

[9 | 2017]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

NADJA CAPUS / JULIETTE LELIEUR / LESLIE LA SALA

Juger en appel sans ré-administrer
les preuves? SEITE / PAGE 359

JAKOB UEBERSCHLAG

Der Vermögensverzicht und seine Bedeutung
für die Ergänzungsleistungen –
Regelung de lege lata, Berechnungsbeispiele
und Regelung de lege ferenda SEITE / PAGE 383

DANIEL GRÄNICHER

Revision der Revision?:
das neue Sanktionenrecht SEITE / PAGE 390



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	355
LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA	357
<hr/>	
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Nadja Capus / Juliette Lelieur / Leslie La Sala Juger en appel sans ré-administrer les preuves?	359
Epameinondas Kalagiakos Immobilienrecht in Griechenland	373
Guillaume Choffat Panorama sur les curatelles de protection du mineur et les mesures de protection moins incisives (1 ^{re} partie)	377
<hr/>	
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Jakob Ueberschlag Der Vermögensverzicht und seine Bedeutung für die Ergänzungsleistungen – Regelung de lege lata, Berechnungsbeispiele und Regelung de lege ferenda	383
Daniel Gränicher Revision der Revision?: das neue Sanktionenrecht	390
<hr/>	
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	393
<hr/>	
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	398

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
20. Jahrgang 2017 / 20^e année 2017
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband /
Fédération Suisse des Avocats

Chefredaktion / Rédacteur en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vl)
Bollwerk 21, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bollwerk21.ch

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Flávio Trepado, MLaw (FTr)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
9193 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs change-
ments d'adresse.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 198.-, EUR 248.- (Print und Online);
CHF 159.-, EUR 159.- (Online)
Studenten / Etudiants: CHF 98.-
Preise inkl. MwSt. (Online 8% / Print 2,5%)
und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 26.-, EUR 26.-
Mitglieder des SAV gratis /
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2.5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2.5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.

Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

PANORAMA SUR LES CURATELLES DE PROTECTION DU MINEUR ET LES MESURES DE PROTECTION MOINS INCISIVES (1^{re} partie)*

GUILLAUME CHOFFAT

Avocat

Mots-clés: protection des mineurs, mesures de protection, curatelles, droit de la famille, bien de l'enfant

Depuis 2013, les réformes législatives du droit de la famille s'accroissent à un rythme effréné tout en réussissant à maintenir les droits de l'enfant et la protection des mineurs au centre des questionnements et du débat. Dans ce contexte, il apparaît que les curatelles et autres mesures moins incisives de protection des mineurs – un domaine qui a été et qui reste en constante évolution, dont l'utilité est grandissante, aussi bien statistiquement qu'empiriquement – prennent ainsi tout leur sens pour préserver le bien de l'enfant.

I. Introduction

Depuis quelques années, nous avons assisté à une accélération des réformes et chantiers législatifs dans le domaine de la procédure civile et du droit civil et, plus particulièrement encore, dans le domaine du droit de la famille.

C'est donc dans un contexte extrêmement créatif, et labile aussi, commandé par les exigences et les besoins d'une société toujours plus moderne et libre, ainsi que par l'évolution des mentalités, que les esprits les plus aiguisés du monde juridique suisse (professeurs, académiciens, experts, juges, avocats, etc.) ont été stimulés pour donner le jour à ces réformes législatives.

La première de ces réformes est celle de la procédure civile fédérale, entrée en vigueur le 1.1.2011, qui, en permettant l'harmonisation et l'uniformisation des différentes procédures civiles cantonales, a eu un impact considérable et déterminant sur les règles du droit matériel de la famille, notamment en matière de représentation des mineurs dans la procédure civile. Cinq autres réformes d'envergure se sont ensuite succédées à un rythme effréné, lesquelles ont toutes eu un impact direct et décisif sur le droit suisse de la famille. Le nouveau droit du nom et le nouveau droit de la protection de l'adulte, entrés en vigueur au 1.1.2013. Le nouveau droit de l'autorité parentale, entré en vigueur au 1.7.2014. Et enfin, le nouveau droit de l'entretien de l'enfant et la réforme du partage de la prévoyance professionnelle en cas de divorce, entrés en vigueur au 1.1.2017.

