répartition des tâches** qui prévalait **avant la séparation** ne doit pas constituer un critère déterminant. En raison de ses implications financières, la réglementation de la garde se révèle particulièrement conflictuelle et difficile à trancher par les tribunaux lorsque la répartition des tâches pratiquée pendant la vie commune était très unilatérale et que, par conséquent, l'un des parents avait un très bon niveau de salaire tandis que l'autre ne disposait que d'un faible revenu. Dans ces situations, il arrive souvent que le minimum vital ne soit plus assuré si le parent qui gagnait le mieux sa vie réduit son taux d'occupation parce que l'autre n'a pas de perspectives salariales comparables. Plusieurs juges rapportent que, dans le cadre des mesures de protection de l'union conjugale ou de la procédure de divorce, ils invitent les parents (et les enfants) à expérimenter graduellement **différentes variantes de schéma familial**. Les tribunaux qui participent à un modèle de consensus parental ont souvent recours à ce genre d'essais en amont ou au début de la procédure de divorce.

Plusieurs juges sont d'avis que le régime de la garde alternée ne doit pas être **réservé aux seuls parents qui jouissent d'un haut niveau de revenus**. En même temps, les tribunaux n'accordent, explicitement ou tacitement, que très rarement une garde alternée créant une **dépendance à l'aide sociale** qui n'existerait pas autrement. Ce point a une incidence négative dans les cas où un modèle familial unilatéral prévalait avant la séparation. Certaines exceptions sont considérées comme acceptables

lorsque la répartition des tâches pratiquée jusque-là conduit aussi à une dépendance à l'aide sociale. Selon plusieurs juges, la réponse à cette problématique passe par une meilleure intégration des mères sur le marché du travail. Seule une juge explique que, lors d'une garde alternée, elle additionne puis divise les taux d'activité lucrative selon le modèle des degrés de scolarité pour chacun des deux parents.

Un point controversé est l'**importance de la disponibilité personnelle** des parents pour s'occuper des enfants. Bien que le Tribunal fédéral ne fasse en principe pas de différence entre une garde assurée par des tiers et une prise en charge par les parents, ce point joue un rôle non négligeable selon la majorité des juges interrogés. Ainsi, une prise en charge par des tiers est acceptée dès lors que l'exercice d'une activité lucrative est indispensable pour couvrir les besoins vitaux. Les pères, qui sont très nombreux à continuer de travailler à 100 % après la séparation, doivent être en mesure de prouver que leur activité professionnelle est compatible avec les tâches de prise en charge. Plusieurs juges évoquent aussi à cet égard la prise en charge des enfants lorsqu'ils tombent malades.

Il ressort des entretiens avec les juges qu'il n'existe **pas de pratique uniforme en matière d'audition de l'enfant** : les juges d'un tribunal qui participe à un modèle de consensus parental entendent systématiquement les enfants à partir d'un certain âge. Mais il y a aussi d'autres juges qui auditionnent toujours les enfants dès l'âge de la scolarité, à moins que ceux-ci ne s'y opposent formellement. À l'autre extrémité du spectre, il y a les juges qui admettent ouvertement renoncer, faute de temps, à auditionner systématiquement les enfants ou expliquent passer par les parents pour connaître les souhaits des enfants. Entre deux, on trouve les juges qui entendent les enfants uniquement lorsqu'ils ont besoin d'informations supplémentaires, par exemple lors de séparations ou de divorces conflictuels, de questions ouvertes ou de réglementations de prise en charge compliquées. Enfin, les entretiens menés avec les juges confirment qu'une **représentation juridique de l'enfant** est très rare.

Tous les juges s'accordent à dire qu'il y a très peu de **demandes unilatérales pour une garde alternée** et que leur faible hausse tient avant tout aux **conditions sociales** et à la **difficulté à concilier vie familiale et vie professionnelle**. La grande majorité des juges se déclarent personnellement ouverts à la garde alternée. Des changements majeurs sont observés en ce qui concerne l'élargissement du droit de visite : il est désormais courant que, en plus

d'un week-end sur deux, l'enfant voie l'autre parent au moins une fois durant la semaine.

