



UNIVERSITÉ
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Vincent Maître, Président
Commission des affaires juridiques du
Conseil national
Par e-mail : zz@bj.admin.ch

Genève, le 15 octobre 2025

Procédure de consultation relative à l'Initiative parlementaire 21.449 Kamerzin « Favoriser la garde alternée en cas d'autorité parentale conjointe »

Prise de position

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres de la Commission des affaires juridiques du Conseil national,

Nous vous remercions de l'occasion de vous soumettre une prise de position relative à l'avant-projet de modification du code civil visant à mettre en œuvre l'Initiative parlementaire 21.449 Kamerzin « Favoriser la garde alternée en cas d'autorité parentale conjointe ».

Remarques générales

L'objectif poursuivi par l'Initiative parlementaire est de favoriser une participation aussi équilibrée que possible des parents à la prise en charge de l'enfant lorsqu'ils exercent conjointement l'autorité parentale après une séparation ou un divorce et ne parviennent pas à s'entendre sur les modalités de prise en charge. Il s'agit donc d'une réglementation qui vise les litiges en matière de garde de l'enfant, ce qui représente une minorité des cas de séparation et de divorce.

Dans ce contexte nous souhaitons rappeler les constats de **l'étude sur la garde alternée de l'université de Genève de 2017**, mandatée par l'Office fédéral de la justice¹. Sur la base d'une analyse de la littérature scientifique, l'étude constate que c'est en premier lieu le type de coparentalité existant entre les parents suite à la séparation ou au divorce qui permet de répondre à la question de savoir dans quelles circonstances on doit admettre que la garde

¹ Cottier Michelle/Widmer Eric/Tornare Sandrine/Girardin Keciour Myriam, Etude interdisciplinaire sur la garde alternée, mandatée par l'Office fédéral de la Justice, 2017, p. 76.

alternée est la meilleure solution pour l'enfant : « les parents qui pratiquent un mode de coparentalité de type unitaire privilégiant la collaboration malgré la séparation/le 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. »

A la lumière de ces constats, certains développements de la **jurisprudence** du Tribunal fédéral ainsi que des tribunaux au niveau cantonal sont préoccupants.

Dans son premier arrêt de principe au sujet de la garde alternée, le Tribunal fédéral souligne certes que l'existence d'une bonne capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer est un critère essentiel pour déterminer si la garde alternée correspond au bien de l'enfant. A cet égard, on ne saurait déduire selon la Haute Cour une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée. En revanche, un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui pourrait apparaître contraire à son intérêt (ATF 142 III 617, p. 621, c. 3.2.3).

Le Tribunal fédéral a cependant par la suite réduit considérablement les exigences en matière de capacité et volonté des parents à communiquer ; il a admis que l'échange d'information entre les parents peut également intervenir par écrit uniquement et que les parents soient dépendants de l'intervention d'une tierce personne pour prendre des décisions communes relatives à l'éducation de leurs enfants ne constitue pas un obstacle à la garde alternée (TF 5A_629/2019 du 13 novembre 2020, c. 4.2). Cette jurisprudence crée le risque de faire perdurer des situations conflictuelles au détriment du bien de l'enfant.

En ce qui concerne la protection de l'enfant en cas de violence domestique, l'étude « Offres de soutien et mesures de protection pour les enfants exposés à la violence dans le couple parental »² a également abouti à des résultats préoccupants. Selon cette étude, dans le cadre de l'examen d'une garde alternée, les conflits et la violence ont été explicitement cités par les représentant·e·s des autorités interrogé·e·s comme des motifs d'exclusion d'une telle réglementation. Néanmoins, même dans les exemples de cas soumis aux membres d'autorités, et présentant des indices de violence psychique et physique dans le couple (par ex. insultes, gifles), quelques personnes interrogées tendaient à opter pour une garde

² Krüger Paula / Lorenz Cottagnoud Susanne / Mitrovic Tanja / Mahfoudh Amel / Gianella-Frieden Ersilia / Droz-Sauthier Gaëlle, Offres de soutien et mesures de protection pour les enfants exposés à la violence dans le couple parental, version courte du rapport, Berne 2024.

alternée. En résumé, certain·e·s membres des autorités et tribunaux ne semblent pas disposer des connaissances nécessaires pour être en mesure de reconnaître des situations de violence domestique.

Nous rappelons finalement que la meilleure manière de promouvoir une prise en charge égalitaire par les parents *après* une séparation ou un divorce est de créer les conditions-cadres qui permettent une telle organisation *pendant la vie commune déjà*, dès la naissance des enfants. D'importants obstacles existent cependant encore en Suisse à cet égard : l'absence d'un véritable congé parental qui permettrait aux pères de s'impliquer dans la prise en charge de leurs enfants dès le bas âge, le manque de structures d'accueil extrafamilial des enfants qui permettrait de mieux concilier activité lucrative et prise en charge des enfants et aussi les inégalités salariales entre hommes et femmes, sont autant de facteurs qui poussent les couples à s'organiser de manière semi-traditionnel (le père travaillant à plein temps et la mère à temps partiel). Si le législateur fédéral souhaite promouvoir la garde alternée / la prise en charge à parts égales, il s'agit d'abord d'éliminer ces obstacles, ce qui devrait être une priorité.

