

Tribunal fédéral – 5A_271/2019

II^{ème} Cour de droit civil

Arrêt du 9 décembre 2019 (f)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Céline de Weck-Immelé, Jérôme Saint-Phor,
Autorité parentale conjointe et départ des
enfants à l'étranger : une équation à
plusieurs inconnues ; analyse de l'arrêt du
Tribunal fédéral 5A_271/2019, Newsletter
DroitMatrimonial.ch mars 2020

Newsletter mars 2020

Autorité parentale,
garde des enfants,
déplacement du lieu de
résidence des enfants

**Art. 301a al. 2 CC ;
11, 24 Cst.**



FACULTÉ DE DROIT

Autorité parentale conjointe et départ des enfants à l'étranger : une équation à plusieurs inconnues

Céline de Weck-Immelé et Jérôme Saint-Phor

I. Objet de l'arrêt

Dans l'arrêt 5A_271/2019, le Tribunal fédéral analyse quels critères déterminants permettent de trancher si une autorisation du déplacement du lieu de résidence des enfants peut être attribuée ou non, lorsque les deux parents présentent des capacités éducatives équivalentes. En l'espèce, à défaut d'un avis clair de l'assistant social quant à un critère déterminant relatif à l'âge des enfants, le critère de la stabilité permet de rejeter la requête de déménagement des enfants à l'étranger. Bien que la cause ait été renvoyée auprès de l'instance inférieure, en raison d'une absence de pondération des critères en présence (entre âge des enfants et stabilité), et que l'arrêt ne soit pas destiné à la publication, il revêt néanmoins une grande importance en pratique.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. (ci-après « la mère ») et B. (ci-après « le père ») sont les parents non mariés de C. et D. (ci-après « les enfants »), nés en 2015, respectivement en 2017. Les parents bénéficient de l'autorité parentale conjointe.

Les parents se sont séparés en septembre 2017 et se sont partagé la garde de leurs enfants, ainsi que l'appartement familial, à raison d'une semaine sur deux.

Le 24 octobre 2017, après avoir appris que la mère souhaitait retourner en Espagne, le père a déposé devant l'APEA du canton du Jura une requête en attribution de l'autorité parentale et de la garde (couplée avec des requêtes de mesures provisionnelles et superprovisionnelles) et concluant également à ce qu'il soit fait interdiction à la mère de quitter le territoire suisse avec les enfants. Par décision de mesures superprovisionnelles du 30 octobre 2017, l'APEA a admis cette dernière conclusion et a ordonné à la mère de remettre les passeports et autres

documents d'identité concernant les enfants. La décision de mesures provisionnelles qui a suivi le 16 novembre 2017 a confirmé la première décision. Une évaluation de la situation a été requise.

Dans son rapport du 8 janvier 2018, l'assistant social a, en substance, constaté que les deux parents disposaient de capacités éducatives appropriées et présentaient les disponibilités nécessaires, ainsi que la garantie d'un environnement stable et harmonieux. Une prise en charge sur le mode de la garde alternée n'était toutefois pas envisageable, compte tenu de l'intensification du conflit conjugal et de la littérature spécialisée. Selon lui, l'âge des enfants constitue le critère principal pour décider de la prise en charge des enfants et il préconise que la garde soit attribuée à la mère.

La mère a conclu au maintien de l'autorité parentale conjointe, à l'attribution de la garde des enfants en sa faveur, à l'autorisation de déplacer leur lieu de résidence en Espagne et à la fixation d'un droit de visite élargi du père.

Par décision du 16 mai 2018, l'APEA a notamment autorisé la mère à modifier le lieu de résidence des enfants en Espagne, reprenant pour l'essentiel les conclusions de l'évaluation sociale.

Statuant sur appel du père, la Cour administrative du Tribunal cantonal du canton du Jura a, par arrêt du 22 février 2019, annulé la décision de l'APEA, rejeté la demande de la mère tendant à obtenir l'autorisation de déplacer le lieu de résidence des enfants en Espagne, dit qu'en cas de déménagement de la mère en Espagne, la garde serait attribuée au père, dit que l'exercice des relations personnelles entre les enfants et leur mère serait, dans cette hypothèse, un droit de visite usuel. Dans l'hypothèse où la mère renonçait à son projet de déménagement en Espagne et restait domiciliée dans le Jura, une garde alternée était instaurée.

