



Alternierende Obhut

Bericht des Bundesrates in Erfüllung des
Postulats RK-NR 15.3003
«Alternierende Obhut. Klärung der Rechts-
grundlagen und Lösungsvorschläge»

vom 8. Dezember 2017

Inhaltsverzeichnis

1	Ausgangslage.....	5
1.1	Letzte Revisionen im Bereich des Familienrechts	5
1.2	Postulat 15.3003.....	6
1.2.1	Wortlaut des Postulats.....	6
1.2.2	Behandlung des Postulats	6
1.3	Auftrag an die Universität Genf	7
2	Interdisziplinäre Studie zur alternierenden Obhut	7
2.1	Ziel der Studie.....	7
2.2	Ergebnisse der interdisziplinären Studie	7
2.2.1	Gemeinsame Elternschaft.....	8
2.2.2	Das Kindeswohl.....	9
2.2.3	Interdisziplinäre Ansätze zur Bewältigung des Elternkonflikts	10
2.2.4	Materielle und strukturelle Voraussetzungen für die alternierende Obhut ..	11
2.3	Empfehlungen.....	12
3	Stellungnahme des Bundesrates zur alternierenden Obhut als Regelmodell	14
3.1	Entwicklung seit der Annahme des Postulats	14
3.2	Fazit.....	17
4	Klärung der Rechtsgrundlagen und Lösungsvorschläge	19
4.1	Alternierende Obhut und Unterhaltsbeitrag	19
4.2	Alternierende Obhut und veränderte Verhältnisse	20
4.2.1	Veränderung der Verhältnisse	20
4.2.2	Abgrenzung der Zuständigkeiten	20
4.3	Alternierende Obhut und Wohnsitz des Kindes	21
4.3.1	Grundsatz der Einheit des zivilrechtlichen Wohnsitzes	22
4.3.2	Zwei Wohnsitze für das Kind?	23
4.4	Alternierende Obhut und Steuern.....	24
4.4.1	Elterntarif.....	24
4.4.2	Abzüge	25
5	Gesamtwürdigung und Ausblick.....	25

Zusammenfassung

Der Schweizer Gesetzgeber misst der Aufrechterhaltung der Beziehung des Kindes zu seinen beiden Eltern nach deren Trennung oder Scheidung eine hohe Bedeutung zu. Deshalb hat er 2014 den Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Trennung oder Scheidung eingeführt. Durch die im Rahmen der Revision des Kindesunterhaltsrechts verabschiedeten und am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Artikel 298 Absatz 2^{ter} und 298b Absatz 3^{ter} ZGB hat er auch deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er eine ausgeglichene Beteiligung beider Eltern an der täglichen Betreuung des Kindes nach der Trennung oder Scheidung fördern will. Ohne die alternierende Obhut als Regelmodell vorzuschreiben, wollte der Gesetzgeber damit sicherstellen, dass die angerufene Behörde prüft, ob diese Form der Kinderbetreuung dem Kindeswohl im Einzelfall am besten entspricht.

Im Rahmen der Beratung dieser Normen hat der Nationalrat den Bundesrat mit einem Postulat beauftragt, einen Bericht über die Probleme, die sich durch die alternierende Obhut im Scheidungs- oder Trennungsfall stellen, vorzulegen, eventuell Gesetzesänderungen zur Behebung dieser Probleme vorzuschlagen und die gesetzlichen Regelungen der Nachbarländer darzulegen.

Zur Erfüllung dieses Auftrags hat der Bundesrat die Universität Genf ersucht, eine interdisziplinäre Studie zur alternierenden Obhut zu verfassen, da bei der Erörterung des Themas der Eltern-Kind-Beziehung nach der Trennung oder Scheidung nicht nur Überlegungen rechtlicher Art angestellt werden müssen, sondern auch psychologische, soziologische und familienpolitische Aspekte zu berücksichtigen sind. Angesichts der Ergebnisse dieser Studie kommt der Bundesrat im ersten Teil des vorliegenden Berichts zum Schluss, dass der Entscheid des Gesetzgebers, die alternierende Obhut nicht als Regelmodell zu verankern, richtig ist. Die alternierende Obhut ist nicht nur in Bezug auf die Interaktion der Eltern anspruchsvoll, sondern hängt auch von gewissen materiellen Voraussetzungen (aufgrund höherer Auslagen) und strukturellen Rahmenbedingungen (bezüglich Arbeitsmarkt, familienergänzendes Kinderbetreuungsangebot, Familienpolitik) ab, die nicht in jedem Fall vorliegen. Ausserdem kann sie sich für das Kind wegen der häufigen Wechsel des Aufenthaltsorts als grosse Belastung erweisen. In Frankreich und in Belgien – Länder, die dieser Form der Obhut gegenwärtig den Vorzug geben – werden zur Zeit Diskussionen über Gesetzesrevisionen geführt, die die Wahl derjenigen Betreuungslösung, die dem Kindeswohl am besten entspricht, ins Zentrum stellen wollen. Es geht darum, eine «massgeschneiderte» Lösung zu finden, die es dem Kind ermöglicht, nach der Trennung oder Scheidung weiterhin eine regelmässige Beziehung zu beiden Elternteilen pflegen zu können. Der Bundesrat ist ebenfalls der Auffassung, dass die Suche nach individuellen Lösungen zu bevorzugen ist und diejenige Betreuungslösung gewählt werden soll, die dem Kindeswohl am besten entspricht. Im zweiten Teil seines Berichts prüft der Bundesrat die rechtlichen Fragen, die sich im Zusammenhang mit der Errichtung der alternierenden Obhut am häufigsten stellen, und kommt zum Schluss, dass diese auf Grundlage der geltenden Gesetzesbestimmungen im Einzelfall beantwortet werden können.

Allgemein ist für den Bundesrat wichtig, die Aufrechterhaltung einer regelmässigen Beziehung zwischen dem Kind und seinen beiden Eltern nach der Trennung oder Scheidung zu fördern. Der Staat soll die dazu notwendigen Rahmenbedingungen schaffen und keine starren Lebensmodelle vorschreiben. In den Ländern, in denen die alternierende Obhut bevorzugt wird, erfolgt dies unter anderem in Kombination mit der Förderung alternativer Methoden zur Lösung des Elternkonflikts. Auch in der Schweiz bieten einige Kantone Eltern, die sich trennen, eine interdisziplinäre Begleitung an. Dies begünstigt die Entwicklung der erforderlichen Kompetenzen, um bei Bedarf die Art und Weise der Kinderbetreuung neu festzulegen. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass diese Projekte für eine interdisziplinäre Begleitung

der Familien bei Scheidung oder Trennung näher verfolgt werden sollten. Ihre Evaluation in den betroffenen Kantonen in Bezug auf die Nachhaltigkeit der gefundenen Lösungen, die Wirkung auf den Elternkonflikt und auf das Wohlergehen des Kindes sowie auf die Partizipation des Kindes am Entscheidungsprozess könnte als Grundlage für umfassendere Überlegungen zum Funktionieren der Familiengerichtsbarkeit dienen.

1 Ausgangslage

1.1 Letzte Revisionen im Bereich des Familienrechts

Angesichts steigender Scheidungs- und Trennungsraten richten die Gesetzgeber verschiedener Länder ihr Augenmerk seit einigen Jahren verstärkt auf die Belange der Kinder. Im Fokus steht dabei einerseits die Beziehung des Kindes zum Elternteil, mit dem es im Alltag nicht mehr zusammen lebt. Andererseits werden die materiellen Aspekte im Hinblick auf die Übernahme der Lebenshaltungskosten untersucht. Wo sich Eltern trennen, ist es wichtig, Bedingungen zu schaffen, die den Kindern eine stabile Betreuung gewährleisten, sei es nun affektiv wie auch tatsächlich und materiell, und die Aufrechterhaltung der Beziehung zu jedem Elternteil ermöglichen.¹ Die jüngsten Revisionen des schweizerischen Familienrechts im Bereich der elterlichen Verantwortung bilden Teil dieser Entwicklung.²

Mit der am 1. Juli 2014 in Kraft getretenen **Änderung des Zivilgesetzbuches zur elterlichen Sorge**³ wurde die gemeinsame elterliche Sorge unabhängig vom Zivilstand der Eltern zur Regel. Die elterliche Sorge kann zwar weiterhin einem Elternteil allein übertragen werden, jedoch nur, wenn es zur Wahrung des Kindeswohls nötig ist. Die elterliche Sorge umfasst das Pflichtrecht der Eltern, die für das minderjährige Kind nötigen Entscheidungen zu fällen, insbesondere im Hinblick auf seine Erziehung, seine Vertretung und die Verwaltung seines Vermögens (Art. 301–306 und 318 ff. ZGB). Der Schweizer Gesetzgeber geht davon aus, dass die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge durch beide Elternteile dem Kindeswohl grundsätzlich am besten entspricht. Dies gilt selbst dann, wenn die Eltern nicht (oder nicht mehr) zusammenleben. Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Sorge bedeutet jedoch nicht automatisch, dass das Kind abwechselnd in mehr oder weniger gleichem zeitlichem Umfang bei jedem der beiden Elternteile lebt (alternierende Obhut): «Aus der gemeinsamen elterlichen Sorge kann deshalb ein Elternteil nicht das Recht ableiten, das Kind auch tatsächlich zur Hälfte betreuen zu können. Einzig das vorrangig zu beachtende Wohl des Kindes entscheidet [...] darüber, ob das Kind auch abwechselnd von beiden Eltern betreut werden kann (Wechselmodell).»⁴

Eine Diskussion über die Frage, ob die alternierende Obhut als Regelmodell⁵ nach einer Trennung oder Scheidung im Gesetz verankert werden soll, hat bereits anlässlich der Beratung über die **Revision des Kindesunterhaltsrechts**, die am 1. Januar 2017 (teilweise) in Kraft getreten ist,⁶ stattgefunden. In seiner Botschaft vom 29. November 2013 erachtete es der Bundesrat damals nicht als angezeigt, alle getrennt lebenden Eltern zu einer alternierenden Obhut zu verpflichten. Eine derart starre Regelung wäre mit der liberalen Grundhaltung des schweizerischen Familienrechts, das kein spezifisches Rollenmodell bevorzugt, nicht vereinbar.⁷

Das Parlament wollte eine ausgeglichene Beteiligung beider Elternteile an der Betreuung des Kindes im Alltag nach der Trennung oder Scheidung fördern, dies jedoch unter Wahrung der liberalen Grundhaltung und ohne die alternierende Obhut als Regelmodell für die Obhut vorzuschreiben. Entsprechend verabschiedete es am 20. März 2015 eine Reihe von Be-

¹ LAURA CARDIA VONËCHE/SYLVE CADOLLE, Quand le conflit conjugal est un conflit parental, in: Andrea Bächler/Markus Müller-Chen (Hrsg.), Private Law: national, global, comparative: Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, 2011 Bern, S. 325–336, hier S. 325.

² Siehe Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Kindesunterhalt) vom 29. November 2013, BBl **2014** 529, hier 535.

³ AS **2014** 357

⁴ Siehe Botschaft des Bundesrates zu einer Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) vom 16. November 2011, BBl **2011** 9077, hier 9094.

⁵ Es ist auch von «Grundmodell» oder «Standardmodell» die Rede.

⁶ AS **2015** 4299 und 5017

⁷ Siehe Botschaft Kindesunterhalt, BBl **2014** 529, hier 564–565.

stimmungen, die in der Vorlage des Bundesrates nicht enthalten waren. So verpflichten die am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Artikel 298 Absatz 2^{bis} und 2^{ter} sowie 298b Absatz 3^{bis} und 3^{ter} ZGB die zuständige Behörde (Gericht oder Kindesschutzbehörde), beim Entscheid über die Obhut, den persönlichen Verkehr oder die Betreuungsanteile das Recht des Kindes, *regelmässige⁸ persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen zu pflegen*, zu berücksichtigen. Ausserdem muss die Behörde im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer *alternierenden Obhut* prüfen, sofern ein Elternteil oder das Kind dies verlangt.⁹ Durch die Verabschiedung dieser Bestimmungen wollte der Gesetzgeber sicherstellen, dass die angerufene Behörde jeden Antrag auf Errichtung einer alternierenden Obhut prüft. Selbstverständlich darf diese nach wie vor nur angeordnet werden, wenn sie dem Kindeswohl am besten entspricht.¹⁰

1.2 Postulat 15.3003

1.2.1 Wortlaut des Postulats

Es sei darauf hingewiesen, dass sich der Nationalrat auf Empfehlung seiner Kommission für Rechtsfragen (RK-N) zunächst gegen die Einführung der erwähnten – vom Ständerat am 2. Dezember 2014 vorgeschlagenen – Gesetzesbestimmungen ausgesprochen hatte.¹¹ Obwohl die RK-N davon überzeugt war, dass die alternierende Obhut grundsätzlich gefördert werden sollte, machte sie sich doch verschiedene Gedanken zu den Schwierigkeiten, die diese Form der Obhut dem Kind, aber auch den Eltern verursachen könnte. Vor der Änderung des Gesetzes wollte sie in einer Studie abklären lassen, welche rechtlichen und praktischen Probleme sich durch diese Form der Obhut stellen können und welche Erfahrungen damit in anderen Ländern gemacht worden sind. Dementsprechend wurde von der Kommission am 23. Januar 2015 das Postulat 15.3003 «Alternierende Obhut. Klärung der Rechtsgrundlagen und Lösungsvorschläge» mit folgendem Wortlaut eingereicht:

«Der Bundesrat wird ersucht, einen Bericht vorzulegen über die rechtlichen Probleme, welche sich durch die alternierende Obhut der Kinder im Scheidungs- oder Trennungsfall stellen. Er schlägt Gesetzesänderungen zur Behebung dieser Probleme vor und stellt einen Rechtsvergleich mit den Gesetzgebungen der Nachbarländer an.»¹²

1.2.2 Behandlung des Postulats

In seiner Stellungnahme vom 25. Februar 2015 beantragte der Bundesrat die Annahme des Postulats. Dabei unterstrich er die Bedeutung regelmässiger persönlicher Beziehungen des Kindes zu beiden Eltern auch nach deren Trennung oder Scheidung. Der Nationalrat nahm das Postulat am 4. März 2015 an.¹³

Am darauffolgenden 17. März schliesslich stimmte der Nationalrat dem Vorschlag des Ständerats, im Zivilgesetzbuch Bestimmungen zur alternierenden Obhut einzuführen, ebenfalls

⁸ In den parlamentarischen Beratungen wurde präzisiert, dass unter «regelmässig» «so häufig wie möglich» zu verstehen ist (Votum SR Stadler, 2.12.2014, AB **2014** S 1120).

⁹ In den parlamentarischen Beratungen wurde präzisiert, dass die Begriffe «alternierende Obhut» und «geteilte Obhut» gleichbedeutend sind. Zudem sollte der Ausdruck «alternierende Obhut» nicht nur bei Vorliegen einer egalitären, sondern auch bei einer asymmetrischen Aufteilung der Kinderbetreuung verwendet werden (Votum SR Stadler, 2.12.2014, AB **2014** S 1120; Votum NR Von Graffenried, 4.3.2015, AB **2015** N 79).

¹⁰ Siehe Votum NR Stadler, 2.12.2014, AB **2014** S 1120, und Votum NR Von Graffenried, 4.3.2015, AB **2015** N 80.

¹¹ Siehe Debatte NR, 4.3.2015, AB **2015** N 79–86.

¹² Siehe Votum NR Schwaab, 4.3.2015, AB **2015** N 85.

¹³ AB **2015** N 89

zu.¹⁴ Dadurch wurde das Postulat jedoch nicht gegenstandslos. Bis zu jenem Zeitpunkt lag in der Schweiz nach wie vor keine einschlägige Studie vor, in der die alternierende Obhut umfassend und interdisziplinär untersucht worden wäre. Die Regelung der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern, wenn die Eltern nicht oder nicht mehr zusammenleben, betrifft nicht nur rechtliche Aspekte, sondern auch psychologische (Bildung der Identität des Kindes), soziologische (Formen der gemeinsamen Elternschaft) und familienpolitische (Unterstützung der Familien, die Kinderbetreuung und berufliche Tätigkeit vereinbaren wollen). Ausserdem ist die alternierende Obhut in anderen Ländern bereits vor Jahren gesetzlich verankert worden und es ist hilfreich, wenn auf die Erfahrungen dieser Länder zurückgegriffen werden kann.

1.3 Auftrag an die Universität Genf

Im Rahmen der Vorarbeiten zum vorliegenden Bericht beauftragte das Bundesamt für Justiz (BJ) die Fakultät für Rechtswissenschaften und die Fakultät für Sozialwissenschaften der Universität Genf, eine interdisziplinäre Studie zur alternierenden Obhut zu erstellen. Die Studie verfolgt nicht nur wissenschaftliche Zwecke. Sie soll auch als Arbeitsinstrument für die Fachpersonen dienen, die sich mit dem Thema der Obhut über die Kinder nach der Trennung oder Scheidung auseinandersetzen müssen.

2 Interdisziplinäre Studie zur alternierenden Obhut

2.1 Ziel der Studie

Gestützt auf die Definition der alternierenden Obhut des Bundesgerichts – nach der darunter die Situation verstanden wird, in welcher die Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, sich aber abwechselnd in mehr oder weniger gleichem zeitlichen Umfang um das Kind kümmern – setzte sich die «Interdisziplinäre Studie zur alternierenden Obhut» der Universität Genf (im Folgenden «Interdisziplinäre Studie») zum Ziel, Antworten auf folgende Fragen zu geben:¹⁵

- 1. Unter welchen Umständen ist die alternierende Obhut die beste Lösung für das Kind?**
- 2. Welche psychosozialen Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit diese Form der Obhut im Alltag funktionieren kann?**
- 3. Kann der Staat diese Form der gemeinsamen Elternschaft fördern, und wenn ja, wie?**

2.2 Ergebnisse der interdisziplinären Studie

Zur Beantwortung dieser Fragen wurden in der Interdisziplinären Studie vier Themen in Verbindung mit der Umsetzung einer alternierenden Obhut nach der Trennung oder Scheidung untersucht: die gemeinsame Elternschaft (siehe Ziff. 2.2.1 unten); das Kindeswohl (siehe Ziff. 2.2.2 unten); interdisziplinäre Ansätze zur Bewältigung des Elternkonflikts (siehe Ziff. 2.2.3 unten) und die materiellen und strukturellen Voraussetzungen für die alternierende Obhut (siehe Ziff. 2.2.4 unten).

¹⁴ AB 2015 N 422–425

¹⁵ Interdisziplinäre Studie, S. 6.

2.2.1 Gemeinsame Elternschaft¹⁶

Das Konzept der gemeinsamen Elternschaft beschreibt, in welcher Weise Eltern sich zusammenschliessen und für die Gesamtheit der familiären Aufgaben und Verantwortungen zusammenarbeiten. Welche Erfahrungen Eltern mit der alternierenden Obhut machen, hängt stark von der Ausgestaltung der gemeinsamen Elternschaft ab, die sie vor der Scheidung oder Trennung gelebt haben.¹⁷

Im ersten Teil der Interdisziplinären Studie wird erörtert, bei welchen Formen der gemeinsamen Elternschaft die Umsetzung der alternierenden Obhut gut machbar und bei welchen sie besonders schwierig oder gar unmöglich ist, wenn die Beziehung auseinandergeht. Eltern, die vor der Trennung kooperierten und die familiären Aufgaben und Verantwortungen in gleicher Weise mittrugen (funktionierende gemeinsame Elternschaft), nehmen die alternierende Obhut positiv wahr. Wenn dagegen die Zusammenarbeit bei den elterlichen Aufgaben und Verantwortungen schon vor der Trennung schwach ausgeprägt war, wird die alternierende Obhut als negativ beurteilt. Die Anordnung der alternierenden Obhut bei Familien, deren Funktionsweise vor der Scheidung oder Trennung nicht egalitär und deren gemeinsame Elternschaft schwach ausgeprägt war, kann demnach als eine Form «institutioneller Gewaltanwendung» wahrgenommen werden.¹⁸ In extremen Fällen können die Konflikte zur Folge haben, dass der Unterhaltsbeitrag nicht geleistet und das Kind entzogen wird, was zu einem vollständigen Abbruch der Beziehungen des Kindes zu einem Elternteil führen kann.¹⁹

Die Interdisziplinäre Studie hat sich ferner mit den Erfahrungen in denjenigen Ländern befasst, die die alternierende Obhut als prioritäre Form der Kinderbetreuung nach einer Trennung oder Scheidung eingeführt haben. Es ist zu beobachten, dass die alternierende Obhut im Allgemeinen trotz stärkerer Verbreitung in den letzten Jahren eine Lösung für eine Minderheit von Fällen bleibt, namentlich, wenn von einer 50/50-Aufteilung der Betreuung ausgegangen wird. Generell liegt die Verbreitung nicht höher als bei 35 Prozent.²⁰ Die empirischen Studien in Frankreich – wo die Möglichkeit des Wechselmodells (*résidence alternée*) für das Kind mit dem Gesetz Nr. 2002-305 vom 4. März 2002 eingeführt wurde – unterstreichen die Wichtigkeit des Alters des Kindes und der sozialen Stellung der Eltern bei den von den französischen Gerichten erlassenen Anordnungen des Wechselmodells. Am häufigsten wird das Wechselmodell bei den 5 bis 10-jährigen Kindern angeordnet (24 Prozent). In Bezug auf die soziale Stellung der Eltern wird festgestellt, dass das Wechselmodell vorrangig bei Vätern der Mittel- und Oberschicht vorkommt und dass die berufliche Aktivität der Mütter als unabdingbare Notwendigkeit für die Umsetzung dafür erscheint. 2014 ist nun erneut ein Gesetzesentwurf zur elterlichen Sorge und zum Kindeswohl von der Nationalversammlung angenommen und an den Senat weitergeleitet worden. Mit der Revisionsvorlage soll der Begriff des Wechselmodells aus dem Code civil gestrichen und damit die einzig mögliche Alternative zwischen Wechselmodell oder Aufenthalt am Wohnsitz des einen Elternteils abgeschafft werden. Gemäss dieser Vorlage soll sich der Aufenthalt des Kindes am Wohnsitz jedes der beiden Elternteile befinden können, wobei jedoch die Häufigkeit und Dauer des Aufenthalts im Einzelfall mittels einer Vereinbarung zwischen den Eltern oder, falls nötig, durch das Gericht, festgelegt wird. Nach dem Bericht der Gesetzeskommission soll mit der Revision der Graben zwischen Befürwortern und Gegnern des Wechselmodells überwunden und die Diskussion auf die Wahl der für das Kindeswohl in der konkreten familiären Situation am besten geeignete Betreuungslösung zurückgeführt werden. Der Aufenthalt am Wohnsitz jedes der beiden Elternteile setzt nämlich gemäss diesem Bericht nicht eine gleichmässige Aufteilung

¹⁶ Interdisziplinäre Studie, S. 7–27.

¹⁷ Interdisziplinäre Studie, S. 13.

¹⁸ Interdisziplinäre Studie, S. 13.

¹⁹ LAURA CARDIA VONÉCHE/SYLVIE CADOLLE, ebd., S. 333–335.

²⁰ Interdisziplinäre Studie, S. 20.

der Präsenzzeit bei jedem der beiden voraus.²¹ Belgien, das im Jahr 2006 in einer Bestimmung das Prinzip des Wechselmodells (*hébergement égalitaire*) eingeführt hat, hat eine ähnliche Entwicklung erlebt. Die in der Interdisziplinären Studie zitierten Untersuchungen weisen auf die mangelnde Zufriedenheit von Müttern hin, die die Kinderbetreuung vor der Trennung allein wahrgenommen hatten. In der Folge werden Gerichtsurteile, die eine gleichberechtigte Unterbringung anordnen, häufig nicht eingehalten. Es konnte auch festgestellt werden, dass Urteile, die in hochkonflikthaften Fällen eine alternierende Obhut anordnen, eine Gefahr für das Kindeswohl darstellen. Der belgische Gesetzgeber prüft derzeit einen Entwurf zur Revision des Gesetzes. Auch wenn sich, sogar bei kleinen Kindern, klar eine Gleichstellung der Eltern abzeichnet, zeigt der Entwurf zur Revision des Gesetzes doch auf, wie wichtig eine massgeschneiderte Unterbringungslösung ist, welche die Wahl der Schule, die berufliche Situation der Eltern und auch die Freizeitaktivitäten der Kinder mitberücksichtigt. Als im Hinblick auf diese Unterbringungslösung hinderliche Faktoren werden die Distanz zwischen den Wohnungen der Eltern und der fehlende Dialog zwischen den Eltern genannt.²²

2.2.2 Das Kindeswohl²³

Der zweite Teil der Interdisziplinären Studie untersucht die alternierende Obhut aus der Perspektive des Kindes. Er beginnt mit folgender Feststellung: «[...] auf der Basis der Analyse der sozialwissenschaftlichen Literatur [kann] nicht gesagt werden, dass es [ein] ideales Modell der Betreuung des Kindes nach der Trennung oder Scheidung seiner Eltern gibt.»²⁴

Es ist hingegen möglich, die Faktoren für den Erfolg der alternierenden Obhut zu bestimmen. Dabei ist der Modus der gemeinsamen Elternschaft und der Konfliktbewältigung entscheidend. Geschiedene oder getrennte Eltern, die eine vereinte gemeinsame Elternschaft praktizieren und damit die Zusammenarbeit, aber auch den Erhalt eines Gefühls der Familienzugehörigkeit wählen, schaffen es besser als andere, die alternierende Obhut in befriedigender Weise weiterzuführen. Die Kinder fühlen sich frei, beide Elternteile zu lieben und wertzuschätzen; den beiden Elternteilen gelingt es damit, die beiden familiären Milieus in Einklang zu bringen und die Kontinuität der Familie sicherzustellen, und sie vermitteln den Kindern so ein Gefühl von Sicherheit. In konfliktreichen Situationen hingegen ist gemäss den Forschungsbefunden die Zufriedenheit von Kindern (zwischen 7 und 17 Jahren) in alternierender Obhut geringer als von Kindern in alleiniger Obhut. Dieser Befund ist noch ausgeprägter, wenn die alternierende Obhut starr umgesetzt wird und sich nur wenig an die sich ändernden Wünsche und Bedürfnisse des Kindes und der Familie anpasst und zudem durch ein Gerichtsurteil (zwingend) auferlegt wird.²⁵ Gewalt gegenüber der Ex-Partnerin oder dem Ex-Partner stellt ebenfalls ein grosses Hindernis für eine alternierende Obhut dar.²⁶ Die Anordnung einer alternierenden Obhut ist auch nicht erfolgversprechend, wenn ein Elternteil, namentlich aufgrund einer psychischen oder physischen Erkrankung oder einer Sucht, nicht über die erforderliche Erziehungsfähigkeit verfügt.²⁷ Ein weiterer Faktor, dem Rechnung zu tragen ist, sind die Wechsel von einem Ort zum anderen. Für die Kinder bedeuten die Wechsel von einem Wohnort zum anderen, von einem Quartier zum anderen oder von einer Region in eine andere Zäsuren im Alltag (Schule, Freunde und Freizeitaktivitäten) und die Notwendigkeit, jedes Mal seine Sachen packen zu müssen. Diese Wechsel verlangen den Kindern und ihren Eltern einen organisatorischen Aufwand ab, die für viele Kinder sehr belas-

²¹ Interdisziplinäre Studie, S. 22–24.

²² Interdisziplinäre Studie, S. 24–25.

²³ Interdisziplinäre Studie, S. 28–45.

²⁴ Interdisziplinäre Studie, S. 28.

²⁵ Interdisziplinäre Studie, S. 29–31.

²⁶ Interdisziplinäre Studie, S. 31–32.

²⁷ Interdisziplinäre Studie, S. 32.

tend sein kann. Für gewisse Kinder haben die fehlende Stabilität des Umfeldes und die andauernden Wechsel destabilisierende Auswirkungen. Es gibt jedoch Strategien, um solche Schwierigkeiten zu überwinden, wie beispielsweise, dass die persönlichen Sachen, beispielsweise die per Kleider der Kinder, doppelt vorhanden sind oder dass die Wohnungen der Eltern nahe beieinander liegen, was den Kindern Kontinuität in ihrem Beziehungs- und Schulleben ermöglicht.²⁸ Das setzt allerdings bei beiden Elternteilen notwendige Mittel voraus, um die Verdoppelung der Wohnungen, Kleider, Spielsachen, Aktivitäten, Transportkosten usw. finanzieren zu können.²⁹

Schliesslich hebt die Interdisziplinäre Studie hervor, wie wichtig es ist, das Kind über die Errichtung der alternierenden Obhut zu informieren und anzuhören. Die Partizipation des Kindes ist nicht nur für das Gerichtsverfahren, namentlich für das Ermitteln des Sachverhaltes, von Nutzen, sondern hat auch eine positive Auswirkung auf die Entwicklung des Kindes: Die Partizipation des Kindes bedeutet einerseits, dass sein Erleben und seine Meinung von einer dritten Person, die zuhört und das Kind respektiert, ernst genommen werden. Andererseits verschafft sie dem Kind das Gefühl der Selbstwirksamkeit – das heisst das Gefühl, handeln und seine Lebenssituation beeinflussen zu können, indem es sich einbringen kann. So nimmt es sich selbst als legitimer Akteur in der Suche nach einer Lösung wahr, die seinem Wohlergehen entsprechen sollte.³⁰

2.2.3 Interdisziplinäre Ansätze zur Bewältigung des Elternkonflikts³¹

In der Interdisziplinären Studie wird auch auf die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichts auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung eingegangen.³² Die Rechtsprechung des Bundesgerichtes macht die alternierende Obhut von den konkreten Umständen und Fähigkeiten der Eltern abhängig und ermöglicht so die Berücksichtigung von Forschungsergebnissen aus empirischen sozialwissenschaftlichen Studien. Wenn die Beteiligung beider Eltern an der täglichen Betreuung des Kindes nach der Trennung wirklich gefördert werden soll, genügt es jedoch nicht, erst zum Zeitpunkt des Entscheides des Gerichts oder der Kindesschutzbehörde eine interdisziplinäre Perspektive einzunehmen.³³

Angeichts der Wichtigkeit der Kommunikation und des Konfliktmanagements für eine funktionierende gemeinsame Elternschaft nach einer Trennung oder Scheidung wird in der Interdisziplinären Studie untersucht, wie interdisziplinäre Strategien zur Konfliktbewältigung und zur Beratung von Eltern, entwickelt werden können, die allesamt einen Konsens der Eltern anstreben.³⁴ Auch in den Ländern, in denen die alternierende Obhut zum Regelmodell erhoben wurde, ist sie oft mit der Förderung von alternativen Methoden zur Lösung des Elternkonflikts kombiniert worden, die die Eltern beim Aufbau einer vereinten gemeinsamen Elternschaft unterstützen können.

In der Schweiz und im Ausland am weitesten verbreitet ist die Mediation.³⁵ Im Allgemeinen wird sie als ein Mittel der Streitbeilegung definiert, bei dem die Parteien mithilfe einer neutralen, unparteilichen und unabhängigen Mediationsperson selbst versuchen, zu einer Einigung zu gelangen. Eine Mediation kann zu jedem Zeitpunkt angegangen werden, vor, während oder nach einem Gerichtsverfahren. Anders als die Mediation verstärkt der Gerichtsprozess

²⁸ Interdisziplinäre Studie, S. 32–33.

²⁹ Interdisziplinäre Studie, S. 33.

³⁰ Interdisziplinäre Studie, S. 34.

³¹ Interdisziplinäre Studie, S. 46–63.

³² Interdisziplinäre Studie, S. 36–44.

³³ Interdisziplinäre Studie, S. 45.

³⁴ Interdisziplinäre Studie, S. 46–63.

³⁵ Die Interdisziplinäre Studie behandelt insbesondere die Regelung der Mediation in Deutschland, Frankreich, England und Wales sowie die Erfahrungen in Australien und Quebec.

tendenziell Konflikte, statt sie abzuschwächen. Mit der Mediation soll das Gespräch wieder in Gang gesetzt werden, ein neues Selbstverständnis ausgehandelt, eine neue Beziehung zwischen den Eltern aufgebaut und eine gegenseitige Vereinbarung hinsichtlich der erwähnten praktischen Konflikte getroffen werden. Die Wahl der Form der Obhut, wie beispielsweise die alternierende Obhut, steht oft im Mittelpunkt der Mediation; oft nehmen die Eltern erst in diesem Rahmen die volle Komplexität der Umsetzung einer solchen Lösung wahr und einigen sich über deren Organisation, die gleichzeitig die Bedürfnisse des Kindes, aber auch ihre persönliche und berufliche Situation berücksichtigen muss. Die Aufgabe der Mediationsperson besteht hier darin, den Eltern die Umsetzbarkeit der von ihnen gewollten Lösungen ins Bewusstsein zu rufen. In der Interdisziplinären Studie wird allerdings klargestellt, dass die Mediation keine für alle Paare geeignete Methode ist: Einige Personen sehen sich ausserstande, für sich selbst zu verhandeln, und ziehen es vor, sich an eine Fachperson zu wenden, die sie im Gerichtsverfahren vertritt. Auch für stark konfliktgeladene Fällen ist das Mediationsverfahren nicht geeignet: Die Verweigerung der Kommunikation und Zusammenarbeit erschwert jeglichen Kompromiss. Von einer Mediation wird ganz besonders bei Paaren abgeraten, in denen einer der beiden einen grossen Einfluss oder viel Macht über den anderen ausübt, so insbesondere in Situationen häuslicher Gewalt. Obwohl das Recht beiden Parteien einen geschützten Rahmen bietet, kann die Mediation je nachdem zum Spiegel des Macht- und Kontrollverhältnisses innerhalb der Paarbeziehung werden. Schliesslich ist eine Mediation nicht geeignet, wenn innerhalb des Paares Drogen-, Alkohol- oder psychische Probleme vorhanden sind.

Nebst der Mediation bestehen weitere interdisziplinäre Modelle zur Förderung des Elternkonsenses. In der Interdisziplinären Studie wird namentlich das in Deutschland eingeführte System der Familienverfahren erwähnt, die das interdisziplinäre Zusammenwirken von Gerichten, Anwältinnen und Anwälten, Jugendschutzämtern und Familienberatungsstellen organisieren mit dem Ziel, den Eltern in ihrer Konfliktsituation zu ermöglichen, Verhandlungslösungen für die Bedürfnisse der Kinder zu finden. In der Schweiz haben die Kantone St. Gallen und Basel-Stadt angeordnete Beratungen für Eltern und ihre Kinder eingeführt, damit sie die Tragweite der Trennung erfassen und eine einvernehmliche Lösung erarbeiten können. Wünschenswert wäre eine Evaluation dieser Programme in Bezug auf die Nachhaltigkeit der gefundenen Lösungen, ihre Wirkung auf den Elternkonflikt und das Wohlergehen des Kindes, auf die Partizipation des Kindes am Entscheidungsprozess sowie auf die Finanzierbarkeit für alle getrennten Familien.³⁶

2.2.4 Materielle und strukturelle Voraussetzungen für die alternierende Obhut³⁷

Im letzten Teil der Interdisziplinären Studie werden die finanziellen Herausforderungen der alternierenden Obhut thematisiert. Die alternierende Obhut ist eine kostspielige Form der Obhut. Sie zieht namentlich eine Verdoppelung der Fixkosten nach sich: zwei separate Unterkünfte, zwei Möbliierungen, doppelte Kosten für Transport, Freizeit, Kleider, Spielsachen und manchmal auch für das Schulmaterial. Deshalb handelt es sich um eine Form der Obhut, die vor allem für Eltern aus bessergestellten Kreisen in Frage kommt.³⁸

Damit ist die alternierende Obhut nicht nur hinsichtlich der Interaktion der Eltern anspruchsvoll, sondern sie erfordert auch, dass gewisse materielle und strukturelle Voraussetzungen erfüllt sind. Je nachdem können diese die Umsetzung der alternierenden Obhut erleichtern

³⁶ Interdisziplinäre Studie, S. 62–63.

³⁷ Interdisziplinäre Studie, S. 64–78.

³⁸ Interdisziplinäre Studie, S. 64–65.

oder erschweren. In der Interdisziplinären Studie werden die Situation auf dem Arbeitsmarkt, das familienergänzende Kinderbetreuungsangebot sowie die Familienpolitik in der Schweiz untersucht. Die Analyse zeigt, dass die Umsetzung der alternierenden Obhut (insbesondere in ihrer egalitären Form) für eine Vielzahl von getrennten bzw. geschiedenen Eltern in der Schweiz schwierig ist.

Die finanziellen Ressourcen von Frauen und Männern sind im Zeitpunkt der Trennung bei Weitem nicht in allen Fällen identisch. In der Schweiz wird die Familie heute immer noch als schwerpunktmässiger Verantwortungsbereich der Frauen und die berufliche Karriere als Männerdomäne definiert. So reduziert die Mehrheit der Frauen bei Geburt eines Kindes die Arbeitszeit und bevorzugt tendenziell schlechter bezahlte Teilzeitarbeit, um sich mehr dem Familienleben widmen zu können.³⁹ Zusätzlich führen andere Faktoren wie ein geringes oder teures Angebot an ausserfamiliärer Kinderbetreuung die Frauen dazu, ihr Arbeitspensum zu reduzieren, um sich um die Kinder zu kümmern.⁴⁰ Unter diesen Umständen erlauben es die durch den sozioökonomischen Kontext in der Schweiz geschaffenen strukturellen Ungleichheiten zwischen Männern und Frauen getrennten oder geschiedenen Müttern und Vätern gemäss der Interdisziplinären Studie weder die Betreuung der Kinder im Alltag zu gleichen Teilen wahrzunehmen, noch eine finanzielle Gleichstellung zu leben. So gesehen würde das Vorschreiben der alternierenden Obhut als einziges Modell, das auf eine stark egalitäre Aufteilung der Kinderbetreuung nach der Trennung oder Scheidung setzt, zahlreiche Eltern unter starken Druck setzen. Dies würde dem Interesse des Kindes widersprechen.

2.3 Empfehlungen

In der Interdisziplinären Studie wird abschliessend empfohlen, sich nicht in Richtung eines einzigen normativen Modells zu bewegen, indem beispielsweise in allen Fällen eine strikte Gleichheit der Ex-Partnerinnen und -Partner (und Eltern) gefördert wird. Die Vielfalt der Situationen gemeinsamer Elternschaft ist Indikator für die vielen unterschiedlichen Funktionsweisen und Erwartungen gegenüber Familien nach einer Trennung, was das Recht entsprechend berücksichtigen sollte.⁴¹

Zudem sind in der Schweiz die Rahmenbedingungen der Kinderbetreuung vor oder nach einer Trennung oder Scheidung einer egalitären Aufteilung nicht förderlich: Einerseits ist das Potenzial von alternativen Modellen zur Konfliktlösung und der Förderung des Elternkonsenses noch nicht ausgeschöpft. Andererseits stellt das von der Schweiz im Bereich der Familienpolitik gewählte liberale, individualistische Modell den Familien keine Hilfen zur Verfügung, die eine generelle Einführung der alternierenden Obhut für alle Familien unabhängig von deren finanziellen und sozialen Ressourcen ermöglichen würden.⁴²

Auf den letzten Seiten der Interdisziplinären Studie werden schliesslich die einleitend gestellten Fragen beantwortet:⁴³

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

«Aufgrund der Forschungsergebnisse in den Sozialwissenschaften kann nicht behauptet werden, dass es ein bestimmtes Modell der Obhut und Kinderbetreuung gibt, das für sämtliche familiäre und soziale Situationen ideal wäre. Anhand der internationalen Literatur kristallisieren sich jedoch die Konstellationen heraus, in wel-

³⁹ Interdisziplinäre Studie, S. 66–68.

⁴⁰ Interdisziplinäre Studie, S. 68–72.

⁴¹ Interdisziplinäre Studie, S. 6.

⁴² Interdisziplinäre Studie, S. 80.

⁴³ Interdisziplinäre Studie, S. 80–81.

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

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

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

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

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

milien nach Trennung in Situationen, in denen die psychosozialen und materiellen Voraussetzungen für eine alternierende Obhut nicht gegeben sind, zu einer solchen Organisationsweise zu verpflichten.»

3 Stellungnahme des Bundesrates zur alternierenden Obhut als Regelmodell

Der Bundesrat prüft im Folgenden erneut die Möglichkeit, die alternierende Obhut im Zivilgesetzbuch als Regelmodell für die Obhut zu verankern, obwohl er die Idee bei den jüngsten Revisionen auf dem Gebiet der elterlichen Sorge und des Kindesunterhalts bereits verworfen hat (siehe Ziff. 1.1). Insbesondere die Väterorganisationen befürworten weiterhin eine solche Lösung.

3.1 Entwicklung seit der Annahme des Postulats

Es steht ausser Zweifel, dass der Schweizer **Gesetzgeber** der Aufrechterhaltung der Beziehung zwischen dem Kind und seinen beiden Eltern nach der Trennung oder Scheidung eine hohe Bedeutung beimisst. Aus diesem Grund wurde der Grundsatz der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Trennung oder Scheidung eingeführt. Durch die Verabschiedung der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Artikel 298 Absatz 2^{ter} und 298b Absatz 3^{ter} ZGB hat er zudem klar zum Ausdruck gebracht, dass er eine ausgeglichene Beteiligung beider Eltern an der täglichen Betreuung des Kindes nach einer Trennung oder Scheidung fördern will. Gemäss diesen Bestimmungen muss die zuständige Behörde (Gericht oder Kindesschutzbehörde) im Sinne des Kindeswohls die Möglichkeit einer *alternierenden Obhut* prüfen, sofern ein Elternteil oder das Kind dies verlangt (siehe Ziff. 1.1). Damit wollte der Gesetzgeber die alternierende Obhut nicht zum Regelmodell erklären, sondern vielmehr sicherstellen, dass die angerufene Behörde von Amtes wegen oder auf Antrag eines Elternteils oder des Kindes prüft, ob die Errichtung einer alternierenden Obhut dem Kindeswohl dienen würde. Gemäss dem Untersuchungs- und dem Oficialgrundsatz, die in allen Kinderbelangen gelten (für das Gericht siehe Art. 296 ZPO; für die Kindesschutzbehörde siehe Art. 446 ZGB, anwendbar aufgrund des Verweises in Art. 314 ZGB), muss die zuständige Behörde beim Entscheid betreffend die Obhut ohnehin die für das Kind beste Lösung treffen. Selbstverständlich darf die alternierende Obhut nur angeordnet werden, wenn sie aller Voraussicht nach dem Kindeswohl am besten entspricht. Die Beachtung des Kindeswohls ist das zentrale Kriterium bei allen Entscheiden, die Kinder betreffen, insbesondere bei Entscheiden betreffend die elterliche Verantwortung (elterliche Sorge, Obhut, persönlicher Verkehr, Unterhalt usw.). Es hat Vorrang vor den Interessen der Eltern.⁴⁴

Auch die **jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichts** widerspiegelt diese Entwicklung.⁴⁵ In zwei Leitentscheiden vom 29. September 2016 (BGE 142 III 612 [auf Deutsch] und 617 [auf Französisch])⁴⁶ hat das Bundesgericht⁴⁷ präzisiert, dass das mit einem Antrag auf alter-

⁴⁴ Siehe Votum SR Stadler, 2.12.2014, AB 2014 S 1120, und Votum NR Von Graffenried, 4.3.2015, AB 2015 N 80.

⁴⁵ Siehe ebenfalls die Aussagen von Bundesrichter Nicolas von Werdt, Präsident der Zweiten zivilrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts, im Interview «Die Hoffnungen der Väter sind berechtigt», das am 14. März 2017 im Tagesanzeiger erschienen ist.

⁴⁶ «In den beiden aktuellen Fällen hat das Bundesgericht über Beschwerden gegen Urteile des Thurgauer Obergerichts und des Genfer Kantonsgerichts entschieden. Diese hatten im Rahmen von Eheschutzmassnahmen gegen eine alternierende Obhut der Eltern entschieden und die Obhut jeweils der Mutter zugesprochen, unter Einräumung eines Besuchsrechts für den Vater. Bezüglich des ersten Falles heisst das Bundesgericht die Beschwerde des Vaters wegen willkürlicher Beweismwürdigung durch die Vorinstanz teilweise gut und weist die Sache zur Neuerteilung zurück. Im zweiten Fall weist es die Beschwerde des Vaters ab.» (Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 20. Oktober 2016).

⁴⁷ Das Bundesgericht hat zunächst darauf hingewiesen, dass sich der Begriff «Obhut» (garde) im neuen Recht auf die «faktische Obhut» (garde de fait) reduziert, das heisst auf die Befugnis zur täglichen Betreuung des Kindes und auf die Aus-

nierende Obhut befasste Gericht unabhängig davon, ob sich die Eltern darauf geeinigt haben, prüfen muss, ob dieses Betreuungsmodell möglich und mit dem Wohl des Kindes vereinbar ist. Das Kindeswohl sei für die Regelung des Eltern-Kind-Verhältnisses immer der entscheidende Faktor, während die Interessen der Eltern in den Hintergrund zu treten hätten. Ob die alternierende Obhut überhaupt in Frage komme und ob sie sich mit dem Kindeswohl verträge, hänge von den konkreten Umständen ab. Das bedeute, dass das Gericht gestützt auf festgestellte Tatsachen der Gegenwart und der Vergangenheit eine sachverhaltsbasierte Prognose darüber zu stellen habe, ob die alternierende Obhut als Betreuungslösung aller Voraussicht nach dem Wohl des Kindes entspreche. Wohl fänden sich in der Kinderpsychologie verschiedene Meinungen zum Thema, die sich mehr oder weniger absolut für oder gegen dieses Betreuungsmodell aussprächen. Allein aus kinderpsychologischen Studien liessen sich für die Beurteilung im konkreten Fall indessen kaum zuverlässige Schlüsse ziehen. Denn naturgemäss integrierten die verschiedenen wissenschaftlichen Untersuchungen nicht alle Parameter, die im Einzelfall eine Rolle spielen (BGE 142 III 612 E. 4.2 und 142 III 617 E. 3.2.3). Das Bundesgericht hat auch die Kriterien festgelegt, die beim Entscheid über die Errichtung einer alternierenden Obhut massgebend sind: «Unter den Kriterien, auf die es bei dieser Beurteilung ankommt, ist zunächst die *Erziehungsfähigkeit* der Eltern hervorzuheben, und zwar in dem Sinne, dass die alternierende Obhut grundsätzlich nur dann in Frage kommt, wenn beide Eltern erziehungsfähig sind. 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*. [...] Zu berücksichtigen ist ferner die *geographische Situation*, namentlich die Distanz zwischen den Wohnungen der beiden Eltern, und die *Stabilität*, welche die Weiterführung der bisherigen Regelung für das Kind gegebenenfalls mit sich bringt. [...] Weitere Gesichtspunkte sind die *Möglichkeit der Eltern, das Kind persönlich zu betreuen*, das *Alter des Kindes*, seine Beziehungen zu (Halb- oder Stief-)Geschwistern und seine Einbettung in ein weiteres soziales Umfeld [...]. Auch dem *Wunsch des Kindes* ist Beachtung zu schenken, selbst wenn es bezüglich der Frage der Betreuungsregelung (noch) nicht urteilsfähig ist. [...] Während die alternierende Obhut in jedem Fall die Erziehungsfähigkeit beider Eltern voraussetzt, sind *die weiteren Beurteilungskriterien oft voneinander abhängig und je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls von unterschiedlicher Bedeutung*.» (BGE 142 III 612 E. 4.3 und BGE 142 III 617 E. 3.2.3.) Kommt das Gericht zum Schluss, dass eine alternierende Obhut nicht dem Kindeswohl entspricht, muss es entscheiden, welchem Elternteil es die Obhut über das Kind zuteilt. Dabei hat es im Wesentlichen die bereits erörterten Beurteilungskriterien zu berücksichtigen. Zusätzlich zu würdigen ist die Fähigkeit eines jeden Elternteils, den Kontakt zwischen dem Kind und dem andern Elternteil zu fördern (BGE 142 III 612 E. 4.4. und 142 III 617 E. 3.2.4).

