Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
5A 405/2007 /frs

Arrêt du 6 décembre 2007
IIe Cour de droit civil

Composition
MM. et Mme les Juges Raselli, Président,
Hohl et Marazzi.
Greffière: Mme Rey-Mermet.

Parties
Dame A._____,
recourante,

contre

A._____,
intimé, représenté par Me Patrick Malek-Asghar, avocat,

Objet
modification d'un jugement de divorce,

recours en matière civile contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 8 juin 2007.

Faits :
A.
A._____, né le 29 octobre 1963, de nationalité néerlandaise, et dame A._____, née le 27 juin 1964, de nationalité française, se sont mariés le 3 janvier 1997. Un enfant, B._____, né le 25 mars 1997, est issu de leur union.

Les époux se sont séparés en octobre 1999. Depuis cette date, l'enfant a résidé auprès de sa mère.

Le 28 avril 2005, le Tribunal de première instance de Genève a prononcé le divorce des époux A._____ et a attribué à la mère l'autorité parentale sur l'enfant en ordonnant une curatelle d'organisation des relations personnelles au sens de l'art. 308 al. 2 CC.
B.
En juillet 2005, dame A._____ a eu un geste d'automutilation et a déclaré à cette occasion à la police qu'elle était « réellement déterminée à en finir ».

La situation scolaire de l'enfant étant devenue préoccupante, le Tribunal tutélaire a, le 27 septembre 2005, étendu le mandat de la curatrice à une curatelle d'assistance éducative. Par courrier du 5 décembre 2005, la curatrice a exposé à cette autorité que l'enseignant de B._____ se disait très inquiet pour celui-ci, qu'il décrivait comme très perturbé.

Le 21 décembre 2005, A._____ a avisé le Service du Tuteur général que dame A._____ l'avait menacé, par téléphone, de tuer B._____ et de se suicider. Le lendemain, la curatrice a retiré à la mère la garde de l'enfant avec effet immédiat et a placé celui-ci chez le père, tout en suspendant les relations personnelles entre la mère et l'enfant. L'infirmière scolaire a indiqué que l'enfant avait menacé le jour même de se suicider en sautant du 9ème étage de son immeuble.

Dame A._____ a été hospitalisée du 22 au 26 décembre 2005, ainsi que du 17 janvier au 3 février 2006. Entre 2004 et février 2006, elle a séjourné en hôpital à quatre reprises.
Par ordonnance du 17 février 2006, le Tribunal tutélaire a ratifié la mesure prise le 22 décembre précédent concernant le retrait de la garde et l'attribution de celle-ci au père; il a en outre accordé un droit de visite à la mère d'un jour par semaine, le samedi ou le dimanche, qui devait être précédé d'une reprise de contact en présence de la curatrice.
C.

Le 7 mars 2006, A._____ a saisi le Tribunal de première instance du canton de Genève d'une action en modification du jugement de divorce tendant à ce que l'autorité parentale sur B._____ lui soit transférée. A l'appui de sa demande, il faisait état des troubles psychologiques dont souffrait dame A._____.

Simultanément, il a sollicité par voie de mesures provisoires le transfert de la garde de l'enfant.
D.
Par jugement du 9 novembre 2007, le Tribunal de première instance a attribué l'autorité parentale et la garde au père, réglé le droit de visite de la mère, maintenu la curatelle d'organisation et de surveillance de ce droit de visite et libéré le père de son obligation de verser une contribution d'entretien. Statuant le 8 juin 2007 sur appel de la mère, la Cour de justice a confirmé ce jugement.
E.
Dame A._____ forme un recours en matière civile contre cet arrêt; elle demande son annulation et le renvoi à la cour cantonale pour complément d'instruction.

L'intimé a conclu au rejet du recours.

