

*Référence de la décision:*

[5A\\_743/2020](#)

*Articles de loi:*

[art. 105 al. 1 LTF](#) | [art. 307 CC](#) | [art. 310 CC](#)

iusNet DC 21.12.2020

## **Retrait de garde d'un nasciturus et faits nouveaux devant le TF**

Un arrêt 5A\_743/2020 de notre Haute Cour rassure les défenseurs des enfants

[Anne Reiser](#)

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

En cette période de l'Avent, nous avons tous à l'esprit la grande peur qu'inspira à Hérode la naissance annoncée d'un enfant roi, et le périple entamé par Joseph pour sauver ce dernier d'une mort certaine. Dans un arrêt 5A\_743/2020 du 14 octobre 2020, le Tribunal fédéral fut saisi d'une affaire du même tonneau.

Ici, point de Joseph, mais une Autorité de Protection de l'Adulte et de l'Enfant (APEA) qui retira, le 21 août 2019, la garde d'un garçon à naître à sa mère, pour le placer dans une famille d'accueil à sa naissance, prévue pour septembre. Il faut dire que la garde de la première fille de la mère, née en 2014 d'un autre père, lui avait déjà été retirée et que l'enfant avait été placée chez ses grands-parents. Il faut aussi préciser que la garde de sa seconde fille, née du père de l'enfant à naître, lui avait également été retirée en octobre 2018, alors que cette enfant avait 5 mois, après que le père a battu, secoué et mordu celle-ci à la joue. L'enfant avait alors été placée dans un foyer. Après la reconnaissance de cette dernière par son père, l'APEA avait immédiatement retiré sa garde au père, par décision superprovisoire du 13 août 2019.

Ce n'est pas contre la décision du Tribunal cantonal lucernois, confirmant le retrait de la garde du nasciturus à sa mère, que le recours en matière civile est exercé par elle au Tribunal fédéral le 14 septembre 2019, mais contre une nouvelle décision de l'APEA lucernoise, du 31 mars 2020, confirmée par le Tribunal cantonal le 7 août 2020, de changement de placement des

enfants : la seconde fille de la mère devait quitter le foyer qui l'hébergeait depuis dix mois ; son frère, né en septembre 2019, devait être enlevé à la famille d'accueil qui s'en occupait temporairement depuis la naissance ; et les deux enfants devaient être placés ensemble dans une nouvelle famille d'accueil.

Devant le Tribunal fédéral, la mère réclame une décision prononçant son propre placement avec ses enfants, subsidiairement avec sa fille uniquement, dans une institution mère-enfants. Elle plaide, au fond, une violation des articles 307 et 310 CC : le retrait de la garde ordonné devrait être l'ultima ratio, et il entraverait définitivement la possibilité des enfants de développer avec elle une relation soutenable. Au demeurant, une évaluation sociale, respectivement une expertise, aurait dû être ordonnée et les enfants auraient dû être dotés de représentants à la procédure.

Sa requête d'effet suspensif est rejetée par le Tribunal fédéral après réception d'une prise de position du Tribunal cantonal lucernois et de l'APEA. Le Tribunal fédéral ne sollicite pas de réponse plus ample au recours sur le fond, et la fin du considérant 3 de l'arrêt nous suggère ses raisons.

Dans la procédure cantonale, le Tribunal cantonal lucernois a constaté que, contrairement à l'affirmation de la mère selon laquelle elle avait coupé tout contact avec le père des enfants, celle-ci avait fait l'objet d'un contrôle de police le 14 juin 2020 à 2 heures du matin, dans la voiture du père, et elle avait déclaré à la curatrice des enfants qu'elle entretenait des relations physiques et téléphoniques régulières avec le père. Le Tribunal cantonal a ainsi tenu pour avéré que la mise en danger des enfants tenait moins à la personne du père qu'au fait que la mère ne parvenait à se distancier de lui, malgré le fait qu'elle ait subi elle-même des violences de sa part. Des capacités parentales réduites en résultaient. Le retour des enfants chez elle serait constitutif de leur mise en danger. Le placement requis par la mère en milieu ouvert entrerait encore moins en ligne de compte car la mère, dans ses propres écritures de recours, minimisait la violence subie par sa fille, et car elle pourrait rejoindre le père avec les enfants en étant ni surveillée ni contrôlée. Le Tribunal cantonal a justifié le changement de lieu d'accueil des enfants par deux considérations. Premièrement, un placement en foyer n'est pas approprié pour un séjour plus long et deuxièmement, les enfants seraient mieux dans un espace familial plus petit qui leur permettrait de grandir ensemble, le cadet des enfants ayant été au demeurant placé temporairement dans sa famille d'accueil.

Le Tribunal fédéral relève au considérant 3 de l'arrêt que la question de savoir s'il fallait demander un rapport d'évaluation et la représentation des enfants aurait pu se poser dans le contexte de la décision de retrait de garde entrée en force depuis longtemps. Elle n'a pas à être posée s'agissant d'une simple décision de changement de placement en un lieu plus approprié pour les enfants.

C'est la fin de ce considérant qui réjouit le défenseur des droits de l'enfant, qui se prend parfois à regretter que le Tribunal fédéral, n'étant que juge du droit rendu en dernière instance cantonale, ne peut fonder son arrêt que sur les faits constatés par l'arrêt querellé par devant lui (art. 105 al 1 LTF). L'extraordinaire mobilité de tout conflit concernant les enfants et les faits perpétuellement nouveaux devançant les lentes procédures destinées à protéger ces derniers ont trop souvent pour conséquence que les décisions rendues consacrent des situations de faits déjà obsolètes au moment de leur entrée en force, et qu'ainsi, elles ratent leur cible, consistant à poser un cadre sain, sécurisant et pérenne, pour le développement des enfants.

En effet, dans un obiter dictum proactif dont raffolent les lecteurs, « par souci d'exhaustivité », le Tribunal fédéral indique que des faits nouveaux intervenus le 7 septembre (soit après l'arrêt du Tribunal cantonal) ont été portés à sa connaissance par la communication de la procédure cantonale et les prises de position du Tribunal cantonal et de l'APEA sur l'effet suspensif requis. Selon le Tribunal fédéral, ces faits « qui ne peuvent aucunement être pris en compte dans la procédure devant le TF (art. 90 al. 1 LTF et références citées) » et qui ne seraient pertinents que dans une nouvelle évaluation ou décision des autorités cantonales compétentes à propos de la restitution de la garde, « ne devraient pas faire bouger les bases de la décision dans le sens souhaité par la mère », dont le recours est si dénué de chances de succès qu'elle n'obtient pas même l'assistance judiciaire réclamée. Avant de confirmer la justesse de l'arrêt du Tribunal cantonal querellé, en tant qu'il fait primer l'intérêt des enfants sur celui de leurs parents, le Tribunal fédéral détaille pourtant ces faits par le menu : par décision du 7 septembre 2020, la mère a été condamnée pénalement pour violation du devoir d'assistance et d'éducation par négligence (art. 219 al. 1 et 2 CP) et le père est prévenu de tentative de lésions corporelles graves. Parmi d'autres comportements pénalement répréhensibles, le père a notamment fourré sa fille dans le tiroir d'une commode, a refermé ce tiroir, et a laissé l'enfant dans cet espace clos à l'oxygène raréfié pendant 5 à 10 minutes jusqu'à ce qu'elle cesse de pleurer. Le rapport du 17 septembre 2020 (postérieur au recours de la mère) du foyer d'accueil de cette enfant de deux ans, transmis au TF par l'APEA, indique que l'état physique et psychique de l'enfant s'est grandement péjoré, ce qui doit conduire à une réévaluation des relations personnelles en vigueur et de la relation de couple des parents : l'enfant régresse dans son indépendance, se comporte comme un bébé, manque d'assurance, est devenue désorientée et très dépendante.

Voilà qui doit conforter les plaideurs, les juges et les autorités dans leur audace, lorsqu'il s'agit de transmettre à notre Haute Cour les documents qui l'aideront à prendre sa décision : le Tribunal fédéral applique, certes, l'art. 105 al. 1 LTF à la lettre, mais il sait lire l'essentiel, invisible pour les yeux.