Auf internationaler Ebene ist die **Resolution 2079 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 2. Oktober 2015** zu erwähnen. Durch die Verabschiedung einer Resolution bringt die Parlamentarische Versammlung des Europarates einen Wunsch zum Ausdruck, der für die Mitgliedstaaten zwar nicht verbindlich ist, aber dennoch ernsthaft beachtet werden muss. In der Resolution mit dem Titel «**Egalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères**» (Gleichstellung und gemeinsame elterliche Verantwortung: die Rolle der Väter) richtet der Europarat eine Reihe von Empfehlungen an die Mitgliedstaaten. In der Empfehlung Nr. 5.5 werden die Mitgliedstaaten dazu aufgerufen, den Grundsatz der alternierenden Obhut (*résidence alternée, shared residence*) nach einer Trennung (mit Ausnahme von Situationen des Kindesmissbrauchs oder der Kindesvernachlässigung oder häuslicher Gewalt) in ihre Gesetzgebung aufzunehmen, wobei die Aufenthaltsdauer bei jedem Elternteil

entsprechend den Bedürfnissen und Interessen der Kinder festzulegen ist. Zum Verständnis von Sinn und Zweck dieser Empfehlung sind der Bericht und die Stellungnahmen der Kommissionen beizuziehen, die die Verabschiedung der Empfehlung begleitet haben. In der Zusammenfassung des Vorberichts vom 14. September 2015 zur Resolution präzisierte die Berichterstatterin der Kommission für Gleichstellung und Nichtdiskriminierung, dass sich der Wohnsitz der Kinder und die Besuchsrechte bei einer Trennung der Eltern als besonders heikle Fragen erweisen und zu Konflikten Anlass geben könnten. Die Staaten seien gehalten, die alternierende Obhut, die oft das beste Mittel zur Aufrechterhaltung der Beziehung des Kindes zu den Eltern sei, einzuführen oder gegebenenfalls vermehrt einzusetzen. Sie sei jedoch mit Umsicht und mit Blick auf das Kindeswohl umzusetzen.⁴⁸ Als für die alternierende Obhut eher nicht förderliche Faktoren identifiziert werden insbesondere andauernde Konflikte zwischen den Eltern, ein schlechtes Verhältnis des Kindes zu einem Elternteil und die besondere Situation von Jugendlichen, die zwei Haushalte manchmal als Nachteil und deren geografische Entfernung voneinander als zu weit beurteilen.⁴⁹ In seiner Stellungnahme vom 30. September 2015⁵⁰ betont der Berichterstatter der Kommission für Soziales, Gesundheit und nachhaltige Entwicklung seinerseits, dass der Anspruch eines Elternteils auf gemeinsame elterliche Verantwortung, auf die Obhut oder die alternierende Obhut über sein Kind in keinem Fall Vorrang vor den Rechten des betroffenen Kindes haben dürfe. Jedes Kind habe das Recht, nicht von seinen Eltern getrennt zu werden und regelmässigen persönlichen Verkehr und unmittelbare Kontakte mit beiden Eltern zu pflegen, sofern dies dem Kindeswohl nicht widerspreche. Ein urteilsfähiges Kind habe zudem das Recht, sich in allen es berührenden Angelegenheiten frei zu äussern. Seine Meinung sei in der Folge angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife zu berücksichtigen. Es genüge folglich nicht, dass die Eltern selbst oder die zuständigen Gerichte über die Aufteilung der elterlichen Verantwortung oder Obhut oder über den Wohnort entschieden – die Ansichten des betroffenen Kindes seien zu berücksichtigen und das Kindeswohl habe Vorrang.⁵¹ Derselbe Berichterstatter hält fest, dass noch kein Konsens darüber bestehe, ob die alternierende Obhut dem Kindeswohl am besten entspreche – die Meinungen der Forschenden, der Verfechter der alternierenden Obhut (wie den Väterorganisationen) und der Fachpersonen (namentlich der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte) gingen deutlich auseinander. Der Wissensstand auf diesem Gebiet sei immer noch lückenhaft (insbesondere in Bezug auf das paritätische Wechselmodell – 50 Prozent bei einem Elternteil und 50 Prozent beim anderen). So zögen die Forschenden selbstverständlich unterschiedliche Schlüsse, die jeweils als Argument für oder gegen die alternierende Obhut beigezogen würden.⁵² Gemäss dem Berichterstatter sind schliesslich auch die Risiken nicht zu unterschätzen, die entstehen würden, wenn die alternierende Obhut zur Regel wird. Mit den Worten der British Law Society bestehe so die Gefahr, dass das Kindeswohl den Erwartungen der Eltern bezüglich Gleichberechtigung untergeordnet werde. Gemäss der Kommission für Kinder in Familien (Children in Families Com-

⁴⁸ Doc. 13870 vom 14. September 2015, S. 1. Unter Ziff. 15 präzisiert die Berichterstatterin, dass die alternierende Obhut als Vereinbarung zu verstehen ist, gemäss welcher die Kinder getrennter oder geschiedener Eltern bei jedem Elternteil fast gleich viel Zeit verbringen, d. h. mindestens 35 % (oder gar 50%) bei einem Elternteil.

⁴⁹ Doc. 13870 vom 14. September 2015, Ziff. 26 und 28.

⁵⁰ Doc. 13896 vom 30. September 2015.

⁵¹ Doc. 13896 vom 30. September 2015, A. Conclusions de la commission, Ziff. 2.

⁵² Doc. 13896 vom 30. September 2015, C. Exposé des motifs, Ziff. 14.

In der Interdisziplinären Studie wird in Fussnote Nr. 153 ebenfalls auf unterschiedliche Meinungen der Forscherinnen und Forscher hingewiesen: «Im deutschsprachigen Raum ist vor allem Hildegund Sünderhauf für die Idee der alternierenden Obhut als das optimale Modell für Kinder von getrennten Eltern eingetreten [...]. Wie namentlich Kerima Kostka in ihrer Aufarbeitung der Literatur aufgezeigt hat, ist diese Behauptung ohne empirische Grundlage».

Siehe ebenfalls GÉRARD POUSSIN, Contradictions apparentes entre diverses études sur la résidence alternée, in: Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage ... et l'enfant? – Actes du 7e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE), 19-20 mai 2016, S. 49–58, hier S. 56: «Ainsi, il n'y a pas de preuve scientifique que la résidence alternée soit nocive pour les enfants d'âge préscolaire. Et encore moins pour les enfants d'âge scolaire. Mais il n'y a pas de preuve du contraire non plus.» (Es besteht kein wissenschaftlicher Beweis dafür, dass die alternierende Obhut für Kinder im Vorschulalter schädlich ist. Und noch weniger für Kinder im Schulalter. Aber auch das Gegenteil ist nicht erwiesen.)

mittee) des Rates für Familienrecht (Family Justice Council) würden die Anträge um Errichtung der alternierenden Obhut oft im Interesse der Eltern eingereicht, wegen ihrer Gefühle, des Machtkampfs in der Beziehung, der Versuche, nach der Trennung die Kontrolle über den anderen auszuüben usw. Bisweilen sei es auch schwierig, zwischen den finanziellen und emotionalen Beweggründen zu unterscheiden. Laut dem Berichterstatter besteht die Lösung zur Verminderung dieser Risiken darin, den Rechten des Kindes Vorrang einzuräumen und im Einzelfall die Kinder in die Entscheide einzubeziehen und das Kindeswohl über alle anderen Erwägungen zu stellen.⁵³ Auf Grundlage der Erwägungen der beiden Kommissionen ist die Empfehlung Nr. 5.5 folglich als Aufforderung zu verstehen, dafür zu sorgen, dass die alternierende Obhut in jedem Einzelfall geprüft wird, anstatt sie zum Regelmodell zu erklären. Für diese Option hat sich der Schweizer Gesetzgeber mit der Verabschiedung der am 1. Januar 2017 in Kraft getretenen Artikel 298 Absatz 2^{ter} und 298b Absatz 3^{ter} ZGB entschieden.

3.2 Fazit

Durch die Verabschiedung der erwähnten Gesetzesbestimmungen hat der Schweizer Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht, dass er die ausgeglichene Beteiligung beider Eltern an der täglichen Betreuung des Kindes nach einer Trennung oder Scheidung fördern will. Die Anerkennung der Bedeutung des Engagements beider Eltern bei der täglichen Betreuung der Kinder kann aber nicht so verstanden werden, dass in jedem Fall eine egalitäre Aufteilung der mit dem Kind verbrachten Zeit die Regel sein soll. Der Wunsch, die alternierende Obhut zum Standardmodell für die Obhut nach einer Trennung oder Scheidung zu erheben, entspricht vielmehr den Forderungen der Eltern als dem Bedürfnis des Kindes, trotz der Trennung von beiden Eltern aufgezogen zu werden. Die Beibehaltung einer gemeinsamen Elternschaft, die sich positiv auf das Kind auswirkt, setzt nicht notwendigerweise eine alternierende Obhut voraus; sie kann auch mittels der alleinigen Obhut mit erweitertem Besuchsrecht unterstützt und weitergeführt werden.⁵⁴

Angeichts der Ergebnisse der Interdisziplinären Studie, der Erfahrungen in Frankreich und in Belgien und der in beiden Ländern laufenden Revisionsprojekte (siehe Ziff. 2.2.1) schliesst sich der Bundesrat der Empfehlung an, sich nicht in Richtung eines einzigen normativen Modells zu bewegen, das in allen Fällen eine strikte Gleichheit der Ex-Partnerinnen und -Partner (und Eltern) fördern will. Auch die Expertinnen und Experten auf dem Gebiet der Kinderrechte äussern sich gegen starre normative Lösungen (alleinige Obhut *versus* alternierende Obhut) und plädieren für eine umsichtigeren Betrachtung des Einzelfalls, die den Kindern gerechter wird.⁵⁵ Anlässlich des 7. Frühlingsskolloquiums des interfakultären Zentrums für Kinderrechte (Centre interfacultaire en droits de l'enfant, CIDE) der Universität Genf und des internationalen Instituts für Kinderrechte (Institut international des droits de l'enfant, IDE) vom 19. und 20. Mai 2016 in Sitten, «Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage ... et l'enfant?» äusserte sich Heidi Simoni, die Direktorin des «Marie Meierhofer Institut für das Kind», wie folgt: «Es widerspricht [...] meiner liberalen Gesinnung zutiefst, wenn eine verkrustete Haltung und ihre Praxis durch eine andere rigide «Lösung» ersetzt werden soll. Das zeigt aus meiner Sicht keinen Paradigma- sondern viel eher einen Dogmawechsel an. Genau das scheint zurzeit zu passieren, wenn die alternierende Obhut als DAS zeitgemässe Modell zur Ablösung verstaubter Nachtrennungsregelungen gepriesen wird. Dies ist umso

⁵³ Doc. 13896 vom 30. September 2015, C. Exposé des motifs, Ziff. 16.

⁵⁴ Interdisziplinäre Studie, S. 29.

⁵⁵ MARC JUSTON, La résidence alternée: Un droit des parents subordonné à l'intérêt de l'enfant, in: Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage ... et l'enfant?, S. 87–90, hier S. 90: «Il est important aussi que la loi donne la possibilité aux parents de pratiquer du «sur mesure» et non pas du «prêt à porter». (Es ist auch wichtig, dass das Gesetz den Eltern die Möglichkeit bietet, massgeschneiderte Lösungen zu finden anstatt nur Lösungen von der Stange.)

bedauerlicher, als der rechtliche Rahmen sowie die Tatsache verschiedener Familienformen flexible und individuelle Lösungen ermöglichen und nahe legen».⁵⁶ Der Bundesrat ist ebenfalls der Auffassung, dass die Suche nach individuellen Lösungen zu bevorzugen ist und diejenige Betreuungslösung gewählt werden soll, die dem Kindeswohl am besten entspricht.

Nach Artikel 3 Absatz 1 des Übereinkommens der Vereinten Nationen vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (KRK)⁵⁷ hat jedes Kind einen Anspruch darauf, dass sein Wohl bei allen Massnahmen, die es betreffen, als vorrangiges Kriterium zu prüfen und zu berücksichtigen ist. Jedes Mal, wenn ein Entscheid zu fällen ist, der das Kind betrifft, muss der öffentliche oder private Entscheidungsträger die negativen oder positiven Auswirkungen des Entscheids auf dessen Schicksal abwägen und eine Lösung wählen, die seinem Wohl als Kind dient – einem Menschen, der sich entwickelt, abhängig und verletzlich ist, aber trotzdem eine eigene Person mit einem Anrecht darauf ist, bei jedem Entscheid im Mittelpunkt zu stehen.⁵⁸

Für das Kind ist es wichtig, dass es nach der Trennung oder Scheidung weiterhin eine feste und anhaltende Beziehung mit beiden Elternteilen pflegen kann.⁵⁹ Eine solche Beziehung wird durch eine konstruktive Kommunikation zwischen den Eltern gefördert. Angesichts der Wichtigkeit der Kommunikation und des Konfliktmanagements für eine funktionierende gemeinsame Elternschaft nach einer Trennung oder Scheidung ist der Bundesrat der Meinung, dass sich alle an einem Familienkonflikten beteiligten Akteure – Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Gerichte, Kindesschutzbehörden, Mediatorinnen und Mediatoren, Beiständinnen und Beistände usw. – dafür einsetzen müssen, den Konflikt zu entschärfen und die Kommunikation in der Familie wieder herzustellen.⁶⁰ Die Eltern und die Fachpersonen, die in den Familienkonflikt eingreifen, müssen dem Kind nicht nur dann zuhören, wenn der Entscheid über die Obhut getroffen wird, sondern auch später. Die Bedürfnisse der Kinder entwickeln sich mit der Zeit. Es kann beispielsweise vorkommen, dass ein Kind seine Kindheit vor allem bei seiner Mutter verbracht hat, in der Jugend dann aber selbst wünscht, den Alltag mit dem Vater zu teilen. Anstatt starre Lebensmodelle vorzuschreiben, sollte der Staat dafür sorgen, dass die Kinder getrennter Eltern die Möglichkeit erhalten, ihre Bedürfnisse so zu äussern, dass sie gehört werden. So sollten die Eltern in der Lage sein, die Art und Weise der Kinderbetreuung bei Bedarf neu zu besprechen und festzulegen. Die Entwicklung dieser Kompetenzen bei den Eltern erfolgt über die Unterstützung interdisziplinärer Modelle zur Förderung des Elternkonsenses, die auch in der Interdisziplinären Studie genannt werden.⁶¹ Die Vernetzung der verschiedenen von den Familienkonflikten betroffenen Berufsgruppen, die in bestimmten Regionen Deutschlands und Belgiens⁶², aber auch in der Schweiz⁶³ be-

⁵⁶ HEIDI SIMONI, Die alternierende Obhut – Betreuungsmodelle vom Kind her denken: teilhaben dürfen statt wechseln müssen, in: Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage ... et l'enfant?, S. 137–148, hier S. 137.

⁵⁷ SR 0.107

⁵⁸ JEAN ZERMATTEN, Intérêt supérieur de l'enfant, le point de vue du droit, in: Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage ... et l'enfant?, S. 43–48, hier S. 43 f.

⁵⁹ Siehe ebenfalls VITTORIO VEZZETTI, La santé des enfants de familles en séparation, in: Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage ... et l'enfant?, S. 59 f.

⁶⁰ Siehe ebenfalls GÉRARD POUSSIN, ebd., S. 56: «tous les auteurs qui ont travaillé sur la question des arrangements de l'après divorce ont noté un lien très solide entre les conflits parentaux et le mal être des enfants [...] Si l'on veut appliquer les connaissances des recherches sur les effets du divorce c'est avant tout sur ce point qu'on doit le faire.» (Alle Autoren, die sich mit den Vereinbarungen nach der Scheidung beschäftigt haben, haben einen sehr starken Zusammenhang zwischen Elternkonflikten und Unbehagen der Kinder beobachtet. Wenn die Erkenntnisse der Forschung über die Auswirkungen der Scheidung angewendet werden sollen, so muss bei diesem Punkt angesetzt werden.)

⁶¹ Interdisziplinäre Studie, S. 61 f. Siehe dazu ebenfalls die in Basel, Luzern und Zürich für Eltern in Trennung organisierten Kurse «Kinder im Blick». In diesen Kursen sollen die Eltern besser verstehen lernen, was ihre Trennung für ihre Kinder bedeutet. Die in der Westschweiz tätige Stiftung As'trame unterstützt Eltern und begleitet Kinder und Jugendliche, deren Eltern sich trennen.

⁶² MARIE-FRANCE CARLIER, La garde alternée, ça marche?, in: Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage ... et l'enfant?, S. 73–78, hier S. 75.

⁶³ KARIN BANHOLZER/REGULA DIEHL/ANDREAS HEIERLI/ANNE KLEIN/JONAS SCHWEIGHAUSER, «Angeordnete Beratung» – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, in Fam.Pra.ch 01/2012, S. 111–125, hier S. 125 (Zusammenfassung): «Aus dem Bewusstsein, dass schwierige familiäre Konflikte, in welchen Kinderfragen zu beurteilen

reits stattgefunden hat, scheint gute Ergebnisse hervorzubringen. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass diese Projekte für eine interdisziplinäre Begleitung der Familien bei Scheidung oder Trennung aufmerksam beobachtet werden sollten.

4 Klärung der Rechtsgrundlagen und Lösungsvorschläge

In der parlamentarischen Beratung der Artikel 298 Absatz 2^{ter} und 298b Absatz 3^{ter} ZGB wurden verschiedene rechtliche Fragen im Zusammenhang mit der alternierenden Obhut aufgeworfen. Deshalb wird der Bundesrat mit dem Postulat ersucht, die rechtlichen Probleme zu untersuchen, die sich bei einer alternierenden Obhut stellen könnten, und dazu Lösungsvorschläge zu unterbreiten.

4.1 Alternierende Obhut und Unterhaltsbeitrag

Eine der Fragen, die am häufigsten gestellt wird, betrifft die Festlegung eines Unterhaltsbeitrags im Fall einer alternierenden Obhut: Bedeutet eine paritätische Beteiligung an der täglichen Betreuung des Kindes, dass kein Unterhaltsbeitrag geschuldet ist?

Theoretisch setzt die alternierende Obhut voraus, dass beide Eltern das Leben ihrer Kinder zu ungefähr gleichen Teilen finanzieren. In der Praxis ist dies aufgrund der Ungleichheiten, die bei den finanziellen Ressourcen der Eltern bestehen und die auch in der Interdisziplinären Studie angeführt werden,⁶⁴ nur sehr selten der Fall. Nach Artikel 276 Absatz 2 ZGB sorgen die Eltern «gemeinsam, *ein jeder Elternteil nach seinen Kräften*, für den gebührenden Unterhalt des Kindes und tragen insbesondere die Kosten von Betreuung, Erziehung, Ausbildung und Kindesschutzmassnahmen». Eine alternierende Obhut, auch zu gleichen Teilen, schliesst somit die Pflicht zur Leistung eines Unterhaltsbeitrags für das Kind nicht aus.⁶⁵ Mit anderen Worten bedeutet eine paritätische Beteiligung an der täglichen Betreuung des Kindes nicht zwingend, dass auch die Kosten für den Kindesunterhalt hälftig geteilt werden. Jede andere Lösung würde darauf hinauslaufen, den Kindesunterhalt auf den Staat zu überwälzen, wenn ein Elternteil nicht in der Lage ist, seine Hälfte der Unterhaltskosten zu tragen. Für den Unterhalt der Kinder haben die Eltern jedoch solidarisch aufzukommen: Der Staat greift nur subsidiär ein.^{66 67} Auch im Fall einer alternierenden Obhut zu gleichen Teilen erfolgt

sind, nur interdisziplinär angegangen werden können, hat sich in Basel ein Arbeitskreis Netzwerk Kind konstituiert, in welchem alle Professionen vertreten sind, die mit kindesrechtlichen Fragen zu tun haben. Ziel dieses Arbeitskreises ist es, bestehende Strukturen und Abläufe zu verbessern und nach neuen Instrumenten zu suchen, welche allen Beteiligten in diesen schwierigen Situationen zugutekommen sollen. Im Rahmen dieser Tätigkeit wurde das Basler Modell der angeordneten Beratung entwickelt. Dabei handelt es sich um ein auf die Institutionen in Basel zugeschnittenes standardisiertes Verfahren zur Konfliktskizzen in Kinderbelangen, das seit anderthalb Jahren erfolgreich angewendet wird.»

⁶⁴ Interdisziplinäre Studie, S. 66.

⁶⁵ Siehe Botschaft Kindesunterhalt, BBl 2014 576–577. Siehe auch JONAS SCHWEIGHAUSER, Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, 3. Aufl., Bern 2017, N 47–49 und 93 zu Art. 285 ZGB.

⁶⁶ Siehe Botschaft Kindesunterhalt, BBl 2014 538.

⁶⁷ Auch in Deutschland wird zurzeit über den Kindesunterhalt im Wechselmodell diskutiert: «[...] auch bei einer Betreuung des Kindes im Rahmen eines echten Wechselmodells [ist] in erster Linie die Aufgabe der Eltern, den Bedarf des Kindes selbst sicherzustellen, wobei Sorge zu tragen ist, dass dem Kind nicht weniger Mittel für den Bedarf zur Verfügung stehen, als dies beim Residenzmodell der Fall wäre. Daher sind die Eltern regelmäßig gehalten, durch die Aufnahme einer Vollzeittätigkeit die dafür erforderlichen Mittel zu beschaffen. Bei entsprechend hohen Einkünften kann auch eine beiderseitige Teilzeittätigkeit zur Sicherstellung des Mindestunterhalts ausreichen. Die Gewährleistung des Kindesunterhalts im Wechselmodell ist nur dann Aufgabe der staatlichen Gemeinschaft, wenn es den Eltern aus eigener Kraft und unverschuldet nicht möglich ist, ihren Obliegenheiten [...] vollständig gerecht zu werden. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Eltern trotz Erfüllung der ihnen zumutbaren Arbeitsverpflichtung auch gemeinsam nicht in der Lage sind, den Mindestunterhalt des Kindes durch ihre jeweiligen Einkommen zu decken. Der Staat ist in diesen Fällen verpflichtet, durch entsprechende Mittel sicherzustellen, dass das Wechselmodell aufgrund seiner finanziellen Auswirkungen nicht nur wohlhabenden Familien offen steht.» (Siehe Ständige Fachkonferenz 3 [SFK 3] «Familienrecht und Beistandschaft; Amtsvormundschaft» des Deutschen Instituts für Jugendhilfe und Familienrecht e. V., Kindesunterhalt im Wechselmodell – Handreichung für die Beratungspraxis v. 18.5.2017, in FamRZ 2017, S. 1299).

die Aufteilung der kinderbedingten Kosten folglich proportional zur Leistungsfähigkeit der Eltern.⁶⁸ Diese Regel gilt auch für den Betreuungsunterhalt.⁶⁹

4.2 Alternierende Obhut und veränderte Verhältnisse

Eine weitere, im Zusammenhang mit der alternierenden Obhut oft gestellte Frage betrifft das Vorgehen, wenn ein Elternteil seine Pflichten nicht erfüllt und die Betreuung des Kindes schliesslich nicht mehr zur Hälfte übernimmt, im Gegenzug aber weiterhin einen reduzierten Unterhaltsbeitrag leistet.⁷⁰

4.2.1 Veränderung der Verhältnisse

Stellt sich heraus, dass eine alternierende Obhut nicht mehr angezeigt ist⁷¹ und die Art der Betreuung sich in Richtung einer alleinigen Obhut entwickelt, kann in Anwendung der Artikel 179 und 286 ZGB (Änderung des Entscheids über die Eheschutzmassnahmen) oder der Artikel 134 und 286 ZGB (Änderung des Scheidungsurteils) ein Begehren auf Abänderung des Urteils über die Obhut und den Unterhaltsbeitrag eingereicht werden. Sind die Eltern nicht miteinander verheiratet, kann gestützt auf Artikel 298d Absatz 3 ZGB das Gericht angerufen werden (Änderung des Entscheids der Kindesschutzbehörde). Dabei ist daran zu erinnern, dass es bei einer Klage auf Abänderung des Unterhaltsbeitrags für das Kind möglich ist, eine Erhöhung des Beitrags für die Zukunft und für ein Jahr vor Klageerhebung zu verlangen.⁷²

Zudem kann der Elternteil, der sich in unvorhergesehener Weise «gezwungen» sieht, die Obhut über das Kind allein zu übernehmen, unter Umständen die Rückerstattung bestimmter angefallener Kosten beantragen. Es handelt sich dabei um Kosten, die entstanden sind, weil der andere Elternteil die vereinbarte oder behördlich festgelegte Aufteilung der Betreuung nicht eingehalten hat. Es ist zum Beispiel möglich, dass für die Zeit, die das Kind eigentlich beim anderen Elternteil verbracht hätte, eine Betreuung durch Dritte organisiert, oder dass für die Betreuung des Kindes eine Reise annulliert werden musste. Das gilt im Übrigen auch, wenn das Recht auf persönlichen Verkehr nicht gemäss den ursprünglichen Abmachungen ausgeübt wird.⁷³

4.2.2 Abgrenzung der Zuständigkeiten

In den parlamentarischen Beratungen wurde auch vorgebracht, dass die Umsetzung der alternierenden Obhut schwierig sei, weil die Kompetenzen zwischen dem Gericht und der

⁶⁸ Siehe ebenfalls PHILIPPE MEIER, Nouveau droit de l'autorité parentale – Etat des lieux, in: Audrey Leuba/Marie-Laure Pappas van Delden/Benedict Foëx (Hrsg.), Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genf 2017, S. 149–185, hier S. 175.

