

Les critères d'appréciation pour l'attribution de la garde alternée

REVUE DE LA JURISPRUDENCE FÉDÉRALE SUISSE

DU 1^{ER} JUILLET 2014 AU 25 MARS 2021

Gentiane Schwarzer¹

Genève, décembre 2021

¹ MA interdisciplinaire en Droits de l'Enfant (IUKB/UNIFR); MA en Relations Internationales (IHEID), CAS en Protection de l'enfance et de l'adolescence (HES-SO).

PRÉFACE

La prise en charge de l'enfant, dès la naissance, s'organise de plus en plus de façon paritaire entre les deux parents (OFS, 2013 p.8-9 ; OFS, 2021 p.35). Tous deux sont les figures d'attachement pour l'enfant. En Suisse, parmi les couples qui se séparent à l'amiable, un nombre croissant, même si encore une minorité, opte pour une garde alternée, permettant à l'enfant de maintenir et de développer une relation durable et équilibrée avec ses deux parents. En outre, une telle répartition de la prise en charge de l'enfant favorise pour les deux parents séparés l'égalité des chances sur le marché du travail, la conciliation famille-travail et leur vie privée.

La majorité des résultats de la recherche concernant l'impact de la garde alternée sur différents aspects du développement de l'enfant indique qu'un tel mode de garde est en moyenne plutôt bénéfique comparé à une garde attribuée exclusivement à l'un des parents (Warshak, 2014 ; CIDE, 2017 ; Braver et Lamb, 2017 ; Nielsen, 2018 ; Bernardi et Mortelmans, 2021, de Torres Perea et al., 2021).

En Suisse, le nombre de gardes alternées² décidées entre parents ou par les tribunaux reste toutefois faible, loin derrière ce que l'on peut constater dans d'autres pays occidentaux : environ 15% en Suisse contre par exemple 40% en Suède et en Belgique (Steinbach et al. 2021) et 30% en Espagne (de Torres Pérea et al. 2021). Les critères selon lesquels le Tribunal fédéral évalue l'attribution d'une garde alternée expliqueraient-ils, entre autres, pourquoi celle-

Pour répondre à cette question, la Coordination romande des organisations paternelles et de coparentalité (CROP) a mandaté Mme Gentiane Schwarzer pour analyser la jurisprudence fédérale relative à la garde alternée depuis la modification du Code civil suisse du 1^{er} juillet 2014 en faveur de l'autorité parentale conjointe.

L'étude qui suit est le résultat de cette analyse. Elle démontre que les juges ont de fortes divergences d'interprétation des critères d'évaluation pour l'attribution de la garde alternée, ce qui engendre des inégalités de traitement. Respectant le large pouvoir d'appréciation des

² Le Tribunal fédéral définit la garde alternée comme une prise en charge de l'enfant pour des périodes plus ou moins égales, sans préciser un pourcentage minimum (TF 5A_821/2019, 14 juillet 2020 (f), consid. 4.1). Certains auteurs admettent une garde alternée à partir d'une prise en charge d'au moins 30 % du temps par chacun des parents (Cottier et al., 2017, p.18).

premiers juges, le Tribunal fédéral valide généralement les décisions de tribunaux d'instances inférieures.

Mme Schwarzer identifie en particulier deux approches distinctes relatives à l'évaluation du « bien de l'enfant ». L'une, dominante et « conservatrice », interprète les critères d'appréciation de sorte à ce que la situation prévalant avant ou depuis la séparation soit maintenue. La seconde est une lecture plus « prospective/dynamique », anticipant également la situation future probable qui serait la plus bénéfique au « bien de l'enfant » et à son développement.

Nous avons soumis cette étude au Juge fédéral Dr Felix Schöbi pour commentaires. Sa réponse confirme le bien-fondé de l'analyse de Mme Schwarzer : *« Je viens de lire l'analyse précieuse de Gentiane Schwarzer, à laquelle je n'ai rien à ajouter. La jurisprudence du TF est parfaitement reproduite. Elle n'est pas seulement le résultat du fait que le TF suit régulièrement la position (même contradictoire) des tribunaux inférieurs. Elle est aussi l'expression du fait que nous juges au TF ne sommes pas toujours unanimes en ce qui concerne la garde alternée..... Dans deux cas, nous avons tranché l'affaire en séance publique pour rendre visibles nos divergences (cf. arrêts 5A_66/2019 du 5 novembre 2019 et 5A_425/2016 du 15 décembre 2016)..... »*³.

Nous remercions donc vivement Mme Schwarzer pour cette analyse très détaillée et rigoureuse de la pratique du Tribunal fédéral et sommes certains qu'elle apportera au lecteur un grand nombre d'informations utiles.



Patrick Robinson

Porte-parole de la CROP



Felipe Fernandez

Membre du bureau de la CROP

³ E-mail du Dr Schöbi - 22 novembre 2021.

Bibliographie

Bernardi L and D Mortelmans ed. (2021) Shared Physical Custody. Interdisciplinary Insights in Child Custody arrangements. Springer- 331 pp <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007%2F978-3-030-68479-2.pdf>

Braver S L and M E Lamb (2017) Shared Parenting After Parental Separation: The Views of 12 Experts. *J of Divorce & Remarriage*, 59 (5), 372- 387, DOI: [10.1080/10502556.2018.1454195](https://doi.org/10.1080/10502556.2018.1454195)

Cottier, M. et al. (2018). La garde alternée. Une étude interdisciplinaire sur ses conditions-cadre. *La pratique du droit de la famille*, vol. 19, no. 2, p. 297-332

de Torres Perea J, Kruk E and M Ortiz-Tallo, ed. (2021) The Routledge International Handbook of Shared Parenting and Best Interest of the Child. Routledge 500 pp

CIDE – Centre interfacultaire en Droits de l'Enfant (2017) Les nouvelles formes de parentalité : le temps du partage....et l'enfant ? Université de Genève 163 pp
https://www.unige.ch/cide/files/8715/0850/3435/Publications_pour_impression.pdf

Nielsen L. (2018) Joint versus sole physical custody: Children's outcomes independent of parent–child relationships, income, and conflict in 60 studies. *Journal of Divorce & Remarriage*, 59(4), 247-281. <https://doi.org/10.1080/10502556.2018.1454204>. [CrossRefGoogle Scholar](https://scholar.google.com/citations?user=...)

OFS (2013) Les pères engagés dans la sphère domestique et familiale.
https://www.futurentousgenres.ch/fileadmin/files/pdf/les_p%C3%A8res_dans_la_sph%C3%A8re_domestique_stats_OFS.pdf

OFS (2021) Les familles en Suisse. Rapport statistique 2021. [file:///C:/Users/Admin/Downloads/1011-2100%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/1011-2100%20(4).pdf)

Steinbach A, Augustijn .C and G Corkadi (2021) Joint physical custody and adolescents' life satisfaction in 37 North American and European Countries. *Family Process* 60(1),145-158 .
https://www.researchgate.net/publication/340653704_Joint_Physical_Custody_and_Adolescents'_Life_Satisfaction_in_37_North_American_and_European_Countries

Warshak, R (2014) Social Science and parenting plans for young children: a consensus report. *Psychology, Public Policy and Law* 20 (1), 46-67. <https://www.semanticscholar.org/paper/Social-Science-and-Parenting-Plans-for-Young-A-Warshak/e33af24be1f7ba66630215adbfe10fc00d4c0340>

Table des matières

RÉSUMÉ	1
I. Introduction	3
II. Contexte	5
III. Les critères d'appréciation	12
1. L'existence de bonnes capacités éducatives chez les deux parents	13
2. (La stabilité) et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant	14
a. La stabilité et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant	14
b. Ou la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement d'un enfant ?	18
c. Les modalités de travail et de prise en charge de l'enfant (tierce personne, structure d'encadrement)	19
d. Les enjeux du ou des parents de « référence »	22
3. La stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation	27
4. La bonne capacité (et volonté) de collaboration et de communication des parents	28
a. 1 ^{ère} Interprétation – collaboration et communication « parfaite » entre les parents	29
b. 2 ^{ème} Interprétation – collaboration et communication sur les questions importantes concernant l'enfant	30
5. La situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents	34
a. La distance entre les logements des parents, et respectivement l'école	34
b. Nombre de changements de domicile	35
6. L'appartenance à une fratrie ou à un cercle social	38
7. Le souhait de l'enfant	40
8. La capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant, un critère ?	43
IV. Conclusion	45
V. Liste de références	50

RÉSUMÉ

Afin d'encourager la participation des deux parents dans l'éducation de l'enfant à la suite d'un divorce ou une séparation et permettre un lien de qualité entre l'enfant et ses parents, des révisions ont été apportées au Code Civil suisse en 2014 et 2017. Selon la nouvelle disposition de l'article 298, al. 2ter, en vigueur depuis le 1er janvier 2017, le juge a l'obligation d'évaluer si une garde alternée est compatible avec le « bien de l'enfant » si le père, la mère ou l'enfant le demandent. La loi suisse ne contenant aucun paramètre pour guider le juge dans l'évaluation de la situation familiale, la jurisprudence revêt une grande importance et a défini sept critères d'appréciation.

Ce travail a analysé une quarantaine d'arrêts du Tribunal fédéral suisse (ci-suit TF) depuis le 1er juillet 2014 au 25 mars 2021, choisis de manière aléatoire. De fortes divergences d'interprétations de ces sept critères d'appréciation par le juge, à l'échelon cantonal mais également des districts, ont été constatées engendrant des inégalités de traitement. Le TF, qui a pour rôle de clarifier et d'unifier l'application du droit, ne joue en outre pas un rôle considérable. Il soutient généralement les décisions des instances inférieures que celles-ci soient en faveur ou non de la garde alternée.

Ces inégalités de traitement semblent provenir de la coexistence de deux approches relatives à l'évaluation du « bien de l'enfant » dans le cadre de l'analyse de la garde alternée. La première, conservatrice et dominante dans la jurisprudence, cherche à « préserver le bien de l'enfant » en interprétant et donnant du poids à des critères favorisant le statu quo des situations, lesquelles sont généralement caractérisées par une garde exclusive détenue par la mère. La seconde approche, plus progressiste et prospective, cherche à analyser la situation non seulement actuelle, mais potentielle qui serait la mieux à même d'assurer le développement et la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux de l'enfant.

Ce travail met en lumière la vulnérabilité des familles à l'égard de la représentation du juge du « bien de l'enfant » et de la famille en général. Cette représentation conservatrice du juge explique en partie le faible taux de la garde alternée en Suisse. En 2018, environ 15% seulement des parents séparés ou divorcés se partageaient la garde de manière à peu près équitable, malgré la volonté du législateur suisse de favoriser la mise en place de ce mode de garde (OFS, 2020, p.12). Par ailleurs, l'intérêt supérieur de l'enfant étant devenu un droit en 2013, le juge devrait évaluer tous les modes de garde, indépendamment de la demande d'une garde alternée par un parent ou l'enfant (Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1)).

Ce travail recommande alors que la notion du « bien de l'enfant » et les critères d'appréciation pour l'attribution de la garde alternée soient précisés par des règles applicables à toutes les situations, tout en respectant leurs particularités, afin que le système judiciaire suisse offre les mêmes chances aux enfants d'entretenir des liens étroits avec leur deux parents.

Afin de faciliter la lecture de ce travail, nous avons employé le masculin comme genre neutre pour désigner aussi bien les femmes que les hommes. Le singulier est en outre utilisé pour désigner les juges.

I. Introduction

La forte élévation de la divortialité et du nombre de séparations soulève de nombreux enjeux, dont le maintien du lien entre l'enfant et ses deux parents⁴. Afin d'encourager une participation plus équilibrée des deux parents à l'éducation des enfants, des révisions ont été apportées au Code civil suisse (ci-suit CC) en 2014⁵ et 2017⁶, facilitant la mise en place de la garde alternée lorsqu'elle répond au « **bien de l'enfant** » (Le Conseil fédéral, 2017). Ce mode de garde, définie par le Tribunal fédéral suisse (ci-après TF) comme « *la situation dans laquelle les parents exerçant en commun l'autorité parentale prennent en charge l'enfant de manière alternée pour des périodes plus ou moins égales* »⁷, a pour effet, lorsque les conditions sont remplies, de créer une relation affective parent-enfant plus étroite et améliorée avec les deux parents et de renforcer le bien-être de l'enfant.⁸ Le TF reconnaît l'amélioration du lien parent-enfant grâce à une garde alternée dans l'arrêt 5A_888/2016 du 20 avril 2018, consid.3.1, concernant un enfant en bas âge (né en 2014) : « *Mehr gemeinsame Zeit mit beiden Eltern in der alternierenden Betreuung führe zu einer engeren emotionalen Eltern-Kind-Beziehung und zu einer verbesserten Beziehung des Kindes zu beiden Eltern.* ».

Si le père, la mère ou l'enfant le demandent, le juge a dès lors l'obligation d'examiner si une garde alternée est possible et compatible avec le « bien de l'enfant », nonobstant et indépendamment de l'accord des parents⁹. **La loi suisse ne contient toutefois aucun paramètre susceptible de guider le juge dans l'évaluation du « bien de l'enfant » dans le cadre de la garde alternée.** La jurisprudence, devenant alors une référence essentielle, énumère, à cette fin, sept critères d'appréciation pour l'attribution de la garde alternée, lesquels

⁴ « En 2018, à la tête des ménages monoparentaux, on dénombre presque six fois plus de mères que de pères en Suisse. Parmi cette population de parents qui ont instaurée une garde exclusive, 42 % des parents non-gardien voient leur(s) enfant(s) 1 à 4 jours par mois, 42 % (également) les voient entre 5 et 12 jours et 10 % n'ont aucun contact (ni même par téléphone) avec son ou leur enfant(s). ». (Office fédéral de la statistique, 2020, p.12)

⁵ Nouvelles réglementations relatives à l'autorité parentale conjointe, entrées en vigueur le 1er juillet 2014

⁶ Ajout de l'article 298, al. 2ter et 298b, al. 2ter du CC au droit de l'entretien de l'enfant entré en vigueur le 1^{er} janvier 2017

⁷ TF 5A_46/2015 du 26 mai 2015, consid. 4.4.3

⁸ « (...) results point to a general tendency of positive outcomes on children in joint physical custody (except in conflictual or violent situations (...)). Even though effects are usually small, they point to a higher wellbeing of children in shared care arrangements compared to sole physical custody. Mental health of children is better (e.g., Bergström et al., 2014), stress measures turn out to be lower (e.g. Turunen, 2017) and their self-esteem is higher (e.g. Bastais & Mortelmans, 2016). Also, behavioural and health components turn out to score better in shared physical custody: risk behaviour is lower than children in sole physical custody (e.g. Carlsund et al., 2012) and the children in joint physical custody tend to have less health related problems (Fabricius & Luecken, 2007). ». (Bernardi, L. et Mortelmans, D, 2021, p.9)

⁹ TF 5A_904/2015 du 29 septembre 2016, consid. 3.2.3

sont interdépendants et dont l'importance varie en fonction des circonstances de la situation, dont l'âge et le degré de maturité de l'enfant.

Bien qu'une évaluation au cas par cas soit nécessaire par le juge, en raison de son pouvoir d'appréciation, de **fortes divergences d'interprétation du « bien de l'enfant » et, par conséquent, des critères d'évaluation de l'attribution de la garde alternée** sont constatées tant au niveau cantonal que des districts. Par ailleurs, le TF, en tant que plus haute instance judiciaire de la Confédération, dont le rôle est de « (...) *veiller à une application uniforme du droit fédéral par les tribunaux cantonaux et fédéraux (...)* »¹⁰, en statuant lui-même sur le fond ou en renvoyant l'affaire à l'autorité précédente pour qu'elle prenne une nouvelle décision¹¹, ne semble pas favoriser une interprétation homogène de ces critères. **Les pratiques des tribunaux diffèrent par conséquent considérablement les unes par rapport aux autres, créant de fortes inégalités de traitement pour les enfants dont le mode de garde est disputé.**

Cette étude s'intéresse à la mise en application de ces critères d'appréciation ou d'attribution de la garde alternée en analysant un échantillon aléatoire d'une quarantaine d'arrêts choisis entre le 1^{er} juillet 2014 et le 25 mars 2021. Cette méthodologie offre une chance égale pour chaque élément étudié de faire partie des unités de l'échantillon. Un échantillon aléatoire est choisi lorsque la population étudiée est définie et connue et la méthode de sélection est non sélective, car les arrêts sont choisis au hasard. Soulignons que ce travail n'a pas pour objectif d'analyser les avantages et les désavantages de la garde alternée pour l'enfant, ou encore ses parents, bien qu'il existe, dans la littérature psycho-sociale, un large consensus sur les bienfaits de ce mode de garde sur le maintien d'un lien de qualité entre l'enfant et ses deux parents et, par conséquent, sur le développement de l'enfant.

Dans un premier temps, nous allons brièvement présenter le contexte et ses enjeux, nous analyserons ensuite la mise en application de chaque critère, puis nous conclurons en formulant des pistes de réflexions et des recommandations.

