
 **Universität
Zürich**TM
Rechtswissenschaftliches Institut

Garde partagée et droit de visite en cas de violence domestique: connaissances et évaluation d'un point de vue juridique

Prof. Andrea Büchler, docteur en droit
Chaire d'enseignement du droit privé et de droit comparé


10.11.2015 1

 **Universität
Zürich**TM
Rechtswissenschaftliches Institut

Information


- Conférence parallèle de Madame Heidi Simoni, docteur en psychologie
« Garde partagée et droit de visite en cas de violence domestique: connaissances et évaluation d'un point de vue psychologique »

10.11.2015

 **Universität
Zürich**TM
Rechtswissenschaftliches Institut

Vue d'ensemble du droit de l'autorité parentale

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut


Nouveau droit de l'autorité parentale

Buts

- Suppression de la discrimination à l'égard des pères non mariés
- L'autorité parentale conjointe est désormais la règle

- Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2014
- Droit transitoire: art. 7b al. 1 et 12 al. 4 et 5 Titre final CC (cf. ATF du 23 juillet 2014, 5A_92/2014, c. 2.1)

10.11.2015


 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Contenu de l'autorité parentale

L'autorité parentale comprend «**l'ensemble des responsabilités et droits des parents à l'égard de leur enfant** (...), notamment en ce qui concerne l'éducation, la représentation légale et la gestion de la fortune (ATF du 14 novembre 2013, 5A_198/2013)

- Education, formation et soins apportés aux enfants (cf. art. 302 al. 1 CC)
- Pouvoir de représentation légale à l'égard de tiers pour les enfants mineurs (art. 304 al. 1 CC)
- Pouvoir de décision (art. 301 al. 1 et al. 1^{bis} CC)
- Droit de déterminer le lieu de résidence (art. 301a CC)
- En principe la gestion du patrimoine


10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Contenu de l'autorité parentale

- En principe, pouvoir de décision commun en cas d'autorité parentale conjointe
- Néanmoins, 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 ou si l'autre parent ne peut être atteint moyennant un effort raisonnable
- Cf. aussi l'art. 304 al. 2 CC: protection (partielle) des tiers de bonne foi lorsque les parents sont tous deux détenteurs de l'autorité parentale
- Disposition dérogatoire sur la question des compétences décisionnelles en relation avec le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a CC)

10.11.2015


 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Détenteurs de l'autorité parentale

Divorce des parents

- L'autorité parentale conjointe demeure après le divorce des parents sauf si, pour garantir le bien-être de l'enfant, il s'impose de confier l'autorité parentale à l'un des parents (art. 298 al. 1 CC)

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Détenteurs de l'autorité parentale

Parents non mariés

- En premier lieu, l'autorité parentale exclusive est confiée à la mère (art. 298a al. 5 CC)
- Lorsqu'ils sont d'accord, les parents peuvent faire une déclaration en vue d'obtenir l'autorité parentale conjointe (art. 298a CC)
- Si un parent refuse de déposer la déclaration relative à l'autorité parentale conjointe, l'autre parent peut s'adresser à l'APEA. Celle-ci doit instituer l'autorité parentale conjointe à moins que le bien-être de l'enfant ne commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que cette dernière soit attribuée exclusivement au père (art. 298b al. 2 CC)
- Si un rapport de filiation est établi par le biais d'une action en paternité, le juge institue l'autorité parentale conjointe à moins que le bien de l'enfant ne commande que la mère reste seule détentrice de l'autorité parentale ou que celle-ci soit attribuée exclusivement au père (art. 298c CC)

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Détenteurs de l'autorité parentale

Maintien ou attribution «conditionnelle» de l'autorité parentale?


- P. ex. suite à des occurrences de violence domestique, attribution de l'autorité parentale liée à la condition de suivre un programme socio-éducatif contre la violence

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Attribution de l'autorité parentale et violence domestique

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

La violence domestique constitue-t-elle à elle seule un motif d'attribution de l'autorité parentale exclusive?

- Art. 311 al. 1 ch. 1 CC
«Si d'autres mesures de protection de l'enfant sont demeurées sans résultat ou paraissent d'emblée insuffisantes, l'autorité de protection de l'enfant prononce le retrait de l'autorité parentale
1. lorsque, pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence, de violence ou d'autres motifs analogues, les père et mère ne sont pas en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale...»


10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

La violence domestique constitue-t-elle à elle seule un motif d'attribution de l'autorité parentale exclusive?

- Peut-on exiger de devoir partager l'exercice de l'autorité parentale avec l'autre parent?

10.11.2015


 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

La violence domestique et les autres critères plaidant pour l'autorité parentale exclusive

Motifs plaidant pour l'autorité parentale exclusive

- Il n'y a pas encore de jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral
- Cf. néanmoins ATF du 27 août 2015, 5A_923/2014, c. 4: un conflit grave et persistant entre les parents ou une incapacité durable à communiquer peuvent, suivant les circonstances, commander l'attribution de l'autorité parentale exclusive
- Différents critères proposés par la doctrine

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

La violence domestique et les autres critères plaidant pour l'autorité parentale exclusive

- Violence domestique et conflit permanent
 - Digression: «parents au potentiel conflictuel élevé» et violence domestique
- Violence domestique et incapacité à coopérer qualifiée / refus de coopérer qualifié
 - Exigences posées au processus de décision: «appréciation objective» ou «interaction sur une base de communication»

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

La violence domestique et les autres critères plaidant pour l'autorité parentale exclusive


