

Éclairages



Droit matrimonial

Référence de la décision:

[5A_34/2017](#)

[5A_65/2017](#)

[5A_522/2017](#)

Mots-clés:

Garde alternée, Médiation, Droit de l'enfant, Droit de visite

Articles de loi:

[art. 307 CC](#) | [art. 314 CC](#) | [art. 450 CC](#) | [art. 450f CC](#) | [art. 298b CC](#)

iusMail DROIT CIVIL 02/2018

La médiation nouveau style : ordonnée sous contrainte

Eclairage des arrêts 5A_34/2017, 5A_65/2017 et 5A_522/2017 du 4 mai 2017, 24 mai 2017, et du 22 novembre 2017



Anne Reiser,

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

Le Tribunal fédéral a rendu, en 2017, quatre arrêts roboratifs, pour ne pas dire jubilatoires, qui tordent le cou tout à la fois à la doxa des médiateurs, selon laquelle la médiation n'est envisageable que si elle est volontaire, et aux prédictions des avocats selon lesquels elle serait vouée à l'échec si les négociations menées sous leur égide ont échoué.

Dans l'arrêt 5A_34/2017 du 4 mai 2017, au c. 7.3, le Tribunal fédéral rappelle que « la médiation est une mesure admissible de protection de l'enfant au sens de l'art. 307 al. 3 CC (arrêts 5A_852/2011 du 20 février 2012 consid. 6 ; 5A_457/2009 du 5 décembre 2009 consid. 4). Contrairement à ce que soutient la recourante, **on ne saurait exclure de manière systématique la voie de la médiation pour le motif que les négociations informelles des parties en cours de procédure auraient abouti à un échec.** Une médiation a d'ailleurs précisément pour but de tenter de parvenir à un accord entre les parties. ». Dans cette affaire, les parents non mariés s'occupaient magnifiquement de leur enfant de 6 ans, de manière consciencieusement parallèle et non alternée, en ne communiquant qu'au moyen d'un carnet qui accompagnait l'enfant, et en bombardant de courriels le curateur de surveillance des relations personnelles – au point que ce dernier, épuisé, en était arrivé à la conclusion que la garde alternée n'était pas envisageable. Le Tribunal fédéral n'a rien trouvé à redire à la décision

de la Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte du canton de Neuchâtel, qui a ordonné la garde alternée et la médiation parentale, en relevant ceci : « En l'espèce, il faut relever que l'aide du curateur a été profitable aux parents et leur a permis de trouver des solutions, de sorte que l'on ne peut pas affirmer a priori que la médiation est vouée à l'échec. Elle permettra d'accompagner les parents dans la mise en place concrète de la garde alternée et, à terme, de pouvoir envisager une suppression de la curatelle. »

Dans un arrêt 5A_65/2017 du 24 mai 2017, dans lequel des parents non mariés s'étaient vu ordonner, sur le fondement de l'art. 307 al. 3 CC, de prendre des **conseils professionnels aux fins de cadrer leurs rôles parentaux et leur collaboration parentale visant à convenir de buts et de stratégies communs d'éducation de leurs enfants, et de faire rapport**, un mois et demi après la décision, du lieu et des dates de prise desdits conseils, et où le parent gardien, affirmant qu'il n'était pour rien à l'entrave au droit de visite de l'autre parent, constatée judiciairement, se plaignait d'être contraint par une telle mesure, le Tribunal fédéral rappelle, au c. 2.2., que l'art. 307 al. 3 CC constitue un fondement suffisant pour ordonner un conseil, une médiation ou une thérapie parentale (ATF 142 III 201, c. 3.7). Dans cette mesure, de telles ordonnances peuvent être assorties de mesures d'exécution (art. 292 CP, art. 343 CPC). Il indique qu'il n'a pas eu à trancher, encore, jusqu'où les injonctions peuvent aller et de quelles sanctions leur violation peut être assortie, ni dans quelle mesure la liberté personnelle peut être limitée (art. 10 al. 2 Cst), c'est-à-dire quelles thérapies peuvent être ordonnées sous la contrainte. Il rappelle toutefois que la réglementation de l'autorité parentale doit correspondre au bien de l'enfant et ne sert pas à sanctionner les parents (ATF 142 III 197 c. 3.7).

Au c. 2.3., le TF rappelle que **l'art. 307 CC fait partie du droit de l'enfant et non du droit du mariage, et qu'ainsi, il s'applique indépendamment de l'état civil des parents**, et de la forme de vie qu'ils mènent, commune ou séparée. Il constate que la décision critiquée est claire : la mesure ordonnée n'est ni une thérapie ni une médiation, mais un conseil professionnel destiné aux parents et non au couple qu'ils forment ou non, dont le but est de les amener à coopérer en qualité de parents et à les conduire à ne pas porter atteinte à leurs enfants.

Au c. 2.4., le TF constate que peut être laissée ouverte la question de la limitation de la liberté personnelle, tant la décision attaquée s'en tient à une injonction qui comporte une ingérence la plus légère possible dans la liberté personnelle : **il ne s'agit que d'un conseil professionnel, ni d'une médiation, ni d'une thérapie ; les parents ont la liberté de choisir le conseil professionnel qui leur convient et la mesure dans laquelle ils veulent y recourir**. Et le TF conclut que, pour une telle injonction, l'art. 307 CC constitue sans aucun doute une base légale suffisante de limitation de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst).

