iusNet
DROIT CIVIL

Schulthess
ÉDITIONS ROMANDES

Éclairages
Droit matrimonial
Référence de la décision:
5A_729/2020

Mots-clés:
Divorce, Autorité parentale, Autorité parentale exclusive, Garde, Prévoyance, Partage de la prévoyance, Enlèvement d'enfant, Assistance judiciaire

Articles de loi:
CLaH80 | art. 122 CC | art. 123 CC | art. 124b CC | art. 125 CC

iusNet DC 25.05.2021

Réflexions sur l'efficacité des décisions judiciaires en cas d'enlèvements internationaux d'enfants

Eclairage de l'arrêt 5A_729/2020 du 4 février 2020

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

Le Tribunal fédéral a rendu un arrêt 5A_729/2020 le 4 février 2020 qui illustre le parcours du combattant auquel doit se livrer le parent auquel un enfant a été arraché depuis la Suisse pour ne pas abandonner l'espoir d'être réuni à celui-ci.

C'est l'histoire zurichoise d'une fille née en 2011 d'une mère turque née en 1984 et d'un père suisse de 17 ans plus âgé que cette dernière. Le mariage des parents a été célébré en 2010, et la séparation intervient en mars 2015. Elle fait l'objet d'une convention sur mesures protectrices de l'union conjugale ratifiée judiciairement en avril 2015, qui accorde la garde de l'enfant à la mère, des relations personnelles au père, une obligation d'entretien de l'enfant à charge du père, et qui consacre l'accord des parents de ne pas séjourner à l'étranger avec l'enfant. Pour les besoins de la procédure et à des fins d'exécution, l'enfant a été pourvue d'un curateur de représentation et d'organisation et de surveillance du droit aux relations personnelles (art. 308 al. 1 et 2 CC).

En avril 2016 surgit une dissension parentale, que la sollicitation de la curatrice ne permet pas de régler : la mère désire passer des vacances en Turquie avec sa fille du 9 mai au 19 juin et le père s'y oppose. Sur ces entrefaites, l'Autorité de protection de l'adulte et de l'enfant (APE) refuse le départ de l'enfant par décision du 26 avril 2016. Enfreignant cette décision, la mère quitte la Suisse pour la Turquie avec son enfant, et en avise le père, l'APE et la curatrice 28 avril 2016.

L'enfant, alors âgée de cinq ans, n'est, depuis, jamais revenue de Turquie.

Son père déposa une demande de retour le 24 mai 2016 auprès de l'Office fédéral de la justice. Le tribunal turc de la famille ordonna le retour le 4 avril 2017. Cette décision fut querellée en appel avec succès par la mère et l'affaire a été retournée au tribunal de première instance qui ordonna une expertise. Après avoir entendu les parents et la fillette, l'expert rendit le 18

septembre 2018 un rapport complété le 26 octobre 2018, en concluant à ce que la garde de l'enfant soit attribuée à la mère, tout en relevant que le rapport de l'enfant avec ses deux parents est bon (c. 3.3.1.3.). Sur cette base, le tribunal turc de la famille rejeta la demande de retour le 28 décembre 2018 et le 11 janvier 2019. Cette décision fut cassée le 9 octobre 2019 par l'instance d'appel, qui ordonna le retour. Un recours de la mère contre cette décision est encore pendant, à la date de l'arrêt du Tribunal fédéral.

Parallèlement, le père déposa une demande unilatérale de divorce le 28 avril 2017 et réclama des mesures provisionnelles le 27 octobre 2017.

Les mesures provisionnelles firent l'objet d'une ordonnance le 2 juillet 2019, qui plaça la fillette sous l'autorité parentale et la garde exclusive de son père, en dispensant la mère de contribuer à son entretien, et en ordonnant à la mère de remettre au père les passeports et cartes d'identité turcs et suisses, en précisant que le père était autorisé à voyager seul avec sa fille. Le même jour, le tribunal de première instance prononça le divorce et régla les effets accessoires de celui-ci, de la même manière que sur mesures provisionnelles. Il alloua à la mère un droit aux relations personnelles avec sa fille de huit semaines pendant les vacances scolaires suisses, qui devait s'exercer sur le territoire suisse, avec un devoir d'annonce préalable de trois mois au moins. Les bonifications AVS pout tâches éducatives étaient accordées au père ; aucun entretien n'était dû à l'épouse, qui obtenait la somme d'un franc au titre de la liquidation du régime matrimonial. Il était renoncé au partage des avoirs de prévoyance professionnelle accumulés pendant le mariage.

