

57

002

---

Zeitschrift für

**Vormundtschaftswesen**

Revue du

**droit de tutelle**

Rivista di

**diritto tutelare**

---



Schulthess



## Transfert de mesures tutélaires

### Recommandations de la Conférence des Autorités cantonales de tutelle de septembre 2002\*

*Le changement de la compétence pour ordonner et administrer des mesures tutélaires destinées aux enfants et aux adultes s'impose en principe au moment de la modification de domicile de l'intéressé. Les conditions sur lesquelles se base un nouveau domicile s'apprécient selon les critères du droit des personnes (art. 23 à 26 CC). Néanmoins, pour des personnes placées sous tutelle, il ne suffit pas que l'autorité tutélaire saisie du cas approuve le changement de domicile (art. 377 al. 1 et 421 ch. 14 CC). Pour la création d'un nouveau domicile, il faut encore une décision de l'autorité du nouveau domicile prévu acceptant le transfert de la tutelle (art. 25 al. 2 CC)*

*Lorsque la filiation paternelle fait l'objet de discussions ou qu'une procédure tutélaire est en cours, la compétence continue d'appartenir à l'autorité tutélaire chargée du cas jusqu'à l'issue de la procédure.*

*Des règles particulières sont applicables pour la détermination de la paternité, lorsque la procédure n'a pas encore été introduite avant le changement de domicile de la mère. Pour le transfert de mesures protectrices de l'enfance ou des curatelles d'administration de fortune, l'autorité du lieu de séjour peut également être compétente concurremment avec celle du domicile.*

### Übertragung vormundschaftlicher Massnahmen

#### Empfehlungen der Konferenz der kantonalen Vormundschaftsbehörden vom September 2002\*

*Der Wechsel der Zuständigkeit zur Anordnung und Führung vormundschaftlicher Massnahmen für Kinder und Erwachsene geht grundsätzlich einher mit der Veränderung des Wohnsitzes der Betroffenen. Unter welchen Voraussetzungen ein neuer Wohnsitz begründet wird, beurteilt sich nach den Kriterien des Personenrechts (Art. 23–26 ZGB). Bei bevormundeten Personen genügt allerdings nicht, dass die bisherige Vormundschaftsbehörde der Wohnsitzverlegung zustimmt (Art. 377 Abs. 1 und 421 Ziff. 14 ZGB). Vielmehr bedarf es zur Begründung eines neuen Wohnsitzes zusätzlich eines Beschlusses der neuen Wohnortsbehörde zur Übernahme der Vormundschaft (Art. 25 Abs. 2 ZGB).*

*Bei hängigen Abklärungen des väterlichen Kindesverhältnisses und hängigen vormundschaftsrechtlichen Verfahren verbleibt die Zuständigkeit am bisherigen Wohnsitz, bis das Verfahren abgeschlossen ist.*

*Besondere Regeln gelten für die Abklärung der Vaterschaft, wenn das Verfahren vor dem Wohnsitzwechsel der Mutter noch nicht angehoben wurde, für die Übertragung von Kindesschutzmassnahmen, für welche nebst der Wohnsitz- auch die Aufenthaltsbehörde zuständig sein kann, sowie für Vermögensverwaltungsbeistandschaften.*

\* Décision de l'assemblée plénière des Autorités cantonales de tutelle du 26 septembre 2002 à Fribourg. Les recommandations ont été formulées sur la base d'un projet de Monsieur lic. iur. Kurt Affolter, avocat, notaire, et privat-docent à la Hochschule für Soziale Arbeit à Lucerne et ont été soumises à la commission de travail et au comité des autorités cantonales qui les ont acceptées.

\* Verabschiedet von der Plenarversammlung der VBK am 26. September 2002 in Freiburg. Die Empfehlungen basieren auf einem Entwurf von lic. iur. Kurt Affolter, Fürsprecher und Notar und Dozent an der Hochschule für Soziale Arbeit Luzern und wurden durchberaten und genehmigt durch den Arbeitsausschuss Vormundschaftsrecht sowie den Vorstand der VBK.

## Il trasferimento di misure tutelari

### Raccomandazioni della Conferenza delle autorità cantonali di tutela del settembre 2002\*

*Il cambiamento di competenza per l'istituzione e la gestione di misure tutelari per i figli e gli adulti coincide per principio con il cambiamento di domicilio degli interessati. I presupposti per stabilire un nuovo domicilio sono regolati secondo i criteri del diritto delle persone (art. 23-26 CC). Per le persone tutelate non è sufficiente che l'autorità tutoria del precedente domicilio approvi il cambiamento di residenza (art. 377 cpv. 1 e art. 421 cfr. 14 CC). Per stabilire il nuovo domicilio è necessaria una ulteriore decisione di accettazione del caso di tutela da parte dell'autorità del nuovo luogo di dimora del tutelato (art. 25 cpv. 2 CC).*

*Nei casi di procedure di accertamento di paternità pendenti e altre procedure analoghe, la competenza per l'istituzione di misure tutelari spetta al domicilio attuale fintanto che la pratica è conclusa.*

*Regole particolari valgono nel caso dell'accertamento della paternità, quando la procedura non è stata iniziata prima del cambiamento di domicilio della madre così come nel caso di trasferimento di misure di protezione del figlio per le quali, accanto alle autorità di domicilio, sono anche competenti le autorità di luogo di dimora del figlio. Ciò vale anche per le curatele di gestione patrimoniale.*

## 1. Compétence pour ordonner et administrer des mesures tutélaires

### 1.1 Protection des adultes

#### 1.1.1 Tutelle (art. 369 à 372 CC)

Lorsqu'une personne doit être interdite, la procédure se déroule à son domicile (art. 376 CC). Le domicile au moment de l'introduction de la procédure est déterminant.<sup>1</sup> Les cantons sont en droit d'accorder la compétence aux autorités de tutelle de la commune d'origine pour leurs ressortissants domiciliés sur leur territoire, pour autant que la charge de l'assistance publique<sup>2</sup> incombe totalement ou partiellement à la commune d'origine (art. 376 al. 2 CC).

