



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur DFI

**Bureau fédéral de l'égalité
entre femmes et hommes BFEG**

Domaine violence domestique

Autorité parentale, droit de visite et violence domestique

Arrangement des contacts parents/ enfants en cas de séparation à la suite de violences domestiques : aspects de droit civil dans le contexte de l'attribution de l'autorité parentale

Expertise

Sur mandat du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG
Domaine Violence domestique

Auteure :

Prof. Dr. Andrea Büchler
Chaire de droit privé et de droit comparé
Université de Zurich

Zurich, novembre 2015

Bureau fédéral de l'égalité
entre femmes et hommes BFEG
Schwarztorstrasse 51, CH-3003 Bern
Tel. +41 58 46 26843, Fax +41 58 46 29281
ebg@ebg.admin.ch
www.egalite-suisse.ch

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | Introduction | 3 |
| 2 | Violence domestique et attribution de l'autorité parentale | 3 |
| 2.1 | Le nouveau droit de l'autorité parentale en bref | 3 |
| 2.2 | La violence domestique comme motif autonome pour attribuer l'autorité parentale exclusive ? | 5 |
| 2.3 | Violence domestique et autres critères d'attribution de l'autorité parentale exclusive | 6 |
| 2.3.1 | Conflit permanent entre les parents | 6 |
| 2.3.2 | Incapacité qualifiée à coopérer | 7 |
| 2.3.3 | Abus de droit manifeste | 8 |
| 2.3.4 | Résumé | 8 |
| 3 | Violence domestique et prise en charge de l'enfant | 9 |
| 3.1 | Précisions terminologiques | 9 |
| 3.2 | Violence domestique et garde alternée | 9 |
| 3.3 | Violence domestique et relations personnelles | 10 |
| 3.3.1 | Fondement des relations personnelles | 10 |
| 3.3.2 | Mise en danger du bien de l'enfant par l'expérience de la violence | 11 |
| 3.3.3 | Aménagement concret des relations personnelles dans les cas de violence domestique ... | 11 |
| 4 | Importance de la volonté de l'enfant | 14 |
| 5 | Synthèse | 15 |
| 6 | Bibliographie | 16 |

1 Introduction

En juin 2010, l'auteure avait élaboré à l'attention du Bureau fédéral de l'égalité entre femmes et hommes BFEG une expertise intitulée « Arrangement des contacts parents/enfants en cas de séparation à la suite de violences domestiques : aspects relevant du droit civil ». Elle s'était ensuite fondée sur ce travail pour publier, avec Margot Michel, un article sur ce thème dans la revue « La pratique du droit de la famille »¹. Ces textes ont servi de base de départ aux réflexions qui suivent. Les éléments de l'expertise de 2010 qui restent valables ont été reproduits ici.

Depuis ces premières publications, le droit de l'autorité parentale a été révisé. Il est donc important d'étudier les conséquences de la nouvelle donne juridique sur la séparation des parents à la suite de violences domestiques, d'une part en ce qui concerne l'attribution de l'autorité parentale et d'autre part en ce qui concerne l'arrangement des contacts entre parents et enfants. Nous allons nous employer ici à en esquisser les grandes lignes, étant précisé que quelques questions fondamentales et une multitude de questions ponctuelles en lien avec le droit de l'autorité parentale ne sont pas encore clarifiées.

2 Violence domestique et attribution de l'autorité parentale

2.1 Le nouveau droit de l'autorité parentale en bref²

Le nouveau droit de l'autorité parentale est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2014. La révision a pour but de concrétiser deux principes cruciaux : d'une part, il s'agit d'éliminer la discrimination juridique envers les pères non mariés³ ; d'autre part, l'autorité parentale conjointe devient la règle.⁴

Comme l'ancien droit, le droit révisé attribue l'autorité parentale sur les enfants mineurs conjointement aux deux parents lorsqu'ils sont mariés. La nouveauté réside dans le fait que cette autorité parentale conjointe ne s'éteint en principe pas avec la séparation (de fait) des parents. Dans le cadre d'une procédure de divorce ou de protection de l'union conjugale, l'un des parents obtient l'autorité parentale exclusive uniquement « si la sauvegarde des intérêts de l'enfant le commande » (art. 298, al. 1 CC). Au lieu d'accorder l'autorité parentale exclusive à l'un des parents, le juge peut se limiter à statuer sur la prise en charge de l'enfant – c'est-à-dire, pour être plus précis, sur la garde ainsi que sur les relations personnelles ou la participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant (art. 298, al. 2 CC).

Alors que le législateur a fait de l'autorité parentale conjointe la règle juridique pour les parents divorcés, il est resté à mi-chemin pour les parents non mariés. Dans ce cas, en effet, l'autorité parentale exclusive revient dans un premier temps à la mère (art. 298a, al. 5 CC). Les parents ont en outre la possibilité de s'entendre pour ne pas changer cette situation juridique. La démarche pour instaurer l'autorité parentale conjointe est différente selon que les parents sont ou non d'accord à ce sujet⁵. Si les parents sont d'accord, ils peuvent présenter une déclaration commune dans laquelle ils confirment qu'ils sont disposés à assumer ensemble la responsabilité de leur enfant et qu'ils se sont entendus

¹ BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525 ss.

² Pour plus de détails, lire BÜCHLER/MARANTA, Jusletter du 11.08.2014. Les explications qui suivent proviennent pour l'essentiel de l'article précité.

³ Pour des raisons de simplicité, la présente étude parle de « parents non mariés » et de « parents divorcés ». Il s'agit toujours de parents non mariés *ensemble* et de parents ayant divorcé *l'un de l'autre*.

⁴ Message concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315, 8330 s. ; ce n'est pas l'avis de FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, ZBJV 2014, 892 ss., 901 s., qui estiment que la formulation des dispositions de la loi n'autorise pas à déduire la prééminence de l'autorité parentale conjointe sur l'autorité parentale exclusive.

⁵ La loi fait une exception lorsque les père et mère se marient : le mariage leur confère automatiquement l'autorité parentale conjointe (art. 259, al. 1 CC).

sur la garde de l'enfant et ses relations personnelles ou sur la participation de sa prise en charge ainsi que sur son entretien (art. 298a CC). Par le dépôt de cette déclaration, l'autorité parentale conjointe est instaurée d'office. En revanche, si l'un des parents refuse de déposer la déclaration sur l'autorité parentale conjointe, l'autre parent peut saisir l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA). Celle-ci est tenue d'instituer l'autorité parentale conjointe, à moins que la sauvegarde des intérêts de l'enfant n'exige que la mère reste l'unique détentrice de cette autorité ou que celle-ci soit attribuée exclusivement au père (art. 298b, al. 2 CC). En même temps qu'elle statue sur l'autorité parentale, l'APEA règle « les autres points litigieux » qui opposent les parents, à l'exception de l'entretien de l'enfant (art. 298b, al. 3 CC). Pour l'essentiel, l'APEA statue sur la prise en charge de l'enfant. La loi contient une disposition spéciale visant les cas où le rapport avec l'enfant doit être établi au moyen d'une action en paternité.⁶ Dans cette situation, c'est le juge, et non pas l'APEA, qui instaure l'autorité parentale conjointe des parents non mariés, sauf si l'intérêt de l'enfant commande de maintenir l'autorité parentale exclusive de la mère ou de la transférer au père (art. 298c CC).

La loi ne prévoit pas que l'autorité parentale conjointe puisse être maintenue ou attribuée « conditionnellement » après des épisodes de violence domestique, par exemple avec l'obligation de suivre un programme d'apprentissage pour auteur-e-s de violence. Cependant, lorsque l'autorité compétente statue sur l'attribution de l'autorité parentale conjointe, elle peut aussi ordonner des mesures de protection de l'enfant et, par exemple, donner aux parents des instructions selon l'art. 307, al. 3 CC. Le non-respect de ces instructions par les parents peut donner motif à revoir la question de l'autorité parentale conjointe (art. 298d, al. 1 CC ; art. 134, al. 1 CC).