Les juges interrogés rapportent aussi que le règlement des modalités de la garde peut être influencé par des **considérations économiques** du père ou de la mère. Ils semblent aborder la question de manière différenciée, à savoir que, lorsqu'ils soupçonnent un intérêt purement financier du père, ils procèdent à des clarifications supplémentaires pour s'assurer du sérieux de sa volonté de s'occuper de ses enfants. S'agissant de la mère, ils l'encouragent à augmenter son taux d'activité professionnelle. Cela dit, les juges cherchent d'abord à régler la question de la prise en charge avant d'examiner les conséquences financières.

La plupart des juges affichent un certain scepticisme à l'égard des **notions et des termes légaux relatifs à la garde**. Ils s'en accommodent en choisissant autant que possible des formulations alternatives pour éviter les tensions lors du dialogue avec les parents. Les principaux points d'amélioration selon les juges sont, par ordre de priorité, la simplification du **calcul des contributions d'entretien** selon la jurisprudence du Tribunal fédéral et l'adaptation des procédures en place lors de la **séparation de parents non mariés**. Plus rarement, ils évoquent aussi l'instauration du modèle de consensus parental à l'échelle de la Suisse ainsi que la création d'une juridiction de la famille uniforme afin de renforcer la collaboration avec les autorités de protection de l'enfant (indépendamment de l'état civil des parents). Enfin, ils souhaitent que les cantons mettent suffisamment de moyens à la disposition des offices d'aide à l'enfance et à la jeunesse afin que ceux-ci soient en mesure de procéder rapidement aux clarifications demandées par les tribunaux et d'accompagner efficacement les familles dans les phases d'essai et d'expérimentation.

Décisions rendues par les tribunaux de deuxième instance

Les affaires portées devant une deuxième instance ne sont pas emblématiques de l'ensemble des cas de séparation ou de divorce. En effet, les recours représentent les quelque 10 % de situations hautement conflictuelles dans lesquelles les parents n'ont pas pu s'entendre à l'amiable dans l'intérêt de leurs enfants devant le tribunal de première instance ou ont refusé la décision rendue par celui-ci.

Dans les 40 cas analysés en détail, les appels ont été interjetés **dans une proportion à peu près identique par les mères et par les pères**, dans le but généralement d'augmenter leur propre part de prise en charge et, presque

toujours, pour contester les conséquences financières de l'arrangement de prise en charge. Dans le même temps, il est frappant de constater que l'autorité parentale n'a été invoquée que dans trois cas. On observe des **différences notables** entre les **demandes** des pères et celles des mères :

- D'une manière générale, les **pères** interjetent appel contre l'octroi par décision judiciaire de la **garde exclusive à la mère** qui ne leur confère qu'un droit de visite restreint. Dans plus de la moitié de ces procédures, les enfants ont été entendus et/ou ont bénéficié d'une représentation. Dans un des cas, la cour de deuxième instance a accordé la garde alternée au père. Deux autres cas se sont clos sur un accord à l'amiable entre les parents et, dans deux autres, la cour d'appel a élargi le droit de visite du père. Dix affaires ont quant à elles débouché sur le rejet des doléances du père.

- Pour leur part, les **mères** recourent souvent contre la **garde exclusive accordée au père**. Les enfants ont été entendus/représentés dans tous les cas. Les recours ont été rejetés, partiellement admis ou entièrement admis à parts égales. Le transfert de la garde exclusive du père à la mère peut se justifier par l'évolution de la capacité éducative des parents et l'acquisition d'autonomie par les enfants au fil du temps. La fluidité de ce processus est documentée par un cas dans lequel la garde exclusive a été transférée à deux reprises, d'abord de la mère au père, puis du père à la mère.

- La **garde alternée** ordonnée en première instance constitue un autre motif de recours. Ce sont essentiellement les **mères** qui font appel contre la garde alternée ; parfois, ce sont les deux parents ou les pères et, dans un seul cas, les enfants adolescents représentés par leur mère. Les enfants peuvent en effet contester ce régime de garde. Cela dit, le tribunal de deuxième instance n'a donné raison qu'à une seule des mères qui avaient interjeté appel. Et seul un **père** qui s'était opposé à une répartition inégale de la prise en charge dans une **garde alternée** a obtenu une garde à parts égales.

Dans l'ensemble, rien n'indique que les tribunaux de deuxième instance se montrent plus compréhensifs à l'égard des mères ou des pères ni qu'ils favorisent l'un ou l'autre type de garde. Tant les pères que les mères font souvent recours en vain. Certaines décisions sont difficiles à interpréter faute de connaître les **souhaits exprimés par les enfants** et la manière dont ils ont été pris en considération.