¹⁰ Tribunal fédéral, 2016, p.1

¹¹ Selon l'article 107 al.2 de la Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (état le 1^{er} janvier 2021)

II. Contexte

Évolution du droit de la famille

Sous l'impulsion de revendications sociétales, à la suite de l'évolution des configurations familiales et du droit international de l'enfant¹², le Conseil fédéral a débuté une modernisation progressive du droit de la famille, laquelle redéfinit la responsabilité parentale et **place le « bien de l'enfant » au centre de toutes questions relatives aux droits parentaux.**

Selon la littérature, le concept du « bien de l'enfant » sous-entend « (...) *toutes les questions qui concernent la prise en charge, l'éducation et la formation de l'enfant. Elle englobe toutes les conditions de vie propices à un développement normal et sain de l'enfant, qui comprennent des choses aussi élémentaires qu'une quantité suffisante de nourriture, des vêtements adaptés à la saison et un toit, tout comme la protection contre la violence physique et psychique, le fait de recevoir de l'affection, de la reconnaissance, des félicitations, du respect et de l'attention ainsi que d'avoir une relation stable avec son entourage et de vivre dans un environnement rassurant.* » (Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte du Canton de Berne, 2012, p.1).

Tout en préservant la conception libérale du droit suisse de la famille, qui n'impose pas un droit de garde spécifique, **le Parlement suisse a introduit diverses modalités facilitant la garde alternée.**

La garde alternée « (...) *est la situation dans laquelle les parents exerçant en commun l'autorité parentale se partagent la garde de l'enfant pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois (parmi plusieurs, arrêt 5A_200/2019 du 29 janvier 2020, consid. 3.1.2 et les références)* » (TF 5A_821/2019, 14 juillet 2020 (f), consid. 4.1). En Suisse, les termes « garde alternée » et « garde partagée » sont utilisés de manière interchangeable par les professionnels du droit de l'enfant. Le terme « résidence alternée » est préféré dans plusieurs pays, car il se réfère spécifiquement à l'enfant. Il n'existe pas de définition généralement admise d'un pourcentage minimal de prise en charge de l'enfant. Certains auteurs admettent une garde alternée à partir d'une prise en charge d'au moins 30 % du temps par chacun des parents (Cottier et al., 2017, p.18). Le TF

¹² Depuis l'entrée en vigueur en 1997 pour la Suisse de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE) de 1989 et de son article 3 al.1, la Suisse reconnaît que toutes les décisions concernant l'enfant doivent répondre à son intérêt supérieur incluant, par conséquent, celles engageant la responsabilité parentale. (Conseil Fédéral, n.d).

ne précise pas le pourcentage minimum. Pour clarification, dans la jurisprudence, un « droit de visite usuel » correspond à un week-end sur deux (généralement du vendredi soir au dimanche soir), la moitié des vacances scolaires ainsi que la moitié des jours fériés. Un soir supplémentaire par semaine (nuit incluse) représente « un droit de visite usuel élargi » (TF 5A_534/2019 (f), 31 janvier 2020). La prise en charge de l'enfant dans le cadre d'un droit de visite élargi peut, dans les faits, être équivalente, en nombre de jours, à celle de la garde alternée. Un enfant n'y perçoit pas, dans ce cas, de différence s'il s'agit d'une garde alternée ou d'un droit de visite élargi, son éducation étant assurée à tour de rôle par l'un de ses parents.

Depuis la révision du Code civil suisse (ci-après CC), le 1^{er} juillet 2014, **le législateur suisse a voulu faire de l'autorité parentale conjointe la règle** et une condition à l'attribution de la garde alternée¹³. Lors d'une séparation ou d'un divorce, l'autorité parentale - étant le droit et le devoir des parents de prendre les décisions relatives à l'éducation de l'enfant et à l'administration de ses biens - était par le passé généralement attribuée à un seul parent. À la suite de cette révision, en cas de divorce, les deux parents sont, et non plus un parent seulement, automatiquement détenteurs de l'autorité parentale¹⁴. Si des parents non mariés se séparent, une déclaration commune ou une décision judiciaire est alors nécessaire ; faute d'accord préalable entre les parents et à la suite de la demande d'un des parents, une décision judiciaire est toutefois toujours requise. Dans ce cas d'espèce, le juge attribue aussi généralement une autorité parentale conjointe « (...) *à moins que le bien de l'enfant le commande, que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que cette dernière soit attribuée exclusivement au père.* »¹⁵. Il est surprenant néanmoins de constater que d'après une enquête sur les familles et les générations conduite en 2018 par l'Office fédéral de la statistique suisse (ci-après OFS)¹⁶, d'une part, seuls 61% des parents séparés ou divorcés auraient une autorité parentale conjointe et, d'autre part, plus les enfants étaient jeunes au moment de la séparation (ou du divorce), plus il serait fréquent que l'autorité parentale ne soit attribuée qu'à un seul parent¹⁷ (Office fédéral de la statistique, 2020, p.4).

¹³ Selon les articles 296 al. 2, 298a, al. 1, 298b, al. 2 et 298d, al.1 du Code Civil Suisse du 10 décembre 1907

¹⁴ Pour les parents mariés ou non mariés, l'autorité parentale peut être retirée en raison de l'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence, de violence (y compris la violence domestique) de la part des parents ou d'autres motifs analogues qui ont pour conséquence que le parent concerné n'est pas en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale (art. 311, al. 1, ch. 1 Code Civil Suisse du 10 décembre 1907).

¹⁵ Selon l'article 298b1, al.2 du Code Civile Suisse du 10 décembre 1907

¹⁶ Office fédéral de la statistique (OFS), Actualités OFS Démos 01/2020, p.4, 2020, Neuchâtel : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/agenda.gnpdetail.2020-0206.html>

¹⁷ En 2018, seul 59,5% des enfants âgés entre 0 et 3 ans au moment de la séparation avaient des parents qui détenaient tous deux une autorité parentale conjointe.

Les articles 298, al. 2^{ter}¹⁸ et 298, al. 3^{ter}¹⁹ du CC ont en outre été rajoutés au nouveau droit de l'entretien de l'enfant, entré en vigueur le 1er janvier 2017, stipulant **expressément l'obligation pour le juge, ou l'autorité de protection de l'enfant, d'examiner si une garde alternée est compatible avec le « bien de l'enfant », si le père, la mère ou l'enfant le demandent** sous condition d'une autorité parentale conjointe. Dans l'ancien droit, la garde alternée nécessitait une requête commune et ne pouvait donc être imposée à la demande d'un seul des parents.

La Suisse ne respecte pas le droit international

L'intérêt supérieur de l'enfant, stipulé dans l'article 3 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (ci-après CDE), **n'est plus seulement un principe d'interprétation, mais il est devenu un droit pour l'enfant.** Depuis l'adoption de l'Observation Générale numéro 14 en février 2013 par le Comité des droits de l'enfant, l'enfant a « (...) **le droit à ce que son intérêt supérieur soit évalué et soit une considération primordiale dans toutes les actions ou décisions qui le concernent, tant dans la sphère publique que dans la sphère privée.** » (Observation générale numéro 14, p.3)

La CDE a été adoptée à l'unanimité par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 20 novembre 1989, et a été ratifiée par la Suisse en 1997. Le Comité des droits de l'enfant, chargé de surveiller la mise en œuvre de la Convention par ses États parties, a adopté en février 2013 quatre Observations générales (ci-après OG), dont l'OG numéro 14 sur l'article 3 de la CDE relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. L'article 3 de la CDE stipule que « *toute action concernant un enfant doit tenir compte avant tout de l'intérêt supérieur de celui-ci* ». Cette OG crée un nouveau droit pour l'enfant. Précédemment, il était considéré comme un concept général, une règle abstraite d'interprétation de la Convention, mais dès lors chaque État partie a l'obligation d'offrir des garanties procédurales minimales pour l'application de ce droit, qui est auto-exécutoire. Cela signifie que chaque décideur doit respecter cette étape de procédure dans chaque décision et que les législateurs doivent l'inclure dans le code de procédure civil. En outre, parmi les garanties mentionnées par l'OG 14, figure **le respect du droit de l'enfant d'être entendu**, la prise en considération de la perception du temps par l'enfant, laquelle varie selon l'âge de l'enfant et respectivement avec celle de l'adulte, ou encore l'évaluation de la situation par une équipe interdisciplinaire.

¹⁸ « Lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, le juge examine, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande. »

¹⁹ « Lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, l'autorité de protection de l'enfant examine, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande. »

Le droit supérieur de l'enfant, étant devenu un droit pour l'enfant, oblige dès lors le juge à évaluer tous les modes de garde, dont la garde alternée, indépendamment d'une demande de garde alternée par un parent ou l'enfant, non seulement selon une perspective actuelle mais également prospective.

Concrètement, la Suisse doit donc se poser la question de savoir quelles implications ce texte a sur sa législation et sur ses pratiques, au niveau fédéral et cantonal, et prendre les dispositions concrètes qui s'imposent.

Tendance favorable en Europe

La garde partagée est un mode de garde qui a augmenté dans la majorité des pays occidentaux ces deux dernières décennies, atteignant plus de 40 % par exemple en Suède (Fransson, E et al., 2018). L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a par ailleurs adopté, le 2 octobre 2015, une résolution recommandant aux États membres d'introduire dans leur législation le principe de la résidence alternée en cas de séparation ou de divorce, à l'exception des cas d'abus sur un enfant ou de négligence ou encore de violence domestique (Résolution 2079 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe adoptée le 2 octobre 2015). Nonobstant, la tendance favorable à la garde alternée, il reste un mode de garde minoritaire en Europe. En Suisse, malgré la réforme du CC, la garde alternée reste un mode de garde encore peu pratiqué. En 2018, « un sixième (15%) environ des parents séparés ou divorcés se partageaient la garde de manière à peu près équitable » (Office fédéral de la statistique, 2020, p.12).

L'importance de la jurisprudence et le rôle du Tribunal fédéral

Lors de l'évaluation d'une requête de garde alternée, le juge a pour objectif ultime le « bien de l'enfant », reléguant les intérêts des parents au second plan (TF 5A_821/2019, 14 juillet 2020 (f), consid.4.1). La loi suisse ne contient néanmoins aucun paramètre susceptible de guider le juge dans l'appréciation du « bien de l'enfant » dans le cadre de la garde alternée. La jurisprudence représente alors une référence essentielle et mentionne, à cette fin, sept critères d'appréciation pour l'attribution de la garde alternée.

Le « bien de l'enfant » est en effet un concept juridique imprécis qui n'est défini ni par le Code civil suisse, ni par la CDE. L'imprécision de cette notion est nécessaire pour que le juge puisse la faire évoluer en fonction de l'avancée des connaissances, des valeurs et des normes de la société et prendre en considération les particularités de chaque situation grâce à son large pouvoir d'appréciation. (Zermatten, J. 2005, p.22). Cette notion « (...) *doit permettre avant tout au droit de s'adapter aux exigences concrètes de la vie. Elle constitue en quelque*

sorte la passerelle indispensable entre le droit et la réalité sociologique d'une famille » (Pichonnaz, P., 2003, p. 63).

Pour clarification, la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ne recoupe pas exactement celle plus générale de bien ou du bien-être de l'enfant, mais constitue une règle procédurale ou « (...) l'instrument juridique conçu par la Convention (internationale de droits de l'enfant) qui cherche à atteindre cet état idéalisé et qui fonde la garantie pour l'enfant de voir son intérêt pris en compte de manière systématique ». (Zermatten, J. 2005, p.20).

P. Meier et M. Stettler (2019, p.445) nous rendent attentifs sur **la subjectivité de cette notion du « bien de l'enfant »** et ses enjeux : « *La définition du bien de l'enfant, notion indéterminée (cf. art 4 CC) fait appel à des connaissances qui dépassent très largement le cadre dans lequel se meut traditionnellement le juriste. Pendant longtemps, la doctrine et la jurisprudence ont eu recours à ce concept sans que l'on se préoccupe beaucoup de son caractère éminemment abstrait et subjectif, dont on ne prend réellement conscience qu'une fois que l'on tente de le cerner de plus près* ». **La jurisprudence doit pouvoir cadrer la subjectivité de cette notion du « bien de l'enfant » en y apportant des précisions, à l'aide par exemple de critères, de sorte que des solutions soient applicables à d'autres situations ou à l'ensemble du groupe enfants** (Zermatten, J., 2005, p.22)

Par ailleurs, Jean Zermatten souligne le **caractère évolutif du « bien de l'enfant »** et l'importance, pour le juge, d'appliquer une approche prospective : « *La notion du long terme devrait être une notion qui permet de mieux affirmer que ce qui est visé par l'application de l'intérêt supérieur de l'enfant, n'est pas la situation hic et nunc, mais bien la situation de l'enfant, dans la perspective de son futur. Par définition, l'enfant évolue ; dès lors, son intérêt devrait se détacher de la loi du "tout, tout de suite", pour privilégier une vision d'avenir. Au moment où l'on écoute l'enfant sur ses aspirations dans le cadre de l'article 12 CDE, il faut rester attentif à cet aspect de prospective.* » (Zermatten, J., 2005, p.23).

Les décisions du TF constituent l'essentiel de la jurisprudence suisse ; « *elles servent de point de repère lorsque des lois ou des ordonnances sont sujettes à interprétation ou quand des situations nouvelles ne sont pas encore réglées par la loi* » (Tribunal fédéral, 2016, p.4). **Le TF a donc pour rôle de clarifier et d'unifier l'interprétation du droit**, en annulant ou validant une décision du juge de l'autorité judiciaire cantonale lorsqu'il « (...) s'est écarté sans motif des principes établis par la doctrine et la jurisprudence, lorsqu'il s'est fondé sur des faits qui ne devaient jouer aucun rôle pour la solution du cas d'espèce, ou lorsque, au contraire, il n'a pas

tenu compte de circonstances qui auraient impérativement dû être prises en considération »²⁰.

Le TF a donc pour rôle de circonscrire – de la façon la plus précise possible – les critères d'appréciation de l'attribution de la garde alternée et ses méthodes d'évaluation afin que les décisions ne soient pas totalement tributaires du juge en charge de l'affaire ou du lieu de la procédure.

Ce travail a analysé, à l'aide d'une quarantaine d'arrêt fédéraux choisis de manière aléatoire, la manière dont le « bien de l'enfant » et ses critères d'appréciation dans le contexte de la garde alternée sont interprétés par les juges fédéraux, et indirectement par les juges des autorités inférieures, depuis l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2014, des dispositions relatives à l'autorité parentale facilitant la mise en place de la garde alternée. Nous verrons qu'à la lecture de la jurisprudence du TF, il existe **deux approches relatives au « bien de l'enfant »** et sur sa méthode d'analyse.

Une approche, de type plutôt conservateur, qui est prédominante, considère qu'il faut « **préserver le bien de l'enfant** »²¹ en se basant sur une analyse de la **situation antérieure à la séparation ainsi que la situation actuelle** (TF 5A_200/2019 et 5A_201/2019, 29 janvier 2020, consid. 3.1.2 ; 5A_462/2019, 29 janvier 2019 (f), consid.3.2. ; 5A_11/2020_13 mai 2020 (f), consid. 3.3.3.1).

Une seconde approche, prospective, cherche quant à elle à identifier « (...) *la solution la mieux à même d'assurer la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux d'un point de vue affectif, social et intellectuel* » (TF 5A_771/2018 du 28 mars 2019, consid 5.2.2). Cette approche a pour objectif **l'amélioration** plutôt que « la préservation du bien de l'enfant » en considérant également **l'évolution future et probable de la situation** (TF 5A_819/2016, 21 février 2017 (f), consid. 7.3.; TF 5A_459/2015, 13 août 2015 (f), consid. 6.2.2). En effet « *le bien de l'enfant ne se détermine pas seulement en fonction de son point de vue subjectif selon son bien-être momentané, mais également de manière objective en considérant son évolution future* » (5A_771/2018 du 28 mars 2019 consid. 5.2.2.9). Soulignons que cette seconde approche, considérant que le « bien de l'enfant » s'évalue non seulement à l'aide d'une approche axée sur le passé et le présent mais également sur le futur, semble être adoptée dans des arrêts où le juge se détermine sur l'attribution d'une garde exclusive et non sur une garde alternée. Le « bien de l'enfant » doit néanmoins être évalué de la même manière qu'il s'agisse de la détermination d'un droit de visite usuel ou d'une garde alternée.

²⁰ TF 5A_771/2018 du 28 mars 2019 consid. 5.2.2

²¹ TF 5A_200/2019 et 5A_201/2019, 29 janvier 2020, consid. 3.1.2

Ces deux approches relatives au « bien de l'enfant » et à son évaluation dans le cadre de la garde alternée expliquent certainement, en partie, les différentes interprétations des critères d'attribution de la garde. Nous allons tenter d'explicitier ces différentes pratiques et de saisir le rôle du TF à cet égard.