Selon le message relatif au nouveau droit, « l'exercice de l'autorité parentale conjointe signifie que les parents prennent ensemble toutes les décisions concernant l'enfant »⁷. L'autorité parentale conjointe concerne donc les décisions à prendre pour l'enfant et non pas – tout au moins pas principalement – sa prise en charge. En conséquence, l'autorité parentale conjointe ne fait naître ni une obligation ni un droit à prendre en charge l'enfant pour moitié⁸. Il est évident qu'un modèle dans lequel toute décision concernant un enfant soumis à l'autorité parentale conjointe devrait être prise par les deux parents serait inadapté à la vie quotidienne. C'est pourquoi l'art. 301, al. 1^{bis} CC prévoit que le parent qui a la charge de l'enfant peut prendre seul les décisions « courantes » ou « urgentes », ainsi que d'autres décisions lorsque l'autre parent ne peut pas être atteint « moyennant un effort raisonnable ». Dans les autres cas, les parents doivent prendre les décisions ensemble, c'est-à-dire dans leurs rapports internes. En conséquence, chaque parent doit agir en accord avec l'autre parent vis-à-vis de l'extérieur, c'est-à-dire dans le cadre des relations à l'égard des tiers⁹. La décision concernant le lieu de résidence de l'enfant fait l'objet d'une disposition spéciale (cf. art. 301a CC).

L'attribution de l'autorité parentale est en partie du ressort du juge et en partie du ressort de l'APEA¹⁰. Cette séparation en deux de la compétence matérielle s'applique aussi aux conflits relatifs à l'exercice de l'autorité parentale conjointe.

⁶ http://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2014/765/das-neue-recht-der-e_72c1407896.html - footnote_12

⁷ Message concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315, 8343. Le Tribunal fédéral définit l'autorité parentale comme un « droit-devoir » englobant la totalité des responsabilités et des prérogatives des parents envers l'enfant, en particulier en ce qui concerne l'éducation, la représentation légale et la gestion des biens : cf. arrêt du Tribunal fédéral (TF) 5A_198/2013 du 14.11.2013, consid. 4.1.

⁸ Arrêt du TF 5A_266/2015 du 24.06.2015, consid. 4.2.2.1. La révision du droit de l'entretien de l'enfant, cependant, stipule que le tribunal ou l'APEA, lorsque l'autorité parentale est exercée conjointement, doit examiner la possibilité de la garde alternée « selon le bien de l'enfant » si le père, la mère ou l'enfant le demande ; cf. art. 298, al. 2^{ter} nCC et art. 298b, al. 3^{ter} nCC (<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/2509.pdf> ; dernière visite le 08.06.2015).

⁹ La loi établit d'ailleurs une présomption dans ce sens pour les tiers de bonne foi (cf. art. 304 CC).

¹⁰ Les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte sont parfois des autorités judiciaires. Dans la présente expertise, le terme « APEA » englobe aussi ces autorités. Le tribunal est compétent à raison de la matière – exclusivement mais pas en dernier ressort – pour les parents mariés et les parents divorcés (cf. p. ex. art. 134 CC). L'entrée en vigueur de la révision du droit en matière d'entretien de l'enfant modifiera la répartition des compétences entre l'APEA et le tribunal civil ; cf. art. 298b, al. 3 nCC (<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2015/2509.pdf> ; dernière visite le 08.06.2015). Les compétences de l'office de l'état civil ne sont pas abordées ici.

2.2 La violence domestique comme motif autonome pour attribuer l'autorité parentale exclusive ?

Le Code civil ne précise pas dans quelles circonstances l'attribution de l'autorité parentale conjointe aux parents non mariés est contraire à l'intérêt de l'enfant (cf. art. 298b, al. 2 CC). La loi ne dit pas non plus dans quelles circonstances l'autorité parentale conjointe est incompatible avec l'intérêt de l'enfant après une séparation de fait (cf. art. 298, al. 1 CC). Cette absence de concrétisation dans la loi a suscité des critiques durant le processus législatif : certains participants à la consultation ont suggéré que la violence domestique figure expressément comme motif d'attribution de l'autorité parentale exclusive¹¹. Le Conseil fédéral s'y est refusé en invoquant le fait que la violence domestique remet en question non seulement l'autorité parentale conjointe, mais aussi de manière générale l'aptitude des parents à exercer l'autorité parentale, que ce soit seuls ou ensemble¹². Au vu des explications avancées par le Conseil fédéral, il convient donc de déterminer si la violence domestique constitue un motif autonome pour confier l'autorité parentale exclusive au parent non violent ou pour maintenir son autorité parentale exclusive.

Dans la doctrine, nul ne conteste qu'il faille s'abstenir d'attribuer l'autorité parentale conjointe lorsqu'il existe un motif de retrait de l'autorité parentale selon l'art. 311, al. 1 CC et qu'en outre ce motif représente pour le bien de l'enfant un danger qui ne peut être écarté par des mesures moins radicales. Depuis la révision du droit de l'autorité parentale, la « violence » figure explicitement parmi les motifs de retrait de l'autorité parentale (art. 311, al. 1, ch. 1 CC)¹³. Le terme utilisé englobe en particulier la violence domestique¹⁴, le législateur ayant renoncé à juste titre à faire une différence entre les cas où l'enfant est directement victime de violence domestique et ceux où il en est « seulement » le témoin¹⁵. Cependant, il est fréquent dans les cas de violence domestique que la mesure de protection de l'enfance appropriée et requise soit non pas le retrait de l'autorité parentale, qui est envisagée comme ultima ratio dans le système de la protection de l'enfant, mais plutôt le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence (art. 310 CC) et, le cas échéant, l'interdiction d'avoir des contacts avec l'enfant dans le cadre du droit de visite (art. 274, al. 2 CC)¹⁶. Dans la pratique, le retrait de l'autorité parentale pour cause de violence domestique ne devrait donc être ordonné que très exceptionnellement¹⁷. En conséquence, on ne pourra que très rarement empêcher l'instauration ou la poursuite de l'autorité parentale conjointe en arguant que l'un des parents doit être privé de son autorité parentale parce qu'il a commis des violences domestiques. Il faudrait pour cela que la violence infligée au parent qui s'occupe de l'enfant par l'autre parent aille jusqu'à l'homicide ou la tentative d'homicide sinon des lésions corporelles graves. En pareil cas, il est souvent possible d'argumenter que le parent violent, par son comportement envers la personne de référence la plus proche de l'enfant, a démontré qu'il n'avait pas la capacité de prendre des décisions conformes au bien de l'enfant¹⁸.

¹¹ Lire le rapport rendant compte des résultats de la consultation

(<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/gesellschaft/gesetzgebung/kindeunterhalt/ve-ber-f.pdf> ; dernière visite le 13.07.2015), 8.

¹² Cf. Message concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315, 8342 s.

¹³ Il ne s'agissait toutefois pas de modifier la situation juridique ; cf. GEISER, ZKE/RMA 2015, 226 ss., 235 s.

¹⁴ Message concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315, 8346.

¹⁵ Message concernant une modification du Code civil suisse (Autorité parentale), FF 2011 8315, 8346 ; voir aussi CEDH, Eremia et al. c. Moldavie, jugement n° 3564/11 du 28.05.2013, en particulier § 74.

¹⁶ Pour aller plus loin, lire GEISER, ZKE/RMA 2015, 236, qui estime qu'une personne violente peut, selon les circonstances, être capable d'exercer l'autorité parentale en se conformant à ses devoirs. A son avis, c'est pour cette raison – et non pas pour des raisons d'absence de proportionnalité – qu'il faut s'abstenir de retirer l'autorité parentale.

¹⁷ Cela est confirmé par la toute dernière statistique des mesures de protection de l'adulte et de l'enfant : en 2012, l'autorité parentale n'a été retirée qu'à 54 reprises en Suisse et ce chiffre comprend les retraits demandés par les parents en vertu de l'art. 312 CC (non pertinents pour la présente étude) ; cf. ZKE/RMA 2014, 83 ss.

¹⁸ C'est ce qu'a jugé p. ex. la Cour suprême du canton d'Argovie : OGer Aargau, Kammer für Kindes- und Erwachsenenschutz, arrêt XBE.2013.1 du 27.05.2013, consid. 3.3, publié sous forme d'extraits in CAN 2014, 13 ss. Il convient de préciser dans ce contexte que l'absence de communication entre l'enfant et le parent violent, même si elle est prolongée, ne saurait autoriser le retrait de l'autorité parentale en vertu de l'art. 311 CC. Toutefois, le Tribunal estime qu'il y a bien une absence de communication uniquement dans des cas qualifiés, p. ex. si le parent purge une peine privative de liberté de longue durée. Lire à ce sujet CHOFFAT, ZKE/RMA 2014, 31 ss., 49 s. ; arrêt du TF 5A_213/2012 du 19.06.2012, consid. 4.1.