Il va sans dire que dans son élan d'hypercréation législative, le droit de la famille a maintenu la protection des mineurs au centre de ses préoccupations, si bien que la plupart des réformes précitées a eu une incidence directe

également sur les curatelles et autres mesures de protection du mineur, un domaine qui n'a été que peu fouillé ces dernières années.

Cependant, malgré la meilleure volonté des praticiens pour favoriser une mise en œuvre fluide de ces dernières nouveautés législatives – qui sont survenues en l'espace de quatre années seulement et qui ont complètement redimensionné l'univers du droit suisse de la famille –, leur assimilation ne s'est pas faite en pratique aussi rapidement que leur entrée en vigueur.

En conséquence de ces constats, la présente contribution a pour but d'offrir un panorama sur les mesures de protection moins incisives et les curatelles de protection du mineur – telles qu'elles figurent au catalogue des mesures protectrices du mineur au sens strict (art. 307 ss CC) – qui sont encore en vigueur en 2017, et ceci, tout en détaillant le rôle, le fonctionnement et l'utilité de ces instruments juridiques.

En revanche, cet article ne traitera pas de la curatelle de protection des biens de l'enfant de l'art. 325 CC; de même que les mesures de protection contenues hors du Code civil ne seront pas abordées, à l'instar de la curatelle de représentation des mineurs dans la procédure civile (art. 299 et 300 CPC qui ont remplacé les anciens art. 146 et 147 CC), de la curatelle en cas d'adoption (art. 17 LF-CLaH) ou de la curatelle pour les requérants d'asile mineurs non accompagnés (RMNA).

* La 2^e partie suivra dans la Revue de l'avocat 10/2017.

Par conséquent, nous commencerons par traiter des mesures de protection du mineur les moins incisives (I.) avant de s'atteler à une classification des différentes curatelles de protection (II.A.) et à l'analyse des curatelles d'assistance éducative (B.), de surveillance des relations personnelles (C.), de représentation à des fins spéciales (D.) et de représentation du mineur en cas de conflit d'intérêts (E.).

II. Les mesures de protection moins incisives

1. Généralités

L'art. 307 al. 1 CC confie à l'autorité de protection de l'enfant le soin de prendre «*les mesures nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé et que les père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes ou soient hors d'état de le faire*».

D'emblée, on remarque l'expression des principes de subsidiarité et de complémentarité qui valent pour toutes les mesures de protection du mineur en ce sens qu'une intervention de l'État est subsidiaire et complémentaire à l'intervention des parents, qui reste prioritaire.¹ En plus d'être nécessaires pour respecter le principe de proportionnalité, ces mesures doivent aussi être suffisantes pour assurer la protection de l'enfant. Cela a pour conséquence que ces mesures sont subsidiaires aux mesures des articles 310, 311 et 312 CC et qu'elles ne visent en particulier pas à déterminer un nouveau lieu de placement de l'enfant qui présupposerait le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (cf. art. 310 CC). Ces mesures ne peuvent donc être ordonnées que lorsque l'enfant est maintenu dans son cadre de vie habituel, c'est-à-dire lorsqu'il vit encore avec ses parents ou lorsqu'il vit déjà hors de la communauté familiale (cf. art. 307 al. 2 CC) et qu'il est placé chez des parents nourriciers qui ont la garde de fait sur l'enfant et qui gèrent sa prise en charge quotidienne, ces derniers étant effectivement soumis à la même surveillance que les détenteurs de l'autorité parentale eux-mêmes, dans la mesure où l'enfant placé auprès d'une famille d'accueil court un danger concret puisqu'il a déjà été fragilisé du fait qu'il a été retiré à ses parents ou placé volontairement par eux en raison de difficultés familiales importantes; quant à la subsidiarité des mesures prévues à l'art. 307 CC par rapport aux curatelles de l'art. 308 CC, ce sont essentiellement les critères du degré de mise en danger et de la capacité à coopérer des père et mère qui guideront l'autorité dans le choix de la bonne mesure à prendre.²

2. La menace du développement de l'enfant

Pour que l'autorité de protection de l'enfant prenne les mesures nécessaires pour protéger l'enfant, il faut que le développement de l'enfant, soit son bien corporel, intellectuel et moral, soit menacé.³ L'établissement des circonstances permettant de retenir ou non une menace pour le développement de l'enfant est une question de fait qui doit être résolue par des constatations correspondantes ou par l'expérience générale de la vie.⁴ Les causes de la menace sont indifférentes, ne sont pas forcément

imputables à faute et peuvent relever de conduites nuisibles ou inappropriées des parents, de l'enfant ou de l'entourage (beaux-parents, frères et sœurs, amis ou connaissances), de l'environnement (conditions de logement inappropriées) ou de l'influence de tiers (emprise sectaire).⁵

La mise en danger du bien corporel de l'enfant regroupe les mauvais traitements, abus sexuels, une alimentation insuffisante ou inappropriée, des soins d'hygiène et de santé insuffisants ou inappropriés, le refus de traitement médical ou de prévention (par exemple des vaccins), ou encore des conditions de logement insalubres. La mise en danger du bien intellectuel ou moral du mineur englobe d'autres causes telles que l'absence ou l'incapacité passagère des père et mère, en raison de leur âge ou de difficultés de santé, de s'occuper sérieusement de l'enfant; des changements fréquents de famille ou d'institution nourricière; une absence de collaboration avec l'école ou la formation professionnelle; des conflits et blocages sur le choix de la filière de formation; des difficultés dans l'exercice du droit de visite ou dans l'éducation de l'enfant; des difficultés particulières dues à un handicap physique ou intellectuel que les père et mère sont incapables d'affronter (le cas échéant, la mise en danger de l'enfant surdoué); un laxisme grave dans la prise en charge ou un autoritarisme forcené; l'isolement social ou culturel; l'exposition à des milieux dangereux de dépendance (alcool et drogues). Les conflits des père et mère entre eux, même s'ils ne portent pas directement sur des questions qui ont trait à l'enfant, peuvent aussi représenter un danger pour l'enfant lorsqu'il est impliqué dans ces conflits ou témoin de violences verbales ou physiques graves et répétées.⁶

3. Le choix du mode d'intervention de l'autorité de protection de l'enfant

Dans l'exécution de sa mission préventive, l'autorité de protection de l'enfant jouit d'un large pouvoir d'appréciation quant au choix du mode d'intervention; selon le texte de la loi, «*elle peut, en particulier, rappeler les père et mère à l'ordre, les parents nourriciers ou l'enfant à leurs devoirs, donner des indications ou instructions relatives au soin, à l'éducation et à la formation de l'enfant*» (art. 307 al. 3 CC); la formulation de la loi étant ici ouverte, la liste des mesures proposées n'est pas exhaustive.⁷

1 DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, Droit de la famille, Code annoté, Art. 90 à 456 CC, LPart, Art. 271 à 327a CPC, Lausanne 2013, n. 1.3 ad art. 307; MEIER, Commentaire Romand CC-I, Art. 1-359 CC [Pichonnaz/Foëx, édit.], Bâle 2010, n. 2 ad art. 307.

2 HEGNAUER/MEIER, Droit suisse de la filiation et de la famille (art. 328 à 359 CC), 4^e éd., Berne 1998 (adaptation française de l'ouvrage de Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts und des übrigen Verwandtschaftsrechts, 4^e éd., Berne 1994, n. 27.16; MEIER, op. cit. (n. 1), n. 7 et 10 ad art. 307.

3 MEIER, op. cit. (n. 1), n. 5 ad art. 307.

4 DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 1.1 ad art. 307.

5 MEIER, op. cit. (n. 1), n. 6 ad art. 307.

6 MEIER, op. cit. (n. 1), n. 5 et 6 ad art. 307.

7 MEIER, op. cit. (n. 1), n. 9 ad art. 307; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5^e éd., Genève/Zurich/Bâle 2014, n. 1252-1253.

A) *Le rappel à l'ordre*

L'autorité de protection de l'enfant peut en premier lieu rappeler les père et mère, les parents nourriciers et l'enfant à leurs devoirs notamment pour ce qui est des principes fixés par la loi en matière d'éducation de l'enfant (art. 301-303 CC).⁸

B) *Les indications et les instructions*

Au regard de l'ensemble des mesures de protection du mineur, les indications et les instructions constituent l'intervention la plus légère de l'État.⁹

L'autorité de protection de l'enfant peut donner des indications, c'est-à-dire des conseils, aux père et mère, aux parents nourriciers et à l'enfant à propos des soins, de l'éducation et de la formation de l'enfant. Ces indications sont données dans le cadre d'une discussion informelle que l'autorité doit mener avec les père et mère pour déterminer si son intervention se justifie ou pas. Afin d'assurer la sécurité juridique de ce dialogue entre l'autorité et les personnes concernées, les indications données devraient être consignées dans un procès-verbal ou une ordonnance qui mentionneront les engagements pris. En plus de ces simples conseils, l'autorité peut aussi donner des instructions, soit des consignes en vue d'une action ou d'une abstention concrète. Ces instructions doivent figurer dans le dispositif d'une décision de l'autorité et peuvent être assorties de la menace des peines de l'art. 292 CP, ce qui implique qu'elles soient exprimées de manière précise et détaillée.¹⁰

Parmi les mesures de l'art. 307 al. 3 CC, données à titre de conseils ou d'instructions, on peut penser au fait de suivre un cours de soins au nouveau-né; de participer à l'école des parents; de suivre une thérapie de la parole pour favoriser la communication entre les parents; de permettre aux enfants de fréquenter des camps de loisirs ou de leur donner l'occasion de bénéficier d'une orientation scolaire; de suivre des conseils en matière diététique et de troubles alimentaires (boulimie, anorexie, obésité); de fréquenter des cours ou des programmes de lutte contre la dépendance (alcool, stupéfiants, médicaments, jeu) ou les violences domestiques.¹¹

D'autres mesures pourront être ordonnées telles que: l'obligation d'envoyer l'enfant chez le médecin pour y être soigné ou soumis à un examen (par exemple à une expertise psychiatrique, lorsque l'on se trouve en présence de mauvais traitements, à une expertise médico-légale et hérédo-biologique pour vérifier la légitimité des doutes de l'enfant au sujet de sa filiation et les effets de ceux-ci sur sa santé psychique, à un examen périodique en cas de suspicion de mutilations sexuelles); l'obligation de présenter l'enfant périodiquement à un pédiatre désigné ou de le soumettre à un contrôle de poids; de l'astreindre à un cours de rattrapage scolaire, un cours de langue ou des séances d'orientation scolaire (en vue de la fréquentation d'une école, d'une voie déterminée ou d'une formation spécifique); la mise en œuvre de moyens pour favoriser l'intégration linguistique et culturelle des enfants étrangers; l'obligation aux parents de permettre aux enfants

d'avoir des loisirs particuliers, de fréquenter des camps scolaires ou extrascolaires ou de maintenir des rapports réguliers avec les responsables de la formation professionnelle; l'obligation aux parents de protéger l'enfant contre l'exploitation commerciale dont il est la victime ou de ne pas se rendre à l'étranger lorsque des mutilations sexuelles sont à craindre.¹²

Cependant, l'autorité de protection ne saurait donner des instructions ou des indications dans des domaines où l'enfant est en mesure d'exercer ses droits strictement personnels au sens de l'art 305 al. 1 CC; ainsi, par exemple, en relation avec une intervention médicale, l'enfant qui est capable de discernement au sens de l'art. 16 CC peut user de son autonomie pour refuser une thérapie qui lui est proposée ou en choisir une autre.¹³ En effet, dans la mesure où l'enfant capable de discernement est réputé capable d'exercer lui-même ses droits strictement personnels (cf. art. 19c al. 1 CC), l'autorité ne devrait en principe pouvoir prendre aucune mesure de protection fondée sur les articles 307 ss CC en lien avec l'exercice d'un droit strictement personnel d'un mineur jugé capable de discernement.

Enfin, l'autorité peut encore conseiller et orienter les père et mère vers les services compétents pour obtenir le cas échéant un soutien matériel.¹⁴

C) *L'interdiction du déménagement à l'étranger*

En cas de menace sérieuse pour le bien de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant – respectivement le juge des mesures protectrices ou provisoires (art. 315a al. 1 CC) – peut interdire, en se fondant sur l'art. 307 al. 3 CC, le déménagement à l'étranger de l'enfant avec le parent titulaire du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.¹⁵ À noter que le déménagement peut également être interdit s'il est constitutif d'un abus de droit (art. 2 CC), par exemple s'il est destiné à compromettre les relations personnelles entre l'enfant et le parent non gardien.¹⁶

⁸ BREITSCHMID, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB [Honsell/Vogt/Schnyder, édit.], 3^e éd., Bâle/Genève/Munich 2006, n. 19 ad art. 307; BIDERBOST, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2007, n. 17 ad art. 307; MEIER, op. cit. (n. 1), n. 1 ad art. 307.

⁹ DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 3.1 ad art. 307.

¹⁰ ATF 127 IV 119, SJ 2001 I pp. 440 ss; ATF 90 IV 79, JdT 1964 IV 80. COTTIER, Weibliche Genitalverstümmelung, zivilrechtlicher Kinderschutz und interkulturelle Verständigung, FamPra.ch 2005, p. 710; MEIER, op. cit. (n. 1), n. 12 à 15 ad art. 307.

¹¹ TF 5P.316/2006 du 10.1.2007. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 3.2 ad art. 307; MEIER, op. cit. (n. 1), n. 12 ad art. 307; MEIER/STETTLER, op. cit. (n. 7), n. 1254.

¹² TF 5C.203/2002 et 5P.323/2002 du 19.11.2002. COTTIER, op. cit. (n. 10), pp. 712 ss; MEIER SILVIA, Schutz des Kindes vor kommerzieller Ausbeutung: Kinder und Werbung, RDT 2007 pp. 284 ss; MEIER, op. cit. (n. 1), n. 12 et 14 ad art. 307; MEIER/STETTLER, op. cit. (n. 7), n. 1254.

¹³ DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 3.3 ad art. 307.

¹⁴ MEIER, op. cit. (n. 1), n. 12 ad art. 307.

¹⁵ ATF 136 III 353 consid. 3.3, JdT 2010 I 491. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 3.4 ad art. 307.

¹⁶ ATF 136 III 353 consid. 3.3.

Sur cette question du déménagement créant un danger sérieux pour l'enfant, le Tribunal fédéral et la doctrine estiment que des difficultés initiales d'intégration ou de langue ne menacent pas le bien de l'enfant, car elles sont inhérentes à tout déménagement à l'étranger ou ailleurs en Suisse; il en résulte qu'une mise en danger du bien de l'enfant n'est que très rarement réalisée lorsque celui-ci est encore jeune; mais même pour des enfants un peu plus âgés, la seule scolarisation au nouveau domicile n'est pas un motif d'empêchement.¹⁷ Ces remarques valent aussi pour le droit de visite, car même si l'exercice des relations personnelles est rendu plus difficile en raison de l'éloignement géographique, il ne se justifie pas d'interdire au parent titulaire exclusif du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant de déménager à l'étranger pour des motifs d'intégration, pour autant toutefois que des relations personnelles restent possibles avec l'étranger, que le départ repose sur des motifs objectifs et que le bien de l'enfant ne soit pas menacé par un tel déplacement.¹⁸

En revanche, de jurisprudence constante, si l'enfant souffre d'une pathologie ou d'une maladie et qu'il ne peut bénéficier des soins médicaux nécessaires dans son nouveau lieu de résidence, ou lorsqu'il s'est profondément enraciné en Suisse et n'a aucun lien avec le lieu de destination, ou encore lorsqu'il est relativement proche de la majorité et qu'une fois celle-ci atteinte, il retournera vivre en Suisse, il y a lieu d'admettre que le déménagement porte trop atteinte au bien de l'enfant pour autoriser son déplacement par le parent titulaire du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.¹⁹ Par ailleurs, s'agissant surtout des enfants plus âgés, le Tribunal fédéral a rappelé que leur avis, exprimé dans le cadre de l'audition, jouait également un rôle important pour évaluer l'existence d'une menace sérieuse en lien avec un déménagement.²⁰

Malgré des principes clairs et constants, le Tribunal fédéral, dans un arrêt récent, semble tout de même avoir accordé un poids non négligeable aux critères des difficultés initiales d'intégration et de langue inhérents à tout déménagement. En effet, il a considéré que la Cour d'appel civil du canton de Fribourg n'avait pas violé le droit fédéral en retenant que le départ à l'étranger de l'enfant menaçait tout de même son bien, car la langue de l'enseignement (arabe), un enseignement religieux (Coran) et la culture du pays de destination (Tunisie) entraîneraient un trop grand déracinement culturel pour l'enfant. Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue qu'à ces raisons s'ajoutait également le fait que les conditions de vie de l'enfant en Tunisie étaient précaires sur le plan financier (la mère n'avait pas d'emploi), que sa situation légale n'était pas réglée (l'enfant et sa mère avaient un statut de touristes et ne disposaient pas encore d'une autorisation d'établissement en Tunisie), que l'enfant n'était pas couvert pour les risques de maladie et d'accident, et enfin, qu'il n'avait aucune famille ni connaissance en Tunisie.²¹

D) Les autres mesures

L'art. 307 al. 3 CC sert également de fondement à certaines mesures d'investigation afin de déterminer si le

bien de l'enfant est mis en péril et quel type de mesure de protection est nécessaire.²²

Dès lors, un placement dans un établissement à des fins d'observation peut parfois aussi se fonder sur l'art. 307 al. 3 CC. Cela étant, il doit être de très courte durée, car si l'observation devait dépasser plusieurs heures, voire quelques jours, la mesure devrait alors être ordonnée sur la base des articles 310 ou 314b al. 1 CC, ce dernier renvoyant, depuis le 1.1.2103 (entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte) aux dispositions relatives au placement à des fins d'assistance de l'adulte (cf. art. 426 ss CC).²³

Une expertise psychiatrique des père et mère en présence de soupçons de mauvais traitements ou une expertise médico-légale et hérédo-biologique pour vérifier les doutes quant à la filiation de l'enfant peuvent également être ordonnées sur la base de l'art. 307 al. 3 CC. Ces mesures d'investigation présupposent aussi l'audition des personnes concernées dans le but de favoriser par le dialogue – dans le respect du principe de proportionnalité – l'examen de solutions moins incisives.²⁴

E) Le droit de regard et d'information

L'art. 307 al. 3 *in fine* CC prévoit encore que «l'autorité de protection de l'enfant peut désigner une personne ou un office qualifié qui aura un droit de regard et d'information».

Cette notion de surveillance est contenue implicitement dans la compétence générale reconnue à l'autorité de protection de l'enfant par l'art. 307 al. 1 CC.²⁵ La personne ou l'office ayant un droit de regard et d'information peut être, par exemple, un assistant ou un travailleur social, un psychologue ou le service de la protection de la jeunesse (à Genève, le Service de la protection des mineurs; dans le canton de Vaud, le Service de protection de la jeunesse).²⁶

Le rôle de la personne ou de l'office désigné consiste à surveiller le développement de l'enfant ou à recueillir auprès des père et mère, de l'enfant et aussi de tiers (par exemple, les enseignants, médecins, psychologues, professeurs et moniteurs d'activités extrascolaires) les infor-

17 ATF 136 III 353 consid. 3.3. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 9), n. 3.5 ad art. 307.

18 DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 3.6 et 3.7 ad art. 307.

19 ATF 136 III 353, JT 2010 I 491; TF 5A_643/2011 du 22.11.2011 consid. 5.1.2; 5A_483/2011 et 5A_504/2011 du 31.10.2011; 5A_456/2010 du 21.2.2011. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 3.7 ad art. 307.

20 ATF 136 III 353 consid. 3.3. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 3.7 ad art. 307.

21 TF 5A_483/2011 et 5A_504/2011 du 31.10.2011 consid. 3.2.

22 MEIER, op. cit. (n. 1), n. 17 ad art. 307.

23 TF 5C.202/2002 du 18.11.2002. MEIER, op. cit. (n. 1), n. 17 ad art. 307; MEIER/STETTTLER, op. cit. (n. 7), n. 1373 à 1386.

24 MEIER, op. cit. (n. 1), n. 17 ad art. 307.

25 MEIER/STETTTLER, op. cit. (n. 7), n. 1259.

26 HEGNAUER/MEIER, op. cit. (n. 2), n. 27.17; MEIER, op. cit. (n. 1), n. 18 ad art. 307; MEIER/STETTTLER, op. cit. (n. 7), n. 1261.

mations nécessaires à l'accomplissement de sa tâche, et ceci, sans autres pouvoirs contraignants.²⁷ Des conseils et un appui peuvent éventuellement aussi être donnés aux père et mère dans le cadre de l'exercice du droit de regard et d'information, mais ils ne seront pas forcés de les suivre comme dans le cas d'une curatelle d'assistance éducative de l'art. 308 al. 1 CC.²⁸ Dans l'exercice de sa tâche de surveillance, la personne désignée doit suivre les instructions de l'autorité de protection de l'enfant à laquelle elle fait un rapport périodique et propose, le cas échéant, au besoin, de prendre des mesures protectrices plus importantes.²⁹ Elle n'a pas le pouvoir d'ordonner les mesures de protection à la place de l'autorité elle-même.³⁰

Le droit de regard et d'information est une mesure indiquée souvent lorsque l'autorité, sans avoir encore de motifs suffisants pour ordonner une curatelle éducative de l'art. 308 al. 1 CC ou un retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (art. 310 CC), a des doutes sur les capacités éducatives d'un parent, notamment (mais pas exclusivement) lorsque l'autorité parentale n'est détenue que par un seul parent.³¹ Cette mesure est également préconisée lorsque l'autorité de protection de l'enfant souhaite observer la situation familiale avant de rendre une décision.³²

F) La thérapie

Même si elle ne figure pas clairement au catalogue des mesures les moins incisives au sens du texte de l'art. 307 CC, la thérapie demeure, à notre avis, l'une des mesures les plus efficaces qui existent à l'heure actuelle pour permettre de débloquer et résoudre des situations de conflits ou dysfonctionnements familiaux, même aigus, et cela, probablement plus encore que la médiation.

Selon les circonstances et les besoins, il pourra s'agir d'une thérapie du groupe familial (un instrument qui est d'ailleurs de plus en plus utilisé par les tribunaux pour mieux comprendre et appréhender les interactions et les rôles de chacun dans une cellule familiale), d'une thérapie du couple parental ou du couple conjugal, d'une thérapie systémique ou de type cognitivo-comportemental, ou tout simplement d'une psychothérapie personnelle de l'enfant et/ou des parents.

Dans un arrêt de 2011, le Tribunal fédéral a lui-même considéré que la thérapie était une mesure pouvant être ordonnée en application de l'art. 307 CC et ceci, pour autant que l'on se trouve en présence d'une mise en danger du bien des enfants et que cette mise en danger ne puisse plus être prévenue par l'intervention des parents ou par la mise en œuvre de mesures plus limitées (le Tribunal fédéral rappelait au passage que les principes de proportionnalité et de subsidiarité étaient la pierre angulaire du système de protection civile de l'enfant).³³

En l'occurrence, dans ce même arrêt, l'autorité cantonale avait établi que les enfants souffraient d'un syndrome d'aliénation parentale résultant de la maltraitance psychologique opérée par leur mère et qui visait à détruire la figure paternelle. L'autorité cantonale avait alors estimé, après l'échec d'un premier suivi thérapeutique des enfants

qui avait été ordonné dans le but d'encadrer le droit de visite du père afin d'assurer sa bonne reprise, que la thérapie devrait être ordonnée pour permettre de réhabiliter l'image paternelle.³⁴

Au final, le Tribunal fédéral, qui rappelait cependant comme à son habitude que l'autorité qui ordonnait une mesure de protection de l'enfant disposait d'un large pouvoir d'appréciation et qu'il était tenu de s'imposer à lui-même une certaine retenue en la matière, a tout de même confirmé cette appréciation des faits et que le fait d'ordonner une thérapie en application de l'art. 307 CC ne prêtait pas le flanc à la critique, si bien que l'on peut considérer en l'état que la thérapie fait partie intégrante du catalogue des mesures de protection de l'enfant, bien que la loi ne le prévoit pas littéralement.³⁵

G) La médiation

L'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, au 1.1.2013, a permis d'ajouter au catalogue des mesures de protection du mineur le cas particulier de la médiation, qui est désormais expressément prévu à l'art. 314 al. 2 CC, la disposition étant calquée sur l'art. 297 al. 2 CPC applicable à l'ensemble des procédures du droit de la famille.

Le Tribunal fédéral avait toutefois déjà admis dans sa jurisprudence que la médiation pouvait être imposée aux parties par application de l'art. 307 al. 3 CC et qu'elle pouvait même être assortie de la menace de l'art. 292 CP.³⁶

Il découle de ce qui précède que la jurisprudence du Tribunal fédéral, rendue avant l'entrée en vigueur du nouvel art. 314 al. 2 CC et de l'art. 297 al. 2 CPC, n'a aucune raison d'être remise en cause et que l'autorité de protection de l'enfant pourrait toujours imposer ou exhorter des parties à tenter l'exercice de la médiation sur la base de l'art. 307 al. 3 CC.

La suite paraîtra dans le numéro 10/2017.

²⁷ SJ 1978 I p. 387. MEIER, op. cit. (n. 1), n. 18 ad art. 307; MEIER/STETTLER, op. cit. (n. 7), n. 1259.

²⁸ BREITSCHMID, op. cit. (n. 8), n. 23 et 24 ad art. 307; MEIER, op. cit. (n. 1), n. 19 ad art. 307.

²⁹ SJ 1978 I, p. 387. MEIER, op. cit. (n. 1), n. 19 ad art. 307; MEIER/STETTLER, op. cit. (n. 7), n. 1259 et note 2918.

³⁰ ATF 56 II 8; ATF 51 II 96, JdT 1925 I 427. MEIER, op. cit. (n. 1), n. 19 ad art. 307.

³¹ HEGNAUER/MEIER, op. cit. (n. 2), n. 27.17; MEIER, op. cit. (n. 1), n. 20 ad art. 307; MEIER/STETTLER, op. cit. (n. 7), n. 1261.

³² MEIER, op. cit. (n. 1), n. 20 ad art. 307; MEIER/STETTLER, op. cit. (n. 7), n. 1261.

³³ TF 5A_615/2011 du 5.12.2011 consid. 4. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 1.4 ad art. 307.

³⁴ TF 5A_615/2011 du 5.12.2011 consid. 4.1 et 4.3.

³⁵ TF 5A_615/2011 du 5.12.2011 consid. 4.1 et 4.3. DE LUZE/PAGE/STOUDMANN, op. cit. (n. 1), n. 1.5 ad art. 307.

³⁶ TF 5A_852/2011 du 20.2.2012 et 5A_457/2009 du 9.12.2009. MEIER, L'enfant et la nouvelle procédure civile, p. 59; MEIER/STETTLER, op. cit. (n. 7), n. 1256 et note 2911; STAUB, Pflichtmediation: Mythos und Wirklichkeit, RDT 2006 pp. 121 ss; STAUB, Pflichtmediation im Kinderschutz – Möglichkeiten und Grenzen, RDT 2008 pp. 431 ss; STAUB, Pflichtmediation als scheidungsbezogene Kinderschutzmassnahme, RJB 2009 pp. 404 ss.