

# **NE\_GERICHTE CCC.2006.94 vom 17. Juli 2007**

NE Tribunal cantonal, 2007-07-17, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne\\_gerichte\\_CCC.2006.94](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ne_gerichte_CCC.2006.94)

FR: NE\_GERICHTE CCC.2006.94 du 17 juillet 2007

IT: NE\_GERICHTE CCC.2006.94 del 17 luglio 2007

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Déposé en temps utile et dans les formes prévues par la loi, le recours est recevable.

### **E. 2**

Alors que le jugement de divorce attribuait la garde l'enfant L. à sa mère, la requête de mesures provisoires urgentes du 6 mai 2006 tend, principalement à la restriction de ce droit de garde, sans préciser s'il doit s'agir d'un retrait partiel de la garde – au profit d'un placement lui aussi indéterminé – ou si la restriction est décrite entièrement dans la deuxième conclusion de la requête, soit l'interdiction dont la formulation est reprise plus haut. Pour le dire autrement, on ignore à la lecture de la requête si le père de l'enfant demande qu'une interdiction de déménagement soit signifiée à la mère ou s'il demande qu'en cas de déménagement, la garde de l'enfant soit retirée à la mère pour lui être confiée, en droit, et au couple G., en fait. Vu cette imprécision fondamentale, la recevabilité de la requête était très discutable. Le premier juge a toutefois interprété les conclusions de la requête dans le sens d'un transfert de garde entre parents, plutôt que de limiter son examen à une interdiction de déménagement (qu'il aurait visiblement refusée, à juste titre, au vu de l'avant-dernier paragraphe de son considérant 6) ou d'envisager un retrait de garde en vue de placement chez des tiers. Le recourant ne critique pas cette interprétation, évidemment plus favorable pour lui qu'une déclaration d'irrecevabilité. Vu la maxime d'office régissant l'appréciation du sort des enfants (art.145 CC), qui s'impose également à l'autorité de recours (voir par ex. Schweighauser , in Scheidungsrecht, Praxis Kommentar, éd. Schwenzer , N.3 ad art. 145), la Cour doit cependant examiner la question sous l'un et l'autre angles possibles.

### **E. 3**

Si l'on considère que, de fait, le premier juge a refusé d'ordonner un transfert de garde de l'enfant, de sa mère à son père (art. 134 et par renvoi, art. 273 CC ), il n'a pas, ce faisant, abusé de son pouvoir d'appréciation. D'une part, le prononcé de mesures provisoires requises au cours d'un procès en modification du jugement de divorce est soumis à des conditions restrictives (voir notamment ATF du 18 janvier 2006, 5P.323/2005 , consid.4.4). Vu l'autorité de la chose jugée dont bénéficie le jugement de divorce, une modification ne peut être ordonnée, à titre de mesures provisoires dans un procès subséquent, que si les circonstances l'exigent impérieusement. Dans un arrêt déjà ancien (RJN 7 I 275), la Cour de céans, se fondant sur une jurisprudence et des avis doctrinaux assez abondants, retenait la notion de cas de nécessité, soit de risque de dommage grave ou difficile à réparer, au sens de l'actuel article 121 ch.2 litt.c CPC . La jurisprudence fédérale citée par l'intimée ( ATF 118 II 228 ) va dans le même sens. En l'espèce, la nature assez mal définie du projet de déménagement de l'intimée et le changement important qui en découle pour la garde de

l'enfant, exercée jusque là de façon intermittente par l'intimée, peuvent certes susciter une relative inquiétude, mais au moment du divorce déjà, le rôle très présent des parents de jour n'avait pas empêché les époux V. de préférer l'attribution de la garde à la mère plutôt qu'à son père, ce que le tribunal avait approuvé dans l'idée, sans doute, que cette solution était plus naturelle et plus propice à l'intérêt de L. Par ailleurs, l'enfant, entendue dans le cadre de la rapide enquête OCM, a clairement exprimé sa préférence pour la solution maternelle, sans appréhension pour le maintien de bonnes relations avec son père et ses anciens parents de jour. Les incertitudes relatives aux ressources futures des époux Z. ne signifient pas nécessairement que les soins et l'éducation donnés à L. seront insuffisants. Dans ces circonstances, on ne saurait dire qu'une nécessité impérieuse commandait le transfert de la garde au père qui, de fait, ne peut lui-même l'exercer avec constance et régularité, vu ses contraintes professionnelles.

#### **E. 4**

Sous l'angle d'un retrait de la garde de l'enfant à l'intimée, le recours ne serait pas mieux fondé. L'ATF 128 III 9 précise que "le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il consiste dans la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant", alors que "la garde de fait consiste à donner au mineur tout ce dont il a journalièrement besoin pour se développer harmonieusement". Ainsi, lorsque l'autorité tutélaire retire le droit de garde aux père et mère et confie l'enfant à des tierces personnes, celles-ci "en acquièrent la garde de fait et deviennent ainsi ses parents nourriciers, au sens des articles 294 et 300 CC", le droit de garde passant quant à lui à l'autorité tutélaire. A la lumière de ces précisions (commentées et saluées par Stettler, in : RdT 2002 p.236), il faut admettre, d'une part, que les G. ne sont pas devenus des parents nourriciers, au sens de l'article 300 CC, quels qu'aient été leurs soins et leur dévouement pour l'enfant. La détentrice de la garde est toujours restée l'intimée, y compris lorsqu'elle décidait de laisser l'enfant passer ses journées ou ses nuits chez ces voisins très complaisants. Il s'ensuit que le premier juge, exerçant le pouvoir de protection de l'enfant dans le cadre prévu à l'article 315b ch.2 CC, ne pouvait faire application de l'article 310 al.3 CC pour interdire à la mère de reprendre l'enfant après qu'elle eut "vécu longtemps chez les parents nourriciers". D'autre part, le retrait du droit de garde, selon l'article 310 al.1 CC, est comme l'indique la loi un moyen de dernier ressort pour éviter que le développement de l'enfant ne soit compromis. La jurisprudence précise que ce retrait n'est admissible que lorsque d'autres mesures sont restées sans résultat ou qu'elles apparaissent d'emblée comme insuffisantes ( ATF du 1er juillet 2002, 5C.117/2002 , consid.3.1 et les références citées). En l'occurrence, ce dernier stade de la nécessité n'est manifestement pas atteint. La préoccupation qu'on peut éprouver sur l'avenir économique de la famille Z. et, éventuellement, sur le soutien que l'enfant L. obtiendrait de sa mère face à ses tâches scolaires, ne correspond clairement pas à la notion de danger majeur pour le développement de l'enfant, impossible à détourner autrement. Or, ce cas de figure excepté, le placement de l'enfant chez des tiers bienveillants, contre le gré de la détentrice de la garde, ne pouvait être imposé.

#### **E. 5**

Selon les allégués du recourant, que paraît confirmer une expression ambiguë de l'intimée, sous chiffre 2.12 de ses observations, les époux Z. auraient déménagé dans le canton de Zurich plutôt qu'à Genève, ce qui entraînerait à l'évidence une difficulté supplémentaire de langue pour l'enfant. Cette donnée de fait, postérieure à l'ordonnance attaquée, ne peut être

prise en compte dans le cadre d'un recours en cassation. Elle devrait être traitée dans une nouvelle requête et faire l'objet d'une nouvelle appréciation (ce qui a peut-être été le cas, vu la rédaction hélas tardive du présent arrêt).

#### **E. 6**

Le recourant, qui succombe, supportera les frais de justice et versera en faveur de l'intimée, mais en main de l'Etat vu l'assistance judiciaire, une indemnité de dépens pour les observations présentées.

#### **E. 18**

janvier 2006, 5P.323/2005, consid.4.4). Vu l'autorité de la chose jugée dont bénéficie le jugement de divorce, une modification ne peut être ordonnée, à titre de mesures provisoires dans un procès subséquent, que si les circonstances l'exigent impérieusement. Dans un arrêt déjà ancien (RJN 7 I 275), la Cour de céans, se fondant sur une jurisprudence et des avis doctrinaux assez abondants, retenait la notion de cas de nécessité, soit de risque de dommage grave ou difficile à réparer, au sens de l'actuel article 121 ch.2 litt.cCPC. La jurisprudence fédérale citée par l'intimée (ATF 118 II 228) va dans le même sens.

En l'espèce, la nature assez mal définie du projet de déménagement de l'intimée et le changement important qui en découle pour la garde de l'enfant, exercée jusque là de façon intermittente par l'intimée, peuvent certes susciter une relative inquiétude, mais au moment du divorce déjà, le rôle très présent des parents de jour n'avait pas empêché les époux V. de préférer l'attribution de la garde à la mère plutôt qu'à son père, ce que le tribunal avait approuvé dans l'idée, sans doute, que cette solution était plus naturelle et plus propice à l'intérêt de L. Par ailleurs, l'enfant, entendue dans le cadre de la rapide enquête OCM, a clairement exprimé sa préférence pour la solution maternelle, sans appréhension pour le maintien de bonnes relations avec son père et ses anciens parents de jour. Les incertitudes relatives aux ressources futures des époux Z. ne signifient pas nécessairement que les soins et l'éducation donnés à L. seront insuffisants.

Dans ces circonstances, on ne saurait dire qu'une nécessité impérieuse commandait le transfert de la garde au père qui, de fait, ne peut lui-même l'exercer avec constance et régularité, vu ses contraintes professionnelles.

4. Sous l'angle d'un retrait de la garde de l'enfant à l'intimée, le recours ne serait pas mieux fondé.

L'ATF128 III 9 précise que "le droit de garde est une composante de l'autorité parentale. Il consiste dans la compétence de déterminer le lieu de résidence et le mode d'encadrement de l'enfant", alors que "la garde de fait consiste à donner au mineur tout ce dont il a journalièrement besoin pour se développer harmonieusement". Ainsi, lorsque l'autorité tutélaire retire le droit de garde aux père et mère et confie l'enfant à des tierces personnes, celles-ci "en acquièrent la garde de fait et deviennent ainsi ses parents nourriciers, au sens des articles 294 et 300 CC", le droit de garde passant quant à lui à l'autorité tutélaire.

A la lumière de ces précisions (commentées et saluées par Stettler, in: RdT 2002 p.236), il faut admettre, d'une part, que les G. ne sont pas devenus des parents nourriciers, au sens de l'article 300 CC, quels qu'aient été leurs soins et leur dévouement pour l'enfant. La détentrice de la garde est toujours restée l'intimée, y compris lorsqu'elle décidait de laisser l'enfant passer ses journées ou ses nuits chez ces voisins très complaisants. Il s'ensuit que le premier juge, exerçant le pouvoir de protection de l'enfant dans le cadre prévu à l'article

315b ch.2 CC, ne pouvait faire application de l'article 310 al.3 CC pour interdire à la mère de reprendre l'enfant après qu'elle eut "vécu longtemps chez les parents nourriciers".

D'autre part, le retrait du droit de garde, selon l'article 310 al.1 CC, est comme l'indique la loi un moyen de dernier ressort pour éviter que le développement de l'enfant ne soit compromis. La jurisprudence précise que ce retrait n'est admissible que lorsque d'autres mesures sont restées sans résultat ou qu'elles apparaissent d'emblée comme insuffisantes (ATF du 1er juillet 2002, 5C.117/2002, consid.3.1 et les références citées). En l'occurrence, ce dernier stade de la nécessité n'est manifestement pas atteint. La préoccupation qu'on peut éprouver sur l'avenir économique de la famille Z. et, éventuellement, sur le soutien que l'enfant L. obtiendrait de sa mère face à ses tâches scolaires, ne correspond clairement pas à la notion de danger majeur pour le développement de l'enfant, impossible à détourner autrement. Or, ce cas de figure excepté, le placement de l'enfant chez des tiers bienveillants, contre le gré de la détentrice de la garde, ne pouvait être imposé.

5. Selon les allégués du recourant, que paraît confirmer une expression ambiguë de l'intimée, sous chiffre 2.12 de ses observations, les époux Z. auraient déménagé dans le canton de Zurich plutôt qu'à Genève, ce qui entraînerait à l'évidence une difficulté supplémentaire de langue pour l'enfant.

Cette donnée de fait, postérieure à l'ordonnance attaquée, ne peut être prise en compte dans le cadre d'un recours en cassation. Elle devrait être traitée dans une nouvelle requête et faire l'objet d'une nouvelle appréciation (ce qui a peut-être été le cas, vu la rédaction hélas tardive du présent arrêt).

6. Le recourant, qui succombe, supportera les frais de justice et versera en faveur de l'intimée, mais en main de l'Etat vu l'assistance judiciaire, une indemnité de dépens pour les observations présentées.

Par ces motifs, LA COUR DE CASSATION CIVILE

1. Rejette le recours.

2. Condamne le recourant aux frais de justice, qu'il a avancés par 550 francs.

3. Condamne le recourant à verser en faveur de l'intimée, mais en main de l'Etat, une indemnité de dépens de 350 francs.

Neuchâtel, le 17 juillet 2007

AU NOM DE LA COUR DE CASSATION CIVILE

Le greffier-substitut L'un des juges

II. Faits nouveaux

1 A la requête du père ou de la mère, de l'enfant ou de l'autorité tutélaire, l'attribution de l'autorité parentale doit être modifiée lorsque des faits nouveaux importants exigent pour le bien de l'enfant.

2 Les conditions se rapportant à la modification de la contribution d'entretien ou aux relations personnelles sont définies par les dispositions relatives aux effets de la filiation.

3 En cas d'accord entre les père et mère ou au décès de l'un d'eux, l'autorité tutélaire est compétente pour modifier l'attribution de l'autorité parentale et pour ratifier la convention qui détermine la répartition des frais d'entretien de l'enfant. Dans les autres

cas, la décision appartient au juge compétent pour modifier le jugement de divorce.

4Lorsqu'il statue sur l'autorité parentale ou la contribution d'entretien d'un enfant mineur, le juge modifie au besoin la manière dont les relations personnelles ont été réglées; dans les autres cas, c'est l'autorité tutélaire qui est compétente en la matière.

## D. Relations personnelles

### I. Père, mère et enfant

#### 1. Principe

1Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances.

2Lorsque l'exercice ou le défaut d'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant, ou que d'autres motifs l'exigent, l'autorité tutélaire peut rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs et leur donner des instructions.

3Le père ou la mère peut exiger que son droit d'entretenir des relations personnelles avec l'enfant soit réglé.

1Nouvelle teneur selon le ch. I 4 de la LF du 26 juin 1998, en vigueur depuis le 1erjanv. 2000 (RO199911181142; FF1996I 1).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.