

Referenz zu Entscheid:

[5A_690/2020](#)

Stichworte:

**Garde, Résidence de l'enfant,
Déménagement de l'enfant, Arrêt de
renvoi**

Referenz zu Gesetzesartikel:

[art. 298b CC](#) | [art. 301a CC](#)

iusNet DC 22.11.2020

Déplacement de la résidence habituelle des enfants de familles recomposées : plaidoyer pour une réforme nécessaire des procédures

Commentaire de l'arrêt TF 5A_690/2020 du 5 novembre 2020

[Anne Reiser](#)

Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

Dans un arrêt TF 5A_690/2020, du 5 novembre 2020, le Tribunal fédéral a tranché, à nouveau, une question qui ne cesse de lui être posée, en particulier en reconstitution familiale : comment faut-il considérer que le bien de l'enfant est le mieux servi lorsque l'un de ses parents entend déménager ?

Dans cette affaire, la mère, dotée de l'autorité parentale conjointe sur deux enfants nés hors mariage en 2012 et 2013, a exprimé le désir, en 2017, de déménager la résidence habituelle de ces enfants pour rejoindre son compagnon avec lequel elle avait acquis une maison, en France, à 150 km du lieu de vie du père de ses premiers enfants. Elle était alors enceinte du deuxième enfant de ce compagnon. Le père des enfants, qui avait déjà déplacé son propre domicile en 2015 pour suivre la mère à Genève après la séparation, était opposé au départ de ses enfants, dont il avait la garde alternée. A sa requête, une ordonnance de mesures superprovisionnelles du Tribunal de Protection de l'Adulte et de l'Enfant de Genève a fait

interdiction à la mère de déplacer la résidence habituelle des enfants le 7 novembre 2017 ; a ordonné le dépôt des documents d'identité des enfants auprès du Service de protection des mineurs (SPMi) ainsi que l'inscription des enfants et de leur mère dans le système de recherches informatisées de police (RIPOL/SIS) ; a dit que les enfants devraient rester scolarisés à Genève à tout le moins jusqu'à l'issue de la procédure ; a exhorté les parties à entreprendre une médiation ; et a invité le SPMi à lui faire parvenir un rapport d'évaluation sociale.

L'arrêt du Tribunal fédéral a été rendu alors que cette mère avait accouché en avril 2020 du troisième enfant de ce compagnon, et était ainsi très présente au foyer. Statuant sur le recours du père, il relève (c. 4) qu'eu égard à l'ensemble des éléments mis en exergue par la cour cantonale, il apparaît que les deux parents auraient pu prétendre à l'attribution de la garde. Cela étant, dans la mesure où il ne peut être fait interdiction à l'intimée de s'établir en France et qu'il fallait en conséquence par la force des choses attribuer la garde à un seul des parents, il apparaît que la Chambre de surveillance du Tribunal de Protection de l'Adulte et de l'Enfant de Genève n'a pas excédé son pouvoir d'appréciation en la matière en considérant que le bien des enfants serait globalement mieux préservé s'ils suivaient leur mère en France eu égard notamment à sa disponibilité quelque peu plus grande et au fait que les enfants vivraient au sein de leur fratrie en demeurant auprès de leur mère.

Cet arrêt pose, une fois encore extensivement, les critères qui doivent guider l'appréciation de l'Autorité de Protection de l'Adulte et de l'Enfant (ci-après « APEA ») ou du juge civil, lorsqu'il s'agit de statuer sur le déplacement de la résidence habituelle d'un enfant, aux c. 3.1.1. à 3.1.3..

Le Tribunal fédéral rappelle au c. 3.1.1. que la liberté fondamentale qui doit triompher, lors de la pesée des intérêts des personnes concernées par le déplacement de la résidence habituelle de l'enfant, est la liberté d'établissement des parents (art. 24 Cst.). Le juge ou l'APEA ne doivent donc que se demander si le bien-être de l'enfant sera mieux préservé dans l'hypothèse où il suivrait le parent qui envisage de déménager, ou dans celle où il demeurerait auprès du parent restant sur place, tout en tenant compte du fait que la garde, les relations personnelles et la contribution d'entretien pourront toujours être adaptées en conséquence, en application de l'art. 301a al. 5 CC ([ATF 142 III 502](#) c. 2.5; [142 III 481](#) c. 2.6; arrêt 5A_916/2019 du 12 mars 2020 c. 3.1 et la référence, publié in SJ 2020 I 375).

