Urteilskopf

98 IV 35

7. Extrait de l'arrêt de la Cour de cassation pénale du 21 janvier 1972 dans la cause Hélie de Pourtalès contre Dalité de Pourtalès et Ministère public du canton de Vaud.
Regeste (de):
Art. 220 und 292 StGB; Besuchsrecht.

a) Auf Art. 220 StGB kann sich nur berufen, wer die elterliche Gewalt ausübt (Erw. 2).

b) Strafrechtlich geschützt in seinem Recht auf angemessene Beziehungen zu seinen Kindern ist der Elternteil, dem die elterliche Gewalt lediglich zusteht, ohne dass er sie ausübt, nur, wenn er im Genuss eines Gerichtsurteils steht, das sein Besuchsrecht regelt und unter der Strafdrohung des Art. 292 StGB vollstreckt werden kann (Erw. 3).

c) Strafbarkeit des Nichtbefolgens einer vom Richter nicht genehmigten Konvention über das Besuchsrecht würde zumindestvoraussetzen, dass die Einigung der Parteien vollständig und unmissverständlich ist (Erw. 4).

Regeste (fr):
Art. 220 et 292 CP; droit de visite.

a) L'art. 220 CP ne peut être invoqué que par celui qui exerce la puissance paternelle (consid. 2).

b) Pour être protégé pénalement dans son droit d'entretenir des relations convenables avec ses enfants, celui des parents qui n'est que détenteur de la puissance paternelle, sans en avoir l'exercice, doit être au bénéfice d'une décision judiciaire réglant son droit de visite et susceptible d'être exécutée sous la menace des sanctions prévues à l'art. 292 CP (consid. 3).

c) Pour que l'inexécution d'une convention sur le droit de visite non ratifiée par le juge puisse avoir des conséquences pénales, il faudrait au moins que l'accord des parties soit complet et exempt d'équivoque (consid. 4).

Regesto (it):
Art. 220 e 292 CP; diritto di visita.

a) L'art. 220 CP può essere invocato soltanto da chi esercita la potestà dei genitori (consid. 2).

b) Per essere protetto penalmente nel diritto di tenere adeguate relazioni con i propri figli, il genitore che detiene solo la potestà dei genitori senza averne l'esercizio deve essere al beneficio di una decisione giudiziaria disciplinante il suo diritto di visita e suscettibile di essere eseguita sotto minaccia delle sanzioni previste all'art. 292 CP (consid. 3).

c) Perchè l'inadempimento di una convenzione sul diritto di visita non ratificata dal giudice possa avere conseguenze penali, occorrerebbe almeno che l'accordo delle parti sia completo ed esente da equivoci (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 36

A.- Les époux de Pourtalès-Matossian sont séparés en fait depuis 1969 en tout cas. Le mari est domicilié à Paris. La mère et les trois enfants, âgés actuellement de 6, 7 et 8 ans, ont vécu à Genève, puis à Gstaad, ensuite à Lausanne. L'épouse a ouvert action en divorce, le 21 mai 1970, devant la juridiction genevoise, qui n'a pas encore pris de mesures provisoires en vertu de l'art. 145 CC, si ce n'est une décision partielle du 14 septembre 1970 relative au séjour des enfants auprès de leur père pendant les vacances de la Toussaint 1970 et celles de Noël à Nouvel-An. En mai et juin 1971, les avocats des parties échangèrent plusieurs lettres au sujet du droit de visite du père, qui désirait avoir les enfants durant une partie des vacances d'été. Malgré des difficultés invoquées par la mère, de Pourtalès fit remettre à l'avocat de celle-ci, le 28 juin, des billets d'avion permettant aux enfants de se rendre à Paris, où il les attendrait le 1er juillet. Par lettre du 29 juin, l'avocat souleva plusieurs objections et informa le mandataire du mari que sa cliente partait immédiatement pour le Portugal avec les enfants.

B.- En raison de ces faits, de Pourtalès a porté plainte contre sa femme pour enlèvement de mineurs. Le juge informateur de l'arrondissement de Lausanne a rendu, le 5 août 1971, une ordonnance de refus de suivre. A son avis, il ne ressort pas du dossier que l'inculpée aurait refusé de remettre les enfants à leur père; il semble s'agir d'un malentendu, la remise des enfants, à laquelle elle avait consenti pour la période du 25 juin au 14 juillet, n'a pu avoir lieu par suite

d'un retard consécutif à un volumineux échange de correspondance entre les avocats.