III. Les critères d'appréciation

Le critère de « l'existence de capacités éducatives chez les deux parents » est une prémisse nécessaire à l'instauration d'une garde alternée. Elle est néanmoins peu détaillée dans la jurisprudence car elle semble considérer que tous les parents détiennent de bonnes capacités à moins qu'ils ne souffrent de troubles psychologiques, physiques ou d'addictions. Si les parents disposent tous deux de capacités éducatives, le juge doit dans un deuxième temps évaluer les autres critères d'appréciation pertinents pour l'attribution de la garde à l'un des parents, ces derniers étant interdépendants et leur importance variant en fonction des circonstances de la situation, dont l'âge et le degré de maturité de l'enfant.

Bien que le juge évalue la particularité de chaque situation, **nous allons présenter les critères d'appréciation de la garde alternée selon un ordre d'importance dégagé de notre analyse de la jurisprudence fédérale.** Nous verrons que certains critères ont plusieurs libellés, rajoutant ou supprimant un mot. Ci-dessous, nous soulignons ces différences à l'aide de parenthèses.

- 1) « *(La stabilité) ou la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant* »
et,
- 2) « *La stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation* »

Ces deux premiers critères sont prépondérants dans la jurisprudence ; « *en particulier lorsqu'il s'agit de nourrissons ou d'enfants en bas âge* »²², mais nous verrons que ce critère est également important pour les enfants en âge de scolarité.

3) « *Une bonne capacité (et volonté) de collaboration et de communication des parents* » est également considérée comme importante au vu de l'organisation et des échanges nécessaires à une garde alternée.

4) « *La situation géographique et la distance séparant les logements des parents* » est également un critère à prendre en considération, en particulier lorsque les enfants sont scolarisés ou que l'éloignement géographique nécessite une plus grande organisation.

²² TF 5A_72/2016, 2 novembre 2016, consid.3.3.2

5) « *L'appartenance à une fratrie ou à un cercle social* » sont particulièrement importants chez les enfants plus âgés et les adolescents. La jurisprudence ne s'y réfère néanmoins pas souvent.

6) « *Le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge* » doit être examiné et ce même s'il ne détient pas encore une capacité de discernement. Peu d'arrêts mentionnent néanmoins ce critère, en particulier lorsqu'il ne s'agit pas d'adolescents.

7) Finalement, « *la capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts avec l'autre parent* » est un critère qui n'est pas nécessairement pris en considération dans le cadre de l'évaluation d'une garde alternée. Pourtant, et étonnamment, la jurisprudence semble le citer comme un critère d'évaluation de l'attribution d'une garde exclusive.

1. L'existence de bonnes capacités éducatives chez les deux parents

Le critère fondamental de la garde alternée est l'existence de bonnes capacités éducatives chez les deux parents (TF 5A_534/2019 (f), 31 janvier 2020 ; TF 5A_462/2019 (f), 29 janvier 2020).

Dans les arrêts analysés, les critères d'évaluation de ce que signifient de « bonnes » capacités éducatives, auxquels le juge du TF se réfère pour effectuer son appréciation, ne sont généralement pas cités. Néanmoins, l'arrêt TF 5A_34/2017, 4 mai 2017 (f), consid. 5.2 le décrit en partie : « *La cour cantonale a relevé qu'en l'espèce, les parties s'accordent sur le fait que chacune d'entre elles dispose de capacités éducatives suffisantes, ce qui était d'ailleurs confirmé par l'ensemble du dossier. Ils s'occupent bien de C., lui offrent un cadre de vie agréable, veillent à sa santé et à son hygiène et lui proposent des activités variées et enrichissantes et, globalement, sont soucieux de son bien-être. Aucun ne souffre d'une affection, d'une dépendance ou de traits de caractère particuliers qui pourraient altérer sa capacité à s'occuper d'un enfant.* ».

Il semblerait que le juge estime que tous les parents détiennent de bonnes capacités éducatives, à moins qu'ils ne soient maltraitants ou ne souffrent d'un trouble psychique ou physique ou encore d'une addiction.

P. Meier et M. Stettler (2019, p.466) soulignent que ce critère doit être apprécié en prenant en considération « (...) *la qualité des appuis éducatifs susceptibles d'être fournis, par des membres de la communauté familiale (...)* », une composante du critère 3.2 – (La stabilité) et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant ».

Les six autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance varie en fonction des circonstances de la situation. Toutefois, au vu de l'objectif prédominant des juges qui est « la préservation » du « bien de l'enfant », en évaluant la situation antérieure à la séparation ainsi que la situation actuelle, plutôt que la recherche de la solution qui pourrait améliorer le « bien de l'enfant » en prenant aussi en compte l'évolution future et probable de la situation, il n'est pas surprenant de constater l'importance attribuées aux deux premiers critères cités dans la jurisprudence que sont (la stabilité) la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant et la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation.

2. (La stabilité) et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant

Un critère mal défini

Dans de nombreux arrêts (TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017) ; TF 5A_474/2016, TF 5A_487/2016, 27 octobre 2016 (d)), il est intéressant de constater que ce critère de la garde alternée réunit généralement ces deux facteurs – « la stabilité » ainsi que « la possibilité de s'occuper personnellement de l'enfant ». Dans d'autres arrêts (TF 5A_771/2018, 28 mars 2019 (f), consid 5.2.2 ; TF 5A_34/2017, 4 mai 2017 consid. 5.1) « la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant » n'est pourtant pas associée à « la stabilité ».

a. La stabilité et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant

Qu'entend-on alors par « stabilité » ?

Dans la jurisprudence, « la stabilité » se réfère généralement à « **la stabilité des relations** » qui par ailleurs permet à l'enfant de rester dans le même environnement local et social et favoriserait ainsi un développement harmonieux (TF 5A_691/2017, 14 novembre 2017 (f), consid 4.1.2).

L'association de ce facteur de « stabilité » avec celui de « la possibilité de s'occuper personnellement de l'enfant » nous questionne sur l'objectif de ce critère. Est-ce que ce critère valorise le parent qui s'occupe actuellement personnellement de l'enfant plutôt que celui qui aurait le plus de disponibilité à s'occuper de l'enfant ou, encore, une disponibilité suffisante pour l'instauration d'une garde alternée ? La jurisprudence semble indiquer que **ce critère valorise une continuité, ou un statu quo, dans le mode de garde en vigueur**, et en

particulier lorsqu'il s'agit de nourrissons ou d'enfants en bas âge, mais également pour les enfants scolarisés.

Il existe néanmoins une lecture plus large dans la jurisprudence de la « stabilité », rejoignant celle de P. Meier et M. Stettler (2019, p.467), qui englobe la stabilité du **cadre socio-éducatif**. Cette définition comprend non seulement le cadre éducatif mais également le milieu familial, scolaire et même les activités parascolaires. La lecture plus large de la « stabilité » incluant le cadre socio-éducatif se retrouve également dans des arrêts où il s'agit d'enfants en bas âge. L'arrêt TF 5A_271/2019, 9 décembre 2019 (f), consid. 3.4.2. mentionne par exemple : « (...) *au vu de l'âge des enfants, à savoir 3.5 et 2 ans, dans la mesure où l'âge constituait le seul critère permettant d'attribuer la garde des enfants à la mère et à défaut d'avis clair sur l'attribution de la garde à celle-ci dans cette situation, il y avait lieu de rejeter la requête tendant à déplacer le lieu de résidence des enfants au regard du critère de la stabilité. Si ce critère perdait de son importance s'agissant de très jeunes enfants et que même dans l'hypothèse du rejet de la requête de la mère tendant à déplacer le lieu de résidence des enfants en Espagne, la stabilité des enfants était susceptible d'être perturbée par une nouvelle organisation des modalités de garde, ceux-ci seraient manifestement moins perturbés que par un déménagement à l'étranger.* » Par conséquent, le TF conclut qu'en cas de déménagement de la mère en Espagne, la garde devait non plus être attribuée à la mère mais au père.

Comme le soulignent P. Meier et M. Stettler (2019, p. 766), le critère de la stabilité des relations jouit d'un poids particulièrement important dans la jurisprudence²³, mais dans certains arrêts (TF 5A_379/2016, 1er décembre 2016, consid.3.4 ; TF 5A_901/2017, 27 mars 2018, consid.5.2 ; TF 5A_848/2018, 16 novembre 2018, consid. 5.3), le TF l'a relativisé, et ce même pour des enfants encore très jeunes attribuant par exemple la garde au père alors que les enfants vivaient avec la mère.

La stabilité prime-t-elle sur la disponibilité/possibilité des parents ?

Est-ce que la stabilité dans le mode de prise en charge prime sur la disponibilité des parents, même lorsque les deux parents ont des disponibilités équivalentes ?

²³ TF 5A_512/2017, 22 décembre 2017, consid. 5.3 ; TF 5A_968/2016, 14 juin 2017, consid. 3.3. ; TF 5A_487/2016, 27 octobre 2016, consid. 4.3

La jurisprudence **favorise le parent assurant actuellement une stabilité relationnelle et sociale à l'enfant**, ou en d'autres termes le parent gardien, même si les deux parents détiennent une disponibilité équivalente.

Comme mentionné dans l'arrêt TF 5A_691/2017, 14 novembre 2017 (f), consid 4.1.2 : « *En cas de capacités d'éducation et de soin équivalentes des parents, le critère de la stabilité des relations, selon lequel il est essentiel d'éviter des changements inutiles dans l'environnement local et social des enfants propres à perturber un développement harmonieux, revêt un poids particulier (ATF 142 III 481 consid. 2.7, 498 consid. 4.4; arrêt 5A_444/2017 du 30 août 2017 consid. 5.3.2). L'autorité cantonale n'a dès lors pas violé ces principes en considérant qu'elle était fondée, vu les capacités éducatives et de soin équivalentes des parents, à accorder un poids particulier au critère - juridique - de la stabilité.* ». Dans cette situation, le TF a validé la garde exclusive au père de l'enfant, né en 2011, car l'enfant vivait auprès de lui depuis 2015, et que l'attribution de la garde exclusive à la mère engendrerait un déménagement dans un pays dans lequel l'enfant n'aurait pas d'autres liens familiaux que celui avec sa mère et cela nécessiterait, pour l'enfant, l'apprentissage d'une nouvelle langue.

De nombreux arrêts (TF 5A_534/2019 (f), 31 janvier 2020 ; TF 5A_968/2016, 14 juin 2017 (d) ; TF 5A_474/2016, 5A_487/2016, 27 octobre 2016 (d), consid. 4.3.2 ; TF 5A_72/2016, 2 novembre 2016, consid.3.3.2), valorisent également le parent s'occupant actuellement des enfants même si les parents ont des disponibilités similaires.

Jusqu'à quel âge ce critère de la stabilité et de la disponibilité de prise en charge est-il prépondérant sur les autres critères ? Ou jusqu'à quel âge le juge est-il généralement en faveur d'un mode de garde exclusif permettant une prise en charge de l'enfant par le parent le plus disponible ou/et assurant une stabilité de prise en charge ?

La jurisprudence n'y apporte pas de réponse homogène. Il existe un **flou juridique, et même des contradictions**, quant à l'âge jusqu'auquel le juge est en faveur d'une garde exclusive même lorsque les deux parents ont des disponibilités similaires. Dans certains arrêts, ce critère est prépondérant pour les nourrissons et petits enfants ; or, dans d'autres arrêts, il est mentionné que ce critère de la stabilité et de la disponibilité est également important pour les enfants en âge de scolarité obligatoire.

Pour exemple, dans l'arrêt TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017, consid. 5.1, le critère de la disponibilité et de la stabilité est prépondérant pour les **nourrissons et petits enfants**, sans qu'un âge définissant "petits enfants" soit précisé : « (...) *so spielen das Kriterium der Stabilität und dasjenige der Möglichkeit zur persönlichen Betreuung des Kindes bei Säuglingen und*

Kleinkindern eine wichtige Rolle ». Or, dans l'arrêt TF 5A_474/2016, 5A_487/2016, 27 octobre 2016 (d), consid. 4.3.2, le juge estime que la stabilité du mode de garde pour les enfants en **âge de scolarité obligatoire** également est important : « *La garde des enfants en bas âge ou en âge de scolarité obligatoire doit être attribuée au parent qui a la possibilité de prendre soin personnellement de l'enfant et qui est disposé à le faire. Lorsque les deux parents satisfont à cette exigence d'une manière similaire, le critère de la stabilité de l'environnement et de la situation familiale peut être décisif.* » Pourtant, dans l'arrêt TF 5A_488/2017, 8 novembre 2017 (f), consid.3.3, l'argument de la disponibilité, grâce à un taux de travail moins important que l'autre parent, n'a pas été retenu dans une situation concernant des **enfants âgés de 12 et 14 ans** au vu du temps passé à l'école : « *La recourante était certes plus disponible puisqu'elle exerçait une activité professionnelle à un pourcentage réduit mais ce critère n'était pas déterminant dans le cas d'espèce puisque les enfants étaient désormais âgés de douze et quatorze ans, de sorte qu'une grande partie de leur journée se déroulait en milieu scolaire et non auprès de celui des parents qui en avait la garde.* ». Dans l'arrêt TF 5A_488/2017, 8 novembre 2017 (f), consid.3.4, relatif toutefois à la garde exclusive uniquement, le TF soutient l'argument de l'instance inférieure selon lequel le critère de la disponibilité et de la stabilité sont moins importants que celui du souhait de l'enfant pour un jeune né en 2003 (âgé de 14 ans) : « *Enfin, force est de constater que la cour cantonale n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation en accordant une importance prépondérante à la volonté de C. par rapport aux critères de la disponibilité et de la stabilité* ».

Dans l'arrêt 5A_462/2019 du 29 janvier 2019 (f), consid. 3.7.3, la stabilité dans la prise en charge de l'enfant est une fois de plus décisive en précisant, par ailleurs, **l'importance de la répartition des rôles avant la séparation** : « *En effet, la juridiction précédente a estimé non seulement que la disponibilité du père n'était actuellement pas suffisante, mais aussi que l'attribution de la garde à la mère s'imposait s'agissant de mesures protectrices de l'union conjugale et en vertu de la stabilité du cadre socio-éducatif et de la répartition des tâches convenue entre les parties avant la séparation, à savoir que la mère s'occupait principalement des enfants alors que le père travaillait (cf. supra consid. 3.3)* ».

Finalement, même dans une situation où une garde alternée était en place mais que celle-ci a été remise en question à la suite de la décision unilatérale d'un parent de déménager avec les enfants, la continuité du mode de garde en vigueur depuis quelques mois a été valorisée. Dans l'arrêt TF 5A_665/2018, 18 septembre 2018 (d), consid. 4.4, les autorités judiciaires inférieures avaient attribué la garde exclusive à la mère qui avait déménagé à Thounne avec les enfants alors qu'une garde alternée était en place. Le TF a considéré le déménagement de la mère avec les enfants à Thounne abusif car la mère a pris seule la décision alors qu'une garde

alternée était en place, mais le TF a toutefois décidé de ne pas annuler la décision, favorisant de ce fait le critère de la stabilité actuelle de la situation au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. Une nouvelle évaluation de fond de la situation par les autorités cantonales a néanmoins été exigée par le TF.

b. Ou la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement d'un enfant ?

Pourtant, il est intéressant de constater que dans certains arrêts (TF 5A_34/2017, 4 mai 2017 consid. 5.1 ; TF 5A_771/2018, 28 mars 2019 (f), consid 5.2.2), **le critère de « la possibilité de s'occuper personnellement de l'enfant » n'est pas complété par le critère de « la stabilité ».**

Dans l'arrêt TF 5A_771/2018, 28 mars 2019 (f), consid. 5.2.2, ces deux critères ne sont en effet pas mis en relation : *« Au nombre des critères essentiels (...) il faut également tenir compte de la stabilité qu'apporte à l'enfant le maintien de la situation antérieure, de la possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant, de l'âge de celui-ci et de son appartenance à une fratrie ou à un cercle social. »*. Il est également intéressant de constater que l'objectif ultime stipulé dans cet arrêt n'est pas « la préservation » du « bien de l'enfant », mais *« (...) de choisir la solution qui, au regard de la situation, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaire à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. »*. Le TF a dans cet arrêt reconnu qu'il convient de prendre en considération **le taux d'occupation professionnel envisagé** en cas de garde alternée. Par analogie, dans l'arrêt 5A_271/2019, 9 décembre 2019 (f), qui concerne un éventuel déménagement de la mère à l'étranger, le TF a bel et bien retenu les **disponibilités futures des parents** une fois le déménagement effectué ; la mère et le père ont affirmé qu'ils travailleraient tous deux à un taux équivalent, soit de 60%. La question est donc de savoir si le « bien de l'enfant » **sera mieux préservé** s'il suit le parent qui envisage de déménager ou s'il demeure à l'avenir avec le parent qui reste : *« Le Tribunal fédéral retient que la cour cantonale avait à juste titre examiné uniquement les disponibilités effectives²⁴ des parents une fois le déménagement effectué et qu'elle n'avait pas usé d'arbitraire en considérant que le père disposerait des mêmes disponibilités que la mère. »* (Weck-Immelé, C. et Saint-Phor, J., 2020, p.4).