Dans les cas de violence domestique, il est fréquent que l'on ne puisse pas raisonnablement exiger de la victime qu'elle partage l'autorité parentale avec l'autre parent. Une partie de la doctrine estime que cette inexigibilité constitue un motif d'attribution de l'autorité parentale exclusive¹⁹. Mais l'historique du projet législatif oblige à rejeter cette opinion : lors du débat sur la nouvelle réglementation de l'autorité parentale, les parlementaires ont refusé une proposition visant à permettre au juge de confier à l'un des parents l'autorité parentale exclusive « si l'autorité parentale conjointe ne semble pas acceptable pour d'autres raisons » [note : que la sauvegarde des intérêts de l'enfant]²⁰. Toutefois, des aspects obligeant à conclure entre autres à l'inexigibilité pour des raisons personnelles peuvent revêtir une importance dans un autre contexte, comme nous allons le montrer dans les explications qui suivent.

2.3 Violence domestique et autres critères d'attribution de l'autorité parentale exclusive

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), il peut exister, outre les situations visées à l'art. 311 CC fondant le retrait de l'autorité parentale, des circonstances et des motifs qui imposent d'attribuer l'autorité parentale à un seul des parents²¹. A titre d'exemple, le TF explique qu'« un conflit durable important ou une incapacité à communiquer persistante des parents » peuvent nécessiter une attribution exclusive de l'autorité parentale, a fortiori dans les cas où l'exercice conjoint de l'autorité parentale serait contraire au bien de l'enfant²². Dans quelle mesure d'autres motifs doivent-ils également être pris en compte ? Il règne un certain flou sur ce point. Une partie de la doctrine estime qu'en cas de doute il n'y a pas lieu de privilégier l'autorité parentale conjointe : il faut peser les avantages et les inconvénients de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et procéder à une attribution exclusive lorsque les motifs qui plaident pour ce modèle sont prépondérants du point de vue du bien de l'enfant²³. Cette opinion doit être réfutée. En effet, la pratique des tribunaux cantonaux²⁴ et les recommandations de la Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA) à l'attention des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte intitulées « L'autorité parentale conjointe devient la règle – Mise en œuvre »²⁵ partent du principe que l'autorité parentale conjointe n'est contraire au bien de l'enfant que dans un très petit nombre de cas de figure. Sont cités, à côté de l'existence d'un conflit durable entre les parents et de l'incapacité qualifiée à coopérer, l'absence de volonté de coopérer ainsi que les abus de droit manifestes²⁶. Nous allons voir dans quelle mesure la violence domestique peut jouer un rôle dans l'application de ces critères d'attribution.

2.3.1 Conflit permanent entre les parents

Depuis quelques années, les ouvrages spécialisés emploient pour décrire les conflits parentaux permanents des catégories comme « situations hautement conflictuelles » et « conflits particulièrement aigus », mais elles restent sans définition uniforme. La notion de conflit aigu suggère une proximité avec le phénomène de la violence domestique. Cependant, le discours scientifique ne dit pas clairement si la violence domestique peut prendre la forme d'un conflit permanent. Schüler/Löhr affirment à ce sujet que l'existence de conflits aigus ou de situations hautement conflictuelles entre les parents permet de supposer que le couple entretient un rapport de force asymétrique dans lequel chacun des partenaires se retrouve alternativement en position de force. Or, dans le cas de la violence domes-

¹⁹ Cf. FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, ZBJV 2014, 892 ss., 893 s., 912.

²⁰ BO 2012 N 1644. En ce qui concerne la portée des propositions rejetées lors des débats parlementaires, cf. ATF 137 V 167.

²¹ Arrêt du TF 5A_923/2014 du 27.08.2015, consid. 4. Cet avis est partagé dans la doctrine (cf. analyse détaillée de GEISER, ZKE/RMA 2015, 226 ss., 235 ss.)

²² Arrêt du TF 5A_923/2014 du 27.08.2015, consid. 4.6.

²³ FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, ZBJV 2014, 892 ss., 893.

²⁴ Cf. Cour suprême du canton de Berne (OGer BE), arrêt du 17.09.2014, in CAN 2015, 70 ss. ; Cour suprême du canton de Zurich (OGer ZH), arrêt et jugement PQ140022-O/U du 15.10.2014, consid. 3.2.

²⁵ COPMA, 2.

²⁶ Commentaire bâlois CC I, SCHWENZER/COTTIER, ad art. 298, n. 16. Ces auteurs évoquent également le cas, peu pertinent dans la pratique, où l'entente entre les parents et l'enfant n'est plus possible, ce qui pourrait se produire si l'un des parents s'installe à l'étranger.

tique, le pouvoir est généralement exercé par l'un des partenaires sur l'autre, et cela pendant des années ; de plus, la très grande majorité des actes de violence domestique sont commis par des hommes²⁷. D'autres auteurs estiment que les deux phénomènes sont imbriqués : dans le domaine psychosocial, on voit parfois dans la violence domestique un schéma de comportement possible, mais pas automatique, des parents en conflit aigu²⁸. Inversement, certains postulent que les situations hautement conflictuelles doivent être qualifiées de violence domestique au sens large²⁹. Il est à douter que l'on puisse tracer une limite claire entre la violence domestique et les conflits parentaux aigus, mais cela n'est pas décisif pour la réglementation de l'autorité parentale. En effet, l'autorité parentale conjointe n'est pas systématiquement contraire au bien de l'enfant en cas de conflit permanent ; elle l'est uniquement lorsque, dans le cas d'espèce, le conflit permanent a effectivement des répercussions négatives sur le bien de l'enfant, la réglementation de la prise en charge par l'autorité compétente³⁰ est insuffisante pour mettre un terme à ce conflit et l'attribution exclusive de l'autorité parentale est de nature à y mettre fin ou à l'atténuer³¹. Il faut alors se demander aussi s'il ne suffirait pas que l'autorité compétente rende une décision concernant certains éléments de l'autorité parentale ou attribue à l'un des parents l'autorité parentale exclusive dans des domaines déterminés (p. ex. le domaine scolaire)³². Au vu des réserves qui précèdent, il est vraisemblable que les conflits permanents entre les parents conduiront rarement à déroger au principe de l'autorité parentale conjointe.

2.3.2 Incapacité qualifiée à coopérer

Les principes exposés ci-dessus s'appliquent également pour déterminer dans quelles circonstances une incapacité qualifiée à coopérer est contraire au bien de l'enfant³³. Que l'on soit face à une incapacité qualifiée à coopérer ou à une absence de volonté de coopérer, il faut pousser la réflexion plus loin et se demander à quelles exigences il convient de soumettre la coopération entre les parents. Deux approches s'offrent pour répondre à cette question. Il serait envisageable d'imposer des exigences portant sur le processus de décision : les parents pourraient être tenus de trouver un mode de fonctionnement leur permettant d'assurer d'un commun accord les tâches d'éducation et de prise en charge dans des proportions non pas égales mais équilibrées, dans un esprit de partenariat, comme le veut le modèle de l'autorité parentale conjointe³⁴. Pour prendre une métaphore, on demanderait aux parents de trouver plus ou moins un terrain d'entente. Mais cela n'est pas possible lorsque le déséquilibre du rapport de force est exploité ou lorsque l'un des parents est peu au fait de la vie quotidienne de l'enfant et des soins à lui prodiguer (p. ex. parce qu'il n'a pas le droit, la possibilité ou la volonté de participer à la prise en charge). Or, le déséquilibre du rapport de force est un aspect souvent présent dans les cas de violence domestique³⁵. Cette approche permettrait d'exclure l'autorité parentale conjointe en cas d'incapacité qualifiée à coopérer ou d'absence qualifiée de volonté de coopérer dans les cas de violence domestique. Dans d'autres cas, cependant, il pourra être difficile de déterminer s'il existe encore un terrain d'entente entre les parents ou si le parent chez qui l'enfant ne vit pas a des connaissances suffisantes pour prendre des décisions importantes pour l'enfant.

Compte tenu de ces difficultés, la deuxième approche n'impose pas d'exigences portant sur le processus de décision. Elle consiste « simplement » à étudier les résultats pour déterminer si les parents

²⁷ SCHÜLER/LÖHR, 273 ss., 274.

²⁸ STEWART, 14.

²⁹ P. ex. SCHREINER « Vom Leben zwischen den Fronten – Kinder in Familien in Hochkonfliktsituationen », exposé devant l'APEA de Bâle-Ville, 19.06.2014.

³⁰ L'APEA est habilité à prendre ce type de décision : comme exposé plus haut, elle peut régler les points litigieux de la prise en charge de l'enfant lorsqu'elle institue l'autorité parentale (art.298b, al. 3, CC). Le juge peut faire de même dans les procédures de protection de l'union conjugale et de divorce (art. 298, al. 2, CC).

³¹ Cf. arrêt du TF 5A_923/2014 du 27.08.2015, consid. 4.6

³² Cf. arrêt du TF 5A_923/2014 du 27.08.2015, consid. 4.6, ainsi que BÜCHLER/MARANTA, n. 39 s. SCHWENZER/COTTIER considèrent que l'attribution de l'autorité parentale peut apaiser le conflit, en précisant que l'attribution exclusive évite aux parents de devoir prendre des décisions en commun. Si cette observation est correcte du point de vue juridique, la pratique montre que les parents se querellent souvent sans tenir compte de la réglementation légale des compétences de décision.

³³ Cf. arrêt du TF 5A_923/2014 du 27.08.2015, consid. 4.6

³⁴ Commentaire bâlois CC I, BREITSCHMID, ad art. 133, n. 11.

³⁵ Cf. BFEG, 2.

ont ou non la capacité ou la volonté de coopérer nécessaire pour parvenir à s'entendre sur la majorité des questions qu'ils doivent trancher à deux. La réponse sera vraisemblablement négative dans la plupart des cas de violence domestique. Mais les investigations à mener par les autorités seront moins complètes.

2.3.3 Abus de droit manifeste

En application de l'art. 2, al. 2 CC, l'existence d'un abus de droit manifeste impose au tribunal d'attribuer l'exercice exclusif de l'autorité parentale et à l'APEA de ne pas instaurer l'autorité parentale conjointe. Il y a abus de droit manifeste en particulier lorsqu'une personne exerce un droit sans intérêt digne de protection dans le but de causer du tort à un tiers ou de le harceler³⁶. C'est le cas, par exemple, si un parent propose l'instauration de l'autorité parentale conjointe uniquement pour pouvoir surveiller l'autre parent et exercer un pouvoir sur lui. La probabilité est grande que des circonstances de ce type soient réunies dans le contexte de la violence domestique. Néanmoins, il ne sera pas facile d'en apporter la preuve dans la pratique.

2.3.4 Résumé

En résumé, on peut dire que les cas de violence domestique sont susceptibles d'être associés à une incapacité qualifiée à coopérer ou à une absence qualifiée de volonté de coopérer voire à des abus de droit manifestes, lesquels appellent une attribution exclusive de l'autorité parentale. Cependant, même dans les cas de violence domestique, le bien de l'enfant ne commande pas systématiquement que l'on déroge à la règle de l'autorité parentale conjointe.

Du point de vue du droit procédural, il est important de préciser que l'administration de la preuve ne porte pas sur les épisodes de violence domestique. Ce qu'il faut avant tout, c'est démontrer l'existence de motifs justifiant que l'exercice conjoint de l'autorité parentale est contraire au bien de l'enfant³⁷. Ces motifs peuvent exister même s'il n'y a qu'une suspicion de violence domestique. Exiger, lors de l'examen de ces motifs, que la violence domestique revête une certaine intensité serait problématique. En effet, l'intensité de la violence domestique n'est pas un critère adéquat car il risque de placer au centre des considérations la gravité des actes de violence pris individuellement, alors qu'il faut s'intéresser à l'effet cumulatif des différents actes commis ainsi qu'à leur corrélation et à leur interaction avec la mise en danger du bien de l'enfant en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale³⁸.

³⁶ Commentaire bâlois CC I, HONSELL, ad art. 2, n. 39.

³⁷ Puisqu'il s'agit de régler le sort de l'enfant, l'autorité compétente établit les faits d'office (art. 296 CPC et art. 314, al. 1 CC en liaison avec art. 446 CC) et elle administre les preuves nécessaires sans que les parties en fassent la demande.

³⁸ Lire à ce sujet GLOOR/SCHWEIGHAUSER, en particulier 21.

3 Violence domestique et prise en charge de l'enfant

3.1 Précisions terminologiques³⁹

En ce qui concerne la prise en charge des enfants, le législateur utilise trois termes ou expressions : « garde » (« Obhut »), « relations personnelles » (« persönlicher Verkehr ») et « participation à la prise en charge » (« Betreuungsanteile »).

La définition exacte de la notion de « garde » reste floue⁴⁰. Selon une grande partie de la doctrine, elle désigne le fait que l'enfant vit sous le toit de l'un des parents⁴¹. En d'autres termes, le titulaire de la garde de l'enfant est le parent qui vit en communauté domestique avec lui. Selon la volonté du législateur, la garde peut être attribuée aux deux parents. Dans ce cas, l'enfant vit en communauté domestique avec chacun des parents. Le temps que l'enfant passe chez chaque parent est alors appelé « participation à la prise en charge ». Lorsque le partage de la prise en charge est symétrique, on parle de « garde alternée » ou de « garde partagée ». En vertu du nouveau droit de l'autorité parentale, il n'est plus inadmissible en soi d'ordonner la garde alternée contre la volonté de l'un des parents, à la condition bien sûr qu'un tel arrangement ne soit pas contraire au bien de l'enfant.

Un parent qui n'a pas la garde de son enfant prend néanmoins celui-ci en en charge dans le cadre des relations personnelles, qu'il soit ou non titulaire de l'autorité parentale. Ce qui est en question, c'est donc soit la participation à la prise en charge lorsque l'enfant vit chez ses deux parents, soit la garde et les relations personnelles lorsque l'enfant vit chez un parent seulement. On voit ainsi que les notions de « garde » et de « relations personnelles » sont étroitement unies par un rapport de réciprocité. En revanche, les conditions dans lesquelles on peut admettre que l'enfant et l'un des parents vivent en communauté domestique ne sont pas claires. Cela ne pose pas de problème dans les cas où l'enfant séjourne en proportions égales chez ses deux parents. Mais ce cas se présente rarement dans la pratique. En règle générale, l'enfant séjourne plus souvent chez l'un de ses deux parents. En pareille situation, comment déterminer si l'enfant vit en communauté domestique aussi avec l'autre parent ? Dans l'ancien droit, le Tribunal fédéral avait affirmé, usant de termes généraux, que l'on était en présence d'une garde alternée lorsque les parents se partageaient plus ou moins également la responsabilité de la prise en charge, des soins et de l'éducation de l'enfant au quotidien, que les périodes de prise en charge soient fixées en jours, en semaines ou en mois⁴². Le Tribunal fédéral rejetait ainsi implicitement l'idée selon laquelle seule l'impossibilité de démontrer une asymétrie dans la prise en charge permet de considérer que l'enfant vit en communauté domestique avec ses deux parents⁴³.

3.2 Violence domestique et garde alternée

Les modèles de prise en charge symétrique ordonnés contre la volonté de l'un des parents ou des deux sont-ils bons pour l'enfant ? Les avis divergent sur cette question. Selon Salzgeber/Schreiner⁴⁴, il n'existe pas d'études probantes à ce sujet.

La question plus spécifique de savoir si la garde alternée – partant une communauté domestique de l'enfant avec chacun de ses deux parents – est possible dans les cas de violence domestique suscite

³⁹ Pour plus de détails, BÜCHLER/MARANTA, Jusletter du 11.08.2014, n. 11 ss. Les explications qui suivent proviennent pour l'essentiel de cet article.

⁴⁰ P. ex. dans arrêt du TF 5A_985/2014 du 25.06.2015, selon lequel la garde de l'enfant se rapporte à sa prise en charge. Une vue d'ensemble des avis à ce sujet dans la doctrine est à lire dans GLOOR, FamPra.ch 2015, 331 ss., 343 ss. Pour plus de détails, Geiser, AJP/PJA 2015, 1099 ss., 1103, 1105.

⁴¹ La notion de garde relève également de l'exercice de la puissance publique puisque son attribution peut être du ressort de l'autorité dans certaines situations, bien que l'autorité parentale soit exercée conjointement : c'est ce qui ressort clairement de la loi (cf. p. ex. art. 298, al. 2 CC ; art. 298b, al. 3 CC).

⁴² Arrêt du TF 5A_69/2011 du 27.02.2012, consid. 2.1.

⁴³ Voir l'avis de la Cour suprême allemande (Bundesgerichtshof BGH), arrêt XII ZB 234/13 du 12.03.2014.

⁴⁴ SALZGEBER/SCHREINER, FamPra.ch 2014, 66 ss., 70.

elle aussi des opinions divergentes. S nderhauf⁴⁵ estime que la violence domestique est certes un facteur qui a un impact négatif, mais qu'elle ne constitue pas pour autant un motif permettant d'exclure une garde alternée : selon elle, il ne faut s'abstenir d'ordonner une garde alternée pour cause de violence domestique que si des contacts r guli rs, notamment dans le cadre de l'entretien des relations personnelles, ne sont pas bons pour l'enfant. Ses explications à ce sujet sont cependant loin d'être convaincantes. Mieux vaut se rallier à la majorité des auteurs, pour qui un modèle symétrique suppose que les parents, (encore) plus que dans un modèle asymétrique, sont en mesure de régler leurs conflits de manière constructive. Or, cela est rarement le cas dans les situations de violence domestique. C'est pourquoi la violence domestique constitue en règle générale un motif d'exclusion de modes de prise en charge de l'enfant comportant une alternance plus ou moins sym trique⁴⁶.

