

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
5C.58/2004 /fzc

Arrêt du 14 juin 2004  
Ile Cour civile

Composition  
M. et Mmes les Juges Raselli, Président,  
Nordmann et Hohl.  
Greffière: Mme Bendani.

Parties  
X.\_\_\_\_\_,  
demanderesse et recourante, représentée par Me Denis Mathey, avocat,  
  
contre

Z.\_\_\_\_\_,  
défendeur et intimé, représenté par Me Robert Assaël, avocat,

Objet  
effets accessoires du divorce (droit de visite),

recours en réforme contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du  
16 janvier 2004.

Faits:

A.  
X.\_\_\_\_\_, née en 1973, et Z.\_\_\_\_\_, né en 1975, se sont mariés en 1997 à Vernier. Deux  
enfants sont issus de cette union, A.\_\_\_\_\_, né en 1997, et B.\_\_\_\_\_, née en 2000.

Z.\_\_\_\_\_, présentant un état dépressif, a tenté de mettre fin à ses jours en mai 2000. Il a été  
hospitalisé à Belle-Idée jusqu'en juin 2000, puis a suivi un traitement intensif au Centre de thérapies  
brèves des Epinettes. A Belle-Idée, un diagnostic de personnalité de type borderline a été posé. Par  
la suite sont apparus divers problèmes liés au surmenage professionnel et aux relations entretenues  
avec son épouse.

B.  
Le 17 septembre 2000, en l'absence de son mari, X.\_\_\_\_\_ a découvert sur le site internet de  
celui-ci de nombreuses photographies à caractère pédophile. Elle en a informé son époux qui se  
trouvait à Paris et qui a alors fait une nouvelle tentative de suicide.

Par ordonnance du Procureur général du 30 juillet 2002, Z.\_\_\_\_\_ a été condamné à trois mois  
d'emprisonnement, assortis du sursis pendant cinq ans, pour pornographie. Cette condamnation est  
définitive. Il ressort de la procédure pénale que Z.\_\_\_\_\_ a fréquenté pendant plus d'une année  
des sites pédophiles à raison de trois à quatre fois par semaine. Il a téléchargé de nombreuses  
images, environ 1600, représentant des enfants s'adonnant entre eux à des jeux sexuels et parfois  
impliqués avec des adultes; il en a échangé avec d'autres internautes, principalement entre le début  
de l'année 1999 et mai 2000, date de sa tentative de suicide. Il a poursuivi cette activité jusqu'en  
septembre 2000. Z.\_\_\_\_\_ a affirmé que ces images lui procuraient une certaine excitation.

C.  
Z.\_\_\_\_\_ a initié une psychothérapie en décembre 2000, portant tant sur son état dépressif que  
sur ses fantasmes liés aux images pédophiles. Il poursuit ce traitement à ce jour. Son médecin, le Dr  
Y.\_\_\_\_\_, psychiatre privé, a relevé en mars 2001, à l'attention du juge instructeur, que le  
traitement était adapté à la situation et que l'investissement de son patient lui permettait de formuler  
un bon pronostic quant à son avenir. Les 28 avril et 21 août 2003, le psychiatre a attesté que  
Z.\_\_\_\_\_ continuait le traitement entrepris avec tout l'investissement nécessaire, notant que l'état  
dépressivo-anxieux de son patient s'était amélioré de manière satisfaisante.

D.  
Dès le 5 octobre 2000, le Service de protection de la jeunesse a été sollicité par X.\_\_\_\_\_. Il a

rencontré beaucoup de difficultés pour organiser un droit de visite en raison de la perte totale de confiance de l'épouse envers son conjoint. Cette dernière a insisté pour que les rencontres du père avec les enfants se déroulent en sa présence, ce qui n'était pas souhaitable. En conséquence, une seule visite a pu être organisée jusqu'au printemps 2001. Le 8 mai 2001, ledit Service a rendu un premier rapport, préconisant la mise sur pied d'une expertise psychiatrique de Z.\_\_\_\_\_, afin d'évaluer les risques d'un passage à l'acte suicidaire ou pédophile, et, dans l'attente de cet avis, de limiter le droit de visite à une ou deux heures une fois par semaine au Foyer C.\_\_\_\_\_.