⁶⁹ Siehe Entscheid des Kantonsgerichts Luzern vom 27. März 2017, veröffentlicht in FamPra.ch 2017, S. 877: «Selbst bei alternierender Obhut kann [...] zur Gewährleistung der persönlichen Betreuung des Kindes im Einzelfall ein Betreuungsunterhalt festgesetzt werden, sofern der andere Elternteil ausreichend leistungsfähig ist.»

⁷⁰ Siehe Begründung des Postulats 15.3003. Die Frage wurde auch in den Debatten zur Revision der Regelung des Kindesunterhalts aufgeworfen: Siehe Votum NR Schneider Schüttel, 4.3.2015, AB 2015 N 82 und Votum Jean Christoph Schwaab, 4.3.2015, AB 2015 N 85.

⁷¹ Dies kann nicht nur der Fall sein, wenn ein Elternteil seinen Pflichten nicht mehr nachkommt, sondern auch, wenn das Kind eine Änderung wünscht sowie wenn ein Elternteil umzieht.

⁷² SABINE AESCHLIMANN, Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, N 17 zu Art. 286 ZGB; Droit de la famille, Code annoté, Estelle De Luze/Anne-Catherine Page/Patrick Stoudmann (Hrsg.), Lausanne 2013, N 1.14 und 1.15 zu Art. 286 ZGB.

⁷³ ANDREA BÜCHLER, Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (Hrsg.), FamKommentar Scheidung, N 11 zu Art. 273 ZGB; Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Personenstand, Eheschliessung, Scheidung, Kindesrecht, Verwandtenunterstützungspflicht, Heimstätten, Vormundschaft und Ehevermittlung) vom 15. November 1995, BBl 1996 I 1, hier 159: «Im übrigen kann das Nichterfüllen einer konkreten Vereinbarung unter Umständen nach den allgemeinen deliktsrechtlichen Bestimmungen einen Schadenersatzanspruch begründen.»

Kindesschutzbehörde nicht klar aufgeteilt seien. Dies sei vor allem bei einer Änderung der Betreuungsmodalitäten der Fall.⁷⁴

Das Scheidungsurteil (Art. 133 ZGB) oder der Entscheid der Kindesschutzbehörde (Art. 298b ZGB) betreffend die Regelung der elterlichen Sorge, der Obhut, des persönlichen Verkehrs und des Unterhalts gilt dauerhaft. Mit der Zeit können sich jedoch verschiedene Veränderungen ergeben, die Anpassungen erforderlich machen. Die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Gericht und Kindesschutzbehörde gab im Rahmen der Revision des Kinderunterhaltsrechts zwar Anlass zu Diskussionen im Parlament. In der Zwischenzeit besteht jedoch Klarheit darüber, welches Verfahren zur Anwendung kommt.⁷⁵

Können sich die Eltern nicht über die notwendigen Abänderungen einigen, so müssen sie die zuständige Behörde anrufen: Grundsätzlich ist dies das Gericht, wenn sie verheiratet waren (Art. 134 ZGB) oder die Kindesschutzbehörde, wenn sie nicht verheiratet waren (Art. 298d ZGB). Betrifft der Streit die alternierende Obhut an sich (ein Elternteil beantragt zum Beispiel die alleinige Obhut), handelt es sich um eine Abänderung des Scheidungsurteils, für die nach Artikel 134 Absatz 3 ZGB das Gericht zuständig ist. Für unverheiratete Eltern ist nach Artikel 298d Absatz 2 ZGB in der Regel die Kindesschutzbehörde zuständig; wenn die Änderung jedoch auch eine Anpassung des Unterhaltsbeitrags nach sich zieht, greift die Kompetenzattraktion zugunsten des Gerichts (Art. 298d Abs. 3 ZGB). Sind allein die Modalitäten der Ausübung der alternierenden Obhut (Wochentag oder Zeitabstand des Wohnortwechsels) strittig, d.h. die Betreuungsanteile, ist die Kindesschutzbehörde zuständig (betreffend geschiedene Eltern, siehe Art. 134 Abs. 4 in fine ZGB;⁷⁶ betreffend unverheiratete Eltern, siehe Art. 298d Abs. 2 ZGB).

Die Eltern können jedoch auch Änderungen vereinbaren und in gemeinsamem Einvernehmen von der bestehenden Regelung abweichen. In Kinderbelangen genügt eine schriftliche Vereinbarung zwischen den Eltern allerdings nicht (siehe Art. 284 Abs. 2 ZPO). Sind die neuen Verhältnisse gefestigt, können die Eltern sie offiziell bestätigen lassen, indem sie sich an die Kindesschutzbehörde wenden; geschiedene Eltern müssen somit nicht erneut das Gericht anrufen (Art. 134 Abs. 3 ZGB; siehe Art. 298d ZGB für unverheiratete Eltern). Selbst wenn sich die Eltern einig sind, wird die Behörde die neue Ausgangslage in Anwendung des Untersuchungs- und Officialgrundsatzes (Art. 446 ZGB, anwendbar aufgrund des Verweises in Art. 314 ZGB) aus der Sicht des Kindeswohls beurteilen.

4.3 Alternierende Obhut und Wohnsitz des Kindes

Eine weitere Frage, die vor allem von den Väterorganisationen aufgeworfen wird, betrifft den zivilrechtlichen Wohnsitz des Kindes bei alternierender Obhut. Der Möglichkeit, dem Kind zwei Wohnsitze zukommen zu lassen (am Wohnsitz jedes Elternteils), käme ein besonderer symbolischer Wert zu.

⁷⁴ Votum NR Kiener Nellen, 4.03.2015, AB 2015 N 82.

⁷⁵ PHILIPPE MEIER, ebd., S. 175; ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (Hrsg.), Fam-Kommentar Scheidung, N 20 zu Art. 134 mit Art. 315a/b ZGB. In der Lehre wird allerdings bedauert, dass der zusätzliche Schritt, sämtliche familienrechtlichen Kompetenzen einer einzigen Behörde – der Kindesschutzbehörde oder einer Art Familiengericht – zu übertragen, nicht vollzogen wurde (siehe ESTELLE DE LUZE, Entretien de l'enfant: évolution en cours, in: Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux van Delden/Benedict Foëx (Hrsg.), Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genf 2017, S. 101–121, hier 119 f.

⁷⁶ PHILIPPE MEIER, ebd., S. 175, «La question se rapproche en effet d'un litige sur le droit aux relations personnelles (droit de visite), étant relevé que le législateur a mis les deux questions sur le même plan à l'art. 133 al. 1 ch. 3 CC aussi. Il y a en revanche attraction de compétence en faveur du juge si celui-ci est saisi d'un contentieux sur l'autorité parentale, la garde ou l'entretien de l'enfant (art. 134 al. 3 in fine CC).» (Die Frage entspricht praktisch einem Streit um das Recht auf persönlichen Verkehr [Besuchsrecht]. Dabei ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber die beiden Fragen in Art. 133 Abs. 1 Ziff. 3 ZGB ebenfalls auf die gleiche Stufe gehoben hat. Hingegen besteht eine Kompetenzattraktion zugunsten des Gerichts, wenn dieses wegen eines Streits um die elterliche Sorge, die Obhut oder den Kindesunterhalt angerufen wird [Art. 134 Abs. 3 in fine ZGB].)

4.3.1 Grundsatz der Einheit des zivilrechtlichen Wohnsitzes

Nach Schweizer Recht kann niemand «an mehreren Orten zugleich seinen Wohnsitz haben» (Art. 23 Abs. 2 ZGB).⁷⁷ Das gilt auch für das Kind: Selbst im Fall einer alternierenden Obhut kann dieses nur einen (zivilrechtlichen) Wohnsitz haben.⁷⁸

Dabei ist festzuhalten, dass der Wohnsitz nicht nur einen symbolischen Wert hat. Der Wohnsitz ist sowohl für die Zuordnung von Rechten und Pflichten als auch für verschiedene Zuständigkeiten entscheidend,⁷⁹ weshalb das Bestehen nur eines Wohnsitzes unentbehrlich ist. Beispielsweise ergibt sich aus dem zivilrechtlichen Wohnsitz die behördliche Zuständigkeit, wie diejenige des zuständigen Gerichts oder der zuständigen Kindesschutzbehörde. Der zivilrechtliche Wohnsitz gemäss den Artikeln 23 ff. ZGB ist im ganzen Bereich des Privatrechts massgebend. Im öffentlichen Recht wird der Wohnsitzbegriff autonom bestimmt,⁸⁰ Ausgangspunkt ist jedoch in vielen Fällen, wie beispielsweise dem Steuerrecht oder dem Sozialversicherungsrecht, ebenfalls der zivilrechtliche Wohnsitz. Der Wohnsitz des Kindes bestimmt unter anderem auch den Ort der Einschulung.⁸¹

Wie wird der Wohnsitz des Kindes bei einer alternierenden Obhut zu gleichen Teilen bestimmt? Der Wohnsitz eines minderjährigen Kindes unter elterlicher Sorge befindet sich am Wohnsitz der Eltern oder, wenn die Eltern keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, am Wohnsitz des Elternteils, unter dessen Obhut das Kind steht. In den übrigen Fällen gilt sein Aufenthaltsort als Wohnsitz (Art. 25 Abs. 1 ZGB). Im Falle der alternierenden Obhut steht sowohl die elterliche Sorge als auch die Obhut beiden Eltern gemeinsam zu. Nach überwiegender Ansicht der Lehre stellt der Fall der alternierenden Obhut einen Anwendungsfall von Artikel 25 Absatz 1 zweiter Satz ZGB dar: Das Kind soll seinen Wohnsitz am Aufenthaltsort haben.⁸² Dabei setzt der Aufenthalt ein Mindestmass an Dauer voraus, ein kurzer Ortswechsel vermag noch keinen Aufenthalt zu begründen.⁸³ Damit wird ersichtlich, dass das Kind im Falle einer alternierenden Obhut und, sofern es zwischen den zwei Wohnorten der Eltern pendelt («Wechselmodell»),⁸⁴ über zwei Aufenthaltsorte verfügen kann. Es stellt sich dann die Frage, wo sich der Wohnsitz des Kindes tatsächlich befindet. Vorgeschlagen wird, dass sich der Wohnsitz des Kindes an dem Ort befinden soll, zu dem das Kind die engsten Beziehungen aufweist.⁸⁵ Die engsten Beziehungen können sich beispielsweise dort ergeben, wo das Kind eingeschult ist, sofern dies bereits der Fall ist. Betreuen die Eltern das Kind nicht zu exakt gleichen Teilen, so kann der Wohnsitz des Kindes unter Umständen dort angenommen werden, wo es sich mehrheitlich aufhält.⁸⁶

Die Frage der engsten Beziehungen zu einem Ort ist unter Umständen allerdings schwierig zu beantworten Aufgrund der dem Wohnsitz als Anknüpfungspunkt für Rechtsfolgen zukommenden Bedeutung wird in der Literatur deshalb empfohlen, dass die Eltern im Falle einer alternierenden Obhut eine Einigung über den Wohnsitz des Kindes treffen oder dieser

⁷⁷ Grundsatz der Einheit des Wohnsitzes. Siehe DANIEL STAEHELIN, Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB I, 5. Aufl., Basel 2014, N 2 zu Art. 23 ZGB.

⁷⁸ FELIX SCHÖBI, La garde alternée, ça marche?, in: Les nouvelles formes de parentalité: Le temps du partage ... et l'enfant?, S. 79–86, hier S. 80.

⁷⁹ HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, N 09.18.

⁸⁰ DANIEL STAEHELIN, ebd., N 3 zu Art. 23 ZGB.

⁸¹ ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, ebd., N 12 zu Art. 298 ZGB.

⁸² DANIEL STAEHELIN, ebd., N 9 zu Art. 25 ZGB; ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, ebd., N 12 zu Art. 298 ZGB mit Hinweisen; HEINZ HAUSHEER, Hausheer/Reusser/Geiser (Hrsg.), Berner Kommentar Bd. II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159–180 ZGB, 2. Aufl., Bern 1999, N 34/18 und 34/21 zu Art. 162 ZGB; PHILIPPE MEIER, ebd., S. 174.

⁸³ HEINZ HAUSHEER, ebd., N 34/19 zu Art. 162 ZGB.

⁸⁴ Anders wenn das «Nestmodell» praktiziert wird (alternierender Aufenthalt der Eltern).

⁸⁵ ANDREA BÜCHLER/LUCA MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11. August 2014, Rn. 12 in fine.

⁸⁶ PAUL-HENRI STEINAUER, Le domicile de l'enfant dont les parents n'ont pas un domicile commun, in: Le droit en question – Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Zürich 2017, S. 15–24, hier S. 23.

– im Streitfall – von der zuständigen Behörde (Gericht oder Kindesschutzbehörde) festgelegt wird.⁸⁷ Dies wird in der Praxis vielfach entsprechend umgesetzt.⁸⁸

4.3.2 Zwei Wohnsitze für das Kind?

Die Frage, ob einem Kind unter alternierender Obhut zwei Wohnsitze zukommen sollen, wird auch im Ausland diskutiert.

Gemäss der in **Frankreich** 2014 unterbreiteten Revisionsvorlage (siehe Ziff. 2.2.1) soll der Wohnort des Kindes jeweils am Wohnsitz beider Eltern festgelegt werden (*double résidence*), auch wenn die Zeit, die es effektiv am Wohnsitz jedes Elternteils verbringt, nicht gleich aufgeteilt ist. Der Vorschlag ist jedoch sehr umstritten.⁸⁹

In **Deutschland**, hat das Bundesverwaltungsgericht am 30. September 2015 in einem Entscheid festgehalten, dass aufgrund der Bedeutung der Hauptwohnung der Grundsatz «ein Einwohner, eine Hauptwohnung» auch im Falle einer alternierenden Obhut uneingeschränkt gelte. Im Ergebnis wurde Folgendes entschieden: Lässt sich bei einem paritätischen Wechselmodell nicht feststellen, wo sich der überwiegende Lebensmittelpunkt eines Kindes befindet und treffen die sorgeberechtigten Eltern keinen Entscheid, so gilt die Wohnung als Hauptwohnsitz, in der die Eltern mit den Kindern bis zur Trennung gelebt haben, wenn ein Elternteil sie nach der Trennung weiter bewohnt.⁹⁰

Seit dem 15. Februar 2016 können Kinder getrennter Eltern in **Belgien** zwei offizielle Adressen haben: einen Wohnsitz (*domicile*) und einen Aufenthaltsort (*lieu de résidence*).⁹¹ Konkret kann der «unterbringende» Elternteil (*parent «hébergeur»*) im Register der Einwohnergemeinde zusätzlich die Identität des Kindes oder der Kinder, das oder die bei ihm wohnen, eintragen lassen. Aufgrund dieses Eintrags kann das Kind in seiner Aufenthaltsgemeinde dieselben Vorteile geniessen wie an seinem Wohnsitz. So wissen die Rettungskräfte bei Bedarf auch, wie viele Personen eventuell in der Wohnung sind. Schliesslich kann die Gemeindeverwaltung namentlich für die Zuweisung einer Sozialwohnung die Situation des «unterbringenden» Elternteils neu beurteilen.⁹²

Auch in der Schweiz besteht die Möglichkeit, ein Kind an mehreren Orten zu melden. Bei einer alternierenden Obhut kann ein Kind in zwei Gemeinden gemeldet werden. Das Kind wird seinen (melderechtlichen) Hauptwohnsitz in der Gemeinde haben, in der es mit dem hauptbetreuenden Elternteil zusammenwohnt (Niederlassungsgemeinde, siehe Art. 3 Bst. b Registerharmonisierungsgesetz [RHG]⁹³). Ein (melderechtlicher) Nebenwohnsitz kann dann in der Wohngemeinde des zweiten Elternteils begründet werden, soweit es sich mindestens während dreier Monate innerhalb eines Jahres dort aufhält (Aufenthaltsgemeinde, siehe Art. 3 Bst. c RHG). Bei einem paritätischen Wechselmodell wird den Eltern von den Einwohnerbehörden empfohlen, sich über den Hauptwohnsitz zu einigen. In der Regel handelt es sich dabei um den zivilrechtlichen Wohnsitz. Es kann sich allerdings trotzdem das Problem stellen, dass gewisse Vorteile nur Kindern mit Hauptwohnsitz in einer bestimmten Gemeinde

⁸⁷ PAUL-HENRI STEINAUER, ebd., S. 23; INGEBORG SCHWENZER/MICHELLE COTTIER, Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), Basler Kommentar ZGB I, 5. Aufl., Basel 2014, N 9 zu Art. 298 ZGB; PHILIPPE MEIER, ebd., S. 174.

⁸⁸ Vgl. Entscheid des Bundesgerichts 5A_937/2015 vom 31. März 2016 E. 4 sowie Entscheid des Bundesgerichts 5A_439/2015 vom 17. Juni 2015. Bspw. Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen vom 14.8.2015, abrufbar unter: www.gerichte.sg.ch > Dienstleistungen > Rechtsprechung > Kantonsgericht > Entscheide 2015 > Zivilkammern.

⁸⁹ Siehe www.lepoint.fr, 19.5.2014, «Proposition de loi famille: la double résidence de l'enfant divise l'Assemblée».

⁹⁰ Vgl. BVerwG 6 C 38.14.

⁹¹ <http://www.infor-jeunes.be/site/news-infor-jeunes-417-Domicile-et-residence,-une-double-adresse-pour-les-jeunes-en-garde-alternee>.

⁹² Auf Grundlage des Registers können hingegen keine zusätzlichen steuerlichen oder sozialen Ansprüche geltend gemacht werden. Zum Beispiel kann ausschliesslich der Elternteil, bei dem das Kind den Wohnsitz hat, die «réductions du précompte immobilier» im Zusammenhang mit den Kinderkosten geltend machen.

⁹³ SR 431.02

zukommen.⁹⁴ Aufgrund der dargelegten Unentbehrlichkeit der Einheit des zivilrechtlichen Wohnsitzes ist es jedoch nicht angezeigt, aus diesem Grund am zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff Änderungen vorzunehmen. Vielmehr sind hier die konkret betroffenen Behörden und Anbieter gefordert, eine im Einzelfall sachgerechte Lösung vorzusehen.

Schliesslich scheint auch im Sozialhilferecht die Möglichkeit zu bestehen, zwei (Unterstützungs-)Wohnsitze zu berücksichtigen: Es wird namentlich bei Vorliegen einer alternierenden Obhut dafür plädiert, dem Kind rechnerisch zwei Unterstützungswohnsitze zukommen respektive dieses abwechselnd den Unterstützungswohnsitz des einen oder des anderen Elternteils teilen zu lassen.⁹⁵

4.4 Alternierende Obhut und Steuern

Bei Vorliegen einer alternierenden Obhut stellt sich im Zusammenhang mit der Besteuerung einerseits die Frage des anwendbaren Tarifs (siehe Ziff. 4.4.1) und andererseits die Frage, wer die kinderrelevanten Abzüge (siehe Ziff. 4.4.2) geltend machen kann.

4.4.1 Elterntarif

Steuerpflichtige mit Kindern werden zum Elterntarif besteuert (Art. 36 Abs. 2^{bis} des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990⁹⁶ [DBG]). Dieser besteht aus dem Verheiratetentarif (Basis) und einem Abzug vom Steuerbetrag in der Höhe von 251 Franken pro Kind. Der Elterntarif kann nicht auf verschiedene steuerpflichtige Personen aufgeteilt werden. Leben die Eltern in rechtlich oder tatsächlich getrennter Ehe, wird der Elterntarif daher stets nur einem Elternteil zugewiesen. Der andere wird zum Grundtarif besteuert.

Der Elterntarif wird bei alternierender Obhut demjenigen Elternteil zugewiesen, der den Unterhalt des Kindes zur Hauptsache bestreitet. Sofern Unterhaltsbeiträge geleistet werden, ist vorgesehen, dass bei getrennten, geschiedenen oder unverheirateten Eltern mit zwei Haushalten, gemeinsamer Sorge und alternierender Obhut beim Elternteil, der die Unterhaltszahlungen erhält, der Elterntarif angewendet wird. Der andere Elternteil soll nach dem Grundtarif besteuert werden. Sofern keine Unterhaltsleistungen erbracht werden, ist vermutungsweise vom Grundsatz auszugehen, dass derjenige Elternteil mit dem höheren Einkommen einen grösseren Anteil an den Unterhalt des Kindes beiträgt und darum auch den Elterntarif erhält.⁹⁷ Das Bundesgericht hat des Weiteren mit Entscheid vom 7. August 2015 festgehalten, dass bei geschiedenen Ehegatten mit gemeinsamer elterlicher Sorge, im Fall, dass (i) sie die alternierende Obhut gleichmässig ausüben, dass (ii) keine Unterhaltsbeiträge geleistet werden und dass (iii) die Eltern übereingekommen sind, den Unterhalt des Kindes zu gleichen Teilen zu übernehmen, davon ausgegangen wird, dass es der Elternteil mit dem geringeren Einkommen ist, der den Unterhalt des Kindes zur Hauptsache bestreitet. Demnach ist diesem Elternteil der reduzierte Steuertarif (Elterntarif) für die direkte Bundessteuer wie die Staats- und Gemeindesteuern zu gewähren.⁹⁸

⁹⁴ Beispielsweise gelten beim «Ferienpass» unterschiedliche Tarife für Teilnehmer mit Wohnsitz oder ohne Wohnsitz in einer Gemeinde.

⁹⁵ Vgl. RUTH ZJÖRJEN, Das Kind lebt zur Hälfte beim Vater: Wie wird die Sozialhilfe berechnet?, ZESO 2/2014, S. 10.

⁹⁶ SR 642.11

⁹⁷ Vgl. Eidgenössische Steuerverwaltung ESTV, Direkte Bundessteuer, Kreisschreiben Nr. 30: Ehepaar- und Familienbesteuerung nach dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Ziff. 13.4.2 und 14.4.2.

⁹⁸ Vgl. BGE 141 II 338 wie auch den Hinweis in der Interdisziplinären Studie, S. 77.

4.4.2 Abzüge

Bezüglich der Abzüge (Kinderabzug, Versicherungs- und Sparzinsenabzug) gelten gemäss Artikel 35 Absatz 1 Buchstabe a DBG und dem Kreisschreiben Nr. 30 der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) folgende Grundsätze im Falle getrennter, geschiedener oder unverheirateter Eltern (zwei Haushalte) mit gemeinsamer elterlicher Sorge: Fliessen keine Unterhaltszahlungen, so kann jeder Elternteil den halben Kinderabzug sowie den halben Versicherungs- und Sparzinsenabzug für das Kind geltend machen. Wurden dagegen Unterhaltsbeiträge festgelegt, so sollen demjenigen Elternteil, der die Unterhaltsleistungen erhält, die vollumfänglichen Abzüge gewährt werden.⁹⁹ Ob eine alternierende Obhut vorliegt oder nicht, ist nicht entscheidend.

Diese Regelung wurde durch eine am 14. März 2016 eingereichte parlamentarische Initiative kritisiert.¹⁰⁰ Verlangt wird, dass im Falle einer alternierenden Obhut, bei dem ein Elternteil Abzüge für Unterhaltsbeiträge geltend macht, eine hälftige Aufteilung der Abzüge möglich sein sollte. Der Nationalrat hat der Initiative – auf Empfehlung seiner vorberatenden Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates (WAK-N)¹⁰¹ – mit Abstimmung vom 6. Juni 2017 keine Folge gegeben.¹⁰² In diesem Kontext gilt es auch zu bemerken, dass der Begriff der alternierenden Obhut nicht immer eine exakt hälftige Betreuung beinhaltet. Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, welches Mass an alternierender Obhut für die hälftige Aufteilung des Kinderabzugs jeweils erforderlich wäre. Es könnte für die Steuerverwaltung einen enormen Prüfungsaufwand und möglicherweise für die Eltern einen starken Eingriff in die Privatsphäre bedeuten, wenn die Anteile jedes Elternteils an der Obhut des Kindes jeweils periodisch ermittelt werden müssten.¹⁰³

5 Gesamtwürdigung und Ausblick

Der vorliegende Bericht wurde in Erfüllung des Postulats 15.3003 verfasst, in dem der Bundesrat beauftragt wurde, «eine vollständige Analyse der rechtlichen und praktischen Probleme, welche die alternierende Obhut stellt, vorzulegen und Lösungsvorschläge zu evaluieren.»¹⁰⁴

Angesichts der Ergebnisse und Empfehlungen der Interdisziplinären Studie der Universität Genf, der jüngsten Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, sowie auf internationaler Ebene der Resolution 2079 der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 2. Oktober 2015, «Egalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères» (Gleichstellung und gemeinsame elterliche Verantwortung: die Rolle der Väter) ist der Bundesrat überzeugt, dass der Entscheid des Gesetzgebers, die alternierende Obhut im Zivilgesetzbuch nicht als Regelmodell zu verankern, richtig ist. Eine gemeinsame Elternschaft, die sich positiv auf das Kind auswirkt, setzt nicht notwendigerweise eine alternierende Obhut voraus; sie

⁹⁹ Vgl. ESTV, Direkte Bundessteuer, Kreisschreiben Nr. 30: Ehepaar- und Familienbesteuerung nach dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Ziff. 14.4.1 und 14.5.2.

