



Retrait du droit de garde et nouveaux règlements des conditions de placement

Considérants

Question **Enfant L**: de père no 1, seul détenteur de l'autorité parentale, domicile légal à H., avec séjour actuel chez la mère à Z., également détenteur du droit de garde de l'enfant C du père no 2.

Enfant C: du père no 2, seul détenteur de l'autorité parentale, garde chez père no 1, domicile légal à H., avec séjour actuel chez la mère à Z. Mère de l'enfant: domiciliée à Z., divorcée de ses époux 1 - 3, mariée avec époux no 4, quatre enfants, dont détentrice de l'autorité parentale pour enfant no 3 (y.c. droit de garde), autorité parentale conjointe pour enfant 4 avec son époux.

Les relations familiales sont assez complexes, raison pour laquelle je numérote les personnes. Mme H. a au total quatre enfants de quatre hommes différents. Dans notre cas, il s'agit des deux enfants plus âgés (L = 14 ans de l'époux no 1, C = 12 ans de l'époux no 2). Les deux enfants sont sous curatelle selon 308.1 + 2.

Pour les deux enfants, l'autorité parentale exclusive a été attribuée aux deux pères (la mère est allée jusqu'au Tribunal fédéral). Etant donné que le père de C. était initialement trop accaparé professionnellement pour pouvoir s'occuper de son fils, et que les deux demi-frère et sœur entretiennent par ailleurs une relation très proche, les enfants ne devraient pas être séparés. Le père de L (no 1) s'est donc vu confier le droit de garde de l'enfant C par le Tribunal (enfant no 2). Le père no 1 est donc l'unique détenteur de l'autorité parentale de L. et du droit de garde de C. Le père no 2 a l'autorité parentale (sans droit de garde) pour C. La mère jouit du droit de visite habituel.

Les pères 1 et 2 résident avec leur nouvelle famille à H. Les enfants L. et C. ont donc également leur domicile légal à H. Avant les vacances d'été 2011, la fille de 14 ans L. a décidé de ne plus retourner chez son père (no 1) mais de rester auprès de sa mère à Z., entre-temps remariée à son époux no 4, et de ses deux demi-frère et sœur. Le père no 1 n'approuvait pas cette décision mais ne trouvait pas de possibilité pour rapatrier sa fille contre sa propre (et énergique !) volonté. On peut partir du principe qu'elle profiterait de la 1ère occasion pour retourner chez sa mère. Elle n'était disposée à voir son père que les week-ends. Elle fréquente l'école à Z.

Au terme des vacances d'été, C. s'est joint à sa sœur pour rester également auprès de la mère et ne résider

chez son père no 2 que le week-end (continue à fréquenter l'école à H.). L'époux no 2 n'entrevoit pas non plus de possibilité de ramener son enfant contre sa volonté. Lorsqu'il tentait une initiative, l'enfant se cachait resp. se faufilait tard le soir hors de l'appartement. Par respect pour les enfants, le renvoi par la police (ce dont elle aurait été habilitée) n'a pas été pris en compte. Il y a quelques années, les enfants ont été arrachés à la mère par la police suite à un jugement du Tribunal, action qui a été particulièrement traumatisante pour toutes les personnes concernées. Cette situation devrait cette fois-ci être évitée pour les enfants.

La relation entre les pères et la mère a été plus ou moins tendue pendant les dernières années. La mère n'a jamais pu accepter que les enfants aient été placés chez les pères.

Les deux enfants vivent donc à présent au domicile de la mère et de son époux no 4. Bien entendu, cette situation floue pose régulièrement des « problèmes de compréhension » avec les pères. En particulier pour ce qui a trait à la responsabilité (la mère fait élégamment fi de tous les règlements). A présent, la mère souhaite bien entendu toucher des pensions alimentaires pour les enfants (qui ne lui ont pas été accordées jusqu'à présent, puisque les pères maintiennent que les enfants devraient, selon le bon ordre des choses, vivre avec eux). La nouvelle situation de logement convient à la mère (elle "respecte la volonté des enfants"). Elle vise la modification de l'autorité parentale, ou du moins du droit de garde des deux enfants.

