

Tribunale federale  
Tribunal federal

{T 0/2}  
5A 619/2007

Arrêt du 25 février 2008  
IIe Cour de droit civil

Composition  
M. et Mmes les Juges Raselli, Président,  
Escher et Hohl.  
Greffière: Mme Rey-Mermet.

Parties  
A.\_\_\_\_\_, (époux),  
recourant, représenté par Me Bertrand R. Reich, avocat,

contre

dame A.\_\_\_\_\_, (épouse),  
intimée, représentée par Me Patrick Malek-Asghar, avocat,

Objet  
divorce,

recours contre l'arrêt de la Chambre civile de la Cour de justice du canton de Genève du 14 septembre 2007.

Faits:

A.  
A.\_\_\_\_\_, né le 21 décembre 1954 en Inde, et dame A.\_\_\_\_\_, née le 15 juin 1964 au Sri-Lanka, tous deux originaires de Versoix, se sont mariés le 26 novembre 1983 en Inde. Ils ont eu un fils : B.\_\_\_\_\_, né le 25 octobre 1998 à Meyrin.

Les époux se sont séparés en septembre 2000.

Dame A.\_\_\_\_\_ travaille comme fonctionnaire internationale à Genève. A.\_\_\_\_\_ est physicien; il réside la semaine près de son lieu de travail, en Argovie, et à Genève le week-end.

Depuis la séparation du couple, la mère a l'autorité parentale et la garde de l'enfant. En procédure de mesures protectrices, puis de mesures provisoires, les parents se sont entendus sur un droit de visite exercé par le père tous les week-ends, en alternance du samedi matin au dimanche soir et du samedi matin au samedi soir.

B.  
Par jugement du 22 février 2007, le Tribunal de première instance du canton de Genève, statuant sur les effets accessoires du divorce, a notamment attribué l'autorité parentale et la garde de l'enfant à la mère et réservé un large droit de visite au père; faute d'accord contraire entre les parties, celui-ci a été fixé, à un week-end sur deux, du vendredi à la sortie de l'école au dimanche soir à 19h00 et à la moitié des vacances scolaires.

Statuant le 14 septembre 2007 sur appel du père, la Cour de justice a porté le droit de visite, sauf accord contraire des parties, à deux week-ends sur trois du vendredi à la sortie de l'école au dimanche soir à 19 heures, la répartition durant les vacances scolaires n'étant pas modifiée.

C.

Contre cet arrêt, le père interjette un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Il conclut principalement à l'annulation de l'arrêt attaqué et au renvoi de la cause à la Cour de justice pour qu'elle statue à nouveau dans le sens des considérants. Subsidiairement, il demande au Tribunal fédéral de fixer un large droit de visite, soit tous les week-ends, en alternance du vendredi soir à la sortie de l'école au dimanche soir à 20 heures et du vendredi soir à la sortie de l'école au samedi soir à 20 heures.

Une réponse n'a pas été requise.

Considérant en droit:

1.

La décision concernant le divorce et ses effets accessoires est une décision rendue en matière civile (art. 72 al. 1 LTF). Dès lors que le litige soumis au Tribunal fédéral ne porte que sur le droit aux relations personnelles du père, contestation de nature non pécuniaire, le recours en matière civile est recevable indépendamment de la valeur litigieuse. Interjeté en temps utile contre une décision finale prise par une autorité cantonale de dernière instance, le recours est également recevable au regard des art. 75 al. 1, 90 et 100 al. 1 LTF.

2.

Le recours ne peut critiquer les constatations de fait que si les faits ont été établis de façon manifestement inexacte 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). Le recourant qui entend invoquer que les faits ont été établis de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire que les constatations de fait sont arbitraires, au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 133 II 249 consid. 2.1), doit démontrer, par une argumentation précise, en quoi consiste la violation. Le Tribunal fédéral n'examine en effet la violation de l'interdiction de l'arbitraire (art. 9 Cst.) que si ce grief a été invoqué et motivé par le recourant (art. 106 al. 2 LTF), c'est-à-dire s'il a été expressément soulevé et exposé de façon claire et détaillée (principe d'allégation; ATF 133 IV 286 consid. 1.4; cf. à propos de l'art. 90 al. 1 let. b OJ, les ATF 130 I 26 consid. 2.1 p. 31 et les arrêts cités). Ainsi, le recourant ne peut se contenter de critiquer la décision attaquée comme il le ferait en instance d'appel, où la juridiction supérieure jouit d'une libre cognition; en particulier, il ne saurait se limiter à opposer son opinion à celle de l'autorité cantonale, mais il doit démontrer par une argumentation précise que cette décision se fonde sur une appréciation des preuves manifestement insoutenables. Le Tribunal fédéral n'entre pas en matière sur les critiques de nature appellatoire (ATF 133 III 585 consid. 4.1, 589 consid. 2, 638 [n°87] consid. 2 et les arrêts cités). En matière d'appréciation des preuves et de constatations de fait, le Tribunal fédéral se montre réservé, vu le large pouvoir qu'il reconnaît aux autorités cantonales dans ce domaine; il n'intervient, pour violation de l'art. 9 Cst., que si le juge n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, s'il a omis, sans motif sérieux, de tenir compte d'un moyen de preuve pertinent ou encore s'il a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 129 I 8 consid. 2.1; 127 I 38 consid. 2a et les arrêts cités).

Le Tribunal fédéral applique d'office le droit (art. 106 al. 1 LTF) à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal ou à l'état de fait qu'il aura rectifié et complété conformément aux principes exposés ci-dessus.

3.

Le recourant estime que la cour cantonale a établi les faits de manière inexacte en retenant que, de l'avis du Service de protection des mineurs, il n'était pas nécessaire d'instaurer une curatelle au sens de l'art. 308 CC. Le recourant n'a pas sollicité l'instauration d'une curatelle au sens de l'art. 308 CC dans le cadre de la procédure cantonale; il ne prend pas non plus de conclusions dans ce sens dans son recours au Tribunal fédéral. On ne voit dès lors pas en quoi la constatation litigieuse est susceptible d'influer sur le sort de la cause, ce que le recourant n'explique pas. Faute de motivation suffisante (cf. consid. 2 supra), il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur cette question.

4.

Le recourant soutient que l'institution d'une curatelle de représentation au sens de l'art. 146 CC est obligatoire lorsque les parties divergent sur l'étendue des relations personnelles.

4.1 Aux termes de l'art. 146 CC, lorsque de justes motifs l'exigent, le juge ordonne que l'enfant soit représenté par un curateur dans la procédure (al. 1). Il examine s'il doit instituer une curatelle en particulier lorsque les père et mère déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou à des questions importantes concernant les relations personnelles ou aux mesures de protection de l'enfant (al. 2 ch. 1). Le curateur peut déposer des conclusions dans la procédure et interjeter recours contre les décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale, à des questions essentielles concernant les relations personnelles ou aux mesures de protection de l'enfant (art. 147 al. 2 CC). Sauf si l'enfant capable de discernement la requiert lui-même (art. 146 al. 3 CC), la nomination d'un curateur n'est pas une obligation, mais une possibilité qui relève du pouvoir d'appréciation du juge in (arrêts 5C.274/2001 du 23 mai 2002 consid. 2.5.2 in : FamPra.ch 2002 p. 845 et la réf. citée; 5C.210/2000 du 27 octobre 2000 consid. 2b). Dans les cas énumérés à l'alinéa 2 de l'art. 146 CC, le juge reste néanmoins tenu d'examiner d'office si l'instauration d'une curatelle s'avère nécessaire.

4.2 Dans le cas particulier, les époux ont déposé des conclusions divergentes quant aux modalités du droit de visite devant l'autorité de première instance. Il appartenait ainsi aux juges d'examiner d'office la nécessité d'ordonner une curatelle, ce que les deux instances cantonales ont effectué. La Cour de Justice a estimé que les divergences quant aux modalités du droit de visite n'étaient pas suffisamment importantes pour justifier la nomination d'un curateur, les parents ne remettant pas en question la nécessité des relations personnelles suivies entre l'enfant et son père. Elle a aussi relevé que le Service de protection de la jeunesse pouvait formuler des propositions en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Cette motivation est convaincante, dès lors que le but de la curatelle de représentation est de veiller au mieux aux intérêts de l'enfant (Peter Breitschmid, Commentaire bâlois, 3ème éd., 2006, n. 5 ad art. 146/147 CC). Il faut également ajouter que le Service de protection de la jeunesse avait formulé des propositions après avoir entendu l'enfant. A ce stade de la procédure, il serait par ailleurs préjudiciable à celui-ci de renvoyer l'affaire à l'autorité cantonale afin qu'elle désigne un curateur de représentation.

Cela entraînerait une exacerbation du conflit parental et une prolongation de la procédure de divorce initiée en 2004. Le recourant l'a d'ailleurs bien compris, car il ne demande devant l'instance fédérale l'instauration de cette curatelle qu'en cas d'annulation de l'arrêt cantonal. Le grief relatif à la violation de l'art. 146 CC doit par conséquent être rejeté.

5.

La cour cantonale a relevé que le droit de visite exercé jusqu'ici tous les week-ends a permis au père de nouer un lien fort avec son fils. Se fondant sur les observations faites lorsque l'enfant a été présenté aux urgences pédiatriques des Hôpitaux Universitaires de Genève (ci-après : HUG) en mars 2007, elle a toutefois constaté que les modalités actuelles (droit de visite exercé en alternance du vendredi au dimanche soir et du vendredi au samedi soir) ravivent une souffrance accrue chez l'enfant. A cette occasion, celui-ci a certes souhaité le maintien du droit de visite actuel. Les magistrats cantonaux ont cependant estimé qu'ils n'étaient pas liés par l'avis d'un enfant de 8 ans, qui devait en outre être placé dans le contexte du conflit de loyauté qu'il vit, de sa souffrance de voir ses parents séparés et en conflit à son sujet ainsi que de son désir de passer autant de temps avec chacun d'eux. Au vu des tensions et de la souffrance accrue provoquées par le passage de l'un à l'autre des parents durant le week-end, la cour a considéré que la réglementation du droit de visite qui prévalait jusqu'alors allait à l'encontre de l'intérêt de l'enfant.

Les magistrats précédents ont jugé qu'il fallait tenir compte d'une part du rythme de visites auquel l'enfant est habitué depuis l'âge de deux ans, du fort lien qui l'unit à son père, de l'éloignement de celui-ci durant la semaine et, d'autre part, de l'intérêt de l'enfant de développer des activités de loisirs avec sa mère et de partager avec celle-ci des moments de détente. Ils ont estimé que l'enfant doit pouvoir développer ce genre d'activités avec sa mère sans qu'elle n'ait à justifier de son programme auprès de son ex-mari - celui-ci s'étant déclaré prêt à ce qu'elle puisse passer un week-end entier avec leur fils «si des projets concrets le justifient» -. Au vu de ces différents éléments d'appréciation, la cour a considéré qu'un droit de visite usuel d'un week-end sur deux était inapproprié; elle l'a fixé à deux week-ends sur trois, du vendredi à la sortie de l'école au dimanche soir à 19h.

6.

Le recourant se plaint tout d'abord de violation de son droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.), sous son aspect de droit à une décision motivée. Selon lui, la cour cantonale s'est écartée de ses conclusions, de l'avis de l'enfant et de l'évaluation du 6 novembre 2006 faite par le Service de protection des mineurs. Elle leur a substitué sa propre appréciation sans expliquer en quoi dite évaluation ne devait pas être suivie, ni pourquoi elle a imposé ces modalités du droit de visite.

6.1 La jurisprudence a déduit du droit d'être entendu garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. l'obligation pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il s'est fondé; il n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les arguments invoqués par les parties. Il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents (ATF 130 II 530 consid. 4.3 et les arrêts cités). Le droit d'être entendu étant une garantie constitutionnelle de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 127 V 431 consid. 3d/aa), ce moyen doit être examiné en premier lieu (ATF 124 I 49 consid. 1 in fine) et avec un plein pouvoir d'examen (ATF 127 III 193 consid. 3 et la jurisprudence citée).

6.2 En l'occurrence, la cour cantonale a expliqué de manière détaillée ses motivations (cf. consid. 5 supra). En particulier, elle a exposé pourquoi elle ne pouvait suivre les conclusions du recourant qui tendaient à la fixation du droit de visite tous les week-ends, en alternance du vendredi soir au dimanche soir et du vendredi soir au samedi soir. A ce sujet, elle s'est fondée sur le rapport établi en mars 2007 par le service d'accueil et d'urgence pédiatriques des HUG et a constaté que ces modalités du droit de visite (en particulier le passage de l'un à l'autre de ses parents durant le week-end) provoquaient des tensions et une souffrance accrue chez l'enfant, raison pour laquelle elle a choisi de s'en écarter. Elle a en outre expliqué pourquoi elle n'était pas tenue par l'avis de celui-ci (cf. consid. 5 supra). S'agissant du rapport d'évaluation qui préconisait l'instauration d'un droit de visite tous les week-ends en alternance du vendredi soir au dimanche soir et du vendredi à la sortie de l'école au samedi matin, il n'était pas nécessaire que la cour explique pourquoi elle s'en écartait dans la mesure où il datait du 6 novembre 2006, soit avant les constatations faites lors du passage de l'enfant aux HUG. Le grief de violation du droit d'être entendu soulevé par le recourant est par conséquent infondé.

7.

