

ATF 144 III 10 | TF, 6.11.17, 5A\_47/2017\*

*Une restriction au droit de déplacer le lieu de résidence de l'enfant (art. 301a CC) par le biais d'une mesure de protection de l'enfant selon l'art. 307 al. 3 CC n'est envisageable que dans des cas exceptionnels, lorsque le bien de l'enfant est mis en danger. Pour retenir une mise en danger du bien de l'enfant, il faut que l'enfant lui-même soit menacé par un danger imminent ou un dommage.*

### Faits

Une mère quitte secrètement le domicile conjugal en Argovie avec ses deux enfants, alors âgés de 4 et 5 ans, pour s'installer au Tessin. Par la suite, elle dépose une requête en mesures protectrices de l'union conjugale à l'encontre de son époux, tendant notamment à la suspension de la vie commune et à l'obtention de la garde des enfants.

Le Tribunal de district de Bremgarten (Argovie) constate la suspension de la vie commune de même que son bien-fondé, attribue la jouissance du domicile conjugal à l'époux et la garde des enfants à la mère, avec l'obligation de s'installer avec les enfants dans un certain périmètre à proximité du domicile du père (soit à maximum 1,5 h de celui-ci en transports publics). Le Tribunal octroie également un droit de visite à l'époux, un dimanche sur deux, de même qu'un droit de vacances de quatre semaines par an à compter de la scolarité des enfants, compte tenu des horaires de travail du père.

Les deux parties forment appel contre ce jugement. Le Tribunal cantonal argovien supprime l'obligation pour la mère de vivre dans un certain rayon du domicile de l'époux et octroie à celui-ci un droit de visite limité à un dimanche sur deux, de même qu'un droit de vacances de deux semaines par an dès le début de la scolarité des enfants.

Contre ce jugement, le père interjette un recours au Tribunal fédéral. Ce dernier doit en particulier se prononcer sur le déplacement du lieu de résidence des enfants, ainsi que sur les droits de visite et de vacances du père.

### Droit

Le Tribunal fédéral commence par constater que le déplacement du lieu de résidence des enfants au Tessin a été effectué en violation de l'art. 301a al. 2 let. b CC. Or, aucune sanction de droit civil n'est prévue en cas de violation de cette disposition.

Se pose donc la question de savoir si l'instance précédente était en droit d'obliger la mère et ses enfants à s'installer à proximité du lieu de résidence du père, par le biais d'une mesure de protection de l'enfant fondée sur l'art. 307 al. 3 CC.

La possibilité d'une telle mesure dans le contexte d'une violation de l'art. 301a CC est discutée favorablement en doctrine. Une telle mesure n'est toutefois pas un instrument accompagnant une décision de départ selon l'art. 301a CC et ne saurait être motivée par la volonté de sanctionner le parent qui ne coopère pas. Il s'agit au contraire d'une mesure pour laquelle n'entre en compte que la question de la mise en danger du bien de l'enfant.

Une restriction à la liberté d'établissement par ce biais n'est donc envisageable que dans des cas exceptionnels, soit lorsque le placement des enfants ne pourrait entrer en ligne de compte ailleurs qu'au sein du foyer du parent désireux de partir, lorsque la modification du lieu de résidence des enfants aurait pour conséquence de mettre les enfants en danger et lorsque le retour au lieu de résidence précédent permettrait d'éliminer ce danger.

Le recourant fait valoir qu'en déplaçant les enfants, la mère a commis un abus de droit et une mise en danger du bien des enfants. En effet, en vivant au Tessin, ceux-ci perdraient leur allemand et ainsi presque tout contact avec le père, lequel n'est pas italophone. Cependant, pour retenir une mise en danger du bien de l'enfant, il faut que les enfants eux-mêmes soient menacés par un danger imminent ou un dommage, ce qui n'est pas le cas. En ce qui concerne l'éloignement linguistique et physique des enfants et du père, il est possible de le contrecarrer avec un aménagement adapté des droits de visite et de vacances.

Par ailleurs, le Tribunal fédéral soulève qu'une restriction à la liberté d'établissement prononcée sur la base de l'art. 307 al. 3 CC ferait échouer un retour dans sa terre natale par la mère. Or, ce n'est pas ce que souhaitait le législateur avec la version promulguée de l'art. 301a al. 2 CC (*cf.* ATF 142 III 481, résumé in : [LawInside.ch/296](http://LawInside.ch/296)).

Par conséquent, le Tribunal fédéral confirme que c'est à bon droit que l'instance précédente a supprimé l'obligation pour la mère de vivre avec ses enfants dans un rayon de 1,5 h autour du lieu de résidence du père.

Dans un second temps, le Tribunal fédéral se penche sur la question des droits de visite et de vacances. En l'espèce, le Tribunal cantonal a réduit les droits de visite et de vacances du père sur la base des pratiques usuelles des tribunaux. Le Tribunal fédéral sanctionne toutefois cette approche : il convient de se fonder sur les circonstances du cas d'espèce pour déterminer l'étendue des relations personnelles (cf. ATF 142 III 481, résumé in : LawInside.ch/296 et ATF 142 III 502, résumé in : LawInside.ch/323). L'instance précédente a donc basculé dans l'arbitraire en se basant uniquement sur ce qui est « *gerichtsüblich* ».

Partant, le recours est partiellement admis et la cause renvoyée à l'instance précédente pour nouvelle décision sur les droits de visite et de vacances.

Proposition de citation : MARIE-HILFNE PETER-SPIESS, Le déplacement du lieu de résidence et les mesures protectrices de l'enfant, in: <https://lawinside.ch/565/>