

REPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Axel Marion et consorts – La garde alternée est-elle devenue réalité dans le Canton de Vaud ?

Rappel de l'interpellation

La révision du droit de l'enfant est entrée en vigueur le 1er janvier 2017. Elle introduit l'obligation pour les tribunaux d'examiner la possibilité d'une garde alternée si le père, la mère ou l'enfant le demandent — article 298 alinéa 2ter et 298b alinéa 3ter du Code civil (CC). Sans faire de la garde alternée le modèle de base, le législateur a voulu s'assurer que l'autorité saisie examine si cette modalité de prise en charge de l'enfant est la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant dans le cas d'espèce.

Cette évolution est extrêmement importante, car elle consacre la nécessité pour l'enfant de maintenir un lien équilibré et de qualité avec les deux parents en cas de séparation. Elle part également du principe que le père et la mère ont le droit de préserver leur rôle parental, qu'ils doivent être pareillement informés et consultés concernant les choix à prendre pour leur enfant et qu'ils sont capables de trouver ensemble les meilleures solutions pour lui. Quand bien même il ne s'agit pas du « modèle de base » en cas de divorce, il paraît évident que la garde alternée constitue l'avenir et doit être favorisé autant que possible.

Dans son rapport de décembre 2017¹, le Conseil fédéral a confirmé les grands principes qui dictent la mise en œuvre de la garde alternée — sans en cacher non plus les difficultés — et insiste sur l'importance des mesures interdisciplinaires d'accompagnement dans sa mise en œuvre. Au niveau international, le Conseil international de la résidence alternée (CIRA), fondé en 2014 par des scientifiques et des professionnels des questions familiales, a produit plusieurs rapports démontrant l'importance de cette approche².

Cependant, près de trois ans après l'introduction de cette nouvelle norme, où en est-on ? A plusieurs reprises depuis 2017, les mouvements de la condition paternelle ont signifié que, selon eux, cette disposition était encore trop peu mise en œuvre et souffrait de certains archaïsmes des autorités judiciaires. Trop souvent, la garde reste attribuée à un seul parent, le plus souvent la mère de l'enfant. Cela peut engendrer une souffrance et un sentiment d'injustice chez le parent lésé, mais aussi — et surtout — chez l'enfant qui subit dès lors une distorsion, parfois irrémédiable, de ses relations parentales.

Au vu de l'importance du sujet pour les familles touchées par un divorce, il est utile de faire un point objectif de la situation pour répondre à ces légitimes préoccupations. Par la présente interpellation, nous demandons donc au Conseil d'Etat, en collaboration avec l'Ordre judiciaire vaudois, de renseigner le Grand Conseil sur :

- Le taux d'application de la garde alternée par les tribunaux vaudois depuis le 01.01.2017 par rapport :
 - au nombre total de divorces comprenant un volet de garde d'enfant ;
 - au nombre de demandes effectuées dans ce sens par l'un des parents ou par l'enfant ;
- Les raisons d'ordre général ou systématique qui empêchent, aux yeux des juges vaudois, la mise en œuvre d'une garde alternée alors que l'un des membres de la famille concernée le demande ;
- La formation, les outils et/ou instructions mis à disposition des magistrats en vue du traitement des cas de divorce comprenant un volet de garde d'enfant ;
- Les mesures d'accompagnement – interdisciplinaires ou non – proposées par la justice vaudoise pour accompagner la mise en œuvre de la garde alternée.

D'avance nous remercions le Conseil d'Etat et l'Ordre judiciaire vaudois pour leurs réponses.

