

## Du retrait du droit de garde au retrait de l'autorité parentale: le choix de la mesure la plus adaptée

par Guillaume Choffat, Avocat, Greffier-juriste au Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance de Genève

**Mots-clés:** Autorité parentale, Droit de garde, Garde de fait, Proportionnalité, Retrait de l'autorité parentale, Retrait du droit de garde.

**Stichwörter:** Elterliche Sorge, Entziehung der elterlichen Sorge, Entziehung des Obhutsrechts, Faktische Obhut, Obhutsrecht, Verhältnismässigkeit.

**Parole chiave:** Autorità parentale, Custodia di fatto, Diritto alla custodia, Privazione del diritto alla custodia, Privazione dell'autorità parentale, Proporzionalità.

Lorsque l'on tente de savoir si les circonstances commandent plutôt un retrait du droit de garde (art. 310 CC) ou un retrait de l'autorité parentale (art. 311 et 312 CC), on s'imagine que le choix de la bonne mesure est aisé en raison non seulement de la nature en apparence très différente de ces deux mesures, mais aussi du fait de l'existence d'un *numerus clausus* qui pose une limite déterminée au catalogue des mesures légales autorisées en matière de protection des mineurs. Pourtant, pour être à même de faire le bon choix et de bien circonscrire et déterminer la mesure qu'elle entend prononcer, l'autorité doit en comprendre et en connaître le but, l'utilité, l'étendue et la nature. Ce choix peut se révéler d'une grande complexité en raison de l'interconnexion de ces mesures et du fait qu'elles reposent sur des critères et des conditions similaires. Partant, c'est tout l'intérêt de la présente contribution de mettre en évidence les caractéristiques légales propres au retrait du droit de garde et au retrait de l'autorité parentale, ainsi que les contours définis par la jurisprudence pour savoir laquelle des deux mesures est la plus adaptée dans un cas particulier. Il apparaît alors que le choix final qui revient au juge ou à l'autorité de protection comprend une part d'arbitraire – qui doit évidemment être limitée au maximum – liée à des subjectivités et à des sensibilités différentes, qui sont le propre de chaque homme.

### Zwischen Obhutsentzug und Entzug der elterlichen Sorge: Zur Wahl der verhältnismässigen Massnahme

Steht man vor der Beurteilung der Frage, ob die Voraussetzungen für den Entzug der Obhut (Art. 310 ZGB) oder der elterlichen Sorge (Art. 311 und 312 ZGB) gegeben seien oder nicht, scheint die Antwort nicht nur mit Blick auf die sehr unterschiedlichen Erscheinungsformen der beiden Massnahmen, sondern auch im Hinblick auf den *numerus clausus* von Kinderschutzmassnahmen leicht zu geben sein. Allerdings müssen sich Gericht und Behörden zuvor über deren Ziel, Nützlichkeit, Auswirkungen und Rechtsnatur im Klaren sein, damit die richtige Massnahme angeordnet werden kann. Die Wahl kann sich daher infolge der inneren Zusammenhänge der beiden Massnahmen und der identischen Kriterien und sachlichen Voraussetzungen als komplexe Herausforderung erweisen. Der vorliegende Beitrag untersucht die rechtliche Charakteristik des Obhutsentzugs einerseits, des Entzugs der elterlichen Sorge andererseits sowie die durch die Rechtsprechung geschaffenen Konturen, welche bei der Wahl der verhältnismässigen Massnahmen im Einzelfall ausschlaggebend sind. Das führt zum Schluss, dass die richtige Wahl des Gerichts oder der Behörde immer einer gewissen Beliebigkeit entspringt – was soweit als möglich einzugrenzen ist – und mit individueller Subjektivität und Sensibilität verknüpft ist, wie sie jedem Menschen eigen sind.

## **Dalla privazione del diritto alla custodia parentale alla privazione dell'autorità parentale: la scelta del provvedimento più confacente**

*Quando si riflette per sapere se le circostanze conducono a una privazione della custodia parentale piuttosto che alla privazione dell'autorità parentale (art. 311 e 312 CC), si presume che la scelta del buon provvedimento sia facile se si considera non solo la natura apparentemente molto diversa delle due misure, ma anche il fatto dell'esistenza di un numerus clausus di misure che pone un limite determinato al catalogo dei provvedimenti legali autorizzati in materia di protezione dei minori. Perciò il giudice per essere in grado di fare una buona scelta e per ben circoscrivere e determinare la sentenza che intende pronunciare, deve comprenderne e conoscere lo scopo, l'utilità, l'estensione e la sua natura. Questa scelta può rivelarsi di una grande complessità in conseguenza dell'interconnessione di queste misure perché entrambe si basano su criteri e su condizioni simili. L'obiettivo del presente contributo è di rendere evidenti le caratteristiche legali attinenti alla privazione del diritto alla custodia e alla privazione dell'autorità parentale, così come la cornice definita dalla giurisprudenza, per sapere quale dei due provvedimenti, in un caso particolare, è il più idoneo. Risulta allora che la scelta finale spettante al giudice comporta anche aspetti arbitrari legati a soggettività e sensibilità diverse, proprie alla natura umana, che devono evidentemente essere, nel limite del possibile, contenute.*

### **Table des matières**

<b>I. Introduction</b>	<b>33</b>
<b>II. Le retrait du droit de garde</b>	<b>34</b>
1. <i>Définitions et fondements</i>	34
a) Les droits résiduels des parents consécutifs au retrait du droit de garde	35
b) Les autres conséquences du retrait du droit de garde	36
c) L'intensité de la mesure au regard du principe de proportionnalité	37
2. <i>Le retrait d'office du droit de garde</i>	38
a) Les conditions du retrait d'office du droit de garde	38
i. <i>La menace sérieuse de mise en danger et la proportionnalité</i>	39
ii. <i>Une pesée d'intérêts</i>	39
iii. <i>Le placement approprié</i>	40
b) Quelques délimitations et exemples concrets de mise en danger	41
3. <i>Le retrait du droit de garde à la requête des parents ou de l'enfant</i>	42
4. <i>L'interdiction du retour de l'enfant placé</i>	44
a) L'exposé de la norme	44
b) Les conditions de la norme	45
<b>III. Le retrait de l'autorité parentale</b>	<b>46</b>
1. <i>Définitions et fondements</i>	46
2. <i>Le retrait facilité de l'autorité parentale</i>	47
3. <i>Le retrait ordinaire de l'autorité parentale</i>	48
a) Les conditions du retrait ordinaire de l'autorité parentale	48

i. <i>Un motif tel que l'inexpérience, la maladie, l'infirmité, l'absence ou d'autres motifs analogues</i>	49
ii. <i>Le caractère objectif des motifs invoqués</i>	50
iii. <i>Le retrait de l'autorité parentale pour des manquements envers l'enfant</i>	51
b) Les effets du retrait ordinaire	52
4. <i>Le retrait de l'autorité parentale au regard du principe de proportionnalité</i>	53
5. <i>La tutelle du mineur comme conséquence du retrait de l'autorité parentale</i>	54
a) Les cas de tutelle du mineur	55
b) La fin de la tutelle du mineur	58
<b>IV. Conclusion</b>	<b>58</b>
<b>V. Bibliographie</b>	<b>60</b>

## I. Introduction

La protection du mineur met un important série de mesures à disposition des autorités de protection de l'enfant. Les articles 307 et suivants CC ont pour vocation de protéger au maximum le mineur dont les intérêts sont mis en péril dans ses rapports:

- soit avec ses père et mère, lorsque ceux-ci sont les détenteurs de l'autorité parentale (art. 296 à 298a CC) et/ou du droit de garde sur leur enfant,
- soit avec des tiers, lorsque l'autorité a déjà ordonné le placement de l'enfant en institution ou auprès de parents nourriciers, concurremment au prononcé d'un retrait du droit de garde (art. 310 CC) ou, comme *ultima ratio*, de l'autorité parentale (art. 311/312 CC).

La présente contribution se focalise sur l'examen de la jurisprudence, tant du Tribunal fédéral que de la Cour européenne des droits de l'homme, rendue en matière de retrait du droit de garde et de l'autorité parentale, tout en exposant les principaux courants de doctrine en relation avec ces deux mesures. Bien que ce sujet appellerait aussi de se concentrer sur la question du placement du mineur en institution ou en famille d'accueil, cette problématique ne sera pas traitée en détail dans la présente étude.

La mise en parallèle du retrait du droit de garde (art. 310 CC) et du retrait de l'autorité parentale (art. 311/312 CC) a pour but de dégager rapidement, mais non sans précision, les caractéristiques principales de ces mesures, également au travers d'exemples casuistiques, afin de permettre, dans un souci d'aide au « praticien pressé », de mieux sentir et distinguer les situations appelant la mise en œuvre d'une mesure plutôt que l'autre.

Dans une première partie, nous commencerons par l'analyse du retrait du droit de garde (II) en reprenant des définitions et questions topiques (1), à savoir les

droits résiduels consécutifs au retrait du droit de garde (a), les autres conséquences du retrait du droit de garde (b), l'intensité de la mesure au regard du principe de proportionnalité (c). Nous distinguerons ensuite selon que le retrait du droit de garde est prononcé d'office (2) – ce qui nous amènera à nous intéresser aux conditions de l'art. 310 al. 1 CC (a), ainsi qu'à quelques exemples concrets d'application (b) – ou à la requête des parents ou de l'enfant lui-même selon ce que prévoit l'art. 310 al. 2 CC (3). Enfin, nous terminerons cette analyse avec la question de l'interdiction du retour de l'enfant placé au sens de l'art. 310 al. 3 CC (4).

La deuxième partie de cette contribution sera consacrée au retrait de l'autorité parentale (III) qui appellera également de définir la mesure et ses contours (1) avant de s'atteler à la distinction opérée entre le retrait facilité (2) et le retrait ordinaire (3). Nous aborderons ici plus en profondeur les conditions (a) et les effets (b) du retrait ordinaire de l'autorité parentale avant de poursuivre avec un examen de la mesure sous l'angle du principe de la proportionnalité (4). Nous finirons cette analyse avec la tutelle du mineur comprise comme une conséquence directe du retrait de l'autorité parentale (5).

En conclusion, le rappel de toutes ces notions nous permettra de mieux saisir et de délimiter les situations dans lesquelles il y a lieu de préférer l'application d'une mesure plutôt que l'autre et de répondre à une question centrale – souvent épineuse au regard de la sensibilité des uns et des autres –, soit de savoir laquelle des deux mesures est, d'un point de vue pratique, la plus appropriée selon les cas auxquels le praticien se trouve confronté.

## II. Le retrait du droit de garde

### 1. Définitions et fondements

Selon une définition bien ancrée dans la jurisprudence et la doctrine, le droit de garde, qui doit être distingué de la seule garde de fait, est une composante de l'autorité parentale; il permet de déterminer le lieu de la résidence habituelle de l'enfant, ainsi que le mode d'encadrement, la prise en charge quotidienne, les soins et l'éducation de la personne de l'enfant.<sup>1</sup> De cette définition résulte notamment le corollaire que le titulaire exclusif d'un droit de garde est fondé à transférer la résidence de l'enfant à l'étranger sans aucune autorisation, pas même de l'autre parent déchu de ce droit.<sup>2</sup>

Ainsi, au titre de l'exercice du droit de garde, les détenteurs de l'autorité parentale peuvent confier l'enfant à des tiers, exiger sa restitution, surveiller ses relations et diriger son éducation.<sup>3</sup> A cet égard, si les père et mère placent d'eux-mêmes, pour des raisons familiales ou éducatives, de manière durable ou temporaire, l'enfant dans un milieu nourricier, ils exercent leur droit de garde en déter-

<sup>1</sup> TF 5A\_479/2012 du 13 juillet 2012, SJ 2013 I 29; TF 5A\_456/2010 du 21 février 2011; TF 5A\_63/2011 du 1<sup>er</sup> juin 2011; TF 5A\_858/2008 du 15 avril 2009; TF 5C.284/2005 du 31 janvier 2006; ATF 136 III 353; ATF 128 III 9. GUILLOD, p. 285 N 703; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 1.

<sup>2</sup> ATF 136 III 353, consid. 3.3.

<sup>3</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 1.

minant le lieu de résidence de leur enfant. Cette hypothèse n'est alors pas régie par l'art. 310 CC, car il s'agit d'un placement volontaire, sous réserve d'un placement qui ne serait pas approprié et impliquerait l'intervention ultérieure de l'autorité.<sup>4</sup>

a Les droits résiduels des parents consécutifs au retrait du droit de garde

Le retrait du droit de garde ne supprime pas tous les droits qui dérivent de l'autorité parentale, mais il y apporte seulement des restrictions.<sup>5</sup> Cette mesure de protection de l'enfant a pour effet que le droit de garde passe des père et mère à l'autorité de protection de l'enfant qui détermine le lieu de résidence de l'enfant et son mode d'encadrement.<sup>6</sup> Une délégation du droit de garde aux parents nourriciers est exclue, même en cas de placement institutionnel; seule la garde de fait peut être transférée à des tiers qui accueillent l'enfant, qu'il s'agisse de parents nourriciers (dont les droits et devoirs sont régis aux articles 294 et 300 CC) ou d'une institution.<sup>7</sup>

Autrement dit, lorsque le droit de garde est retiré aux parents, ceux-ci restent tout de même codétenteurs d'une autorité parentale restreinte et titulaires d'un droit de codécision par rapport aux questions les plus importantes pour la planification de la vie de l'enfant. Il s'agit du choix du prénom (art. 301 al. 4 CC), de l'éducation religieuse (art. 303 CC), des questions liées à des interventions médicales, de la formation générale et professionnelle (art. 302 CC) et des autres orientations déterminantes propres à influencer le cours de la vie de l'enfant, comme par exemple la pratique d'un sport à haut niveau.<sup>8</sup> Les parents continuent aussi d'administrer les biens de l'enfant et de jouir de ceux-ci, sauf si l'autorité a ordonné une mesure de protection du patrimoine (art. 324 et 325 CC) et ils restent, dans ces mêmes limites et celles des pouvoirs conférés aux parents nourriciers (art. 300 CC), les représentants légaux de l'enfant.<sup>9</sup>

En ce qui concerne la formation générale et professionnelle de l'enfant, la scolarisation à un nouveau lieu de domicile est incluse comme telle dans le droit de choisir le lieu de séjour de l'enfant. Il s'agit d'un élément essentiel du droit de garde, car le fait de changer d'établissement scolaire résulte directement et inévitablement du transfert de domicile et des obligations scolaires correspondantes en ce lieu. Par conséquent, les droits des codétenteurs de l'autorité parentale ne sont affectés que dans l'hypothèse où sont prises des décisions excédant celles liées au simple changement de domicile, comme par exemple en cas de passage de l'école publique à un enseignement privé; tel est également le cas pour l'entrée dans un internat ou dans un établissement strictement confessionnel, voire dans d'autres hypothèses semblables, ou encore dans le cas du choix d'une école

<sup>4</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 5.

<sup>5</sup> ATF 93 II 64, JT 1967 I 568. GUILLOD, p. 286 N 703.

<sup>6</sup> ATF 128 III 9, JT 2002 I 324. GUILLOD, p. 285 N 703; pour un commentaire de l'ATF 128 III 9, voir STETTLER, pp. 238–241.

<sup>7</sup> STETTLER, p. 236.

<sup>8</sup> ATF 136 III 353, consid. 3.2.

<sup>9</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 9.

bilingue, par exemple sur une frontière linguistique entre deux cantons, ou d'un internat proposant un enseignement dans une langue déterminée.<sup>10</sup>

b) Les autres conséquences du retrait du droit de garde

La première conséquence directe du retrait du droit de garde est le placement de l'enfant hors du milieu familial (en foyer, en famille d'accueil ou nourricière, en milieu institutionnel, en établissement selon l'art. 314a CC) sur décision de l'autorité de protection de l'enfant (art. 310 al. 1 et 2 CC) ou par l'interdiction de reprendre l'enfant qui a vécu longtemps chez des parents nourriciers ou en institution (art. 310 al. 3 CC).<sup>11</sup>

Par ailleurs, lorsque le droit de garde est retiré, le titulaire de l'autorité parentale conserve le droit d'être informé – par les parents nourriciers, l'institution ou l'autorité en charge de la mesure – des événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant (art. 275a al. 1 CC). Il conserve aussi le droit de se renseigner auprès des tiers qui participent à la prise en charge de l'enfant sur son état et son développement (art. 275a al. 2 CC), ainsi que d'être entendu avant la prise de toutes décisions importantes en lien avec la vie de l'enfant (art. 275a al. 1 *in fine*).<sup>12</sup>

Le titulaire de l'autorité parentale conserve aussi le droit d'avoir des relations personnelles avec l'enfant, par correspondance (lettres ou courriers électroniques), téléphones ou au moyen de visites (art. 273 CC), mais ceci, dans les limites de la loi (art. 274 al. 2 CC); il continue en outre de devoir contribuer à l'entretien de l'enfant sous la forme de prestations pécuniaires (art. 276 CC)<sup>13</sup> fixées notamment à l'aide des tabelles zurichoises, très utilisées également pour fixer l'entretien de l'enfant de parents divorcés ou séparés.<sup>14</sup>

Le droit d'entretenir des relations personnelles pourra être limité, par exemple, en cas de danger d'abus sexuels ou de maltraitances. Il y a lieu de tenir compte également de certaines contraintes liées au placement de l'enfant (horaires, règlements des visites dans un foyer, rythme de vie des parents nourriciers).<sup>15</sup> De plus, le droit de visite peut être refusé ou retiré entièrement (art. 274 al. 2 CC), ou simplement limité par l'instauration d'un droit de visite surveillé<sup>16</sup>, lequel ne peut être mis en œuvre qu'en cas d'indices concrets de mise en danger du bien du mineur, car «il ne suffit pas que l'enfant risque abstraitement de subir une mau-

<sup>10</sup> TF 5A\_643/2011 du 22 novembre 2011, TF 5A\_483/2011 et 5A\_504/2011 du 31 octobre 2011; ATF 136 III 353, consid. 3.2, JT 2010 I 491. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 9 et n. 14: «même si le suivi scolaire quotidien de l'enfant est assuré par le gardien de fait, les père et mère conservent un droit de décision sur les options éducatives ou professionnelle».

<sup>11</sup> A propos du placement approprié, cf. *infra* II.2.a.iii. MEIER/STETTLER, p. 671 N 1166.

<sup>12</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 11.

<sup>13</sup> ATF 93 II 64, JT 1967 I 568; GUILLIOD, p. 286 N 703.

<sup>14</sup> GUILLIOD, p. 286 N 703; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 13.

<sup>15</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 10.

<sup>16</sup> Nous rappelons ici que si un droit de visite surveillé est mis en place, l'autorité de protection de l'enfant chargera alors un curateur de la surveillance des relations personnelles entre l'enfant et le parent détenteur du droit de visite (art. 308 al. 2 CC).

vaise influence».<sup>17</sup> Néanmoins, l'interdiction de tout contact entre l'enfant et le parent titulaire de l'autorité parentale se justifie parfois, durant les premiers temps d'un placement, jusqu'à ce que le conflit qui a motivé l'intervention se soit apaisé et que l'enfant ait retrouvé le calme, de telle sorte qu'il puisse rencontrer son père et/ou sa mère sans que son équilibre n'en soit affecté.<sup>18</sup>

Sur ces questions, il sied de rappeler que la jurisprudence de la Cour EDH sur l'art. 8 CEDH commande de prendre toutes les mesures possibles pour maintenir les liens avec la famille naturelle.<sup>19</sup> En effet, l'intérêt supérieur de l'enfant implique notamment que les liens entre lui et sa famille soient maintenus, sauf dans les cas où celle-ci se serait montrée particulièrement indigne, au point de conduire à une rupture du lien familial, car «briser ces liens revient à couper l'enfant de ses racines»; tout doit donc être mis en œuvre pour maintenir les relations personnelles et reconstituer la famille qui est l'unité fondamentale de la société et le milieu naturel pour la croissance et le bien-être de l'enfant<sup>20</sup> selon le § 5 du préambule de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) du 20 novembre 1989, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997.<sup>21</sup> A cet égard d'ailleurs, la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise applicable en matière de placement de mineur souligne que le but ultime d'un placement est toujours d'essayer de réunir à nouveau l'enfant et ses parents naturels.<sup>22</sup> Dans le même esprit, il y a lieu de ne pas perdre de vue le principe de la non-séparation de la fratrie, sauf circonstances exceptionnelles<sup>23</sup>, et le fait que le jeune âge de l'enfant contribue à augmenter le risque d'aliénation croissante avec le parent séparé à mesure que le temps passe.<sup>24</sup>

### c) L'intensité de la mesure au regard du principe de proportionnalité

L'autorité parentale, les droits et les devoirs qui en découlent, dont le droit de garde, ainsi que la communauté des parents avec l'enfant, priment les mesures des articles 307 et suivants CC. Ces dernières, dans l'intérêt bien compris de l'enfant, ne doivent être ordonnées que si les parents manquent à leur devoir de s'occuper de l'enfant et de l'élever ou si, pour des raisons tenant à leur personnalité ou à des circonstances extérieures, ils n'arrivent pas à accomplir leurs devoirs.<sup>25</sup>

S'agissant de l'intensité de la mesure, le retrait du droit de garde vise à priver les parents de l'essentiel des droits qui leur sont reconnus par les articles 301 al. 1

<sup>17</sup> TF 5A\_826/2009 du 22 mars 2010, consid. 2.1; TF 5P.131/2006 du 25 août 2006, consid. 3, FamPra.ch 2007, p. 167; TF 5C.20/2006 du 4 avril 2006; ATF 122 III 404, consid. 3c.

<sup>18</sup> ATF 93 II 64, JT 1967 I 568.

<sup>19</sup> ACEDH R. c. Finlande du 30 mai 2006 et Moser c. Autriche du 21 septembre 2006.

<sup>20</sup> ACEDH Maumousseau et Washington c. France du 6 décembre 2007, § 66 ; ACEDH Clemeno et autres c. Italie du 21 octobre 2008, § 60. MEIER, FamPra.ch 2012, p. 289.

<sup>21</sup> RS 0.107.

<sup>22</sup> ACEDH Haase c. Allemagne du 8 avril 2004, § 89 s; ACEDH Errico c. Italie du 24 février 2009, § 47; ACEDH Vautier c. France du 26 novembre 2009, § 72; ACEDH Diamante et Pelliccioni c. Saint-Martin du 27 septembre 2011, § 176. MEIER, FamPra.ch 2012, p. 302.

<sup>23</sup> ATF 94 II 1; TF 5A\_207/2011 du 26 septembre 2009.

<sup>24</sup> ACEDH Bianchi c. Suisse du 22 juin 2006, § 99.

<sup>25</sup> ATF 111 II 119, JT 1989 I 362.

et 3 CC.<sup>26</sup> Il s'agit donc d'une atteinte importante à l'autorité parentale et à la vie familiale dont l'intensité nécessite un strict respect du principe de proportionnalité, notamment sous l'angle de sa conformité à l'art. 8 CEDH.<sup>27</sup> Ainsi, ce n'est que lorsque le retrait du droit de garde (art. 310 CC), ou d'autres mesures moins incisives prévues aux articles 307 al. 3 et 308 al. 1 et 2 CC, ne suffisent pas à protéger l'enfant qu'il y aura lieu de prononcer la déchéance de l'autorité parentale sur la base des articles 311 et 312 CC.<sup>28</sup>

Autrement dit, le retrait du droit de garde devra toujours être envisagé avant le retrait de l'autorité parentale. Celle-ci est subsidiaire et incarne la mesure de protection ultime en tant qu'elle est la plus incisive du catalogue de mesures proposé aux articles 307 et suivants CC.

## 2. *Le retrait d'office du droit de garde*

### a) Les conditions du retrait d'office du droit de garde

«Lorsqu'elle ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant ne soit compromis, l'autorité de protection de l'enfant retire l'enfant aux père et mère ou aux tiers chez qui il se trouve et le place de façon appropriée» (art. 310 al. 1 CC).<sup>29</sup>

En principe, le retrait est prononcé tant à l'encontre du père que de la mère pour qu'il soit efficace, même si un seul des parents est à l'origine de la mise en danger<sup>30</sup>, à moins que l'enfant puisse être accueilli par son autre parent.<sup>31</sup> S'il ne peut pas être accueilli par son autre parent, il est confié à des tierces personnes qui en acquièrent la garde de fait et deviennent ainsi ses parents nourriciers. Ces derniers ne sauraient d'ailleurs être privés que de la garde de fait, vu que le droit de garde ne peut appartenir qu'aux titulaires de l'autorité parentale, au tuteur, à l'autorité de protection de l'enfant ou à tout autre «gardien» auquel l'autorité de protection l'aurait confié.<sup>32</sup>

Par ailleurs, une expertise professionnelle doit précéder le retrait, considéré comme étant une mesure très incisive, afin d'éviter toute décision inadaptée ou disproportionnée. Egalement, dans l'attente d'une décision sur le fond après instruction et établissement des faits, le retrait peut être prononcé à titre provisoire, par exemple en cas de soupçons de maltraitances<sup>33</sup>, soit par l'autorité de protec-

<sup>26</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 1.

<sup>27</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 2; MEIER/STETTLER, p. 670–672 N 1165, 1167 et 1168.

<sup>28</sup> ATF 96 II 69, JT 1971 I 563; ATF 90 II 471, JT 1965 I 351.

<sup>29</sup> GUILLOD, p. 285 N 703. Notons qu'avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, on fait référence, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2013, non plus à l'autorité tutélaire, mais à l'autorité de protection de l'enfant, dont les compétences reviennent, à Genève, au Tribunal de protection de l'enfant pour les mesures prises sur la base des articles 307 à 313 CC (art. 78 al. 1 LaCC).

<sup>30</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 310 N 3; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 15.

<sup>31</sup> MEIER/STETTLER, p. 675 N 1171 et n. 2505.

<sup>32</sup> MEIER/STETTLER, p. 675 N 1171 et n. 2505.

<sup>33</sup> JT 2001 III 121; arrêt du Tribunal fédéral du 9 septembre 1997, RJJ 1997, p. 164. GUILLOD, p. 286 N 703.

tion de l'enfant directement, soit en application d'une clause péril de droit cantonal habilitant une autre autorité à prendre cette décision.<sup>34</sup>

i. *La menace sérieuse de mise en danger et la proportionnalité*

La première condition du retrait du droit de garde est l'existence d'une menace ou d'un danger sérieux pour le développement de l'enfant.<sup>35</sup> La mise en danger doit être telle qu'il est impossible de la prévenir par les mesures moins incisives des articles 307 et 308 CC.<sup>36</sup> Ceci ressort de la formulation même de l'art. 310 al. 1 CC («*lorsqu'elle ne peut éviter autrement que le développement de l'enfant ne soit compromis*») qui consacre expressément les principes de proportionnalité et de subsidiarité et soutient que les mesures qui permettent le maintien de la communauté familiale sont prioritaires.<sup>37</sup>

La cause du retrait du droit de garde «*doit résider dans le fait que le développement corporel, intellectuel et moral de l'enfant n'est pas assez protégé ou encouragé dans le milieu de ses père et mère, ou dans le milieu où ceux-ci l'ont placé*».<sup>38</sup> Les causes précises de la mise en danger n'ont pas d'importance<sup>39</sup> et la question d'une éventuelle faute n'est pas pertinente.<sup>40</sup> Par ailleurs, la condition de mise en danger ne suppose pas que l'enfant ait subi une atteinte effective à son développement, mais il faut au moins une menace sérieuse et non abstraite de mise en danger du bien de l'enfant.<sup>41</sup>

ii. *Une pesée d'intérêts*

L'application de l'art. 310 al. 1 CC exige de la part des autorités cantonales une pesée de tous les intérêts en présence, qu'il s'agisse d'ailleurs de statuer tant sur le retrait du droit de garde des parents naturels que sur la reprise de l'enfant déjà placé chez des parents nourriciers (art. 310 al. 3 CC).<sup>42</sup>

Dans le cadre d'une mesure de retrait du droit de garde aux parents naturels, il y a lieu d'examiner d'une part, si les conditions matérielles pour retirer la garde sont réunies. D'autre part, il faut se pencher sur des critères tels que: la non-séparation de la fratrie et le maintien des liens avec la famille naturelle; l'intérêt de l'enfant à demeurer dans son milieu d'origine compte tenu de l'écoulement du temps, de son degré d'intégration familiale, scolaire et sociale; et le besoin de l'enfant d'avoir un cadre socio-affectif stable.<sup>43</sup>

S'agissant de la pesée d'intérêts à effectuer lors du retour de l'enfant déjà placé (art. 310 al. 3 CC), il y a lieu de mettre en balance deux facteurs. D'une part, il

<sup>34</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 16.

<sup>35</sup> TF 5A\_858/2008 du 15 avril 2009, consid. 4.2.

<sup>36</sup> TF 5A\_858/2008 du 15 avril 2009, consid. 4.2; TF 5A\_835/2008 et 5A\_24/2009 du 12 février 2009, consid. 4.1. BAUMANN, p. 277.

<sup>37</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 14.

<sup>38</sup> BAUMANN, p. 277; GUILLOD, p. 286 N 703; HEGNAUER/MEIER, p. 194 N 27.36.

<sup>39</sup> TF 5A\_94/2007 du 31 mai 2007; TF 5C.149/2006 du 10 juillet 2006; TF 5C.294/2005 du 27 février 2006.

<sup>40</sup> TF 5C.117/2002 du 1<sup>er</sup> juillet 2002.

<sup>41</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 14.

<sup>42</sup> A propos de l'art. 310 al. 3 CC, cf. *infra* II.4. TF 5A\_196/2010 du 10 mai 2010, consid. 6.1 et réf. citées; TF 5A\_835/2008 et 5A\_24/2009 du 12 février 2009, consid. 4.1.

<sup>43</sup> TF 5A\_858/2008 du 15 avril 2009, consid. 4.3.

faut examiner si l'enfant a un intérêt à demeurer chez ses parents nourriciers compte tenu de son besoin de stabilité, des relations affectives qu'il a développées avec ses parents nourriciers, de son degré d'enracinement auprès de ceux-ci et du fait qu'ils ont pu devenir ses principales références. D'autre part, il y a lieu d'examiner si l'état de la relation psychique entre les parents naturels et l'enfant commande le retour de l'enfant, notamment si les capacités éducatives et le sens des responsabilités des parents naturels suffisent au retransfert de la garde en leur faveur.<sup>44</sup>

### iii. *Le placement approprié*

En règle générale, le retrait du droit de garde se justifie lorsque le bon développement de l'enfant exige qu'il soit retiré de son milieu familial habituel et placé en famille nourricière ou en institution, ou lorsque les soins dont il a besoin ne peuvent lui être fournis qu'en institution, ou encore lorsqu'un placement d'une durée supérieure à quelques heures ou jours s'avère nécessaire en vue d'une expertise ou d'une observation pour déterminer si d'autres mesures de protection sont nécessaires.<sup>45</sup> La décision de retrait du droit de garde s'accompagne donc du placement du mineur dans un milieu qui lui assure un meilleur développement que son maintien au sein de sa communauté familiale.<sup>46</sup>

Le placement a lieu en famille nourricière ou en milieu institutionnel (home, foyer, internat) selon les besoins éducatifs et de prise en charge<sup>47</sup>, voire dans une demeure indépendante si le mineur est proche de la majorité et capable de gérer son autonomie.<sup>48</sup> La remise de l'enfant en vue de son placement peut même être obtenue par la contrainte, avec l'aide des forces de l'ordre.<sup>49</sup>

Le placement doit être approprié et s'il ne l'est pas, un nouveau placement doit être décidé sans préjudice de la décision de retrait du droit de garde.<sup>50</sup> Le choix du lieu de placement dépend de plusieurs facteurs tenant tant à la personne du mineur qu'à son environnement social. Il y a donc lieu de prendre en considération l'âge du mineur (un enfant en bas âge sera plutôt placé en famille nourricière), sa personnalité, les besoins quant à son suivi éducatif ou sa prise en charge, la stabilité et la continuité dans le même environnement de vie (si possible le maintien de la scolarisation dans le même établissement scolaire<sup>51</sup>), ainsi que l'avis des parents de l'enfant; les relations de proximité de l'enfant avec des personnes de confiance qu'il connaît déjà (oncles et tantes, grands-parents, parents de camarades d'école, enseignants ou maîtres d'apprentissage) jouent également

<sup>44</sup> A propos de l'art. 310 al. 3 CC, cf. *infra* II.4. TF 5A\_196/2010 du 10 mai 2010, consid. 6.1; TF 5C.28/2007 du 3 avril 2007, consid. 2.2; TF 5P.116/2002 du 15 avril 2002, consid. 4.3.

<sup>45</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 310 N 2; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 3.

<sup>46</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 19.

<sup>47</sup> BAUMANN, p. 277; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 20.

<sup>48</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 20.

<sup>49</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 310 N 17; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 21.

<sup>50</sup> TF 5A\_242/2007 du 16 octobre 2007, RDT 2007, p. 303: cas d'une demande de changement de famille nourricière. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 22.

<sup>51</sup> TF 5P.191/2003 du 9 juillet 2003, FamPra.ch 2003, p. 958: cas d'un placement, de nature provisoire seulement, à une distance de plus de 100 km du lieu de résidence habituel de l'enfant. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 22.

un rôle important, bien qu'il n'existe pas pour autant un droit de préférence des proches quant au choix du lieu de placement.<sup>52</sup>

Par ailleurs, un placement en institution ne doit pas avoir la priorité sur un placement en famille nourricière au motif qu'il existerait alors un lien émotionnel trop fort entre l'enfant et les parents nourriciers qui rendrait difficile ensuite le retour de l'enfant auprès de sa famille naturelle.<sup>53</sup>

#### b) Quelques délimitations et exemples concrets de mise en danger

Des carences graves dans l'exercice du droit de garde justifient le retrait. Tel est le cas par exemple, lorsqu'une expertise psychiatrique met en lumière que la mère de l'enfant souffre du syndrome de Münchhausen par procuration et contribue de par sa maladie à perturber gravement son enfant qui souffre à son tour de dépression et de décompensation psychosomatique provoquant des troubles alimentaires et un retard psychomoteur.<sup>54</sup>

Le danger menaçant le développement du mineur peut résider également dans le fait que l'un des parents ou les deux légitiment, par leur indifférence ou leur laxisme, voire simplement leur manque d'autorité, l'absentéisme scolaire très marqué et durable de leur enfant, dont le développement intellectuel est en conséquence menacé du fait qu'il échappe à une instruction indispensable et à l'apprentissage des normes fondamentales de comportement social.<sup>55</sup>

De manière générale, les situations visées par la disposition englobent: les cas de soupçons d'abus sexuels, qui permettent de placer l'enfant provisoirement dans l'attente d'investigations plus poussées<sup>56</sup>; la maltraitance physique ou psychologique de l'enfant<sup>57</sup>, ce qui inclut aussi le risque concret de mutilations sexuelles de nature culturelle ou culturelle<sup>58</sup>; l'inaptitude ou la négligence grave dans l'éducation et la prise en charge de l'enfant en raison de diverses causes (maladie, handicap physique, mental ou psychologique des père et mère ou de l'enfant, environnement social ou situation économique précaires, mauvaises conditions de logement, parent seul, dépressif et démuné, etc.) auxquelles ni les remèdes proposés par les institutions de protection de la jeunesse ou d'aide so-

<sup>52</sup> BAUMANN, p. 277; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 22.

<sup>53</sup> Arrêt du Tribunal cantonal lucernois du 8 mars 2005, FamPra.ch 2005, p. 967. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 22.

<sup>54</sup> TF 5A\_835/2008 et 5A\_24/2009 du 12 février 2009, consid. 4.2.

<sup>55</sup> TF 5C.243/1999 du 17 février 2000, consid. 3b.

<sup>56</sup> Arrêt de la Chambre des tutelles du Tribunal cantonal fribourgeois du 25 mars 2004, RDT 2004, p. 161. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 17; MEIER/STETTLER, p. 673-674 N 1170.

<sup>57</sup> TF 5C.252/2005 du 16 décembre 2005 et 5A\_668/2007 du 21 décembre 2007; TF 5A\_858/2008 du 15 avril 2009: cas d'une mère qui maltraitait ses enfants sur le plan psychologique en créant chez eux de faux souvenirs traumatiques pour qu'ils rejettent leur père, au point que le retrait des enfants à leur mère pour les protéger était devenu impossible, car cette mesure aurait entraîné des risques suicidaires des enfants; TF 5A\_22/2011 du 16 février 2011: cas d'une mère en proie à des difficultés psychologiques, voire psychiatriques importantes, qui se montrait incapable d'offrir à son fils un milieu contenant, cadrant et sécurisant; il en résultait que même si la mère n'avait ni la volonté, ni la conscience de négliger son enfant, ce dernier était victime de maltraitance par abandon. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 17; MEIER/STETTLER, p. 673-674 N 1170.

<sup>58</sup> COTTIER, p. 714; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 17; MEIER/STETTLER, p. 673-674 N 1170.

ciale, ni d'autres mesures de protection des articles 307 et suivants CC ne permettent de faire face.<sup>59</sup>

L'art. 310 al. 1 CC vise aussi les cas qui nécessitent d'héberger l'enfant hors de sa famille pour l'en éloigner, voire de le placer lorsqu'il a fui sa famille et évolue dans un milieu inadéquat ou dangereux pour son développement, ou encore les situations où il y a lieu d'empêcher les parents de changer le lieu d'accueil de l'enfant de manière répétée et préjudiciable pour lui, ou encore d'éviter le retrait inopiné d'un foyer.<sup>60</sup>

Sont également visées les situations où l'enfant adopte un comportement déviant auquel les parents ne peuvent plus faire face (attitude sociale inadaptée, délinquance, perte de contrôle avec mise en danger de lui-même ou de tiers, dépendance à la drogue, à l'alcool ou aux médicaments, risque de suicide, etc.).<sup>61</sup> En revanche, la disposition ne concerne pas le simple fait de cacher son enfant pour empêcher son placement, comportement qui n'est pas, à lui seul, un motif de retrait du droit de garde.<sup>62</sup>

### 3. *Le retrait du droit de garde à la requête des parents ou de l'enfant*

Le retrait du droit de garde peut se fonder également sur l'art. 310 al. 2 CC qui prévoit qu'«à la demande des père et mère ou de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant prend les mêmes mesures lorsque les rapports entre eux sont si gravement atteints que le maintien de l'enfant dans la communauté familiale est devenu insupportable et que, selon toute prévision, d'autres moyens seraient inefficaces». Tandis que l'art. 310 al. 1 CC concerne les cas où l'autorité ordonne d'office le retrait du droit de garde, l'hypothèse de l'article 310 al. 2 CC vise donc les situations de retrait du droit de garde qui font suite à une demande des père et mère ou de l'enfant lui-même.<sup>63</sup>

Précisons que lorsque le retrait du droit de garde est opéré sur requête de l'enfant – et que l'on se trouve alors dans le cadre d'un placement volontaire – il ne peut y avoir de privation de liberté à des fins d'assistance au sens de l'art. 314a CC, car le placement est précisément volontaire.<sup>64</sup> En outre, notons encore que pour requérir son propre placement, l'enfant doit être capable de discernement.<sup>65</sup>

<sup>59</sup> Arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 2 septembre 2002, FamPra.ch 2003, p. 462; TF 5C.34/2002 du 3 avril 2002, FamPra.ch 2002, p. 624: cas d'un enfant de 11 ans pesant 90 kg, buvant au biberon et ayant une relation symbiotique avec la mère; TF 5C.149/2006 du 10 juillet 2006, RDT 2006, p. 299: cas d'un enfant très violent à l'école que les parents ne maîtrisent plus. BIRCHLER, RDT 2005, p. 20 ss: sur la problématique des troubles psychiques d'adolescents; BIRCHLER, RDT 2002, p. 26 ss et STECK, p. 1 ss: sur la problématique des parents atteints de troubles psychiques; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 17; MEIER/STETTLER, p. 673–674 N 1170.

<sup>60</sup> TF 5C.112/2001 du 30 août 2001. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 17; MEIER/STETTLER, p. 673–674 N 1170.

<sup>61</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 17; MEIER/STETTLER, p. 673–674 N 1170.

