

# La procédure matrimoniale

Regards croisés de praticiens sur la matière

Tome 1

Sous la direction

d'Anne Reiser, avocate, et de Sabrina Gauron-Carlin,

docteure en droit, titulaire du brevet d'avocat, greffière

# Table des matières\*

## Tome I

Remerciements.....	V
Avant-propos.....	VII
Liste des auteurs .....	XI
Table des matières .....	XIII
Liste des abréviations .....	XXI
Introduction .....	1
<b>1<sup>ère</sup> Partie : Un procès pas comme les autres .....</b>	<b>3</b>
<b>I. Particularités de la procédure matrimoniale</b> <i>(Anne Reiser)</i> .....	<b>3</b>
A. Persistance fréquente de rapports juridiques entre les parties à l'issue du procès .....	3
B. Cercle restreint des participants .....	5
C. Maîtrise limitée de l'objet du procès.....	12
D. Attentes illimitées des justiciables .....	17
<b>II. Particularité de la matière <i>(Anne Reiser)</i> .....</b>	<b>21</b>
A. L'hybridité de la matière .....	21
B. La multiplicité des sources et l'importance du droit prudentiel.....	24

1.	Les bases légales à impact procédural contenues dans les traités internationaux .....	28
	a) Loi applicable en vertu des traités internationaux.....	29
	b) Compétence internationale .....	31
2.	Les bases légales à impact procédural important contenues dans la loi sur le droit international privé (LDIP).....	35
3.	Les bases légales à impact procédural contenues dans le Code civil .....	37
	a) Pouvoirs et devoirs du juge dans la protection du mariage et de ses effets.....	38
	b) Pouvoirs et devoirs du juge de l'annulation du mariage, du divorce et de la séparation de corps s'agissant des époux.....	39
	c) Pouvoirs et devoirs du juge concernant les parents et enfants ....	40
	d) Pouvoirs et devoirs de l'autorité de protection de l'enfant s'agissant de l'attribution de droits sur les enfants et de la protection de ces derniers .....	48
4.	Les bases légales à impact procédural contenues dans la loi sur le partenariat enregistré (LPart) .....	57
	a) S'agissant des partenaires, pouvoirs et devoirs du juge .....	57
	b) S'agissant de l'enfant d'un partenaire .....	59
	c) S'agissant des enfants communs, suite à une adoption de l'enfant du partenaire.....	60
5.	Les bases légales à impact procédural important contenues dans le Code de procédure civile .....	60
6.	Les bases légales à impact procédural contenues dans les lois cantonales d'application du Code civil et d'organisation judiciaire.....	64
7.	Les bases légales à impact procédural contenues dans la loi fédérale sur l'enlèvement international d'enfants et les Conventions de la Haye sur la protection des enfants et des adultes (LF-EEA) .....	66
<b>III.</b>	<b>L'enchevêtrement des procédures (<i>Anne Reiser</i>)....</b>	<b>67</b>
<b>A.</b>	<b>La juridiction civile gracieuse .....</b>	<b>68</b>
	1. En général .....	68
	2. S'agissant de la protection des enfants .....	69
<b>B.</b>	<b>La procédure civile contentieuse .....</b>	<b>70</b>

1.	Les maximes gouvernant la procédure civile contentieuse....	72
a)	La maxime des débats .....	72
b)	La maxime inquisitoire illimitée.....	73
c)	La maxime inquisitoire sociale.....	73
2.	L'impact des maximes gouvernant les procédures s'agissant de l'admissibilité de faits nouveaux au fil du temps, aux différents stades de la procédure .....	74
<b>IV.</b>	<b>Une matière en constant changement</b> <i>(Anne Reiser)</i> .....	<b>83</b>
<b>V.</b>	<b>L'importance des conventions</b> <i>(Anne Reiser)</i> .....	<b>86</b>
<b>A.</b>	<b>Le principe d'autonomie familiale posé par le législateur</b> .....	<b>86</b>
<b>B.</b>	<b>Particularités des conventions familiales</b> .....	<b>87</b>
<b>C.</b>	<b>Les matières que le législateur met dans la compétence des époux</b> .....	<b>88</b>
<b>D.</b>	<b>Les matières que le législateur met dans la compétence des partenaires enregistrés</b> .....	<b>95</b>
<b>E.</b>	<b>Les matières que le législateur met dans la compétence des parents</b> .....	<b>98</b>
1.	Droits et obligations du parent, découlant du lien de filiation juridique .....	98
2.	Droits et obligations du parent, découlant du lien de filiation biologique .....	100
3.	Droits et obligations découlant de l'autorité parentale .....	101
4.	Droits et obligations découlant de la garde.....	104
<b>F.</b>	<b>L'impact de la filiation sur l'enfant</b> .....	<b>105</b>
1.	Droits et devoirs d'un enfant mineur .....	105
2.	Droits et obligations familiaux d'un enfant majeur .....	108
3.	Droits et obligations familiaux découlant du mariage ou du partenariat enregistré avec un père ou une mère.....	111
4.	Droits et obligations familiaux découlant du concubinage avec un père ou une mère (sans autre convention entre concubins) .....	111

<b>G.</b>	<b>Le traitement des conventions familiales par la justice et son anticipation.....</b>	<b>113</b>
1.	Les types de conventions et leur nécessité .....	113
2.	Le contenu nécessaire des conventions destinées à être ratifiées par la justice.....	118
3.	La validité et la révocabilité des conventions.....	120
	a) Concernant les enfants.....	120
	aa) <i>Validité des conventions</i> .....	120
	ab) <i>Révocation des conventions et conséquences à anticiper ..</i>	124
	b) Concernant les adultes, en particulier dans le divorce .....	125
4.	Les conséquences de la révocation et de la non-ratification possibles, sur le contenu souhaitable des conventions.....	127
<b>VI.</b>	<b>Conseils pratiques destinés aux avocats</b>	
	<i>(Anne Reiser)</i> .....	<b>129</b>
<b>A.</b>	<b>Avant le dépôt de toute action en justice, et toute négociation .....</b>	<b>130</b>
1.	Invitation à la prudence .....	130
2.	En particulier, dans les premiers temps de la séparation .....	141
3.	Questions liminaires à poser.....	146
	a) Concernant les faits .....	146
	b) Concernant le droit.....	147
	c) Concernant les résultats concrets possibles d'actions en Suisse ou à l'étranger en cas d'éléments d'extranéité .....	149
<b>B.</b>	<b>Quelques éléments de stratégie à envisager.....</b>	<b>150</b>
<b>C.</b>	<b>Questions à garder à l'esprit en tout temps.....</b>	<b>153</b>
1.	Objectifs de chacun et vérification de la réalité (« Pour Quoi ? » vs « Wer will was, von wem, woraus ? »).....	155
2.	Appréciation du litige (« Quoi ? » : détermination des enjeux) .....	155
3.	Lieux du conflit (« Où ? »).....	156
4.	Ressources de chacun (« Comment ? » atteindre les objectifs : observation du terrain) .....	156
5.	Durée possible du litige (« Combien de temps ? »).....	157
6.	Moment ultime de la solution (« Quand ? »).....	157

7.	Intérêts partagés (« Quoi ? Comment ? »).....	158
8.	Stratégie adoptée (« Pour quoi ? ») décortiquée en termes..	158
9.	Adhésion du client à la stratégie définie (« Qui ? Comment ? »).....	159
10.	Vérification des objectifs fixés en termes <i>d'avenir désirable</i> (« Pour quoi ? »).....	159
<b>D.</b>	<b>La responsabilité de l'avocat envers lui-même .....</b>	<b>159</b>
<b>VII.</b>	<b>Le point de vue du juge de première instance (Sophie Thorens-Aladjem).....</b>	<b>162</b>
<b>A.</b>	<b>Les mesures protectrices de l'union conjugale et les mesures provisionnelles .....</b>	<b>163</b>
1.	La procédure.....	163
2.	Les pièces à fournir .....	164
<b>C.</b>	<b>Le divorce.....</b>	<b>166</b>
1.	La procédure.....	166
	a) Le divorce sur requête commune.....	166
	b) Le divorce sur demande unilatérale.....	167
2.	Les pièces à fournir .....	168
3.	Le partage des avoirs de prévoyance .....	170
<b>D.</b>	<b>Les enfants dans la procédure matrimoniale .....</b>	<b>170</b>
1.	L'audition de l'enfant.....	171
	a) L'audition par le Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP).....	171
	b) L'audition par le juge.....	172
2.	La représentation de l'enfant.....	173
<b>E.</b>	<b>Conclusion.....</b>	<b>173</b>
<b>VIII.</b>	<b>Le point de vue du thérapeute de famille : Les besoins psychologiques des enfants et des parents dans la procédure de séparation (Katharina Auberjonois) .....</b>	<b>175</b>
<b>A.</b>	<b>Préambule .....</b>	<b>175</b>

