

## Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte) juillet à octobre 2012<sup>1</sup>

par Philippe Meier, docteur en droit et avocat, professeur ordinaire à l'Université de Lausanne  
(version allemande: Thomas Häberli, avocat, juge au Tribunal administratif, Berne)

### A. Constitution fédérale et CEDH<sup>2</sup>

#### **RJ 88-12**

#### ***L'interdiction du diagnostic préimplantatoire viole la CEDH***

*Arrêt de la CourEDH Costa et Pavan c. Italie du 28 août 2012:*

**1.** Le droit italien viole l'art. 8 CEDH en interdisant à un couple porteur d'une maladie génétique de recourir au diagnostic préimplantatoire dans le cadre d'une fécondation in vitro (arrêt pris à l'unanimité). Une telle interdiction est notamment en contradiction avec la possibilité d'un avortement lorsque le fœtus est affecté de la pathologie génétique non testée. **2.** Si la Cour laisse une large marge d'appréciation aux Etats membres s'agissant de l'accès à la FIV (S. H. et autres c. Autriche [GC], RJ 1-12), le choix d'autoriser ou non le diagnostic préimplantatoire n'échappe pas à son contrôle.

*Remarque:* l'arrêt condamne la solution suisse également (art. 5 al. 3 LPMA). La LPMA est cependant en révision sur ce point et il est prévu d'autoriser le diagnostic préimplantatoire, à des conditions strictes (<http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03878/06152/index.html?lang=fr>). Pour un commentaire de l'arrêt et de la révision: V. Junod, Un pas supplémentaire vers le diagnostic préimplantatoire, Jusletter 29.10.2012.

#### **RJ 89-12**

#### ***Connaissance des origines et secret de l'accouchement***

*Arrêt de la CourEDH Godelli c. Italie du 25 septembre 2012:*

**1.** Le droit italien est contraire à l'art. 8 CEDH en ce qu'il ne permet ni la levée du secret demandé par la mère biologique lors de la naissance de l'enfant ni

<sup>1</sup> Cette 27<sup>ème</sup> édition du Résumé de jurisprudence couvre en principe les arrêts rendus ou/et publiés de juillet à octobre 2012. Pour les résumés précédents, cf. RDT 2003 117 et 409, RDT 2004 93 et 239, RDT 2005 113 et 249, RDT 2006 75, 183 et 292, RDT 2007 70, 192 et 296, RDT 2008 199, 352 et 476, RDT 2009 102, 245 et 390, RMA 2010 123, 292 et 445, RMA 2011 116, 288 et 471, RMA 2012 100 et 290. L'arrêt résumé au RJ 66-12 est publié aux ATF 138 III 333, les arrêts mentionnés sous RJ 86-12 sont résumés aux ATF 138 I 123 et 138 I 162. La lettre après la référence de l'arrêt fédéral (d/f/i) indique la langue de celui-ci.

<sup>2</sup> Arrêts CEDH consultables en ligne à l'adresse [www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/case-Law/Hudoc/Hudoc+database](http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/case-Law/Hudoc/Hudoc+database). Les arrêts de Chambre ne sont pas définitifs: un renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre peut encore être demandé. Le lecteur est invité à vérifier le caractère définitif de l'arrêt résumé sur le site de la CourEDH. Sauf indication contraire, tous les arrêts sont des arrêts de Chambre.

l'accès à des informations non identifiantes pour l'enfant en quête de ses origines. **2.** L'art. 8 CEDH protège un droit à l'identité et à l'épanouissement personnel, auquel contribue la connaissance de l'identité des géniteurs. L'intérêt de l'enfant ne cesse pas avec l'âge (la requérante est âgée de ... 69 ans). **3.** Le système légal doit permettre de mettre en balance cet intérêt, l'intérêt de la mère à conserver l'anonymat ainsi que l'intérêt général d'éviter des avortements clandestins ou des abandons sauvages.

*Remarque:* la CourEDH relève que si le système français avait été jugé conforme à l'art. 8 CEDH (arrêt Odièvre c. France [GC] du 13 février 2003, RJ 4-03), c'est parce qu'il permettait la réversibilité du secret ... sous réserve de l'accord de la mère. Nous avons critiqué cet arrêt en son temps. Il est dommage que la CourEDH l'ait ici confirmé tout en condamnant le système italien, qui de facto revient au même que le système du droit français.

### **RJ 90-12**

#### ***Reconnaissance de la kefala***

*Arrêt de la CourEDH Harroudj c. France du 4 octobre 2012:*

**1.** Ressortissante française obtenant d'un tribunal algérien un droit de recueil légal (kefala) sur une enfant abandonnée. Demande d'adoption présentée ensuite en France, rejetée au motif que la kefala est reconnue par la Convention sur les droits de l'enfant comme préservant au même titre que l'adoption l'intérêt supérieur de l'enfant. **2.** Grande marge de manœuvre reconnue aux Etats, car les solutions sont diverses quant au point de savoir si la loi nationale de l'enfant doit constituer un obstacle à son adoption (ce n'est en principe pas le cas pour la Suisse). **3.** En l'espèce, non seulement la kefala est reconnue en droit international, mais elle produit en droit français les mêmes effets qu'une tutelle; par ailleurs, sur le plan successoral, il est possible de favoriser l'enfant par testament et celui-ci peut acquérir la nationalité française dans un délai réduit (elle pourra ensuite être adoptée comme une enfant française!). **4.** Un juste équilibre a été ménagé entre l'intérêt public (ne pas couper immédiatement l'enfant des règles de son pays d'origine) et ceux de la requérante. Pas de violation de l'art. 8 CEDH.

### **RJ 91-12**

#### ***CEDH et enlèvement international***

*Arrêt de la CourEDH B. c. Belgique du 10 juillet 2012:*

**1.** Ordre de retour d'une enfant aux Etats-Unis, sur la base de la CLaH 80. **2.** Lacunes dans le processus décisionnel constitutives d'une violation de l'art. 8 CEDH: la cour nationale a rejeté les expertises produites par la mère au motif qu'elles avaient été réalisées unilatéralement par elle, mais n'en a pas ordonné d'autres; elle n'a pas examiné quelles étaient les possibilités objectives pour la mère d'accompagner sa fille aux Etats-Unis; enfin, l'autorité de dernière instance nationale n'a pas tenu suffisamment compte du fait que l'enfant était désormais en Belgique depuis 2 ans au moment de statuer.

**RJ 92-12****Protection d'un jeune handicapé mental**

*Arrêt de la CourEDH Dordevic c. Croatie du 24 juillet 2012:*

Violation des art. 3 et 8 CEDH pour n'avoir pas pris les mesures de protection nécessaires en faveur d'un jeune homme handicapé physique et mental (né en 1977) harcelé verbalement et physiquement pendant plus de quatre ans par les enfants du voisinage, en dépit des nombreuses plaintes adressées par l'intéressé et sa mère.

*Remarque:* nous avons déjà évoqué ici le comportement infamant, régulièrement condamné par la CourEDH, des autorités et instances médicales polonaises en matière d'avortement (cf. par ex. RJ 41-11). Un exemple de plus est fourni par l'édifiant *arrêt de la CourEDH P. et S. c. Pologne du 30 octobre 2012* (refus d'avortement opposé à une adolescente de 14 ans victime d'un viol, divulgation du cas à l'Eglise et à la presse, campagne médiatique autour de l'intéressée et de sa mère, placement en foyer au motif que la décision d'avorter mettrait le développement de l'adolescente en danger, etc.). Le mépris institutionnel des droits fondamentaux des enfants et adolescents n'est certainement pas réservé aux pays dits en voie de développement.

**RJ 93-12****Protection d'un jeune détenu suicidaire**

*Arrêt de la CourEDH Çoselav c. Turquie du 9 octobre 2012:*

**1.** Détenu mineur âgé de 16 ans, avec plusieurs tentatives de suicide, transféré dans une prison pour adultes. **2.** Violation de l'art. 2 CEDH: les autorités turques se sont montrées indifférentes aux graves troubles psychiques de l'intéressé (au point de le menacer de sanctions disciplinaires pour ses tentatives de suicide!) et sont responsables de la dégradation de sa santé mentale pour l'avoir placé dans une prison pour adultes sans lui fournir les soins médicaux ou spécialisés dont il avait besoin.

*Remarque:* dans l'*arrêt C.N. et V. c. France du 11 octobre 2012*, la CourEDH a condamné la France pour violation de l'art. 4 CEDH (interdiction de l'esclavage et du travail forcé) pour n'avoir pas mis en place un cadre législatif et administratif permettant de lutter efficacement contre la servitude et le travail forcé imposés par une tante et un oncle (celui-ci haut fonctionnaire à l'Unesco) à leurs nièces arrivées chez eux à l'âge de 16 et 11 ans, après avoir fui le Burundi où le reste de leur famille avait été massacré.

**RJ 94-12****Traitement forcé**

*Arrêt de la CourEDH X. c. Finlande du 3 juillet 2012:*

**1.** Violation des art. 5 et 8 CEDH: si l'internement psychiatrique de la requérante respectait les exigences conventionnelles et légales, tel n'était pas le cas du traitement forcé administré en établissement, ordonné de manière arbitraire. **2.** En droit finlandais, l'internement forcé d'un patient renferme une autorisation automatique de traiter celui-ci, même contre son gré; aucun recours ne permet au

patient de s'y opposer. De plus, le traitement forcé a été décidé par les médecins de l'établissement, sans recours à un avis psychiatrique indépendant.

*Remarque:* en droit suisse, la jurisprudence avait posé de longue date qu'une décision de PLAFa n'emportait pas autorisation de traitement forcé (par ex. ATF 125 III 169, ATF 126 I 112, ATF 127 I 6). Le nouveau droit reprend le même principe, à la différence que les conditions légales du traitement forcé sont désormais fixées par le droit fédéral (art. 434 nCC). La loi n'exige pas un avis psychiatrique indépendant. Mais comme la procédure de recours (art. 439 al. 1 ch. 4 nCC) est soumise par analogie aux dispositions régissant la procédure devant l'instance judiciaire de recours, la nécessité d'un rapport d'expertise indépendant à ce moment-là au moins découle de l'art. 450e al. 3 nCC (cf. par ex. *Geiser/Etzensberger*, Commentaire bâlois Erwachsenenschutzrecht, Bâle 2012, art. 439 N 49; *Meier/Lukic*, Introduction au nouveau droit de la protection de l'adulte, Zurich 2011, N 738). Dans l'*arrêt Pleso c. Hongrie du 2 octobre 2012*, la CourEDH a jugé que l'hospitalisation et les soins psychiatriques forcés administrés à un jeune homme pendant un mois violaient l'art. 5 al. 1 CEHD, car les juridictions hongroises n'avaient notamment pas tenu compte du fait que l'intéressé ne constituait pas un danger imminent pour lui-même. La CourEDH met en place un cadre strict pour le traitement forcé, dont il y aura lieu de tenir compte dans l'interprétation de l'art. 434 nCC.

