iusNet
DROIT CIVIL
Schulthess ÉDITIONS ROMANDES §

Éclairages
Droit matrimonial

Référence de la décision:
5A_47/2017

Mots-clés:
Mesures protectrices de l'union conjugale, Garde, Déménagement, Bien de l'enfant, Droit de visite

Articles de loi:
art. 301a CC | art. 307 CC

iusMail DROIT CIVIL 01/2018

De l'efficacité des lois, s'agissant de protéger l'égalité des droits entre parents et les droits de la personnalité des enfants

Eclairage de l'arrêt 5A_47/2017 du 6 novembre 2017

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

L'arrêt du Tribunal fédéral 5A_47/2017 rendu le 6 novembre 2017 donne à réfléchir.

Pour mémoire, il a été rendu dans une affaire dans laquelle une mère italophone, profitant de l'absence de son mari, a arraché ses enfants de 5 et 4 ans à leur environnement argovien pour aller s'établir avec eux à Bellinzone, ville dans laquelle elle n'avait aucun lien préexistant. Interrogée sur ses motivations en audience de mesures protectrices de l'union conjugale, elle a admis avoir voulu empêcher son époux, ce faisant, d'entretenir des relations avec ses enfants. Le tribunal de district, statuant en première instance sur requête de la mère, avait également relevé que l'unique but du déplacement, intervenu avant toute procédure, consistait à éloigner les enfants de leur père. Constatant cependant qu'aucune disposition du Code civil ne lui permettait d'ordonner le retour suite à une violation de l'art. 301a al. 2 lit b CC intervenue avant toute procédure, et que l'organisation familiale préexistante (le père, qui réclamait la garde, travaillait comme portier de nuit et n'avait congé que le dimanche ; la mère ne travaillait pas et s'occupait des enfants) ne permettait pas un partage de la garde, il avait accordé la jouissance du domicile conjugal au père ; conféré la garde des enfants à la mère en statuant sur l'obligation alimentaire du père, et ordonné à la mère, sur le fondement de l'art. 307 al. 3 CC, d'établir, dans un délai de 4 mois, le lieu de résidence des enfants à une heure et demie au maximum de déplacement de l'ancien domicile conjugal, en transports publics, en fixant le droit de visite du père à un dimanche sur deux, et à 4 semaines par an.

Statuant sur l'appel des deux conjoints (le père ne réclamait plus la garde, mais demandait à voir ses enfants tous les dimanches et à être dispensé de contribuer à l'entretien de ses enfants, vu la maigreur de ses moyens ; ne parlant pas l'italien, il évoquait la crainte de perdre tout contact avec ses enfants, qui oublieraient vite l'allemand), le Tribunal cantonal d'Argovie a relevé que la question de la garde était réglée, puisque le père ne la réclamait plus, et qu'ainsi, le droit de partir du parent gardien devait être respecté : il serait en effet contradictoire, au regard de la jurisprudence fédérale publiée aux ATF 142 III 481 et 142 III 502, de confier la garde à la mère et de l'empêcher de partir. Au demeurant, l'ordre de retour ne devait pas être considéré comme une sanction de la violation de l'art. 301a al. 2 lit b CC, mais comme une mesure de protection de l'enfant fondée sur l'art. 307 CC. Cependant, les principes de subsidiarité, de complémentarité et de proportionnalité devaient présider à une telle mesure. En l'espèce, une mise en danger sérieuse du bien des enfants de par leur déplacement et leur inscription à l'école tessinoise n'était pas envisageable ; il était également évident qu'ils ne désapprendraient pas totalement l'allemand et qu'ils pourraient continuer à comprendre leur père à l'avenir. La distance plus grande séparant les enfants du père commandait, en revanche, une adaptation des relations personnelles à deux demi-journées par mois et à deux semaines par an. Le tribunal cantonal argovien a ainsi levé l'obligation de la mère de s'établir à une heure et demie de voyage du domicile conjugal, accordé un droit de visite au père d'un dimanche sur deux de 10h à 18h avec obligation de la mère d'amener les enfants à la gare de Zurich et de les y reprendre, ainsi qu'à deux semaines par an, et a légèrement diminué la contribution d'entretien mise à la charge du père.

