



## **Signification du transfert de l'autorité parentale à un frère ou une soeur majeur(e) suite à la perte des parents en vertu du droit étranger**

### **I. Situation**

Sur mandat de l'APEA, je procède actuellement à une enquête en vue du contrôle de mesures de protection de l'enfant.

Je suis à présent confronté à une question juridique:

Informations sur les personnes: deux adolescents de Roumanie (années de naissance. 98/99), l'autorité parentale a été transférée à la soeur aînée conformément à l'arrêt du Tribunal roumain.

Garde factuelle des enfants: selon le droit roumain auprès de la soeur aînée détentrice de l'autorité parentale et domiciliée à X.

#### Situation de départ

La mère des deux enfants (16 et 17 ans) est décédée en 2006 en Roumanie. Leur père vit en Italie (il n'est pas clair si ce dernier détient l'autorité parentale).

Les enfants ont vécu chez leur grand-mère en Roumanie. Par l'arrêt du 30.04.2013 publié par le Tribunal administratif G. en Roumanie, l'autorité parentale sur ses frère et soeur a été transférée à la soeur aînée.

En octobre 2013, les deux frère et soeur – détenteurs d'une autorisation de séjour L - ont déménagé en Suisse et vivent depuis lors chez leur soeur et son partenaire.

### **II. Question**

- a. L'autorité parentale transférée à la soeur par le Tribunal administratif Galati est-elle juridiquement valable en Suisse et équivaut-elle ainsi à l'autorité parentale suisse?
- b. En parallèle, l'Office de sécurité sociale / Service des familles d'accueil du canton de Soleure a demandé à la famille de présenter une autorisation pour l'accueil des enfants. Question: si la soeur détient l'autorité parentale, une autorisation est-elle nécessaire pour l'accueil des enfants?

- c. Si l'autorité parentale ne devait, à l'heure actuelle, pas encore être passée en force de chose jugée conformément au droit suisse, un transfert de l'autorité parentale au sens du droit suisse est-il alors nécessaire afin que les enfants bénéficient d'une représentation légale? Quelle autorité ordonnerait/transférerait/adapterait une telle autorité parentale? L'institution d'une curatelle est-elle requise dans l'intervalle?
- d. A l'heure actuelle, la soeur peut-elle décider du domicile des enfants?  
Concrètement: pourrait-elle placer les frère et soeur chez le père en Italie? Ou chez la grand-mère en Roumanie?

### III. Considérants

1. La Suisse et la Roumanie ont adhéré à la CLaH. Conformément à l'art. 23 CLaH, les mesures des pays adhérents sont reconnues dans les autres Etats en vertu de la loi. La reconnaissance peut cependant être refusée si la mesure est contraire à l'ordre public, càd. aux principes fondamentaux du droit de l'Etat membre requis, compte tenu de l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 23 let. d CLaH).
2. Conformément au droit suisse de la famille, le transfert de l'autorité parentale à une autre personne que les parents légaux n'est pas possible. La décision roumaine signifie donc que les deux enfants mineurs sont placés sous tutelle et que leur soeur majeure est leur représentante légale. Le fait de considérer la sœur (aînée) comme détentrice de l'autorité parentale sur ses frère et soeur mineurs est contraire à l'ordre public suisse.
3. Etant donné que - sur la base de l'arrêt du Tribunal administratif G. en Roumanie du 30.4.2013 - rien ne porte à croire que le père des enfants pourrait détenir l'autorité parentale, il y a lieu de conclure que la représentation légale exclusive revient à la sœur aînée. En vertu du droit suisse, cela signifie – comme susmentionné – une tutelle au sens de l'art. 327a CCS. Rien ne s'oppose à la reconnaissance de cette mesure. Afin que la sœur aînée familiarisée avec la représentation légale (= tutelle) puisse se légitimer dans le cadre des relations juridiques courantes avec les autorités, écoles, banques etc., le mandat doit lui être transféré par l'APEA de par la loi suisse et un acte de nomination en qualité de tutrice émis. En soi, le bien-fondé de la mesure ordonnée par l'arrêt roumain du 30.4.2013 ne doit pas être remis en

question au sens de l'art. 23 CLaH. La mère étant décédée et le père vivant en Italie n'étant pas cité dans l'arrêt, il n'y a en effet pas lieu d'examiner si le père pourrait éventuellement détenir l'autorité parentale (formelle).

