

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

LA RÉGLEMENTATION
DU PLACEMENT DES MINEURS
DANS LE NOUVEAU DROIT SUISSE
DE LA FILIATION

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

JEAN-CHRISTOPHE GIRARD
Avocat

1983

IMPRIMERIE LE PAYS S.A., PORRENTRUYP

M. Jean-Christophe Girard est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée : « La réglementation du placement des mineurs dans le nouveau droit suisse de la filiation ».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 20 août 1982.

Le doyen de la Faculté de droit
et des sciences économiques :

Jean-Pierre Gern.

*A mes parents,
à Christine*

REMERCIEMENTS

Nombreux ont été ceux qui, par leur aide, leur soutien ou l'intérêt qu'ils nous manifestaient, nous ont permis de mener notre tâche à son terme. Qu'ils soient tous remerciés.

Notre reconnaissance va en particulier à Monsieur le professeur Jacques-Michel Grossen, pour sa disponibilité, ses conseils et ses suggestions. Nous remercions également les autorités jurassiennes qui nous ont ouvert leurs dossiers et leurs archives.

Enfin, nous exprimons nos remerciements à l'adresse des cantons de Neuchâtel et du Jura pour l'appui matériel qu'ils nous ont apporté à l'occasion de la publication de cet ouvrage.

TABLE DES MATIERES

TABLE DES MATIERES	I
TABLES DES ABREVIATIONS	VII
BIBLIOGRAPHIE	VIII
INTRODUCTION	1
Chapitre 1	1
1. Les sources du droit du placement du mineur	3
1.1. Le droit civil fédéral	3
1.1.1. Le Code civil de 1907	3
1.1.2. La révision du droit de l'adoption	4
1.1.3. Le nouveau droit de la filiation	4
1.1.4. La modification du 6 octobre 1978	5
1.2. Le droit pénal fédéral	5
1.3. Le droit public	6
1.3.1. Le droit public fédéral	6
1.3.1.1. La loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose	6
1.3.1.2. L'ordonnance sur l'activité d'in- termédiaire en vue de l'adoption	6
1.3.1.3. L'ordonnance réglant le placement d'enfants	6
1.3.2. Le droit public cantonal	7
2. Définitions	8
2.1. L'enfant	8
2.2. Le placeur	8
2.3. Les parents nourriciers	9
2.4. Le placement	10
PREMIERE PARTIE : LES DIFFERENTS TYPES DE PLACEMENT	11
Chapitre 2 : Introduction	11
Chapitre 3 : Le placement par les père et mère détenteurs de l'autorité parentale ou par le tuteur	13
3.1. Le placement par les père et mère	13
3.2. Le placement par le tuteur	16
3.2.1. Le maintien chez les père et mère	17
3.2.2. Le placement chez le tuteur	18
3.2.3. Le placement du pupille dans une famille	18
3.2.4. Le placement en établissement	19
3.2.4.1. Sous l'empire de l'ancien droit	19
3.2.4.2. Le nouveau droit	21

Chapitre 4 : Le placement par les autorités de tutelle	22
4.1. Les principes de la protection tutélaire de l'enfant	22
4.1.1. Le principe du bien de l'enfant	23
4.1.2. Le principe de complémentarité	23
4.1.3. Le principe de proportionnalité	24
4.2. Catalogue des mesures de protection de l'enfant prévues par le Code civil	25
Chapitre 5 : Le placement par le juge matrimonial	38
5.1. Les mesures protectrices de l'union conjugale	39
5.2. Les mesures provisoires prévues par l'art. 145 CCS	41
5.3. La réglementation des droits des parents dans le jugement de divorce ou de séparation de corps	44
5.4. La modification du jugement de divorce ou de séparation de corps	47
Chapitre 6 : Le placement par le juge pénal	49
6.1. Les modalités d'application des mesures éducatives prévues par le Code pénal	49
6.1.1. Les critères d'âge	49
6.1.2. Le principe de proportionnalité	50
6.1.3. L'enquête de personnalité	52
6.2. Catalogue des mesures éducatives prévues par le Code pénal	52
6.2.1. L'assistance éducative	52
6.2.2. Le placement dans une famille ou dans une maison d'éducation	53
6.3. La possibilité de renoncer à toute sanction	55
Chapitre 7 : Les autres placements	57
7.1. Les enfants assistés	57
7.2. L'enfant trouvé	58
DEUXIEME PARTIE : LES EFFETS DE DROIT CIVIL DU PLACEMENT	60
SECTION 1 Les effets du placement sur le statut juridique de l'enfant	60
Chapitre 8 : Le nom	60
8.1. Le nom (Familiennome)	61
8.2. Le prénom	64
Chapitre 9 : Le domicile	66
9.1. L'enfant sous autorité parentale	66
9.2. L'enfant sous tutelle	67

SECTION 2	71
Chapitre 10 : L'obligation d'entretien	71
10.1. L'exécution de l'obligation d'entretien en cas de placement de l'enfant	71
10.2. La nature juridique de la pension versée aux parents nourriciers	72
10.3. Les conséquences de la qualification juridique	74
10.4. Le montant de la pension	75
10.4.1.	75
10.4.2. L'indexation de la pension stipulée dans le contrat	76
10.4.3. La portée de l'art. 294 CCS	77
10.5. Le placement de l'enfant pour lequel une pension alimentaire est due	78
Chapitre 11 : Le devoir d'éducation	80
11.1. L'éducation de l'enfant par les parents nourriciers	80
11.2. Les corollaires du devoir d'éducation	84
11.2.1. Le devoir d'obéissance	84
11.2.2. Le devoir de correction	84
Chapitre 12 : L'éducation religieuse	86
12.1. La détermination de la confession de l'enfant confié	87
12.2. L'exercice de l'éducation religieuse	89
12.3. La religion de l'enfant influe-t-elle sur le choix du lieu de placement ?	90
Chapitre 13 : Le droit aux relations personnelles	92
13.1. La titularité du droit aux relations personnelles	93
13.1.1. Le principe de l'art. 273 CCS	93
13.1.2. Les père et mère détenteurs de l'autorité parentale ou du droit de garde	94
13.1.3. Les autres titulaires du droit aux relations personnelles	94
13.2. La compétence de régler le droit aux relations personnelles	95
13.2.1. Les père et mère	95
13.2.2. L'autorité tutélaire	96
13.2.3. Le juge du divorce et des mesures protectrices de l'union conjugale	97
13.2.4. L'enfant	98
13.3. Les modalités du droit aux relations personnelles	99

13.3.1. Le placement volontaire par les père et mère	100
13.3.2. Le placement dans le cadre de procédures matrimoniales	101
13.3.3. Les placements à caractère éducatif marqué	102
13.3.4. Les placements en vue d'adoption	103
13.3.5. L'autorisation de vivre séparé (art. 310 al. 2 CCS)	106
13.4. La limitation et la suppression du droit aux relations personnelles	106
Chapitre 14 : Les biens de l'enfant	108
14.1. L'administration des biens de l'enfant	108
14.2. Le droit d'utiliser les revenus des biens de l'enfant	109
14.3. Le salaire de l'enfant placé	110
Chapitre 15 : Les devoirs réciproques	112
SECTION 3 La représentation	114
Chapitre 16	114
16.1. La représentation de l'enfant placé	114
16.2. La représentation de la famille par l'enfant	116
SECTION 4 Les mesures de protection de l'enfant placé	118
Chapitre 17	118
17.1. Les mesures protectrices des art. 307 ss CCS	118
17.1.1. Les principes de l'intervention tutélaire	119
17.1.1.1. Le principe du bien de l'enfant	119
17.1.1.2. Le principe de complémentarité	120
17.1.1.3. Le principe de proportionnalité	121
17.1.2. L'application des différentes mesures protectrices prévues par les art. 307 et ss CCS	121
17.1.2.1. Recommandations, instructions, assistance éducative (art. 307 al. 3 CCS)	121
17.1.2.2. Le retrait du droit de garde (art. 310 CCS)	121
17.1.2.2.1. Le retrait de l'enfant aux tiers chez qui il se trouve (art. 310 al. 1 CCS)	121

17.1.2.2.2. Le main- tien de l'enfant dans sa fa- mille d'accueil (art. 310 al. 3 CCS)	122
17.2. Les mesures protectrices prévues par l'ordonnance du 19 octobre 1977	124
17.3. Les rapports entre ces différentes mesu- res	124
SECTION 5 La responsabilité du chef de famille	126
Chapitre 18	126
TROISIEME PARTIE : LA FIN DU PLACEMENT ET LA FIN DU CONTRAT DE PLACEMENT	131
Chapitre 19 : Les causes de la fin du placement	132
19.1. L'âge de l'enfant	132
19.2. Le décès d'une des personnes concernées par le placement	135
19.2.1. Le décès des parents nourri- ciers	135
19.2.2. Le décès de l'enfant	136
19.2.3. Le décès du détenteur de l'au- torité parentale	136
19.3. Le divorce des père et mère ou des pa- rents nourriciers	136
19.4. La fin des mesures tutélaires et péna- les	138
19.4.1. La fin des mesures tutélaires, art. 310 CCS	138
19.4.2. La fin des mesures pénales	139
19.5. L'intervention de l'autorité de protec- tion des enfants placés	140
19.6. L'exercice du droit de retrait	141
19.7. L'adaption de l'enfant par les parents nourriciers	142
Chapitre 20 : La fin du contrat de placement	143
QUATRIEME PARTIE : LE CONTRAT DE PLACEMENT	146
Chapitre 21	146
21.1. Les parties au contrat	146
21.1.1. Les parents nourriciers	146
21.1.2. Le placeur	146
21.1.2.1. En cas de placement par les père et mère ou par le tuteur	146
21.1.2.2. En cas de placement par une autorité	147
21.1.3. Les père et mère	147
21.1.4. L'enfant	148
21.2. La nature juridique du contrat de pla- cement	149
21.2.1. Droit privé ou droit public	149
21.2.1.1. En cas de placement privé	149

21.2.1.2. En cas de placement par une autorité	149
21.2.2. Droit de famille ou droit des obligations	150
21.2.2.1. Le contrat de place- ment en tant qu'ins- titution de droit de famille	150
21.2.2.2. Le contrat de place- ment est régi par le droit des obligations	150
21.2.3. Le contrat de placement est un contrat innommé	152
21.2.4. Le contrat de placement est un contrat sui generis	152
21.2.5. Le contrat de placement est une stipulation pour autrui	153
21.3. Le contenu du contrat	154
21.3.1. Les éléments essentiels	154
21.3.2. Les points secondaires	154
21.3.3. Le complètement et l'interpré- tation du contrat	155
21.4. La forme du contrat	155
21.5. La fin du contrat	156
CINQUIEME PARTIE : LE DROIT PUBLIC FEDERAL DES PLACEMENTS D'EN- FANTS	157
Chapitre 22 : L'ordonnance réglant le placement d'enfants (OPE)	157
22.1. L'autorisation	158
22.1.1. Les placements familiaux soumis à autorisation	160
22.1.2. Les placements institutionnels soumis à autorisation	162
22.1.3. L'examen des circonstances dé- terminantes pour l'octroi de l'autorisation	162
22.2. Le devoir de s'annoncer	164
22.3. La surveillance des placements	164
Chapitre 23 : L'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption (OIA)	167
23.1. L'activité soumise à autorisation	168
23.2. L'obligation de s'annoncer	168
23.3. La surveillance	169
23.4. Nécessité actuelle d'une telle ordon- nance	169
CONCLUSION	171

TABLE DES ABREVIATIONS

al.	alinéa
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse
art.	article
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale
CCS	Code civil suisse
aCCS	Code civil suisse, ancienne version
CO	Code fédéral des obligations
CPS	Code pénal suisse
Cst. féd.	Constitution fédérale
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
JT	Journal des Tribunaux
OIA	Ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption
OPE	Ordonnance réglant le placement d'enfants
RDS	Revue de droit suisse
RDT	Revue du droit de tutelle
REC	Revue de l'état civil
RPS	Revue pénale suisse
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des juristes bernois
SJ	Semaine judiciaire
ZBL	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
Z8F	Zeitschrift für öffentliche Fürsorge

BIBLIOGRAPHIE

Remarque

Les ouvrages sont en principe cités par le nom de leur auteur et le numéro de la page. Toutefois, lorsqu'il existe plusieurs ouvrages du même auteur, la citation contiendra le nom de cet auteur, le mot clef en cursive dans la liste ci-dessous, ainsi que le numéro de la page.

La bibliographie est arrêtée à fin 1981.

Albisser H., *Die Abgrenzung* der Kompetenzen zwischen den Vormundschaftsbehörden und den Armenbehörden, in "Problèmes et buts de la tutelle", ouvrage édité à l'occasion du cinquantenaire de l'Association suisse des tuteurs officiels, Zurich 1963.

Albisser H., *Grenzziehung* zwischen vormundschaftlichen Kosten und Armenunterstützung, RDT 1947 122 ss. Résumé français : RDT 1947 128 ss.

Ammann L., *Uneheliche Kindschaft und Adoption* aus der Sicht des Sozialarbeiters, RDT 1973 98 ss.

Aslaner F., *L'obligation alimentaire entre parents*, thèse Lausanne 1940.

Bannwart - Maurer E., *Das Recht auf Bildung und das Elternrecht*, thèse Zurich 1975.

Baumann U., *Voraussetzungen und Verfahren der Adoption*, thèse Zurich 1970.

Berthalet P.A., *Les aspects juridiques du placement familial*, thèse Neuchâtel 1969.

Boehlen M., *Kommentar zum schweizerischen Jugendstrafrecht*, Berne 1975.

Bazer A., *Les droits d'administration et de jouissance des père et mère sur les biens de l'enfant*, thèse Neuchâtel 1951.

Bracher H., *Die Anstaltsversorgung als Massnahme des schweizerischen Jugendstrafrechtes*, thèse Berne 1950.

Bucher A., *Der abhängige Wohnsitz nicht selbständiger Personen* (Art. 25 ZGB), RDT 1977 41 ss.

Bucher E., *Berner Kommentar I/2 : Das Personenrecht*, Art. 11-26 ZGB, 3ème éd. Berne 1976.

- Bühler W., Berner Kommentar II/1 : Das Eherecht, Art. 145 - 150 ZGB, 3ème éd. Berne 1977.
- Buob R., Les mesures appliquées aux délinquants mineurs dans le canton de Vaud, thèse Lausanne 1977.
- Comment A., *Problèmes juridiques dérivant de conventions relatives aux parents divorcés et aux enfants illégitimes*, in "Problèmes et buts de la tutelle", Zurich 1963.
- Comment A., Les actions du droit de famille suisse non expressément prévues, RSJB 1935 534 ss.
- Degoumois V., Les principes de la procédure pénale applicable aux mineurs en Suisse, thèse Neuchâtel 1956.
- Degoumois V., La situation juridique de l'enfant placé chez des parents nourriciers, in "Mélanges Henri Deschenaux", Fribourg 1977, pp. 131 ss.
- Degoumois V., La revision du code pénal suisse et les mineurs pénaux : possibilités d'action sociale du tuteur dans le cadre de cette revision, RDT 1974 121 ss.
- Degoumois V., Le concept d'éducation dans le nouveau droit de la filiation, RDT 1979 1 ss.
- Deschenaux H., Le titre préliminaire du Code civil, Traité de droit civil suisse, II/1, Fribourg 1969.
- Deschenaux H., La protection juridique du handicapé mental en droit privé, in "La condition juridique des handicapés mentaux", Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, 1973.
- Deschenaux H./Tercier P., Le mariage et le divorce, Berne 1974.
- Deschenaux H./Tercier P., La responsabilité civile, Berne 1975.
- Deschenaux H./Steinaver P.H., Personnes physiques et tutelle, Berne 1980.
- Droin C., Les effets généraux du mariage et le régime matrimonial, Genève et Paris 1916.
- Egger A., Das Recht der religiösen Kindererziehung auf der Grundlage des ZGB, ZBL 1953, 3 ss, 33 ss.
- Egger A., Zürcher Kommentar I : Das Personenrecht, Art. 11 - 89 ZGB, 2ème éd. Zurich 1930.
- Egger A., Zürcher Kommentar II/1 : Das Eherecht, Art. 90 - 251 ZGB, 2ème éd. Zurich 1936.

- Egger A., Zürcher Kommentar II/2 : Die Verwandtschaft, Art. 252 - 359 ZGB, 2ème éd. Zurich 1943.
- Egger A., Zürcher Kommentar II/3 : Die Vormundschaft, Art. 360 - 456 ZGB, 2ème éd. Zurich 1948.
- Eichenberger R., Die materiellen Voraussetzungen der Adoption Unmündiger nach neuem schweizerischem Adoptionsrecht, thèse Fribourg 1974.
- Engel P., Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel 1973.
- Etter E., Die vorsorglichen Massregeln im Ehescheidungs- und Ehetrennungsprozess nach Art. 145 ZGB, thèse Zurich 1933.
- Frey H., Die Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern nach schweizerischem Recht, thèse Zurich 1948.
- Gauch P., System der Beendigung von Dauerverträgen, Fribourg 1968.
- Gianola H., Die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Richter und Vormund-schaftlichen Behörden bei Massnahmen zum Schutze der Person des Kindes, thèse Bâle 1980.
- Gmür M., Berner Kommentar II/1 : Das Eherecht, Art. 90 - 251 ZGB, 2ème éd. Berne 1923.
- Grossen J.M., A propos des conditions de l'adoption, RDT 1970 121 ss.
- Grossen J.M., Les personnes physiques, Traité de droit civil suisse, II/2, Fribourg 1974.
- Guggenbuehl - Hertner J., Das Pflegekind : gestern, heute und morgen ?, RSJ 1975 (71) 89 ss.
- Guinand J., Le problème de l'indexation des pensions alimentaires, RSJB 1975.321 ss.
- Guinand J., L'évolution de la jurisprudence en matière de changement de nom, REC 1980 350 ss.
- Gygax J.T., Gestaltung und Abänderung der Elternrechte nach Art. 156 und 157, thèse Berne 1953.
- Hauser E., Zivilrechtlicher Jugendschutz und Jugendstrafrecht, in "der Schutz der Familie", Festgabe für A. Egger, Zurich 1945, pp. 245 ss.
- Hefti H., Die vormundschaftliche Amtsführung nach dem schweizerischen ZGB mit besonderer Berücksichtigung der prinzipiellen Selbstständigkeit des Vormundes in seiner Amtstätigkeit, thèse Berne 1916.
- Hegnauer C., Berner Kommentar II/2, Die Verwandtschaft : Das eheliche Kindesverhältnis, Art. 252 - 301 ZGB, Berne 1964.

- Hegnauer C., *Berner Kommentar II/2 : Das aussereheliche Kindesverhältnis*, Art. 302 - 327 ZGB, Berne 1969.
- Hegnauer C., *Berner Kommentar II/2 : Die Adoption*, Art. 264 - 269 c ZGB, Berne 1975.
- Hegnauer C., *Pflege und Erziehung als Voraussetzung für die Adoption Unmündiger*, RDT 1974 136 ss.
- Hegnauer C., *Das neue Adoptionsrecht*, RDT 1973 41 ss, traduction française, RDT 1973 81 ss.
- Hegnauer C., *Adoption und Unterhaltsversprechen der leiblichen Eltern*, RDT 1976 136 ss.
- Hegnauer C., *Die vormundschaftliche Organe und das neue Kindesrecht*, RDT 1978 1 ss.
- Hegnauer C., *Vom zweifachen Grund des Kindesverhältnisses*, RDS 1971 5 ss.
- Hegnauer C./Schneider B., *Droit suisse de la filiation*, Berne 1978.
- Henkel H., *Die Anordnung von Kindesschutzmassnahmen gemäss Art. 307 rev. ZGB*, thèse Zurich 1977.
- Herzka H.S., *Der rechtliche Kinderschutz aus kinderpsychiatrischer Sicht*, RDT 1973 136 ss.
- Hess - Haerberli M., *Die eidgenössische Verordnung über die Aufnahme von Pflegekindern*, RDT 1978 81 ss.
- Hess - Haerberli M., *Pflegekinderfürsorge*, in "Möglichkeiten und Ziele der modernen Jugendfürsorge", Zurich 1961, 106 ss.
- Hess - Haerberli E., *Zur Frage der Fremdplatzierung von Kindern*, *ibid*, 79 ss.
- Hess M., *Notwendigkeit und Grundlagen eines gesetzlichen Pflegekinderschutzes*, ZBL 1947 289 ss.
- Hess M., *Abschied von den kantonalen Pflegekinderverordnungen*, Z8F 1978 103 ss.
- Hess M., *Die rechtliche Stellung der Pflegefamilie im zukünftigen Zivilrecht*, Z8F 1975 151 ss.
- Hess M., *Pflegekinderschutz und Vormundschaftsrecht*, RDT 1947 91 ss.

- Hilty - Wartenweiler A., Das Verhältnis der zivilrechtlichen zu den jugendstrafrechtlichen Erziehungs- und Fürsorgemassnahmen, thèse Zurich 1970.
- Hinderling H., Das schweizerische Ehescheidungsrecht, 3ème éd. Bâle 1967.
- Hinderling H., Das schweizerische Ehescheidungsrecht, Supplement, Bâle 1973.
- Hoerni M., Ueber die religiöse Erziehung bevormundeter Kinder, in "der Schutz der Familie", Festgabe für A. Egger, Zurich 1945, 219 ss.
- Holenstein T., Der privatrechtliche Wohnsitz im schweizerischen Recht, thèse Berne 1920.
- Huber H., Berner Kommentar, Einleitung, Art. 6 ZGB, Berne 1962.
- Hug H., Die Behördenorganisation und das Jugendproblem, RDT 1972 55 ss, résumé français RDT 1972 59 ss.
- Humbert S., Jeunesse et structure tutélaire, RDT 1973 143 ss.
- Imboden M./Rhinow M., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Band II : besonderer Teil, 2ème éd. Bâle et Stuttgart 1976.
- Jéquier C., Politique neuchâteloise en matière de changement de nom, REC 1964 358 ss.
- Joria T., Der Inhaber der elterlichen Gewalt nach neuem Kindesrecht, thèse Fribourg 1977.
- Karlen U., Die Haftung des Familienhauptes nach ZGB 333 und des Tierhalters nach OR 56, thèse Berne 1980.
- Kaufmann J., Berner Kommentar II/3 : Die Vormundschaft, Art. 360 - 456 ZGB, 2ème éd. Berne 1924.
- Kehl D., Die Obhut als Institut des Familienrechtes, thèse Zurich 1974.
- Kehl R., Die Kompetenzausscheidung zwischen Gerichten und Verwaltungsbehörden in bezug auf Massnahmen während der Dauer und nach Abschluss des Scheidungsprozesses, RDT 1953 121 ss, résumé français RDT 1954 25 ss.
- Kehl R., Bemerkungen zum schweizerischen Ehescheidungsrecht, RDS 1948 225 ss.
- Keller A., Haftpflicht im Privatrecht, 3ème éd. Berne 1978.

- Keller M., Die Empfehlungen des Jugendamtes des Kantons Zürich zur Bemessung von Unterhaltsbeiträgen für Kinder, RSJ 1977 181 ss.
- Kistler P., Das Recht auf persönlichen Verkehr, RDT 1952 121 ss, résumé français RDT 1952 128 ss.
- Kollbrunner H.R., Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB, thèse Berne 1933.
- Krafft E., Du changement de nom, REC 1934 18 ss.
- Logoz P., Commentaire du Code pénal suisse, partie générale, 2ème éd. Neuchâtel 1976.
- Lehmann W., Die Einschränkung der elterlichen Gewalt durch Massnahmen gemäss Art. 283 - 284 ZGB, thèse Berne 1949.
- Lemp P., Berner Kommentar II/1 : Das Eherecht, Art. 159 - 251, 3ème éd. Berne 1963.
- Levi R., Quelques considérations sur le placement d'enfants avant l'adolescence, à l'exception des psychotiques, RDT 1976 93 ss.
- Liesch A., Kinderschutzmassnahmen während und nach der Scheidung, RDT 1961 81 ss, résumé français RDT 1961 121 ss.
- Maier E., Contribution à l'étude de l'intervention des autorités de tutelle dans l'exercice de la puissance paternelle, thèse Lausanne 1921.
- Markus A.M., Die Pflegekindschaft, eine rechtsvergleichende Studie, thèse Zurich 1945.
- Marthaler M., Essai sur le droit aux relations personnelles plus communément appelé droit de visite, thèse Neuchâtel 1963.
- Meier - Hayoz A., Contrats non prévus par la loi, FJS 1134 - 1135 (1965).
- Meyer F., Les mesures juridiques de protection de l'enfance, Genève 1954.
- Müller H., Erreichtes und Wünschbares in der rechtlichen Ausgestaltung des Pflegeskinderwesens, Z8F 1980 17 ss.
- Müller P., Die Namensänderung nach Art. 30 ZGB, thèse Zurich 1972.
- Naef - Hofmann M., Kinderschutz und Pflegeeltern, in "Das neue Kindesrecht", Veröffentlichungen des schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse an der Hochschule St. Gallen, Band 10, St Gall 1977, pp. 79 ss.

- Nehrwein F., Die Unterhaltspflicht des ausserehelichen Vaters gegenüber Adoptivkindern und Kindern in unentgeltlicher Pflege, RDT 1947 97 ss.
- Oeschger W., Die Pflege- und Adoptivkinderversorgung, thèse de psychologie Fribourg 1957.
- Oettli H., Die persönliche Fürsorge des Vormundes für das Mündel, thèse Zurich 1941.
- Oftinger K., Schweizerisches Haftpflichtrecht II/1, 2ème éd. Zurich 1960.
- Ott C., La puissance paternelle du Code civil suisse, thèse Neuchâtel 1910.
- Peyer J., Der Widerruf im schweizerischen Auftragsrecht, thèse Zurich 1974.
- Piguet M., Le changement de nom, REC 1976 50 ss, 88 ss.
- Reday A.M., Le droit aux relations personnelles avec l'enfant en droit français et en droit suisse, thèse de licence Lausanne 1981.
- Reusser R., Unterhaltspflicht, Unterstützungspflicht, Kindesvermögen, in "Das neue Kindesrecht", Berner Tage für die juristische Praxis 1977, Berne 1978, pp. 61 ss.
- Rodieux J.P., Le droit pénal des mineurs dans la nouvelle de 1971, thèse Lausanne 1976.
- Roggwiller, Der wichtige Grund und seine Anwendung in ZGB und OR, thèse Zurich 1956.
- Rutz A., Das unmündige Kind ausserhalb des elterlichen Haushaltes nach schweizerischem Zivilrecht, thèse Fribourg 1928.
- Ryffel S., Die Familienversorgung im schweizerischen Jugendstrafrecht, thèse Zurich 1946.
- Schaffitz R., Der Schulvertrag, thèse Zurich 1977.
- Schaffner C., Rolle und Auftrag der Heimerziehung in der öffentlichen Jugendhilfe, RDT 1974 41 ss.
- Schatzmann A., Anstaltsversorgung und Familieneinweisung nach schweizerischem Jugendstrafrecht, RPS 1953 190 ss.
- Schnyder B., Die Gemeinschaft der Eltern und Kinder, BTJP 1978.
- Schnyder B., Die Stufenfolge vormundschaftlicher Massnahmen und die Verhältnismässigkeit des Eingriffes, RDT 1971 41 ss, résumé français RDT 1971 121 ss.
- Schultz H., Einführung in den allgemeinen Teil des Strafrechts, 3ème éd. Berne 1977.

- Schultze W., Zur *Auslegung* der Artikel 84 und 91 des schweizerischen Strafgesetzbuches. Die Begriffe der sittlichen Verwahrlosung, sittlichen Verdorbenheit und Gefährdung, RPS 1942 370 ss.
- Schultze W., Der *vormundschaftliche* Schutz der Kinder aus geschiedener Ehe, RDT 1950 86 ss, résumé français RDT 1950 92 ss.
- Schweizer D., Die Versorgung vernachlässigter Kinder nach Art. 284 ZGB, thèse Zurich 1948.
- Silbernagel A./Wäber P., Berner Kommentar II/2 : Die Verwandtschaft, Art. 252 - 359 ZGB, 2ème éd. Berne 1927.
- Société des Nations, Le placement familial des enfants, Genève 1938.
- Specker K., Die Uebertragung der Vormundschaft zur Weiterführung, RDT 1946 117, résumé français RDT 1946 120 ss.
- Spitzer G., Le transfert de mesures tutélaires, RDT 1966 1 ss, résumé français RDT 1966 42 ss.
- Steinegger J., Les mesures provisoires selon l'art. 145 CCS, thèse Berne 1950.
- Stettler M., L'évolution de la condition pénale des jeunes délinquants examinée au travers du droit suisse et de quelques législations étrangères, Genève 1980.
- Stettler M., L'application de l'art. 315 a al. 3 CCS compte tenu de la législation et des structures judiciaires et administratives genevoises, SJ 1981 609 ss.
- Tarakcioglu N., Le contrôle de la puissance paternelle, thèse Neuchâtel 1955.
- Thilo E., La responsabilité du chef de famille pour les actes dommageables de certaines personnes placées sous son autorité, JT 1960 I 262 ss.
- Veillard - Cybulska H., L'application des mesures psychosociales et éducatives aux délinquants mineurs, thèse Lausanne 1970.
- Veillard - Cybulsky M. et H., Les jeunes délinquants dans le monde, Neuchâtel 1963.
- Vinassa W., Die Pflegekindschaft des italienischen Zivilgesetzbuches und das ZGB, RSJB 1943 398 ss.
- Vogel - Etienne C., Das Pflegeverhältnis vor der Adoption, thèse Zurich 1981.

- Völkle M., Die Begründung des Pflegeverhältnisses unter besonderer Berücksichtigung des neuen Kindesrechts, thèse Bâle 1978.
- Vontobel H., Die Ausscheidung der Kompetenzen von Fürsorgebehörden und Gerichten in der Fürsorge für Scheidungskinder, thèse Zurich 1942.
- Waiblinger M., Die Abgrenzung der strafrechtlichen von den vormundschaftlichen und administrativen Kompetenzen zur Anstaltseinweisung, Zurich 1945.
- Weil B., Das Wesen des familienrechtlichen Vertrages, thèse Zurich 1934.
- Weiss H., Das Pflegekinderwesen in der Schweiz, thèse Zurich 1920.
- Wessner P.A., La responsabilité du chef de famille et l'égalité des époux, Contribution à l'étude de l'article 333 du Code civil suisse, thèse Neuchâtel 1981.
- Winzeler H., Die Bemessung der Unterhaltsbeiträge für Kinder, thèse Zurich 1975.
- Wolfer E., Die Massnahmen des Jugendstrafrechtes, RPS 1942 69 ss.
- Zürcher E./Gauthier A., Exposé des motifs de l'avant-projet de CFS, Berne 1914.

INTRODUCTION

Chapitre I (unique)

Le placement met en cause plusieurs personnes : il y a tout d'abord les père et mère, qu'ils soient ou non détenteurs de l'autorité parentale, éventuellement le tuteur. Il y a également les autorités chargées de procéder au placement, soit les autorités de tutelle, le juge matrimonial, le juge pénal, l'autorité de surveillance des placements. Il y a également les parents nourriciers et, enfin, l'enfant.

C'est ce dernier qui est le coeur du problème : être en devenir, qui s'attache rapidement à qui s'occupe de lui et auquel on s'attache également avec facilité, il est l'objet, à défaut d'être le sujet, du placement et c'est souvent par lui et pour lui que naissent les conflits dont il sera peu ou prou aussi la victime.

Les problèmes relatifs au placement du mineur ne ressortissent pas tous à la science juridique : les sciences de l'éducation, la médecine, la psychologie, ainsi que la sociologie, interviennent à côté ou à la place même du droit (1). Le présent ouvrage ne traitera toutefois que des problèmes juridiques liés au placement de l'enfant.

La première source de conflits réside dans la décision de placer l'enfant. En effet, les père et mère, de même parfois que les parents

1) On consultera à ce propos l'ouvrage de Geschger

nourriciers lorsqu'on leur retire l'enfant qui leur était confié, admettent difficilement d'être séparés de l'enfant par une décision d'une autorité ou du tuteur, alors même que cette mesure est censée correspondre à l'intérêt bien compris de l'enfant. Pour y remédier, le droit ne peut que définir qui est compétent et à quelles conditions le retrait de l'enfant peut intervenir. Par contre, les autres sciences nous enseignent comment le placement doit être préparé chez les père et mère, chez l'enfant et chez les futurs parents nourriciers.

Le droit de visite donne parfois lieu à des tiraillements entre ses bénéficiaires et ceux qui hébergent l'enfant : le visiteur jouit en effet des moments de loisirs de l'enfant, les parents nourriciers en étant alors privés bien qu'ils partagent seuls les moments plus difficiles de la vie de l'enfant ; de même, l'exercice du droit de visite peut contrarier la bonne éducation de l'enfant, par des visites irrégulières, des critiques trop nombreuses et injustifiées à l'encontre des éducateurs, d'autant plus vives que l'enfant aura été retiré à ses père et mère contre leur gré, etc., sans oublier les angoisses, insomnies ou incontinences que provoque parfois chez l'enfant la perspective de prochaines visites. Nous sommes pourtant convaincu que le droit de visite peut, lorsqu'il est correctement appréhendé par les intéressés, jouer un rôle primordial dans la réussite du placement.

De même, il arrivait fréquemment, avant l'entrée en vigueur du nouveau droit de la filiation, que des conflits surgissent à propos du paiement d'une pension aux parents nourriciers. Maintenant, l'art. 294 CCS présume que le placement est onéreux. Reste toutefois en suspens la question du montant de la pension : il dépend des circonstances du cas d'espèce, mais il n'est pas inutile d'en poser les principes.

Enfin, le problème le plus lancinant réside dans la fin du placement, plus particulièrement dans le retrait en temps inopportun. Nous es-

timons toutefois que sa solution, au plan juridique, est simple : elle réside à l'art. 310 al. 3 CCS.

C'est sur ce point particulier que les autres sciences doivent venir à l'aide du droit. En effet, les conditions juridiques au maintien de l'enfant dans sa famille d'accueil, telles qu'elles sont définies à l'art. 310 al. 3 CCS échappent, pour une bonne part, au droit pour faire appel à la psychologie, ainsi qu'à la sociologie.

A côté de ces diverses questions, auxquelles aucune science ne saurait prétendre répondre seule, nous en étudierons encore d'autres, plus spécifiquement juridiques, telles que les effets du placement sur le statut de l'enfant ou la nature juridique du contrat de placement.

1. Les sources du droit du placement du mineur

1.1. Le droit civil fédéral

1.1.1. Le Code civil de 1907

Dans sa version de 1907, le Code civil suisse ne traite qu'incidemment du placement des mineurs hors du foyer de ses père et mère. Bien que conscient des problèmes liés à la filiation nourricière, le législateur de l'époque n'en a pourtant pas réglé les effets (2), se contentant de donner, dans le cadre des mesures protectri-

2) Hegnauer, note 23 ad art. 264 - 269
RSJ 1941-42, 381, no 181 ; RDT 1964 114

ces des art. 283 et ss a CCS, la compétence à l'autorité tutélaire d'ordonner le placement de l'enfant (art. 284 a CCS).

1.1.2. La révision du droit de l'adoption

La loi fédérale du 30 juin 1972, entrée en vigueur le 1er avril 1973, a fondamentalement modifié le droit de l'adoption : elle devenait un acte d'autorité (art. 268 CCS), créant un lien de filiation entre l'enfant et ses adoptants, dont les effets étaient directement régis par la loi, alors qu'auparavant l'aspect contractuel de l'adoption prédominait.

Cette modification n'est pas sans importance à propos du lien nourricier : il devenait en effet impossible d'appliquer au lien nourricier les règles relatives à l'adoption (3). Pourtant, la loi demeurait muette à propos du placement des mineurs.

L'art. 264 CCS, qui n'a fait que légaliser la pratique de l'ancien droit relative à l'art. 267 al. 2 aCCS (4), fait du placement du mineur dans le foyer de ses futurs parents adoptifs le préalable indispensable à l'adoption : "un enfant peut être adopté si ses futurs parents adoptifs lui ont fourni des soins qui ont pourvu à son éducation pendant au moins deux ans".

1.1.3. Le nouveau droit de la filiation

Il faut attendre la loi fédérale du 25 juin 1976, entrée en vigueur le 1er janvier 1978, pour voir fleurir, dans notre code civil, diverses dispositions nouvelles relatives au placement des mineurs, que certains auteurs avaient appelées de leurs vœux (5).

3) RSJ 1941-42, 381, no 181

4) Eichenberger 124

5) Bertholet 88 ss ; Guggenbühl 89 ss

Il s'agit de l'art. 294 à propos de la rémunération des parents nourriciers, de l'art. 300 réglant l'exercice de l'autorité parentale par les parents nourriciers, de l'art. 307 al. 2 permettant d'ordonner des mesures protectrices à l'égard des enfants placés, de l'art. 310 al. 3 à propos du retrait en temps inopportun, et de l'art. 316 soumettant les placements d'enfants à autorisation et à une surveillance officielle.

1.1.4. La modification du 6 octobre 1978

Entrée en vigueur le 1er juillet 1981, la loi fédérale sur la privation de liberté à des fins d'assistance touche également au domaine du placement des mineurs : le nouvel article 314 a CCS instaure un contrôle juridictionnel sur les placements d'enfants dans un établissement ordonnés par une autorité, l'art. 405 a CCS donnant à l'autorité tutélaire la compétence de placer le mineur sous tutelle dans un établissement. Enfin, l'art. 421 ch. 13 aCCS a été abrogé.

1.2. Le droit pénal fédéral

Les art. 82 et ss CPS prévoient une série de mesures éducatives, dont le placement, en faveur des enfants et adolescents délinquants. La révision du 1er mars 1971, entrée en vigueur pour une part le 1er juillet 1971 et le 1er janvier 1974 pour le reste, n'a pas apporté d'innovations notables à propos du placement des mineurs délinquants.

Enfin, le droit pénal des mineurs, dans sa version actuelle, ne règle que le début, soit la compétence ainsi que les causes, et la fin du placement.

1.3. Le droit public

1.3.1. Le droit public fédéral

1.3.1.1. La loi fédérale sur la lutte contre la tuberculose

Cette loi du 13 juin 1928 traite, incidemment, du placement d'enfants : les institutions accueillant des enfants font l'objet d'une surveillance médicale (art. 6), alors que les placements familiaux, pour autant qu'ils soient ordonnés par une autorité (6), sont soumis à une procédure d'autorisation. Les placements familiaux ordonnés par le représentant légal de l'enfant échappent par contre à cette loi.

Cette réglementation, encore en vigueur, a toutefois perdu toute importance pratique avec la promulgation de l'ordonnance du Conseil fédéral du 19 octobre 1977 et la récession de la tuberculose.

1.3.1.2. L'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption

Du 23 mars 1973, elle trouve sa base légale à l'art. 269 c CCS et tend à assurer le succès du placement en vue d'adoption, qui passe par un choix minutieux de la famille nourricière (7).

1.3.1.3. L'ordonnance réglant le placement d'enfants

Du 19 octobre 1977, elle concrétise l'art. 316 al. 1 CCS, aux termes duquel le placement d'enfants auprès de parents nourriciers est soumis à l'autorisation et à la surveillance de l'autorité tutélaire ou d'un autre office du domicile des parents nourriciers, désigné par le droit cantonal.

6) Degoumois, Situation juridique, 137 ; Guggenbühl 91 ; Naef-Hofmann 104

7) Hegnauer, Das neue Adoptionsrecht, 88

A propos de sa constitutionnalité, il faut, suivant l'avis exprimé par Mme Degoumois (8), admettre que cette ordonnance est parfaitement conforme à l'art. 64 de la Cst. féd. En effet, alors même que le droit de tutelle constitue matériellement du droit public, la protection des mineurs est traditionnellement du domaine du législateur privé. De plus, cette réglementation complète l'art. 269 c CCS (9) et tend à assurer, elle aussi, le succès de l'adoption. Dans cette optique, il s'agit de droit civil formel (10).

1.3.2. Le droit public cantonal

Un grand nombre de cantons, conscients des problèmes liés au placement des mineurs, avaient déjà, auparavant, édicté de leur propre chef des dispositions de police, soumettant les placements à autorisation et à une surveillance officielle (11).

L'art. 3 al. 1 OPE ayant expressément réservé la compétence aux cantons d'édicter des dispositions allant au-delà de celles de l'ordonnance fédérale réglant le placement d'enfants, il faut admettre que les textes cantonaux antérieurs qui prévoient des normes plus sévères n'ont pas été abrogés par l'ordonnance fédérale (12).

8) Degoumois, Situation juridique, 141 - 142

9) Message du Conseil fédéral, FF 1974 II 89

10) Jean-François Aubert, Traité de droit constitutionnel suisse, Neuchâtel 1967, tome 1, 241 - 242 ; Deschenaux, Titre préliminaire, 19

11) Bertholet 95, 96

12) Hess - Haeberli, Verordnung, 85

2. Définitions

2.1. L'enfant

Il s'entend de toute personne mineure civilement (13), qu'elle soit soumise à l'autorité parentale de ses père et mère (art. 269 al. 1 CCS) ou à la tutelle des mineurs (art. 405 CCS).

La minorité prend fin par l'accomplissement de la vingtième année (art. 14 al. 1 CCS), le mariage (art. 14 al. 2 CCS) ou l'émancipation (art. 15 CCS).

La notion d'enfant placé ne dépend pas de l'âge auquel l'intervention officielle prend fin (14), du statut de l'enfant (né hors mariage, né pendant le mariage, enfant adoptif ou enfant trouvé), ni de qui l'a placé (15).

2.2. Le placeur

Il peut s'agir d'une personne physique - le détenteur de l'autorité parentale (art. 301 al. 3 CCS) ou du tuteur (art. 405 al. 2 CCS) - ou d'un organe de l'état - les autorités de tutelle (art. 307 et ss CCS), le juge matrimonial (art. 145, 156, 157, 169 et ss CCS), le juge pénal des mineurs (art. 82 et ss CPS).

D'autres personnes ou autorités peuvent jouer un rôle non négligeable dans la décision de confier l'enfant à des tiers : nous pensons ici en particulier aux autorités scolaires ou d'assistance, aux intermédiaires en vue d'adoption, aux enseignants. Ils n'ont toutefois pas le pouvoir de déterminer la résidence de l'enfant et n'ont dès lors

13) Bertholet 15 ; Markus 71 ; Völkle 48

14) Markus 71

15) Bertholet 16 ; Weiss 14

jamais la qualité de placeur.

2.3. Les parents nourriciers

L'éducation de l'enfant ressortit en principe aux parents naturels (16) qui sont liés à l'enfant par un lien juridique de filiation, dont l'établissement et les effets sont directement définis par la loi (art. 252 et ss CCS).

A qualité de parent nourricier toute personne qui recueille, en vue de son entretien et de son éducation, un enfant auquel elle n'est liée par aucun lien juridique de filiation (17).

Les personnes liées à l'enfant par un lien de parenté autre que la filiation peuvent ainsi avoir la qualité de parents nourriciers (18), de même par ailleurs que le père de l'enfant né hors mariage dont la paternité n'est pas établie (19).

Le placement peut être de trois types :

2.3.1. Il y a placement familial lorsque la communauté qui accueille l'enfant est organisée sur le modèle de la famille naturelle : ce peut être un couple, comme une personne seule, célibataire, veuve ou divorcée (20).

2.3.2. Le nid (Familiennest) est un petit home, organisé sur le mo-

16) Eichenberger 135 ; Hegnauer note 24 ad art. 275 ; Völkle 1

17) Bertholet 16 ; Hegnauer note 18 ad art. 264 - 269 ; Markus 77 ; Völkle 46, qui parle toutefois de descendance (Abstammung) ; Weiss 11, 16

18) Bertholet 17

19) Bertholet 17

20) Maier 40 ; Markus 146 ; Völkle 45

dèle familial, dirigé par une éducatrice ou un couple d'éducateurs et recevant un petit nombre d'enfants - de 8 à 10 - de sexe et d'âge différents (21). Il constitue une catégorie intermédiaire entre le placement familial et le placement en établissement.

2.3.2. Par établissement, on entend tout pensionnat, internat, maison d'éducation, maison d'apprentissage, home, asile, etc., ouvert ou fermé, qui dispense l'entretien et l'éducation à un grand nombre d'enfants (22). Les directeurs d'établissement ont également la qualité de parents nourriciers (23).

Dans le présent ouvrage, il ne sera fait de distinction entre les divers types de placement que lorsque ceux-ci exigeront un traitement différencié.

2.4. Le placement

A la lumière des différentes définitions qui précèdent, le placement peut d'ores et déjà être défini comme le fait, pour le détenteur de l'autorité parentale, le tuteur ou une autorité compétente, de confier un enfant mineur à des tiers qui se chargent, pour une durée déterminée ou indéterminée, gratuitement ou contre rémunération, de pourvoir à son entretien et à son éducation.

21) Markus 147 ; Veillard - Cybulska 171

22) Markus 149 et ss ; Ott 96

23) Degaumois, Concept d'éducation, 9 ; Naef - Hofmann 105 ; Völkle 45

PREMIERE PARTIE - LES DIFFERENTS TYPES DE PLACEMENT

Chapitre 2

Introduction

"L'enfant ne peut quitter la communauté domestique sans l'assentiment de ses père et mère ; il ne peut pas non plus leur être enlevé sans cause légitime" (art. 301 al. 3 CCS). Cette disposition consacre le droit de garde des père et mère sur leur enfant, droit qui fait partie intégrante de l'autorité parentale, comme il résulte de la systématique de la loi. C'est d'ailleurs une prérogative indispensable des père et mère à l'exécution de leur obligation d'éducation (1).

Ainsi, ce sont les père et mère, éventuellement le tuteur lorsqu'ils sont privés de l'autorité parentale, qui déterminent le lieu de résidence de l'enfant. La loi autorise cependant l'autorité à retirer le droit de garde aux père et mère lorsque certaines conditions sont remplies. Ce pouvoir appartient :

- aux autorités de tutelle, en application des art. 307 et ss CCS

1) Völkle 10

- au juge des mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169 et ss CCS) ou au juge du divorce (art. 145 et 156 CCS)
- au juge des mineurs, en application des art. 84 et ss CPS.

Chapitre 3

Le placement par les père et mère détenteurs de l'autorité parentale ou par le tuteur

3.1. Le placement par les père et mère

L'art. 301 al. 3 CCS permet aux détenteurs de l'autorité parentale de confier leur enfant à des tiers en vue de son éducation et de son entretien. Lorsque l'enfant est placé par ses père et mère ou par son tuteur, on parle parfois de placement privé (1), parce qu'il résulte de leur seule initiative. Toutefois, les autorités ne restent jamais complètement à l'écart : ces placements sont soumis à la procédure d'autorisation et de surveillance prévue par l'ordonnance du Conseil fédéral réglant le placement d'enfants du 19 octobre 1977. De même, avant le 1er juillet 1981, le tuteur devait, en plus, requérir le consentement de l'autorité tutélaire avant de procéder au placement de son pupille dans un établissement d'éducation, un asile ou un hôpital (art. 421 ch. 13 aCCS).

La liberté des père et mère dans le choix de la résidence de l'enfant est très importante, sans pour autant être absolue.

La première limite à cette liberté est constituée par la limite la plus générale de la liberté de l'autorité parentale : le respect du bien de l'enfant. On relèvera ici que les détenteurs de l'autorité parentale, de même que le tuteur, doivent, lorsqu'ils procèdent au placement de l'enfant dont ils sont responsables, veiller à ne pas nuire à son intérêt. Le plus souvent d'ailleurs, ils prennent cette mesure

1) Bertholet 21

dans le souci de son bien corporel et mental (2). Par contre, un placement privé en vue d'adoption doit intervenir dans l'intérêt de l'enfant : il ne suffit pas qu'il ne lui nuise pas.

Le souci de favoriser le bien-être de l'enfant peut impliquer pour les père et mère l'obligation de placer l'enfant dont ils sont responsables, notamment lorsqu'il s'agit d'un enfant déficient physique ou mental, auquel les père et mère doivent donner une formation générale et professionnelle appropriée, correspondant autant que possible à ses goûts et à ses aptitudes (art. 302 al. 2 CCS). Il peut y avoir obligation de placer l'enfant dans les cas suivants (3) :

- la communauté familiale dans laquelle évolue normalement l'enfant est rompue, notamment en cas de décès du père ou de la mère, voire des deux, en cas de filiation hors mariage ou encore préalablement au divorce des père et mère : lorsque l'enfant risque de trop souffrir de ces circonstances, il faut lui procurer un milieu plus adéquat et plus stable en le confiant à de tierces personnes.
- l'éducation de l'enfant ne peut plus être convenablement assurée au foyer familial, parce qu'il a besoin de mesures d'instruction spéciales. Dans cette catégorie sont englobés les enfants dits de caractère difficile, ainsi que les étudiants ou les apprentis dont la formation exige qu'ils s'absentent régulièrement du domicile de leur père et mère.
- les père et mère peuvent assurer normalement l'éducation de leur enfant, mais celui-ci a, en plus, besoin de soins particuliers dispensés uniquement dans des homes ou des institutions spécialisées, tels que sanatorium ou home médicalisé (enfants déficients

2) Rutz 42

3) Bertholet 21, 22 ; Hegnauer note 73 ad art. 273 ; Völkle 8

physiques ou mentaux).

- enfin, l'incapacité des père et mère d'assurer l'éducation de leur enfant peut être momentanée, par exemple en cas de séjour à l'étranger. Il se justifie, dans ce cas également, d'épargner à l'enfant trop de déracinement en lui offrant un foyer stable.

Lorsque les père et mère faillissent à leur obligation de placer l'enfant, les autorités de tutelle doivent intervenir dans le cadre des mesures de protection de l'enfant prévues aux art. 307 et ss CCS. On peut donc poser comme règle que les détenteurs de l'autorité parentale, comme le tuteur (4), ont en tout cas l'obligation de procéder au placement de leur protégé chaque fois que les conditions d'intervention des autorités de tutelle, conformément aux art. 307 et ss CCS, notamment 310 CCS, prévoyant le retrait du droit de garde des père et mère, sont remplies (5). En cas d'inaction de leur part, ou lorsqu'il est permis de douter du sérieux de leurs promesses, l'enfant peut leur être d'emblée retiré, conformément à l'art. 310 CCS (6). Par contre, lorsque l'autorité tutélaire se contente de recommander le placement et que les père et mère y consentent, un retrait du droit de garde ne se justifie pas (7), en vertu du principe de complémentarité (8), et le placement garde alors son caractère privé (9) : en effet, les père et mère conservent alors leur entière liberté dans la conclusion du contrat de placement, moyennant le res-

4) Lorsque l'enfant est pourvu d'un tuteur, un retrait du droit de garde au sens de l'art. 310 CCS n'est pas possible, ainsi qu'on le verra plus loin, mais seule une procédure en destitution du tuteur peut être introduite. Il n'en demeure pas moins que le tuteur exerce les mêmes droits et obligations que le détenteur de l'autorité parentale (art. 405 al. 2 CCS). La règle posée ci-dessus est donc valable pour lui aussi.

5) Grob 29 ; Rutz 44

6) RDT 1951 57

7) Naef - Hofmann 93 ; ATF 54 II 68 ; RDT 1946 53

8) Voir chapitre 4

9) Völkle 9

pect par eux des instructions de l'autorité (10) (11). Il en va également de même lorsque les parents demandent l'aide de l'autorité tutélaire pour reprendre en mains un enfant dissipé et proposent de le placer : en pareil cas, un retrait du droit de garde n'est pas nécessaire non plus (12).

La deuxième limite à la liberté des père et mère de déterminer librement la résidence de leur enfant réside dans la volonté de l'enfant. En effet, l'art. 301 al. 2 in fine CCS impose aux père et mère de tenir compte autant que possible de l'avis de l'enfant pour les affaires importantes. A coup sûr, le placement de l'enfant hors de son foyer est une affaire importante au sens de cette disposition. Bien que la volonté de l'enfant n'ait pas une pleine force juridique, dans la mesure où les père et mère doivent uniquement en "tenir compte", une décision manifestement contraire à un désir raisonnable de l'enfant peut constituer un exercice chicanier de l'autorité parentale qui peut, cas échéant, donner lieu à l'intervention des autorités de tutelle (art. 307 et ss CCS). Le point de savoir quand la volonté de l'enfant mérite qu'on s'y arrête dépend des circonstances d'espèce, notamment de l'âge de l'enfant - qui doit naturellement posséder le discernement - et de ses éventuels projets pour un avenir plus ou moins proche.

L'ancien droit de la filiation ne connaissait pas de disposition comparable à l'art. 301 al. 2 CCS, mais il était déjà admis (13) que les père et mère devaient prendre en considération la volonté de l'enfant avant toute décision importante.

3.2. Le placement par le tuteur

L'art. 405 CCS confie au tuteur la responsabilité de l'entretien et

10) Völkle 9

11) Voir chapitre 4

12) RDT 1962 137

13) Rutz 43 ; RDT 1975 141

de l'éducation du pupille qui lui est confié. Comme les père et mère détenteurs de l'autorité parentale, il exerce sa fonction librement (14), sous réserve toutefois du concours des autorités de tutelle (art. 405 al. 2 CCS), qui ne possèdent généralement qu'un droit limité de collaboration (15). Comme les père et mère, il peut donc transférer certains de ses pouvoirs à des tiers (16) : il est alors responsable de leur choix (17), comme le sont les détenteurs de l'autorité parentale (18).

Le choix du lieu de séjour du pupille dépend de l'importance des motifs qui ont amené les autorités de tutelle à retirer aux père et mère l'autorité parentale (19). Quatre possibilités s'offrent au tuteur, qui sont dans un rapport de subsidiarité les unes par rapport aux autres (20) ; le tuteur n'oubliera cependant pas qu'un des plus importants principes de l'éducation des enfants réside dans sa constance (21).

3.2.1. Le maintien chez les père et mère

Dans la mesure du possible, le tuteur maintiendra intacte la cellule familiale naturelle et laissera l'enfant dans le foyer de ses père et mère. Les père et mère qui n'ont pas l'autorité parentale n'ont

14) Kaufmann note 22 ad art. 405 ; Egger note 41 ad art. 405 ; Völkle 11 ; RDT 1968 37

15) Kaufmann note 5 ad art. 405 ; RDT 1954 35 ; RDT 1959 76 ; RDT 1959 107 ; RDT 1960 30

16) Egger note 21 ad art. 405 ; Kaufmann note 11 ad art. 405 ; Oettli 58 ; Völkle 12

17) Egger note 21 ad art. 405 ; Kaufmann note 11 ad art. 405 ; Oettli 58

18) Hegnauer note 74 ad art. 273 ; Völkle 9

19) Egger note 34 ad art. 405

20) Egger notes 34 et ss ad art. 405 ; Oettli 60 et ss ; Völkle 12 et ss

21) RDT 1947 25 ; RDT 1951 19 ; RDT 1968 66

toutefois pas un droit à ce que l'enfant leur soit laissé (22), et encore moins les grands-parents (23).

3.2.2. Le placement chez le tuteur

Lorsque le tuteur se charge lui-même de l'entretien et de l'éducation de son pupille en l'hébergeant chez lui, il procède à un placement (24). Le tuteur a alors le statut de père nourricier, d'un type particulier toutefois, dans la mesure où il jouit de droits très étendus. En accord avec la doctrine dominante (25), on relèvera que cette solution doit rester exceptionnelle, parce que le tuteur se trouve dans une situation où il ne peut pas toujours distinguer ses intérêts de père nourricier de ceux qu'il est chargé de défendre en sa qualité de tuteur. L'entrée en vigueur des mesures de surveillance des placements prévues par l'ordonnance fédérale réglant le placement d'enfants rend certes cette objection moins pertinente (26), mais l'échec d'un tel placement peut avoir des conséquences particulièrement graves. En plus du transfert de l'enfant, il faudra certainement procéder à la nomination d'un autre tuteur, ce qui va inévitablement provoquer chez l'enfant un double sentiment d'insécurité.

3.2.3. Le placement du pupille dans une famille

Le tuteur peut également confier son pupille à une famille nourri-

22) Bertholet 27 ; Hegnauer note 57 ad art. 285 ; RDT 1949 106 ; RDT 1960 30

23) ATF 74 II 4 = JT 1958 I 194

24) Egger note 35 ad art. 405, estime que l'assentiment de l'autorité tutélaire est nécessaire à cause de son pouvoir de surveillance

25) Bertholet 18 ; Hegnauer note 51 ad art. 285 ; Hess - Hoerberli, Verordnung, 86 ; Völkke 15

26) Völkke 15

cière. Ce placement, comme le placement dans une institution, ne doit toutefois être envisagé que si le maintien de l'enfant dans son milieu naturel risque de nuire à son bien-être (27).

L'art. 405 al. 2 CCS accordant au tuteur les mêmes droits et obligations qu'aux père et mère, le tuteur devrait théoriquement jouir de la même liberté qu'eux dans le choix du lieu de séjour de l'enfant. Le tuteur considérera toutefois qu'une éducation correcte par les père et mère vaut souvent mieux qu'une éducation, même meilleure, chez des tiers (28). On doit donc exiger que le placement du pupille constitue un mieux par rapport à sa situation précédente.

3.2.4. Le placement en établissement

Le placement institutionnel du pupille doit constituer la dernière extrémité (29). L'ancien art. 421 ch. 13 CCS soulignait encore davantage cette subsidiarité.

3.2.4.1. Sous l'empire de l'ancien droit

L'ancien art. 421 ch. 13 CCS imposait au tuteur l'obligation de requérir le consentement de l'autorité tutélaire avant que de procéder au placement (30) du pupille dans un établissement d'éducation, un asile ou un hôpital. Cette disposition ne s'appliquait qu'aux placements dans les établissements que la loi mentionne, à l'exclusion des placements familiaux (31). Malgré l'exigence du consentement de l'autorité tutélaire, le placement du pupille dans une institution conser-

27) Oettli 61 ; RDT 1959 77

28) Egger note 46 ad art. 405 ; Oettli 60

29) Egger notes 36 et 37 ad art. 405 ; Hegnauer note 60 ad art. 285 ; Oettli 62, 63 ; RDT 1953 68 ; RDT 1968 66
Voir, au surplus, la note 7 ad chapitre 6

30) Sauf en cas d'urgence : Kaufmann note 8 ad art. 421

31) Kaufmann note 36 ad art. 421 ; Oettli 63
Opinion contraire : Weiss 54

vait sa nature éminemment privée et se distinguait fondamentalement du retrait du droit de garde prévu à l'art. 310 CCS. Les bases légales étaient en effet différentes (32), et le tuteur demeurait le responsable primaire de l'éducation de son pupille : c'est lui qui devait décider le lieu de son séjour en fonction de ses besoins. L'autorité tutélaire devait en principe se limiter à consentir : elle ne possédait aucun droit de représentation (33). Le tuteur devait donc présenter à l'autorité tutélaire une proposition précise, dûment motivée, et l'autorité n'était habilitée à prendre une décision de placement que si le tuteur outrepassait manifestement son pouvoir d'appréciation (34). Par contre, dans le cas de l'art. 310 CCS, c'est l'autorité tutélaire elle-même qui détermine le lieu de séjour de l'enfant (35). Enfin, malgré l'aval de l'autorité tutélaire, le tuteur pouvait en tout temps modifier le lieu de placement de son pupille. La décision de retirer l'enfant d'un des établissements mentionnés à l'art. 421 ch. 13 aCCS ne nécessitait en effet aucune participation de l'autorité tutélaire (36). Si cette dernière estimait que le placement ne se justifiait plus, elle pouvait donner des instructions au tuteur, ou plutôt des recommandations de procéder par exemple à un placement familial (37), mais aucune disposition légale ne lui permettait de se substituer à lui dans le choix de la famille nourricière. Par contre, seule l'autorité tutélaire peut mettre un terme à un placement consécutif au retrait du droit de garde des père et mère, selon l'art. 310 CCS.

32) RDT 1972 156

33) Kaufmann note 5 ad art. 421

34) RDT 1963 63

35) Voir chapitre 4

36) Kaufmann notes 25 ad art. 406 et 36 ad art. 421

Contra : Egger notes 30 ad art. 406 et 5 ad art. 421 ; RDT 1948 154

37) RDT 1954 35

3.2.4.2. Le nouveau droit

L'entrée en vigueur, le 1er juillet 1981, de la loi fédérale sur la privation de liberté aux fins d'assistance a entraîné l'abrogation de l'art. 421 ch. 13 CCS.

De même, le nouvel art. 405 a CCS met de la compétence de l'autorité tutélaire le placement du mineur sous tutelle dans un établissement. Le tuteur n'est plus compétent que s'il y a péril en la demeure (art. 405 a al. 1 CCS).

Enfin, la disposition de l'art. 397 d CCS, relative au contrôle judiciaire du placement de personnes majeures ou interdites à des fins d'assistance est applicable au placement du mineur sous tutelle (art. 405 a al. 2 CCS). Le recours au juge est ouvert à l'enfant âgé de 16 ans révolus (art. 405 a al. 3 CCS).

Enfin, une dernière limite s'impose au tuteur dans le choix du lieu de séjour de son pupille, au même titre qu'elle s'impose aux père et mère détenteurs de l'autorité parentale : le tuteur doit en effet également tenir compte de la volonté de l'enfant. A notre avis, ce n'est pas ici l'art. 409 al. 1 CCS (38) qui est applicable, mais bien l'art. 301 al. 2 CCS, dont le texte est plus large (39). De la sorte, le tuteur tiendra compte de la volonté de son pupille, même si celui-ci n'est pas encore âgé de 16 ans révolus (40).

38) Kaufmann note 8 ad art. 405

39) Opinion contraire : Völkle 11

40) RDT 1955 141

Chapitre 4

Le placement par les autorités de tutelle

Nous avons vu que la loi réservait aux père et mère détenteurs de l'autorité parentale une très grande liberté de décision quant à l'éducation de leurs enfants (notamment art. 301 al. 1 CCS). Néanmoins, et bien que cela ne résulte pas forcément d'un comportement fautif de la part des détenteurs de l'autorité parentale, il arrive que le devoir d'éduquer l'enfant ne soit pas assuré convenablement, eu égard aux besoins particuliers que dicte la sauvegarde de son intérêt. Le législateur a donc institué une série de mesures de protection (art. 307 et ss CCS), destinées à pallier les déficiences des père et mère dans les soins qu'ils prodiguent à leur enfant. Par ailleurs, elles sont expressément applicables dans la même mesure aux enfants qui sont hébergés par des tiers en vue de leur éducation (1), conformément à l'art. 307 al. 2 CCS, parce qu'il ne se justifie pas de priver du bénéfice de telles mesures les enfants qui sont précisément les plus exposés aux dangers (2).

4.1. Les principes de la protection tutélaire de l'enfant

Les mesures tutéloires prévues par le Code civil ont pour conséquence de limiter plus ou moins considérablement la liberté des détenteurs de l'autorité parentale dans leur manière d'éduquer l'enfant, liberté consacrée par l'art. 301 CCS. Tout arbitraire est interdit à l'autorité, qui doit respecter trois principes mis en évidence par

1) Egger note 4 ad art. 283 ; Weiss 82

2) Voir le chapitre 16

la doctrine (3).

4.1.1. Le principe du bien de l'enfant

Les autorités de tutelle doivent intervenir à l'encontre des père et mère lorsque l'éducation qu'ils dispensent à leur enfant met son bien en péril (4). Le contenu de l'éducation ne peut pas être déterminé d'une manière abstraite, mais il doit toujours correspondre aux besoins concrets de l'enfant. Il ne faut donc pas tenir compte des possibilités des parents (5) ; ces mesures, indépendantes de toute idée de faute, n'ont qu'un caractère civil et non pénal (6), tant à l'égard des père et mère que de l'enfant. Le manquement des père et mère à leur obligation d'éducation doit être apprécié de manière objective (7).

4.1.2. Le principe de complémentarité

Les autorités de tutelle doivent intervenir uniquement lorsque c'est l'inaction des père et mère qui met en péril le bien de l'enfant. Dans la mesure où les père et mère détenteurs de l'autorité parentale font usage de la faculté prévue par la loi (art. 302 al. 3 CCS) de collaborer avec des tiers, notamment avec des organismes volontaires de protection de la jeunesse, l'autorité tutélaire ne doit pas intervenir, si cette collaboration suffit à elle seule à écarter tout danger pour l'enfant. Ainsi, lorsque le père ou la mère est incapable de s'occuper de l'enfant et que l'autre le prend tota-

3) Hegnauer notes 37 et ss ad art. 283 ; Hegnauer / Schneider 142 ; Henkel 50, 61, 62 ; Naef - Hofmann 80 et ss ; Völkle 22 et ss

4) Sur la notion du bien de l'enfant : Henkel 6 et ss

5) Hegnauer note 37 a ad art. 283

6) Bertholet 26 ; Egger note 13 ad art. 283 ; Hegnauer notes 38, 39 et 100 ad art. 283 ; Lehmann 56, 58 ; Maier 39 ; Naef - Hofmann 80 ; Rutz 49 ; Schweizer 28, 29, 35 ; Tarakcioglu 68 ; Ott 93 ; Völkle 22 ; RDT 1951 114

7) Meyer 23

lement en charge (8), ou si les père et mère placent eux-mêmes leur enfant ou avec l'aide d'un organisme volontaire de protection des mineurs, une mesure tutélaire n'est pas nécessaire (9).

4.1.3. Le principe de proportionnalité (10)

Correspondant à ce que d'autres auteurs ont englobé dans les principes de proportionnalité et de subsidiarité (11) ou de l'adéquation de la mesure (12), ce principe impose à l'autorité de prononcer une mesure proportionnée au but visé et apte à l'atteindre (13). Adaptée autant que possible à ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, la mesure ordonnée ne doit pas être plus sévère que ce qui est nécessaire à parer le danger (14). En vertu de ce principe, l'autorité ne doit pas obligatoirement suivre la gradation légale des mesures (15), qui sont subsidiaires entre elles (16) : s'il apparaît que la mesure la plus incisive est seule à même de protéger efficacement l'enfant, l'autorité la prononcera, à l'exclusion d'une mesure plus douce. Enfin, le respect de ce principe interdit également à l'autorité de tenir compte du coût des différentes mesures (17).

8) Hegnauer note 41 ad art. 283 ; Naef - Hofmann 81

9) Hegnauer note 11 ad art. 284 ; Naef - Hofmann 93 ; ATF 54 II 68 ; RDT 1946 53

10) Hegnauer / Schneider 142

11) Hegnauer notes 43 et ss ad art. 283, 6 et ss ad art. 284 ; Naef - Hofmann 81, 82 ; Völkle 23, 24

12) Lehmann 56 et ss

13) Lehmann 58 : "Die Massnahmen und Anordnungen müssen zweckdienlich und zweckproportional sein". Idem Egger note 19 ad art. 283

14) Egger note 10 ad art. 283 ; Hegnauer notes 52 ad art. 283, 6 et ss ad art. 284 ; Maier 43 ; Naef - Hofmann 82 ; Völkle 25

15) Hegnauer note 54 ad art. 283 ; Lehmann 58 ; ATF 90 II 471

16) Ce qui découle du principe de proportionnalité : Henkel 61

17) Hegnauer notes 37 et 47 ad art. 284 ; Lehmann 59

Il apparaît que ce dernier principe est le seul dont l'application dépende véritablement des autorités de tutelle. En effet, les autres sont davantage des conditions d'intervention, le premier principe constituant plutôt une condition de mise en oeuvre d'une procédure de protection de l'enfant, le second déterminant la compétence d'y procéder.

4.2. Catalogue des mesures de protection de l'enfant prévues par le Code civil

4.2.1. La mesure la plus douce consiste pour l'autorité tutélaire à "rappeler les père et mère ou l'enfant à leurs devoirs, donner des indications ou instructions relatives au soin, à l'éducation et à la formation de l'enfant, et désigner une personne ou un office qualifié qui aura un droit de regard et d'information" (art. 307 al. 3 CCS).

La désignation d'une personne ou d'un office qualifié, mesure connue déjà sous l'ancien droit (18) sous le nom d'assistance éducative, n'est que la forme durable des mesures énumérées précédemment par la loi (19). En l'ordonnant, l'autorité tutélaire peut inviter les père et mère détenteurs de l'autorité parentale à placer leur enfant dans une famille ou un établissement dans lequel il recevra une éducation mieux appropriée à ses besoins. On pense ici notamment aux enfants dont l'état physique ou mental nécessite une surveillance constante et une formation spécialisée que les parents ne sont généralement pas à même d'assumer.

Le placement qui s'ensuit est-il dès lors de caractère privé ou tutélaire ? La doctrine dominante (20) estime que les mesures prononcées

18) Hegnauer / Schneider 143 ; Naef - Hofmann 84

19) Henkel 77

20) Egger note 20 ad art. 283, utilise le terme de "imposer" (auferlegen) ; Hegnauer note 121 ad art. 283 ; Lehmann 87

par l'autorité tutélaire sur la base de l'art. 307 al. 3 CCS ont un caractère contraignant pour les détenteurs de l'autorité parentale, qui perdent ainsi une parcelle des droits qui leur reviennent normalement. Néanmoins, Mme Völkle (21) est d'un avis plus nuancé lorsqu'elle écrit que les parents conservent leur liberté de conclure un contrat de placement, bien qu'ils doivent respecter les indications données par l'autorité tutélaire. M. Meyer (22), quant à lui, précise que les parents sont "invités" à placer l'enfant.

C'est cette dernière opinion, qui n'occorde pas une importance exagérée à la portée de cette mesure tutélaire qui, à notre avis, doit être suivie. En effet, la personne ou l'office désigné pour exercer la surveillance éducative ne possède aucun pouvoir propre (23) : les droits des père et mère ne sont donc pas limités. On ne trouve pas non plus, à propos de l'assistance éducative, de règle semblable à celle de l'art. 308 al. 2 CCS, stipulant que l'autorité parentale peut être limitée. De même, la systématique des mesures de protection de l'enfant montre que les mesures prévues à l'art. 307 al. 3 CCS sont plus douces que la curatelle ou le retrait du droit de garde. Or, le curateur peut être investi de pouvoirs déterminés qui sont retirés aux père et mère (art. 308 al. 2 CCS). Enfin, le surveillant doit être considéré comme un auxiliaire de l'autorité tutélaire, et non comme un représentant des père et mère ou de l'enfant (24).

De plus, une partie de la doctrine (25) précise que la conclusion du contrat de placement - et, par voie de conséquence, le choix du co-contractant - continue d'appartenir aux détenteurs de l'autorité pa-

21) Völkle 9

22) Meyer 24

23) Hegnauer note 131 ad art. 283 ; Naef - Hofmann 84

24) Hegnauer note 130 ad art. 283 ; Naef - Hofmann 84

25) Völkle 9

rentale, l'autorité tutélaire n'intervenant alors que pour décider du principe même du placement. Par contre, on verra plus loin que, dans le cas de retrait du droit de garde, conformément à l'art. 310 CCS, c'est l'autorité tutélaire elle-même qui doit conclure le contrat de placement.

Lorsque les détenteurs de l'autorité parentale refusent d'obtempérer aux injonctions de l'autorité tutélaire, celle-ci doit alors prononcer un retrait du droit de garde (art. 310 CCS), respectant ainsi le principe de proportionnalité. L'intervention des autorités de tutelle selon l'art. 307 al. 3 CCS n'a donc qu'une valeur de recommandation, voire d'avertissement au sujet du lieu de séjour de l'enfant (26).

Cette dernière conclusion est importante au sujet de la nature du placement : les détenteurs de l'autorité parentale sont compétents pour conclure le contrat de placement, à l'exclusion de l'autorité tutélaire, et le placement garde son caractère privé. Il en découle la conséquence que, les père et mère conservant leur droit de garde sur l'enfant, ils peuvent en tout temps décider de le reprendre du lieu où il est placé (art. 301 al. 3 CCS).

Ainsi, dans le cadre de l'art. 307 al. 3 CCS, l'autorité tutélaire ou le surveillant, qui peut prêter son aide pour rechercher un lieu de placement (27), doit se contenter de "recommander" le placement (28) ; il n'y a donc pas lieu de prononcer immédiatement un retrait du droit de garde lorsque les détenteurs de l'autorité parentale admettent la nécessité du placement et l'exécutent (29). Par contre, un retrait du droit de garde s'impose lorsque les père et mère ne tiennent pas compte des recommandations qui leur sont faites de pla-

26) Naef - Hofmann 84

27) Hegnauer note 134 ad art. 283

28) Hegnauer note 131 ad art. 283 ; RDT 1951 57

29) Schweizer 28 ; RDT 1946 53

cer leur enfant (30) ou lorsqu'on ne peut, dès l'abord, accorder aucun crédit à leurs déclarations (31).

4.2.2. L'art. 308 CCS prévoit la nomination d'un curateur en vue de protéger l'enfant, dont la fonction consiste à "assister les père et mère de ses conseils et de son appui dans le soin de l'enfant" (art. 308 al. 1 CCS). L'autorité parentale est limitée dans la mesure des droits que l'autorité tutélaire confère au curateur (art. 308 al. 2 et 3 CCS).

On pourrait dès lors penser que l'autorité tutélaire peut déléguer au curateur le droit de conclure un contrat de placement en lieu et place des père et mère détenteurs de l'autorité parentale. Ce serait néanmoins rendre inopérante la disposition de l'art. 310 CCS, qui, justement, confie cette tâche à l'autorité tutélaire elle-même.

S'il n'a pas le droit de placer lui-même l'enfant, le curateur a toutefois l'obligation de recommander aux père et mère le placement de l'enfant lorsqu'il est convaincu de la nécessité de cette mesure et de collaborer activement à son exécution, notamment en ce qui concerne le choix du lieu de placement et le règlement de ses modalités. Dans ce cas également, le placement garde son caractère privé. Enfin, pendant la durée du placement, le curateur pourra jouer un rôle important dans sa surveillance, qu'il assumera conjointement avec les père et mère.

4.2.3. L'autorité tutélaire peut retirer le droit de garde des père et mère (art. 310 CCS), lorsque les mesures énoncées précédemment ne suffisent pas à protéger efficacement l'enfant. Pour autant qu'elle existe encore à ce moment-là, ce retrait fait éclater la communauté familiale - considérée pourtant comme une des pierres

30) RDT 1960 135

31) RDT 1951 57

d'angle en matière d'éducation des mineurs (32) - en vue de protéger l'intérêt bien compris de l'enfant, ce qui, à première vue, apparaît assez paradoxal. Cette séparation provoque des répercussions psychologiques très importantes, tant sur la personnalité de l'enfant que sur celles des père et mère, ainsi que des autres membres de la communauté (33).

Le retrait du droit de garde de l'art. 310 CCS procède théoriquement de la même démarche que l'institution d'une curatelle (art. 308 CCS), dès lors que l'une et l'autre mesures retirent aux père et mère des droits particuliers qui leur appartiennent normalement en leur qualité de détenteurs de l'autorité parentale. Les conséquences extrêmement graves qui en découlent pour la communauté familiale justifient toutefois une réglementation propre à éviter toute décision arbitraire, parce que la disposition de l'art. 310 CCS "est bien une mesure protectrice de l'enfant, mais elle protège aussi et avant tout le droit de garde des parents" (34). Le retrait du droit de garde est donc assorti de conditions strictes, qu'a prévues le législateur.

4.2.3.1. Sauf les cas d'urgence (art. 314 a al. 3 CCS) (35), seule l'autorité tutélaire, à l'exclusion de toute autre autorité, notamment de l'autorité scolaire (36), est habilitée à retirer le droit de garde. Elle exerce ce droit elle-même dans l'intérêt de l'enfant : "l'autorité tutélaire retire l'enfant et le place" (art. 310 al. 1 CCS). L'autorité tutélaire doit choisir la solution qui procure à l'enfant une situation stable et durable, sans qu'elle doive tenir compte de l'imminence de l'introduction d'une action en divorce, qui obligera le juge à statuer sur le sort des enfants déjà dans le cadre

32) Message du Conseil fédéral, FF 1974 II 6

33) Egger note 1 ad art. 284 ; Hegnauer note 6 ad art. 284 ; Hilty - Wartenweiler 15 ; Lehmann 66, 67 ; Meyer 24 ; Rutz 49 ; Völkle 26

34) Maier 36

35) Lehmann 123, 124

36) Hegnauer note 227 ad art. 283 ; RDT 1949 22

des mesures provisoires (art. 145 CCS) (37). Le texte clair et précis de l'art. 310 CCS interdit à l'autorité tutélaire de déléguer ses fonctions (38) : elle détermine elle-même le type de placement (39) et choisit la famille ou l'établissement approprié (40). Néanmoins, la jurisprudence accorde aux père et mère un droit d'être entendus dans le choix du lieu de placement (41) ; toutefois, les désirs des parents doivent céder le pas devant l'intérêt de l'enfant (42). D'autre part, il faut reconnaître à l'autorité tutélaire le droit de confier à des personnes spécialement qualifiées la prospection des lieux de placement. L'interdiction légale de déléguer le pouvoir de placer l'enfant est respectée lorsque la décision finale appartient à l'autorité tutélaire (43), qui peut alors écarter librement la proposition qui lui est faite. Logiquement, on devrait donc exiger que le prospecteur présente suffisamment de propositions pour permettre un choix, mais ce serait ignorer le trop petit nombre de personnes disposées à accueillir un enfant pour lequel il n'est en principe pas question d'adoption.

4.2.3.2. Le législateur a énuméré limitativement (44) les motifs qui justifient un retrait du droit de garde :

4.2.3.2.1. Le développement corporel, intellectuel ou moral de l'en-

37) RDT 1970 61

38) Bertholet 28 ; Egger note 22 ad art. 283 ; Hegnauer note 152 ad art. 283 ; Lehmann 124 ; Schweizer 39, 90 ; Völkle 30 ; ATF 52 II 413 = JT 1927 I 103 ; ATF 66 I 27 = JT 1940 I 342

39) Hegnauer note 43 ad art. 284 ; Hilty - Wartenweiler 16 ; Lehmann 72 ; Maier 39 ; Völkle 30 ; RDT 1957 18

40) Bertholet 28 ; Hegnauer note 43 ad art. 284 ; Ott 97 ; RDT 1972 73

Opinion contraire : Schweizer 39 ; Tarakcioglu 81 ; Völkle 30

41) Bertholet 28 ; Hegnauer note 69 ad art. 284 ; Ott 97

42) Bertholet 28 ; Hegnauer notes 8 et 69 ad art. 284 ; Lehmann 59 ; RDT 1959 18

43) Schweizer 40

44) Maier 39 ; Ott 95

fant est compromis (art. 310 al. 1 CCS). L'autorité tutélaire doit intervenir avant même que le développement de l'enfant ne subisse un dommage concret (45), dans le respect du principe du bien de l'enfant : l'aspect prophylactique de cette mesure ne doit en effet pas être négligé. Néanmoins, le danger qui menace l'enfant doit être imminent, probable, important et durable pour justifier l'intervention des autorités de tutelle sur la base de l'art. 310 CCS (46). Lorsque le danger n'est que passager, il faut préférer la mesure plus douce de l'art. 307 al. 3 CCS (47). Parmi les circonstances pouvant provoquer un retrait du droit de garde, on mentionnera notamment :

- la mise en danger de la santé physique de l'enfant, par exemple lorsque certaines personnes de son entourage souffrent de maladies contagieuses (48) ;
- des conditions d'hygiène insuffisantes (49), y compris le manque d'ordre et la mauvaise tenue du ménage familial (50) ;
- le refus des soins médicaux nécessaires ;
- l'abus du droit de correction de la part des père et mère, le surmenage et la sous-alimentation (51) ;
- le refus ou l'impossibilité d'une formation appropriée, notamment pour

45) Egger notes 1 et 3 ad art. 284 ; Hegnauer notes 102 ad art. 283 et 10 ad art. 284 ; Lehmann 60, 67, 68 ; Naef - Hofmann 93 ; Schweizer 36 ; RDT 1956 96

46) Maier 37 ; Tarakcioglu 70

47) Hegnauer note 104 ad art. 283 ; Meyer 25

48) RSJ 1927-28 p. 249 no 221

49) RDT 1950 14 ; RDT 1951 17 ; RDT 1960 136

50) RDT 1962 16

51) RDT 1946 54 ; RDT 1949 22 ; RDT 1973 67

un enfant déficient physique ou mental (52), ainsi que le placement inadéquat de l'enfant (53) ;

- la conduite répréhensible des parents (54), qui se vouent une haine réciproque, qui sont dénués de tout sens de la pudeur, qui mènent une vie de débauche, qui commettent des actes impudiques sur l'enfant, qui manquent de l'autorité la plus élémentaire ; etc. (55).

Il est académique de chercher chaque fois à préciser si c'est la santé corporelle, intellectuelle ou morale - ces deux dernières notions couvrant d'ailleurs une même réalité, ainsi que le confirme le texte allemand (56) - qui est mise en danger. Très souvent en effet, ces trois aspects de la santé de l'enfant ne peuvent pas être dissociés à cause de leurs évidentes interactions. La précision légale montre simplement la volonté claire du législateur de protéger le développement global de l'enfant : "une famille normale doit donner à chaque enfant ce dont il a besoin, non seulement sous le rapport du vivre et du couvert, de l'habillement et de la protection, mais encore sous celui de l'affection et de la sympathie compréhensive de faire en sorte qu'il se sente partie d'un groupe, condition essentielle de la stabilité affective de l'enfant. La famille doit aussi rendre possible le développement physique normal de chaque enfant, ainsi que le développement de sa personnalité et de ses dons, et l'aider à acquérir, en grandissant, l'équilibre et la maturité qui lui permettront, une fois devenu adulte, de nouer avec autrui des relations normales, d'assumer les responsabilités qui lui incombent en tant que membre de la collec-

52) RDT 1948 109 ; RDT 1950 124 ; RDT 1962 139 ; RDT 1967 140

53) Schweizer 30 ; RDT 1950 14 ; RDT 1962 106

54) RDT 1950 14 ; RDT 1952 22 ; RDT 1956 96 ; RDT 1960 137 ; RDT 1962 16 ; RDT 1966 66 ; RDT 1971 145 ; RDT 1972 22

55) Pour d'autres exemples de mise en danger de l'enfant : Hegnauer notes 68 et ss ad art. 283, 15 et ss ad art. 284 ; Henkel 38 et ss

56) Maier 38 ; Meyer 24 ; Schweizer 32

tivité à laquelle il appartient et d'accomplir plus tard sa tâche de père ou de mère" (57).

Un retrait provisoire du droit de garde peut parfois être nécessaire, lorsque l'autorité tutélaire a besoin de l'avis d'experts pour déterminer quel est le type de placement adéquat et qu'il importe néanmoins de soustraire immédiatement l'enfant à l'influence de ses parents en le plaçant en observation (58). Cette mesure de placement immédiat est prise en application de l'art. 310 CCS et non de l'art. 307 al. 3 CCS, cette dernière disposition ne permettant pas, ainsi qu'on l'a vu, à l'autorité tutélaire d'opérer un placement, fût-il temporaire (59).

4.2.3.2.2. Les rapports entre les père et mère et l'enfant sont si gravement atteints que le maintien de l'enfant dans la communauté familiale est devenu insupportable (art. 310 al. 2 CCS). Dans une certaine mesure, il s'agit d'un cas d'application du premier alinéa (60). Toutefois, à la différence de celui-ci, cette mesure ne vise pas seulement à protéger le développement de l'enfant, mais également l'harmonie qui doit régner entre les membres de la communauté, ainsi que la personnalité des père et mère (61). Cette disposition protège aussi les parents et s'apparente, par sa conception, aux mesures protectrices de l'union conjugale, notamment à l'autorisation de se constituer une demeure séparée (art. 170 al. 1 CCS). La jurisprudence parle d'ailleurs dans ce cas d'une "autorisation de vivre séparé" (62).

Les père et mère détenteurs de l'autorité parentale peuvent demander

57) Tarakcioglu 71

58) RDT 1972 74 ; RDT 1973 67

59) Opinion contraire : Hegnauer note 249 ad art. 283 ; RDT 1962 133

60) Hegnauer note 24 ad art. 284

61) Hegnauer / Schneider 149

62) RDT 1970 67 ; RDT 1971 15

à l'autorité tutélaire de leur retirer l'enfant. Conformément aux principes de complémentarité et de proportionnalité rappelés à l'art. 310 al. 2 in fine CCS, cette mesure n'interviendra que si les parents ont déjà tenté sans succès d'éloigner leur enfant (63) ou, comme sous l'ancien droit, de le ramener à de meilleurs sentiments (64). L'enfant se rebellera certainement contre la décision de l'autorité tutélaire, comme il l'a fait à l'encontre de ses parents, mais l'autorité dispose de moyens plus importants pour faire exécuter sa décision, au besoin en usant de la force publique (65).

La révision récente du droit de la filiation permet à l'enfant lui-même de requérir le retrait du droit de garde, possibilité dont il ne disposait pas formellement sous l'empire de l'ancien droit, mais qu'une jurisprudence récente avait fini par lui accorder (66). Seul l'enfant capable de discernement peut demander qu'il soit retiré à ses père et mère. La décision de l'autorité tutélaire, qui doit être justifiée par le souci de la sauvegarde du bien de l'enfant, remplace alors le consentement des père et mère à ce que l'enfant quitte la communauté familiale (art. 301 al. 3 CCS). Dans ce cas, le retrait de l'enfant ne doit pas nécessairement avoir, pour conséquence, un placement dans une famille ou dans un home : lorsque l'enfant est capable de vivre de manière indépendante, il faut lui laisser cette liberté, à moins que son intérêt ne dicte une solution différente. A ce propos, il faut se demander si le principe de proportionnalité rappelé en fin de l'art. 310 al. 2 CCS (... d'autres moyens seraient inefficaces) ne trouve application que dans le cadre spécifique des mesures protectrices de l'enfant (art. 307 et ss CCS) au s'il doit égale-

63) Bertholet 26

64) Lehmann: 79

65) Egger note 27 ad art. 405 ; Hilty - Wartenweiler 16 ; RDT 1949 131 ; RDT 1954 136 ; RDT 1964 118

66) Egger note 6 ad art. 283 ; Naef - Hofmann 95 ; RDT 1970 67 ; RDT 1971 15

ment englober d'autres mesures prévues par le droit civil, notamment l'émancipation (art. 15 CCS).

Aucun obstacle juridique ne s'oppose à l'émancipation lorsque le mineur âgé de 18 ans révolus et ses père et mère y consentent. On relèvera toutefois que cette mesure échappe à la compétence de l'autorité tutélaire, et que celle-ci n'a pas non plus le droit de la demander (67) : elle peut simplement encourager les intéressés à choisir cette voie. Lorsque les conditions en sont réunies, il paraît préférable d'émanciper le mineur plutôt que de retirer le droit de garde en application de l'art. 310 al. 2 CCS. En effet, il est inéquitable, et même dangereux, de dissocier le droit de garde des autres attributs de l'autorité parentale, lorsque la mesure tutélaire n'est justifiée ni par une faute des parents, ni par leur incapacité, mais plutôt par le désir, farouchement exprimé par l'enfant, de ne plus vivre dans la communauté de ces derniers : les père et mère conservent en effet toutes leurs responsabilités en matière d'éducation et d'entretien notamment, alors qu'ils sont privés de tout contact avec l'enfant. L'émancipation est également avantageuse pour l'enfant. Celui-ci constatera que la liberté emporte avec elle son lot de responsabilités, ce qui peut éventuellement le faire revenir à de meilleurs sentiments envers les autres membres de la communauté familiale.

4.2.3.2.3. Le troisième alinéa de l'art. 310 CCS prévoit que "lorsqu'un enfant a vécu longtemps chez des parents nourriciers, l'autorité tutélaire peut interdire aux père et mère de le reprendre s'il existe une menace sérieuse que son développement soit ainsi compromis". Déjà connue de la pratique de l'ancien droit (68),

67) Grossen, Personnes physiques, 35

68) Hegnauer note 123 ad art. 283 ; Lehmann 70, 115 ; Maier 40 ; Rutz 49 ; Schweizer 40 ; RDT 1947 14 ; RDT 1950 124 ; RDT 1956 93 ; RDT 1961 24

- elle se déduisait alors de l'art. 284 aCCS (69) - cette mesure a reçu une base légale lors de la révision de 1976. Elle tend à empêcher qu'il soit mis fin abruptement à un placement qui a duré assez longtemps pour que l'enfant se soit enraciné dans la communauté qui l'a recueilli (70).

4.2.4. Enfin, l'ultime mesure de protection de l'enfant instituée par le droit civil consiste dans le retrait total de l'autorité parentale (art. 311, 312 CCS). Un tuteur doit alors être nommé à l'enfant (art. 311 al. 2 CCS). Dès lors, ni l'autorité tutélaire dans le cas de l'art. 312 CCS, ni l'autorité tutélaire de surveillance dans celui de l'art. 311 CCS ne sont compétentes pour prononcer une mesure de placement (71) : seul le tuteur est en droit de déterminer que le retrait de l'autorité parentale doit s'accompagner d'un éloignement de l'enfant de son milieu familial. Il s'agira alors d'un placement de type privé (72).

En résumé, un placement tutélaire de l'enfant ne peut intervenir qu'en application de l'art. 310 CCS, à l'exclusion de toute autre disposition. Néanmoins, dans ce cas, l'autorité tutélaire peut préférer encourager les père et mère et l'enfant de consentir à l'émancipation, lorsqu'elle est conforme au but de protection du bien de l'enfant que lui assigne la loi.

Il faut également admettre que le retrait du droit de garde permet à l'autorité tutélaire de recourir à un placement à la journée, l'enfant passant alors la nuit chez ses père et mère (73).

69) Opinion contraire : Bertholet 26 ; RDT 1956 93

70) Voir chapitre 16

71) Bertholet 26 ; Rutz 51

72) Voir chapitre 3

73) Egger note 15 ad art. 284 ; Maier 40 ; Ott 97

Enfin, la récente loi sur la privation de liberté à des fins d'assistance a introduit un contrôle juridictionnel des placements ordonnés par l'autorité tutélaire en application de l'art. 310 CCS (art. 314 a al. 1, 397 d CCS).

Chapitre 5

Le placement par le juge matrimonial .

"Pendant le mariage, les père et mère exercent l'autorité parentale en commun" (art. 297 al. 1 CCS).

Lorsque les père et mère vivent en ménage commun, l'autorité tutélaire est compétente pour ordonner les mesures protectrices imposées par les circonstances (art. 315 CCS).

Lors de conflits matrimoniaux, le juge doit prendre toutes les mesures propres à régler l'exercice des droits et obligations qui incombent normalement en commun aux deux époux. Il devra régler l'exercice de l'autorité parentale. Par souci d'économie de procédure, il se justifie également de lui attribuer des compétences tutélaires lorsqu'il estime que des mesures protectrices de l'enfant, au sens des art. 307 et ss CCS, sont rendues nécessaires ou se révèlent telles par le conflit entre les père et mère. L'art. 315 a al. 1 CCS réserve expressément ces compétences judiciaires en matière de protection de l'enfant.

Il s'agit donc, dans ce chapitre, d'examiner dans quelles circonstances le juge des affaires matrimoniales possède des compétences tutélaires, notamment celle de placer l'enfant des époux en conflit.

5.1. Les mesures protectrices de l'union conjugale

L'art. 169 CCS impose au juge, lorsque l'un des époux néglige ses devoirs de famille ou expose son conjoint à péril, honte ou dommage, de prendre, après objurcation, les mesures prévues par la loi pour sauvegarder les intérêts de l'union conjugale.

Que faut-il entendre par "mesures prévues par la loi" ? La jurisprudence (1), suivant l'avis des plus grands auteurs (2), estime que le juge des mesures protectrices de l'union conjugale peut prendre toutes mesures prévues par la loi même autres que celles prévues uniquement aux art. 170 et 171 CCS, et qui seraient impérieusement exigées par la nouvelle situation, à l'exclusion de mesures qui, bien que nécessaires de l'avis du juge, ne seraient pas prévues par la loi (3). Le juge peut donc attribuer l'enfant à l'un ou l'autre des époux (art. 297 al. 2 CCS), ce qui constitue une conséquence nécessaire de la suspension de la vie commune. La décision du juge a alors pour effet de priver le parent non attributaire du droit de garde au sens de l'art. 310 CCS.

Il paraît délicat d'accorder au juge des mesures protectrices de l'union conjugale des compétences tutélaires plus larges, qui lui permettraient d'ordonner des mesures protectrices de l'enfant qui ne seraient pas directement justifiées par la séparation temporaire des père et mère. La doctrine dominante (4) estime que la compétence des autorités de tutelle demeure réservée et que le juge ne peut donc pas retirer l'auto-

1) ATF 91 II 412 = JT 1966 I 354

2) Droin 138 ; Egger note 7 ad art. 169 ; Gmür notes 29 et 29 a ad art. 169 ; Lemp notes 17 ad art. 169 et 15 ad art. 170

3) Droin 137 ; Egger note 7 ad art. 169

4) Egger notes 7 ad art. 169 et 6 ad art. 170 ; Gmür notes 29, 30 ad art. 169 et 16 ad art. 170 ; Hegnauer note 165 ad art. 283 ; Lemp notes 10, 18 ad art. 169 et 15 ad art. 170

rité parentale à l'un des époux. Par contre, elle ne se prononce pas au sujet des autres mesures protectrices prévues aux art. 307 et ss CCS. Mme Völkle (5) pense, quant à elle, que le juge des mesures protectrices est habilité à prononcer un placement de l'enfant chez des tiers.

Le nouvel art. 315 a CCS règle le partage des compétences entre l'autorité tutélaire et le juge en cas de divorce ou de séparation de corps. Son deuxième alinéa, sous ch. 1, dispose que la compétence des autorités de tutelle est réservée lorsque la procédure pour la protection de l'enfance a été introduite avant la procédure de divorce ou de séparation de corps. De cette disposition, on ne peut toutefois pas inférer que le juge des mesures protectrices de l'union conjugale n'est pas compétent pour ordonner des mesures protectrices de l'enfant. L'interprétation de l'art. 315 a CCS, à la lumière de la jurisprudence et de la doctrine précitées, qui confère au juge le pouvoir de prendre "les mesures qu'appelle impérieusement la nouvelle situation", conduit à la conclusion que les autorités de tutelle demeurent toujours compétentes, nonobstant la requête de mesures protectrices de l'union conjugale présentée par l'un des époux, et que le juge des mesures protectrices de l'union conjugale doit se borner à attribuer la garde de l'enfant au père ou à la mère, sans que la titularité de l'autorité parentale ne soit touchée (6). Les mesures protectrices de l'enfant proprement dites et notamment le placement de l'enfant dans une famille ou dans un établissement demeurent alors du ressort exclusif des autorités de tutelle.

C'est du moins l'opinion de la doctrine dominante, qui estime en effet que l'art. 315 a CCS ne s'applique pas au juge des mesures protectrices de l'union conjugale (6 a).

5) Völkle 34 ; Rutz 45 va dans le même sens

6) L'art. 297 al. 2 CCS, peu clair, ne semble concerner, dans ce cas, que l'exercice et non la titularité de l'autorité parentale

6a) Gianola 33 ss, ainsi que les références citées Stettler, Application, 618 ss, propose cependant, de lege ferenda, que l'application de l'art. 315 a CCS soit étendue aux procédures de mesures protectrices de l'union conjugale

En niant au juge des mesures protectrices de l'union conjugale le pouvoir d'ordonner un placement de l'enfant chez des tiers, on contribue à la stabilité de l'éducation de l'enfant. En effet, les mesures protectrices de l'union conjugale sont statuées provisoirement : elles sont rapportées par le juge, à la requête de l'un des époux, lorsque les causes qui les ont déterminées n'existent plus (art. 172 CCS). Ainsi, le parent non attributaire est ipso iure réintégré dans l'exercice de son droit de garde. Il en serait de même en cas de placement de l'enfant chez des tiers. Par contre, si le placement est ordonné par l'autorité tutélaire, la réconciliation des époux le fera subsister, ce qui est un gage de stabilité pour l'enfant, face à la versatilité trop souvent constatée dans ces circonstances de la part des père et mère.

5.2. Les mesures provisoires prévues par l'art. 145 CCS

L'art. 145 CCS impose au juge de prendre, après l'introduction de la demande en divorce ou en séparation de corps, les mesures provisoires nécessaires en ce qui concerne la demeure et l'entretien de la femme, les intérêts pécuniaires des époux et la garde des enfants.

La notion de "garde" doit être comprise dans une acception très large : le juge peut ordonner toutes les mesures de protection de l'enfant selon les art. 307 et ss CCS (7). En effet, dès l'introduction d'une procédure de divorce, le juge prend les mesures nécessaires à la protection de l'enfant et charge de leur exécution les autorités de tutelle (art. 315 a CCS).

Le moment déterminant pour fonder la compétence du juge des mesures provisoires est celui de la création de la litispendance, qui se détermine selon le droit cantonal (8), soit généralement le moment du dépôt du mémoire de demande (9). Auparavant, les mesures concernant la garde des

7) Böhler note 226 ad art. 145

8) GmÜr note 11 ad art. 145 ; ATF 64 II 175 (arrêt de principe) ; ATF 90 II 215 ; ATF 91 II 321 = JT 1966 I 226

9) Par exemple, art. 158 Cpcj ; voir également, à ce sujet, Steinegger 77 et ss

enfants ne peuvent en principe être prises qu'au titre de mesures protectrices de l'union conjugale (art. 169 CCS) (10). Dès la litispendance, la compétence du juge des mesures provisoires est exclusive, à l'exception des cas de procédures tutélaires déjà en cours ou de péril en la demeure, qui sont alors du ressort des autorités de tutelle, conformément à l'art. 315 a al. 2 CCS. La doctrine relative à l'ancien droit de la filiation reconnaissait déjà le caractère exclusif de la compétence du juge des mesures provisoires (11).

Dans ses fonctions tutélaires, le juge est tenu au respect des mêmes principes que l'autorité de tutelle (12) : le juge peut attribuer la garde de l'enfant à son père ou à sa mère, comme il peut le confier à des tiers en vue de son éducation (13) ; par contre, le retrait de l'autorité parentale à l'un des époux ou aux deux époux doit rester une exception (14).

Le juge des mesures provisoires fonde sa décision sur les mêmes critères que lors de la réglementation définitive des droits des parents (15) : l'art. 156 CCS est applicable par analogie. C'est le bien de l'enfant, et lui seul, qui doit guider le juge dans la recherche de la solution adéquate. Il statue d'office (16), mais il ne s'écartera pas sans raison de la volonté des père et mère, qui sont tombés d'ac-

10) ATF 91 II 74

11) Buhler notes 216 et 217 ad art. 145 ; Egger note 13 ad art. 145 ; Hegnauer note 166 ad art. 283 ; Liesch 122 ; Steinegger 58 ; RSJ 1947 93 no 29 ; RDT 1946 52 ; RDT 1946 94 ; RDT 1953 19 ; RDT 1970 63
Opinion contraire : Etter 57

12) Buhler note 227 ad art. 145

13) Buhler notes 207 et 230 ad art. 145 ; Egger note 11 ad art. 145 ; Etter 55 ; Rutz 45 ; Steinegger 59 ; Völkle 32

14) Buhler notes 200 et 233 ad art. 145 ; Egger note 13 ad art. 145 ; Hegnauer note 171 ad art. 283 ; Steinegger 57

15) Buhler notes 206 et 210 et ss ad art. 145 ; Egger note 11 ad art. 145 ; Etter 56 ; Steinegger 17 et ss, 56 ; Völkle 32

16) Buhler note 252 ad art. 145

cord sur le sort des enfants (17). Enfin, et bien que l'art. 145 CCS n'en fasse pas mention expresse, le juge requerra l'avis des parents et éventuellement de l'autorité tutélaire (18).

Lorsque le juge des mesures provisoires ordonne le placement de l'enfant dans une famille ou dans un établissement, sa décision est soumise à deux contraintes apparemment antinomiques : les mesures de l'art. 145 CCS, qui ne dureront que le temps du procès en divorce ou en séparation de corps, ont un caractère purement provisoire, passager. Le placement doit alors s'accompagner de précautions particulières, afin que l'enfant ne se sente pas rejeté ou ballotté d'un endroit à un autre. Un placement dans la proche parenté peut souvent constituer la solution adéquate. A l'opposé, les mesures provisoires doivent assurer la continuité de l'éducation et des soins dispensés à l'enfant (19) et se rapprocher le plus près possible de la réglementation définitive des droits des parents selon l'art. 156 CCS. Par conséquent, lorsque la situation de fait est absolument évidente et que la réglementation finale selon l'art. 156 CCS ne fait aucun doute, le juge statuera dans ce sens (20). C'est le cas, par exemple, si les époux ont déjà conclu une convention sur les effets accessoires du divorce que le juge homologuera très vraisemblablement ou lorsque l'un des parents s'est fait retirer l'autorité parentale par les autorités de tutelle. Dès que les conditions de l'art. 310 CCS sont remplies à l'encontre des deux époux, notamment lorsque les parents se vouent une telle animosité que toute leur existence en est empoisonnée, il se justifie de sortir l'enfant de ce milieu malsain dès le stade des mesures provisoires (21). Au contraire, quand les faits ne sont pas clairs, le juge décidera le maintien du statu quo. En effet, il faut choisir, dans ce cas, la mesure qui intervient le

17) Böhler note 197 ad art. 145 ; Steinegger 59

18) Böhler note 258 ad art. 145 ; Egger note 11 ad art. 145 ; Gmür note 7 ad art. 145 ; Liesch 122

19) Böhler note 208 ad art. 145 ; Egger note 11 ad art. 145

20) Etter 56

21) Böhler note 230 ad art. 145

moins gravement dans les relations entre les parents (22).

On voit que la tâche du juge des mesures provisoires est extrêmement délicate : la décision doit être prise dans les meilleurs délais, elle est difficile, et le juge manque parfois des connaissances nécessaires pour procéder à un placement conforme en tous points aux besoins de l'enfant. Il peut donc, dans ces circonstances, se contenter d'ordonner le principe même du placement de l'enfant, et abandonner ensuite aux autorités de tutelle le soin de déterminer précisément le lieu de placement, en leur laissant notamment le choix entre un placement familial ou institutionnel. Conforme à l'art. 315 a CCS, qui confie aux autorités de tutelle l'exécution des mesures ordonnées par le juge, cette solution était déjà connue de l'ancien droit (23).

5.3. La réglementation des droits des parents dans le jugement de divorce ou de séparation de corps

La réglementation définitive du sort des enfants de parents divorcés intervient dans le cadre du jugement de divorce ou de séparation de corps (art. 156 CCS).

La maxime d'office préside à l'attribution des enfants (24), mais les père et mère peuvent régler les effets accessoires du divorce ou de la séparation de corps par une convention, qui doit être ratifiée par le juge (art. 158 ch. 5 CCS). La ratification n'interviendra pas si la convention nuit à l'intérêt de l'enfant (25). La sauvegarde du bien de l'en-

22) Etter 35

23) Bühler notes 220 et 231 ad art. 145

24) Gmür note 4 b ad art. 156 ; Hinderling 165 ; Schweizer 53 ; ATF 77 II 18 ; ATF 80 II 5 ; ATF 84 II 145 ; ATF 95 II 65 ; ATF 96 II 69 = JT 1971 I 563

25) Egger note 14 ad art. 156

fant est donc la seule limite à la liberté contractuelle des parents dans ce domaine. Ils peuvent notamment prévoir, en plus de l'attribution de l'autorité parentale à l'un ou à l'autre d'entre eux, que l'enfant sera placé dans une famille ou dans une institution. Cette solution a l'avantage d'assurer à l'enfant une éducation "neutre", l'influence respective des père et mère s'exerçant alors presque uniquement par l'intermédiaire du droit de visite.

Par sa ratification par le juge, la convention devient partie intégrante du jugement de divorce ou de séparation de corps (26). Il en résulte qu'un placement convenu entre les époux perd son caractère privé (27), et son exécution est confiée à l'autorité tutélaire, qui sera compétente pour y mettre fin (art. 315 a al. 1 et 3 CCS).

Hors les cas de convention, le juge désignera le parent le plus apte à s'occuper de l'enfant et lui attribuera l'autorité parentale. Il tiendra compte uniquement de l'intérêt de l'enfant (28), les fautes respectives des époux ne jouant en soi aucun rôle (29). Avant de statuer sur le sort des enfants, le juge entendra les père et mère et s'enquerra au besoin de l'avis de l'autorité tutélaire (art. 156 al. 1 CCS in fine), mais il n'en a pas en tous les cas l'obligation (30). La loi ne mentionne pas l'enfant : sa volonté n'est, en soi, pas déterminante, mais une décision qui irait à son encontre peut parfois nuire à son intérêt, notamment s'il existe un risque de rébellion violente (31).

26) Deschenaux / Tercier 127 ; GmÜr notes 3 b ad art. 156 et 24 ad art. 158 ; ATF 95 II 385

27) ATF 54 II 71

28) Deschenaux / Tercier 121 ; Egger note 4 ad art. 156 ; GmÜr note 10 ad art. 156 ; Hinderling 153 ; Schweizer 51, 52 ; ATF 53 II 189 = SJ 1927 465

29) Deschenaux / Tercier 121 ; Egger note 7 ad art. 156 ; GmÜr note 10 a ad art. 156 ; Rutz 46

30) ATF 95 II 509 = JT 1970 I 580

31) Dans ce sens, Egger note 5 ad art. 156 ; GmÜr note 5 ad art. 156 ; RDT 1972 17 ; RDT 1973 113

Le juge du divorce ou de la séparation de corps doit également se substituer aux autorités de tutelle lorsque des mesures protectrices de l'enfant se révèlent nécessaires (art. 315 a CCS). Le juge est alors tenu au respect des mêmes principes que les autorités de tutelle, notamment le principe de proportionnalité. Lorsqu'il estime que les conditions d'un retrait du droit de garde (art. 310 CCS) sont remplies envers le parent attributaire de l'autorité parentale, le juge ordonnera le placement de l'enfant chez des tiers, en vue de son entretien et de son éducation (32). L'exécution de ce placement incombe à l'autorité tutélaire (art. 315 a al. 1 CCS), qui choisira notamment le lieu de résidence approprié et le modifiera au besoin (33). La solution du placement de l'enfant sera retenue lorsque les parents ont procédé, de leur propre volonté, au placement de l'enfant préalablement à l'introduction de l'action en divorce.

Lorsqu'un placement a été opéré par l'autorité tutélaire avant la création de la litispendance, le juge du divorce n'est pas fondé à le modifier, même s'il estime que le lieu de placement choisi n'est pas adéquat (art. 315 a al. 2 ch. 1 CCS).

Enfin, le juge peut arriver à la conclusion que les conditions mises

32) Egger note 9 ad art. 156 ; Gmür notes 12 et 12 b ad art. 156 ; Hegnauer note 177 ad art. 283 ; Hinderling 156 ; Rutz 46 ; ATF 40 II 313 = JT 1914 659 ; ATF 53 II 191 = SJ 1927 465 ; ATF 54 II 71 ; SJ 1957 262

Gygax 19 (dans le même sens RDT 1946 129) estime que l'attribution de l'autorité parentale avec obligation de placer l'enfant chez des tiers est alors assortie d'une condition ou d'une charge. Nous estimons, pour notre part, que tel n'est pas le cas : dès lors que le juge détermine le lieu de placement de l'enfant - chez des tiers - nous sommes en présence d'un placement qui équivaut, par ses effets, à un placement tutélaire selon l'art. 310 CCS. Il échappe donc à l'autonomie du parent attributaire.

33) Sous l'empire de l'ancien droit, cette délégation était déjà opérée malgré l'absence de base légale : Bertholet 30 ; Hegnauer note 182 ad art. 283 ; Rutz 62 ; Schweizer 57, 58 ; ATF 53 II 191 = SJ 1927 465 ; ATF 54 II 71 ; RDT 1960 132 ; RDT 1961 44

par l'art. 311 CCS au retrait de l'autorité parentale sont réunies envers les deux époux. Il procédera alors à ce retrait (34) et l'autorité tutélaire devra désigner un tuteur à l'enfant. Le point de savoir à quel endroit l'enfant séjournera pour recevoir son éducation ne dépend plus de l'appréciation du juge, mais uniquement de celle du tuteur. Le placement auquel il pourrait procéder revêt alors un caractère privé (35).

5.4. La modification du jugement de divorce ou de séparation de corps

L'art. 157 CCS permet à l'un des parents ou à l'autorité tutélaire de demander une modification du jugement de divorce ou de séparation de corps lorsqu'il survient des faits nouveaux, déterminants (36), pour le sort des enfants. La loi mentionne le mariage, le départ ou la mort du père ou de la mère (36 a), mais cette liste n'est pas exhaustive (37).

Le juge dispose des mêmes compétences que lors de la réglementation originaire des droits des parents selon l'art. 156 CCS (38). Il ne peut pas les déléguer (39). Il peut donc, dans ce cas également, ordonner un placement, aux mêmes conditions.

Une convention relative aux effets accessoires du divorce ou de la séparation de corps conclue postérieurement au jugement doit être ratifiée

34) Deschenaux / Tercier 120 ; Egger note 10 ad art. 156 ; Hinderling 152 ; Vöikle 33 ; ATF 96 II 69 = JT 1971 I 563 ; RDT 1950 125

35) Voir chapitre 3

36) ATF 100 II 76 = JT 1975 I 52

36a) Voir note 41 ci-dessous

37) Deschenaux / Tercier 125 ; Gmür note 6 ad art. 157 ; ATF 54 II 71 ; ATF 85 II 12

38) Egger note 9 ad art. 157 ; Schweizer 59 ; ATF 54 II 71 ; ATF 69 II 129 = JT 1943 I 530

39) Rutz 46 ; ATF 51 II 1 = JT 1925 I 253

par le juge (40), parce que cela constitue une modification du jugement, de la seule compétence du juge, conformément à l'art. 157 CCS.

Par contre, l'autorité tutélaire est habilitée à ordonner toutes les mesures de protection nécessaires qui n'entraînent pas une modification de la position du parent non attributaire (art. 315 a ol. 3 CCS). On a vu aussi plus haut, par exemple, que l'autorité tutélaire peut modifier le lieu du placement de l'enfant qui aurait été ordonné par le juge (41).

40) Comment, Problèmes juridiques, 92 ; Deschenaux / Tercier 127 ; Egger note 17 ad art. 158 ; ATF 61 II 225 = JT 1936 I 446

41) Dans un arrêt récent (ATF 107 II 100), le TF a laissé ouverte la question de savoir si l'autorité tutélaire était compétente pour transférer l'autorité parentale à l'autre conjoint après le décès du conjoint attributaire. Il a cependant précisé que cette compétence, si elle était reconnue, ne saurait revêtir un caractère exclusif, la voie de l'action en modification du jugement de divorce ou de séparation de corps selon l'art. 157 CCS demeurant quoi qu'il en soit ouverte au conjoint non attributaire

Chapitre 6

Le placement par le juge pénal

6.1. Les modalités d'application des mesures éducatives prévues par le Code pénal

Parmi les enfants éloignés de leur milieu familial parce que leur développement est compromis, une proportion importante est constituée par les mineurs délinquants, dont l'acte délictueux révèle justement leur carence affective et (ou) éducative. Le législateur a donc inséré dans le Code pénal toute une série de mesures éducatives, très proches de celles retenues par le Code civil. Elles ont les mêmes effets sur l'autorité parentale que les mesures des art. 307 et ss CCS (1), mais elles gardent un caractère pénal (2).

6.1.1. Les critères d'âge

Le droit pénal retient des critères d'âge différents de ceux du droit civil. En principe soumis à l'autorité parentale de ses père et mère jusqu'à l'accomplissement de sa vingtième année, le mineur peut être classé dans quatre catégories d'âge différentes selon le Code pénal :

- les enfants de moins de 7 ans révolus échappent à la loi pénale (art. 82 al. 1 CPS) ;
- la catégorie des "enfants" inclut les mineurs de 7 à 15 ans révolus

1) Boehlen 22 ; Hauser 252 ; Hilty - Wartenweiler 29, 74 ; Völkle 38
2) Logoz 421 ; Schultz II 194

auxquels les art. 82 à 88 CPS sont applicables ;

- les "adolescents" sont âgés de 15 à 18 ans révolus et sont soumis aux art. 89 à 99 CPS ;
- enfin, les "jeunes adultes" sont en principe soumis au droit pénal ordinaire des adultes (3) et, subsidiairement, aux art. 100 à 100 ter CPS.

Un délicat problème peut se poser lorsque le mineur a commis des actes délictueux pour une partie alors qu'il était enfant et pour l'autre alors qu'il était adolescent. Dans de tels cas, il faut prononcer la mesure relative à la classe d'âge la plus élevée, parce que c'est elle qui sera la plus efficace et correspondra le mieux au caractère des mesures prévues par le Code pénal (4).

6.1.2. Le principe de proportionnalité

Comme dans le cadre des mesures tutélaires, il s'impose de respecter le principe de proportionnalité : "il est important qu'on ne retire l'enfant à sa famille que si cela est vraiment nécessaire" (5).

Ce principe veut qu'un placement ne soit prononcé que si l'assistance éducative apparaît inefficace (6). Mais il trouve également application dans le cadre plus restreint du placement (7) : un placement familial doit être envisagé en première ligne, et le renvoi dans une maison d'éducation ne sera ordonné que si le placement familial paraît

3) Logoz 423

4) BJP 1968 no 7

5) Logoz 434

6) Boehlen 66 ; Logoz 434

7) Bracher 59 et ss ; Buob 68 ; Logoz 435 ; Ryffel 156 et ss ; Schatzmann 197 et ss ; Schultz II 202 ; Völkle 35
Voir en outre note 29 ad chapitre 3

peu opportun ou échoue (8). En effet, la famille joue un rôle resocialisateur non négligeable, parce qu'elle permet au mineur de mener une vie normale, comparable à celle des autres enfants (9). Cela ne signifie pas pour autant qu'il soit nécessaire que le premier placement d'un mineur soit un placement familial : il faut en effet à chaque fois choisir le placement qui correspond le mieux aux exigences de l'éducation du mineur (10) : il peut donc s'agir d'emblée d'un placement institutionnel.

Le principe de proportionnalité est violé lorsque l'autorité fait dépendre l'importance de la mesure de la gravité de l'infraction commise (11). Il l'est également lorsque l'autorité renonce à prononcer un placement institutionnel en arguant des difficultés d'exécution (12).

A première vue, il peut apparaître que l'art. 91 ch. 2 CPS, imposant à l'autorité d'ordonner un placement dans une maison d'éducation pour deux ans au moins lorsque l'adolescent est particulièrement perversi ou lorsqu'il a commis un crime ou un délit dénotant qu'il est particulièrement dangereux ou difficile, ne tient pas compte du principe de proportionnalité. Or, il n'en est rien : certes, le placement dans une maison d'éducation pour deux ans au moins doit obligatoirement être prononcé, mais l'autorité de jugement appréciera librement si les conditions d'application de cette disposition sont remplies (13).

B) Veillard - Cybulska 123

9) Boehlen 69 ; Ryffel 109 ; Völkle 35

10) Schatzmann 196 ; ATF 80 IV 147 = JT 1950 IV 40

11) Boehlen 59

BJP 1961 no 129 l'admet : voir, à ce sujet, la critique de Clerc in RPS 1960 194

12) Boehlen 144 ; Buob 89 ; ATF 91 IV 177 = JT 1966 IV 12 ; ATF 94 IV 17 = JT 1968 IV 46 ; ATF 96 IV 9 = JT 1971 IV 48

13) Boehlen 148 ; Logoz 454

6.1.3. L'enquête de personnalité

Prévue aux art. 83 et 90 CPS, l'enquête doit permettre d'individualiser le traitement (14). En plus de l'établissement des faits, elle doit permettre de mieux cerner la personnalité du mineur (15), qui doit être appréciée au moment du jugement (16).

Cette enquête, dans les cas difficiles, peut impliquer le placement du mineur dans une maison d'observation (art. 83 in fine et 90 CPS) (17).

6.2. Catalogue des mesures éducatives prévues par le Code pénal

6.2.1. L'assistance éducative (art. 84 al. 2 et 91 ch. 1 al. 4 CPS)

Elle tend à donner les soins, l'éducation et l'instruction dont l'enfant a besoin. Pour l'adolescent, le but de cette mesure est élargi (18) : il faut encore lui donner la formation professionnelle dont il a besoin, ainsi que veiller à la régularité de son travail et à l'emploi judicieux de ses loisirs et de son gain. L'enfant ou l'adolescent est laissé dans le milieu dans lequel il a vécu jusqu'alors.

L'assistance éducative n'a pas d'influence sur l'autorité parentale (19) et la personne chargée de cette assistance n'est pas compétente pour procéder elle-même à un placement de l'enfant ou de l'adolescent

14) Logoz 431

15) Logoz 432, 433, 450

16) Boehlen 62 ; Bracher 25 ; Hilty - Wartenweiler 22 ; Ryffel 78 ; Schultz II 201

17) Bracher 22 ; Logoz 433 et 451 ; Ryffel 80 ; Schatzmann 198

18) Logoz 453

19) Boehlen 67, 138

dant elle est responsable : cela ressort d'une part du texte clair des art. 84 et 91 CPS - "L'autorité de jugement ordonnera ... le placement" - et, d'autre part, de l'analogie avec l'assistance éducative prévue par l'art. 307 al. 3 CCS. Par contre, l'assistant a le devoir d'encourager les détenteurs de l'autorité parentale de procéder de leur propre chef au placement de l'enfant ou de l'adolescent qui pourrait se révéler nécessaire : il s'agit alors d'un placement privé. L'assistant peut également proposer à l'autorité de jugement de substituer une mesure de placement à l'assistance éducative, en application des art. 86 et 93 CPS.

6.2.2. Le placement dans une famille ou dans une maison d'éducation
(art. 84 al. 1 in fine et 91 ch. 1 al. 1 in fine CPS)

Cette mesure correspond, par ses effets, au retrait du droit de garde de l'art. 310 CCS.

L'autorité de jugement la prononcera chaque fois que l'enquête préalable révèle que la reprise en mains de l'éducation de l'enfant ou de l'adolescent nécessite un retrait du milieu familial. Le placement, même dans une maison d'éducation, reste une mesure et non une peine : prise dans l'intérêt du mineur, elle doit être ordonnée même lorsque le motif qui justifie un complément d'éducation réside non pas dans une faute de l'enfant ou de l'adolescent, mais, par exemple, dans la conduite de ses parents (20).

Le texte clair de la loi impose à l'autorité de jugement d'opérer elle-même le choix entre les deux types de placement (21). Elle peut toutefois déléguer à des services spécialisés le soin de trouver la

20) Boehlen 58 ; Buob 74 ; ATF 70 IV 112 ; BJP 1953 no 166

21) Bertholet 24 ; Boehlen 63 ; Buob 69 ; Hilty - Wartenweiler 16 ; Lagoz 435, 452 ; Schultz II 201

famille ou l'établissement approprié (22). Ces services ne parviennent d'ailleurs pas toujours à trouver le lieu de placement adéquat. Ainsi, il est très difficile, pour ne pas dire impossible, de réussir un placement familial pour un adolescent en fin de scolarité ou au début de son apprentissage : le caractère asocial du jeune délinquant est plus marqué, des problèmes de discipline se poseront aux parents nourriciers de la même manière qu'aux père et mère, le nouveau milieu l'incitera encore davantage aux fugues, les rapports de confiance de l'adolescent, déjà ténus envers ses père et mère, seront inexistantes à l'égard des parents nourriciers. Toutes ces circonstances impliquent la rareté des familles disposées à accueillir un mineur dans une période critique de son existence. Pareillement, et ceci vaut pour toutes les classes d'âge, ces quelques familles se recrutent essentiellement dans le milieu agricole (23), et elles sont parfois motivées par des considérations financières (main-d'oeuvre à bon marché, pensionnaires, etc.) (24), plutôt que par un véritable désir d'aider et d'éduquer le mineur. Si l'on tient pour acquis le fait que les milieux citadins sont les plus importants pourvoyeurs de jeunes délinquants, on comprend mieux que le placement familial n'est souvent ordonné que dans le but d'épargner à l'enfant ou à l'adolescent les effets parfois psychologiquement ruineux d'un séjour dans une maison d'éducation.

Dans les cas où aucune possibilité adéquate de placement familial ne se présente, il faut renoncer à cette mesure (25), et prononcer le renvoi institutionnel : cette solution est conforme au principe de proportionnalité.

Le changement d'établissement ou de famille est une mesure d'exécution,

22) Bertholet 24

23) Boehlen 69, 142 ; Bracher 60 ; Ryffel 159

24) Boehlen 142 ; Logoz 435 ; Schatzmann 206

25) Boehlen 71 ; Bracher 60

qui ne nécessite pas un nouveau jugement selon les art. 86 ou 93 CPS (26).

Ces dernières dispositions, qui permettent à l'autorité de placer l'enfant ou l'adolescent en observation, afin de se déterminer sur la mesure à prendre (27), ne nécessitent pas que la première mesure ordonnée ait échoué : il suffit que la nouvelle mesure soit plus adéquate à l'état de l'enfant ou de l'adolescent (28).

6.3. La possibilité de renoncer à toute sanction

Les art. 88 et 98 CPS donnent à l'autorité de jugement la faculté de renoncer à toute mesure ou peine, notamment "si une mesure adéquate a déjà été prise". Il s'agit d'une concrétisation du principe de complémentarité, comme en matière de mesures tutélaires.

Sans vouloir entrer dans le détail de la question des rapports des mesures pénales avec les mesures tutélaires (29), nous relèverons, avec tous les auteurs (30), la prééminence des mesures pénales en faveur des enfants et adolescents sur les mesures tutélaires. La possibilité de renoncer à toute sanction devra donc être appliquée de manière très restrictive (31). Il faut en effet prendre garde au respect du principe de l'égalité de traitement devant la loi, et il est conforme au souci de prévention criminelle que l'auteur d'un délit saisisse la relation existante entre son infraction et la mesure dont il est l'objet.

26) Hilty - Wartenweiler 31 ; Lagoz 457

27) Boehlen 89 ; Lagoz 458

28) ATF 80 IV 147 = JT 1950 IV 40

29) Voir notamment, sur ce sujet, Boehlen 22 et ss ; Hilty - Wartenweiler et ATF 70 IV 117

30) Boehlen 23, 24 ; Hegnauer note 211 ad art. 283 ; Schultz II 198 ; Waiblinger 13, 14 ; Wolfer 78

31) Wolfer 72

Dans le cadre restreint du placement, il faut distinguer deux cas :

- l'enfant ou l'adolescent a fait l'objet d'une mesure de placement prononcée par l'autorité de tutelle ou le juge matrimonial, avant qu'il n'ait à répondre de la commission d'infractions. La preuve est alors faite de l'échec de cette mesure de placement. L'autorité pénale devrait alors prononcer une nouvelle mesure de placement - mais elle peut également la confirmer (32) - en l'assortissant de règles de conduite selon l'art. 91 ch. 1 al. 3 CPS, ce qui n'est pas de la compétence des autres autorités de protection de l'enfant ;
- le mineur a été placé par son représentant légal avant que l'autorité de jugement ne prenne une décision. Celle-ci prononcera alors une mesure de placement, parce que le détenteur de l'autorité parentale ou le tuteur ne saurait éluder la décision du juge (33). Cette mesure sera souvent identique à la solution précédemment retenue, ce qui constituera un gage important de sa réussite. L'autorité de jugement assurera ainsi une protection plus efficace à l'enfant, notamment parce qu'elle empêchera les représentants de l'enfant de le reprendre avant que la mesure éducative ait pleinement atteint son but (34).

32) Hauser 258 ; Hegnauer note 215 ad art. 183 ; Hilty - Wartenweiler 66

33) Buob 68 ; BJP 1963 no 72

34) Dans le même sens, Ryffel 104 ; Wolfer 73

Chapitre 7

Les autres placements

7.1. Les enfants assistés

Certaines lois cantonales sur l'assistance prévoient que l'intervention des autorités d'assistance peut aller jusqu'au placement chez des tiers de l'enfant de parents indigents (1), ce qui ne manque pas de créer des conflits de compétence, notamment avec les autorités de tutelle. En accord avec la doctrine dominante (2), mais contrairement à la jurisprudence (3), il faut admettre qu'une telle compétence de procéder au placement d'un enfant est contraire au droit fédéral.

La jurisprudence (4), ainsi que la doctrine (5) exigent que trois conditions soient remplies pour qu'une compétence cantonale demeure réservée en vertu de l'art. 6 CCS :

en premier lieu, il faut que le législateur fédéral n'ait pas voulu réglementer le domaine en question de manière exhaustive. Certes, le droit de l'assistance demeure de la compétence des cantons, mais le droit de déterminer la résidence de l'enfant appartient aux père et

1) Voir à ce sujet : Albisser 25 et ss ; Egger notes 7 et 8 ad art. 283 ; Hegnauer notes 219 et ss ad art. 283 ; Lehmann 131 et ss ; Rutz 54, 55 ; Schweizer 67 et ss ; Völkle 38 et ss

2) Bertholet 31 ; Egger note 7 ad art. 283 ; Hegnauer note 219 ad art. 283 ; Schweizer 76 et ss ; Völkle 39

3) ATF 70 I 149 ; ATF 73 I 42 = JT 1947 I 528 ; ATF 83 II 180 = JT 1958 I 149 = RDT 1958 61

4) ATF 98 Ia 495 ; ATF 99 Ia 626 ; ATF 101 Ia 502

5) Notamment Huber notes 209 et ss ad art. 6 CCS

mère en tant qu'attribut de l'autorité parentale. Cette dernière institution est régie par le droit privé qui, en vertu de l'art. 64 Cst. féd., ressortit au domaine exclusif de la Confédération. Dès lors qu'il n'existe aucune délégation expresse en faveur du droit cantonal, seule une norme de droit fédéral permet de déroger à l'art. 301 al. 3 CCS ;

les règles cantonales doivent être motivées par un intérêt public pertinent. La lutte contre le paupérisme relève certainement d'un tel intérêt, mais il a déjà été pris en compte par le législateur fédéral ;

enfin, le droit cantonal ne doit pas éluder le droit civil fédéral, ni n'en contredire le sens ou l'esprit. Le droit cantonal ne satisfait pas à cette dernière condition lorsque la norme cantonale serait appliquée à la place du droit fédéral (6). Lorsque l'indigence des père et mère met l'intérêt de l'enfant en danger, il peut être placé chez des tiers en application de l'art. 310 CCS.

Ainsi, le système de protection des enfants mis en place par le droit fédéral est complet. Il ne se justifie donc pas d'accorder la compétence de placer un enfant à des autorités cantonales régies par le droit cantonal, qui doit dès lors être déclaré nul (7) en vertu du principe de la force dérogatoire du droit fédéral.

7.2. L'enfant trouvé

Aux termes de l'art. 330 CCS, l'enfant trouvé est entretenu par la commune dans laquelle il a été incorporé. Lorsqu'un lien de filiation ne peut être établi, un tuteur doit être désigné à l'enfant. Il détermine alors le lieu de résidence du pupille et le placement auquel il

6) ATF 54 I 254

7) Huber note 26 ad art. 6

serait appelé à procéder est de caractère privé (8).

8) Voir chapitre 3

DEUXIEME PARTIE : LES EFFETS DE DROIT CIVIL DU PLACEMENT

Section 1

Les effets du placement sur le statut juridique de l'enfant

Chapitre 8

Le nom

Dans notre Code civil, les personnes physiques sont individualisées par leur nom et leur domicile, qui dépendent souvent de l'existence d'un lien de filiation.

Le nom et le domicile d'une personne servant à l'individualiser, il importe de leur garantir une certaine stabilité, faute de quoi la sécurité juridique serait compromise, les tiers risquant d'être induits en erreur (1).

Ce dernier élément, la protection des tiers, impose deux exigences contradictoires :

- d'une part, il est dans le cours normal des choses qu'un enfant ha-

1) ATF 99 Ia 566 = JT 1974 I 325

bite chez ses père et mère. Il est domicilié au même endroit qu'eux et porte le même nom qu'eux.

- D'autre part, il faut, dans la mesure du possible, que l'individualisation de droit de la personne corresponde à sa situation de fait. Lorsque l'enfant est placé chez des tiers, il peut donc se justifier qu'il porte leur nom et qu'il soit domicilié au même endroit qu'eux.

Néanmoins, il ne faut pas perdre de vue que le placement d'un enfant peut être une mesure provisoire, notamment à cause de la possibilité du détenteur du droit de garde de retirer l'enfant du lieu où il est placé (2). Ainsi, il faut poser comme règle générale que le placement de l'enfant dans une famille ou dans un établissement n'a en principe aucune influence sur ces éléments d'individualisation que sont le nom et le domicile (3).

8.1. Le nom (Familiennome)

L'art. 270 CCS détermine l'acquisition du nom par l'enfant : il porte le nom de famille de ses père et mère s'ils sont mariés ensemble ; sinon, il porte le nom de la mère. Le nom montre donc l'existence d'un lien de filiation, de même que l'appartenance à une communauté familiale (4).

Le nom est en principe stable, immuable (5) : s'il existe de justes motifs, un changement de nom peut être autorisé (art. 30 al. 1 CCS). Les justes motifs sont établis, notamment lorsque, au vu des circonstances du cas, le nom ne remplit plus ses fonctions (6).

2) Voir chapitre 18

3) Bertholet 61 - 62 ; Kollbrunner 32 ; Völkle 137

4) Egger note 6 ad art. 30 ; Grossen, Personnes physiques, 58 ; Hegnauer/Schneider 97 ; Kollbrunner 32

5) Grossen, Personnes physiques, 58

6) Egger note 4 ad art. 30

Le placement familial a pour effet d'estomper les liens familiaux avec les parents du sang, qui sont remplacés par les liens nourriciers. Par contre, le placement dans un établissement a certes pour effet de distendre les liens de l'enfant avec ses père et mère, mais il n'entraîne pas la création d'une nouvelle communauté familiale. Un placement institutionnel ne pourra donc pas constituer un juste motif de changement de nom au sens de l'art. 30 CCS. La suite du présent exposé concernera uniquement le cas du placement familial.

En cas de placement familial de l'enfant, un changement de nom ne sera autorisé que lorsque les conditions suivantes, mises en lumière par la doctrine et la jurisprudence (7), seront réalisées :

- la sécurité juridique exige que l'on ne prenne en compte que des placements durables. Comme il n'est pas possible à l'autorité d'imposer ou de garantir que le placement se poursuivra après le changement de nom, la stabilité du placement doit être démontrée par le fait qu'il a déjà duré longtemps au moment de la requête. Une durée préalable de deux à trois ans au moins est raisonnable (8). L'autorité tiendra également compte d'autres éléments, tels que le consentement des père et mère au changement de nom, qui peut constituer un indice que le placement durera longtemps, ainsi que l'absence, ou, au contraire, la présence de perspectives de retour de l'enfant dans son propre foyer (9)
- le placement doit être gratuit

7) Bertholet 63 ; Piguet 89 ; ATF 70 I 216 = JT 1945 I 296

8) Hegnauer, note 26 ad art. 270, cite la pratique bernoise qui retient une durée de deux ans ; Jéquier, 358, 360, admet deux ans ; Kollbrunner, 47, cite une décision thurgovienne de refus après un an et demi ; Müller, 78, retient une durée de deux à cinq ans ; enfin, REC 1968 131 admet un changement de nom après un placement de deux ans et demi

9) Völkle 138

- le changement de nom doit être conforme à l'intérêt de l'enfant.
Par contre, il est trop sévère d'exiger que l'enfant subisse un pré-judice à cause du nom qu'il porte (10).
- plusieurs personnes doivent consentir au changement de nom. En effet, le droit de requérir le changement de nom est un droit strictement personnel relatif (11). Par conséquent, si le mineur est incapable de discernement, le représentant légal agit seul, alors que si le mineur est capable de discernement, le mineur ou son représentant peuvent agir avec le consentement de l'autre (12). Même lorsque l'enfant est sous tutelle, ni l'autorité tutélaire, ni l'autorité tutélaire de surveillance n'interviennent à aucun moment dans la procédure : le changement de nom n'est en effet pas prévu dans les listes exhaustives des art. 421 et 422 CCS (13). De plus, la doctrine et la jurisprudence exigent le consentement des parents nourriciers, qui constitue alors une renonciation de leur part au moyen tiré de l'art. 30 al. 3 CCS (14). Parce que l'enfant a le devoir de porter le nom de ses père et mère (15), les parents porteurs de l'ancien nom, même privés de l'autorité parentale, bénéficient d'un droit restreint d'être entendus par l'autorité avant qu'elle ne statue (16).

10) Bertholet 63

11) Grossen, Personnes physiques, 47 ; Müller 29

12) Hegnauer note 18 ad art. 270 ; Müller 29

13) Décision erronée : RDT 1950 5

14) Grossen, Personnes physiques, 57

15) Grossen, Personnes physiques, 58 ; Hegnauer note 22 ad art. 270

16) Egger note 9 ad art. 30 ; Völkle 138 ; ATF 70 I 216 = JT 1945 I 296 ; ATF 97 I 621 = JT 1972 I 220 ; ATF 99 Ia 566 = JT 1974 I 325

Plus restrictif : Roggwiler 100 n'accorde un droit d'être entendus qu'aux père et mère porteurs de l'ancien nom

Plus large : Bertholet 63 exige que les père et mère, même s'ils sont privés de l'autorité parentale, consentent au changement de nom

Extension du droit d'être entendus aux grands-parents lorsqu'il n'y a plus les père et mère : ATF 76 II 242 = JT 1951 I 386 l'admet, ATF 97 I 619 = JT 1972 I 220 la met en doute et ATF 105 II 281 = JT 1981 I 2 la nie

La doctrine et la jurisprudence relatives à l'ancien droit exigeaient en outre que la procédure prévue à l'art. 30 CCS soit subsidiaire, dans ce sens qu'il ne devait exister aucune autre possibilité de donner à l'enfant le nom désiré (17). A la suite toutefois de la modification de l'art. 44 OJF, ouvrant la voie du recours en réforme contre une décision de refus de changement de nom, le Tribunal fédéral a rejeté cette exigence de subsidiarité (18), qu'il avait développée lorsque son contrôle était restreint à l'arbitraire. Aux critiques de M. Guinand (19), nous en ajouterons une, concernant plus spécialement le placement de l'enfant chez des tiers : comment concilier cette jurisprudence très large avec le postulat de l'adoption plénière et unique ? Les travaux préparatoires ont en effet clairement montré qu'il ne saurait y avoir place, dans notre droit de la filiation, pour aucune forme d'adoption simplifiée, dont le seul but serait de procurer un nom à l'adopté.

Enfin, il faut relever qu'une des versions discutées par la commission d'experts prévoyait une procédure différente, les parents nourriciers devant simplement annoncer par écrit à l'officier de l'état civil qu'ils donnaient leur nom à l'enfant recueilli, lorsque le placement gratuit avait duré plus de trois ans.

8.2. Le prénom (Vorname)

Bien qu'il fasse partie intégrante du nom, le prénom ne remplit pas les mêmes fonctions que celui-ci : il ne renferme notamment aucune indication relative à l'appartenance familiale. C'est la raison pour laquelle une partie de la jurisprudence (20) estime qu'il ne faut pas autoriser le changement de prénom. Cette sévérité nous paraît exagérée : le changement de prénom touche des intérêts moindres que le changement de nom.

17) Egger note 6 ad art. 30 ; Kollbrunner 33 ; ainsi que les auteurs et décisions cités à la note 7 ci-dessus

18) ATF 105 II 241 ; ATF 105 II 247 ; ATF 107 II 289
On renvoie en outre, pour un exposé critique de ce changement de jurisprudence, à Guinand, Evolution, 350 ss, spécialement 358 ss

19) Guinand, Evolution, 360 et 361

20) RDT 1947 119

Décision contraire : REC 1968 131, qui l'admet

Une demande de changement du seul prénom ne doit toutefois pas être admise : le placement familial de l'enfant n'est pas un motif suffisant pour justifier ce changement, le prénom n'indiquant jamais l'appartenance familiale. Par contre, rien n'empêche d'autoriser le changement du prénom de l'enfant placé en même temps que son nom.

Il importe, dans l'intérêt même du mineur, de se montrer très restrictif quant à la possibilité de changer le nom de l'enfant placé (21). En effet, le changement de nom concrétise durablement la séparation de l'enfant de ses père et mère. Certes, le nom de l'enfant placé peut parfois provoquer des difficultés dans les relations avec les tiers, notamment au plan scolaire. Il ne faut toutefois pas mésestimer la relative précarité du placement, qui peut trouver brutalement son terme. Porter alors le nom de parents nourriciers avec lesquels il a rompu est assurément contraire à l'intérêt de l'enfant. La communication écrite à l'état civil, solution étudiée par la commission d'experts, constituerait une solution élégante. Nous relèverons pourtant que, lorsque le changement de nom peut intervenir, chacun s'est déjà habitué au fait que l'enfant porte un nom différent de celui de ses parents nourriciers.

La réglementation très stricte du changement de nom présente parfois quelques inconvénients, notamment dans les cas de placement en vue d'adoption. Une demande de changement de nom antérieure à l'adoption doit être écartée (22). Plusieurs futurs parents adoptifs désireraient néanmoins modifier d'emblée le prénom de l'enfant qu'ils accueillent. Le texte clair de la loi (art. 267 al. 3 CCS) ne l'autorise cependant point (23).

21) Dans le même sens, Bertholet 62, 63

22) Contra : Völkle 138

23) Sous l'ancien droit, REC 1968 131 l'admet

Chapitre 9

Le domicile

9.1. L'enfant sous autorité parentale

Il partage le domicile de ses père et mère (art. 25 al. 1 CCS) ou, lorsque l'autorité parentale n'appartient pas aux deux parents, celui du détenteur de cette autorité (1).

La loi ne prévoit aucune exception au principe du domicile légal dépendant du mineur sous autorité parentale (2) : il s'ensuit que le placement de l'enfant n'a en principe aucune influence sur son domicile (3).

Certains auteurs (4) estiment toutefois que le placement de l'enfant entraîne une modification de son domicile lorsque celui-ci ne correspond plus au centre de ses intérêts et que le rapport d'autorité entre l'enfant et ses père et mère détenteurs de l'autorité parentale a pratiquement disparu : le domicile de l'enfant est alors transféré chez la personne qui exerce en fait l'autorité parentale. Le centre des intérêts de l'enfant est situé au lieu où il est placé lorsque les circonstances indiquent un maintien durable dans la famille nourricière (5), notamment en cas de placement dans la proche

1) Grassen. Personnes physiques, 67

2) Bucher note 64 ad art. 25

3) Bertholet 61 ; Egger note 16 ad art. 376 ; Hafter note 5 ad art. 26 ; Hegnauer notes 68 ad art. 284 et 70 ad art. 273 ; Kehl 104 ; Rutz 76 ; Spitzer 42 ; Völkle 138 ; RDT 1956 26

4) Bucher notes 67 et 68 ad art. 25 ; Bucher 53 ; Schweizer 43
Idem ATF 32 I 487

5) Völkle 139 ; RDT 1952 144

famille (6) ou en vue d'adoption (7). Tout placement qui ne crée pas un lien comparable à celui résultant de l'autorité parentale ne modifie cependant pas le domicile de l'enfant (8).

En cas de placement dans une institution, la règle de l'art. 26 CCS est applicable. Bien qu'il ne faille pas lui accorder une importance excessive - elle est en particulier inapplicable au placement familial (9) - elle aura rarement pour effet que le domicile de l'enfant soit modifié à la suite d'un placement institutionnel. Le lien qui unit l'enfant aux organes de l'établissement ne peut pas être comparé à celui qui résulte de l'autorité parentale. Un placement dans un asile ou dans une institution peut entraîner un transfert du domicile de l'enfant sous autorité parentale, notamment lorsque le mineur travaille dans cet asile et y réalise un salaire (10), ou encore lorsque l'intéressé choisit sa résidence sans aucune contrainte (11), mais pas lorsque le séjour est essentiellement caractérisé par les soins dispensés à l'enfant (12).

9.2. L'enfant sous tutelle

Lorsque l'enfant est sous tutelle, il est légalement domicilié au siège de l'autorité tutélaire (art. 25 al. 1 CCS).

L'art. 377 CCS règle le transfert de la tutelle : le pupille ne peut changer de domicile qu'avec le consentement de l'autorité tutélaire ; dans ce cas, la tutelle passe au nouveau domicile. L'art. 377 CCS uti-

6) Bertholet 62

7) Bertholet 62 ; RDT 1956 26

8) Bucher note 74 ad art. 25

9) Halenstein 87

10) Bucher note 18 ad art. 26 ; Spitzer 42 ; ATF 78 II 114 = RDT 1953 27

11) Bucher note 15 ad art. 26

12) Z8F 1969 30

lise improprement le terme de domicile, qui doit être compris dans le sens de "séjour" ou de "résidence" : c'est en effet le transfert de la tutelle qui est la cause du changement de domicile et non le contraire (13). Applicable au transfert de la tutelle de personnes majeures, cette disposition est également applicable au transfert de la tutelle des mineurs (14).

La doctrine (15) et la jurisprudence (16) soumettent le transfert de la tutelle aux quatre conditions cumulatives suivantes :

- la résidence du pupille doit être transférée dans le ressort d'une autre autorité. Elle équivaut au centre de gravité de l'existence de l'individu, au sens de l'art. 23 CCS. Ainsi, le transfert de la tutelle est justifié lorsque, si le pupille n'était pas sous tutelle, ce séjour entraînerait la constitution d'un nouveau domicile (17). La pratique exige que le séjour soit destiné à durer (18), ainsi qu'une durée préalable d'une année au moins (19). Toutefois, cette exigence apparaît contraire à l'art. 23 CCS s'appliquant par analogie au transfert de la tutelle. En effet, c'est uniquement l'intention de s'établir dans un lieu déterminé qui fonde le domicile.
- l'autorité tutélaire du domicile précédent doit consentir au changement de résidence, même si l'enfant n'est pas placé dans un établissement d'éducation, un asile ou un hôpital, ce qui aurait nécessité son consentement selon l'art. 421 ch. 13 aCCS, qui ne pouvait être

13) Specker 120 ; Spitzer 42

14) RDT 1957 65 ; RDT 1968 59

15) Holenstein III et ss ; Kaufmann notes 5 a et 5 b ad art. 377 ; Specker 120 ; Spitzer 42

16) RDT 1951 26 ; RDT 1952 144 ; RDT 1956 26 ; RDT 1965 140

17) Hegnauer note 54 ad art. 285 ; Kaufmann note 6 a ad art. 377 ; Oettli 59 ; Spitzer 42 ; ATF 71 I 158 = JT 1945 I 374 = RDT 1949 76 ; ATF 78 I 222 = JT 1953 I 478 = RDT 1954 148 ; ATF 81 I 48 = JT 1956 I 23 = RDT 1957 110 ; RDT 1952 144

18) ATF 78 I 222 = JT 1953 I 478 = RDT 1954 148 ; RDT 1958 97 ; RDT 1960 113 ; RDT 1961 139 ; RDT 1966 99

19) Egger note 3 ad art. 377 ; RDT 1961 139 ; RDT 1972 104

accordé que si le changement de résidence était conforme à l'intérêt du pupille, qui ne devait pas être uniquement économique (20). L'accord du tuteur n'est ni nécessaire, ni suffisant : l'autorité tutélaire est seule compétente (21). En cas de refus, sa décision doit être motivée.

- l'autorité tutélaire du domicile précédent doit demander à l'autorité de la nouvelle résidence de prendre en charge la tutelle.
- cette dernière doit accepter ce transfert. Elle en est tenue pour autant que le transfert de résidence ne nuise pas à l'intérêt du pupille (22).

Comme dans le cas de l'enfant sous autorité parentale, le changement de domicile du pupille entraîné par le placement dans une famille ou dans un établissement constitue l'exception. Toutefois, un transfert de la tutelle au domicile des parents nourriciers ou au siège de l'institution peut parfois se justifier pour des raisons pratiques, permettant un contrôle plus aisé et facilitant l'exécution de la tutelle (23).

Une partie de la doctrine et de la jurisprudence admettent que le placement de l'enfant peut modifier son domicile. Néanmoins, les conditions du transfert du domicile sont floues et parfois d'une application mal aisée. De plus, pour les enfants sous autorité parentale, la base légale fait même totalement défaut.

Il nous apparaît cependant que le problème du transfert du domicile de l'enfant placé est mal posé et qu'il convient, au préalable, de détermi-

20) Kaufmann note 10 ad art. 377 ; Spitzer 42 ; ATF 81 I 48 = JT 1956 I 23 = RDT 1957 110

21) Specker 120 ; ATF 71 I 158 = JT 1945 I 374 = RDT 1949 76

22) Spitzer 42 ; ATF 81 I 48 = JT 1956 I 23 = RDT 1957 110

23) Bertholet 61 ; RDT 1956 26 ; RDT 1971 29

ner l'importance du domicile en droit des mineurs : en droit interne, elle est uniquement procédurale, le domicile dépendant des mineurs constituant une règle destinée à les protéger (24). En effet, le domicile fixe principalement le for et, partant, la compétence des différentes autorités : l'art. 372 CPS attribue la compétence pour connaître des infractions commises par des enfants ou des adolescents à l'autorité de leur domicile ou à leur lieu de résidence s'ils résident à long terme dans un autre lieu. L'art. 315 CCS prévoit que les mesures du Code civil de protection de l'enfant (art. 307 et ss CCS) sont prises par l'autorité tutélaire du lieu de domicile de l'enfant (al. 1), sauf s'il y a péril en la demeure ou lorsque l'enfant est placé hors de la communauté familiale de ses père et mère : dans cette dernière éventualité, c'est alors l'autorité tutélaire du lieu où se trouve l'enfant qui est compétente (al. 2). La procédure d'autorisation et de surveillance des placements ressortit à l'autorité tutélaire ou à un autre office du lieu de placement (art. 2 OPE). Enfin, la compétence du juge matrimonial ne dépend pas du lieu de séjour de l'enfant, mais uniquement du domicile du parent (époux) demandeur (art. 144 CCS).

Dès lors que la compétence de ces différentes autorités est déterminée non seulement par le domicile, mais aussi par la résidence de l'enfant, ce système est complet et suffit à garantir valablement la sauvegarde du bien de l'enfant. La création, artificielle, d'un domicile de l'enfant placé chez ses parents nourriciers ou au siège de l'institution est donc superflue.

24) Grossen, Personnes physiques, 67

Section 2

Chapitre 10

L'obligation d'entretien

10.1. L'exécution de l'obligation d'entretien en cas de placement de l'enfant

L'obligation d'entretien, qui consiste à assurer à l'enfant tout ce qui est nécessaire à son développement corporel, intellectuel et moral (1) est, avec le devoir d'éducation, l'obligation principale des père et mère envers leur enfant.

Réglée aux art. 276 et ss CCS, elle est indépendante de la titularité de l'autorité parentale et résulte uniquement de l'existence d'un lien de filiation : "Qui fait l'enfant le doit nourrir" (2).

Il résulte du fondement juridique de l'obligation d'entretien que les parents nourriciers ne deviennent pas débiteurs de cette obligation (3).

1) Hegnauer note 110 ad art. 272 ; Hegnauer / Schneider 114

2) Bertholet 41 ; Egger note 1 ad art. 272 ; Hegnauer note 4 ad art. 272 ; Hegnauer / Schneider 112 ; Schweizer 178 ; Völkle 109 ; ATF 69 II 68 = JT 1943 I 418 = RDT 1949 97 ; ATF 78 II 318 = JT 1953 I 393

3) Bertholet 42 ; Hegnauer note 11 ad art. 272 ; Hegnauer / Schneider 113

Lorsque les père et mère, titulaires du droit de garde, placent volontairement leur enfant, ils l'entretiennent en nature : leur obligation légale d'entretien n'est en effet pas affectée par le placement, et l'obligation de verser une pension en espèces aux parents nourriciers ne saurait naître ex lege (4).

Par contre, lorsque l'enfant est placé par une autorité ou par son tuteur, les père et mère, qui sont alors privés de leur droit de garde, doivent s'acquitter en espèces de leur obligation d'entretien (art. 276 al. 1 in fine CCS). Dans ce cas, l'entretien en nature est assuré par la collectivité publique, à laquelle passent, par subrogation (5), tous les droits rattachés à la prétention d'entretien (art. 289 al. 2 CCS). Le devoir d'entretien des parents envers l'enfant embrasse ainsi l'obligation de rembourser à la collectivité les frais occasionnés par le placement de l'enfant aux fins d'éducation, que ce placement soit ordonné par l'autorité tutélaire ou par une autre autorité (6).

10.2. La nature juridique de la pension versée aux parents nourriciers

En vertu de la loi, le créancier de l'obligation d'entretien est l'enfant, par l'intermédiaire de son représentant légal (art. 289 al. 1 CCS). Par ailleurs, la convention de placement lie les parents nourriciers au placeur, qui peut être une autorité (7), et non toujours aux père et mère de l'enfant.

4) Frey 272, 273

5) Frey 277 ; ATF 78 IV 42 = JT 1953 IV 20

6) Hegnauer note 76 ad art. 284 ; Ott 99 ; Schweizer 181 ; ATF 71 IV 201 = JT 1946 IV 72 ; ATF 78 IV 42 = JT 1953 IV 20 ; RDT 1951 18

7) Völkle 108

Voir à ce sujet la première partie

Il en résulte que la pension qui peut être stipulée dans le contrat de placement n'a pas son fondement dans l'obligation légale d'entretien des père et mère, définie aux art. 276 et ss CCS : au contraire, sa nature est de pur droit des obligations (8).

Si l'on peut parfois parler de prix (9), ou de salaire dans le cas où l'accueil d'enfants constituerait un métier (10), la pension représente bien davantage un dédommagement pour les dépenses consenties en faveur de l'enfant (11) : si une rémunération pour avoir assuré l'entretien d'un enfant a été convenue ou résulte des circonstances, le tiers a une prétention en remboursement contre les parents dans la mesure où ceux-ci ont économisé leur propre prestation qu'ils devaient selon les art. 276 et ss CCS (12).

L'analogie avec l'art. 402 al. 1 CO (13), qui accorde au mandataire le remboursement de ses dépenses faites pour la bonne exécution de sa tâche est certes tentante, mais c'est oublier qu'en cas de placement gratuit, une telle prétention des parents nourriciers est précisément exclue, alors que l'art. 402 al. 1 CO s'applique également au mandat gratuit. Pareillement, les règles sur la gestion d'affaires (14), ou sur l'enrichissement illégitime (15), ne sont d'aucun secours, pour les mêmes raisons, auxquelles il faut encore ajouter qu'en cas de placement, il y a contrat.

8) Reusser 70 ; Völkle 102, 108

9) Markus 102

10) Völkle 108

11) Bertholet 43, 44 ; RSJ 32 no 198

12) Hegnauer note 97 ad art. 272
Contra : Schweizer 189

13) Bertholet 45

14) Egger note 8 ad art. 272 ; ATF 16 p. 805 ; ATF 55 II 262 ; ATF 83 II 533 ; extraits FR 1946 p. 53

15) Frey 273 et ss

10.3. Les conséquences de la qualification juridique

Lorsque les père et mère ne paient pas la pension convenue, les parents nourriciers ne disposent pas de l'action en paiement d'entretien (art. 279 et ss CCS), qui appartient uniquement à l'enfant, mais seulement d'une action ordinaire en exécution d'un contrat (art. 97 et ss CO) (16). L'enfant n'a pas non plus qualité pour réclamer le paiement de la pension due aux parents nourriciers : en le confiant à des tiers, les père et mère exécutent en effet leur obligation d'entretien, qui est alors assumée contractuellement par les parents nourriciers, moyennant une contre-prestation en argent (17).

La voie pénale de l'art. 217 CPS n'est pas ouverte lorsque les père et mère négligent de payer la pension convenue dans le contrat qui les lie aux parents nourriciers. Par contre, elle l'est s'ils négligent de rembourser les frais de placement à la collectivité publique, à laquelle sont transférés les droits liés à la prétention à l'entretien (art. 289 al. 2 CCS) (18).

Alors que l'autorité tutélaire doit intervenir en vertu des art. 307 et ss CCS lorsque les père et mère négligent leur devoir d'entretien (19), une telle compétence ne peut pas lui être reconnue si les parents ne paient pas la pension convenue : en principe, cette carence ne compromet pas un entretien conforme aux besoins de l'enfant, sauf si les parents nourriciers ne disposent alors plus des ressources nécessaires pour entretenir correctement l'enfant qui leur est confié ; dans ce dernier cas, l'autorité doit intervenir.

16) Bertholet 42

17) Hegnauer note 9 ad art. 272

18) ATF 78 IV 42 = JT 1953 IV 20

19) Egger note 11 ad art. 272

Enfin, si les père et mère ne paient pas la pension parce que l'enfant est capable de subvenir à son propre entretien (art. 276 al. 2 CCS), les parents nourriciers ne peuvent imposer à l'enfant qu'il paie lui-même sa pension (20), ni opérer des prélèvements sur son salaire (21) ou ses autres biens, car ils n'ont pas la jouissance des biens de l'enfant qui leur est confié. Par contre, les père et mère peuvent exiger qu'il participe aux frais de son entretien, qui peut comprendre une quote-part de la pension due aux parents nourriciers (22).

10.4. Le montant de la pension

10.4.1. La pension stipulée dans le contrat de placement ressortissant au seul droit des obligations, sa fixation est dominée par le principe de l'autonomie de la volonté (23). La convention passée entre les père et mère et les parents nourriciers n'est pas soumise à la ratification de l'autorité tutélaire, parce qu'elle ne constitue pas une convention d'entretien au sens de l'art. 287 CCS.

Lorsque les parties ne sont pas convenues du montant, c'est le juge qui le fixe (24), le contrat de placement étant réputé conclu malgré cette lacune. Le montant de la pension n'est pas un élément essentiel du contrat, mais un point secondaire que le juge doit régler en tenant compte de la nature de l'affaire (art. 2 al. 2 CO). Le juge s'inspirera alors des principes relatifs à la fixation de la contribution d'entretien, ainsi qu'ils découlent de la loi (art. 294 CCS). De plus, il tiendra compte que la pension représente bien davantage un dédommagement pour les frais d'entretien et d'éducation de l'enfant qu'un salaire des parents nourriciers pour la prestation de travail qu'ils fournissent.

20) RDT 1958 145

21) Contra, sous l'ancien droit, Bertholet 41

22) Dans le même sens : Schweizer 185

23) Bertholet 44

24) Bertholet 45

Il peut également exister des tarifs fixant la rémunération à laquelle les parents nourriciers ont droit pour l'éducation et l'entretien de l'enfant qui leur est confié. En vertu du principe de l'autonomie de la volonté, ces tarifs n'ont toutefois aucune force contraignante. Le juge en tiendra néanmoins compte lorsqu'il sera appelé à compléter le contrat de placement sur ce point. De même, de tels tarifs préviennent tout arbitraire de la part de l'autorité chargée de procéder au placement de l'enfant (25).

Enfin, la contribution des père et mère aux frais de placement devrait être à chaque fois au moins égale au coût réel de l'éducation et de l'entretien de l'enfant dans sa propre famille (26).

10.4.2. L'indexation de la pension stipulée dans le contrat

Malgré que la pension convenue entre le placeur et les parents nourriciers relève uniquement du droit des obligations, il est judicieux de prévoir, dans le corps de la convention, une clause d'indexation, quand bien même la contre-prestation des père et mère n'est pas identique à l'obligation d'entretien définie aux art. 276 et ss CCS. La doctrine (27) reconnaît certes que la pension pourra être indexée lorsque le placement de l'enfant a été ordonné par exemple dans une procédure de mesures protectrices de l'union conjugale ou en cas de retrait du droit de garde selon l'art. 310 CCS.

Il convient toutefois d'étendre les clauses d'indexation aux pensions convenues dans les contrats de placement. Encore faut-il que la mesure soit appelée à durer un certain temps pour qu'elle ait un sens. La clau-

25) Voir par exemple les tarifs publiés par l'Office de la jeunesse du canton de Zurich, d'octobre 1974 (publiés dans l'ouvrage de Winzeler p. 118 et ss) et de janvier 1976 (publiés dans RDT 1976 119). On renvoie également à Reusser 66 et ss, ainsi qu'à l'ouvrage de Winzeler, notamment p. 50 et ss. A propos de ce dernier ouvrage, on lira également la critique de Keller in RSJ 1977 181 et ss

26) Rutz 91, confirmé par Lehmann 112

27) Guinand, indexation, 324, 325

se d'indexation contiendra alors l'indice déterminant, la position de l'indice au moment de la conclusion du contrat, la manière de calculer l'augmentation ou la diminution, ainsi que le moment auquel l'adaptation doit avoir lieu (28).

L'autorité de surveillance des placements devrait intervenir auprès des parties chaque fois que celles-ci n'ont pas convenu de l'indexation de la pension, bien qu'elle n'ait pas à proprement parler de droit de ratification du contrat de placement. En effet, l'intérêt de l'enfant commande que son éducation soit aussi constante que possible, et que, par conséquent, les ressources servant à son entretien et à son éducation suivent ses besoins. De plus, la clause d'indexation empêcherait des résiliations des contrats de placement pour le seul motif que la pension stipulée ne suffirait plus à couvrir les besoins de l'enfant. On contribuerait ainsi à la stabilité des placements dans l'intérêt même du mineur.

10.4.3. La portée de l'art. 294 CCS

Sous l'empire de l'ancien droit, la question était controversée de savoir si, dans le silence du contrat, le placement devait être gratuit ou, au contraire, onéreux (29).

Aujourd'hui, l'art. 294 CCS donne une solution claire, et mixte : le placement est présumé onéreux (al. 1), sauf lorsqu'il s'agit d'enfants de proches parents ou de placement en vue d'adoption, où la gratuité est alors présumée (al. 2).

L'art. 294 CCS ne fait que poser des présomptions, qui sont évidem-

28) Guinand, indexation, 334, 335 ; Hegnauer / Schneider 120

29) Contrat gratuit : Bertholet 43 ; Egger note 8 ad art. 272 ; Markus 76

Contrat onéreux : Frey 271 ; Hegnauer note 26 ad art. 264 - 269 et 100 ad art. 272 ; Rutz 112 ; Weiss 53

Prestation neutre : ATF 83 II 533

ment réfragables, le placement étant, nous l'avons vu, dominé par le principe de l'autonomie de la volonté. Rien n'empêche donc, par exemple, qu'une pension soit prévue en cas de placement en vue d'adoption : il apparaît toutefois équitable que les créanciers y renoncent dès que les père et mère ont consenti à l'adoption (30), ce qui permet également de tester si les futurs parents adoptifs sont capables de subvenir convenablement à l'entretien de l'enfant (31).

Enfin, la proche parenté doit s'entendre du cercle des personnes tenues de la dette alimentaire (art. 328 et 329 CCS) (32).

10.5. Le placement d'un enfant pour lequel une pension alimentaire est due

Lorsqu'il s'agit d'un enfant né hors mariage ou d'un enfant dont les parents sont divorcés, le placement, même gratuit, n'a en principe aucune influence sur l'obligation d'entretien des parents tenus de l'exécuter en espèces (33). Cette contribution d'entretien n'est en effet pas modifiée par le placement gratuit (34) : elle ne prend pas fin ipso facto, mais le représentant légal de l'enfant peut y renoncer (35). Du moment qu'il n'existe aucun lien entre le débiteur tenu à l'entretien en vertu des art. 276 et ss CCS et les parents nourriciers, ces derniers ne peuvent pas le libérer valablement (36).

En principe, le placement gratuit de l'enfant ne constitue pas un fait

30) Hegnauer note 51 ad art. 265 a ; Vogel - Etienne 204

31) Eichenberger 131 ; Hegnauer note 32 ad art. 264

32) Völkle 104

33) Bertholet 44 ; Hegnauer note 51 ad art. 265 a

34) Egger note 45 ad art. 405 ; Hegnauer note 26 ad art. 264.-269 ; Nehrwein 97 ; ATF 71 IV 194 = JT 1946 IV 10

35) ATF 78 II 318 = JT 1953 I 393

36) Bertholet 44 (peu clair) ; Nehrwein 97 ; ATF 71 IV 194 = JT 1946 IV 10

nouveau important qui autorise une modification de l'obligation d'entretien, conformément aux art. 157 et 286 CCS (37). En effet, la précarité du placement interdit de remettre en cause le besoin de sécurité juridique. On peut éventuellement faire une exception en cas de placement en vue d'adoption, dans la mesure toutefois où la procédure est suffisamment avancée pour qu'il n'existe pratiquement plus de doute quant à son issue.

37) ATF 78 II 318 = JT 1953 I 393

Chapitre II

Le devoir d'éducation

Le devoir d'éducation, tâche primordiale (1) et la plus difficile (2) des père et mère, consiste à favoriser et à protéger le développement corporel, intellectuel et moral de l'enfant (art. 302 al. 1 CCS). Cette définition très large englobe tout ce qui a trait aux besoins corporels de l'enfant, à son entretien, ses soins, son habillement, sa santé, son développement intellectuel et moral, sa formation scolaire et professionnelle, son éducation religieuse, ses relations avec son entourage, etc. (3).

Mises à part des considérations d'ordre moral, les père et mère jouissent, dans l'éducation de leur enfant, d'une vaste autonomie, la loi se contentant d'y apporter deux limites très générales, ayant trait l'une au but et l'autre aux moyens d'éduquer l'enfant. En effet, les père et mère doivent donner à l'enfant, en particulier à celui qui est atteint de déficiences physiques ou mentales, une formation générale et professionnelle appropriée correspondant autant que possible à ses goûts et à ses aptitudes (art. 302 al. 2 CCS) ; à cet effet, ils doivent collaborer de façon appropriée avec l'école et, lorsque les circonstances l'exigent, avec les institutions publiques et d'utilité publique de protection de la jeunesse (art. 302 al. 3 CCS).

11.1. L'éducation de l'enfant par les parents nourriciers

De cette liberté découle que les père et mère ou le tuteur peuvent trans-

1) Hegnauer note 17 ad art. 275

2) Egger note 4 ad art. 275

3) Hegnauer note 30 ad art. 275

férer l'exercice de leur devoir d'éducation à des tiers. Certes, le législateur est parti de l'idée que l'éducation idéale de l'enfant devait avoir lieu dans le cadre du foyer de ses père et mère (4), mais la garantie constitutionnelle de la liberté de conscience et de croyance, ainsi que celle d'expression, fondent la liberté des père et mère d'organiser à leur guise l'éducation de leurs enfants (5), par conséquent, de procéder à un placement ; mais les père et mère ou le tuteur sont alors responsables du choix et de la surveillance des parents nourriciers (6).

Toutefois, il existe parfois une véritable obligation pour les père et mère de confier leur enfant à de tierces personnes. C'est notamment le cas pour certains enfants handicapés physiques ou mentaux, les aveugles, muets, sourds, les faibles d'esprit, les épileptiques, les enfants difficiles, etc. (7). En effet, en vertu de l'art. 302 al. 2 CCS, les père et mère sont tenus de donner à ces enfants l'éducation et la formation qui conviennent à leur état. Cette obligation implique donc souvent celle de placer l'enfant auprès de personnes qui sont spécialement formées et qui ont les capacités nécessaires à s'occuper de tels enfants handicapés. Si le détenteur de l'autorité parentale ou le tuteur négligeait cette obligation, l'autorité tutélaire devrait alors prendre les mesures de protection nécessaires, conformément aux art. 307 et ss CCS (8) : "C'est en principe un devoir des parents, qui n'est pas simplement moral, de garder auprès d'eux leur malheureux enfant, du moins - légalement - jusqu'à sa majorité. Cette obligation découle du devoir général d'aide prescrit par l'art. 271 CCS. Mais des raisons majeures, comme l'éducation des autres enfants, surtout les nécessités d'un traitement adéquat, peu-

4) Eichenberger 135 ; Hegnauer note 24 ad art. 275

5) Hegnauer note 25 ad art. 275

6) Hegnauer note 18 ad art. 275 ; Oettli 69

7) Egger notes 14 et 15 ad art. 275 ; Hegnauer notes 34 et ss ad art. 275

8) Egger note 15 ad art. 275 ; RDT 1948 108

vent s'opposer à ce que l'enfant reste dans sa famille. Il faudra même parfois imposer aux parents, pour le bien du déficient, le sacrifice douloureux de se séparer de lui" (9).

En cas de placement familial ou institutionnel, le devoir d'éduquer l'enfant est transféré aux parents nourriciers ou au directeur de l'établissement, qui ont alors l'obligation de l'éduquer comme s'il était leur propre enfant (10). C'est ce transfert du devoir d'éducation qui est déterminant (11) pour savoir si l'on a véritablement affaire à un placement et non simplement, par exemple, à un contrat de pension.

Outre les limites qui leur sont fixées par la convention de placement, les parents nourriciers disposent d'une liberté moins grande que les père et mère dans la manière d'éduquer l'enfant qui leur est confié. En effet, les père et mère détenteurs de l'autorité parentale demeurent, vis-à-vis des autorités de protection de la jeunesse, les responsables primaires de l'éducation correcte de leurs enfants (art. 302 al. 1, 307 et ss CCS). Une autre limite pour les parents nourriciers réside dans l'éducation religieuse de l'enfant qui leur est confié : en vertu de l'art. 303 CCS, ce sont les père et mère, à l'exclusion d'autres personnes, qui disposent de l'éducation religieuse de l'enfant, et ils ne sauroient limiter leur liberté à cet égard (art. 303 al. 2 CCS) (12).

Enfin, ce sont les père et mère, éventuellement le tuteur, qui demeurent les représentants légaux de l'enfant confié. Aussi, bien que le devoir d'éducation soit transmis aux parents nourriciers, c'est, sauf urgence (13), le représentant légal de celui-ci et non les parents nour-

9) Deschenaux, Protection juridique, 78

10) Bertholet 51 ; Markus 115 ; Völkle 86

11) Markus 107

12) Voir chapitre 12

13) Hegnauer notes 26 ad art. 264 - 269 et 45 ad art. 279

riciers qui prendra les décisions les plus importantes (14), soit celles qui ne concernent pas l'éducation quotidienne (15). Par exemple, le représentant légal de l'enfant signera le contrat d'apprentissage. Cette solution, conforme au système de la représentation légale de l'enfant (art. 304 et ss CCS), tient également compte du fait que le placement n'est parfois qu'une mesure transitoire, dont le terme ne doit pas pouvoir remettre en cause la validité d'un contrat aussi important pour l'avenir de l'enfant qu'un contrat d'apprentissage.

Le nouveau droit consacre expressément le droit pour les parents nourriciers d'être entendus avant toute décision importante prise par le représentant légal de l'enfant (art. 300 al. 2 CCS). Ce sont en effet les parents nourriciers, ou le directeur de l'établissement, qui connaissent le mieux les capacités et les goûts de l'enfant qui leur est confié, surtout si le placement a déjà duré longtemps. Sous l'empire de l'ancien droit, une telle prérogative des parents nourriciers était controversée (16). L'art. 300 al. 2 CCS consacre donc l'étroite collaboration impérieusement nécessaire entre les parents nourriciers et le représentant légal, la cohabitation avec l'enfant permettant de connaître ses désirs et ses aspirations (17).

La volonté de l'enfant doit être prise en considération, l'art. 302 al. 2 CCS prescrivant aux père et mère, et, par voie de conséquence, également aux parents nourriciers, de tenir autant que possible compte des goûts et des aptitudes de l'enfant qu'ils éduquent.

14) Kehl 76 ; Ryffel 135 ; Schweizer 116 ; Völkle 90

15) Schweizer 116 ; Völkle 90

16) Bertholet 54 ; Kehl 93 ; ATF 86 II 219 = JT 1961 I 51 ; RDT 1957 119

17) Degoumois, Situation juridique, 146 ; Kehl 93 ; Schweizer 119 ; Völkle 95

11.2. Les corollaires du devoir d'éducation

11.2.1. Le devoir d'obéissance

Lorsque les père et mère ou le tuteur transmettent à des tiers le devoir d'éduquer l'enfant qu'ils leur confient, celui-ci doit obéissance à ses éducateurs (18), mais le transfert du devoir d'éducation ne fait pas pour autant cesser le devoir d'obéissance de l'enfant envers ses parents naturels, qui gardent la prééminence par rapport aux autres personnes.

Le devoir d'obéissance est limité par la finalité de l'éducation (19). Ainsi, les père et mère, ainsi que les parents nourriciers, doivent tenir compte du désir d'indépendance de l'enfant, et se montrer moins exigeants à mesure que l'enfant grandit (art. 301 al. 2 CCS).

11.2.2. Le droit de correction

La liberté d'éduquer l'enfant englobe également le droit de le corriger, bien que la mention expresse d'une telle prérogative en faveur des père et mère ait disparu de notre nouveau droit de la filiation. En effet, ainsi que le relève la doctrine (20), le droit de correction est nécessaire pour la bonne éducation de l'enfant, dans la mesure toutefois où les corrections infligées à l'enfant le sont dans un but éducatif uniquement.

Lorsque le devoir d'éducation est transféré par les père et mère ou

18) Bertholet 59 ; Hegnauer notes 8 et 9 ad art. 275 ; Kehl 76 et 92 ; Maier 42 ; Markus 113, 114 ; Oettli 80 ; Rutz 72, 99 ; Ryffel 137 ; Schweizer 128

19) Oettli 80

20) Egger note 2 ad art. 278 ; Hegnauer notes 19 et ss ad art. 278 ; Schweizer 128, 129

par une autorité (21) à des tiers, le droit de correction passe également entre leurs mains (22), sans pour autant que les père et mère en soient privés, à moins de décision contraire de l'autorité sur ce point (23).

21) Hegnauer note 7 ad art. 278

22) Bertholet 55 ; Egger note 1 ad art. 278 ; Hegnauer notes 25 ad art. 264 - 269 et 6 ad art. 278 ; Kehl 76, 92 ; Maier 42 ; Markus 114 ; Oettli 82 ; Rutz 72, 99 ; Ryffel 137 ; Schweizer 129 ; Völkle 87 ; Weiss 65 ; RSJ 1953 p. 47 no 9

23) Opinion contraire : Hegnauer note 66 ad art. 284 ; Schweizer 129

Chapitre 12

L'éducation religieuse

"Les père et mère disposent de l'éducation religieuse de l'enfant" (art. 303 al. 1 CCS). L'art. 49 al. 3 Cst. féd. stipulant que "la personne qui exerce l'autorité paternelle ou tutélaire a le droit de disposer de l'éducation religieuse des enfants jusqu'à l'âge de 16 ans révolus", les termes de "père et mère" de l'art. 303 al. 1 CCS doivent être compris au sens de "détenteurs de l'autorité parentale" (1). Lorsque l'enfant est sous tutelle, c'est le tuteur qui dispose de son éducation religieuse (art. 405 CCS), sous réserve du concours de l'autorité tutélaire du lieu d'origine (art. 378 al. 3 CCS).

Par conséquent, les parents nourriciers n'auraient en principe pas le droit de disposer de l'éducation religieuse de l'enfant qui leur est confié même s'ils en étaient convenus différemment avec les père et mère. En effet, les conventions qui limitent la liberté des père et mère dans l'éducation religieuse de leur enfant sont nulles de plein droit (art. 303 al. 2 CCS) ou, plus précisément, toujours librement révocables (2).

La question de la transmissibilité aux parents nourriciers de l'éducation religieuse de l'enfant dépend de la distinction des deux éléments constitutifs de l'éducation religieuse dont traite l'art. 303

1) Egger note 4 ad art. 277 ; Hegnauer note 10 ad art. 277

2) Hegnauer note 13 ad art. 277 ; RDT 1973 52

CCS (3) :

- d'une part, le droit de déterminer à quelle religion ou confession l'enfant appartiendra,
- d'autre part, l'éducation au sens propre dans la religion ainsi déterminée, c'est-à-dire l'éducation de l'enfant dans l'esprit de la foi, sa participation aux rites, à l'enseignement religieux, etc.

12.1. La détermination de la confession de l'enfant confié

Jusqu'à ce que l'enfant soit âgé de 16 ans révolus, le droit de décider de l'appartenance religieuse de l'enfant appartient exclusivement aux détenteurs de l'autorité parentale ou au tuteur (art. 49 al. 3 Cst. féd., 303 et 405 CCS) (4). Ce dernier fera preuve de circonspection dans la détermination de la religion de son pupille. Si ce choix n'a pas encore eu lieu avant la mise sous tutelle de l'enfant, le tuteur requerra l'avis des parents (5). Il est même lié par le choix opéré avant le retrait de l'autorité parentale (6), et l'autorité tutélaire du lieu d'origine ne saurait plus, à ce moment-là, intervenir sur la base de l'art. 378 al. 3 CCS (7).

En application de l'art. 303 al. 2 CCS, la titularité du droit de déterminer la religion de l'enfant ne peut pas être transférée à des tiers, parce qu'un tel droit fait partie intégrante de l'autorité parentale et est, de plus, constitutionnellement garanti (8).

3) Egger note 12 ad art. 378 ; Hegnauer notes 7 et 8 ad art. 277 ; Kaufmann note 20 a ad art. 378 ; Völkle 91

4) Décision erronée : RDT 1956 98

5) Hegnauer note 14 ad art. 277

6) Hegnauer notes 14 ad art. 277 et 63 ad art. 285 ; Kaufmann notes 21 ad art. 378 et 30 ad art. 405 ; Völkle 92 ; RDT 1973 52

7) Kaufmann note 20 ad art. 378

8) Bertholet 63 ; Hegnauer note 22 ad art. 277

De la grande liberté laissée aux père et mère dans l'éducation de leur enfant découle un "jus variandi" dans le choix de la religion de l'enfant (9). Les détenteurs de l'autorité parentale ou le tuteur - dont le jus variandi est plus restreint (10) - peuvent donc décider que l'enfant épousera la religion de ses parents nourriciers, ce qui constitue un exercice de leur droit inaliénable (11). Ils doivent toutefois déterminer eux-mêmes quelle religion sera adoptée : ils ne peuvent pas laisser aux parents nourriciers le soin de juger de l'opportunité d'un changement de religion, ni de choisir eux-mêmes dans quelle religion l'enfant sera, par la suite, éduqué.

Le changement de religion ne doit alors pas nuire à l'intérêt de l'enfant, faute de quoi les père et mère ou le tuteur se rendraient coupables d'un abus de leur autorité (12). Les père et mère ou le tuteur ne doivent donc pas opter, du fait du placement, pour une doctrine autre que celle professée par les parents nourriciers, le changement de religion n'étant admissible que si l'enfant épouse celle de la famille qui l'héberge. Il faut également tenir compte du fait que le bien de l'enfant exige que son éducation religieuse, comme son éducation générale, soient aussi stables que possible, ce qui exclut tout changement de religion tant que le placement ne dénote pas une grande stabilité.

L'âge de l'enfant a également son importance, indépendamment du fait que la majorité religieuse de 16 ans s'impose aux parents nourriciers comme aux père et mère ou au tuteur (13) : lorsque l'enfant est encore assez jeune pour ne pas avoir véritablement conscience d'appartenir à une religion déterminée, un changement motivé par le placement peut être admis plus facilement (14). Par contre, lorsque le changement de

9) Hegnauer note 17 ad art. 277

10) Kaufmann note 19 a ad art. 378

11) Bertholet 64

12) Egger note 5 ad art. 277

13) Schweizer 126 ; Völkle 92

14) Völkle 92 ; RDT 1956 98

religion s'opère à l'encontre de la volonté de l'enfant capable de discernement, les père et mère ou le tuteur abusent de leur autorité (15).

Ces différents principes sont également valables lorsque l'enfant est placé en vue d'adoption : les futurs parents adoptifs ne peuvent pas d'eux-mêmes décider que leur protégé prendra leur religion. Toutefois, dès que l'adoption paraît acquise, il faut favoriser un tel changement dans la religion des parents nourriciers (16).

12.2. L'exercice de l'éducation religieuse

L'éducation religieuse au sens propre, comportant notamment la formation du sentiment religieux, ainsi que la participation aux rites et à l'enseignement officiel de la religion, n'est qu'une des parties de l'éducation générale (art. 302 CCS) (17). Ce devoir incombe donc avant toute chose au responsable de l'éducation de l'enfant. Lorsqu'il n'est pas capable de l'assurer ou qu'il ne le désire pas, il peut le transférer à des tiers. On peut d'ailleurs se demander si les parents détenteurs de l'autorité parentale n'ont pas l'obligation de transférer cette partie de l'éducation aux parents nourriciers. On voit en effet mal comment l'éducation religieuse de l'enfant placé pourrait être convenablement assurée si ce sont les père et mère, et non les parents nourriciers, qui en ont la charge.

Nous l'avons vu, la convention concernant l'éducation religieuse de l'enfant placé est toujours librement révocable, ainsi que le souligne spécialement l'art. 303 al. 2 CCS.

15) Hegnauer note 18 ad art. 277

16) Eichenberger 135, 136 ; Hegnauer note 14 ad art. 277 ; Völkle 92 ; RDT 1970 152 ; RDT 1973 52

17) Hegnauer note 9 ad art. 277

12.3. La religion de l'enfant influe-t-elle sur le choix du lieu du placement ?

Il ressort des deux paragraphes précédents que le facteur religieux ne doit pas être négligé lors du choix du lieu du placement.

De la doctrine et de la jurisprudence déjà anciennes (18), il apparaît comme une constante que l'enfant ne doit pas, dans toute la mesure du possible, être placé dans un milieu d'une religion différente de la sienne.

Cette position s'est toutefois quelque peu adoucie, dans une époque plus récente (19), dans ce sens qu'il ne faut pas renoncer à un placement dans l'ensemble favorable pour le seul motif que les parents nourriciers ne seraient pas de la même religion que l'enfant placé. Dans la mesure où ceux-ci donnent toutes les garanties voulues d'indépendance d'esprit et de tolérance pour que l'enfant reçoive une éducation correspondant à sa religion, il faut favoriser un tel placement : "l'éducation religieuse, pour importante qu'elle soit pour la formation spirituelle, n'est qu'un élément qui ne permet pas de négliger les autres. L'appartenance religieuse ne joue pas de rôle lorsque les qualités personnelles des parents nourriciers ne permettent aucun doute et qu'ils donnent des garanties de respecter la religion de l'enfant et de veiller à ce qu'il remplisse des devoirs religieux" (20). A ce sujet, il est d'ailleurs symptomatique de relever l'esprit de la convention entre Caritas (catholique) et l'Association suisse de mission intérieure et de bienfaisance chrétienne (protestante) (21), dans laquelle ces organisations demandent que l'on

18) Hoerni 238 ; Egger notes 17 et 19 ad art. 378 ; Kaufmann note 26 ad art. 378 ; Oettli 78 ; Schweizer 124 ; ATF 31 I 634 ; ATF 73 I 110 = JT 1947 I 326 ; RDT 1946 63 ; RDT 1950 32 ; RDT 1970 152

19) Bertholet 64 ; Eichenberger 136 ; Hegnauer notes 63 ad art. 285, 71 ad art. 284 ; Völkle 93 ; RDT 1951 36 ; RDT 1957 31 ; RDT 1973 52, à cause de la difficulté de trouver un placement adéquat

20) RDT 1950 100 ; RDT 1957 31

21) RDT 1962 157

tienne compte de la confession de la personne placée, ce qui implique le respect des sentiments et un esprit chrétien, plutôt que confessionnel.

Il faut enfin mentionner l'art. 378 ol. 3 CCS, permettant à l'autorité tutélaire du lieu d'origine de l'enfant de donner des instructions à l'autorité tutélaire du lieu de domicile au sujet de l'éducation religieuse du pupille, ceci dans un but de sauvegarde de l'intérêt de l'enfant (22). En vertu de cette disposition, l'autorité tutélaire du lieu d'origine a le pouvoir de s'opposer au placement du pupille dans un milieu confessionnellement non conforme (23), mais pas choisir la famille de séjour (24). Les instructions de l'autorité du lieu d'origine ont alors les mêmes effets que le consentement de l'autorité tutélaire prévu aux articles 421 et 422 CCS (25). Les instructions de l'autorité du lieu d'origine doivent intervenir avant le début du placement, et on ne saurait renoncer à celui-ci pour le seul motif religieux !

22) Egger note 10 ad art. 378

23) Bertholet 64 ; Kaufmann note 26 ad art. 378

24) Oettli 78

25) Oettli 77

Chapitre 13

Le droit aux relations personnelles

Les relations personnelles de l'enfant avec ses père et mère, ou d'autres personnes, sont réglées aux art. 273 à 275 CCS. Selon l'art. 273 CCS, les père et mère ont le droit d'entretenir avec l'enfant mineur qui n'est pas placé sous leur autorité parentale ou sous leur garde les relations personnelles indiquées par les circonstances, alors que, selon l'art. 274 a al. 1 CCS, dans des circonstances exceptionnelles, le droit d'entretenir des relations personnelles peut aussi être accordé à d'autres personnes, en particulier à des membres de la parenté, à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant.

Le droit aux relations personnelles est un droit strictement personnel des père et mère au sens de l'art. 27 CCS. Il est naturel, intransmissible, et on ne peut valablement y renoncer (1). De plus, son exercice doit être conforme à l'intérêt de l'enfant (2), et le fait de ne pas l'exercer constitue une violation des devoirs que les père et mère doivent à l'enfant en vertu de l'art. 272 CCS (3). Plutôt que d'un authentique droit subjectif, il s'agit d'un droit fonction (4), en ce sens que toutes les activités de son titulaire sont "fonctionnelles", c'est-à-dire qu'elles ne peuvent être exercées que dans la ligne et en vue de la réalisation de la fin altruiste qui est au principe de leur établissement (5).

1) Marthaler 8 ; Bertholet 46 ; Schweizer 167

2) Marthaler 7

3) Message du Conseil fédéral FF 1974 II 53

4) Marthaler 9 ; dans le même sens : ATF 89 II 2 = JT 1963 I 621 = RDT 1964 86 ; ATF 107 II 301

5) Dabin, cité par Marthaler 9

13.1. La titularité du droit aux relations personnelles

13.1.1. Le principe de l'art. 273 CCS

L'art. 273 CCS désigne comme titulaires du droit aux relations personnelles les personnes suivantes :

- les père et mère qui n'ont pas l'autorité parentale sur l'enfant, par exemple les mineurs et les interdits (art. 296 al. 2 CCS), le père qui n'est pas marié avec la mère (art. 298 al. 1 CCS), ou les parents qui se sont vu retirer l'autorité parentale par une décision des autorités de tutelle (art. 311 et ss CCS).
- les père et mère qui n'ont pas leur enfant sous leur garde, que ce droit leur ait été retiré par le juge matrimonial (art. 145, 156, 169 CCS) ou par l'autorité tutélaire (art. 310 CCS). Le terme de garde figurant dans cette disposition s'entend donc de la garde juridique, non de la garde de fait (6). Il faut également y assimiler le placement par le juge pénal des mineurs, mesure qui équivaut, nous l'avons vu, au retrait du droit de garde selon l'art. 310 CCS.

Sous l'empire de l'ancien droit, où les relations personnelles des père et mère avec leur enfant n'étaient expressément garanties qu'en matière de divorce, la doctrine (7) estimait que, malgré le retrait de l'autorité parentale ou du droit de garde, les père et mère pouvaient demeurer dignes de conserver des relations personnelles avec leur enfant. On dépénalisait ainsi l'intervention des autorités de tutelle, d'autres moyens, que nous verrons plus loin, permettant de soustraire l'enfant à l'influence néfaste de ses père et mère.

6) Hegnauer / Schneider 106

7) Egger notes 12 ad art. 284 et 9 ad art. 285 ; Marthaler 13 ; Schweizer 165 ; Silbernagel note 15 ad art. 285

13.1.2. Les père et mère détenteurs de l'autorité parentale ou du droit de garde

Si le placement de l'enfant intervient par la seule volonté du représentant légal, également titulaire du droit de garde, il n'est pas nécessaire de lui accorder expressément un droit à des relations personnelles avec l'enfant au sens de l'art. 273 CCS, entendu comme une prétention des père et mère contre le détenteur de l'autorité parentale ou du droit de garde (8). En effet, les père et mère détenteurs de l'autorité parentale et titulaires du droit de garde déterminent la résidence de l'enfant (art. 301 al. 3 CCS). En vertu de ce pouvoir, ils déterminent également, de manière souveraine, quand et où ils visiteront leur enfant.

En cas de conflit entre les père et mère et les parents nourriciers à propos de l'étendue et des modalités des relations personnelles, l'autorité tutélaire doit intervenir, non sur la base de l'art. 275 CCS, mais bien en vertu des mesures protectrices de l'enfant des art. 307 et ss CCS, lorsque le bien de l'enfant est menacé par un pareil conflit. Dans les cas extrêmes, l'autorité tutélaire peut même retirer l'enfant de son lieu de placement, mais le seul motif tiré des difficultés dans les relations personnelles n'est pas suffisant pour que cette mesure soit prononcée (9). Par contre, les père et mère titulaires du droit de garde et de l'autorité parentale peuvent mettre volontairement fin au placement pour cette seule raison, pour autant que le bien de l'enfant ne soit pas affecté par son retrait.

13.1.3. Les autres titulaires du droit aux relations personnelles

C'est l'art. 274 a CCS qui a introduit la possibilité pour d'autres personnes que les père et mère de se voir attribuer un droit aux relations

8) Bertholet 46 ; Vogel - Etienne 244

9) Marthaler 110 ; RDT 1961 51

personnelles avec l'enfant. Le législateur a pensé en premier lieu à la parenté de l'enfant, notamment à ses grands-parents, auxquels on avait jusqu'alors toujours refusé un tel droit (10).

Dans le cadre du placement, on songe également aux anciens parents nourriciers, qui peuvent, lorsque les circonstances le justifient, continuer à voir l'enfant dont ils se sont occupés. On leur accordera un droit à des relations personnelles lorsque le placement aura duré suffisamment longtemps pour qu'il se crée entre eux et l'enfant des liens particulièrement étroits, comparables à ceux qui s'établissent entre l'enfant et ses père et mère du sang (11). L'attribution d'un droit aux relations personnelles aux parents nourriciers peut également s'imposer lorsque le placement a pris fin et qu'il convient d'aménager une période transitoire entre le temps du placement et la situation actuelle de l'enfant dans son nouveau foyer. Il s'agit alors ici d'un véritable droit fonction, presque d'une obligation morale pour les parents nourriciers d'entretenir de telles relations. A cet égard, l'art. 274 a CCS s'inspire du même esprit que l'art. 310 al. 3 CCS.

13.2. La compétence de réglementer le droit aux relations personnelles

13.2.1. Les père et mère

Ils déterminent eux-mêmes les relations personnelles avec leur enfant qu'ils ont placé volontairement. L'autorité tutélaire n'est en principe pas compétente (12), sauf si des difficultés surgissent, par exemple lorsque les parents nourriciers s'opposent à l'exercice de ce droit de visite (13).

10) ATF 54 II 4 = JT 1928 I 194

Schweizer 168 recommande de favoriser de tels contacts, tandis que Marthaler 35 se montre très réservé, craignant que l'élargissement du cercle des bénéficiaires ne complique encore le problème du droit de visite

11) Hegnauer, Vom zweifachen Grund, 12 ; Hegnauer / Schneider 106 ; Message du Conseil fédéral FF 1974 II 54

12) Völkle 126

13) Bertholet 47

Il est recommandable de convenir avec les parents nourriciers de l'étendue et des modalités de ce droit. Par cette convention, les père et mère limitent l'exercice de leur droit inaliénable, mais ils ne renoncent pas à sa titularité (14). Un accord entre les père et mère et les parents nourriciers est hautement souhaitable, parce qu'il ne faudrait pas que l'éducation de l'enfant souffre de visites inopinées ou trop fréquentes.

Au contraire de l'ancien droit (15), le tuteur n'est plus compétent pour déterminer le droit de visite des père et mère avec son pupille, mais il possède néanmoins un droit, restreint, d'être entendu (16). En effet, hormis le cas des père et mère détenteurs de l'autorité parentale, la compétence de régler le droit aux relations personnelles appartient en principe à l'autorité tutélaire du lieu de domicile de l'enfant (art. 275 al. 1 CCS), sous réserve des compétences du juge matrimonial (art. 275 al. 2 CCS).

13.2.2. L'autorité tutélaire

Le retrait du droit de garde (art. 310 CCS), ainsi que le retrait de l'autorité parentale (art. 311 et ss CCS), entraînent la déchéance des droits qui leur sont corollaires, parmi lesquels figure notamment le droit de déterminer les relations personnelles avec l'enfant. L'autorité tutélaire ne peut pas laisser le droit de visite à l'appréciation des père et mère et des parents nourriciers, lorsque c'est elle qui procède au placement de l'enfant (17) : on pourrait, ainsi, rendre parfaitement illusoire l'effet éducatif de la mesure tutélaire. A l'instar des parents nourriciers (18), les père et mère sont liés par la décision de l'autorité tu-

14) Bertholet 46

15) Bertholet 46 ; Marthaler 71 et ss ; RDT 1976 69 ; BJM 1958 154

16) Völkle 128

17) Schweizer 171

18) Schweizer 171

télaire, et ils ne peuvent prétendre à un droit plus étendu que celui qui leur est accordé (19). Il apparaît donc que la réglementation par l'autorité tutélaire, en vertu de l'art. 275 al. 1 CCS, constitue en principe le maximum qui puisse être accordé aux père et mère. Toutefois, un élargissement du droit de visite "à bien plaire" entre les père et mère et les parents nourriciers ne doit pas être d'emblée exclu : on pense ici notamment à la perspective d'un retour de l'enfant dans le foyer de ses père et mère après que le placement aura duré un certain temps.

De l'interprétation stricte de l'art. 275 CCS, qui donne à l'autorité tutélaire du domicile de l'enfant la compétence générale de régler les relations personnelles, sous réserve des compétences du juge matrimonial, on pourrait en déduire que le droit aux relations personnelles dans le cas d'un placement pénal relève de la compétence de l'autorité tutélaire également. Il apparaît toutefois plus logique de laisser cette compétence à l'autorité d'exécution des mesures pénales, qui doit pouvoir réglementer toutes les modalités du placement du mineur délinquant (20).

L'autorité tutélaire, ainsi d'ailleurs que l'autorité d'exécution des mesures pénales, sont tenues de statuer d'office sur le droit aux relations personnelles (21), dans une mesure aussi complète que possible (22).

13.2.3. Le juge du divorce et des mesures protectrices de l'union conjugale

Dans les procédures matrimoniales, le juge civil demeure compétent pour

19) Bertholet 46

20) Dans le même sens, sous l'empire de l'ancien droit toutefois : Bertholet 47

21) Hegnauer, Vormundschaftliche Organe, 8 ; ATF 85 II 226

22) Morthaler 80

réglementer le droit aux relations personnelles (art. 275 al. 2 CCS), même lorsque la garde ou l'autorité parentale est retirée aux deux parents divorcés (23).

L'autorité tutélaire peut néanmoins compléter le jugement sur ce point lorsque le juge n'a pas suffisamment réglé le droit de visite (24). Ainsi, lorsque le juge décide un placement, le type de placement n'est souvent pas déterminé, et l'autorité tutélaire, chargée de l'exécution de cette mesure (art. 315 a CCS), choisit l'institution ou la famille appropriée, de telle sorte qu'il se justifie également de lui abandonner la compétence de régler les relations personnelles des père et mère avec l'enfant (25), pour autant qu'il ne s'agisse pas de dispositions équivalentes à une décision sur le droit de visite lui-même, auquel cas c'est le juge, et non l'autorité tutélaire, qui est compétent (26). Cette solution répond également à un besoin pratique en cas de changement des circonstances : la compétence tutélaire en matière de droit de visite permet en effet de renoncer à la procédure longue et compliquée de l'action en modification du jugement de divorce (art. 157 CCS), lorsque seul est en cause le droit aux relations personnelles.

Le juge du divorce et des mesures protectrices de l'union conjugale statue également d'office sur le droit aux relations personnelles.

13.2.4. L'enfant

La réponse à la question de savoir si la volonté de l'enfant doit être prise en compte dépend avant tout du fondement même de l'institution du

23) Hegnauer / Schneider 108

24) Bertholet 46 ; Völkle 127 ; RDT 1962 143
Opinion contraire : RDT 1963 133

25) Marthaler 69, 70 ; Schweizer 174

26) ATF 100 II 4 = JT 1975 I 160

droit aux relations personnelles : si l'on considère que le droit de visite se justifie uniquement par l'existence du lien de filiation, la volonté de l'enfant ne doit pas être prise en compte ; par contre, si le droit aux relations personnelles trouve son fondement avant tout dans les relations psycho-morales existant entre l'enfant et ses père et mère, la volonté de l'enfant ne peut pas être ignorée, sans, pour autant, qu'elle soit seule déterminante, l'institution du droit aux relations personnelles mettant en jeu d'autres intérêts, des père et mère par exemple, que le seul intérêt de l'enfant.

D'abord catégoriquement niée (27), la prise en considération de la volonté de l'enfant devrait bientôt être reconnue par la jurisprudence (27 a), malgré la réserve exprimée selon laquelle "les enfants ne sont pas en mesure de sauvegarder leurs intérêts à long terme contre des inclinations et des tentations momentanées" (28). Relevons, à cet effet, qu'un des avant-projets discutés par la Commission d'experts, ainsi que le projet du Conseil fédéral (29), prévoyaient expressément la possibilité pour l'enfant capable de discernement de s'opposer à l'exercice d'un droit de visite.

13.3. Les modalités du droit aux relations personnelles

Les autorités chargées de régler le droit de visite jouissent d'une large liberté d'appréciation, limitée cependant par le souci de ne pas compromettre les intérêts de l'enfant ni la réalisation du but visé (30).

27) ATF 61 II 215 = JT 1936 I 359

27a) Un pas important dans cette direction a récemment été franchi par le Tribunal fédéral qui, dans l'arrêt ATF 107 II 301, a refusé l'exécution d'un jugement portant sur le droit de visite du père, et ceci à cause de la vive opposition manifestée par les enfants, déjà âgés

28) ATF 100 II 82 = JT 1975 I 58 (qui refuse la prise en compte de cette volonté, à cause des dangers que cette solution comporte)

29) Message du Conseil fédéral FF 1974 II 55

30) Marthaler 13 ; Völkle 126

En effet, en vertu de l'art. 274 al. 1 CCS, l'exercice du droit aux relations personnelles ne doit pas rendre plus difficile l'éducation de l'enfant : le visiteur doit être à la fois un contrôleur et un co-éducateur.

Une autre limitation apparaît lorsque l'enfant est placé dans un établissement : l'exercice du droit de visite des père et mère est soumis au règlement de l'institution, afin de ne pas en perturber la bonne marche (31).

La réglementation du droit aux relations personnelles des père et mère divorcés avec leur enfant placé se heurte à la difficulté supplémentaire due au fait qu'il n'est souvent pas judicieux que l'enfant soit visité par son père et sa mère en même temps : il faut chercher à tenir l'enfant à l'écart du conflit conjugal, l'hostilité des parents ne manquant pas de le troubler (32).

Comme l'intérêt de l'enfant est l'élément déterminant dans la réglementation du droit aux relations personnelles, les modalités de ce droit doivent être déterminées de cas en cas, en tenant compte notamment de la nature du lien entre l'enfant et ses père et mère, de l'influence éducative du bénéficiaire du droit de visite, de l'âge de l'enfant, de sa maturité intellectuelle et morale, des conditions locales, etc. (33). Le choix du lieu de placement ne doit pas rendre impossible ou difficile à l'excès l'exercice du droit de visite (34) ; les modalités de ce droit sont néanmoins directement influencées par le but ainsi que les causes du placement.

13.3.1. Le placement volontaire par les père et mère

Nous avons vu que les père et mère peuvent, par convention, fixer l'éten-

31) Lehmann 96 ; Marthaler 58 ; Schweizer 170

32) Marthaler 138

33) Marthaler 59 ; Völkle 123

34) Bertholet 17 ; RDT 1949 140

due ainsi que les modalités de leurs relations personnelles avec l'enfant placé. Il faut en principe maintenir des relations étroites, en ayant toujours en vue la possibilité du retrait de l'enfant, qui sera d'autant plus facile que les contacts entre les père et mère et l'enfant auront été plus étroits. Afin de faciliter néanmoins son intégration dans son nouveau milieu, les visites à l'enfant devraient si possible être effectuées dans le cadre de la famille nourricière (35).

13.3.2. Le placement dans le cadre de procédures matrimoniales

Lorsque le juge du divorce réglemente le droit de visite, il aura soin de considérer le caractère définitif du divorce, qui implique que l'enfant ne retournera vraisemblablement jamais dans le foyer du parent non attributaire.

Le juge s'inspirera du même esprit lorsqu'il prononcera une mesure tutélaire, notamment le retrait du droit de garde (art. 310 CCS) à l'encontre du parent attributaire de l'autorité parentale. En effet, le droit de visite du parent non attributaire doit être moins étendu que celui de l'autre parent, du fait que le retour de l'enfant chez le détenteur de l'autorité parentale n'est pas d'emblée exclu. Le droit aux relations personnelles du père et de la mère est également limité du fait qu'il n'est généralement pas dans l'intérêt de l'enfant de rencontrer en même temps les deux parents, qui risquent de faire de leur enfant le témoin involontaire de leur conflit : pour pouvoir s'intégrer normalement dans sa famille d'occasion, l'enfant a en effet besoin de quiétude et de stabilité (36).

Hormis le cas du divorce, le juge civil doit également statuer d'office sur le droit de visite des père et mère dans le cadre de la séparation de corps, des mesures provisoires (art. 145 CCS) et des mesures protectrices

35) Marthaler 58

36) Marthaler 136

de l'union conjugale (art. 169 CCS). Dans ces cas, le caractère provisoire de telles mesures impose de maintenir des contacts assez étroits entre l'enfant et ses père et mère. Il ne faut pas, pour autant, que l'enfant soit obligé de passer tous ses loisirs avec son père ou sa mère, ce qui peut se révéler néfaste, vu la situation conflictuelle des parents (37), ou empêcher une bonne intégration de l'enfant dans sa nouvelle famille. Le juge s'inspirera des mêmes critères lorsqu'il prononce la séparation de corps, dans la mesure uniquement où une réconciliation des deux époux ne paraît pas de prime abord exclue (38), mais non lorsque l'action ne tend qu'à la séparation de corps pour des motifs de conscience par exemple (art. 146 al. 2 CCS).

13.3.3. Les placements à caractère éducatif marqué

Lorsque l'enfant est placé dans une famille nourricière ou dans un établissement sur ordre du tuteur, de l'autorité tutélaire ou du juge pénal, le placement est caractérisé par son but éducatif. Il est évident, dans ce cas, qu'on ne peut souscrire à l'idée que les parents privés du droit de garde ou de l'autorité parentale ne seraient pas dignes d'entretenir des relations personnelles avec leur enfant placé ; il n'en demeure pas moins qu'il existe la possibilité d'une mise en danger par une influence indésirable ou par des tiraillements entre les père et mère qui se sont vu retirer leur enfant et les parents nourriciers (39), même lorsqu'il n'y a aucun défaut de sentiment de la part des père et mère.

Il faut certes assurer à l'enfant placé un développement harmonieux et une éducation qui réponde à ses besoins, mais il ne faut pas, pour autant, perdre de vue que de tels placements peuvent être provisoires et que l'enfant sera réintégré dans le foyer de ses père et mère dès que la mesure du placement a atteint son but. Il faut donc en principe maintenir des

37) Marthaler 20

38) Marthaler 18

39) Schweizer 169

contacts familiaux, même très restreints (40), afin que les père et mère ne deviennent pas des étrangers pour l'enfant ou que celui-ci ne vienne pas à les considérer avec animosité.

Dans certains cas toutefois, il peut se révéler judicieux de suspendre tout contact entre les père et mère et l'enfant dans un premier temps, afin que l'enfant retrouve calme et sérénité : "L'interdiction de tout contact se justifie parfois durant les premiers temps du placement, jusqu'à ce que le conflit qui a motivé l'intervention soit apaisé et que l'enfant ait retrouvé son calme pour que les visites se déroulent sans heurts" (41).

A l'inverse, des visites plus nombreuses peuvent précéder un retour de l'enfant dans son propre foyer (42).

La proposition de ne pas régler le droit de visite, mais de laisser les relations entre les père et mère et l'enfant suivre leur cours normal, l'autorité n'intervenant qu'en cas de difficulté ou si l'intérêt de l'enfant est mis en péril (43), n'apparaît pas adéquate.

13.3.4. Les placements en vue d'adoption

Le placement en vue d'adoption doit permettre, en même temps qu'il teste les capacités éducatives des futurs parents, un passage harmonieux et si possible définitif de l'enfant de sa famille de sang à sa famille adoptive. Pour cette raison, le droit aux relations personnelles peut jouer un rôle capital dans la réussite ou dans l'échec de l'adoption.

40) Lehmann 95 ; Schweizer 169 ; ATF 72 II 12

41) ATF 93 II 64

42) Schweizer 171

43) Kistler 125

Lorsque les père et mère ont placé leur enfant en vue d'adoption, sans pour autant que les conditions de l'art. 274 al. 3 CCS soient remplies, il faut, en accord avec la doctrine (44), dans tous les cas limiter, voire éventuellement supprimer le droit de visite des père et mère du sang.

Une suppression immédiate n'est cependant pas toujours recommandée : en tant que droit fonction, le droit aux relations personnelles joue un rôle éducatif indéniable dans le domaine de l'adoption (45). En usant correctement de leur droit de visite avec leur enfant - c'est-à-dire en ayant toujours à l'esprit qu'il est exercé dans le seul souci de la sauvegarde du bien de l'enfant - les père et mère peuvent favoriser la réussite de l'adoption en espaçant petit à petit les visites, au fur et à mesure que le placement s'avance et que l'enfant s'enracine dans son nouvel environnement.

L'art. 274 al. 3 CCS mentionne par ailleurs expressément les cas où les relations personnelles doivent être supprimées lorsque l'enfant est placé en vue d'adoption :

- a) le consentement des père et mère à l'adoption (art. 265 a CCS) met fin au droit de visite, nonobstant l'art. 265 b al. 2 CCS, selon lequel le consentement des père et mère peut être révoqué dans les six semaines qui suivent sa réception. Ce délai de réflexion permet en effet aux père et mère de s'assurer qu'ils ne regrettent pas d'avoir donné ce consentement (46) et donc qu'ils sont capables de surmonter l'épreuve de la séparation définitive d'avec leur enfant. Une continuation des relations personnelles avec l'enfant durant ce délai rendrait son effet parfaitement illusoire.

44) Bertholet 47 ; Eichenberger 138 ; Marthaler 23

45) Dans le même sens : Marthaler 22

46) Hegnauer / Schneider 75

b) le droit aux relations personnelles cesse également lorsque l'on peut faire abstraction du consentement de l'un des parents, aux conditions de l'art. 265 c CCS. Il cesse dès que l'autorité a pris la décision conformément à l'art. 265 d CCS. Il convient ici de distinguer trois situations :

- le parent dont on fait abstraction du consentement est inconnu ou absent depuis longtemps sans résidence connue (art. 265 c ch. 1 in initio CCS). Au point de vue du droit de visite, cette suppression est sans importance, puisque des contacts personnels n'ont jamais existé ou ont cessé depuis longtemps entre le parent et l'enfant.
- le parent est incapable de discernement de manière durable (art. 265 c ch. 1 in fine CCS). Justifiée en ce qui concerne l'abstraction du consentement, cette règle l'est moins à propos du droit aux relations personnelles : les contacts avec une personne incapable de discernement ne sont pas forcément pernicioeux pour l'enfant.
- le parent ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant (art. 265 c ch. 2 CCS). La suppression du droit de visite est ici impérative : l'art. 274 al. 3 CCS, en relation avec l'art. 265 c ch. 2 CCS, constitue une "Mussvorschrift", tandis que la disposition de l'art. 274 al. 2 CCS, qui laisse à l'autorité une certaine marge de manoeuvre, est une "Kannvorschrift".

L'adoption crée un lien de filiation qui se substitue au lien antérieur (art. 267 al. 2 CCS). Les père et mère naturels de l'enfant ne bénéficieront plus, en principe (art 274 CCS), du droit d'entretenir des relations personnelles avec lui. Dans des circonstances exceptionnelles, l'autorité le leur accordera, conformément à l'art. 274 a CCS, mais il ne sera jamais que très limité, afin de ne pas empêcher une intégration complète de l'en-

fant dans son nouveau foyer (47).

13.3.5. L'autorisation de vivre séparé (art. 310 al. 2 CCS)

Lorsque l'enfant demande à l'autorité tutélaire de retirer à ses père et mère leur droit de garde, il n'est pas indiqué d'attribuer à ceux-ci un droit de visite qui irait très certainement à l'encontre des intérêts du mineur. Ici donc, la volonté de l'enfant est déterminante.

13.4. La limitation et la suppression du droit aux relations personnelles

Lorsque le développement de l'enfant est compromis par l'exercice du droit de visite, l'autorité peut le limiter, voire le supprimer (art. 274 al. 2 CCS).

C'est l'autorité qui a réglementé le droit de visite qui est compétente pour sa modification. Ainsi, sous réserve de ce que nous avons exposé plus haut (47 a), l'autorité tutélaire ne peut modifier le droit aux relations personnelles accordé par le juge du divorce (48) sur la base des art. 273 et ss CCS, mais uniquement selon les art. 307 et ss CCS (49). Sauf cas d'urgence, l'autorité de surveillance des placements n'est pas compétente (50).

47) Voir. à ce sujet, Marthaler 22 et ss, ainsi que les références citées à propos de l'ancien droit de l'adoption, qui, soulignons-le, ne connaissait pas de disposition telle que celle de l'art. 267 al. 1 CCS, selon laquelle l'enfant acquiert le statut juridique d'un enfant de ses parents adoptifs. Dès lors que le droit aux relations personnelles découlait de l'existence du lien de filiation, il était logique que l'on accorde le bénéfice de ce droit aux parents naturels, même après l'adoption. Marthaler penche toutefois pour la suppression automatique du droit de visite dès l'adoption, sauf lorsque l'intérêt de l'enfant exigeait son maintien

47a) par. 13.2.3.

48) Bertholet 48

49) Schweizer 166 ; RDT 1951 108 ; RDT 1954 38

50) Bertholet 48

C'est une très abondante jurisprudence (51), qui est à l'origine de la disposition de l'art. 274 CCS. Le droit de visite, même entendu comme un authentique droit subjectif, ne doit en effet pas être exercé abusivement : "lorsqu'un droit ne peut être exercé sans porter atteinte à un droit d'autrui, son exercice n'est justifié et digne de protection que s'il constitue la mesure propre à garantir un bien plus précieux dans des circonstances données. (...). Le droit de visite peut être totalement refusé s'il est impossible d'en régler l'exercice de manière à sauvegarder le développement physique et moral de l'enfant" (52).

Il apparaît, en conclusion, que le droit aux relations personnelles joue un rôle primordial dans la réussite ou l'échec des placements.

Il est indispensable d'attirer spécialement l'attention des intéressés sur le caractère de droit fonction du droit de visite, et même, éventuellement, de le transformer en une véritable obligation de visite (53), comme il en avait été question au cours des travaux préparatoires du nouveau droit de la filiation (54). A cet effet, il importe d'organiser une collaboration très étroite entre les père et mère, les parents nourriciers et les organismes de protection de la jeunesse. Enfin, il faut réglementer le droit de visite de manière très souple, instituer un cadre au sein duquel le travailleur social bénéficiera de la liberté d'action nécessaire. Cette thèse s'accorde avec le principe de la maxime d'office en matière du droit aux relations personnelles, domaine dans lequel le droit ne joue qu'un rôle infime par rapport à la psychologie. Il ne faut donc pas, dans ce domaine, hésiter à faire appel à des spécialistes (55).

51) ATF 89 II 2 = JT 1963 I 621 = RDT 1964 86 ; ATF 95 II 385 ; RDT 1952 138 ; RDT 1955 141 ; RDT 1956 137 ; RDT 1962 143 ; RDT 1963 105 ; RDT 1966 98 ; RDT 1976 69

52) ATF 89 II 2 = JT 1963 I 621 = RDT 1964 86

53) Marthaler 156

Morthealer ibidem, ainsi que Kistler 122 envisagent même un droit dont le titulaire serait l'enfant et non plus les père et mère

54) Message du Conseil fédéral FF 1974 II 53

55) Marthaler 92 et ss, 156

Chapitre 14

Les biens de l'enfant

14.1. L'administration des biens de l'enfant

Le droit et devoir d'administration des biens de l'enfant (art. 318 CCS) est lié à l'autorité parentale. Ainsi qu'il ressort du texte clair de la loi, ce droit suit le destin de l'autorité parentale. Les père et mère en sont-ils déchus que l'administration des biens de l'enfant incombe au tuteur, même si les père et mère n'ont commis aucune faute dans ce domaine (1). En revanche, en cas de retrait du droit de garde, les père et mère conservent le droit d'administration des biens de l'enfant (2). En effet, la doctrine unanime (3) enseigne que le droit d'administration constitue un élément essentiel de l'autorité parentale.

En tant que droit strictement personnel, il est intransmissible. Pareillement, les père et mère ne peuvent pas y renoncer, parce qu'il découle de sa qualité de partie intégrante de l'autorité parentale que l'administration des biens de l'enfant comprend autant de devoirs que de droits (4).

1) Hegnauer note 86 ad art. 290

Opinion contraire : Tarakcioglu 81, qui estime que les parents conservent ce droit tant qu'ils n'encourent aucun reproche dans l'administration des biens de l'enfant

2) Ott 99 ; Schweizer 132

3) Bertholet 41 ; Bozer 19 ; Egger note 1 ad art. 290 ; Hegnauer note 86 ad art. 290

4) Bozer 19 ; Egger notes 5 et 7 ad art. 290

Par conséquent, le droit d'administration des biens de l'enfant n'est jamais transféré automatiquement aux parents nourriciers (5). Les père et mère détenteurs de l'autorité parentale peuvent tout au plus transférer à un tiers l'exercice de leur droit d'administration, mais une telle convention demeure révocable en tout temps (6). Cette précarité met alors les parents nourriciers dans une situation inconfortable, en les empêchant de prendre pratiquement toute initiative au sujet des biens de l'enfant. De plus, les détenteurs de l'autorité parentale et encore davantage le tuteur, qui doit tenir des comptes qu'il soumet à l'autorité tutélaire (art. 413 al. 2 CCS), demeurent responsables envers l'enfant d'une gestion de son patrimoine conforme à son intérêt. Ces inconvénients montrent qu'il ne faut pas opérer le transfert du droit d'administration des biens de l'enfant entre les mains des parents nourriciers.

14.2. Le droit d'utiliser les revenus des biens de l'enfant (7)

Le droit d'utiliser les revenus des biens de l'enfant, consacré à l'art. 319 CCS, appartient aux père et mère, même s'ils ne sont pas détenteurs de l'autorité parentale. Il s'agit d'un droit dont le but est déterminé par la loi : les revenus des biens de l'enfant peuvent être utilisés pour son entretien, son éducation et sa formation et, dans la mesure où cela est équitable, pour les besoins du ménage (art. 319 al. 1 CCS).

Ce droit est strictement personnel et intransmissible (8), même dans son

5) Bertholet 41 et 54 ; Hegnauer note 93 ad art. 290

6) Bozer 19 ; Hegnauer note 102 ad art. 290

7) Le droit de jouissance des père et mère sur les biens de l'enfant a été supprimé lors de la réforme du droit de filiation ; plus précisément, il a été remplacé par le droit d'utiliser les revenus des biens de l'enfant. Le texte de l'art. 319 al. 1 CCS, plus étroit que celui de l'art. 293 a CCS, restreint considérablement les possibilités des père et mère d'utiliser ces revenus

8) Bertholet 41 et 54 ; Bozer 86 ; Egger notes 2 et 7 ad art. 292 - 293 ; Hegnauer note 6 ad art. 293

exercice : les revenus des biens de l'enfant qui ne sont pas utilisés par les père et mère passent dans les biens de l'enfant, conformément à l'art. 319 al. 2 CCS. La renonciation à ce droit, qui est toujours révocable (9), ne peut s'opérer qu'en faveur de l'enfant (10). La part sur laquelle porte la renonciation devient un bien libéré (11).

Les parents nourriciers n'ont donc jamais le droit d'utiliser les revenus des biens de l'enfant qu'ils accueillent (12). Néanmoins, il se peut qu'ils profitent indirectement des revenus des biens de l'enfant, lorsque ces derniers sont pris en considération dans le calcul de la contribution d'entretien (13).

14.3. Le salaire de l'enfant placé

Sous l'empire de l'ancien droit, la pratique (14), ainsi qu'une partie de la doctrine (15), admettaient que les parents nourriciers avaient parfois le droit de disposer du salaire de l'enfant lorsqu'il était entretenu gratuitement par eux. L'art. 295 aCCS permettait aux père et mère de disposer du produit du travail de l'enfant mineur aussi longtemps qu'il faisait ménage commun avec eux. Deux conditions devaient être remplies (16) : il fallait que les père et mère et l'enfant fassent ménage commun

9) Bozer 89 ; Egger note 7 ad art. 292 - 293

10) Bozer 88 ; Hegnauer note 8 ad art. 293

11) Bozer 89

12) Hegnauer note 93 ad art. 290

13) Kehl 94

14) RDT 1958 145

15) Bertholet 60, 61

Hegnauer note 33 ad art. 295, qui précise que la prétention des parents sur le salaire de l'enfant est intransmissible ; Kehl 94, ainsi que Schweizer 134 refusent quant à eux toute prétention des parents nourriciers sur le salaire de l'enfant placé

16) Bozer 12

et que l'enfant soit entretenu gratuitement.

Le nouveau droit de la filiation, à son article 323 al. 2 CCS, a restreint ce droit des parents : ils peuvent uniquement exiger que l'enfant contribue équitablement à son entretien. Il paraît donc très discutable d'accorder aux parents nourriciers le droit de disposer du salaire de l'enfant qu'ils entretiennent gratuitement. On ne peut pas non plus admettre que l'enfant doive contribuer équitablement à son entretien, par le produit de son travail, lorsqu'il est placé gratuitement chez des tiers, même si le droit des père et mère (art. 323 al. 2 CCS) provient de l'existence d'une communauté familiale qui implique des sacrifices de la part de chacun pour supporter les charges qui la grèvent (17). En effet, lorsque les père et mère renoncent à leur droit d'utiliser les revenus des biens de l'enfant, les revenus des biens de l'enfant deviennent des biens libérés. De plus, l'art. 323 al. 2 CCS reprend la règle de l'art. 276 al. 3 CCS : les père et mère sont déliés de leur obligation d'entretien dans la mesure où l'enfant subvient à son entretien par le produit de son travail. En cas de placement gratuit, l'obligation d'entretien des père et mère est suspendue: elle l'est donc également pour l'enfant, qui ne répond que subsidiairement de son entretien.

S'il apparaît inéquitable que des parents nourriciers hébergent gratuitement un enfant qui dispose d'un salaire, il faut alors mettre fin au contrat de placement et le remplacer par un autre qui prévoira une pension à la charge de l'enfant, en vertu de l'art. 276 al. 3 CCS.

17) Bozer 83 - 84 ; Egger note 1 ad art. 292 - 293

Chapitre 15

Les devoirs réciproques

L'art. 272 CCS dispose que "les père et mère et l'enfant se doivent mutuellement l'aide, les égards et le respect qu'exige l'intérêt de la famille".

Il s'agit d'une norme de portée générale, servant avant tout à l'interprétation des devoirs particuliers prévus par la loi qui incombent aux père et mère et à l'enfant, comme, par exemple, le devoir d'entretien, le devoir d'éducation, ou le devoir d'obéissance (1).

La famille forme une communauté beaucoup plus étroite que celle résultant de la seule coexistence avec d'autres individus (2). Elle est en effet la cellule fondamentale de notre société qui, comme telle, est soumise à un régime de faveur. Notamment, les devoirs de civilité entre ses membres sont nettement plus étendus. Le législateur a donc repris la norme morale de civilité pour l'intégrer à l'ordre juridique (3) : "l'art. 272 CCS érige en loi positive l'obligation de droit naturel des parents et enfant de se prêter mutuellement l'aide et les égards qu'exige l'intérêt de la famille" (4).

La condition d'application de l'art. 272 CCS réside dans l'existence d'une communauté particulièrement étroite, créée par le lien de filia-

1) Egger note 1 ad art. 271 ; Hegnauer note 3 ad art. 271 ; Hegnauer / Schneider 104 ; Schnyder, Gemeinschaft, 40 ; Hegnauer, "Eltern und Kinder sind einander Beistand und Rücksicht schuldig", in Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt, 1980 685 ss

2) Egger note 1 ad art. 271

3) Egger note 1 ad art. 271 ; Hegnauer / Schneider 104

4) ATF 76 II 265 = JT 1951 I 546

tion existant entre les père et mère et l'enfant (5). Les devoirs consacrés par cette disposition durent dès l'établissement de ce lien et aussi longtemps qu'il n'est pas invalidé. Les devoirs réciproques sont donc dus du seul fait du lien de filiation, sans qu'il soit exigé de vie commune (6). L'enfant placé n'est donc pas délié des obligations qui en découlent du fait de son éloignement de son milieu naturel.

En ce qui concerne les relations de l'enfant placé avec les parents nourriciers, on pourrait certes considérer que, dans la mesure où certains droits et obligations des père et mère sont transmis aux parents nourriciers, l'art. 272 CCS deviendrait applicable par analogie. La condition d'application de l'art. 272 CCS, à savoir l'existence d'un lien de filiation, n'est toutefois pas remplie à l'égard des parents nourriciers. De plus, il est conforme à l'esprit de cette disposition que les relations de l'enfant avec les parents nourriciers soient régies uniquement par l'ordre moral, qui sert également à l'interprétation de l'ordre juridique (art. 4 CCS). Le traitement de faveur stipulé par l'art. 272 CCS n'existe donc que dans le cadre de la cellule familiale naturelle.

5) Schnyder, Gemeinschaft, 39

6) Hegnauer note 5 ad art. 271 ; Völkle 135

Section 3

La représentation

Chapitre 16 (unique)

16.1. La représentation de l'enfant placé

Les père et mère détenteurs de l'autorité parentale sont les représentants légaux de l'enfant soumis à leur autorité et dans les limites de celle-ci (art. 304 al. 1 CCS).

En tant que représentation légale, la représentation de l'enfant par ses père et mère trouve son fondement dans la loi (1), qui détermine qui est le représentant - le détenteur de l'autorité parentale ou le tuteur - et qui est le représenté - l'enfant. Les parents nourriciers ne peuvent donc pas être titulaires du droit de représenter l'enfant qui leur est confié, sauf s'ils ont été désignés comme les tuteurs de l'enfant qui leur est confié (2). Nous avons déjà abordé cette question dans le chapitre relatif au placement de l'enfant par son représentant légal : suivant M. Hegnauer (3), nous avons souligné les dangers d'une telle situation, le tuteur devenant dans ce cas à la fois le contrôleur et le contrôlé.

1) Engel 258

2) Dans ce sens : Eichenberger 137, 138 ; Joria 139

3) Hegnauer note 48 ad art. 264

L'art. 300 al. 1 CCS stipule cependant que "lorsqu'un enfant est confié aux soins de tiers, ceux-ci, sous réserve d'autres mesures, représentent les père et mère dans l'exercice de l'autorité parentale, en tant que cela est indiqué pour leur permettre d'accomplir correctement leur tâche". En vertu de cette disposition, les parents nourriciers, auxquels doit être assimilé le directeur de l'établissement où l'enfant est placé (4), représentent les père et mère dans l'exercice de l'autorité parentale, donc également en matière de représentation de l'enfant, étant toutefois entendu que seul l'exercice, et non la titularité de ce pouvoir de représentation, est touché par cette disposition (5). Les parents nourriciers sont alors un "organe d'exécution" du représentant légal de l'enfant (6).

Lorsque l'enfant est pourvu d'un tuteur, les parents nourriciers ont les mêmes attributions (7).

Les décisions les plus importantes doivent cependant demeurer de la compétence des père et mère ou du tuteur (8), représentants légaux de l'enfant : chaque fois que la décision à prendre sortira ses effets au-delà de la durée présumée du placement, ou lorsque cette mesure n'est pas directement motivée par le fait du placement, c'est le représentant légal, et non les parents nourriciers, qui représentera l'enfant. Ainsi, c'est le représentant légal qui signera le contrat d'apprentissage (9) (10).

4) Degoumois, Concept d'éducation, 9 ; Hess, Rechtliche Stellung, 153 ; Naef - Hofmann 105 ; Völkle 45 ; Message du Conseil fédéral FF 1974 II p. 77

5) Dans le même sens, Völkle 97

6) Eichenberger 130

7) Hegnauer, Vormundschaftliche Organe, 22 ; Vogel - Etienne 64

8) Bertholet 54

9) Bertholet 54 ; Eichenberger 137 ; Hegnauer note 67 ad art. 284 ; Völkle 94 et 96

10) Voir chapitre II ci-dessus

Le nouveau droit apporte une innovation primordiale, dans ce sens qu'il consacre expressément le droit pour les parents nourriciers d'être entendus avant toute décision importante par le représentant légal de l'enfant (art. 300 al. 2 CCS). Ce droit ne leur était pas reconnu auparavant (11), bien qu'une partie de la doctrine (12) ait souligné l'impérieuse nécessité d'une étroite collaboration entre les parents nourriciers et le représentant légal, la cohabitation avec l'enfant permettant de connaître ses désirs et ses aspirations.

16.2. La représentation de la famille par l'enfant

16.2.1. Aux termes de l'art. 306 al. 1 CCS, l'enfant soumis à l'autorité parentale peut, s'il est capable de discernement, agir pour la famille du consentement de ses père et mère ; dans ce cas, il n'est pas tenu lui-même, mais il oblige les père et mère. Analogue au pouvoir des clés de l'épouse (13), le droit de l'enfant de représenter sa famille n'exige pas une communauté domestique entre les père et mère et l'enfant (14), contrairement au pouvoir des clés, qui cesse ipso iure dès la dissolution de l'union conjugale (15).

Par conséquent, le pouvoir de l'enfant de représenter sa famille subsiste malgré le placement chez des tiers.

16.2.2. La représentation légale de et par l'enfant est réglée aux art. 304 à 306 CCS, qui en fixent les conditions et les limites.

La représentation par l'enfant de la communauté de ses parents nourriciers ne peut donc pas trouver sa source dans une application analogique de l'art. 306 al. 1 CCS. De tels pouvoirs conférés à l'enfant placé res-

11) Bertholet 54 ; RDT 1957 119

12) Bertholet 54

13) Egger note 1 ad art. 281

14) Hegnauer note 6 ad art. 281

15) Gmür note 1 ad art. 165

sortissent uniquement à l'autonomie de volonté. Les art. 32 et ss
OO sont donc seuls applicables (16).

16) Hegnauer note 7 ad art. 281

Section 4

Les mesures de protection de l'enfant placé

Chapitre 17 (unique)

La protection des enfants placés s'opère principalement par deux sortes de moyens :

- les mesures protectrices de l'enfant des art. 307 et ss CCS,
- la procédure d'autorisation et de surveillance de l'Ordonnance du Conseil fédéral du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants.

Ces dernières mesures sont dirigées uniquement contre les parents nourriciers, alors que les mesures protectrices prévues par le Code civil visent en premier lieu les père et mère de l'enfant (1).

17.1. Les mesures protectrices des art. 307 et ss CCS

Une des nouveautés les plus marquantes de la révision du droit de la filiation a été d'introduire dans un texte légal exprès, art. 307 al. 2 CCS, la possibilité pour l'autorité tutélaire d'intervenir à l'égard des enfants placés chez des parents nourriciers dans les mêmes circonstances qu'à l'égard des autres enfants.

Auparavant, cette compétence des autorités de tutelle était timidement

1) Hegnauer notes 59 et 61 ad art. 283 ; Lehmann 116 ; Rutz 104

reconnue par la doctrine et la jurisprudence (2).

17.1.1. Les principes de l'intervention tutélaire

Les grands principes de l'intervention des autorités de tutelle, rappelés au chapitre 4, régissent également le domaine des enfants placés, ainsi qu'il ressort de l'art. 307 al. 2 CCS : "elle y est également tenue dans les mêmes circonstances à l'égard des enfants placés chez des parents nourriciers ...". La situation particulière de l'enfant découlant de son placement implique toutefois certains aménagements.

17.1.1.1. Le principe du bien de l'enfant

On serait tenté de croire que les autorités de tutelle doivent se montrer plus strictes dans le respect du bien de l'enfant en cas de placement de ce dernier chez des parents nourriciers que lorsqu'il vit dans le foyer de ses père et mère. L'autorité devrait alors intervenir dès qu'elle constate de petites défaillances chez les parents nourriciers, alors que de telles défaillances, minimes, constatées chez les père et mère, n'appelleraient pas encore son intervention.

A notre avis, il n'en est rien : la prise en compte du bien de l'enfant impose précisément que l'on ne cherche pas à tout prix le placement idéal en tout point pour l'enfant, perception d'ailleurs fort aléatoire, lorsque l'enfant est relativement bien traité chez ses parents nourriciers. En effet, il apparaît que le souci de stabilité du placement doit l'emporter sur celui de trouver des éducateurs absolument parfaits. Au point de vue de l'enfant, le principe de stabilité du placement a la même importance, au plan psychique, que la protection de l'intégrité familiale, surtout si un retour de l'enfant dans son foyer naturel n'est pas envisagé à

2) Hegnauer notes 20 et 21 ad art. 284 ; Weiss 107 et ss ; RDT 1962 106 ; RDT 1963 118

la suite de l'intervention des autorités de tutelle chez les parents nourriciers (3).

17.1.1.2. Le principe de complémentarité

Les autorités de tutelle ne doivent intervenir que lorsque les responsables de l'éducation et de l'entretien de l'enfant demeurent inactifs pour sauvegarder les intérêts de leur protégé.

En cas de placement de l'enfant, les responsabilités dans ce domaine sont multiples : la personne ou l'autorité qui a ordonné le placement, le représentant légal de l'enfant, ainsi que les parents nourriciers ont chacun, à un titre différent, la responsabilité de l'entretien et de l'éducation de l'enfant. On pourrait donc penser que l'autorité tutélaire ne doit intervenir que si aucune de ces personnes ne tente de remédier aux carences qui mettent l'intérêt de l'enfant en péril. Toutefois, ce cumul de responsabilités ne conduit pas forcément, à lui seul, à une protection efficace de l'enfant (4).

Les mesures protectrices de l'enfant placé sont certes dirigées en premier lieu contre les père et mère qui ont placé leur enfant (5), mais il faut aménager à l'autorité tutélaire le droit d'intervenir directement à l'encontre des parents nourriciers qui négligent leur devoir d'éducation. La disposition de l'art. 307 al. 2 CCS ne contient pas autre chose : elle ne tient aucun compte des père et mère de l'enfant. Elle serait d'ailleurs parfaitement inutile si l'on admettait une solution contraire.

3) Dans le même sens : RDT 1968 66
Opinion contraire : Bertholet 58 ; Schweizer 30

4) Völkle 55

5) Hess, Rechtliche Stellung, 154

17.1.1.3. Le principe de proportionnalité

Dans le domaine de la protection des enfants placés, ce principe trouve sa pleine application : chaque fois que la mesure la plus douce suffit à protéger l'enfant, l'autorité de tutelle la prononcera, à l'exclusion d'une mesure plus draconienne.

17.1.2. L'application des différentes mesures protectrices prévues par les art. 307 et ss CCS

17.1.2.1. Recommandations, instructions, assistance éducative (art. 307 al. 3 CCS)

L'autorité tutélaire devra fréquemment donner des conseils, des recommandations et même des instructions aux parents nourriciers qui accueillent des enfants difficiles. De même, il faudra souvent désigner une personne qui les assiste de manière permanente dans leur tâche. En effet, les placements familiaux représentent souvent, pour les enfants difficiles, la dernière extrémité avant un placement en milieu fermé : il serait certainement contraire à leur intérêt de les placer directement dans une maison d'éducation, sans leur avoir au préalable offert une éducation en milieu ouvert, même si ce placement doit s'accompagner d'une assistance serrée.

17.1.2.2. Le retrait du droit de garde (art. 310 CCS)

17.1.2.2.1. Le retrait de l'enfant aux tiers chez qui il se trouve (art. 310 al. 1 CCS)

Cette mesure ne peut concerner que l'enfant qui est placé par ses père et mère détenteurs de l'autorité parentale qui ont choisi eux-mêmes le lieu de placement de l'enfant. En effet, l'autorité tutélaire qui place un enfant consécutivement à un retrait du droit de garde des père et mère est elle-même responsable de ce placement et possède notamment le droit de retirer en tout temps l'enfant aux personnes qui l'hébergent.

Il en va de même lorsque le placement a été ordonné par le juge civil : l'autorité tutélaire est alors chargée de l'exécution de la mesure, ce qui entraîne pour elle la possibilité de modifier le lieu de placement de l'enfant (art. 315 al. 1 CCS). Les placements pénaux peuvent également être modifiés en tout temps par l'autorité d'exécution (art. 86 et 93 CPS). Enfin, lorsque le tuteur ne met pas de lui-même fin à un placement préjudiciable à son pupille, l'autorité ne retire pas au tuteur un droit de garde sur l'enfant qu'il ne possède d'ailleurs pas, mais elle intervient en vertu de son pouvoir général de surveillance.

Ainsi, seuls les placements opérés par les détenteurs de l'autorité parentale peuvent être touchés par une décision de retrait du droit de garde au sens de l'art. 310 al. 1 CCS. Lorsqu'il apparaît à l'autorité que le lieu de placement de l'enfant n'est pas judicieux, elle retire le droit de garde aux père et mère et procède elle-même au placement de l'enfant, nonobstant un éventuel délai de résiliation prévu dans le contrat de placement (6). En vertu du principe de complémentarité, elle ne prononcera cette mesure que si les père et mère ne constatent pas eux-mêmes que le placement est inadéquat et y mettent fin.

Contrairement à l'opinion émise par une partie de la doctrine (7), les conditions posées par l'art. 310 al. 1 CCS doivent être remplies pour pouvoir procéder au retrait de l'enfant des parents nourriciers qui l'hébergent. Une autre solution ne serait concevable que si l'on considère que c'est le droit de "garde" des parents nourriciers qui est concerné et non celui des père et mère.

17.1.2.2.2. Le maintien de l'enfant dans sa famille d'accueil (art. 310 al. 3 CCS)

C'est une des innovations les plus importantes du nouveau droit de la

6) Bertholet 57 ; Weiss 108

7) Bertholet 58

filiation que cette disposition selon laquelle "lorsqu'un enfant a vécu longtemps chez des parents nourriciers, l'autorité tutélaire peut interdire aux père et mère de le reprendre s'il existe une menace sérieuse que son développement soit ainsi compromis".

Bien que non prévue expressément par l'ancien droit, cette possibilité existait déjà et se déduisait directement de l'art. 284 c.c.s. (8). Il s'est toutefois révélé nécessaire de donner à cette mesure une base légale expresse : cela incite les autorités à l'appliquer véritablement et la position des parents nourriciers s'en trouve renforcée, le statut de l'enfant placé étant de la sorte mieux défini.

Ici également, il doit s'agir d'un placement ordonné par les père et mère. En effet, les raisons exposées plus haut à propos du retrait de l'enfant aux tiers chez qui il se trouve demeurent valables par analogie : si le placement est consécutif à une décision de l'autorité, elle serait en mesure d'y mettre fin (9). On remarquera à cet effet que la loi utilise les termes de "père et mère", qui ne prêtent à aucune équivoque.

Cette mesure, qui porte une grave atteinte au droit de retrait des père et mère, suppose remplies les conditions suivantes :

- l'enfant a vécu longtemps chez ses parents nourriciers. La notion de durée du placement ne doit pas être comprise de manière schématique : elle dépend uniquement de la question de savoir si l'enfant a eu le temps de se créer des liens émotionnels comparables à ceux qui unissent normalement l'enfant à ses parents naturels (10). Ces liens apparaissent d'autant plus rapidement que l'enfant est jeune (11).

8) Hegnauer, notes 76 ad art. 273 et 123 ad art. 283 ; Lehmann 70, 115 ; Maier 40 ; Rutz 49 ; Schweizer 40 ; Weiss 56 ; RDT 1947 14 ; RDT 1950 124 ; RDT 1956 93 ; RDT 1961 24
Opinion contraire et erronée : Bertholet 26 ; RDT 1956 93

9) RDT 1978 153

10) Hess, Rechtliche Stellung, 154

11) Hegnauer, Pflege und Erziehung, 139 ; Hegnauer / Schneider 149

- le retrait de l'enfant risque de compromettre son développement.
Cumulée avec la première condition, cette dernière signifie qu'un enfant dont le placement a duré longtemps ne peut pas être retiré abruptement de son lieu de placement : le retrait doit être préparé consciencieusement, par exemple par un exercice plus étendu du droit de visite. En aucun cas, l'art. 310 al. 3 CCS n'autorise les parents nourriciers à prétendre que l'enfant reste perpétuellement chez eux : lorsque l'autorité tutélaire a pris cette disposition, elle doit immédiatement oeuvrer à préparer le retour de l'enfant au foyer de ses père et mère (12). Prise pour elle seule, cette deuxième condition signifie également que l'autorité tutélaire peut interdire aux père et mère de reprendre leur enfant, même lorsque les liens affectifs avec les parents nourriciers ne sont pas encore très intenses : c'est le cas lorsque l'enfant est systématiquement déplacé, ballotté d'une famille nourricière à une autre, ce qui ne manque pas de nuire à son bien-être.

17.2. Les mesures protectrices prévues par l'ordonnance du 19 octobre 1977

La procédure d'octroi de l'autorisation, la possibilité de la requérir, ainsi que la surveillance officielle des placements contribuent également à la protection des enfants placés.

Ces différentes mesures feront l'objet d'une étude détaillée au chapitre 22.

17.3. Les rapports entre ces différentes mesures

Toutes ces mesures de protection poursuivent des buts pratiquement identiques et sont comparables deux à deux : la surveillance des placements s'apparente à l'assistance éducative, alors que le retrait de l'autorisation de recueillir un enfant sortit pratiquement les mêmes effets que le retrait du droit de garde.

12) Hess, Rechtliche Stellung, 155

Au sujet de l'assistance éducative, il faut suivre l'avis de Mme Degoumois (13), tendant à la confier à l'organe de surveillance des placements, ce qui a pour effet d'éliminer tout problème de conflit de compétences.

Sur un plan plus général, il faut constater que le cumul des possibilités d'intervention fait bénéficier l'enfant d'une protection encore accrue : par exemple, si l'intérêt de l'enfant commande son retrait de chez ses parents nourriciers, l'important n'est pas de savoir par quelle voie ce retrait doit intervenir (retrait de l'autorisation ou retrait du droit de garde selon l'art. 310 al. 1 CCS), mais que ce retrait soit effectif. Par contre, un partage strict des compétences entre l'autorité tutélaire et l'autorité de surveillance peut éventuellement amener des conflits négatifs de compétences, ce qui serait à coup sûr nuisible au bien de l'enfant. Il est par ailleurs prévu dans l'ordonnance du Conseil fédéral du 19 octobre 1977 que les tâches de surveillance et d'autorisation des placements soient confiées à l'autorité tutélaire, tant que les cantons n'ont pas prévu d'autorités particulières (art. 2 OPE).

Enfin, le retrait de l'autorisation de recueillir un enfant placé ne préjuge en rien de la possibilité d'octroi d'une telle autorisation pour un autre enfant. Pareillement, le retrait du droit de garde (art. 310 CCS) ne pénalise pas les parents nourriciers, mais touche uniquement les prérogatives des père et mère détenteurs de l'autorité parentale, de telle sorte qu'une telle mesure n'interdit pas, à l'avenir, aux parents nourriciers de recueillir un autre enfant.

13) Degoumois, Situation juridique, 148

Section 5

La responsabilité du chef de famille

Chapitre 18 (unique)

Aux termes de l'art. 333 CCS, le chef de famille est responsable du dommage causé par les mineurs et interdits ou les personnes atteintes de maladie mentale et les faibles d'esprit placés sous son autorité. Il s'agit d'une responsabilité causale (1), basée sur l'équité, les personnes énumérées par cette disposition n'ayant, dans la grande majorité des cas, pas les moyens financiers de réparer les dommages qu'elles causent (2).

La réponse à la question de savoir si les parents nourriciers ou les organes de l'établissement sont responsables de l'enfant qu'ils hébergent au sens de l'art. 333 CCS dépend de l'interprétation de l'art. 331 CCS, selon lequel l'autorité domestique - qui est la cause de la responsabilité du chef de famille - sur les personnes vivant en ménage commun appartient à celui qui est le chef de la famille en vertu de la loi, d'un contrat ou de l'usage, telle qu'elle a été donnée par la jurisprudence (3) : "l'autorité domestique suppose en premier lieu, selon l'art. 331 CCS, l'existence d'un ménage commun. Mais, cela étant, on ne peut, en principe, considérer comme détenteur de l'autorité domestique sur un mi-

1) Deschenaux / Tercier, Responsabilité, 106 ; Karlen 112 et ss ; Keller 108 ; Oftinger 239 ; Wessner 61 ; ATF 103 II 24

2) Deschenaux / Tercier, Responsabilité, 106 ; Oftinger 241 ; Silbernagel note 2 ad art. 333 ; Wessner 59

3) ATF 71 II 62 = JT 1945 I 466

neur ou un interdit, un faible d'esprit ou un malade mental, que celui qui est en fait placé dans une situation qui lui permet d'exercer la surveillance que la loi attend de la part du chef de famille ; le reproche de négliger un devoir de surveillance ne peut en effet s'adresser qu'à celui qui eût été en état de le remplir. Là où ce reproche ne peut d'emblée être fait, la responsabilité particulière de l'art. 333 CCS ne se justifie pas. L'autorité domestique visée par l'art. 333 CCS dépend donc de circonstances extérieures variables et peut par conséquent appartenir successivement à plusieurs personnes".

La responsabilité d'une personne en sa qualité de chef de famille dépend de diverses conditions, qui peuvent être influencées par le placement de l'enfant.

18.1. Le chef de la famille et la personne dont il est responsable doivent vivre en ménage commun. Cette communauté est en principe établie lorsque le gîte et le couvert sont communs (4). Il doit, de plus, en résulter des liens personnels très étroits. Ainsi, en cas de placement de l'enfant, ce dernier quitte la communauté domestique de ses père et mère pour entrer dans celle de ses parents nourriciers ou de l'établissement qui l'héberge (5). L'exigence de liens personnels étroits implique en outre qu'il n'y a pas de ménage commun dans les cas de courtes visites de quelques heures, ou même de quelques jours (6). Logiquement, il ne cesse pas non plus lors de courtes absences (7), mais un séjour de vacances est souvent la cause de la constitution d'un nouveau ménage commun (8).

Lorsque l'enfant passe les fins de semaine au domicile de ses père et

4) Egger note 10 ad art. 331 ; Wessner 37 ; ATF 101 II 3

5) Egger note 11 ad art. 331

6) Deschenaux / Tercier, Responsabilité, 109 ; Karlen 12 ; Keller 111 ; Thilo 262 ; Wessner 48 ; ATF 71 II 62 = JT 1945 I 466

7) Extraits FR 1947 p. 3

8) Karlen 12 ; Keller 111 ; ATF 79 II 350

mère, la responsabilité appartient successivement aux parents nourriciers, puis aux père et mère. La responsabilité incombe alors à ceux-ci depuis le moment où l'enfant arrive chez eux jusqu'à son retour dans la famille qui l'accueille (9).

18.2. Le chef de famille exerce l'autorité domestique, qui n'est pas identique à l'autorité parentale (10), parce que seule la surveillance de fait est déterminante. Cette surveillance implique subordination : le chef de famille est celui qui, par sa situation, a la compétence et le pouvoir d'empêcher les membres de la communauté de causer des dommages (11).

Le séjour de l'enfant au de l'interdit doit avoir duré assez longtemps pour permettre à celui qui serait désigné comme responsable de prendre les mesures nécessaires pour parer aux dommages éventuels (12). La doctrine presque unanime (13) estime que c'est la loi qui détermine qui, du mari ou de la femme, est le détenteur de l'autorité domestique. En effet, l'art. 160 al. 1 CCS précise que le mari est le chef de l'union conjugale. L'épouse n'est alors, en matière de responsabilité du chef de famille, considérée que comme l'auxiliaire du mari (14) (15).

9) ATF 71 II 62 = JT 1945 I 466

10) Deschenaux / Tercier, Responsabilité, 109 ; Kehl 110 ; Wessner 38

11) Oftinger 250

12) Oftinger 256

13) Deschenaux / Tercier, Responsabilité, 109 ; Egger note 15 ad art. 331 ; Kehl 109 ; Keller 110 ; Oftinger 250 et 257
Contra : Karlen 13 et 115 et ss ; Silbernagel note 11 ad art. 333, ainsi que ATF 103 II 24, qui semble préparer le terrain à une mise sur pied d'égalité du mari et de la femme

14) ATF 103 II 24

15) L'on se référera à l'ouvrage de Wessner au sujet des effets de la révision du droit matrimonial sur la notion de chef de famille. Cet auteur estime que, dès que la femme sera cochef de famille, elle sera coresponsable aux côtés de son mari, ce qui fondera une responsabilité solidaire des époux (p. 82 et ss)

En matière de responsabilité, il est toutefois préférable de s'en tenir au principe de l'exercice de fait de la surveillance nécessaire. Les parents nourriciers ont donc l'autorité domestique (16), mais il dépendra des circonstances de savoir si c'est le père ou la mère nourricière qui est responsable de l'enfant confié.

Il faut également considérer que la surveillance que doit exercer le personnel d'une institution fonde une responsabilité de chef de famille selon l'art. 333 CCS : un internat constitue un "ménage commun", et les pensionnaires sont soumis à l'autorité du maître de pension (17). Il peut s'agir d'une personne morale (18), qui répare par ses organes (19). Lorsque la direction de l'établissement relève d'un collège, la responsabilité de ses membres est solidaire (20).

Enfin, les institutions de droit public, notamment les maisons de correction, ne sont pas responsables directement selon l'art. 333 CCS (21).

18.3. La titularité de l'autorité domestique découle de la loi, d'un contrat ou de l'usage. Dans le cas de placement, la responsabilité de chef de famille peut dépendre de ces trois sources. En effet, lorsque l'enfant rend visite à ses père et mère, ce sont eux qui sont respon-

16) Bertholet 56 ; Deschenaux / Tercier, Responsabilité, 109 ; Hegnauer note 23 ad art. 264-269 ; Kehl 75, 109 ; Völkle 88, 116

17) Silbernagel note 12 ad art. 333 ; ATF 44 II 7 = JT 1918 I 196

18) Deschenaux, Protection juridique, 91 ; Deschenaux / Tercier, Responsabilité, 109 ; Egger note 15 ad art. 331 ; Karlen 13 ; Kehl 110 ; Keller 110 ; Oftinger 259 ; Wessner 47 ; ATF 79 II 261 = JT 1954 I 378

19) Deschenaux, Protection juridique, 91 ; Karlen 13 ; Keller 110 ; ATF 79 II 261 = JT 1954 I 378

20) Kehl 109 ; Oftinger 258 ; ATF 44 II 7 = JT 1918 I 196

21) Deschenaux, Protection juridique, 91 ; Egger note 31 ad art. 333 ; Oftinger 259 ; Wessner 42

sables en vertu de la loi. Par contre, la responsabilité de celui qui est partie au contrat de placement découle de ce contrat. Enfin, la responsabilité peut dépendre de l'usage, par exemple lorsque c'est le père nourricier qui est partie au contrat de placement, alors que c'est la mère nourricière qui exerce, de fait, l'autorité domestique.

TROISIEME PARTIE : LA FIN DU PLACEMENT ET LA FIN DU CONTRAT DE PLACEMENT

Il convient de distinguer soigneusement la fin du placement et la fin du contrat de placement, qui ne coïncident pas toujours. En effet, la fin du placement est une pure question de fait, qui peut avoir comme cause ou comme conséquence juridique la fin du contrat de placement sous-jacent.

Ainsi, trois situations peuvent se présenter :

- la fin du placement coïncide avec la fin du contrat de placement. C'est le cas, par exemple, lorsque l'enfant placé atteint sa majorité.
- la fin du placement précède la fin du contrat de placement. C'est notamment le cas lorsque le détenteur de l'autorité parentale fait usage de son pouvoir de retirer immédiatement l'enfant placé, sans respecter les termes de résiliation convenus avec les parents nourriciers.
- la fin du placement suit la fin du contrat de placement. On pense ici au cas où, après l'échéance du contrat de placement, l'enfant demeure encore, à titre provisoire, au foyer de ses parents nourriciers.

Nous examinerons donc en premier lieu les causes de la fin du placement de l'enfant et leurs conséquences sur le contrat de placement, après quoi nous examinerons de quelle manière la fin du contrat de placement peut intervenir.

Chapitre 19

Les causes de la fin du placement

19.1. L'âge de l'enfant

Une des principales causes de la fin du placement réside dans la surveillance d'un certain âge de l'enfant.

L'ordonnance du Conseil fédéral réglant le placement d'enfants, du 19 octobre 1977, soumet à autorisation et à surveillance le placement familial d'un enfant d'âge scolaire ou de moins de 15 ans révolus (art. 4 OPE), l'âge le plus élevé étant seul déterminant. Pour les placements à la journée, la protection de l'autorité ne s'étend qu'aux enfants de moins de 12 ans révolus (art. 12 OPE). Enfin, en ce qui concerne le placement d'enfants dans des institutions, l'ordonnance ne prévoit aucune limite d'âge et parle simplement d'enfants (art. 13 al. 1 lettre a OPE), sauf pour les crèches et garderies, où la limite d'âge est fixée à 12 ans (art. 13 al. 1 lettre b OPE). Il n'existe donc aucune unité : les limites d'âge prévues par cette ordonnance signifient simplement que la protection particulière prévue par ces dispositions n'est plus nécessaire passé un certain âge. Cela ne signifie pas pour autant que le placement prend fin une fois que la limite de protection prévue par l'ordonnance est atteinte.

Le régime des mesures éducatives instituées par le Code pénal est lui aussi très hétéroclite. Les mesures applicables aux enfants de 7 à 15 ans prennent fin au plus tard à l'âge de 20 ans révolus (art. 86 bis al. 3 CPS). Elles peuvent, exceptionnellement, être remplacées par les mesures applicables aux adolescents dès que l'enfant atteint l'âge de 15 ans révolus (art. 86 bis al. 2 CPS).

S'agissant de placements d'adolescents en maison d'éducation, ils prennent fin dès l'âge de 22 ou 25 ans révolus (art. 94 ch. 5 CPS). Dans le silence de la loi, les placements familiaux d'adolescents prennent également fin dès l'âge de 22 ans révolus (1).

Enfin, en ce qui concerne les jeunes adultes, les mesures de placement peuvent être au besoin prolongées jusqu'à l'âge de 30 ans (art. 100 ter CPS).

Weiss (2) estime que le placement de l'enfant prend fin avec l'accomplissement de la seizième année. Il justifie cette limite d'âge par l'exigence de liberté liée à l'accession de l'enfant à une certaine maturité et indépendance, une telle conception se trouvant au surplus en harmonie avec le souci du bien de l'enfant, qui serait ainsi appelé à assumer de lui-même certaines responsabilités. Cet auteur procède par analogie avec l'art. 409 CCS, qui assure un droit de collaboration du pupille âgé de 16 ans au moins. Cette limite peut toutefois être reportée d'un au deux ans, notamment lorsque l'adolescent se trouve à cette époque en apprentissage. Cette théorie ne pose malheureusement pas de règle suffisamment rigide et, pour cette raison déjà, elle doit être rejetée.

M. Hegnauer (3) parle de 18 ans : il tient justement compte du report opéré par Weiss et en fait une règle générale. Ailleurs (4), cet auteur précise néanmoins que les mesures protectrices de l'enfant prennent fin à la survenance de sa majorité. C'est dire déjà que la limite d'âge de 18 ans ne peut constituer la règle générale de la fin des placements.

Par contre, les auteurs qui ont spécialement étudié le placement de l'en-

1) ATF 76 IV 224

2) Weiss 117

3) Hegnauer note 28 ad art. 264 - 269

4) Hegnauer note 56 ad art. 284

fant estiment avec raison que le placement prend fin avec la majorité de l'enfant, qui peut survenir par l'accomplissement de la vingtième année (art. 14 al. 1 CCS), par le mariage (art. 14 al. 2 CCS), ou par émancipation (art. 15 CCS) (5).

Le placement de l'enfant est une institution du droit privé fédéral. Par conséquent, toute autre limite d'âge que la majorité est purement artificielle et s'achoppe d'ailleurs à des imprécisions inévitables, même lorsqu'il s'agit d'un critère aussi précis que la fin de la scolarité obligatoire, cet âge variant d'un canton à l'autre, et ne tenant au surplus pas compte des enfants qui poursuivent des études ou entrent en apprentissage, alors qu'ils ont justement besoin d'un appui particulier dans ces étapes importantes de leur vie (6). S'agissant d'une institution de droit privé fédéral, seule une norme de droit privé fédéral et non une norme de droit public cantonal peut fixer le terme du placement de l'enfant.

C'est d'ailleurs la seule solution qui soit conforme au but et à l'esprit du placement. En confiant un enfant à une famille ou à une institution, le responsable de son éducation et de son entretien - parents, tuteur, autorités chargées d'une fonction de protection de la jeunesse - délègue à ces personnes l'exercice de pouvoirs appartenant à l'autorité parentale ou à ses substituts. Le terme de "enfant" doit donc être compris dans le sens commun du droit de la famille, c'est-à-dire toute personne qui n'est pas majeure et qui est soumise à l'autorité parentale de ses père et mère ou, à défaut, à la tutelle des mineurs.

La survenance de la majorité de l'enfant met ipso iure un terme au placement de l'enfant et met également fin au contrat de placement, nonobstant d'éventuels termes différents qui auraient été stipulés. En effet,

5) Bertholet 79 ; Markus 126 ; Schweizer 254 ; Völkle 152, 153 ;
RDT 1958 145

6) Bertholet 79

l'enfant une fois majeur , toute délégation de l'autorité parentale devient impossible, et l'exécution du contrat de placement devient, elle aussi, objectivement impossible.

19.2. Le décès d'une des personnes concernées par le placement

19.2.1. Le décès des parents nourriciers

Lorsque l'enfant a été confié à une seule personne, le décès de celle-ci entraîne la caducité du contrat de placement : il est éminemment personnel, conclu intuitu personae.

Par contre, lorsque la convention liait conjointement deux personnes - le cas le plus fréquent étant celui du couple marié qui héberge un enfant -, le décès de l'une d'entre elles ne met pas automatiquement fin aux droits et obligations de l'autre. Le placement subsiste donc, mais le responsable de l'éducation de l'enfant confié devra réexaminer soigneusement toutes les circonstances modifiées par la survenance de ce fait nouveau important, parce que l'éducation et l'entretien de l'enfant pourraient souffrir de cette nouvelle situation (7). Ainsi, le décès d'un des parents nourriciers peut être la cause indirecte de la fin du placement. Par contre, il n'est pas une cause de la fin du contrat de placement, les droits et obligations découlant de ce contrat étant alors à la charge du coobligé qui survit.

Le décès du directeur de l'établissement dans lequel l'enfant est placé n'affecte le placement que dans la mesure où il est lui-même partie au contrat.

Lorsque le père ou la mère nourricière décède, l'autorité devra examiner l'éventualité d'un retrait de l'autorisation de recevoir l'enfant

7) Dans le même sens : Bertholet 84 ; Markus 127

placé. Lorsque l'enfant est placé chez une personne seule, l'autorisation tombe et ne passe pas aux héritiers, celle-ci étant personnelle et intransmissible.

19.2.2. Le décès de l'enfant

Si l'enfant confié aux soins de tiers décède, le placement et le contrat de placement prennent fin.

19.2.3. Le décès du détenteur de l'autorité parentale

Bien que le contrat de placement s'apparente dans une certaine mesure au contrat de mandat, la mort du détenteur de l'autorité parentale ne met pas d'elle-même fin au placement de l'enfant, au contraire de l'art. 405 al. 1 CO. Lorsque, à la suite du décès de tous les détenteurs de l'autorité parentale, un tuteur est désigné à l'enfant, celui-ci doit décider lui-même de la continuation ou de l'interruption du contrat de placement. En principe, le décès des père et mère ne justifie pas le déplacement de l'enfant. Si le tuteur décide néanmoins d'y mettre fin, il est tenu au respect des délais de congé qui auraient été stipulés dans la convention liant le détenteur de l'autorité parentale aux parents nourriciers.

Le décès du tuteur de l'enfant n'affecte pas non plus son placement : un nouveau tuteur doit être désigné, qui décidera si le placement doit être continué.

19.3. Le divorce des père et mère ou des parents nourriciers

19.3.1. Le divorce des père et mère détenteurs de l'autorité parentale oblige le juge du divorce de statuer sur le sort de l'enfant mineur que les parents ont en commun (art. 156 CCS). Il se peut donc qu'il ordonne un déplacement de l'enfant placé antérieurement. Lorsque c'est le juge lui-même qui ordonne la fin du placement, il faut admettre qu'il

est mis fin à la fois au placement et au contrat de placement, dont l'exécution devient impossible par un fait non imputable à l'une des parties au contrat (art. 119 CO). Par contre, si le parent attributaire de l'autorité parentale décide de mettre fin au contrat de placement, il est tenu aux clauses de dénonciation prévues dans la convention, sous réserve de son droit inaliénable de retirer l'enfant en tout temps.

19.3.2. Il peut également arriver que le mariage des parents nourriciers donne lieu à l'intervention du juge matrimonial. Ce juge est-il alors compétent pour statuer sur le sort des enfants placés chez ces époux ?

L'art. 156 CCS parle certes des mesures nécessaires concernant "l'exercice de l'autorité parentale", mais il apparaît évidemment que c'est la titularité des droits et obligations qui en découlent qui est ici visée, davantage que leur exercice. Comme les parents nourriciers n'ont aucun pouvoir sur l'enfant confié, si ce n'est l'exercice de ceux que le détenteur de l'autorité parentale aura bien voulu leur abandonner, le juge du divorce des parents nourriciers ne peut donc pas intervenir pour décider de l'attribution de l'enfant confié, ni d'une hypothétique pension d'entretien ou d'un droit de visite (8). Pour le juge, le placement de l'enfant est une *res inter alios acta*, dont le caractère contractuel est nettement prédominant. Faute de base légale, il ne peut donc rien décider (9). Toute solution contraire porterait une atteinte inéquitable aux prérogatives du détenteur de l'autorité parentale ou du droit de garde sur l'enfant placé.

Néanmoins, le divorce des parents nourriciers a inévitablement des inci-

8) Bertholet 85

9) Bertholet 85 ; Kehf, RDS 194B 239 ; Völkle 157 ; RDT 1973 111.
Toutefois, selon Bühler note 198 ad art. 145, des mesures provisoires seraient admissibles à propos de l'enfant recueilli, si les deux époux sont parties au contrat de placement

dences sur le sort du placement. En effet, le divorce signifie un changement notable dans les circonstances qui ont conduit au placement. Dans ces conditions, il incombe au détenteur du droit de garde sur l'enfant de déterminer s'il peut être continué et, le cas échéant, auprès duquel des époux divorcés.

Nous relèverons enfin qu'il peut être déconseillé de laisser un enfant étranger chez des parents dont l'entente est si mauvaise qu'elle conduit à une procédure de divorce. Le placeur, éventuellement l'autorité, devrait en principe intervenir avant que le divorce ne soit prononcé et placer l'enfant ailleurs. De même, une autorisation de recueillir l'enfant placé ne doit être accordée à une personne divorcée qu'avec la plus extrême prudence, davantage encore lorsqu'elle n'est pas attributaire de l'autorité parentale sur les enfants communs.

19.4. La fin des mesures tutélaires et pénales

19.4.1. La fin des mesures tutélaires, art. 310 CCS

Lorsque le placement de l'enfant est consécutif au retrait du droit de garde (art. 310 CCS), il prend fin dès que les causes de ce retrait ont disparu (10).

Avant de prendre la décision de réintégrer l'enfant dans son milieu naturel, l'autorité devra en quelque sorte "tester" les relations entre l'enfant et ses père et mère : ce but peut être atteint par des séjours plus longs et plus fréquents de l'enfant chez ses père et mère (11). En principe, c'est l'autorité qui a pris la décision de placement qui est compétente pour la rapporter (12). Toutefois, si le placement a été or-

10) Bertholet 82 ; Egger note 8 ad art. 284 ; Hegnauer note 61 ad art. 284 ; Rutz 120 ; Schweizer 255 ; Völkle 145 ; RDT 1947 137 ; RDT 1961 126

11) Bertholet 82 ; Hegnauer note 60 ad art. 284

12) Bertholet 82 ; Hegnauer note 62 ad art. 284 ; Rutz 119 ; Schweizer 259 ; Völkle 146

donné dans le cadre d'une procédure matrimoniale, il n'est pas nécessaire d'introduire une action en modification du jugement de divorce (art. 157 CCS), l'autorité tutélaire étant compétente pour réintégrer dans son droit de garde le parent titulaire de l'autorité parentale, parce que la position du parent non attributaire n'est pas modifiée par cette décision (art. 315 a al. 1 CCS) (13). L'autorité tutélaire est toujours compétente, même si le retrait du droit de garde est intervenu à la demande des père et mère de l'enfant (14).

La décision de réintégration met fin au placement, mais l'autorité, en tant que partie au contrat, doit respecter les délais de résiliation convenus.

19.4.2. La fin des mesures pénales

Les mesures de placement prévues par le Code pénal en faveur des mineurs délinquants visent à leur donner l'éducation appropriée à leurs besoins et dont la commission de l'infraction a révélé la carence.

Le juge ne peut en principe jamais préciser quelle sera la durée du placement ordonné, parce qu'il est pratiquement impossible de prévoir quand le retard de l'éducation sera comblé. Aussi, dès que la mesure de placement de l'enfant aura atteint son but, l'autorité d'exécution y mettra fin (art. 86 al. 3 CPS). Il est également loisible à l'autorité de modifier en tout temps les mesures éducatives ordonnées (art. 86 al. 1 CPS), ce qui peut conduire à la fin du placement.

Pour les adolescents, le principe de la réalisation du but a certes la même validité, mais la libération d'une maison d'éducation ne peut pas intervenir tant que le placement n'aura pas duré une année, afin de permettre l'assimilation de l'adolescent dans son nouveau milieu (15). Si l'adoles-

13) Contra : Völkle 146

14) Hegnauer note 62 ad art. 284

15) Bracher 35

cent est particulièrement perverti ou s'il a commis un crime ou un délit dénotant qu'il est extrêmement dangereux ou difficile, le placement devra durer deux ans au moins (art. 94 ch. 1 CPS).

La fin du placement dans une maison d'éducation doit obligatoirement être précédé d'une consultation de la direction de l'établissement (art. 86 bis al. 3, 94 ch. 1 CPS).

La libération conditionnelle des jeunes adultes peut être ordonnée lorsque la mesure aura duré une année ou moins (art. 100 ter ch. 1 CPS). Lorsque les conditions de la libération conditionnelle ne sont pas remplies, l'autorité peut, après un placement de trois ans, libérer le jeune homme ou prolonger la durée de la mesure d'une année (art. 100 ter ch. 2 CPS).

La compétence d'ordonner la fin de la mesure de placement appartient non pas à l'autorité de jugement, mais exclusivement à l'autorité d'exécution, au contraire de ce qui prévalait avant la révision législative de 1971 (16).

Avant que de mettre fin au placement, l'autorité devra tenir compte d'un éventuel apprentissage que l'adolescent aurait entrepris (17), comme elle aura soin de tester le milieu familial avant d'y réintégrer l'enfant ou l'adolescent, de telle sorte que la fin du placement pourra facilement coïncider avec la fin du contrat de placement.

19.5. L'intervention de l'autorité de protection des enfants placés

Le placement de l'enfant hors de son foyer naturel est soumis à une autorisation, qui peut être retirée en tout temps lorsque les conditions

16) Bertholet 81 ; Ryffel 147
Contra : Völkle 148

17) Dans ce sens : Schatzmann 204

de son octroi ne sont plus remplies. Le contrat de placement est donc soumis à la condition suspensive de l'autorisation. Son retrait signifie certes la fin du placement, et non la fin du contrat de placement.

L'autorité tutélaire peut également mettre prématurément un terme à un placement en retirant le "droit de garde" aux parents nourriciers, conformément à l'art. 310 al. 3 CCS. Comme en cas de retrait de l'autorisation de recevoir un enfant placé, l'intervention de l'autorité tutélaire met un terme au placement, mais non au contrat (18).

19.6. L'exercice du droit de retrait

L'art. 301 al. 3 CCS stipule que "l'enfant ne peut quitter la communauté domestique sans l'assentiment de ses père et mère ; il ne peut pas non plus leur être enlevé sans cause légitime". Cette disposition consacre le droit de garde des père et mère détenteurs de l'autorité parentale. Ce droit est strictement personnel, inaliénable et imprescriptible (19). C'est précisément la raison pour laquelle le retrait du droit de garde par l'autorité tutélaire est prévu par une disposition légale expresse (art. 310 CCS).

Des caractéristiques du droit de garde, il résulte que son détenteur ne peut valablement s'engager envers les tiers à ne pas retirer l'enfant confié (20). Cela ne signifie néanmoins pas, comme on le verra ci-dessous, qu'il ne serait pas tenu au respect d'un éventuel délai de résiliation stipulé par convention. Les père et mère détenteurs du droit de garde, ainsi que le tuteur, qui a les mêmes prérogatives (21), peuvent l'exercer en tout temps, mais un retrait en temps inopportun peut

18) Voir les chapitres 17 et 22

19) Bertholet 48 ; Egger note 12 ad art. 284 ; Hegnauer note 79 ad art. 273 ; Weiss 50 ; RDT 1955 105 ; RDT 1968 128

20) Bertholet 48 ; Hegnauer note 79 ad art. 273 ; Markus 108 ; Weiss 56 ; RDT 1968 128

21) Oettli 82

provoquer l'intervention de l'autorité tutélaire selon l'art. 310 al. 3 CCS.

Le droit de garde fait partie intégrante de l'autorité parentale.

Si les père et mère en sont privés, le droit de garde, et par conséquent le droit de retirer l'enfant appartient exclusivement au tuteur. Lorsque le droit de garde a été retiré aux père et mère en application de l'art. 310 CCS, mesure à laquelle il faut assimiler le retrait du droit de garde par le juge du divorce ou le placement par le juge pénal, les père et mère, même détenteurs de l'autorité parentale, n'ont plus le pouvoir de retirer leur enfant de son lieu de placement : cette compétence appartient à qui a ordonné la mesure de placement.

19.7. L'adoption de l'enfant par les parents nourriciers

L'art. 264 CCS exige que l'adoption soit précédée d'un placement de l'enfant chez ses futurs parents pendant au moins deux ans. L'adoption a pour effet de donner à l'adopté le statut d'un enfant de ses parents adoptifs, en même temps que les liens de filiation antérieurs sont rompus (art. 267 al. 1 et 2 CCS).

Ceci a pour conséquence que, par l'adoption, le placement, ainsi que le contrat de placement prennent fin. En effet, les qualités de débiteur et de créancier du contrat de placement sont alors confondues dans une seule et même personne (art. 118 al. 1 CO).

Il n'est pas exclu que l'établissement d'un lien de filiation entre les parents nourriciers et l'enfant, mettant ainsi fin au placement, intervienne outrement que par l'adoption de l'enfant : on pense ici notamment au cas où le père nourricier reconnaîtrait l'enfant placé.

Chapitre 20

La fin du contrat de placement

Le contrat de placement est une convention soumise au droit des obligations et s'apparente aux autres contrats durables, tels que les contrats de bail, de travail ou de mandat. Comme tous ces contrats, le contrat de placement peut être conclu pour une durée déterminée, auquel cas le contrat prend fin à l'expiration du temps convenu, ou pour un temps indéterminé, et les parties conviennent alors généralement d'un délai de résiliation.

Les auteurs qui ont étudié le contrat de placement (1) estiment que les parties au contrat de placement peuvent convenir d'un délai de résiliation, mais que le détenteur du droit de garde sur l'enfant confié n'est pas tenu de le respecter, attendu que son droit est inaliénable. Cette manière de voir procède assurément d'une confusion entre le placement et le contrat de placement. Le titulaire du droit de garde peut en effet mettre fin en tout temps au placement, mais cela n'implique pas obligatoirement qu'il est mis fin au même moment au contrat de placement.

L'analogie avec le contrat de mandat (2) n'est pas adéquate : sauf convention contraire, il pourrait être mis fin en tout temps au contrat de placement (art. 404 CO). Le titulaire du droit de garde ne serait ici pas non plus tenu au respect de la clause de congé stipulée, alors que les parents nourriciers le seraient. Cette situation mettrait ces derniers dans une relation de dépendance trop étroite avec le déten-

1) Bertholet 80 ; Völkle 143

2) Bertholet 80 ; Hegnauer note 28 ad art. 264 - 269 ; Völkle 143 et ss

teur du droit de garde. Ne pas convenir de délai de congé et appliquer uniquement l'art. 404 CO résoudrait certes le problème, mais le principe de sauvegarde du bien de l'enfant interdit tout déplacement irréfléchi, et convenir d'un délai de congé donne précisément une certaine stabilité à une situation précaire.

Faut-il dès lors admettre que le délai de congé stipulé dans le contrat de placement lie uniquement les parents nourriciers, tandis que le titulaire du droit de garde sur l'enfant se verrait appliquer l'art. 404 CO, au surplus amputé de la réserve de convention contraire, alors même que les autres causes de la fin du contrat de mandat seraient inapplicables (3) ?

La seule façon de concilier les deux principes de l'inaliénabilité du droit de garde et du caractère obligatoire des contrats est de bien distinguer le placement du contrat de placement qui lui est connexe.

En effet, les dispositions du droit de la filiation qui sont applicables, directement ou par analogie au placement des enfants, ainsi que les règles du droit des obligations poursuivent des buts totalement différents, les dernières concernant avant tout l'aspect patrimonial du placement.

Nonobstant le droit du titulaire du droit de garde de retirer en tout temps l'enfant confié aux soins de tiers, les délais de résiliation du contrat de placement s'imposent tant à celui-ci qu'aux parents nourriciers. Simplement, toute prétention en dommages-intérêts résultant de l'inexécution de la convention demeure réservée.

Lorsque l'exécution du contrat devient impossible par le fait du détenteur du droit de garde sur l'enfant, les parents nourriciers ne peuvent pas, en raison du droit inaliénable de retirer l'enfant en tout temps,

3) Völkle 156

exiger l'exécution de la convention en nature. Par contre, ils ont droit à la réparation du préjudice matériel découlant de cette inexécution. Les règles ordinaires du droit des obligations relatives à l'inexécution des obligations (art. 97 et ss CO) sont alors applicables (4). Néanmoins, le placement d'un enfant n'étant que très rarement source de profit matériel pour les parents nourriciers, il pourra être difficile d'apporter la preuve d'un dommage, qui peut alors consister, par exemple, dans le fait que les parents nourriciers auraient pris des dispositions irrévocables en vue de la continuation du placement.

Les père et mère de l'enfant peuvent également posséder une prétention en dommages-intérêts à la suite de la carence des parents nourriciers. On pense ici particulièrement au cas où l'enfant est retiré de son lieu de placement parce que les parents nourriciers n'ont pas exécuté convenablement leurs obligations, aux cas du retrait du droit de garde des parents nourriciers (art. 310 CCS) et du retrait de l'autorisation de recevoir un enfant (5).

4) Bertholet 86 ; Rutz 126

5) Voir en outre Vogel - Etienne 135 ss, qui examine également dans quelle mesure l'obligation de réparer peut s'appuyer sur l'art. 28 CCS

QUATRIEME PARTIE : LE CONTRAT DE PLACEMENT

Chapitre 2I (unique)

21.1. Les parties au contrat

Le placement de l'enfant mineur hors de son foyer familial intéresse à la fois l'enfant, ses père et mère, les parents nourriciers, ainsi que, le cas échéant, la personne ou l'autorité qui procède au placement. Il s'agit donc de déterminer qui est partie à la convention de placement, compte tenu des droits et obligations que ce contrat fait naître en faveur ou à la charge de chacune de ces personnes.

21.1.1. Les parents nourriciers

Ce sont eux qui assument, envers l'enfant, ses père et mère et le placeur, les obligations caractéristiques du placement : ils s'engagent en effet à pourvoir à l'entretien et à l'éducation de l'enfant qui leur est confié. Directement obligés, ils sont parties à la convention de placement.

Ce peut être une personne physique, un couple, ou une personne morale, agissant par ses organes, lorsque l'enfant est confié à une institution.

21.1.2. Le placeur

21.1.2.1. En cas de placement par les père et mère ou par le tuteur

Le placement de l'enfant implique le transfert aux parents nourriciers

de l'exercice de nombreux droits inhérents à l'autorité parentale ou au droit de garde. Si les père et mère disposent de la garde de l'enfant, ils sont parties au contrat de placement. Il en va de même du tuteur, conformément à l'art. 405 al. 2 CCS, celui-ci agissant en son propre nom, et non en qualité d'organe de l'Etat, comme en cas de placement par l'autorité.

La doctrine (1) utilise parfois le terme de "représentant légal de l'enfant", ce qui procède d'un raccourci malencontreux et tend à démontrer que le détenteur de l'autorité parentale ou du droit de garde n'est pas directement obligé par le contrat de placement, ce qui est manifestement inexact.

21.1.2.2. En cas de placement par une autorité

En retirant le droit de garde aux père et mère, l'autorité tutélaire, le juge matrimonial et le juge des mineurs leur retirent également le droit de conclure le contrat de placement.

L'autorité chargée de l'exécution de la mesure, soit l'autorité tutélaire (art. 315 a al. 1 CCS) et l'autorité d'exécution des mesures pénales, conclut la convention de placement avec les parents nourriciers (2). Elle agit alors en tant que représentante de la collectivité publique (3), qui est directement obligée.

21.1.3. Les père et mère

Lorsque le placement de l'enfant n'intervient pas sur l'initiative des père et mère, parce qu'ils sont déchus du droit de garde sur l'enfant, ceux-ci ne sont pas parties au contrat de placement. L'autorité agit en

1) Hess, Rechtliche Stellung, 154 ; Markus 101

2) Hegnauer note 45 ad art. 284 ; Ryffel 136 ; Schweizer 267

3) Bertholet 33 ; Ryffel 136

tant qu'organe de l'Etat et non comme représentante des père et mère.

Le placement entraîne pourtant des obligations pour eux, notamment quant à la pension due aux parents nourriciers et au droit de visite. Ces obligations découlent cependant de la loi et de la décision leur retirant leur droit de garde, et non directement de la convention passée entre les parents nourriciers et l'autorité.

21.1.4. L'enfant

Alors que la grande majorité de la doctrine (4) estime que l'enfant n'est pas partie à la convention de placement, Kehl (5) estime que, le contrat de garde - dont le contrat de placement est une espèce (6) - accordant à l'enfant lui-même des droits et des obligations, celui-ci est toujours partie au contrat, par l'intermédiaire de son représentant légal.

Lors de l'étude des effets de droit civil du placement, il s'est toutefois avéré qu'aucune obligation n'incombait à l'enfant, si ce n'est le devoir d'obéir aux parents nourriciers, ainsi que les prescriptions relatives aux devoirs réciproques. Comme nous l'avons vu, la disposition de l'art. 272 CCS ne fait qu'ériger en règle juridique un devoir moral découlant naturellement de la vie communautaire. L'enfant n'est donc tenu à cette règle à l'égard de ses parents nourriciers que par l'ordre moral, et dans la mesure où son représentant légal l'y enjoint.

Le devoir d'obéissance envers les parents nourriciers ne fait pas non plus naître d'obligations nouvelles pour l'enfant, qui ne fait alors que suivre l'ordre de ses père et mère d'obéir à ses parents nourriciers. Cette obligation n'est donc qu'indirecte et ne dépend pas du contrat de placement.

4) Bertholet 32 ; Markus 101, 102 ; Völkle 57

5) Kehl 47

6) Kehl 46

Enfin, nous avons indiqué, dans la première partie de cet ouvrage, quelles étaient les personnes et autorités compétentes pour procéder à un placement de l'enfant. Il n'y est pas fait mention de l'enfant : le droit de le placer, de même que le droit de conclure le contrat de placement n'appartiennent en effet qu'aux père et mère (art. 301 al. 3 CCS), au tuteur (art. 405 al. 2 CCS), ou à une autorité qui, en vertu d'une disposition légale expresse, est habilitée à retirer le droit de garde aux père et mère.

L'enfant n'est donc jamais partie au contrat de placement. Il n'est par ailleurs pas rare qu'un enfant, ou, plus particulièrement, un adolescent, s'oppose à la mesure de placement dont il est l'objet.

21.2. La nature juridique du contrat de placement

21.2.1. Droit privé ou droit public

21.2.1.1. En cas de placement privé

Lorsque la convention de placement lie les parents nourriciers aux père et mère ou au tuteur de l'enfant, il ne fait aucun doute qu'il s'agit de droit privé, fondant la compétence des tribunaux civils.

21.2.1.2. En cas de placement par une autorité

La question de savoir si les rapports entre l'autorité qui place l'enfant et les parents nourriciers sont régis par le droit public ou par le droit privé doit être tranchée en faveur du droit privé : sans conteste, la conclusion, ainsi que les effets du contrat de placement ne ressortissent pas au droit public (7), et l'autorité ne fait pas acte de puissance publique, les parties étant placées sur un strict plan d'égalité.

7) Bertholet 34 ; Egger note 13 ad art. 284 ; Hegnauer note 24 ad art. 264 - 269 ; Ryffel 136 ; Völkle 59 ; Weiss 48, 49

Le contrat de placement est donc en tous les cas soumis au droit privé, quand bien même constituent des décisions de droit public l'acte par lequel l'enfant est retiré à ses père et mère et l'autorisation de recueillir un enfant placé (8).

21.2.2. Droit de famille ou droit des obligations

21.2.2.1. Le contrat de placement en tant qu'institution de droit de famille

Une partie des auteurs (9) estiment devoir rattacher le contrat de placement au droit de famille.

Dans sa thèse, Kehl (10) définit le contrat de garde comme le contrat qui est la cause de la garde, institution de droit de famille. Le contrat de garde, qui peut être conclu entre les père et mère disposant entre eux de la garde de l'enfant, entre les parents ou le tuteur et les tiers (placement privé), ainsi que, dans une certaine mesure, entre l'autorité tutélaire et des tiers, est un contrat de droit de famille auquel, en vertu de l'art. 7 CCS, les dispositions générales du Code des obligations sont applicables, de même que les dispositions sur le contrat de mandat, directement ou par analogie.

21.2.2.2. Le contrat de placement est régi par le droit des obligations

Les autres auteurs (11) estiment pour leur part que le contrat de placement est de seul droit des obligations. Il ne s'agit en effet pas d'un contrat de droit de famille, défini comme "la convention ayant pour but de créer, de modifier, de transférer ou de supprimer un rapport de

8) Bertholet 34 ; Weiss 49

9) Egger note 44 ad art. 405 ; Kehl 44 ; Markus 101 ; Naef - Hofmann 105 ; Weiss 49 et ss

10) Kehl 44

11) Bertholet 35 ; Völkle 59 et ss

droit de famille"(12).

L'étude des effets du placement a démontré qu'il ne se crée jamais, du seul fait du placement, de relations de parenté ou d'ordre successoral entre l'enfant et ses parents nourriciers (13) : le placement n'a aucune influence directe sur le statut de l'enfant, si l'on excepte la possibilité de changement de nom, qui n'est cependant pas automatique (14).

Sous l'empire de l'ancien droit de l'adoption, il y avait certes quelques ressemblances entre le placement de l'enfant, qui crée ce que la doctrine alémanique appelle un "Quasi - Eltern - Kindverhältnis" (15), et le contrat d'adoption. Cette similitude a aujourd'hui disparu. Si l'on admettait actuellement que le contrat de placement est un contrat de droit de famille, on irait à l'encontre de la volonté clairement exprimée du législateur de ne pas admettre de procédure d'adoption simplifiée à côté de l'adoption plénière (16).

On ne saurait non plus tirer argument de la place dans la loi des dispositions relatives au placement. En effet, celles-ci, au demeurant fort rares, ne font que préciser certains points là où une analogie avec les règles sur les effets de la filiation n'est pas possible.

Le contrat de placement est donc un contrat de droit des obligations comprenant toutefois certaines analogies avec le droit de famille (17).

12) Weil 53 et ss, 55

13) Bertholet 16 ; Hegnauer note 25 ad art. 264 - 269 ; Völkle 61 ; RDT 1958 145

14) Dans le même sens : Völkle 61

15) Eichenberger 130 ; Hegnauer, Von zweifachen Grund, 15 ; Völkle 60

16) Grossen, Conditions de l'adoption, 122

17) Bertholet 35 ; Völkle 62 ; RDT 1958 145 ; RDT 1964 114

21.2.3. Le contrat de placement est un contrat innommé

Nonobstant les quelques règles disséminées dans notre droit de la filiation relatives au placement des enfants, le contrat de placement est un contrat innommé, ses éléments essentiels n'étant pas directement réglés par la loi (18 (19)).

21.2.4. Le contrat de placement est un contrat sui generis

La doctrine (20) a défini le contrat sui generis comme étant la figure contractuelle comportant exclusivement ou en partie des éléments constitutifs ne se retrouvant dans aucun des types de contrats prévus par la loi, alors que le contrat mixte réunit des éléments constitutifs de divers types de contrats prévus par la loi, ou des éléments constitutifs de divers types de contrats en partie réglés et en partie non réglés par la loi.

Certes, le contrat de placement rassemble de nombreux éléments identiques ou analogues à ceux d'autres contrats, tels que le contrat de bail par la mise à disposition du gîte, le contrat de pension pour le couvert, le contrat d'apprentissage ou d'enseignement à propos de l'éducation de l'enfant confié. Toutefois, chacun des éléments constitutifs du contrat de placement est si intimement lié aux autres qu'il est absolument impossible de l'analyser en faisant totale abstraction des autres. Comme l'a démontré à juste titre Mme Völkle (21), l'application analogique des dispositions relatives à ces divers types de contrats est parfois impossible et d'autres fois dangereuse.

Le contrat de placement doit dès lors être considéré comme un contrat sui

18) Meier - Hayoz, FJS 1134 1

19) Dans le même sens : Völkle 65

20) Engel 127, 128 ; Meier - Hayoz, FJS 1134 1

21) Völkle 66, 67

generis (22), auquel on applique par analogie les dispositions sur les effets de la filiation, ainsi que les règles sur le contrat de mandat à titre subsidiaire (23).

La qualification de contrat de droit des obligations sui generis est importante : outre que les parties jouissent d'une très large autonomie (24), les éventuels litiges relatifs au placement seront tranchés, non par l'autorité tutélaire, mais par le juge civil ordinaire (25).

21.2.5. Le contrat de placement est une stipulation pour autrui

Par le contrat de placement, l'exercice de droits et d'obligations inhérents à l'autorité parentale est transmis aux parents nourriciers. De leur côté, les parents nourriciers s'engagent à user de ces prérogatives dans l'intérêt de l'enfant qui leur est confié. Abstraction faite des motivations des parties au contrat, l'enfant est donc l'unique bénéficiaire de la prestation des parents nourriciers. Le contrat de placement constitue une stipulation pour autrui (art. 112 CO) (26), le stipulant - le détenteur de l'autorité parentale - se faisant promettre par le promettant - les parents nourriciers - une prestation en faveur d'un tiers bénéficiaire - l'enfant - (27) (28).

22) Markus 101 ; Völkle 68

Contra : Bertholet 35 ; Meier - Hayoz FJS 1135 p. 7, qui voit essentiellement un contrat de pension, mixte

23) Bertholet 35, 36 ; Eichenberger 130 ; Ryffel 136 ; Völkle 72, 86

24) Bertholet 35

25) RDT 1964 114

26) Hegnauer note 26 ad art. 264.-269 ; Völkle 73 ; RSJ 1958 p. 186 no 107, à propos du contrat d'internat

27) Engel 284

28) Kehl 47 est d'un autre avis, mais sa démonstration est viciée par le fait que, pour cet auteur, le détenteur de l'autorité parentale agit en qualité de représentant légal de l'enfant, qui est lui-même partie au contrat. Völkle 73 critique également cette opinion.

L'enfant n'est cependant que le réceptionnaire de la prestation des parents nourriciers. Il ne peut pas en obtenir directement l'exécution (29) : le contrat de placement est donc une stipulation pour autrui imparfaite.

21.3. Le contenu du contrat

21.3.1. Les éléments essentiels

L'essence même du placement de l'enfant réside dans le transfert aux parents nourriciers de l'exercice de droits et obligations inhérents à l'autorité parentale. L'accord de volonté des parties doit donc obligatoirement porter sur le principe même de ce transfert (30).

La personne de l'enfant confié doit être déterminée : il n'est en effet pas indifférent aux parties que le placement concerne l'enfant A et non l'enfant B. Le contrat de placement contiendra donc toutes les précisions nécessaires à individualiser l'enfant placé.

21.3.2. Les points secondaires

Les autres stipulations du contrat de placement concernent les points secondaires que le juge peut, à défaut d'accord des parties, régler en tenant compte de la nature de l'affaire (art. 2 al. 2 CO). Il s'agit notamment des modalités du droit aux relations personnelles, de la durée et de la fin du contrat de placement, rangées parfois parmi les éléments essentiels (31).

La rémunération des parents nourriciers constitue également un point secondaire. Dans le silence du contrat, le juge le complétera en application de l'art. 294 CCS, non de l'art. 2 al. 2 CO.

29) Völkle 73

30) Weiss 50, 53

31) Bertholet 38

21.3.3. Le complètement et l'interprétation du contrat

Nous avons vu que le contrat de placement est un contrat de droit des obligations comprenant certaines analogies avec le droit de famille. En complétant et en interprétant le contrat de placement selon la nature de l'affaire, le juge devra s'inspirer des principes suivants :

- chaque fois qu'il est possible, il faut recourir à l'application analogique des règles sur les effets de la filiation, sans oublier toutefois que la titularité de l'autorité parentale est intransmissible (32).
- le contrat de placement est conclu en faveur de l'enfant. En cas de doute, il faut donc préférer la solution la plus favorable au bien de l'enfant (33), suivant en cela l'adage "in dubio pro infante".

21.4. La forme du contrat

Notre droit positif ne contient aucune prescription de forme dont dépendrait la validité du contrat de placement, qui peut dès lors être conclu oralement et même tacitement (art. 11 et 1 CO). Les auteurs (34) regrettent tous l'absence d'une telle prescription de forme, que les cantons ne peuvent au surplus pas imposer (35).

Malgré les avantages de la forme écrite, qui ressortissent essentiellement à la sécurité juridique et au besoin de protéger les intéressés contre des décisions irréfléchies (36), il faut bien reconnaître que les interventions de l'autorité de surveillance atténuent dans une

32) Bertholet 35 ; Weiss 50

33) Weiss 50

34) Bertholet 37 ; Egger note 13 ad art. 284 ; Hegnauer note 24 ad art. 264-269 ; Markus 102 ; Weiss 52

35) Völkle 74 ; ATF 65 I 65

36) Völkle 75 ; Weiss 52

large mesure les inconvénients liés à l'absence de forme. Il ne faut pas non plus perdre de vue que le placement est une institution toute de souplesse, qui s'accommode mal d'une réglementation rigide. Les formulaires mis sur pied par les services spécialisés devraient donc se borner à régler les points essentiels du contrat.

21.5. La fin du contrat

Nous renvoyons, à ce propos, au chapitre 20 ci-devant.

CINQUIEME PARTIE : LE DROIT PUBLIC FEDERAL DES PLACEMENTS D'ENFANTS

Chapitre 22

L'ordonnance réglant le placement d'enfants (OPE)

"Le placement d'enfants auprès de parents nourriciers est soumis à l'autorisation et à la surveillance de l'autorité tutélaire ou d'un autre office du domicile des parents nourriciers, désigné par le droit cantonal" (art. 316 al. 1 CCS).

Sur la base de cette disposition, le Conseil fédéral a édicté l'ordonnance réglant le placement d'enfants du 19 octobre 1977, entrée en vigueur le 1er janvier 1978. Il est en effet apparu, au cours des travaux de révision de notre droit de la filiation, que les enfants placés couraient davantage de dangers que les enfants vivant dans leur milieu naturel, et qu'il fallait par conséquent compléter les mesures protectrices de l'enfant (art. 307 et ss CCS) par des dispositions de droit public dont le but serait avant tout préventif (1).

Afin "d'offrir la protection nécessaire contre le manque d'amour et la dureté possible des parents nourriciers aux enfants séparés de leurs parents naturels" (2), l'ordonnance réglant le placement d'enfants of-

1) Message du Conseil fédéral FF 1974 II 89 ; Degoumois, Situation juridique, 140

2) RDT 1947 25

fre trois instruments : une procédure d'autorisation, un devoir de s'annoncer et une surveillance régulière du placement.

Ces mesures se complètent l'une l'autre. En effet, une procédure d'autorisation n'est efficace que dans la mesure où une surveillance permet de contrôler si les conditions d'octroi de l'autorisation demeurent remplies. De même, une surveillance est inutile si elle n'est pas précédée d'une procédure d'autorisation, sans laquelle l'activité projetée n'est pas permise (3).

Les fonctions d'autorisation et de surveillance ressortissent selon le droit fédéral à l'autorité tutélaire du lieu de placement, à moins que le droit cantonal ne désigne un autre office (art. 316 CCS, 2 OPE). Cette réserve en faveur des cantons permet de sauvegarder les structures existantes (4). En même temps, il faut encourager les cantons qui ne l'ont pas encore fait à créer de tels organismes spécialisés : les autorités tutélaires manquent très souvent des connaissances et du personnel approprié à ces tâches, particulièrement dans le domaine des placements institutionnels (5).

Ratione loci, la compétence se justifie par le fait que les circonstances déterminantes pour le placement doivent être examinées par l'autorité la mieux à même de le faire, soit l'autorité du lieu de placement (6).

22.1. L'autorisation

L'autorisation prévue par l'ordonnance fédérale est une autorisation de police (7), qui constate uniquement qu'il n'existe aucun obstacle de

3) Hess, Notwendigkeit, 294

4) Degoumois, Situation juridique, 144

5) Hess - Haerberli, Verordnung, 84

6) Degoumois, Situation juridique, 144 ; Egger note 55 ad art. 405 ; Hess - Haerberli, Verordnung, 84

7) Bertholet 70 ; Hess - Haerberli, Verordnung, 83 ; Hess, Rechtliche Stellung, 152 ; Völkle 51 ; Weiss 101 (malgré l'utilisation du terme de "Konzession")

police à l'exercice de l'activité projetée (8). Elle est personnelle. et intransmissible.

Elle n'est valable que pour un enfant déterminé, dans les cas de placement familial (art. 8 al. 2 OPE), ou pour une institution déterminée qui peut accueillir un nombre déterminé de pensionnaires d'un type déterminé (art. 16 al. 2 OPE). De plus, tout changement de directeur de l'établissement entraîne l'obligation de requérir une nouvelle autorisation (art. 16 al. 3 OPE).

Lorsque les exigences posées par l'ordonnance sont remplies, l'autorisation doit être accordée ; elle doit par contre être refusée chaque fois qu'elles ne le sont pas. Les charges et conditions dont elle peut être assortie (art. 8 al. 2, 16 al. 2 OPE) doivent être dictées par l'intérêt de l'enfant uniquement (9). En effet, il ne s'agit pas tellement de limiter la liberté de celui qui a la charge de l'éducation de l'enfant, mais de rechercher ce qui peut être profitable à ce dernier.

L'autorisation doit être accordée préalablement à l'accueil de l'enfant : cette exigence découle de son caractère policier. On évite ainsi certains déplacements de l'enfant, qui lui sont généralement préjudiciables, sans pour autant empêcher les placements d'urgence, puisque l'autorité tutélaire peut prendre des décisions immédiatement exécutoires (10). Cas échéant, il faut laisser provisoirement l'enfant dans sa famille naturelle ou le placer dans un foyer d'observation (11).

Force est de reconnaître que les parents nourriciers comprennent parfois mal l'exigence de cette autorisation, surtout lorsqu'elle doit émaner d'un conseil municipal en sa qualité d'autorité tutélaire. Un refus est

8) Imboden / Rhinow 979 ; Völkle 51

9) Markus 106

10) Hess, Verordnung, 88

11) Degoumois, Situation juridique, 143

trop souvent interprété comme l'expression d'une rogne personnelle ou d'autres sentiments plus ou moins avouables. Il n'en demeure pas moins que l'autorisation requise par l'ordonnance réglant le placement d'enfants constitue un réel progrès dans la protection de l'enfant, progrès qui doit être salvé.

22.1.1. Les placements familiaux soumis à autorisation

"Une autorisation officielle est requise pour le placement, pendant plus de trois mois ou pour une durée indéterminée, d'un enfant d'âge scolaire ou n'ayant pas encore atteint 15 ans révolus, chez des parents nourriciers qui se chargent d'assurer son entretien et son éducation à titre onéreux ou gratuit" (art. 4 al. 1 OPE).

Est ainsi soumis à autorisation tout placement prévu pour plus de trois mois ou pour une durée indéterminée. On peut critiquer une telle solution. Afin d'échapper à la protection de l'autorité, l'enfant risque d'être déplacé fréquemment. Dans de tels cas toutefois, l'autorité tutélaire devra intervenir sur la base des art. 307 et ss CCS. De plus, un placement peut être à l'origine prévu pour une courte durée et par conséquent ne pas être soumis à l'ordonnance, puis être prolongé par la suite. En accord avec M. Hess - Haerberli (12), il faut donc inviter les cantons à prévoir une norme de durée plus sévère. On prendra garde néanmoins de ne pas soumettre à autorisation les placements de très courte durée, par exemple de moins d'un mois : bien souvent en effet, de tels placements sont des solutions de fortune qu'il est indésirable d'empêcher par une intervention officielle.

S'agissant de l'âge de l'enfant, le texte de l'ordonnance est imprécis, lorsqu'il parle d'un enfant d'âge scolaire ou n'ayant pas encore atteint 15 ans révolus. En réalité, les deux termes de cette proposition sont cu-

12) Hess - Haerberli, Verordnung, 85

mulatifs : c'est le terme le plus lointain qui est pris en considération (13). Ici également, les cantons peuvent fixer un âge limite plus élevé.

Enfin, le caractère gratuit ou onéreux du placement ne joue aucun rôle quant à la possibilité d'intervention de l'autorité : en effet, un placement stipulé gratuit ne constitue pas à lui seul une garantie suffisante que l'enfant sera bien traité par ses parents nourriciers.

Le troisième alinéa de l'art. 4 OPE est une curiosité : il habilite les cantons à prévoir un régime moins sévère que celui du droit fédéral lorsque l'enfant est placé dans sa parenté. La parenté est la relation produite par la descendance commune (14). L'ordonnance ne détermine pas jusqu'à quel degré de parenté le placement peut être soustrait au régime de l'autorisation. Afin de ne pas rendre illusoire la portée de cette ordonnance, il convient, à notre avis, de ne pas aller au-delà du troisième degré de parenté, soit donc celui qui sépare, par exemple, l'oncle de son neveu.

Les conditions d'octroi de l'autorisation sont énumérées à l'art. 5 OPE : elles concernent la personnalité des parents nourriciers (âge, santé, aptitudes éducatives, motivations), la situation de la famille d'accueil (hygiène, conditions de logement, situation sociale et économique), ainsi que l'environnement des parents nourriciers (présence d'enfants, d'autres personnes). Lorsque l'enfant est placé en vue d'adoption, l'autorité doit également s'assurer que les conditions d'adoption définies à l'art. 264 et ss CCS sont apparemment remplies. Il s'agit évidemment d'un examen *prima facie*, qui ne préjuge pas de la décision finale. Toutefois, cette précaution permet d'interdire les placements en vue d'adoption qui appa- raissent d'emblée dénués de toute chance de succès. S'agissant d'enfants

13) Hess - Haeberli, Verordnung, 85

14) Deschenaux - Steinauer 98 ; ATF 82 IV 100 = JT 1956 IV 109

étrangers, l'art. 6 al. 2 OPE soumet l'autorisation de leur placement à des conditions spéciales, notamment en ce qui concerne le but du placement : un enfant étranger ne peut être accueilli qu'en vue de son adoption ou pour un autre motif important (art. 6 al. 2 lettre b OPE).

22.1.2. Les placements institutionnels soumis à autorisation

Aux termes de l'art. 13 al. 1 OPE, sont soumis à autorisation les institutions accueillant plusieurs enfants pour la journée ou la nuit (lettre a), quel que soit le but du séjour de l'enfant, ainsi que les crèches, garderies et autres établissements accueillant plusieurs enfants de moins de 12 ans, placés régulièrement à la journée (lettre b).

A la différence des placements familiaux, l'âge de l'enfant et la durée du placement n'ont pas d'importance, à l'exception toutefois des crèches et garderies mentionnées à l'art. 13 al. 1 lettre b OPE.

Les conditions d'octroi de l'autorisation sont à peu près identiques à celles relatives au placement familial. Elles concernent la personnalité du directeur de l'établissement et de ses collaborateurs (art. 15 al. 1 lettre b OPE), la situation de l'établissement - conditions d'hébergement, situation économique, hygiène, etc. (art. 15 al. 1 lettres c, d et e OPE) -, ainsi que l'environnement, c'est-à-dire les exigences touchant à la prise en charge de plusieurs enfants (art. 15 al. 1 lettres a et b OPE).

22.1.3. L'examen des circonstances déterminantes pour l'octroi de l'autorisation

Avant de décider de l'octroi ou du refus de l'autorisation sollicitée, l'autorité mène une enquête afin de déterminer si les conditions de son octroi sont remplies (art. 7 et 15 al. 2 OPE). Ce travail sera en principe confié à des personnes spécialisées, notamment lorsqu'il s'agit de placer un enfant en vue de son adoption (art. 7 al. 2 OPE).

Tout changement important des conditions de placement pouvant entrer en ligne de compte dans la procédure d'octroi de l'autorisation doit être annoncé à l'autorité par les parents nourriciers ou la direction de l'établissement, soit par les personnes tenues de requérir l'autorisation (art. 9 et 18 OPE).

Il peut arriver que des modifications particulièrement importantes amènent à un retrait de l'autorisation. L'autorité doit agir avec beaucoup de souplesse, parce qu'il faut, autant que possible, éviter qu'un enfant ne soit déplacé quand cette mesure n'est pas indispensable. Dans ce domaine également, l'autorité doit donc respecter le principe de proportionnalité.

Il convient ici d'examiner trois hypothèses :

- a) une des conditions essentielles du placement est modifiée. Il faut alors demander une nouvelle autorisation. A notre avis, cette procédure ne devrait concerner que deux situations, soit lorsque la famille nourricière va s'établir dans le ressort d'une autre autorité que celle qui a délivré la première autorisation (15) - il s'agit alors uniquement d'une question de compétence -, soit en cas de changement de directeur de l'établissement, titulaire de l'autorisation, non transmissible (art. 16 al. 3 OPE).
- b) les autres modifications, même relativement importantes, n'obligent pas ceux qui hébergent un enfant à requérir une nouvelle autorisation. Nous pensons ici notamment au cas du décès d'un des parents nourriciers (16). La surveillance de l'autorité est à notre avis suffisante pour assurer la protection de l'enfant. Au besoin, les contrôles seront plus fréquents. Avant tout, l'autorité aidera de ses conseils les parents nourriciers pour surmonter les difficultés qui surgissent,

15) Hess, Notwendigkeit, 295, semble d'un avis différent

16) Hess, Notwendigkeit, 295

et ceci en collaboration avec le responsable du placement.

- c) Enfin, dans les cas extrêmes, l'autorité retirera l'autorisation, lorsqu'il est impossible de remédier à certains manquements ou de surmonter certaines difficultés (art. 11 et 20 OPE). Conformément au principe de proportionnalité, il faut qu'aucune autre mesure ne soit susceptible de remédier aux défauts ainsi constatés.

22.2. Le devoir de s'annoncer

Alors que les institutions qui reçoivent plusieurs enfants de moins de 12 ans, placés régulièrement à la journée, sont soumises à la procédure d'autorisation, les personnes physiques qui s'offrent publiquement à recevoir de tels enfants contre rémunération doivent simplement s'annoncer à l'autorité (art. 12 OPE). Cette différence tient au fait que, si le placement à la journée fait courir très peu de dangers aux enfants, la réunion de plusieurs enfants dans le même établissement exige du personnel qualifié, ainsi que des installations spéciales. Cette distinction est par ailleurs toute relative : le devoir de s'annoncer permet à l'autorité d'avoir connaissance des cas de placement à la journée et d'exercer ainsi la surveillance que lui impose l'ordonnance (art. 12 al. 2 OPE). Même, dans des cas extrêmes, elle peut interdire de tels placements à la journée (art. 12 al. 3 OPE).

22.3. La surveillance des placements

Elle provoque fréquemment des conflits de compétences entre le responsable du placement (détenteur de l'autorité parentale, tuteur, autorité tutélaire, etc.) et le surveillant désigné par le droit public. M. Hess (17) a proposé une solution théorique : l'organe de contrôle des placements, désigné par le droit public, surveille exclusivement la famille nour-

17) Hess, Pflegekinderschutz, 94 - 95

ricière, alors que la surveillance des soins personnels à l'enfant appartient au responsable du placement. Toutes ces personnes poursuivent néanmoins un but identique, celui d'assurer le bien-être de l'enfant. L'essentiel est alors que cette tâche soit effectuée, et un éventuel conflit de compétences positif ne peut pas nuire à l'enfant. De plus, la surveillance de l'autorité est avant tout une fonction de police, en étroite corrélation avec la procédure d'autorisation, dont les conditions ne concernent pas uniquement la famille nourricière. En conséquence, un partage schématique est irréalisable en pratique. Enfin, pour le cas où le placeur surveille suffisamment le placement, l'autorité peut renoncer à cette tâche (art. 10 al. 3 OPE).

L'abandon de la surveillance officielle doit cependant être laissé à la libre appréciation de l'autorité, ce qui implique qu'elle doit pouvoir en tout temps revenir sur sa décision. Cet abandon n'est pas possible pour les placements institutionnels (art. 19 OPE). En effet, l'intérêt des enfants vivant en communauté n'est pas égal à la somme des intérêts de chaque enfant pris individuellement ; de plus, on voit mal le placeur se prononcer sur les capacités professionnelles des éducateurs ou sur l'équipement des locaux d'hébergement.

La surveillance des placements, que l'autorité peut déléguer à des personnes qualifiées (art. 10 al. 1 et 19 al. 1 OPE), s'exerce avant tout par des visites à domicile et des dialogues avec l'enfant, les parents nourriciers et le responsable du placement, qu'on entendra, à notre avis, si possible séparément. Il n'est pas opportun de préciser davantage les tâches du contrôleur (18), afin d'éviter toute rigidité. On peut discuter sur l'opportunité d'avertir les parents nourriciers de la visite du surveillant (19). Certes, le risque existe qu'ils fassent disparaître tout ce qui pourrait les compromettre, mais il est également inutile que le surveillant trouve porte close ou surveille si maladroitement le placement qu'il perde la confian-

18) Bertholet 73

19) Bertholet 71, ainsi que Hess, Notwendigkeit, 297, préconisent des visites à l'improviste

ce des parents nourriciers de l'enfant. On veillera à ne pas trop faire ressentir à l'enfant qu'il est la seule cause des visites. La surveillance tend à deux buts (art. 10 al. 2 et 19 al. 2 et 3 OPE) : s'assurer que les conditions dont dépend l'octroi de l'autorisation sont remplies et procurer aux parents nourriciers, par le dialogue, aide et conseils dans les difficultés qu'ils rencontrent (20).

Les décisions de l'organe de contrôle sont immédiatement exécutoires (21), sans qu'elles nécessitent toujours une confirmation de la part du responsable du placement, ce qui aurait pour effet de rendre illusoire toute protection de l'enfant placé par le droit public.

20) Bertholet 71, 72 ; Hess, Notwendigkeit, 297, 298 ; Weiss 105, 106

21) Bertholet 72

Chapitre 23

L'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption (OIA)

Elle trouve son origine à l'art. 269 c al. 2 CCS, aux termes duquel "celui qui fait de tels placements (en vue d'adoption) à titre professionnel ou en relation avec sa profession doit avoir une autorisation ; le placement par les organes de la tutelle est réservé".

Au sens de l'ordonnance fédérale du 28 mars 1973, l'activité d'intermédiaire consiste à signaler qu'il existe une occasion d'adopter un enfant mineur et, le cas échéant, à placer celui-ci auprès de parents nourriciers en vue d'une adoption future (art. 2 OIA).

A l'instar de celle réglant le placement d'enfants, cette ordonnance prévoit trois instruments à la disposition de l'autorité : une procédure d'autorisation, une obligation de s'annoncer, ainsi qu'une surveillance officielle.

L'autorité compétente à raison de la matière est déterminée par le droit cantonal, qui doit désigner une autorité unique (art. 20 al. 1 OIA). Cette désignation est soumise à la censure du Conseil fédéral prévue aux art. 52 et ss titre final CCS (art. 20 al. 2 OIA).

A raison du lieu, est compétente l'autorité du lieu où l'intermédiaire exerce son activité (art. 21 OIA) ; l'intermédiaire qui est simplement tenu de s'annoncer s'adresse à l'autorité compétente pour délivrer l'autorisation d'accueillir un enfant (art. 19 al. 1 OIA), soit l'autorité du lieu de placement (art. 2 al. 1 OPE).

23.1. L'activité soumise à autorisation

En principe, toute activité d'intermédiaire est soumise à autorisation, pour autant qu'elle soit exercée à titre professionnel ou en relation avec la profession (art. 269 c al. 2 CCS). Il est cependant sans importance que cette activité soit exercée à titre principal ou accessoire, de façon indépendante ou au service d'une autre personne, à titre gratuit ou onéreux, avec ou sans publicité (art. 4 al. 1 OIA).

Ici également, il s'agit d'une autorisation de police (1), constatant qu'il n'existe aucun obstacle d'ordre policier à l'exercice de l'activité d'intermédiaire. Elle est personnelle, intransmissible, valable dans toute la Suisse pour une durée maximale de cinq ans (art. 7 OIA).

Les conditions dont dépend l'octroi de l'autorisation, mentionnées aux art. 5 et 6 OIA, sont éminemment personnelles. Néanmoins, les personnes morales peuvent bénéficier d'une autorisation, dans la mesure où les personnes physiques responsables remplissent les conditions de son octroi (art. 4 al. 2 OIA).

23.2. L'obligation de s'annoncer

Les intermédiaires dont l'activité n'est pas soumise à autorisation doivent s'annoncer à l'autorité (art. 19 al. 1 OIA). Cette disposition concerne uniquement les personnes qui ne font pas métier, à titre principal ou accessoire, de s'entremettre en vue de placer un enfant chez de futurs parents adoptifs. Le caractère gratuit ou onéreux n'est en lui-même pas déterminant, mais une rémunération constitue toutefois un indice sérieux que l'activité d'intermédiaire s'opère à titre professionnel, soumise par conséquent à la procédure d'autorisation.

Le devoir de s'annoncer permet à l'autorité de procéder à l'enquête préa-

1) Hegnauer note 19 ad art. 269 c

lable au placement, prévue par l'ordonnance réglant le placement d'enfants. Par contre, pour le cas où l'activité d'intermédiaire est soumise à autorisation, c'est l'intermédiaire lui-même qui procède à l'enquête prévue à l'art. 9 OIA, ce qui permet à l'autorité de surveillance des placements de renoncer à celle prévue à l'art. 7 OPE. Dans les deux cas toutefois, l'intermédiaire attendra que l'autorisation de recueillir l'enfant soit délivrée avant de procéder au placement.

Enfin, les organes de tutelle qui exercent une activité d'intermédiaire en vue de l'adoption ne sont pas soumises à la procédure d'autorisation et ne sont pas tenues non plus de s'annoncer (art. 269 c al. 2 in fine CCS, 18 OIA).

23.3. La surveillance

Comme dans le cas de l'ordonnance réglant le placement d'enfants, la procédure d'autorisation et l'obligation de s'annoncer sont doublées d'une surveillance officielle.

Lorsque l'autorité de surveillance constate que l'autorisation a été délivrée sur la base de renseignements erronés, ou que les conditions de son octroi ne sont plus remplies, elle retire l'autorisation. Les contraventions graves et répétées aux obligations imposées à l'intermédiaire par l'ordonnance, mentionnées à l'art. 17 al. 1 lettre c OIA, rentrent dans cette dernière catégorie.

L'autorisation étant valable dans toute la Suisse, son retrait prend effet pour toute la Suisse également.

23.4. Nécessité actuelle d'une telle ordonnance

L'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption était assurément d'une grande utilité au moment de l'entrée en vigueur du nouveau droit de l'adoption (1er avril 1973) et jusqu'au 1er janvier 1978, date de l'entrée en vigueur du droit révisé de la filiation, plus particulièrement

de l'ordonnance du 19 octobre 1977 réglant le placement d'enfants.

La réglementation de l'ordonnance visait en effet deux objectifs principaux : en premier lieu, il fallait s'assurer que les personnes s'occupant d'adoption jouissaient des qualités morales et professionnelles suffisantes, de manière à ce que l'enfant à adopter ne soit pas considéré simplement comme une marchandise, mais bien comme un être humain ayant besoin d'une protection toute particulière ; ensuite, il fallait s'assurer que le placement de l'enfant était approprié, afin que l'adoption puisse si possible être couronnée de succès, l'intermédiaire exécutant alors l'enquête prévue à l'art. 9 OIA.

Il faut bien reconnaître, en ce qui concerne ce dernier point, que l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption fait double emploi maintenant avec l'ordonnance réglant le placement d'enfants. En effet, cette dernière soumet en principe tous les placements à autorisation, qui ne peut être délivrée qu'après enquête (art. 7 OPE). Ainsi, le but de l'ordonnance du 28 mars 1973 est maintenant relativement restreint, mais il est cependant suffisamment important pour que ce texte garde sa nécessité.

CONCLUSION

Le placement du mineur hors de son foyer familial touche à la sphère d'intérêts de toutes les personnes concernées par le placement : les père et mère, détenteurs ou non de l'autorité parentale, éventuellement le tuteur, les parents nourriciers et l'enfant. Ces intérêts sont hélas parfois contradictoires, et c'est le rôle du législateur que de déterminer lequel doit l'emporter sur les autres, ou de prévoir des voies de droit permettant d'éliminer ces conflits d'intérêts.

Une première constatation s'impose, et nous l'avons maintes fois soulignée : c'est l'intérêt de l'enfant qui doit prédominer.

Le principe est simple. Ce qui l'est moins, c'est son application. L'enfant évolue, rapidement ; c'est un être en devenir, et son intérêt suit logiquement cette évolution : il s'agit, comme l'écrit M. Carbonnier (1), d'un intérêt en devenir.

La réglementation du placement de l'enfant doit impérativement tenir compte des fluctuations de l'intérêt qu'il doit servir. Il faut donc des règles souples, susceptibles de s'adapter rapidement aux circonstances à chaque fois nouvelles que dicte l'évolution de la personnalité de l'enfant et, par voie de conséquence, ses besoins. A cet égard, il importe de toujours considérer le placement de l'enfant comme une institution précaire, quand bien même, et c'est heureux, de nombreux placements durent longtemps, jusqu'à la majorité de l'enfant parfois.

Le droit de mettre en tout temps un terme au placement, qui se déduit de l'art. 301 al. 3 CCS, doit donc être regardé comme une des règles essen-

1) Dalloz, 1960, J, 673, 677

tielles du placement, destinée à protéger l'enfant.

Cela ne signifie cependant pas, et nous l'avons démontré, que ce droit soit illimité : au contraire, l'art. 310 al. 3 CCS permet précisément à l'autorité tutélaire d'interdire le déplacement de l'enfant lorsque cette mesure menace son intérêt. La réglementation du placement ne s'accommode donc pas que de règles souples : il lui faut également une certaine rigidité. En effet, ce n'est point l'enfant qui détermine lui-même où est son intérêt, mais le détenteur de l'autorité parentale ou le tuteur. De plus, les parents nourriciers ne doivent pas être laissés à l'écart. A cause de leur proximité avec l'enfant qu'ils accueillent, ils seront entendus avant toute décision importante (art. 300 al. 3 CCS). Cette disposition aussi protège l'enfant.

Néanmoins, s'il est difficile pour un juge ou une autorité neutre de cerner l'intérêt d'autrui, ce l'est davantage encore lorsque le détenteur de l'autorité parentale ou les parents nourriciers doivent décider de l'intérêt de l'enfant dont ils sont responsables. On ne saurait en effet leur faire grief d'y mêler leurs propres sentiments et de juger au travers d'eux-mêmes du bien de l'enfant : juges et parties, ils auront une tendance naturelle de rapprocher leur propre intérêt de celui de l'enfant jusqu'à les faire parfois coïncider. Le risque existe donc de voir ces personnes disputer à perte de vue l'intérêt de l'enfant que chacun prétend sauvegarder au mieux.

La résolution de tels conflits peut s'opérer par deux voies. D'abord, le législateur a édicté diverses règles strictes, comme en matière de pension alimentaire (art. 296 CCS) ou d'éducation religieuse (art. 303 al. 2 CCS). Il a également prévu des voies de droit là où une juste solution du litige dépend principalement des circonstances particulières du cas d'espèce : ainsi en est-il notamment de la réglementation du droit aux relations personnelles (art. 273 et ss CCS). Enfin, le législateur a expressément habilité les autorités de tutelle à ordonner des mesures protectrices à l'égard de l'enfant placé hors du foyer de ses père et mère (art. 307 al. 2 CCS).

Ces diverses dispositions, qui n'ont pas toutes été spécialement édictées pour le placement, protègent toutes, à un degré ou à un autre, l'enfant d'abord et les autres intéressés au placement ensuite. Sont-elles suffisantes ou faut-il, de lege ferenda, y ajouter ou y retrancher quelques points ?

Nous avons vu, tout au long de cette étude, que les quelques lacunes ou obscurités de la loi peuvent être aisément corrigées en recourant aux enseignements de la doctrine et de la jurisprudence qui, pour une bonne part, se sont développés sous l'empire de l'ancien droit déjà. Peut-être eût-il fallu consacrer les solutions ainsi proposées par des dispositions légales expresses. Nous ne le pensons cependant pas et nous estimons que le législateur a observé une juste proportion entre le libéralisme et l'interventionnisme en matière de placement des mineurs.

Qu'on nous permette enfin une ultime remarque à propos des compétences en matière de protection des mineurs. Nous avons exposé, au début de cet ouvrage, de quelle manière s'opérerait le partage des compétences. Nous avons également esquissé les épineux problèmes auxquels peuvent être confrontées ces diverses autorités qui, il faut bien le reconnaître, ne disposent malheureusement pas toujours du personnel qualifié pour mener à bien leurs tâches de protection des mineurs. Ce domaine est en effet chaque jour davantage l'affaire de spécialistes pluridisciplinaires : juristes, travailleurs sociaux, pédagogues, psychologues, médecins, etc. Une protection encore accrue des mineurs ne doit cependant pas forcément passer par une révision des dispositions de droit fédéral attributives de compétences, mais par une modification des structures de ces diverses autorités, ce qui ressortit au droit cantonal. A cet égard, il nous paraît que la création de services cantonaux ou régionaux de protection de la jeunesse apporterait une notoire amélioration. On pourrait alors leur confier des tâches ressortissant aux autorités de tutelle, ainsi que, par exemple, la juridiction des mineurs délinquants. La protection des mineurs, ainsi que la collaboration entre les autorités ne s'en porteraient que mieux.