

## Résumé de jurisprudence (filiation et tutelle) mars à juin 2012<sup>1</sup>

par Philippe Meier, docteur en droit et avocat, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne

(version allemande: Thomas Häberli, avocat, juge au Tribunal administratif, Berne)

### A. Constitution fédérale et CEDH<sup>2</sup>

#### *RJ 47-12*

#### *Pas de droit pour le père biologique de contester la paternité*

*Arrêts de la Cour EDH Ahrens c. Allemagne et Kautzor c. Allemagne du 22 mars 2012:*

**1.** Actions introduites par des pères biologiques (paternité établie dans un cas, présumée dans le second) pour faire reconnaître leur paternité sur un enfant reconnu par un autre homme, avec lequel l'enfant vit toujours. Le droit à la protection de la vie privée (mais non à la protection de la vie familiale, faute de relations personnelles étroites entre les requérants et les enfants) est touché (art. 8 CEDH). **2.** La majorité des Etats membres du Conseil de l'Europe autorisent une action en contestation dans un tel cas, mais 9 (dont la Suisse selon la Cour) ne la permettent pas. Aucun consensus ne se dégage par conséquent et les Etats jouissent d'une ample marge d'appréciation en ce domaine. **3.** L'arrêt *Anayo c. Allemagne* (RJ 3-11) oblige les Etats à rechercher s'il est dans l'intérêt supérieur de l'enfant de permettre au père biologique de nouer une relation avec celui-ci (droit de visite), mais il n'implique pas nécessairement une obligation fondée sur la CEDH d'autoriser le père biologique à contester le statut du père légal.

*Remarque:* dans une telle situation, contrairement à ce qu'affirme la Cour, le droit suisse offre bien au père biologique la qualité pour agir en contestation de la reconnaissance (art. 260a al. 1 CC; cf. aussi BSK ZGB I-SCHWENZER, CC 260a N 6; CRO CC I-GUILLOD, CC 260a N 3; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, Zurich 2009, N 117). L'analyse de la Cour n'est correcte que dans l'hypothèse où l'auteur de la reconnaissance a épousé la mère, comme c'était le cas dans l'affaire

<sup>1</sup> Cette 26<sup>ème</sup> édition du Résumé de jurisprudence couvre en principe les arrêts rendus ou/et publiés de mars 2012 à juin 2012. Pour les résumés précédents, cf. RDT 2003 117 et 409, RDT 2004 93 et 239, RDT 2005 113 et 249, RDT 2006 75, 183 et 292, RDT 2007 70, 192 et 296, RDT 2008 199, 352 et 476, RDT 2009 102, 245 et 390, RMA 2010 123, 292 et 445, RMA 2011 116, 288 et 471, RMA 2012 100. L'arrêt résumé in RJ 20-12 est publié aux ATF 138 III 11, l'arrêt RJ 21-12 aux ATF 138 III 145 et l'arrêt RJ 42-12 aux ATF 138 V 67.

La lettre après la référence de l'arrêt fédéral (d/f/i) indique la langue de celui-ci.

<sup>2</sup> Arrêts CEDH consultables en ligne à l'adresse [www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/case-Law/Hudoc/Hudoc+database](http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/case-Law/Hudoc/Hudoc+database). Les arrêts de Chambre ne sont pas définitifs: un renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre peut encore être demandé. Le lecteur est invité à vérifier le caractère définitif de l'arrêt résumé sur le site de la Cour EDH. Sauf indication contraire, tous les arrêts sont des arrêts de Chambre.

Kautzor. En revanche, le droit suisse ne permet pas au père biologique d'agir en désaveu de paternité, lorsque cette paternité naît de la présomption liée au mariage de la mère (art. 255 al. 1 CC). Ces arrêts de la CourEDH (non encore définitifs) condamnent à notre sens la position soutenue par BSK ZGB I-SCHWENZER, CC 256 N 7, qui voulait lire dans l'arrêt Kroon c. Pays-Bas du 27 octobre 1994 (Série A 297-C) une ouverture vers l'admission d'un droit d'action du père biologique (sur ce point, cf. aussi MEIER, L'enfant en droit suisse: quelques apports de la jurisprudence récente de la CourEDH, FamPra.ch 2012 255, 273).

### **RJ 48-12**

#### ***Requête d'adoption simple – couple homosexuel***

*Arrêt de la CourEDH Gas et Dubois c. France du 15 mars 2012:*

**1.** Couple de lesbiennes, avec pacte civil de solidarité (PACS). Procréation médicalement assistée (don de sperme) réalisée en Belgique; pas de filiation de l'enfant à l'égard du père biologique. Requête d'adoption simple par la partenaire. Rejet: faute de partage possible de l'autorité parentale sur l'enfant (un tel partage n'étant prévu que pour des couples mariés dont l'un des membres adopte l'enfant de l'autre), l'adoption amènerait à priver la mère biologique de tout droit sur l'enfant. **2.** La CourEDH constate qu'il n'en va pas ici d'une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle, proscrite selon l'arrêt E. B. c. France du 22 janvier 2008 (RJ 2-08). En effet, eu égard aux conséquences sociales, personnelles et juridiques du mariage, les requérantes ne se trouvent pas dans une situation juridique comparable à celle des couples mariés. La CEDH n'impose pas aux Etats membres d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels (Schalk et Kopf c. Autriche du 24 juin 2010); ils disposent d'une marge d'appréciation quant à la nature exacte du statut qu'ils confèrent lorsqu'ils décident d'offrir un autre mode de reconnaissance aux couples homosexuels. **3.** Quant aux couples hétérosexuels non mariés, ils sont soumis à la même règle que les couples homosexuels. Ils peuvent certes se marier pour bénéficier d'une autre réglementation, mais cela ne change rien à la situation des couples homosexuels, puisque la CEDH n'impose précisément pas aux Etats de leur ouvrir la possibilité de se marier.

### **RJ 49-12**

#### ***Adoption et droits du père naturel***

*Arrêt de la CourEDH K. A. B. c. Espagne du 10 avril 2012:*

**1.** Enfant d'un couple nigérian âgé d'une année au moment de l'expulsion de sa mère, déclaré en situation d'abandon et placé en centre d'accueil. **2.** Père biologique faisant valoir son opposition et entendant agir en paternité, mais ne pouvant assumer les frais du test ADN dans un premier temps. Paternité établie ultérieurement, mais consentement du père naturel à l'adoption jugé non nécessaire compte tenu du désintérêt manifesté pour l'enfant. **3.** Les trois ans et demi qui se sont écoulés jusqu'à l'établissement de la filiation doivent être en tout cas partiellement imputés à l'inertie et aux négligences de l'administration. Cette inertie, l'expulsion de la mère sans vérifications préalables, le manque d'assistance fournie au père et l'absence de pondération des décisions judiciaires quant aux

responsabilités du père et de l'administration dans la situation d'abandon ont été décisives pour empêcher tout regroupement entre le père et l'enfant. **4.** Violation de l'art. 8 CEDH (vie privée, voire familiale).

*Remarque:* pour un autre arrêt dans lequel la CourEDH constate une violation de l'art. 8 CEDH au motif que les autorités n'ont pas pris les mesures permettant un contact régulier entre l'enfant et ses parents (pas de droit de visite pendant que l'enfant était placé) et pour l'avoir orienté vers une adoption sans raisons suffisantes (alors que ses trois frères et sœurs étaient réintégrés dans la famille): *Pontes c. Portugal du 10 avril 2012.*

### **RJ 50-12**

#### **Placement en vue d'adoption**

*Arrêt de la CourEDH Y. C. c. Royaume-Uni du 13 mars 2012:*

**1.** Rappel de la jurisprudence relative au placement en vue d'adoption d'un enfant (âgé de 8 ans), retiré à ses parents. **2.** La CourEDH ne fournit pas la liste des éléments à examiner, mais l'autorité devra notamment prendre en considération l'âge, la maturité et les vœux de l'enfant et les effets que la rupture des liens familiaux avec sa famille originelle peut avoir. **3.** Elle reconnaît la difficulté de la tâche des autorités nationales et par conséquent une certaine marge d'appréciation. Toutefois, si la CourEDH ne doit pas se substituer auxdites autorités, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un domaine très sensible, où les décisions sont en principe irréversibles, ce qui justifie de veiller plus qu'à l'accoutumée à éviter toute atteinte arbitraire. **4.** Le placement d'un enfant doit par conséquent faire l'objet d'un examen particulièrement attentif de la part des autorités nationales, à l'instar de toutes limitations supplémentaires apportées aux droits des parents (par ex. restriction du droit aux relations personnelles). Il est également particulièrement important d'impliquer complètement les parents dans la procédure. **5.** En l'espèce, les autorités ont pris les mesures nécessaires avant d'en arriver au placement de l'enfant en vue d'adoption, notamment en offrant à sa mère une assistance pour ses problèmes d'alcoolisme, ses carences éducatives et les violences domestiques dont elle était la victime de la part de son compagnon, père de l'enfant. La mère n'a pas fait usage de ces possibilités et n'a pas voulu coopérer avec les autorités; il existait par ailleurs un risque évident que la mère reprenne la vie commune avec son compagnon, en grande partie à l'origine de la mise en danger de l'enfant. Les autorités britanniques n'ont pas excédé la marge d'appréciation qui était la leur.

*Remarque:* pour un autre arrêt concernant le placement d'enfants et la limitation des contacts de la mère avec ceux-ci (non-violation de l'art. 8 CEDH): *Arrêt de la CourEDH Levin c. Suède du 15 mars 2012.* Sur la violation de l'art. 8 CEDH en raison de la durée (quatre ans et cinq mois) nécessaire pour exécuter la décision attribuant une fillette à son père après qu'elle eut été confiée par sa mère à un couple tiers: *Arrêt de la CourEDH Santos Nunes c. Portugal du 22 mai 2012.*

**RJ 51-12****Protection de l'enfant victime de harcèlement médiatique**

*Arrêt de la CourEDH Kurier Zeitungsverlag und Druckerei GmbH (no 2) c. Autriche et Krone Verlag GmbH c. Autriche du 19 juin 2012:*

**1.** Large couverture médiatique d'un litige parental au sujet de la garde sur un enfant. Les articles litigieux concernaient des questions d'intérêt public (bonne exécution des décisions de justice sur la garde des enfants, recours à la force dans ce domaine), mais il n'était pas essentiel à la compréhension de l'affaire de publier l'identité de l'enfant, des détails extrêmement intimes sur sa vie et une photographie sur laquelle il était reconnaissable, étant donné que ni lui ni ses parents n'étaient des personnes publiques ou n'étaient précédemment entrés sur la scène publique. **2.** La publication de photographies et d'articles faite dans le seul but de satisfaire la curiosité de certains lecteurs à l'égard de détails de la vie privée d'une personne publique ne relève pas d'un débat d'intérêt général pour la société. Il en va de même pour des personnes qui ne sont pas des personnages publics, sans compter que la protection de la vie privée d'un mineur victime d'un litige entre ses parents appelle une protection particulière du fait de sa situation de vulnérabilité. **3.** Le montant des dommages-intérêts auquel a été condamnée Kronen Zeitung (EUR 130000) est exceptionnellement élevé, mais tient compte du fait que le journal, lu dans certaines régions par 60% de la population, avait consacré 13 articles à l'affaire; la répétition fréquente des informations était de nature à créer un climat de harcèlement continu.