¹⁰⁰ Parlamentarische Initiative 16.406 Nantermod «Alternierende Obhut. Aufteilung des Kinderabzugs zwischen den Eltern».

¹⁰¹ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats vom 20. Februar 2017.

¹⁰² Vgl. zur gleichen Thematik auch Mo. 09.3129 Amstutz «Besteuerung der Alimente bei geschiedenen oder getrenntlebenden Eltern». In der Antwort auf diese Motion hat der Bundesrat Folgendes festgehalten: Wenn für die hälftige Aufteilung der Abzüge auf die Voraussetzung verzichtet wird, dass keine Unterhaltsleistungen für das Kind geltend gemacht werden, kann der unterhaltspflichtige Elternteil über den vollen Abzug der Alimente hinaus auch noch einen halben Kinderabzug beanspruchen, mit welchem ebenfalls die direkten Kinderkosten berücksichtigt werden. Der andere Elternteil würde hingegen benachteiligt, weil er einerseits die Unterhaltsleistungen für das Kind vollständig versteuern müsste, andererseits aber nur noch den halben Kinderabzug geltend machen könnte. Die Steuerlast wäre in diesem Fall nicht mehr ausgewogen verteilt. Mit anderen Worten ist die geltende Regelung verfassungsrechtlich und steuersystematisch gerechtfertigt, da es sonst zu einer ungerechtfertigten Doppelentlastung beim unterhaltspflichtigen Elternteil kommt.

¹⁰³ Bericht der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrats vom 20. Februar 2017.

¹⁰⁴ Siehe Begründung des Postulats.

kann auch mittels einer alleinigen Obhut mit erweitertem Besuchsrecht unterstützt und weitergeführt werden (siehe Ziff. 3).

Der Bundesrat erachtet es überdies nicht als erforderlich, spezifische Vorschriften für die Fälle von alternierender Obhut zu erlassen. Die Fragen in Verbindung mit dieser Art der Kinderbetreuung können durch Anwendung der geltenden Gesetzesbestimmungen geklärt werden (siehe Ziff. 4). Auf Grundlage dieses Berichts wird folglich keine Revision in die Wege geleitet.

Es sind jedoch weitere Anstrengungen notwendig, damit das Kind nach der Trennung oder Scheidung weiterhin regelmässige persönliche Beziehungen zu beiden Elternteilen pflegen kann, deren Bedeutung im Gesetz ausdrücklich anerkannt wird (Art. 298 Abs. 2^{bis} und 298b Abs. 3^{bis} ZGB). Es ist wichtig, die Rahmenbedingungen zu stärken, unter denen sich beide Eltern vor und nach der Auflösung des gemeinsamen Haushalts an der täglichen Betreuung des Kindes beteiligen können.

In Bezug auf die Schwierigkeiten, Familie und Beruf zu vereinbaren, ist das Impulsprogramm zu erwähnen, mit dem die Einrichtung von Kinderbetreuungsplätzen gefördert werden soll (und das den Eltern ermöglichen will, Familie und Erwerbsarbeit oder Ausbildung besser miteinander zu vereinbaren). Dieses Impulsprogramm ist vom Parlament bis zum 31. Januar 2019 verlängert worden.¹⁰⁵ Zudem haben National- und Ständerat am 16. Juni 2017 zwei neuen Förderinstrumenten zugestimmt: Der Bund kann künftig Kantone und Gemeinden unterstützen, die ihre Subventionierung der familienergänzenden Kinderbetreuung ausbauen, um die Betreuungskosten der Eltern zu senken. Er kann zudem Finanzhilfen für Projekte gewähren, die das Betreuungsangebot besser auf die Bedürfnisse der Eltern abstimmen. Für diese beiden zusätzlichen Finanzhilfen besteht ein Verpflichtungskredit von maximal 100 Millionen Franken mit einer Laufzeit von fünf Jahren. Die neuen Bestimmungen treten voraussichtlich Mitte 2018 in Kraft.¹⁰⁶ Ferner hat der Bundesrat am 5. April 2017 einen Gesetzesentwurf über die steuerliche Behandlung der Kinderdrittbetreuungskosten in die Vernehmlassung geschickt, in dem vorgeschlagen wird, den Abzug für die ausserfamiliäre Betreuung der Kinder zu erhöhen. Bei der direkten Bundessteuer sollen die Eltern pro Jahr und Kind bis zu 25 000 Franken für die externe Betreuung der Kinder von ihrem Einkommen abziehen können. Bei den direkten Steuern der Kantone und Gemeinden soll das kantonale Recht einen Maximalabzug von mindestens 10 000 Franken pro Kind und Jahr vorsehen.¹⁰⁷

Der Bund unterstützt Familien des Weiteren im Rahmen des Kredits «Familienorganisationen», über den er national oder sprachregional tätigen Familienorganisationen Finanzhilfen gewähren kann. Die Finanzhilfen werden auf der Basis von vierjährigen Verträgen ausgerichtet (aktuell Vertragsperiode 2016–2019). Die Finanzhilfen im Rahmen dieses Kredits werden in den Bereichen «Elternberatung und Elternbildung» sowie «familienergänzende Kinderbetreuung» zugesprochen.¹⁰⁸

Schliesslich beobachtet der Bundesrat mit grossem Interesse die interdisziplinäre Zusammenarbeit der verschiedenen fachlichen Akteure im Bereich Familie (Gerichte, Kinderschutzbehörden, Anwältinnen und Anwälte, Mediatorinnen und Mediatoren, Beiständinnen und Beistände usw.). Ziel dieser Zusammenarbeit ist es, auf eine Entschärfung des Konflikts und die Wiederherstellung der Kommunikation zwischen den Eltern hinzuarbeiten und sie so

¹⁰⁵ Das Bundesgesetz über Finanzhilfen für familienergänzende Kinderbetreuung ist am 1. Februar 2003 in Kraft getreten. Es war ursprünglich auf acht Jahre befristet, wurde jedoch zweimal um vier Jahre verlängert und wird am 31. Januar 2019 ablaufen. Siehe www.bsv.admin.ch > Finanzhilfen > Familienergänzende Kinderbetreuung.

¹⁰⁶ Siehe www.bsv.admin.ch > Sozialpolitische Themen > Familienpolitik > Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit > Familienergänzende Kinderbetreuung.

¹⁰⁷ Die Vernehmlassung ist am 12. Juli 2017 abgeschlossen worden. Die Medienmitteilung vom 5. April 2017 kann unter folgender Seite abgerufen werden: www.admin.ch > Bundesrat > Medienmitteilungen > Medienmitteilungen des Bundesrates.

¹⁰⁸ Siehe www.bsv.admin.ch > Finanzhilfen > Familienorganisationen.

zu einvernehmlichen Lösungen zu bewegen, die den Bedürfnissen ihrer Kinder gerecht werden. In der Interdisziplinären Studie wurde aufgezeigt, dass in den Ländern, in denen die alternierende Obhut bevorzugt wird, dies unter anderem in Kombination mit der Förderung alternativer Methoden zur Lösung des Elternkonflikts erfolgt. Auch in der Schweiz bieten einige Kantone den Familien, die sich trennen, eine interdisziplinäre Begleitung an. Der Bundesrat ist der Ansicht, dass diese Projekte aufmerksam beobachtet werden sollten. Ihre Evaluation in den betroffenen Kantonen in Bezug auf die Nachhaltigkeit der gefundenen Lösungen, ihre Wirkung auf den Elternkonflikt und das Wohlergehen des Kindes sowie auf die Partizipation des Kindes am Entscheidungsprozess könnte künftig als Grundlage für umfassendere Überlegungen zum Funktionieren der Familiengerichtsbarkeit dienen.



Garde alternée

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

du 8 décembre 2017

Table des matières

1	Contexte.....	5
1.1	Révisions récentes en matière du droit de la famille	5
1.2	Postulat 15.3003.....	6
1.2.1	Teneur du postulat.....	6
1.2.2	Traitement du postulat.....	6
1.3	Attribution d'un mandat à l'Université de Genève	7
2	Étude interdisciplinaire sur la garde alternée	7
2.1	Objectif de l'étude	7
2.2	Résultats de l'Étude interdisciplinaire	7
2.2.1	Coparentalité	7
2.2.2	Intérêt supérieur de l'enfant	9
2.2.3	Modes interdisciplinaires de résolution du conflit parental.....	10
2.2.4	Conditions matérielles et structurelles de la garde alternée	11
2.3	Recommandations	12
3	Avis du Conseil fédéral sur la garde alternée comme modèle de garde prioritaire	13
3.1	Évolution depuis l'adoption du postulat	13
3.2	Conclusion	16
4	Clarification des règles légales et pistes de solutions	18
4.1	Garde alternée et contribution d'entretien	18
4.2	Garde alternée et modification des circonstances	19
4.2.1	Modification des circonstances	19
4.2.2	Répartition des compétences	20
4.3	Garde alternée et domicile de l'enfant.....	21
4.3.1	Principe de l'unité du domicile civil.....	21
4.3.2	Double domiciliation pour l'enfant?	22
4.4	Garde alternée et impôts.....	23
4.4.1	Barème parental	23
4.4.2	Déductions	24
5	Appréciation d'ensemble et perspectives	24

Résumé

Le législateur suisse accorde une grande importance au maintien de la relation entre l'enfant et ses deux parents après séparation ou divorce. Pour cette raison, en 2014 il a posé le principe de l'autorité parentale conjointe après la séparation ou le divorce. De plus, par l'adoption des art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC – en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017 – il a clairement exprimé son désir d'encourager une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge au quotidien de l'enfant après la séparation ou le divorce. 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.

Dans le cadre des discussions sur l'introduction desdites normes, le Conseil national a adopté un postulat demandant au Conseil fédéral d'examiner dans un rapport les problèmes posés par la garde alternée en cas de divorce ou de séparation, d'étudier les éventuelles modifications législatives nécessaires pour y remédier et de donner un aperçu des législations des pays voisins.

Pour donner suite à ce mandat, le Conseil fédéral a chargé l'Université de Genève d'élaborer une étude interdisciplinaire sur la garde alternée. Le thème des relations entre parents et enfants après la séparation ou le divorce implique en effet des considérations non seulement d'ordre juridique, mais également de nature psychologique, sociologique et de politique familiale. Au vu des résultats de cette étude, dans la première partie de ce rapport le Conseil fédéral parvient à la conclusion que la décision du législateur de ne pas faire de la garde alternée le modèle de garde prioritaire est juste. La garde alternée est non seulement exigeante au niveau de l'interaction des parents, mais dépend aussi de certaines conditions matérielles (augmentation des frais) et structurelles (marché du travail, structures d'accueil extra-familiales de l'enfant, politique familiale) qu'il n'est pas toujours aisé de réunir. De plus, elle peut se révéler très lourde pour l'enfant en raison des changements fréquents d'un lieu de vie à l'autre. En France et en Belgique, pays qui privilégient actuellement cette modalité de garde, des projets de réforme sont en cours dans le but de recentrer le débat sur le choix de l'organisation pratique la plus conforme au bien de l'enfant: une «solution sur mesure» qui lui permette de maintenir une relation régulière avec les deux parents après la séparation ou le divorce doit être trouvée. Le Conseil fédéral est aussi de l'avis qu'il faut privilégier la recherche de solutions individualisées et choisir le mode de prise en charge de l'enfant qui correspond le mieux à son bien. Dans la deuxième partie de son rapport, le Conseil fédéral examine les questions juridiques qui se posent le plus souvent en relation avec l'instauration de la garde alternée et parvient à la conclusion que les dispositions législatives en vigueur permettent de répondre à ces questions dans le cas d'espèce.

De manière générale, il est important pour le Conseil fédéral d'encourager le maintien d'une relation régulière entre l'enfant et ses deux parents après la séparation et le divorce. À cette fin, l'État doit œuvrer pour créer les conditions-cadre favorisant cette relation plutôt que de prescrire des modèles de vie rigides. Dans les pays ayant promu la garde alternée, celle-ci s'accompagne entre autres d'une promotion des modes alternatifs de gestion du conflit parental. En Suisse aussi, certains cantons proposent un accompagnement interdisciplinaire aux parents qui se séparent. Cela favorise le développement des compétences nécessaires pour redéfinir, au besoin, les modalités de prise en charge de l'enfant. Le Conseil fédéral estime nécessaire de suivre de près ces modèles d'accompagnement interdisciplinaire des familles en cas de séparation ou divorce. Leur évaluation dans les cantons concernés du point de vue de la durabilité des solutions trouvées, de leur impact sur le conflit parental et sur le bien-être de l'enfant, ainsi que de la participation de l'enfant dans le processus de

prise de décision pourrait servir de base pour une réflexion plus ample sur le fonctionnement de la justice familiale.

1 Contexte

1.1 Révisions récentes en matière du droit de la famille

Suite à l'augmentation du nombre de divorces et de séparations, les législateurs de plusieurs pays se préoccupent particulièrement depuis quelques années du sort des enfants, tant du point de vue de leur relation avec le parent avec lequel ils ne vivent plus au quotidien que du point de vue de la prise en charge matérielle de leur subsistance. La coprésence durable des parents n'étant plus assurée, il devient important de garantir aux enfants la continuité dans la prise en charge tant affective que pratique et matérielle et le maintien du lien avec chacun des parents¹. Les révisions récentes du droit suisse de la famille en matière de responsabilité parentale participent à cette évolution².

La **révision du code civil relative à l'autorité parentale** entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014³ a fait de l'autorité parentale conjointe la règle, indépendamment de l'état civil des parents. L'attribution de l'autorité parentale exclusive à l'un des parents reste possible, mais seulement si le bien de l'enfant le commande. L'autorité parentale représente le droit-devoir des parents de prendre les décisions nécessaires pour l'enfant mineur, en particulier en ce qui concerne son éducation, sa représentation et l'administration de ses biens (art. 301 à 306 CC et 318 ss CC). Le législateur suisse part du principe que l'exercice conjoint de l'autorité parentale par les deux parents correspond au bien de l'enfant et ce même lorsque les parents ne sont pas mariés ou ne vivent pas – ou plus – ensemble. L'exercice conjoint de l'autorité parentale n'implique toutefois pas automatiquement que l'enfant vit avec chacun des deux parents de manière alternée, pour des périodes plus ou moins égales (garde alternée): «Un parent ne peut donc pas déduire du principe de l'autorité parentale conjointe le droit de pouvoir effectivement s'occuper de l'enfant pendant la moitié du temps. [...] on ne décidera d'une garde alternée (ou partagée) que si celle-ci est la meilleure solution pour le bien de l'enfant.»⁴

La question de l'introduction de la garde alternée dans la loi comme modèle de garde prioritaire⁵ après une séparation ou un divorce a été discutée lors du deuxième volet de la réforme législative consacrée à la responsabilité parentale, la **révision du droit de l'entretien de l'enfant**, entrée (partiellement) en vigueur le 1^{er} janvier 2017⁶. Dans son message du 23 novembre 2013, le Conseil fédéral a estimé qu'il serait inopportun d'imposer la garde alternée à tous les parents vivant séparés. Le caractère rigide d'une telle réglementation serait en effet en contradiction avec la conception libérale du droit de la famille suisse, qui n'impose pas un modèle de vie spécifique⁷.

Tout en préservant cette conception libérale, le Parlement a souhaité encourager une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge de l'enfant au quotidien après la séparation ou le divorce, sans toutefois prescrire la garde alternée en tant que modèle de garde prioritaire. Le 20 mars 2015 le Parlement a par conséquent adopté des dispositions qui n'étaient pas prévues par le projet du Conseil fédéral. Selon les art. 298, al. 2^{bis} et 2^{ter}, et 298b, al. 3^{bis} et 3^{ter}, CC, entrés en vigueur le 1^{er} janvier 2017, l'autorité compétente (juge ou

¹ LAURA CARDIA VONECHE/SYLVE CADOLLE, Quand le conflit conjugal est un conflit parental, in: Andrea Büchler/Markus Müller-Chen (éd.), Private Law: national, global, comparative: Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, 2011 Berne, p. 325 à 336, p. 325.

² Voir message du Conseil fédéral du 29 novembre 2013 concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), FF **2014** 511, p. 517.

³ RO **2014** 357

⁴ Voir message du Conseil fédéral du 16 novembre 2011 concernant la révision du code civil suisse (Autorité parentale), FF **2011** 8315, p. 8331.

⁵ On parle aussi de «modèle de base» ou «modèle par défaut».

⁶ RO **2015** 4299 et 5017

⁷ Voir message Entretien de l'enfant, FF **2014**, p. 545 à 547.

autorité de protection de l'enfant), lorsqu'elle statue sur la garde de l'enfant, les relations personnelles ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant doit tenir compte du droit de l'enfant *d'entretenir régulièrement⁸ des relations personnelles avec ses deux parents*. De plus, si l'un des parents ou l'enfant le demande, cette autorité est tenue d'examiner, selon le bien de l'enfant, la possibilité d'instaurer la *garde alternée⁹*. Par l'adoption de ces dispositions, le législateur a voulu s'assurer que l'autorité saisie examine toute demande visant l'établissement d'une garde alternée. Bien entendu, celle-ci ne devra être prononcée que si elle paraît être la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant¹⁰.

1.2 Postulat 15.3003

1.2.1 Teneur du postulat

Il y a lieu de rappeler que, sur recommandation de sa Commission des affaires juridiques (CAJ-N), le Conseil national s'était dans un premier temps opposé à l'introduction desdites dispositions législatives, proposées par le Conseil des États le 2 décembre 2014¹¹. Bien que convaincue de la nécessité de principe d'encourager la garde alternée, la CAJ-N était préoccupée par les problèmes que ce mode de garde pourrait poser à l'enfant, ainsi qu'à ses parents. Avant de modifier la loi, elle souhaitait disposer d'une étude sur les problèmes juridiques et pratiques que ce mode de garde peut poser et sur les expériences faites dans les autres pays. D'où le dépôt, le 23 janvier 2015, du postulat 15.3003 «Garde alternée. Clarification des règles légales et pistes de solutions», avec la teneur suivante:

«Le Conseil fédéral est invité à présenter un rapport sur les problèmes juridiques posés par la garde alternée des enfants en cas de divorce ou de séparation des parents. Il étudiera les modifications législatives nécessaires pour y remédier. Il donnera en outre un aperçu en droit comparé des législations de nos pays voisins.»¹²

1.2.2 Traitement du postulat

Dans son avis du 25 février 2015, le Conseil fédéral a proposé d'accepter le postulat, en soulignant en particulier l'importance, pour l'enfant, de pouvoir entretenir régulièrement des relations personnelles avec ses deux parents après la séparation ou le divorce. Le 4 mars 2015, le Conseil National a adopté le postulat¹³.

Le 17 mars suivant, le Conseil National s'est finalement rallié à la proposition du Conseil des États d'introduire les dispositions sur la garde alternée dans le code civil¹⁴. Le postulat n'est pas devenu sans objet pour autant. En effet, jusqu'alors une étude spécifique qui examine la garde alternée de manière complète en Suisse et qui aborde cette thématique de manière interdisciplinaire n'existait pas. Or, la réglementation des relations entre parents et enfants lorsque les parents ne vivent pas ou plus ensemble implique des considérations d'ordre non seulement juridique, mais également de nature psychologique (construction de l'identité de

⁸ Lors des débats parlementaires il a été précisé que «régulièrement» doit être interprété comme «le plus souvent possible». (Intervention CE Stadler, 02.12.2014, BO 2014 E 1120.)

⁹ Lors des débats parlementaires il a été précisé que les termes «garde alternée» et «garde partagée» sont des synonymes. De plus, le terme «garde alternée» ne devrait pas être utilisé seulement en présence d'une répartition égalitaire de la prise en charge de l'enfant, mais pourrait aussi se référer à une répartition asymétrique. (Intervention CE Stadler, 02.12.2014, BO 2014 E 1120 et intervention CN Von Graffenried 04.03.2015, BO 2015 N 79).

¹⁰ Voir intervention CE Stadler, 02.12.2014, BO 2014 E 1120, et intervention CN von Graffenried, 04.03.2015, BO 2015 N 80.

¹¹ Voir débat CN 04.03.2015, BO 2015 N 79 à 86.

¹² Voir intervention CN Schwaab, 04.03.2015, BO 2015 N 85.

¹³ BO 2015 N 89

¹⁴ BO 2015 N 422 à 425

l'enfant), sociologique (formes de coparentalité) et de politique familiale (soutien aux familles désireuses de combiner prise en charge de l'enfant et vie professionnelle). D'autres pays ont par ailleurs déjà introduit depuis plusieurs années la garde alternée dans leur législation et il est utile d'examiner les résultats de leur expérience.

1.3 Attribution d'un mandat à l'Université de Genève

Dans le cadre des travaux préparatoires du présent rapport, l'Office fédéral de la justice (OFJ) a commandé aux Facultés de droit et de sciences de la société de l'Université de Genève une étude interdisciplinaire sur la garde alternée. L'intérêt de cette étude n'est pas seulement scientifique: elle pourra constituer un instrument de travail utile pour les professionnels confrontés au thème de la garde des enfants après la séparation ou le divorce.

2 Étude interdisciplinaire sur la garde alternée

2.1 Objectif de l'étude

L'«Étude interdisciplinaire sur la garde alternée» élaborée par l'Université de Genève (Étude interdisciplinaire) est partie de la définition de garde alternée adoptée par le Tribunal fédéral – qui entend par là 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 – et s'est fixé l'objectif de répondre aux questions suivantes¹⁵:

- 1. Dans quelles circonstances doit-on admettre que la garde alternée est la meilleure solution pour l'enfant?**
- 2. Quelles conditions psychosociales doivent être remplies pour que ce mode de garde puisse fonctionner au quotidien?**
- 3. L'État peut-il, et le cas échéant comment, promouvoir cette forme de coparentalité?**

2.2 Résultats de l'Étude interdisciplinaire

Afin de répondre à ces questions, l'Étude interdisciplinaire a examiné quatre thèmes en relation avec la mise en œuvre d'une garde alternée après la séparation ou le divorce: coparentalité (voir chiffre 2.2.1); intérêt supérieur de l'enfant (voir chiffre 2.2.2); modes interdisciplinaires de résolution du conflit parental (voir chiffre 2.2.3) et conditions matérielles et structurelles de la garde alternée (voir chiffre 2.2.4).

2.2.1 Coparentalité¹⁶

Le concept de coparentalité renvoie à la manière dont les parents s'allient et collaborent dans l'ensemble des tâches et des responsabilités familiales. La façon dont les couples perçoivent et expérimentent la garde alternée dépend étroitement de la forme de coparentalité qu'ils pratiquaient avant le divorce ou la séparation¹⁷.

Dans cette première partie, l'Étude interdisciplinaire expose les formes de coparentalité qui, lors d'une rupture, facilitent la mise en œuvre de la garde alternée et celles qui la rendent

¹⁵ Étude interdisciplinaire, p. 5.

¹⁶ Étude interdisciplinaire, p. 7 à 26.

¹⁷ Étude interdisciplinaire, p. 12.

particulièrement difficile voire impossible. Les parents qui avant la séparation collaboraient et s'impliquaient de manière similaire dans les tâches et les responsabilités familiales (coparentalité fonctionnelle) perçoivent la garde alternée de manière favorable. Par contre, si la collaboration dans les tâches et responsabilités parentales était faible, la garde alternée est considérée de manière négative. L'imposition de la garde alternée à des familles dont le mode de fonctionnement avant le divorce ou la séparation était inégalitaire et où la coparentalité était faible peut alors être perçue comme une forme de «violence institutionnelle»¹⁸. Dans les cas les plus extrêmes, ces conflits peuvent aboutir au non-paiement de la contribution d'entretien et à la rétention de l'enfant, ce qui peut conduire à la perte du lien avec l'un des parents¹⁹.