²⁴ La cour cantonale a constaté que la mère travaillait à un taux de 60% avec la possibilité de travailler un jour à la maison et que le père travaillait à 80% tout en étant disposé à diminuer son taux à 60%.

c. Les modalités de travail et de prise en charge de l'enfant (tierce personne, structure d'encadrement)

Est-ce que le travail à temps partiel, le travail à domicile, une flexibilité d'horaires ou encore la garde de l'enfant par une tierce personne ou une structure d'encadrement influencent l'évaluation des possibilités du parent de s'occuper de son enfant et donc du mode de garde ?

A la lecture de la jurisprudence, il semblerait que le juge du TF estime que ces modalités de travail – à temps partiel et à domicile, et de prise en charge – par une tierce personne et/ou une structure d'encadrement, sont favorables à une garde alternée, seulement si ce mode de garde est déjà en vigueur.

Comme vu précédemment, le **travail à temps partiel** est favorable à l'attribution de la garde de l'enfant. Toutefois, même si les deux parents travaillent à temps partiel, une garde alternée est presque systématiquement validée à la condition, dans les faits, qu'elle soit déjà en vigueur. Dans l'arrêt TF 5A_403/2015 (f), 28 août 2015, consid. 3, une garde alternée, déjà en vigueur, a été validée par le TF notamment parce que « (...) *les parents n'exercent pas d'activité lucrative, ce qui leur permet d'être très disponibles pour les enfants nés en 2008 et en 2011.* ».

Le **travail à domicile**, reconnu comme une modalité de travail favorisant la flexibilité, n'est pas toujours reconnu ou du moins semble difficilement justifiable par le parent non-gardien. Dans l'arrêt TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017, consid.4.1., le travail à domicile n'est pas considéré comme étant compatible avec la garde d'enfants pour le parent non-gardien demandant la garde alternée : « *Die blosse Behauptung der Flexibilität und der Möglichkeit von Homeoffice stellt kein Betreuungskonzept dar. In diesen Punkten ist keine Willkür der Vorinstanz ersichtlich* ».

Il est par ailleurs difficile de démontrer que le **statut d'indépendant** permet une certaine flexibilité de travail facilitant une prise en charge de l'enfant. Dans l'arrêt TF 5A_534/2019 (f), 31 janvier 2020, consid. 3.2, le père travaillant à son propre compte n'a pas réussi à prouver sa flexibilité et sa disponibilité à s'occuper de ses enfants, nés en 2014 et en 2017, alors que le taux partiel de la mère en tant qu'employée a été retenu.

Quant à la prise en charge de l'enfant par **une tierce personne et/ou par des structures d'encadrement** dans le cadre d'une garde alternée, la jurisprudence semble y être généralement favorable, en particulier lorsque les parents sont disponibles aux heures creuses ou marginales (matin, soir et week-end) et que l'enfant n'a pas de besoin spécifique lié à son état physique et/ou mental, mais là encore, lorsqu'une garde alternée est déjà en place.

Dans l'arrêt TF 5A_403/2015 (f), 28 août 2015, consid. 6., concernant des enfants nés en 2008 et en 2011, la présence d'une nounou et des structures d'encadrement (école, crèche) ont été favorablement retenus, mais une garde alternée de fait était, ici encore, déjà en vigueur : « *La cour cantonale a relevé que la présence d'une seule et même nounou aux côtés des enfants, ainsi que d'autres structures d'encadrement (l'aînée étant scolarisée et la cadette en garderie), permettaient en l'espèce d'assurer une stabilité suffisante aux enfants, nonobstant la mise en place de la garde alternée* ». Dans l'arrêt TF 5A_888/2016, 20 avril 2018 consid. 3.1, le TF corrobore une décision qui a attribué une garde alternée, dans laquelle il est mentionné que rien ne s'oppose à ce que la garde soit assumée un jour par semaine par les grands-parents.

Dans l'arrêt TF 5A_665/2018, 18 septembre 2018, consid. 4.3, où une garde alternée est en place conformément à un accord en justice, mais qu'une réévaluation du mode de garde est effectuée suite au souhait de départ à l'étranger d'un parent, l'appui familial (nouvelle partenaire du père, la mère et la sœur du père vivant dans la même maison) est étonnamment cité en défaveur du parent restant en Suisse : « *Ausschlaggebend für die Genehmigung des Wegzuges der Kinder mit der Mutter, obwohl die Psychologin tendenziell eine Zuteilung an den Vater empfahl, war für den erstinstanzlichen Richter, dass diese die Kinder vor der Installation der alternierenden Obhut überwiegend betreut habe und sie auch in Zukunft im Wesentlichen selbst betreuen könnte, während der Vater zwar beruflich flexibel, aber zur Betreuung auch auf die im gleichen Haushalt lebende neue Partnerin und die im gleichen Haus wohnende Mutter bzw. Schwester angewiesen sei* ».

Contrairement aux situations où il est question de garde alternée, on constate que **l'appui familial** ou encore **la flexibilité de travail** (e.g. travail à domicile) sont généralement valorisés lors de l'analyse de la conformité d'une garde exclusive avec le « bien de l'enfant ». Pour exemple, dans l'arrêt TF 5A_691/2017, 14 novembre 2017 (f), consid. 4.2.2., concernant un enfant né en 2011, le TF a soutenu le mode de garde exclusif attribué au père, en se référant à la stabilité de la situation, à la disponibilité et à la flexibilité de celui-ci (travail à domicile), et, finalement, à l'appui familial (sa mère) dont il bénéficie. « *A cet égard, l'arrêt entrepris constate que C., qui est née le 15 septembre 2011, vit auprès de son père depuis le 25 février 2015, est une enfant intelligente et gaie qui se développe bien et se sent à l'aise dans les différents lieux de vie qu'elle fréquente, notamment l'école, dont les enseignantes ont rapporté qu'elle y travaille avec application, est ordonnée et autonome, qui rencontre ses camarades en dehors du temps scolaire et participe à de nombreuses activités diverses et variées et qui s'est visiblement bien intégrée dans ce milieu dans lequel elle évolue depuis plus de deux ans auprès d'un père largement présent qui exerce depuis plusieurs années un travail à domicile en Valais et peut en outre compter sur un appui familial en la personne de sa propre mère à*

laquelle l'enfant est par ailleurs très attachée. ». Dans l'arrêt TF 5A_837/2017, 27 février 2018, consid. 3.3, la garde exclusive attribuée à la mère a été validée pour motifs, entre autre, de flexibilité de travail grâce à un travail à domicile et d'un taux de travail 10 % moins élevé que le père: « *Si le recourant relève que, compte tenu de la réduction de son taux d'activité (90%), la disponibilité de la mère pour s'occuper personnellement des enfants ne serait certes pas largement supérieure à la sienne (taux à 80%), l'intimée dispose néanmoins de la possibilité de travailler à la maison (à l'exception d'un jour par semaine) ; or le recourant ne peut objecter que cette situation lui permet de prendre en charge les enfants tous les mercredi à midi et lui assure de facto une plus grande flexibilité dans la gestion de leur quotidien et des imprévus, critère qui, quoiqu'en pense l'intéressé, reste essentiel vu leur jeune âge (né en 2009 et 2011) »*.

A contrario, l'appui d'une tierce personne dans la prise en charge de l'enfant tend à ne pas être valorisé dans les situations où une garde alternée n'est pas en vigueur. Dans l'arrêt TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017, consid.4.1., le père affirme recevoir de l'aide de sa compagne et réduire son taux de travail à 70% si une garde alternée est instaurée, mais ces deux arguments n'ont pas été valorisés et le juge du TF a donc validé la garde exclusive à la mère: « *Der Beschwerdeführer sei beruflich stark eingebunden, sodass auch bei der von ihm für den Fall einer Zuweisung der Obhut in Aussicht gestellten Reduktion des Arbeitspensums auf 70 % seine neue Lebenspartnerin einen grossen Teil der Kinderbetreuung übernehmen müsste. »*

Dans l'arrêt TF 5A_462/2019, 29 janvier 2020 (f), consid 3.7.1, le père a mentionné pouvoir être présent durant les heures creuses (fin de journée et week-end) et disposer d'une flexibilité de travail, mais il a été retenu que celui-ci devrait quand même recourir à l'aide d'une tierce personne et qu'il serait donc préférable que la garde des enfants, nés en 2008, 2011 et 2015, soit attribuée exclusivement à la mère qui, elle, travaillait à 20 % seulement : « *Les lundis et mardis, il était au bloc opératoire de 7h30 à 16h. Les mercredis et jeudis, il terminait ses consultations vers 16h et restait jusque vers 17h pour régler les problèmes administratifs. Un vendredi sur deux, il avait des consultations entre 8h30 et 12h et l'autre, il avait congé toute la journée. Il était également de garde une semaine d'affilée par mois. Si une garde partagée était mise en place, le père serait contraint d'engager une personne pour s'occuper de ses enfants lorsqu'il est à l'hôpital (C. ayant congé le mercredi après-midi et terminant l'école à 15h15 le jeudi et à 16h10 le vendredi, D. ayant quant à lui congé le mercredi, jeudi et vendredi après-midi), alors que la mère avait la possibilité de s'occuper personnellement des enfants. »*

d. Les enjeux du ou des parents de « référence »

L'analyse de ce critère – (la stabilité et) et la possibilité de s'occuper personnellement de l'enfant – démontre l'importance de la définition du parent « de référence »

Qu'entend le juge par « le parent de référence » ?

La jurisprudence tend à définir le parent de référence comme étant **celui qui est, depuis la séparation, le parent gardien**. Dans l'arrêt TF 5A_534/2019 (f), 31 janvier 2020, consid 3.3.2, il est en effet affirmé que le parent de référence est celui qui assure la garde depuis la séparation du couple : « *Compte tenu de l'âge des enfants (né en 2014 et 2017), en particulier du cadet, il était dans leur intérêt de ne pas être séparés trop longtemps de leur mère, qui constituait vraisemblablement le parent de référence puisqu'elle assurait leur garde exclusive depuis la séparation des parties intervenue le 9 juillet 2018.* ». Dans l'arrêt TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017, consid 5.2., concernant des jumeaux nés en 2013, le TF ne remet pas en cause la garde exclusive attribuée à la mère et les visites de courtes durées du père durant les journées seulement. Le père ayant peu vu ses enfants depuis la séparation, il est considéré qu'il est d'abord important que les enfants reprennent confiance en leur père. Le TF soutient en revanche l'évolution vers un droit de visite plus élargi comprenant une nuit, sans toutefois se prononcer précisément sur sa mise en application : « *Das Obergericht hat berücksichtigt, dass - teilweise nach längeren Kontaktpausen - zwischen dem erst- und zweitinstanzlichen Urteil wieder regelmässige Kontakte zwischen Vater und Kindern stattgefunden haben. Nichtsdestotrotz ging es von Erinnerungskontakten aus, da die Kinder noch kein gefestigtes Vertrauen in die väterlichen Kontakte hätten. Indem die Vorinstanz sich auf den Standpunkt stellte, dass nach einem längeren Kontaktabbruch das Besuchsrecht so auszugestalten sei, dass in einer ersten Phase die damals relativ kleinen Kinder nicht bei ihrem mittlerweile fremd gewordenen Vater übernachten, ist dies nicht willkürlich. Wichtiger als die Übernachtungsmöglichkeit ist bei kleinen Kindern, dass sie ihre Eltern regelmässig, wenn auch möglicherweise nur für kurze Zeit sehen. Auch das Obergericht liess allerdings zu Recht durchblicken, dass mit der Zeit eine Ausdehnung des Besuchsrechts stattfinden sollte, zumal die Praxis - bei gegebenen Voraussetzungen - zu einer Ausweitung des Besuchsrechts tendiert (Urteil 5A_450/2015 vom 11. März 2016 E. 3.3 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 142 III 481; Urteil 5A_570/2016 vom 1. März 2017 E. 3.3.1)* ». Dans ce même arrêt (TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017, consid 5.2.), il est mentionné que dans tous les cas, une garde alternée ne correspondait pas à la réalité des enfants depuis la séparation, soit deux ans, et cela irait alors à l'encontre du besoin de stabilité des jeunes enfants : « *Jedenfalls entspräche eine alternierende Obhut nicht dem seit der Trennung - und damit seit zwei Jahren - Gelebten und stünde damit dem Stabilitätsbedürfnis der noch kleinen Kinder entgegen.* »

L'organisation familiale, et notamment la répartition des rôles dans la prise en charge des enfants, lorsque le couple vivait encore ensemble, est également un facteur influençant la définition du parent de référence (5A_462/2019, 29 janvier 2019 (f)), consid. 3.3.). Si l'un des parents travaillait à temps partiel, il est généralement considéré comme le parent de référence.

La jurisprudence tend par ailleurs à considérer **qu'une garde alternée serait contraire au « bien de l'enfant » car cela impliquerait une absence prolongée et répétée du parent de référence**. En effet, dans l'arrêt TF 5A_534/2019 (f), 31 janvier 2020 consid. 3.3.2, « *le recourant fait aussi grief à l'autorité cantonale d'avoir estimé, au regard du critère de la stabilité, que le système de garde alternée qu'il préconisait aurait pour conséquence que les enfants seraient séparés trop longtemps de leur mère lors des semaines où ils passeraient le week-end chez lui. (...) Exposant l'organisation de la prise en charge des enfants avant la séparation des parties, il soutient en outre que l'intimée ne serait pas le parent de référence. De nature purement appellatoire, ces allégations ne permettent pas de retenir que l'autorité cantonale aurait fait preuve d'arbitraire en considérant que, vu l'âge des enfants (nés respectivement en 2014 et 2017), il était contraire à leur intérêt d'être séparés de leur mère quatre jours d'affilée toutes les deux semaines.* ». En outre, « *la comparaison que le recourant entend effectuer avec les vacances, au cours desquelles les enfants seraient séparés encore plus longtemps de l'intimée, n'apparaît de surcroît pas pertinente, la récurrence de ces périodes étant moins importante.* ». Dans l'arrêt TF 5A_968/2016 du 14 juin 2017 (d), consid. 5.1, l'importance que l'enfant en bas âge, ici né en 2015, ne soit pas séparé durant de longues périodes de son parent « de référence » est également souligné. Une garde alternée n'a pas été envisagée car il a été considéré que l'enfant avait encore un grand besoin de la personne « de référence » ; sa mère (5A_462/2019, 29 janvier 2019 (f)), consid.3.2).

L'importance attribuée par la jurisprudence à un seul parent de référence pour l'enfant, en particulier pour les nourrissons et jeunes enfants, va à l'encontre de l'instauration de la garde alternée.

Cette vision du « bien de l'enfant » influence par ailleurs l'étendue du droit de visite pour le parent non-gardien. Le TF a tendance à suivre une vision selon laquelle un droit de visite d'un enfant en bas âge ne devrait pas comprendre de nuitée chez le parent non-gardien. Dans par exemple l'arrêt 5A_968/2016 du 14 juin 2017 (d), consid. 5.1. il est soutenu que des visites du parent non-gardien fréquentes et courtes, sans nuitée toutefois, sont idéales chez les enfants en bas âge : « *Die Bedürfnisse eines Kleinkindes entsprechen nicht denjenigen eines Jugendlichen. (...) Bei Kleinkindern sind grundsätzlich häufige und kurze Besuchsintervalle ohne Übernachtungen ideal (...).* ». Ou encore dans l'arrêt 5A_620/2016 (d)

7 mars 2017, consid. 5, le TF stipule qu'il n'y a pas un principe de droit incontesté selon lequel, à partir du moment où un enfant entre à l'école maternelle, le droit de visite doit toujours inclure des nuitées : « *Im vorliegenden Fall geht es nicht um die Anwendung unumstrittener Rechtsgrundsätze, denn entgegen dem sinngemässen Vorbringen des Beschwerdeführers gibt es keinen verbindlichen Grundsatz, wonach ab dem Kindergarteneintritt das Besuchsrecht stets mit Übernachtungen verbunden sein müsste* ».

Une position minoritaire reflétée dans la jurisprudence conteste néanmoins que le parent de référence soit systématiquement la mère lorsqu'il s'agit de nourrissons et d'enfants en bas âge : « *Toutefois, le Tribunal fédéral relève que cette conception (c'est-à-dire que le parent de référence est la mère) n'était de loin pas unanime. En effet, selon certains auteurs, cette perspective (de l'assistant social de l'Autorité de Protection de l'Adulte et de l'Enfant du Jura se basant sur une analyse de la Coordination des ONG pour les droits de l'enfant²⁵ pour soutenir que le jeune âge des enfants est essentiel pour trancher le cas) reposait sur des expériences cliniques des auteurs et n'était pas confirmée par des études empiriques à large échelle. De plus, d'autres chercheurs remettaient en question la dominance de l'attachement maternel, soulignant que mère et père développent des liens d'attachement complémentaires, tous deux nécessaires au bon développement socio-affectif de l'enfant (TF 5A, 834/2012, 26 février 2013, consid.4.1.)* » (TF 5A_271/2019, 9 décembre 2019 (f)) (Weck-Immelé, C. et Saint-Phor, J., 2020, p.5). A ce sujet, P. Meier et M. Stettler (2019, p. 463) questionnent le parent de référence en soulignant que la définition du « bien de l'enfant » doit être tributaire de la qualité des rapports plutôt que du sexe du parent.

