

<b>CAPACITE CIVILE</b>	<b>2</b>
<b>A. INTRODUCTION SUR LA CAPACITE CIVILE</b>	<b>2</b>
1. LA CAPACITE CIVILE ENGLOBE:	2
<b>B. LA CAPACITE DES PERSONNES PHYSIQUES EN GENERAL</b>	<b>2</b>
A. JOUISSANCE DES DROITS CIVILS (CAPACITE CIVILE PASSIVE, 11 CC) :	2
B. EXERCICE DES DROITS CIVILS (CAPACITE CIVILE ACTIVE, 12-19D CC)	2
<b>C. LA PLEINE CAPACITE CIVILE (12 ET 13 CC)</b>	<b>7</b>
<b>D. LA CAPACITE CIVILE RESTREINTE (19D CC)</b>	<b>7</b>
1. RESTRICTIONS DECOULANT D'UNE CURATELLE (19D CC):	7
2. RESTRICTIONS DECOULANT DU MARIAGE OU D'UN PARTENARIAT ENREGISTRE	7
<b>E. L'INCAPACITE CIVILE TOTALE (17 ET 18 CC)</b>	<b>7</b>
1. LE PRINCIPE DE LA NULLITE ABSOLUE DES ACTES DE LA PERSONNE INCAPABLE DE DISCERNEMENT	7
2. EXCEPTIONS A LA NULLITE ABSOLUE	8
3. RESPONSABILITE (54 CO)	8
4. L'EXERCICE DES DROITS DES PERSONNES INCAPABLES DE DISCERNEMENT	8
<b>F. INCAPACITE CIVILE RESTREINTE (19 A 19C CC + 305AL.1 ET 407 CC)</b>	<b>10</b>
1. LES ACTES ACCOMPLIS AVEC LE CONSENTEMENT DU REPRESENTANT LEGAL (19AL.1, 19A ET 19B CC):	11
2. LES ACTES ACCOMPLIS SANS CONSENTEMENT	12
3. LES ACTES ILLICITES:	13

## CAPACITÉ CIVILE

### A. Introduction sur la capacité civile

#### 1. La capacité civile englobe:

- **Qui peut être titulaire de droits et obligations** dans notre ordre juridique?
- **Qui peut faire produire des effets juridiques** à ses actes?
- Exemple: qui répond des dommages causés par une personne incapable de discernement? Sous quelles conditions les actes d'un adulte perdent-ils leurs effets juridiques? Dans quelle mesure l'enfant peut-il agir de manière autonome?

### B. La capacité des personnes physiques en général

Deux aspects de la capacité des personnes physiques:

#### a. Jouissance des droits civils (capacité civile passive, 11 CC) :

- **Aptitude** à être sujet de droits et d'obligations (11 CC). Exemple: les D&O qui découlent d'un contrat. Pour être partie à un contrat, il faut la jouissance des droits civils. C'est une condition fondamentale pour la participation de la personne au rapport juridique.
- **Toute personne physique** jouit des droits civils (humain né et pas encore mort). Pour les **personnes morales**: association, fondation, SA 53 CC.
- **Principe d'égalité**: aptitude égale de toute personne physique. **ATTENTION**: des **restrictions** peuvent être prévues par la loi pour certains groupes, quant à certains droits et obligations (11 al. 2 CC/8 Cst-CH). La jouissance des droits civils est garantie à tout humain indépendamment de son âge, de son discernement ou non. Elle reste sujette de droit même si elle ne peut plus exercer son droit. Exemple: la personne reste titulaire de sa propriété : si elle ne peut pas vendre, quelqu'un le fera à sa place.