## **B. Code civil<sup>3</sup>**

### *1. Filiation*

#### 1.1 Établissement de la filiation

#### **RJ 95-12**

#### **Action en constatation de la filiation**

*Arrêt du TF 5A\_609/2011 du 14 mai 2012 (f):*

**1.** La maxime inquisitoire étant un principe relatif à l'établissement des faits, et non une garantie de nature formelle, la partie n'a pas de droit inconditionnel à ce que la juridiction d'appel administre les preuves que le premier juge n'a pas ordonnées; par contre, elle peut reprocher à celui-ci de n'avoir pas instruit l'affaire conformément à cette maxime (violation du droit, art. 310 let. a CPC). **2.** L'art. 316 al. 3 CPC ne confère pas un droit à la réouverture de la procédure probatoire et à l'administration de preuves, la juridiction d'appel pouvant s'y refuser en procédant à une appréciation anticipée des preuves (le principe vaut même lorsque la maxime inquisitoire s'applique). **3.** Action en constatation de la paternité introduite par la mère enceinte; après la conciliation, demande déposée au nom de la mère et de l'enfant. En vertu de l'art. 66 LDIP, les tribunaux suisses de la résidence habituelle de l'enfant ou ceux du domicile de l'un des parents sont compé-

<sup>3</sup> Les arrêts résumés couvrent parfois plusieurs sujets. Ils ne figurent toutefois qu'une seule fois dans la présente chronique. Certains développements relatifs au droit de visite peuvent ainsi se trouver dans des arrêts résumés dans la sous-rubrique «entretien».

tents pour connaître d'une action relative à la constatation ou à la contestation de la filiation. Comme l'enfant est né après le dépôt de la requête de conciliation, la compétence du tribunal saisi doit être examinée au regard du domicile de la mère. Il est exact que, l'action de l'enfant étant indépendante de celle de la mère, il n'y a pas de consorité active nécessaire, mais il faut néanmoins admettre un for unique découlant de la connexité. Au demeurant, pour les enfants – particulièrement les nouveaux-nés –, la résidence habituelle se trouve en général auprès du parent qui en assume la garde. **4.** Le domicile au sens de l'art. 66 LDIP est déterminé selon les critères de l'art. 20 al. 1 let. a LDIP, dont la teneur correspond à celle de l'art. 23 CC. La notion de domicile comporte deux éléments: l'un objectif, la présence physique dans un lieu donné; l'autre subjectif, l'intention d'y demeurer durablement. Pour savoir si une personne réside dans un lieu avec l'intention de s'y établir, ce n'est pas la volonté interne de l'intéressé qui est déterminante, mais les circonstances objectives, reconnaissables pour les tiers, qui permettent d'en déduire une pareille intention. L'élément objectif du domicile (ou de la résidence habituelle) ne suppose pas nécessairement que le séjour ait déjà duré un certain temps; si la condition subjective est par ailleurs remplie, la constitution d'un domicile (ou d'une résidence habituelle) peut se produire dès l'arrivée dans le nouveau pays; ce n'est pas la durée de sa présence à cet endroit qui est décisive, mais bien la perspective d'une telle durée. **5.** Centre des intérêts de la mère. Des séjours à l'étranger, même à des fins professionnelles, n'impliquent pas nécessairement un abandon du domicile. **6.** Même la personne privée du droit de séjour en Suisse (séjour illégal) peut, en principe, créer et conserver un domicile en Suisse tant que les tiers doivent reconnaître qu'elle y a son centre de vie; le domicile ne prend fin qu'au moment où l'on peut reconnaître que l'injonction de quitter la Suisse est mise en exécution. L'ATF 99 V 206, qui affirme que les travailleurs saisonniers ne peuvent se créer un domicile (car leur intention de s'établir en Suisse ne saurait être prise en compte tant que le droit public empêche à long terme sa concrétisation), n'amène pas à une conclusion contraire, puisque cette jurisprudence part de la prémisse que les saisonniers gardent leur domicile dans leur patrie. **7.** Absence de conciliation, en principe obligatoire selon la procédure civile vaudoise applicable au moment de l'action, dans le cadre de l'action de l'enfant (l'action de la mère – alors enceinte – avait été précédée d'une telle conciliation). Elle n'aurait cependant pas eu de sens dans le cas présent (puisque l'intéressé contestait sa paternité) et même si ce défaut avait affecté l'action de l'enfant, celle de la mère n'en demeurerait pas moins recevable.

*Remarque:* le TF ne se prononce pas – pour des raisons de procédure – sur la position de la Cour cantonale qui avait admis que la mère pouvait agir au nom de l'enfant, sans l'intervention d'un curateur: un conflit d'intérêts faisait en effet défaut, puisque le curateur n'aurait pu que confirmer les conclusions formulées par la mère, l'enfant ayant dans tous les cas droit à l'établissement de la filiation paternelle.

**RJ 96-12*****Position procédurale de la mère dans l'action en contestation de la reconnaissance – suite de l'ATF 136 III 593***

*Arrêt du TF 5A\_434/2011 du 31 mai 2012 (f) (destiné à la publication):*

**1.** La question de la qualité pour agir (ou légitimation active) et pour défendre (ou légitimation passive), qui appartiennent aux conditions matérielles de la prétention litigieuse, doit être examinée d'office. Leur défaut conduit au rejet de l'action. **2.** Dans l'action en contestation de la reconnaissance de paternité, si la mère a la qualité pour agir de par la loi (art. 260a al. 1 CC), elle ne dispose pas de la qualité pour défendre. L'enfant qui conteste la reconnaissance agit contre l'auteur de celle-ci, alors que ce dernier agit contre l'enfant. La mère n'est par conséquent pas admise à défendre à l'action en tant que partie ni à recourir à ce titre. **3.** Certes, selon la doctrine, la mère peut participer à la procédure en tant qu'intervenante accessoire, c'est-à-dire pour soutenir les conclusions de la partie qu'elle assiste. Si, à ce titre, elle peut faire valoir tous les moyens d'attaque et de défense ainsi qu'interjeter recours, il faut toutefois que ses actes soient compatibles avec ceux de la partie qu'elle soutient. Elle ne peut ainsi pas recourir si la partie principale s'oppose au recours ou acquiesce au jugement. **4.** En l'espèce, l'enfant, qui était représenté par un curateur, n'a lui-même pas fait recours contre l'admission de l'action en contestation de la reconnaissance de paternité, ni n'a recouru devant le TF contre l'arrêt de la dernière instance cantonale qui confirmait ce jugement.

**1.2 Effets de la filiation*****1.2.1 Autorité parentale et garde, relations personnelles*****RJ 97-12*****Attribution des droits parentaux – rappel des principes***

*Arrêt du TF 5A\_223/2012 du 13 juillet 2012 (f):*

**1.** Au nombre des critères essentiels, entrent en ligne de compte les relations personnelles entre parents et enfants, les capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement et à s'en occuper, ainsi qu'à favoriser les contacts avec l'autre parent; il faut choisir la solution qui, au regard des données de l'espèce, est la mieux à même d'assurer à l'enfant la stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier notamment lorsque les capacités d'éducation et de soin des parents sont similaires. **2.** L'autorité cantonale, qui connaît le mieux les parties et le milieu dans lequel vit l'enfant dispose d'un large pouvoir d'appréciation (art. 4 CC); le TF n'intervient que lorsqu'elle a écarté, sans aucun motif, des critères essentiels pour la décision relative à l'attribution de l'enfant ou, à l'inverse, s'est fondée sur des éléments dépourvus d'importance au regard du bien de l'enfant. **3.** Pour trancher le sort des enfants, le juge peut ordonner une expertise. Toutefois, il n'est pas lié par les conclusions qui en ressortent, mais doit

les apprécier en tenant compte de l'ensemble des autres preuves administrées. Néanmoins, le juge ne saurait s'en écarter sans raison sérieuse et doit motiver sa décision à cet égard. **4.** Si l'on ne peut se contenter des critères du logement et de la stabilité de l'environnement dans lequel évolue l'enfant pour attribuer les droits parentaux, cela ne signifie toutefois pas que de tels critères ne puissent, dans le cas particulier, être de nature à contribuer au bien de l'enfant.

*Remarque:* dans l'arrêt *5A\_157/2012 du 23 juillet 2012 (d)*, le TF rappelle que les capacités éducatives sont le critère principal; si elles font défaut chez un parent (ici le père, qui manipule les enfants et les instrumentalise dans son intérêt propre), les autres critères d'attribution passent à l'arrière-plan. On se référera en outre à l'arrêt *5A\_326/2012 du 26 juillet 2012 (d)* (rôle de l'expertise, attribution du droit de garde sur une fillette de 3 ans au père) et à l'arrêt *5A\_284/2012 du 10 septembre 2012 (d)* (modification dans le cadre d'une autorité parentale conjointe de parents non mariés, fonctionnant jusque-là en garde alternée).

### **RJ 98-12**

#### ***Attribution des droits parentaux: capacité de coopérer avec l'autre parent et de tenir compte des valeurs sociales et culturelles suisses***

*Arrêt du TF 5A\_138/2012 du 26 juin 2012 (d):*

**1.** Rappel des critères d'attribution (cf. supra RJ 97-12). **2.** L'autorité doit notamment tenir compte de la disponibilité et de la capacité de collaborer de chacun des parents avec l'autre dans le cadre des questions concernant l'enfant, et de permettre et d'encourager de façon active une relation normale avec l'autre parent. **3.** En l'espèce, le père (fortement influencé par sa culture kosovare) n'avait pas cette volonté et cette capacité, puisqu'il se pliait systématiquement aux desiderata de l'enfant et contribuait par son comportement à l'éloigner de sa mère. De plus, la mère – contrairement au père – se montrait prête à collaborer avec les autorités locales (notamment scolaires) et à tenir compte des valeurs culturelles suisses, ce qui – lorsque l'enfant va à l'école en Suisse, y a ses amis et devra un jour s'intégrer sur le marché du travail – répond aussi à son intérêt.

*Remarque:* dans un arrêt *5A\_58/2012 du 15 octobre 2012 (d)*, le TF examine si le bon déroulement du droit de visite peut être considéré comme un élément essentiel ayant amené le père à conclure une convention avec la mère sur la question de l'entretien dans le cadre d'une procédure de modification du jugement de divorce. Il parvient à la conclusion que l'erreur du père est une erreur simple sur les motifs, non une erreur essentielle au sens l'art. 24 al. 1 ch. 4 CO lui permettant d'invalider la convention.

### **RJ 99-12**

#### ***Modification des droits parentaux et mesures provisionnelles***

*Arrêt du TF 5A\_369/2012 du 10 août 2012 (f):*

**1.** Rappel des notions d'autorité parentale et de droit de garde et des conditions auxquelles il est possible d'interdire au parent gardien de déménager à l'étranger (ATF 136 III 353; cf. aussi RJ 8-12 et RJ 9-12). **2.** Lorsque le parent titulaire du droit de garde envisage de déménager, l'autre parent peut agir en modification

du jugement de divorce (art. 134 CC) et conclure à ce que l'autorité parentale et, en conséquence, le droit de garde, lui soient transférés si le déplacement projeté n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. **3.** Des mesures provisionnelles peuvent être prises. Elles doivent non seulement tenir compte des implications qu'entraînent les circonstances de fait nouvelles sur le bien de l'enfant, mais visent également à maintenir l'objet du litige dans l'état où il se trouve pendant la durée du procès et à assurer l'exécution ultérieure du jugement au fond. **4.** Il ne s'agit pas de préserver l'attribution de l'autorité parentale décidée par le juge du divorce, mais bien de maintenir la résidence de l'enfant en Suisse jusqu'à droit connu sur la décision au fond, afin d'en assurer l'exécution. Cette exigence s'impose en l'espèce dès lors que l'action en modification du jugement de divorce introduite par le père et par laquelle celui-ci sollicite l'attribution des droits parentaux n'est pas dépourvue de toute chance de succès: une éventuelle modification de l'attribution des droits parentaux avait été réservée dans les procédures précédentes dans l'hypothèse où la mère prendrait la décision concrète de partir s'installer à New York avec les conséquences qu'une telle résolution impliquerait sur le très large droit de visite dont disposait le père de l'enfant (un droit perçu comme un garant de la stabilité de l'enfant). **5.** Seules deux mesures sont susceptibles d'assurer la présence de l'enfant à Genève: d'une part, le maintien des droits parentaux à la mère, assorti de l'interdiction d'emmener l'enfant à New York et de l'ordre de restituer les passeports et le permis d'établissement de l'enfant; d'autre part, l'attribution de l'autorité parentale et, par conséquent, du droit de garde au père. Depuis la séparation des parties, l'enfant a toujours vécu chez sa mère. C'est donc la première solution qu'il faut privilégier (mesure interdisant le déménagement envisagé pour la durée de la procédure au fond).

### ***RJ 100-12***

#### ***Effet suspensif de l'appel contre une décision d'attribution du droit de garde en mesures protectrices?***

*Arrêt du TF 5A\_303/2012 du 30 août 2012 (d) (destiné à la publication):*

**1.** Les décisions sur mesures protectrices relèvent des mesures provisionnelles au sens de l'art. 315 al. 4 let. b CPC (ATF 137 III 475). L'appel n'a pas d'effet suspensif, sauf si l'autorité de recours l'attribue selon l'art. 315 al. 5 CPC. La règle vaut également pour les décisions prises sur le sort des enfants (attribution du droit de garde). **2.** L'octroi de l'effet suspensif reste l'exception, même si l'autorité de recours jouit d'un large pouvoir d'appréciation (ATF 137 III 475). **3.** En matière de droit de garde, l'autorité n'accordera dans la règle pas d'effet suspensif au recours lorsque l'enfant reste – par l'effet de la décision attaquée – auprès du parent qui le prenait en charge avant les événements qui ont amené au dépôt de la requête de mesures protectrices; de justes motifs sont réservés, notamment lorsque l'exécution de la décision mettrait en danger immédiat le bien de l'enfant et qu'elle apparaît pour cette raison manifestement insoutenable. **4.** Lorsque la décision entreprise modifie l'attribution du droit de garde, il est en général dans l'intérêt de la stabilité de l'enfant de demeurer auprès du parent qui le prenait jusque-là en charge. L'effet suspensif sera alors en principe accordé, sauf si le



recours apparaît d'emblée irrecevable ou manifestement mal fondé. **5.** En l'espèce, avant la séparation et le départ du domicile commun de la mère et des enfants, c'était le père qui prenait ceux-ci en charge à la maison. L'appel de la mère contre la décision attribuant le droit de garde au père ne doit par conséquent par avoir d'effet suspensif, en l'absence d'éléments permettant d'admettre que le jugement de première instance serait manifestement insoutenable.

*Remarque:* dans l'arrêt 5A\_551/2012 du 11 septembre 2012 (f), le TF a confirmé l'absence d'effet suspensif au recours de la mère, à laquelle le droit de garde avait été retiré par le juge des mesures protectrices de l'union conjugale, pour que les enfants soient placés en institution. L'intérêt des enfants commandait un tel retrait immédiat. Il en a fait de même dans l'arrêt 5A\_609/2012 du 21 septembre 2012 (f) dans une procédure de mesures protectrices (droit de garde confié au père, refus de l'effet suspensif au recours de la mère). Dans l'arrêt 5A\_626/2012 du 4 octobre 2012 (f), il a rappelé – en se référant à l'ATF 137 III 531 – qu'une décision prononçant une mesure de protection de l'enfant est soumise pour l'heure au délai de l'art. 420 al. 2 CC, et non au délai de 30 jours de l'art. 311 al. 1 CPC.

## **RJ 101-12**

### **Audition et curatelle procédurale**

*Arrêt du TF 5A\_465/2012 du 18 septembre 2012 (f):*

**1.** Seul le grief d'arbitraire (art. 9 Cst. féd.) dans l'application de l'art. 298 CPC et de l'art. 299 CPC peut être dénoncé dans un recours fondé sur l'art. 98 LTF. **2.** Même si elle peut aussi être menée par un spécialiste de l'enfance, en particulier en cas de conflit familial aigu et de dissensions entre les époux concernant le sort des enfants, cette audition est effectuée, en principe, par la juridiction compétente elle-même. **3.** La prise en compte de l'avis de l'enfant ne signifie pas qu'il faille lui demander s'il veut continuer à vivre auprès de son père ou de sa mère, mais que le juge doit plutôt se faire une idée de l'importance qu'ont les parents aux yeux de l'enfant. **4.** Le juge doit examiner d'office si l'enfant doit être représenté par un curateur, en particulier dans les situations énumérées à l'art. 299 al. 2 CPC. Même dans ces situations, la désignation d'un curateur n'a néanmoins pas lieu automatiquement et le juge n'est pas tenu de rendre une décision formelle à ce propos; il s'agit d'une possibilité qui relève du pouvoir d'appréciation du juge. En revanche, si l'enfant capable de discernement requiert lui-même la nomination d'un curateur, le juge doit y donner suite. **5.** En l'espèce, le service de protection des mineurs a rendu un rapport dont il ne ressort pas la nécessité de nommer un curateur aux enfants; le recourant n'a pas requis une telle nomination pendant la procédure. Enfin, l'autorité cantonale a elle-même procédé à l'audition des enfants. Ainsi, bien que l'autorité cantonale n'ait pas examiné si elle devait instituer une curatelle de représentation, la décision attaquée n'est pas arbitraire. **6.** L'art. 12 CDE vise à protéger le droit de l'enfant d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant. Le représentant qui est mentionné dans cette disposition n'est qu'un intermédiaire à cette fin, lorsque l'audition directe de l'enfant n'est pas indiquée. Si l'enfant a comme ici été en-

tendu, il n'est pas possible d'invoquer une violation de l'art. 12 CDE au motif qu'une curatelle de procédure n'aurait pas été mise en place. **7.** Rappel des critères d'attribution du droit de garde en mesures provisionnelles de divorce. **8.** L'instauration d'un droit de garde conjoint nécessite l'accord des deux parents et ne peut être imposée à l'un d'entre eux contre sa volonté. Il n'est pas possible de contourner cette condition en accordant un large droit de visite au conjoint ne bénéficiant pas de la garde.

*Remarque:* sur la curatelle procédurale, cf. aussi infra RJ 114-12. Dans l'*arrêt 5A\_485/2012 du 11 septembre 2012 (f)*, le TF a jugé que l'art. 298 al. 1 CPC n'était pas violé lorsque le juge avait renoncé à entendre des enfants qui n'avaient déjà pas voulu s'exprimer devant un tiers spécialiste (ici dans le cadre d'une consultation familiale): il faut éviter d'auditionner dans le seul but d'auditionner (ATF 133 III 553).

### **RJ 102-12**

#### **Compétence internationale et droits parentaux**

*Arrêt du TF 5A\_631/2011 du 18 juillet 2012 (d):*

Le principe d'unité du jugement de divorce vaut aussi en matière internationale, sous réserve toutefois des conventions internationales (Convention de La Haye de 1961 et 1996). Le juge suisse du divorce n'est ainsi pas nécessairement compétent pour statuer sur les questions relatives aux enfants (en particulier sur l'attribution de l'autorité parentale et la réglementation des relations personnelles): le juge du lieu de résidence est supposé être mieux à même d'administrer les preuves nécessaires et de se faire une idée personnelle de la situation et de l'environnement de l'enfant.

#### *1.2.2 Entretien*

### **RJ 103-12**

#### **Application de l'art. 285 CC**

*Arrêt du TF 5A\_186/2012 du 28 juin 2012 (f):*

**1.** Rappel de la jurisprudence sur la modification du jugement de divorce s'agissant de l'entretien des enfants (ici majeurs). **2.** Les différents critères de l'art. 285 CC doivent être pris en considération; ils exercent une influence réciproque les uns sur les autres. Ainsi, les besoins de l'enfant doivent être examinés en relation avec les trois autres éléments évoqués et la contribution d'entretien doit toujours être dans un rapport raisonnable avec le niveau de vie et la capacité contributive du débirentier. Celui des parents dont la capacité financière est supérieure est par ailleurs tenu, suivant les circonstances, de subvenir à l'entier du besoin en argent si l'autre remplit son obligation essentiellement en nature. **3.** Les «Recommandations pour la fixation des contributions d'entretien des enfants» édictées par l'Office de la jeunesse du canton de Zurich peuvent servir de point de départ pour la détermination des besoins d'un enfant dans un cas concret. Compte tenu du fait qu'elles donnent des informations sur les besoins d'entretien statistiques moyens, il y a toutefois lieu de les affiner en tenant compte des besoins particu-

liers de l'enfant, ainsi que du niveau de vie et de la capacité contributive des parents. Après déduction des prestations de tiers, les besoins non couverts devront être répartis entre les père et mère en fonction de leurs capacités contributives respectives. **4.** L'obligation de subvenir à l'entretien de l'enfant qui n'a pas achevé sa formation à sa majorité (art. 277 al. 2 CC) doit constituer une solution d'équité entre ce que l'on peut raisonnablement exiger de ses parents, en fonction de l'ensemble des circonstances, et ce que l'on peut raisonnablement attendre de l'enfant, en ce sens qu'il pourvoie à ses besoins par le produit de son propre travail ou par d'autres moyens. Si la demande n'est dirigée qu'à l'encontre de l'un des parents, il faut veiller à ce que les facultés du débiteur soient mises à contribution de façon équilibrée par rapport à celles de l'autre parent. **5.** La fixation de la quotité de la contribution d'entretien relève du pouvoir d'appréciation du juge, qui applique les règles du droit et de l'équité (art. 4 CC); il n'y a violation du droit fédéral que si le juge a abusé de son pouvoir d'appréciation. **6.** Une augmentation linéaire de 50% des postes de charges fixes pour faire participer les enfants au train de vie aisé de la mère n'est pas admise par la jurisprudence.

*Remarque:* pour un autre rappel des critères applicables et de l'absence de méthode de calcul imposée par la jurisprudence fédérale, cf. *arrêt du TF 5A\_96/2012 du 21 juin 2012 (f)*. Pour un cas de réduction subséquente (dégradation de la situation financière du père débiteur, art. 286 al. 2 CC): *arrêt du TF 5A\_193/2012 du 30 août 2012 (f)*.

### **RJ 104-12**

#### ***Tablettes de Zurich, encore et toujours ...***

*Arrêt du TF 5A\_100/2012 du 30 août 2012 (f):*

**1.** Rappel des critères de fixation de l'entretien (cf. supra RJ 103-12). **2.** L'adaptation des tablettes zurichoises à chaque cas d'espèce n'implique pas une réduction systématique forfaitaire de 25% du coût d'entretien, pour un enfant vivant dans une famille au revenu moyen, dans le canton de Fribourg. Le coût d'entretien déterminé par les tablettes, en dépit de leur dénomination, ne correspond pas au coût d'entretien effectif d'un enfant résidant dans la région zurichoise, mais correspond à une moyenne suisse. Il s'ensuit que le montant indicatif d'entretien d'un enfant, tel qu'il est déterminé par les tablettes, doit être adapté concrètement aux circonstances du lieu de résidence de l'enfant, aux besoins de l'enfant et aux moyens financiers de la famille (ici les montants avaient été augmentés pour tenir compte des revenus confortables des parents, puis diminués pour s'adapter aux conditions locales). **3.** Le débirentier est donc tenu d'alléguer que les frais de logement ainsi que les autres postes de l'entretien des enfants (nourriture et habillement notamment) seraient effectivement inférieurs dans le cas d'espèce par rapport à ceux retenus comme moyenne nationale pour établir les tablettes zurichoises. L'ajustement ne saurait subir une réduction forfaitaire abstraite.

*Remarque:* dans l'*arrêt 5A\_696/2011 du 28 juin 2012 (f)*, le TF précise que lorsque le débirentier maîtrise économiquement une société, il faut examiner si la jurisprudence relative au *Durchgriff* doit être appliquée; conformément à la réalité économique, on admettra qu'il y a identité de personnes et que les rapports de

droit liant l'une lient également l'autre, chaque fois que le fait d'invoquer la diversité des sujets constitue un abus de droit ou a pour effet une atteinte manifeste à des intérêts légitimes (art. 2 al. 2 CC).

### **RJ 105-12**

#### ***Minimum vital LP***

*Arrêt du TF 5A\_63/2012 du 20 juin 2012 (f):*

**1.** Lorsque l'entretien des enfants est compté séparément, le montant de base à prendre en considération, conformément aux lignes directrices pour le calcul du minimum vital du droit des poursuites, n'est pas de CHF 1350 (montant de base pour un débiteur monoparental), mais de CHF 1200 (montant de base pour un débiteur vivant seul). **2.** En l'espèce, l'arrêt cantonal a retenu un montant de CHF 150 pour les frais occasionnés par l'exercice du droit de visite. Le TF rappelle qu'il ne s'impose pas de prendre ceux-ci en considération dans le calcul du minimum vital (arrêt 5C.38/1997 du 8 avril 1997, non disponible sur internet). **3.** L'augmentation du minimum vital du droit des poursuites de 20%, qui ne porte que sur la seule base mensuelle (ATF 129 III 385) n'est pas prévue dans le cadre de mesures provisionnelles telles que les mesures protectrices de l'union conjugale (confirmation de jurisprudence).

### **RJ 106-12**

#### ***Mainlevée d'opposition – imputation des pensions déjà payées***

*Arrêt du TF 5A\_217/2012 du 9 juillet 2012 (f) (destiné à la publication):*

**1.** La mainlevée définitive de l'opposition n'est accordée que si le jugement condamne le poursuivi à payer une somme d'argent déterminée, c'est-à-dire chiffrée. Le juge de la mainlevée doit vérifier que la prétention déduite en poursuite ressort du jugement qui lui est présenté. Il ne lui appartient toutefois pas de se prononcer sur l'existence matérielle de la prétention ou sur le bien-fondé du jugement. Le juge de la mainlevée peut cependant aussi prendre en considération les motifs du jugement pour décider si ce dernier constitue un titre de mainlevée au sens de l'art. 80 al. 1 LP (ATF 134 III 656). **2.** Lorsque le dispositif du jugement condamne le débiteur au paiement de contributions d'entretien d'un montant déterminé, tout en réservant les prestations d'entretien déjà versées, et que le montant qui reste dû à titre d'arriéré ne peut pas être déduit des motifs, ce jugement ne vaut pas titre de mainlevée, faute d'une obligation de payer claire (ATF 135 III 315). Dès lors, si le débiteur prétend avoir déjà versé des prestations d'entretien, il est nécessaire que le juge du fond statue sur les montants qui doivent être déduits de l'arriéré, sur la base des allégués et des preuves offertes en procédure. Il ne peut pas se contenter de réserver dans sa décision l'imputation des prestations déjà versées sans en chiffrer le montant, sinon le jugement rendu ne sera pas susceptible d'exécution forcée. **3.** Mais lorsque le dispositif du jugement condamne sans réserve le débiteur au paiement de contributions d'entretien d'un montant déterminé, pour une période rétroactive, et qu'il ressort des motifs que c'est faute de preuve que le juge du fond n'a pas arrêté le montant déjà versé, ce jugement vaut titre de mainlevée définitive pour le montant total

de l'arriéré de pensions: la dette est en effet claire et chiffrée. L'extinction survenue avant ou durant la procédure au fond ne peut pas être prise en compte dans la procédure de mainlevée (art. 81 al. 1 LP), car cela reviendrait, pour le juge de la mainlevée, à examiner matériellement l'obligation de payer. **4.** En l'espèce, l'autorité cantonale a admis que les montants que le débiteur avait déjà versés devaient être déduits de la dette, mais a retenu qu'aucun des paiements effectués par l'intimé n'avait été prouvé; elle n'a donc pas réservé de prestations déjà versées dans le dispositif de son jugement. Celui-ci vaut titre de mainlevée pour le montant total de l'arriéré de pensions dues.

*Remarque:* sur cette même question, cf. aussi l'arrêt du TF 5A\_428/2012 du 20 septembre 2012 (f).

### **RJ 107-12**

#### **Modification de l'entretien de l'enfant (art. 148 al. 2 aCC et 282 al. 2 CPC)**

*Arrêt du TF 5A\_169/2012 du 18 juillet 2012 (d):*

**1.** Dans le cadre de l'application de l'art. 148 al. 2 aCC (art. 282 al. 2 CPC), l'entretien de l'enfant demeure soumis à la maxime d'office. L'autorité de recours est dès lors autorisée aussi bien à augmenter qu'à *réduire* l'entretien alloué à l'enfant, quand bien même la disposition aurait été introduite avant tout pour protéger l'enfant. **2.** Dans le cas d'espèce, l'autorité de recours n'était pas entrée en matière sur l'appel du mari. Elle ne pouvait par conséquent pas réduire l'entretien dû à l'épouse, seule recourante (la fixation de l'entretien entre époux étant soumis à la maxime de libre-disposition et à l'interdiction de la reformatio in pejus). Seul l'entretien des enfants pouvait donc être modifié pour préserver le minimum vital du débiteur. **3.** Le débiteur qui s'est remarié peut invoquer uniquement la protection de son propre minimum vital, et pas celui de sa nouvelle famille (ATF 137 III 59), tous les enfants du débiteur devant être traités de manière égale. Renvoi à l'autorité cantonale pour procéder à un nouveau calcul.

### **RJ 108-12**

#### **Enfant majeur lors de la procédure matrimoniale**

*Arrêt du TF 5A\_287/2012 du 14 août 2012 (f):*

**1.** Dans le procès en divorce, le détenteur de l'autorité parentale peut exercer en son propre nom les droits de l'enfant mineur. Il en va de même dans le cadre d'un jugement sur mesures protectrices de l'union conjugale. **2.** Puisque cette faculté du parent présuppose qu'il ait l'autorité parentale, elle ne devrait logiquement porter que sur les pensions antérieures à la majorité de l'enfant. L'art. 133 al. 1 2<sup>ème</sup> phr. CC prévoit toutefois que la contribution d'entretien peut être fixée pour une période allant au-delà de la majorité. La disposition confère au parent détenteur de l'autorité parentale la faculté de demander, en son propre nom et à la place de l'enfant (*Prozessstandschaft*), des contributions d'entretien pour la période postérieure à la majorité. **3.** Selon l'ATF 129 III 55, l'enfant mineur qui devient majeur au cours du procès en divorce ne doit pas non plus être forcé d'ouvrir une action indépendante contre son parent: la faculté d'agir du parent perdure au-delà de la majorité de l'enfant, lorsque celle-ci survient en cours de

procédure, pour autant que l'enfant désormais majeur y consente. Cette solution est également conforme au principe d'économie de procédure et présente l'avantage de permettre au juge de fixer dans le même procès toutes les contributions d'entretien, en faveur du conjoint, des enfants mineurs et des enfants devenus majeurs durant la procédure. **4.** Lorsque la requête de mesures protectrices est déposée alors que l'enfant est déjà majeur, cette faculté tombe (l'art. 176 al. 3 CC mentionne expressément les enfants mineurs). Les frais de l'enfant majeur ne peuvent dès lors pas être inclus dans les charges du parent «gardien».

### ***RJ 109-12***

#### ***Assistance judiciaire et procès en entretien de l'enfant majeur***

*Arrêt du TF 5A\_395/2012 du 16 juillet 2012 (d):*

**1.** Rappel de la jurisprudence relative à la nécessité de l'assistance d'un avocat rémunéré par l'assistance judiciaire (ATF 130 I 180; cf. en outre ATF 128 I 225, ATF 123 I 145 et ATF 110 Ia 27). **2.** La soumission de la procédure à la maxime d'office et à la maxime inquisitoire ne rend pas automatiquement le recours à un avocat inutile. **3.** L'assistance judiciaire peut déjà être accordée pour la procédure de conciliation, avec toutefois des conditions d'examen plus rigoureuses. **4.** In casu, action alimentaire d'une jeune femme de 22 ans en apprentissage. Les intérêts en jeu sont importants. Une procédure en fixation de l'entretien d'un majeur est souvent très conflictuelle et pas nécessairement simple sous l'angle juridique. Le père a l'expérience des procédures, contrairement à sa fille. Si une convention devait finir par être conclue, elle ne serait pas soumise à la ratification selon l'art. 287 CC. **5.** Le recours est bien fondé: l'assistance judiciaire doit être accordée.

### ***RJ 110-12***

#### ***Compétence internationale et entretien***

*Arrêt du TF 5A\_762/2011 du 4 septembre 2012 (f):*

**1.** La Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et la Convention du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs prévoient toutes deux un for au lieu de la résidence habituelle de l'enfant – en dérogation au principe de la *perpetuatio fori* – non seulement en ce qui concerne l'attribution de l'autorité parentale dans le cadre d'un divorce ainsi que le droit de visite, mais aussi pour l'attribution de la garde pour la durée de la procédure de divorce, ainsi que le règlement du droit de visite. **2.** Ces conventions n'entrent cependant pas en considération lorsqu'il s'agit de déterminer les autorités compétentes pour décider de l'entretien provisoire de l'enfant, ni, a fortiori, de celui du conjoint.

### 1.2.3 *Autres effets*

#### **RJ 111-12**

##### ***Naturalisation facilitée d'un arrière-petit-fils***

*ATF 138 II 217 (arrêt du TF 1C\_555/2011 du 18 juin 2012 [d]):*

**1.** Homme âgé de 30 ans, possédant la nationalité allemande de son père et finlandaise de sa mère, dont l'arrière-grand-mère était citoyenne suisse. **2.** Demande de naturalisation facilitée fondée sur l'art. 58a LN (l'enfant étranger né avant le 1<sup>er</sup> juillet 1985 et dont la mère possédait la nationalité suisse au moment de la naissance ou l'avait possédée précédemment peut former une demande de naturalisation facilitée s'il a des liens étroits avec la Suisse. S'il a lui-même des enfants, ces derniers peuvent également former une demande de naturalisation facilitée s'ils ont des liens étroits avec la Suisse). **3.** Dans le cas d'espèce, la grand-mère du recourant avait profité de cette possibilité, en tant que fille d'une femme de nationalité suisse avant sa naissance. **4.** Le TF estime que le texte de la disposition n'est pas clair et ne permet pas de déterminer si elle vise uniquement les enfants de l'enfant naturalisé, c'est-à-dire ici les parents du recourant, ou aussi les générations ultérieures. **5.** En appliquant les différentes méthodes d'interprétation de la loi, il parvient à la conclusion que les générations ultérieures peuvent aussi profiter de cette naturalisation facilitée. A défaut, les descendants lointains d'une femme de nationalité étrangère qui avait en son temps perdu la nationalité suisse du fait de son mariage avec un ressortissant étranger seraient discriminés par rapport aux descendants lointains d'un homme de nationalité suisse, qui leur aurait transmis – au fil des générations successives – son droit de cité suisse.

### 1.3 Mesures de protection

#### **RJ 112-12**

##### ***Retrait de l'autorité parentale***

*Arrêt du TF 5A\_213/2012 du 19 juin 2012 (f):*

**1.** L'arrêt cantonal, qui a pour objet le retrait de l'autorité parentale, est une décision prise en application de normes de droit public dans une matière connexe au droit civil, à savoir en matière de protection de l'enfant (art. 72 al. 2 let. b ch. 7 LTF). La question soumise au TF est de nature non pécuniaire: le recours est ouvert indépendamment de la valeur litigieuse. **2.** Le retrait de l'autorité parentale présuppose une incapacité de fait durable. 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 possibilité de contacts réguliers, ou tout motif analogue. La jurisprudence a admis que l'incarcération du détenteur de l'autorité parentale, ou l'expulsion de celui-ci du territoire suisse pour une durée de 15 ans sans possibilité de contacts réguliers, ne permettait pas au détenteur de l'autorité parentale d'effectuer tous les actes qu'implique ce pouvoir, en sorte qu'il y a lieu d'admettre, dans de telles circonstances, l'existence d'un «motif analogue» au sens de l'art. 311 al. 1 ch. 1 CC (ATF

119 II 9; arrêt 5C.262/2003, RJ 65-04). L'incapacité du détenteur de l'autorité parentale peut également résulter du comportement de celui-ci, s'il ne s'est pas soucié sérieusement de l'enfant. **3.** Le retrait de l'autorité parentale, qui équivaut à la perte d'un droit élémentaire de la personnalité, n'est admissible que si d'autres mesures pour prévenir le danger que court l'enfant – à savoir les mesures protectrices (art. 307 CC), la curatelle d'assistance (art. 308 CC) et le retrait du droit de garde (art. 310 CC) – se sont révélées vaines ou sont d'emblée insuffisantes (proportionnalité). **4.** Les nombreuses oppositions de principe de la mère et son déni s'agissant des répercussions sur l'enfant de la situation conflictuelle qu'elle entretient avec le père ne lui permettent pas d'entreprendre tous les actes qu'implique l'autorité parentale. En conséquence, l'incapacité de la mère de participer à l'éducation donnée à l'enfant avec l'aide des tiers doit être considérée comme une incapacité de fait durable, à savoir un «motif analogue» au sens de l'art. 311 al. 1 ch. 1 CC. **5.** Une curatelle de surveillance des relations personnelles et d'appui éducatif (art. 308 CC) avait été instituée dès la séparation des parents et le droit de garde avait été transféré de la mère au père (art. 310 CC), suite à des problèmes comportementaux de l'enfant signalés par des intervenants tiers. Les juges cantonaux avaient averti la recourante (en refusant les demandes de retrait déposées par l'autorité tutélaire) que cette mesure extrême serait prononcée si son comportement n'évoluait pas. Le prononcé de mesures de protection moins incisives s'est révélé insuffisant pour servir le bien de l'enfant et améliorer son état de santé psychique. Le retrait de l'autorité parentale est par conséquent proportionné au besoin de protection de l'enfant.

### ***RJ 113-12***

#### ***Désignation d'un curateur (de surveillance du droit de visite)***

*Arrêt du TF 5A\_340/2012 du 23 juillet 2012 (f):*

**1.** L'art. 397 al. 1 aCC renvoie aux art. 379 ss aCC relatifs à la procédure de désignation d'un tuteur. Les aptitudes de la personne désignée s'apprécient au regard du critère du bien du pupille, d'après la mission que se voit confier le tuteur/curateur. **2.** Celui qui s'oppose à la nomination d'un tuteur/curateur peut se prévaloir de l'inaptitude relative de la personne désignée au sens de l'art. 379 al. 1 aCC, en particulier lorsque l'assistance personnelle du pupille requiert des qualifications particulières, ou lorsque les relations personnelles entre la personne désignée et le pupille se révèlent difficiles ou que le tuteur/curateur n'a plus l'indépendance nécessaire pour exercer le mandat qui lui a été confié. **3.** Par sa profession d'assistante sociale, la curatrice est habituellement confrontée à des situations familiales tendues et dispose du temps nécessaire à l'exécution de son mandat dans le cadre de son emploi. Toute autre personne à la place de la curatrice rencontrerait rapidement les mêmes difficultés que celle-ci dans le cadre du cas conflictuel auquel elle était confrontée; elle a au demeurant pris conseil auprès de son supérieur hiérarchique. **4.** Il n'existe aucun élément pour s'opposer à la confirmation de la curatrice dans sa mission à la suite d'un transfert de dossier dû à un changement de domicile.



**RJ 114-12****Rémunération du curateur de procédure**

*Arrêt du TF 5A\_168/2012 du 26 juin 2012 (d):*

**1.** Nomination d'un curateur de procédure pour deux enfants dans le cadre de la procédure de recours sur mesures protectrices de l'union conjugale. **2.** Le montant de la rémunération fixée par l'autorité (qui fait partie des frais judiciaires, art. 95 al. 2 let. e CPC) lie le curateur; il ne peut réclamer une rémunération supplémentaire à l'enfant ou aux parents. **3.** Il est dès lors nécessaire de fixer une rémunération qui permette d'assurer une représentation diligente de l'enfant, en s'écartant d'un tarif trop rigide et en se fondant sur le travail effectivement accompli. **4.** Le tarif des avocats argoviens ne peut pas être utilisé pour fixer cette rémunération – même s'il admet un certain nombre de suppléments, par ex. en fonction de la difficulté du cas –, car il ne permet pas de prendre en compte le travail et le temps effectivement investis. Fixer la rémunération du curateur sur cette base est arbitraire.

**RJ 115-12****Recours du mineur en matière de PLAF**

*Arrêt du TF 5A\_432/2012 du 23 juillet 2012 (d):*

**1.** Vu la lettre claire de la loi et les travaux préparatoires, un enfant de moins de 16 ans révolus ne possède aucun droit procédural dans une procédure de placement en établissement (art. 314a al. 2 aCC), ni à titre personnel, ni par le biais d'un curateur qui lui serait désigné par ex. selon l'art. 306 al. 2 CC. Seuls ses proches (art. 397d al. 1 aCC, par renvoi de l'art. 314a al. 1 aCC) sont légitimés à recourir. **2.** Ceux-ci agissent alors en leur nom propre et il n'y a pas lieu d'examiner l'existence d'un éventuel conflit d'intérêts avec l'enfant. **3.** L'enfant avait été entendu personnellement devant l'autorité inférieure au moment du placement. Comme personne n'a contesté celui-ci, la question d'une audition devant l'autorité de recours ne se posait pas.

*Remarque:* nous avons déjà eu l'occasion de critiquer cette jurisprudence fédérale (cf. RJ 69-11), qui se fonde certes sur la lettre de la loi, mais ne tient aucunement compte des exigences des art. 12 CDE et 11 al. 2 Cst. féd. La situation est heureusement réglée par le nouveau droit (auquel le TF se garde bien de faire la moindre allusion ...): selon l'art. 314b al. 2 nCC, le seul critère est la capacité de discernement de l'enfant, non son âge. En l'espèce, l'intéressé était âgé de 13 ans et aurait été légitimé à recourir selon cette disposition.

**RJ 116-12****Résidence habituelle dans les conventions internationales**

*Arrêt du TF 5A\_346/2012 du 12 juin 2012 (f):*

**1.** Rappel de la jurisprudence relative à la résidence habituelle (par ex. arrêt 5A\_889/2011, RJ 67-12). **2.** Quand bien même les relations familiales du très jeune enfant avec le parent en ayant la charge sont le plus souvent déterminantes pour établir le centre de sa vie, la résidence habituelle de l'enfant doit être définie séparément de celle de ce parent. Toute résidence implique en outre nécessai-

rement une présence physique à un endroit donné. Il suit de là que le nasciturus ne saurait se constituer une quelconque résidence habituelle. De plus, la CLaH80, comme la CLaH96, doit s'appliquer aux enfants dès leur naissance. À cet égard, il y a lieu de noter que la CLaH96 le prévoit expressément (art. 2 CLaH96) et qu'une application de cette Convention aux enfants dès leur conception a été clairement rejetée lors de son élaboration. **3.** En vertu du principe de réciprocité (cf. infra RJ 118-12), la procédure devant le Tribunal fédéral n'est pas gratuite. Les frais judiciaires comprennent les frais de représentation de l'enfant par CHF 1000. Il n'y a donc pas lieu d'entrer en matière sur la demande d'assistance judiciaire de la curatrice de l'enfant.

### **RJ 117-12**

#### **Compétence internationale selon la CLaH96**

*Arrêt du TF 5A\_509/2012 du 20 août 2012 (d):*

**1.** En vertu de l'art. 7 al. 1 let. b de la CLaH96, en cas de déplacement ou de non-retour illicite de l'enfant, les autorités de l'Etat contractant dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour conservent leur compétence jusqu'au moment où l'enfant a acquis une résidence habituelle dans un autre Etat et qu'il a résidé dans cet autre Etat pour une période d'au moins un an après que la personne, l'institution ou tout autre organisme ayant le droit de garde a connu ou aurait dû connaître le lieu où se trouvait l'enfant, aucune demande de retour présentée pendant cette période n'est encore en cours d'examen, et l'enfant s'est intégré dans son nouveau milieu (pour les détails: arrêt 5A\_650/2009, RJ 27-10, et arrêt 5A\_427/2009, RJ 104-09).

**2.** En l'espèce, conditions réalisées, ce qui exclut par conséquent la compétence locale des autorités suisses pour statuer sur le prononcé de mesures de protection pour un enfant vivant avec sa mère à Berlin.

*Remarque:* pour un autre cas (refus de reconnaître et d'exécuter une décision allemande après l'installation de l'enfant en Suisse, que ce soit en vertu de la CLaH96 ou de la Convention européenne du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants), cf. l'arrêt du TF 5A\_291/2012 du 15 août 2012 (d). Le TF y examine les rapports entre ces deux conventions, en particulier compte tenu de la priorité de principe à la convention la plus récente. Si l'autorité suisse doit reconnaître la décision étrangère selon la CLaH96, elle ne peut pas refuser de le faire au motif que la Convention de 1980 ne lui permet pas une telle reconnaissance; à l'inverse, si elle doit refuser cette reconnaissance sur la base de la CLaH96, elle ne peut pas la reconnaître néanmoins au motif que la Convention de 1980 ne prévoit pas un tel motif de refus. Le TF rappelle encore qu'en vertu de l'art. 13 al. 1 let. d de la Convention de 1980, la demande tendant à la reconnaissance ou l'exécution dans un autre Etat contractant d'une décision relative à la garde doit être accompagnée de tout document de nature à établir que, selon la loi de l'Etat d'origine, la décision est exécutoire, ce qui n'était pas le cas ici.

**RJ 118-12*****Titularité des droits parentaux dans la CLaH80***

*Arrêt du TF 5A\_479/2012 du 13 juillet 2012 (f):*

**1.** Le déplacement ou le non-retour d'un enfant est considéré comme illicite, s'il a eu lieu en violation d'un droit de garde attribué par le droit de l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant son déplacement ou son non-retour (art. 3 par. 1 let. a CLaH80). **2.** Ce droit de garde, qui peut notamment résulter d'une attribution de plein droit, d'une décision ou d'un accord en vigueur selon le droit de cet État (art. 3 par. 2 CLaH80), comprend le droit portant sur les soins de la personne de l'enfant, et en particulier celui de décider de son lieu de résidence (art. 5 let. a CLaH80). Le parent qui dispose du droit de s'opposer au déménagement de l'enfant à l'étranger est titulaire d'un droit de garde au sens de la CLaH80. **3.** Pour déterminer le ou les parents titulaires de ce droit, il y a lieu de se référer à l'ordre juridique de l'État de la résidence habituelle de l'enfant avant le déplacement ou le non-retour, c'est-à-dire tout d'abord aux règles du droit international privé de cet État – y compris les conventions internationales –, puis au droit matériel auquel il renvoie. En vertu de l'art. 17 CLaH96, l'exercice de la responsabilité parentale est régi par la loi de l'État de la résidence habituelle de l'enfant. **4.** L'art. 16 al. 1 LDIP pose l'obligation pour le juge d'établir d'office le droit étranger. Il a plusieurs possibilités pour associer les parties à l'établissement du droit applicable. Il peut, dans tous les cas, exiger qu'elles collaborent à l'établissement de ce droit (art. 16 al. 1 2<sup>ème</sup> phr. LDIP), par exemple en invitant une partie qui est proche d'un ordre juridique étranger à lui apporter, en raison même de cette proximité, des informations sur le droit applicable. Même si les parties n'apportent pas la preuve du droit étranger, le juge doit, conformément au principe « jura novit curia », chercher à déterminer ce droit dans la mesure où cela n'apparaît pas disproportionné. **5.** En vertu du droit polonais applicable, le départ permanent de l'enfant à l'étranger nécessite l'accord des deux parents, quelle que soit l'étendue de l'autorité parentale de chacun d'eux. La convention passée par les parents lors de leur divorce ne saurait valoir consentement du père au déplacement: le droit de visite qui y est fixé serait en effet rendu impossible par le déménagement des enfants de Pologne en Suisse. **6.** En vertu de l'art. 13 par. 1 let. b CLaH 80, l'autorité judiciaire de l'État requis n'est pas tenue d'ordonner le retour de l'enfant lorsque la personne qui s'oppose à son retour établit qu'il existe un risque grave que ce retour n'expose l'enfant à un danger physique ou psychique, ou de toute autre manière ne le place dans une situation intolérable. Les exceptions au retour prévues à l'art. 13 de la CLaH80 doivent être interprétées de manière restrictive, le parent ravisseur ne devant tirer aucun avantage de son comportement illégal. Seuls des risques graves doivent être pris en considération, à l'exclusion de motifs liés aux capacités éducatives des parents, dès lors que la CLaH80 n'a pas pour but de statuer au fond sur le sort des enfants. **7.** L'art. 5 LF-EEA précise l'application de l'art. 13 par. 1 let. b CLaH80, en clarifiant les cas dans lesquels le retour de l'enfant ne doit pas être imposé pour éviter de le placer dans une situation intolérable. Il s'agit notamment des cas dans lesquels les conditions cumulatives suivantes sont réunies: 1°

le placement auprès du parent requérant n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant; 2° le parent ravisseur, compte tenu des circonstances, n'est pas en mesure de prendre soin de l'enfant dans l'État dans lequel l'enfant avait sa résidence habituelle au moment de l'enlèvement ou que l'on ne peut manifestement pas l'exiger de lui; 3° le placement auprès de tiers n'est manifestement pas dans l'intérêt de l'enfant. **8.** Absence de tels motifs en l'espèce. **9.** Compte tenu de l'objectif de la CLaH80, qui vise à assurer le retour immédiat des enfants déplacés ou retenus illicitement (art. 1 let. a CLaH80), et des exigences de célérité de l'art. 11 CLaH80, il n'est pas question de surseoir à statuer sur le retour jusqu'à droit connu dans la procédure de modification du jugement de divorce pendante en Pologne. **10.** Les art. 26 CLaH80 et 14 LF-EEA prévoient la gratuité de la procédure; toutefois, conformément aux dispositions de l'art. 42 CLaH80 et par application de l'art. 26 par. 3 CLaH80, la Pologne a déclaré n'être tenue au paiement des frais visés au deuxième paragraphe de l'article 26 CLaH80, liés à la participation d'un avocat ou d'un conseiller juridique, ou aux frais de justice, que dans la mesure où ces coûts peuvent être couverts par son système d'assistance judiciaire et juridique. La Suisse applique dans ce cas le principe de la réciprocité (art. 21 al. 1 let. b de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités), de sorte que la procédure devant le TF n'est pas gratuite.

*Remarque:* pour d'autres arrêts relatifs à l'enlèvement international des mineurs, que nous renonçons à résumer ici dans la mesure où leur solution dépend très largement des circonstances du cas d'espèce: *arrêt du TF 5A\_550/2012 du 10 septembre 2012 (i)* et *arrêt du TF 5A\_537/2012 du 20 septembre 2012 (d)*. Dans les deux cas, le retour de l'enfant en Espagne a été confirmé. Dans le dernier arrêt, la mère se plaignait pour la première fois devant le TF du fait que l'enfant, âgé de moins de 6 ans avant la décision de première instance, n'avait pas été entendu (art. 9 al. 2 LF-EEA). Le TF relève que faute de toute demande dans ce sens des parents, l'audition n'était pas obligatoire; l'autorité cantonale n'avait pas à l'ordonner d'office dans la mesure où l'enfant était âgé de moins de 6 ans (le seuil étant placé vers 11–12 ans selon l'ATF 133 III 146). Il a également jugé que la mère avait un comportement abusif en se plaignant devant le TF seulement du fait que l'enfant n'avait pas été valablement représenté dans la procédure (art. 9 al. 3 LF-EEA). Quoiqu'il en soit, la curatrice désignée à teneur de l'art. 308 CC dans le cadre de l'exercice du droit de visite avait pu intervenir dans la procédure, participer à des auditions et déposer des conclusions. S'agissant d'une collaboratrice de l'office de la jeunesse, elle disposait des compétences requises par l'art. 9 al. 3 LF-EEA, même si elle n'avait pas été spécifiquement désignée pour représenter l'enfant dans la procédure de retour. Le TF ordonne un retour en trois phases (en l'absence d'indices laissant présager un risque de disparition de la mère): retour volontaire dans les 30 jours, à défaut, remise de l'enfant au père dans les locaux de l'office de la jeunesse, à défaut exécution de la décision par ledit office; le passeport de l'enfant doit dans l'intervalle être déposé auprès du service, qui le remettra le soir avant le départ ou le jour du départ à la mère si elle opte pour un retour volontaire.

## 2. *Protection de l'adulte*

### **RJ 119-12**

#### **Capacité de tester et interdiction**

*Arrêt du TF 5A\_384/2012 du 13 septembre 2012 (f):*

**1.** Pour être valable, un testament ne peut être rédigé que par une personne capable de discernement (art. 467 CC). Est capable de discernement toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement par suite de maladie mentale ou de faiblesse d'esprit (art. 16 CC). Les interdits capables de discernement peuvent s'obliger par leurs propres actes pour exercer leurs droits strictement personnels (art. 19 al. 2 aCC). **2.** La notion de capacité de discernement contient deux éléments: d'une part, une composante intellectuelle, soit la capacité de reconnaître le sens, l'opportunité et les effets d'un acte précis et, d'autre part, une composante volitive, qui est également en rapport avec le caractère de la personne, soit sa capacité d'agir librement en fonction d'une compréhension raisonnable et de pouvoir opposer une résistance suffisante à d'éventuelles influences extérieures. La capacité de discernement doit être comprise de manière relative: elle ne doit pas être appréciée dans l'abstrait, mais concrètement, par rapport à un acte déterminé, en fonction de sa nature et de son importance. La rédaction d'un testament compte parmi les actes les plus exigeants, surtout s'il s'agit de dispositions compliquées. Pour juger de la capacité de discernement, il ne faut cependant pas se demander si les dispositions prises sont sages, justifiées au vu des circonstances, ou simplement équitables; une disposition absurde peut tout au plus être tenue pour un indice d'un défaut de discernement. **3.** La capacité de discernement est la règle; elle est présumée d'après l'expérience générale de la vie. Il incombe à celui qui prétend qu'elle fait défaut de le prouver. Une très grande vraisemblance excluant tout doute sérieux suffit. Lorsqu'une personne est atteinte de faiblesse d'esprit, en particulier due à l'âge, ou de maladie mentale, l'expérience générale de la vie amène à présumer le contraire, à savoir l'absence de discernement. La contre-preuve incombe à celui qui se prévaut de la validité du testament; il devra établir avec une vraisemblance prépondérante, que la faculté d'agir raisonnablement existait malgré la cause d'altération, en montrant que la personne concernée a accompli l'acte litigieux dans un moment de lucidité. **4.** L'incapacité de discernement n'est pas présumée et doit être établie, selon la vraisemblance prépondérante, lorsque le disposant, dans un âge avancé, est impotent, atteint dans sa santé physique et temporairement confus ou souffre uniquement d'absences à la suite d'une attaque cérébrale ou encore est confronté à des trous de mémoire liés à l'âge. **5.** L'existence d'une mesure tutélaire prononcée en faveur du testateur n'exclut pas d'emblée toute capacité de discernement du pupille pour disposer à cause de mort, tout au plus s'agit-il d'un indice permettant de prouver les faits retenus dans le prononcé d'interdiction. **6.** In casu, capacité de discernement reconnue pour un testament rédigé en 2005 (accompagné d'une expertise confirmant le discernement du testateur), alors que l'intéressé était sous tutelle volontaire depuis 10 ans pour faiblesse d'esprit.

*Remarque:* pour un autre exemple (testatrice souffrant de démence sénile moyenne, placée sous conseil légal de gestion), cf. l'arrêt du TF 5A\_439/2012 du 13 septembre 2012 (f).

### **RJ 120-12**

#### ***Privation provisoire de l'exercice des droits civils***

*Arrêt du TF 5A\_175/2012 du 26 juin 2012 (d):*

**1.** Une décision de retrait provisoire de l'exercice des droits civils ou de refus de lever cette mesure (art. 386 al. 2 CC) est une décision incidente qui peut causer un préjudice irréparable au sens de l'art. 93 al. 1 let. a LTF et peut donc être attaquée devant le TF (par un recours en matière civile). **2.** S'agissant d'une mesure provisionnelle, seule peut être invoquée la violation des droits constitutionnels (art. 98 LTF). **3.** Personne de 87 ans au moment de la décision initiale, souffrant d'une démence moyenne, durable et évolutive, dont la commune de domicile demande l'interdiction, en raison de son besoin d'assistance personnelle (elle ne peut plus vivre seule dans son appartement sans surveillance) et patrimoniale (elle a notamment tenté de vendre un bien immobilier pour un montant correspondant seulement aux  $\frac{2}{3}$  de la valeur attribuée au bien par expertise). **4.** La privation provisoire de l'exercice des droits civils n'entre en ligne de compte – en vertu du principe de proportionnalité – que pour autant que les mesures de l'art. 386 al. 1 aCC ne permettent pas de protéger suffisamment les intérêts de la personne concernée, de sa famille ou de tiers. **5.** Lorsque la personne concernée demande à être réintégrée dans l'exercice de ses droits civils, dont elle a été privée en vertu de l'art. 386 al. 2 aCC, la mesure provisoire ne peut demeurer en vigueur que pour autant que les conditions en sont encore réalisées au moment où est requise sa mainlevée. Même une procédure d'interdiction en cours ne justifie pas le maintien de la privation provisoire de l'exercice des droits civils quand il n'y a pas d'affaires tutélaires urgentes à régler (ATF 113 II 386). **6.** En l'espèce, aucune affaire relative à la prise en charge personnelle ne doit être réglée urgemment (l'encadrement nécessaire pouvant être mis en place, selon l'expertise, d'entente avec l'intéressé). Sur le plan patrimonial, la volonté de vendre n'a pas été confirmée depuis 2010; l'intéressé peut bénéficier de l'assistance de sa fille. Par ailleurs, l'autorité tutélaire peut bloquer le feuillet du registre foncier, sur la base de l'art. 386 al. 1 aCC, sans avoir besoin de retirer à l'intéressé l'exercice de ses droits civils. **7.** Le retrait provisoire doit être levé.

*Remarque:* sous le nouveau droit, les mesures provisoires sont fondées sur l'art. 445 nCC, qui permet – à l'instar de l'art. 386 aCC – un retrait provisoire de l'exercice des droits civils. Les considérations de l'arrêt sont donc pleinement transposables au nouveau droit. Une interdiction d'accès sans limitation de la capacité civile est désormais expressément prévue à l'art. 395 al. 3 nCC pour la curatelle de représentation avec gestion du patrimoine (avec mention au registre foncier lorsqu'il s'agit d'un immeuble, art. 395 al. 4 nCC). Cette mesure pourra aussi être ordonnée à titre provisoire (ou superprovisoire) sur la base de l'art. 445 nCC.

**RJ 121-12****Conseil légal gérant – besoin de protection**

*Arrêt du TF 5A\_836/2011 du 5 juin 2012 (f):*

**1.** La loi pose deux conditions à l'institution d'un conseil légal: d'une part, l'absence de cause suffisante pour prononcer une interdiction; d'autre part, un besoin de protection. La mise sous conseil légal gérant de l'art. 395 al. 2 aCC suppose donc que l'on se trouve en présence de l'une des causes visées par les art. 369 ss aCC, mais que cette cause soit insuffisante au sens de ces dispositions. La privation partielle de l'exercice des droits civils doit en outre être dans l'intérêt de la personne concernée. **2.** En l'espèce, au regard notamment de l'expertise, il n'existe pas de cause d'interdiction, mais – au vu du trouble cognitif léger de l'intéressé –, une cause partielle suffisante pour l'institution d'un conseil légal gérant. **3.** La détermination de l'état pathologique et de ses répercussions sur la capacité de réfléchir, de vouloir et d'agir d'un individu relève du fait. En revanche, savoir si les effets de cet état pathologique entraînent un besoin de protection particulier est une question de droit que le TF revoit librement. Toutefois, comme la notion de besoin de protection découle en partie d'une appréciation de l'autorité cantonale, le TF s'impose une certaine réserve; il n'intervient que si l'autorité cantonale a excédé son pouvoir d'appréciation ou en a abusé. **4.** Le TF considère que la nécessité de pourvoir la recourante d'un conseil légal gérant n'est pas établie en l'état. Il faut en effet que la personne concernée ne soit pas capable d'administrer sa fortune sans compromettre la substance de celle-ci, la loi exigeant à tout le moins une mauvaise gestion pour que la privation, même seulement partielle, des droits civils se justifie. Tel n'est pas le cas en l'espèce. **5.** L'intéressée bénéficie d'un encadrement adéquat: son cousin s'occupe depuis plusieurs années du paiement des charges courantes sans aucun préjudice. Il dispose uniquement d'une procuration sur le compte courant. Les avoirs bancaires sont administrés par un gestionnaire de fortune et la déclaration fiscale est établie par une fiduciaire, qui dispose de toutes les pièces justificatives relatives aux opérations effectuées par ledit cousin. L'intéressée a certes proposé à son cousin de travailler désormais uniquement pour elle, moyennant un salaire de CHF 6000, mais cela n'est pas suffisant pour admettre que la fortune de la recourante risquerait d'être dilapidée par son parent (qui a d'ailleurs décliné cette proposition); de même, la donation d'une Mercedes à ce même cousin ne permet pas d'affirmer qu'il aurait sur la personne à protéger une emprise préjudiciable à sa situation financière. Enfin, la déclaration de la recourante selon laquelle elle ignorait si elle possédait un dossier de titres à Singapour n'est pas non plus déterminante (elle aurait pu ne pas vouloir s'étendre sur ce point, puisque toute sa fortune n'était pas déclarée!). **6.** L'institution d'un conseil légal gérant constitue, vu les circonstances de l'espèce, une atteinte trop importante aux intérêts de la recourante.

**RJ 122-12****Responsabilité des organes de tutelle – suite de l'ATF 135 III 198 (RJ 74-09)**

*Arrêt du TF 5A\_19/2012 du 24 mai 2012 (d):*

**1.** Dommage de CHF 108 000, le montant ayant été prélevé (sans aucun justificatif) par la curatrice indélicate sur le produit de vente de l'immeuble de la personne (depuis lors décédée) placée sous curatelle volontaire. Action dirigée contre les membres de l'autorité tutélaire (la reconnaissance de dette de la mandataire n'étant d'aucune portée vu son insolvabilité). **2.** La reconnaissance de dette du mandataire tutélaire est un élément de preuve dans la procédure dirigée contre l'autorité de tutelle, mais ne lie pas le juge s'agissant du principe et de la quotité du dommage. **3.** Les tribunaux zurichoïses sont désavoués une seconde fois: ils sont tombés dans l'arbitraire en s'appuyant sur les dires de la curatrice, pourtant au centre du procès, selon qui la personne sous curatelle (qui avait conservé l'exercice des droits civils) avait consenti aux prélèvements; or les déclarations de la mandataire étaient contradictoires, sans compter qu'elle avait alors des besoins financiers importants: elle ne pouvait apparaître comme un témoin neutre et objectif. **4.** De plus, même en présence d'une volonté de la personne sous curatelle, il incombe au mandataire tutélaire (cf. ATF 136 III 113 pour le conseil légal) d'intervenir à temps pour empêcher une dilapidation rapide du patrimoine. Dans le cas d'espèce, non seulement la curatrice n'a rien entrepris dans ce sens, mais elle a elle-même initié ou en tout cas participé à cette dilapidation, en violant le devoir d'assistance fondé sur l'art. 419 aCC. **5.** Le fait que la curatrice ait pu être désignée comme héritière par la personne sous curatelle n'y change rien: non seulement cela ne la dispensait pas d'assurer le financement des frais d'entretien de la personne concernée (souvent élevés en fin de vie), mais des dispositions testamentaires sont révocables en tout temps et les biens ne lui appartenaient pas tant que le de cuius était toujours en vie. **6.** Répartition du dommage par tête, et non solidairement, entre les six membres de l'autorité tutélaire (art. 428 al. 2 aCC).

*Remarque:* le TF laisse ouverte la question d'une éventuelle application de l'art. 422 ch. 7 aCC à une donation faite par la personne sous curatelle au curateur, mais signale l'existence de l'art. 413 nCC pour les cas de conflit d'intérêts. *L'arrêt du TF 6B\_263/2011 du 26 juillet 2012 (i)* porte sur une condamnation pénale du chef d'abus de confiance pour plus de CHF 37 millions (le coupable ayant d'abord fonctionné comme tuteur – période pendant laquelle il a détourné pour env. CHF 1 300 000 –, puis comme mandataire, après la majorité de l'intéressé) et de faux dans les titres, pour avoir omis d'inscrire à l'inventaire de l'art. 398 CC un montant d'environ CHF 20 millions (!). Le TF y juge que le prévenu s'était bien rendu coupable d'un abus de confiance aggravé au sens de l'art. 138 al. 2 CP, non seulement lorsqu'il était seul tuteur en place, mais aussi lorsqu'il lui a été adjoint un second tuteur pour la gestion patrimoniale, lui s'occupant uniquement des soins personnels: il avait en effet détourné dans ce cadre des biens qui étaient destinés aux besoins personnels du pupille.



**RJ 123-12****Lien entre rémunération et responsabilité du tuteur**

*Arrêt du TF 5D\_215/2011 du 12 septembre 2012 (f):*

**1.** Le prélèvement d'une rétribution induue sur les avoirs du pupille constitue un dommage dont le tuteur répond sur la base des art. 426 ss aCC. Il appartient au juge (art. 430 aCC), et non à l'autorité tutélaire qui fixe la rémunération (art. 416 aCC), d'en connaître. **2.** Le pupille ou ses ayants droit ne peuvent pas faire valoir leurs prétentions en remboursement par compensation devant l'autorité tutélaire (RDT 1953 67); quant au tuteur, la fixation de son indemnité est du ressort de l'autorité tutélaire, même s'il oppose sa rétribution en compensation à la réclamation fondée sur l'art. 426 aCC (ATF 69 II 23). **3.** Le tuteur a droit à une rémunération tant pour l'administration des biens que pour les soins personnels, même s'il s'agit d'un proche parent.

**RJ 124-12****Maintien en établissement malgré une expertise lacunaire**

*Arrêt du TF 5A\_576/2012 du 27 août 2012 (d):*

**1.** Expertise insuffisante pour justifier la PLAFa au sens de l'ATF 137 III 289. **2.** La personne peut néanmoins être exceptionnellement retenue en établissement lorsque la maladie à l'origine du comportement de l'intéressé peut être élucidée uniquement en clinique psychiatrique (une expertise ambulatoire n'entrant pas en ligne de compte, ce qui est notamment le cas quand la personne ne réalise pas qu'elle est malade). La privation de liberté ne saurait alors dépasser le temps nécessaire à réaliser ladite expertise (cf. par ex. arrêts 5A\_388/2012, RJ 77-12 et 5A\_668/2010, RJ 33-11)

*Remarque:* pour un cas dans lequel le TF admet que les conditions de l'art. 397a aCC sont réunies, sur la base de l'expertise au dossier (troubles paranoïdes, consommation d'alcool; mise en danger de soi-même faute de prise de conscience de sa maladie; mise en danger d'autrui – l'intéressé avait dévissé les écrous de roue de la voiture de son bailleur ...), cf. arrêt 5A\_707/2012 du 11 octobre 2012 (d).

**RJ 125-12****Compétences de libération (PLAFa)**

*Arrêt du TF 5A\_542/2012 du 9 août 2012 (d):*

**1.** Lorsque la PLAFa est prononcée par une autorité de tutelle, la compétence de libération lui appartient. Dans les autres cas, c'est l'établissement qui est compétent. **2.** Selon les travaux préparatoires, l'autorité peut néanmoins déléguer cette compétence à l'établissement dans sa décision (ce qu'elle n'a pas fait ici). **3.** Les autorités bernoises n'étaient pas compétentes pour statuer sur une demande de libération présentée à l'établissement, alors que la PLAFa avait été ordonnée par les autorités obwaldiennes. La procédure devait leur être transmise.

*Remarque:* l'art. 428 al. 2 nCC prévoit expressément la faculté pour l'autorité de protection de l'adulte de déléguer à l'institution sa compétence de libérer la personne concernée (pour le placement ordonné par un médecin, cf. art. 429 al. 3 nCC).

**RJ 126-12****PLAFA sur un jeune adulte délinquant**

*Arrêt du TF 5A\_607/2012 du 5 septembre 2012 (d) (destiné à la publication):*

**1.** Ni le droit actuel ni l'art. 426 nCC ne connaissent la mise en danger de tiers comme cause de privation de liberté (ou de placement à des fins d'assistance). Mais celui qui met autrui en danger a généralement lui-même besoin d'assistance: la protection de l'intéressé vise aussi à l'empêcher de commettre des actes pénaux graves à l'endroit des tiers. **2.** En l'espèce, l'intéressé, condamné notamment pour meurtre et qui souffre de pulsions sadomasochistes, présente un grave danger de récidive et continue d'avoir besoin d'un traitement psychiatrique justifiant son maintien en établissement. **3.** Même si en l'espèce le succès du traitement pourrait prendre plusieurs années, il est déterminant – s'agissant du maintien en établissement – que toutes les chances de réussite ne puissent pas être d'emblée écartées. Une libération devra intervenir dès que l'état de l'intéressé le permettra (art. 397a al. 3 aCC). **4.** L'institution pénale (centre d'exécution des mesures pour jeunes adultes de la Justizvollzugsanstalt de Lenzburg), dans laquelle est placé l'intéressé, est aujourd'hui un établissement approprié au sens de la jurisprudence pour la mise en place du traitement et la mise en sécurité (ATF 112 II 486; ATF 114 II 213; cf. aussi arrêt 5A\_519/2007, RJ 28-08, ainsi notamment que les arrêts de la CourEDH Morsink c. Pays-Bas du 11 mai 2004 et Brand c. Pays-Bas du 11 mai 2004). Il appartient cependant à l'autorité de trouver une institution plus appropriée pour la suite de la prise en charge, y compris à l'extérieur du canton. **5.** La mesure civile prononcée pour apporter à l'intéressé l'assistance dont il a besoin n'est pas une peine au sens de l'art. 7 CEDH, mais une privation légale de liberté fondée sur l'art. 5 ch. 1 let. e CEDH. Les mesures pénales prennent fin selon le DPMIn à l'âge de 22 ans (art. 19 al. 2 DPMIn), mais si la fin d'une mesure expose l'intéressé à des inconvénients majeurs ou compromet gravement la sécurité d'autrui et qu'il ne peut être paré d'une autre manière à ces risques, l'autorité d'exécution requiert en temps utile les mesures tutélaires appropriées. C'est ce qu'elle a fait ici.