La mère et épouse appela de ce jugement autant que de l'ordonnance rendue sur mesures provisionnelles auprès du Tribunal supérieur du canton de Zürich qui joignit les appels et les rejeta par arrêt du 3 juillet 2020. Le recours en matière civile formé par la mère devant le Tribunal fédéral contre l'arrêt cantonal rendu sur mesures provisionnelles fut rejeté le 3 décembre 2020, autant que celui qui a été interjeté contre l'arrêt cantonal rendu au fond sur le divorce.

À ce stade du récit, il faut préciser que le père avait une fille majeure d'un premier lit, et qu'il a régulièrement exercé ses relations personnelles avec sa fille en se rendant en Turquie. Les conditions posées à cet exercice requéraient de lui qu'il dépose, pour chaque visite, une requête en justice pour en obtenir l'autorisation préalable.

Le Tribunal fédéral relève au c. 3.1. de son arrêt que le recours formé par la mère, encore pendant en Turquie, ne concerne que la décision de renvoi, et ne porte pas sur la question de l'autorité parentale sur l'enfant, ce que ne nie pas la mère. Il constate donc qu'il n'y a pas litispendance à l'étranger à ce sujet.

Sur le grief formé par la mère de la violation, par les instances cantonales, de leur obligation d'entendre l'enfant, le Tribunal fédéral constate que l'enfant ne doit pas être entendu par l'autorité de recours lorsque les faits n'ont pas changé de manière notable depuis la dernière audition, et rappelle que la doctrine mentionne que le séjour de l'enfant à l'étranger pourrait constituer une raison importante de renoncer à l'audition de celui-ci (c. 3.3.1.1.). Au demeurant, l'expertise diligentée en Turquie – bien que non judiciaire - a permis une audition de l'enfant, et la recourante ne critique pas les compétences de l'expert mais le fait que les conclusions de ce dernier n'aient pas été suivies. Or, s'agissant d'une expertise non judiciaire, il n'est pas besoin d'évoquer des raisons impérieuses de s'en écarter, et en tout état la conséquence juridique à y attacher relève de la compétence du tribunal (c. 3.3.2.). En outre, la recourante ne

démontre pas en quoi est arbitraire le fait que la dernière instance cantonale ait retenu la déclaration recueillie par la curatrice de l'enfant, selon laquelle l'enfant pouvait s'imaginer une vie en Suisse avec son père ; elle ne démontre pas non plus en quoi l'issue du procès aurait changé si cette déclaration n'avait pas été retenue, en sorte qu'elle faillit dans sa démonstration d'arbitraire (c. 3.3.3.2).