#### b. Exercice des droits civils (capacité civile active, 12-19d CC):

La capacité de produire des effets juridiques (conclure un contrat etc.) par ses propres actes sans représentant. **N.B: toute personne qui a l'exercice des droits civils a nécessairement la jouissance des droits civils mais le contraire ne vaut pas.** Les **trois conditions** du plein exercice des droits civils (13 et 17 CC):

##### 1. La capacité de discernement (16 CC) "*Toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi.*"

- **Conditions de l'incapacité de discernement** (notion négative):
  1. **Absence de la faculté d'agir raisonnablement**:
    - **absence de la composante intellectuelle**: capacité de reconnaître le sens, la nature raisonnable et les effets d'un acte précis (ATF 124 III 5, consid.1 a, doc. 2, p. 10); **ET**
    - **absence de la composante volitive**: agir librement en fonction d'une compréhension raisonnable et pouvoir imposer une résistance à des pressions extérieures (ATF 124 III 5, consid.1 a, doc. 2, p. 10).
    - **ATTENTION**: il ne faut pas confondre l'aptitude à agir

raisonnablement et le caractère raisonnable des actes effectivement entrepris ! Ce qui est pertinent est la faculté d'agir raisonnablement. Le caractère déraisonnable de l'acte peut être tout au plus un indice de l'absence de la faculté d'agir raisonnablement ⇔ En effet, pour juger de la capacité de discernement il ne faut pas se demander si les dispositions prises sont sages ou justifiées aux vues des circonstances etc. une disposition absurde peut tout au plus être tenue pour un indice d'un défaut de discernement (TF 5A\_16/2016 consid. 4.1.1).

## 2. Du fait d'une des causes prévues par la loi: liste exhaustive

- **jeune âge** : à apprécier de cas en cas. En droit suisse, le « jeune âge » n'est pas défini ; il faudra apprécier au cas par cas si l'enfant avait un âge suffisant pour que l'on puisse admettre que sa faculté d'agir raisonnablement n'était pas altérée par rapport à l'acte considéré (ATF 134 II 235 consid. 4.3.2). Plus un mineur est jeune, et plus la présomption s'affaiblit en fait, jusqu'à disparaître (ATF 90 II 9 consid. 3).
  - JP: le mineur capable de discernement peut exercer seul les droits strictement personnels, parmi lesquels figure la faculté de consentir à un acte médical ; l'enfant ne sera donc représenté par ses parents que s'il est incapable de discernement (consid. 4.1). En matière médicale, la jurisprudence a souligné que la capacité de discernement d'un patient mineur, condition indispensable pour que celui-ci puisse consentir seul à un traitement, doit être appréciée dans chaque cas, au regard de la nature des problèmes que pose l'intervention. Les détenteurs de l'AP devraient être appelés à intervenir seulement s'il y – a un doute que la personne mineure puisse apprécier objectivement les tenants et aboutissants de l'intervention proposée, mais l'intérêt thérapeutique du patient doit rester prépondérant dans tous les cas. Demeurant réservées les hypothèses où l'urgence d'une intervention est telle qu'il serait préjudiciable à cet intérêt d'attendre que les personnes concernées donnent leur consentement éclairé. La doctrine souligne aussi la nécessité d'analyser *in concreto* la capacité de discernement d'un patient mineur en fonction de son aptitude à comprendre sa maladie, à apprécier les conséquences probables d'une décision et à communiquer son choix en toute connaissance de cause. Dans cette analyse qui incombe au médecin, il faut notamment tenir compte de l'âge de l'enfant, de la nature du traitement ou de l'intervention proposée, et de sa nécessité thérapeutique (consid. 4.3.2). On peut présumer qu'un petit enfant n'a pas la capacité de discernement nécessaire pour choisir un traitement

médical, alors que la capacité de discernement pourra être présumée pour un jeune proche de l'âge adulte. Dans la tranche d'âge intermédiaire, l'expérience générale de la vie ne permet cependant pas d'admettre cette présomption, car la capacité de discernement de l'enfant dépend de son degré de développement. Il appartient alors à celui qui entend se prévaloir de la capacité ou de l'incapacité de discernement de la prouver, conformément à l'art. 8 CC (ATF 134 II 235).

