

Référence de la décision:

[5A_755/2020](#)

Mots-clés:

Partenariat enregistré, Dissolution, Droit aux relations personnelles

Articles de loi:

[art. 274a CC](#) | [LPart](#)

iusNet DC 25.04.2021

Des relations personnelles avec un parent d'intention aux « contacts de souvenir » avec un parent divorcé : réflexions sur le bien et la parole de l'enfant en présence de relations parentales conflictuelles

Eclairage de l'arrêt [5A_755/2020](#) du 16 mars 2021

[Anne Reiser](#)

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

Résumé : le Tribunal fédéral taille en pièces l'arrêt de la Cour de Justice de Genève, en rappelant que l'octroi d'un droit aux relations personnelles à des tiers suppose tout d'abord l'existence de circonstances exceptionnelles qui doivent être rapportées par ceux qui le revendiquent, ce droit constituant une exception.

On se souvient de l'ATF 141 III 312 du 21 mai 2015, dans lequel deux partenaires enregistrés masculins résidant dans le canton de Saint-Gall avaient obtenu du Département de l'intérieur du canton, sur recours contre une décision négative de l'office de l'état civil, la reconnaissance d'une décision californienne constatant leur lien de filiation avec un enfant né d'une gestation pour autrui : au nom de la protection de la mère porteuse qui commercialise son corps et de celle de l'enfant qui risque d'être réduit à une simple marchandise, le Tribunal fédéral avait fait droit au recours de l'Office fédéral de la Justice, en considérant que le jugement californien était contraire à l'ordre public, au sens de l'art. 27 al. 1 LDIP. Le partenaire suisse du père génétique de l'enfant, qui avait choisi de contourner l'interdiction de la maternité de substitution posée par l'art. 119 al. 2 Cst., ne pouvait donc pas être reconnu comme père de l'enfant. Le Verwaltungsgericht de Saint-Gall, dont la décision était attaquée, avait fait primer le bien de l'enfant, dans la pesée des intérêts entre l'interdiction de la gestation pour autrui et le bien de l'enfant, principes faisant tous partie de l'ordre public, parce que l'enfant ne devait pas subir les conséquences négatives du choix de ses parents d'intention.

Six ans plus tard, c'est sur le terrain du droit aux relations personnelles du parent d'intention avec l'enfant de son partenaire que le Tribunal fédéral a examiné ce que commandait le bien de l'enfant.

Dans une affaire 5A_755/2020 du 16 mars 2021, le Tribunal fédéral a été saisi d'une situation dans laquelle deux partenaires enregistrées féminines ont eu recours à des procréations médicalement assistées à l'étranger, qui ont donné lieu à l'inscription de liens de filiation maternelle uniquement avec un enfant né en janvier 2016 et deux jumeaux nés en octobre 2017. Les partenaires se sont séparées en septembre 2018, et la mère d'intention n'a plus vu les enfants depuis, ce qui l'a poussée à requérir de l'autorité de protection de l'enfant l'instauration de relations personnelles entre elle et les enfants en décembre 2018 par voie de mesures superprovisionnelles. Ces mesures ayant été rejetées, le Service d'évaluation et d'accompagnement des séparations parentales genevois, saisi d'une demande d'évaluation, a recommandé la fixation progressive de telles relations personnelles, qui ont ainsi été ordonnées, vu les liens affectifs de la mère d'intention avec les enfants et son investissement dans le projet de famille commun. Le partenariat enregistré a été dissout par décisions du Tribunal de première instance de Genève des 2 et 10 décembre 2019. Le 12 décembre 2019, le Tribunal de Protection de l'Adulte et de l'Enfant de Genève (TPAE) a rendu une décision immédiatement exécutoire, ordonnant des relations personnelles progressives entre les enfants et leur mère d'intention dans un lieu thérapeutique, instaurant une curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles, désignant le curateur, et enjoignant la mère juridique des enfants à respecter le droit de ses enfants et de la mère d'intention à exercer des relations personnelles sous la menace des peines de l'art. 292 CP. Parmi les motifs invoqués à l'appui de cette décision figuraient les faits que les enfants avaient été conçus dans le cadre du couple formé par les deux parties, la mère d'intention ayant en outre pris le nom de famille de sa partenaire lors de l'officialisation de l'union, survenue durant la première grossesse de celle-ci, après plusieurs années de relation et de vie commune. La mère d'intention avait en outre contresigné les documents relatifs aux fécondations in vitro et participé à certains rendez-vous médicaux et voyages en Espagne liés aux grossesses. Les partenaires avaient choisi toutes deux les prénoms des enfants, deux d'entre eux portant des prénoms issus de leur mère d'intention et de sa proche parenté. La mère d'intention avait vécu et entretenu des liens affectifs étroits pendant plus de deux ans et demi avec le premier enfant, certes moins avec les jumeaux, contribuant de fait à leurs soins et à leur éducation et représentant alors pour eux une figure parentale d'attachement. Ces circonstances démontraient l'existence d'un projet familial et parental durable et stable entre les anciennes partenaires et devait être considérées comme exceptionnelles au sens de l'art. 274a CC. S'agissant de l'intérêt des enfants, le TPAE a relevé que de manière générale et sauf exception, il est conforme à l'intérêt supérieur d'un enfant d'avoir accès aux circonstances exactes de sa conception, de sa naissance ainsi que des premiers temps de son existence, soit aux éléments constitutifs de son identité, laquelle mérite protection au sens de l'article 8 CNUDE. Le TPAE était inquiet de la totale négation de la mère juridique de l'existence de la mère d'intention et du projet parental, ainsi que des stratégies d'évitement mises en œuvre, par le biais de mensonges collectifs, pour cacher à tout prix aux enfants l'histoire de leurs origines, au détriment d'un processus identitaire sain et transparent pour eux. Aussi intense soit-il, le conflit entre les ex-partenaires ne pouvait à lui seul justifier un refus des relations, le développement des enfants n'étant pas mis en danger par les contacts avec leur mère d'intention (c. 3.1.)

La Cour de Justice de Genève a cassé cette décision, en estimant en essence que le TPAE s'était écarté des critères de la jurisprudence en ne tenant compte que de l'intérêt de la mère d'intention à entretenir des relations avec les enfants, alors que le seul critère pertinent à utiliser devait être le bien des enfants. Constatant que les enfants n'avaient plus vu leur mère d'intention depuis septembre 2018, moment où l'aîné des enfants était âgé de 2 ans et les cadets de 11 mois, il était hautement vraisemblable que les enfants ne se souviendraient plus de leur mère d'intention, et il apparaissait contraire à leur intérêt d'ordonner des relations personnelles, dans

une situation où les conditions légales d'octroi d'un droit de visite n'étaient pas réunies. La séparation des parties avait été conflictuelle et émaillée de plaintes pénales réciproques, de sorte que la sérénité d'éventuels contacts n'était pas garantie, et ne serait pas dans l'intérêt des enfants. Au surplus, la mère d'intention avait quitté la Suisse, où elle n'avait pas d'attache, pour son pays d'origine à fin décembre 2019, où elle avait retrouvé un emploi. Le partenariat enregistré ayant été dissout à cette époque, il n'y avait plus de lien entre la famille de la mère juridique et la mère d'intention. (c. 3.2.).

Le Tribunal fédéral taille en pièces l'arrêt de la Cour de Justice, en rappelant (c. 5.1.) que l'octroi d'un droit aux relations personnelles à des tiers suppose tout d'abord l'existence de circonstances exceptionnelles qui doivent être rapportées par ceux qui le revendiquent, ce droit constituant une exception. Parmi les circonstances exceptionnelles figurent notamment les situations dans lesquelles l'enfant a tissé un lien de parenté dite « sociale » avec d'autres personnes, qui ont assumé des tâches de nature parentale à son égard. La seconde condition posée par l'art. 274a CC est l'intérêt de l'enfant (c. 5.2.). Seul cet intérêt est déterminant, à l'exclusion de celui de la personne avec laquelle la personne avec laquelle l'enfant peut ou doit entretenir des relations personnelles. Il ne suffit pas que ces relations ne portent pas préjudice à l'enfant, encore faut-il qu'elles servent positivement le bien de celui-ci. Il incombe à l'autorité saisie de la requête d'apprécier le type de relation qui s'est établi entre l'enfant et le requérant, et en particulier si une « relation particulière » s'est instaurée entre eux (en ce qui concerne le beau-parent, cf. TF 5A_831/2008 du 16.02.2009 c. 3.2. in fine). Lorsque le requérant n'était pas seulement le concubin ou le partenaire enregistré du parent, mais qu'il endossait aussi le rôle de parent d'intention non biologique de l'enfant, autrement dit lorsque l'enfant a été conçu dans le cadre d'un projet parental commun et qu'il a grandi au sein du couple formé par ses deux parents d'intention, le maintien de relations personnelles sera en principe dans l'intérêt de l'enfant. A cet égard, le Tribunal fédéral cite la doctrine qui va jusqu'à envisager un assouplissement des conditions lorsqu'il s'agit de permettre à un enfant de maintenir des contacts avec un parent social après la séparation de la famille recomposée.