Le recourant reproche ensuite à la cour cantonale d'avoir commis l'arbitraire (art. 9 Cst.) en s'écartant de l'avis d'un spécialiste, soit le Service de protection des mineurs qui préconisait la fixation du droit de visite tous les week-ends (cf. rapport du 6 novembre 2006). La cour a justifié sa position par des motifs que le recourant n'estime pas déterminants. Il explique que le rapport du service d'accueil et d'urgences pédiatriques des HUG daté de mars 2007 a été interprété de manière erronée. Selon le recourant, ce rapport ne constate pas, contrairement à ce qui a été retenu par la cour cantonale, que les modalités du droit de visite mises en place depuis septembre 2000 soient la cause de la souffrance de l'enfant. Enfin, le recourant juge également irrelevante l'argument selon lequel l'enfant a besoin de partager des activités de loisirs avec la mère, car rien n'indique au dossier que celle-ci va prévoir de telles activités.

Cette critique - largement appellatoire et partant irrecevable (consid. 2) - ne démontre pas que l'arrêt cantonal serait arbitraire dans son résultat ou qu'il serait fondé sur des constatations de fait arbitraires. Il faut relever en premier lieu qu'en matière de sort des enfants, le juge apprécie librement les preuves (art. 145 al. 1 CC). En l'occurrence, il n'était pas arbitraire de s'écarter des recommandations émises par le Service de protection des mineurs en novembre 2006 dans la mesure où des faits nouveaux le justifiaient. En effet, il avait été constaté postérieurement à cette date que l'exercice du droit de visite durant le week-end provoquait une souffrance accrue chez l'enfant. Le rapport établi le samedi 24 mars 2007 aux HUG relève en effet que, lorsque le père a présenté l'enfant au service d'urgences, celui-ci pleurait parce qu'il ne voulait pas retourner chez sa mère, qu'il n'aimait pas voir ses parents divorcés et qu'il souhaitait qu'il y ait «égalité de temps» entre ses parents;

il constate l'existence d'un conflit parental majeur provoquant une probable souffrance chez l'enfant. Sur le vu de ces éléments, il n'y avait rien d'insoutenable à retenir que le partage du week-end crée une souffrance pour l'enfant,

pris dans un conflit de loyauté à l'égard de ses parents. Il n'était pour le surplus pas arbitraire de prendre en considération le souhait légitime de la mère de passer des week-ends entiers avec son fils, sans imposer à celle-ci de présenter des «projets concrets» comme le souhaitait le recourant.

8.

Le recourant reproche encore à la cour cantonale de n'avoir pas suivi l'avis de l'enfant exprimé lors de son audition par le Service de protection des mineurs le 4 octobre 2006. Il invoque une violation de l'art. 133 al. 2 CC.

8.1 Aux termes de l'art. 133 al. 2 CC, lorsqu'il attribue l'autorité parentale et règle les relations personnelles, le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant; il prend en considération une éventuelle requête commune des parents et, autant que possible, l'avis de l'enfant. Celui-ci doit apparaître, compte tenu de l'âge et du développement de l'enfant, comme une ferme résolution de sa part et doit être l'expression d'une relation affective étroite avec le parent concerné (ATF 122 III 401 consid. 3b; cf. aussi ATF 126 III 497 consid. 4). Dans chaque cas, la décision doit être prise de manière à répondre le mieux possible aux besoins de l'enfant; au nombre des critères essentiels entrent en ligne de compte les relations personnelles entre les deux parents et l'enfant, les capacités éducatives respectives des parents et leur aptitude à prendre soin de l'enfant et à s'en occuper personnellement (cf. ATF 117 II 353 consid. 3; 115 II 206 consid. 4a et 317 consid. 2).

8.2 En l'espèce, la cour cantonale a exposé que, lors de la consultation au service des urgences pédiatriques en mars 2007, l'enfant a exprimé le souhait de maintenir le droit de visite pratiqué jusqu'alors. Constatant toutefois que le passage de l'un à l'autre de ses parents durant le week-end engendrait chez l'enfant une souffrance particulière, elle a jugé que l'intérêt de l'enfant commandait d'abandonner ces modalités. Elle a considéré que l'avis de l'enfant devait être replacé dans le contexte du conflit de loyauté qu'il vit, de sa souffrance de voir ses parents en conflit à son sujet et de son désir de passer autant de temps avec chacun d'eux. Elle s'est toutefois écartée d'une répartition usuelle du droit de visite (soit un week-end sur deux) pour le fixer à deux week-ends sur trois, en sus de la moitié des vacances scolaires.