(Signé) Axel Marion et 16 cosignataires

¹ Rapport du Conseil fédéral en réponse au postulat CAJ-CN 15.3003 « Garde alternée. Clarification des règles légales et pistes de solutions », 8 décembre 2017

² Voir : <https://summit4u.org/cira-icsp/>

Réponse du Conseil d'Etat

Selon les articles 298, alinéa 2ter et 298b, alinéa 3ter du code civil suisse (CC), lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, le juge du divorce, des mesures protectrices de l'union conjugale (MPUC) ou l'autorité de protection de l'enfant examinent, selon le bien de l'enfant, la possibilité de la garde alternée, si le père, la mère ou l'enfant la demande. Comme l'indique le message du Conseil fédéral (FF 2014, p. 545), les questions de l'autorité parentale et de la garde doivent être distinguées. L'autorité parentale conjointe n'implique pas nécessairement une garde alternée. Le Conseil fédéral cite plusieurs raisons pouvant amener les parents à renoncer à une telle solution : les parents ne souhaitent pas modifier la répartition des tâches «classique» qu'ils avaient avant la fin de la vie commune; une garde alternée n'est pas praticable à cause de la distance géographique entre le domicile des deux parents ou de l'impossibilité pour les parents de concilier activité professionnelle et prise en charge de l'enfant; une garde alternée, bien que souhaitée par les parents et/ou par l'enfant, n'est pas compatible avec le bien de ce dernier à cause de l'absence de relation avec l'un des parents, de la santé de l'enfant ou du fardeau psychologique qu'elle impliquerait au vu d'une situation hautement conflictuelle entre les parents, incapables de coopérer. Pour toutes ces raisons, le législateur fédéral n'a pas voulu imposer la garde alternée, estimant qu'il ne lui appartenait pas d'imposer un modèle de vie spécifique mais de laisser aux parents le soin de décider de manière autonome de la répartition des tâches entre eux. Toutefois, l'autorité parentale conjointe devenant la règle, le législateur fédéral a introduit la possibilité d'introduire la garde alternée même si l'un des parents ne la souhaite pas, le bien de l'enfant devant demeurer le critère central à cet égard. Ainsi, si la dernière révision du CC introduit plus clairement la possibilité d'une garde alternée, elle n'impose néanmoins pas cette solution, qui demeure une option parmi d'autres à disposition du magistrat, dans l'intérêt de l'enfant.

- 1. Taux d'application de la garde alternée par les tribunaux vaudois depuis le 01.01.2017 par rapport :**
 - **Au nombre total de divorces comprenant un volet de garde d'enfant ;**
 - **Au nombre de demandes effectuées dans ce sens par l'un des parents ou l'enfant**

Il n'est pas possible de fournir des statistiques en matière de garde alternée car ces informations ne sont pas recensées. Les statistiques tenues par l'Ordre judiciaire portent en effet sur le nombre de dossiers par chambres des tribunaux d'arrondissement (v. rapport annuel de gestion du Tribunal cantonal pour 2018, p. 64s.), voire sur le type d'affaires. En revanche, aucune statistique n'est tenue sur la teneur des jugements rendus. Or, la garde alternée constitue l'un des éléments des jugements rendus suite à une séparation. En d'autres termes, il est possible de décompter le nombre de divorces ou le nombre de mesures protectrices de l'union conjugale (MPUC), mais il n'est pas possible de rentrer dans le détail des décisions et de connaître précisément comment les effets accessoires ont été réglés.

Cela étant, une brève enquête menée par l'Ordre judiciaire auprès des magistrats de première instance (présidents de tribunaux et juges de paix) permet d'apporter quelques éléments de réponses. Ainsi, selon lesdits magistrats, le nombre de gardes alternées prononcées est significatif (de l'ordre de 40% à Lausanne) et est actuellement en hausse. Cette solution est pour l'heure plus fréquemment retenue dans les procédures de MPUC ou dans les divorces avec accord complet que dans les divorces ou séparations conflictuels entre les parents. Elle est également fréquemment convenue entre les parents lorsque ceux-ci parviennent à s'entendre. Enfin, il faut relever qu'il existe sans doute de nombreux cas de garde alternée qui échappent à la connaissance des autorités judiciaires parce que les parents se mettent d'accord sans saisir la justice.