Par acte posté le 28 mars 2019, la mère exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut principalement à sa réforme en ce sens que la garde des enfants lui est confiée, qu'elle est autorisée à déplacer leur lieu de résidence en Espagne et qu'il est dit que le droit de visite du père s'exercera librement ou, à défaut d'entente entre les parties, à raison d'un week-end sur deux en Espagne et de la moitié des vacances scolaires. Subsidiairement, elle conclut à ce que la garde des enfants lui soit attribuée dans l'hypothèse où elle renonce à son projet de déménagement. Plus subsidiairement encore, elle sollicite le renvoi de la cause à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

B. Le droit

Après avoir examiné puis admis la recevabilité du recours (consid. 1 et 2), le Tribunal fédéral examine le premier grief de la mère (consid. 3), qui reproche une violation de l'art. 301a CC et du principe de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) par le refus de lui autoriser le déplacement du lieu de résidence des enfants. Il commence par faire un rappel des critères de l'octroi de l'autorisation de déplacement du lieu de résidence des enfants, selon l'art. 301a al. 2 CC. Ainsi, dans le cas d'une autorité parentale conjointe, un parent ne peut modifier le lieu de résidence des enfants qu'avec l'accord de l'autre parent ou sur décision de l'autorité compétente, en particulier lorsque le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger. L'exigence d'une autorisation ne concerne que le changement de lieu de résidence de l'enfant, non celui des parents. L'autorité parentale conjointe ne doit pas priver *de facto* les parents de

leur liberté d'établissement (art. 24 Cst.) en les empêchant de déménager¹. Par conséquent, l'autorité ne doit pas répondre à la question de savoir s'il est dans l'intérêt de l'enfant que ses deux parents demeurent au domicile actuel, mais doit plutôt se demander si le bien-être de l'enfant sera mieux préservé dans l'hypothèse où il suivrait le parent déménageur, ou au contraire, dans celle où il demeurerait auprès du parent restant sur place, tout en tenant compte du fait que les modalités de garde, de visite et d'entretien pourront toujours être adaptées en conséquences en application de l'art. 301a al. 5 CC² (consid. 3).

Dans tous les cas, la décision de l'autorité compétente sera prise dans l'intérêt de l'enfant, protégé par la Constitution (art. 11 Cst.) et constituant la ligne directrice pour l'ensemble des affaires se rapportant aux enfants³. Si cet intérêt est préservé, l'autorisation de déménager pourra être accordée, si nécessaire après révision des modalités de garde et des relations personnelles⁴. Le modèle de prise en charge préexistant constitue le point de départ de l'analyse. Ainsi, si le parent déménageur était titulaire de la garde exclusive (ou prépondérante), il serait en principe dans l'intérêt de l'enfant de déménager avec lui. Dans l'hypothèse d'une prise en charge plus ou moins égale par chacun des parents, la situation de départ est neutre⁵. Il faut alors recourir à d'autres critères afin de déterminer quelle solution correspond le plus à l'intérêt de l'enfant. Les circonstances du cas d'espèce (capacités éducatives des parents, aptitude de ceux-ci à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent, besoin de stabilité de l'enfant, environnement linguistique, retour dans un pays d'origine ou auprès de la famille d'origine, regroupement familial) sont déterminants⁶. Le Tribunal fédéral rappelle encore que l'examen de l'adaptation des modalités de la prise en charge, des relations personnelles et de l'entretien ne doit pas être dissocié de la question du déménagement⁷ et qu'il convient de clarifier le mode de prise en charge appliqué jusqu'alors, d'esquisser les contours du déménagement, ainsi que d'établir quels sont les besoins de l'enfant et la prise en charge, offerte et effectivement possible, par les parents⁸ (consid. 3).

En l'espèce, l'autorité cantonale a constaté que depuis leur séparation, les parents s'occupaient des enfants à raison d'une semaine chacun, et n'a pas contesté que la mère s'en occupait de manière prépondérante au début de la séparation. Elle a néanmoins retenu que la situation devait être considérée comme neutre depuis décembre 2017, dès lors que le père avait diminué son taux d'activité et que les parents exerçaient de fait une garde équivalente (consid. 3.1.1). La recourante reproche à cet égard à la cour cantonale d'avoir considéré que la garde était répartie de manière équivalente (consid. 3.3). Selon elle⁹, il conviendrait de déterminer si la garde alternée procède d'une décision commune des parents ou si elle a au contraire été imposée à l'un d'eux à des fins stratégiques, cas échéant la situation ne devant

¹ TF 5A_310/2019 du 5 novembre 2019, consid. 3.1 ; 5A_1018/2017 du 14 juin 2018, consid. 3.1 et les références.

² ATF 142 III 481, consid. 2.6 ; ATF 142 III 502, consid. 2.5 ; TF 5A_310/2019 précité, consid. 3.1.

³ ATF 143 III 193, consid. 3 ; 142 III 481, consid. 2.6 ; 141 III 312, consid. 4.2.4, 328 consid. 5.4.

⁴ TF 5A_444/2017 du 30 août 2017, consid. 5.3.1 ; 5A_274/2016 du 26 août 2016, consid. 6.

⁵ ATF 144 III 469, consid. 4.1 ; 142 III 481, consid. 2.7, 502 consid. 2.5.

⁶ ATF 142 III 481, consid. 2.7, 502 consid. 2.5 ; TF 5A_1013/2018 du 1^{er} février 2019, consid. 4 ; 5A_1018/2017 précité, consid. 3.2.

⁷ ATF 142 III 502, consid. 2.6 ; TF 5A_310/2019 précité, consid. 3.3.

⁸ ATF 142 III 502, consid. 2.7 ; TF 5A_310/2019 précité, consid. 3.3.

⁹ Qui s'appuie visiblement de manière erronée sur la doctrine.

pas être considérée comme neutre ; ce qu'elle invoque dans son cas. Elle estime que, dans ces circonstances, l'autorité cantonale aurait dû considérer qu'elle représentait la figure de référence pour les enfants et que seule une mise en danger des enfants était susceptible d'empêcher « son » déménagement – ce qui ne serait pas le cas –, de sorte que l'autorisation de déplacer le lieu de résidence en Espagne aurait dû être octroyée (consid. 3.1.2). Sur cette argumentation, le Tribunal fédéral retient une critique en partie appellatoire, précisant que le principe selon lequel est déterminante la situation de fait qui prévaut au moment de la prise de décision résulte de la jurisprudence¹⁰. Ainsi, on ne peut pas reprocher à l'autorité cantonale d'avoir violé le droit en jugeant que le fait que le père ait unilatéralement décidé de baisser son taux d'activité pour s'occuper davantage des enfants n'était pas déterminant pour l'examen du mode de prise en charge préexistant¹¹. Infondé, le grief a été rejeté (consid. 3.1.3).

Dans un deuxième grief, la mère reproche à la cour cantonale d'avoir retenu que les disponibilités des parents étaient similaires. La cour cantonale a constaté que la mère travaillait à un taux de 60% avec possibilité de travail un jour à la maison et que le père travaillait à 80% tout en étant disposé à diminuer à 60%. En outre, les deux parents bénéficiaient de soutiens extérieurs (structure de garde, appui des parents et de la famille), tant en Suisse qu'en Espagne (consid. 3.3.1). La mère fait valoir qu'en vivant en Suisse, elle est disponible à 100% alors que le père ne l'est qu'un jour par semaine. Elle soutient qu'elle aurait eu intérêt à agir en deux temps : dans un premier temps en requérant l'attribution de la garde, puis, dans un deuxième temps, en requérant l'autorisation de déplacer le lieu de résidence. Ce faisant, elle aurait d'après elle obtenu la garde, ce qui aurait facilité le déménagement. Une telle manière de procéder aurait néanmoins été contraire au principe d'économicité de procédure, ce qui n'aurait pas dû empêcher l'autorité de raisonner de cette manière, en examinant d'abord les situations telles qu'elles existeraient en cas de maintien des domiciles respectifs en Suisse, ainsi qu'en cas de déménagement. Elle estime que dans les deux cas, que ce soit en Suisse ou en Espagne, elle offre une plus grande disponibilité (consid. 3.3.2). Le Tribunal fédéral retient que la cour cantonale avait à juste titre examiné uniquement les disponibilités effectives des parents une fois le déménagement effectué et qu'elle n'avait pas usé d'arbitraire en considérant que le père disposerait des mêmes disponibilités que la mère¹² ; le grief est dès lors infondé.

La mère reproche finalement, dans un troisième grief (consid. 3.4), à la cour cantonale de n'avoir pas considéré que l'âge des enfants imposait de lui accorder la garde¹³, s'écartant ainsi de l'avis de l'assistant social, et que le père avait démontré un manque de stabilité par de multiples démarches contraires aux intérêts des enfants (garde alternée imposée, démarche en vue de priver la mère des passeports des enfants). La cour cantonale a notamment constaté que les enfants n'étaient pas bilingues, mais s'étaient familiarisés avec l'espagnol par les contacts fréquents avec leur famille maternelle et les discussions des parents. Au vu de leur âge, leur adaptation à une nouvelle situation ne serait pas préjudiciable, d'autant plus que

¹⁰ Notamment TF 5A_945/2015 du 7 juillet 2016, consid. 3.3 non publié aux ATF 142 III 498.