L'interdiction d'une personne sous curatelle ou conseil légal qui a changé de domicile sans que la mesure ait été transférée à l'autorité du nouveau domicile est prononcée au nouveau domicile et non à l'ancien qui continue à administrer la curatelle ou le conseil légal.<sup>3</sup>

L'autorité de la commune de domicile décide également si la personne interdite doit être placée sous tutelle ou sous autorité parentale; le cas échéant, elle nomme le tuteur (art. 385 CC).

Sur la question de savoir à quelles conditions le séjour dans un établissement est constitutif de domicile (contrairement à l'art. 26 CC), cf. ci-après ch. 2.1.2.

\* Decisione presa a Friburgo dall'Assemblea plenaria delle Autorità cantonali di tutela il 26 settembre 2002. Le raccomandazioni, sottoposte ed accettate dalla speciale commissione di lavoro, sono state formulate sulla base di un progetto del signor lic. jur. Kurt Affolter, avvocato e notaio, docente all'Alta scuola per il lavoro sociale di Lucerna.

<sup>1</sup> Pour la notion de droit fédéral ayant pour objet le moment de l'introduction de la procédure d'interdiction, cf. ATF 50 II 95 cons. 3 p. 98.

<sup>2</sup> Selon la terminologie actuelle «l'aide sociale».

<sup>3</sup> ATF 126 III 415.

### 1.1.2 La curatelle et le conseil légal (art. 392 à 395 CC)

La représentation par un curateur de la personne mise sous curatelle est également ordonnée à son domicile (art. 376 al. 1 CC).

L'institution d'une administration de biens par un curateur ou un conseil légal est ordonnée par l'autorité tutélaire du lieu dans lequel la plus grande partie des biens étaient administrés ou sont échus au représenté (art. 396 al. 2 CC). Le lieu dans lequel les biens sont administrés est celui où s'exercent les droits de disposition et où sont données les instructions, et non pas celui du siège de la banque où ils sont déposés. Toutefois, selon la pratique des autorités tutélaires, ces mesures sont en général également ordonnées et administrées au domicile du propriétaire des biens.

Il est en principe admis que, pour justifier une compétence de domicile, une mesure tutélaire doit avoir un lien avec une personne déterminée<sup>4</sup>.

Concernant la possibilité de pouvoir se créer un domicile en raison d'un séjour dans un établissement (contrairement à l'art. 26 CC), cf. ci-après ch. 2.1.2.

### 1.1.3 Retrait provisoire de la capacité pour agir (interdiction provisoire, art. 386 al. 2 CC)

Par rapport à la compétence à raison du lieu, cette mesure est soumise aux mêmes conditions et produit les mêmes effets que la tutelle, c'est-à-dire qu'elle est ordonnée au domicile et fonde ainsi le domicile légal (qui en découle) au lieu de l'autorité qui a pris la décision.

### 1.1.4 Interdiction et placement sous autorité parentale (art. 385 al. 3 CC)

Les dispositions sur la tutelle sont applicables au prononcé de l'interdiction. En revanche, pour «l'administration de la mesure», les parents et la personne interdite restent soumis au droit de l'enfant<sup>5</sup>, notamment par rapport au domicile: le domicile de la personne placée sous une autorité parentale prolongée (ou étendue) se détermine en fonction du domicile des parents. Il est vrai que l'autorité parentale prolongée prend naissance à la suite d'une mesure tutélaire au sens étroit (interdiction), mais que ses effets découlent d'un acte formateur et qu'elle est ainsi soustraite au contrôle tutélaire, à moins que d'autres mesures ne soient ordonnées, par exemple un contrôle des biens de l'enfant. C'est pourquoi un transfert se révèle superflu en cas de changement de domicile. Par contre, il est recommandé d'informer l'autorité tutélaire du nouveau domicile de la situation, afin que, notamment en cas de décès des deux parents, les autorités de tutelle puissent assurer à temps la protection nécessaire. L'enregistrement du placement sous autorité parentale selon l'art. 385 al. 3 CC dans le registre des pupilles du lieu de leur domicile est motivé par la sécurité du droit; car la capacité pour agir des intéressés leur a très fréquemment été retirée (cf. art. 19 CC).

<sup>4</sup> Commentaire bâlois du CC, *Geiser*, N ad art. 396.

<sup>5</sup> *H. M. Riemer*, Grundriss Vormundschaftsrecht, 2<sup>ème</sup> édition, § 3 N 4, néanmoins avec des exceptions (commentaire bâlois du CC, *Häfeli*, N 33 ss ad art. 379 et les références citées).

Dans le cadre de l'organisation de la nouvelle statistique tutélaire, il conviendra de décider si des interdictions suivies de placement sous autorité parentale doivent également être répertoriées. En cas de réponse affirmative, et indépendamment de l'utilité de fait (voir ci-dessus), les mesures selon l'art. 385 al. 3 CC devraient être officiellement enregistrées par les autorités du domicile actuel, ceci en raison d'un intérêt statistique.

Une autre particularité découle du contrôle des écritures: au nouveau domicile, il doit être indiqué si une personne est interdite en application de l'art. 369 CC, raison pour laquelle elle ne doit pas figurer sur le registre des bénéficiaires du droit de vote (art. 2 LF sur les droits politiques). Il en résulte que le registre des interdits des autorités tutélaires, qui ne mentionne en règle générale que les mandats (interdictions, curatelles, conseil légal, retrait provisoire de la capacité pour agir, surveillance éducative), ne doit pas être identique au registre des interdits du contrôle des habitants.

## 1.2 Protection de l'enfant

### 1.2.1 Principe du domicile

Les mesures protectrices de l'enfant sont ordonnées par les autorités de tutelle du domicile de l'enfant (art. 25 CC)<sup>6</sup>. Si le domicile de l'enfant change pendant le cours d'une procédure, la compétence à raison du lieu subsiste jusqu'à la décision au lieu où elle a été introduite. Ensuite, la mesure ordonnée est, le cas échéant, transférée à l'autorité du nouveau domicile<sup>7</sup>.

L'enfant mis sous tutelle en application de l'art. 368 CC a son domicile au siège de l'autorité tutélaire (art. 25 al. 2 CC). Celle-ci est compétente pour ordonner et administrer la mesure aussi longtemps que cette situation se justifie selon les critères du bien de l'enfant. Si l'enfant a une autre résidence (par ex. une famille nourricière), la mesure doit, le cas échéant, être transférée au lieu de résidence (cf. ci-après ch. 2.2.2)<sup>8</sup>.

La compétence pour retirer l'autorité parentale appartient soit aux autorités de tutelle du domicile, soit à celles du lieu de résidence de l'enfant (art. 315 CC). Le domicile, respectivement le lieu de résidence au moment de l'ouverture de la procédure est déterminant<sup>9</sup>. Cela signifie que le domicile de l'enfant ne se modifie, en cas de retrait de l'autorité parentale, que si la décision est rendue par l'autorité du lieu de résidence de l'enfant qui, dans le cas particulier, n'est pas aussi celui de son domicile<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Pour le domicile de l'enfant, cf. C. Hegnauer, Domicile de l'enfant sous autorité parentale, RDT 1998 p. 150.

<sup>7</sup> RDT 1997 p. 185 no. 22.

<sup>8</sup> RDT 1983 p. 33.

<sup>9</sup> Commentaire bernois Hausheer/Reusser/Geiser, 1999, N 34/23 ad art. 162 CC qui contient un nouveau commentaire de l'art. 25 CC.

<sup>10</sup> Il y a controverse au sujet de la question de savoir quelle est la solution lorsque dans le cadre d'une procédure en divorce l'autorité parentale est retirée aux parents, alors que l'enfant avait déjà été placé dans un établissement sur la base d'un retrait de garde prononcé antérieurement. Selon une

### 1.2.2 Compétence du lieu de résidence

Lorsque l'enfant vit avec des parents nourriciers ou en dehors de la communauté domestique de ses parents ou encore qu'il y ait péril en la demeure, les autorités du lieu où l'enfant séjourne sont aussi compétentes pour intervenir. Si l'autorité de la résidence habituelle de l'enfant a ordonné des mesures protectrices, elle en informe l'autorité du domicile (art. 315 CC).

Si l'enfant ne se trouve que provisoirement dans un lieu (résidence simple) et s'il y a péril en la demeure, l'autorité tutélaire de ce lieu n'est compétente que pour ordonner les mesures propres à écarter immédiatement le danger (par ex. directives selon l'art. 307 ou placement immédiat selon l'art. 310 CC)<sup>11</sup>. La compétence de la simple résidence n'est ainsi que subsidiaire<sup>12</sup>.

### 1.2.3 Principe de la meilleure connaissance des faits

La compétence du domicile et celle de la résidence habituelle sont juridiquement équivalentes<sup>13</sup>. La priorité appartient à l'autorité du lieu avec laquelle le cas est lié plus étroitement et qui connaît mieux les circonstances d'espèce, ce qui lui permet de mieux apprécier la protection de l'enfant.

### 1.2.4 Constatation de la paternité lorsque la filiation n'est établie que par rapport à la mère

#### 1.2.4.1 Enquête et prise de mesures

La détermination de la paternité et les curatelles nécessaires qui en résultent relèvent du domaine de compétence de l'autorité tutélaire du domicile de la mère au moment de la requête ou du lieu où les informations ont été recueillies d'office (art. 309 CC)<sup>14</sup>. La compétence pour les actions en constatation ou contestation de la filiation, ainsi que pour les actions alimentaires se situe impérativement au domicile de l'une des parties (art. 15 à 17 loi sur les fors en matière civile).

opinion publiée dans la RDT, le domicile de l'enfant se détermine en fonction du dernier domicile des parents ou, s'ils n'avaient plus de domicile commun, selon le domicile du parent qui avait la garde de l'enfant avant son placement en institution. Il s'agit d'un cas d'application du maintien du domicile existant au sens de l'art. 24 CC (RDT 2000 p. 196 no. 18). Cette décision part du principe que non seulement les majeurs, mais aussi les mineurs ne peuvent se créer un domicile au lieu où ils ont été placés dans un but particulier (art. 26 CC), ceci sous réserve de cessation de la présumption légale (cf. ci-après chapitre 2.1.2). Selon la pratique de certains cantons, le domicile d'enfants dont les parents n'ont pas de domicile commun et qui n'ont pas la garde de l'enfant se trouve au lieu de résidence de ce dernier, même si elle est fondée sur un motif particulier (art. 26 CC). Ces cantons se rallient à l'opinion que l'art. 26 CC est conforme au principe de l'art. 23 CC, mais qu'il n'est que subsidiaire par rapport à l'art. 25 CC. Cette thèse ne trouve cependant aucun appui dans le matériel législatif.

<sup>11</sup> H. Henkel, Die Anordnung von Kinderschutzmassnahmen gem. Art. 307 rev. CC, p. 139 ff.

<sup>12</sup> C. Hegnauer, Grundriss des Kindesrechts, éd. 1999 N. 27.60.

<sup>13</sup> C. Hegnauer, N 27.59.

<sup>14</sup> RDT 2000 p. 117 f., RDT 2001 p. 208 no. 2.

#### 1.2.4.2 *Compétence après un changement de domicile, mais avant que des mesures soient ordonnées*

Les cas de constatation de la paternité ne peuvent en principe pas être transférés, mais ils doivent être traités et liquidés par l'autorité tutélaire compétente en fonction du domicile de l'enfant au moment de la naissance. Lorsque l'enfant change de domicile après sa naissance, la nouvelle autorité du domicile est compétente pour ordonner les mesures nécessaires pour autant que l'autorité du domicile initial ou du lieu de séjour ne soit pas déjà intervenue<sup>15</sup>.

Lorsque l'autorité initialement compétente est restée passive, bien que la naissance ou la contestation de la filiation lui ait été communiquée en temps utile, elle peut être rendue responsable pour le dommage subi de ce fait, ce qui ne change rien à la compétence de la nouvelle autorité de domicile.

Pour la compétence en cas de changement de domicile en cours de procédure, voir ci-dessus ch. 1.2.1 et ci-après ch. 2.2.3.

#### 1.2.4.3 *Compétence en cas de changement de domicile de l'enfant mis sous curatelle*

Cf. 2.2.3

## 2. **Le transfert de la compétence de prise en charge**

### 2.1 *Protection des adultes*

#### 2.1.1 Déplacement du centre d'intérêts

##### 2.1.1.1 *Tutelle et retrait provisoire de la capacité pour agir*

Selon les art. 377 al. 1 et 421 ch. 14 CC, un changement de domicile ne peut intervenir qu'avec l'approbation de l'autorité tutélaire. Si tel est le cas, la tutelle est transférée à l'autorité du nouveau domicile, et l'interdiction doit être publiée au nouveau domicile (art. 377 al. 2 et 3 CC).

En fait, on se trouve en présence d'un nouveau domicile au sens de l'art. 377 CC, lorsque le pupille a noué des relations tellement étroites avec son nouveau lieu de résidence que le domicile légal au sens de l'art. 23 al. 1 CC existerait si son domicile légal au siège de l'autorité tutélaire selon l'art. 25 al. 1 CC ne l'empêchait pas<sup>16</sup>.

Selon une pratique très répandue, on laisse s'écouler un «essai test» d'une année qui peut être plus court ou plus long selon les cas d'espèce<sup>17</sup>:

- Le délai annuel paraît indiqué en cas de circonstances incertaines ou instables.
- Un tel délai n'est toutefois pas justifié, lorsque, après s'y être soigneusement

<sup>15</sup> RDT 2000 p. 117. A propos de la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à la protection des adultes, cf. ATF 126 III 415.

<sup>16</sup> ATF II<sup>ème</sup> Cour Civile, 16.9.1981, publié dans RDT 1983 p. 78; Commentaire bernois *Schnyder/Murer*, N 9 et 17 ad art. 377 CC et les citations; Recueil de modèles du droit tutélaire des adultes, 1996 p. 54.

<sup>17</sup> Commentaire bernois *Schnyder/Murer*, N 22 et 28.

préparée, la personne assistée se rend dans un milieu qui lui est familier (parenté ou connaissances de longue date) ou commence une activité professionnelle de longue durée et que rien ne peut faire présumer un nouveau changement de domicile<sup>18</sup>. Dans ce cas, le transfert de la mesure fait aussi partie des dispositions préparatoires.

- En revanche, le délai annuel peut aussi se révéler insuffisant, si, par expérience du cas, on peut prévoir que la personne assistée modifiera son nouveau domicile dans peu de temps.

Est controversée la question de savoir si la capacité de discernement est nécessaire pour pouvoir constater que l'intéressé a la volonté d'envisager une résidence durable constitutive de domicile. La réponse sera négative si elle dépend de circonstances objectives qui permettent de déterminer un centre d'intérêts<sup>19</sup>. La personne interdite incapable de discernement peut en particulier, en raison de ses affinités psychosociales, envisager de se créer un nouveau domicile au lieu où elle séjourne (art. 421 ch. 14 CC)<sup>20</sup>.

#### 2.1.1.2 Curatelle et conseil légal

Les personnes placées sous curatelle ou sous conseil légal ne sont pas limitées dans leur capacité pour agir et ont ainsi le droit de se créer un nouveau domicile en tout temps et selon leur volonté. La mesure tutélaire doit, dans de tels cas, être transférée au nouveau domicile, à moins d'avoir été ordonnée pour liquider une affaire particulière ou pour une courte durée expressément précisée (affaires urgentes en cas d'incapacité de discernement passagère). Le moment du transfert intervient lorsqu'il est possible de constater que la personne assistée s'est créé un nouveau centre d'intérêts (cf. ci-dessus 2.1.1.1).

Lorsque la personne sous curatelle ou sous conseil légal a changé de domicile sans que la mesure ait déjà été transférée et qu'elle doit être interdite, la mise sous tutelle intervient au nouveau domicile. A ce sujet, deux variantes sont envisageables: La curatelle ou le conseil légal est transférée à la nouvelle autorité, laquelle décide si elle veut introduire une procédure d'interdiction, ce qui aboutit à la levée de la curatelle ou du conseil légal<sup>21</sup>. Ou l'autorité du nouveau domicile introduit directement la procédure d'interdiction, ce qui est possible sur la base de sa compétence *ratione loci* selon l'art. 376 al. 1 CC sans reprise préalable de la curatelle ou du conseil légal.

<sup>18</sup> Exemple: Une famille entière change de domicile; car le père de famille, interdit, a changé de place de travail et les enfants fréquentent l'école au nouveau lieu de résidence, RDT 1983 p. 32.

<sup>19</sup> Karl Specker, *Die Übertragung der Vormundschaft zur Weiterführung*, publications des directeurs des autorités cantonales de tutelle, Zürich 1946 p. 11; Commentaire bernois *Hausheer/Reusser/Geiser*, 1999, constitution d'un domicile par un incapable de discernement au sens de l'art. 20 LDIP, N 34/26 a ad art. 162 CC (qui contient un nouveau commentaire de l'art. 25 CC), également ATF 97 II 3 f. A.M. Jörg Schmid, *Dispositions d'introduction au CC et droit des personnes*, Zürich 2001, N 662 et références citées.

<sup>20</sup> C. Hegnauer, *Des préoccupations d'un parent nommé tuteur*, RDT 2001, P. 12 ss.

<sup>21</sup> ATF 126 III 415 cons. 3 p. 420.

### 2.1.1.3 Autorité parentale prolongée (étendue)

Le changement de domicile n'entraîne aucune conséquence sur le plan tutélaire, cf. ch. 1.1.4.

### 2.1.2 Résidence pour des motifs particuliers

Le séjour dans une localité en vue d'y fréquenter les écoles, ou le fait d'être placé dans un établissement d'éducation, un hospice, un hôpital, une maison de détention, ne constituent pas le domicile (art. 26 CC). Il s'agit toutefois d'une présomption qui peut être renversée<sup>22</sup>. Il est tout à fait concevable que, dans un cas particulier, une relation si étroite s'est développée entre le lieu de l'établissement et l'intéressé – qu'il soit interdit ou non – qu'un centre d'intérêts constitutif de domicile s'est créé et qu'il s'impose dans l'intérêt de la personne prise en charge de se créer un domicile à cet endroit. Néanmoins, une telle situation doit être examinée avec beaucoup de retenue. D'une part, les communes dans lesquelles sont situés des établissements de soins et des hôpitaux doivent être si possible préservées de charges supplémentaires; d'autre part, aucune commune ne saurait se décharger de sa compétence pour liquider un cas sous prétexte d'un renvoi dans un établissement<sup>23</sup>.

La pratique retient les critères ci-après pour admettre un domicile au lieu d'un établissement<sup>24</sup>:

- le cas du changement d'un domicile fictif expressément prévu par l'art. 24 al. 2 CC
- lorsque plusieurs lieux de séjour entrent en considération, les relations étroites et fréquentes avec le lieu de l'établissement
- des relations personnelles strictement limitées au lieu de l'établissement sans perspective de retourner au lieu de domicile existant avec lequel il n'existe plus de points d'attache personnels
- déplacement de longue durée du centre d'intérêts au lieu de l'établissement
- création d'un centre d'intérêts au lieu de l'établissement, si cet élément peut être apprécié en fonction du critère de l'entrée volontaire dans l'établissement et du besoin d'être pris en charge<sup>25</sup>.
- grande distance entre le pupille, le tuteur et l'autorité tutélaire, ce qui rend impossible une administration adéquate de la tutelle (y compris les prétentions à faire valoir en application du droit à l'aide sociale).
- absence de relations avec la commune de domicile, laquelle, sans en avoir la compétence à raison du lieu, avait initialement ordonné la tutelle.

<sup>22</sup> Commentaire bernois *Bucher*, N 6 ss ad art. 26 CC; Commentaire bernois *Schnyder/Murer*, N 62 ad art. 376 CC.

<sup>23</sup> Commentaire bernois *Schnyder/Murer*, N 59 ad art. 376 CC.

<sup>24</sup> Cf. Arrêt non publié de l'Obergericht du canton de Zürich, II<sup>ème</sup> Chambre civile, du 1<sup>er</sup> déc. 2000 dans la cause W contre VBZ, U, S, F, commenté par C. *Hegnauer* dans RDT 2001 p. 12 ss, ainsi que le commentaire bernois *Schnyder/Murer* N 63 ss ad art. 376 CC.

<sup>25</sup> ATF 5C.16/2001 du 5 février 2001 dans Pra 2001 p. 783 ss.

Le séjour dans un home pour personnes âgées n'est pas une résidence en établissement et ne peut dès lors motiver l'existence d'un domicile<sup>26</sup>, ce qui vaut également pour des personnes interdites<sup>27</sup>. D'autre part, si l'entrée non librement consentie est motivée par des soins à recevoir, et que le concept de prise en charge de la personne placée correspond à celui d'un établissement, l'entrée dans un home pour personnes âgées n'est pas constitutif de domicile<sup>28</sup>.

## 2.2 Protection de l'enfant

Plusieurs scénarios de transfert sont envisageables:

### 2.2.1 Transfert de «mesures de nécessité»

Lorsque l'autorité tutélaire de la résidence provisoire («simple») a ordonné une mesure pour des motifs d'urgence, elle transmet immédiatement le dossier à l'autorité compétente du domicile ou du lieu de séjour<sup>29</sup>.

### 2.2.2 Transfert de mesure provisoires

Les mesures provisoires règlent la situation pendant la procédure, raison pour laquelle elles ne sont pas transférables. L'autorité tutélaire qui les a ordonnées reste compétente; elle doit également ordonner la mesure définitive, puis transfert, après la clôture de la procédure, la mesure ordonnée à l'autorité du nouveau domicile ou, le cas échéant, du lieu de séjour (cf. 1.1.2).

### 2.2.3 Transfert de mesures protectrices de l'enfant

#### 2.2.3.1 Tutelle de mineurs (art. 368 CC)

La tutelle de mineurs selon l'art. 368 CC doit être transmise au nouveau lieu de résidence de l'enfant:

- lorsque ce dernier n'y séjourne pas pour un motif particulier et
- que tout permet de conclure
  - qu'il y restera de façon durable (notamment chez des parents nourriciers),
  - lorsque la nouvelle résidence constituera le centre de ses relations personnelles
  - lorsque le placement à ce lieu n'est pas dépourvu de motifs valables et n'est pas contraire à ses intérêts<sup>30</sup>.

Lorsqu'un enfant sous tutelle vivra vraisemblablement de façon durable chez des parents nourriciers, la tutelle, à supposer qu'elle soit administrée au lieu de séjour de l'enfant (= domicile des parents nourriciers et domicile de l'enfant en découlant), doit être transférée, en cas de changement de domicile des parents nourriciers, au nouveau domicile de ces derniers.

<sup>26</sup> Tribunal fédéral des assurances, 1<sup>ère</sup> Chambre, P 13/00/30 août 2001, RDT 2001 n. 15 p. 349.

<sup>27</sup> H. M. Riemer, Der zivilrechtliche Wohnsitz von Altersheiminsassen, RDT 1977 p. 62.

<sup>28</sup> Décision du Département de Justice et Police du canton de Saint-Gall du 11.2.1999, RDT 2001 no. 12 p. 340 ss.

<sup>29</sup> C. Hegnauer, N, 27.60.

<sup>30</sup> Pra 1952 p. 407, RDT 1983 p. 33.

A l'évidence, le changement de domicile des parents qui ne détiennent pas l'autorité parentale n'a aucune influence sur le domicile de l'enfant qui est lié au siège de l'autorité tutélaire.

### 2.2.3.2 *Autres mesures protectrices de l'enfant*

Elles doivent être transférées lorsque l'enfant a changé de domicile, et que le bien de l'enfant l'exige<sup>31</sup>. Dans cette éventualité, comme dans tous les autres cas, l'autorité tutélaire saisie du cas est tenue de continuer à gérer la mesure jusqu'à ce que la nouvelle autorité ait pris la décision d'accepter le dossier et ait nommé une personne chargée de la conduite du mandat<sup>32</sup>. La question de savoir si les retraits de garde suivis d'un placement selon les art. 310/314a CC qui n'ont exceptionnellement pas été combinés avec d'autres mesures (par ex. celles des art. 307 ou 308 CC) doivent être transférés en cas de changement de domicile s'apprécie selon les besoins du cas particulier (bien de l'enfant). S'il faut s'attendre à des mesures complémentaires ou plus rigoureuses, et si le placement ne relève pas du champ de responsabilité de l'autorité du lieu de séjour, la mesure doit, en général pour des motifs de fait (par rapport au détenteur de l'autorité parentale), être transférée si possible immédiatement à la nouvelle autorité de domicile. La compétence de l'ancienne autorité doit rester limitée dans le temps; elle n'est justifiée que par son utilité pratique et se restreint en principe à la mesure en vigueur, même si, en cas de besoin, l'autorité saisie jusqu'alors du cas peut ordonner des mesures protectrices de l'enfant complémentaires<sup>33</sup>, ce qui est particulièrement recommandé, lorsque les conditions permettant l'adaptation de la mesure protectrice de l'enfant sont réalisées au domicile initial et que première autorité connaît bien le cas.

En cas de changement fréquent du domicile des parents et de relations constantes de l'enfant avec un lieu, la reprise d'une mesure protectrice de l'enfant par l'autorité du lieu de séjour est recommandée.

Un transfert est possible du domicile actuel au nouveau domicile, du domicile actuel au lieu de séjour, du lieu de séjour actuel au nouveau ou à l'ancien domicile, et du lieu de séjour actuel au nouveau lieu de séjour. La question de savoir si une telle mesure peut être transférée au lieu de séjour ou au nouveau domicile et à quel moment un transfert se justifie trouve sa solution uniquement en fonction du bien de l'enfant (cf. Ch. 1.2.3).

### 2.2.4 Transfert concernant la constatation de la paternité et l'action alimentaire

Sitôt qu'une femme célibataire en état de grossesse saisit l'autorité tutélaire ou que cette dernière a connaissance de la naissance (par ex. par la communication de l'acte de naissance par l'office d'état civil) ou sitôt que l'autorité tutélaire est

<sup>31</sup> RDT 1989 p. 115 no. 8; 1997 p. 185 no. 22.

<sup>32</sup> RDT 1997 p. 185 no. 22.

<sup>33</sup> Cf. la jurisprudence controversée entre la protection des adultes (ATF 126 III 415) et la protection de l'enfant (RDT 2002 no. 1 p. 52, jugement du Département de la Justice du canton du Jura du 5 septembre 2002).

avisée par un tribunal civil que la filiation a été écartée à la suite d'une contestation, il y a lieu d'introduire une action en constatation de paternité (art. 309 CC) dont les formes sont fixées par le droit cantonal.

L'autorité tutélaire saisie du cas reste compétente jusqu'à la fin de la procédure, pour autant qu'elle soit déjà intervenue. Si tel n'a pas été le cas ou s'il n'a pas été possible d'établir un contact avec les parents de l'enfant, il est justifié, en cas de changement de domicile, de transférer à la nouvelle autorité de domicile la compétence de s'occuper de l'action en constatation de paternité (cf. ch. 1.2.4.2).

Lorsque des mesures de protection de l'enfant sont nécessaires (curatelle selon l'art. 309 en vue de la constatation de la paternité et/ou pour fixer l'obligation d'entretien selon l'art. 308 al. 2 CC) et que l'enfant change de domicile avant que l'autorité tutélaire ait ordonné les mesures, cette tâche incombe à l'autorité du nouveau domicile. Dans ce cas, il ne s'agit pas du transfert d'une mesure, mais – comme dans l'éventualité où l'autorité n'est pas encore intervenue – d'un dossier d'enquête.

Lorsque l'enfant change de domicile alors qu'un procès en contestation de paternité est en cours, la curatelle de représentation selon l'art. 392 CC continue à être gérée par le domicile initial lorsque la fin du procès est approximativement connue<sup>34</sup>. Dans la pratique, il est recommandé, pour des motifs relevant de l'économie de la procédure et de considérations relatives à la responsabilité légale, de terminer de telles mesures instituées pour un temps relativement court au lieu où elles ont été initialement ordonnées. En revanche, une curatelle selon l'art. 309 CC en vue d'une éventuelle action subséquente en constatation de paternité relève de la compétence du nouveau domicile (art. 315 CC).

### 2.2.5 Transfert de tutelles en vue d'adoption

Lorsque l'enfant est placé chez des parents nourriciers en vue d'une future adoption, la tutelle continue à être administrée au domicile initial jusqu'à l'adoption, malgré un changement de domicile des parents nourriciers, lorsque l'adoption est imminente ou si proche que l'autorité tutélaire du nouveau domicile est moins bien informée des circonstances du cas particulier que celle du domicile compétente jusqu'alors<sup>35</sup>. A la suite de la révision du droit de l'adoption rendue nécessaire par la ratification de la Convention de La Haye de 1993<sup>36</sup>, la durée minimale des soins et éducation fournis au futur adopté a été réduite à 1 année, raison pour laquelle la question du transfert d'une tutelle en vue d'adoption ne se posera pratiquement plus.

<sup>34</sup> Décision du préfet de Thoune du 3 octobre 2000, RDT 2001 p. 208 no. 2.

<sup>35</sup> RDT 1983 p. 113.

<sup>36</sup> Cf. La décision fédérale du 22 juin 2001 concernant la convention de La Haye sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.

### 3. Rapport entre le domicile et le transfert de la tutelle

Comme chaque ressortissant suisse, la personne interdite de nationalité suisse jouit du droit constitutionnel de la liberté d'établissement<sup>37</sup>. Néanmoins, conformément aux art. 377 et 421 ch. 14 CC, elle doit obtenir le consentement de l'autorité tutélaire, si elle veut se créer un nouveau domicile. L'autorité tutélaire doit consentir au changement de domicile, s'il correspond à l'intérêt bien compris du pupille<sup>38</sup>. La question de savoir si ce consentement n'est qu'indispensable, mais également suffisant pour justifier un domicile est controversée et ne peut être résolue clairement par les dispositions légales applicables.

3.1 Conformément à l'art. 25 al. 2 CC, les personnes placées sous tutelle ont leur domicile au siège de l'autorité tutélaire, ce qui signifie que l'autorité tutélaire qui gère la mesure détermine le domicile de la personne interdite aussi longtemps que la mesure n'a pas été reprise par une autre autorité tutélaire et que le domicile se trouve ainsi au siège de la nouvelle autorité. Le consentement de l'autorité tutélaire saisie du cas au changement de domicile est ainsi une condition – il est vrai – nécessaire, mais non pas suffisante.

3.2 Selon les art. 377 et 421 ch. 14 CC, l'autorité tutélaire peut autoriser la personne placée sous tutelle à changer de domicile. Si le changement est intervenu avec l'approbation de l'autorité tutélaire saisie de la mesure, «la tutelle est transférée à l'autorité du nouveau domicile», ce qui permet d'arriver à la conclusion que l'approbation de l'autorité tutélaire qui gère la mesure est suffisante pour une prise de domicile.

La doctrine interprète différemment cette disharmonie législative en ce sens que, pour que les conditions de l'art. 25 al. 2 CC soient respectées, la reprise de la mesure doit également être acceptée par la nouvelle autorité tutélaire<sup>39</sup>. En d'autres termes, cela signifie que, selon cette partie de la doctrine (et aussi selon une pratique très répandue), ni l'art. 377, ni l'art. 421 ch. 14 CC ne constituent à eux seuls une base suffisante pour fonder un nouveau domicile; il faut encore que les décisions de l'autorité tutélaire qui gère la mesure soient acceptées au nouveau domicile.

### 4. La procédure de transfert de mesures tutélaires

La procédure de transfert doit pouvoir se dérouler d'une part de façon rationnelle, d'autre part sur la base d'une information suffisante. Il est dès lors conseillé d'interpeller le plus rapidement possible l'autorité qui doit reprendre la mesure et de lui fournir les documents nécessaires permettant d'examiner si les conditions de transfert sont réalisées et, le cas échéant, de chercher une personne apte à s'occuper du cas, si le/la tuteur/tutrice n'est pas en mesure de continuer d'assu-

<sup>37</sup> Art. 24 CF, Commentaire bâlois du code civil, *Geiser* N 5 ad art. 377 CC.

<sup>38</sup> ATF 109 Ib 76.

<sup>39</sup> *K. Specker*, Die Übertragung der Vormundschaft zur Weiterführung, publications de la conférence des directeurs des autorités cantonales de tutelle, 1946 p. 18; ATF 109 Ib 76; Commentaire bernois *Schnyder/Murer* N 19 ad. art. 377 CC.

mer son mandat. La forme la plus rationnelle consiste à fournir un rapport final et des comptes à caractère provisoire qui seront complétés pour la dernière période de façon à pouvoir être approuvés par l'autorité tutélaire saisie du cas jusqu'alors. Ce processus peut être schématiquement être présenté comme suit:

### La procédure de transfert de mesures tutélaires

Compétence au domicile existant			Compétence au nouveau domicile
1. Constitution de la mesure tutélaire			
2. Départ (en cas de tutelle avec le consentement du tuteur)			
3. Détermination du nouveau domicile réel, autorisation de fonder un nouveau domicile de droit civil délivrée par l'autorité tutélaire et requête de l'autorité tutélaire transférante à la nouvelle autorité tutélaire pour la reprise de la mesure			
			4. Réception de la requête par la nouvelle autorité tutélaire
			5. Réponse de la nouvelle autorité tutélaire à l'autorité tutélaire saisie
6. Décision de transfert de l'autorité tutélaire qui gère le cas (et pour autant qu'elle ne soit pas déjà intervenue selon ch. 3, autorisation délivrée par l'autorité tutélaire au pupille pour changer de domicile), et invitation au porteur du mandat de déposer son rapport et son compte final			
			7. Décision d'acceptation de la nouvelle autorité tutélaire
8. Moment de la transmission du mandat			8. Moment de la transmission du mandat
			9. Eventuelle publication au nouveau domicile
10. Dépôt du rapport final et des comptes			
11. Acceptation du rapport et du compte final et décharge du tuteur de ses fonctions			
			12. Réception du rapport et du compte final, début du délai pour intenter l'action en responsabilité

## Explications

- 1 Constitution de la mesure tutélaire au domicile initial (le cas échéant, en cas de mesures de protection de l'enfant, également au lieu de résidence, art. 315 al. 2 CC).
- 2 Départ de la personne prise en charge dans le cadre tutélaire (en cas de tutelle, avec le consentement du tuteur, si, par exemple, un contrat de bail doit être conclu).
- 3 Détermination du domicile réel, autorisation (pour les interdits) du changement réel de domicile et requête de l'autorité tutélaire à la nouvelle autorité pour la reprise du dossier avec, en annexe, un rapport et un compte final provisoires (pour décrire l'état de fait). La question de savoir si un nouveau centre d'intérêts a été créé dépend moins de la durée d'un séjour que des circonstances concrètes d'existence. La question doit en règle générale être résolue après une année au plus tard en fonction de la situation, mais également au moment du départ (par ex. lorsque celui-ci a été bien préparé ou qu'il a été effectué sous la surveillance de la personne assumant la prise en charge de l'intéressé).
- 4 Lors du changement de domicile, la compétence tutélaire doit être transférée de l'autorité saisie du cas à celle du nouveau domicile. Celle-ci doit tout d'abord être interpellée et invitée à reprendre la mesure avant la décision ordonnant le transfert. L'autorité requise commence par examiner si les conditions justifiant un transfert sont réalisées, auquel cas l'obligation de l'accepter prend naissance.
- 5 Réponse de la nouvelle autorité tutélaire informant l'autorité requérante qu'elle est d'accord d'accepter le transfert en sollicitant, le cas échéant, des conditions ou des documents ou des renseignements complémentaires.
- 6 Pour le cas où la phase 3 ne l'aurait pas encore précisé: autorisation du changement de domicile pour les interdits, fixation de la date du transfert et invitation au porteur du mandat à déposer son rapport et le compte final (même s'il conserve son mandat sur demande de la nouvelle autorité tutélaire). L'autorité qui se dessaisit reste compétente aussi longtemps que la nouvelle autorité n'a pas rendu sa décision d'acceptation. Le nouveau porteur du mandat prend ses fonctions non pas seulement lorsque son prédécesseur en a été relevé (art. 453 CC), mais dès sa nomination (cf. ch. 8 ci-après).
- 7 Décision de la nouvelle autorité tutélaire de reprendre la mesure à une date déterminée et nomination du porteur du mandat au nouveau domicile.
- 8 Moment de la transmission du mandat: la personne chargée de s'occuper de l'assisté transmet au nouveau porteur du mandat les documents nécessaires, l'autorité tutélaire qui gère la mesure oriente les banques, etc, au sujet de l'extinction des pouvoirs de représentation. L'information concernant les nouveaux pouvoirs est fixée selon entente avec les autorités tutélaires intéressées.
- 9 Publication au nouveau domicile ou communication à l'office des poursuites (art. 397 rev. CC en vigueur dès le 1.1.1999).
- 10 Remise du rapport et du compte final par le porteur du mandat à l'autorité tutélaire qui se dessaisit.

- 11 Approbation du rapport et du compte final par l'autorité tutélaire jusqu'alors compétente qui relève le porteur du mandat de ses fonctions.
- 12 Réception par la nouvelle autorité tutélaire du rapport et du compte final acceptés par l'ancienne autorité. Le compte final sert d'inventaire d'entrée (art. 398 CC) et de base pour une éventuelle action en responsabilité contre le représentant légal ou l'autorité qui a transféré la mesure<sup>40</sup>.

#### **A retenir**

- En principe, seuls des mandats tutélaires ou des mesures protectrices de l'enfant (art. 307, 310, 314a, 318 al. 3, 324 CC) sont transférés, mais non pas les procédures.
- Les curatelles qui ne concernent que des affaires particulières et limitées dans le temps ou ont été instituées pour parer à un état de faiblesse permanent qui concerne davantage les biens que la personne (par ex. curatelle de représentation dans le cadre d'un partage successoral, contestation de la paternité, administration d'une propriété) ne sont dans la règle pas transférées en cas de changement de domicile.
- Lorsque, après un changement de domicile de la personne prise en charge, la curatelle ou le conseil légal doit faire place à une tutelle, la décision est prise au nouveau domicile, indépendamment du fait que la curatelle ou le conseil légal ait déjà été l'objet d'un transfert.

### **5. Protection du droit et moyens de droit**

Le refus de transférer ou d'accepter une mesure tutélaire peut être attaqué par la voie du recours tutélaire par la personne prise en charge et par quiconque justifie d'un intérêt, mais pas par l'autorité tutélaire<sup>41</sup>.

Les autorités tutélaires ont à leur disposition la plainte ou le recours à l'autorité de surveillance à laquelle est soumise l'autorité tutélaire qui refuse de transférer ou d'accepter la mesure<sup>42</sup>.

D'autre part, sur le plan des relations intercantionales, il est possible d'intenter une action de droit public (art 83 litt. e OJF)<sup>43</sup> ou de solliciter une intervention/transaction par l'intermédiaire des autorités de surveillance des deux cantons intéressés (art. 44 al. 3 CF). En principe, la priorité devrait être accordée à une négociation.

Les décisions des autorités de surveillance concernant des conflits négatifs de compétence intracantonaux peuvent être attaquées auprès du Tribunal fédéral au moyen du recours en nullité conformément à l'art. 68 al. 1 litt. e OJF<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> Commentaire bâlois du CC-Affolter, N 49 et 52 ad art. 451-453 CC.

<sup>41</sup> RDT 1997 p. 187; Commentaire bernois Schnyder/Murer, N 14 et 127 ad art. 377.

<sup>42</sup> RDT 1997 p. 187.

<sup>43</sup> K. Specker, RDT 1 p. 119; ATF 86 II 287, 109 Ib 76; C. Hegnauer, RDT 2001 p. 15.

<sup>44</sup> ATF 5C.16/2001 du 5. février 2001 in Pra 2001 p. 783 ss.; arrêt non publié du Tribunal fédéral du 12 janvier 1998, cité dans Pra 2001 p. 785 : ATF 95 II 514.