- **déficience mentale** (déficience d'intelligence, congénitale ou acquise) ou **troubles psychiques** (toute pathologie mentale reconnue en psychiatrie et démences). Toujours à apprécier au cas par cas, en effet l'un de ces troubles/déficience n'est pas toujours signe d'incapacité de discernement. (ATF 124 III 5 consid. 1 let. a)
- **ivresse ou autres causes semblables** (perturbations passagères de la conscience dues à des produits toxiques; ou alternations en cas d'hypnose, fièvre, médication ou somnambulisme).
- **Notion relative de la capacité de discernement** : la capacité de discernement doit être appréciée en rapport avec un **acte déterminé, selon la difficulté** (vente ou rédaction de contrat: pas pareil) et la **portée** de cet acte. Elle s'apprécie selon la nature et l'importance du cas. Exemple: on peut avoir la capacité de discernement ou non, si on est fatigué.
  - La capacité de discernement doit être comprise de manière relative et ne peut être appréciée abstraitement ; elle doit l'être en rapport avec un acte déterminé, selon la difficulté et la portée de cet acte. On peut donc imaginer qu'une personne dont la capacité de discernement est généralement réduite puisse tout de même exécuter certaines tâches quotidiennes et soit capable de discernement pour les actes qui s'y rapportent ; pour des affaires plus complexes, en revanche, on pourra dénier sa capacité de discernement (consid. 1 a). A noter que, contrairement aux petits achats et aux affaires quotidiennes, la rédaction d'un testament compte parmi les actes plus exigeants, surtout s'il s'agit de dispositions compliquées (ATF 124 III 5 consid.1.a).
- **ATTENTION**: la capacité de discernement existe ou non. Il n'existe pas de discernement partiel.
- **Présomptions**:
  - **Présomption de capacité de discernement en circonstances normales.** La partie qui veut invoquer une incapacité, doit le **prouver (8 CC)**. Ex: enfants veulent mettre en cause la validité d'un testament (467 CC), ils doivent prouver l'incapacité; ce n'est pas à ceux qui admettent la validité du testament qui doivent prouver la capacité.
    - "La capacité de discernement est la règle ; elle est présumée d'après l'expérience générale de la vie. Partant, celui qui veut alléguer qu'elle n'est pas donnée doit le prouver. Cette preuve n'est pas soumise à des exigences particulières ; une très grande vraisemblance excluant tout doute sérieux suffit, en

particulier pour une personne décédée. Cette preuve ne doit pas se rapporter à la capacité de discernement en général d'une personne, *mais à sa capacité de discernement existant à un moment donné*. Elle est simple à rapporter quand, en raison d'une maladie mentale, par exemple, on doit conclure à une diminution permanente des facultés mentales et donc à l'absence de tout moment de lucidité" (ATF 124 III 5).

- **Exception: présomption d'incapacité de discernement** (cf. arrêt ci-dessous): si on peut démontrer qu'une personne est incapable, en raison de son très jeune âge (4 ans), son état durable de dégradation dû à l'âge ou à la maladie etc.; alors il incombe à celui qui invoque la capacité de discernement de la prouver (8 CC).
  - o Pour des enfants, ou dans certains cas de maladie mentale, ou pour les personnes que l'âge rend faibles d'esprit, l'expérience générale de la vie mène ainsi à la présomption inverse, selon laquelle la personne qui passe un acte juridique doit généralement être considérée comme étant selon toute vraisemblance et vu sa condition, dépourvue de discernement; la preuve de l'absence de discernement peut alors être considérée comme rapportée et la présomption de la capacité de discernement est renversée; la partie adverse devra rapporter la contre-preuve, en montrant que la personne concernée, malgré une incapacité générale de discernement au vue de son état de santé général, a néanmoins agi dans un moment de lucidité (consid. 1 b). A noter que le juge n'est lié ni par l'attestation des témoins quand elle se rapporte à la capacité de discernement ni par les déclarations du fonctionnaire instrumentant l'acte (consid. 1 c).
  - o Pour une personne décédée, le degré de preuve requis est abaissé à la vraisemblance prépondérante. Il ressort de la jurisprudence que toute atteinte à la santé mentale ne permet pas de présumer l'incapacité de discernement; Il faut que cette atteinte crée une dégradation durable et importance des facultés de l'esprit (consid. 4.1.2/4.1.3, TF 5A\_16/2016).