L'Étude interdisciplinaire s'est aussi penchée sur les expériences de quelques pays qui ont introduit la garde alternée en tant que mode prioritaire de l'organisation de la prise en charge de l'enfant après une séparation ou un divorce. De manière générale l'on observe que, bien qu'elle tende à progresser, la garde alternée demeure minoritaire, notamment si l'on considère sa modalité 50/50. Généralement, ce pourcentage ne dépasse pas les 35 %²⁰. Les études empiriques réalisées en France – où la possibilité d'une «résidence alternée» pour l'enfant a été instaurée par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 – mettent en évidence l'importance de l'âge de l'enfant et de la position sociale des parents dans les décisions de garde alternée prises par la justice française. Les enfants dont la résidence est la plus fréquemment fixée en alternance sont les 5-10 ans (24 %). En ce qui concerne la position sociale des parents, la résidence alternée concerne en priorité des pères de classes moyennes et supérieures et l'implication professionnelle des mères apparaît comme le corollaire nécessaire pour réaliser cette forme de garde. Une «proposition de loi relative à l'autorité parentale et à l'intérêt de l'enfant» a été adoptée par l'Assemblée nationale et transmise au Sénat en 2014. Le projet de réforme propose de faire disparaître la notion de résidence alternée du code civil et de mettre ainsi fin à l'alternative binaire entre la résidence alternée ou la résidence au domicile de l'un des parents. D'après ce projet «la résidence de l'enfant serait fixée au domicile de chacun des parents, selon les modalités de fréquence et de durée déterminées d'un commun accord entre les parents ou, à défaut, par le juge». Selon le rapport de la commission de lois, la réforme entend dépasser les clivages entre partisans et adversaires de la garde alternée et recentrer le débat, dans chaque situation familiale, sur le choix de l'organisation pratique la plus conforme à l'intérêt de l'enfant. En effet, la résidence au domicile de chacun des parents n'implique pas, selon le même rapport, une répartition égale des temps de présence chez chacun d'entre eux²¹. La Belgique, qui a adopté en 2006 une disposition privilégiant l'«hébergement égalitaire» de l'enfant dont les parents sont séparés, connaît une évolution semblable. D'après les recherches citées dans l'Étude interdisciplinaire, la garde alternée imposée est mal vécue par les mères dans les situations où elles avaient assumé seules la prise en charge des enfants avant la rupture. Par conséquent, les décisions du tribunal ordonnant un hébergement égalitaire ne sont souvent pas respectées. Il a été aussi constaté que des décisions fixant la garde alternée dans des cas hautement conflictuels constituent un risque pour le bien-être de l'enfant. Une proposition de révision de la loi est actuellement examinée par le législateur belge. Si l'égalité parentale se dessine clairement, même pour de jeunes enfants, la proposition de révision de la loi met toutefois en évidence l'importance d'une formule d'hébergement «sur mesure», qui prenne en compte le choix de l'école, la situation professionnelle des parents ou encore les activités de loisirs des

¹⁸ Étude interdisciplinaire, p. 13.

¹⁹ LAURA CARDIA VONÉCHE/SYLVIE CADOLLE, *op. cit.*, p. 333 à 335.

²⁰ Étude interdisciplinaire, p. 19.

²¹ Étude interdisciplinaire, p. 21 à 23.

enfants. Sont mentionnées comme des facteurs peu propices à l'hébergement égalitaire la distance séparant les domiciles des parents et l'absence de dialogue entre les parents²².

2.2.2 Intérêt supérieur de l'enfant²³

L'Étude interdisciplinaire introduit cette deuxième partie, consacrée à l'examen de la garde alternée du point de vue de l'enfant, par le constat suivant: «[L]analyse de la littérature existante en sciences sociales ne permet pas d'affirmer qu'il existe un mode de garde de l'enfant idéal après la séparation ou le divorce de ses parents.»²⁴

Les facteurs influençant la réussite de la garde alternée peuvent en revanche être définis. Le premier facteur concerne le mode de coparentalité et de gestion de conflit. Les parents divorcés ou séparés qui pratiquent un mode de coparentalité de type unitaire privilégiant la collaboration entre eux, mais aussi le maintien d'un sentiment d'appartenance familiale commune, parviennent davantage que les autres à maintenir de manière satisfaisante la garde alternée. Les enfants se sentent libres d'aimer et de reconnaître leurs deux parents, ils parviennent à concilier les deux milieux familiaux et à préserver la continuité familiale, ce qui leur procure un sentiment de sécurité. Par contre, dans les situations hautement conflictuelles, la recherche a constaté que les enfants (de 7 à 17 ans) en garde alternée étaient moins satisfaits que ceux en garde exclusive. Et cet impact est d'autant plus important lorsque la garde alternée s'applique de manière rigide, s'adaptant peu aux désirs et aux besoins changeants de l'enfant et de la famille et fait suite à une décision judiciaire (imposée)²⁵. La violence envers l'ex-partenaire représente aussi un sérieux frein à la mise en place de la garde alternée²⁶. La mise en place d'une garde alternée est également inappropriée lorsque l'un des parents ne possède pas les capacités éducatives nécessaires, à cause, par exemple, d'une maladie psychique ou physique ou d'une toxicomanie²⁷. Un autre facteur à évaluer avec attention est celui des déplacements d'un lieu de vie à l'autre. Pour les enfants, les transitions d'une résidence à l'autre, d'un quartier à l'autre ou d'une région à l'autre constituent des ruptures dans la vie quotidienne (école, amis, et activités extra-scolaires) et impliquent de transférer à chaque fois les affaires (valises). Ces transitions requièrent de la part des enfants et de leurs parents une organisation qui peut s'avérer fort pesante pour certains enfants. Pour d'autres, l'inconstance de l'environnement et les transferts répétés ont des effets déstabilisants. Or, il existe des stratégies possibles pour pallier à de telles difficultés comme avoir les objets ou les vêtements à double, ou encore des logements parentaux à proximité l'un de l'autre, ce qui permet aux enfants de maintenir une continuité dans leur vie relationnelle et scolaire²⁸. Cela implique toutefois, pour chacun des parents, des ressources financières relativement importantes, pour être capable de prendre en charge la démultiplication des logements, des vêtements, des jouets, des activités et des déplacements²⁹.

Enfin, l'Étude interdisciplinaire souligne l'importance d'informer et d'entendre l'enfant au sujet de la mise en place de la garde alternée. Outre l'utilité pour l'établissement des faits dans la procédure judiciaire, la participation de l'enfant est bénéfique pour lui-même: elle a des effets positifs sur son développement. D'une part, la participation implique que son vécu et son opinion sont pris au sérieux par une tierce personne qui l'écoute et le respecte. D'autre part,

²² Étude interdisciplinaire, p. 23 à 24.

²³ Étude interdisciplinaire, p. 27 à 43.

²⁴ Étude interdisciplinaire, p. 27.

²⁵ Étude interdisciplinaire, p. 28 à 30.

²⁶ Étude interdisciplinaire, p. 30.

²⁷ Étude interdisciplinaire, p. 31.

²⁸ Étude interdisciplinaire, p. 31 à 32.

²⁹ Étude interdisciplinaire, p. 32.

²⁹ Étude interdisciplinaire, p. 32.

elle promeut chez l'enfant le sentiment d'auto-efficacité – c'est-à-dire le sentiment de pouvoir, en s'exprimant, agir sur sa situation de vie et l'influencer. Ainsi, il se perçoit lui-même comme un acteur légitime dans la recherche d'une solution qui réponde à son bien-être³⁰.

2.2.3 Modes interdisciplinaires de résolution du conflit parental³¹

L'Étude interdisciplinaire expose aussi la jurisprudence récente du Tribunal fédéral en matière de responsabilité parentale³². Cette jurisprudence fait dépendre la garde alternée des circonstances concrètes et des capacités des parents et permet ainsi de prendre en compte les résultats des études empiriques provenant des sciences sociales que l'on vient d'exposer. Se contenter d'une perspective interdisciplinaire au moment de la décision du juge ou de l'autorité de protection de l'enfant est cependant insuffisant³³ si l'on veut vraiment encourager la participation des deux parents à la prise en charge au quotidien de l'enfant après la séparation.

Vu que la communication et la gestion du conflit sont importantes pour un mode de coparentalité fonctionnel après une séparation ou un divorce, l'Étude interdisciplinaire se penche sur le développement de modes interdisciplinaires de résolution de conflit et de consultation des parents visant le consensus parental³⁴. Dans les pays où elle est devenue le modèle prioritaire, la garde alternée a en effet été souvent combinée avec une promotion des modes alternatifs de résolution du conflit parental, qui peuvent assister les parents dans la construction d'une coparentalité unitaire.

La médiation est la méthode la plus répandue, en Suisse comme à l'étranger³⁵. Elle est généralement définie comme un mode de résolution des litiges dans lequel les parties tentent par elles-mêmes de parvenir à un accord avec l'aide d'un médiateur neutre, impartial et indépendant. La médiation peut intervenir à tout moment, avant, pendant ou après toute procédure judiciaire. Cette pratique s'oppose au procès, qui tend à exacerber les conflits plutôt qu'à les atténuer. La médiation vise en effet à permettre aux partenaires de rétablir la parole, de négocier de nouvelles distances, de créer de nouveaux rapports et de trouver un accord mutuel par rapport aux conflits pratiques évoqués. Le choix du mode de garde, comme la garde alternée, est souvent au centre de la médiation; c'est dans ce cadre que les parents prennent conscience de la complexité de son application et se mettent d'accord sur une organisation qui tienne compte à la fois de l'enfant mais aussi de leur situation personnelle et professionnelle. Le rôle du médiateur consiste ici à faire prendre conscience aux parents de la faisabilité des solutions qu'ils envisagent. Cela dit, l'Étude interdisciplinaire précise que la médiation n'est pas un instrument qui peut s'appliquer à tous les couples. Certaines personnes ne se sentent pas en mesure de négocier pour elles-mêmes et préfèrent s'adresser à un professionnel qui les représentera dans une procédure judiciaire. Le processus de médiation n'est pas non plus approprié dans des situations de haute conflictualité: le refus de communiquer, de coopérer rend tout compromis difficile à obtenir. Plus encore, la médiation est particulièrement déconseillée pour les couples dans lesquels l'un des deux a une emprise ou un pouvoir important sur l'autre, comme dans les situations de violence domestique. Alors que le droit offre un cadre protecteur pour les deux parties, la médiation peut devenir le reflet d'une relation de pouvoir et de contrôle au sein du couple. Enfin, la médiation n'est pas

³⁰ Étude interdisciplinaire, p. 32 à 33.

³¹ Étude interdisciplinaire, p. 44 à 60.

³² Étude interdisciplinaire, p. 35 à 42.

³³ Étude interdisciplinaire, p. 43.

³⁴ Étude interdisciplinaire, p. 44 à 60.

³⁵ L'Étude interdisciplinaire expose en particulier la réglementation de la médiation en Allemagne, en France, en Angleterre et au Pays de Galles, ainsi que les expériences en Australie et au Québec.

non plus appropriée lorsqu'il y a des problèmes de drogue, d'alcool, ou des problèmes psychiques au sein du couple.

En sus de la médiation, d'autres modèles interdisciplinaires de soutien au consensus parental existent. L'Étude interdisciplinaire expose en particulier le système de procédures familiales mis en place en Allemagne, qui impliquent la coopération interdisciplinaire des autorités judiciaires, des avocats, des offices de protection de la jeunesse et des services de consultation familiale, avec pour objectif de permettre aux parents en conflit de trouver des solutions négociées pour répondre aux besoins des enfants. En Suisse, les cantons de Saint-Gall et de Bâle-Ville ont mis sur pied des consultations imposées aux parents avec leurs enfants, pour qu'ils puissent comprendre les enjeux de la séparation et parvenir à une solution à l'amiable. Il serait souhaitable d'évaluer ces programmes du point de vue de la durabilité des solutions trouvées, de leur impact sur le conflit parental et le bien-être de l'enfant, de la participation de l'enfant au processus de prise de décision, ainsi que de leur accessibilité pour les différentes familles séparées³⁶.

2.2.4 Conditions matérielles et structurelles de la garde alternée³⁷

L'enjeu financier lié à la mise en place de la garde alternée fait l'objet de la dernière partie de l'Étude interdisciplinaire. La garde alternée est un mode de garde coûteux, puisqu'elle implique des frais fixes doublés: deux logements séparés, deux sets d'ameublements, des frais de transports, des loisirs, des vêtements, des jouets et, parfois, du matériel scolaire à double. Pour cette raison, il s'agit d'un mode de garde appliqué surtout par des parents issus de milieux socio-économiques aisés³⁸.

En d'autres termes, la garde alternée est non seulement exigeante au niveau de l'interaction des parents, mais dépend aussi de certaines conditions matérielles et structurelles. Celles-ci peuvent faciliter ou compliquer la mise en œuvre de la garde alternée. L'Étude interdisciplinaire examine le marché du travail, l'offre de structures d'accueil extra-familiales de l'enfant ainsi que la politique familiale en Suisse. Il ressort de cette analyse que la garde alternée semble difficile à mettre en œuvre pour un bon nombre de parents séparés ou divorcés, surtout dans sa forme égalitaire.

Les ressources économiques des femmes et des hommes au moment de la séparation sont loin d'être égales. En Suisse, la famille est aujourd'hui encore perçue comme le domaine de responsabilité privilégié des femmes et la carrière professionnelle comme celui des hommes. Ainsi, dès la naissance de l'enfant, la majorité des femmes réduit son temps de travail et tend à privilégier des emplois à temps partiel, relativement peu rémunérés, pour s'investir davantage dans la vie familiale³⁹. D'autres facteurs tels que l'absence ou le coût élevé des offres d'accueil des enfants en dehors de la sphère familiale poussent également les femmes à réduire leur temps de travail afin de s'occuper des enfants⁴⁰. Au vu de ces circonstances, l'Étude interdisciplinaire estime que les inégalités structurelles entre hommes et femmes générées par le contexte socio-économique suisse ne permettent pas aux mères ni aux pères séparés ou divorcés de contribuer à part égale à la prise en charge effective des enfants dans la vie quotidienne ni à prétendre à une égalité économique. De ce point de vue, l'imposition de la garde alternée comme modèle unique, tablant sur une égalité forte entre les parents dans la prise en charge des enfants après la séparation ou le divorce, peut être à

³⁶ Étude interdisciplinaire, p. 58 à 59.

³⁷ Étude interdisciplinaire, p. 61 à 74.

³⁸ Étude interdisciplinaire, p. 61 à 62.

³⁹ Étude interdisciplinaire, p. 63 à 65.

⁴⁰ Étude interdisciplinaire, p. 65 à 67.

même de donner lieu à des stress importants pour des nombreux parents, contraires à l'intérêt de l'enfant.

2.3 Recommandations

En conclusion, l'Étude interdisciplinaire recommande de ne pas s'orienter vers un modèle normatif unique, en promouvant par exemple, et dans tous les cas, une stricte égalité entre les ex-partenaires (et parents). La diversité des situations de coparentalité est indicative d'une pluralité de modes de fonctionnement et d'attentes vis-à-vis de la famille après séparation, dont le droit devrait tenir compte⁴¹.

De plus, les conditions-cadre de la prise en charge de l'enfant avant ou après la séparation ou le divorce en Suisse ne sont pas propices au partage égalitaire. D'une part, le potentiel des modes alternatifs de résolution de conflit et de soutien au consensus parental n'a pas encore été exploité. D'autre part, le régime libéral, individualiste en matière de politiques familiales pour lequel la Suisse a opté ne met pas à disposition des familles des aides qui rendraient possible la généralisation de la garde alternée à toutes les familles, quelles que soient leurs ressources financières et sociales⁴².

Dans ses dernières pages, enfin, l'Étude interdisciplinaire répond aux questions posées en introduction⁴³:

1. Dans quelles circonstances doit-on admettre que la garde alternée est la meilleure solution pour l'enfant?

«Les résultats de recherche des sciences sociales ne permettent pas d'affirmer qu'il existerait un modèle de garde et de prise en charge de l'enfant qui serait idéal dans toutes les situations familiales et sociales. Néanmoins, la revue de la littérature internationale permet de définir les situations dans lesquelles la garde alternée a des avantages. Dans la perspective du bien de l'enfant, c'est en premier lieu le type de coparentalité existant entre les parents suite à la séparation ou au divorce qui est décisif pour pouvoir répondre à la question posée: les parents qui pratiquent un mode de coparentalité de type unitaire privilégiant la collaboration malgré la séparation/divorce parviennent davantage que les autres à développer de manière satisfaisante ce type de garde. Par contre, lorsque le désaccord autour des pratiques et des styles de coparentalité est profond, qu'il perdure dans le temps et qu'il implique directement l'enfant, les conséquences pour le développement et le bien-être de l'enfant sont très négatives. En situation de conflit, la garde alternée exacerbe les tensions entre les parents car elle génère des interdépendances fonctionnelles entre eux, liées aux alternances répétées et à la nécessité d'un travail de coordination important. Les pratiques de coparentalité mises en place par les parents (ou que les parents sont désireux de mettre en place) sont donc une condition importante de la garde alternée. Cette condition est exigeante, d'autant plus si les parents se remettent en couple avec des nouveaux partenaires. Finalement, il est à retenir que la garde alternée ne répond pas au bien de l'enfant en cas de violence contre l'ex-partenaire ou contre les enfants, ou en cas d'incapacité éducative d'un des parents notamment suite à une maladie psychique.»

⁴¹ Étude interdisciplinaire, p. 6.

⁴² Étude interdisciplinaire, p. 76.

⁴³ Étude interdisciplinaire, p. 76 à 77.

2. Quelles conditions psychosociales doivent être remplies pour que ce mode de garde puisse fonctionner au quotidien?

«On peut distinguer les conditions relationnelles et personnelles d'une part, et les conditions matérielles d'autre part: du point de vue relationnel et personnel, un mode de coparentalité fonctionnelle avant la rupture est un facteur qui favorise la réussite d'un mode de garde alternée. La recherche souligne également l'effet positif de la participation de l'enfant dans la prise de décisions quant à l'organisation concrète de la garde. Du point de vue matériel, il est à constater que la garde alternée est un mode de garde coûteux: les parents doivent donc disposer de revenus relativement importants.»

3. L'État peut-il, et le cas échéant comment, promouvoir cette forme de coparentalité?

«Au vu de nos constats, c'est en premier lieu au niveau des politiques familiales plus générales que l'État peut faciliter l'organisation de la garde alternée, notamment en développant des mesures de soutien aux familles monoparentales, qui permettraient de découpler la question du mode de garde de la question de la pension alimentaire. À cela s'ajoute un soutien financier plus actif de l'État aux pratiques de médiation et aux consultations ordonnées, visant à leur généralisation via la gratuité. Des investissements nous semblent aussi nécessaires dans la récolte de données empiriques au sujet des pratiques du système suisse de justice familiale ainsi que des réalités sociales des familles post-séparation et post-divorce. Le manque d'enquêtes fondées sur des échantillons représentatifs sur ces thématiques au niveau suisse est particulièrement problématique. Au vu de la pluralité de modes de fonctionnement de la parentalité post-séparation ou post-divorce, révélée par ce rapport, nous ne recommandons pas d'imposer la garde alternée comme modèle prioritaire. Dans des situations où les conditions psychosociales et matérielles d'un tel modèle ne sont pas réunies, il serait dangereux pour le bien de l'enfant de contraindre les familles post-séparation/divorce à ce mode d'organisation.»

3 Avis du Conseil fédéral sur la garde alternée comme modèle de garde prioritaire

Le Conseil fédéral examine ici une nouvelle fois la possibilité d'introduire dans le code civil la garde alternée comme modèle de garde prioritaire, bien qu'il l'ait déjà écartée lors des récentes révisions en matière d'autorité parentale et d'entretien de l'enfant (voir chiffre 1.1). En particulier les associations des pères continuent de préconiser cette solution.

3.1 Évolution depuis l'adoption du postulat

Il ne fait pas de doutes que le **législateur** suisse accorde une grande importance au maintien de la relation entre l'enfant et ses deux parents après la séparation ou le divorce. Pour cette raison il a posé le principe de l'autorité parentale conjointe après la séparation ou le divorce. De plus, par l'adoption des art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC – en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017 – il a clairement exprimé son désir d'encourager une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge de l'enfant au quotidien après une séparation ou un divorce. Selon ces dispositions, si l'un des parents ou l'enfant le demande, l'autorité compétente (juge ou autorité de protection de l'enfant) est tenue d'examiner, selon le bien

de l'enfant, la possibilité de la *garde alternée* (voir chiffre 1.1). Ainsi, le législateur n'a pas voulu faire de la garde alternée le modèle de base, mais il a voulu s'assurer que l'autorité saisie examine – d'office ou sur demande de l'un des parents ou de l'enfant – si l'établissement d'une garde alternée sert le bien de l'enfant. Appelée à statuer sur la garde de l'enfant, l'autorité compétente doit de toute manière rechercher la meilleure solution pour l'enfant en vertu de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office, applicables à toutes les procédures concernant les enfants (pour le juge, voir art. 296 CPC; pour l'autorité de protection de l'enfant, voir art. 446 CC, applicable par renvoi de l'art. 314 CC). Bien entendu, la garde alternée ne devra être prononcée que si elle constitue la solution qui correspond le mieux au bien de l'enfant. Le bien de l'enfant est le critère déterminant pour toutes les décisions concernant les enfants, en particulier pour celles concernant la responsabilité parentale (autorité parentale, garde, relations personnelles, entretien, etc.) et il prime l'intérêt des parents⁴⁴.

La **jurisprudence récente du Tribunal fédéral** reflète aussi cette évolution⁴⁵. Dans deux décisions de principe prononcées le 29 septembre 2016 (ATF 142 III 612 [en langue allemande] et 617 [en langue française])⁴⁶, le Tribunal fédéral⁴⁷ a précisé que le juge appelé à statuer sur une demande de garde alternée doit examiner, indépendamment de l'accord des parents sur ce sujet, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant. Le bien de l'enfant constitue en effet la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. La possibilité concrète d'instaurer une garde alternée et sa compatibilité avec le bien de l'enfant étant dépendantes des circonstances du cas d'espèce, le juge doit évaluer, sur la base de la situation de fait actuelle ainsi que de celle qui prévalait avant la séparation des parties, si l'instauration d'une garde alternée est effectivement à même de préserver le bien de l'enfant. Rien ne saurait être déduit des diverses études psychologiques ou psychiatriques en la matière se prononçant de manière absolue en faveur ou en défaveur de l'instauration d'un tel mode de garde, puisque celles-ci ne prennent pas en considération tous les paramètres qui entrent en ligne de compte dans le cas d'espèce (ATF 142 III 612, consid. 4.2, et 142 III 617, consid. 3.2.3). Le Tribunal fédéral a ensuite établi les critères déterminants pour décider de l'instauration d'une garde alternée: «Au nombre des critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les *capacités éducatives des parents*, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager l'instauration d'une garde alternée, ainsi que l'existence d'une *bonne capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer* compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. [...] Il faut également tenir compte de la *situation géographique* et de la distance séparant les logements des deux parents, de la *stabilité* qu'apporte à l'enfant le maintien de la situation antérieure, de la *possibilité pour chacun des parents de s'occuper personnellement* de l'enfant, de *l'âge de ce dernier* et de son appartenance à une fratrie ou à un cercle social. [...] Il faut également prendre en compte 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. [...] Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui

⁴⁴ Voir intervention CE Stadler, 02.12.2014, BO 2014 E 1120, et intervention CN Von Graffenried, 04.03.2015, BO 2015 N 80.

⁴⁵ Voir aussi les déclarations du juge fédéral Nicolas von Werdt, président de la deuxième Cour de droit civil du Tribunal fédéral, dans l'interview parue le 14 mars 2017 dans le «Tagesanzeiger» et intitulée «Die Hoffnungen der Väter sind berechtigt».

⁴⁶ «Les deux arrêts en question portaient sur des recours dirigés respectivement contre un arrêt de la Cour de justice du canton de Genève et un arrêt de la Cour suprême du canton de Thurgovie. Dans ces deux affaires, les tribunaux cantonaux s'étaient prononcés, dans le cadre d'une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale, en défaveur de l'instauration d'une garde alternée et avaient attribué la garde exclusive à la mère des enfants, tout en réservant un droit de visite au père. Dans la première affaire, le Tribunal fédéral a rejeté le recours du père, dans la seconde il l'a admis partiellement au motif que les preuves ont été appréciées arbitrairement et a renvoyé la cause à l'autorité précédente pour nouvelle décision.» (Communiqué du Tribunal fédéral du 20 octobre 2016)

⁴⁷ Le Tribunal fédéral a d'abord indiqué que, selon les nouvelles règles entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2014, le terme de garde («Obhut») se réduit désormais à la seule dimension de la garde de fait («faktische Obhut»), qui se traduit par l'encadrement quotidien de l'enfant et par l'exercice des droits et des devoirs liés aux soins et à l'éducation courante (ATF 142 III 612, consid. 4.1, et 142 III 617, consid. 3.2.2).

est une prémisses nécessaire à l'instauration d'une garde alternée, *les autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance respective varie en fonction des circonstances du cas d'espèce.*» (142 III 612, consid. 4.3, et 142 III 617, consid. 3.2.3). 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 612, consid. 4.4, et 142 III 617, consid. 3.2.4).