¹¹ Cf. ATF 142 III 502.

¹² D'autant plus que la mère ne critiquait pas le fait que le père était disposé à baisser son taux de travail à 60% avec un jour de travail à domicile.

¹³ Elle soutient (en citant divers « spécialistes de la petite enfance ») qu'au vu de leur âge, la séparation des enfants d'avec leur mère, qui constitue la figure d'attachement, nuirait à leur bon développement.

leur famille maternelle résidait en Espagne et qu'ils ne seraient dès lors pas complètement déracinés. Le projet de la mère était suffisamment concret pour affirmer que le cadre de vie qu'elle pourrait offrir aux enfants serait stable (employeur disposé à l'attendre en Espagne, appartement adapté, conditions de vie générales en Espagne). La cour a également retenu que le cadre de vie offert par le père en Suisse était stable (travail stable, appartement approprié, soutien extérieur). Selon l'assistant social, se basant sur une analyse de la CODE¹⁴, il restait dès lors le critère essentiel de l'âge des enfants pour trancher le cas. Toutefois, le Tribunal fédéral relève (comme cela avait été fait par le père) que cette conception n'était de loin pas unanime. En effet, selon certains auteurs, cette perspective reposait sur des expériences cliniques des auteurs et n'était pas confirmée par des études empiriques à large échelle. De plus, d'autres chercheurs remettaient en question la dominance de l'attachement maternel, soulignant que mère et père développent des liens d'attachement complémentaires, tous deux nécessaires au bon développement socio-affectif de l'enfant¹⁵. La jurisprudence indique que s'il était vrai que, selon leur âge, les enfants étaient davantage attachés aux personnes qu'à leur environnement, en cas de capacités et de disponibilités équivalentes, la stabilité et les relations familiales pouvaient être déterminantes pour les enfants en bas âge¹⁶. Partant, le Tribunal fédéral tient le raisonnement suivant : « *Ainsi, au vu de l'âge des enfants, à savoir 3,5 et 2 ans, dans la mesure où l'âge constituait le seul critère permettant d'attribuer la garde des enfants à la mère et à défaut d'avis clair sur l'attribution de la garde à celle-ci dans cette situation, il y avait lieu de rejeter la requête tendant à déplacer le lieu de résidence des enfants au regard du critère de la stabilité. Si ce critère perdait de son importance s'agissant de très jeunes enfants et que même dans l'hypothèse du rejet de la requête de la mère tendant à déplacer le lieu de résidence des enfants en Espagne, la stabilité des enfants était susceptible d'être perturbée par une nouvelle organisation des modalités de garde, ceux-ci seraient manifestement moins perturbés que par un déménagement à l'étranger* » (consid. 3.4.2). Par conséquent, le Tribunal fédéral conclut que la garde des enfants doit être attribuée au père, dans l'hypothèse du déménagement de la mère en Espagne.

Sur le grief de la mère qui soulève une violation de son droit être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), le Tribunal fédéral rappelle finalement que l'autorité cantonale peut s'écarter d'un rapport d'évaluation sociale à des conditions moins strictes que s'il s'agit d'une expertise judiciaire¹⁷. Néanmoins, en l'espèce, la motivation de l'arrêt attaqué apparaît insuffisante, à mesure que la cour cantonale s'est écartée du rapport de l'assistant social au motif qu'il n'y avait pas « d'avis clair » sur le critère déterminant selon ledit rapport (l'âge des enfants) pour attribuer la garde à la mère, sans pour autant expliquer comment il fallait évaluer ce critère. Par ailleurs, la cour a refusé d'autoriser le déménagement des enfants au motif que ceux-ci seraient manifestement moins perturbés en restant en Suisse qu'en déménageant à l'étranger, se bornant à affirmer péremptoirement que le critère de la stabilité primait, sans exposer en quoi

¹⁴ Coordination des ONG pour les droits de l'enfant, Séparation des parents et droits de l'enfant, enjeux psychologiques, analyse CODE, août 2010, accessible sur le site internet <https://www.lacode.be>.

¹⁵ MICHELLE COTTIER/ERIC D. WIDMER (et al.), Etude interdisciplinaire sur la garde alternée in FamPra.ch 2/2018, note 68 [recte] : La garde alternée, Une étude interdisciplinaire sur ses conditions-cadre, in FamPra.ch 2018 p. 297 ss, spéc. p. 308 note 68.

¹⁶ TF 5A_834/2012 du 26 février 2013, consid. 4.1.

¹⁷ TF 5A_373/2018 du 8 avril 2019, consid. 3.2.6 ; 5A_794/2017 du 7 février 2018, consid. 4.1 ; 5A_512/2017 du 22 décembre 2017, consid. 3.4.3.

ce critère devait l'emporter en l'espèce. Compte tenu de son pouvoir d'appréciation en la matière¹⁸, le Tribunal, tout en admettant le recours, renvoie la cause à l'autorité cantonale pour qu'elle réexamine en particulier les critères de l'âge et de la stabilité et réévalue la situation (consid. 4.3).

III. Analyse

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral rappelle les questions à analyser dans le cadre de l'art. 301a CC, lorsqu'il s'agit d'autoriser ou non le déménagement à l'étranger d'un enfant dont l'autorité parentale est conjointe à ses deux parents ; il répète à cette occasion les critères déterminants pour l'attribution de la garde de fait d'un enfant et relativise la portée des rapports effectués dans le cadre de l'instruction par les services de protection de l'enfance, ainsi que les théories pédopsychiatriques sans nuance, en rappelant que chaque situation doit être examinée pour elle-même sans schématisme dogmatique.

Nous rappellerons, à cette occasion, le contenu de l'autorité parentale, en particulier le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, son exercice et ses limites en cas de désaccord (*infra* ch. 1), les critères d'analyses que doit considérer l'autorité amenée à autoriser le départ à l'étranger d'un enfant dont l'autorité parentale est exercée conjointement (*infra* ch.2) et les principes d'instauration d'une garde partagée (*infra* ch. 3).

1. L'autorité parentale conjointe et le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant

L'autorité parentale doit être distinguée de la garde. Sous l'empire de l'ancien droit, le droit de garde (*Obhutsrecht und -pflicht*) était une composante de l'autorité parentale, peu importe d'ailleurs que celle-ci fût ou non conjointe, et cette notion recouvrait le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et les modalités de sa prise en charge. Sous l'empire du nouveau droit, **l'autorité parentale elle-même comprend le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant** (art. 301a al. 1 CC). **La notion de garde se limite désormais à la garde de fait** qui recouvre la prise en charge quotidienne de l'enfant ainsi que ses soins et son éducation courante.

La révision a généralisé l'autorité parentale conjointe après divorce et facilité l'autorité parentale conjointe pour les parents non mariés. Tant que les parents sont tous deux codétenteurs de l'autorité parentale conjointe, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant leur appartient conjointement sans égard à l'attribution de la garde. Même en cas de divorce, de séparation – quel que soit par ailleurs le statut des parents (mariés ou non) –, la loi ne prévoit pas d'attribution exclusive de ce droit¹⁹. **Ce n'est que par le biais de de l'art. 301a al. 1 et 2 CC que le codétenteur de l'autorité parentale qui n'exerce pas la garde de fait (exclusive ou partagée) se voit restreint dans l'une des prérogatives majeures de son exercice** : celui des parents qui aura obtenu la garde de fait de l'enfant par décision du juge matrimonial ou de l'APEA a la possibilité de choisir le lieu de résidence de l'enfant sauf deux exceptions : lorsque la résidence envisagée se trouve à l'étranger ou lorsqu'elle aura des

¹⁸ TF 5A_274/2106 du 26 août 2016, consid. 6 et les références.

¹⁹ L'art. 133 al. 1 ch. 2, 298a al. 2 ch.2 et 298b al. 3 CC n'évoquent que la faculté de régler la garde ou les autres points litigieux. Voir aussi MEIER, N 1107 ss.

conséquences importantes pour l'exercice des relations personnelles ou celui de l'autorité parentale de l'autre parent. **L'art. 301a CC est ainsi une *lex specialis* à l'art. 301 al. 1^{bis} CC**²⁰.

Le juge peut retirer certains aspects de l'autorité parentale conjointe à l'un des parents dans le cadre de son règlement, néanmoins retirer le droit de déterminer la résidence de l'enfant reviendrait à vider l'autorité parentale de l'une de ses prérogatives les plus importantes, et ne se justifie que lorsque des mesures de protection au sens de l'art. 310 CC sont nécessaires²¹.