<b>B.</b>	<b>Les besoins de l'enfant dans la procédure de séparation .....</b>	<b>177</b>
<b>C.</b>	<b>Les besoins des parents dans la procédure de séparation.....</b>	<b>180</b>
<b>D.</b>	<b>Recommandations aux magistrats provenant d'une psychiatre et thérapeute de la famille .....</b>	<b>180</b>
1.	À propos de l'audition de l'enfant (art. 298 CPC, art. 314a al. 2 ch. 1 CC).....	180
2.	À propos des parents .....	183
3.	À propos de la fratrie.....	184
4.	À propos des perspectives thérapeutiques .....	184
5.	À propos du contenu des expertises et des ordonnances de suivi thérapeutique.....	187
a)	Lorsqu'un risque existe qu'un parent projette ses affects (sentiment d'abandon, de colère, de souffrance) sur l'enfant ...	187
aa)	<i>Formulations suggérées dans le cadre d'une ordonnance de suivi thérapeutique .....</i>	<i>187</i>
ab)	<i>Formulations suggérées dans le cadre d'une demande d'expertise psychiatrique.....</i>	<i>188</i>
b)	Lorsque la communication parentale est totalement rompue et/ou avec des conflits à chaque transfert de l'enfant d'un parent à l'autre.....	188
ba)	<i>Formulations suggérées dans le cadre d'une ordonnance de suivi thérapeutique .....</i>	<i>188</i>
bb)	<i>Formulations suggérées dans le cadre d'une demande d'expertise psychiatrique.....</i>	<i>189</i>
c)	Lorsque l'on craint une supplantation du parent non-gardien par le nouveau compagnon de vie de l'autre parent et une éviction du parent biologique/juridique de la vie de l'enfant....	189
ca)	<i>Formulations suggérées dans le cadre d'une ordonnance de suivi thérapeutique .....</i>	<i>189</i>
cb)	<i>Formulations suggérées dans le cadre d'une demande d'expertise psychiatrique.....</i>	<i>190</i>
d)	Lorsqu'il y a une suspicion d'une aliénation parentale .....	190
da)	<i>Formulations suggérées dans le cadre d'une ordonnance de suivi thérapeutique .....</i>	<i>190</i>
db)	<i>Formulations suggérées dans le cadre d'une demande d'expertise psychiatrique.....</i>	<i>191</i>

E.	<b>Perspectives de progrès</b> .....	192
F.	<b>Conclusion</b> .....	194
<b>IX.</b>	<b>Le point de vue du pédopsychiatre : L'enfant, le divorce, la garde alternée et le juge</b> <i>(Séverine Cesalli)</i> .....	<b>196</b>
A.	<b>Pourquoi est-il important que la société et la justice se préoccupent de l'enfant de parents séparés ?</b> .....	<b>196</b>
B.	<b>De quelle manière la séparation parentale affecte-t-elle l'enfant ?</b> .....	<b>197</b>
C.	<b>Comment alors la société et la justice peuvent-elles protéger l'enfant ?</b> .....	<b>201</b>
D.	<b>Quant à la garde de l'enfant, comment l'enfant lui-même vit-il la situation ?</b> .....	<b>205</b>
E.	<b>Pourquoi autant de controverses au sujet de la garde de l'enfant ?</b> .....	<b>209</b>
1.	Définition .....	210
2.	Que dit la recherche internationale ? .....	211
3.	Quels sont les paradoxes suisses ?.....	212
F.	<b>Comment le juge soucieux du bien de l'enfant peut-il se positionner quant à sa garde ?</b> .....	<b>215</b>
1.	En situation de haute conflictualité .....	215
2.	En situation de conflit évolutif (dans la grande majorité des cas) ou en l'absence de conflit .....	215
a)	Quelques règles .....	216
b)	Quelques propositions indicatives en fonction de l'âge.....	216
c)	Quelques exemples.....	217
d)	Trois exemples cliniques de décisions à prendre à l'encontre de la demande des deux parents .....	220
G.	<b>Conclusion</b> .....	<b>221</b>

#### **Annexe 1 :**

<b>Analyse comparative des chiffres des pouvoirs judiciaires cantonaux et fédéral, publiés pour l'année 2016</b> .....	<b>222</b>
--	------------

<b>Annexe 2 :</b>	
<b>Extraits des comptes rendus publiés de l'activité des juridictions genevoises entre 2011 et 2016.....</b>	<b>234</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>243</b>