Lorsqu'une garde alternée est en vigueur, il est généralement considéré que les deux parents sont des parents de référence pour l'enfant. Dans l'arrêt TF 5A_403/2015 (f), 28 août 2015, le TF a validé une garde alternée, pour des enfants nés respectivement en 2011 et en 2008, considérant indirectement que les deux parents sont des parents de référence car ils ont vécu ensemble jusqu'à la mise en place de mesures protectrices de l'union conjugale (le 20 mars 2015) attribuant une garde alternée. Par ailleurs, **TF se prononce généralement en faveur d'une garde alternée lorsque ce mode de garde ou un large droit de visite a été instaurée par les parents à la suite de leur séparation** (TF 5A_1018/2017, 14 juin 2018 ; 5A_403/2015 (f), 28 août 2015 ; TF 5A_72/2016, 2 novembre 2016, consid.5).

²⁵ Coordination des ONG pour les Droits de l'Enfant. (2010). *Séparation des parents et droits de l'enfant, enjeux psychologiques, analyse CODE* : https://www.lacode.be/IMG/pdf/Analyse_psycho_heberg_altern.pdf

Conclusion :

Nous pouvons conclure que les interprétations prédominantes dans la jurisprudence de ce critère – « La stabilité et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant » – sont majoritairement favorables **au statu quo de la situation en vigueur depuis la séparation**. Ce critère est particulièrement important s'il s'agit de nourrissons, d'enfants en bas âge et même d'enfants en âge de scolarité. L'âge d'un enfant scolarisé à partir duquel ce critère est moins important est toutefois débattu, puisqu'à partir d'un certain âge il passe plus de temps en milieu scolaire qu'auprès du parent gardien. Quant à un adolescent, la jurisprudence semble s'accorder sur la perte d'importance de ce critère de disponibilité et de stabilité par rapport à d'autres critères comme le souhait de l'enfant (cf. critère 3.6) ou encore l'appartenance à un cercle social (cf. critère 3.5).

Ces interprétations dominantes valorisent « la préservation » du « bien de l'enfant » en se référant au mode de garde en vigueur depuis la séparation et à la répartition des rôles lorsque les parents étaient encore en couple. Ces interprétations affirment qu'il n'y a qu'un parent de référence et que celui-ci est inévitablement le parent prenant actuellement en charge l'enfant. Affirmer qu'il y a généralement qu'un parent de référence lorsque le couple vivait ensemble, et non deux parents de référence, valorise exclusivement la disponibilité du parent en termes d'heures au détriment de la qualité du temps passé entre l'enfant et l'autre parent et sous-estime, en outre, le rôle du parent moins disponible dans la construction de l'identité et le bien-être de l'enfant. Étonnamment ces interprétations valorisent toutefois la disponibilité des parents, que celle-ci soit équivalente ou non, lorsqu'il y a déjà une garde alternée. Finalement, ces interprétations donnent de la valeur aux modalités de travail offrant une certaine flexibilité (travail à temps partiel, travail à domicile, statut d'indépendant), à l'appui familial et sociétal, mais, paradoxalement, dans un contexte de garde exclusive ou de garde alternée existante seulement.

Les interprétations de ce critère sont par conséquent majoritairement défavorables à une garde alternée à moins que les parents aient, par leur propre volonté, opté pour ce mode de garde ou qu'il y ait déjà un large droit de visite (5A_34/2017 du 4 mai 2017 ²⁶ ; TF 5A_200/2019 (f) et 5A_201/2019 (f) 29 janvier 2020 ²⁷).

P. Meier et M. Stettler (2019, p.76) mettent en garde sur « (...) *la prise en compte de ce critère (qui) a pour effet de favoriser le statu quo et donc de « récompenser » la politique*

²⁶ Cette situation concerne une fille âgée de 6 ans.

²⁷ Cette situation concerne un garçon de 9 ans et deux filles de 12 ans

du fait accompli (pour prendre un exemple, la mère s'en va avec les enfants et fait durer la procédure matrimoniale : plus le temps passe, plus la garde de fait dont elle bénéficie a des chances d'être confirmée par le juge, au nom de la stabilité des relations). Dans le même ordre d'idée, la décision prise sur mesures protectrices (art. 176 CC) ou sur mesures provisionnelles (art. 276 CPC) influence largement le juge du divorce ou de la séparation de corps. »²⁸.

Malgré la prédominance de cette approche conservatrice valorisant « la préservation du bien de l'enfant », nous avons pu constater des interprétations plus progressistes de ce critère axées sur des **analyses prospectives des situations** reconnaissant des éventuelles possibilités futures de prise en charge par le parent non-gardien et valorisant **la qualité du lien affectif actuel ou futur** du parent non-gardien avec son enfant, et inversement, ou encore de l'éventuel **appui familial et sociétal** dans l'équilibre d'un enfant.

Ces interprétations respectent le souhait du Conseil fédéral selon lequel l'intérêt de l'enfant nécessite d'évaluer également l'avenir : « *Du point de vue de la stabilité des relations, le critère des soins donnés à l'enfant jusqu'à maintenant est important, mais il ne peut pas être – comme une partie des participants à la procédure de consultation l'a demandé – le seul déterminant, car cela aurait pour conséquence de supprimer l'égalité des diverses contributions à l'entretien (art. 163 CC), de maintenir la répartition des tâches adoptée durant le mariage et de renoncer à déterminer l'intérêt de l'enfant en fonction de l'avenir.* » (Conseil fédéral, 15 novembre 1995, chapitre 233.61, p. 126).

Cette approche conservatrice prédominante du « bien de l'enfant » se traduisant par la valorisation du parent prenant actuellement en charge l'enfant est en outre renforcée par un second critère de la garde alternée qu'est « la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation ». Au vu de l'interprétation des juges de la définition du parent de « référence » – en se basant notamment sur la répartition des rôles avant la séparation –, nous constatons que **le critère suivant est en partie une redondance du précédent.**

²⁸ Les auteurs se réfèrent à l'attribution de la garde exclusive, mais étant donné que les critères d'attribution sont les mêmes pour une garde alternée, ce constat est également valable pour une garde alternée.

3. La stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation

Le critère de « la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation » est relativement important, en particulier lorsqu'il s'agit d'un nourrisson ou d'un enfant en bas âge (TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017 ; TF 5A_691/2017, 14 novembre 2017 (f)). Dans l'arrêt TF 5A_837/2017, du 27 février 2018, consid.3.1., le TF a validé la décision de l'instance judiciaire inférieure de refuser la garde alternée au motif notamment de ce critère : « *La cour cantonale a retenu que les capacités éducatives des parents étaient identiques, l'intimée s'occupant néanmoins de manière prépondérante des enfants (né en 2009 et 2011) depuis leur naissance dès lors qu'elle travaillait à temps partiel (80%). Le maintien de cette situation stable revêtait ainsi un poids particulier.* ».

Bien que les deux parents aient généralement été impliqués dans l'éducation de l'enfant lors de la vie commune du couple, il s'agit, à la lecture de la jurisprudence, **d'identifier le parent qui s'occupait majoritairement de l'enfant**. Il est considéré dans seulement une minorité de situations que les deux parents s'occupaient en alternance, ou à part plus ou moins égale, de l'enfant avant la séparation. Cette perception de la prise en charge de l'enfant semble par conséquent valoriser **la quantité d'heures** passées avec l'enfant **au détriment de la qualité de la relation**.

Ce critère favorise la continuité dans la prise en charge de l'enfant renforçant là encore **le statu quo** de la situation, rendant la mise en place d'une garde alternée plus difficilement réalisable. En effet, « (...) *une garde alternée sera instaurée plus facilement lorsque les deux parents s'occupaient de l'enfant en alternance déjà avant la séparation* » (5A_11/2020_13 mai 2020 (f), consid. 3.3.3.1).

Toutefois, même si le parent non-gardien s'est fortement engagé dans l'éducation de son enfant durant la vie commune mais qu'une garde exclusive de fait a été instaurée, on constate une **primauté du critère de « la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation » sur le second critère « la stabilité et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant »**. Par exemple, dans l'arrêt TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017, consid.5.2., « l'extraordinaire » engagement du père auprès de ses deux jumeaux, nés en 2013, lors de la vie commune du couple jusqu'en 2015, n'a pas été retenue. La garde alternée a été refusée et un droit de visite limité à quelques heures par semaine a été accordé. Au vu de l'âge des jumeaux lors de la séparation (environ 1.5 an), il a été considéré que les enfants étaient trop jeunes pour se souvenir de la présence de leur père qui n'a pas pu les voir régulièrement : « *Selbst wenn es zuträfe, dass er nach der Geburt ein*

ausserordentliches Engagement gezeigt hätte, wäre dies im vorliegenden Kontext nicht entscheidend relevant, da sich die Kinder kaum daran erinnern können. ».

Conclusion :

Ce critère de la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation a pour objectif « la préservation » du « bien de l'enfant » en valorisant le parent qui s'occupait quantitativement le plus de l'enfant lors de la vie commune. Il n'a donc pas pour objectif d'améliorer éventuellement le « bien de l'enfant » en évaluant la nouvelle configuration familiale – deux parents vivant séparément – et leurs éventuels souhaits et possibilité de prise en charge de leur enfant.

Il est en outre constaté que même lorsque les deux parents se sont fortement impliqués dans la prise en charge de leur enfant durant leur vie commune, mais qu'ils n'ont pas tous deux souhaité instaurer une garde alternée à la suite de leur séparation, le juge tend généralement à être défavorable à la garde alternée.

Étonnamment, bien que ce critère soit un critère à part entière, il est en fait inclus dans l'interprétation dominante du critère précédent – *la stabilité et la possibilité du parent de s'occuper personnellement de l'enfant* –, ce dernier cherchant à déterminer le parent de « référence » sur la base notamment de la répartition des rôles durant la vie commune du couple. Ce critère, tout comme le précédent, va donc à l'encontre de la mise en place d'une garde alternée.

4. La bonne capacité (et volonté) de collaboration et de communication des parents

La garde alternée nécessite « l'existence d'une bonne capacité et la volonté des parents de communiquer et coopérer compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde » (TF 5A_821/2019, 14 juillet 2020 (f), consid. 4.1).

Notons qu'il existe deux titres, l'un intitulé « *la bonne capacité de collaboration et de communication des parents* » et, l'autre, ajoutant le terme « volonté », comme ci-dessus (TF 5A_488/2017, 8 novembre 2017 (f), consid. 3.1.1 ; TF 5A_200/2019 (f) et 5A_201/2019 (f) 29 janvier 2020, consid.3.1.2 ; 5A_771/2018 du 28 mars 2019 consid. 5.2.2).

La bonne collaboration et la communication entre les parents concernent seulement les questions relatives à leur enfant. Une incapacité à coopérer entre les parents, basée sur le seul refus d'instaurer la garde alternée, n'est pas contraire à l'instauration d'une garde alternée (TF 5A_462/2019 (f), 29 janvier 2020 ; TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017 ; 5A_403/2015 28 août 2015, consid. 3.).

Ce critère est particulièrement important lorsque la situation demande une certaine organisation, comme c'est le cas lorsque l'enfant est scolarisé ou qu'il y a un certain éloignement géographique entre les domiciles (TF 5A_534/2019 (f), 31 janvier 2020).

Qu'elle est la définition de « bonne » capacité de collaboration et de communication ?

Il est intéressant de constater que ce critère est sujet à **deux courants d'interprétation** :

1) La première interprétation considère que la collaboration et la communication doivent être relativement bonnes, et même « parfaites », entre les parents, sur toutes les questions concernant l'enfant et, à contrario, que les conflits doivent être fortement limités et non contraires « aux intérêts » de l'enfant ;

2) Une seconde interprétation considère qu'une garde alternée est compatible avec une collaboration et communication fragiles et limitées à certains aspects de l'éducation ou de l'organisation de la vie de l'enfant et où les conflits parentaux ne portent pas atteinte au « bien-être » de l'enfant.

a. 1^{ère} Interprétation – collaboration et communication « parfaite » entre les parents

Selon le premier courant d'interprétation, les parents doivent pouvoir collaborer et communiquer sur **toutes les questions concernant l'enfant**, sans limiter la collaboration et la communication à certains aspects de l'éducation : « *Weiter erfordert die alternierende Obhut organisatorische Massnahmen und gegenseitige Informationen. Insofern setzt die praktische Umsetzung einer alternierenden Betreuung voraus, dass die Eltern fähig und bereit sind, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren.* » (5A_627/2016, 28 août 2017 (d), consid. 5.1). L'arrêt TF 5A_312/2019, 17 octobre 2019 (d), consid. 2.1.1, adopte une interprétation similaire de ce critère : « *Insofern setzt die praktische Umsetzung der alternierenden Obhut bzw. Betreuung voraus, dass die Eltern fähig und bereit sind, in den Kinderbelangen miteinander zu kommunizieren und zu kooperieren.* ». Dans cet arrêt TF 5A_312/2019, 17 octobre 2019 (d), consid. 2.2, l'interprétation du critère est même plus étroite en affirmant qu'une **communication « parfaite »** doit exister entre les parents et qu'il n'est

pas décisif pour la garde alternée de déterminer lequel des parents est le principal responsable des conflits : « *Für die Obhutsfrage sei nicht entscheidend, wer für den Konflikt verantwortlich sei, und der Beschwerdeführer habe nicht substantiiert darlegen können, wie trotz des schweren Elternkonflikts eine mit einem alternierenden Betreuungskonzept einhergehende bzw. zwingend erforderliche einwandfreie Kommunikation in Bezug auf das Kind zwischen den Parteien funktionieren soll.* ».

Ce courant d'interprétation se focalise sur la **situation actuelle** et évalue par conséquent la collaboration et la communication actuelle déduisant qu'elles resteront figées dans le temps.

Un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui pourrait apparaître contraire à son intérêt (5A_627/2016, 28 août 2017 (d), consid. 5.1 ; 5A_260/2019 précité consid. 3.1; 5A_837/2017 du 27 février 2018 consid. 3.2.2 ; TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017 ; TF 5A_821/2019, 14 juillet 2020 (f), consid.4.1). Il est considéré que les conflits parentaux ne doivent pas être contraires à « **l'intérêt de l'enfant** » (5A_534/2019 31 janvier 2020 (f), consid.3.1). Notons que ce concept « d'intérêt de l'enfant » n'est pas défini dans la jurisprudence. Pour exemple, dans l'arrêt 5A_627/2016, 28 août 2017 (d), consid. 5.1, il est mentionné que l'exposition au grave conflit parental est contraire aux intérêts des enfants ; sans expliciter ni la gravité du conflit, ni ce que représente l'intérêt de l'enfant : « (...), *dass sie ihr Kind im Szenario einer alternierenden Obhut dem gravierenden Elternkonflikt in einer Weise aussetzen würden, die seinen Interessen offensichtlich zuwider läuft.* ». Finalement, il est considéré comme non pertinent d'identifier le parent principalement responsable des conflits parentaux : « *En tant que le recourant soutient aussi que les difficultés relationnelles entre les parties sont imputables à l'intimée, il ne fait qu'opposer de manière irrecevable sa propre appréciation des faits à celle de l'autorité cantonale, cette circonstance, quand bien même serait-elle avérée, étant de toute manière dénuée de pertinence (arrêt 5A_382/2017 du 2 novembre 2017 consid. 8.4)* » « 5A_534/2019 31 janvier 2020 (f), consid.3.3.4).

b. 2ème Interprétation – collaboration et communication sur les questions importantes concernant l'enfant

Selon le second courant d'interprétation de ce critère, il est considéré qu'une garde alternée nécessite que les parents parviennent à collaborer et à communiquer sur **les questions importantes** concernant l'enfant.

Une **communication limitée et fragile** n'est alors pas considérée comme un obstacle à la garde alternée comme attesté dans l'arrêt TF 5A_34/2017, 4 mai 2017 (f), consid. 5.2: « *Leur capacité de coopérer et de communiquer sereinement entre eux était certes limitée, mais semblait assez équivalente. La lecture du cahier de transmission tenu par les parents permettait de constater que chacun fournit à l'autre les informations nécessaires, ce qui permet à C. de ne manquer de rien et de résoudre les petites questions d'organisation qui se posent (participation à telle ou telle activité, vêtements à prévoir, etc.), même s'il serait peut-être plus pratique qu'ils se parlent régulièrement.* ». Le TF a dans l'arrêt suivant instauré une garde alternée dans une situation où il a été relevé une communication fragile mais où toute communication n'a pas été rompue : « (...) *si l'existence d'un conflit entre les parents est certes avérée, il apparaît toutefois que rien dans les constatations du SPMi (Service de protection des mineurs de Genève) n'indique que celui-ci aurait pris des proportions telles que toute communication entre les parents serait rompue, ce qui aurait rendu la mise en place d'une garde alternée illusoire.* » (TF 5A_200/2019 (f) et 5A_201/2019 (f) du 29 janvier 2020, consid.3.2.2).