- 2. Les raisons d'ordre général ou systématique qui empêchent, aux yeux des juges vaudois, la mise en œuvre d'une garde alternée alors que l'un des membres de la famille concernée le demande**

Comme relevé plus haut, il existe plusieurs raisons qui empêchent la mise en œuvre d'une garde alternée. Ces divers motifs, qui peuvent être cumulés, sont essentiellement :

- l'intérêt de l'enfant (âge, stabilité, développement, sécurité). On rappelle à cet égard que selon le texte même de l'article 298, alinéa 2ter du code civil suisse (CC), c'est cet élément qui doit dicter la décision du juge sur la garde alternée. Ainsi, même si les deux parents la souhaitent, le magistrat peut refuser la garde alternée s'il estime qu'elle ne sert pas le bien de l'enfant,
- l'éloignement des lieux de domicile par rapport au lieu de vie de l'enfant (école, loisirs, amis,...),
- la relation du mineur avec ses (demi)frères et sœurs,

- l'absence de disponibilité d'un parent qui travaille et qui ne sait pas comment organiser son temps pour assumer concrètement la garde de l'enfant,
- l'absence ou les difficultés de communication ou de collaboration d'un parent, ou les doutes sérieux relatifs à ses capacités éducatives,
- l'exposition de l'enfant à un lourd conflit parental incompatible avec le bien de ce dernier,
- l'opposition de l'enfant, et ceci indépendamment de sa capacité de discernement.

Précisons encore qu'il est fréquent qu'un droit de visite plus élargi que l'usuel soit mis en place, sans que cela conduise formellement à une garde alternée.

3. La formation, les outils et/ou instructions mis à disposition des magistrats en vue du traitement des cas de divorce comprenant un volet de garde d'enfant

Les magistrats en charge de ce type de dossiers ont eu l'occasion de participer à plusieurs séminaires ou formations en matière de protection de l'enfant, lors desquels la problématique de la garde alternée a été abordée. Ces magistrats ont donc été sensibilisés à cette question. Au surplus, des instructions ne paraissent pas envisageables, d'une part parce qu'elles empièteraient sur l'indépendance juridictionnelle des magistrats, garantie par les articles 107 et 135 de la Constitution cantonale (Cst-VD), et d'autre part parce que chaque cas est différent et que le magistrat saisi doit tenir compte de toutes les circonstances particulières prévalant dans chaque dossier qu'il traite.

4. Les mesures d'accompagnement – interdisciplinaires ou non – proposées par la justice vaudoise pour accompagner la mise en œuvre de la garde alternée.

Dans la mesure où la garde alternée est le plus souvent prononcée/ratifiée dans les situations non conflictuelles entre les parents au sujet de la garde des enfants, il est relativement rare que les magistrats recourent à des mesures d'accompagnement. La mise en place de la garde alternée présuppose en effet que les parents collaborent et communiquent. Elle peut difficilement être imposée lorsque les parents ne parviennent pas à s'entendre.

Il se peut toutefois, dans certains cas, qu'une mesure de surveillance de l'enfant ou une curatelle d'assistance éducative au sens des art. 307 ss CC, une thérapie de co-parentalité, ou encore une médiation soit ordonnée en parallèle.

Précisons ici qu'actuellement les acteurs concernés par la thématique des conflits parentaux dont les avocats, la pédopsychiatrie et le service de protection de la jeunesse souhaitent développer une approche du règlement du conflit parental fondée sur un processus de médiation, permettant d'éviter une escalade de ce conflit et ainsi préserver les intérêts des enfants, ce qui à terme permettrait la mise en place plus fréquente d'une garde alternée. Il s'agit de s'inspirer du modèle de Cochem, ou modèle de consensus, au centre duquel figure l'intérêt de l'enfant, la rapidité de l'intervention, la coopération des parties et la synergie entre les professionnels.

Notons enfin que lorsque la mise en œuvre de la garde alternée devait ne pas fonctionner, l'un ou l'autre parent saisit l'autorité judiciaire afin qu'un réexamen de la situation puisse avoir lieu.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 25 mars 2020.

La présidente :

Le chancelier :

N. Gorrite

V. Grandjean