*Remarque:* l'arrêt est rendu quelques jours avant l'arrêt *L. B. c. Belgique* du 2 octobre 2012, dans lequel la CourEDH a condamné la Belgique pour violation de l'art. 5 al. 1 CEDH, au motif qu'elle avait maintenu un homme atteint de troubles mentaux en détention quasi continue entre 2004 et 2011 au sein d'annexes psychiatriques de deux prisons. Le lieu de détention était inapproprié, avec notamment une prise en charge thérapeutique fortement limitée. La Cour relève qu'il existe à ce sujet un problème structurel en Belgique (en Suisse aussi ...!), de nombreux internés étant dans l'attente d'un transfert dans un établissement adapté et se trouvant privés des soins thérapeutiques pouvant contribuer à leur réintégration.

**RJ 127-12****Traitement forcé**

*Arrêt du TF 5A\_353/2012 du 19 juin 2012 (d):*

**1.** Rappel de la jurisprudence relative au traitement forcé dans le cadre d'une PLAFA (ATF 127 I 6, ATF 130 I 16, ATF 125 III 169). **2.** Base légale dans le droit

bâlois (*Psychiatriegesetz*). **3.** Violation de l'obligation de documentation imposée par les § 21 al. 4 et 22 al. 4 de ladite loi. **4.** Ces devoirs ne sont pas de simples prescriptions d'ordre, mais servent au contraire à garantir qu'une atteinte aussi lourde aux droits fondamentaux de l'intéressé ne soit pas décidée sans un examen attentif des aspects juridiques et médicaux. Ces documents permettent aussi de s'assurer après coup que la décision et son exécution ont bien été conformes aux exigences constitutionnelles et légales. S'ils font défaut, l'on admettra que les conditions du traitement forcé n'étaient pas réalisées. **5.** La protection des intérêts des tiers (ici agression d'un autre résident, menaces de mort contre le personnel) n'est pas prévue dans les dispositions cantonales comme motif de traitement forcé (celles-ci permettent uniquement des mesures de contrainte physique dans un tel cas). **6.** Il serait possible de se fonder sur la clause générale de police, comme la CourEDH l'a admis dans son arrêt *Schneiter c. Suisse du 31 mars 2005*, (JAAC 69.129). Mais le traitement forcé de l'intéressé, qui avait été placé en établissement à des seules fins d'expertise, n'en apparaîtrait pas moins disproportionné, notamment parce qu'il n'a pas été établi qu'un simple isolement aurait été tenté avant le traitement.

*Remarque:* selon le nouveau droit fédéral, le traitement forcé doit être prescrit par écrit (art. 434 al. 1 nCC), sur la base du plan de traitement de l'art. 433 nCC. Il faudra établir que les conditions matérielles de l'art. 434 nCC sont bien réunies et évoquer également les alternatives. A noter qu'en cas d'urgence, l'art. 435 nCC permet d'administrer les soins médicaux immédiatement non seulement si la protection de la personne concernée l'exige, mais aussi si celle d'autrui le requiert. S'agissant de mesures de limitation de mouvement (isolement), l'art. 438 nCC renvoie aux art. 383 et 384 nCC aussi bien pour les conditions matérielles (parmi lesquelles figure la perturbation grave de la vie communautaire, art. 383 al. 1 ch. 2 nCC) que formelles (protocole détaillé selon l'art. 384 nCC). La base légale pour le placement en vue d'expertise se trouve désormais à l'art. 449 nCC. Un traitement n'est pas permis dans ce dernier cas, sous réserve toutefois de soins d'urgence au sens de l'art. 435 nCC; des mesures de limitation de la liberté de mouvement sont également admises dans un tel cadre.

## C. Autres domaines apparentés

### *RJ 128-12*

#### *Début de la scolarité*

*Arrêt du TF 2C\_491/2012 du 26 juillet 2012 (f):*

La convention scolaire romande, entrée en vigueur en même temps qu'HarmoS, fixe le début de la scolarité à l'âge de 4 ans révolus, le jour déterminant étant le 31 juillet. Le respect strict de la date de référence imposé par les autorités genevoises est conforme aux dispositions applicables, car les cantons n'ont pas l'obligation d'instaurer un régime de dérogation.

*Remarque:* au sujet des conditions auxquelles la collectivité publique doit assumer les frais de transport scolaire (y compris les frais de repas à l'extérieur si le

retour à midi ne peut pas être exigé) des enfants (cf. déjà entre autres ATF 133 I 156), cf. *arrêt du TF 2C\_433/2011 du 1<sup>er</sup> juin 2012 (d)*.

### **RJ 129-12**

#### ***Dette alimentaire – montant limité dans le temps assimilé à un versement unique***

*Arrêt du TF 5A\_122/2012 du 21 juin 2012 (d):*

**1.** Réclamation de la collectivité publique à l'endroit du père d'une jeune femme soutenue financièrement par l'aide sociale, à hauteur d'env. CHF 2000 par mois sur trois ans. **2.** Rappel de la jurisprudence relative à l'aisance du débiteur, notamment par rapport à ses besoins propres de prévoyance (ATF 132 III 97 et ATF 136 III 1). **3.** Il est admissible de se référer aux normes CSIAS et de fixer l'aisance pour une personne célibataire à un revenu imposable de CHF 10000 par mois. **4.** En l'espèce, le débiteur est certes âgé de 79 ans et peut prétendre à continuer à se constituer une prévoyance sur ses revenus. Sa fortune nette se monte à env. CHF 1,6 million. **5.** Dans la mesure où le montant réclamé est fixe (puisque correspondant à une prise en charge limitée dans le temps, env. CHF 35000 au total), l'on peut appliquer les mêmes règles que la jurisprudence a dégagées pour un versement unique (ATF 136 III 1). Le père de l'intéressée peut assumer ce montant sans mettre en danger sa situation économique future.

### **RJ 130-12**

#### ***La FIV n'est pas à la charge de l'assurance maladie de base***

*Arrêt du TF 9C\_835/2011 du 1<sup>er</sup> octobre 2012 (f):*

Confirmation des ATF 113 V 42, 119 V 26 et 125 V 21: la FIVETE n'est pas incluse dans le catalogue des prestations à charge de l'assurance obligatoire. L'intervention du juge dans l'établissement de la liste (sous couvert du contrôle de la légalité) doit se faire de manière très retenue, et cela d'autant plus lorsque la Commission des prestations a discuté de la question à plusieurs reprises. L'amélioration du taux de réussite (1,8% des naissances en Suisse procéderaient d'une FIV) n'est en particulier pas un critère à lui seul décisif.

### **RJ 131-12**

#### ***Limitation des prestations complémentaires***

*ATF 138 I 225 (Arrêt du TF 9C\_881/2011 du 27 juin 2012 [d]):*

**1.** En vertu de l'art. 14 al. 1 let. b LPC, les cantons remboursent aux bénéficiaires d'une prestation complémentaire annuelle les frais d'aide, de soins et d'assistance à domicile ou dans d'autres structures ambulatoires. Les cantons peuvent fixer les montants maximaux des frais de maladie et d'invalidité qu'ils remboursent en plus de la prestation complémentaire annuelle. **2.** Dispositions cantonales (SZ) fixant le montant maximal cantonal au montant minimal fédéral. **3.** Le fait que le recourant puisse se trouver dans une situation économique plus favorable en entrant en home qu'en restant à domicile (de par l'art. 7 LIPPI, prévoyant que les cantons participent aux frais de séjour dans une institution reconnue, de telle manière qu'aucune personne invalide ne doive faire appel à

l'aide sociale en raison de ce séjour) à cause du maximum de prise en charge fixé n'est pas constitutif d'une inégalité de traitement au sens de l'art. 8 al. 1 Cst. féd. **4.** Cette situation ne porte pas atteinte non plus à la protection de la vie privée et familiale (art. 8 CEDH, art. 13 al. 1 Cst. féd.) en ce qu'elle obligerait l'intéressé à préférer le home au maintien à domicile.

*Remarque:* dans l'arrêt 8C\_44/2012 du 31 août 2012 (d), destiné à la publication, le TF confirme la constitutionnalité (pas de discrimination ni de violation du principe d'égalité entre homme et femme) d'une disposition bernoise d'application de l'art. 25a al. 5 LAMal qui fait participer les bénéficiaires de prestations d'aide sociale auxdits coûts à partir de l'âge de 65 ans. Dans l'arrêt 138 V 386, le TF juge qu'il n'est pas arbitraire de procéder à un calcul d'excédent de revenu sur une période prolongée, plutôt que mois par mois, lorsque le bénéficiaire de l'aide sociale perçoit des indemnités journalières pendant l'exécution de mesures de réadaptation.

### **RJ 132-12**

#### **Restitution de prestations complémentaires et succession**

*Arrêt du TF 9C\_305/2012 du 6 août 2012 (d):*

Restitution de prestations complémentaires indues. Détermination du moment à partir duquel court l'obligation de restitution lorsque le bénéficiaire est héritier d'une succession qu'il omet d'annoncer, mais qui ne peut pas être immédiatement liquidée en raison d'une procédure fiscale en cours (rappel d'impôt, avoirs non déclarés par le défunt).

### **RJ 133-12**

#### **Droit des étrangers**

*Arrêt du TF 2C\_247/2012 du 2 août 2012 (f):*

**1.** Rappel de la jurisprudence relative au regroupement familial partiel (refusé seulement s'il est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, [cf. ATF 136 II 78 et ATF 137 I 284] et au regroupement familial différé pour raisons majeures au sens de l'art. 47 al. 4 LEtr.) ainsi que de la jurisprudence relative à l'audition de l'enfant. **2.** Afin d'évaluer si le regroupement familial est manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant, l'autorité compétente peut être amenée, selon les circonstances, à entendre l'enfant de façon appropriée (cf. art. 12 CDE), afin de vérifier que le regroupement n'intervient pas contre sa volonté clairement exprimée. **3.** Lorsque la procédure est essentiellement écrite, comme en droit des étrangers, il n'est pas indispensable que l'enfant soit entendu personnellement et oralement, à condition que son point de vue puisse s'exprimer de façon appropriée. **4.** Selon la jurisprudence en matière de droit des étrangers, la représentation des enfants peut souvent se faire par l'intermédiaire du ou des parents parties à la procédure, dès lors que les intérêts des parents et ceux de l'enfant coïncident. Tel est le cas lorsque le regroupement tend à permettre à l'enfant de rejoindre ses deux parents ou son seul parent survivant ou connu, de sorte qu'il n'est pas nécessaire de recueillir formellement l'avis de l'enfant, sous réserve de l'hypothèse prévue à l'art. 47 al. 4 in fine LEtr (enfants âgés de plus de 14 ans).