Urteilskopf

95 II 385

53. Extrait de l'arrêt de la IIe Cour civile du 8 mai 1969 dans la cause L. contre W.
Regeste (de):
Besuchsrecht. Abänderung bei Eintritt neuer Tatsachen. Art. 156 Abs. 3 und 157 ZGB.

1. Eine Vereinbarung über die Nebenfolgen der Scheidung, die vom Richter genehmigt wurde (Art. 158 Ziff. 5 ZGB), kann bei Eintritt neuer Tatsachen bezüglich der Elternrechte auf dem in Art. 157 ZGB vorgesehenen Wege abgeändert werden (Erw. 2 und 4).

2. Der Inhaber der elterlichen Gewalt entscheidet frei über den Wohnsitz oder Aufenthaltsort des ihm anvertrauten Kindes. Er muss aber die Ausübung des dem andern Elternteil eingeräumten Besuchsrechts gestatten. Unter Vorbehalt des Rechtsmissbrauchs im Sinne von Art. 2 ZGB ist die Aussicht, ja sogar die Gewissheit, dass der Inhaber der elterlichen Gewalt ins Ausland wegzieht, kein genügender Grund, ihm die Obhut über das Kind zu entziehen oder ihn auch nur zu verpflichten, die Reisekosten des Kindes zu bezahlen, die grundsätzlich der Besuchsberechtigte zu tragen hat (Erw. 3, 4 und 5).

Regeste (fr):
Droit de visite. Modification en cas de faits nouveaux. Art. 156 al. 3 et 157 CC.

1. La convention sur les effets accessoires du divorce, ratifiée par le juge (art. 158 ch. 5 CC), peut être modifiée si des faits nouveaux se produisent, en ce qui concerne les droits des parents envers leurs enfants, par la voie qu'institue l'art. 157 CC (consid. 2 et 4).

2. Le détenteur de la puissance paternelle détermine librement le domicile ou le lieu de résidence de l'enfant qui lui est confié. Mais il doit permettre l'exercice du droit de visite reconnu à l'autre parent. Sauf abus au sens de l'art. 2 CC, la perspective, voire la certitude d'un départ à l'étranger du détenteur de la puissance paternelle n'est pas un motif suffisant pour lui retirer la garde de l'enfant, ni même pour l'obliger à supporter les frais de voyage de celui-ci, qui incombent en principe au bénéficiaire du droit de visite (consid. 3, 4 et 5).

Regesto (it):
Diritto di visita. Modificazione quando intervengono fatti nuovi. Art. 156 cpv. 3 e 157 CC.

1. La convenzione sugli effetti accessori del divorzio, approvata dal giudice (art. 158 num. 5 CC), può essere modificata se intervengono fatti nuovi, in ciò che riguarda i diritti dei genitori verso i figli, attraverso la via prevista dall'art. 157 CC (consid. 2 e 4).

2. Il detentore della patria potestà determina liberamente il domicilio o il luogo di residenza del figlio che gli è affidato. Egli deve tuttavia permettere l'esercizio del diritto di visita riconosciuto all'altro genitore. Salvo abuso ai sensi dell'art. 2 CC, la prospettiva, o persino la certezza, d'una partenza all'estero del detentore della patria potestà non è motivo sufficiente per ritirargli la custodia del figlio, e nemmeno per obbligarlo a sopportare le spese di viaggio di quest'ultimo, le quali incombono di massima al beneficiario del diritto di visita (consid. 3, 4 e 5).

Sachverhalt ab Seite 386

BGE 95 II 385 S. 386

Résumé des faits:
E.W., de nationalité suisse, et A. P., de nationalité française, se sont mariés à Lausanne le 29 août 1959. Une fille, S. - P., est issue de leur union, le 8 décembre 1963. Par jugement du 9 décembre 1965, le Tribunal civil du district de Morges a prononcé le divorce des époux et ratifié la convention qu'ils avaient signée le 18 février 1965 et qui règle les effets accessoires de la dissolution de leur mariage. En vertu de cette convention, la puissance paternelle sur l'enfant a été attribuée à la mère. Le père s'est engagé à contribuer à l'entretien de sa fille. Son droit de visite était réglé. Dame P. s'est remariée le 16 décembre 1967 avec A. L., ressortissant français. Elle habite avec lui à Chavannes-près-Renens. A. L. est attaché à S., qui lui rend son affection. Il est lié par contrat avec une maison suisse pour une durée d'environ cinq ans et n'envisage pas pour le moment de rentrer en France. Le 12 décembre 1967, E. W. a ouvert action en modification du jugement de divorce, notamment en ce qui concerne son droit de visite. Statuant en seconde instance le 17 décembre 1968, la Chambre des recours du Tribunal cantonal vaudois a précisé les modalités de l'exercice du droit de visite du demandeur et prononcé que si dame L. s'installait à l'étranger, elle devrait permettre l'exercice de ce droit "en amenant l'enfant en Suisse à ses frais et en l'y reprenant, à ses frais également." Admettant le recours en réforme interjeté par dame L., le Tribunal fédéral a supprimé cette obligation.

BGE 95 II 385 S. 387

Erwägungen

Extrait des considérants:

2. La convention relative aux effets accessoires du divorce, ratifiée par le juge conformément à l'art. 158 ch. 5 CC, devient partie intégrante du jugement. Si des faits nouveaux se produisent, elle peut être modifiée par la voie qu'institue l'art. 157 CC (RO 60 II 82 et 169; COMMENT, Problèmes juridiques dérivant de conventions relatives aux enfants de parents divorcés et aux enfants illégitimes, dans "Problèmes et buts de la tutelle", Zurich 1963, p. 96 s.; HINDERLING, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 3e éd., p. 187).

3. Sous réserve des restrictions imposées par le juge à l'exercice de la puissance paternelle, son détenteur jouit en principe des droits complets institués par les art. 273 ss. CC; il détermine notamment le domicile ou le lieu de résidence du mineur qui lui est confié (HEGNAUER, Berner Kommentar, Die Verwandtschaft, n. 71 ad art. 273 et 55 ad art. 274 CC; HINDERLING, op.cit., p. 157; RO 65 II 131 in fine; Tribunal cantonal d'Argovie, 14 mars 1952, RSJ 51 p. 58 no 40, consid. 2 lettre a).
Le droit de visite réservé par l'art. 156 al. 3 CC au parent auquel l'enfant n'est pas attribué constitue précisément l'une de ces restrictions qu'il appartient à l'autorité judiciaire de fixer, même d'office (RO 85 II 231 consid. 2; 81 II 316 consid. 3; HINDERLING, op.cit., p. 159; arrêt Burgherr du 10 juin 1954, cité par COMMENT, loc.cit., p. 86 in fine/87). Bien qu'il s'agisse d'un droit naturel institué non seulement dans l'intérêt de l'enfant, mais aussi dans l'intérêt du parent bénéficiaire (RO 71 II 209, 72 II 11), le droit de visite peut être restreint, voire supprimé, si les intérêts supérieurs du mineur - qui constituent en général le critère décisif lorsque le sort d'un enfant est en jeu (RO 93 II 158 in fine; 85 II 231; 79 II 241) - le commandent (RO 89 II 5/6 et 7 consid. 2 al. 1; HINDERLING, op.cit., p. 158; MARTHALER, Le droit de visite des parents séparés de leurs enfants, thèse Neuchâtel 1963, p. 45). L'exercice du droit de visite est exposé à des limitations résultant inévitablement d'un éloignement dans l'espace du détenteur de la puissance paternelle; en principe, le bénéficiaire dudit droit doit les subir (GMÜR, Berner Kommentar, Familienrecht, 2e éd., 1923, n. 20 a ad art. 156 CC, p. 257 in fine/258). Jurisprudence et doctrine admettent, en effet, que la perspective, voire la certitude d'un départ à l'étranger du

parent investi de

BGE 95 II 385 S. 388

la puissance paternelle n'est pas - sauf abus au sens de l'art. 2 CC - un motif suffisant pour lui retirer la garde de l'enfant, bien que cette circonstance risque de rendre impossible à l'autre parent l'exercice de son droit de visite (RO 38 II 36 ss.; arrêt G. c. P. du 29 mars 1926 in SJ 1926 p. 425 consid. IV; arrêt F. c. F. du 10 décembre 1943 in SJ 1944 p. 343 in fine - considérants non publiés au RO 69 II 348 ss.; les arrêts cités par COMMENT, loc.cit., p. 88; Cour de justice de Genève, 19 juin 1914 in SJ 1914 p. 589; Tribunal cantonal d'Argovie, arrêt du 14 mars 1952 déjà cité, RSJ 51 p. 59 al. 2; DES GOUTTES, FJS 529 p. 3 al. 2). Et la réglementation du droit de visite peut être adaptée à la situation nouvelle qui résulte du départ pour l'étranger. Par exemple, un séjour plus long pendant les vacances remplacera le droit de visite fixé par jours (cf. HINDERLING, op.cit., p. 158, n. 4 in fine). La question des relations personnelles doit être traitée indépendamment de celle des obligations pécuniaires (PICOT, La jurisprudence en matière de divorce ..., Rapport de 1929 à la Société suisse des juristes, RDS 1929, p. 80 a, al. 2; MARTHALER, op.cit., p. 105 in fine/106 - cf. cependant ibidem p. 138 al. 3 -; DES GOUTTES, FJS 529 p. 1 ch. 3 et les auteurs cités n. 13). Tout en précisant que le départ pour l'étranger du détenteur de la puissance paternelle ne peut en soi motiver une modification de la pension devant être payée par l'autre parent pour l'enfant, le Tribunal fédéral a cependant réduit aux normes usuelles les engagements alimentaires plus étendus qu'un père avait assumés en raison des relations personnelles étroites qu'il devait conserver avec ses enfants, lesquels avaient néanmoins émigré avec leur mère dans un pays lointain et rompu ainsi totalement leurs rapports avec lui (RO 83 II 91 ss.). Cet arrêt précise toutefois que, l'art. 157 CC ayant pour but la sauvegarde des intérêts des mineurs, la pension ne pourrait, même dans lesdites circonstances, être supprimée ou diminuée dans une mesure qui ne permettrait plus de couvrir normalement les frais d'entretien et d'éducation des enfants (cf. ibidem p. 92 in fine). Le droit de visite étant prévu dans l'intérêt du bénéficiaire, celui-ci assume en principe l'obligation de chercher et de reconduire l'enfant à sa demeure habituelle et les frais nécessités par ces déplacements (DES GOUTTES, FJS 529 p. 4 ch. 6; MARTHALER, op.cit., p. 55, n. 1). Des circonstances particulières pourraient

BGE 95 II 385 S. 389

éventuellement justifier une répartition différente de ces frais de voyage: "l'émigrant" les supporterait par exemple une fois l'an (MARTHALER, op.cit., p. 108 in fine/109). Encore faudrait-il que cette solution parût équitable, notamment eu égard à la situation financière des parents intéressés et qu'elle ne portât pas indirectement atteinte à l'intérêt de l'enfant, éventualité pouvant aisément se produire si les sommes indispensables à l'entretien du mineur étaient affectées au paiement des frais exposés au profit du titulaire du droit de visite.

4. La modification d'un jugement de divorce, au sens de l'art. 157 CC, n'est possible que si l'on est en présence de faits nouveaux importants commandant une réglementation différente (RO 43 II 476; 54 II 75; 85 II 15; HINDERLING, op.cit., p. 166); la procédure prévue par cette disposition légale n'a pas pour but de corriger le premier jugement, mais de l'adapter aux circonstances nouvelles survenant chez les parents ou chez l'enfant. Ces principes sont également applicables aux mesures relatives à l'exercice du droit de visite (RO 89 II 7 consid. 2; COMMENT, loc.cit., p. 103 al. 2; MARTHALER, op.cit., p. 108 in fine/109, qui préconise cependant en cette matière des critères plus souples). Lors de l'application de l'art. 157 CC, le juge doit tenir compte de la situation actuelle et de son évolution prévisible (RO 65 II 132; 85 II 16 consid. 2; 94 II 3 al. 1). Mais il n'est pas conforme aux principes régissant cette norme légale de disposer en prévision d'une simple hypothèse qui,

si elle devait se réaliser, justifierait une nouvelle demande de modification, pouvant alors être beaucoup mieux appréciée par le juge, réellement informé des faits survenus (RO 51 II 5 in fine/6).

5. La disposition critiquée de l'arrêt déféré a été prise au mépris des principes ainsi dégagés par les auteurs et la jurisprudence. Le remariage de la recourante constitue certes un fait nouveau au sens de l'art. 157 CC. Il n'est cependant pas de nature à exercer la moindre influence sur les droits réservés à l'intimé en application de l'art. 156 al. 3 CC. Il ne commande pas, dès lors, une nouvelle réglementation du droit de visite reconnu au père.
Bien qu'elle ait épousé un ressortissant français, la recourante a conservé son domicile conjugal à Chavannes-près-Renens. Son mari, lié par contrat à son employeur suisse pour environ cinq ans, n'envisage nullement de rentrer prochainement dans

son pays d'origine. Son départ éventuel ne constitue donc qu'une simple hypothèse dont la réalisation interviendra dans des conditions qu'il est actuellement impossible de déterminer. L'on ignore et le lieu probable de sa future installation et l'âge que S. aura lorsque l'événement se produira. Or ces éléments sont nécessaires pour apprécier l'opportunité des déplacements pouvant être imposés à l'enfant pour assurer à l'intéressé la faculté d'exercer - comme il le voudrait - son droit de visite en Suisse, ainsi que l'ampleur des frais qui pourraient en résulter. L'incidence qu'aurait sur l'entretien de l'enfant la répartition éventuelle de ses frais entre les parties ne peut donc être évaluée même approximativement, ce d'autant moins que la situation pécuniaire actuelle des parties n'est pas constatée dans l'arrêt attaqué, ni dans le jugement de première instance.
Cela étant, la décision cantonale méconnaît non seulement les principes découlant de l'art. 157 CC, mais elle tend, de manière indirecte, à restreindre - en violation des règles instituées par les art. 156 et 273 ss. CC - les droits qui compètent à la recourante en sa qualité de détentrice de la puissance paternelle et à l'empêcher de choisir librement le lieu de résidence ou le domicile de son enfant. Rien ne permet, en effet, de considérer que dame L. qui, selon les constatations des premiers juges, est une bonne mère et s'est montrée large dans le respect du droit de visite réservé au père de l'enfant, chercherait à s'expatrier sans égard aux intérêts de sa fille et à seule fin de rompre les contacts entre l'intimé et S.. Son départ éventuel pour la France, qui est son pays d'origine, ne serait que la conséquence normale de son remariage avec un ressortissant français et ne saurait être judiciairement prohibé, ni sanctionné par des obligations financières.