3.3 Violence domestique et relations personnelles

3.3.1 Fondement des relations personnelles

L'art. 273, al. 1 CC fonde un droit réciproque de l'enfant mineur et du parent qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde d'entretenir des relations personnelles appropriées. Il s'agit d'un droit inaliénable de l'enfant (art. 9 CEDH) comme du parent qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde et il a le caractère d'un droit de la personnalit ⁴⁷. Le droit aux relations personnelles comprend non seulement les rencontres avec l'enfant lors de visites régulières, mais aussi les contacts téléphoniques ou  crits⁴⁸.

En principe, il appartient aux parents, avec une implication adaptée de l'enfant selon son âge, de s'entendre sur l'ampleur et la forme des relations personnelles. S'ils n'y parviennent pas, si l'accord trouvé est contraire au bien de l'enfant ou si un parent l'exige (art. 273, al. 3 CC), les relations personnelles doivent alors être réglées par l'autorité compétente, à savoir le juge (art. 275, al. 2 CC) ou l'APEA (art. 133 s. CC). L'autorité compétente doit régler les relations personnelles de manière à préserver au mieux le bien de l'enfant⁴⁹ : elle précise de manière assez détaillée la nature et l'ampleur des contacts lors des visites et les modalités ordonnées sont en principe durables⁵⁰. Il lui faut donc tenir compte à la fois de la situation au moment où la décision est rendue et des prévisions concernant la situation à venir.

Le droit aux relations personnelles est limité par le bien de l'enfant. Si celui-ci est en danger, les relations personnelles peuvent être restreintes par l'ordonnance de modalités particuli res⁵¹ : concrétisant l'art. 307 CC, l'art. 273, al. 2 CC accorde à l'autorité compétente le droit de rappeler les père et mère ou l'enfant à leurs devoirs et de leur donner des instructions lorsque l'exercice ou le défaut d'exercice du droit aux relations personnelles est préjudiciable à l'enfant⁵². D'autres mesures de protection de l'enfant peuvent être envisagées en vertu des art. 307 s. CC⁵³. Enfin, le droit d'entretenir des relations personnelles peut être refusé (a priori) ou retiré (a posteriori) si c'est le seul moyen pour que le bien de l'enfant ne soit pas compromis (cf. art. 274, al. 2 CC). Dans ce cas, il est possible de refuser ou de retirer le droit de visite pendant une durée déterminée. La doctrine et la pratique parlent alors de sus-

⁴⁵ S NDERHAUF, 139.

⁴⁶ Commentaire bâlois CC I, SCHWENZER/COTTIER, ad art. 298, n. 6, qui propose d'autres références. Pour pousser l'analyse, lire KOSTKA, ZKJ 2014, 55 ss., 59 s., qui critique notamment l'interprétation des résultats de travaux de recherche par S NDERHAUF.

⁴⁷ HEGNAUER, n. 19.05.

⁴⁸ BÜCHLER/VETTERLI, 239 ; VETTERLI, FamPra.ch 2009, 23 ss., 24 ; Commentaire bernois, HEGNAUER, ad art. 273 CC, n. 10.

⁴⁹ Lire à ce sujet BIDERBOST, 129, selon qui le choix et l'aménagement des mesures de protection de l'enfant requises doivent être axés sur le bien de l'enfant défini positivement.

⁵⁰ La tâche de réglementer les relations personnelles ne peut notamment pas être confiée à un curateur ou une curatrice : cf. arrêt du TF 5C.68/2004 du 26.05.2004.

⁵¹ L'art. 274, al. 2, CC indique d'autres raisons que le bien de l'enfant pour limiter, retirer ou refuser le droit d'entretenir des relations personnelles. Néanmoins, ces autres faits doivent toujours nuire au bien de l'enfant (cf. KILDE, n. 431).

⁵² Cf. Commentaire bâlois CC I, SCHWENZER/COTTIER, ad art. 273 CC, n. 22.

⁵³ L'autorité compétente n'est pas liée par les mesures prévues expressément par la loi.

pension⁵⁴. Il est également possible, ultima ratio, de refuser ou de retirer définitivement le droit de visite⁵⁵.

3.3.2 Mise en danger du bien de l'enfant par l'expérience de la violence

Il est établi que le bien de l'enfant est compromis non seulement lorsque celui-ci est victime de violence physique ou psychique, mais aussi lorsqu'il est témoin de l'utilisation de la force, de la violence ou de la menace entre ses parents, qu'il en fasse l'expérience directement ou indirectement (en entendant un épisode de violence, en voyant ses conséquences comme p. ex. des blessures). Pour les enfants qui ont fait récemment l'expérience de la violence conjugale, les contacts dans le cadre du droit de visite sont très pesants⁵⁶. De plus, il n'est pas rare que la mise en danger du bien de l'enfant par la violence domestique ne cesse pas avec la séparation des parents. Au contraire, les contacts entre les parents lorsque l'enfant passe de l'un à l'autre dans le cadre du droit de visite peuvent donner lieu à une escalade récurrente qui réveille ou entretient les angoisses de l'enfant. Sans compter que la relation de l'enfant avec le parent auteur de violence est souvent assombrie par des sentiments comme la peur, la haine ou un conflit de loyauté. Enfin, il ne faut pas négliger le risque de violence à l'encontre de l'enfant. Des études confirment, en effet, que les parents qui ont déjà commis des actes de violence envers leur partenaire présentent un risque plus élevé de maltraiter leurs enfants⁵⁷.

3.3.3 Aménagement concret des relations personnelles dans les cas de violence domestique

Comme expliqué plus haut, le droit aux relations personnelles est limité par le bien de l'enfant. Compte tenu du danger que la violence domestique représente pour le bien de l'enfant, il est légitime de se demander dans quelle mesure il y a lieu de limiter les relations personnelles en cas de violence domestique, voire s'il est possible d'ordonner leur entretien.

Dans la pratique, le rappel d'un parent violent à ses devoirs n'est pas un outil adéquat pour faire face à la mise en danger du bien de l'enfant. Il est bien plus utile d'envisager de donner des instructions en vertu de l'art. 273, al. 2 CC. Ces instructions peuvent porter en particulier sur les points suivants et certaines circonstances peuvent conduire à les cumuler⁵⁸ :

- ordonner au parent ayant le droit de visite de suivre un programme d'apprentissage pour auteur·e·s de violence⁵⁹ ;
- ordonner une consultation éducative⁶⁰ ;
- ordonner une thérapie de couple ou une thérapie éducative ;
- ordonner un accompagnement lors de la remise de l'enfant ;
- ordonner un accompagnement lors de l'exercice du droit de visite⁶¹ ;
- ordonner des mesures spécifiques relatives au déroulement des visites.

Il faut à chaque fois se demander si une instruction concrète est propre à faire face au danger qui pèse sur le bien de l'enfant. A cet effet, il est utile de connaître les typologies des auteur·e·s de vio-

⁵⁴ FamKomm Scheidung, BÜCHLER/WIRZ, ad art. 274 CC, n. 5.

⁵⁵ Dans ce cas, il est interdit d'ordonner une curatelle visant à renouer le contact, estime dans sa jurisprudence le Tribunal fédéral (cf. ATF 126 III 219, 221 s.). Si le droit à des contacts lors de visites est suspendu ou refusé (provisoirement ou durablement), il est envisageable d'imposer au parent concerné une interdiction de contact avec l'enfant reposant sur l'art. 273, al. 2 CC et dont la violation serait réprimée par l'art. 292 CP : cf. cour d'appel du canton de Bâle-Ville (AppGer BS), arrêt VD.2011.34 du 10.01.2012, consid. 3.

⁵⁶ SALZGEBER/SCHREINER, FamPra.ch 2014, 66 ss., 80 avec d'autres références ; pour plus de détails et de références, lire BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525 ss., 539 ss.

⁵⁷ Sur ce sujet dans son ensemble, lire BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525 ss., 541 avec d'autres références.

⁵⁸ KRÜSMANN, 419 ss., et CABERNARD/VETTERLI, FamPra.ch 2003, 589 ss., 601 s., proposent un tour d'horizon général des modèles d'assistance.

⁵⁹ Pour en savoir plus p. ex. sur les entraînements sociaux à l'exercice de la responsabilité de père après des épisodes de violence domestique, lire BECKMANN/HAFNER, 400 ss., 407 ss.

