



Modification des relations personnelles ordonnées judiciairement par l'autorité tutélaire

Exposition des faits

Nous nous permettons de vous contacter au sujet d'une procédure pénale qui a été initiée contre une curatrice nommée par l'autorité tutélaire A. au sens de l'art. 308 al. 1 + 2 CCS. Vos conseils quant à la démarche adoptée par la curatrice en matière d'exécution d'un droit de visite nous seront fort précieux.

Les faits suivants forment la base de la procédure pénale en cours:

Sur ordonnance du tribunal d'arrondissement A. du 3 mars 2008 et dans le cadre d'une procédure de protection de l'union conjugale, le droit de visite a été fixé pour la durée de la séparation et l'enfant né de l'union conjugale le 30.6.2007 s'est vu assigner une curatrice au sens de l'art. 308 al. 1 + 2 CCS. Le droit de visite non surveillé a été ordonné contre le souhait et malgré les réticences de la mère. Le tribunal a néanmoins tenté de rendre l'application pratique du droit de visite possible en ordonnant une curatelle éducative. A ce propos, la curatrice éducative nommée était chargée de la réalisation concrète du droit de visite et de servir de médiatrice entre les époux.

Cette disposition a été contestée par l'épouse. Elle a en effet requis un droit de visite surveillé.

Le Tribunal cantonal a ensuite confirmé la disposition dans son jugement du 22.7.2008 en précisant que l'état (a priori) momentané de l'aliénation n'était pas une raison valable pour justifier une restriction démesurée du droit de visite et qu'une curatrice serait nommée en raison des difficultés évidentes rencontrées lors de l'application du droit de visite (c.f. jugement du 22.7.2008 p. 6 s.).

A l'automne 2008, l'autorité tutélaire A. a ensuite confié à la curatrice le mandat d'appliquer et de successivement surveiller le droit de visite du père ordonné judiciairement vis-à-vis de son enfant de 16 mois. Une copie du mandat est annexée à la présente.

La curatrice a invité les deux parents à un entretien et leur a proposé que les premières visites du père s'effectuent sous surveillance. L'objectif étant que le père puisse rétablir progressivement la relation avec l'enfant qu'il n'a plus vu depuis 12 mois et que la curatrice puisse s'assurer que le contact soit adapté à l'âge de l'enfant. La curatrice a proposé que les visites s'effectuent à son lieu de travail resp. dans une institution qui propose des visites surveillées. En raison de l'âge de l'enfant (16 mois), de l'absence de contact avec le père pendant 12 mois, ainsi que de reproches formulés à cette même période relatifs à des menaces et problèmes de violence domestique, la curatrice a jugé, d'un point de vue professionnel, qu'il serait indiqué d'instaurer progressivement – à savoir les premières fois dans un cadre surveillé - le droit de visite non surveillé ordonné par le tribunal.



Le père a catégoriquement refusé cette proposition. Il a soumis une procédure de dénonciation et a exigé le remplacement de la curatrice. Bien que l'office des tutelles cantonal refuse sa démarche, il a déposé un recours auprès du tribunal cantonal. Ce dernier a décidé par son jugement du 9.12.2009 que la demande de remplacement de la curatrice était acceptée, en raison d'une défaillance professionnelle.

Sur la base des réflexions du tribunal cantonal, à savoir que la curatrice n'était ni habilitée à modifier le jugement de droit civil, ni de revoir le droit de visite ordonné judiciairement, le père a dénoncé la curatrice pour abus d'autorité, ce qui a mené à la procédure pénale précitée, initiée à l'encontre de notre collaboratrice.

Les autorités de poursuite pénale réalisent déjà que les éléments constitutifs subjectifs de l'abus d'autorité ne sont guère réunis (même le tribunal cantonal a retenu que la vision et les actes de la curatrice étaient compréhensibles à ses yeux).