## 2. La majorité (18 CC):

- majorité civile: 18 ans révolus (dès l'instant du 18e anniversaire, 14 CC)
- n'est pas la majorité civique: droit de vote. Glaris accorde le droit de vote à 16 ans.
- majorité religieuse: 303al.3 CC, fixée à 16 ans.

## 3. L'absence de curatelle de portée générale (398 CC). La curatelle est une mesure de protection de l'adulte prévue par le CC et prise par une autorité de protection de l'adulte. Le curateur assiste une personne dans une situation de vulnérabilité (troubles psychiques, handicap, démence).

- **Conditions de l'institution d'une curatelle de portée générale:**
  1. **État de faiblesse (390 al. 1 ch. 1 CC) ou empêchement d'agir par soi-même (390 al. 1 ch. 2 CC);**
  2. **Besoin d'aide particulier**, notamment incapacité durable de

discernement (398 al. 1 CC).

- **Effets: la personne concernée est privée de plein droit de l'exercice des droits civils (398 al. 3 CC).** Elle n'a plus de droits, mais elle a une autonomie sur les droits à la personnalité (droits strictement personnels) notamment à sa situation médicale, si elle a le discernement à ce sujet; **OU incapacité civile restreinte:** une personne sous curatelle de portée générale peut être capable de discernement pour certains actes: on parle dans ce cas d'incapacité civile restreinte, **19 à 19c CC** (cours « capacité civile 2e partie »).

Majorité/minorité Curatelle de portée générale Capacité de discernement	Personne majeure Art. 14 CC (sans curatelle de portée générale)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Personne mineure Art. 14 CC</li> <li>• Personne majeure sous curatelle de portée générale Art. 398 al. 3 CC</li> </ul>
Personne capable de discernement Art. 16 CC	Pleine capacité civile Art. 12/13 CC	Incapacité civile restreinte Art. 19-19c CC
	Capacité civile restreinte Art. 19d CC /mariage et partenariat enregistré	
Personne incapable de discernement Art. 16 CC	Incapacité civile totale Art. 17/18 CC	Incapacité civile totale Art. 17/18 CC

### C. La pleine capacité civile (12 et 13 CC)

La personne qui a la pleine capacité civile (= qui est au bénéfice du plein exercice des droits civils) peut faire produire des effets juridiques à chacun de ses actes

### D. La capacité civile restreinte (19d CC)

Personne subissant une restriction de la capacité civile active. Il y a deux types de restriction:

#### 1. Restrictions découlant d'une curatelle (19d CC):

La personne a besoin de curateur pour certains actes.

- Curatelle de représentation (394 CC);
- Curatelle de gestion du patrimoine (395 CC);
- Curatelle de coopération (396 CC).

#### 2. Restrictions découlant du mariage ou d'un partenariat enregistré:

- Logement de la famille (266m CO, 169 CC et 14 LPart): l'époux ou le partenaire enregistré ne peut pas s'engager sans consentement de l'auteur.
- Conclusion d'un contrat de cautionnement (494 CO).

### E. L'incapacité civile totale (17 et 18 CC)

Notion: en cas d'incapacité de discernement on parle d'incapacité civile totale.

#### 1. Le principe de la nullité absolue des actes de la personne incapable de discernement (l'acte est nul de par la loi: c'est la nullité)

- **Nullité absolue** des actes de la personne incapable de discernement (18 CC): pas d'effet juridique, sauf exception de la loi.
- **Effets ex tunc**: la nullité absolue peut être invoquée en tout temps par tout

intéressé (pas seulement les parties) sous réserve de l'abus de droit (2al.2 CC). Exemple d'abus de droit: X vend une oeuvre d'art à Y qui est ivre. 10 ans plus tard, Y dit qu'il veut annuler le contrat car il était ivre => non, on ne peut pas invoquer la nullité absolue.

## 2. Exceptions à la nullité absolue

- **Actes annulables (le juge doit annuler l'acte: c'est l'annulabilité)** exemples:
  - Mariage (105 ch. 2, 106, 107 ch. 1 et 108 CC)
  - Dispositions pour cause de mort (519 al.1ch.1 CC)
- **Comportements ne supposant pas le discernement et déployant des effets:**
  - Responsabilités objectives ou causales (ex. 333 et 679 CC, 54-56 et 58 CO, 58 LCR)
  - Acquisition d'une succession par l'héritier (539 al. 1 et 560 CC).
  - Obligation de restitution découlant d'un enrichissement illégitime (62ss CO)

## 3. Responsabilité (54 CO)

- **Responsabilité en cas d'incapacité de discernement non-fautive (54 al. 1 CO);**
  - **Damage:** diminution du patrimoine d'autrui. Comparer la situation actuelle du patrimoine (= avec le dommage) à la situation du patrimoine sans le fait dommageable (= théorie de la différence).
  - **Acte illicite:** une violation, sans motif légitime, d'une norme qui impose un devoir général de ne pas nuire à autrui. Deux cas : La lésion d'un droit subjectif absolu sans motif justificatif est un acte illicite ou Violation d'une prescription de l'ordre juridique. Exemple: atteinte à la propriété.
  - **Lien de causalité naturel et adéquat** entre l'acte illicite et le dommage. Causalité naturelle: le fait imputable à l'auteur est une condition sine qua non du dommage subi par la victime. Il y a causalité adéquate d'un dommage si d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la fait étant propre en soi à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit
  - **Faute fictive:** manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique. Si ce comportement avait été adopté par une personne capable de discernement, il aurait été qualifié de fautif. La faute est un manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique. Comparaison du comportement de l'intéressé avec le comportement standard d'une personne diligente placée dans les mêmes circonstances. La faute peut être intentionnelle ou résulter d'une négligence.
  - **Incapacité de discernement durable ou preuve libératoire quant à l'incapacité de discernement passagère:** si la personne est incapable de discernement passagèrement, elle doit prouver que c'est sans sa faute qu'elle a été mis dans cet état d'incapacité.
  - **Considérations d'équité:** est-il équitable, compte tenu des circonstances, de condamner l'incapable de discernement à la réparation totale ou partielle du dommage ? Appréciation de la situation patrimoniale du lésé et de l'auteur sous l'angle de l'équité (art. 4 CC).
  - "L'art. 54 al. 1 CO institue une responsabilité causale fondée sur les risques que présente pour autrui l'état de la personne incapable de discernement. Il s'agit d'une responsabilité exceptionnelle, pour les cas où, selon l'équité, la pesée des intérêts en présence justifie que le prévenu

*acquitté supporte tout ou partie des frais qu'il a provoqués*. Il faut prendre notamment en considération la situation financière des deux parties au moment du jugement" (TF 6B\_505/2014 consid. 2.1).

- **Responsabilité en cas d'incapacité passagère de discernement fautive (54 al. 2 CO)** « Celui qui a été frappé d'une incapacité passagère de discernement est tenu de réparer le dommage qu'il a causé dans cet état, s'il ne prouve qu'il y a été mis sans sa faute »
  - **Damage:** diminution du patrimoine d'autrui. Comparer la situation actuelle du patrimoine (= avec le dommage) à la situation du patrimoine sans le fait dommageable (= théorie de la différence).
  - **Acte illicite:** une violation, sans motif légitime, d'une norme qui impose un devoir général de ne pas nuire à autrui. Deux cas : La lésion d'un droit subjectif absolu sans motif justificatif est un acte illicite ou Violation d'une prescription de l'ordre juridique. Exemple: atteinte à la propriété.
  - **Lien de causalité naturel et adéquat** entre l'acte illicite et le dommage. Causalité naturelle: le fait imputable à l'auteur est une condition sine qua non du dommage subi par la victime. Il y a causalité adéquate d'un dommage si d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, la fait étant propre en soi à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit.
  - **Faute fictive:** manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique. Si ce comportement avait été adopté par une personne capable de discernement, il aurait été qualifié de fautif. La faute est un manquement individuel à un devoir imposé par l'ordre juridique. Comparaison du comportement de l'intéressé avec le comportement standard d'une personne diligente placée dans les mêmes circonstances. La faute peut être intentionnelle ou résulter d'une négligence.
  - **Absence de preuve libératoire quant à l'incapacité de discernement:** vérifier les conditions d'incapacité de discernement (absence de la composante volitive et intellectuelle en raison d'une cause légale) et absence de preuve que la personne s'est mise sans sa faute dans cette incapacité de discernement (=la personne ne peut pas prouver que ce n'est pas sa faute qu'elle est incapable)

#### 4. L'exercice des droits des personnes incapables de discernement :

- **Principe: représentation légale**
  - **pouvoir du représentant légal:** le représentant légal a le pouvoir d'agir à la place de la personne incapable de discernement.
  - **personne mineure:** les représentants légaux sont les **parents (304al.1 CC)** ou le **tuteur (327c al.1 CC)**
  - **personne majeure:**
    - **mandat pour cause d'inaptitude (360al.2 CC):** personnes capables de discernement mais qui vu leur âge, décident d'avoir un représentant.
    - **directives anticipées (370 CC):** dans le domaine médical surtout, toute personne capable de discernement peut déterminer les traitements médicaux auxquels elle consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement.
    - **mesures appliquées de plein droit (374 à 387 CC) :** s'appliquent sans que l'autorité intervienne ni que la personne

- demande ce représentant. Ex: les familiers décident pour la patient.
- **mesures prises par l'autorité de protection de l'adulte (388ss CC):** curatelles. La personne sous curatelle est représentée par son curateur pour son incapacité, si la curatelle englobe la représentation. Il faut que l'acte en question soit inclus dans l'acte du curateur.
  - **Exception: exercice des droits strictement personnels.** Des règles spéciales s'appliquent pour la représentation de la personne concernée dans ses droits strictement personnels. Les droits strictement personnels sont des droits subjectifs privés qui portent sur des attributs essentiels de la personne. Ils sont divisés en droits strictement personnels **relatifs (a)** et droits strictement personnels **absolus (b)**.
    - a. Si ce sont des droits personnels relatifs** (ou "sujets à représentation")
      - Pour que le représentant puisse représenter la personne incapable de discernement, il doit s'agir d'un droit strictement personnel **relatif**. **C'est dans l'intérêt de la personne concernée** que de se voir représenter dans ses droits. Exemples:
        - **consentir à un traitement médical à portée thérapeutique:** quand un traitement médical est nécessaire, il faut un consentement du représentant si la personne est incapable de discernement sinon le traitement serait illicite.
        - **exercer les droits de la personnalité (28 CC)**
        - **rompre les fiançailles (91ss CC)**
        - **intenter une action en paternité (261ss CC)**
    - b. Si ce sont des droits personnels absolus** (ou "non-sujets à représentation")
      - Les droits strictement personnels absolus: le représentant légal n'a pas le pouvoir de représenter l'incapable de discernement. On l'exclut car **ce n'est pas dans l'intérêt de la personne concernée**. Exemples:
        - **consentir à des traitements médicaux sans portée thérapeutique:** le curateur par exemple ne peut pas donner son consentement si le représenté incapable de discernement veut se faire un face-lifting.
        - **conclure des fiançailles (90 CC)**
        - **conclure un mariage (94 CC)**
        - **conclure un contrat de mariage (183al.1 CC)**
        - **reconnaître un enfant (260 CC)**

#### **F. Incapacité civile restreinte (19 à 19c CC + 305al.1 et 407 CC)**

- **Notion:** incapacité civile restreinte ou capacité partielle
- **Personnes concernées:**
  - **personnes mineures OU personnes majeures sous curatelle de portée générale; ET**
  - **capables de discernement**