C.- Saisi d'un recours du plaignant, le Tribunal d'accusation a maintenu cette ordonnance, le 14 septembre. Il expose que, le juge civil n'ayant pas encore statué sur l'exercice du droit de garde pendant le procès, la personne qui exerce la puissance paternelle est celui des parents auprès de qui se trouvent les enfants ou qui exerce le droit de garde sur eux; en l'espèce, c'est la mère; elle ne saurait donc s'être rendue coupable d'enlèvement de mineurs, seul pouvant enfreindre l'art. 220 CP celui des époux en instance de divorce qui n'a pas la garde des enfants.

D.- Contre cet arrêt, de Pourtalès se pourvoit en nullité au Tribunal fédéral. Il conclut à l'ouverture d'une enquête sur sa plainte.

E.- L'intimée conclut au rejet du pourvoi.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. ... (Défaut de pertinence et irrecevabilité de certains griefs.)

2. L'art. 220 CP punit celui qui aura soustrait ou refusé de remettre un mineur à la personne qui exerce notamment la puissance paternelle. Le droit de visite fait partie des droits de la personnalité (RO 89 II 6); il ne

constitue pas, ou du moins pas nécessairement, un attribut de la puissance paternelle, contrairement à laquelle d'ailleurs il subsiste après le divorce (art. 156 al. 3 et 274 al. 3 CC; RO 54 II 6); il n'est dès lors pas protégé comme tel par l'art. 220 CP. Toutefois la puissance paternelle ne représente pas seulement la charge d'élever un enfant, mais encore le pouvoir de décider de son sort, et cela même si le détenteur n'en assure pas la garde (RO 94 II 1). Ce pouvoir donne par définition à son titulaire la faculté de décider de voir son enfant où et quand il lui plaira et de se prévaloir de l'art. 220 CP, s'il en est empêché. C'est pourquoi la jurisprudence a apporté des exceptions au principe selon lequel le détenteur de la puissance paternelle ne peut se rendre coupable d'enlèvement de mineur, notamment dans le cadre de conflits opposant des parents mariés et par conséquent titulaires conjointement de la puissance paternelle.

Tel est le cas, en particulier, lorsque l'un des époux, sans consulter l'autre, se rend dans un autre continent, mettant ainsi son conjoint dans l'impossibilité d'exercer les droits que lui confère l'art. 274 al. 1 CC (RO 95 IV 68), ou si, durant un procès en divorce, celui des époux auquel la garde des enfants n'est pas confiée, les soustrait et refuse de les rendre à l'ayant droit (RO 91 IV 230). Aucune de ces situations n'est réalisée en l'espèce. Etant séparés depuis 1969 en tout cas, les époux de Pourtalès-Matossian ne vivent plus en commun. D'autre part, malgré l'ouverture en mai 1970 d'une action en divorce, le juge civil n'a pas, bien qu'il en ait été requis, statué sur l'attribution des enfants pendant l'instance. Or, la Cour de cassation a expressément réservé cette éventualité dans le second arrêt cité (RO 91 IV 231 cons. 2 i.f.). Il n'est pas nécessaire d'examiner si d'autres exceptions devraient être apportées au principe rappelé ci-dessus car, de toute manière, la question ne se pose pas en l'occurrence. En effet, la période intermédiaire entre la fin de la vie commune et la décision judiciaire qui attribue la garde des enfants à titre provisoire (art. 145 CC) est caractérisée par les restrictions de fait auxquelles est soumise la puissance paternelle d'un des parents. Il peut même s'agir d'une impossibilité de l'exercer, par exemple lorsque ce parent n'habite pas dans la même localité que le reste de la famille. En pareil cas, la puissance paternelle du parent empêché subsiste (RO 91 IV 230) mais elle est suspendue et l'exercice en appartient uniquement à l'autre (HEGNAUER, n. 27 ad art. 274 CC et les références). C'est le cas en l'espèce, aussi le recourant ne saurait-il soutenir qu'il exerce la puissance paternelle au sens de l'art. 220 CP.

3. a) Celui des parents qui n'a pas la garde des enfants n'est pas pour autant déchu du droit de conserver avec eux les relations indiquées par les circonstances. L'exercice du droit de visite suppose toutefois que les modalités en ont été réglées. Par qui? L'accord des parties suffit-il ou une décision judiciaire est-elle nécessaire? Selon GMÜR, le juge de l'art. 145 CC doit intervenir même s'il n'en a pas été requis par les parties (n. 12 ad art. 145). Après avoir exposé que le juge doit prendre des mesures provisoires à défaut d'accord des parents (n. 1 ad art. 145), EGGER ajoute que l'entente des parties peut faciliter sa tâche, mais qu'il doit