Au c. 3.1.2., le Tribunal fédéral indique à quel examen il convient de procéder, selon le mode de prise en charge pratiqué jusqu'à la saisine des autorités et selon l'âge de l'enfant. Le modèle de prise en charge préexistant constitue, d'abord, sous réserve d'une modification de la situation, le point de départ de l'analyse. Ainsi, dans l'hypothèse où l'enfant était pris en charge à parts plus ou moins égales par chacun des parents, et où ceux-ci sont disposés à continuer à le prendre en charge à l'avenir, la situation de départ est neutre ; il faut alors recourir aux critères pertinents pour l'attribution de la garde afin de déterminer quelle solution correspond le plus à l'intérêt de l'enfant. Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les capacités éducatives respectives des parents, prémisses nécessaires pour se voir attribuer la garde, les relations personnelles entre enfant et parents, l'aptitude de ces derniers à prendre soin de l'enfant personnellement, à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, l'âge de l'enfant et son appartenance à une fratrie ou à un cercle social ainsi que le souhait exprimé par ce dernier s'agissant de sa propre prise en charge et son lieu de résidence; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif,

psychique, moral et intellectuel. Ces critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance varie en fonction du cas d'espèce.

Ensuite, si l'enfant est en âge de scolarité ou qui est sur le point de l'être, la préférence doit être donnée à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour l'avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper de lui et l'élever personnellement alors qu'il faudra davantage tenir compte de l'appartenance à un cercle social déterminé s'agissant d'un adolescent. On examinera ainsi en premier lieu les capacités parentales, la possibilité effective de s'occuper de l'enfant, la stabilité des relations, la langue parlée par l'enfant, son degré de scolarisation et l'appartenance à un cercle social et, en fonction de son âge, les désirs qu'il a formulés quant à son lieu de résidence ([ATF 142 III 617](#) c. 3.2.3-3.2.4; [136 I 178](#) c. 5.3; [115 II 206](#) c. 4a; arrêt 5A_714/2015 du 28 avril 2016 c. 4.2.1.3, publié in FamPra.ch 2016 p. 766 et in SJ 2016 I 373).

En revanche, si le parent qui souhaite déménager était titulaire de la garde exclusive sur l'enfant ou était le parent de référence, à savoir celui qui prenait jusqu'ici l'enfant en charge de manière prépondérante ([ATF 144 III 469](#) c. 4.1; [142 III 502](#) c. 2.5), il sera en principe dans l'intérêt de l'enfant de déménager avec lui, pour autant qu'il puisse lui garantir une prise en charge similaire dans son futur lieu de vie et que le déménagement n'entraîne pas une mise en danger du bien de l'enfant ([ATF 142 III 502](#) c. 2.5; [142 III 481](#) c. 2.7 et les références).

Enfin, le Tribunal fédéral rappelle, au c. 3.1.3., que l'examen de l'adaptation des modalités de la prise en charge, des relations personnelles et de l'entretien ne doit pas être dissocié de la question du déménagement, compte tenu du lien étroit entre ces éléments ([ATF 142 III 502](#) c. 2.6). A cet égard, il convient de clarifier le mode de prise en charge de l'enfant appliqué jusqu'alors, d'esquisser les contours du déménagement, ainsi que d'établir quels sont les besoins de l'enfant et la prise en charge, offerte et effectivement possible, par les parents ([ATF 142 III 502](#) c. 2.7).

En clair, à compétences parentales équivalentes, plus l'enfant est jeune, plus le critère de disponibilité parentale est important ; plus il s'approche de l'adolescence, plus son appartenance à un cercle social et les désirs qu'il aura formulés quant à son lieu de vie seront pertinents ; et toute décision à ce sujet doit inclure les questions financières.