Au niveau international, il y a lieu de mentionner la **Résolution 2079 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 2 octobre 2015**. Par l'adoption d'une résolution, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe exprime un vœu qui, bien que non contraignant pour les États membres, doit être sérieusement considéré. Dans la résolution citée, intitulée «**Égalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères**», le Conseil de l'Europe a adressé une série de recommandations aux États membres. La recommandation n° 5.5 appelle notamment les États membres «à introduire dans leur législation le principe de la résidence alternée des enfants après une séparation [à l'exception des cas d'abus ou de négligence d'un enfant, ou de violence domestique] en aménageant le temps de résidence en fonction des besoins et de l'intérêt des enfants». Pour comprendre le sens et le but de cette recommandation, il est nécessaire d'examiner le rapport et l'avis des commissions qui ont accompagné son adoption. Dans le résumé du rapport préalable à cette résolution, du 14 septembre 2015, la rapporteure de la Commission sur l'égalité et la non-discrimination a précisé ce qui suit: «La résidence des enfants et les droits de visite peuvent s'avérer des questions particulièrement sensibles et être source de conflits lorsque les parents se séparent. Les États sont appelés à introduire la résidence alternée ou, le cas échéant, à en faire un plus grand usage [car elle] est souvent la meilleure alternative pour préserver le lien entre l'enfant et ses parents. La résidence alternée doit toutefois être mise en œuvre avec discernement et en ayant toujours à l'esprit l'intérêt de l'enfant.»⁴⁸ Les éléments identifiés comme moins favorables à la résidence alternée sont en particulier le conflit permanent des parents, la mauvaise relation de l'enfant avec l'un des parents, la situation particulière des adolescents qui vivent parfois la réalité de deux foyers comme un inconvénient et la distance géographique trop grande entre les deux foyers⁴⁹. De son côté, dans son avis du 30 septembre 2015⁵⁰, le rapporteur de la Commission des questions sociales, de la santé et du développement durable a souligné «que le droit d'un parent à la coresponsabilité parentale, à la garde ou à la résidence alternée de son enfant ne saurait en aucun cas prendre le pas sur les droits de l'enfant concerné. Tout enfant a le droit de ne pas être séparé de ses parents et d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs avec ses deux parents, sauf si cela est contraire à son intérêt supérieur. Un enfant capable de discernement a aussi le droit d'exprimer librement, sur toute question l'intéressant, un avis qui sera dûment pris en considération en fonction de son âge et de son degré de maturité. Il ne suffit donc pas que les parents eux-mêmes ou les tribunaux compétents décident du partage de la responsabilité ou de la garde parentale, ou encore du lieu de résidence – les opinions de l'enfant concerné doivent être prises en compte et c'est son intérêt supérieur qui doit primer.»⁵¹ Le même rapporteur observe qu'«[à] vrai dire, le fait que le mode de résidence alternée soit dans l'intérêt supérieur de l'enfant ne fait pas encore consensus – les opinions divergent sensiblement entre les chercheurs, les militants (tels les groupes de défense des

⁴⁸ Doc. 13870, 14 septembre 2015, p. 1. Sous le chiffre 15, la rapporteure a précisé que «[l]a résidence alternée se définit comme un arrangement en vertu duquel les enfants de parents séparés ou divorcés passent quasiment autant de temps chez chaque parent après la séparation, c'est-à-dire au moins 35 % (voire 50 %) chez un parent».

⁴⁹ Doc. 13870, 14 septembre 2015, chiffres 26 et 28.

⁵⁰ Doc. 13896, 30 septembre 2015.

⁵¹ Doc. 13896, 30 septembre 2015, A. Conclusions de la commission, chiffre 2.

droits des pères) et les professionnels (notamment parmi les avocats). Dans l'ensemble, nos connaissances restent largement lacunaires (en particulier concernant le mode d'alternance paritaire – 50 % du temps chez l'un, 50 % chez l'autre). Ceci permet aux chercheurs de parvenir à différentes conclusions qui sont alors invoquées, et cela est bien naturel, pour appuyer des arguments pour ou contre le mode de résidence alternée.»⁵² Le rapporteur ajoute enfin qu'«[i]l ne faut pas non plus sous-estimer les risques que comporterait un mode de résidence alternée érigé en norme; en effet, selon les termes de la British Law Society, "[u]ne telle présomption risque de subordonner l'intérêt supérieur de l'enfant aux attentes des parents en matière d'égalité de droits", ou de la Commission pour les enfants dans les familles (Children in Families Committee) du Conseil de justice aux affaires familiales (Family Justice Council), "[l]es demandes de résidence alternée se font souvent dans l'intérêt des parents; leurs sentiments; la lutte de pouvoirs au sein de leur relation; leurs tentatives d'exercer un contrôle sur l'autre après la séparation (...)"». Faire la part des choses entre les motivations financières ou affectives est aussi parfois difficile. La solution permettant de réduire ces risques est, selon moi, de privilégier les droits des enfants, en décidant au cas par cas, en associant les enfants aux décisions prises et en plaçant leur intérêt supérieur au-dessus de toute autre considération.»⁵³ Eu regard aux considérations des deux commissions, la recommandation n° 5.5 doit finalement être comprise comme une exhortation à faire en sorte que la mise en œuvre de la garde alternée soit examinée dans chaque cas, plutôt qu'à l'ériger en mode de garde prioritaire. C'est l'option qu'a choisie le législateur suisse en adoptant les art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2017.

3.2 Conclusion

Par l'adoption des dispositions légales citées, le législateur suisse a exprimé de manière claire son désir d'encourager une participation plus équilibrée des deux parents à la prise en charge au quotidien de l'enfant après une séparation ou un divorce. Reconnaître l'importance de l'implication des deux parents dans la prise en charge quotidienne des enfants ne signifie toutefois pas plaider pour une répartition égalitaire du temps passé avec l'enfant dans chaque situation. La demande visant à faire de la garde alternée le modèle standard après une séparation ou un divorce répond plus aux revendications paritaires des parents qu'au besoin de l'enfant d'être élevé à la fois par ses deux parents malgré leur séparation. Le maintien d'une coparentalité bénéfique pour l'enfant ne nécessite pas forcément une garde alternée; elle peut être promue aussi au travers une garde exclusive avec un droit de visite élargi⁵⁴.

Au vu des résultats de l'Étude interdisciplinaire, de l'expérience faite en France et en Belgique et des projets de réforme en cours dans ces deux pays (voir chiffre 2.2.1) le Conseil fédéral adhère à la recommandation de ne pas s'orienter vers un modèle normatif unique, promouvant une stricte égalité entre les ex-partenaires (et parents). Les spécialistes de l'enfance se prononcent d'ailleurs également en défaveur de solutions normatives rigides (garde exclusive *versus* garde alternée) et plaident plutôt pour une «casuistique plus précaution-

⁵² Doc. 13896, 30 septembre 2015, C. Exposé des motifs, chiffre 14.

L'Étude interdisciplinaire fait également état des opinions divergentes des chercheurs dans la note de bas de page n° 153: «Dans le contexte germanophone c'est surtout Hildegund Sünderhauf qui a soutenu l'idée de la garde alternée comme le modèle de garde optimal pour les enfants de parents séparés [...]. Comme l'a démontré notamment Kerima Kostka dans une revue de la littérature, cette affirmation ne trouve pas de base dans la recherche empirique [...].»

Voir aussi GÉRARD POUSSIN, Contradictions apparentes entre diverses études sur la résidence alternée, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant? – Actes du 7^e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE), 19-20 mai 2016, p. 49 à 58, p. 56: «Ainsi, il n'y a pas de preuve scientifique que la résidence alternée soit nocive pour les enfants d'âge préscolaire. Et encore moins pour les enfants d'âge scolaire. Mais il n'y a pas de preuve du contraire non plus.»

⁵³ Doc. 13896, 30 septembre 2015, C. Exposé des motifs, chiffre 16.

⁵⁴ Étude interdisciplinaire, p. 28.

neuse et plus respectueuse des enfants»⁵⁵. À l'occasion du 7^e Colloque printanier du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE) de l'Université de Genève et de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE) «Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage ... et l'enfant?», qui a eu lieu les 19 et 20 mai 2016 à Sion, Heidi Simoni, directrice de l'Institut Marie Meierhofer pour l'enfance de Zurich, s'est exprimée ainsi: «Es widerspricht jedoch meiner liberalen Gesinnung zutiefst, wenn eine verkrustete Haltung und ihre Praxis durch eine andere rigide "Lösung" ersetzt werden soll. Das zeigt aus meiner Sicht keinen Paradigma- sondern viel eher einen Dogmawechsel an. Genau das scheint zurzeit zu passieren, wenn die alternierende Obhut als DAS zeitgemässe Modell zur Ablösung verstaubter Nachtrennungsregelungen gepriesen wird. Dies ist umso bedauerlicher, als der rechtliche Rahmen sowie die Tatsache verschiedener Familienformen flexible und individuelle Lösungen ermöglichen und nahe legen.»⁵⁶ Le Conseil fédéral est aussi de l'avis qu'il faut privilégier la recherche de solutions individualisées et choisir le mode de prise en charge de l'enfant qui correspond le mieux à son bien.

Eu égard à l'art. 3, par. 1, de la Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 relatives aux droits de l'enfant (CDE)⁵⁷, «chaque enfant [a le droit] de voir son intérêt [...] évalué et [...] apprécié comme une considération primordiale, dès lors qu'une décision doit être prise à son égard. En effet, chaque fois qu'une décision est envisagée pour tel enfant, [...] le «décideur», public, ou privé, doit peser les effets négatifs ou positifs de la décision à prendre sur le sort de cet enfant et choisir une solution qui préservera son intérêt d'enfant, être en développement, dépendant, vulnérable, mais néanmoins personne à part entière, détentrice du droit à être placé au centre de toute décision.»⁵⁸

Or, pour son bon développement l'enfant a besoin de pouvoir entretenir une relation stable et continue avec ses deux parents après la séparation ou le divorce⁵⁹. Cette relation est favorisée par une communication constructive entre les parents. Au vu de l'importance de la communication et de la gestion du conflit pour un mode fonctionnel de coparentalité après une séparation ou un divorce, le Conseil fédéral est d'avis que tous les intervenants dans les conflits de famille – avocats, juges, autorités de protection, médiateurs, curateurs, etc. – doivent œuvrer pour désamorcer le conflit et rétablir la communication au sein de la famille⁶⁰. Les parents et les professionnels intervenant dans le conflit familial doivent être à l'écoute de l'enfant non seulement au moment de la décision sur la garde, mais aussi par la suite. Les besoins des enfants évoluent dans le temps. Il peut par exemple arriver que, après avoir passé son enfance prioritairement chez sa mère, un enfant demande lui-même, à l'adolescence, de partager le quotidien de son père. Plutôt que de prescrire des modèles de vie rigides, l'État doit œuvrer pour offrir aux enfants de parents séparés la possibilité d'exprimer

⁵⁵ MARC JUSTON, La résidence alternée: un droit des parents subordonné à l'intérêt de l'enfant, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?, p. 87 à 90, p. 90: «Il est important aussi que la loi donne la possibilité aux parents de pratiquer du "sur mesure" et non pas du "prêt à porter".»

⁵⁶ «Remplacer un point de vue figé et la pratique qui en découle par une autre "solution" rigide est cependant profondément contraire à mes convictions libérales. Selon moi, cela revient à changer non pas de paradigme, mais de dogme. C'est exactement ce qui semble se produire actuellement quand la garde alternée est vantée comme LE modèle contemporain appelé à remplacer des arrangements post-séparation poussièreux. Cela est d'autant plus regrettable que le cadre juridique et la diversité des structures familiales autorisent et invitent à envisager des solutions souples et individuelles.» (Traduction) HEIDI SIMONI, Die alternierende Obhut – Betreuungsmodelle vom Kind her denken: teilhaben dürfen statt wechseln müssen, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?, p. 137 à 148, p. 137.

⁵⁷ RS 0.107

⁵⁸ JEAN ZERMATTEN, Intérêt supérieur de l'enfant, le point de vue du droit, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?, p. 43 à 48, p. 43 s.

⁵⁹ Voir aussi VITTORIO VEZZETTI, La santé des enfants de familles en séparation, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?, 19-20 mai 2016, p. 59 s.

⁶⁰ Voir aussi GÉRARD POUSSIN, Contradictions apparentes entre diverses études sur la résidence alternée, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?, p. 49 à 58, p. 56: «tous les auteurs qui ont travaillé sur la question des arrangements de l'après divorce ont noté un lien très solide entre les conflits parentaux et le mal être des enfants [...] Si l'on veut appliquer les connaissances des recherches sur les effets du divorce c'est avant tout sur ce point qu'on doit le faire.»

leurs besoins de manière à ce qu'ils soient entendus. Les parents devraient ainsi être en mesure de rediscuter et redéfinir, au besoin, la modalité de la prise en charge des enfants. Le développement de ces compétences chez les parents passe par la promotion des modèles interdisciplinaires de soutien au consensus parental évoqués dans l'Étude interdisciplinaire⁶¹. La mise en réseau des différents groupes professionnels concernés par le conflit familial, telle qu'elle a lieu dans certaines régions de l'Allemagne, de la Belgique⁶², mais aussi en Suisse⁶³, semble donner de bons résultats. Le Conseil fédéral estime nécessaire de suivre de près ces modèles d'accompagnement interdisciplinaire des familles en cas de séparation ou divorce.

4 Clarification des règles légales et pistes de solutions

Lors des débats parlementaires sur l'adoption des art. 298, al. 2^{ter}, et 298b, al. 3^{ter}, CC, plusieurs questions d'ordre juridique ont été soulevées en relation avec la garde alternée. Pour cette raison, le postulat demande d'examiner les problèmes juridiques qui pourraient surgir dans le cadre d'une garde alternée et d'indiquer des pistes de solutions.

4.1 Garde alternée et contribution d'entretien

Une des questions posées le plus souvent porte sur la fixation d'une contribution d'entretien en présence d'une garde alternée: est-ce qu'une participation paritaire à la prise en charge quotidienne de l'enfant implique la suppression de la contribution d'entretien?

En théorie, la garde alternée implique que les deux parents contribuent financièrement à parts relativement égales à la vie de leurs enfants. Dans les faits, cela n'est que très rarement le cas en raison des inégalités de ressources économiques des deux parents, mentionnées aussi dans l'Étude interdisciplinaire⁶⁴. Aux termes de l'art. 276, al. 2, CC, «[l]es père et mère contribuent ensemble, *chacun selon ses facultés*, à l'entretien convenable de l'enfant et assument en particulier les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger». La mise en œuvre d'une garde alternée, même à parts égales, n'exclut donc pas le versement d'une contribution d'entretien pour l'enfant⁶⁵. En d'autres termes, une participation paritaire à la prise en charge quotidienne de l'enfant n'implique pas automatiquement une participation aux frais d'entretien de l'enfant limitée à la moitié. Toute autre solution reviendrait à mettre à charge de l'État l'entretien de l'enfant, lorsque l'un des parents n'est pas en mesure de s'acquitter de sa moitié des frais d'entretien. Or, l'entretien de l'enfant – il y a lieu de le rappeler – doit être assumé solidairement par ses pa-

⁶¹ Étude interdisciplinaire, p. 58 s. À ce sujet on peut évoquer aussi les cours «Kinder im Blick» pour les parents en séparation organisés à Bâle, Lucerne et Zurich. Ces cours visent à permettre aux parents de mieux comprendre les enjeux de leur séparation pour leurs enfants. De son côté, la Fondation As'trame, active en Suisse romande, propose un soutien aux parents ainsi qu'un accompagnement pour les enfants et les adolescents confrontés à la séparation des parents.

⁶² MARIE-FRANCE CARLIER, La garde alternée, ça marche?, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?, p. 73 à 78, p. 75.

⁶³ KARIN BANHOLZER/REGULA DIEHL/ANDREAS HEIERLI/ANNE KLEIN/JONAS SCHWEIGHAUSER, Angeordnete Beratung – ein neues Instrument zur Beilegung von strittigen Kinderbelangen vor Gericht, in: Fam.Pra.ch 01/2012 p. 111 à 125, p. 125 (résumé): «Conscient que les conflits familiaux difficiles, lors desquels doivent être résolues des questions relatives aux enfants, ne peuvent être abordés que de manière interdisciplinaire, un groupe de travail Réseau enfant (Netzwerk Kind) s'est constitué à Bâle. Toutes les professions qui traitent des questions relatives aux droits des enfants y sont représentées. L'objectif de ce groupe de travail est d'améliorer les structures et processus existants et de trouver d'autres instruments qui devraient profiter à toutes les personnes impliquées dans ces situations difficiles. Le modèle bâlois de la consultation imposée a été développé dans le cadre de cette activité. Il s'agit d'une procédure standard adaptée aux institutions bâloises pour désamorcer les conflits en matière d'enfants. Elle est utilisée avec succès depuis une année et demie.»

⁶⁴ Étude interdisciplinaire, p. 63.

⁶⁵ Voir message Entretien de l'enfant, FF 2014, p. 557, et JONAS SCHWEIGHAUSER, FamKommentar Scheidung, Ingeborg Schwenzer/Roland Fankhauser (éd.), 3^e éd., Berne 2017, n°47 à 49 et 93 ad art. 285 CC.

rents: l'intervention de l'État est subsidiaire^{66 67}. Même en présence d'une garde alternée paritaire, la répartition de la charge financière de l'enfant se fera par conséquent sur la base des ressources de chacun des parents⁶⁸. Cette règle s'applique également à la contribution d'entretien pour la prise en charge de l'enfant⁶⁹.

4.2 Garde alternée et modification des circonstances

Une autre question souvent posée en relation avec la garde alternée concerne la marche à suivre lorsque l'un des parents ne respecte pas ses engagements et finit par ne pas assumer la moitié de la prise en charge de l'enfant, tout en continuant de verser une contribution d'entretien réduite⁷⁰.

4.2.1 Modification des circonstances

S'il s'avère que la garde alternée n'est plus envisageable⁷¹ et que la modalité de prise en charge se transforme de fait en une garde exclusive, il est possible d'introduire une demande de modification de la décision sur la garde et sur la contribution d'entretien en application des art. 179 et 286 CC (faits nouveaux: modification de la décision sur les mesures de protection de l'union conjugale) ou des art. 134 et 286 CC (faits nouveaux: modification de la décision de divorce). Si les parents ne sont pas mariés, le juge peut être saisi en application de l'art. 298d, al. 3 CC (faits nouveaux: modification de la décision de l'autorité de protection de l'enfant). Il y a lieu de rappeler que, dans le cadre d'une action en modification de la contribution d'entretien due à l'enfant, il est possible de demander une augmentation de la contribution pour l'avenir et pour l'année qui précède l'ouverture de l'action⁷².

De plus, le parent qui se retrouve «obligé» de manière imprévue d'assumer seul la garde de l'enfant peut, selon les circonstances, obtenir le remboursement de certains frais engendrés par le comportement du parent qui n'a pas respecté la répartition de la prise en charge convenue ou décidée par l'autorité. Le parent a ainsi peut-être du faire garder l'enfant par un

⁶⁶ Voir message Entretien de l'enfant, FF **2014**, p. 520.

⁶⁷ La question de l'entretien de l'enfant dans le cadre de la garde alternée fait également l'objet de discussions en Allemagne. Dans son guide du 18 mai 2017 («Kindesunterhalt im Wechselmodell – Handreichung für die Beratungspraxis vom 18.5.2017», in: FamRZ 2017, p. 1299), la Ständige Fachkonferenz 3 (SFK 3) «Familienrecht und Beistandschaft, Amtssvormundschaft» du Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht relève qu'en cas de véritable garde alternée il incombe aussi prioritairement aux parents de couvrir les besoins financiers courants de l'enfant. Elle souligne qu'il faut veiller à ce que les moyens financiers disponibles à cette fin en cas de garde alternée ne soient pas inférieurs à ceux qui seraient disponibles en cas de garde exclusive. La SFK 3 note que, pour remplir cette condition, les parents sont généralement obligés de travailler à plein temps, mais que, s'ils ont des revenus élevés, il est possible qu'ils soient en mesure d'assurer l'entretien minimal en travaillant chacun à temps partiel. Elle relève que ce n'est que lorsque les parents sont dans l'incapacité, sans faute de leur part, de satisfaire entièrement à leurs incombances par leurs propres moyens que l'État doit assurer l'entretien d'un enfant en garde alternée. Tel serait notamment le cas lorsque les parents ont des salaires qui, même cumulés, ne leur permettent pas de couvrir les coûts minimaux d'entretien de l'enfant, bien qu'ils travaillent autant qu'on peut raisonnablement l'exiger de leur part. La SFK 3 souligne que, dans ces cas, l'État est tenu de garantir, en fournissant les moyens nécessaires, que la garde alternée ne constitue pas, en raison de ses implications financières, une solution pour laquelle seules les familles aisées puissent opter.

⁶⁸ Voir aussi PHILIPPE MEIER, Nouveau droit de l'autorité parentale – État des lieux, in: Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux van Delden/Benedict Foëx (éd.), Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève 2017, p. 149 à 185, p. 175.

⁶⁹ Voir décision du Tribunal cantonal de Lucerne du 27 mars 2017, publiée dans FamPra.ch 2017, p. 877: «Selbst bei alternierender Obhut kann [...] zur Gewährleistung der persönlichen Betreuung des Kindes im Einzelfall ein Betreuungsunterhalt festgesetzt werden, sofern der andere Elternteil ausreichend leistungsfähig ist.» («Même en cas de garde alternée, il est [...] possible d'imposer le versement d'une contribution de prise en charge à l'un des parents, si celui-ci a les moyens financiers requis et si cela est nécessaire pour assurer la prise en charge de l'enfant.» [Traduction])

⁷⁰ Voir développement du postulat 15.3003. Cette question a été également posée lors de débats sur la révision des règles sur l'entretien de l'enfant: voir intervention CN Ursula Schneider Schüttel, 04.03.2015, BO **2015** N 82 et intervention CN Jean Christophe Schwaab, 04.03.2015, BO **2015** N 85.

⁷¹ Une telle situation peut se produire non seulement lorsque l'un des parents ne respecte pas ses engagements, mais aussi parce que l'enfant demande un changement ou suite au déménagement de l'un des parents.

⁷² SABINE AESCHLIMANN, in: FamKommentar Scheidung, n° 17 ad art. 286 CC; Droit de la famille, Code annoté, Estelle de Luze/Anne-Catherine Page/Patrick Stoudmann (éd.), Lausanne 2013, n° 1.14 et 1.15 ad art. 286 CC.

tiers pendant le temps que l'enfant était censé passer avec l'autre parent ou annuler un voyage pour s'occuper de l'enfant. Cela vaut d'ailleurs également lorsque le droit aux relations personnelles n'est pas exercé de manière conforme à ce qui était originellement prévu⁷³.

4.2.2 Répartition des compétences

Lors des débats parlementaires, il a été aussi affirmé que la mise en œuvre de la garde alternée serait difficile en raison d'une répartition peu claire des compétences entre le juge et l'autorité de protection de l'enfant, surtout en cas de modification des modalités de la prise en charge de l'enfant⁷⁴.

Dans la mesure où la décision du juge (art. 133 CC) ou de l'autorité de protection (art. 298b CC) concernant la réglementation de l'autorité parentale, de la garde, des relations personnelles et de l'entretien s'applique dans la durée, divers changements peuvent en effet intervenir dans le temps et rendre nécessaires des adaptations. Or, s'il est vrai que la question de la répartition des compétences entre le juge et l'autorité de protection a donné lieu initialement à des discussions lors de débats parlementaires, entretemps la procédure à suivre est devenue claire⁷⁵.

En cas de désaccord sur les modifications nécessaires, les parents vont devoir saisir l'autorité compétente: ce sera en principe le juge s'ils ont été mariés (art. 134 CC) ou l'autorité de protection de l'enfant s'ils n'ont pas été mariés (art. 298d CC). Si le litige porte sur la garde alternée en tant que telle (un parent demande par exemple la garde exclusive), il s'agit d'une modification du jugement de divorce qui relève de la compétence du juge selon l'art. 134, al. 3, CC. L'autorité de protection est en règle générale compétente lorsque les parents ne sont pas mariés, en vertu de l'art. 298d, al. 2, CC; il y a toutefois une attraction de compétence en faveur du juge, lorsque la modification implique aussi une adaptation de la contribution d'entretien (art. 298d, al. 3, CC). Lorsque ce sont les modalités d'exercice de la garde alternée qui sont contestées (le jour du changement de résidence dans la semaine ou la périodicité des changements), autrement dit la participation de chaque parent à la prise en charge, la compétence appartient à l'autorité de protection (pour les parents divorcés, voir art. 134, al. 4 *in fine*, CC⁷⁶; pour les parents non mariés, voir art. 298d, al. 2, CC).