passer outre si le bien de l'enfant le commande (n. 2) et que ce dernier peut être attribué conformément aux désirs des parents, à moins que son intérêt ne s'y oppose (n.11). Soutenant que le droit aux relations personnelles relève toujours de l'ordre public, MARTHALER (Essai sur le droit aux relations personnelles plus communément appelé droit de visite; Th. Neuchâtel 1963) estime qu'il peut faire l'objet de conventions, mais qu'elles n'acquièrent toute leur valeur qu'après ratification par le juge; le sort des enfants, de par sa nature, n'appartient pas au domaine des conventions (p. 61, 84, 90). STEINEGGER (Les mesures provisoires selon l'art. 145 CC; Th. Berne, 1950) prétend d'abord que les conventions conclues pour la durée de l'instance ne sont pas soumises à la ratification du juge, en raison de leur caractère provisoire (p. 10). Ce motif ne convainc pas, si l'on pense

que maints procès en divorce durent plusieurs années et qu'une réglementation conventionnelle peu judicieuse du droit de visite risque alors de causer à l'enfant un tort irréparable. Le même auteur admet du reste que l'art. 156 al. 3 CC s'applique par analogie au droit de visite pendant le procès (p. 17 ch. 2 et 59 ch. 6) et que le juge doit intervenir d'office (p. 18 litt. 1), si l'intérêt de l'enfant l'exige, de sorte que ses pouvoirs ne sont limités ni par les accords des époux conclus avant l'ouverture de l'action ni par les propositions qu'ils lui présentent à l'audience (p. 59 ch. 4). b) S'il est assurément possible que des conventions relatives à la garde des enfants et à l'exercice du droit de visite pendant le procès en divorce soient scrupuleusement appliquées sans avoir été ratifiées par le juge, une protection pénale ne saurait être accordée qu'au régime institué ou approuvé par l'autorité compétente. L'époux qui craint que l'exercice de son droit de visite ne soit entravé ou paralysé par son conjoint, doit inviter le juge de l'art. 145 CC à prendre les mesures appropriées. Le recourant, qui avait déjà usé de cette méthode avant la Toussaint et les vacances de Noël 1970 et qui se plaint que l'intimée l'ait, à plus d'une reprise, empêché de voir ses enfants, aurait dû s'adresser derechef au juge pour assurer l'exercice de son droit de visite en été 1971 sous la menace des peines d'arrêt ou d'amende prévues à l'art. 292 CP. c) De Pourtalès invoque à tort un arrêt non publié, mais résumé dans le Bulletin de jurisprudence pénale (1967, no 172), où le Tribunal fédéral aurait jugé que le parent gardien des

enfants durant le procès en divorce peut être puni en vertu de l'art. 220 CP lorsqu'il entrave l'exercice de droits appartenant, selon une ordonnance judiciaire, à l'autre époux, p.ex. lorsqu'il refuse de lui remettre les enfants. Le recourant a été induit en erreur par une faute de traduction: l'arrêt zurichois cité et qui a été confirmé par l'arrêt fédéral publié au RO 91 IV 229 déclare en réalité punissable celui des conjoints "dem die Kinder für die Dauer des Scheidungsverfahrens gerichtlich abgesprochen worden sind". D'ailleurs, même s'il avait la portée que lui prête le pourvoi, il serait en l'espèce inopérant, puisqu'il concernerait un cas où le bénéficiaire du droit de visite aurait pu se prévaloir d'une décision du juge.

4. Au surplus, si l'inexécution d'une convention non ratifiée par le juge devait entraîner des conséquences pénales, il faudrait au moins exiger que l'accord des parties soit complet et exempt d'équivoque. Cette condition n'est pas remplie en l'espèce. En effet, bien que l'attitude de la mère ne soit pas à l'abri de toute critique (il était par exemple abusif de reprocher au père - lettre du 21 juin - d'avoir exprimé trop tard - le 17 mai - le désir d'exercer son droit de visite pendant les vacances d'été, alors que, le 7 juin, elle offrait de. lui laisser les enfants du 25 juin au 14 juillet), force est de constater qu'un accord n'est pas intervenu. Outre que les parents ne se sont pas entendus sur le dernier jour de la "visite" (14 ou 15 juillet), la renonciation du père aux six premiers jours n'autorise pas à admettre que, disposée à se séparer des enfants le 25 juin, la mère acceptait a fortiori de les laisser dès le 1er juillet. Il est compréhensible que, de son côté, elle n'ait pas voulu gagner le Portugal avant qu'ils se soient envolés pour Orly; si elle tenait à partir le 26 juin, la décision du mari de prendre les enfants le 1er juillet seulement au lieu du 25 juin contrariait ses projets. Enfin la proposition du mari d'avoir les enfants quelques jours en septembre n'a suscité aucune réaction.

Dispositiv

Par ces motifs, la Cour de cassation pénale:
Rejette le pourvoi.