Le Conseil fédéral est également de l'avis que ce n'est pas en modifiant les dispositions du code civil relatives à la garde alternée que l'on pourra favoriser la prise en charge équilibrée des enfants par les deux parents après une séparation ou un divorce, mais plutôt en modifiant le contexte social³.

Au vu de ce qui précède, nous considérons que les actions suivantes sont nécessaires :

- **une meilleure prise en compte, dans la pratique des autorités de protection de l'enfant et des tribunaux civils, tant des connaissances de la recherche scientifique au sujet du bien de l'enfant, notamment en ce qui concerne les risques d'une garde alternée en cas de conflits entre les parents, que de la protection des enfants en cas de violence domestique ;**
- **des mesures de politique familiale et d'égalité qui favorisent la prise en charge égalitaire par les deux parents dès la naissance de l'enfant (congé parental, structures d'accueil extrafamilial des enfants, lutte contre les inégalités salariales entre hommes et femmes).**

Une révision des art. 298 al. 2^{ter} et 298b al. 3^{ter} CC n'est à notre sens pas nécessaire.

³ Conseil fédéral, Garde alternée : Évaluation de la pratique des tribunaux suite à la révision du droit des contributions d'entretien. Rapport du Conseil fédéral donnant suite au postulat 21.4141 Silberschmidt du 29 septembre 2021, Berne, le 24 avril 2024.

Si votre commission opte néanmoins pour la poursuite de la révision, la variante 1 nous semble préférable.

Remarques relatives à la Variante 1 (*garde alternée*)

La variante 1 propose une modification minimale des art. 298 al. 2^{ter} et 298b al. 3^{ter} CC afin que le tribunal ou l'autorité ne se limite plus à *examiner* la possibilité d'une garde alternée, mais doit *privilégier* ce régime de prise en charge, s'il correspond le mieux au bien de l'enfant. De plus, il est prévu d'ancrer explicitement dans la loi la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle le seul refus de l'un des parents ne saurait faire obstacle à l'examen et à l'attribution d'une garde alternée.

Cette variante a l'avantage de clarifier que la décision du tribunal ou de l'autorité doit dépendre de l'évaluation de quel régime de prise en charge correspond le mieux au bien de l'enfant. La garde alternée est à privilégier seulement si elle correspond le mieux au bien de l'enfant. Entre les deux variantes, cette variante est clairement préférable.

Comme mesures d'accompagnement, il nous semble nécessaire de mieux former les membres des autorités et des tribunaux au sujet des situations qui excluent une garde alternée, comme celles-ci créeraient un risque pour le bien de l'enfant.

Remarques relatives à la Variante 2 (*prise en charge de l'enfant à parts égales*)

La variante 2 va plus loin que la variante 1. Elle propose une modification plus importante des art. 298 al. 2^{ter} et 298b al. 3^{ter} CC en prévoyant l'obligation systématique pour l'autorité d'examiner, en cas de désaccord des parents, la possibilité d'une prise en charge de l'enfant à *parts égales*, indépendamment d'une demande de l'un des parents en ce sens. Elle doit toutefois s'en écarter si un autre régime de prise en charge correspond mieux au bien de l'enfant.

Même si cette variante permet également d'évaluer la situation à la lumière du bien de l'enfant, elle donne la priorité à la prise en charge à parts égales et ce, nous le rappelons, pour le groupe des parents qui se trouvent *en litige* autour du mode de prise en charge de leur enfant. Ce signal législatif accentuerait encore le risque de décisions instituant un régime de prise en charge égalitaire dans des situations de haut conflit, voire de violence domestique, encore une fois au détriment du bien de l'enfant.

Finalement, cette variante abandonne la terminologie de « garde » en la remplaçant par celle de « prise en charge ». Il y a en effet une série d'avantages de renoncer à la terminologie de « garde »⁴. Cependant il est important que ce changement se fasse de manière coordonnée, en modifiant toutes les dispositions faisant référence à la « garde ». Nous nous exprimons ainsi en faveur d'une future évolution du droit dans ce sens, un changement isolé des art. 298 al. 2^{ter} et 298b al. 3^{ter} CC nous semble contribuer au contraire à la confusion terminologique au lieu de la résoudre.

⁴ Voir Aebi-Müller Regina/ Coskun-Ivanovic Tanja, Expertengutachten « Kindesunterhaltsrecht: Insbesondere Auswirkungen der Einführung des Betreuungsunterhalts und der Betreuungsregelung, Lucerne, 23 décembre 2024, p. 51 ss.

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à ces lignes, nous vous prions de recevoir, Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les membres de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, nos salutations les plus respectueuses



Michelle Cottier
Professeure au Département de droit civil
Directrice du Centre d'étude, de technique
et d'évaluation législatives



Marie-Laure Papaux van Delden
Professeure à la Faculté de droit
Directrice du département de droit civil