Les conflits ponctuels et limités entre les parents **à certains aspects de l'éducation ou à l'organisation de la vie de l'enfant**, dont le droit de visite ou encore les activités (extra)scolaires, ne sont pas considérés comme des obstacles à l'instauration d'une garde alternée (TF 5A_200/2019 et 5A_201/2019 (f), 29 janvier 2020, consid.3.2.2 ; 5A_312/2019 du 17 octobre 2019 (d), consid. 2.4). Il est même considéré qu'une garde alternée peut être instaurée malgré l'existence **d'une curatelle de surveillance des relations personnelles** (TF 5A_34/2017, 4 mai 2017 (f), consid.7.3) ou d'une **médiation** (TF 5A_72/2016 du 2 novembre 2016, consid. 3.4.2). Par ailleurs, les conflits entre les parents qui ne sont pas liés à leur enfant ne doivent pas être pris en compte. Dans l'arrêt TF 5A_312/2019 du 17 octobre 2019 (d), consid. 2.4., le TF a annulé une décision d'une instance judiciaire car celle-ci n'avait pas examiné si et dans quelle mesure les conflits portaient sur des questions concernant l'enfant.

Certains arrêts mentionnent que les conflits ne doivent pas porter atteinte « **au bien-être** » de l'enfant (TF 5A_200/2019 (f) et 5A_201/2019 (f) 29 janvier 2020, consid. 3.2.2 ; 5A_629/2019, 13 novembre 2019, consid. 8.9). Dans l'arrêt, TF 5A_200/2019 (f) et 5A_201/2019 (f) 29 janvier 2020, consid. 3.2.2, il est précisé que les conflits parentaux ne portent pas atteinte aux bien-être des enfants si leur « **développement** » n'est pas compromis. Soulignons que l'évaluation de l'éventuel impact des conflits parentaux sur le développement de l'enfant a été réalisée, dans cette situation, grâce à une consultation des professionnels entourant l'enfant : « *Or, si le pédiatre a bien fait état de tensions qualifiées de « monumentales » entre les parents au*

motif qu'ils ne s'étaient quasiment pas adressé la parole durant la consultation, il a également relevé que les conflits parentaux n'avaient pas de répercussions sur le développement de l'aînée et que les angoisses et le manque d'application de la cadette pouvaient être compris comme une extériorisation des difficultés parentales, sans soutenir que cela était incontestablement le cas en l'espèce. Quant à l'enseignante de l'aînée, elle a certes relevé que cette dernière " pren[ait] sur elle " et se dévoilait peu sans toutefois imputer directement ce comportement au conflit conjugal. ». Le TF dans l'arrêt 5A_629/2019, 13 novembre 2019, consid. 8.9 dénonce le pouvoir discrétionnaire de la juridiction inférieure lorsque celle-ci a conclu que le conflit parental était préjudiciable à une garde alternée sans constatations correspondantes sur l'atteinte au bien-être de l'enfant.

Selon ce second courant d'interprétation, l'analyse de ce critère est dotée de prudence car il est considéré que **la collaboration et la communication entre les parents peuvent être influencées par les circonstances et évoluer avec le temps**. Certains arrêts rendent attentifs au fait que des difficultés de collaboration et de communication sont parfois exacerbées ou encore de fausses allégations sont formulées par les parents dans le but d'influencer le mode de garde. Dans l'arrêt 5A_771/2018, du 28 mars 2019, consid 5.3, il est souligné que même si la collaboration et la communication sont fragiles entre les parents, il convient de prendre en considération **la volonté de collaborer et la flexibilité des parents** : « (...) *si la collaboration et la communication entre les parents étaient encore fragiles, le père manifestait une volonté de collaborer et avait montré qu'il savait modifier son attitude et son organisation dans l'intérêt des enfants.* ». Dans ce même arrêt, il est en outre souligné que **le conflit parental doit être contextualisé car il peut avoir été exacerbé par les procédures de recours** : « *Elle (la Cour civile) a toutefois estimé que cette mésentente devait être replacée dans son contexte tant elle apparaissait liée à l'incertitude créée par les deux recours qui avaient suspendu l'exécution des décisions censées régir les droits parentaux (...).* ». Par analogie, le père s'est vu attribuer la garde exclusive de sa fille bien qu'une plainte pénale classée sans suite pour abus sexuel ait été déposée par la mère à son encontre (l'arrêt TF 5A_691/2017_14 novembre 2017 (f)).

Ce courant d'interprétation souligne la nécessité d'**évaluer l'évolution future et probable de la situation**. Il convient de se demander si l'instauration d'une garde alternée peut favoriser une réduction des conflits entre les parents. Dans l'arrêt 5A_34/2017, 4 mai, 2017 (f), consid. 5.2., le TF s'accorde avec l'analyse des autorités judiciaires précédentes qui ont estimé que la garde alternée « (...) *pouvait d'ailleurs (...) limiter la possibilité de petits litiges entre les parents (douche à un moment ou à un autre, médicaments à détenir à la maison, vêtements à remettre, etc.). Ainsi, la mise en place d'une garde alternée était conforme à l'intérêt global*

de l'enfant. ». Dans l'arrêt, TF 5A_200/2019 et 5A_201/2019 (f), 29 janvier 2020, consid. 3.2.2, où une garde alternée a été instaurée par le TF, une passation des enfants à l'école au lieu du domicile des parents a par ailleurs été recommandée afin d'atténuer les conflits.

Conclusion :

La lecture de la jurisprudence révèle deux courants d'interprétations du critère « *la bonne capacité de collaboration et de communication des parents* ».

Le premier courant d'interprétation, rejoignant l'approche conservatrice du « bien de l'enfant » dans le cadre de la garde alternée, estime qu'il convient d'évaluer la **situation actuelle** entre les parents. Une bonne collaboration et communication relative à **toutes les questions** concernant l'enfant doit exister entre les parents. Des conflits, même limités, ont tendance, à contrario, à être considérés comme contraires à « **l'intérêt** » de l'enfant et donc à l'instauration d'une garde alternée. Aussi, il est jugé comme pas pertinent de tenter de déterminer le principal responsable des conflits.

Le second courant d'interprétation de ce critère, considère qu'une collaboration et communication **limitée à certains aspects de l'éducation ou à l'organisation de la vie de l'enfant** est suffisante entre les parents. Des conflits sont un obstacle à la mise en place de la garde alternée seulement s'ils sont évalués, par des professionnels, comme portant atteinte au « **bien-être** » de l'enfant et donc à son **développement**. Une curatelle de surveillance des relations personnelles n'est pas contraire à l'instauration d'une garde alternée et peut même représenter un outil favorable à sa mise en œuvre. Ce courant d'interprétation adopte une approche plus progressiste dans le sens où elle questionne **l'évolution future** de la collaboration et de la communication entre les parents dans le cas de la mise en place d'une garde alternée. Elle considère en outre que **le conflit doit être contextualisé** au vu des tensions que peuvent créer la procédure juridique et l'incertitude qui règne autour des droits parentaux. Elle rend par ailleurs attentive sur **l'instrumentalisation du conflit parental** dans le but d'influencer le mode de garde et, qu'à cet égard, il convient d'identifier et de valoriser le parent le plus collaborant dans l'intérêt de l'enfant.

Notons finalement que les notions de « bien-être » et « d'intérêt » de l'enfant sont des concepts juridiques flous. La jurisprudence n'apporte pas de précision sur ce que représente « l'intérêt » de l'enfant, mais elle précise que les conflits parentaux ne portent pas atteinte au bien-être de l'enfant si son « **développement** » n'est pas compromis. La consultation de professionnels entourant l'enfant (ex. pédiatre, enseignant, psychologue) est un outil qui

permet d'évaluer plus objectivement si le développement de l'enfant est ou risque d'être impacté par les conflits parentaux.

5. La situation géographique et la distance séparant les logements des deux parents

La situation géographique et la distance entre les logements des parents, et respectivement avec l'école, est un autre critère d'appréciation de la mise en place de la garde alternée. Il convient de se demander si la jurisprudence apporte des précisions sur les modalités relatives à la distance entre les logements (durée et/ou kilomètre en fonction de l'âge de l'enfant), et entre les logements et l'école, ainsi que des indications sur le nombre de changements de domicile compatibles avec le « bien de l'enfant » dans le cadre de la garde alternée.

a. La distance entre les logements des parents, et respectivement l'école

La jurisprudence soutient que dans le cadre d'une garde alternée, la distance et la durée des trajets entre les logements et respectivement avec l'école, dépend de l'âge de l'enfant et de son accoutumance aux trajets (TF 5A_462/2019, 29 janvier 2019 (f), consid 3.7.3 ; TF 5A_200/2019 (f) et 5A_201/2019 (f) 29 janvier 2020, consid.3.2.1).

Dans l'arrêt 5A_200/2019 (f) et 5A_201/2019 (f) 29 janvier 2020, consid.3.2.1, le TF a considéré qu'il n'était pas arbitraire de considérer que des **trajets de 30 à 45 minutes** entre le domicile du père et celui de la mère sont compatibles avec le bien des enfants, âgés de 9 ans et 12 ans (nés respectivement en 2007 et 2010), et ne seraient donc pas un obstacle à une garde alternée : « *L'intimée reproche à la Cour de justice d'avoir arbitrairement omis d'indiquer la distance séparant le domicile du père de l'école des enfants au centre-ville de W. (15 km) et le temps de trajet en voiture (entre 30 à 45 min. en fonction de la circulation), alors qu'il s'agissait de faits notoires, et d'avoir minimisé le fardeau que représentaient ces trajets pour les enfants. L'intimée se méprend sur le caractère de fait notoire de la distance kilométrique séparant deux lieux (cf. arrêt 4A_509/2014 du 4 février 2015 consid. 2.2, publié in SJ 2015 I p. 385).* ». Dans l'arrêt, TF 5A_669/2020 du 25 mars 2021 (f), consid.3.2, le TF considère que des trajets entre l'école et le domicile de chacun des parents, et entre les domiciles des parents, d'une durée de 30 à 45 minutes pour un enfant âgé de plus de 11 ans est compatible avec le « bien de l'enfant » mais qu'une durée plus longue pour un enfant âgé de moins de 11 ans est contraire à son intérêt, d'autant plus que le parent concerné ne dispose pas de voiture et n'est pas disponible pour accompagner le cadet à l'école.

Le TF précise qu'il convient de prendre en considération l'**accoutumance des enfants aux trajets** : « Par ailleurs, comme le relève à juste titre le recourant, il ressort de l'arrêt entrepris que les parties ont fait le choix durant la vie commune de scolariser les enfants dans l'école où l'intimée travaille et qu'elles fréquentent actuellement alors que les parties vivaient ensemble à U. (France voisine). Les enfants ont dû effectuer ces trajets tous les jours où elles ont fréquenté l'école (...). Le SPMi a également constaté dans son premier rapport que l'éloignement entre les domiciles des parents n'avait pas d'impact sur le repos des enfants qui avaient toujours été accoutumées à ces déplacements, ni sur leur investissement scolaire. Dans ces circonstances, il apparaît que la distance entre le domicile du père et, respectivement, l'école des enfants et le domicile de leur mère n'est pas un élément déterminant dans le cas d'espèce. Partant, c'est sans arbitraire que la Cour de justice a renoncé à le mentionner dans l'arrêt entrepris » (l'arrêt 5A_200/2019 (f) et 5A_201/2019 (f) 29 janvier 2020, consid.3.2.1).

b. Nombre de changements de domicile

Selon la jurisprudence, le nombre de changements de domicile compatible avec une garde alternée dépend de l'âge de l'enfant. Elle distingue les nourrissons et enfants en bas âge des enfants plus âgés qui, par déduction, concerne les enfants scolarisés, c'est-à-dire dès 4 ou 5 ans.

Nourrisson et enfants en bas âge :

Comme mentionné sous l'analyse du critère « la stabilité et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant », la jurisprudence considère généralement que le nourrisson et l'enfant en bas âge ont davantage besoin de leur parent « de référence » que l'autre parent, le parent assurant la garde depuis la séparation du couple étant habituellement perçu comme le parent « de référence ». La jurisprudence tend par ailleurs à soutenir que plus l'enfant est jeune, plus le temps le séparant de son parent « de référence » doit être court (5A_534/2019 31 janvier 2020 (f), consid.3.3.2.). Selon cette perspective, une **garde alternée de courte durée** chez chaque parent serait plus adéquate pour les jeunes enfants, nécessitant alors des changements fréquents de domicile. Dans l'arrêt TF 5A_462/2019, 29 janvier 2019 (f), consid 3.7.3, le nombre de déplacements (cela n'a pas été précisé) qu'impliquerait une garde alternée a été en défaveur d'une telle alternée considérant en outre que la durée serait à la limite de ce qui est praticable au vu de l'âge des enfants (nés en 2015, 2011, 2008).

Selon la perspective que le nourrisson et l'enfant en bas âge ne doivent, pour leur bien-être, être séparés plus de quelques jours de leur parent « de référence », se pose alors la question

des **vacances scolaires** et notamment des vacances d'été durant lesquelles les enfants passent généralement trois à quatre semaines d'affilées chez chaque parent. Le TF semble se contredire à ce sujet. Dans l'arrêt 5A_534/2019 du 31 janvier 2020 (f), consid.3.3.2, cette question est discréditée : « (...) *la comparaison que le recourant entend effectuer avec les vacances, au cours desquelles les enfants seraient séparés encore plus longtemps de l'intimée, n'apparaît de surcroît pas pertinente, la récurrence de ces périodes étant moins importante.* ».

Pourtant, dans l'arrêt 5A_34/2017 du 4 mai 2017, consid. 5.4., l'accoutumance de l'enfant, né en 2010, à de plus longues séparations de son parent « de référence » durant les vacances scolaires est un argument en faveur de la garde alternée : « *S'agissant du critère de la stabilité de l'enfant, en tant que la recourante prétend que l'enfant n'a à ce jour jamais passé une semaine sans elle, elle omet que selon les constatations de l'autorité cantonale, qu'elle ne conteste pas, C. a passé des séjours plus longs que quatre nuits par semaine durant les vacances scolaires.* ».

La jurisprudence tend cependant à **favoriser le critère de la stabilité**, c'est-à-dire le système de garde en vigueur depuis la séparation, qui est généralement une garde exclusive et non une garde alternée, même si les modalités de la garde alternée permettent une séparation courte avec le parent « de référence » et que les parents vivent à quelques minutes l'un de l'autre (5A_534/2019 31 janvier 2020 (f), consid.3.3.2.).

Enfants plus âgés (scolarisés)

En ce qui concerne les enfants plus âgés, ou scolarisés, la jurisprudence semble, à contrario, être en faveur d'une **limitation du nombre de changements de domicile**. Selon cette perspective, une garde alternée pourrait représenter moins de changements de domicile si l'enfant passe par exemple une semaine en alternance chez chaque parent, qu'un droit de visite usuel élargi. Par exemple, dans l'arrêt 5A_34/2017, 4 mai 2017 (f), consid. 5.4., concernant un enfant né en 2010, il est considéré que la réduction du nombre de changements de domicile par semaine grâce à l'instauration d'une garde alternée (un changement par semaine au lieu de deux) apporterait de la stabilité à l'enfant : « *La recourante omet d'ailleurs que selon les constatations de l'autorité cantonale, qui ne prêtent pas le flanc à la critique, la mise sur pied d'une garde alternée à raison d'une semaine sur deux auprès de chacun des parents permettra en l'occurrence de réduire le nombre de passages entre les parents à un seul par semaine, ce qui sera positif pour l'enfant* ».

Étonnamment, dans l'arrêt 5A_534/2019 (f), 31 janvier 2020, consid. 3.2., concernant deux enfants nés respectivement en 2014 et 2017, le TF a jugé l'argument du plaignant, selon lequel une garde alternée serait plus favorable à une garde exclusive car ce mode de garde réduirait le nombre de passage de l'enfant entre les parents, comme pas pertinent car ce sont deux modes de garde différents : « *Se prononçant sur le critère de la stabilité mis en avant par l'appelant, l'autorité précédente a relevé que le système mis en place par le premier juge, consistant en une garde exclusive de l'épouse et d'un droit de visite usuel du mari élargi d'un soir supplémentaire (nuit incluse), impliquait certes plus de changements de domicile pour les enfants lors des semaines où ceux-ci passaient le week-end chez leur père que la garde alternée préconisée par celui-ci. Cela étant, on ne pouvait comparer ces deux systèmes (garde exclusive vs. garde alternée), puisque leur fondement était différent. Le système de la garde exclusive avec un droit de visite élargi pour le parent non-gardien impliquait de facto plus de déplacements des enfants pour l'exercice du droit aux relations personnelles qu'un système de garde alternée, de sorte que toute comparaison était à cet égard dénuée de pertinence.* ».