Dans 24 des 40 cas litigieux analysés portés devant la deuxième instance, la décision mentionne le fait que les **enfants** ont été **entendus** et/ou **représentés**. Le tribunal de deuxième

instance n'entend pas systématiquement à nouveau les enfants déjà auditionnés en première instance. La participation des enfants est avérée dans toutes les procédures de divorce contestées par voie de recours. Dans les procédures de séparation de parents non mariés, l'audition et/ou la représentation des enfants ne sont par contre mentionnées que dans une minorité des cas. S'agissant des procédures de protection de l'union conjugale et des mesures provisionnelles, les souhaits des enfants ont été pris en considération en deuxième instance dans plus de 50 % des cas, directement ou par l'intermédiaire d'une représentation. La participation des enfants dans les cas produits devant la deuxième instance est plus fréquente dans les cantons de Saint-Gall, de Vaud et du Valais que dans ceux de Schwytz et de Zurich.

La plupart des décisions de première instance ont été **précédées d'autres procédures** liées à la question de la garde. C'est le cas de tous les divorces analysés. C'est aussi le cas de quatre décisions de mesures protectrices de l'union conjugale, de la majorité des mesures provisionnelles et des décisions concernant la séparation de parents non mariés. Lorsqu'on observe les procédures qui s'étendent sur la durée, on constate que ce sont souvent les mêmes parents qui mobilisent plusieurs fois les tribunaux.

Synthèse et conclusions

Le postulat Silberschmidt (21.4141) se concentre essentiellement sur une base chiffrée de la pratique des tribunaux de première et de deuxième instance pour ce qui concerne le règlement de la garde. Ces chiffres ont pu être collectés en partie. Étant donné que les modalités concrètes de la garde et de la prise en charge sont souvent déjà fixées avant la procédure de divorce, les procédures préalables (protection de l'union conjugale et mesures provisionnelles) ont été intégrées dans l'évaluation.

Alors que l'**autorité parentale conjointe**, décidée dans plus de 90 % des cas, est devenue une **évidence** pour les tribunaux interrogés, les décisions de **garde alternée** constituent une **minorité**.

En cas de répartition inégale de la prise en charge, les discussions d'experts avec les juges montrent que ceux-ci font preuve d'un certain pragmatisme en nuancant les notions de garde alternée et de garde exclusive. Ainsi, certains juges parleront pour un même arrangement une fois de garde alternée et, une autre fois, de garde exclusive avec droit de visite élargi.

Moins de la moitié des tribunaux ont pu fournir des données sur la **fréquence des demandes**

de garde alternée. Les informations transmises font état d'une part de propositions communes des parents de 9 % dans les procédures préalables et de 13 % dans les procédures de divorce. Aucune requête commune n'a jamais été refusée. Les demandes unilatérales de garde alternée ont toujours été déposées par les pères, situation qui ne s'est présentée qu'une à trois fois en deux ans aux quelques tribunaux concernés. Il n'existe pas de données fiables pour étayer le taux d'acceptation des demandes.

Il est très rare que des litiges autour des questions de garde fassent l'objet d'un **recours auprès de l'instance supérieure** (celui-ci ayant plutôt tendance à porter sur le règlement des conséquences financières). Les mères et les pères interjettent appel à parts égales, ces derniers s'opposant le plus souvent à une garde exclusive de la mère et, à titre exceptionnel, aux modalités concrètes de la garde alternée décidée. Quant aux mères, l'objet de leur rappel est la garde alternée ou la garde exclusive octroyée au père. Généralement, ni la mère ni le père n'obtiennent gain de cause. Rien n'indique, dans l'ensemble, que les tribunaux de deuxième instance fassent preuve de plus de compréhension à l'égard des demandes des mères ou de celles des pères ou qu'ils privilégient systématiquement l'un des deux types de garde.