⁶⁰ Cf. arrêt du TF 5A_457/2009 du 09.12.2009.

⁶¹ A propos de cet instrument, lire SCHÜLER, 208 ff., en particulier 224 ss., et KILDE, n. 464 ss.

lence élaborées dans diverses études scientifiques. Ces modèles, qui comportent souvent trois à quatre catégories d'auteur·e·s⁶², donnent une idée générale des possibilités de traitement ainsi que des probabilités de succès des traitements et des programmes. Ils permettent de comprendre que les recommandations visant à généraliser certaines mesures (p. ex. des programmes d'apprentissage pour tous) sont insuffisantes face à la complexité du phénomène de la violence⁶³. Les typologies des auteur·e·s de violence montrent en outre que l'intensité de la violence domestique n'est pas le seul facteur à prendre en compte pour choisir une instruction appropriée. Pour déterminer si une instruction est appropriée, il faut également tenir compte de la situation de l'autre parent et de ce que l'enfant subit⁶⁴.

Il paraît essentiel, en outre, que des instructions contradictoires ne soient pas ordonnées lorsque plusieurs autorités sont impliquées dans un cas de violence domestique. Il est extrêmement problématique, par exemple, qu'un tribunal interdise au parent violent de s'approcher de l'autre parent en vertu de l'art. 28b, al. 1, ch. 1 CC alors que l'APEA ordonne l'exercice du droit de visite sans accompagnement en partant du principe que les parents s'organisent entre eux pour se remettre l'enfant. Des ordonnances présentant une telle contradiction ne peuvent que déstabiliser les parents et ouvrir la porte à des conflits. Les autorités impliquées ont donc l'obligation de coopérer étroitement⁶⁵.

On précisera que les instructions imposées en vertu de l'art. 273, al. 2 CC doivent directement servir le bien de l'enfant. Il n'est donc pas admissible de prononcer des instructions dont le but principal est de venir en aide à l'un des parents (p. ex. ordonner qu'un parent suive un traitement psychothérapeutique)⁶⁶, même si les instructions visant l'un ou l'autre des parents ont toujours un impact qui rejaillit sur l'enfant.

Des instructions peuvent revêtir la forme de conditions applicables à l'exercice du droit de visite. Il est possible de suspendre les contacts tant que l'instruction n'a pas été appliquée. Si le parent ayant le droit de visite ne se conforme pas à l'instruction, on peut envisager de le sanctionner en le privant du droit aux relations personnelles, mais normalement pas en l'obligeant à exécuter l'instruction.

On aura souvent avantage, lorsque l'on ordonne une instruction, à nommer une curatelle pour surveiller les relations personnelles, comme le permet l'art. 308, al. 2 CC : le curateur ou la curatrice est chargé de soutenir le parent visé dans l'exécution de l'instruction et d'en surveiller le respect⁶⁷. A contrario, il ne semble pas judicieux de nommer une curatelle sans mesure d'accompagnement⁶⁸. En effet, un curateur ou une curatrice ne peut pas faire face isolément à la menace pour le bien de l'enfant que représente la violence domestique.

Lorsque les instructions ne sont pas un outil approprié pour faire face à la menace qui pèse sur le bien de l'enfant, il convient d'envisager un retrait, provisoire ou durable, ou un refus du droit aux relations personnelles. Dans ce contexte, il faut relever que la doctrine juridique récente s'appuie sur les résultats de travaux de recherche en psychiatrie pour exhorter à la retenue dans l'octroi d'un droit de visite, accompagné ou non, dans les cas de violence domestique avérée ou de suspicion fondée d'abus sexuel⁶⁹. Pour éviter un nouveau traumatisme à l'enfant, il ne faudrait normalement pas accorder de

⁶² Violence limitée à la famille et variable selon la situation ; violence cyclique ou borderline ; violence antisociale ou psychopathe ; violence moyennement antisociale.

⁶³ Pour aller plus loin, IST, 105.

⁶⁴ FEGERT, 195 ss., 199, 208.

⁶⁵ Si le tribunal prononce une interdiction de s'approcher à l'encontre de l'un des parents, il est tenu d'en informer le service d'aide à la jeunesse compétent afin que celui-ci puisse envisager la mise en place d'un accompagnement en cas d'exercice du droit aux relations personnelles.

⁶⁶ Cf. Cour suprême du canton de Soleure (OGer SO), arrêt du 02.07.2012, in CAN 2013, 8 s.

⁶⁷ Cf. Commentaire bernois, HEGNAUER, ad art. 275 CC, n. 127; CABERNARD/VETTERLI, FamPra.ch 2003, 589 ff., 594.

⁶⁸ La personne chargée de la curatelle n'est pas habilitée à prononcer des instructions ; pour en savoir plus sur la curatelle en matière de droit de visite, lire AFFOLTER, ZKE/RMA 2015, 181 ss.

⁶⁹ Cf. FEGERT, 195 ss., 206 s. ; BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525 ss., 545 s. Selon KILDE, n. 480, il faut déterminer si le parent ayant le droit de visite remplit les conditions de l'infraction énoncées à l'art. 28b CC ; si une interdiction de contact et

droit de visite accompagné tant qu'il existe un risque concret d'acte de violence à l'encontre de l'autre parent ou de l'enfant⁷⁰. Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral a confirmé que le droit aux relations personnelles doit normalement être refusé ou retiré lorsqu'un parent est incarcéré en raison d'un délit, à caractère violent mais pas seulement, commis à l'encontre de l'enfant ou de l'autre parent⁷¹. Il faut également respecter la volonté des enfants plus âgés (et capables de discernement) qui refusent des relations personnelles après avoir fait l'expérience de la violence⁷².

Pour déterminer si l'exercice du droit aux relations personnelles est compatible avec le bien de l'enfant et, si oui, sous quelle forme, l'autorité compétente doit demander une expertise pédo-psychiatrique ou pédopsychologique si cela est nécessaire⁷³. Tel sera le cas si l'autorité compétente ne possède pas en son sein les connaissances requises en ce qui concerne les aspects psychosociaux de la violence domestique⁷⁴.

Divers moyens peuvent être utilisés pour apporter la preuve des actes violents du parent qui demande à l'autorité de réglementer son droit de visite : décision d'expulsion prononcée par la police ou le tribunal, décisions d'homologation du juge de l'arrestation, plaintes pénales, condamnations pénales, rapports de police, certificats médicaux, photos de blessures, lettres de menace mais aussi informations fournies par des centres de consultation ou des maisons d'accueil pour femmes⁷⁵. Comme la réglementation du droit de visite concerne l'enfant, l'autorité compétente établit les faits d'office (art. 296 CPC et art. 314, al. 1 CC en liaison avec art. 446 CC) et se procure les moyens de preuve nécessaires⁷⁶. Pour envisager les possibilités d'aménagement du droit de visite dans le respect du bien de l'enfant, le tribunal peut aussi demander les dossiers de l'APEA ou des certificats médicaux ainsi que des renseignements de la part des enseignantes et enseignants, y compris au niveau du jardin d'enfants⁷⁷. Toutefois, il est important de relever que, dans les dossiers de protection de l'enfant, ce ne sont pas les épisodes de violence dont il faut apporter la preuve, mais la menace qui en découle pour le bien de l'enfant, c'est-à-dire les conséquences de l'exercice de la violence⁷⁸. Il arrive que les autorités, dans leur pratique juridique quotidienne, tiennent compte du degré d'intensité de la violence domestique, sans pour autant que se dégage un schéma cohérent. Il est admissible de limiter le droit aux relations personnelles en se fondant « seulement » sur une suspicion sérieuse de mise en danger du bien de l'enfant, et ce jusqu'à ce que la suspicion soit levée⁷⁹. Il appartient à l'autorité compétente d'évaluer si la suspicion est suffisamment fondée pour justifier la limitation du droit aux relations personnelles dans le respect du principe de proportionnalité.

d'approche est prononcée pour une durée limitée, il convient de suspendre les contacts dans le cadre du droit de visite (cf. n. 483).

⁷⁰ Cf. BÜCHLER/MICHEL, FamPra.ch 2011, 525 ss., 545 avec d'autres références.

⁷¹ Arrêt du TF 5A_638/2014 du 03.02.2015, consid. 5.1.

⁷² Arrêt du TF 5A_716/2010 du 23.02.2011, consid. 5.

⁷³ Cf. art. 314, al. 1 CC en liaison avec art. 446, al. 2 CC concernant l'APEA. On ne peut cependant pas exiger une expertise, cf. arrêt du TF 5C.244/2001 du 29.10.2001, consid. 2a.

⁷⁴ ZITELMANN, 147 ss., 151.