- Violence domestique et abus de droit manifeste (art. 2 al. 2 CC)
 - Notamment: La demande d'instauration de l'autorité parentale conjointe est déposée afin de surveiller l'autre parent et d'exercer sa domination sur lui

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Violence domestique et prise en charge de l'enfant


10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Clarification de notions

- **Garde:** désormais, on ne connaît plus que la garde de fait. Le droit de décider du lieu de résidence fait maintenant partie de l'autorité parentale.
- **Garde partagée/conjointe/communauté domestique:** termes peu clairs, applicables seulement en présence d'une répartition plus ou moins égale de la prise en charge ou utilisés aussi dans une situation où l'un des partenaires assume la prise en charge dans un domaine spécifique
- **Relations personnelles:** temps qu'un enfant passe avec le parent – détenteur ou non de l'autorité parentale – avec lequel il ne vit pas dans une communauté domestique
- **Participation à la prise en charge:** temps qu'un enfant qui vit avec ses deux parents dans une communauté domestique (garde) passe avec l'un de ses parents


10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Violence domestique et garde alternée

- Dans la doctrine, les positions diffèrent quant à savoir si, en présence de violence domestique, l'enfant doit être pris en charge dans un système de garde alternée
- Il n'y a pas de jurisprudence bien établie sur le plan fédéral
 - Cf. cependant l'ATF du 26 mai 2015, 5A_46/2015, c. 4.4.5: Le fait que l'un des parents s'oppose à un tel mode de garde et l'absence de coopération entre les parents ne suffisent ainsi pas pour exclure une garde alternée. Mais il y a toutefois lieu de s'écarter de la garde alternée lorsque les relations entre les parents sont particulièrement conflictuelles

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Violence domestique et droit de visite

- Le droit de visite vu comme un aspect des relations personnelles (cf. art. 273 al. 1 CC)

- Le droit de visite est limité par le bien-être de l'enfant
 - Rappels des parents à leurs devoirs (art. 273 al. 2 CC)
 - Instructions (art. 273 al. 2 CC)
 - Autres mesures protectrices selon l'art. 307 s. CC
- En dernier recours: le droit de visite peut être refusé (a priori) ou retiré (après coup) (cf. art. 274 al. 2 CC)
 - pour une durée déterminée (suspension du droit de visite)
 - ou durablement


10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Violence domestique et droit de visite

- Mise en danger du bien-être de l'enfant en raison de l'expérience de la violence

10.11.2015


 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Violence domestique et droit de visite

Forme concrète des relations personnelles

- Réflexions essentielles
 - Détermination du type d'auteur et son utilité
 - «Intensité de la violence domestique» ?
 - Primordial: pas de décisions contradictoires prises d'une part par le tribunal (cf. art. 28b CC) et l'APEA d'autre part

10.11.2015


 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Violence domestique et droit de visite

Forme concrète des relations personnelles

- Rappel des devoirs?
- Instructions
 - P. ex.: injonction de suivre un programme socio-éducatif contre la violence, de suivre une consultation en matière d'éducation, décision de remise de l'enfant surveillée voire de visites sous surveillance
 - Les instructions sont-elles de nature à empêcher la mise en danger du bien de l'enfant?
 - Les instructions doivent directement être utiles au bien *de l'enfant*
- Combinaison instructions - curatelle

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

Violence domestique et droit de visite

Forme concrète des relations personnelles

- La curatelle à l'exclusion de toute autre mesure?
- Retrait ou refus de relations personnelles
 - Régulièrement, il n'est pas accordé de droit de visite (sous surveillance) aussi longtemps que le danger concret de l'exercice de la violence à l'encontre de l'autre parent ou de l'enfant subsiste.
- Renseignements sur le droit de la procédure

10.11.2015

 **Universität Zürich**
Rechtswissenschaftliches Institut

La volonté de l'enfant

10.11.2015


Universität Zürich
 Rechtswissenschaftliches Institut

La volonté de l'enfant

Attribution de l'autorité parentale

- Cf. notamment l'art. 133 al. 2 CC

Relations personnelles


- Jeunes enfants
- Enfants plus âgés, capables de discernement en ce qui concerne le droit de visite
 - Le veto des enfants plus âgés capables de discernement est à respecter lorsqu'ils s'opposent catégoriquement et de manière répétée aux relations personnelles en raison de leurs expériences (de violence) négatives, ATF du 13 août 2015, 5A_459, 2015, c. 6.2.2

10.11.2015


Universität Zürich
 Rechtswissenschaftliches Institut

Développements

10.11.2015


Universität Zürich
 Rechtswissenschaftliches Institut

Développements

Loi fédérale sur l'amélioration de la protection des personnes victimes de la violence (actuellement en consultation)

- L'évaluation de GLOOR/MEIER/BOCHLER, «Umsetzung und Wirkung von Art. 28b ZGB», mai 2015, a relevé diverses lacunes de la législation actuelle
- Différentes modifications sont prévues tant en droit civil qu'en droit pénal
- En droit civil: en particulier une meilleure coordination entre les tribunaux et l'APEA (art. 28b al. 3^{ème} CC nouveau) lorsque des interdictions de contact sont ordonnées sur la base de l'art. 28b CC: «Il [le tribunal] communiquera ses décisions à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte compétente si cette information apparaît nécessaire à l'accomplissement de sa tâche»

10.11.2015

 **Universität
Zürich**^{UN}
Rechtswissenschaftliches Institut

Merci de votre attention

... et merci aussi à Luca Maranta, lic. iur., avocat, assistant scientifique UZH
et collaborateur auprès de l'APEA de Bâle-Ville, pour sa précieuse
collaboration

10.11.2015 Seite 1