Les données collectées dans le cadre du projet permettent, au-delà des chiffres, de tirer des conclusions sur divers aspects majeurs :

■ **Il est rare que les parents ne s'entendent pas sur les modalités de la garde.** Tant les avocats que les juges indiquent une part avoisinant les 90 % de parents qui parviennent à un accord intégral en cas de divorce. Certains parents sont déjà d'accord sur tous les points au moment de se présenter devant le tribunal ; d'autres y parviennent en audience de conciliation. Les conditions réelles (p. ex. la distance entre les domiciles respectifs des parents, les obligations professionnelles ou la situation financière) constituent souvent des facteurs restrictifs quant aux possibilités de prise en charge des enfants. Ainsi, les litiges portent en général davantage sur le détail des modalités de la prise en charge – comme une soirée supplémentaire ou une semaine de vacances avec le parent chez qui l'enfant ne réside pas principalement – que sur la répartition de la garde.

■ **La garde alternée est plus généralisée dans les cantons de Suisse romande analysés,** ce qui reflète la plus grande intégration professionnelle des mères romandes avant une séparation par rapport au reste de la Suisse. Parallèlement, on observe en Suisse romande un fort engagement en faveur des

modèles de consensus parental, qui incitent les parents en cours de séparation à s'entendre en vue de trouver la meilleure solution possible pour leurs enfants.

■ **Lorsqu'il s'agit de régler la question de la garde, les juges estiment que ce ne sont pas les droits des parents qui priment, mais le fait que ceux-ci trouvent ensemble une bonne solution pour leurs enfants.** C'est pourquoi les tribunaux accordent une grande importance aux audiences de conciliation, lesquelles sont complétées, dans les modèles de consensus parental, par des mesures de soutien (médiation ordonnée, sensibilisation à la coparentalité, phases d'essai accompagnées, etc.).

■ **La modification profonde et immédiate du modèle familial induite par la séparation des parents est un défi de taille pour toutes les parties.** C'est en particulier le cas lorsque les parents ne parviennent pas à s'entendre sur les modalités de la prise en charge des enfants, ce qui est fréquent lorsque les tâches étaient réparties de façon unilatérale avant la séparation. Le conflit peut s'envenimer de part et d'autre lorsque l'un des parents est soupçonné de réclamer la garde alternée ou la garde exclusive pour des motifs purement financiers. Le cas échéant, les tribunaux examinent dans le détail la faisabilité de la solution de prise en charge souhaitée et entendent les enfants à ce sujet. Nombre de tribunaux indiquent par ailleurs qu'ils suggèrent une adaptation graduelle de la prise en charge aux parents et conviennent avec ceux-ci de phases d'essai destinées à éprouver les modalités envisagées au quotidien avant une prise de décision définitive.

■ **L'audition systématique des enfants révèle une parole indépendante et fiable.** Toutes les analyses réalisées dans le cadre du projet montrent que les enfants n'ont souvent pas voix au chapitre dans des procédures qui les concernent pourtant directement, et ce malgré les recommandations de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE). En revanche, les enfants ont été entendus et/ou représentés dans la plupart des procédures devant une cour de deuxième instance portant sur un litige en matière de garde. À ce sujet, plusieurs juges précisent que les souhaits et les opinions des enfants exercent une influence particulière dans les cas litigieux.

Les craintes exprimées par certains juges que les enfants n'aient pas d'avis propre, soient démunis et/ou mis sous pression par leurs parents sont rarement confirmées par les juges qui entendent systématiquement les enfants. Les modèles de consensus parental se fondent aussi sur l'audition systématique et la plus précoce possible des enfants. L'idée selon laquelle il ne

serait pas nécessaire d'entendre les enfants lorsque les parents sont d'accord est également réfutée, car, quand bien même les parents sont tombés d'accord sur un arrangement, les enfants peuvent ne pas abonder dans leur sens.

■ **La garde alternée n'est pas la solution lorsqu'il y a de sérieux doutes quant à la capacité éducative d'un des parents.** Tel est en particulier le cas lorsque, dans le cadre d'une séparation où la mère atteinte dans sa santé psychique ou souffrant de toxicodépendance assumait pendant la vie commune l'essentiel de la prise en charge de l'enfant, la garde alternée est parfois considérée comme une solution acceptable pour améliorer la situation de l'enfant sans accabler la mère en lui retirant totalement la garde de son enfant. Un avocat ayant fait ce type d'expérience souligne qu'une telle solution peut avoir des conséquences désastreuses sur l'enfant.

■ **Un grave conflit entre les parents peut être source de sérieux problèmes en cas de garde alternée.** Alors que l'abus sexuel et la violence au sein de la famille sont des « lignes rouges » entraînant l'exclusion d'une garde alternée, ce n'est pas le cas d'une situation hautement conflictuelle entre les parents selon de nombreux juges, qui se fondent sur la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en la matière. Le conflit grave est dès lors devenu un thème sensible pour les tribunaux, car il pourrait affecter les enfants en garde alternée et menacer leur bien-être lorsque les parents sont incapables de communiquer entre eux. Ce type de situation recèle aussi le risque qu'un des parents rabaisse l'autre devant l'enfant et fasse de celui-ci son émissaire. Un juge très expérimenté n'envisage une prise en charge alternée en cas de grave conflit entre les parents que lorsque ces derniers sont en mesure de coopérer et de s'abstenir de mettre en question les capacités éducatives de l'autre parent. Une assistance spécialisée peut être utile à cet effet.

■ **La dichotomie entre garde exclusive et garde alternée est souvent source de conflits inutiles.** Dans la pratique, le libellé de la loi en matière de garde est insatisfaisant pour la majorité des spécialistes interrogés. Ils sont nombreux à constater que les parents ne comprennent pas la notion de garde, si bien qu'il est nécessaire d'employer des formulations alternatives telles que régime de prise en charge et responsabilité de la prise en charge. Certains spécialistes soulignent que la dualité opposant garde exclusive et garde alternée attise les conflits et empêche de trouver des solutions pragmatiques moins polarisées.

■ **La notion de « garde » est imprécise. Ce qui est déterminant, c'est l'arrangement de la prise en charge.** Un certain nombre de spécialistes trouvent la notion de garde dénuée de sens. Le terme de garde alternée lui-même ne correspond à une part de prise en charge précise ni dans les jugements ni dans la réalité du quotidien, et donne ainsi lieu à des interprétations très différentes. Quant au minimum de prise en charge de 30 % fixé par le Tribunal fédéral, il a tout au plus valeur de référence. Vu la confusion manifeste entre garde et prise en charge, il est d'autant plus important que les conséquences financières soient appréciées sur la base des modalités concrètes de la prise en charge plutôt que sur celle de la notion de garde.

■ **Les spécialistes sont nombreux à critiquer le calcul de la contribution d'entretien selon la jurisprudence du Tribunal fédéral,** surtout lorsque la prise en charge est assumée par les deux parents. Sont notamment pointées du doigt la complexité et l'opacité du calcul ainsi que la manière de pronostiquer l'avenir. Dans le cas de la garde alternée, les spécialistes critiquent le manque de clarté concernant les parts pour le calcul de la contribution d'entretien ainsi que la mesure dans laquelle il faut tenir compte de la compatibilité entre prise en charge et activité professionnelle. Il existe en outre un **point de basculement indésirable lors du passage de la garde exclusive à la garde alternée** dans les cas où la part de prise en charge avoisine les 30 %. Étant donné que l'arrangement de la garde influe sur le mode de calcul, une modification minime du taux de prise en charge peut déjà avoir des conséquences financières considérables. Des mesures s'imposent pour fluidifier ce passage.

■ **Il faut tenir compte de l'inégalité des chances de revenus lors du passage d'une prise en charge exclusive à une prise en charge plus équilibrée après la séparation.** Le Tribunal fédéral postule que, du fait que les mères sont toujours plus nombreuses à exercer une activité lucrative, l'institution du mariage ne revêt pour ainsi dire plus de caractère de soutien financier et que, par conséquent, une compensation des inconvénients inhérents au mariage est obsolète. Or les données empiriques brossent un tableau différent : les mères qui interrompent leur carrière professionnelle durant plusieurs années ou travaillent à un faible temps partiel sont désavantagées sur le marché de l'emploi en cas de séparation. Elles ont alors souvent du mal à trouver un poste à plus haut taux d'occupation qui soit conciliable avec les tâches familiales. Et lorsqu'elles y parviennent, elles n'ont plus les mêmes chances de revenus que les pères, qui ont pu poursuivre leur

carrière durant la période cruciale entre 30 et 40 ans grâce à la répartition unilatérale des tâches. Ignorer cette réalité peut avoir des effets indirectement discriminants.

