

Forces et faiblesses des structures actuelles des autorités

Annexe 1 au rapport de la CAT «L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte, une autorité interdisciplinaire (analyse et modèles)»

La doctrine juridique thématise peu les questions relatives à l'organisation des autorités de tutelle¹. Tous les auteurs qui se sont exprimés depuis 1970 sur l'organisation et la composition des autorités tutélaires portent un jugement très critique quant à la solution d'une autorité communale de milice. Ils postulent sans exception une régionalisation et simultanément des possibilités de formation et de perfectionnement ciblés pour les membres des autorités, tout en requérant une surveillance améliorée, que certains auteurs veulent même voir ancrée dans le droit fédéral². Une autorité inadéquate empêche l'exécution optimale du droit matériel fédéral³.

Un réexamen de la structure des autorités est devenu indispensable. La nécessité du professionnalisme et de l'interdisciplinarité a rallié une large majorité des avis exprimés lors de la consultation.

Il n'était pas possible, dans le cadre de ce projet, de mener une étude scientifique de tous les modèles d'organisation existant actuellement. C'est pourquoi l'analyse repose d'une part sur les expériences faites, mais aussi sur des entre-

¹ *P. Odermatt*, Organisation und Verfahren der vormundschaftlichen Behörden in den deutschsprachigen Kantonen im Allgemeinen und speziell in einem kleinen Kanton in der Innerschweiz, ZVW/RDT 1979, p. 58 ss; *Roger Dami*, Système tutélaire dans les cantons romands. Tutelle officielle dans les cantons romands, ZVW/RDT 1980, p. 1 ss; *B. Schnyder/E. Murer*, Commentaire bernois, n. 77 ss ad art. 361 CCS; *H.M. Riemer*, Grundriss des Vormundschaftsrechts, § 3 n. 20 s.; *E. Langenegger*, Commentaire bâlois CCS I, 3^e édition, n. 7 ss ad art. 361; *H. Deschenaux/P.-H. Steinauer*, Personnes physiques et tutelle, 4^e édition 2001, n. 835a.

² *Th. Geiser*, Die Aufsicht im Vormundschaftswesen, ZVW/RDT 1993, p. 201, 223; rapport d'expert *Schnyder/Stettler/Häfeli*, Zur Revision des schweizerischen Vormundschaftsrechts, 1995, ch. 1.4.2., p. 59 s.

Ces auteurs demandent que l'organisation des autorités soit régionalisée, que leur composition soit interdisciplinaire, qu'elles soient professionnelles, que les autorités de surveillance soient plus rigoureuses et que la protection des droits soit conforme à la CEDH. Le rapport accompagnant l'avant-projet de 1998 conserve ces postulats, mais il laisse ouverte la possibilité d'une autorité interdisciplinaire administrative plutôt que judiciaire. *Ch. Häfeli*, Organe und Verfahren im neuen Betreuungsrecht, ZVW/RDT 1995, p. 180; *Ph. Meier*, L'avant-projet de révision du droit de la tutelle – Présentation générale, ZVW/RDT 2003 p. 207, 212; *Th. Geiser*, Erwachsenenschutzrecht, Die Revision im Überblick, ZVW/RDT 2003, p. 227, 234 ss; *Cyril Hegnauer*, Struktur der vormundschaftlichen Aufsicht, ZVW/RDT 2003, p. 361, 366 ss; *M. Galli-Widmer*, Überlegungen einer Praktikerin zum VE für ein BG über das Verfahren vor den Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden, ZVW/RDT 2003, p. 387, 390 s.; *Th. Wuarin*, De l'organisation de l'autorité tutélaire dans la nouvelle législation, en regard avec l'expérience judiciaire genevoise, ZVW/RDT 2003, p. 380, 384 ss; *K. Affolter*, Mit der Totalrevision des Vormundschaftsrechts zu einer neuen Qualität des Erwachsenenschutzes? ZVW/RDT 2003 p. 393, 401; Commentaire bâlois du CCS I-Langenegger n. 5, 8 ad art. 361. *Ch. Häfeli*, Die Organe des neuen Erwachsenenschutzrechts und ihre Aufgaben im Rahmen der Beistandschaft, ZSR/RDS 2003, 337 ss.

³ Commentaire bernois, *Schnyder/Murer*, n. 24 ad art. 361.

tiens ciblés⁴ et notamment sur les développements figurant dans le message du Conseil fédéral concernant la révision totale du droit de la tutelle⁵.

Nous décrivons et analysons ci-après les modèles actuels appliqués en Suisse alémanique (⇒ *chapitre 1*). Puis, nous apportons des explications aux fins d'exemples concernant les modèles de la Suisse romande (⇒ *chapitre 2*) et de la Suisse italophone (⇒ *chapitre 3*).

1. Modèles actuels en Suisse alémanique

Les cantons suisses alémaniques ont attribué les autorités tutélaires au pouvoir exécutif dans la perspective de la séparation des pouvoirs. Les variantes ne sauraient être plus diverses sur les plans de la commune, de l'arrondissement, de la région et du canton: exécutifs communaux, délégations des exécutifs communaux, commissions spéciales de la commune ou de la région (commissions de tutelle) ou commissions polyvalentes (commissions des affaires sociales, commissions de tutelle et de prévoyance), autorités spéciales permanentes au niveau de la commune ou de l'arrondissement (p. ex. Zurich, Coire), voire services de l'administration (BS).

En Suisse alémanique, 73 pour cent de toutes les autorités sont organisées en autorités communales généralistes (conseil communal ou sous-commission du conseil communal); 13 pour cent sont des autorités communales spécialisées et 14 pour cent sont des autorités régionales, professionnelles ou judiciaires⁶.

Pour être complet, mentionnons encore dans ce contexte les autorités de tutelle des bourgeoisies, ancrées dans la tradition persistante de l'Ancien régime⁷, qui sont aujourd'hui encore indemnisées par l'obole que versent leurs mandants. Le présent document de travail n'étudie pas ces autorités, dont la légitimation n'est pas remise en question par la révision totale du droit de la tutelle, malgré leurs carences évidentes⁸.

Dans le cadre du présent projet, nous n'avons pas non plus à examiner la question de savoir dans quelle mesure les autorités tutélaires actuelles pourraient être transposées dans les nouvelles structures. Selon le projet de révision totale du droit de la tutelle présenté par le Conseil fédéral, l'organisation non professionnelle n'a plus cours et les modèles d'organisation actuels de Suisse alémanique disparaissent dans la mesure où ils ne sont pas encore professionnalisés comme c'est le cas en ville de Zurich, dans l'arrondissement de Coire ou à Bâle-Ville. Dans les communes de petite taille, il ne sera pas possible d'organiser une autorité interdisciplinaire (d'une part, les spécialistes requis dans les domaines

⁴ On trouvera des indications quant aux différentes structures des autorités, accompagnées d'une proposition de catégorisation, dans les contributions de *Christoph Häfeli/Peter Voll*, *Die Behördenorganisation im Kindes- und Erwachsenenschutz aus rechtlicher und sozialwissenschaftlicher Sicht*, ZVW/RDT 2007, p. 51 ss et de *Peter Voll*, *Vormundschaftsbehörden und Sozialdienste – eine Untersuchung zur institutionellen Kooperation im Kinderschutz*, FamPra.ch 2/2006, p. 262 ss.

⁵ FF 2006, p. 6635 ss, ch. 1.3.9.

⁶ *Häfeli/Voll*, ZVW/RDT 2007, p. 54 ss.

⁷ «Der kleine Bund», supplément hebdomadaire du *Bund*, 21 juillet 2007, n° 168, p. 2–4.

⁸ Cf. art. 442 al. 4 P-CCS 2006.

visés feraient défaut, d'autre part, cette autorité serait insuffisamment sollicitée). De ce fait, l'évolution ira dans le sens d'une régionalisation⁹. La comparaison des avantages et des inconvénients des structures actuelles permet toutefois de déduire certaines conclusions quant aux nouveaux modèles.

Comme nous l'avons expliqué en introduction, la protection des adultes et des enfants est en principe assurée en Suisse alémanique par des organisations constituées par des autorités politiques. Des compétences judiciaires existent, à titre exceptionnel, en matière de protection de l'enfant dans le cadre de procédures relevant du droit matrimonial¹⁰ et – selon certaines réglementations cantonales – lorsque des mesures de protection de l'adulte particulièrement incisives sont ordonnées¹¹. Ci-après, nous présentons dans une première partie les avantages et les inconvénients des organes politiques exécutifs, avant d'exposer brièvement dans une deuxième partie les avantages et les inconvénients des compétences judiciaires (exception).

1.1. Organes politiques exécutifs (conseils communaux, commissions)

L'organisation des autorités de tutelle sous la forme d'autorité politique communale ou régionale plonge ses racines dans une tradition ancienne, qui vise à garantir le lien entre l'autorité et la personne ayant besoin de protection par une compétence territoriale généralement rapprochée¹². Toutefois, depuis l'entrée en vigueur du CCS en 1912, des voix se sont régulièrement élevées, à titre d'exhortation, pour relever que les membres de l'autorité tutélaire doivent présenter une aptitude suffisante¹³ et pour souligner le fait que maintes autorités hésitent et sont lentes à assumer leurs responsabilités par manque d'aptitudes et de ressources¹⁴, ce qui soulève de vives protestations parmi les autorités de surveillance¹⁵. Des critiques publiques aussi orientées sont aujourd'hui moins

⁹ Message, FF 2006, p. 6705 ss et Président de la CCDJP dans le cadre du débat d'entrée en matière au Conseil des Etats, Bulletin officiel, 27.09.2007.

¹⁰ En ce qui concerne la protection de l'enfant dans le cadre de procédures relevant du droit matrimonial, la répartition des tâches entre les tribunaux matrimoniaux et les autorités administratives de tutelle est différenciée et entachée de nombreuses incertitudes (cf. art. 134, 315a, 315b CCS). Pour l'ensemble: Philippe Meier, Compétences matérielles du juge matrimonial et des autorités de tutelle – Considérations théoriques et quelques cas pratiques, ZVW/RDT 2007, p. 109 ss.

¹¹ Par exemple, dans le canton de Berne, l'instauration de la tutelle et de la curatelle pour les personnes incapables de discernement ou contre la volonté de personnes capables de discernement, art. 34 et 40 LiCCS BE.

¹² Commentaire zurichois, Egger n. 5 et 18 ad art. 361 CCS.

¹³ Egger indique dans son Commentaire zurichois paru en 1949 (n. 18 ad art. 361) la Li CCS du canton de Bâle-Ville, déjà en vigueur à l'époque, qui constituait une exception réjouissante parmi les codifications cantonales en prévoyant que, selon les possibilités, un médecin, un pédagogue, un juriste et un homme d'affaires devaient faire partie de l'organe de tutelle, qui devait en outre intégrer un quota de femmes (un membre et un suppléant de sexe féminin).

¹⁴ Commentaire zurichois, Egger n. 16, 19 et 19a ad art. 361 CCS.

¹⁵ H. Fritzsche, Aus der Rechtspflege einer Demokratie, 1919, p. 27 (cité dans Commentaire zurichois de Egger n. 19 ad art. 361).

connues que les doléances de nombreuses autorités tutélaires des régions rurales, qui se plaignent en tant qu'organes non professionnels d'être dépassées par les défis posés, faute de temps et de compétences techniques¹⁶. Les efforts visant à perfectionner continuellement les autorités de tutelle et le soutien technique qui leur est apporté par les services administratifs professionnels (services sociaux régionaux pour les communes de petite taille et secrétariats communaux des autorités dans les localités plus importantes) s'achoppent à des limites, parce que les fonctions politiques des commissions communales et des exécutifs sont soumises à de fortes fluctuations. La gestion ciblée des compétences et des connaissances peut de ce fait être réduite à néant, tout en causant des coûts de formation continue élevés sans utilité durable.

On peut caractériser comme suit les avantages et les inconvénients de ces autorités politiques communales ou régionales (ci-après un aperçu suivi des explications correspondantes).

Organes politiques exécutifs (communaux ou régionaux, Suisse alémanique)	
Avantages	Inconvénients
proximité du citoyen	↔ proximité du citoyen
lien à la pratique	↔ lien à la pratique
faibles écarts hiérarchiques	↔ faibles écarts hiérarchiques
prise en compte des spécificités culturelles	↔ prise en compte des spécificités culturelles
autodétermination politique	
services professionnels d'appui	
	manque de connaissances professionnelles spécialisées
	critères de décision non objectifs
	manque de standards
	moindre disponibilité et responsabilité propre limitée
	dépendance de services externes

Les quatre premières caractéristiques (proximité du citoyen, lien à la pratique, faibles écarts hiérarchiques et prise en compte des spécificités culturelles) apparaissent être simultanément des avantages et des inconvénients. Les caractéristiques suivantes représentent soit des avantages, soit des inconvénients.

¹⁶ De telles plaintes ne sont du reste pas nouvelles: *Hans Hug*, Die vormundschaftlichen Behörden vor dem Jugendproblem, ZVW/RDT 1974, p. 1 ss. Ce surmenage a entraîné diverses réorganisations ces dernières années, par exemple dans les cantons de Vaud, de Fribourg, de Berne et du Valais, où les autorités tutélaires ont été plus fortement régionalisées. On trouvera des observations actuelles dans les résultats d'enquête présentés dans la contribution de *Häfeli/Voll*, ZVW/RDT 2007, p. 59 s.

Certains des inconvénients mentionnés ont moins de poids au sein des autorités de tutelle urbaines, dotées de secrétariats de tutelle spécialisés, ou pour les autorités de tutelle couvrant un territoire relativement vaste et disposant de ce fait d'une organisation développée, composée de services spécialisés d'appui (services chargés de clarifier la situation, services juridiques, services de révision) que ce peut être le cas dans les régions rurales, où les autorités sont composées de membres non professionnels qui ne sont confrontés que rarement à des questions de protection de l'enfant et de l'adulte¹⁷. Notamment, pour les autorités de tutelle qui se réunissent à une cadence hebdomadaire ou presque, le soutien des juristes et des travailleurs sociaux des services d'appui spécialisés peut constituer avec le temps un apport de compétences professionnelles assez important, selon le degré d'activation de leurs membres lors d'auditions, de l'établissement d'inventaires et du contrôle des rapports, pour autant qu'elles comptent des membres riches de plusieurs années d'expérience.

Proximité du citoyen (avantage et inconvénient)

Les organes politiques non professionnels, qu'il s'agisse de conseils communaux ou de commissions spéciales, se composent de personnes qui se mettent à disposition pour la fonction visée sans aucunement devoir présenter un lien professionnel correspondant aux contenus (la situation est souvent différente en pratique pour les commissions du bâtiment, puisqu'elles se composent fréquemment de personnes issues de la branche). Ces personnes représentent donc la réalité sociale et peuvent incarner les cercles de la population concernés par les mesures tutélaires; elles peuvent contrebalancer l'éventuelle déformation professionnelle «paternaliste» des services spécialisés¹⁸ en établissant un pont entre le droit, les sciences sociales et la réalité sociale.

Les autorités communales présentent en outre l'avantage qu'elles sont en mesure de se faire une idée précise de l'état de faiblesse et du besoin de protection de la personne considérée, puisqu'elles sont généralement familières de l'environnement immédiat de celle-ci (dans la mesure où il ne s'agit pas d'un nouvel arrivant) et qu'elles peuvent directement se charger des personnes ayant besoin de protection (contrôle social)¹⁹. Souvent, il existe un rapport de confiance entre les représentants de la commune et les personnes ayant besoin de protection. L'intervention d'office (maxime d'office) peut être mieux garantie de ce fait à l'intérieur de petites unités spatiales que si les personnes concernées étaient soumises à une autorité plus éloignée, qui n'aurait pas une connaissance directe de la vie sociale de la collectivité et qui ne pourrait intervenir proactivement que de

¹⁷ Comparaisons concernant l'ensemble: *Albert Guler*, Aspekte der Aus- und Weiterbildung von vormundschaftlichen Behörden und Organen, ZVW/RDT 1991, p. 129 ss; Message concernant la révision totale du droit de la tutelle du 28.6.2006, FF 2006, ch. 1.3.9, p. 6654 s.; Commentaire bernois, *Schnyder/Murer*, n. 121-124 ad art. 361 CCS et *Christoph Häfeli*, Wegleitung für vormundschaftliche Organe, 4^e édition, Zurich 2005, p. 238 s.; *Häfeli/Voll*, ZVW/RDT 2007, p. 58 ss.

¹⁸ Cf. *Jean-Claude Wolf*, Paternalismus und andere ethische Konflikte im Alltag der Amtsvormunde und Amtsvormundinnen, ZVW/RDT 2000, p. 14.

¹⁹ Commentaire bernois, *Schnyder/Murer* n. 120 ad art. 361 CCS.

façon très limitée. Cet avantage disparaît toutefois dans les grandes agglomérations²⁰.

En revanche, la proximité du citoyen peut aussi constituer un obstacle à des interventions officielles absolument impératives (par exemple pour protéger un enfant négligé ou maltraité), en particulier si les personnes concernées et les intervenants entretiennent des liens de collégialité ou d'amitié trop étroits, si le destinataire de la mesure est une personnalité locale en vue, s'il s'agit de bons contribuables ou d'employeurs importants²¹ ou si la «réputation» et la tradition empêchent une intervention adéquate²². Enfin, la proximité du citoyen peut aussi générer des préjugés ou des partis pris et entraîner des décisions fondées sur des arguments superficiels sans que le problème prétendument évident ne soit soumis à une analyse et à un diagnostic objectifs (ainsi, la réponse adéquate au comportement particulier d'un mineur ou d'un adulte peut certes tout à fait consister en une mesure de tutelle, mais aussi dans la résolution privée d'une crise existentielle).

Conclusion: Selon la personne, la relation aux représentants de la commune peut être empreinte de confiance, mais aussi de défiance, et elle peut être entachée de préjugés.

Lien à la pratique (avantage et inconvénient)

Dans son Message concernant la révision totale du droit de la tutelle, le Conseil fédéral mentionne que l'aptitude à comprendre les faits peut également s'acquérir par le perfectionnement et la pratique. Lorsque les membres des autorités tutélaires peuvent enrichir la discussion et la recherche de solutions de leur expérience de vie, sans pour autant ériger leur propre biographie en référence pour autrui, ils peuvent considérablement contribuer à prévenir des jugements erronés, guidés par les aspects formels du droit, en pondérant dûment les décisions par la réalité existentielle.

Les expériences faites avec des profanes, incapables de faire abstraction de leur vécu personnel, donc subjectif, au moment de prendre des décisions délicates, conduisent en revanche parfois à des généralisations ou à des «conclusions parallèles» inacceptables, ce qui empêche une prise de décision adaptée à la situation.

De plus, les communes de taille réduite sont très rarement confrontées à des problématiques relevant spécifiquement du droit de la tutelle. De ce fait, outre le manque de connaissances techniques en la matière, leurs autorités ne disposent pas de la pratique voulue, ce qui retarde souvent les décisions et empêche que l'on intervienne concrètement à temps.

²⁰ L'avantage de la proximité du citoyen disparaît aussi lorsque l'autorité tutélaire de surveillance ou les tribunaux sont chargés de la tutelle.

²¹ Message, FF 2006, p. 6654 s.

²² Ce peut notamment être aussi le cas dans les bourgeoisies, où de «fortes personnalités» peuvent s'opposer à une clarification ou à une mise en question (Der kleine Bund, 21.7.2007, p. 4).

Il convient aussi de relever que le fait de devoir agir sous une pression sociale ou médiatique considérable peut engendrer chez les intéressés des décisions erronées et peu utiles, non indiquées et souvent coûteuses.

Faibles écarts hiérarchiques (avantage et inconvénient)

Entre les citoyens et les membres des autorités politiques des communes et des régions de petite taille, les écarts hiérarchiques sont généralement plus faibles que si les personnes ayant besoin de protection font face à une instance professionnelle, voire à une instance judiciaire. A la faveur de cette proximité, on se promet de mieux parvenir à résoudre les situations compliquées par l'exhortation, le travail de persuasion et le recours aux composantes empathiques (p. ex. le maire ou la mairesse dans le rôle du «bon père de famille», respectivement de la «bonne mère de famille»).

Inversement, la perte de distance hiérarchique peut aussi causer un manque d'indépendance, le copinage et une fausse solidarité. Dans les situations présentant un potentiel de violence, il manque en outre le seuil d'inhibition nécessaire aux personnes ayant besoin de protection et qui s'opposent à la mesure. De ce fait, les membres des autorités de petits territoires juridictionnels se trouvent davantage menacés et inhibés dans le processus décisionnel que ceux des autorités couvrant des zones plus vastes. Il apparaît que la méthode de la médiation et d'autres techniques de négociation appliquées par les autorités interdisciplinaires professionnelles permettent de trouver des solutions constructives également en cas d'écart hiérarchique important²³.

Prise en compte des spécificités culturelles (avantage et inconvénient)

Les spécificités culturelles sont favorables à la cohésion sociale. Elles reposent sur les traditions tout en se développant dans les conditions de vie actuelles (p. ex. associations de quartier). Les autorités locales peuvent tenir compte de tels aspects et pondérer leurs mesures en fonction des conditions individuelles, géographiques, démographiques et historiques²⁴.

L'argument de la spécificité culturelle peut néanmoins être avancé pour masquer le manque de pertinence objective et conduire à l'arbitraire. Par exemple, on invoque l'usage de certains comportements éducatifs, censés être la norme dans des milieux archaïques (battre ou enfermer les enfants et les femmes), alors qu'ils ne sont pas tolérés en Suisse par le droit des personnes, le droit de la filiation, le droit pénal et le droit de police cantonal²⁵. Un tel critère ne saurait donc constituer une aide à la décision.

²³ Max Peter, Hochstrittige Eltern im Besuchsrechtskonflikt, ZVW/RDT 2005, p. 193 ss; Lilo Staub, Pflichtmediation: Mythos und Wirklichkeit, ZVW/RDT 2006, p. 121 ss; Gabriella Matefi, Mediation bei häuslicher Gewalt? FamPra.ch 2/2003, p. 260 ss; Lieke Coenraad, Mediation und die Scheidungsproblematik in den Niederlanden, FamPra.ch 2/2005, p. 250 ss.

²⁴ Commentaire bernois, Schnyder/Murer n. 119 ad art. 361 CCS.

²⁵ Art. 28 ss, 301/302, 307 ss CCS; art. 122, 123, 126, 219 CPS; art. 29a LPol BE (RSB 551.1).

Autodétermination politique (avantage)

Si la doctrine ne paraît pas contenir d'arguments à ce sujet, la discussion publique fait régulièrement état, outre le surmenage déploré dans le domaine en question, du besoin des autorités communales de faire valoir leur influence auprès des habitants lorsque l'aide tutélaire est indiquée. Cet engagement semble émaner d'un sentiment de responsabilité politique inhérente aux institutions, qui pousse à «veiller à ce qui est juste» au sein de la commune lorsque des mineurs ou des adultes s'écartent par leur comportement, leur état ou leur statut d'un cadre déterminé, fixé par le droit et la culture, ou s'ils sont menacés quant à la préservation bien comprise de leurs intérêts. On conçoit aisément, conformément à la conception traditionnelle de l'Etat de droit qui prévaut en vertu du principe de subsidiarité, que la communauté de droit public politiquement la plus proche apporte son aide à de telles personnes.

Services d'appui spécialisés (avantage)

Nombre d'autorités non professionnelles disposent du soutien de services spécialisés (secrétariats de tutelle communaux ou régionaux, services sociaux, offices de la jeunesse, tutelles officielles [ou tuteurs généraux]), chargés de clarifier les faits et d'analyser la situation sur mandat de l'autorité tutélaire, d'une part, et de procéder à un examen préliminaire avant de proposer les mesures appropriées, légales ou librement consenties, d'autre part. Selon le développement de l'organisation, ces autorités disposent aussi d'organes de révision et d'unités administratives pour garantir la gestion et la préservation du patrimoine. L'appui de tels services spécialisés permet, selon leur degré de spécialisation et leur taille, d'assurer un niveau de qualité élevé. Par ailleurs, la subordination administrative de ces services spécialisés à l'autorité de tutelle ou, en tout cas, à la communauté à laquelle cette dernière est subordonnée, permet de réduire les problèmes de compétence, qui sont plus difficiles à maîtriser s'agissant des rapports entre un tribunal et un service spécialisé²⁶.

Manque de connaissances professionnelles spécialisées (inconvenient)

Vu l'ensemble de leurs attributions légales, les autorités de tutelle peuvent être confrontées aux procédures les plus diverses et, au cours d'une même procédure, à une multitude de défis relevant du droit procédural. Engranger des connaissances, des expériences et de la routine n'est pas possible pour les autorités qui, en raison de leur zone de compétence et des conditions démographiques, ne sont que rarement confrontées aux questions du droit de la tutelle et encore moins souvent aux questions apparentées. Cette situation entraîne un taux d'erreurs élevé et des procédures très coûteuses en temps, qui sollicitent fortement les personnes concernées, car les organes chargés de conduire les procédures doivent se familiariser avec les bases juridiques déterminantes, qui leur sont souvent étran-

²⁶ Kurt Affolter, Doppelunterstellung von professionellen vormundschaftlichen Mandatsträger(inne)n in öffentlichen Verwaltungen am Beispiel der Stadt Luzern, ZVW/RDT 2006, p. 232 ss.

gères. Cette remarque vaut également pour les questions de droit matériel et pour toutes les questions techniques interdisciplinaires (comment peut-on par exemple travailler fructueusement, malgré sa résistance, avec une personne placée sous curatelle?). L'expérience tirée des cours de perfectionnement pour les secrétaires de tutelle, de même que les personnes mandatées en la matière indiquent que même les services sociaux professionnels et les chancelleries communales peuvent se trouver souvent dépassés par de telles procédures, lorsque le nombre de cas à traiter est insuffisant pour qu'ils puissent se spécialiser et acquérir de la routine.

Outre l'institution, la surveillance et le pilotage du mandat (assistance personnelle et représentation), comportant les besoins exposés ci-dessus en termes de connaissances spécialisées en la matière, il y a tout autant lieu de noter le manque préoccupant de connaissances professionnelles spécialisées quant à la vérification des comptes de pupilles et au placement de leurs biens (gestion du patrimoine). Un contrôle comptable formel ne suffit pas même envers les mandataires professionnels et encore moins envers les mandataires privés. Il s'agirait plutôt de contrôler les comptes également du point de vue matériel quant à l'exploitation pleine et entière des droits et des prétentions basés sur le droit des assurances sociales, le droit successoral ou d'autres bases juridiques. Même dans les cas où les travaux de révision comptable sont confiés à des services communaux officiels, les connaissances professionnelles spéciales requises ne sont disponibles qu'exceptionnellement pour garantir une révision qualifiée.

Critères de décision non objectifs (inconvenient)

Il est difficilement compatible avec la Constitution de faire prendre à un conseil communal élu pour des affaires politiques, c'est-à-dire pour des tâches stratégiques, des décisions qui portent atteinte au droit fondamental de la liberté personnelle comme la privation de liberté des mineurs à des fins d'assistance²⁷ ou l'autorisation donnée d'adopter un enfant sans le consentement de ses parents²⁸. Il est aisé à comprendre, non seulement en théorie, que les conseils communaux s'orientent pour de telles décisions plutôt selon des paramètres de politique financière qu'en fonction du bien-être individuel. La pratique confirme ce danger lorsque l'autorité de tutelle est constituée par le conseil communal ou qu'elle est réunie à la commission de l'aide sociale. Le conseil communal, en qualité d'autorité tutélaire, se trouve régulièrement pris dans un conflit d'intérêts à tout le moins abstrait, par exemple lorsqu'il est appelé à statuer sur la vente d'immeubles appartenant au pupille, qu'il doit prendre des décisions en matière d'aménagement du territoire sur le plan local ou qu'il doit décider – en tant que commission d'aide sociale – du financement d'un placement décidé par l'autorité tutélaire.

²⁷ Art. 314a CCS, Message, FF 2006 p. 6655.

²⁸ Art. 265d CCS, Message, FF 2006 p. 6655.

Manque de standards (inconvenient)

Actuellement, dans les zones rurales, la tutelle est très fortement influencée par les conditions locales, qui dépendent généralement des intérêts et des compétences d'acteurs individuels. De ce fait, pour nombre d'intéressés, l'intervention tutélaire est une solution purement aléatoire, qui débouche occasionnellement dans l'arbitraire. Cette remarque s'applique aux domaines de tâches non liées aux mesures classiques (dispositions en matière de paternité et d'entretien, autorité parentale conjointe, règlement des conflits en matière de droit de visite, contrôles du patrimoine des enfants, placement d'enfants) tout comme à la clarification des situations de mise en danger, aux analyses de situations, à l'institution de mesures de protection de l'enfant et de l'adulte comportant une description concrète de la mission, aux exigences d'aptitude posées au mandataire et à la maîtrise des responsabilités relevant du droit patrimonial. Il apparaît ainsi régulièrement que des mandataires prélèvent indûment des biens dans le patrimoine du pupille, qui devraient rester en un lieu sûr sous la surveillance de l'autorité de tutelle et qui ne pourraient pas être détournés si les tâches étaient correctement assumées.

Le fait que les autorités tutélaires de surveillance (préfecture, conseil de district, etc.) assument leur tâche de contrôle et de surveillance avec une intensité très variable a favorisé, au cours des 100 dernières années, des traitements de la protection de l'enfant et de l'adulte très divers selon les cas. Les observations sont particulièrement frappantes dans le domaine de la protection de l'enfant (insuffisance ou inadaptation des interventions), mais aussi dans le domaine de la passation des écritures (selon l'organisation cantonale, il est rare, également au niveau de l'autorité tutélaire de surveillance, que des spécialistes des assurances sociales et des placements examinent la comptabilité des pupilles de manière critique). Des pratiques se trouvent ainsi consolidées, auxquelles il faudrait remédier si l'on exerçait une surveillance critique²⁹.

Moindre disponibilité et responsabilité propre limitée (inconvenient)

Les autorités composées de non professionnels, dont les membres s'adonnent souvent à une activité professionnelle à titre principal, fréquemment hors de la localité, se réunissent en général assez rarement en séances de l'autorité tutélaire. En cas d'urgence, il leur est difficile de se rendre disponibles et ils ne sont alors guère en mesure de prendre des décisions. Cette situation provoque des décisions problématiques du président, dont la base légale est discutable, voire controversée selon les cantons, lorsqu'il ne s'agit pas seulement de décisions portant sur la suite de la procédure, mais de décisions matérielles.

En outre, les membres d'autorités collégiales peuvent se retirer en tout temps de leurs fonctions et tendent à s'estimer moins directement responsables des décisions relevant du droit de la tutelle, lorsque les propositions émanant d'un service social ou d'un secrétariat de l'autorité tutélaire et qu'elles ont été préparées par des organes d'appui techniquement plus compétents.

²⁹ Cyril Hegnauer, Struktur der vormundschaftlichen Aufsicht, ZVW/RDT 2003, p. 361 ss.

Dépendance des services externes (inconvenient)

Lorsque des services techniquement qualifiés sont subordonnés à des profanes, les conséquences peuvent être moins problématiques s'il existe une marge de manœuvre politique pour prendre les décisions. On peut comparer la situation des services spécialisés astreints à soumettre les mesures qui leur paraissent nécessaires à la décision d'un organe non professionnel à celle de l'intervention du médecin qui doit en référer préalablement à une commission hospitalière. Sous cet angle, la subordination des services spécialisés à un organe politique de non professionnels apparaît constituer un obstacle. En Suisse alémanique, cette problématique épargne seulement les autorités qui sont professionnalisées et spécialisées (p. ex. l'autorité d'arrondissement de Coire ou l'autorité tutélaire de la ville de Zurich) ou qui sont elles-mêmes habilitées à prendre des mesures en leur qualité de services spécialisés (Bâle-Ville).

1.2. Tribunaux

Lorsque des tribunaux de Suisse alémanique assument exceptionnellement³⁰ des tâches d'autorité tutélaire de première instance, ils ne constituent pas des tribunaux spécialisés, mais des tribunaux de district, c'est-à-dire des organes de justice classiques, dépourvus de services spécialisés et de spécialisation dans la partie concernée du droit de la famille.

On peut caractériser comme suit les avantages et les inconvénients de cette structure judiciaire de Suisse alémanique (nous commençons de nouveau par un aperçu, que nous complétons ensuite par des explications correspondantes).

Tribunaux (Suisse alémanique)	
Avantages	Inconvénients
distance du citoyen	↔ distance du citoyen
professionnalisme	
capacité d'agir	
indépendance	
considération / respect	
	manque de connaissances professionnelles spécialisées
	intervention active limitée
	absence de services spécialisés propres

³⁰ Cf. notes 10 et 11 ainsi que le texte auquel elles se rapportent. Cette compétence judiciaire (d'exception) correspond en définitive à la structure actuelle dans le canton de Neuchâtel (cf. ci-après chapitre 2).

Distance du citoyen (avantage et inconvénient)

Reflet inversé de la proximité du citoyen des organes politiques exécutifs, la grande distance qui sépare les tribunaux du citoyen est à la fois un avantage et un inconvénient. L'avantage réside dans le fait que les décisions reposent exclusivement sur des critères objectifs ancrés dans les faits, en raison du formalisme marqué et de l'absence de proximité entre le juge et l'intéressé. Par contre, on reproche parfois aux tribunaux d'être coupés de la réalité et de rendre des décisions qui ne sont pas applicables en pratique.

Professionnalisme (avantage)

Dans la plupart des cantons, la présidence du tribunal au moins est assurée par un juriste qui connaît les règles de procédure et qui est familiarisé avec le droit matériel déterminant.

Capacité d'agir (avantage)

Les tribunaux professionnels sont en général disponibles de façon continue les jours ouvrables. Ils sont donc facilement accessibles et capables d'agir également en cas d'urgence.

Indépendance (avantage)

Les tribunaux sont, par définition, des autorités indépendantes. N'étant liées à aucune directive politique quant à l'affaire à juger, ils ne sont certes pas à l'abri d'une erreur d'appréciation, mais ils sont prémunis contre les critères de décision étrangers à l'objet.

Considération / respect (avantage)

D'une manière générale, la population a une grande confiance dans les tribunaux.

Manque de connaissances professionnelles spécialisées (inconvénient)

Des connaissances professionnelles du droit sont indispensables pour maîtriser la procédure et pour assurer une analyse des faits et une prise de décision conformes à la loi. En revanche, une analyse correcte de la situation et le choix de la mesure la plus prometteuse en l'espèce dépend fortement de connaissances professionnelles extra-juridiques. Les tribunaux manquent notamment de connaissances techniques concernant les aspects du travail social, de la pédagogie, de la psychologie et de la médecine, tous domaines couverts par les services spécialisés internes des autorités tutélaires politico-administratives d'une certaine taille. Actuellement, les tribunaux doivent recourir à des rapports d'évaluation ou à des expertises pour couvrir ces lacunes.

Intervention active limitée (inconvénient)

Comme les signalements de mise en danger ne sont généralement pas adressés aux tribunaux, mais aux services sociaux et aux autorités de tutelle, la protection de l'enfant et de l'adulte assurée par les tribunaux ne saurait être fructueuse si les

services concernés ne sont pas tenus de leur transmettre immédiatement l'information. Et comme les tribunaux sont eux-mêmes dépourvus de services d'évaluation propres, ils dépendent en outre fortement de prestations dont ils ne peuvent influencer, en raison de la séparation des pouvoirs, ni l'efficacité, ni les délais, ni la qualité des contenus. Il arrive par ailleurs aussi fréquemment qu'un certain seuil d'inhibition décourage de soumettre un cas (souvent très personnel) à un tribunal.

Absence de services spécialisés propres (inconvenient)

Les tribunaux consistent actuellement en Suisse alémanique en un collège de juges et en un secrétariat. Ils ne disposent toutefois pas de services d'appui, que ce soit pour les questions financières ou pour les aspects du travail social. Généralement, leur dotation en personnel ne leur permet pas non plus de tenir largement compte du principe de l'instruction d'office (maxime d'office) ni de mener eux-mêmes des instructions importantes comme le peuvent, par exemple, les juges d'instruction en matière de droit pénal (avec l'aide de tout l'appareil policier) ou, justement, les autorités de tutelle politico-administratives responsables de zones importantes (Zurich, Berne, Winterthour, St-Gall, Lucerne, etc.).

2. Modèles actuels en Suisse romande

La plupart des cantons de la Suisse francophone ont attribué les compétences de l'autorité tutélaire au pouvoir judiciaire. Seul le canton du Jura a repris l'usage alémanique de confier cette compétence au pouvoir exécutif. Toutefois, les structures judiciaires sont elles aussi hétérogènes³¹. Le canton de Genève dispose d'un tribunal spécial qui comprend en interne des unités spécialisées supplémentaires pour les adultes (2 juges) et pour les enfants (3 juges)³². Le canton de Neuchâtel³³ a attribué l'autorité de tutelle aux tribunaux ordinaires de district, tandis que le canton de Vaud³⁴ et le canton de Fribourg³⁵ ont confié l'autorité tutélaire à l'office du juge de paix.

Dans le canton du Valais³⁶ (parties francophone et germanophone), le système de l'exécutif politique est prépondérant: la chambre pupillaire est assumée par 3 responsables de la commune ou par l'administration communale. Seuls quelques offices sont régionalisés. Dans les offices de tutelle intercommunaux également, la responsabilité est généralement assumée par les responsables des communes, la coopération d'un juriste étant prescrite. On ne trouve actuellement dans le

³¹ Deschenaux/Steinauer, n. 835a.

³² GE: «Tribunal tutélaire», Loi d'application du code civil et du code des obligations, art. 2 (RSG E 1 1 05); Loi fixant le nombre de certains magistrats du pouvoir judiciaire (RSG E 2 10).

³³ NE: «Tribunal de district», art. 27 de la Loi concernant l'introduction du Code civil suisse (LiCCS, RSN 211.1).

³⁴ VD: «Justice de paix», art. 88 de la Loi d'introduction dans le Canton de Vaud du Code civil suisse (LiCCS, RSV 211.01).

³⁵ FR: «Justice de paix», art. 1 de la Loi d'organisation tutélaire (RSF 212.5.1.).

³⁶ VS: «Chambre pupillaire», art. 13, al. 1 de la Loi d'application du Code civil suisse (RSV 211.1.).

canton du Valais qu'un seul office de tutelle régional dont la présidence soit dotée d'un poste fixe occupé (à temps partiel) par une personne techniquement qualifiée: celui de la vallée intérieure du Nikolaital. Ce système ressemble beaucoup à celui du canton du Tessin. Dans la partie francophone du canton de Berne³⁷, comme dans le reste du canton et dans le canton du Jura³⁸, les autorités de tutelle sont des autorités administratives.

Nous pouvons analyser les modèles romands en examinant à titre d'exemples les éléments clés des cantons de Genève et de Neuchâtel.

Canton de Genève (tribunal spécialisé fonctionnant avec un juge unique)³⁹

Forces:

- connaissances techniques du droit;
- en mesure de prendre des décisions à tout moment, routine;
- organisation sobre, faible coût administratif;
- soutien d'un service de révision bien doté en personnel;
- unicité de compétence;
- suppléance mutuelle ininterrompue entre les 5 juges.

Faiblesses:

- les tribunaux ne disposent pas de services spécialisés propres (p. ex. dans le domaine du travail social);
- ressources en personnel à peine suffisantes;
- en raison du besoin d'indépendance, marge de manœuvre réduite pour la médiation;
- pas disponible 24 heures sur 24 (pour les enfants, la permanence est assurée par le service de protection des mineurs).

Canton de Neuchâtel (tribunal de district ordinaire)

Forces:

- connaissances techniques du droit;
- en mesure de prendre des décisions à tout moment, routine;
- connaissance des situations familiales sortant de l'ordinaire en raison de diverses interrelations entre les processus (procédures tutélaire, pénale, de divorce, de poursuites et faillite, en paternité);
- organisation sobre, faible coût administratif;

³⁷ BE: «Conseil municipal», éventuellement «commission de tutelle» (art. 27, al. 1 LiCCS), ou «autorité tutélaire bourgeoise» (art. 28, al. 1 LiCCS, RSB 211.1.).

³⁸ JU: «Conseil communal», art. 28 al. 1 de la Loi d'introduction du Code civil suisse (RSJU 211.1.).

³⁹ Données de *Kurt Affolter*, qui a mené un entretien préalable avec deux juges du Tribunal tutélaire du canton de Genève.

- unicité de compétence pour toutes les questions concernant l'enfant et les mesures de protection (315a / 315b CCS)
- suppléance ininterrompue.

Faiblesses:

- les tribunaux ne disposent pas de services d'évaluation propres (p. ex. dans le domaine du travail social);
- absence de services spécialisés intégrés pour le contrôle des rapports et des comptes (pilotage des mandats et gestion de la qualité);
- ressources en personnel à peine suffisantes;
- coût financier plus important pour les juges.

3. Modèle actuel en Suisse italophone (canton du Tessin sans la partie italophone du canton des Grisons)

18 commissions de tutelle régionales sont en fonction dans le canton du Tessin⁴⁰ («commissione tutoria regionale»⁴¹) en qualité d'autorités tutélaires. Ces commissions se composent chacune de deux membres permanents et d'un représentant de la commune dans laquelle vit la personne sur qui il faut statuer, ou de la commune où elle a son domicile permanent, ou encore, en cas d'absence ou de domicile extérieur au canton, la localité liée à son patrimoine éventuel⁴².

La commission présente une composition interdisciplinaire: son président est un juriste et le membre permanent dispose d'une formation en psychologie, en sociologie, en pédagogie ou en médecine⁴³. Une suppléance est prévue pour tous les membres et l'organisme dispose en outre d'une personne chargée des tâches de secrétariat⁴⁴. Le conseil municipal de la commune siège nomme les membres permanents, leurs suppléants et le ou la secrétaire pour quatre ans. Les représentants des communes et leurs suppléants sont nommés par l'exécutif de la commune rattachée⁴⁵.

Il s'agit d'une autorité administrative nommée par la commune siège de la commission et financée par les communes de la zone d'attraction (région).

La zone d'attraction couverte par les commissions de tutelle compte entre 5620 habitants (Acquarossa) et 52 905 habitants (Lugano). Le règlement cantonal

⁴⁰ L'organisation des autorités tessinoises est réglementée dans la Loi du 8 mars 1999 sur l'organisation et la procédure des affaires de tutelle et de curatelle (RL 4.1.2.2, Legge sull'organizzazione e la procedura in materia di tutele e curatele, ci-après LOP) et dans un règlement afférent (RL 4.1.2.2.1, Regolamento d'applicazione della Legge sull'organizzazione e la procedura in materia di tutele e curatele, ci-après ROP).

Cf. pour l'ensemble *Alessia Paglia*, La nouvelle organisation en matière de tutelle et curatelle du canton de Tessin – premier bilan, dans ZVW/RDT 2002, p. 165 ss.

⁴¹ Art. 2, 6 LOP, art. 1 ROP (cf. note 40).

⁴² Art. 396 al. 2 CCS.

⁴³ Art. 9 LOP (cf. note 40).

⁴⁴ Art. 7 LOP (cf. note 40).

⁴⁵ Art. 8 LOP et art. 15 LOP (cf. note 40).

(art. 4 ROP) fixe les taux de dotation des secrétariats reconnus et financés par le canton conformément à la taille de ces zones d'attraction (entre 50 et 320%, état à fin octobre 2006). Similairement, l'indemnisation de la présidence et du deuxième membre permanent de la commission est déterminée en fonction du nombre d'habitants (art. 6 ROP).

Voici, également en termes succincts, l'analyse du modèle tessinois.

Canton du Tessin (commissions régionales de tutelle)

Forces:

- standards minimaux;
- connaissances techniques, recherche objective du consensus;
- lien à la pratique (rattachement à la réalité locale);
- indépendance;
- cas nombreux = développement possible de connaissances et de routine.

Faiblesses:

- les représentants des communes se perçoivent souvent comme des délégués des communes et non pas nécessairement comme des membres de l'autorité tutélaire;
- le représentant de Lugano (50 000 habitants) n'a pas de lien direct;
- les membres ne sont pas à temps complet; l'accessibilité est difficile si le secrétariat est à temps partiel;
- les présidences sont insuffisamment dotées en personnel et relativement mal honorées.