Enfin, dans l'arrêt suivant, le TF s'est aligné à l'argument de l'autorité judiciaire cantonale selon lequel une garde alternée concernant un enfant âgé de 7 ans environ, dont les trajets sont assurés par les parents et sont de courtes durées - 10 minutes environ en voiture -, ne peut être considéré comme un obstacle à un tel mode de garde : « *Selon l'autorité cantonale, le fait que le père habite désormais à U. alors que la mère vit à V., où l'enfant (né en 2010) est scolarisée, ne pouvait pas s'opposer à une garde alternée, dans la mesure où le transport de C. à l'école et depuis l'école était assuré. Nombre d'enfants de 3ème année doivent d'ailleurs accomplir des trajets plus longs, à pied, pour se rendre à leur école, que les dix minutes environ qu'il faut en voiture pour relier U. à V. La mère ne pouvait donc tirer aucun argument de la distance géographique séparant les domiciles respectifs* ». (TF 5A_34/2017, 4 mai 2017 (f), consid. 5.2).

Conclusion :

Ce critère n'est pas amplement documenté dans la jurisprudence car il est généralement analysé seulement si les deux critères prépondérants, que sont la stabilité et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant et le maintien de la situation antérieure, sont favorables à la mise en place de la garde alternée.

Parmi les arrêts s'y consacrant, il est indiqué que la distance entre le logement de chacun des parents, et respectivement l'école, compatible avec le « bien de l'enfant » dépend de l'âge de l'enfant. Entre 30 à 45 minutes de trajet entre les logements de chacun des parents

et l'école semble être en adéquation pour un enfant âgé d'environ 10 ans ou plus. La possibilité d'accompagner l'enfant, en particulier s'il est jeune, et de disposer d'une voiture, si la situation géographique le demande, sont des éléments facilitant la mise en place d'une garde alternée. La jurisprudence n'apporte néanmoins pas d'indications claires sur la distance (durée, kilomètres) adéquate en fonction de l'âge de l'enfant, mais précise que l'accoutumance des enfants aux trajets doit aussi être prise en considération. Le statu quo de la situation vécue par l'enfant depuis la séparation est, une fois de plus, défendue par la jurisprudence sans porter égard aux capacités d'adaptation de l'enfant.

Selon la jurisprudence, la fréquence des changements de domicile compatible avec une garde alternée dépend de l'âge de l'enfant. Elle distingue les nourrissons et enfants en bas âge des enfants scolarisés, c'est-à-dire dès 4 ou 5 ans.

En ce qui concerne les nourrissons et enfants en bas âge, une garde alternée dont les modalités prévoient de courtes séparations du parent « de référence » et impliquant alors de fréquents changements de domicile est soutenue par la jurisprudence, mais seulement si les critères prépondérants (*la stabilité et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant, et, la stabilité que peut apporter le maintien de la situation antérieure à la séparation*) y sont favorables. Quant aux enfants plus âgés (en âge de scolarité), la jurisprudence tend à s'accorder sur une limitation de la fréquence des changements de domicile en cas de garde alternée.

6. L'appartenance à une fratrie ou à un cercle social

Ce critère d'appréciation, bien que formulé en un seul critère, est en fait deux critères : la prise en considération de « l'appartenance à une fratrie » qui est, selon la jurisprudence, importante quel que soit l'âge de l'enfant, et « l'appartenance à un cercle social », laquelle devient particulièrement importante à l'adolescence.

Bien que ce critère soit mentionné comme étant un des critères d'appréciation de l'évaluation de la garde alternée, le juge ne s'y réfère pas souvent. Cela s'explique probablement par le fait que la majorité des situations présentées devant le TF concerne des enfants et non des adolescents. Par ailleurs, ce critère semble être peu documenté au vu du poids conféré aux trois premiers critères relatés dans ce travail.

En règle générale, la jurisprudence soutient la **non-séparation de la fratrie** en cas de garde alternée ou exclusive afin de maintenir les liens affectifs et favoriser une éducation commune :

« En l'occurrence, la cour cantonale a aussi tenu compte, à juste titre, du fait que l'instauration d'une garde alternée n'engendrera pas la séparation d'une fratrie » (5A_34/2017 du 4 mai 2017, consid. 5.4. ; TF 5A_669/2020 du 25 mars 2021 (f), consid. 3.2). Ce critère semble d'une moindre importance lorsqu'il y a une **grande différence d'âge** entre les enfants ou que leurs chemins se séparent en raison **de souhait, d'une formation, d'intérêts ou d'amis divergents** (TF 5A_488/2017 du 8 novembre 2017, consid.3.4). Dans l'arrêt TF 5A_488/2017, 8 novembre 2017 (f), consid.3.3, le TF a validé la séparation de la fratrie composée d'enfants âgés de 12 et 14 ans en se référant au souhait de l'enfant de 14 ans d'aller vivre chez son père : « Elle (la cour d'appel) a ensuite rappelé que, même si la formation de la volonté n'est jamais un processus entièrement détaché de l'influence extérieure, C., âgé de quatorze ans, avait manifesté le désir de vivre auprès de son père et rien dans les actes de la cause ne révélait qu'il avait fait l'objet de pressions de la part de ce dernier lorsqu'il s'était exprimé devant le premier juge et son curateur. Ce dernier avait d'ailleurs exposé de manière convaincante qu'il avait rencontré C. dans des lieux neutres et que celui-ci avait fait valoir son point de vue librement. Il apparaissait que, même si C. était bien intégré, il n'avait jamais souhaité déménager en Autriche et n'avait pas reconsidéré sa position depuis lors (...). Le désir de C. traduisait sa relation affective étroite avec l'intimé. »

Quant à la relation entre l'enfant et ses **demi, beaux-frères et sœurs ou ses frères et sœurs de « fait » (c'est-à-dire considérés comme tels par l'enfant)** (TF 5A_72/2016 du 2 novembre 2016, consid.3.3.2), la jurisprudence s'y réfère peu. Dans l'arrêt 5A_629/2019 du 13 novembre 2019, consid. 8.9, il est stipulé que la relation doit être prise en considération dans la détermination du mode de garde. L'arrêt TF 5A_627/2016 (d) du 28 août 2017, consid. 5.5.1, précise qu'il est toutefois pertinent de prendre leur relation en considération seulement si les demi ou beaux-frères ou sœurs vivent chez le parent demandant la garde alternée : « *Schliesslich ist auch die Beziehungspflege zu den anderen Kindern des Beschwerdeführers kein Argument für eine alternierende Obhut, leben diese doch ebenfalls nicht beim Beschwerdeführer, sondern sind nur im Rahmen eines Besuchsrechts dort.* ». Notons néanmoins que si l'enfant bénéficie d'un mode de garde alternée, et non d'un droit de visite usuel, il aura certainement plus d'occasions de passer du temps avec ses autres demis, beaux ou frères et sœurs de « fait ».

Le cercle social a une importance particulière lorsqu'il s'agit d'un adolescent (TF 5A_534/2019 (f) du 31 janvier 2020 ; TF 5A_488/2017, 8 novembre 2017 (f), consid.3.3). Les enfants « plus âgés » sont de plus en plus liés à l'environnement social plutôt qu'au parent assurant la garde, et leur volonté doit donc être progressivement prise en considération (TF 5A_665/2018 du 18 septembre 2018, consid. 4.1.). Dans l'arrêt TF 5A_1018/2017 du 14 juin

2018 (f), consid. 4., les enfants, âgés de 11 et 8 ans, ont été auditionnés afin de connaître leur avis sur un éventuel déménagement avec leur mère dans un autre lieu en Suisse. L'enfant âgé de 11 ans a exprimé certaines inquiétudes de ne pas retrouver de copains. Au vu de l'opinion de l'enfant, de la scolarisation des enfants et de leurs activités extrascolaires « (...) il en résultait que le maintien de leur résidence à U., où ils ont grandi et où ils ont leurs repères et leur réseau social, devait être confirmé (...) ».

Conclusion :

Ce critère est peu explicité par la jurisprudence au vu certainement du poids conféré aux trois premiers critères mentionnés dans ce travail – (1 : la stabilité et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement de l'enfant, 2 : la stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation, 3 : une bonne capacité (et volonté) de collaboration et de communication des parents) – ne nécessitant alors pas une analyse des autres critères. Quant au peu de références à l'appartenance à un cercle social, cela s'explique par la nature des situations présentées devant le TF, lesquelles concernent principalement des nourrissons, des enfants en bas âge et des jeunes enfants, et moins des adolescents.

Les arrêts consultés et s'y référant révèlent que la jurisprudence soutient généralement la non-séparation de la fratrie à moins qu'il n'y ait une grande différence d'âge entre les enfants ou que leurs chemins ne se séparent en raison de souhaits, d'une formation, d'intérêts ou d'amis divergents. Elle valorise également la relation entre l'enfant et son demi-, beau- ou encore frère et sœur « de fait » (c'est-à-dire considéré comme tels par l'enfant), si ces derniers vivent chez le parent demandant la garde alternée. Par rapport à l'environnement social prenant davantage d'importance pour un adolescent qu'un enfant, celui-ci doit être pris en considération dans l'appréciation de la situation par le biais de la consultation du souhait de l'enfant, le prochain critère que nous allons expliciter.

7. Le souhait de l'enfant

Le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge doit être évalué quand bien même l'enfant **ne disposerait pas de la capacité de discernement** (TF 5A_462/2019 (f), 29 janvier 2020 ; TF 5A_627/2016 (d), 28 août 2017 ; 5A_34/2017, 4 mai 2017 (f), consid. 5.1). Pour apprécier le poids à attribuer à l'avis de l'enfant, il convient de prendre en considération son âge et sa capacité à se forger une volonté autonome, ainsi que la constance de son avis (5A_771/2018, 28 mars 2019 (f), consid. 5.2.2).

Dans la jurisprudence, il est généralement considéré que l'enfant est **capable de discernement sur les questions de la garde entre 11 à 13 ans** (TF 5A_488/2017, 8 novembre 2017, consid. 3.2.1). Dans l'arrêt TF 5A_488/2017, 8 novembre 2017 (f), consid. 3.1.3, le juge se réfère à une théorie de la psychologie infantile pour expliciter qu'un enfant est généralement capable de discernement entre 11 et 13 ans : « *A partir d'un âge variant entre onze et treize ans, on considère en psychologie enfantine qu'un enfant est capable d'effectuer des activités mentales de logique formelle et qu'il possède la capacité de différenciation et d'abstraction orale (ATF 131 III 553 consid. 1.2.2; arrêts 5A_775/2016 du 17 janvier 2017 consid. 3.3; 5A_2/2016 du 28 avril 2016 consid. 2.3). A cet âge, l'enfant arrive en principe à pondérer les avantages et les inconvénients d'événements futurs sans rester accroché au présent (MARYSE PRADERVAND-KERNEN, La position juridique de l'enfant dans la procédure civile, à l'aune de quelques questions particulières, in FamPra.ch 2016 p. 339 ss, 350) ».* Dans l'arrêt TF 5A_771/2018, 28 mars 2019 (f), consid. 5.2.2, l'ainé, né en 2001, d'une fratrie de trois enfants, dont les deux autres nés en 2002 et 2007, a par exemple refusé catégoriquement de retourner chez sa mère à l'issue des vacances estivales passées chez son père. La décision de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte a décidé temporairement d'attribuer la garde de fait au père, une décision qui a été validée par le tribunal cantonal et soutenue par le TF.

Même si l'enfant n'est pas encore capable de discernement au vu de son âge ou de son développement, il peut être **auditionné dès l'âge de 6 ans** dans le but de se forger une idée (TF 5A_547/2017, 26 octobre 2017, consid. 3.2.2). Dans l'arrêt TF 5A_771/2018, 28 mars 2019 (f), consid. 5.2.2, cela est également souligné avec quelques précisions : « *Il faut en outre prendre en considération le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard (ATF 142 III 617 consid. 3.2.3; 142 III 612 consid. 4.3), du moins s'il apparaît, au vu de son âge et de son développement, qu'il s'agit d'une ferme résolution de sa part et que ce désir reflète une relation affective étroite avec le parent désigné (ATF 122 III 401 consid. 3b ; cf. aussi ATF 126 III 497 consid. 4) ».* (ATF 5A_771/2018, 28 mars 2019 (f), consid. 5.2.2).

Le juge (des autorités judiciaires inférieures) peut faire appel à un expert pour **interpréter les dires de l'enfant**, en particulier pour identifier si ses dires correspondent vraiment à son désir (TF 5A_312/2019, 17 octobre 2019, (d), consid. 2.1.2 ; TF 5A_488/2017, 8 novembre 2017 (f), consid. 3.1.3). Les relations personnelles ou encore le mode de garde ne peuvent dépendre seulement de la volonté de l'enfant, notamment lorsque son comportement défensif est principalement influencé par le parent gardien (5A_819/2016, 21 février 2017 (f), consid. 7.3). Dans le cadre d'une audition d'un enfant qui ne jouit pas d'une totale capacité de

discernement, ce qui est généralement le cas en dessous de 11 ans, il convient « (...) d'éviter de l'interroger sur son désir concret d'attribution, car il ne peut pas faire abstraction des facteurs d'influence immédiates et extérieures et ne parvient pas à formuler une volonté stable (par ex : Arrêt du TF 5A_547/2017 du 26 octobre 2017, c.3.2.2, avec d'autres références) »²⁹. Le souhait d'un enfant est de ce fait **un critère parmi d'autres**, admettre le contraire conduirait à instrumentaliser ce critère et à mettre sur pied d'égalité l'avis de l'enfant et son bien, pouvant cependant être antinomiques (ATF 5A_819/2016, 21 février 2017 (f), consid. 7.3). L'arrêt 5A_11/2020, 13 mai 2020 (f), consid. 3.3.3.2 le stipule aussi : « Par ailleurs, si la volonté actuelle de l'enfant C. (né en 2009) concernant le maintien de la situation a certes été prise en compte par la cour cantonale pour refuser l'octroi d'une garde alternée, ce critère n'a pas été considéré comme décisif mais simplement comme un élément supplémentaire dans le cadre de l'appréciation globale de la situation. ». Ou encore l'arrêt 5A_34/2017 du 4 mai 2017, consid. 5.4: « Conformément à la jurisprudence, la cour cantonale a pris en compte l'audition de l'enfant, âgée de 6 ans, en tant que moyen de preuve destiné à établir les faits. Elle a d'ailleurs pris en considération ses dires (elle avait manifesté assez clairement son désir de passer autant de temps avec chacun de ses parents) avec les réserves nécessaires, vu le jeune âge de l'enfant, relevant simplement que la volonté exprimée allait plutôt dans le sens de l'appréciation de l'ensemble des autres critères. ».

On constate néanmoins que l'enfant n'est pas systématiquement entendu, que celui-ci soit capable de discernement ou non. Le droit de l'enfant d'être entendu lorsque des décisions sont prises le concernant constitue pourtant une obligation pour les États parties à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE), comme stipulé dans son article 12 ³⁰. Les limites (âge et évaluation de la maturité de l'enfant) sont par ailleurs subordonnées au principe et non l'inverse et ne doivent donc être un prétexte à la non-application de ce droit. La Suisse doit par conséquent adapter sa législation et son code de procédure civil afin que ce droit soit systématiquement respecté.

²⁹ P. Meier, M. Stettler, *droit de la filiation*, 6^{ème} édition, p. 765, Genève/Zurich 2019, Schulthess Edition Romandes

³⁰ Article 12 de la Convention des Nations Unies relatives aux droits de l'enfant (1989) :

« 1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité. »

« 2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. »

8. La capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant, un critère ?

La jurisprudence semble contenir des contradictions relatives à la prise en considération ou non de ce critère - « la capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant » - **dans le cadre de l'appréciation de l'attribution de la garde alternée.**

Certains arrêts (TF 5A_462/2019 29 janvier 2019, consid. 3.2 (f) ; TF 5A_11/2020_13 mai 2020 (f) consid. 3.3.3 ; TF 5A_200/2019 (f) et 5A_201/2019 (f) 29 janvier 2020, consid. 3.2.1 ; TF 5A_669/2020, 25 mars 2021 (f), consid.3.1.1 ; TF 5A_837/2017, février 2018, consid.3.2.2) le considèrent comme un des critères d'appréciation de la garde alternée : « *Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte (...) la capacité et la volonté de chaque parent de favoriser les contacts entre l'autre parent et l'enfant (...)* » (TF 5A_11/2020_13 mai 2020 (f) consid. 3.3.3). Dans l'arrêt 5A_11/2020, 13 mai 2020 (f) consid. 3.3.3.2, l'attitude de la mère à faciliter le contact entre les enfants et le père a été questionnée par le Service de protection de la jeunesse et le TF a jugé que cela était défavorable à une garde alternée, les enfants étant sous la garde exclusive du père depuis la séparation du couple.