■ **La procédure de séparation des parents non mariés est insatisfaisante.** Juges et avocats considèrent comme inadaptées non seulement les différences d'autorités compétentes pour parents mariés et parents non mariés, mais aussi la procédure en vigueur applicable à ces derniers. L'absence de procédures de résolution des litiges légalement institutionnalisée pour les parents non mariés a été dénoncée au cours des discussions d'experts. Les tribunaux assument régulièrement le rôle d'autorité de conciliation dans le cadre de la protection de l'union conjugale et la procédure de divorce, dont seuls les parents liés par les liens du mariage peuvent bénéficier. La procédure simplifiée prévue pour les parents non mariés n'inclut pas d'audience de conciliation institutionnalisée permettant, par exemple, de mettre en place des phases d'essai de la garde alternée. En outre, pour les affaires concernant des parents non mariés, la compétence décisionnelle du tribunal se limite aux questions touchant les enfants.

■ **Il faut élaborer des modèles de procédure fondés sur la collaboration multidisciplinaire,** par exemple sous la forme d'une juridiction dédiée aux affaires familiales. Des solutions sensibles et nuancées exigent souvent des parents des efforts de longue haleine pour parvenir à un accord malgré leurs différends. Les besoins des parents, mariés ou non, et ceux des enfants doivent toujours être au centre des procédures. Nombre de spécialistes déplorent le manque de disponibilité temporelle des professionnels et l'absence d'implication d'autres disciplines, en particulier la psychologie et le travail social, dont le personnel qualifié pourrait apporter un soutien dans le cadre de l'établissement des faits, de la prise de décision et de l'accompagnement des familles.

En bref

Globalement, les résultats ne confirment pas le point de vue selon lequel les tribunaux entraînent la généralisation de la garde alternée. Ce qui est sûr, toutefois, c'est que, dans le droit de la famille en général, l'appréciation personnelle des juges a son importance et que la décision peut varier d'un magistrat à l'autre. Ce constat est valable dans les deux sens, c'est-à-dire qu'il n'y a pas de biais contre la garde alternée, comme l'ont révélé les discussions avec les juges.

Il est frappant de noter que la plupart des juges s'efforcent de trouver avec les parents en conflit

des solutions adéquates pour leurs enfants, qu'ils y consacrent le temps nécessaire dans le cadre des audiences de conciliation et autorisent des phases de transition et d'essai graduelles. La garde alternée n'est pas toujours la meilleure solution. Plusieurs juges indiquent que les enfants peuvent aussi se prononcer contre une garde alternée, surtout lorsqu'ils sont déjà dans l'adolescence. En parallèle, les juges témoignent souvent de l'attention qu'ils portent à maintenir, autant que faire se peut, la présence des deux parents dans le quotidien des enfants. Leur vision a fondamentalement changé, surtout pour ce qui est de l'élargissement du droit de visite. La part de prise en charge des pères a ainsi notablement augmenté et, dans nombre de cas, plutôt que de se limiter aux visites auparavant « usuelles » d'un week-end sur deux, ce droit englobe des temps réguliers de prise en charge pendant la semaine.

Imposer la garde alternée comme règle générale ne saurait être la réponse à une réalité plurielle plutôt éloignée de la dichotomie imposée par la loi entre garde alternée et garde exclusive. Cette solution ne résoudrait pas les problèmes. Il apparaît plus urgent d'améliorer le soutien aux parents en conflit après une séparation pour réorganiser la parentalité commune afin que ceux-ci puissent assumer pleinement leur responsabilité à l'égard de leurs enfants et, ce faisant, permettre à des arrangements de prise en charge alternée de fonctionner.

D'une manière générale, la réglementation de la garde est rarement discutée avec autant de virulence devant les tribunaux que dans l'opinion publique. Les tribunaux doivent toutefois observer des prescriptions légales et une jurisprudence du Tribunal fédéral qui sont susceptibles de créer des conflits entre les parents et de restreindre les possibilités de trouver des solutions appropriées. Il s'agit, d'un côté, de la dualité opposant garde alternée et garde exclusive – qui néglige le fait que le quotidien se situe quelque part entre les deux – et, de l'autre, de la complexité du calcul de la contribution d'entretien, dont les juges et les avocats dénoncent d'ailleurs le caractère opaque. Enfin, pour les parents non mariés, il n'existe pas de procédure assimilable à la protection de l'union conjugale permettant la mise en place rapide d'un arrangement provisoire avant le rendu de la décision définitive.