Il est néanmoins très important pour l'autorité tutélaire A de mettre un terme à la procédure pénale, puisque les éléments constitutifs objectifs font notamment défaut. Par ailleurs, des questions purement pratiques se posent à cet égard. A l'heure actuelle, ni le tribunal cantonal ni les autorités d'instruction pénale ne semblent suffisamment connaître les pratiques en vigueur lors de l'exécution d'un droit de visite non surveillé ordonné judiciairement et qui se doit d'être appliqué conformément à l'ordonnance de l'autorité tutélaire. Les positions de l'autorité tutélaire et de l'office des tutelles cantonal (1ère autorité tutélaire de surveillance) n'ont à ce jour guère été prises en considération, raison pour laquelle nous nous adressons à vous ce jour.

Questions

1. Un droit de visite du père ordonné judiciairement s'effectue-t-il dès le début et dans tous les cas sans surveillance, même si la curatrice émet des réserves quant à la protection et au bien de l'enfant en raison de la situation initiale au moment concret de l'exécution du droit de visite (petit enfant, longue absence du père, nouvelle suspicion de violence domestique et de menaces, père vient d'être relâché d'une garde à vue)? Quelles actions peut-elle entreprendre dans un tel cas?
2. Un droit de visite du père ordonné judiciairement doit-il dans tous les cas être appliqué dès le départ, même si des réserves sont émises au regard des difficultés absolument prévues (circonstances totalement inchangées) et dans l'intérêt de la protection et du bien de l'enfant? Quelles actions peut-elle entreprendre dans un tel cas?
3. Est-il autorisé et/ou habituel d'effectuer, dans un premier temps, des visites non surveillées qui ont été ordonnées judiciairement sous surveillance, même sans le consentement du bénéficiaire du droit de visite – pour autant que le seul objectif soit d'instaurer progressivement le droit de visite non surveillé?
4. Par la démarche décrite au chiffre 3, la curatrice modifie-t-elle la décision du tribunal relative au droit de visite?



5. Comment jugez-vous la démarche de la curatrice d'un point de vue purement professionnel-méthodique?

Réflexions

1. L'abus d'autorité conformément à l'art. 312 CP stipule que le fonctionnaire abuse des pouvoirs de sa charge dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite ou dans le dessein de nuire à autrui. D'un point de vue subjectif, cela implique qu'il y a eu intention et par ailleurs préméditation de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage, resp. de nuire à autrui, ce qui ne devrait guère être le cas ici. Il n'y a donc pas lieu de dénoter un comportement répréhensible. En pratique et théorie, le flou subsiste quant à savoir quel type de comportement s'inscrit dans l'abus d'autorité; dans tous les cas, l'abus d'autorité ne s'applique pas systématiquement (Stratenwerth, BT II, § 56 N 9 ss.).
2. En principe, il y a lieu d'adhérer au jugement du tribunal cantonal que lorsque la situation reste inchangée, le règlement des relations personnelles ne peut pas être directement modifié par l'autorité tutélaire si la situation reste inchangée. Dans le cadre de ses tâches de clarification et de ses responsabilités exhaustives (art. 176 al. 4 comparé à l'art. 273 ss. CCS), le tribunal a rendu une décision au fond. La maxime d'office et inquisitoire s'applique (Blum, *der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind*, Diss. ZH 1983, p. 114). Les parties impliquées avaient en effet suffisamment d'opportunités pour exposer leur vision des faits respective. Il serait donc inapproprié que l'autorité tutélaire décide, à peine la décision au fond rendue et sans que les circonstances n'aient changé, de prendre une nouvelle décision au fond parce qu'elle juge la situation différente. Le Tribunal fédéral confirme cette position dans BGer 5A.805/2009 à la seule exception près que l'exécution du droit de visite peut être provisoirement ajournée, „pour autant que des raisons contraignantes l'exigent. Etant donné que le tribunal d'instance décide de la modification durable de l'ordonnance de droit de visite, un „ajournement provisoire" n'est valable que jusqu'à ce que le juge compétent puisse décider de la nouvelle réglementation qui, le cas échéant, s'imposera “ (BGer 5A.805/2009 E. 4.5).
3. Quant à la répartition des tâches entre l'organe ordonnant les relations personnelles et la curatrice éducative, l'organe compétent doit fixer au cas par cas la durée et la fréquence, ainsi que d'autres modalités ayant trait aux relations personnelles. Dans le cadre de cette ordonnance, la curatrice éducative doit ensuite procéder à son exécution en agissant comme médiatrice, définissant les modalités et surveillant les relations personnelles (Blum, *der persönliche Verkehr mit dem unmündigen Kind*, p. 133 ss.). Dans certains cas, il n'est pas toujours facile de délimiter clairement „ce qui entre encore juste dans le domaine des compétences du curateur et ce qui s'inscrit déjà dans le cadre d'une transgression arbitraire “ (Biderbost, *Die Erziehungsbeistandschaft*, Diss. FR 1996, p. 317). Selon Biderbost, le curateur doit se voir accorder certaines compétences personnelles. Cela s'applique à toutes les situations qui ne concernent pas l'ordre cadre (surtout durée et fréquence). D'après Stettler, il ne devrait toutefois pas être facile pour le curateur „de faire le nécessaire pour la protection efficace des intérêts de l'enfant et ce faisant de respecter strictement le principe de ne pas toucher à la réglementation du droit de visite fixée (Stettler, SPR, p. 503). Le curateur peut,



dans le cadre de l'ordonnance, également fixer le lieu des visites (y.c. lieux dans lesquels des visites surveillées sont organisées) ou également décider quelles personnes peuvent y participer si le bien de l'enfant exige de telles dispositions. Le curateur peut également donner des directives quant à une visite précise; le cas échéant, cela n'est possible contre la volonté du titulaire de l'autorité parentale que dans le cadre de l'art. 308 al. 3 CCS (Biderbost, p. 318).

4. Nous pouvons donc partir du principe que le curateur éducatif doit dans la mesure du possible toujours agir dans le cadre de l'ordonnance. Selon les auteurs cités, la délimitation détaillée n'est pas toujours facile. Seule exception à la règle : le curateur peut ajourner le droit de visite pour des raisons contraignantes. Dans ce cas, on renonce aux mesures de protection ou super provisoires de l'autorité tutélaire pour confier cette tâche au curateur.

Les autorités compétentes règlent les relations personnelles comme une réglementation fixée sur le long terme, resp. jusqu'à la procédure de divorce (BGE 119 II 201 pour le divorce, relativisé dans BGE 120 II 229). A cet égard, on ne trouve que rarement des dispositions quant à la reprise / l'établissement du contact avec un parent titulaire du droit de visite (exception BGE 5C.243/2005, bien que la durée de la phase de transition soit floue; dans BGE 120 II 229 elle a été fixée à 7 ans). En particulier pour les petits enfants et nourrissons, il est incontestable que l'établissement de la relation avec une personne inconnue ou devenue inconnue doit s'effectuer de manière successive. Pour autant que le tribunal ait explicité écarté un droit de visite surveillé, le curateur éducatif ne peut en aucun cas l'ordonner. La mère biologique peut tout au plus refuser le contact nuisible au bien de l'enfant, le père biologique ne pouvant de facto pas s'y opposer. En effet, l'exécution du droit de visite échoue en règle générale au principe de proportionnalité, la curatrice pourrait également déposer une demande de réexamen auprès du tribunal ou encore demander à l'autorité de bien vouloir la libérer du mandat.

Conclusion:

1. **Un droit de visite du père ordonné judiciairement s'effectue-t-il dès le début et dans tous les cas sans surveillance, même si la curatrice émet des réserves quant à la protection et au bien de l'enfant en raison de la situation initiale au moment concret de l'exécution du droit de visite (petit enfant, longue absence du père, nouvelle suspicion de violence domestique et de menaces, père vient d'être relâché d'une garde à vue)? Quelles actions peut-elle entreprendre dans un tel cas?**

Le Tribunal ordonne les relations personnelles sur le long terme; ces décisions n'englobent donc en général pas de règles quant à la phase initiale. Si les conditions changent (le cas échéant en raison de violence domestique, menaces, etc.), nécessitant donc une adaptation des relations personnelles, alors la modification des relations personnelles doit être requise auprès des autorités compétentes ayant ordonné les relations personnelles initiales.

2. **Un droit de visite du père ordonné judiciairement doit-il dans tous les cas être appliqué dès le départ, même si des réserves sont émises au regard des difficultés absolument prévues (circonstances totalement inchangées) et dans**



l'intérêt de la protection et du bien de l'enfant? Quelles actions peut-elle entreprendre dans un tel cas?

Tant que les circonstances n'ont pas changé, il y a lieu de se conformer au jugement du tribunal. La curatrice doit trouver des points de repère justifiant un changement de situation afin de pouvoir demander une modification fructueuse. Lesdits points de repères existent en général ou peuvent être identifiés. Sinon, elle peut déposer une demande de réexamen auprès de l'autorité compétente qui, selon la tendance, sera – justement en présence de situations hautement conflictuelles – plutôt infructueuse. Elle peut également demander à l'autorité tutélaire de bien vouloir la libérer de ses fonctions.

3. Est-il autorisé et/ou habituel d'effectuer, dans un premier temps, des visites non surveillées qui ont été ordonnés judiciairement sous surveillance, même sans le consentement du bénéficiaire du droit de visite – pour autant que le seul objectif soit d'instaurer progressivement le droit de visite non surveillé?

Si le tribunal n'a pas explicitement refusé (comme ici) le droit de visite surveillé, il semble tolérable, selon Biderbost, que la curatrice puisse décider du lieu de l'exécution du droit de visite. Le droit de visite surveillé doit, à mon avis, être considéré comme mesure pour la protection de l'enfant au sens de l'art. 307 ss. CCS (c.f. également BSK CCS I-Schwenzer, art. 273 N 25) et doit donc justement être ordonné par l'autorité ou le tribunal. D'un point de vue légal et dans le cadre de ses décisions, la curatrice n'a pas besoin de l'approbation de la personne titulaire du droit de visite, pour autant que cette personne ne soit pas titulaire de l'autorité parentale conjointe. Dans le cas présent, le droit de visite surveillé a été explicitement refusé, ce que la curatrice se doit donc de respecter.

4. Par la démarche décrite au chiffre 3, la curatrice modifie-t-elle la décision du tribunal relative au droit de visite?

Selon la pratique et les expériences actuelles, elle modifie la décision du tribunal et, de surcroît, alors que le droit de visite surveillé a été explicitement refusé.

5. Comment jugez-vous la démarche de la curatrice d'un point de vue purement professionnel-méthodique?

Les réflexions de la curatrice sont compréhensibles; dans quelle mesure un droit de visite surveillé serait justifié ne peut pas être évalué définitivement, faute d'informations et de connaissances supplémentaires du cas décrit. Pour autant que cela s'avère nécessaire, il s'agit de trouver des points de repère quant à ce qui a changé depuis l'ordonnance par le tribunal (dans le cas présent p.ex. les menaces et la violence domestique) ou de trouver une solution consensuelle commune avec les parties afin que le droit de visite puisse être appliqué dans le respect du bien de l'enfant. Dans de tels cas, la problématique réside en général dans le fait que les tribunaux ne sont pas suffisamment familiarisés avec les exigences pratiques liées aux relations personnelles, se concentrent trop fortement sur les époux et ce faisant pas assez sur les enfants et leurs besoins, ce qui peut avoir pour conséquence que des curateurs/trices héritent de mandats en partie impossibles ou guère réalisables d'un point de vue professionnel.

VSAV
ASTO
ASTU



VEREINIGUNG SCHWEIZERISCHER AMTSVORMUNDINNEN UND AMTSVORMUNDE
ASSOCIATION SUISSE DES TUTRICES ET TUTEURS OFFICIELS
ASSOCIAZIONE SVIZZERA DELLE TUTRICI E DEI TUTORI UFFICIALI

Prof. (FH) Daniel Rosch, lic. iur. / Travailleur social dipl. FH / MAS Non profit-
Management
20 décembre 2010