En mars 2001, X.\_\_\_\_\_ a déposé une demande en divorce. Par ordonnance de mesures provisionnelles prononcée en octobre 2001, la garde des enfants a été attribuée à la mère et un droit de visite de deux heures par semaine, en présence d'un éducateur, a été octroyé au père, assorti d'une curatelle de surveillance.

A l'occasion d'un nouveau rapport du 26 février 2002, le Service de protection de la jeunesse a noté que le droit de visite d'une heure par quinzaine, se déroulait bien et qu'il pouvait être étendu à deux heures par visite. Toutefois, Z.\_\_\_\_\_ a persisté à refuser de se soumettre à une expertise psychiatrique, laquelle avait pourtant déjà été préconisée dans le rapport du 8 mai 2001. Pour sa part, l'épouse s'est opposée à l'extension de la durée du droit de visite, considérant que celui-ci ne se déroulait pas si bien que ça. Dès avril 2003, Z.\_\_\_\_\_ a admis le principe d'une expertise psychiatrique.

E.

Par jugement du 18 juin 2003, le Tribunal de première instance du canton de Genève a prononcé le divorce des époux, attribué à la mère l'autorité parentale et la garde des enfants, arrêté les contributions d'entretien dues par le père, partagé les avoirs LPP, fixé le droit de visite du père à deux heures par semaine au Foyer C.\_\_\_\_\_, en présence d'un tiers spécialiste, et maintenu une mesure de curatelle destinée à surveiller l'exercice du droit de visite.

Au sujet de l'expertise psychiatrique, le Tribunal a retenu que le changement d'avis de Z.\_\_\_\_\_, qui s'était catégoriquement opposé pendant deux ans à une telle mesure, était tardif et que la procédure de divorce, qui n'avait déjà que trop duré, devait suivre son cours. Il a jugé qu'il appartenait au père de se soumettre volontairement à une expertise et de solliciter, ultérieurement, le concours des autorités tutélaires, compétentes pour modifier le droit de visite prévu dans le jugement de divorce.

F.

Z.\_\_\_\_\_ a appelé de ce jugement et sollicité le bénéfice d'un droit de visite usuel, s'exerçant au minimum un week-end sur deux et durant la moitié des vacances scolaires. Subsidièrement, il a accepté de se soumettre à une expertise psychiatrique visant à estimer sa capacité à entretenir des relations personnelles adéquates avec ses enfants.

Par arrêt du 16 janvier 2004, la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève a réformé le jugement de première instance. Elle a dit que le droit de visite de Z.\_\_\_\_\_ sur ses enfants A.\_\_\_\_\_ et B.\_\_\_\_\_ était maintenu à raison de deux heures par semaine au Foyer C.\_\_\_\_\_, à Genève, en présence d'un tiers spécialiste, jusqu'au 31 mars 2004, que ce droit de visite s'exercera dès le 1er avril 2004 à raison d'un samedi ou d'un dimanche par mois, de 9h à 19h, jusqu'à ce que B.\_\_\_\_\_ atteigne l'âge de 7 ans révolus, et que le droit de visite s'exercera, dès le 1er mai 2007, à raison d'un week-end sur deux et de la moitié des vacances scolaires.

G.

X.\_\_\_\_\_ interjette un recours en réforme contre l'arrêt précité. Elle conclut, avec suite de frais et dépens, à sa réforme en ce sens que le droit de visite de Z.\_\_\_\_\_ s'exercera à raison de 4 heures par mois, soit une fois 2 heures un samedi sur deux au Foyer C.\_\_\_\_\_, à Genève, en présence d'un tiers spécialisé, jusqu'à ce que B.\_\_\_\_\_ atteigne l'âge de 16 ans. Subsidièrement, elle conclut, avec suite de frais et dépens, au renvoi de la cause à la Cour de justice pour qu'elle complète l'instruction, ordonne une expertise psychiatrique de Z.\_\_\_\_\_ et statue à nouveau.

Le défendeur a déposé une réponse le 10 juin 2004, concluant, avec suite de frais et dépens, au rejet du recours, dans la mesure où il est recevable.

Le Tribunal fédéral considère en droit:

1.

1.1 Le Tribunal fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 129 I 173 consid. 1 p. 174; 129 II 225 consid. 1 p. 227).