Les deux enfants pourraient bien entendu retourner chez leur père respectif, mais les deux pères sont fatigués de la situation et des discussions toujours très violentes. Afin de restaurer le calme dans les relations et de soulager les enfants qui souffrent tous deux beaucoup de cette situation (l'enfant de 12 ans souffre en particulier de troubles du comportement), les pères no 1 et 2 sont disposés à adapter la situation aux conditions actuelles. Les deux ne sont néanmoins pas d'accord de céder le droit de garde ou encore l'autorité parentale à la mère. Nous sommes en train d'élaborer un accord à ce sujet, qui devrait si possible être mutuel (dans le cas contraire, il y aurait lieu de faire appel au tribunal).

Les pères se sont déclarés disposés à accepter un accord pour le séjour des enfants chez la mère. Ils sont par ailleurs prêts à verser une contribution d'entretien pour les enfants.

Etant donné que les deux pères sont détenteurs de l'autorité parentale, ils seraient habilités à décider du lieu de séjour des enfants sans grande réglementation supplémentaire. Le père no 2 a toutefois l'autorité parentale pour son fils C, alors que le droit de garde a été attribué au père no 1. Comment régler cette situation?

Tous les participants s'accordent sur le fait que les sujets de conflits perpétuels ne peuvent pas être réglés sans un règlement écrit clair (l'espoir pour les pères et la curatrice reste néanmoins très faible, même en présence d'un accord).

QUESTIONS:

Avant l'accord, le droit de garde pour C. doit-il être transféré au père no 2? La mère ne l'approuverait jamais. Le Tribunal doit-il donc statuer à cet égard? Ou suffit-il que les pères no 1 et 2 s'accordent sur le transfert du droit de garde du père no 1 au père no 2?

Qui conclut avec qui l'accord sur la nouvelle situation de logement? Les parents entre eux par rapport à l'enfant?

Un contrat de famille d'accueil doit-il être conclu en parallèle avec la mère?

Comment procéder pour l'enfant no 1?

Comment procéder pour l'enfant no 2?

Quel rôle joue la curatrice des enfants?

Réflexions

La situation juridique n'équivaut pas intégralement au cas décrit. Une partie des problèmes résulte en effet de suppositions erronées.

1. Avec le jugement de divorce, la Cour suprême du canton de Z. a placé l'enfant C. né de la 2^{ème} union conjugale sous l'autorité parentale du père no 2, lui a toutefois retiré le droit de garde et a placé C. chez le premier époux de la mère et père du premier enfant L. Ce faisant, la Cour suprême n'a pas transféré le droit de garde de C. au père nourricier. D'un point de vue juridique, cela ne serait pas possible (arrêté ATF 5A_22/2011 E. 2.1; ATF 128 III 9; KUKO ZGB-COTTIER, art. 310 N 5). Au contraire, le droit de garde retiré est transféré en vertu de l'art. 310 CCS à l'autorité tutélaire et non pas aux parents nourriciers (STETTLER, Garde de fait et droit de garde, RDT 2002 S. 236 ss.). Les parents nourriciers (le cas échéant l'ex-époux no 1) jouissent du droit de garde factuel et non pas juridique. Sur la base de l'art. 300 CCS, les droits inhérents aux parents nourriciers en découlent. La Cour suprême a donc à juste titre chargé l'autorité tutélaire au ch. 2 de son arrêté de régler le placement avec le 1^{er} ex-époux.
2. Une autre situation juridique s'applique à l'enfant L. né de la première union. L'autorité parentale est attribuée sans aucune restriction au père (ex-époux no 1). En tant que détenteur de l'autorité parentale, il peut veiller personnellement à l'entretien de l'enfant L. ou confier l'entretien avec son autorisation à une tierce personne (internat, collègue, parents nourriciers, etc.). Il peut surtout confier l'entretien de l'enfant dont il est responsable à son ex-épouse, pour autant que le bien-être de l'enfant ne soit pas menacé. L'ex-épouse ne devient pas pour autant la détentrice du droit de garde mais « uniquement » la mère nourricière. Elle ne pourrait devenir titulaire du droit de garde que si les deux parents étaient détenteurs de l'autorité parentale et qu'ils devaient régler ensemble le droit de garde en l'absence d'un ménage commun. Sans autorité parentale, il n'y a en effet pas de droit de garde (arrêté du TF 5A_22/2011 E. 2.1).
3. Entre-temps, les enfants C. et L. vivent avec la mère. Cette dernière n'a, à l'heure actuelle, pas d'autre fonction que celle de mère nourricière puisqu'elle n'est pas détentrice de l'autorité parentale dans les deux cas, que le droit de garde du 1^{er} enfant L. a été attribué au père (époux no 1) et de l'enfant C. à