8.3 Le recourant ne se prononce pas sur le souhait exprimé aux urgences pédiatriques, mais se réfère à un avis exprimé par l'enfant antérieurement, soit dans une situation qui n'était plus d'actualité pour la cour. En outre, il méconnaît que l'avis de l'enfant n'est qu'un des critères à prendre en compte dans la fixation des relations personnelles et que, si cet avis doit être pris en considération, il n'est pas décisif en soi. Au vu des motifs relevés par la cour cantonale pour s'en écarter (conflit de loyauté, souffrance engendrée par le conflit entre ses parents et par le passage de l'un à l'autre durant le week-end), il n'est pas contraire au droit fédéral de considérer que cet avis ne devait pas être suivi. Elle a au surplus tenu compte de ce souhait dans la mesure du possible en s'écartant des modalités de visite habituelles pour porter le droit de visite à deux week-ends sur trois.

9.

La cour cantonale a fixé le droit de visite, sauf entente entre parties, à deux week-ends sur trois du vendredi à la sortie de l'école au dimanche soir à 19 heures. Le recourant veut exercer son droit de visite tous les week-ends, soit un week-end complet (du vendredi soir à la sortie de l'école au dimanche soir à 20h) en alternance avec un week-end partiel (du vendredi soir à la sortie de l'école au samedi soir à 20 h).

9.1 Aux termes de l'art. 273 al. 1 CC, 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 (cf. art. 273 al. 2 CC), 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; 123 III 445 consid. 3b). 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; 123 III 445 consid. 3c; 122 III 404

consid. 3a et les réf.).

L'appréciation des circonstances de fait pour fixer le droit aux relations personnelles de l'art. 273 al. 1 CC, c'est-à-dire la détermination de leur portée juridique, est une question de droit. Le Tribunal fédéral s'impose toutefois une certaine retenue en la matière, le juge du fait disposant d'un pouvoir d'appréciation en vertu de l'art. 4 CC; le Tribunal fédéral n'intervient donc que si la décision a été prise sur la base de circonstances qui ne jouent aucun rôle selon l'esprit de la loi, ou si des aspects essentiels ont été ignorés (ATF 120 II 229 consid. 4a et l'arrêt cité).

9.2 En l'occurrence, les arguments du recourant ne révèlent pas une violation de l'art. 273 al. 1 CC. Lorsqu'il soutient que la réglementation adoptée satisfait un souhait de la mère sans tenir compte de l'intérêt de leur fils, il omet totalement les tensions accrues et la souffrance de l'enfant lors du passage entre les parents durant les week-ends. Si la réglementation du droit de visite précédemment convenue permettait au recourant de voir son enfant tous les week-ends, il faut tenir compte des faits nouveaux survenus depuis lors, soit des tensions supplémentaires qu'elle provoque. Afin d'éviter que l'enfant n'y soit trop souvent confronté, il apparaissait donc indiqué, dans l'intérêt de celui-ci, de s'écarter de ces modalités. Pour les mêmes raisons, le reproche du recourant d'avoir réduit la fréquence des relations avec son fils, contrairement à ce que préconise le rapport du Service de protection des mineurs et contre l'avis de l'enfant, est infondé. Le recourant méconnaît la réalité des faits nouveaux constatés après ledit rapport. Enfin, il n'était pas contraire au droit fédéral de tenir compte de l'intérêt de l'enfant à pouvoir développer des activités de loisirs avec sa mère. Il ne faut pas perdre de vue que la cour

cantonale a aussi pris en considération le fort lien qui unit père et fils, le rythme de visite auquel celui-ci est habitué et leur éloignement géographique, pour s'écarter des modalités habituelles (soit un week-end sur deux) et fixer le droit de visite à deux week-ends sur trois. En outre, dès lors que les visites s'exerceront du vendredi à la sortie de l'école au dimanche soir, cette nouvelle réglementation permettra au père de voir son fils, certes moins souvent, mais plus longuement. Eu égard à l'ensemble de ces éléments, on ne saurait reprocher à la cour cantonale d'avoir violé le pouvoir d'appréciation dont elle jouit dans ce domaine.

10.

Il résulte de ce qui précède que le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Par conséquent, les frais de la procédure doivent être mis à la charge du recourant (art. 66 al. 1 LTF). Comme l'intimée, qui s'est opposée à l'effet suspensif qui a été accordé, n'a pas été invitée à répondre sur le fond, il ne lui sera pas alloué de dépens (art. 68 al. 1 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est rejeté dans la mesure où il est recevable.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 2'000 fr., sont mis à la charge du recourant.

3.

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

Lausanne, le 25 février 2008

Au nom de la IIe Cour de droit civil  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président: La Greffière:

Raselli Rey-Mermet