Le Tribunal fédéral considère en droit :
1.
Le recours, qui a pour objet une décision finale (art. 90 LTF) de dernière instance cantonale (art. 75 al. 1 LTF) modifiant l'attribution de l'autorité parentale, soit dans une matière civile (art. 72 al. 1 LTF), est recevable au regard de ces dispositions. Il a également été déposé dans le délai (art. 100 al. 1 LTF) et dans les formes (art. 42 LTF) prévues par la loi.
2.
La recourante critique les constatations relatives à son état de santé psychique et à ses capacités éducatives. Selon elle, au vu des renseignements médicaux qu'elle a produits, la cour cantonale devait ordonner la mise en oeuvre d'une expertise psychiatrique pour arrêter l'état de fait, moyen de preuve que la recourante avait requis expressément.
2.1 Le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement juridique sur la base des faits constatés dans la décision attaquée (art. 105 al. 1 LTF). La partie recourante est autorisée à attaquer les constatations de fait si elles ont été établies de façon manifestement inexactes ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).
2.2 En vertu de l'art. 145 CC, dans les litiges concernant le sort des enfants, le juge établit d'office les faits pertinents et apprécie librement les preuves (al. 1). Au besoin, il fait appel à des experts et se renseigne auprès de l'autorité tutélaire ou d'un autre service de l'aide à la jeunesse (al. 2). La maxime inquisitoire ne signifie pas que le juge doive donner suite à toutes les offres de preuves qui lui sont présentées. Il établit certes d'office l'état de fait, sans être lié par les conclusions ou les allégations des parties. Dans la mesure où il peut se faire une représentation exacte des faits litigieux sur la base des preuves administrées, il n'est toutefois pas tenu de procéder à d'autres investigations (appréciation anticipée des preuves; cf. à ce sujet: ATF 124 I 208 consid. 4a; 122 II 464 consid. 4a; 120 Ib 224 consid. 2b et les arrêts cités). L'expertise n'est qu'une mesure probatoire parmi d'autres. Le juge doit l'ordonner lorsqu'elle apparaît comme le seul moyen de preuve idoine, en particulier lorsqu'il ne dispose pas de connaissances personnelles suffisantes pour se prononcer sur le bien de l'enfant; il jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt 5C.153/2002 du 16 octobre 2002 consid. 3.1.2
résumé in : FamPra.ch 2003 p. 190; arrêt 5C.210/2000 du 27 octobre 2000, consid. 2c, non résumé in: FamPra.ch. 2001 n° 69; Sutter/Freiburghaus, Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, 1999, n. 18 ad art. 145 CC; Breitschmid, in: Basler Kommentar, 3e éd., 2006, n. 4 ad art. 145 CC).
2.3 Il ressort en l'espèce de l'arrêt attaqué que le juge de première instance n'a pas fondé sa décision d'attribuer l'autorité parentale au père sur des attestations médicales mais uniquement sur le rapport établi par le Service de protection des mineurs (SPMi). Les qualifications professionnelles de l'auteur de ce rapport sont inconnues. Il apparaît que celle-ci s'est entretenue avec les parents de l'enfant, l'enseignant de celui-ci, le Dr R._____ et l'assistante sociale H._____, mais pas avec l'enfant. En ce qui concerne le lieu de résidence de l'enfant, le Dr R._____, qui suit B._____ depuis ses dix-huit mois, affirme qu'il est aussi bien chez son père que chez sa mère, sans pour autant que cet avis soit motivé. De son côté, la Cour de justice a motivé sa décision de ne pas ordonner d'expertise psychiatrique portant sur la mère en expliquant qu'au vu des certificats et attestations produits par l'intéressée au sujet de son état de santé actuel, dont « certains » émanaient d'un expert auprès des tribunaux français, l'autorité était suffisamment renseignée. Pour autant, son jugement ne contient que très peu d'indications sur le contexte dans lequel ces documents ont été élaborés ou sur leur contenu. Se fondant sur