**RJ 52-12****Investigations pénales en cas de délits sexuels à l'endroit d'un enfant**

*Arrêt de la CourEDH C.A.S. et C.S. c. Roumanie du 20 mars 2012:*

**1.** Absence d'enquête effective sur les viols répétés qu'aurait subis un enfant âgé de sept ans. L'enquête a duré cinq ans au total et s'est conclue par l'acquiescement du principal suspect, sans que les autorités ne recherchent d'autres possibles auteurs. **2.** L'enfant n'a par ailleurs reçu aucune assistance à la réadaptation et la réinsertion sociale, en dépit des violences dont il avait été la victime. **3.** Violation des art. 3 et 8 CEDH.

*Remarque:* dans une autre affaire concernant la Roumanie (*Arrêt de la CourEDH Parascinetti c. Roumanie du 13 mars 2012*), la CourEDH a constaté une violation de l'art. 3 CEDH (interdiction des traitements inhumains ou dégradants) au sujet des conditions d'un internement psychiatrique ayant duré une semaine en 2005 (lit partagé à plusieurs, malades souffrant de la gale et infestés de poux, toilettes au bout de la chambre, deux douches pour 70 à 100 personnes qui y sont amenées ensemble).

**RJ 53-12****Congé parental**

*Arrêt de la Cour EDH (Grande Chambre) Konstantin Markin c. Russie du 22 mars 2012:*

Confirmation de la solution retenue par la Chambre ordinaire (RJ 94-10): l'exclusion des militaires de sexe masculin du droit au congé parental est discriminatoire (art. 14 et 8 CEDH). Certaines limitations sont admissibles (par ex. en raison de la position hiérarchique occupée, de qualifications techniques spécifiques ou de la participation à des opérations militaires sur le terrain), mais ce n'est pas le cas d'une restriction générale appliquée uniquement en fonction du sexe du militaire.

**B. Code civil<sup>3</sup>****1. Filiation****1.1 Établissement de la filiation****RJ 54-12****Curatelle et action en désaveu**

*Arrêt du TF 5A\_593/2011 du 10 février 2012 (f):*

**1.** L'action en désaveu de l'enfant est intentée contre le mari et la mère (art. 256 al. 2 CC). Il s'agit d'un droit strictement personnel, indépendant de celui du mari, qu'il peut ainsi exercer seul s'il a la capacité de discernement (art. 19 al. 2 CC); à défaut, l'enfant doit pouvoir agir par un curateur de représentation (art. 392 ch. 2 CC). **2.** L'autorité tutélaire doit déterminer si l'ouverture d'une action en désaveu est conforme ou non à l'intérêt de l'enfant. Elle devra d'abord examiner s'il existe des indices permettant de sérieusement douter de la paternité du père légalement inscrit. Dans l'affirmative, elle devra procéder à une pesée des intérêts de l'enfant en comparant sa situation avec et sans le désaveu. Elle doit tenir compte des conséquences d'ordre tant psycho-social que matériel, par exemple la perte du droit à l'entretien et des expectatives successorales; il ne sera ainsi pas dans l'intérêt de l'enfant d'introduire une telle action lorsqu'il est incertain qu'il puisse avoir un autre père légal, lorsque la contribution d'entretien serait notablement moindre, lorsque la relation étroite entre l'enfant et ses frères et sœurs serait sérieusement perturbée et lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que l'enfant serait en mesure d'entretenir une relation positive sur le plan socio-psychique avec son géniteur (cf. aussi RJ 91-11, RJ 102-09). **3.** Dès lors que la décision de nommer un curateur à l'enfant suppose une pesée d'intérêts de la part de l'autorité cantonale, le Tribunal fédéral fait preuve de retenue en revoyant sa décision. **4.** Le droit à l'audition de l'enfant découle directement de l'art. 12 CDE. Elle constitue à la fois un droit de participation de l'enfant à la procédure qui le

<sup>3</sup> Les arrêts résumés couvrent parfois plusieurs sujets. Ils ne figurent toutefois qu'une seule fois dans la présente chronique. Certains développements relatifs au droit de visite peuvent ainsi se trouver dans des arrêts résumés dans la sous-rubrique «entretien».

concerne et un moyen pour le juge d'établir les faits. L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Selon la ligne directrice suivie par le TF, l'audition d'un enfant est possible dès qu'il a six ans révolus. Cet âge minimum est indépendant du fait qu'en psychologie enfantine, on considère que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là. Auparavant, l'audition de l'enfant vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision, l'enfant n'étant pas encore en mesure de s'exprimer sans faire abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs, ni de formuler une volonté stable. **5.** L'enfant étant âgé de 9 ans lors de son audition, il avait une capacité de discernement suffisante pour pouvoir être auditionné par le juge. Devant ce dernier, l'enfant a indiqué vouloir continuer à voir son père légal et son père biologique de la même manière que jusqu'à présent: l'autorité cantonale en a déduit que l'enfant démontrait sa volonté que les choses soient maintenues en l'état. Que l'enfant n'ait pas réellement saisi les enjeux juridiques de la procédure en cours n'est pas déterminant, l'audition de l'enfant, à cet âge-là, visant avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source d'informations complémentaires, sans rechercher une détermination précise de l'enfant quant à l'issue juridique de la procédure. **6.** Interrogée en tant que témoin, la psychologue de l'enfant a souligné que celui-ci souffrait actuellement de la peur que la situation change et constaté qu'il manifestait une inquiétude quant aux démarches entreprises auprès des autorités. Elle en a conclu qu'il serait préjudiciable, à ce stade de son développement, d'opérer un changement dans sa filiation paternelle. **7.** L'autorité cantonale n'a pas abusé de son pouvoir d'appréciation (étant précisé ici que l'autorité de première instance avait pour sa part jugé que l'action était dans l'intérêt de l'enfant).

### **RJ 55-12**

#### ***Placement en vue d'adoption par une personne seule sous la nouvelle OAdo***

*Arrêt du TF 5A\_207/2012 du 25 avril 2012 (f):*

**1.** Rappel des conditions posées à l'adoption d'un mineur. **2.** L'art. 5 OAdo règle l'aptitude des futurs parents adoptifs et reprend, de manière condensée, les critères énumérés aux art. 11b à 11d aOPEE. Les conditions en matière d'aptitude sont réunies si l'ensemble des circonstances, notamment les motivations des futurs parents adoptifs, laissent prévoir que l'adoption servira le bien de l'enfant (cf. également art. 3 OAdo) et si ceux-ci, de par leurs qualités personnelles, leur état de santé, le temps dont ils disposent, leur situation financière, leurs aptitudes éducatives et leurs conditions de logement, offrent toute garantie que l'enfant bénéficiera de soins, d'une éducation et d'une formation adéquats (art. 5 al. 2 let. a et d OAdo). **3.** La condition primordiale de l'adoption – le bien de l'enfant (art. 264 CC; art. 3 et 5 al. 1 et 2 let. a OAdo) – n'est pas facile à vérifier. L'autorité doit rechercher si l'adoption est véritablement propre à assurer le meilleur

développement possible de la personnalité de l'enfant et à améliorer sa situation. Cette question doit être examinée à tous les points de vue (affectif, intellectuel, physique), en se gardant d'attribuer une importance excessive au facteur matériel. **4.** La décision d'octroyer une autorisation suppose une pesée d'intérêts de la part de l'autorité cantonale; le Tribunal fédéral fait preuve de retenue en revoquant sa décision. **5.** En raison de sa situation, l'adoptant qui adopte comme personne seule (art. 264b CC) doit assumer seul les exigences répondant aux besoins et à l'intérêt de l'enfant; il doit également être disponible pour s'en occuper dans une mesure qui dépasse celle qui est exigée de chacun des époux qui adoptent conjointement. L'art. 11b al. 3 let. b aOPEE prévoyait ainsi que l'autorité devait prendre tout particulièrement en compte l'intérêt de l'enfant lorsque la requérante ou le requérant n'était pas marié. Cette disposition n'a pas été reprise telle quelle dans la nouvelle ordonnance sur l'adoption, même si l'art. 5 al. 2 let. d OAdo retient le critère de la disponibilité. Mais le rapport explicatif souligne que la nouvelle ordonnance ne comprend aucune modification substantielle quant au fond: les caractéristiques propres à l'adoption par une personne seule requièrent donc toujours une attention particulière. **6.** L'adoption conjointe par des époux constitue la règle et l'adoption par une personne seule, l'exception. Mais lorsque les conditions nécessaires au bien de l'enfant sont réunies et que l'adoption par une personne seule répond à toutes les exigences de son plein épanouissement et du développement de sa personnalité, l'adoption sera prononcée (ATF 125 III 161). **7.** Les critères retenus par l'autorité cantonale sont adéquats: le requérant, avocat indépendant, qui allègue n'avoir pas eu le temps de rencontrer l'âme sœur peut difficilement soutenir avoir du temps pour s'occuper d'un enfant; l'organisation envisagée n'est guère réaliste: il est difficilement imaginable que ce jeune chef d'étude puisse s'absenter durant quatre à cinq mois pour aller chercher l'enfant à l'étranger et l'accueillir à Genève, puis n'être ensuite présent au travail que l'après-midi. La proposition de confier l'enfant à une cousine, âgée de 44 ans, célibataire et sans enfant, présente un risque important que l'enfant développe un lien affectif très important avec elle, voire la considère comme sa mère, et que, parallèlement, elle-même, sans enfant, s'y attache de manière inadaptée. Le fait que l'intéressée percevrait une rémunération pour ses services ne préserverait pas l'enfant de telles difficultés. **8.** Le critère essentiel reste au demeurant celui de la disponibilité du requérant lui-même, et non celle de tiers, même s'il s'agit de proches. **9.** Les difficultés rencontrées lors de l'éducation d'un enfant adopté et celles surmontées dans un cadre professionnel (dont le recourant se prévalait pour montrer sa capacité de faire face) ne sont en rien comparables.

## 1.2 Effets de la filiation

### 1.2.1 Autorité parentale et garde, relations personnelles

#### **RJ 56-12**

#### ***Attribution exceptionnelle de l'autorité parentale en mesures protectrices ou provisionnelles***

*Arrêt du TF 5A\_243/2012 du 19 avril 2012 (d):*

**1.** En mesures protectrices de l'union conjugale ou en mesures provisionnelles, le juge ne règle en principe que la question du droit de garde; l'attribution de l'autorité parentale est exceptionnelle, même si l'art. 297 al. 2 CC lui permet de statuer déjà sur ce point. **2.** Outre le droit de garde, l'autorité parentale comprend la représentation de l'enfant, l'administration de ses biens et l'éducation. En font également partie le droit de donner un prénom à l'enfant et les décisions en matière d'éducation religieuse. **3.** En l'espèce, divergences importantes sur l'éducation dues au fait que les deux époux pratiquent activement leur foi respective (musulmane pour le père, catholique pour la mère). **4.** Pas d'arbitraire dans la décision cantonale.

#### **RJ 57-12**

#### ***Autorité parentale conjointe***

*Arrêt du TF 5A\_540/2011 du 30 mars 2012 (f) (destiné à la publication):*

**1.** Refus d'appliquer la jurisprudence de la CourEDH Zaunegger contre Allemagne au cas d'espèce, au motif que l'art. 133 al. 1 CC ne donne pas la préférence à un parent plutôt qu'à l'autre, que la mère n'a aucun droit de veto en la matière et, contrairement à ce que prévoit la législation allemande pour les parents non mariés, qu'un juge est appelé à trancher la question en se fondant sur l'intérêt de l'enfant (art. 133 al. 2 CC). **2.** La question de la conformité des conditions de l'art. 133 al. 3 CC avec l'art. 8 CEDH peut demeurer indécise.

*Remarque:* la persistance du Tribunal fédéral étonne. Personne n'a jamais prétendu que le système de l'art. 133 al. 1 CC soit contraire à la CEDH. C'est uniquement en tant que l'art. 133 al. 3 CC exige l'accord des deux parents pour que le juge puisse entrer en matière sur une solution d'autorité parentale conjointe qu'il paraît contraire à la jurisprudence européenne. Que le parent rejetant l'autorité conjointe soit le père ou la mère n'y change rien: c'est l'impossibilité d'un examen judiciaire aboutissant à *imposer l'autorité parentale conjointe nonobstant le défaut d'accord* qui est problématique. Il est bien sûr toujours possible pour les tribunaux de retenir qu'une autorité conjointe ne serait de toute manière pas conforme au bien de l'enfant et d'ainsi se dispenser d'examiner la conformité de la législation suisse à la CEDH, en attendant l'entrée en vigueur de la révision du droit de l'autorité parentale. C'est regrettable eu égard à l'importance pratique mais aussi «symbolique» (s'agissant des prérogatives parentales par rapport au sort de l'enfant) de ces questions.

**RJ 58-12*****Modification de l'autorité parentale conjointe après divorce et conclusions chiffrées en entretien***

*Arrêt du TF 5A\_105/2012 du 9 mars 2012 (d):*

**1.** Toute modification dans l'attribution de l'autorité parentale suppose que la nouvelle réglementation soit requise dans l'intérêt de l'enfant en raison de la survenance de faits nouveaux essentiels. En d'autres termes, une nouvelle réglementation de l'autorité parentale ne dépend pas seulement de l'existence de circonstances nouvelles importantes; elle doit aussi être commandée par le bien de l'enfant. Il ne s'agit pas, dans le cadre de l'art. 134 al. 1 CC, de déterminer si la réglementation de l'autorité parentale était correcte au moment du divorce. **2.** Une réserve particulière concernant de telles modifications est de mise lorsque les père et mère ont conservé une autorité parentale conjointe: d'une part à la lumière des statistiques (qui montrent que près de la moitié des couples en Suisse, et plus que cela en Suisse romande, sont titulaires d'une autorité conjointe après divorce), d'autre part en raison de la révision en cours de l'autorité parentale, qui fera de l'autorité parentale conjointe après divorce la règle. L'idée n'est pas d'anticiper cette révision, mais de tenir compte de l'évolution des mentalités et de la pratique juridique au quotidien. **3.** Rappel de la jurisprudence sur les conclusions à chiffrer tant en procédure cantonale de recours (ATF 137 III 617) que devant le Tribunal fédéral, même lorsque les maximes d'office et inquisitoire sont applicables.

**RJ 59-12*****Attribution du droit de garde – désinformation des enfants***

*Arrêt du TF 5A\_905/2011 du 28 mars 2012 (d):*

**1.** Rappel des critères d'attribution du droit de garde en mesures protectrices de l'union conjugale. **2.** Les fausses informations sciemment données par l'un des parents aux enfants sur le déroulement de la procédure matrimoniale et sur les effets des décisions rendues peuvent contribuer à mettre en doute les capacités éducatives de ce parent. **3.** Rappel de la marge de manœuvre laissée au juge, tout particulièrement en mesures protectrices de l'union conjugale où il importe de statuer rapidement, quant à la nécessité d'ordonner une expertise pédopsychiatrique (appréciation anticipée des preuves).

*Remarque:* le TF avait accordé l'effet suspensif au recours du père (finalement rejeté). La mère s'y était opposée dans ses déterminations. Le TF juge que cette opposition était d'emblée vouée à l'échec, raison pour laquelle il lui refuse l'octroi de l'assistance judiciaire pour cette (petite) partie de la procédure (les frais et dépens du solde de la procédure étant à la charge du père qui succombe).

**RJ 60-12*****Garde alternée***

*Arrêt du TF 5A\_69/2011 du 27 février 2012 (f):*

**1.** La garde alternée est la situation dans laquelle les parents exercent en commun l'autorité parentale, mais se partagent la garde de l'enfant de manière alter-

née pour des périodes plus ou moins égales, qui peuvent être fixées en jours ou en semaines, voire en mois. Selon la jurisprudence, l'instauration d'une garde alternée s'inscrit dans le cadre de l'exercice conjoint de l'autorité parentale et, partant, suppose l'accord des deux parents. L'admissibilité d'une garde alternée doit au demeurant être appréciée sous l'angle de l'intérêt de l'enfant et dépend, entre autres conditions, de la capacité de coopération et de communication des parents. **2.** En l'espèce, malgré des capacités éducatives égales, le fait que le père ait mis en place des horaires aménagés, que l'enfant souhaite une garde alternée et qu'il passe une grande partie des journées en école privée, l'autorité cantonale n'est pas tombée dans l'arbitraire en refusant l'octroi d'une garde alternée.

*Remarque:* L'exigence d'un accord des deux parents devrait être relativisée lorsque l'intérêt de l'enfant paraît mieux préservé par une garde alternée et que les circonstances objectives permettent de la mettre en place (même si les parents ont par ailleurs des difficultés de communication). En l'espèce, le TF refuse de tenir compte du fait que le père s'est lui aussi organisé pour pouvoir assumer une garde alternée, au motif que la mère dispose de disponibilités plus élevées puisqu'elle ne travaille pas, et refuse dans le même temps d'imputer un revenu hypothétique à la mère! Le père est perdant sur tous les plans, ce qui n'est guère justifiable. La révision en cours de l'autorité parentale obligera probablement le TF à revoir sa conception des choses: le nouveau droit, en maintenant automatiquement une autorité parentale conjointe après divorce, est censé favoriser des solutions de garde partagée également (faute de quoi la révision n'aurait d'effet que symbolique).

### **RJ 61-12**

#### ***Rappel de la jurisprudence relative aux relations personnelles et pouvoir de cognition du TF***

*Arrêt du TF 5A\_188/2012 du 15 mai 2012 (f):*

**1.** Le droit aux relations personnelles est un droit de la personnalité de l'enfant, qui doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci; dans chaque cas, la décision doit être prise de manière à répondre le mieux possible aux besoins de l'enfant, l'intérêt des parents étant relégué à l'arrière-plan. **2.** L'appréciation des circonstances de fait pour fixer le droit aux relations personnelles de l'art. 273 CC, c'est-à-dire la détermination de leur portée juridique, est une question de droit. Le TF s'impose toutefois une certaine retenue en la matière; le juge du fait qui, par son expérience en la matière, connaît mieux les parties et le milieu dans lequel l'enfant évolue, dispose d'un large pouvoir d'appréciation en vertu de l'art. 4 CC. Le TF n'intervient que si le juge, sans aucun motif, a écarté des critères essentiels pour la décision sur le droit de visite ou, à l'inverse, s'est fondé sur des éléments dépourvus d'importance au regard du bien de l'enfant ou contrevenant aux principes du droit fédéral. **3.** Large droit de visite octroyé au père jugé conforme au droit fédéral. Le fait qu'elle ne soit pas quotidiennement avec ses enfants n'empêche pas la mère d'exercer son autorité parentale, comme elle le soutient, car celle-ci ne suppose pas une surveillance ininterrompue de l'enfant.

**RJ 62-12****Limitation du droit aux relations personnelles**

*Arrêt du TF 5A\_172/2012 du 16 mai 2012 (f):*

**1.** Le refus ou le retrait du droit aux relations personnelles ne peut être demandé que si le bien de l'enfant l'exige impérieusement et qu'il est impossible de trouver une réglementation qui sauvegarde ses intérêts: la disposition a pour objet de protéger l'enfant, et non de punir les parents. La violation par ceux-ci de leurs obligations et le fait de ne pas se soucier sérieusement de l'enfant ne sont pas en soi des comportements qui justifient le refus ou le retrait des relations personnelles; ils ne le sont que lorsqu'ils ont pour conséquence que ces relations portent atteinte au bien de l'enfant. Le refus ou le retrait du droit aux relations personnelles selon l'art. 274 al. 2 CC nécessite des indices concrets de mise en danger du bien de l'enfant. **2.** Il existe un danger pour le bien de l'enfant si son développement physique, moral ou psychique est menacé par la présence, même limitée, du parent qui n'a pas l'autorité parentale. Conformément au principe de la proportionnalité, il importe en outre que ce danger ne puisse pas être écarté par d'autres mesures appropriées. Le retrait de tout droit aux relations personnelles constitue l'ultima ratio et ne peut être ordonné dans l'intérêt de l'enfant que si les effets négatifs des relations personnelles ne peuvent être maintenus dans des limites supportables pour l'enfant.

**1.2.2 Entretien****RJ 63-12****Allocations familiales**

*Arrêt du TF 5A\_580/2011 du 9 mars 2012 (d):*

L'art. 285 al. 2 CC ne signifie pas que les allocations familiales doivent être payées en plus de ce qui correspond aux besoins de l'enfant, mais qu'elles doivent au contraire être déduites de ces besoins avant le calcul de la contribution d'entretien (ATF 137 III 59).

*Remarque:* pour un autre arrêt rappelant cette même solution et analysant en détail le calcul d'une contribution d'entretien destinée à une fillette handicapée: *Arrêt du TF 5A\_775/2011 du 8 mars 2012 (d).*

**RJ 64-12****Modification de l'entretien**

*Arrêt du TF 5A\_562/2011 du 21 février 2012 (f):*

**1.** La modification ou suppression de la contribution d'entretien fixée dans un jugement de divorce est régie par l'art. 129 CC, pour le conjoint, et par l'art. 286 al. 2 CC, applicable par renvoi de l'art. 134 al. 2 CC, pour les enfants. Elle suppose que des faits nouveaux importants et durables soient survenus dans la situation du débirentier ou du crédientier (ou dans celle du parent gardien pour la contribution d'entretien de l'enfant), qui commandent une réglementation différente. La procédure de modification n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles. **2.** Le fait revêt un caractère nou-

veau lorsqu'il n'a pas été pris en considération pour fixer la contribution d'entretien dans le jugement de divorce. Il n'est pas décisif qu'il ait été imprévisible à ce moment-là. On présume néanmoins que la contribution d'entretien a été fixée en tenant compte des modifications prévisibles, soit celles qui, bien que futures, sont déjà certaines ou fort probables. Le moment déterminant pour apprécier si un fait nouveau s'est produit est la date du dépôt de la demande de modification.

**3.** Pour ce qui est de la contribution d'entretien des enfants, la survenance d'un fait nouveau – même important et durable – n'entraîne pas automatiquement une modification de la contribution. Ce n'est que si la charge d'entretien devient déséquilibrée entre les deux parents, au vu des circonstances prises en compte dans le jugement de divorce, en particulier si cette charge devient excessivement lourde pour le parent débirentier qui aurait une condition modeste, qu'une modification de la contribution entre en considération.

**4.** Le juge ne peut donc pas se limiter à constater que la situation d'un des parents s'est modifiée pour admettre la demande; il doit procéder à une pesée des intérêts respectifs de l'enfant et de chacun des parents pour juger s'il est nécessaire de modifier la contribution d'entretien dans le cas concret (cf. déjà ATF 137 III 604, RJ 98-11).

### **RJ 65-12**

#### ***Revenu hypothétique rétroactif et égalité des enfants en matière d'entretien***

*Arrêt du TF 5A\_679/2011 du 10 avril 2012 (f):*

**1.** Pour fixer la contribution d'entretien, le juge doit en principe tenir compte du revenu effectif du débirentier. Il peut toutefois lui imputer un revenu hypothétique supérieur. Il s'agit d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations. On laisse en principe un certain délai à la personne concernée pour se réinsérer professionnellement.

**2.** Toutefois, lorsque le débirentier diminue volontairement son revenu alors qu'il sait, ou doit savoir, qu'il doit assumer des obligations d'entretien, il n'est pas insoutenable de lui imputer le revenu qu'il gagnait précédemment, avec effet rétroactif au jour de la diminution (c. 6.2 in fine non publié de l'ATF 137 III 614; la question avait été laissée ouverte dans l'ATF 128 III 4).

**3.** Lorsque l'autorité retient un revenu hypothétique à la charge du débiteur d'entretien, elle doit également procéder au recalcul de la charge fiscale: elle ne saurait, sous peine d'arbitraire, prendre en compte uniquement la charge fiscale effective de l'intéressé.

**4.** Le principe d'égalité entre les enfants d'un même débiteur ne signifie pas que ceux-ci doivent nécessairement bénéficier du même montant à titre d'entretien; il impose seulement que ces enfants soient traités financièrement de manière semblable, proportionnellement à leurs besoins objectifs; l'allocation de montants différents n'est donc pas exclue, même si elle doit avoir une justification particulière. La quotité de la contribution ne dépend en outre pas uniquement de la capacité contributive du parent débiteur d'aliments, mais aussi des ressources financières de l'autre parent; le parent auquel incombe l'entretien de plusieurs enfants dont les besoins sont semblables peut ainsi avoir à payer des montants différents, si ces

enfants vivent dans des foyers disposant de moyens financiers dissemblables (ATF 137 III 59; 126 III 353; arrêt 5A\_352/2010 du 29 octobre 2010 RJ 19-11).

### **RJ 66-12**

#### ***Nature procédurale des décisions provisoires sur entretien***

*Arrêt du TF 5A\_841/2011 du 23 mars 2012 (f) (destiné à la publication):*

**1.** L'arrêt attaqué, qui porte sur des mesures provisoires ordonnant le versement d'une contribution d'entretien dans le contexte d'une action en paternité (art. 281 ss aCC, applicables en vertu de l'art. 404 al. 1 CPC), constitue une décision en matière civile au sens de l'art. 72 al. 1 LTF. Il s'agit d'une contestation de nature pécuniaire dont la valeur litigieuse doit atteindre CHF 30 000 (art. 51 al. 1 let. c et al. 4 et art. 74 al. 1 let. b LTF). **2.** Les mesures provisoires ordonnées se fondent sur l'art. 283 aCC (= art. 303 al. 2 let. b CPC), aux termes duquel, lorsque la paternité est présumée et le reste après l'administration des preuves immédiatement disponibles, le défendeur doit, sur requête du demandeur, même avant le jugement, contribuer d'une manière équitable à l'entretien de l'enfant. Il ne s'agit pas là de mesures de réglementation – comme les mesures provisionnelles ordonnées en faveur d'un enfant mineur à l'égard duquel le lien de filiation est établi (art. 281 al. 2 aCC; ATF 137 III 586) –, mais de mesures d'exécution anticipée: si l'action est admise, les contributions provisionnelles versées constitueront des à-valoir sur la créance de l'enfant, alors que, dans le cas inverse, elles devront être remboursées au défendeur (ATF 136 IV 122). La décision qui les ordonne est ainsi une décision incidente au sens de l'art. 93 al. 1 LTF, à l'instar de celle qui est rendue en faveur d'un enfant majeur sur la base de l'art. 281 aCC (ATF 135 III 238). **3.** Selon l'art. 93 al. 1 LTF, les décisions incidentes sont susceptibles de recours si elles peuvent causer un préjudice irréparable (let. a) ou si l'admission du recours peut conduire immédiatement à une décision finale qui permet d'éviter une procédure probatoire longue et coûteuse (let. b). Le «préjudice irréparable» doit être de nature juridique et ne pas pouvoir être réparé ultérieurement par une décision finale favorable au recourant (ATF 137 III 324; ATF 137 V 314). **4.** De jurisprudence constante, le fait d'être exposé au paiement d'une somme d'argent n'entraîne, en principe, aucun préjudice de cette nature (ATF 137 III 637). Les circonstances économiques du recourant ne conduisent pas à déroger à cette règle dans le cas d'espèce.

### **RJ 67-12**

#### ***Compétence internationale en matière d'entretien et de droits parentaux***

*Arrêt du TF 5A\_889/2011 du 23 avril 2012 (f):*

**1.** La compétence internationale en matière d'entretien des enfants est déterminée par la Convention de Lugano pour les relations entre la France et la Suisse. En matière de mesures provisionnelles, la CL prévoit, outre la compétence du tribunal désigné pour connaître du fond, que les mesures provisoires ou conservatoires prévues par la loi d'un Etat peuvent être demandées aux autorités judiciaires de cet Etat, même si, en vertu de la convention, une juridiction d'un autre Etat est compétente pour connaître du fond (art. 31 CL). En l'espèce, la cour

cantonale a nié la compétence des autorités suisses aussi bien pour connaître du fond que pour prendre des mesures provisoires. Dès lors que les recourantes ne soulèvent aucune critique quant à l'application de l'art. 31 CL, il y a lieu de se limiter à examiner si les juridictions suisses sont compétentes selon la Convention de Lugano pour connaître d'une action alimentaire au fond. **2.** En sus de la compétence des juridictions du domicile du défendeur (art. 2 CL), l'art. 5 par. 2 let. a CL permet d'attirer le débiteur d'une obligation alimentaire devant le tribunal du lieu où le créancier d'aliments a son domicile ou sa résidence habituelle. La notion de «résidence habituelle» doit être déterminée de manière autonome; l'interprétation tiendra en principe également compte de la jurisprudence rendue en application des dispositions correspondantes du Règlement (CE) no 44/2001 du Conseil de l'Union européenne et de la jurisprudence relative aux Conventions de La Haye, puisque la CL s'aligne sur celles-ci lorsqu'elle utilise la notion de «résidence habituelle». **3.** La résidence habituelle est basée sur une situation de fait et implique la présence physique dans un lieu donné; la résidence habituelle de l'enfant se détermine d'après le centre effectif de sa propre vie et de ses attaches. Outre la présence physique de l'enfant, doivent être retenus d'autres facteurs susceptibles de faire apparaître que cette présence n'a pas un caractère temporaire ou occasionnel et que la résidence de l'enfant traduit une certaine intégration dans un environnement social et familial; sont notamment déterminants la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire et du déménagement de la famille, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux de l'enfant. **4.** Un séjour de six mois crée en principe une résidence habituelle, mais celle-ci peut exister également sitôt après le changement du lieu de séjour, si, en raison d'autres facteurs, elle est destinée à être durable et à remplacer le précédent centre d'intérêts. **5.** En l'espèce le délai de 6 mois n'était pas atteint et il n'existait pas d'autres facteurs d'intégration sociale et familiale permettant de se satisfaire d'une moindre durée. Une intégration des enfants paraissait d'autant plus improbable et leur séjour d'autant moins stable que leur déplacement en Suisse par leur mère avait été effectué en violation des droits parentaux du père. **6.** La question de l'autorité parentale est régie par la CLaH 96. L'art. 16 par. 1 CLaH 96 prévoit que l'attribution ou l'extinction de plein droit d'une responsabilité parentale, sans intervention d'une autorité judiciaire ou administrative, est régie par la loi de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant. C'est à la loi de cet Etat de décider si elle prend en considération les faits s'étant produits avant que l'enfant n'y ait eu sa résidence habituelle, notamment, en l'espèce, la reconnaissance par le père. En outre, selon l'art. 16 par. 4 CLaH 96, en cas de changement de la résidence habituelle de l'enfant, l'attribution de plein droit de la responsabilité parentale à une personne qui n'était pas déjà investie de cette responsabilité est régie par la loi de l'Etat de la nouvelle résidence habituelle. Si, par exemple, la loi du premier Etat attribuait de plein droit la responsabilité parentale à la mère de l'enfant naturel et que la loi du second Etat attribue de plein droit cette responsabilité au père et à la mère, la loi du second Etat sera applicable en ce qu'elle ajoute un titulaire de la respon-

sabilité parentale à celui qui en bénéficiait déjà en application de la loi du premier Etat. **7.** L'art. 53 CLaH 96 est lacunaire concernant le droit transitoire de l'art. 16 CLaH 96. Lorsque le problème se pose dans un Etat contractant après l'entrée en vigueur de la Convention à son égard, les autorités de cet Etat appliquent la règle de conflit de l'art. 16 CLaH 96, mais lorsque la substitution d'une règle de conflit à une autre provoque, comme en l'espèce, un changement de titulaire de la responsabilité parentale, les problèmes de droit transitoire résultant de ce changement relèvent, dans le silence de la Convention, du droit national des Etats contractants. **8.** C'est donc sans arbitraire que, se référant à la CLaH 96, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2011 en France et le 1<sup>er</sup> juillet 2009 en Suisse, et au jugement du Tribunal français du 5 juillet 2011 – lequel constate expressément que, selon le droit français, l'exercice de l'autorité parentale était conjoint de droit, les enfants étant reconnus par leur père –, la cour cantonale a estimé que le père était déjà devenu de plein droit détenteur de l'autorité parentale conjointe (art. 16 CLaH 96) le 30 mars 2011 lorsque les recourantes ont été déplacées par leur mère en Suisse sans son consentement.

### *1.2.3 Autres effets*

#### **RJ 68-12**

#### ***Prescription de l'obligation de répondre de la restitution des biens – droit applicable territorialement et temporellement***

*Arrêt du TF 5A\_30/2009 du 24 février 2012 (f):*

**1.** Les recourants reprochent à leur père des manquements dans la gestion de leurs biens alors qu'ils étaient mineurs. Ils réclament le paiement du capital (augmenté des intérêts) qui aurait dû leur revenir à leur majorité (déterminée avant l'entrée en vigueur de la LDIP selon la loi nationale des intéressés, soit ici le droit suédois; les intéressés étaient devenus majeurs en 1965 et en 1970!). De tels faits relèvent de la responsabilité du père pour l'administration des biens de l'enfant. **2.** Les manquements susceptibles d'engager la responsabilité du père et les prétendus dommages consécutifs se sont produits avant le 1<sup>er</sup> janvier 1989, date de l'entrée en vigueur de la LDIP; l'ancien droit international privé détermine le droit applicable au litige (art. 196 al. 1 LDIP). **3.** Avant l'entrée en vigueur de la LDIP, que ce soit en vertu de l'art. 9 al. 1 LRDC ou – depuis 1969 (date de son entrée en vigueur) – en vertu de la Convention de La Haye concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs du 5 octobre 1961, le droit suisse était applicable au litige. **4.** Le droit de la filiation a été modifié en 1976 (entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1978). Selon l'art. 12 Tit. fin. CC, l'établissement et les effets de la filiation sont soumis à cette nouvelle loi dès son entrée en vigueur, le nom de famille et le droit de cité acquis selon l'ancien droit étant conservés. Néanmoins, selon l'art. 1<sup>er</sup> al. 1 Tit. fin., les effets juridiques de faits antérieurs à l'entrée en vigueur du Code civil continuent à être régis par les dispositions du droit fédéral ou cantonal sous l'empire duquel ces faits se sont passés. Dès lors que les demandeurs ont atteint leur majorité avant cette date, le traitement de la fin de la gestion de leurs biens par leurs parents et les obligations

en découlant doivent être examinés selon les anciennes règles en la matière, spécialement l'ancien art. 300 CC. **5.** Selon l'ancien droit, l'administration des biens de l'enfant par les parents prenait fin à la majorité (art. 290 al. 1 aCC). Les biens devaient alors être remis «suivant compte» à l'enfant (art. 299 aCC) et les parents répondaient de cette restitution de la même manière qu'un usufruitier (art. 300 al. 1 aCC), à savoir de la perte et de la dépréciation des biens, à moins qu'ils ne se libèrent en prouvant que le dommage était survenu sans leur faute (art. 752 al. 1 CC). **6.** L'obligation de restituer ne prenait naissance et n'était exigible qu'à la majorité de l'enfant, lorsque la puissance paternelle prenait fin et que les biens devaient être remis. L'obligation de répondre de la restitution ne prenait quant à elle naissance qu'avec la survenance du dommage, soit au moment de la naissance de l'obligation de restitution, c'est-à-dire avec la fin de l'autorité parentale. **7.** Le droit de l'enfant de réclamer la restitution et les dommages-intérêts ayant pris naissance avec son accession à la majorité, la prescription décennale de l'art. 127 CO commençait à courir à partir de ce moment. Elle est intervenue en 1975, respectivement en 1980, faute de tout acte interruptif de la part des demandeurs.

### 1.3 Mesures de protection

#### **RJ 69-12**

##### ***Retrait du droit de garde – expertise et audition***

*Arrêt du TF 5A\_701/2011 du 12 mars 2012 (d):*

**1.** Rappel de la jurisprudence relative à l'audition de l'enfant (art. 314 ch. 1 CC) en mesures de protection (retrait du droit de garde à la mère de trois enfants): lignes directrices quant à l'âge, autres motifs faisant obstacle à l'audition (notamment auditions répétées). **2.** L'expertise ordonnée par le tribunal n'équivaut pas comme telle à l'audition prescrite par la loi; en revanche, l'audition en question peut avoir lieu dans le cadre de la réalisation du mandat d'expertise par l'expert. **3.** Dans la mesure où l'autorité ne s'est aucunement fondée sur les déclarations des enfants (4 ans, 5 ans et 6 ans et demi), mais uniquement sur la maladie de la mère pour justifier le retrait du droit de garde, cette dernière ne pouvait prétendre à connaître le résultat de leur audition par l'expert (cf. déjà arrêt 5A\_860/2009, RJ 59-10). **4.** Rappel de la jurisprudence relative aux conditions matérielles du retrait du droit de garde (par ex. arrêts 5A\_238/2010, RJ 104-10, 5P. 84/2006, RJ 43-06). **5.** Retrait justifié en l'espèce (idées délirantes de la mère, fortement anxiogènes pour les enfants).

#### **RJ 70-12**

##### ***Placement injustifié selon l'art. 314a CC – indemnisation en vertu de l'art. 5 al. 5 CEDH***

*Arrêt du TF 5A\_215/2012 du 7 mai 2012 (d):*

**1.** Rappel des conditions d'application de l'art. 314a CC, en particulier de la notion de placement en établissement pour un mineur (ATF 121 III 306). **2.** Compétence au domicile de l'enfant (art. 315 CC), dérivé de celui des père et mère

selon l'art. 25 CC. **3.** Incompétence locale de l'autorité qui a ordonné le placement. Violation de l'art. 5 al. 1 CEDH, ouvrant la voie à une indemnisation selon l'art. 5 al. 5 CEDH, également pour des dépens que le droit de procédure cantonale ne permet normalement pas d'allouer (car la procédure opposait un privé à l'Etat). **4.** Le fait que les prétentions soient invoquées par la titulaire de l'autorité parentale, et non par l'enfant lui-même, ne fait pas obstacle à l'application de l'art. 5 al. 5 CEDH. Le titulaire de l'autorité a en effet fait valoir les intérêts de l'enfant, lui-même légalement privé de la qualité pour recourir, car âgé de moins de 16 ans (art. 314a al. 2 CC). **5.** La voie ordinaire de l'art. 429a CC n'avait pas à être suivie ici, puisque l'autorité cantonale avait d'ores et déjà statué sur la question des dépens dans sa décision entreprise devant le TF.

### **RJ 71-12**

#### **Médiation ordonnée (suite)**

*Arrêt du TF 5A\_852/2011 du 20 février 2012 (d):*

**1.** Confirmation de l'arrêt 5A\_457/2009 (RJ 10-10): il est admissible d'ordonner une médiation comme mesure de protection de l'enfant dans le cadre d'un contentieux relatif au droit de visite, en cas de relations perturbées des parents. **2.** Le fait qu'une telle mesure ne réponde que rarement aux vœux des deux parents est inhérent au caractère contraignant de la mesure, ordonnée dans l'intérêt de l'enfant. Tout au plus peut-on admettre que le terme «médiation» n'est alors pas totalement approprié et qu'il vaudrait mieux parler de «thérapie par la parole».

*Remarque:* l'arrêt est aussi intéressant s'agissant de la réception d'un pli judiciaire par un enfant vivant dans le ménage du destinataire. Malgré le texte très large des conditions générales de La Poste, le TF part du principe qu'une telle communication ne devrait pas se faire à des enfants âgés de moins de 16 ans (comp. art. 138 al. 2 CPC, art. 85 al. 3 CPP).

### **RJ 72-12**

#### **Mesures provisionnelles pendant une procédure de retour CLaH 80**

*Arrêt du TF 5A\_194/2012 du 8 mai 2012 (f):*

**1.** Jugement de première instance attribuant le droit de garde sur un enfant (enlevé par sa mère) au père. Appel de la mère, avec demande d'effet suspensif; cette demande est déclarée irrecevable, faute de motivation. **2.** La décision, de nature incidente, entraîne pour la mère un préjudice irréparable, car l'attribution de la garde est maintenue pour la durée de la procédure et même si elle obtient finalement gain de cause au fond et peut garder l'enfant auprès d'elle, aucune réparation ne sera possible pour la période écoulée (ATF 137 III 475). Le recours immédiat au TF est donc ouvert (art. 93 al. 1 let. a LTF). **3.** En dépit de la décision française (qui ordonne le retour de l'enfant en Suisse en se fondant sur la CLaH 80), la mère recourante conserve un intérêt actuel et digne de protection à obtenir l'effet suspensif en ce qui concerne la garde de l'enfant. **4.** En vertu de l'art. 296 CPC, les procédures relatives aux enfants dans les affaires de droit de la famille sont soumises à la maxime d'office et à la maxime inquisitoire. Il appartenait à

l'autorité cantonale, qui disposait en outre des faits pertinents pour statuer, de prendre toute mesure nécessaire à protéger l'intérêt de l'enfant, même en l'absence de toute conclusion des parties, a fortiori nonobstant le défaut de motivation à l'appui des conclusions formulées par celles-ci. En refusant de statuer pour cette raison, elle est donc tombée dans l'arbitraire. **5.** Lorsque des mesures provisoires régissant le sort de l'enfant sont ordonnées alors qu'une procédure de retour est en cours à l'étranger, il s'impose, vu l'urgence, de statuer immédiatement. **6.** L'appel n'a pas d'effet suspensif lorsqu'il a pour objet des décisions portant sur des mesures provisionnelles (art. 315 al. 4 let. b CPC). Néanmoins, l'exécution des mesures provisionnelles peut exceptionnellement être suspendue si la partie concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable. Les mesures protectrices de l'union conjugale constituent des mesures provisionnelles au sens de l'art. 315 al. 4 let. b et 5 CPC (ATF 137 III 475). **7.** Le préjudice difficilement réparable peut être de nature factuelle; il concerne tout préjudice, patrimonial ou immatériel, et peut même résulter du seul écoulement du temps pendant le procès. En matière de garde, des changements trop fréquents peuvent être préjudiciables à l'intérêt de l'enfant. En conséquence, lorsque la décision de mesures provisionnelles statue sur la garde, ou modifie celle-ci, de sorte que l'enfant devrait être séparé du parent qui prend actuellement soin de lui, le bien de l'enfant commande, dans la règle, de maintenir les choses en l'état, et de laisser celui-ci auprès de la personne qui lui sert actuellement de référence. Il n'y a lieu de rejeter la requête d'effet suspensif que lorsque l'appel paraît sur ce point d'emblée irrecevable ou manifestement infondé. **8.** Le juge de première instance a statué sur les mesures protectrices de l'union conjugale avant que les autorités françaises ne statuent sur le retour de l'enfant. Lorsque l'autorité cantonale a statué sur la requête d'effet suspensif, l'enfant était âgé de 22 mois environ et vivait avec sa mère depuis 10 mois environ. En outre, il ressort de la décision de première instance que tant le père que la mère semblent être des parents adéquats et attentifs et l'enfant semble se développer de manière normale. Son intérêt est de demeurer, pour la durée de la procédure d'appel, auprès de sa mère qui est actuellement sa personne de référence.

## 2. *Protection de l'adulte*

### **RJ 73-12**

#### ***Autorité parentale prolongée***

*Arrêt du TF 5A\_804/2011 du 15 mars 2012 (d):*

**1.** Le père est légitimé à recourir au TF contre une décision ordonnant l'interdiction de sa fille et sa mise sous l'autorité parentale prolongée de la mère. Il tire cependant cette légitimation non de l'art. 388 al. 2 CC, mais de l'art. 76 al. 1 let. b LTF. **2.** Rappel de la jurisprudence relative aux conditions posées au maintien de l'autorité parentale prolongée, respectivement à la mise sous tutelle. **3.** L'autorité cantonale jouit d'un large pouvoir d'appréciation sur ces questions (art. 4 CC) et le TF ne revoit sa décision qu'avec retenue. **4.** En l'espèce, l'autorité aurait dû instruire de manière plus approfondie la capacité de la mère d'administrer le

patrimoine de la fille des parties. Le recourant avait en effet fait valoir que la mère avait prélevé des fonds sur les biens de l'enfant alors que son train de vie était entièrement couvert par des prestations d'assurances sociales, sans fournir d'explications plausibles sur ces dépenses. Le fait que la situation financière de la fille des parties soit simple n'y change rien. **5.** Le CPC ne s'applique pas aux procédures tutélaires pendantes devant une autorité administrative (ici valaisanne). Si les cantons lui soumettent néanmoins ces procédures, c'est au titre de droit cantonal supplétif. La question a son importance pour les motifs de recours au TF (violation des droits constitutionnels seulement, en particulier arbitraire, art. 95 let. a LTF).

*Remarque:* l'on peut s'étonner de la soudaine «recrudescence» d'affaires relatives à l'autorité parentale prolongée traitées par le TF. Celui-ci aurait pu profiter de l'arrêt pour signaler la disparition de l'autorité parentale prolongée au 1<sup>er</sup> janvier 2013, sans phase transitoire (art. 14 al. 2 Tit. fin. CC). Dans une situation comme celle-ci, l'autorité de protection devrait renoncer aux dispenses possibles selon l'art. 420 nCC.

### **RJ 74-12**

#### ***Proportionnalité de l'intervention – choix de la mesure***

*Arrêt du TF 5A\_627/2011 du 16 avril 2012 (i):*

**1.** L'incapacité de gérer ses affaires au sens des art. 369 et 370 CC porte avant tout sur des intérêts de nature économique, alors que le besoin de soins et secours permanents se rapporte plutôt à des intérêts de nature personnelle. **2.** La détermination de l'état pathologique ou de l'alcoolisme de l'intéressé et de ses conséquences sur ses facultés cognitives et volitives relève du fait; savoir si l'on est bien en présence d'une maladie mentale, d'une faiblesse d'esprit ou d'une ivrognerie au sens des art. 369 et 370 CC relève du droit. **3.** Rappel du principe de proportionnalité gouvernant le choix de la mesure tutélaire (cf. infra RJ 75-12). **4.** Le besoin de protection de l'intéressé et l'application du principe de proportionnalité dépendent en grande partie des circonstances de vie de la personne à protéger; le TF s'impose donc une certaine retenue sur ces questions. **5.** Le conseil légal est à exclure, car il vise d'abord la protection du patrimoine (ATF 136 III 113); la curatelle des art. 392 ss CC est quant à elle destinée avant tout à pallier des insuffisances urgentes ou ponctuelles (ATF 138 V 58). Vu le besoin général et durable de protection personnelle et les intérêts patrimoniaux importants en jeu (propriété immobilière), seule une interdiction entre ici en ligne de compte.

*Remarque:* l'art. 390 al. 1 ch. 1 nCC parle désormais (comme condition de la curatelle) d'une incapacité de la personne concernée à assurer la sauvegarde de ses intérêts. Les intérêts sont ici de nature tant personnelle que patrimoniale. Bien que le résultat de l'arrêt ne semble pas critiquable, la vision très limitée que le TF a de la curatelle du droit de 1907 est contestable et en contradiction avec la compréhension qu'en a la pratique depuis fort longtemps (nous le relevions déjà dans notre remarque ad RJ 108-11).

**RJ 75-12****Proportionnalité de la mesure – encore...**

*Arrêt du TF 5A\_12/2012 du 20 mars 2012 (f):*

**1.** Une mesure est disproportionnée si elle est trop radicale ou trop légère. Dans l'hypothèse où, compte tenu des conditions légales, plusieurs mesures paraissent propres à atteindre le but visé, il y a lieu de choisir celle qui empiète le moins sur la sphère de liberté de l'intéressé. Le principe de subsidiarité n'implique toutefois pas que les mesures les plus graves ne puissent être ordonnées qu'après l'application, l'épuisement et l'échec des mesures plus légères. **2.** La nomination d'un curateur implique de la part de la personne concernée une collaboration avec le curateur, celle-ci étant indispensable au succès d'une telle mesure. Le curateur ne peut cependant pas garantir une protection suffisante lorsqu'une surveillance et une aide personnelle durables sont nécessaires (art. 393 ch. 2 CC). **3.** En l'espèce, une curatelle, même « combinée » (soit de représentation et de gestion), n'est pas concevable. L'intéressée présente de graves troubles psychiatriques, assimilables à une maladie mentale, et a besoin d'être soignée, cas échéant contre son gré, car elle ne prend pas la juste mesure de ses troubles psychiatriques. Seule une mesure d'interdiction paraît adéquate pour lui apporter un niveau de protection suffisant et une assistance personnelle durable, non seulement sur le plan patrimonial – l'arrêt attaqué retenant que sa situation financière est fortement obérée – mais, surtout, sur le plan personnel. **4.** Dans le cas particulier, il importe peu qu'en pratique, la curatelle combinée (ou mixte) semble trouver un large champ d'application, en particulier dans le cas de personnes âgées, même lorsqu'une assistance personnelle durable ou permanente est nécessaire (bien que de sérieuses réserves puissent être émises quant à cette solution). Il n'est en effet pas établi que l'intéressée soit ici à l'abri de toute démarche susceptible de nuire à ses intérêts.

*Remarque:* l'arrêt se livre à des développements curieux et très étranges à la pratique quotidienne sur la place respective de la curatelle combinée et de l'interdiction. Ce « plaidoyer » en faveur de l'interdiction se justifiait en 1912, mais plus à la veille de l'entrée en vigueur du nouveau droit, qui est tout entier construit autour de mesures ciblées et proportionnées, assurant une protection durable (et ne conférant aucun pouvoir de placement en établissement au curateur), sans recourir à l'ultima ratio de la curatelle de portée générale!

**RJ 76-12****CPC comme droit cantonal supplétif**

*Arrêt du TF 5A\_134/2012 du 7 mai 2012 (d):*

**1.** Une décision tutélaire prise par l'autorité tutélaire (communale) zurichoise n'est pas une décision judiciaire de la juridiction gracieuse (cf. déjà ATF 137 III 531). Le CPC n'est pas applicable. **2.** Si le droit cantonal y renvoie, c'est comme droit cantonal supplétif. Son application ne peut être revue par le TF que sous l'angle de l'arbitraire.

**RJ 77-12****Contenu de l'expertise en matière de PLAFa – risque concret**

*Arrêt du TF 5A\_111/2012 du 27 février 2012 (d):*

**1.** L'expertise servant de fondement à une PLAFa pour une personne souffrant d'alcoolisme doit indiquer quel est le danger concret, pour la santé et la vie de la personne elle-même et des tiers, en cas de non traitement de la dépendance ou de ses conséquences. La simple description d'un risque abstrait ne suffit pas. L'expert doit en outre se prononcer expressément sur la manière dont l'intéressé perçoit sa maladie et son traitement. **2.** Recours admis partiellement: le recourant reste privé de sa liberté, mais l'autorité a un délai de 14 jours pour rendre une nouvelle décision sur la base des compléments d'expertise exigés.