Le recours en réforme est recevable contre une décision finale prise par l'autorité suprême du canton

en matière de relations personnelles entre parents et enfants (art. 44 al. 1 let. d, art. 48 al. 1 OJ). Déposé en temps utile, le présent recours est également recevable sous l'angle de l'art. 59 al. 1 OJ.

1.2 Saisi d'un recours en réforme, le Tribunal fédéral fonde son arrêt sur les faits tels qu'ils ont été constatés dans la décision attaquée, à moins que des dispositions fédérales en matière de preuve n'aient été violées, qu'il n'y ait lieu de rectifier des constatations reposant sur une inadvertance manifeste (art. 63 al. 2 OJ) ou qu'il ne faille renvoyer la cause à l'autorité cantonale pour compléter les constatations de fait parce que celle-ci n'a pas tenu compte de faits pertinents, en violation de la maxime inquisitoire (art. 64 al. 1 OJ; ATF 122 III 404 consid. 3d p. 408). Il ne peut être présenté de grief contre les constatations de fait, ni de faits ou moyens de preuve nouveaux (art. 55 al. 1 let. c OJ). L'appréciation des preuves à laquelle s'est livrée l'autorité cantonale ne peut être remise en cause (ATF 126 III 189 consid. 2a p. 191; 125 III 78 consid. 3a p. 79 s.).

Dès lors, dans la mesure où, sans pouvoir se prévaloir de l'une des exceptions mentionnées ci-dessus, la recourante remet en cause les constatations cantonales et l'appréciation des preuves faite par la Cour de justice, à savoir que l'intimé n'aurait pas prouvé que sa psychothérapie portait aussi sur ses pulsions sexuelles et qu'il était capable de s'occuper seul de ses enfants, son recours est irrecevable.

2.

Invoquant une violation des art. 8, 156 et 274 al. 2 CC, la recourante reproche à la cour cantonale d'avoir élargi le droit de visite de l'intimé.

2.1

2.1.1 D'après l'art. 7a al. 1 Tit. fin. CC, le divorce est régi par le nouveau droit dès l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 26 juin 1998, qui est intervenue le 1er janvier 2000. La présente cause est dès lors soumise au nouveau droit et l'art. 156 CC, invoqué par la recourante, est par conséquent abrogé. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine relatives à l'al. 1 de cette ancienne disposition correspondent au nouvel art. 145 al. 1 CC qui dispose, au sujet du sort des enfants, que le juge établit d'office les faits et apprécie librement les preuves. 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).

2.1.2 Selon l'art. 273 al. 1 CC, dans sa nouvelle teneur selon la loi fédérale du 26 juin 1998, le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances. Autrefois considéré comme un droit naturel des parents, le droit aux relations personnelles est désormais conçu à la fois comme un droit et un devoir de ceux-ci, mais aussi comme un droit de la personnalité de l'enfant. Il doit servir en premier lieu l'intérêt de celui-ci (ATF 127 III 295 consid. 4a p. 298; 123 III 445 consid. 3b p. 451). Le rapport de l'enfant avec ses deux parents est essentiel et peut jouer un rôle décisif dans le processus de sa recherche d'identité (ATF 127 III 295 consid. 4a p. 298; 123 III 445 consid. 3c p. 452; 122 III 404 consid. 3a p. 407 et les références citées).

Aux termes de l'art. 274 al. 2 CC, si les relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs, le droit d'entretenir ces relations peut leur être refusé ou retiré. Selon la jurisprudence, il existe un danger pour le bien de l'enfant si son développement physique, moral et psychique est menacé par la présence même limitée du parent qui n'a pas l'autorité parentale. Entrent en considération en tant que justes motifs la négligence, les mauvais traitements physiques et psychiques, en particulier les abus sexuels. Conformément au principe de la proportionnalité, il importe en outre que ce danger ne puisse être écarté par d'autres mesures appropriées (ATF 122 III 404 consid. 3b p. 407 et les références citées). Le retrait de tout droit à des 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 (ATF 122 III 404 consid. 3b p. 407; 120 II 229 consid. 3b/aa p. 233 et les références citées). En

revanche, si le risque engendré pour l'enfant par les relations personnelles peut être limité grâce à la présence d'un tiers, le droit de la personnalité du parent non détenteur de l'autorité parentale, le principe de la proportionnalité et le sens des relations personnelles interdisent la suppression complète de ce droit. L'établissement d'un droit de visite surveillé, comme 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. Il ne suffit pas que ce dernier risque abstraitement de subir une mauvaise influence pour qu'un droit de visite surveillé soit instauré (ATF 122 III 404 consid. 3c p. 408).