Que tirer de cet arrêt, qui répète, en somme, ce qu'on savait déjà ?

Tout d'abord, force est de constater que si, comme le rappelle le Tribunal fédéral (c. 3.1.1.), l'autorité parentale conjointe ne doit pas priver *de facto* les parents de leur liberté d'établissement (art. 24 Cst.) en les empêchant de déménager ([ATF 142 III 481](#) consid. 2.6; arrêt 5A_916/2019 du 12 mars 2020 c. 3.1 et la référence, publié in SJ 2020 I 375), toute procédure contentieuse a cet effet, *ipso facto*, lorsque la garde des enfants est exercée de manière alternée. Dans cette affaire, si la mère avait exercé la garde exclusive des enfants, elle n'aurait pas eu à attendre trois ans pour déménager avec les enfants du premier et du second lit pour vivre en commun avec le père des enfants du second lit à l'étranger. Elle aurait probablement obtenu l'autorisation de déménager la résidence habituelle des enfants par application de la jurisprudence fédérale publiée aux [ATF 142 III 502](#) consid. 2.5; [142 III 481](#) consid. 2.7, rappelée au c. 3.2. de l'arrêt commenté : accumulant, en effet, les congés maternités liés à ses grossesses rapprochées, elle aurait pu continuer à garantir à ses enfants du premier lit une présence au foyer importante et aurait ainsi bénéficié de la présomption que les enfants allaient pouvoir bénéficier d'une prise en charge personnelle par leur mère qui serait analogue à celle dont ils ont bénéficié avant qu'elle n'indique sa volonté de déménager. Voilà de quoi

persuader, hélas, les mères désireuses de ne pas être entravées dans leur liberté de mouvements de ne pas céder devant les désirs d'implication paternelle dans la prise en charge de leurs enfants.

Ensuite, en ce qui concerne la prise en charge physique des enfants, le Tribunal fédéral a considéré que la mère des enfants, occupée professionnellement à 40% au moment de la procédure – quand elle n'était pas en congé maternité (rappelons qu'elle a donné naissance à trois enfants entre 2015 et 2020), était ainsi légèrement plus disponible que le père des enfants du premier lit, lui-même enseignant à 90% et occupé professionnellement uniquement pendant le temps de scolarisation de ses enfants. C'est ce critère de disponibilité personnelle parentale, ajouté, certes, à celui qu'il convient de ne pas séparer les enfants encore loin de l'adolescence, qui a fait pencher la balance en faveur du déménagement des enfants avec leur mère. Cela surprend, dès lors qu'il est constant qu'une mère de trois enfants en très bas âge est très sollicitée par les derniers nés, et que son attention, lors de sa présence au foyer, doit naturellement être plus dirigée vers les derniers nés que vers les aînés. On se demande donc si le critère de la présence physique auprès des enfants n'a pas été confondu, dans l'arrêt commenté, avec celui de la disponibilité effective du parent gardien pour lesdits enfants, ou si l'aide au foyer dont elle devait disposer de la part de son compagnon n'a pas été passée sous silence.

Toujours s'agissant de la prise en charge des enfants, on déduit de l'état de fait cité par l'arrêt (c. 3) que les enfants du premier lit ont vu leurs parents se séparer au plus tard en 2015, alors qu'ils avaient 2 et 3 ans, lorsque leur mère a quitté Aigle pour s'installer à Genève (ce qui a décidé leur père à la suivre en cette ville pour favoriser la garde alternée) et qu'ils ont été élevés en garde alternée par leurs parents par la suite. On observe également qu'à aucun moment l'état de fait ne tire un quelconque argument de la prise en charge de fait, des enfants par le compagnon de la mère. Or, il est plus que probable que la mère, enceinte de son deuxième enfant dudit compagnon en 2017, devait déjà faire ménage commun avec lui auparavant. Les enfants du premier lit devaient ainsi être élevés par elle et son compagnon en garde alternée, et la mère devait ainsi être soutenue par ce compagnon dans l'accomplissement de ses obligations parentales. Il est dès lors extraordinairement surprenant que ce mode de prise en charge des enfants, correspondant à la réalité vécue par eux, n'ait pas fait l'objet d'une ligne dans les faits pertinents pour apprécier ce qui correspond à l'intérêt des enfants, dans l'arrêt commenté.