En tirant argument du fait que le partenariat était dissout pour dénier un droit aux relations personnelles, la Cour de Justice de Genève semble méconnaître que le fait que le partenariat soit dissout ou le couple séparé constitue précisément une condition d'application des art. 27 al. 2 LPart et 274a CC, et que le recours à ces dispositions concerne, par définition, des situations de nature conflictuelle (c. 6). Le Tribunal a ainsi renvoyé la cause à la Cour de Justice pour qu'elle complète son analyse des faits pertinents et tranche dans le sens des considérants.

Mise en rapport avec un autre arrêt TF 5A_647/2020 du 16 février 2021, cette décision interroge.

La situation, bernoise, soumise au Tribunal fédéral était la suivante : un père divorcé alors que ses enfants étaient âgés de 8 et 6 ans, réclamait l'exécution forcée de relations personnelles « de souvenir » (« Erinnerungskontakte ») deux fois par an sous la menace des peines de l'art. 292 CP si la mère des enfants les refusait, conformément aux recommandations des experts impliqués. Ses enfants désormais âgés de 16 et 14 ans avaient déclaré ne pas désirer de tels contacts, qui n'ont été ordonnés ni par la première ni par la seconde instance cantonale. L'état de fait retenu par la dernière instance était que les tensions entre les parents étaient devenues une charge insupportable pour les enfants qui refusent – selon leur curatrice – catégoriquement tout contact avec leur père. La curatrice estimait que les enfants étaient capables de discernement et donc en mesure d'exprimer une opinion sans être influencés par leur mère. Saisi d'un recours sur le fondement, notamment, des art. 273 al. 1 et 3 et 274 al. 2 CC (c. 2.2.),

le Tribunal fédéral cite la doctrine, divisée sur la question des « contacts de souvenir » ; les auteurs en faveur de tels contacts indiquent que l'abandon total des relations porterait en principe atteinte au bien de l'enfant, raison pour laquelle cette mesure de contrainte serait justifiée. Les opposants affirment que cette mesure de contrainte porterait en principe atteinte au bien de l'enfant en tant qu'elle créerait chez lui un stress accru déjà plusieurs semaines avant le rendez-vous avec le parent en question, ce qui aurait un effet important sur l'intégrité psychique et la vie quotidienne des enfants et alimenterait la colère et l'incompréhension des adolescents. Les droits découlant de leur personnalité seraient ainsi violés. Le maintien de la relation ne serait approprié que si l'enfant y consent (c. 2.1.2).

Considérant en substance que la fixation de mesures en faveur du maintien de la relation constitue une forme de contrainte qui n'est pas susceptible d'améliorer les rapports entre le père et les enfants (c. 2.5.3), le Tribunal fédéral rejette le recours en indiquant qu'il convient de rappeler aux enfants que leur refus unilatéral d'avoir un contact avec leur père pourrait jouer un rôle important dans le contexte de la détermination de la contribution d'entretien à partir de leur majorité, car le versement d'une contribution d'entretien, même en cas de capacité contributive du père, pourrait s'avérer ne pas être raisonnablement exigible (c. 2.6.).

Y a-t-il lieu, ainsi, de considérer qu'est conforme au bien de l'enfant d'ordonner et d'encadrer des relations personnelles avec celui ou celle qui a désiré être son parent (juridique ou non), parce que cela contribue à la recherche de son identité, même si les relations entre les parents (juridiques ou d'intention) sont conflictuelles, mais uniquement tant que l'enfant ne s'y oppose pas ? En d'autres termes, est-il conforme au bien de l'enfant de ne lui appliquer les rigueurs de la loi, parmi lesquelles l'art. 272 CC, qui lui fait le devoir de respecter ses père et mère qui, même en conflit, pourvoient à son entretien et sa prise en charge, que s'il le veut bien, dès qu'il est capable de discernement ? Le prépare-t-on ainsi adéquatement à accepter de remplir ses obligations légales de tous ordres, y compris ses obligations parentales, le moment venu, même s'il ne le veut pas ?