2.1.3 Le juge du divorce ne doit pas régler les relations personnelles des parents avec leurs enfants de façon temporaire, mais doit le faire, en fonction des circonstances existant au moment du jugement et de la situation, telle qu'elle évoluera probablement à long terme, de façon durable et définitive (ATF 120 II 229 consid. 3b/bb p. 234; 119 II 201 consid. 3 p. 205).

Pour se prononcer sur ces relations, le juge tient compte de l'ensemble des circonstances, examine leurs interactions et en pondère les effets (ATF 122 III 404 consid. 3d p. 408; 119 II 201 consid. 3 p. 204 s.). En ce qui concerne l'attribution des enfants ainsi que pour toutes les questions qui sont étroitement liées à ce problème, notamment la réglementation du droit de visite, c'est la maxime d'office, respectivement inquisitoire, qui prévaut (ATF 122 III 404 consid. 3d p. 408; 120 II 229 consid. 1c p. 231). En effet, en application de l'art. 145 al. 1 CC, le juge du divorce doit instruire l'état de fait déterminant pour la décision en procédant d'office à l'administration des moyens de preuve nécessaires (ATF 122 III 404 consid. 3d p. 408 et les références citées). S'il ne s'acquitte pas de ce devoir, la cause doit en général être renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle complète la procédure probatoire (art. 64 al. 1er OJ). Dans les cas litigieux comme en l'espèce et, en particulier, lorsqu'un des parents allègue que les visites, notamment celles organisées sous une forme non surveillée chez le parent titulaire du droit aux relations personnelles portent préjudice aux enfants, il est en règle générale indispensable

d'ordonner une expertise. Il importe peu alors, compte tenu de la maxime d'office, respectivement inquisitoire, que, dans la procédure cantonale, les parties aient requis un tel moyen de preuve (ATF 122 III 404 consid. 3d p. 409 et les références citées).

2.2 La cour cantonale a admis que les circonstances liées à la personnalité du père, soit ses tendances pédophiles, qui dénotent d'une perversion de l'image de l'enfant en général, ainsi que ses tendances suicidaires, qui pourraient théoriquement se manifester en présence des enfants, sont susceptibles de perturber l'épanouissement de ces derniers et de contrarier l'idée que la mère s'en fait. Elle a toutefois relevé que l'intimé s'est sérieusement préoccupé de sa situation dès la découverte de ses penchants, qu'il poursuit depuis trois ans une psychothérapie, et que son médecin, qui loue périodiquement la qualité de ses investissements, a pu émettre un bon pronostic et déclarer que l'état dépressif de son patient s'est amélioré de façon satisfaisante. Elle a enfin constaté que tant les enquêtes civiles que pénales n'ont pas mis en évidence une situation de passage à l'acte avec des enfants, la perversité de l'intimé se limitant fort heureusement à la consultation médiatique.

Sur la base de ces éléments, la cour cantonale a conclu qu'il n'existait pas de risques concrets pour les enfants et que le maintien de l'exercice du droit de visite en milieu protégé et en présence d'un tiers était excessif. Elle a ainsi décidé de restaurer progressivement le droit de visite du père, afin de mesurer l'évolution favorable de ce dernier et de préserver l'équilibre des enfants.

2.3 La recourante conteste cette restauration progressive du droit de visite. Elle soutient, qu'à défaut d'expertise psychiatrique, les éléments du dossier ne permettent pas à la cour cantonale d'évaluer les risques liés au comportement pédophile du défendeur. Elle affirme aussi que les risques auxquels sont exposés les enfants sont réels et concrets, de sorte qu'une limitation du droit de visite de l'intimé est nécessaire pour sauvegarder le bien de ces derniers.