*Remarque: Les arrêts 5A\_176/2012 du 13 mars 2012 (d) et 5A\_388/2012 du 25 mai 2012 (d) confirment la jurisprudence sur le placement à des fins d'expertise (par ex. arrêt 5A\_668/2010, RJ 33-11) et sur la mission de l'expert (ATF 137 III 289). L'on s'étonne cependant, à quelques mois de l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, qu'aucune allusion ne soit faite à l'art. 449 nCC, qui ancre cette pratique dans la loi.*

**RJ 78-12****Suite de l'arrêt résumé ci-dessus sous RJ 77-12**

*Arrêt du TF 5A\_257/2012 du 4 juin 2012 (d):*

**1.** Les états de faiblesse susceptibles de fonder une PLAFa sont énumérés exhaustivement à l'art. 397a al. 1 CC. La seule mise en danger de tiers n'en fait pas partie. **2.** Le fait que l'intéressée a été violemment agressée par un collègue (les protagonistes étant tous deux fortement alcoolisés) ne justifie pas la mise en place d'une protection par le biais d'une PLAFa: des sanctions civiles et pénales doivent être prises à l'endroit de l'agresseur. **3.** En l'espèce, les autorités de BS ont retenu de l'audition que l'intéressée souffrait de troubles cognitifs importants, alors même qu'elle n'avait plus ingéré d'alcool depuis une semaine, ce qui laissait présager de graves dommages si elle n'était pas traitée en établissement. Or, il ressortait de l'état de fait qu'elle avait subi trois semaines plus tôt un fort traumatisme crânien à l'occasion de l'altercation rappelée plus haut. Les autorités auraient par conséquent dû examiner de manière plus approfondie si les troubles cognitifs constatés étaient dus à l'alcool ou audit traumatisme. Appréciation arbitraire des preuves. **4.** Compte tenu de la durée de la procédure et du fait que l'intéressée bénéficie de toute façon déjà d'un congé dans le cadre de la PLAFa dont elle est l'objet, le TF renonce à renvoyer l'affaire aux instances cantonales pour compléter l'état de fait et ordonne une libération immédiate.

*Remarque: L'arrêt 5A\_251/2012 du 19 avril 2012 (d) ordonne pour sa part la libération d'un malade souffrant de troubles bipolaires: celui-ci ne se met pas lui-même en danger; quant à la charge qu'il représenterait pour son entourage, elle n'atteint pas le seuil exigé: il faudrait en effet qu'elle soit très importante et ne puisse plus – notamment pour des raisons de santé – être supportable pour les tiers. Des événements isolés ne suffisent pas (à noter toutefois que leur accumu-*

lation pourrait atteindre le degré exigé, ce qui n'est cependant pas le cas ici pour le TF, même si l'on se trouve probablement dans un cas-limite).

### C. Autres domaines apparentés

#### **RJ 79-12**

##### ***Retrait d'une autorisation de garderie (OPEE)***

*Arrêt du TF 5A\_337/2012 du 14 mai 2012 (f):*

**1.** Retrait de deux autorisations d'exploiter des garderies. **2.** La décision prise relève de la protection de l'enfant et doit être attaquée devant le TF par un recours en matière civile (art. 72 al. 2 let. b ch. 7 LTF). **3.** Examen des conditions minimales (les cantons pouvant aller au-delà) fixées par l'art. 15 OPEE pour l'octroi de l'autorisation et de celles fixées par l'art. 20 OPEE pour son retrait. **4.** Les changements fréquents de personnel (associés en plus à un mauvais climat de travail) représentent un facteur de risque pour la maturation psychique et la sécurité affective des enfants accueillis (art. 15 al. 1 let. a OPEE, développement de l'enfant); l'absence d'un directeur pédagogique pendant plusieurs mois, l'absence de personnel qualifié suffisant, l'excès de personnel auxiliaire et l'intervention récurrente et malvenue de l'exploitante administrative dans les tâches propres à la direction pédagogique sont quant à eux incompatibles avec les exigences de l'art. 15 al. 1 let. b. OPEE (qualités et aptitudes de la direction et du personnel). **5.** L'art. 20 OPEE prévoit une gradation des mesures de surveillance et concrétise ainsi le principe de proportionnalité; le retrait de l'autorisation est une ultima ratio. En l'espèce, le service de surveillance a tenté pendant trois ans des mesures moins incisives pour rétablir une gestion conforme des garderies, mais sans succès. Le retrait est par conséquent conforme au principe de proportionnalité.

#### **RJ 80-12**

##### ***Autorisation d'accueil (home)***

*Arrêt du TF 5A\_904/2011 du 14 mai 2012 (d):*

**1.** Les institutions qui s'occupent d'accueillir plusieurs enfants, pour la journée et la nuit, aux fins de prendre soin d'eux, de les éduquer, de leur donner une formation, de les soumettre à observation ou de leur faire suivre un traitement, sont soumises à autorisation officielle (art. 13 al. 1 let. a OPEE). Le canton de SH a fixé le seuil à plus de 6 mineurs accueillis. **2.** Refus d'autorisation, le directeur et le chef d'atelier ne présentant pas les qualités requises exigées par l'art. 15 al. 1 let. b OPEE (le directeur n'a pas de formation reconnue de travail social ou de direction, le chef d'atelier est connu de la police pour des accusations de violences domestiques et de violation de l'obligation d'entretien et fait l'objet d'actes de défaut de biens pour CHF 188000). **3.** Il n'est pas arbitraire pour le canton de SH, faute de directives et de pratiques internes, de se référer aux directives élaborées par le canton de Zurich, pas plus qu'il n'est arbitraire (au regard du texte clair de l'art. 16 OPEE) de délivrer l'autorisation au directeur de l'établissement, et non à l'association qui gère le home. **4.** Un canton n'est pas lié par

une autorisation donnée dans un autre canton pour l'exploitation d'un home semblable par la même organisation.

### **RJ 81-12**

#### ***Violation d'une obligation d'entretien***

*Arrêt du TF 6B\_1/2012 du 18 avril 2012 (f):*

**1.** L'obligation d'entretien est violée (art. 217 CP) lorsque le débiteur ne fournit pas intégralement, à temps et à disposition de la personne habilitée à la recevoir, la prestation d'entretien qu'il doit en vertu du droit de la famille. En revanche, on ne peut reprocher à l'auteur d'avoir violé son obligation d'entretien que s'il avait les moyens de la remplir ou aurait pu les avoir. La capacité économique du débiteur de verser la contribution d'entretien se détermine par analogie avec le droit des poursuites relatif au minimum vital (art. 93 LP). **2.** Le juge pénal est lié par la contribution d'entretien fixée par le juge. En revanche, la question de savoir quelles sont les ressources qu'aurait pu avoir le débiteur d'entretien doit être tranchée par le juge pénal, puisqu'il s'agit d'une condition objective de punissabilité. Il peut certes se référer à des éléments pris en compte par le juge civil, mais doit concrètement établir la situation financière du débiteur, respectivement celle qui aurait pu être la sienne en faisant les efforts pouvant raisonnablement être exigés de lui (ce qui permet d'imputer un revenu hypothétique ou de réduire des charges effectives trop élevées). **3.** Le taux de conversion des monnaies (le débirentier travaille à Londres et est rémunéré en livres sterling) est un fait notoire, qui ne doit être ni allégué ni prouvé. **4.** Confirmation du montant du jour-amende et de la condition à laquelle le sursis est accordé (paiement régulier et ponctuel de la contribution d'entretien pendant le délai d'épreuve de quatre ans).

### **RJ 82-12**

#### ***Prestations complémentaires et garde de l'enfant de concubins***

*ATF 138 V 169 (Arrêt du TF 9C\_614/2011 du 15 mars 2012 [d]):*

**1.** L'obligation d'entretien du père vivant en concubinage avec la mère de leur enfant commun peut être assurée en nature, par ex. par des prestations de garde, qui permettent à la mère de travailler à l'extérieur. **2.** De telles prestations sont susceptibles, en tant que circonstances personnelles, de rendre plus difficile ou impossible la réalisation d'un revenu pour la personne partiellement invalide. La présomption de revenu de l'art. 14a al. 2 OPC-AVS/AI ne s'applique ainsi pas. On ne peut pas non plus soutenir qu'il s'agit de ressources dont l'intéressé se serait volontairement dessaisi selon l'art. 11 al. 1 let. g LPC. **3.** En revanche, dans la mesure où ces prestations permettent à la mère d'économiser des frais de garde extérieurs, il faut imputer une indemnité hypothétique au père (les prestations complémentaires ayant un caractère subsidiaire), dans la mesure de l'excédent de ressources calculé (selon les règles des prestations complémentaires) chez la mère.

**RJ 83-12*****Audition de l'enfant en droit des étrangers***

*Arrêt du TF 2C\_793/2011 du 22 février 2012 (f):*

**1.** L'autorité compétente peut être amenée à entendre l'enfant de façon appropriée (cf. art. 12 CDE) afin de vérifier que le regroupement familial dont il doit faire l'objet n'intervient pas contre sa volonté clairement exprimée. Lorsque la procédure est essentiellement écrite, comme en droit des étrangers, il n'est pas indispensable que l'enfant soit entendu personnellement et oralement, à condition que son point de vue puisse s'exprimer de façon appropriée, soit par une déclaration écrite de l'enfant lui-même, soit par l'intermédiaire d'un représentant. **2.** La représentation des enfants peut se faire par l'intermédiaire du ou des parents parties à la procédure, dès lors que les intérêts des deux parents et ceux de l'enfant coïncident. Tel est le cas lorsque le regroupement tend à permettre à l'enfant de rejoindre ses deux parents ou son seul parent survivant. **3.** Confirmation de la jurisprudence (ATF 137 I 284) sur le regroupement familial partiel. **4.** Dans le cas d'espèce, l'autorité cantonale a examiné quelle était la solution la plus conforme à l'intérêt de l'enfant. Or les autorités ne peuvent s'opposer à un regroupement familial décidé par les parents que si celui-ci est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant. **5.** De plus, lorsqu'un enfant n'a plus qu'un seul de ses parents, on ne pourra en règle générale pas admettre que son intérêt est de vivre séparé de ce parent. La question de savoir quelles relations sont prépondérantes, entre celles que l'adolescente entretient avec sa mère en Suisse et celles qu'elle a avec d'autres personnes vivant dans son pays d'origine, n'a en effet ici pas l'importance déterminante qu'elle prend lorsque c'est l'autre parent qui s'occupe de l'enfant dans ce pays.