4. Seule une raison valable justifiant l'inaptitude de la soeur aînée à honorer sa fonction de représentante légale entraînerait la nomination d'une tierce personne en tant que titulaire de mandat (tuteur/tutrice), en tenant compte de l'art. 401 CCS (souhaits des personnes concernées). Il relève toutefois de la responsabilité de la tutrice d'aborder le sujet des relations personnelles avec le père, pour autant que cette démarche n'ait pas déjà été initiée.
5. La fonction de tutrice n'exige et n'autorise pas de prise en charge personnelle des enfants sous tutelle. Une autorisation pour l'accueil des enfants est surtout requise lorsque la tutrice agit également comme mère nourricière impliquant une prise en charge des enfants „en dehors du foyer familial“ (BSK CCS I-LEINHRAD/AFFOLTER, art. 327c N 25, 45, 47; art. 1 OPEE). L'octroi de cette autorisation exige d'autres critères que celui de l'aptitude à agir comme tutrice. Outre les capacités éducatrices et la disponibilité, les conditions spatiales et les éventuelles personnes supplémentaires vivant dans le ménage (partenaire de la mère nourricière) doivent donc également être compatibles avec le bien de l'enfant. Pour la tutrice/mère nourricière, la surveillance de l'enfant placé offre un point de contact et d'assistance supplémentaire.
6. Les réponses à vos questions se présentent donc comme suit:
  - a. **L'autorité parentale transférée à la soeur par le Tribunal administratif Galati est-elle juridiquement valable en Suisse et équivaut-elle ainsi à l'autorité parentale suisse?**

La représentation légale exhaustive de la soeur aînée vis-à-vis de ses frère et soeur cadets est valable en Suisse. Toutefois, la mesure roumaine doit être transférée par l'APEA au domicile habituel des enfants en vertu du droit suisse. La mesure roumaine correspond à la tutelle conformément au droit suisse (art. 327a-c CCS). La tutelle est certes calquée sur l'autorité parentale, il existe néanmoins des différences entre les deux institutions (BSK CCS-LIENHARD/AFFOLTER, art. 327c N 5 et 8), raison pour laquelle un acte de nomination en qualité de tutrice doit être émis au nom de la soeur aînée, lui permettant de s'identifier et de se légitimer

dans le cadre de relations juridiques.

- b. En parallèle, l'Office de sécurité sociale / Service des familles d'accueil du canton de Soleure a demandé à la famille de présenter une autorisation pour l'accueil des enfants. Question: si la soeur détient l'autorité parentale, une autorisation est-elle nécessaire pour l'accueil des enfants?**

Oui, puisque la fonction de tutrice n'a pas la même signification que l'autorisation pour un placement de longue durée des pupilles mineurs au sein du propre ménage. Pour ce faire, la tutrice a besoin d'une autorisation pour le placement des enfants, tel que l'exige à juste titre l'OSS. La tutrice jouit ainsi d'un avantage certain, à savoir d'une assistance et de conseils supplémentaires.

- c. Si l'autorité parentale ne devait, à l'heure actuelle, pas encore être passée en force de chose jugée conformément au droit suisse, un transfert de l'autorité parentale au sens du droit suisse est-il alors nécessaire afin que les enfants bénéficient d'une représentation légale? Quelle autorité ordonnerait/transférerait/adapterait une telle autorité parentale? L'institution d'une curatelle est-elle requise dans l'intervalle?**

La mesure ordonnée par le Tribunal roumain selon laquelle la soeur aînée s'est vu confier un mandat de représentation légale et de prise en charge exhaustif est reconnu par la Suisse en vertu de l'art. 23 CLaH. Sur notre territoire et sur la base de l'arrêt du Tribunal administratif G. du 30.4.2013, elle est cependant convertie en tutelle, raison pour laquelle l'APEA du domicile habituel des enfants doit instaurer une tutelle et nommer la soeur aînée comme tutrice (si rien ne s'oppose à son aptitude), sans que cela ne requière le contrôle du retrait de l'autorité parentale face au père vivant en Italie. La cause de la tutelle est l'arrêt du tribunal.

- d. A l'heure actuelle, la soeur peut-elle décider du domicile des enfants? Concrètement: pourrait-elle placer les frère et soeur chez le père en Italie? Ou chez la grand-mère en Roumanie?**

Nous pouvons formellement partir de ce principe. Ses décisions doivent toutefois s'orienter au bien de l'enfant. Elle respectera en outre les dispositions civiles et de la police des étrangers relatives au placement d'enfants en vigueur en Roumanie et en Italie. La priorité reste néanmoins la sauvegarde des intérêts et la

représentation des enfants si la représentante légale vit dans un autre pays que les enfants. Un placement des deux enfants en Roumanie ou en Italie entraînera donc obligatoirement le transfert de la tutelle. Qu'il existe ici ou là-bas des solutions adaptées aux intérêts des enfants, devrait faire l'objet d'un premier contrôle, que ce soit d'identifier les instances locales avec l'aide des autorités centrales concernées ou du service social international. La tutrice devrait „renvoyer“ les enfants, non sans le risque de violer son devoir d'assistance (art. 219 CP). S'il s'avère qu'elle est débordée, les services sociaux locaux et l'APEA compétente devraient lui assurer le soutien nécessaire afin de la décharger en conséquence.

Kurt Affolter-Fringeli, lic. iur., avocat et notaire

Ligerz, 16 avril 2015