les certificats médicaux des 9 septembre et 5 décembre 2006 établis par le Dr B._____, spécialiste en psychiatrie et expert auprès de la Cour d'appel de Lyon, la cour cantonale a retenu que l'intéressée restait fragile et que si ce médecin avait indiqué qu'elle « semblait » psychiquement apte à assumer l'autorité parentale et s'occuper de son fils, il n'était pas affirmatif. Elle en a conclu que la capacité de la mère à assurer l'éducation de l'enfant n'était pas garantie eu égard à ses problèmes de santé qui n'étaient pas totalement résolus et a attribué au père l'autorité parentale et la garde de l'enfant.
2.4 Il ressort du dossier que la recourante a produit les renseignements médicaux suivants :
2.4.1 Le Dr H._____, neuropédiatre auprès des hôpitaux universitaires de Genève a examiné B._____ à la demande du Dr R._____. Son rapport du 8 février 2005 révèle que, après les difficultés rencontrées par l'enfant dans le cadre scolaire, l'intimé a refusé la psychothérapie proposée par le Service médico-pédagogique. Ce médecin soulève la problématique du divorce conflictuel des parents et du conflit de loyauté auquel l'enfant est confronté. Il conclut en proposant une « évaluation neuropsychologique avec WISC et CPT » afin d'établir un plan thérapeutique en fonction des résultats.
2.4.2 Dans un certificat médical établi le 18 avril 2006 par le Dr R._____, spécialiste en pédiatrie, ce médecin brosse un tableau positif de la recourante en tant que mère.
2.4.3 Le rapport manuscrit du 13 juin 2006 dressé par le Dr F._____, psychiatre et psychothérapeute est très difficilement lisible; il ne contient apparemment aucun renseignement utile.
2.4.4 Le Dr N._____, spécialiste en médecine générale, a établi le 8 septembre 2006 un bref certificat médical attestant que la recourante suit un traitement anxiolytique depuis le mois de juin 2006.
2.4.5 Dans un certificat médical daté du 9 septembre 2006, le Dr B._____ fait état des quatre hospitalisations subies par la recourante entre 2004 et le mois de février 2006. Il précise que celle-ci est sous traitement et ne présente pas d'éléments psychotiques, de délires ou d'hallucinations, mais que son état reste fragile. Il recommande la mise en oeuvre d'une expertise psychiatrique afin d'évaluer la capacité de l'intéressée à s'occuper de son fils.
2.4.6 Ce même médecin indique, dans un certificat daté du 5 décembre 2005, que la recourante, bien qu'angoissée et montrant des réactions dépressives réactionnelles à sa situation familiale, n'a pas présenté de signes de psychose chronique, ni délire, ni symptômes dissociatifs, ni signes de la lignée maniaque ou mélancolique. Selon ce praticien, elle semble tout à fait apte psychiquement à assumer l'autorité parentale et s'occuper de son fils.
2.5 En l'espèce, les renseignements médicaux précités n'apportent qu'un éclairage très partiel sur l'état mental de la recourante, respectivement sur ses capacités à prendre soin de son fils et à l'éduquer. A cela s'ajoute que le Dr B._____, dont la Cour de justice a mis en évidence le statut d'expert auprès des tribunaux français, s'est tout d'abord exprimé en faveur de la mise en oeuvre d'une expertise psychiatrique, avant d'affirmer, trois mois plus tard, que la recourante avait la capacité de s'occuper de son fils. Au vu de ces éléments, on ne s'explique pas que le jugement de divorce ait été modifié dans le sens d'un transfert de l'autorité parentale à l'intimé en l'absence d'une expertise psychiatrique portant sur la mère. Ce faisant, l'autorité cantonale a arrêté l'état de fait en violation de l'art. 145 CC. Sur le vu des éléments du dossier décrits ci-dessus (cf. consid. 2.4.1-2.4.6), l'expertise apparaissait comme le seul moyen de preuve idoine permettant de se faire une représentation exacte des faits litigieux. En refusant d'administrer ce moyen de preuve qu'elle aurait dû retenir d'office, la cour cantonale a établi les faits en violation de l'art. 145 CC. Il se justifie par conséquent de renvoyer la cause à la cour
cantonale afin que celle-ci ordonne la mise en oeuvre d'une expertise psychiatrique sur la personne de la mère.
3.
La recourante reproche également à l'autorité précédente d'avoir violé le droit d'être entendu de son fils garanti par l'art. 144 al. 2 CC en refusant de procéder à l'audition de celui-ci.
3.1 Aux termes de l'art. 144 al. 2 CC, le juge ou un tiers nommé à cet effet entend les enfants personnellement, de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs importants ne s'opposent pas à leur audition. Selon cette disposition, l'audition n'a pas un caractère facultatif, mais au contraire obligatoire (Breitschmid, op. cit., n. 2 ad art. 144 CC), sauf si l'âge de l'enfant ou d'autres motifs importants s'y opposent.
3.2 En l'espèce, la Cour de justice, après avoir relevé que l'âge de l'enfant ne s'opposait pas à son audition, a écarté cette mesure parce qu'elle estimait qu'elle n'aurait pas d'influence déterminante sur l'issue du litige qui dépendait de l'état de santé psychique de la mère. C'est méconnaître que l'audition de l'enfant n'a pas pour seul but d'établir l'état de fait (Schwenzer, Praxiskommentar Scheidungsrecht, n. 7 ad art. 144 CC), mais de permettre à l'intéressé d'exprimer son opinion, et au juge de se faire une image plus large de la situation familiale. En s'abstenant d'entendre l'enfant des

parties, l'autorité cantonale a donc violé la règle posée par l'art. 144 al. 2 CC. Il se peut que la mise en oeuvre de l'expertise psychiatrique sur la mère implique l'audition de l'enfant par l'expert, de sorte qu'une nouvelle audition de l'enfant par la Cour de justice pourrait s'avérer superflue (ATF 133 III 553 consid. 4).
4.
Il résulte de ce qui précède que le recours doit être admis et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour instruction complémentaire et nouvelle décision. Vu le sort du recours, les frais judiciaires sont mis à la charge de l'intimé (art. 66 al. 1 LTF), qui versera en outre des dépens à la recourante (art. 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:
1.
Le recours est admis et l'arrêt attaqué est annulé; la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.
2.
Les frais judiciaires, arrêtés à 2'500 fr. sont mis à la charge de l'intimé.
3.
Une indemnité de 2'500 fr., à payer à titre de dépens, est mise à la charge de l'intimé.
4.
Le présent arrêt est communiqué en copie aux parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.
Lausanne, le 6 décembre 2007
Au nom de la IIe Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse
Le président: La greffière: