



Compétence pour le placement d'un étranger dont la mère a un statut de séjour flou

Demande

Depuis le 28.06.2010, je suis curatrice d'un garçon de 11 ans. La mère et ses deux enfants sont arrivés en Suisse de République dominicaine le 30.04.2005. Le 16.12.2005, elle s'est mariée. Après la séparation du couple, l'office des migrations du canton X a ordonné le 10.06.2008 le non-prolongement de l'autorisation de séjour.

En mars 2010, la fille de 17 ans a accouché d'un fils. Je suis également tutrice de son fils depuis le 28.06.2010.

Le 26.03.2009, l'école a émis un avis de danger pour le garçon de 11 ans. Un mandat de clarification a été émis avec pour recommandation de retirer le droit de garde des enfants à la mère et de placer le garçon dans un foyer.

Je suis donc curatrice de ce garçon de 11 ans depuis le 28.06.2010 avec pour mandat de soutenir la mère dans son autorité parentale, de prodiguer conseils et assistance à l'enfant et de surveiller les conditions scolaires. Finalement, le garçon n'a donc pas été placé.

Fin juillet 2010, resp. fin août au final, toute la famille a déménagé dans le canton Y. Ils ne pouvaient toutefois pas s'annoncer auprès de la commune en l'absence d'un statut de séjour.

Le 08.12.2010, un nouvel avis de danger a été émis par la nouvelle école du canton Y.

La mère s'est remariée le 13.12.2010. Selon les renseignements de l'office des migrations Y., la clarification du statut de séjour en Suisse devrait être effectuée d'ici à l'été 2011.

Remarque: les dossiers relatifs au séjour sont en proie à une valse incessante entre l'office des migrations X. et l'office des migrations Y. Par ailleurs, le nouvel époux a expliqué à l'office des migrations en août 2010 qu'il ne souhaitait pas épouser la mère et qu'il s'agissait d'un mariage blanc.

Mes questions:

- Quelle attitude l'autorité tutélaire doit-elle adopter au sujet du nouvel avis de danger? La compétence incombe-t-elle à l'autorité tutélaire de Z. ? La famille a annoncé son départ à Z. en août 2010.

- Le garçon peut-il être placé sans autorisation de séjour?

Réflexions

1. La mère et ses enfants sont citoyens de la République dominicaine sans séjour assuré en Suisse. Nous nous trouvons donc en présence de faits à caractère international au sens de l'art. 85 LDIP pour lesquels, pour autant qu'il s'agisse de la protection d'enfants, la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et des mesures de protection des enfants est déterminante (CLaH, RS 0.211.231.011). La République dominicaine a abrogé ce document contractuel (c.f.

http://www.eda.admin.ch/eda/de/home/topics/intla/intrea/dbstv/data44/e_20061344.html). Quant aux états ne faisant pas partie de la convention, le MSA serait alors à appliquer (RS 0.211.231.01; SCHWANDER, RDT 1/2009 p. 8; Art. 51 CLaH).

2. Conformément à l'art. 1 MSA, la compétence pour la protection de l'enfant incombe aux autorités du lieu de résidence habituel de l'enfant. L'art. 5 CLaH désigne également le lieu de résidence habituel. Cette dernière s'apparente toutefois à la notion de domicile de l'art. 20 LDIP, le véritable centre d'intérêt resp. centre d'existence étant déterminant (SCHWANDER, RDT 1/2009 p. 11 f.). Contrairement au CCS, le lieu de résidence habituel de l'enfant ne découle pas du lieu de résidence habituel du titulaire de l'autorité parentale ou du siège de l'autorité tutélaire, mais se justifie à lui seul à part entière (SCHWANDER, RDT 1/2009 p. 13).
3. Pour ce qui est de la compétence interne suisse, si l'on se base sur la notion de domicile de l'enfant au sens de la LDIP, à savoir à son centre d'intérêt, et que l'on considère que le droit interne suisse (domicile désigné par le lieu de résidence en vertu de l'art. 25 CCS) n'est pas déterminant, alors cela mènerait au fait qu'aucune mesure ne pourrait être ordonnée au domicile du titulaire de l'autorité parentale si l'enfant réside dans un autre lieu. Un résultat manifestement insatisfaisant et insuffisant pour l'enfant, raison pour laquelle - dans la pratique - les autorités se basent sur l'art. 25 CCS, sans tenir compte des considérations de droit privé international. La LDIP ne sert qu'à déterminer si l'enfant est domicilié en Suisse. Le cas échéant, il convient de se baser sur les règles du CCS y.c. l'art. 25 CCS dans le cadre des relations internes et intercantionales suisses. (HAUSHEER/REUSSER/GEISER, commentaire bernois, N 34/27 à propos de l'art. 162 CCS).
4. Conformément à l'art. 24 CCS, toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle n'en a pas créé un autre. Le dépôt de documents d'identité constitue au mieux un indice, mais ne justifie pas la reconnaissance du domicile. Il en est de même pour le retrait de documents d'identité: ces derniers n'ont en soi aucune valeur quant au domicile civil (contrairement au domicile d'assistance) en vertu de l'art. 4 de la Loi fédérale sur la compétence en matière d'assistance des personnes dans le besoin LAS). Dans le cas présent, tant que la mère - faute de clarification de son statut de séjour - ne peut pas justifier un nouveau domicile, son domicile précédent reste valable (art. 24 al. 1 CCS). En vertu de l'art. 315 CCS, ce dernier est déterminant pour la désignation des compétences locales en matière d'ordonnance de mesures de protection de l'enfant. Lorsqu'il y a péril en la demeure, cette disposition permet toutefois aux autorités du lieu où se trouve l'enfant de prendre les mesures adéquates (art. 315 al. 2 CCS; BGE 129 I 419).
5. Dans le cas présent, l'autorité tutélaire Z. ne voudrait certainement pas risquer un conflit de compétences négatif: il ne ressort pas clairement des faits exposés si la procédure de mesures de protection de l'enfant pendante - qui a mené à un rapport de clarification recommandant le placement - n'est pas encore pendante. Pour cette raison, en vertu du *perpetuatio fori* en vigueur en Suisse (poursuite de la compétence locale durant une procédure pendante malgré le changement de domicile; jugement du BGer 5A_703/2009), il conviendrait de se demander si l'autorité Z. resterait compétente. La réponse à cette question

dépend de ce qui a été concrètement ordonné sur la base du rapport précédemment établi, c'à.d. si la question du placement est restée pendante ou si une décision de clôture de la procédure a été prise.

6. Même si le principe de perpetuatio fori ne devrait pas s'appliquer au cas présent, puisque l'avis de danger aurait été traité de manière concluante par une décision de mesure concrète (instauration d'une curatelle ayant pour mandat de surveiller la situation), alors je suis d'avis - pour les raisons évoquées ci-dessus - que la compétence locale reviendrait à Z. (incapacité de la mère à justifier un nouveau domicile) et à cet égard - après consultation des autorités de migration qui devraient être impliquées dans le financement - d'ordonner le placement en foyer attendu depuis fort longtemps afin de pouvoir satisfaire au besoin de protection de cet enfant.
7. Pour répondre à la question si l'enfant peut être placé même sans autorisation de séjour, je me réfère à l'art. 3 de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant et à l'art. 2 MSA, ainsi qu'à l'art. 307 CCS: le bien de l'enfant prévaut par rapport à tous les obstacles bureaucratiques. Les mesures en vigueur selon le droit interne suisse doivent être prises afin de remédier au danger encouru par l'enfant (Regula Gerber Jenni, Kinderschutzmassnahmen bei Kindern einer Mutter, deren Asylgesuch abgewiesen wurde und deren Wegweisung rechtskräftig geworden ist, ZKE 2/2010 p. 108 ss.).

Avec mes meilleures salutations,

Kurt Affolter

lic. iur., avocat et notaire

Ligerz, le 24 janvier 2011