Les parents peuvent toutefois aussi convenir des modifications et déroger d'un commun accord à la réglementation décidée. S'agissant de questions concernant le sort des enfants, une simple convention écrite entre les parents ne suffit toutefois pas (voir art. 284, al. 2, CPC). Si la nouvelle situation se stabilise, les parents peuvent l'officialiser en procédant devant l'autorité de protection, sans avoir à saisir une nouvelle fois le juge matrimonial s'ils ont été mariés (art. 134, al. 3, CC; voir art. 298d CC pour les parents non mariés). Même en présence d'un accord des parents, l'autorité examinera la nouvelle situation sous l'angle du bien

⁷³ ANDREA BÜCHLER, in: FamKommentar Scheidung, n° 11 ad art. 273 CC; message du 15 novembre 1995 concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dette alimentaire, asiles de famille, tutelle et courtoisie matrimoniale), FF 1996 I 1, p. 162: «Pour le reste, le non-respect d'une convention peut justifier, suivant les circonstances, une réparation selon les dispositions générales applicables en cas de délit.»

⁷⁴ Voir intervention CN Margret Kiener Nellen, 4.03.2015, BO 2015 N 82

⁷⁵ PHILIPPE MEIER, *op. cit.*, p. 175; ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, in: FamKommentar Scheidung, n° 20 ad art. 134 et art. 315a/b CC. La doctrine regrette toutefois que le pas supplémentaire accordant à une seule autorité – l'autorité de protection ou un tribunal du type tribunal de la famille – l'ensemble des pouvoirs en matière de droit de la famille n'ait pas été franchi (voir ESTELLE DE LUZE, Entretien de l'enfant: évolution en cours, in: Audrey Leuba/Marie-Laure Papaux van Del-den/Benedict Foëx [éd.], Le droit en question, Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Genève 2017, p. 101-121, p. 119 s).

⁷⁶ PHILIPPE MEIER, *op. cit.*, p. 175: «La question se rapproche en effet d'un litige sur le droit aux relations personnelles (droit de visite), étant relevé que le législateur a mis les deux questions sur le même plan à l'art. 133 al. 1 ch. 3 CC aussi. Il y a en revanche attraction de compétence en faveur du juge si celui-ci est saisi d'un contentieux sur l'autorité parentale, la garde ou l'entretien de l'enfant (art. 134 al. 3 *in fine* CC).»

de l'enfant, en application de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office (art. 446 CC, applicable en vertu du renvoi de l'art. 314 CC).

4.3 Garde alternée et domicile de l'enfant

Une autre question qui est posée, surtout par les associations des pères, porte sur le domicile civil de l'enfant en présence d'une garde alternée. La possibilité de reconnaître à l'enfant deux domiciles (au domicile de chaque parent) aurait en effet une valeur symbolique particulière.

4.3.1 Principe de l'unité du domicile civil

En droit suisse, «nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles» (art. 23, al. 2, CC)⁷⁷. Cela vaut également pour l'enfant: même en cas de garde alternée, il ne peut avoir qu'un seul domicile (civil)⁷⁸.

Il y a lieu de préciser que le domicile n'a pas seulement une valeur symbolique. Il est déterminant tant pour les droits et devoirs d'une personne que pour différentes compétences⁷⁹, d'où la nécessité de l'unité du domicile. Le domicile civil détermine par exemple quelle autorité (quel tribunal ou quelle autorité de protection de l'enfant) est compétente. Le domicile civil au sens des art. 23 ss CC est déterminant dans tout le domaine du droit privé. Dans le domaine du droit public, la notion de domicile est définie de manière autonome⁸⁰. Dans de nombreux cas, par exemple dans le domaine du droit fiscal ou du droit des assurances sociales, le domicile est cependant défini par référence au domicile civil. Le domicile de l'enfant détermine notamment le lieu de scolarisation⁸¹.

Comment le domicile de l'enfant est-il déterminé en cas de garde alternée? Le domicile d'un enfant mineur correspond au domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des père et mère, au domicile de celui de ses parents qui détient la garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence (art. 25, al. 1, CC). En cas de garde alternée, les parents se partagent tant l'autorité parentale que la garde. Selon la majorité de la doctrine, la garde alternée est un cas d'application de l'art. 25, al. 1, 2^e phrase, CC. D'après ce point de vue, le domicile de l'enfant en garde alternée correspond donc à son lieu de résidence⁸². La notion de résidence suppose un séjour d'une certaine durée; un bref séjour à un endroit donné ne suffit pas pour que celui-ci soit considéré comme lieu de résidence⁸³. Un enfant en garde alternée peut donc avoir deux lieux de résidence, s'il fait la navette entre le domicile de son père et celui de sa mère⁸⁴. Se pose alors la question de savoir où se trouve son domicile. Il est proposé de considérer que l'enfant a son domicile au lieu avec lequel il a les relations les plus étroites⁸⁵. Il peut s'agir par exemple du lieu où l'enfant

⁷⁷ Principe de l'unité du domicile. Voir DANIEL STAEHELIN, Basler Kommentar ZGB I, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (éd.), 5^e éd., Bâle 2014, n° 2 ad art. 23 CC.

⁷⁸ FELIX SCHÖBI, La garde alternée, ça marche?, in: Les nouvelles formes de parentalité: le temps du partage... et l'enfant?, p. 79 à 86, p. 80.

⁷⁹ HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4^e éd., Berne 2016, n° 09.18.

⁸⁰ DANIEL STAEHELIN, *op. cit.*, n° 3 ad art. 23 CC.

⁸¹ ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, *op. cit.*, n° 12 ad art. 298 CC.

⁸² DANIEL STAEHELIN, *op. cit.*, n° 9 ad art. 25 CC; ANDREA BÜCHLER/SANDRO CLAUSEN, *op. cit.*, n° 12 ad art. 298 CC avec renvois; HEINZ HAUSHEER, Berner Kommentar Bd. II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB, Heinz Hausheer/Ruth Reusser/Thomas Geiser (éd.), 2^e éd., Berne 1999, n° 34/18 et 34/21 ad art. 162 CC; PHILIPPE MEIER, *op. cit.*, p. 174.

⁸³ HEINZ HAUSHEER, *op. cit.*, n° 34/19 ad art. 162 CC.

⁸⁴ La situation est différente en cas de résidence alternée des parents, lorsque ceux-ci se déplacent à tour de rôle auprès des enfants vivant dans l'appartement familial («Nestmodell»).

⁸⁵ ANDREA BÜCHLER/LUCA MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge, in: Jusletter 11 août 2014, n°12 *in fine*.

est scolarisé. Si les parents ne prennent pas l'enfant en charge à parts strictement égales, on peut admettre que l'enfant a son domicile au lieu où il passe la majeure partie de son temps⁸⁶.

Étant donné qu'il peut être difficile de déterminer le lieu avec lequel les relations sont les plus étroites et compte tenu de l'importance que revêt le domicile du fait des conséquences juridiques qui y sont attachées, la littérature recommande qu'en cas de garde alternée paritaire le domicile de l'enfant soit désigné d'un commun accord par les parents ou, en cas de litige, fixé par l'autorité compétente (juge ou autorité de protection de l'enfant)⁸⁷. Cette recommandation est souvent suivie dans la pratique⁸⁸.

4.3.2 Double domiciliation pour l'enfant?

La question de la double domiciliation de l'enfant fait aussi l'objet de discussions à l'étranger.

En **France**, le projet de réforme déposé en 2014 (voir chiffre 2.2.1) propose de fixer la résidence de l'enfant au domicile de chacun des parents, même sans une répartition égale des temps effectivement passés au domicile de chacun des parents. La proposition est cependant très controversée⁸⁹.

En **Allemagne**, la Cour fédérale administrative («Bundesverwaltungsgericht») a jugé, dans une décision du 30 septembre 2015⁹⁰, que, vu l'importance de la résidence principale («Hauptwohnung»), le principe «un habitant, une résidence principale» s'appliquait également sans restriction dans les cas de garde alternée. Elle a arrêté que, s'il est impossible de déterminer où se trouve le centre des intérêts d'un enfant en garde alternée et si les parents, détenteurs de l'autorité parentale, ne prennent pas de décision, c'est le lieu où les parents ont vécu avec leur enfant jusqu'à la séparation et où le père ou la mère continue à vivre après la séparation qui est considéré comme le domicile principal («Hauptwohnsitz»).

Les milieux préconisant la double domiciliation de l'enfant se réfèrent souvent à la réglementation belge. En **Belgique**, les enfants de parents séparés peuvent, depuis le 15 février 2016, avoir deux adresses officielles: un domicile et un lieu de résidence⁹¹. L'enfant n'a donc pas deux domiciles. Concrètement, le parent «hébergeur» peut faire ajouter au registre de la population l'identité de l'enfant (ou des enfants) qui réside(nt) chez lui. Une telle mention permet à l'enfant de bénéficier des mêmes avantages dans sa commune de résidence que dans celle où il est domicilié. Elle permet aussi aux services de secours, si nécessaire, de connaître le nombre de personnes potentiellement présentes dans le logement. Enfin, l'administration communale peut aussi réévaluer la situation du parent «hébergeur», notamment pour l'attribution d'un logement social⁹².

En Suisse, il est également possible d'annoncer un enfant à plusieurs endroits. Ainsi, en cas de garde alternée, un enfant peut être annoncé auprès de deux communes. Au sens du droit réglant l'annonce auprès du contrôle des habitants, l'enfant a son domicile principal dans la

⁸⁶ PAUL-HENRI STEINAUER, Le domicile de l'enfant dont les parents n'ont pas un domicile commun, in: Le droit en question – Mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley, Zurich 2017, p. 15 à 24, p. 23.

⁸⁷ PAUL-HENRI STEINAUER, *op. cit.*, p. 23; INGEBORG SCHWENZER/MICHELLE COTTIER, Basler Kommentar ZGB I, Heinrich Honseil/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (éd.), 5^e éd., Bâle 2014, n° 9 ad art. 298 CC; PHILIPPE MEIER, *op. cit.*, p. 174.

⁸⁸ Voir arrêts du Tribunal fédéral 5A_937/2015 du 31 mars 2016, consid. 4, et 5A_439/2015 du 17 juin 2015. Voir également décision du tribunal cantonal du canton de Saint-Gall du 14 août 2015, accessible sur www.gerichte.sg.ch > Dienstleistungen > Rechtsprechung > Kantonsgericht > Entscheide 2015 > Zivilkammern.

⁸⁹ Voir www.lepoint.fr, 19.05.2014 «Proposition de loi famille: la double résidence de l'enfant divise l'Assemblée».

⁹⁰ BVerwG 6 C 38.14.

⁹¹ <http://www.infor-jeunes.be/site/news-infor-jeunes-417-Domicile-et-residence-une-double-adresse-pour-les-jeunes-en-garde-alternee>

⁹² Ce registre ne donne toutefois aucun droit supplémentaire en matière d'avantages fiscaux ou sociaux. Par exemple, les réductions du précompte immobilier liées à la charge d'un enfant resteront uniquement valables pour le parent chez qui l'enfant est domicilié.

commune dans laquelle il vit avec celui de ses parents qui assume la majeure partie de sa prise en charge (commune d'établissement, voir art. 3, let. c, de la loi sur l'harmonisation de registre [LHR]⁹³). S'il réside au moins trois mois par an dans la commune de domicile de l'autre parent, celle-ci peut (également au sens du droit réglant l'annonce auprès du contrôle des habitants) constituer son domicile secondaire (commune de séjour, voir art. 3, let. c, LHR). En cas de garde alternée à parts égales, les offices de contrôle des habitants recommandent aux parents de s'accorder sur la désignation du domicile principal. En général, il s'agit du domicile civil. Il peut cependant y avoir un problème lié au fait que certains avantages sont réservés aux enfants ayant leur domicile principal dans une commune donnée⁹⁴. Étant donné la nécessité, évoquée plus haut, de l'unité du domicile civil, il est toutefois inopportun d'envisager une modification de la définition de la notion de domicile civil pour cette raison. Il incombe aux autorités et fournisseurs de prestations concernés de trouver au cas par cas une solution appropriée.

Enfin, la possibilité de reconnaître à l'enfant deux domiciles (d'assistance) en présence d'une garde alternée semble être prise en considération aussi dans le domaine du droit de l'aide sociale. Il est préconisé que, pour le calcul du budget de soutien, on reconnaisse que l'enfant partage le domicile d'assistance des deux parents ou alternativement le domicile d'assistance de l'un ou de l'autre.⁹⁵

4.4 Garde alternée et impôts

Du point de vue fiscal, la garde alternée soulève les questions du barème applicable (voir chiffre 4.4.1) et de la personne qui peut faire valoir les déductions pour enfants (voir chiffre 4.4.2).

4.4.1 Barème parental

Les contribuables qui ont des enfants sont imposés selon le barème parental (art. 36, al. 2^{bis}, de la loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct [LIFD]⁹⁶). Celui-ci se compose du barème pour les personnes mariées (base) et d'une déduction du montant de l'impôt égale à 251 francs par enfant. Le barème parental ne peut pas être divisé entre plusieurs contribuables. Si les parents sont séparés de fait ou de droit, le barème parental est toujours accordé exclusivement à un seul d'entre eux. L'autre est imposé selon le barème de base.

En cas de garde alternée, le barème parental est appliqué au parent qui assure l'essentiel de l'entretien de l'enfant. Lorsque des parents séparés, divorcés ou non mariés ont chacun leur propre ménage, exercent en commun l'autorité parentale et pratiquent la garde alternée et que des contributions d'entretien sont versées, le parent qui reçoit ces dernières est imposé selon le barème parental, tandis que l'autre parent est imposé selon le barème de base. En l'absence de contributions d'entretien, on présume que c'est le parent dont le revenu est le plus élevé qui pourvoit à l'essentiel de l'entretien de l'enfant et c'est donc ce parent qui est imposé selon le barème parental⁹⁷. Dans un arrêt du 7 août 2015 concernant des époux divorcés ayant l'autorité parentale conjointe, le Tribunal fédéral a jugé que lorsque (i) les parents exercent une garde alternée équivalente, (ii) aucune contribution d'entretien n'est ver-

⁹³ RS 431.02

⁹⁴ Par exemple, les tarifs appliqués dans le cadre du passeport vacances varient selon la commune de domicile des participants.

⁹⁵ Voir RUTH ZJÖRJEN, L'enfant vit la moitié du temps chez le père: comment calculer le soutien?, in: ZESO 2/2014, p. 10.

⁹⁶ RS 642.11

⁹⁷ Voir Administration fédérale des contributions (AFC), Impôt fédéral direct, circulaire n° 30: imposition des époux et de la famille selon la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), chiffres 13.4.2 et 14.4.2.

sée et (iii) les parents ont convenu de prendre en charge l'entretien de l'enfant à parts égales, c'est le parent qui a le revenu le moins élevé qui doit être considéré comme contribuant pour l'essentiel à l'entretien de l'enfant et que, partant, c'est à ce parent qu'on doit accorder le barème réduit pour l'impôt fédéral direct et les impôts cantonal et communal sur le revenu⁹⁸.

4.4.2 Déductions

Selon l'art. 35, al. 1, let. a, LIFD et la circulaire n° 30 de l'Administration fédérale des contributions (AFC), les déductions (déduction pour enfants, déduction pour primes d'assurance et intérêts de capitaux d'épargne) applicables lorsque des parents séparés, divorcés ou non mariés (deux ménages) exercent en commun l'autorité parentale sont régies par les principes suivants: en l'absence de contributions d'entretien, chacun des parents peut demander la moitié de la déduction pour enfants et la moitié de la déduction pour les primes d'assurance et les intérêts de capitaux d'épargne; si des contributions d'entretien sont versées, le parent qui les reçoit a droit à l'intégralité de ces déductions⁹⁹. Ces principes s'appliquent qu'il y ait ou non garde alternée.

Cette réglementation a été critiquée dans une intervention parlementaire déposée le 14 mars 2016¹⁰⁰. L'auteur de l'initiative demande que, lorsque les parents exercent une garde alternée et que l'un d'eux demande la déduction d'une contribution d'entretien, les déductions puissent être réparties par moitié. Par vote du 6 juin 2017, le Conseil national, sur recommandation de sa Commission de l'économie et des redevances (CER-N)¹⁰¹, chargée d'examiner l'initiative, a décidé de ne pas donner suite à celle-ci¹⁰². Il convient de relever que la garde alternée n'implique pas forcément que les parents prennent l'enfant en charge à parts exactement égales. Se pose donc la question de savoir quelle devrait être la répartition du temps de garde pour que les déductions puissent être partagées. La détermination, à intervalles réguliers, de la proportion du temps pendant laquelle chaque parent assume la garde de l'enfant peut représenter une lourde charge de travail pour l'AFC et une grave atteinte à la sphère privée des parents¹⁰³.

5 Appréciation d'ensemble et perspectives

Le présent rapport a été rédigé en exécution du postulat 15.3003, qui a «pour objectif d'obtenir une analyse complète des problèmes juridiques et pratiques posés par la garde alternée et d'évaluer les solutions qui pourraient y être apportées»¹⁰⁴.

Au vu des résultats de l'Étude interdisciplinaire, de l'évolution récente de la jurisprudence du Tribunal fédéral ainsi que, au niveau international, de la Résolution 2079 de l'Assemblée

⁹⁸ Voir ATF 141 II 338 et le renvoi à cet arrêt à la p. 73 de l'Étude interdisciplinaire.

⁹⁹ Voir AFC, Impôt fédéral direct, circulaire n° 30: imposition des époux et de la famille selon la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD), chiffres 14.4.1 et 14.5.2.

¹⁰⁰ Initiative parlementaire 16.406 Nantermod «Garde partagée. Répartir la déduction pour les enfants mineurs entre les parents».

¹⁰¹ Rapport du 20 février 2017 de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national.

¹⁰² Voir, concernant ce même sujet, la motion 09.3129 Amstutz «Imposition de la pension alimentaire chez des parents divorcés ou séparés». Dans sa réponse à cette motion, le Conseil fédéral relève que, si on renonçait à subordonner le partage des déductions à l'absence de pension alimentaire, le parent débiteur pourrait demander la déduction non seulement de la pension alimentaire, mais également de la moitié de la déduction pour enfants, qui tient également compte des coûts directs des enfants. L'autre parent serait désavantagé, étant donné qu'il devrait payer des impôts sur la totalité de la pension alimentaire, tout en ne pouvant demander que la moitié de la déduction pour enfants. La charge fiscale ne serait donc plus rétablie équitablement, le parent débiteur bénéficiant d'un double allègement fiscal injustifié. Le Conseil fédéral conclut que la réglementation actuelle est justifiée du point de vue du droit constitutionnel et du système fiscal.

¹⁰³ Rapport de la Commission de l'économie et des redevances du Conseil national du 20 février 2017.

¹⁰⁴ Voir développement du postulat.

parlementaire du Conseil de l'Europe du 2 octobre 2015, «Égalité et coresponsabilité parentale: le rôle des pères», le Conseil fédéral est convaincu que la décision du législateur de ne pas faire de la garde alternée le modèle de garde prioritaire est juste. Le maintien d'une coparentalité bénéfique pour l'enfant ne nécessite pas forcément une garde alternée; elle peut être promue et maintenue aussi au travers une garde exclusive avec un droit de visite élargi (voir chiffre 3).

De plus, le Conseil fédéral n'estime pas nécessaire adopter de nouvelles règles spécifiques pour les situations de garde alternée. Les questions que pose cette modalité de prise en charge de l'enfant peuvent être résolues dans le cas d'espèce en appliquant les dispositions légales en vigueur (voir chiffre 4). Aucun projet de révision législative ne sera donc lancé suite à ce rapport.

Les efforts pour permettre à l'enfant de maintenir une relation régulière avec ses deux parents après la séparation et le divorce, dont l'importance est explicitement reconnue par la loi (art. 298, al. 2^{bis}, et 298b, al. 3^{bis}, CC), doivent cependant se poursuivre. Il est important de renforcer les conditions-cadre permettant aux deux parents de participer à la prise en charge de l'enfant au quotidien avant et après la fin de la vie commune.

S'agissant des difficultés à concilier famille et travail, le programme d'impulsion visant à encourager la création de places d'accueil pour les enfants (et permettre ainsi aux parents de mieux concilier famille, travail ou formation), qui a été reconduit jusqu'au 31 janvier 2019¹⁰⁵, mérite d'être mentionné. Par ailleurs, le 16 juin 2017, le Conseil national et le Conseil des États ont approuvé deux instruments encourageant l'accueil extra-familial pour enfants. À l'avenir, le Conseil fédéral pourra soutenir les cantons et les communes qui augmentent les subventions à l'accueil extra-familial pour enfants afin de réduire les frais de garde supportés par les parents. Il pourra également octroyer des aides financières pour des projets visant une meilleure adéquation de l'offre d'accueil extra-familial aux besoins des parents. Pour ces deux nouvelles aides financières, la Confédération disposera d'un crédit d'engagement d'un montant maximal de 100 millions de francs pour une durée de cinq ans. Il est prévu que les nouvelles dispositions entrent en vigueur au milieu de l'année 2018¹⁰⁶. De plus, le 5 avril 2017, le Conseil fédéral a mis en consultation publique un projet de loi sur le traitement fiscal des frais de garde des enfants par des tiers, qui propose d'augmenter le montant déductible au titre de ces frais. Dans le cadre de l'impôt fédéral direct, les parents pourront déduire jusqu'à 25 000 francs par enfant et par an de leur revenu au titre des frais de garde des enfants par des tiers. Dans le cadre des impôts directs des cantons et des communes, le droit cantonal prévoira une déduction d'au moins 10 000 francs par enfant et par an¹⁰⁷.

La Confédération offre également un soutien aux familles dans le cadre du crédit «Organisations familiales». Ce crédit permet à la Confédération d'accorder des aides financières à des organisations familiales actives à l'échelle du pays ou d'une région linguistique, sachant que lesdites aides sont octroyées sur la base de contrats d'une durée de quatre ans (période en cours 2016-2019). Les aides financières fournies dans le cadre de ce crédit concernent les domaines «conseil aux parents et formation des parents» et «accueil extra-familial pour enfants»¹⁰⁸.

¹⁰⁵ La loi fédérale sur les aides financières à l'accueil extra-familial pour enfants est entrée en vigueur le 1^{er} février 2003. Initialement fixée à huit ans, sa durée de validité a été prolongée de quatre ans à deux reprises et arrivera à son terme le 31 janvier 2019. Voir www.ofas.admin.ch > Aides financières > Accueil extra-familial pour enfants.

¹⁰⁶ Voir www.ofas.admin.ch > Politique sociale > Politique familiale > Conciliation entre vie familiale et vie professionnelle > Accueil extra-familial pour enfants.

¹⁰⁷ La procédure de consultation s'est conclue le 12 juillet 2017. Le communiqué du 5 avril 2017 peut être consulté à l'adresse suivante: www.admin.ch > Conseil fédéral > Communiqués > Communiqués du Conseil fédéral.

¹⁰⁸ Voir www.ofas.admin.ch > Aides financières > Organisations familiales.

Enfin, le Conseil fédéral considère avec le plus grand intérêt la coopération pluridisciplinaire des différents intervenants professionnels autour de la famille (juges, autorité de protection de l'enfant, avocats, médiateurs, curateurs, etc.), visant à désamorcer le conflit et à rétablir la communication entre les parents, dans le but de les amener à trouver des solutions amiables qui répondent aux besoins de leurs enfants. Il ressort de l'Étude interdisciplinaire que dans les pays ayant promu la garde alternée, celle-ci s'accompagne en particulier d'une promotion des modes alternatifs de gestion du conflit parental. En Suisse aussi, certains cantons proposent un accompagnement interdisciplinaire aux familles qui se séparent. Le Conseil fédéral estime nécessaire suivre de près ces modèles d'accompagnement interdisciplinaire. Leur évaluation dans les cantons concernés du point de vue de la durabilité des solutions trouvées, de leur impact sur le conflit parental et le bien-être de l'enfant, ainsi que de la participation de l'enfant dans le processus de prise de décision pourrait servir de base pour une réflexion plus ample sur le fonctionnement de la justice familiale.