En outre, ce n'est qu'en novembre 2020 que le sort des enfants du premier lit a été scellé, en sorte que l'on en déduit que les enfants du premier lit ont dû vivre pendant au moins cinq ans dans les conflits parentaux, ceux du second lit n'ayant connu que cela.

L'expérience judiciaire enseigne qu'en recomposition familiale, les parents juridiques craignent de voir leur rôle et leur autorité évincés par les nouveaux compagnons de vie de leur ex-conjoint ou compagnon ; et que ces derniers, qui assument, dans les faits, beaucoup de prérogatives liées à l'autorité parentale pour compte d'autrui, se sentent extraordinairement mal traités par leur exclusion des procédures qui ont un impact extraordinaire sur leur propre liberté personnelle et leur liberté d'établissement. Or l'on sait que tant le Code civil que les lois cantonales d'application de ce Code, qu'encore le Code de Procédure civile, ne donnent pas à ces compagnons de vie des enfants d'autrui la qualité de partie aux procédures qui les concernent. Et l'on observe que rares sont les cas dans lesquels les intervenants en protection de l'enfance en charge des rapports d'évaluation sociale rencontrent les nouveaux compagnons des parents et qu'ils évaluent aussi rarement, dans l'intérêt des enfants, la qualité des liens des familles recomposées.

Les membres des familles recomposées n'ayant ainsi pas lieu de nouer des liens soutenant l'éducation des enfants dont ils ont la charge (parfois également financière) dans les faits avec les parents juridiques desdits enfants, leur rôle n'est ainsi ni clarifié ni reconnu ; leurs intentions peuvent être supputées voire démonstrées, et les conflits dont les parents sont privés avec les compagnons de vie de leur ex-conjoint ne peuvent donc être réglés qu'au travers des enfants, qui grandissent ainsi dans le tumulte des procédures conduites en leur nom.

Dans une situation dans laquelle les autorités cantonales de protection des enfants ne trouvent rien à redire au fait que les enfants sont dénués de toute protection étatique des conflits opposant les adultes qui en ont la charge, ni au fait que les enfants grandissent pendant tant d'années dans ces conflits, nonobstant les dispositions de l'art. 12 Cst, on ne peut donc que regretter - avec le Tribunal fédéral probablement, lorsqu'il rappelle (c. 4) qu'il ne lui appartient pas, en sa qualité de dernière instance de recours et de juge du droit, d'ordonner une médiation, que le père n'ait pas pris de telles conclusions, fondées sur l'art. 307 al. 3 CC, devant les instances cantonales.

L'état de fait de cet arrêt démontre, en tout état de cause, que les dispositions du Code civil, des lois cantonales d'application de ce Code, et du Code de Procédure Civile, ne sont pas adaptées aux recompositions familiales. Il est absurde de demander aux autorités de protection de l'enfant et aux juges civils de ne prendre en compte que les parents juridiques des enfants pour statuer sur ce qui correspond au bien de ces derniers, en faisant totale abstraction des capacités parentales des personnes qui vont encadrer ces enfants dans les faits et des besoins des autres enfants qui font ménage commun avec eux, tous touchés par ces procédures, mais privés de tout droit d'y être entendus et d'y participer. Afin de purger, en outre, tout conflit entre les adultes qui ont la charge d'enfants, pour épargner à ces derniers les affres des litiges qui durent et qui les plongent immanquablement dans des conflits de loyauté qui sont mauvais pour leur développement, il est grand temps que les procédures touchant au sort des enfants soient réformées, afin d'inclure, d'emblée, toutes les personnes qui les éduquent, dans les faits, à un nécessaire processus de conciliation familiale.