



Représentation d'un requérant d'asile mineur non accompagné (RMN), tutelle en matière d'adoption et placement par le tuteur

I. Situation initiale

Trois questions se sont posées à nous que je me permets de vous exposer ci-après, en espérant que mes explications soient compréhensibles.

1. Nous sommes confus par la curatelle au sens de l'art. 306 al. 2 CCS pour les **requérants d'asile mineurs** (étant donné qu'il n'y a aucune information à ce sujet sous les mesures de protection de l'enfant, dans les statistiques, etc.). Cela signifie-t-il que les autorités de protection de l'enfant peuvent nous nommer "curateurs de représentation" selon l'art. 306 al. 2 CCS pour les requérants d'asile mineurs de sorte à ce que nous oeuvrions dans l'intérêt de l'enfant /de l'adolescents dans tous les domaines (à l'image d'une curatelle) ou uniquement dans des domaines pour lesquels l'autorité nous mandate, ces derniers devant donc être mentionnés dans la décision? Pourquoi ne faut-il pas également se référer à l'art. 308 al. 2 CCS – ou pourquoi cela ne dépend-il pas de l'art. 311 CCS?

2. Pour les adoptions, nos décisions stipulent toujours: "Instauration d'une **tutelle selon l'art. 327a CCS**" – est-il suffisant qu'un curateur officie comme tuteur/trice ou est-il nécessaire de se référer à un autre article de loi pour la nomination d'un/e tel/le tuteur/trice?

3. Si nous gérons une **tutelle** en tant que curateur/trice, est-il bien juste qu'il n'est pas nécessaire d'adresser une demande à l'APEA pour un **placement** qui n'est pas refusé par l'enfant/l'adolescent?

II. Considérants

1. Au sujet de la curatelle selon art. 306 al. 2 CCS

La curatelle au sens de l'art. 306 al. 2 CCS figure depuis le 1.1.2013 sous les mesures de protection de l'enfant (cf. aperçu annexé des mesures de protection de l'enfant). Il

n'existe pas encore de statistiques publiées à ce sujet, mais votre APEA devrait – lorsqu'elle consigne les mandats selon les directives de la COPMA (<https://stat.copma-kokes.ch/>) – consigner cette mesure comme une mesure de protection de l'enfant. Cette curatelle permet de pallier à des situations, dans lesquelles les représentants légaux de l'enfant ne peuvent provisoirement **pas exercer** leur pouvoir de représentation, que ce soit en raison d'un **empêchement** (à savoir maladie et absence), suite à une **collision d'intérêts** (BOTSCHAFT ESR 2006 BBI 2006, 7051, 7101), à savoir le partage successoral, la contestation de la légitimité, mais également dans le cadre d'un procès contre des parents maltraitants. Le curateur représente dans l'affaire en question non pas les parents absents mais l'enfant (URS VOGEL, Die Vertretung des Kindes bei Verhinderung der Eltern oder aufgrund einer Interessenkollision – La disposition révisée de l'art. 306 al. 2 CCS, dans: FS Häfeli, p. 187; KURT AFFOLTER, Kindesvertretung im behördlichen Kindesschutzverfahren, dans: FS Häfeli, p. 201 f.). Son contenu revêt les mêmes traits que la curatelle de représentation selon l'art. 308 al. 2.

Conclusion: pour les RMN, l'art. 306 al. 2 CCS fait office de mesure standard depuis le 1.1.2013. Elle sert à la représentation d'enfants se déplaçant sans parents et présentant une certaine autonomie de sorte à ce que ces derniers - contrairement aux enfants en bas âge (qui ne se déplacent jamais seuls) – ne doivent pas obligatoirement être placés sous curatelle. Quant à déterminer les champs d'action du curateur selon l'art. 306 al. 2 CCS, la décision revient à l'APEA. En règle générale, la représentation de RMN est exhaustive, sachant que la législation sur la migration fournit certaines directives (p.ex. au sujet de l'hébergement) sur lesquelles le curateur n'exerce qu'une faible influence (il lui revient toutefois de p.ex. s'engager en faveur d'un changement de placement du RMN en cas d'hébergement totalement inadéquat).

La curatelle selon l'art. 308 al. 2 CCS n'est donc pas requise, puisque l'ensemble des besoins de représentation peuvent être couverts par l'art. 306 al. 2 CCS. Les raisons de l'ordonnance des art. 306 al. 2 et 308 al. 2 CCS divergent, contrairement au pouvoir de représentation (sur mesure). Il convient de renoncer au retrait de l'autorité parentale, en lien avec une tutelle, déjà pour des raisons de droit de procédure. Pour ordonner correctement un retrait, il conviendrait de chercher et d'entendre les parents dans le pays d'origine. L'art. 306 al. 2 CCS propose donc une solution directe et simple.

2. Tutelle en matière d'adoption

La tutelle en matière d'adoption est toujours induite par le retrait préalable de l'autorité parentale (art. 312 ch. 2 CCS). Par le retrait de l'autorité parentale, l'autorité parentale

fait donc justement défaut, ce qui entraîne l'ordonnance d'une tutelle par l'APEA conformément à l'art. 327a CCS. La tutelle est gérée par une tutrice ou un tuteur. La base légale, l'instauration de la tutelle, ainsi que la nomination d'une tutrice/d'un tuteur sont précisés à l'art. 327a CCS: "*L'autorité de protection de l'enfant nomme un tuteur lorsque l'enfant n'est pas soumis à l'autorité parentale*". Les art. 400 ss. CCS s'appliquent alors par analogie (art. 327c al. 2 CCS). La pratique de votre APEA n'appelle donc pas d'objection suite aux considérations ci-dessus.

3. Placement en cas de tutelle

Une remarque préalable au sujet des termes "curateur" et "tuteur". La gestion d'une tutelle n'incombe pas à la curatrice mais à la tutrice. La curatrice professionnelle ne correspond qu'à une dénomination professionnelle resp. administrative de la fonction. Lorsque vous agissez pour le compte d'un enfant sous tutelle, alors vous le faites en votre qualité de tutrice même si vous êtes curatrice professionnelle (expéditeur: A.B., tutrice, curatelle générale Y.). Vous pouvez bien entendu également signer "...la tutrice, A.B., curatrice professionnelle, curatelle générale Y." Cette démarche générera toutefois plutôt un sentiment d'insécurité dans les rapports juridiques, puisque seuls les initiés connaissent la diversité terminologique (si c'est bien le cas !).

Pour le placement:

Conformément à l'art. 416 al. 1 ch. 1 CCS, qui s'applique également par analogie à la tutelle (art. 327c al. 2 CCS), la tutrice requiert le consentement de l'APEA lorsqu'elle envisage le placement durable de l'enfant (BSK CCS I-Lienhard/Affolter, art. 327c N 45). Il s'agit d'un pas en arrière quant au pouvoir d'action du tuteur par rapport à l'ancien droit, selon lequel le tuteur était habilité à placer un enfant, à moins qu'il n'ait été question d'une privation de liberté à des fins d'assistance sous l'ancien droit.

Lorsque le tuteur souhaite placer l'enfant dans une institution fermée ou dans une clinique psychiatrique sous le droit actuel, il requiert alors un PAFA instauré sur décision de l'APEA (art. 314b CCS). Lorsque l'enfant n'obéit pas au tuteur dans le cas d'un placement "normal", alors ce dernier se trouve confronté au même problème que les parents, auxquels l'enfant refuse d'obtempérer. Il doit s'imposer sur le plan pédagogique. Théoriquement, le tuteur fait office d'organe de protection de l'enfant et passer des actes juridiques générateurs d'obligations (cf. recommandations COPMA concernant l'implication des autorités d'aide sociale dans les processus décisionnels des organes de protection de l'enfant du 24 avril 2014 p. 3

(http://www.kokes.ch/assets/pdf/fr/dokumentation/empfehlungen/13_Implication_des_autorites_de_l_aide_sociale.pdf).

Selon ces principes, il aurait également la possibilité, contrairement aux parents, de recourir à l'assistance de la police afin de pouvoir mettre en œuvre le placement (approuvé par l'APEA mais reflétant sa propre décision). Ce type d'action ne s'applique qu'à de très rares exceptions (BSK CCS I-LIENHARD/AFFOLTER, art. 327c N 48). Quant à la compétence de l'APEA et selon les propos ci-dessus, il n'est pas décisif de savoir si l'enfant accepte ou non le placement mais de savoir s'il s'agit d'un placement à durée déterminée ou d'un PAFA. Le placement durable est certes décidé par le tuteur mais avec le consentement préalable de l'APEA, tandis que le PAFA est décidé par l'APEA.

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

Ligerz, 25 août 2015

Annexe: aperçu des mesures de protection de l'enfant