<sup>62</sup> TF 5A\_94/2007 du 31 mai 2007, RDT 2007, p. 304.

<sup>63</sup> GUILLOD, p. 286 N 703.

<sup>64</sup> Arrêt du Bezirksgericht de Zurich du 5 septembre 1997, RDT 1997, p. 237.

<sup>65</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 28.

L'art. 310 al. 2 CC suggère aussi que les rapports entre les parents et l'enfant sont plus gravement atteints que dans les situations visées au premier alinéa, au point que le maintien de l'enfant dans la communauté familiale est devenu insupportable tant pour les parents que pour l'enfant lui-même. Le caractère insupportable de la relation peut tenir tant aux père et mère et à l'enfant, qu'à des circonstances extérieures. Il ne résulte pas obligatoirement de carences éducatives particulières et il faut que la vie commune soit devenue objectivement insupportable pour tous.<sup>66</sup>

La disposition vise par exemple les situations de mise en danger physique ou psychique des parents ou de l'enfant (violences, décompensations psychiques importantes et répétées), de sérieuses difficultés d'éducation, des fugues répétées de l'enfant<sup>67</sup>, ou encore la volonté des parents d'imposer à un enfant déjà âgé, né et élevé en Suisse, des normes de comportement en vigueur dans son pays d'origine.<sup>68</sup>

Selon HEGNAUER et MEIER, «la règle de l'art. 310 al. 2 CC embrasse tous les cas où les rapports entre les parents et l'enfant sont perturbés au point de rendre impossible une éducation harmonieuse et de constituer un danger pour le développement de l'enfant, notamment lorsqu'il est déjà relativement âgé. Dans ce cas, le retrait de la garde sert aussi, selon les circonstances, à protéger la personnalité des parents et celle de l'enfant». <sup>69</sup> Ici, les rapports entre parents et enfants sont gravement atteints au point que le maintien dans la famille est impossible et que d'autres mesures sont inefficaces.<sup>70</sup>

Afin de procéder à une évaluation de la gravité de l'atteinte et du caractère insupportable des rapports parents-enfants, l'art. 310 al. 2 *in fine* CC prescrit expressément qu'une pesée d'intérêts doit être faite au regard du principe de proportionnalité, plus précisément du sous-principe de subsidiarité («*d'autres moyens seraient inefficaces*»).<sup>71</sup> A notre sens, bien que la loi ne le mentionne pas expressément, le principe de proportionnalité devrait évidemment toujours être examiné à la lumière du principe de l'intérêt supérieur de l'enfant, les motivations, même louables, des parents devant être reléguées à l'arrière-plan. Il ne faudra pas non plus perdre de vue qu'il est indispensable d'essayer de maintenir

<sup>66</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 29; MEIER/STETTLER, p. 676 N 1173.

<sup>67</sup> Selon l'ATF 94 I 97, JT 1968 I 611, rendu sous l'ancien droit (art. 284 al. 2 aCC qui disposait qu'«à la demande des parents, et à moins que des moyens moins graves puissent être employés, l'enfant qui oppose par méchanceté à leurs ordres une résistance opiniâtre pourra être enlevé à leur garde ou placé dans une famille ou un établissement») et concernant un enfant de parents divorcés, soumis à l'autorité parentale de son père (anciennement «puissance paternelle») qui s'enfuyait de chez son père pour se rendre chez sa mère et son frère aîné, il était évidemment contraire, non seulement aux intérêts de l'enfant, mais aussi à des considérations élémentaires d'humanité, de contraindre l'enfant par la seule force à réintégrer le domicile paternel. Il y avait donc lieu de s'adresser aux autorités de tutelle, et non au Ministère public, pour qu'elles prennent les mesures de protection des mineurs prévues par les articles 283 s aCC et ordonnent le retour de l'enfant chez son père. MEIER/STETTLER, p. 676 N 1173.

<sup>68</sup> ATF 94 I 97, JT 1968 I 611. CR CC I-MEIER, Art. 310, N 29; MEIER/STETTLER, p. 676 N 1173.

<sup>69</sup> TF 5C.117/2002 du 1<sup>er</sup> juillet 2002. HEGNAUER/MEIER, p. 195 N 27.37.

<sup>70</sup> BAUMANN, p. 277.

<sup>71</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 30.

et préserver au mieux les rapports avec la famille naturelle conformément à la jurisprudence de la CourEDH.<sup>72</sup>

Enfin, il découle de ce qui précède que l'analyse systémique et la compréhension des dysfonctionnements des rapports entre les parents et les enfants devraient dans la plupart des cas motiver le juge – qui n'est pas spécialiste des questions relevant de la psychologie – à s'entourer de l'avis d'experts psychiatres, de psychologues ou de travailleurs sociaux selon la complexité des problèmes qui lui sont rapportés. En revanche, en ce qui concerne l'autorité de protection de l'enfant, cette dernière étant pluridisciplinaire, elle devrait déjà réunir de telles compétences.

#### 4. *L'interdiction du retour de l'enfant placé*

##### a) L'exposé de la norme

L'art. 310 al. 3 CC vise une forme spéciale de retrait du droit de garde<sup>73</sup> qui a été jugée conforme à l'art. 8 CEDH.<sup>74</sup> La mesure suppose que l'enfant a déjà fait l'objet d'un placement volontaire par ses père et mère avant de décider de son retour dans sa famille naturelle, car lorsque c'est l'autorité qui retire le droit de garde et place l'enfant (art. 310 al. 1 et 2 CC), le retour de l'enfant ne peut dépendre que d'une réévaluation par l'autorité de la mesure ordonnée (art. 313 CC).<sup>75</sup>

En substance, la disposition interdit le retour dans sa famille naturelle de l'enfant placé chez des parents nourriciers, au motif qu'il existe une menace sérieuse que son développement et son bien ne soient mis en danger si l'enfant est réintégré dans sa famille d'origine du fait du temps écoulé depuis le placement. Selon doctrine et jurisprudence, bien que le texte de la loi ne se réfère qu'aux «parents nourriciers» («*Pflegeeltern*»), il est trop restrictif et la mesure vaut également en cas de placement en foyer.<sup>76</sup>

L'art. 310 al. 3 CC tend donc simplement à éviter qu'un enfant qui a vécu longtemps hors de sa communauté familiale d'origine et qui s'est fortement enraciné chez des parents nourriciers, ou dans une institution, ne soit inopinément retiré d'un milieu propice à son épanouissement et mis en danger sur le plan de son développement psychologique ou physique.<sup>77</sup>

Il ressort de la pratique que les autorités sont souvent placées devant un fait accompli, à savoir que les parents naturels ont repris leur enfant à l'occasion d'un weekend de visite ou de vacances et ne l'ont pas rendu aux parents nourriciers. Dans ces cas, l'autorité tentera de mener à bien une procédure d'interdiction de

<sup>72</sup> ACEDH R. c. Finlande du 30 mai 2006 et Moser c. Autriche du 21 septembre 2006.

<sup>73</sup> GUILLOD, p. 286 N 703; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 32; MEIER/STETTLER, p. 676 N 1174 et n. 2505; Pour plus de détails sur la question, cf. HEGNAUER, RDT 1985, pp. 143–145.

<sup>74</sup> ACEDH Nanning c. Allemagne du 12 juillet 2007.

<sup>75</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 31.

<sup>76</sup> Pour un exemple d'interdiction de retour de l'enfant placé en foyer, TF 5P.116/2002 du 15 avril 2002, FamPra.ch 2002, p. 622. GUILLOD, p. 286 N 703; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 31 et n. 68.

<sup>77</sup> TF 5C.28/2007 du 3 avril 2007.

retour, dans la mesure où elle ne pourra pas contraindre les parents naturels à replacer l'enfant chez ses parents nourriciers vu le besoin de stabilité de l'enfant.<sup>78</sup> Si le prononcé d'un retour de l'enfant dans sa famille naturelle échoue, l'autorité de protection de l'enfant peut toujours ordonner le retrait du droit de garde sur la base de l'art. 310 al. 1 ou 2 CC et replacer l'enfant chez ses parents nourriciers.<sup>79</sup>

#### b) Les conditions de la norme

L'art. 310 al. 3 CC suppose d'abord la réalisation d'une condition de durée, soit que l'enfant ait vécu longtemps hors de sa famille naturelle. L'autorité de protection de l'enfant dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'interprétation du terme «longtemps».<sup>80</sup> L'enfant doit s'être enraciné dans un environnement extérieur au point que ses parents naturels ne peuvent plus être considérés comme des référents sur le plan socio-psychologique, alors que ses parents nourriciers le sont devenus.<sup>81</sup> Autrement dit, «les parents nourriciers sont devenus les parents de l'enfant au niveau psychique et social».<sup>82</sup>

Le retour de l'enfant dépend également de savoir si sa réintégration dans sa famille naturelle met sérieusement en danger son développement et son bien.<sup>83</sup> L'intérêt de l'enfant, soit son besoin de stabilité du point de vue de l'encadrement socio-éducatif et l'importance de la continuité de ses relations affectives<sup>84</sup>, est certes décisif pour décider de son retour auprès de sa famille naturelle, mais il faut encore examiner si la relation psychique (et/ou affective) entre la mère, le père et l'enfant est de qualité et si les capacités éducatives et le sens des responsabilités des parents justifient un transfert de la garde en leur faveur.<sup>85</sup>

Ainsi, parmi les autres critères déterminants pour décider du retour de l'enfant dans sa communauté familiale d'origine, il y a lieu de considérer l'âge de l'enfant, son degré de développement (un enfant en bas âge s'intégrera plus rapidement qu'un enfant plus âgé), la qualité de ses relations avec ses parents naturels avant le placement – mais aussi après le placement, afin de savoir si les relations entre les parents naturels et l'enfant sont demeurées assez intenses<sup>86</sup> –, la personnalité, les capacités éducatives, les disponibilités, le sens des responsabilités et les circonstances de vie extérieures des parents, ainsi que la disponibilité des parents nourriciers à poursuivre la prise en charge de l'enfant.<sup>87</sup> De même, l'avis de l'enfant est pris en compte lorsqu'il est capable de discernement et qu'il a manifesté, clairement et sans influence extérieure, vouloir ou ne pas vouloir retourner dans

<sup>78</sup> HÄFELI, RDT 2001, p. 116; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 36.

<sup>79</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 37.

<sup>80</sup> GUILLOD, p. 286 N 703.

<sup>81</sup> GUILLOD, p. 286 N 703; GULER, p. 124; HÄFELI, RDT 2001, p. 116; CR CC I-MEIER, Art. 310 N 33; MEIER/STETTLER, p. 677–678 N 1175.

<sup>82</sup> BAUMANN, p. 277.

<sup>83</sup> ATF 111 II 119, JT 1989 I 362, consid. 5. MEIER/STETTLER, p. 677 N 1175.

<sup>84</sup> MEIER/STETTLER, p. 676 N 1174 et n. 2505.

<sup>85</sup> ATF 111 II 119, JT 1989 I 362. GUILLOD, p. 286 N 703.

<sup>86</sup> ATF 111 II 119, JT 1989 I 362, consid. 5.

<sup>87</sup> ATF 111 II 119, JT 1989 I 362. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 33.

sa famille naturelle, étant précisé que la seule question des avantages matériels n'est pas décisive.<sup>88</sup>

Le Tribunal fédéral a retenu aussi qu'il existe un droit de la mère naturelle de soigner et d'élever elle-même son enfant et que les liens existants entre elle et son enfant n'ont pas à être brisés ou même menacés sans nécessité.<sup>89</sup> Dans une autre affaire, le Tribunal fédéral a par contre refusé le rétablissement du droit de garde sur un enfant qui avait passé l'essentiel de sa vie (entre l'âge de 5 et 14 ans) dans une famille d'accueil – même si le déménagement de celle-ci obligeait à passer à un placement en foyer – afin de se laisser le temps d'examiner si l'évolution des rapports avec les parents naturels permettait le retour de l'enfant dans sa famille naturelle.<sup>90</sup>

Enfin, toujours sous couvert du principe de proportionnalité, il faut procéder à une pesée d'intérêts et mettre en balance l'intérêt des père et mère à s'occuper de leur enfant personnellement et celui de l'enfant au maintien de relations aussi stables et permanentes que possible.<sup>91</sup>

Dans tous les cas, les parents qui malgré le placement de leur enfant chez des tiers se sont efforcés d'aménager et d'entretenir une relation personnelle avec lui n'ont pas à craindre que cette disposition ne leur soit opposée s'ils ont l'intention sérieuse de s'occuper à nouveau un jour de l'enfant et de l'élever.<sup>92</sup>

### III. Le retrait de l'autorité parentale

#### 1. Définitions et fondements

Par le jeu des articles 311 et 312 CC, le Code civil prévoit, sous certaines conditions, la possibilité de retirer l'autorité parentale sur leurs enfants aux père et mère. Rappelons qu'avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal le 1<sup>er</sup> janvier 2007, l'art. 53 aCP prévoyait également la déchéance de l'autorité parentale comme peine accessoire.<sup>93</sup> «*L'autorité parentale est le faisceau de droits, d'obligations et de responsabilités – en particulier celle de prendre des décisions au nom et pour le bien de l'enfant –, incombant aux père et mère juridiques de l'enfant, dans son intérêt*». Le contenu plus précis de l'autorité parentale est défini par les articles 301 et suivants CC.<sup>94</sup>

Il y a lieu de distinguer entre le retrait facilité (art. 312 CC) et ordinaire (art. 311 CC) de l'autorité parentale.<sup>95</sup> Le retrait est dit facilité lorsqu'il se base sur la volonté des père et mère d'être déchargés de leurs responsabilités et devoirs paren-

<sup>88</sup> ATF 111 II 119, JT 1989 I 362. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 34; MEIER/STETTLER, p. 678 N 1176.

<sup>89</sup> ATF 111 II 119, JT 1989 I 362, consid. 5.

<sup>90</sup> TF 5C.269/2005 du 20 janvier 2006.

<sup>91</sup> CR CC I-MEIER, Art. 310 N 34.

<sup>92</sup> ATF 111 II 119, JT 1989 I 362. CF, Message du 5 juin 1974, ch. 323.43. CR CC I-MEIER, Art. 310 N 34.

<sup>93</sup> MEIER/STETTLER, p. 679 N 1177 et n. 2517.

<sup>94</sup> GUILLOD, p. 286 N 704; voir aussi, MONTAVON, pp. 368–370.

<sup>95</sup> GUILLOD, p. 286 N 704.

taux et qu'il est décidé à leur demande ou avec leur approbation<sup>96</sup>. Il est alors ordonné à la requête des père et mère pour de justes motifs ou à la suite du consentement donné à l'adoption par des tiers anonymes. Le retrait est également considéré comme facilité parce que la procédure pour son prononcé est plus rapide, qu'il est moins stigmatisant pour les parents – qui collaborent plus volontiers à la procédure puisque leur démarche est volontaire – et partant, plus simple à ordonner que dans les conditions de l'art. 311 CC.<sup>97</sup>

Le retrait ordinaire suppose en revanche la réalisation d'autres conditions pour être prononcé et doit constater formellement l'une des causes de retrait énumérée à l'art. 311 al. 1 CC.<sup>98</sup> Il ne requiert pas l'accord des père et mère et il est décidé à leur encontre.<sup>99</sup> Relevons qu'une expertise socio-pédagogique, psychopédagogique ou médicale – indispensable dans le cadre d'un retrait ordinaire afin d'établir le juste motif du retrait (au moyen de certificats médicaux, d'attestations scolaires, de la production d'un dossier de justice pénale des mineurs, etc.) – n'est pas nécessaire pour le retrait facilité<sup>100</sup>, mais sera généralement requise pour établir que les conditions de l'art. 311 al. 1 ch. 1 CC sont réunies, en tout cas en ce qui concerne la maladie ou l'infirmité.<sup>101</sup>

Sur le plan procédural, avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte au 1<sup>er</sup> janvier 2013, les compétences décisionnelles prévues aux articles 311 et 312 CC – qui opéraient une distinction entre l'autorité tutélaire et l'autorité tutélaire de surveillance – ont été attribuées à une seule et même autorité, sans référence à un double degré de compétences, soit à l'autorité de protection de l'enfant, composée dorénavant de manière collégiale et pluridisciplinaire.<sup>102</sup>

## 2. *Le retrait facilité de l'autorité parentale*

Dans certains cas, il arrive que des parents aient des raisons fondées de demander à être officiellement déchargés de leur autorité parentale parce qu'ils n'arrivent plus à faire face à cette responsabilité.<sup>103</sup> Le consentement des parents au prononcé de cette mesure – par laquelle ils perdront tous les attributs découlant de l'autorité parentale, en particulier le droit de garde, d'éducation et de représentation de l'enfant – doit dès lors être libre, éclairé, clair et non équivoque.<sup>104</sup>

Cependant, comme l'autorité parentale n'est ni sujette à aliénation, ni à renonciation, il faut qu'un juste motif s'ajoute à la requête des parents.<sup>105</sup> Ce juste motif

<sup>96</sup> GUILLOD, p. 286 N 704; CR CC I-MEIER, Art. 312 N 1.

<sup>97</sup> CR CC I-MEIER, Art. 312 N 2.

<sup>98</sup> CR CC I-MEIER, Art. 312 N 2; MEIER/STETTLER, p. 679 N 1178.

<sup>99</sup> GUILLOD, p. 286, N 704; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 4.

<sup>100</sup> CR CC I-MEIER, Art. 312 N 2.

<sup>101</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 15.

<sup>102</sup> GUILLOD, p. 286 N 704; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 4 *in fine*.

<sup>103</sup> BAUMANN, p. 279; GUILLOD, p. 287 N 706; CR CC I-MEIER, Art. 312 N 4.

<sup>104</sup> CR CC I-MEIER, Art. 312 N 7.

<sup>105</sup> CR CC I-MEIER, Art. 312 N 4; MONTAVON, p. 371.

peut être l'une des causes figurant à l'art. 311 al. 1 ch. 1 et 2 CC.<sup>106</sup> Le fait que les parents s'estiment hors d'état d'accomplir leurs tâches ne suffit pas<sup>107</sup>, car il faut que des éléments objectifs confirment ce juste motif.<sup>108</sup> Le retrait facilité peut donc intervenir, à la demande des père et mère, pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence ou d'autres motifs analogues, ou lorsqu'ils ne se soucient pas sérieusement de l'enfant ou manquent gravement à leurs devoirs envers lui.<sup>109</sup> Le placement d'un enfant en vue d'adoption auprès de parents nourriciers non-anonymes, c'est-à-dire connus des parents juridiques, constitue aussi un juste motif de retrait si les père et mère le demandent; dans ce cas, l'art. 312 ch. 2 CC cède le pas à l'art. 312 ch. 1 CC.<sup>110</sup> Les motifs de retrait n'étant pas limitatifs, l'autorité parentale peut aussi simplement être retirée sur la base d'une appréciation de l'autorité compétente (art. 4 CC)<sup>111</sup>, étant précisé que l'autorité devra veiller à ne pas «*cautionner un abandon de leurs responsabilités personnelles par les père et mère qui serait motivé par une simple convenance personnelle plus que par des motifs objectifs*».<sup>112</sup>

En ce qui concerne l'art. 312 ch. 2 CC, il concerne le cas spécifique du placement de l'enfant en vue d'adoption par des tiers anonymes. Lorsque les parents juridiques ont consenti à l'adoption de leur enfant au sens de l'art. 265a al. 1, 2 et 3 CC, l'autorité de protection de l'enfant doit leur retirer l'autorité parentale si le placement est effectué auprès de tiers anonymes.<sup>113</sup>

### 3. Le retrait ordinaire de l'autorité parentale

#### a) Les conditions du retrait ordinaire de l'autorité parentale

Comme le rappelle le Tribunal fédéral, le retrait de l'autorité parentale équivaut à la perte d'un droit élémentaire de la personnalité.<sup>114</sup>

Ainsi, pour pouvoir ordonner le retrait ordinaire de l'autorité parentale au sens de l'art. 311 al. 1 CC, il faut: une incapacité éducative de fait durable des parents – qui ne peuvent plus exercer leurs devoirs découlant des articles 301 à 306 CC – laquelle fonderait en soi un retrait du droit de garde (art. 310 CC); l'existence d'un motif légal supplémentaire au sens de l'art. 311 al. 1 ch. 1 CC; un lien de causalité entre l'incapacité de fait durable et le motif légal d'incapacité; ainsi que le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité, à savoir que les mesures protectrices des articles 307 à 310 CC se sont révélées vaines ou insuffisantes.<sup>115</sup>

<sup>106</sup> GUILLOD, p. 287 N 706.

<sup>107</sup> CR CC I-MEIER, Art. 312 N 5. CF, Message du 5 juin 1974, ch. 323.44.

<sup>108</sup> CR CC I-MEIER, Art. 312 N 5.

<sup>109</sup> MEIER/STETTLER, p. 680 N 1180.

<sup>110</sup> CR CC I-MEIER, Art. 312 N 6; MEIER/STETTLER, p. 680 n. 2521.

<sup>111</sup> MEIER/STETTLER, p. 680 N 1180.

<sup>112</sup> CR CC I-MEIER, Art. 312 N 4.

<sup>113</sup> MONTAVON, p. 371; MEIER/STETTLER, p. 680 N 1181.

<sup>114</sup> TF 5A\_213/2012 du 19 juin 2012, consid. 4.1; TF 5C.284/2005 du 31 janvier 2006, consid. 3.1.

<sup>115</sup> TF 5A\_213/2012 du 19 juin 2012, consid. 4.1; TF 5C.284/2005 du 31 janvier 2006, consid. 3.1.

*i. Un motif tel que l'inexpérience, la maladie, l'infirmité, l'absence ou d'autres motifs analogues*

L'art. 311 al. 1 ch. 1 CC prévoit que «lorsque d'autres mesures de protection de l'enfant sont demeurées sans résultat ou paraissent d'emblée insuffisantes, l'autorité de protection de l'enfant prononce le retrait de l'autorité parentale si, pour cause d'inexpérience, de maladie, d'infirmité, d'absence ou d'autres motifs analogues, les père et mère ne sont pas en mesure d'exercer correctement l'autorité parentale».

L'art. 311 al. 1 ch. 1 CC énumère les motifs pouvant être invoqués à l'appui d'un retrait de l'autorité parentale. Il peut s'agir de l'inexpérience, d'une maladie (psychique ou physique), d'une infirmité, d'une faiblesse intellectuelle, d'une incapacité à participer à l'éducation de l'enfant en raison d'une absence sans possibilité de contacts réguliers, ou d'autres motifs analogues.<sup>116</sup> L'alcoolisme, la toxicomanie ou la dépendance aux médicaments des parents peuvent relever soit de la maladie, soit de motifs analogues.<sup>117</sup>

Selon la formule consacrée par la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'incapacité d'exercer correctement l'autorité parentale peut être due à une maladie psychique, une infirmité, une faiblesse intellectuelle, une ivrognerie, l'incapacité de participer à l'éducation donnée à l'enfant par des tiers en raison d'absence sans possibilités de contacts réguliers, ou tout autre motif analogue.<sup>118</sup>

Parmi les motifs analogues, le Tribunal fédéral a admis que l'incarcération du détenteur de l'autorité parentale, ou l'expulsion de celui-ci du territoire suisse pour une durée de quinze ans sans possibilité de contacts réguliers devait être considérée comme un motif analogue justifiant le retrait de l'autorité parentale.<sup>119</sup> Le Tribunal fédéral retient aussi au titre de motif analogue, le cas de l'enfant qui souffre de troubles physiques ou psychiques graves qui dépassent les capacités de ses parents qui refusent de respecter les mesures préconisées par les spécialistes.<sup>120</sup> Meier voit plutôt dans un tel cas un motif de retrait de l'autorité parentale du fait d'une «absence de souci sérieux de l'enfant» au sens de l'art. 311 al. 1 ch. 2 CC.<sup>121</sup>

L'inexpérience quant à elle est rarement un motif suffisant, car elle suppose que l'on soit en présence de jeunes parents, étant rappelé que des parents mineurs n'ont pas l'autorité parentale (art. 296 al. 2 CC), de sorte que la question d'un retrait de l'autorité parentale pour ce motif ne se posera que pour de jeunes parents de 18 ans et plus, desquels on peut en principe attendre une certaine maturité qui rend alors le motif d'inexpérience désuet. A cela s'ajoute le fait que

<sup>116</sup> TF 5C.284/2005 du 31 janvier 2006, FamPra.ch 2006, p. 477. GUILLIOD, p. 287 N 705; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 9.

<sup>117</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 11.

<sup>118</sup> TF 5A\_213/2012 du 19 juin 2012, consid. 4.1; TF 5C.284/2005 du 31 janvier 2006, consid. 3.1.

<sup>119</sup> ATF 119 II 9, consid. 4; TF 5C.262/2003 du 8 avril 2004, consid. 3.3; TF 5A\_213/2012 du 19 juin 2012, consid. 4.1.

<sup>120</sup> TF 5C.207/2004 du 26 novembre 2004, FamPra.ch 2005, p. 407. CR CC I-MEIER, Art. 311 N 13; BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 311/312 N 7.

<sup>121</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 13.

de nombreuses institutions de protection de la jeunesse permettent aujourd'hui d'encadrer, préparer et responsabiliser les jeunes parents.<sup>122</sup> De même, on peut logiquement envisager qu'une mesure d'appui éducatif peut s'avérer suffisante lorsqu'il s'agit de pallier l'inexpérience de jeunes parents.

Enfin, la jurisprudence du Tribunal fédéral interdit clairement de mettre le retrait de l'autorité parentale au service de la politique de migration. Il n'est dès lors pas possible de retirer l'autorité parentale à un parent, afin de l'empêcher de se prévaloir d'un droit au regroupement familial qu'il fonderait sur les articles 13 Cst et 8 CEDH et sur l'autorisation de séjour en Suisse de son enfant.<sup>123</sup>

ii. *Le caractère objectif des motifs invoqués*

Les motifs de retrait s'apprécient en tenant compte de toutes les circonstances propres au cas d'espèce.<sup>124</sup> Il doit s'agir de motifs objectifs dont la seule réalisation ne suffit pas à admettre le retrait de l'autorité parentale, car il faut encore qu'ils aient pour effet d'empêcher les père et mère d'exercer leurs devoirs découlant des articles 301 à 306 CC, soit de participer à l'éducation de leur enfant et d'exercer correctement les compétences qui leur resteraient après un retrait du droit de garde.<sup>125</sup> L'incapacité à remplir ses devoirs parentaux doit être durable puisque le retrait de l'autorité parentale est une mesure de protection conçue pour durer et devant être prononcée sans limite de temps. Toutefois, «il n'est pas nécessaire qu'elle soit définitive ou que l'on puisse retenir avec une vraisemblance confinante à la certitude que les père et mère ne pourront jamais être réintégrés dans leur autorité».<sup>126</sup>

Ainsi, si le parent est dans l'incapacité de participer à l'éducation donnée par suite de maladie psychique ou d'absence sans contacts réguliers avec l'enfant, un retrait de l'autorité parentale peut entrer en ligne de compte.<sup>127</sup> Pour ce qui est de la maladie psychique, celle-ci doit non seulement empêcher le parent de s'occuper personnellement de l'enfant, mais encore le rendre incapable de surveiller de façon suivie l'éducation de l'enfant par des tiers et de prendre au sujet de son placement et de sa garde les décisions qu'exigent les circonstances.<sup>128</sup> S'agissant en particulier de l'absence, il faut qu'elle empêche durablement l'exercice de l'autorité parentale. Elle peut par exemple être la conséquence d'une expulsion du territoire suisse<sup>129</sup> ou d'une détention de longue durée. En effet, l'incarcération du père pour une longue durée à une certaine distance du lieu de domicile des enfants est un motif analogue à l'absence, car elle l'empêche d'assumer toutes les obligations qu'implique l'autorité parentale.<sup>130</sup>

<sup>122</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 12.

<sup>123</sup> TF 5C.262/2003 du 8 avril 2004, consid. 3.2.

<sup>124</sup> MEIER/STETTLER, p. 680 N 1183.

<sup>125</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 8-9.

<sup>126</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 311/312 N 3; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 10; HEGNAUER/MEIER, p. 197 N 27.46.

<sup>127</sup> Arrêts du Tribunal fédéral 5C.284/2005 du 31 janvier 2006 et 5C.262/2003 du 8 avril 2004.

<sup>128</sup> ATF 90 II 471, JT 1965 I 351; ATF 96 II 69, JT 1971 I 563.

<sup>129</sup> TF 5C.262/2003 du 8 avril 2004.

<sup>130</sup> TF 5C.207/2004 du 26 novembre 2004; ATF 119 II 9, JT 1996 I 126.

*iii. Le retrait de l'autorité parentale pour des manquements envers l'enfant*

En ce qui concerne le retrait de l'autorité parentale fondé sur l'art. 311 al. 1 ch. 2 CC, il peut être ordonné soit parce que les parents ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant – ce qui renvoie aux critères développés par la doctrine et la jurisprudence en lien avec les articles 265c ch. 2 et 274 al. 2 CC –, soit parce que les parents ont manqué gravement à leurs devoirs envers leur enfant.<sup>131</sup> «Avec le retrait du droit de garde, il s'agit du seul moyen réellement efficace pour protéger un enfant victime de mauvais traitements répétés».<sup>132</sup>

La loi n'exige aucune faute des père et mère et met au premier plan le comportement objectif des parents.<sup>133</sup> Le manquement aux devoirs parentaux doit être grave et non isolé; si le manquement est isolé et qu'une récidive n'est pas prévisible, une mesure moins incisive est préférable, telle qu'un retrait du droit de garde. La gravité s'apprécie en fonction des circonstances concrètes du cas (art. 4 CC). Le non-paiement de la contribution d'entretien due à l'enfant ou la cessation des relations personnelles avec l'enfant ne sont pas des manquements suffisants à eux seuls pour retirer l'autorité parentale.<sup>134</sup>

Le retrait fondé sur l'art. 311 al. 1 ch. 2 CC sera donc prononcé lorsqu'il constitue la seule mesure qui puisse protéger l'enfant, soit le plus souvent lorsque l'enfant est victime de mauvais traitements, maltraitances, abus ou négligences graves comportant une mise en danger sérieuse de son bien corporel ou psychique.<sup>135</sup> De tels comportements des parents impliquent forcément une conduite coupable à l'égard des enfants et la possibilité de conséquences dramatiques sur leur santé physique ou psychique, leur intelligence ou leur moralité.<sup>136</sup> Tel est le cas par exemple du père qui refuse de donner une formation professionnelle à l'enfant et de le surveiller convenablement<sup>137</sup>, ou du père qui tue son épouse et mère de ses enfants<sup>138</sup>, ou encore d'un abandon de l'enfant en mains de tiers avec des visites inexistantes et de nombreux placements successifs.<sup>139</sup> Un retrait de l'autorité parentale pourra aussi être ordonné dans des cas de «manipulation et d'enfermement idéologique sectaire» nécessitant que l'enfant soit éloigné physiquement et psychiquement de la sphère d'influence de ses parents sur le plan des décisions à prendre pour son éducation.<sup>140</sup>

En revanche, un mode de vie alternatif ne pourra conduire au retrait de l'autorité parentale que si le développement moral de l'enfant est mis en danger, de sorte qu'une mère s'adonnant à la prostitution ne se verra pas retirer l'autorité parentale sur son enfant tant qu'elle exerce son activité de manière à ne pas

<sup>131</sup> GUILLOD, p. 287 N 705; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 16.

<sup>132</sup> GUILLOD, p. 287 N 705.

<sup>133</sup> CF, Message du 4 juin 1974, ch. 323.44.

<sup>134</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 17.

<sup>135</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 18–19; MEIER/STETTLER, p. 682 N 1187.

<sup>136</sup> ATF 54 II 68, JT 1929 I 254; ATF 38 II 454.

<sup>137</sup> ATF 86 II 213, JT 1961 I 51.

<sup>138</sup> ATF 119 II 9.

<sup>139</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 19.

<sup>140</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 20.

compromettre le bien de l'enfant.<sup>141</sup> De même, le fait que l'enfant évolue dans le milieu de la toxicomanie ou qu'il est à craindre qu'il fasse l'objet de mutilations sexuelles pour des raisons culturelles ou religieuses ne permet pas de retirer l'autorité parentale à ses parents de façon préventive.<sup>142</sup>

#### b) Les effets du retrait ordinaire

Le retrait de l'autorité parentale aux deux parents emporte la nomination d'un tuteur à l'enfant (art. 311 al. 2 *cum* art. 327a à 327c CC), étant précisé que l'art. 311 al. 2 CC s'applique par analogie à la décision fondée sur l'art. 312 CC.<sup>143</sup> Ceci vaut d'ailleurs tant pour le retrait ordinaire que pour le retrait facilité.<sup>144</sup>

Néanmoins, si l'autorité parentale n'est retirée qu'à un seul des deux parents, il n'y aura pas lieu de nommer un tuteur à l'enfant qui restera sous l'autorité parentale d'un seul de ses parents. En effet, un retrait différencié n'a d'effet et ne se justifie que pour autant que les deux parents ne fassent pas vie commune ou, s'ils font vie commune, que le parent déchu de l'autorité parentale n'ait pas d'influence sur les décisions qui se rapportent à l'éducation de l'enfant et qui sont prises par le parent resté titulaire de l'autorité parentale.<sup>145</sup>

Il est vrai également que l'art. 311 CC consacre la mesure la plus incisive du catalogue des mesures de protection de droit civil, laquelle ne pourra être prononcée qu'en *ultima ratio*<sup>146</sup>, dans la mesure où elle prive les parents d'un droit élémentaire attaché à leur personnalité; indubitablement, cette mesure présente un caractère sanctionnateur et entraîne des effets démobilisateurs pour les père et mère, effets qui se traduisent le plus souvent par la rupture complète des relations personnelles et la violation de l'obligation d'entretien.<sup>147</sup> Cependant, même si la mesure a pour conséquence de retirer aux père et mère l'ensemble des responsabilités et prérogatives attachées à l'autorité parentale (droit de garde, éducation, représentation légale, administration des biens), il n'en demeure pas moins que les droits aux relations personnelles et à l'information – qui ressortissent aux droits de la personnalité des parents – subsistent, tout comme l'obligation d'entretien.<sup>148</sup> Ainsi, le parent déchu de l'autorité parentale reste tout de même tenu, sur la base de l'art. 276 al. 2 CC, de verser une contribution à l'entretien de son enfant sous la forme de prestations pécuniaires, à moins que le tuteur ou le parent demeuré titulaire de l'autorité parentale et qui conserverait encore le droit de garde, ne décide, à titre d'essai, de confier la garde de fait de l'enfant au parent privé de l'autorité parentale dans le but d'une éventuelle réintégration ultérieure de ce parent dans ses droits.<sup>149</sup>

<sup>141</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 311/312 N 8; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 20.

<sup>142</sup> COTTIER, p. 712; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 20.

<sup>143</sup> GUILLOD, p. 287 N 706; MEIER/STETTLER, p. 679 N 1178 et n. 2518.

<sup>144</sup> A propos de la tutelle du mineur, cf. *infra* III.5. GUILLOD, p. 287 N 705; MONTAVON, p. 371.

<sup>145</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 21.

<sup>146</sup> ATF 119 II 9. GUILLOD, p. 287 N 704; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 1.

<sup>147</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 3.

<sup>148</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 2.

<sup>149</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 311/312 N 15; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 24 et 26.

Par ailleurs, le parent déchu de l'autorité parentale conserve le droit d'exercer des relations personnelles avec son enfant sur la base de l'art. 273 al. 1 CC, sauf si une limitation ou une suppression de ces droits a été décidée par l'autorité (art. 274 et 275a al. 3 CC), étant rappelé que les motifs qui ont conduit au retrait de l'autorité parentale peuvent emporter aussi une suppression des relations personnelles. Le parent qui n'a plus l'autorité parentale conserve aussi le droit d'être informé des événements particuliers de la vie de l'enfant, d'être consulté avant la prise de décisions importantes et renseigné par les tiers qui prennent en charge l'enfant, son médecin ou ses enseignants (art. 275a al. 1 et 2 CC), et de consentir à l'adoption de l'enfant.<sup>150</sup>

Parmi les effets du retrait de l'autorité parentale, la loi prévoit encore que les effets du retrait s'étendent aux enfants nés après qu'il a été prononcé, à condition que le contraire n'ait pas été réservé (art. 311 al. 3 CC).<sup>151</sup> Autrement dit, l'autorité peut limiter l'effet du retrait à un seul enfant d'une même fratrie en le prévoyant dans sa décision, par exemple, si les difficultés rencontrées par les détenteurs de l'autorité parentale proviennent d'un enfant en particulier. Une mesure d'accompagnement des autres enfants pourrait alors être ordonnée par le juge par le biais d'une curatelle d'assistance éducative (art. 308 al. 1 CC) ou d'une mesure d'instructions et de droit de regard au sens de l'art. 307 al. 3 CC.<sup>152</sup>

Cet effet anticipé ne vaut pas à l'égard des frères et sœurs dans le cas du placement d'un enfant en vue d'adoption et ne s'applique pas non plus à l'égard des enfants qu'une mère aurait d'un autre homme après un divorce, un veuvage ou une séparation, que cela soit dans ou hors mariage. Cet effet est strictement limité «aux enfants que le parent privé de ses droits pourrait avoir avec le ou la même partenaire dans le cadre d'une même constellation familiale».<sup>153</sup>

#### 4. *Le retrait de l'autorité parentale au regard du principe de proportionnalité*

Le retrait de l'autorité parentale suppose évidemment une pesée des intérêts en présence au regard du principe de la proportionnalité. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le retrait de l'autorité parentale est une mesure très lourde de conséquences qui entraîne souvent que les parents se désintéressent complètement de l'avenir de l'enfant en rompant le contact avec lui et en refusant de contribuer à son entretien.<sup>154</sup>

À cet égard, tout comme l'art. 310 al. 2 *in fine* CC, l'art. 311 al. 1 *ab initio* CC rappelle que le retrait de l'autorité parentale est une mesure subsidiaire à toutes les autres («si d'autres mesures de protection de l'enfant sont demeurées sans ré-

<sup>150</sup> TF 5C.207/2004 du 26 novembre 2004, FamPra.ch 2005, p. 407. CR CC I-MEIER, Art. 311 N 1 et 25.

<sup>151</sup> Pour plus de détails sur l'extension des effets du retrait de l'autorité parentale aux enfants nés après son prononcé, cf. HEGNAUER, Entziehung, RDT 1978, pp. 137-142.

<sup>152</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 28.

<sup>153</sup> BSK ZGB I-BREITSCHMID, Art. 311/312 N 14; HEGNAUER, Überwachung, RDT 1978, p. 137; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 29; MEIER/STETTLER, p. 679 n. 2519.

<sup>154</sup> Arrêts du Tribunal fédéral 5A\_140/2008 et 5A\_263/2008 du 9 juillet 2008 et 5C.207/2004 du 26 novembre 2004.

*sultat ou paraissent d'emblée insuffisantes») et qu'il doit être utilisé comme ultima ratio. Ainsi, lorsque l'assistance des institutions de protection de la jeunesse ou le prononcé des mesures moins incisives prévues aux articles 307, 308 et 310 CC – y compris par exemple une combinaison entre une curatelle d'assistance éducative et un retrait du droit de garde – ne suffisent pas à protéger les enfants et n'ont pas donné de résultats ou amélioré la situation, les principes de nécessité, de subsidiarité et de complémentarité militent en faveur de la déchéance de l'autorité parentale.<sup>155</sup>*

Le Tribunal fédéral rappelle également, en d'autres termes, que l'art. 311 al. 1 CC ne s'applique pas lorsque la mesure prévue à l'art. 310 CC est suffisante.<sup>156</sup> Ainsi, en application du principe de proportionnalité, il convient donc d'éviter au maximum un retrait de l'autorité parentale et l'autorité devrait préférer un retrait du droit de garde (art. 310 CC), assorti, le cas échéant, d'autres mesures (une curatelle alimentaire au sens de l'art. 308 al. 2 CC, une curatelle d'administration des biens selon l'art. 325 al. 1 ou 3 CC).<sup>157</sup>

Cependant, il faudra toujours veiller à ce que la combinaison des mesures prévues par les articles 307 à 310 CC ne vide pas l'autorité parentale de tout son contenu.<sup>158</sup> Tel est le cas par exemple d'un retrait du droit de garde assorti d'une curatelle avec pouvoirs particuliers selon l'art. 308 al. 2 CC qui toucherait directement les prérogatives restant aux titulaires de l'autorité parentale (en matière d'éducation), avec une limitation corrélative de l'autorité parentale (art. 308 al. 3 CC) et une privation du droit de visite.<sup>159</sup> En revanche, le Tribunal fédéral estime que la combinaison entre un retrait du droit de garde, une curatelle alimentaire et une curatelle de surveillance (art. 308 al. 2 CC) n'équivaut pas à un retrait de l'autorité parentale, car cela ne signifie pas que la mère est empêchée de participer à l'éducation de son enfant, de surveiller cette éducation de façon suivie et de prendre les décisions exigées par les circonstances au sujet de son enfant.<sup>160</sup>

##### 5. *La tutelle du mineur comme conséquence du retrait de l'autorité parentale*

Le retrait de l'autorité parentale sur un mineur a pour conséquence que celui-ci est placé sous tutelle. Bien que le nouveau droit de la protection de l'adulte ait fait disparaître la notion d'interdiction et de tutelle pour les personnes majeures – au profit de l'institution de différentes curatelles, dont la curatelle de portée générale assimilable à la tutelle, en tant qu'elle prive entièrement la personne de

<sup>155</sup> ATF 96 II 69, JT 1971 I 563; ATF 90 II 471, JT 1965 I 351. CR CC I-MEIER, Art. 312 N 5; MONTAVON, p. 371.

<sup>156</sup> ATF 38 II 454.

<sup>157</sup> TF 5C.284/2005 du 31 janvier 2006, FamPra.ch 2006, p. 477; sous l'ancien droit déjà: ATF 90 II 471, JT 1965 I 351. BAUMANN, p. 278; GUILLOD, p. 287 N 704; CR CC I-MEIER, Art. 311 N 3; MEIER/STETTLER, p. 681 N 1184.

<sup>158</sup> Arrêts du Tribunal fédéral 5C.207/2004 du 26 novembre 2004 et 5C.284/2005 du 31 janvier 2006. GUILLOD, p. 282 N 697.

<sup>159</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 3.

<sup>160</sup> CR CC I-MEIER, Art. 311 N 3.

l'exercice de ses droits civils – la tutelle des mineurs a toutefois été conservée comme une institution unique, et «l'autorité de protection de l'enfant continue à nommer un tuteur à tout enfant qui n'est pas sous autorité parentale».<sup>161</sup>

La tutelle du mineur est donc un «*mécanisme de remplacement*» qui permet au tuteur de se substituer aux parents dans l'exercice de leur autorité parentale<sup>162</sup>, de sorte que les concepts de tutelle et d'autorité parentale ne peuvent coexister sur une même personne.<sup>163</sup> Ce mécanisme est mis en place par l'Etat et suppose une décision de mise sous tutelle – conséquence du constat du défaut d'autorité parentale sur l'enfant – et la désignation d'un tuteur à l'enfant, étant précisé qu'en pratique, la nomination du tuteur est en général la seule décision qui est rendue, cette dernière contenant implicitement la décision de mise sous tutelle.<sup>164</sup>

Avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte, de nouvelles dispositions régissant spécifiquement la tutelle des mineurs ont été introduites dans le Code civil. C'est ainsi que l'art. 327a CC reprend l'ancien art. 368 al. 1 CC et fixe le principe de la nomination d'un tuteur par l'autorité de protection de l'enfant à tout enfant qui n'est pas sous autorité parentale. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs rappelé que le juge du divorce peut prendre les mesures nécessaires à la protection de l'enfant, par exemple ordonner le retrait de l'autorité parentale fondé sur l'art. 311 al. 1 CC, le placement et la désignation d'un tuteur; néanmoins, le juge des affaires matrimoniales doit charger l'autorité de protection de l'enfant d'exécuter ces mesures et il ne peut pas intervenir dans leur exécution.<sup>165</sup> Partant, il ne peut pas désigner la personne du tuteur, prérogative qui relève de la compétence de l'autorité de protection de l'enfant.<sup>166</sup>

L'art. 327b CC reprend quant à lui l'ancien art. 305 al. 1 CC et prévoit que le statut juridique du mineur sous tutelle est le même que celui de l'enfant sous autorité parentale. L'art. 327c al. 1 CC reprend l'ancien art. 405 al. 2 CC en rappelant que le tuteur a les mêmes droits que les parents. Quant à l'art. 327c al. 2 CC, il renvoie à une application par analogie des dispositions sur la protection de l'adulte concernant la nomination du curateur, l'exercice de la curatelle et le concours de l'autorité de protection de l'adulte, soit aux articles 400 à 418 CC. Enfin, l'art. 327c al. 3 CC, reprenant l'esprit de l'ancien art. 405a al. 2 CC, établit que lorsque l'enfant est placé dans une institution fermée ou un établissement psychiatrique, les dispositions de la protection de l'adulte sur le placement à des fins d'assistance sont applicables par analogie, soit les articles 426 à 439 CC.

#### a) Les cas de tutelle du mineur

Il existe plusieurs cas de tutelle des mineurs. Un premier cas de figure concerne la mère non mariée, celle-ci demeurant seule titulaire de l'autorité parentale sur l'enfant au sens de l'art. 298 al. 1 CC. Dans ce cas, si la mère est mineure, sous

<sup>161</sup> MONTAVON, p. 374; MEIER/STETTLER, p. 336 N 564.

<sup>162</sup> MONTAVON, p. 374; MEIER/STETTLER, p. 335 N 562.

<sup>163</sup> ATF 107 II 18.

<sup>164</sup> MEIER/STETTLER, p. 342 N 575 s et p. 335 n. 1242.

<sup>165</sup> ATF 135 III 49, JT 2009 I 392.

<sup>166</sup> ATF 135 III 49, JT 2009 I 392.

curatelle de portée générale ou qu'elle vient à décéder (art. 296 al. 2 et 298 al. 2 CC), ou si on lui a retiré l'autorité parentale (art. 298 al. 2, 311 et 312 CC), alors l'autorité de protection de l'enfant a le choix entre transférer l'autorité parentale au père ou nommer un tuteur à l'enfant, selon ce que le bien de l'enfant commande (art. 298 al. 2 CC).<sup>167</sup>

Dans la règle, l'attribution de l'autorité parentale au père reste l'exception et la désignation d'un tuteur le principe. Néanmoins, l'autorité parentale pourra être transférée au père dans certaines situations, à savoir:

- lorsque l'enfant est pris en charge par son père en cas de décès ou de mise sous curatelle de portée générale de la mère (art. 298 al. 2 CC),
- ou à la suite d'une décision de retrait de l'autorité parentale à la mère (art. 311 ou 312 CC) sans chance de réintégration ultérieure de celle-ci dans ses droits,
- ou encore s'il a été établi que la mère mineure, à laquelle la garde de fait sur l'enfant a été confiée, ne sera pas en mesure d'assumer l'enfant lorsqu'elle deviendra majeure.<sup>168</sup>

Dans ces situations, l'autorité parentale pourra être transférée au père et si ce dernier décède ou est mis sous curatelle de portée générale (art. 296 al. 2 CC), ou que l'autorité parentale lui est retirée (art. 311 ou 312 CC), alors la nomination d'un tuteur à l'enfant sera inéluctable (art. 327a CC).

Un deuxième cas de mise sous tutelle du mineur peut concerner des parents mariés qui exercent l'autorité parentale conjointe (art. 297 al. 1 CC) ou des parents divorcés ou non mariés qui se sont vus attribuer l'autorité parentale conjointe par le juge (art. 133 al. 3 CC) ou l'autorité de protection de l'enfant (art. 298a al. 1 ou 134 al. 3 CC). Dans ces cas, un tuteur est nommé à l'enfant si les deux parents sont décédés, s'ils sont tous deux placés sous curatelle de portée générale (art. 296 al. 2 CC) ou si l'autorité parentale est retirée aux deux parents (art. 311 ou 312 CC).<sup>169</sup> Ainsi, par exemple, si les parents ont divorcé, que l'autorité parentale leur a été retirée aux deux – parce que le bien de l'enfant était beaucoup trop compromis par des conflits parentaux et de loyauté – et qu'un tuteur a été nommé à l'enfant, mais que les circonstances se sont modifiées après le divorce de façon que le placement de l'enfant auprès du père ou de la mère ne compromet plus le bien de l'enfant, le tuteur pourra confier la garde de l'enfant à l'un d'eux, à l'essai.<sup>170</sup>

En revanche, en cas de décès de l'un des époux seulement (parents mariés exerçant l'autorité parentale en commun), l'autorité parentale appartient au parent survivant en application de l'art. 297 al. 3 CC. MEIER/STETTLER semblent préconiser la même solution, avec une application par analogie de l'art. 297 al. 3 CC, en cas de décès du père ou de la mère dans un couple de parents non mariés ou divorcés (exerçant l'autorité parentale en commun), afin que l'autorité paren-

<sup>167</sup> MEIER/STETTLER, p. 336 N 565.

<sup>168</sup> HEGNAUER/MEIER, p. 170 N 25.24; MEIER/STETTLER, p. 337 N 566.

<sup>169</sup> MEIER/STETTLER, p. 338 N 568.

<sup>170</sup> ATF 112 II 16, JT 1989 I 369.

tale revienne *ex lege* au parent survivant.<sup>171</sup> Et en ce qui concerne la mise sous curatelle de portée générale d'un seul parent ou le retrait de l'autorité parentale à un seul des parents (mariés, non mariés ou divorcés, mais exerçant l'autorité parentale en commun), MEIER/STETTLER prévoient aussi que l'autorité parentale reste exercée par le parent qui n'est pas touché par la mesure de curatelle de portée générale ou la décision de retrait de l'autorité parentale.<sup>172</sup>

Un mineur peut être mis sous tutelle également dans un troisième cas de figure, soit dans le cadre d'une procédure matrimoniale, à savoir lors de la suspension de la vie commune des parents (art. 297 al. 2 CC), en cas de séparation de corps (art. 297 al. 2 CC) ou en cas de divorce (art. 133 al. 1 CC), et cela, à condition que le juge ne décide de confier l'autorité parentale à aucun des parents au motif qu'ils remplissent les conditions d'un retrait de l'autorité parentale au sens des articles 311 ou 312 CC.<sup>173</sup>

Nous rappelons ici néanmoins qu'en matière de mesures protectrices de l'union conjugale, ou de mesures provisionnelles prises pour la durée du procès en divorce (les mesures protectrices de l'union conjugale, tout comme les mesures provisionnelles rendues dans une procédure de divorce constituent des mesures provisoires<sup>174</sup>), l'autorité ne réglera alors qu'exceptionnellement l'attribution de l'autorité parentale<sup>175</sup>, la question étant généralement laissée à l'appréciation du juge lorsqu'il tranchera sur le fond: ainsi, en principe, seule la garde sera attribuée à l'un ou l'autre des parents et il faudra généralement attendre l'issue de la procédure de divorce pour savoir si l'enfant devra être mis sous tutelle ou non.

Si en revanche, dans le cadre d'une procédure matrimoniale, le juge a refusé l'exercice conjoint de l'autorité parentale et l'a attribuée à un seul des parents – ce qui est censé être la règle en procédure de divorce (art. 133 al. 1 CC)<sup>176</sup> – et que le père ou la mère resté titulaire de l'autorité parentale décède ou est mis sous curatelle de portée générale, un transfert des droits parentaux à l'autre parent ne pourra pas s'opérer *ex lege* – comme cela serait le cas en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale –, mais uniquement par le biais d'une décision de l'autorité de protection de l'enfant l'ordonnant, sans quoi, un tuteur devra être désigné à l'enfant.<sup>177</sup>

Un quatrième cas de tutelle de mineur, moins courant, est celui de l'enfant trouvé sur lequel personne ne détient l'autorité parentale et auquel un tuteur est nommé conformément à l'art. 327a CC<sup>178</sup>, à moins qu'un lien de filiation ne soit établi, auquel cas la tutelle prend fin, sous réserve du prononcé d'éventuelles mesures de protection de l'enfant.<sup>179</sup>

<sup>171</sup> MEIER/STETTLER, p. 338 n. 1251 et 1253.

<sup>172</sup> MEIER/STETTLER, p. 338 n. 1252.

<sup>173</sup> MEIER/STETTLER, p. 338 N 569.

<sup>174</sup> ATF 137 III 475.

<sup>175</sup> TF 5A\_456/2010 du 21 février 2011 et autres réf. citées.

<sup>176</sup> MEIER/STETTLER, p. 338 N 569.

<sup>177</sup> MEIER/STETTLER, p. 339 N 570.

<sup>178</sup> MONTAVON, p. 372; MEIER/STETTLER, p. 339 N 571.

<sup>179</sup> BIDERBOST, p. 70.