2.3.1 En l'espèce, il ressort des constatations cantonales que l'intimé présente un état dépressif, a commis deux tentatives de suicide en 2000 et a été condamné pour violation de l'art. 197 ch. 3 CP, après avoir téléchargé sur son site internet quelques 1'600 photographies à caractère pédophile. Le défendeur présente ainsi manifestement des tendances suicidaires et pédophiles, susceptibles de perturber l'épanouissement de jeunes enfants. Il est vrai que, selon l'arrêt attaqué, l'intimé se fait soigner depuis trois ans et que son état dépressif s'est amélioré. Toutefois, on ignore encore quel est le pronostic quant à ses perversions sexuelles et si et dans quelle mesure elles représentent un danger pour ses enfants. De plus, malgré le rapport du 8 mai 2001 du Service de la protection de la jeunesse, qui préconise une expertise psychiatrique pour évaluer les risques d'un passage à l'acte suicidaire ou pédophile, celle-ci n'a jamais été effectuée, alors que, selon la jurisprudence précitée (cf. supra, consid. 2.1.2), elle est en règle générale indispensable dans de tels cas. Enfin, contrairement à l'avis de la cour cantonale, le fait que l'intimé suive régulièrement une thérapie et le fait qu'aucun passage à l'acte sur des enfants

n'ait été mis en évidence ne constituent pas des indices suffisants pour exclure tout risque concret de mise en danger du bien des enfants. En effet, une mise en danger concrète n'exige pas la réalisation d'un résultat, à savoir que des abus sexuels aient effectivement été commis et que les enfants aient été atteints dans leur santé; il suffit que ce risque apparaisse à tout le moins vraisemblable dans le cas concret (cf. supra, consid. 2.1.2 et cf. ATF 126 IV 136 consid. 1b p. 138 s.; 125 IV 64 consid. 1a p. 69).

2.3.2 Ainsi, sur la base de ces éléments, on ne peut répondre à la question de savoir si les défauts de caractère de l'intimé constituent un danger concret ou non pour le bien de ses enfants. A défaut de constatations cantonales sur les risques concrets d'un passage à l'acte suicidaire ou pédophile et d'expertise judiciaire à ce sujet, il n'est pas possible de savoir s'il existe ou non un juste motif au sens de l'art. 274 al. 2 CC. Par conséquent, en l'état, on ne peut élargir le droit de visite du père en

prévoyant un droit de visite ordinaire, comme le fait la Cour de justice, ni le restreindre, de manière durable, en le soumettant notamment à une surveillance, comme le demande la recourante dans ses conclusions principales. En outre, il convient de préciser que le juge du divorce doit régler le droit de visite de manière durable et définitive (cf. supra, consid. 2.1.3) et qu'on ne saurait par conséquent renvoyer le père aux autorités tutélaires pour faire modifier son droit de visite après expertise, ce d'autant plus que l'intimé a consenti à s'y soumettre. La question de la mise en danger de la santé physique et psychologique des enfants doit donc être tranchée dans la procédure de divorce.

Partant, la cause doit être renvoyée (art. 64 al. 1 OJ) à l'autorité cantonale pour compléter l'état de fait. Il lui appartient de requérir une expertise psychiatrique relative aux risques concrets que présente l'intimé pour ses enfants en raison de ses tendances suicidaires et pédophiles et, au vu des résultats, de trancher la question de savoir s'il existe ou non des motifs au sens de l'art. 274 al. 2 CC et finalement de définir l'étendue du droit de visite du père.

3.

Au vu de ce qui précède, le recours doit être partiellement admis dans la mesure où il est recevable et l'arrêt attaqué annulé en tant qu'il annule le point 3 du dispositif du jugement rendu le 18 juin 2003 par le Tribunal de première instance de Genève. La cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

L'intimé, qui succombe, paiera les frais de justice et versera des dépens à sa partie adverse (art. 156 al. 1 et 159 al. 1 OJ).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est partiellement admis dans la mesure où il est recevable, l'arrêt attaqué est annulé en tant qu'il annule le point 3 du dispositif du jugement rendu le 18 juin 2003 par le Tribunal de première instance de Genève et la cause est renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

2.

Un émolument judiciaire de 2'000 fr. est mis à la charge du défendeur.

3.

Le défendeur versera à la demanderesse une indemnité de 2'000 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué en copie aux mandataires des parties et à la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève.

Lausanne, le 14 juin 2004

Au nom de la II<sup>e</sup> Cour civile

du Tribunal fédéral suisse

Le président: La greffière: