



## Transfert de mesures de protection de l'enfant et mariage ultérieur des parents au sens de l'art. 259 CCS

### Considérants

Je suis en train de rédiger une demande de transfert (curatelle au sens de l'art. 308 al. 1 à 3 CCS) de H. à la nouvelle commune compétente (au nouveau domicile de la mère) ... et me voilà dans l'incertitude, raison pour laquelle je me permets de m'adresser à vous:

- La mère n'était pas mariée au moment de la naissance de l'enfant A.
- A la naissance (été 2010), la mère et le père partageaient un domicile commun à H.; le père a reconnu l'enfant.
- La mère s'est vu immédiatement retirer la garde de A.
- A. a été placé dans une famille d'accueil vivant au lieu U.
- Les parents se sont ensuite mariés.
- Une condamnation pénale a été prononcée à l'encontre du père en décembre 2010 et il exécute actuellement sa peine à M. (et garde, à ma connaissance, son dernier domicile civil à H.). A mon avis, le père représente également une menace au bien-être de l'enfant et la garde de l'enfant ne pourrait donc pas lui être transférée.
- La mère a transféré son domicile au 01.09.2011 à R. et je souhaiterais à présent rédiger la demande de transfert à la commune R.

### Questions:

1. Le droit de garde doit-il être retiré au père pour l'enfant A?
2. A quelle autorité tutélaire la demande de transfert doit-elle être adressée?

### Réflexions

1. L'art. 259 CCS règle les conséquences d'un mariage conclu après la naissance de l'enfant. La condition est que la relation ait été établie entre l'enfant et le père. Cela s'applique au cas présent au vu de la reconnaissance de paternité. Aussi, les prescriptions relatives à l'enfant né avant le mariage s'appliquent à l'enfant né pendant le mariage (cf. art. 259 CCS).
2. Les mesures de protection de l'enfant actuelles conformément aux art. 307, 308 et 310 ne sont pas automatiquement caduques dans le cadre d'un mariage au sens de l'art. 259 CCS; elles requièrent éventuellement une adaptation conformément à l'art. 313 CCS (BSK CCS I – Schwenzer, art. 259 N 11). La question de savoir si le retrait de la garde s'applique également au père ou si ce dernier se voit automatiquement confier la garde, ne ressort d'aucune littérature professionnelle. Les experts s'accordent néanmoins sur le fait que même lorsque le titulaire actuel se voit retirer le droit de garde ou est mis sous tutelle, l'autre parent se voit octroyer le droit de garde par mariage. Il peut resp. doit néanmoins être adapté. Il convient p.ex. de vérifier si le père est à même d'assumer par lui-même la garde, resp. ou si au contraire, au vu de la nouvelle constellation familiale, le retrait de la garde est toujours nécessaire puisque le père présente les capacités éducatives nécessaires (Marianne Sonder, Die „Heirat der Eltern“ d'après l'article 259 CCS, Diss. FR 1982, 199 f; BK-Hegnauer, art. 259 N 77; Tino Jorio, Der Inhaber



der elterlichen Gewalt nach dem neuen Kindesrecht, Diss. FR 1977, p. 114). Si le père est également incapable de veiller au développement physique et à l'épanouissement personnel de l'enfant, alors le droit de garde doit lui être retiré immédiatement après le mariage (Marianne Sonder, p. 200). Au vu de la situation de départ, il semble évident qu'il en soit de même pour le retrait du droit de garde. Le retrait de la garde a été prononcé à l'encontre de la mère dans le cas présent; le droit de garde a été transféré à l'autorité tutélaire. Suite à la reconnaissance de paternité et au mariage, le père se voit également confier l'autorité parentale et donc également le droit de décision du domicile qui y est lié (droit de garde). Pour autant que le père représente une menace au bien de l'enfant, les mesures de protection de l'enfant adéquates (art. 307-312 CCS) doivent être prises. Par ailleurs, il y a lieu de vérifier si le retrait du droit de garde est toujours nécessaire en raison du mariage ou si ce dernier peut être levé resp. remplacé par une mesure plus légère (cf. art. 313 CCS).

Il s'agirait donc de vérifier en priorité si une adaptation des mesures de protection de l'enfant actuelles resp. des mesures de protection de l'enfant supplémentaires sont requises contre le père. Au vu de la situation de départ exposée, un retrait du droit de garde au sens de l'art. 310 CCS devrait également être ordonné à l'encontre du père. A mon avis, il semble opportun de vérifier si le père ne peut pas se prononcer en faveur du placement actuel de l'enfant et le soutenir. Un retrait du droit de garde ne serait alors pas requis.

3. Les mesures de protection de l'enfant sont ordonnées par les autorités tutélaires du domicile de l'enfant conformément à l'art. 315 CCS; si l'enfant vit hors de la communauté familiale, alors les autorités du lieu où se trouve l'enfant sont également compétentes. Conformément à la jurisprudence fédérale, le domicile civil est prioritaire (ATF 129 I 419); il en est autrement de l'opinion courante qui part du principe d'une compétence concurrente entre le domicile et le lieu de résidence et selon laquelle l'autorité qui connaît mieux la corrélation des faits et les conditions doit agir (Häfeli, Wegleitung, p. 156; Hegnauer, CCS 1983, p. 106 ss; BSK CCS I-Breitschmid, art. 315-315b N 20, qui donne en règle générale priorité aux autorités du lieu de résidence).

4. Les mesures de protection de l'enfant au sens de l'art. 310 CCS, combinées à une curatelle éducative, sont à transférer lorsque l'enfant change de domicile et que le bien de l'enfant l'exige (CAT, Transfert de mesures tutélaires, dans: RDT 2002, p. 214 f.).

En vertu de l'art. 25 CCS, l'enfant sous autorité parentale partage le domicile de ses père et mère ou, en l'absence de domicile commun des parents, le domicile de celui de ses parents qui a le droit de garde; subsidiairement, son domicile est déterminé par le lieu de sa résidence.

Avec la reconnaissance de paternité et le mariage, l'autorité parentale conjointe prend effet au moment du mariage (BSK CCS I-Schwenzer, art. 259 N 10). Dans le cas présent, les parents n'ont pas de domicile commun, mais l'autorité parentale conjointe; le droit de garde revient (à l'heure actuelle encore) au père. Aussi, le domicile de l'enfant serait au domicile du père. Le séjour dans une institution pénitentiaire ne justifie aucun domicile, conformément à l'art. 26 CCS, sachant que le domicile de l'enfant serait encore à H.

Si le droit de garde est également retiré au père, alors le domicile de l'enfant se



situé au lieu où il se trouve (au domicile de la famille d'accueil U.; cf. également BSK CCS I-Staehelin, art. 25 N 9; cf. surtout ATF 135 III 49, E. 5 f.).

## **Pour répondre à vos questions**

### **1. Le droit de garde doit-il être retiré au père de l'enfant A?**

Au vu de la situation exposée, le droit de garde ne peut pas être octroyé au père. Si le père soutient le placement, alors le droit de garde ne doit pas lui être retiré. Dans le cas contraire, le droit de garde doit lui être retiré.

### **2. A quelle autorité tutélaire la demande de transfert doit-elle être adressée?**

Il s'agit de déterminer si un retrait du droit de garde s'impose ou non. En l'absence de retrait du droit de garde, la compétence revient au domicile du père et donc à H. Si le droit de garde est retiré, alors le domicile de l'enfant se trouve à son lieu de résidence à U.

Haute Ecole de Lucerne – Travail social

Prof. (FH) Daniel Rosch, lic. iur. / Travailleur social dipl. FH / MAS Nonprofit-  
Management

28 septembre 2011