Enfin, un cinquième et dernier cas de tutelle de mineur est celui de l'enfant placé en vue d'adoption qui doit être pourvu d'un tuteur, puisque l'autorité parentale est retirée aux parents naturels (art. 312 ch. 2 CC pour des adoptants anonymes ou art. 311 CC pour des adoptants connus des parents naturels) et que les parents adoptifs ne peuvent, pendant la phase nourricière, remplir la fonction de tuteur en raison d'un manque d'impartialité, d'indépendance et de neutralité pour se prononcer sur l'évolution du lien nourricier. Le tuteur aura donc pour mission de se prononcer sur l'évolution du lien nourricier et les capacités parentales des adoptants.<sup>180</sup>

#### b) La fin de la tutelle du mineur

La tutelle du mineur prend fin automatiquement à sa majorité, sans qu'il soit nécessaire de prononcer la mainlevée de la mesure.<sup>181</sup>

La tutelle de l'enfant d'une mère mineur, ou sous curatelle de portée générale, et non mariée (art. 296 al. 2 et 298 al. 1 CC) cessera également de plein droit lorsque la mère acquerra l'autorité parentale, c'est-à-dire lorsqu'elle atteindra l'âge de la majorité, ou que la curatelle de portée générale prononcée à son égard sera levée.<sup>182</sup>

Enfin, de manière générale, il semble que, par analogie avec le droit de la protection de l'adulte (art. 399 al. 1 et 2 CC), la tutelle du mineur devrait prendre fin de plein droit au décès du mineur concerné ou, si elle n'est plus justifiée pour une quelconque raison apparaissant comme valable aux yeux de l'autorité (par exemple, l'autorité parentale est restituée ou transférée à l'un ou l'autre des parents ou aux deux, un lien de filiation est créé, l'enfant est devenu majeur), avec une décision de mainlevée rendue d'office ou à la requête de la personne concernée voire de l'un de ses proches.

## IV. Conclusion

Lorsque la nécessité de choisir la mesure la plus adaptée entre un retrait du droit de garde ou de l'autorité parentale se fait sentir, la question centrale permettant de préférer un moyen à l'autre est celle de la proportionnalité. Il faut dès lors toujours se demander si d'autres mesures, même combinées, ne seraient pas susceptibles d'atteindre le même but de protection de manière moins incisive, ou si des organismes ou institutions publics ou privés d'aide à la jeunesse et aux familles ne pourraient pas intervenir plus efficacement que les autorités étatiques de protection de l'enfant, et cela en suivant une approche plus souple de résolution des conflits.

Toujours dans le souci de choisir la mesure la plus appropriée dans un cas précis, il ne faut pas perdre de vue le caractère exhaustif (*numerus clausus*) des mesures de protection prévues au catalogue des articles 307 et suivants CC, ainsi

<sup>180</sup> MEIER/STETTLER, p. 339-340 N 572.

<sup>181</sup> MEIER/STETTLER, p. 343-344 N 579.

<sup>182</sup> Montavon, p. 372; MEIER/STETTLER, p. 344 N 580.

que le système de gradation des mesures selon leur degré d'intensité, les plus incisives étant le retrait du droit de garde et de l'autorité parentale. Toutefois, le choix de la meilleure mesure reste parfois cornélien pour le praticien dans son appréciation, en raison de l'interconnexion existant entre le retrait du droit de garde ou de l'autorité parentale qui peut être source de confusion. Le Tribunal fédéral le reconnaît d'ailleurs dans sa jurisprudence lorsqu'il estime que le retrait de l'autorité parentale équivaut à un retrait du droit de garde auquel s'ajoute un motif légal supplémentaire, raison pour laquelle le retrait de l'autorité parentale est subsidiaire par rapport au retrait du droit de garde et ne peut être envisagé qu'au titre d'*ultima ratio*.

Ce faisant, si sur un plan théorique il faut composer avec la crainte d'un risque de confusion des mesures, ce risque semble largement atténué dans la pratique. En effet, à teneur des statistiques les plus récentes en matière de mesures protectrices des mineurs<sup>183</sup>, il apparaît que les autorités de protection de l'enfant retirent bien plus souvent le droit de garde (art. 310 CC) que l'autorité parentale (art. 311/312 CC). A cet égard, au 31 décembre 2011, on dénombrait seulement 204 cas de retrait d'autorité parentale dans toute la Suisse contre 3546 cas de retrait du droit de garde. Par ailleurs, au regard de toutes les mesures de protection figurant au catalogue des articles 307 et suivants CC, le retrait de l'autorité parentale reste également la mesure la moins utilisée; ceci démontre que les autorités se conforment parfaitement au principe de proportionnalité, saisissent les enjeux du respect du système légal suisse de gradation des mesures protectrices, et n'ont recours aux solutions les plus incisives qu'en dernier lieu.

Selon une classification faite à raison du genre, il apparaît que le retrait du droit de garde est plus souvent prononcé pour préserver le bien des garçons (au 31 décembre 2011, 1671 retraits du droit de garde concernaient les garçons contre 1469 pour les filles), alors que le retrait de l'autorité parentale est plus souvent prononcé pour protéger des filles (au 31 décembre 2011, 126 retraits de l'autorité parentale concernaient les filles contre 78 pour les garçons). On ne peut toutefois pas déduire de ce seul constat que l'un des deux genres aurait un besoin de protection plus élevé que l'autre, ou que l'un des deux genres connaîtrait plus facilement des situations familiales conflictuelles ou complexes nécessitant une protection accrue.

Selon une classification faite à raison du domicile, les trois cantons où le droit de garde est le plus retiré sont les cantons de Zurich (793 cas), du Tessin (341 cas) et de Neuchâtel (220 cas), et ceux où il l'est le moins sont ceux d'Uri (1 cas), Appenzell Rhodes-Intérieures (4 cas), Nidwald (9 cas), Appenzell Rhodes-Extérieures (10 cas) et Obwald (12 cas). S'agissant du retrait de l'autorité parentale, les cantons du Tessin (53 cas), de Zurich (31 cas) de Fribourg (31 cas) et de Neuchâtel (17 cas) sont les plus touchés par la mesure. En revanche, les cantons les moins concernés par la mesure et ne comptabilisant aucun cas de retrait de l'autorité parentale sont Nidwald, Obwald, Zoug, Glaris, Thurgovie, Appenzell

<sup>183</sup> Cf. Statistiques des mesures de protection du mineur en vigueur au 31.12.2011, pour l'année 2011, RMA 2012, pp. 449-450.

Rhodes-Intérieures, Bâle-Ville, le Jura et le canton de Vaud. A teneur de ce constat, et bien que ces statistiques soient à manier avec prudence et réserve, nous relevons que dans les régions agraires les autorités ont moins besoin d'intervenir pour protéger les mineurs de situations familiales difficiles que dans les régions urbaines, ce qui mène à penser que la cellule familiale et la qualité de la vie en famille semble mieux préservée à la campagne que dans les villes. Le nombre de mesures prononcées semble également dépendre, dans une certaine mesure, du niveau de population des cantons. Nous observons que les cantons les moins peuplés (Appenzell Rhodes-Intérieures, Appenzell Rhodes-Extérieures, Uri, Obwald, Nidwald et Glaris) sont les moins touchés par ces deux mesures. A l'inverse, nous ne pouvons pas conclure que les cantons les plus peuplés de Suisse (dans l'ordre décroissant: Zurich, Berne, Vaud, Saint-Gall, Genève, Lucerne et le Tessin) seraient quant à eux les plus concernés par le retrait du droit de garde et de l'autorité parentale. Dans la même veine, il sied de remarquer le cas particulier du canton de Neuchâtel qui, sans figurer parmi les cantons les plus peuplés de Suisse, connaît un nombre de cas significatif, ce qui pose la question d'un nouveau facteur, soit celui de la précarisation d'une population en raison d'une situation économique éprouvée. Cet aspect relève toutefois d'autres études à caractère sociologique.

Pour conclure, il apparaît que même si le choix – entre un retrait du droit de garde ou de l'autorité parentale – de la mesure la plus apte à atteindre le but de protection recherché comprend une part d'arbitraire et de subjectivité liée au degré de sensibilité de chacun, le législateur et le Tribunal fédéral ont posé des garde-fous suffisamment clairs pour permettre de trouver un juste équilibre entre la sécurité du droit – qui commande une application plutôt rigoureuse et homogène de chaque mesure, dans le respect de la loi – et la nécessité de conserver une certaine souplesse dans l'appréciation de chaque situation, dans le but de préserver l'intégrité de la cellule familiale et des liens filiaux.

## V. Bibliographie

BAUMANN Konrad, Protection tutélaire des mineurs, RJJ 1997, pp. 271–303

BIDERBOST Yvo, Findelkinder Gedanken zum Thema aus juristischer Sicht – hier und dort angereichert durch die drei letztjährigen Fälle, insbesondere desjenigen im Zürcher Universitätsspital, RDT 1999, pp. 49–74

BIRCHLER Ursula, «Tauglichkeit» des Instrumentariums vormundschaftlicher Massnahmen zur Betreuung von Adoleszenten/jungen Erwachsenen mit psychischen Störungen, RDT 2005, pp. 20–31

[cité: BIRCHLER, RDT 2005]

BIRCHLER Ursula, Die Frage des Zeitpunkts der Obhutsentziehung bei Kindern psychisch kranker Eltern Die juristischen Voraussetzungen, RDT 2002, pp. 26–36

[cité: BIRCHLER, RDT 2002]

BREITSCHMID Peter, Aufhebung der elterlichen Obhut – art. 310, *in* Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, Honsell Heinrich/Vogt Nedim/Geiser Thomas (édit.), 4<sup>ème</sup> éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010

[*cité: BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 310*]

BREITSCHMID Peter, Entziehung der elterlichen Sorge – art. 311/312, *in* Basler Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, HONSELL Heinrich/VOGT Nedim/GEISER Thomas (édit.), 4<sup>ème</sup> éd., Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2010

[*cité: BSK ZGB I-Breitschmid, Art. 311/312*]

BÜCHLER Andrea/VETTERLI Rolf, Ehe – Partnerschaft – Kinder, Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 2<sup>ème</sup> éd., Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2011

COTTIER Michelle, Weibliche Genitalverstümmelung, zivilrechtlicher Kinderschutz und interkulturelle Verständigung, *FamPra.ch* 2005, pp. 698 ss

DI BISCEGLIA Carlo Alberto, Die Kinderschutzmassnahmen nach Art. 307, 308 und 310 ZGB und ihre einschränkende Wirkung auf die elterliche Gewalt, Bâle (S.I. – s.n.) 1979, thèse

GUILLOD Olivier, Droit des familles, 2<sup>ème</sup> éd., Neuchâtel (Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel) 2012

GULER Albert, Die Aufhebung der elterlichen Obhut (Art. 310 und 314a ZGB), *RDT* 1996, pp. 121–133

HÄFELI Christoph, Die Aufhebung der elterlichen Obhut nach Art. 310 ZGB, *RDT* 2001, pp. 111–123

HAUSHEER Heinz/GEISER Thomas/AEBI-MÜLLER Regina E., Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches: Eheschliessung, Scheidung, Allgemeine Wirkungen der Ehe, Güterrecht, Kindesrecht, Vormundschaftsrecht, Erwachsenenschutzrecht, eingetragene Partnerschaft, 4<sup>ème</sup> éd., Berne (Stämpfli) 2010

HEGNAUER Cyril, Zum Verhältnis der Überwachung der Erziehung gemäss Art. 307 Abs. 3 und der Erziehungsbeistandschaft gemäss Art. 308 ZGB, *RDT* 1978, pp. 133–137

[*cité: HEGNAUER, Überwachung, RDT 1978*]

HEGNAUER Cyril, Die Entziehung der elterlichen Gewalt gegenüber später geborenen (Art. 311 Abs. 3 ZGB), *RDT* 1978, pp. 137–142

[*cité: HEGNAUER, Entziehung, RDT 1978*]

HEGNAUER Cyril, Zum Verbot der Rücknahme des Kindes vom Pflegeplatz gemäss Art. 310 Abs. 3 ZGB, *RDT* 1985, pp. 143–145

[*cité: HEGNAUER, RDT 1985*]

HEGNAUER Cyril/MEIER Philippe, Droit suisse de la filiation et de la famille: (art. 328–359 CCS), 4<sup>ème</sup> éd., Berne (Stämpfli) 1998

MEIER Philippe, Retrait du droit de garde des père et mère – art. 310, *in* Commentaire romand, Code civil I: Art. 1–359 CC, PICHONNAZ Pascal/FOËX Bénédict (édit.), Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010

[*cité: CR CC I-MEIER, Art. 310*]

- MEIER Philippe, Retrait de l'autorité parentale – art. 311, *in* Commentaire romand, Code civil I: Art. 1–359 CC, PICHONNAZ Pascal/FoËX Bénédicte (édit.), Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010  
[cité: CR CC I-MEIER, Art. 311]
- MEIER Philippe, Retrait de l'autorité parentale – art. 312, *in* Commentaire romand, Code civil I: Art. 1–359 CC, PICHONNAZ Pascal/FoËX Bénédicte (édit.), Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010  
[cité: CR CC I-MEIER, Art. 312]
- MEIER Philippe, L'enfant en droit suisse : quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, *FamPra.ch* 2012, pp. 255–310  
[cité: MEIER, *FamPra.ch* 2012]
- MEIER Philippe/STETTLER Martin, Droit de la filiation, 4<sup>ème</sup> éd., Genève Zurich Bâle (Schulthess) 2009
- MONTAVON Pascal, Abrégé de droit civil: Art. 1<sup>er</sup> à 640 CC/LPart: titre préliminaire du CC, personnes physiques, associations, fondations, fondations de prévoyance professionnelle, mariage, divorce, régimes matrimoniaux, filiation, tutelle, successions, partenariat enregistré: nouveau droit de protection de l'adulte, Lausanne (Editions juridiques AMC) 2009
- STECK Barbara, Kinder mit psychisch kranken Eltern Die Auswirkung psychisch kranker Eltern auf die Psyche ihrer Kinder und Jugendlichen; mögliche therapeutische und soziale Massnahmen, *RDT* 2002, pp. 1–1
- STETTLER Martin, Garde de fait et droit de garde, Commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 2 novembre 2001, *RDT* 2002, pp. 236–241