Pourtant, d'autres arrêts (TF 5A_627/2016 28 août 2017 (d) ; TF 5A_534/2019, 31 janvier 2020 (f), consid. 3.3.3) ne le mentionnent pas ou affirment même que les plaintes selon lesquelles l'autre parent ne favorise pas le contact avec l'enfant sont irrecevables. L'arrêt TF 5A_534/2019, 31 janvier 2020 (f), consid. 3.3.3 stipule par exemple que « (...) *l'appréciation de la capacité de chaque parent à favoriser les contacts entre les enfants et l'autre parent n'entre pas en ligne de compte s'agissant de déterminer si, comme le requiert le recourant, une garde alternée peut être instaurée (cf. supra consid. 3.1).* ». Dans l'arrêt, 5A_34/2017 du 4 mai 2017, consid.5.1, il est également mentionné que c'est un critère d'évaluation de la garde exclusive mais pas de la garde alternée : « *Si le juge arrive à la conclusion qu'une garde alternée n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, il devra alors déterminer auquel des deux parents il attribue la garde en tenant compte, pour l'essentiel, des mêmes critères d'évaluation et en appréciant, en sus, la capacité de chaque parent à favoriser les contacts entre l'enfant et l'autre parent (ATF 142 III 617 consid. 3.2.4).* ».

La jurisprudence semble néanmoins unanime quant à la prise en considération de ce critère dans l'analyse de l'attribution de la garde exclusive : « *Les parents ont le devoir de favoriser une bonne relation avec l'autre parent, pour le bien de l'enfant. Le parent gardien doit en particulier préparer de manière positive l'enfant aux visites, aux contacts par Skype,*

etc. Ces obligations sont étroitement liées à l'exercice du droit aux relations personnelles (ATF 142 III 1 consid. 3.4) » (5A_819/2016, 21 février 2017 (f), consid. 7.3).

IV. Conclusion

En révisant le Code civil suisse (CC) en 2014 puis en 2017, le législateur suisse a souhaité encourager la participation des deux parents dans l'éducation de l'enfant afin qu'il puisse entretenir et développer des liens étroits et de qualité avec ses deux parents. Des révisions ont été apportées au CC afin que l'autorité parentale conjointe devienne la règle et que la garde alternée soit plus facilement instaurée lorsqu'elle répond au « bien de l'enfant ». Or, en 2018, une faible majorité des parents détiennent l'autorité parentale conjointe et seulement environ 15 % des parents ont établi une garde partagée (OFS, 2020, p.12).

La loi suisse ne contenant aucun paramètre susceptible de guider le juge dans l'évaluation du « bien de l'enfant » dans le cadre la garde alternée, la jurisprudence y a apporté des clarifications en énumérant sept critères d'appréciation. Notre analyse conclut que **la jurisprudence ne précise toutefois pas suffisamment les critères d'évaluation de l'attribution de la garde alternée**. La mise en application ou, en d'autres termes, **l'interprétation de ces critères diffère par conséquent fortement entre les juges des tribunaux cantonaux ou de district**. Par ailleurs, **le Tribunal fédéral (TF) ne semble pas clarifier et unifier l'interprétation de ces critères**. Il valide dans la grande majorité des cas les décisions des instances judiciaires inférieures. Il corrobore, par exemple, tant des décisions de tribunaux cantons soutenant qu'un enfant en bas âge, au vu de son jeune âge, ne passe aucune nuitée chez son parent non-gardien³¹ que des décisions en faveur de la garde alternée pour des enfants en bas âge³².

Ces inégalités de traitement semblent provenir de la **coexistence de deux approches, aux niveaux des districts et cantonaux, relatives à l'évaluation du « bien de l'enfant »** dans le cadre de l'analyse de l'attribution de la garde alternée.

La première approche, conservatrice, qui est **dominante dans la jurisprudence**, cherche à « préserver » le « bien de l'enfant » en évaluant la situation actuelle et antérieure à la séparation. Les juges en faveur de cette approche ont tendance à donner un **poids décisif aux deux premiers critères d'appréciation de l'attribution de la garde alternée** (1^{er} critère - La stabilité et la possibilité pour un parent de s'occuper personnellement d'un enfant ; 2^{ème} critère - La stabilité que peut apporter à l'enfant le maintien de la situation antérieure à la séparation). **Ces deux critères favorisent le statu quo des situations**, lesquelles sont

³¹ TF 5A_968/2016, 14 juin 2017 (d), consid 5.1 ; TF 5A_620/2016 (d), 7 mars 2017, consid. 5

³² TF 5A_888/2016, 20 avril 2018

généralement caractérisées par une garde exclusive détenue par la mère qui est généralement considérée comme l'unique parent de référence. Cette approche soutient qu'un enfant, tant qu'il est jeune (jusqu'à 11 ans environ - début de l'adolescence), a principalement besoin de sa mère et qu'un « droit de visite » usuel, ou peut-être élargi, avec le père répond au « bien de l'enfant ». Cette approche ne valorise généralement pas des disponibilités équivalentes des parents, des modalités de travail flexible, l'appui d'une tierce personne ou encore d'une structure d'encadrement. Elle considère en outre que la collaboration et la communication des parents, un autre critère d'appréciation, doit être bonne, voire parfaite, sur toutes les questions concernant l'enfant ; et non seulement sur celles qui sont importantes (certains aspects de l'éducation et l'organisation de la vie de l'enfant). Cette approche, étant généralement en faveur de la garde exclusive pour les enfants n'ayant pas atteint l'adolescence, accorde peu de poids aux autres critères, comme la fratrie, la famille élargie (e.g. les grands-parents, les beaux-parents), le cercle social ou encore le souhait de l'enfant. Elle considère comme pertinent de prendre en considération l'environnement social de l'enfant ou encore sa capacité de discernement lorsqu'il s'agit en général d'enfants âgés de plus de 11 ans. On peut se demander si cet âge n'est pas tardif pour que l'enfant parvienne à développer un sentiment d'appartenance aux deux composantes de sa famille élargie et à s'y sentir intégré.

La seconde approche, plus progressiste et prospective, quant à elle, cherche à analyser la situation, non seulement en vigueur mais aussi potentielle, qui serait la mieux à même d'assurer le développement et la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux de l'enfant. Elle **valorise la qualité du lien entre l'enfant et ses deux parents**, ne considérant pas nécessairement que le parent de référence soit (seulement) celui qui s'occupe actuellement le plus de l'enfant. Elle soutient que les fonctions parentales, la coparentalité et le « bien de l'enfant » sont évolutifs. Pour exemple, les disponibilités futures des parents, les structures d'encadrement, le soutien familial, la capacité des parents à communiquer et collaborer sur les questions importantes (seulement) concernant l'enfant, ou encore l'accompagnement à la coparentalité par des professionnels, sont des arguments à considérer et pouvant être favorables à la mise en place d'une garde alternée. Elle considère par ailleurs que les conflits qui ne portent pas atteintes au « développement » de l'enfant ne sont pas un obstacle à la garde alternée ; la médiation ou encore le soutien d'un curateur des relations personnelles peuvent être bénéfiques au développement de la coparentalité. Selon cette approche, les modalités définissant le mode de garde ou le « droit de visite » devraient être prospectives relativement à l'évolution de l'enfant.

Au vu de l'approche conservatrice, en faveur du statu quo, qui est dominante dans la jurisprudence, il n'est pas surprenant que la garde alternée soit un mode de garde encore très peu pratiqué en Suisse. Le juge est généralement favorable à la garde alternée seulement si elle est, dans les faits, déjà en vigueur. Étonnamment, et paradoxalement, des critères - comme l'appui familial ou encore une certaine distance géographique séparant les logements des parents - sont perçus comme défavorables dans les situations où la garde alternée n'est pas instaurée, mais cela n'est pas nécessairement le cas si la garde alternée est déjà en place.

Le droit international, primant sur le droit national, est en constante évolution. La Convention relative aux droits de l'enfant et ses observations générales étant auto-exécutoires, les législations et le code de procédure civil suisse doivent s'adapter afin de respecter le droit international. Depuis l'adoption de l'Observation Générale numéro 14 (2013) par le Comité de droits de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant n'est plus seulement un principe d'interprétation, mais il est devenu un droit. L'enfant a aujourd'hui le droit à ce que son intérêt supérieur soit évalué et mis en balance avec d'autres intérêts éventuels dès qu'une décision doit être prise à son égard. **Selon le droit international, la garde alternée devrait donc systématiquement être évaluée par le juge nonobstant la demande d'un parent ou d'un enfant.** La Suisse doit par conséquent adapter sa législation et ses pratiques au niveau fédéral et cantonal et prendre les dispositions concrètes qui s'imposent.

Ce travail met en lumière la vulnérabilité des familles à l'égard du juge investi du pouvoir d'évaluer le mode de garde répondant (au mieux) au « bien de l'enfant ». Bien que le juge a un devoir d'impartialité, les décisions judiciaires dépendent en partie, et inévitablement, de sa représentation du « bien de l'enfant » et de la famille. En effet, « (...) *the exponential increase in SPC (shared physical custody) care arrangements depends on changes in the principles guiding Courts' and judges' decisions. These have shifted from an implicit preference for mothers' physical custody, to an encouragement to prefer shared physical custody or to hold a presumption in its favour* » (Goubau, 2009, cité dans Bernardi, L. et Mortelmans, D. (Eds), 2021, p.6). Afin que les familles soient moins tributaires de la représentation du juge de la famille, **la notion de « bien de l'enfant » et les critères d'appréciation de la garde alternée doivent impérativement être précisés par le TF, notamment par des règles d'application.** Ces précisions sont nécessaires pour sécuriser les familles qui sauront ainsi plus précisément la méthodologie que le juge appliquera dans leur situation – quel que soit le lieu de la procédure et/ou le juge en charge de l'affaire. Il nous semble en outre aussi nécessaire que la situation soit évaluée selon son **évolution prévisible** et non seulement selon l'état actuel. Cela paraît particulièrement important dans un domaine, l'enfance, où les situations par

définition évoluent rapidement et où la lenteur du système judiciaire exacerbe les conflits parentaux.

Pistes de réflexion

Ces recherches sont toutefois limitées à un échantillon d'une quarantaine d'arrêts fédéraux. Il serait intéressant de les approfondir en analysant un échantillon plus large de décisions judiciaires provenant d'autorités à l'échelon cantonal mais également des districts. L'Université de Genève, chargée d'élaborer une étude interdisciplinaire sur la garde alternée par l'Office fédéral de la justice, avait également formulé la recommandation **d'investir davantage dans la récolte de données empiriques** au sujet des pratiques du système suisse de justice familiale (Cottier et al., 2017, p.77). Il serait également pertinent d'analyser si ces deux approches du « bien de l'enfant » dans le cadre de la garde alternée **se délimitent par les frontières cantonales**.

Une **collaboration plus étroite entre les sciences sociales et le droit** semble en outre nécessaire afin d'essayer de définir des conditions effectives, fondées empiriquement, favorables à une garde alternée et à une coparentalité fructueuses.

L'évaluation des situations familiales devrait être effectuée par **une équipe interdisciplinaire, spécialisée sur l'enfance**, pouvant examiner ensemble tous les éléments circonstanciels de la situation, peser les différents intérêts et déterminer pour finir l'intérêt de l'enfant dans une telle situation avec une approche tant actuelle que prospective.

La complexité et la lenteur du système judiciaire, les coûts psychologiques et pécuniers subis par les familles et l'exclusion de la consultation de toutes les personnes s'occupant de l'enfant ne sont pas dans l'intérêt de l'enfant. **Des procédures de médiation et de conciliation devraient être proposées, voire imposées à toutes les familles dès la première étape d'une séparation** afin que les chances de parvenir à un accord soient meilleures et moins chronophage.

Il serait également intéressant **d'étudier les effets de ces critères d'attribution** de la garde alternée sur la prise en charge de l'enfant en tenant compte de la configuration dans laquelle ils sont présents ou absents.

Par ailleurs, étant donné que la jurisprudence semble considérer la coparentalité comme une notion figée, il serait aussi pertinent de réaliser une **étude sur l'évolution et la répartition des rôles entre les parents pré- et post-séparation/divorce**.

Nous espérons que cette revue de la jurisprudence fédérale sur la garde alternée conduira à des recherches plus substantielles sur la pratique du juge et contribuera à un dialogue constructif sur les outils nécessaires pour le **renforcement d'un système judiciaire plus égalitaire**, offrant les mêmes chances à l'enfant d'entretenir des liens étroits avec ses deux parents, et leur famille respective, si ceux-ci sont bénéfiques à son développement.

V. Liste de références

Autorités de protection de l'enfant et de l'adulte du canton de Berne. (2012). *Mémento destiné aux services spécialisés. Mise en danger du bien-être de l'enfant* :

https://www.igk.be.ch/igk/fr/index/kindes_erwachsenenschutz/kindesschutz/gefaehrdung_kindeswohl.html

Bernardi, L. et Mortelmans, D. (2021). *Shared Physical Custody. Interdisciplinary Insights in Child Custody Arrangements*, Springer International Publishing

Code civil suisse du 10 décembre 1907 (État le 1er juillet 2013) ; RS 210. Récupéré le 04.06.2019 de <http://www.admin.ch/ch/f/rs/210/a307.html>

Conseil Fédéral. (n.d). *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*. Fedlex la plateforme de publication du droit fédéral.

https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1998/2055_2055_2055/fr

Conseil Fédéral. (15 novembre 1995). *Le message du Conseil Fédéral concernant la révision du Code civil Suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, etc.)* : Fedlex la plateforme de publication du droit fédéral :

https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1996/1_1_1_1/fr

Conseil Fédéral. (8 décembre 2017). *Garde alternée. Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat CAJ -CN 15.3003 « Garde alternée. Clarification des règles légales et pistes de solutions »*.

<https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2015/20153003/Bericht%20BR%20F.pdf>

Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 (État le septembre 1990) ; Récupéré le 02.03.2021 de

<https://www.ohchr.org/fr/professionalinterest/pages/crc.aspx>

Coordination des ONG pour les Droits de l'Enfant. (2010). *Séparation des parents et droits de l'enfant, enjeux psychologiques, analyse CODE* :

https://www.lacode.be/IMG/pdf/Analyse_pscho_heberg_altern.pdf

Cottier, M. et al. (2018). *La garde alternée. Une étude interdisciplinaire sur ses conditions-cadre*. La pratique du droit de la famille, vol. 19, no. 2, p. 297-332

Fransson, E., Hern, A., et Bergstroem, M. (2018). *What can we say regarding shared parenting arrangements for Swedish children?*. Journal of Divorce and Remarriage:

<https://doi.org/10.1080/10502556.2018.1454198>

Goubau, 2009, cité dans L. Bernardi et D. Mortelmans (Eds), *Shared Physical Custody, Interdisciplinary Insights in Child Custody Arrangements*, p.6, 2021, Springer International Publishing

Loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (État le 1er janvier 2021) ; Récupéré le 4.05.2021 de <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2006/218/fr>

Meier, P. et Stettler. M., *Droit de la filiation*, 6^{ème} édition, Genève/Zurich 2019, Schulthess Edition Romande

Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1) (adoptée par le Comité (des droits de l'enfant) à sa soixante-deuxième session, 14 janvier-1^{er} février 201) (État le 29 mai 2013) ; Récupéré le 02.03.2021 de <https://www.ohchr.org/fr/hrbodies/crc/pages/crcindex.aspx>

Office fédéral de la statistique (OFS). (2020). *Actualités OFS Démos 01/2020*.

<https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/actualites/agenda.gnpdetail.2020-0206.html>

Pichonnaz, P., (2003). *Le bien de l'enfant et les secondes familles (familles recomposées)*. Dans C. Kaufmann et F. Ziegler (dir.), *Le bien de l'enfant, une approche interdisciplinaire*, p. 163-174, Zürich, Suisse : Rüegg

Résolution 2079 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, (adoptée le 2 octobre 2015), *Egalité et coresponsabilité parentale : le rôle des pères* :

<https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-FR.asp?fileid=22220&lang=FR>

Tribunal fédéral (2016), *Bienvenue, une visite du Tribunal Fédéral* :

https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/fr/bg_leporello.pdf

Weck-Immelé, C. et Saint-Phor, J. (2020), Tribunal fédéral – 5A_271/2019 IIème Cour de droit civil Arrêt du 9 décembre 2019 (f), Résumé et analyse, *Droit matrimonial, newsletter mars 2020* : <https://www.droitmatrimonial.ch/files/analyses/matrimonial/2-20-mars-analyse-5a-271-2019.pdf>

Zermatten, J. Institut International des Droits de l'Enfant. (mars- mai 2005). *L'intérêt supérieur de l'enfant*. Sion : http://kotrczak.fr/m5prod/colloques_afik/palais-bourbon_20nov2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/zermatten-jean_interet-superieur-enfant_2005_43p.pdf