

DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Cas numéro 44 : résidence habituelle

ATF 125 III 301

Faits

C., ressortissant portugais né le 27 mai 1989, est le fils de dame X.

Par ordonnance du 15 juillet 1998, le Tribunal tutélaire du canton de Genève a provisoirement retiré à la mère la garde de l'enfant, placé celui-ci dans un établissement et désigné la Tutrice générale en qualité de curatrice.

Le 3 août 1998, la mère a informé le Tribunal tutélaire qu'elle avait quitté définitivement la Suisse pour s'établir au Portugal avec son enfant. L'enfant vivait désormais chez ses grands-parents maternels à Barreiro (Portugal) et fréquentait l'école publique.

Sa mère était d'accord de faire suivre son fils par un thérapeute et elle ne s'opposait pas à ce que la curatrice suisse signalât la situation aux autorités portugaises.

Par ordonnance du 3 novembre 1998, le Tribunal tutélaire a, sur le fond, retiré à la mère la garde de l'enfant et prié les autorités portugaises compétentes de placer celui-ci dans un établissement spécialisé.

Saisie d'un recours de la mère, l'Autorité de surveillance des tutelles du canton de Genève a annulé cette ordonnance le 2 décembre 1998 et décliné la compétence des autorités genevoises pour prendre des mesures de protection du mineur.

Au nom de l'enfant, son curateur ad hoc ainsi que la Tutrice générale déposent des recours en nullité auprès du Tribunal fédéral.

En droit

Art. 85 LDIP.

Art. 1 de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs (RS 0.211.231.01):

Les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'Etat de la résidence habituelle d'un mineur sont, sous réserve des dispositions des articles 3, 4 et 5, alinéa 3, de la présente Convention, compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens.

Art. 3 de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (RS 0.211.230.02):

Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite:

a. *lorsqu'il a lieu en violation d'un droit de garde, attribué à une personne, une institution ou tout autre organisme, seul ou conjointement, par le droit de l'Etat dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour;*

b. *[...]*

Le droit de garde visé en a peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision judiciaire ou administrative, ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet Etat.

In casu

Il n'est pas douteux que l'ordonnance provisoire du 15 juillet 1998 tombe sous la notion large de « décision judiciaire » au sens de l'art. 3 al. 2 de ladite Convention.

Question: Peut-on admettre la constitution d'une résidence habituelle de l'enfant au Portugal ?

Jurisprudence du Tribunal fédéral :

Selon un arrêt du TF du 11 avril 1995 (5C.7/1995), un enlèvement ne peut avoir pour effet de créer une résidence habituelle à l'endroit où l'enfant est déplacé.

Pourtant, en 1983, le TF avait admis une telle possibilité (ATF 109 II 375).

En 1991, le TF a réservé la question, tout en soulignant que le nouveau lieu de résidence de l'enfant est empreint de précarité du fait que le titulaire du droit de garde s'opposera le plus souvent au déplacement illicite; dès lors, du moins *dans un premier temps*, l'on ne saurait admettre la constitution d'une résidence habituelle en ce lieu (ATF 117 II 334).

Doctrine :

Bucher (RSDIE 1996, p. 205) estime que, à lui seul, le caractère illicite du déplacement ne constitue pas un motif empêchant l'enfant d'acquérir une résidence habituelle dans le nouveau pays de séjour, car une pareille solution serait incompatible avec la notion de résidence habituelle, qui est factuelle.

Lorsque le séjour dans le pays de l'enlèvement se prolonge au point d'aboutir à une certaine intégration dans un nouveau milieu familial et social, il n'est plus possible de considérer l'enfant comme résidant habituellement auprès du parent dont le droit de garde a été violé; dans ce cas, les autorités du nouveau pays de résidence sont souvent plus proches de l'enfant pour examiner et mettre en œuvre les mesures de protection nécessaires.(cond. 2 bb)

In casu :

1. La mère a la volonté de s'établir définitivement au Portugal.
2. L'enfant a vécu les 6 premières années de son existence au Portugal.
3. Le Tribunal tutélaire a expressément renoncé à réclamer aux autorités portugaises le retour du mineur (comme le permettait la Convention de La Haye) et à ordonner son placement à Genève.
4. Excluant manifestement toute perspective de retour en Suisse, le Tribunal tutélaire s'est limité à inviter les autorités portugaises à exécuter sa décision.
5. En ne faisant pas appel de l'ordonnance du Tribunal tutélaire, la curatrice s'en est apparemment accommodé.
6. L'enfant est portugais, pays dans lequel il a vécu la majeure partie de son existence et dans lequel vivent tant ses grands-parents maternels que sa mère.
7. En revanche, les liens familiaux en Suisse paraissent inexistant, à l'exception de son beau-père, sur lequel ont, par ailleurs, pesé des soupçons de maltraitance.

Conclusion

On ne se trouve donc plus en présence d'une situation passagère ou incertaine (précaire) quant à la résidence de l'enfant, mais d'un changement effectif et, selon toute prévision, durable.

L'enfant a sa résidence habituelle au Portugal.