### 1. Les actes accomplis avec le consentement du représentant légal (19a.1, 19a et 19b CC):

- a. **Notion de capacité conditionnelle:** personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils ne peuvent contracter des droits et obligations **qu'avec** le consentement de leur représentant légal (19a.1 CC)
  - **mineurs:** parents ou tuteur. La majorité est fixée à 18 ans (14 CC)
  - **majeurs** sous curatelle: curateur
- b. **Tout acte juridique:** contracter une obligation (vente: 184a.1 CO) modifier, ou renoncer à un droit. Pourvu que ce ne soient pas des affaires mineures, ou choses à titre gratuit ou droits strictement personnels (*voir ci-dessous "2. Les actes accomplis sans consentement"*)
- c. **Condition de validité des actes = consentement du représentant légal (19a.1 CC, voir 304a.1 CC pour les représentants légaux). SANS CONSENTEMENT = ACTE CADUC**
  - **donné expressément ou tacitement (19a al.1 CC):** écrit ou oral, pas de forme requise.
  - **donné avant, simultanément ou après (19a al.1 CC):** aussi appelés "consentement préalable, ou autorisation", "consentement concomitant", ou "ratification".
    - **avant le consentement, on a un acte boiteux:** si le consentement n'est pas donné avant ni est simultané, l'acte est boiteux entre le moment où il est conclu et le moment où le représentant donne son consentement. Si l'acte n'est pas ratifié, l'effet devient caduc. Exemple: une personne sous handicap et sous curatelle de portée générale veut acheter une nouvelle TV. Il va voir le vendeur et assure au vendeur que le curateur va donner son consentement et qu'il paiera. Le vendeur est lié par l'offre: il peut fixer un délai de 3 jours pour payer et si pendant ces 3 jours le curateur ne donne pas son consentement, il peut retirer l'offre => acte boiteux 3 jours. L'autre partie a la possibilité de fixer ou faire fixer un délai convenable par le juge (19a al.2 CC).
    - **responsabilité de la personne qui s'est fausement donnée pour capable (19ba.2 CC):** le mineur ou la personne sous-curatelle dans ce cas, doit restituer l'objet de la vente et les profits, alors que le co-contractant doit restituer tout ce qu'il a reçu. Exemple: le vendeur livre la TV à une personne sous curatelle mais le curateur refuse de payer (ratification du contrat). Alors, la personne sous curatelle doit rendre la TV + tout profit que la personne sous curatelle a pu traire de cette TV (si vendue marché aux puces etc.). Le vendeur doit restituer l'argent de la vente (*en cas de dommage: il n'est pas tenu de rendre le montant du dommage; vélo vendu à 1200, si le mineur l'a cassé et sa valeur ne vaut que 1100, le vendeur ne rend que 110*). La personne sous-curatelle ou mineure, capable de discernement, **engage sa responsabilité délictuelle si se donne pour fausement capable** (fait croire qu'il a la capacité civile active) ou si veut induire en erreur le co-contractant: **à ces conditions => faute, dommage, lien de causalité, tromperie déterminante pour la conclusion du contrat.**
  - **APAE:** cf. aussi 416a.1 et al.3 CC pour le consentement supplémentaire de l'APAE (autorité de protection de l'adulte et enfant)
- d. **Droit de recours contre le refus de consentement du curateur ou tuteur (419 CC)**
  - mais pas de recours par l'enfant contre son parent.

## 2. Les actes accomplis sans consentement

a. **Notion:** capacité inconditionnelle, il y a le droit d'exercer ces actes.

b. **Actes concernés:**

i. **les acquisitions à titre purement gratuit (19a.2 CC)**

- Exemple: acquisition sous la forme de legs ou d'une donation, réception d'une offre.
- Contre-exemple: acte qui implique la renonciation à un droit ou à une prestation, ou une augmentation des charges (car ce ne serait pas un acte gratuit; donc il faudrait un consentement légal).

ii. **les affaires mineures se rapportant à la vie quotidienne (19a.2 CC):**

- Exemple: petits achats tels que nourriture, produits d'hygiène, crédits pour portable prepaid etc.
- Contre-exemple: conclusion d'un contrat de téléphonie mobile de longue durée.

iii. **les droits strictement personnels (19c CC)** « 1. Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome ; les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal sont réservés. 2. Les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité. »

- Cet article règle l'exercice des droits strictement personnels par les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils.

- **PRINCIPE: de l'exercice des droits strictement personnels:** les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome (19c al.1 CC) : droits strictement personnels proprement dits (pas besoin que le représentant légal intervienne).