Ainsi, soit la garde de fait a-t-elle été attribuée et le parent gardien dispose alors d'une relative liberté pour déplacer sans l'accord de l'autre parent la résidence de l'enfant, soit n'a-t-elle pas été attribuée ou est-elle est conjointe, et en cas de désaccord des parents, l'intervention de l'autorité judiciaire s'impose.

Le simple exposé de cette situation objective du mécanisme judiciaire laisse entrevoir la tension existante entre l'intérêt de chacun à sa liberté individuelle et de mouvement et l'intérêt de l'enfant à être protégé de changements imprévus tant dans l'organisation qu'il connaît et sa prise en charge, que dans ses relations avec ses parents et la famille élargie et dans ses relations sociales. Cette tension qui existera dans chaque cas ne sera que plus importante lorsqu'en filigrane se dessine un conflit persistant entre les parents dont la résidence de l'enfant deviendrait l'enjeu. Toute la difficulté est donc là, laisser les parents libres de leurs mouvements et s'assurer que leurs choix individuels et parfois contradictoires n'auront pas d'effets négatifs sur l'enfant.

On doit bien sûr se réjouir que le simple fait de détenir la garde d'un enfant ne suffise plus à pouvoir déterminer avec toute liberté son lieu de résidence, cela vidait de tout son sens la notion même d'autorité parentale. On constate néanmoins que les cas où l'autorité parentale est conjointe et la garde partagée ne sont pas épargnés par les litiges entre parents sur la question sensible de la résidence de l'enfant. Celle-ci ne devrait pas poser de problèmes lorsqu'il s'agit de déplacer la résidence de quelques kilomètres, pourtant l'expérience nous montre que même dans ces cas de figure les procès sont courants, le parent « restant » envisageant en général comme « une perte » toute adaptation de l'organisation qui prévalait jusqu'alors. Selon le mode de prise en charge et sa régularité, un déplacement à l'intérieur du pays – même de quelques dizaines de kilomètres – peut déjà compromettre les rapports soutenus qu'entretenait parfois quotidiennement chacun des parents avec l'enfant. Plus la prise en charge est partagée et régulière, plus la question d'un déménagement qui suppose un éloignement même relativement modeste sera source de conflit. La question devient éminemment délicate lorsqu'un départ à l'étranger est envisagé, non seulement du fait des distances que cela implique souvent, mais encore du fait du changement d'ordre juridique qui s'appliquera désormais aux questions liées à l'enfant et qui peut diverger de manière importante de l'ordre suisse.

²⁰ MEIER, N. 1116 et références citées.

²¹ TF 5A_993/2017 du 19 juin 2017 : un conflit parental même particulièrement intense ne justifie pas à lui seul de retirer, même à titre provisionnel, le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

2. Résidence à l'étranger et autorité parentale conjointe

Le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de fixer les règles à appliquer en cas de désaccord des codétenteurs de l'autorité parentale quant à un départ à l'étranger de l'enfant au sens de de l'art. 301a CC.

Trois arrêts topiques ont été rendus en 2016 concernant pour deux d'entre eux des départs à l'étranger et pour le dernier un déplacement à l'intérieur de la Suisse : ATF 142 III 481 (déplacement de l'enfant de Suisse en Autriche), ATF 142 III 498 (déplacement de l'enfant de Suisse en Espagne), ATF 141 III 502 (déplacement à l'intérieur de la Suisse d'Interlaken à Soleure) ; ils ont été confirmés à plusieurs reprises²². Il faut en retenir que :

- **Les raisons qui poussent un parent à partir à l'étranger ne sont pas déterminantes.** Il en va là de la liberté d'établissement, de la liberté personnelle et économique de chaque parent. La question n'est donc pas de savoir s'il serait préférable pour l'enfant que le parent renonce à son projet de départ, mais uniquement de déterminer si le bien de l'enfant est mieux préservé par un déménagement ou par le maintien auprès du parent qui reste sur place. La seule exception demeure l'abus de droit, soit la volonté d'un parent d'éloigner l'enfant de l'autre comme seule motivation à son départ à l'étranger.
- Dans l'examen du bien de l'enfant, le juge doit **partir du modèle de prise en charge de l'enfant existant avant le déménagement.**
 - Si les **deux parents ont la charge** de l'enfant et qu'ils souhaitent continuer à l'exercer, la situation de départ est **neutre**.
 - Si au contraire **un seul des parents exerce la garde de fait**, cela constitue un **indice** que le bien de l'enfant sera mieux assuré s'il demeure avec ce parent.
 - Pour maintenir le domicile en Suisse, **le parent restant doit vouloir et pouvoir en assumer la garde.**
Le modèle de prise en charge de l'enfant peut avoir une importance aussi toute particulière dans les déménagements à l'intérieur même du pays si les deux parents ont la même prise en charge de l'enfant.
- Les **critères déterminants** sont les **mêmes que ceux appliqués en cas d'attribution de la garde de fait** : la relation entretenue par l'enfant avec chacun de ses parents, les capacités éducatives de ceux-ci, la volonté des parents de s'occuper de l'enfant, la stabilité de l'enfant et des relations nécessaires à son développement, les besoins particuliers en fonction de la santé de l'enfant, son âge et son avis lorsqu'il est significatif en fonction de son âge.
- **L'autorité doit projeter** quelle serait **la situation de l'enfant après le déménagement**, tant du point de vue des disponibilités respectives des parents, de l'organisation de sa prise en charge telle qu'envisagée tant chez le parent qui part que chez celui qui reste, des adaptations attendues de l'enfant quant à la langue, son adaptabilité notamment au vu de son âge, la stabilité de sa situation tant chez le parent qui reste que chez celui qui part notamment en fonction du caractère concret ou non de son projet, du point de vue tant

²² TF 5A_397/2018 du 16 août 2018, 5A_665/2018 du 18 septembre 2018.

de son lieu de vie, de son travail, de ses perspectives économiques et de son cadre familial et social.

- En examinant l'ensemble des critères déterminants, **l'autorité doit également s'interroger sur les adaptations** consécutives au déménagement sur la **garde**, les futures **relations personnelles**, **l'autorité parentale** ainsi que sur les aspects de **l'entretien** de l'enfant.

Dans **l'ATF 142 III 498**, la garde était partagée entre les parents, leurs capacités éducatives étaient considérées comme équivalentes tout comme leur volonté de s'occuper de leur fille qui avait 7 ans. Le départ envisagé en Espagne supposait néanmoins l'apprentissage par l'enfant d'une nouvelle langue qu'elle ne connaissait pas, la relation entre la mère et sa nouvelle compagne n'était pas encore très stable et le risque existait qu'en cas de rupture, un retour en Suisse soit envisagé, de sorte qu'un maintien de l'enfant auprès de son père semblait plus adéquat en regard des besoins de stabilité de l'enfant.

Dans **l'ATF 142 III 481**, la mère exerçait une garde exclusive sur deux enfants âgés de 5 et 6 ans, le père, quant à lui, ne souhaitait pas de garde exclusive mais s'opposait à un départ à l'étranger. En l'espèce, les conditions n'étaient déjà pas remplies pour que les enfants restent en Suisse, ce d'autant moins que la mère repartait dans son pays d'origine, l'Autriche, où vivait toute sa famille, que les enfants connaissaient l'allemand et que leur jeune âge permettait une adaptation aisée de sorte que leur bien était garanti. Le TF a ainsi confirmé la décision qui autorisait la mère à partir en Autriche, celle-ci adaptait également le droit aux relations personnelles, qui seraient moins régulières mais compensées par des week-ends prolongés ou par de plus longues périodes de vacances. Le TF a alors validé une solution qui prévoyait que le père pouvait venir chaque premier week-end du mois voir les enfants et la mère devait les amener tous les 3 mois en Suisse afin qu'ils puissent passer le troisième week-end du mois avec leur père ainsi que deux semaines de vacances par année ; le TF avait néanmoins élargi le droit de visite initialement prévu dans la décision en y ajoutant les jours fériés en alternance une année sur deux avec la mère quand bien même cela représentait des déplacements importants pour les enfants afin d'éviter que les liens entre le père et les enfants ne se distendent trop.

Dans **l'ATF 142 III 502**, le TF a admis le recours du père qui s'opposait à un départ de l'enfant d'Interlaken à Soleure, faute d'examen par les instances inférieures de l'ensemble des critères déterminants ci-dessus rappelés.

3. La garde partagée imposée ou souhaitée : une différence ?

Dans l'arrêt, la recourante se plaint du fait que **la garde partagée** qui était exercée sur les deux enfants n'ait jamais été appelée de ses vœux mais **imposée de fait par le père des enfants**, ce en contradiction avec l'avis même de l'office de protection de l'enfance ; elle entend en tirer argument dans l'examen du premier critère soit la prise en charge effective au moment où le départ de l'enfant est envisagé. La recourante veut également tirer argument du fait **que le père confie la charge des enfants à des tiers** alors qu'elle peut s'en occuper personnellement considérant de fait qu'il n'y a pas de véritable garde partagée.

Selon la jurisprudence, une garde est partagée quand bien même l'un des parents confie une partie de la prise en charge de l'enfant à des tiers ; **l'équivalence entre les soins fournis personnellement par les parents et les soins fournis par des tiers est présumée**²³.

Le TF a déjà eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur l'instauration de la garde partagée. L'évolution jurisprudentielle dessinée depuis des années s'est concrétisée par l'art. 298 al. 2^{ter} CC qui prévoit explicitement que **les juges doivent examiner l'opportunité de prononcer une garde alternée** si le père, la mère ou l'enfant la demande. La requête n'a pas à être conjointe, mais la garde alternée doit correspondre au bien de l'enfant et à la capacité des parents à coopérer. **Le simple manque de coopération** entre parents déduit du fait que l'un d'entre eux s'oppose au principe d'une garde partagée **ne suffit pas à la refuser**. Les intérêts des parents sont secondaires, seul compte l'intérêt de l'enfant.

Comme dans le présent arrêt pour la question de l'âge des enfants et de l'attachement à la figure maternelle, le TF a déjà eu l'occasion de **relativiser les études psychologiques ou psychiatriques** se prononçant de manière absolue en faveur ou en défaveur de l'instauration d'un système de garde alternée, répétant que seule était déterminante la situation concrète et la compatibilité de tel ou tel mode de garde avec le bien de l'enfant²⁴.

De même, Le TF s'est aussi **distancié de rapports effectués par des assistants sociaux ou des curateurs** dans le cadre d'enquêtes, considérant qu'elles n'incluaient pas tous les paramètres à prendre en considération et qu'il appartenait de toute façon au **juge de se prononcer sur l'adéquation ou non d'une garde partagée**²⁵.

Peu importe de savoir les raisons pour lesquelles une garde partagée a été mise sur pied, du moment où elle fonctionne, et ce malgré un faible niveau de coopération entre parents, cet état préalable doit être retenu dans l'analyse, quel que soit d'ailleurs l'avis de certains spécialistes sur la question de la garde partagée chez les jeunes enfants ou de celle de l'importance prédominante de la figure maternelle ou encore les résultats d'une enquête sociale. Le TF saisit l'occasion de répéter que chaque cas doit être considéré pour lui-même sans considération de quelque théorie absolue que ce soit. Si un système a été mis en place et a fait ses preuves en ce sens que les enfants s'y développent à satisfaction, il doit servir de situation de départ à l'analyse d'un éventuel changement. Cette expression claire de l'intérêt de l'enfant qui dépasse toutes théories préalablement établies est à saluer ; elle empêche une prise de pouvoir de certains mouvements – qui trouvent par ailleurs des contradicteurs au sein de leur propre spécialisation – et qui souhaiteraient imposer des visions schématiques et généralisantes de la famille et de l'enfant. Bien sûr que les avis de spécialistes gardent toute leur importance dans un cas donné et en fonction d'une problématique particulière, mais le schématisme doit être honni, celui-là même qui prétend que l'enfant petit s'attache par définition plus à sa mère qu'à son père et qui reste sans doute – à l'exception de la période d'allaitement – un vestige d'une société patriarcale que l'on veut précisément dépasser.

²³ TF 5A_312/2019 du 7 octobre 2019.

²⁴ TF 5A_452/2016 du 15 décembre 2016 et l'analyse de Sabrina Burgat et de Laura Amey : SABRINA BURGAT, LAURA AMEY, les conditions relatives à l'instauration d'une garde alternées, Newsletter DroitMatrionioal.ch février 2017.

²⁵ TF 5A_34/2017 du 4 mai 2017.

Chaque cas, chaque famille, chaque enfant est unique et seules les observations qui lui sont liées sont importantes.

Il est aussi l'occasion de rappeler que les divergences parfois importantes entre parents n'empêchent sauf exception pas l'instauration d'une garde alternée. Non seulement l'expérience montre que le temps et la clarification d'une situation matrimoniale compliquée atténuent les conflits, y compris le conflit de loyauté que peut connaître l'enfant, mais aussi parce que montrer trop d'importance à ces distensions accorderait souvent une prime au conflit, ce qui ne garantirait pas l'intérêt supérieur de l'enfant.