*Remarque:* pour d'autres décisions sur cette question: *arrêt du TF 2C\_752/2011 du 2 mars 2012 (f)* (admission du recours: l'accord de la mère, titulaire de l'autorité parentale, a été suffisamment documenté, et le regroupement n'est pas manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant) et *arrêt du TF 2C\_576/2011 du 13 mars 2012 (f)* (admission du recours: l'on ne peut poser comme principe que la venue d'un enfant qui a passé 10 ans de sa vie dans son pays d'origine soit systématiquement contraire à son intérêt).

**RJ 84-12*****Effet d'un retrait du droit de garde sur le droit à une autorisation de séjour***

*Arrêt du TF 2C\_972/2011 du 8 mai 2012 (f):*

**1.** Rappel de la jurisprudence relative à l'art. 8 CEDH en matière de séparation de la famille pour un motif de police des étrangers (ATF 137 I 247, 136 I 285, 135 I 153, 135 I 143). **2.** Seule une atteinte d'une certaine gravité à l'ordre et à la sécurité publique peut l'emporter sur le droit de l'enfant suisse de pouvoir grandir dans sa patrie avec le parent qui a le droit de garde et l'autorité parentale sur lui. Quant à l'étranger disposant d'un droit de visite sur son enfant habilité à résider en Suisse, il peut en principe exercer ce droit même s'il vit à l'étranger, au besoin en aménageant ses modalités quant à la fréquence et à la durée. Un droit plus étendu peut exister (regroupement familial inversé) en présence de liens fami-

liaux particulièrement forts d'un point de vue affectif et économique et lorsque, en raison de la distance qui sépare le pays de résidence de l'enfant du pays d'origine de son parent, cette relation ne pourrait pratiquement pas être maintenue; il faut considérer qu'il existe un lien affectif particulièrement fort lorsque le droit de visite est aménagé de manière large et qu'il est exercé de manière régulière, spontanée et sans encombre. En outre, le parent qui entend se prévaloir de cette garantie doit avoir fait preuve en Suisse d'un comportement irréprochable.

**3.** Lorsqu'un litige a trait à la fois à la vie familiale, à l'immigration et au placement d'enfants, il faut examiner la situation à la lumière de la jurisprudence de la CourEDH, qui voit normalement le placement comme une mesure temporaire à suspendre dès que la situation s'y prête (arrêt de la CourEDH, Johansen Adele contre Norvège du 7 août 1996, § 78).

**4.** In casu, l'enfant est suisse par naturalisation; il a été placé auprès d'une mère nourricière (la seconde épouse du père décédé!). La mère, sous tutelle, entretient avec lui une relation effective, constitutive d'un lien de vie familiale. Pourtant, constatant que la recourante rend visite à son fils une fois par mois dans les locaux tiers, qu'elle n'a pas fait preuve d'un comportement irréprochable (plusieurs condamnations pénales pour lésions corporelles et violation de la loi sur les stupéfiants) et qu'elle a reçu l'aide sociale depuis l'an 2000, l'autorité cantonale a jugé que l'intérêt public à son éloignement l'emportait sur son intérêt privé à rester en Suisse.

**5.** Ce raisonnement, classique en cas de mesures protectrices de l'union conjugale et de divorce, perd de vue les particularités de la présente cause, c'est-à-dire le placement de l'enfant (sous tutelle) et la maladie psychique de sa mère, également sous tutelle, à l'origine du placement. Contrairement aux mesures protectrices et au divorce, où le soutien financier et le désir de conserver des relations affectives étroites avec l'enfant dépendent en premier lieu du parent auquel le juge a accordé un droit de visite, les circonstances d'un placement d'enfant ainsi que l'organisation des relations entre le parent naturel et cet enfant en pareille situation ne dépendent pas d'abord de la volonté du parent naturel.

**6.** En droit des étrangers également, il y a lieu de prendre si possible des décisions qui ne ferment pas définitivement la porte au but ultime qui consiste à unir à nouveau le parent naturel et l'enfant. Un comportement irréprochable ne peut être exigé: seule une atteinte d'une certaine gravité à l'ordre et à la sécurité publique du parent prétendant à une autorisation de séjour peut l'emporter sur le droit de l'enfant suisse faisant l'objet d'une mesure de placement de pouvoir un jour vivre à nouveau avec son parent naturel en Suisse.

**7.** En l'espèce, les condamnations pénales à l'origine desquelles se trouvent des actes graves portant atteinte à l'intégrité physique des personnes, et la persévérance dans les comportements délictueux constituent des atteintes d'une gravité certaine à l'ordre et à la sécurité publique. A cela s'ajoute un risque de récidive corroboré par des condamnations ultérieures. La protection de l'ordre public suisse l'emporte sur le droit de la recourante de voir son fils grandir avec elle en Suisse. Rien ne laisse entendre qu'un jour, avant la majorité de l'enfant, les graves troubles de la personnalité dont souffre sa mère seront maîtrisés au point qu'elle pourra s'occuper de manière responsable et autonome de lui.

**8.** Le bien-être de l'enfant, qui perd la possibilité de maintenir une relation

avec sa mère (son unique parent biologique survivant) ne s'en trouve que partiellement affecté, puisqu'il est placé auprès de l'épouse de feu son père biologique (dont il a obtenu le droit de porter le nom et auprès de laquelle il a trouvé un nouvel équilibre).

*Remarque:* cf. encore l'*arrêt du TF 2C\_805/2011 du 16 février 2012 (f)*: octroi d'une autorisation de séjour à l'enfant pour lui permettre de voir son père au bénéfice d'un permis d'établissement, qui est titulaire d'un droit de visite large et effectivement exercé et qui remplit ses obligations d'entretien à l'endroit de l'enfant; nécessité le cas échéant d'un accord du parent titulaire de l'autorité parentale et du droit de garde, non documenté ici, d'où le renvoi de l'affaire à l'autorité cantonale).

### **RJ 85-12**

#### ***Enseignement de la natation – exception «confessionnelle»?***

*Arrêt du TF 2C\_666/2011 du 7 mars 2012 (d):*

Confirmation de l'ATF 135 I 79 (RJ 37-09) sur la possibilité de sanctionner les parents qui refusent que leurs enfants, de religion musulmane, assistent à des cours de natation dans le cadre scolaire (ici amende scolaire de CHF 350 par enfant concerné). L'exigence d'intégration sociale des enfants joue notamment un rôle essentiel.

*Remarque:* les fillettes concernées étaient âgées ici de 9 et 7 ans. Les directives de BS prévoient qu'une dispense peut être accordée dès la puberté; quoi qu'il en soit, dès le degré secondaire (6<sup>ème</sup> année), l'enseignement de la natation n'est plus mixte. Dans son *arrêt 2C\_724/2011 du 11 avril 2012 (d)*, le TF juge que des enfants élevés dans l'Église chrétienne palmarienne des Carmélites de la Sainte-Face (église schismatique de l'église catholique romaine) ne sauraient prétendre, en vertu de la protection de leur liberté de croyance et de conscience (art. 15 Cst. féd.) à être dispensés *de manière générale* de toute participation à des chants de Noël ou de Pâques et de toute visite de lieux religieux. En revanche, il peut être nécessaire de les dispenser du devoir de chanter avec leurs camarades (mais non d'être présents dans la même salle qu'eux) ou de visiter certains lieux dans des cas précis, pour éviter de les mettre en porte à faux avec leur religion (qui prononce une excommunication dans un tel cas!). A notre sens, les adeptes de la Thière céleste de Bertrand Russel devraient avoir bon espoir de se faire dispenser de la participation aux goûters d'anniversaire et aux buffets de fin d'année scolaire en se fondant sur cette jurisprudence...

### **RJ 86-12**

#### ***Décisions en matière scolaire***

*Arrêt du TF 2C\_449/2011 du 26 avril 2012 (i) (destiné à la publication):*

Le refus opposé par les autorités tessinoises de déroger à l'obligation de fréquenter l'école obligatoire en langue italienne est conforme à la Constitution (base légale, intérêt public – lutter pour la survie de l'italien; proportionnalité) et ne porte en particulier pas une atteinte inconstitutionnelle à la liberté de la langue (art. 18 Cst. féd.).

*Arrêt du TF 2C\_971/2011 du 13 avril 2012 (d):*

Conditions d'une formation spéciale pour un enfant handicapé (forts troubles de l'audition); distinction entre formation séparée et intégrée à l'école ordinaire.

*Arrêt du TF 2C\_930/2011 du 1<sup>er</sup> mai 2012 (d):*

Un enfant surdoué ou à «haut potentiel» n'est pas une personne handicapée au sens de la LHand (RS 151.3), de sorte que l'application de l'art. 10 LHand (gratuité de la procédure pour les prestations réclamées selon les art. 7/8 LHand) ne s'applique pas.

## **RJ 87-12**

### ***Justice pénale des mineurs***

*Arrêt du TF 1B\_231/2012 du 14 mai 2012 (d):*

**1.** Pendant l'instruction, l'autorité compétente peut ordonner, à titre provisionnel, les mesures de protection visées aux art. 12 à 15 (art. 5 DPMIn). Selon l'art. 15 DPMIn, si l'éducation ou le traitement exigés par l'état du mineur ne peuvent être assurés autrement, l'autorité de jugement ordonne son placement. Ce placement s'effectue chez des particuliers ou dans un établissement d'éducation ou de traitement en mesure de fournir la prise en charge éducative ou thérapeutique requise. Dans tous les cas, le principe de proportionnalité (art. 36 Cst. féd.) doit être respecté. **2.** Dans le cas d'espèce, les autres mesures plus faibles (surveillance, assistance personnelle, mesures ambulatoires, art. 12–14 DPMIn) ne permettraient pas de répondre au besoin de l'adolescent en cause (âgé de 18 ans et demi, mais l'art. 19 al. 2 DPMIn permet d'appliquer ces mesures jusqu'à l'âge de 22 ans), déjà condamné par le passé, souffrant notamment de problèmes d'alcool et dont les parents ne faisaient à l'évidence pas façon.