⁷⁵ CABERNARD/VETTERLI, FamPra.ch 2003, 589 ss., 604 s. ; cf. art. 77, al. 6 OASA.

⁷⁶ Cf. Commentaire bernois, HEGNAUER, ad art. 275 CC, n. 44 ss.

⁷⁷ Cf. art. 317 CC ; CABERNARD/VETTERLI, FamPra.ch 2003, 589 ss., 604 s.

⁷⁸ IST, 115.

⁷⁹ Cf. Commentaire bâlois CC I, SCHWENZER/COTTIER, ad art. 273 CC, n. 27 ; ATF 120 II 229, 232 ss. ; 119 II 201, 204 ss.

4 Importance de la volonté de l'enfant

Dans les dossiers d'attribution de l'autorité parentale ou de réglementation du droit de visite, l'enfant doit toujours être entendu, au plus tard à partir de l'âge de six ans⁸⁰, par l'autorité compétente ou un tiers mandaté à cet effet (art. 298 CPC ; art. 314a, al. 1 CC). En effet, il est incontestable que c'est lui qui est directement et le plus fortement touché par les dispositions à prendre.

La volonté de l'enfant au sujet de l'attribution de l'autorité parentale doit être prise en considération autant que possible (cf. art. 133, al. 2, et art. 301, al. 2 CC). Plus l'enfant avance en âge, plus son souhait est pertinent⁸¹. Naturellement, ces principes restent applicables lorsque c'est l'APEA qui statue sur l'autorité parentale.

En ce qui concerne l'aménagement des relations personnelles – à commencer par la question de savoir si un droit de visite doit être octroyé –, le Tribunal fédéral n'accorde pas une importance décisive aux avis émis par les enfants en bas âge. A l'appui de cette pratique, il avance que les jeunes enfants ne sont pas capables d'apprécier les conséquences à moyen et long terme d'une rupture du contact⁸². Les spécialistes critiquent cette position en invoquant le bien de l'enfant : si le tribunal ou l'APEA estime que le danger pour l'enfant est éliminé après une séparation pour cause de violence domestique, il ne tient pas suffisamment compte du traumatisme psychique que l'enfant a subi en étant co-victime d'actes de violence⁸³. S'agissant d'enfants plus âgés, capables de discernement en ce qui concerne le droit de visite⁸⁴, la position de principe du Tribunal fédéral est qu'il faut accorder une importance décisive à l'expression constante et déterminée de la volonté de l'enfant. Cela ne confère toutefois pas non plus aux enfants plus âgés un « droit de veto » en ce qui concerne l'exercice du droit aux relations personnelles. Pour le TF, on peut néanmoins prendre en compte un refus constant des contacts dans le cadre des visites en prévoyant des contacts moins étendus qu'usuellement et en prenant acte des problèmes d'exécution⁸⁵. Cette jurisprudence appelle des critiques. On peut lui opposer que l'enfant capable de discernement au sens de l'art. 19, al. 2, CC doit avoir le droit de décider de manière autonome s'il souhaite ou non que le droit de visite soit exercé dès lors que l'on admet que le droit aux relations personnelles accordé à l'enfant a le caractère d'un droit de la personnalité⁸⁶. Le Tribunal fédéral a toutefois établi une exception, comme évoqué plus haut : le veto de l'enfant plus âgé et capable de discernement doit être respecté lorsque l'enfant s'oppose de manière répétée et catégorique à des relations personnelles en raison de ses propres expériences négatives, notamment dans un contexte de violence⁸⁷.

Il n'est pas admissible d'exercer une contrainte physique ou psychique envers un enfant qui s'oppose à des contacts dans le cadre du droit de visite, ne serait-ce que pour des raisons de protection de la personnalité. Cela est d'autant plus vrai que le parent qui a l'obligation d'exercer son droit de visite

⁸⁰ ATF 131 III 553, 556 s. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'audition de l'enfant incapable de discernement a pour but exclusivement d'établir les faits. Quant à l'enfant capable de discernement, il ne doit être entendu que si son audition a été exigée expressément pour apporter une preuve, étant précisé que la demande à cet effet peut être rejetée uniquement en raison de l'âge de l'enfant ou pour un autre motif important, mais pas en raison d'une appréciation anticipée du témoignage de l'enfant. Sur le tout, lire l'arrêt in extenso du TF (en allemand) 5A_821/2013 du 16.07.2014, consid. 4 avec d'autres références.

⁸¹ Cf. ATF 131 III 553, 557.

⁸² Arrêt du TF 5C.293/2005 du 06.04.2006, consid. 4.2

⁸³ Cf. BIDERBOST, 78, 79 ; STRASSER, 53 ss. ; Commentaire bâlois CC I, SCHWENZER/COTTIER, ad art. 273 CC, n. 11.

⁸⁴ La capacité de discernement en ce qui concerne les contacts lors de visites est acceptée en règle générale à partir de 12 ans au plus tard, cf. arrêt du TF 5A_107/2007 du 16.11.2007, consid. 3.2 ; FamKomm Scheidung, BÜCHLER/WIRZ, ad art. 274 CC, n. 14.

⁸⁵ Arrêt du TF 5A_719/2013 du 17.10.2014, consid. 4.4 s. Ainsi, dans l'ATF 127 III 295, 298 et l'ATF 111 II 405, 408, le Tribunal fédéral a confirmé l'ordonnance d'une thérapie visant à restaurer le contact entre un père et ses enfants de 10 et 11 ans. Il a souligné la nécessité de déterminer, dans chaque cas d'espèce, pourquoi l'enfant se refuse à avoir des contacts dans le cadre de visites et si ce refus est véritablement contraire à son bien.

⁸⁶ Avis modéré sur ce point dans Commentaire bâlois CC I, BREITSCHMID, ad art. 133 CC, n. 17, selon qui le souhait de l'enfant de faire cesser les contacts dans le cadre du droit de visite ne doit être pris en compte qu'exceptionnellement compte tenu du bien de l'enfant considéré de manière objective et dans une perspective à moyen et long terme ; idem MEIER/STETTLER, n. 755, pour qui il faut « seulement » prendre en compte l'avis de l'enfant capable de discernement ; voir également l'opinion divergente de KILDE, n. 153 ss., avec des références à des avis différents dans la doctrine.

⁸⁷ Arrêt du TF 5A_459/2015 du 13.08.2015, consid. 6.2.2.

peut seulement être rappelé à ses devoirs en la matière (art. 273, al. 2 CC), mais pas contraint de s'y conformer⁸⁸. Cela signifie que l'on ne peut pas déduire du droit d'entretenir des contacts dans le cadre de visites un droit à une exécution forcée⁸⁹.

5 Synthèse

L'autorité parentale conjointe est devenue la règle depuis le 1^{er} juillet 2015. Même dans les situations de violence domestique, le bien de l'enfant ne commande pas toujours ni automatiquement que l'on déroge à cette règle. Toutefois, il faut mentionner dans ce contexte qu'un abus de droit manifeste, une incapacité qualifiée à coopérer ou une absence de volonté de coopérer sont susceptibles de fonder une attribution exclusive de l'autorité parentale.

En cas de violence domestique, l'enfant peut-il vivre en communauté domestique avec ses deux parents (vivant séparément) ? Les avis divergent sur la question. La plupart des auteur·e·s – de même que le Tribunal fédéral – estiment à juste titre que la violence domestique est un motif d'exclusion de modes de prise en charge de l'enfant plus ou moins symétriques, comme la garde alternée.

Le bien de l'enfant limite le droit aux relations personnelles. Pour faire face à la mise en danger du bien de l'enfant, il est particulièrement indiqué d'envisager l'ordonnance d'instructions. A cet effet, on procède à une analyse critique du cas à l'aide des typologies des auteur·e·s de violence existantes pour déterminer si l'instruction concrète envisagée est propre à protéger le bien de l'enfant. Les contacts dans le cadre de visites sont à proscrire tant que subsiste un danger concret de violence à l'encontre de l'autre parent ou de l'enfant. Le droit aux relations personnelles doit normalement être refusé ou retiré lorsqu'un parent est incarcéré en raison d'un délit, à caractère violent mais pas seulement, commis à l'encontre de l'enfant ou de l'autre parent.

La volonté de l'enfant doit être prise en compte dans l'attribution de l'autorité parentale si cela est faisable. Le souhait de l'enfant gagne en pertinence au fur et à mesure que l'enfant avance en âge. Naturellement, ces principes s'appliquent également lorsque c'est l'APEA qui statue sur l'autorité parentale. En ce qui concerne l'aménagement des relations personnelles, le Tribunal fédéral n'accorde pas une importance décisive à l'avis des enfants en bas âge. Même les enfants plus âgés et capables de discernement en ce qui concerne les contacts dans le cadre de visites n'ont pas pour autant un « droit de veto », estime le TF. Cette jurisprudence est critiquable. Le Tribunal fédéral affirme toutefois que le veto de l'enfant plus âgé et capable de discernement doit être respecté lorsque l'enfant s'oppose de manière répétée et catégorique à des relations personnelles en raison de ses propres expériences négatives, notamment dans un contexte de violence.

⁸⁸ BÜCHLER/VETTERLI, 242 ; arrêt du TF 5A_764/2013 du 20.01.2014, consid. 2.1 ; BIDERBOST, 324 ss. ; lire en outre Commentaire bâlois CC I, SCHWENZER/COTTIER, ad art. 273 CC, n. 11, ad art. 274 CC, n. 13 ; MAIER, AJP/PJA 2008, 72 ss. 88.

⁸⁹ ATF 107 II 301, 303 ; STETTLER, ZVW/RDT 2001, 28 ss. ; sur la question de l'exécution forcée, voir aussi ATF 120 Ia 369 ss.

6 Bibliographie

- AFFOLTER, Die Besuchsrechtsbeistandschaft oder der Glaube an eine dea ex machina, ZKE 2015, 181 ff.
- BREITSCHMID, Kommentierung von Art. 134 ZGB, in: HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014
- BECKMANN/HAFNER, Fathering after violence – Evaluation von Sozialen Trainingskursen in Deutschland und internationale Konzepte für Gruppenarbeit zum Abbau von Gewalt gegen Frauen, in: KAVEMANN/KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 400 ff.
- BIDERBOST, Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Freiburg 1996
- BÜCHLER/MARANTA, Das neue Recht der elterlichen Sorge – unter besonderer Berücksichtigung der Aufgaben der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, Jusletter vom 11. August 2014
- BÜCHLER/MICHEL, Besuchsrecht und häusliche Gewalt – Zivilrechtliche Aspekte des persönlichen Verkehrs nach Auflösung einer von häuslicher Gewalt geprägten Beziehung, FamPra.ch 2011, 525 ff.
- BÜCHLER/VETTERLI, Ehe Partnerschaft Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2. Aufl., Basel 2011
- BÜCHLER/WIRZ, Kommentierung von Art. 274 ZGB, in: SCHWENZER (Hrsg.), Familienrechtskommentar Scheidung, 2. Aufl., Bern 2011
- BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Revision des Zivilgesetzbuches (Elterliche Sorge) und des Strafgesetzbuches (Art. 220 StGB), Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, <https://www.bj.admin.ch/dam/dta/bj/gesellschaft/gesetzgebung/archiv/elterlichesorge/ve-ber-d.pdf> (zuletzt besucht am 13.7.2015)
- CABERNARD/VETTERLI, Die Anrufung des Zivilgerichts bei häuslicher Gewalt. Ein Beitrag zur Umsetzung des st. gallischen Polizeigesetzes, FamPra.ch 2003, 589 ff.
- CHOFFAT, Du retrait du droit de garde au retrait de l'autorité parentale: le choix de la mesure la plus adaptée, ZKE 2014, 31 ff.
- DETTENBORN, Kindeswohl und Kindeswille, 4. Aufl., München 2014
- EIDGENÖSSISCHES BÜRO FÜR DIE GLEICHSTELLUNG VON FRAU UND MANN, Informationsblatt 1 «Definition, Formen und Folgen häuslicher Gewalt», abrufbar unter www.ebg.admin.ch -> Publikationen -> Informationsblätter häusliche Gewalt (zuletzt besucht am 15.06.2015)
- FEGERT, Die Frage des Kindeswohls und die Ausgestaltung des Umgangsrechts nach Trennung der Eltern in Fällen häuslicher Gewalt aus kinder- und jugendpsychiatrischer Sicht, in: KAVEMANN/KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 3. Aufl., Wiesbaden 2013, 195 ff.
- FELDER/HAUSHEER/AEBI-MÜLLER/DESCH, Gemeinsame elterliche Sorge und Kindeswohl – Wann ist es nötig, dass das Gericht in einem Scheidungs- oder Eheschutzverfahren zur Wahrung des Kindeswohls einem Elternteil die alleinige elterliche Sorge zuteilt?, ZBJV 2014, 892 ff.
- FICHTNER, Hilfen bei Hochkonflikthaftigkeit?, ZKJ 2012, 46 ff.
- GABAGLIO/RÖSLI/LORETAN/BLASER/SCHAFFNER/FELDER, Neue Wege für Hochkonfliktfamilien in Trennung und Scheidung, ZBJV 2011, 923 ff.
- GEISER, Wann ist Alleinsorge anzuordnen und wie ist diese zu regeln?, ZKE 2015, 226 ff.
- GLOOR DANIELA/MEIER, Beurteilung des Schweregrades häuslicher Gewalt - Sozialwissenschaftlicher Grundlagenbericht, Bern 2012, <http://www.ebg.admin.ch/dokumentation/00012/00196/index.html?lang=de> (zuletzt besucht am 03.08.2015)
- GLOOR NINO, Der Begriff der Obhut, FamPra.ch 2015, 331 ff.
- GLOOR URS/SCHWEIGHAUSER, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge – eine Würdigung aus praktischer Sicht, FamPra.ch 2014, 1 ff.
- HEGNAUER, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 5. Aufl., Bern 1999
- HEGNAUER, Berner Kommentar zu Art. 270 – 275 ZGB, Gemeinschaft der Eltern und Kinder, Bern 1997
- HONSELL, Kommentierung von Art. 2 ZGB, in: HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014
- INTERVENTIONSSTELLE GEGEN GEWALT (IST), Manual – Schutz bei häuslicher Gewalt, http://www.kapo.zh.ch/internet/sicherheitsdirektion/kapo/de/praevention/ist/info_fachpersonen/manual/_jcr_content/content/parentPar/downloadlist/downloaditems/kurzmanual_3_aufgabe.spooler.download.1393498771437.pdf/20131212_Kurzmanual+Internetversion.pdf (zuletzt besucht am 13.07.15)
- KILDE, Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte, Zürich/Basel/Genf 2015
- KOKES, Empfehlungen vom 13. Juni 2014 «Umsetzung gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall», abrufbar unter www.kokes.ch, Rubrik «Dokumentation» (zuletzt besucht am 08.06.2015)

- KOSTKA, Neue Erkenntnisse zum Wechselmodell?, ZKJ 2014, 55 ff.
- KRÜSMANN, Modelle der Unterstützung für Familien bei häuslicher Gewalt, in: KAVEMANN/KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 3. Aufl., Wiesbaden 2013
- MAIER, Aktuelles zu Eheschutzmassnahmen, Scheidungsgründen und Kinderbelangen anhand der Praxis der erst- und zweitinstanzlichen Gerichte des Kantons Zürich, AJP 2008, 72 ff.
- MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5. Aufl., Zürich 2014
- SALZGEBER/SCHREINER, Kontakt- und Betreuungsmodelle nach Trennung und Scheidung, FamPra.ch 2014, 66 ff.
- SCHÜLER, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt – Chance oder Verlegenheitslösung?, in: KAVEMANN/KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 3. Aufl., Wiesbaden 2013, 208 ff.
- SCHÜLER/LÖHR, Begleiteter Umgang bei häuslicher Gewalt – Chance oder Verlegenheitslösung?, in: KAVEMANN/KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 273 ff.
- SCHWENZER/COTTIER, Kommentierung von Art. 273 f. ZGB, in: HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014
- SCHWENZER/COTTIER, Kommentierung von Art. 296 ff. ZGB, in: HONSELL/VOGT/GEISER (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014
- STEWART, Background paper –The early identification and streaming of cases of high conflict separation and divorce: a review, Department of Justice Canada, 2001
- STETTLER, A propos d'un jugement récent concernant une suspension du droit de visite du parent non gardien durant la procédure de divorce, ZVW 2001, 21 ff.
- STRASSER, «In meinem Bauch zitterte alles.» Traumatisierung von Kindern durch Gewalt gegen die Mutter, in: KAVEMANN/KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 53 ff.
- SÜNDERHAUF, Wechselmodell: Psychologie - Recht – Praxis, Wiesbaden 2013
- SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2012
- VETTERLI, Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern, FamPra.ch 2009, 23 ff.
- ZITELMANN, Kindeswohl und Kindesrechte in Gerichtsverfahren bei häuslicher Gewalt, in: KAVEMANN/KREYSSIG (Hrsg.), Handbuch Kinder und häusliche Gewalt, 2. Aufl., Wiesbaden 2007, 147 ff.