l'autorité tutélaire. D'une part, l'ex-époux no 1 doit donc régler le placement avec la mère, d'autre part, l'autorité tutélaire doit s'accorder avec l'ex-époux no 1 en sa qualité de père nourricier sur le fait si le placement de C. doit perdurer et, dans le cas contraire, l'autorité tutélaire doit – en sa qualité de détentrice du droit de garde – régler le placement de C. avec la mère.

4. Les conséquences sont donc les suivantes:

a. **Par principe**

Les deux enfants bénéficient de l'assistance d'un curateur ou d'une curatrice. Le curateur/la curatrice doit évaluer la situation des deux enfants en collaboration avec ces derniers, ainsi qu'avec les parents concernés, et doit adresser un rapport et une demande adéquate à l'autorité tutélaire. Il ne serait pas indiqué de prendre une décision officielle sans son implication et une pesée des intérêts. Pour autant que l'autorité tutélaire ait à régler une nouvelle fois les intérêts des enfants, les enfants doivent être également entendus en vertu de l'art. 314 ch. 1 CCS.

Selon les positions maintenues par les différentes parties impliquées, il peut être recommandé d'initier un échange d'écritures ou – ce qui permettrait de réduire la longueur de la procédure – d'organiser des auditions bien préparées par l'autorité tutélaire resp. son organe d'instruction.

Il est à ce titre primordial d'identifier où résident les problèmes des conditions de placement chez l'ex-époux no 1, quels sont les motifs des enfants pour déménager et pourquoi les conditions de placement sont meilleures chez la mère, surtout si le placement proposé chez la mère satisfait au bien-être de l'enfant et est acceptable. Si tel n'est pas le cas, il convient d'évaluer s'il existe une réelle possibilité de motiver les enfants à retourner chez l'ex-époux no 1, et notamment de savoir si des conditions modifiées pourraient leur convenir davantage. Au vu de l'âge des enfants, les chances d'imposer une „vraie solution“ face au pouvoir d'agir factuel des enfants doit être étudiée. Parfois, il est nécessaire d'accepter des solutions insatisfaisantes s'il est impossible d'en imposer de meilleures contre la volonté des enfants et malgré toute la pédagogie déployée.

b. **Nouvelle réglementation des conditions de placement pour l'enfant L. né de la 1ère union**

L. est placée sous l'autorité parentale du père, à qui revient également le droit de garde. Pour l'union conjugale 1 et outre l'autorité parentale, la décision de divorce devrait également avoir réglé l'entretien et les relations personnelles (art. 133 CCS). Si le père place l'enfant L. commun chez la mère ou est du moins disposé à tolérer la situation donnée, trois possibilités se présentent pour régler une nouvelle fois la situation d'un point de vue juridique:

- i. Soit les parents conservent la décision de divorce de jadis et s'accordent dans une convention relative à l'obligation d'entretien sur le logement de l'enfant L. et la prise en charge par la mère et règlent également dans ladite convention les indemnités de prise en charge, qui devraient notamment inclure les frais d'entretien fixés par la loi,
- ii. ou alors les parents divorcés s'accordent dans un accord sur la nouvelle réglementation de l'autorité parentale (et ainsi du droit de garde), les relations personnelles et les frais d'entretien. Cet accord peut – s'il satisfait au bien de l'enfant – être approuvé par l'autorité tutélaire et remplace le jugement de divorce antérieur (art. 134 al. 3 et art. 315b al. 2 CCS),
- iii. ou les parents n'arrivent pas à trouver un accord; dans ce cas, une procédure juridique en modification du jugement de divorce doit régler une nouvelle fois les intérêts des enfants (art. 134 al. 1 et art. 315b al. 1 ch. 2 CCS). Le père ou la mère, l'enfant ou l'autorité tutélaire sont autorisés à intenter une action (art. 134 al. 1 CCS).

c. Nouvelle réglementation des conditions de placement pour l'enfant C. né de la 2ème union

C. est placé sous l'autorité parentale du père (époux no 2), ce dernier s'est néanmoins vu retirer le droit de garde. Le Tribunal a placé C. chez l'ex-époux no 1 et chargé l'autorité tutélaire de l'exécution de la mesure. En tant que détentrice de la garde parentale, l'autorité tutélaire doit décider si elle souhaite replacer l'enfant de l'ex-époux no 1 chez la mère ou si elle lève la décision de retrait du droit de garde du Tribunal pour ainsi rétablir la pleine autorité parentale de l'ex-époux no 2 (s'il en est bien entendu capable). Cela permettrait à l'ex-époux de régler le placement de l'enfant C. avec la mère, ainsi que l'ex-époux no 1, c.à.d. par le biais d'une convention relative à l'obligation d'entretien, une nouvelle réglementation à approuver par l'autorité tutélaire au sens des art. 134 al. 3 et art. 315b al. 2 CCS ou encore une procédure juridique en modification du jugement de divorce. A nouveau, il y a lieu de s'assurer du bien-être de l'enfant et de la viabilité de la solution choisie par les enfants. Par ailleurs, une évaluation de l'exécutabilité de la „bonne solution“ doit être entreprise. Le terme „bonne solution“ est volontairement écrit entre guillemets puisque dans une telle constellation et en présence d'enfants de cet âge, il n'est pas à exclure que „cela ne se passe jamais comme on l'avait imaginé“.

5. Les réponses à vos questions sont donc les suivantes:

- a. **Avant l'accord, le droit de garde pour C. doit-il être transféré au père no 2? La mère ne l'approuverait jamais. Le Tribunal doit-il donc statuer à cet égard? Ou suffit-il que les pères no 1 et 2 s'accordent sur le transfert du droit de garde du père no 1 au père no 2?**
C. est placé sous la garde de l'autorité tutélaire. Elle doit décider à quelle personne elle confie l'entretien de l'enfant. Pour ce faire, les possibilités décrites sous ch. 4 c. s'offrent à elle.

- b. **Qui conclut avec qui l'accord sur la nouvelle situation de logement? Les parents entre eux par rapport à l'enfant? Un contrat de famille d'accueil doit-il être conclu en parallèle avec la mère? Comment procéder pour l'enfant no 1? Comment procéder pour l'enfant no 2? Quel rôle joue la curatrice des enfants?**

La curatrice doit peser les intérêts des enfants après discussion avec les personnes concernées. Le cas échéant, l'autorité tutélaire doit entendre les deux enfants et les parents impliqués ou/et organiser un échange d'écritures (cf. ch. 4 a). Selon les faits, qui ne peuvent pas être déduits de la situation exposée, une nouvelle réglementation plus ou moins large des intérêts des enfants relative à une solution consensuelle ou à une procédure juridique doit être trouvée. A l'heure actuelle, le plus simple serait –jusqu'à la clarification de la situation et le temps de déterminer si la solution choisie par les enfants est acceptable, de procéder au règlement des conditions de placement pour L. et C. Les parties contractuelles dans le cas de C. sont la mère et l'autorité tutélaire, dans le cas de L. la mère et l'ex-époux no 1.

Ligerz, 5 avril 2012

Kurt Affolter, lic. iur., avocat et notaire