Enfin, au c. 3.2., le TF taille en pièces l'argument de la recourante, selon lequel une médiation ordonnée ne serait pas nécessaire, en rappelant ses conditions : (1) le bien de l'enfant est en danger et (2) les parents n'y remédient pas ou en sont incapables, et la mesure ordonnée vise à protéger l'enfant (3) avec elle l'enfant est effectivement protégé, et, finalement (4) la mesure est proportionnée (TF 5A_457/2009 du 9.12.2009 c. 4.3. in fine). C'est la mesure la moins lourde pour les parents qui doit être envisagée ; l'art. 307 CC comprenant une « Kann-Vorschrift », le tribunal compétent jouit d'un grand pouvoir d'apprécier si la mesure protège le bien de l'enfant, est nécessaire et appropriée au but visé. Le TF rappelle ainsi, aux c.3.4. et 3.5., que **le droit de visite du père ne fonctionne que partiellement, en raison du conflit parental, et que cela a un effet direct sur l'enfant, en sorte que la mesure est nécessaire ; que le parent gardien n'en soit pas responsable est sans pertinence, puisque la mesure ne vise pas à sanctionner un comportement fautif mais à protéger l'enfant**.

Dans l'arrêt 5A_522/2017 du 22 novembre 2017, le Tribunal fédéral rappelle, au c. 4.7.3.2., qu'avant l'entrée en vigueur du CPC, il avait affirmé dans son arrêt 5A_457/2009 du 9 décembre 2009 c. 4, que l'autorité tutélaire, puis l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant, pouvait ordonner aux parents d'entreprendre une thérapie, respectivement une médiation, destinée à améliorer la communication entre parents et résoudre l'aliénation des enfants du parent non gardien ; une telle mesure pouvait ainsi être ordonnée sur le fondement de l'art. 307 al. 3 CC contre la volonté des intéressés. Il relève ensuite qu'avec l'entrée en vigueur du CPC, le 1er janvier 2011, la médiation a été réglée sur le plan fédéral par les art. 213ss CPC, en intervenant soit en remplacement de la procédure de conciliation (art. 213 CPC), soit pendant la procédure au fond (art. 214 CPC) par dépôt de conclusions en ce sens, ce qui correspond au caractère volontaire de la médiation (Message CF06.062 CPC du 28 juin 2006, p. 7336, ad art. 210 projet CPC). Puis, il indique qu'avec l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2013, de l'art. 314 al.2 CC, l'autorité de protection de l'adulte s'est vu conférer le droit, dans des cas qui s'y prêtent, **d'exhorter des parents à tenter la médiation, en précisant qu'il ne s'agit là pas d'une mesure au sens de l'art. 307 al. 3 CC, mais d'une injonction, d'un ordre, au sens du CPC**, émis en cours de procédure, en citant PETER BREITSCHMID, Basler Kommentar, 5e éd., 2014, n. 7 ad Art. 314 CC. Le Tribunal fédéral rappelle qu'il a, certes, par la suite confirmé que la médiation pouvait être ordonnée comme une mesure fondée sur l'art. 307 al. 3 CC, mais qu'il a fait remarquer que **le concept de « médiation », dans ce contexte, n'était pas très approprié** : il s'agissait plutôt d'une thérapie de la communication destinée à améliorer la communication entre les parents (TF 5A_852/2011 du 20 février 2012 c. 6). Il relève ensuite que le Tribunal cantonal argovien s'est référé à cette jurisprudence en ordonnant la médiation contestée devant le TF, et qu'en ce sens la médiation ordonnée au niveau cantonal doit être comprise comme une mesure permise fondée sur l'art. 307 al. 3 CC. Il poursuit en rappelant qu'en tout état de cause, **il est également permis d'ordonner des mesures d'exécution d'office** (art. 236 al. 3 CPC cum 343 al. 1 lit a CPC) en citant son arrêt TF 5A_65/2017 du 24 mai 2017 c. 2.2. ; et ce, **même si aucune des parties ne les a réclamées** (ATF 98 II 138 c. 4 p. 147 ; 97 II 234 c. 2 p. 238), en relevant que la recourante n'expose pas en quoi l'ordonnance d'une telle mesure ou celle de son exécution forcée lèse ses droits constitutionnels.

Enfin, dans l'arrêt 5A_506/2017 du 19 juillet 2017, le Tribunal fédéral constate que la médiation ordonnée correspond rarement au souhait des deux parents. **Cela ne signifie toutefois pas nécessairement que la partie qui a demandé la médiation soit celle qui doit la payer.** Au contraire, comme cette mesure sert le bien de l'enfant, ses coûts font partie de son entretien, **dont les parents, solidairement responsables, doivent s'acquitter ensemble, chacun selon sa capacité contributive** (consid. 2). La question de la répartition des coûts de la procédure et de la médiation est réglée par le droit cantonal (art. 314 al. 1 cum 450, 450f CC) ; il convient donc de s'en plaindre en invoquant une violation des droits constitutionnels, en particulier l'interdiction de l'arbitraire (ATF 136 I 241 c. 2.4. p. 249) (consid. 3)

Que voilà d'énergiques décisions, qui combent d'aise les praticiens désolés d'assister à la disparition de toute coopération parentale apte à offrir un cadre sécurisant au développement des enfants, et à assurer la persistance de leurs liens avec leurs deux parents. Formons le vœu qu'à la faveur de l'attraction de compétences qui leur fait obligation de régler les autres points concernant le sort des enfants, les tribunaux civils saisis d'actions alimentaires sur le fondement de l'art. 298b al. 3 CC cum 304 al. 2 CPC capteront les réflexes des autorités de protection, et qu'ils les appliqueront *même* aux enfants de parents mariés...