Sur le terrain de l'autorité parentale, le Tribunal fédéral rappelle que, lorsque les deux parents jouissent de capacités éducatives, peuvent être déterminantes la stabilité des rapports familiaux, la volonté de l'enfant, mais aussi la vérification de ce que les parents sont disposés à collaborer en ce qui concerne les besoins de l'enfant : le détenteur de l'autorité parentale doit veiller sur le développement positif de l'enfant, ce qui implique que les parents œuvrent en faveur d'une bonne relation entre eux-mêmes (tolérance d'attachement) (c. 3.3.5.1.). En l'espèce, si la fillette a une bonne relation avec ses deux parents, et si la stabilité des rapports est un argument en faveur de l'attribution de l'autorité parentale exclusive à la mère, qui est sa personne de référence jusqu'à présent, en revanche, le risque d'aliénation est sérieux entre le père et la fille si celle-ci reste avec sa mère. Ces réserves s'avèrent être prépondérantes comparées avec celles qui pourraient s'opposer à l'attribution de l'autorité parentale exclusive au père. Ce dernier a une bonne relation avec sa fille, de l'expérience en ce qui concerne sa prise en charge et est en mesure de promouvoir la relation entre la fille et sa mère. Cette solution serait une chance d'atténuer les effets du conflit de loyauté de l'enfant ainsi que le conflit parental. Le Tribunal fédéral constate que le déménagement de la fille en Suisse constitue un défi pour elle. Cependant, il n'est pas comparable à celui qu'a été son déménagement de Suisse en Turquie, auquel elle n'avait pas été préalablement préparée. A cela s'ajoute que l'enfant pourra reprendre contact avec sa demi-sœur, de sorte que la perte de son entourage turc sera compensée par le gain de l'entourage suisse. Le Tribunal fédéral relève à cet égard que le père et son entourage font l'objet d'un tabou dans la famille turque de l'enfant, alors que le père alimente l'espoir que sa fille pourra maintenir des liens avec sa famille turque (c. 3.3.5.2.). L'autorité de recours ne s'est pas limitée au critère de la tolérance d'attachement pour fonder sa décision, au demeurant : le fait qu'une prise en charge de l'enfant par le père puisse également contribuer au renouement des liens entre elle et sa demi-sœur était déterminant (c. 3.3.5.5.).

Ayant ainsi considéré que la décision attaquée était conforme au droit fédéral (c. 3.3.5.6.), le Tribunal fédéral ne trouve rien à redire à cette décision en ce qu'elle refuse le partage de la prévoyance accumulée durant le mariage par moitié entre les époux. La dernière instance cantonale a retenu différents facteurs pour fonder cette décision : la différence d'âge de dix-sept ans entre les parties ; le fait que l'intimé est âgé de 53 ans et n'a pas beaucoup de temps pour préparer sa retraite, contrairement à son épouse âgée de 36 ans ; et enfin celui qu'il assumera seul la prise en charge de l'enfant ainsi que son entretien après divorce, ce qui signifie qu'il ne pourra probablement pas travailler à 100% et ce qui réduit sa prestation de prévoyance professionnelle (c. 8.2.).

Au jour auquel l'arrêt a été rendu, force est de constater que l'enfant, qui avait 5 ans lors de son enlèvement de Suisse vers la Turquie, est désormais âgée de 10 ans ; qu'elle a ainsi passé la moitié de sa jeune vie en étant l'objet du conflit de ses parents ; et qu'aucune décision de retour exécutable n'a été rendue en Turquie. L'arrêt commenté n'indique pas que des mesures d'accompagnement parental, telle la médiation internationale, aient été mises en œuvre pour diminuer le conflit existant entre ses parents dans le contexte de la procédure de retour initiée conformément à la Convention de La Haye 1980 enlèvements d'enfants. Il ne mentionne pas non plus que les Autorités centrales de Suisse et de Turquie aient collaboré, dans ce contexte, pour favoriser les relations personnelles du père avec sa fille, ni les relations de ses parents,

comme le leur permet la Convention de La Haye 1996 Responsabilité parentale à son art. 35. Il relève au contraire que chaque exercice de droit de visite du père a dû être au préalable judiciairement autorisé en Turquie.

Vu l'absence d'instance internationale garante de l'exécution des traités s'agissant des personnes et de la famille et, ainsi, vu l'absence de mesures d'exécution forcée efficaces dans le domaine, même si la décision turque rendue sur recours de la mère devait finalement confirmer le retour, comment donc ce père qui a passé ces cinq dernières années en justice en Suisse et en Turquie peut-il espérer être réuni à sa fille, si la mère de celle-ci s'y oppose ? Je parie qu'on lui suggérera de passer par la médiation internationale, qui, faute d'être ordonnée sous contrainte, ne sera qu'une des options de la mère, qui aura ainsi le dernier mot s'agissant du droit de sa fille d'être élevée par ses deux parents et de connaître son père.

Ne serait-il pas temps de délester les citoyens de la responsabilité des États de mettre en œuvre les droits fondamentaux qu'ils leur reconnaissent ?