Statuant sur recours en matière civile du père, le Tribunal fédéral a rappelé les principes posés aux ATF 142 III 481 et 142 III 502, dans lesquels il s'était livré à une exégèse de la volonté du législateur lorsqu'il a édicté les dispositions relatives à l'autorité parentale conjointe : la liberté d'établissement du parent désireux de partir devait être respectée et ses motivations ne devaient pas être sujet à débat, dès lors que la volonté du législateur, en adoptant l'art. 301a CC, n'était pas de permettre d'ordonner le retour.

Il a donc rappelé que la violation de l'art. 301a al. 2 lit. b CC n'était passible d'aucune sanction civile (c. 5), et qu'elle ne permettait pas d'obtenir le retour des enfants. La seule sanction indirecte serait le changement de garde, mais encore faudrait-il qu'au regard des circonstances l'enfant soit mieux pris en charge par l'autre parent, et que celui-ci puisse effectivement s'occuper de lui – ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Enfin, l'art. 307 al. 3 CC ne devait pas être compris comme un instrument permettant d'ordonner le retour, mais de pallier à une mise en danger sérieuse de l'enfant, ce qui, dans la pratique, devait consister en une exception absolue (c. 6) : la liberté fondamentale d'établissement des parents doit demeurer fondamentalement intacte.

Sachant que, si l'enlèvement parental avait eu lieu à destination de l'étranger, la liberté d'établissement du parent ravisseur aurait été limitée par la Convention de la Haye 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et par la LF-EEA (procédure visant à l'obtention d'un ordre de retour ; audition et représentation de l'enfant ; procédure de conciliation et de médiation parentale et collaboration entre les autorités), l'on ne peut s'empêcher de réfléchir à l'efficacité de la loi suisse visant à mettre en œuvre, sur le plan civil, l'égalité des droits entre parents et la protection des droits des enfants à conserver des liens avec leur famille entière et élargie, quel que soit l'état des liens entre leurs parents.

Il est tout de même piquant de constater qu'avant l'avènement de la révision du droit de l'autorité parentale, en cas d'abus de droit (déménagement à des fins de nuisance

exclusivement), le déplacement d'un enfant par son parent gardien pouvait être interdit sur le fondement de l'art. 307 al. 3 CC (ATF 136 II 353 par exemple). Il semble que les débats parlementaires, minutieusement analysés par le Tribunal fédéral aux ATF 142 III 481 et 142 III 502, et rappelés dans l'arrêt 5A_47/2017, ont rendu cette interdiction désormais illusoire, tant ils ont porté sur l'intangibilité de la liberté d'établissement des parents.

On aura beau, dès lors, rappeler qu'autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci (art 273 al. 2 CC), mais aussi comme un droit de la personnalité de l'enfant (ATF 127 III 295/298, c. 4a) ; que le rapport de celui-ci avec ses deux parents est essentiel et peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité ; et qu'enfin le critère le plus important est toujours le bien de l'enfant qui doit être examiné à la lumière des circonstances du cas particulier; les éventuels intérêts des parents venant en seconde position (ATF 130 III 585 c. 2.1.). Il ne s'ancre, dans les faits, que dans l'obligation morale, non déductible en justice, que se sentent – ou non – les parents d'observer les devoirs de loyauté qui leur sont faits par les art. 272 et 274 CC. Là où notre droit civil protège le possesseur d'une chose en lui offrant, en cas d'éviction, des actions fondées sur le trouble porté à sa possession et, cas échéant, à son droit de propriété, il semble conférer au parent qui s'occupe de l'enfant de manière prépondérante un droit que n'a même pas un copropriétaire : celui d'user et d'abuser de son droit en toute impunité. Est-ce véritablement ce que nous voulons ?