**Jurisprudence:** "Le mineur capable de discernement peut agir seul – ou par l'intermédiaire de son représentant de choix – s'agissant des droits relevant de sa personnalité" (ATF 120 Ia 369 consid. 1 a). Exemple:

- **Consentir à un traitement médical:** le TF dit que tout acte médical est une atteinte à l'intégrité corporelle (28 CC). Le consentement est le fait justificatif qui rend licite l'atteinte à l'intégrité corporelle. Le consentement doit être éclairé: il est valable que si le patient a compris la portée du traitement et ses alternatives et conséquences. **ATTENTION: pour les mineurs:** la JP souligne que la capacité de discernement d'un mineur doit être appréciée dans chaque cas en regard de la nature des problèmes que pose l'intervention.
- **Exercer les droits de la personnalité (28 CC):** ex => contr
- **Conclure un mariage (94 CC):** "B et J veulent se marier" => ce n'est pas un contrat de mariage, mais bel et bien un mariage. Donc on regarde ici (et non ci-dessous dans les exceptions)
- **Intenter une action en paternité (261ss CC).**
- **EXCEPTION: de l'exercice des droits strictement personnels improprement dits:** la loi exige le consentement du représentant

légal (19c al.1 CC): capacité conditionnelle au consentement du représentant légal. Exemples:

- Conclure des fiançailles (90al.2 CC): le mineur seulement a besoin du consentement des parents. En revanche la personne sous curatelle de portée générale n'a pas besoin d'accord.
- Conclure un contrat de mariage (183al.2 et 184 CC): le mineur et la personne sous curatelle de portée générale ont besoin du consentement
- Reconnaître un enfant (260al.2 CC): le mineur et la personne sous curatelle de portée générale ont besoin du consentement

### 3. Les actes illicites:

a. **Notion de capacité délictuelle:** un mineur ou une personne sous curatelle qui comprend qu'elle effectue un acte illicite (qui discerne le caractère dangereux de son comportement) et qui peut librement se déterminer sur la base de cette appréciation, a la capacité de discernement.

- "Il n'est pas nécessaire qu'elle en ait entrevu toutes les conséquences possibles"(ATF 90 II 9, consid.4)
- "Sous réserve de l'art. 54 al. 1 CO, le mineur répond du dommage causé par ses actes illicites lorsqu'il est capable de discernement (art. 19 al. 3 CC). A la différence d'autres législations, le droit CH ne prévoit pas d'âge limite. Jouit de la faculté d'agir raisonnablement (art. 16 CC) celui qui peut se rendre compte de la portée de ses actes et résister d'une façon normale à ceux qui tentent d'influencer sa volonté ; cette capacité est relative ; plus le mineur est jeune et plus la présomption s'affaiblit en fait, jusqu'à disparaître" (ATF 90 II 9 consid.3).

b. **Responsabilité (19al.3 CC):** les mineurs et personnes sous curatelle capables de discernement sont responsables du dommage causé pour des actes illicites.

- **soit en matière contractuelle (97ss CO).** Ex: employé mineur travaille pour la Migros et vole de l'argent.
- **soit en matière extracontractuelle (41ss CO).** Ex: un mineur vole sans être employé de la Migros.
- **REMARQUE:** de par 144 al. 1 CO, le juge peut **réduire les DI** ou même n'en point allouer, lorsque des faits dont la partie lésée est responsable ont contribué à créer le dommage ou à l'augmenter.

<b>DEBUT ET FIN DE LA PERSONNALITE</b>	<b>1</b>
<b>I. LE DEBUT DE LA PERSONNALITE</b>	<b>1</b>
A. DELIMITATIONS	1
B. CONDITIONS CUMULATIVES POUR ACQUERIR LA PERSONNALITE JURIDIQUE (31 AL.1 CC)	1
C. PREUVE DE LA NAISSANCE D'UN ENFANT: (32SS CC) :	2
D. ENFANT CONÇU (31AL.2 CC):	2
E. ENFANT PAS ENCORE CONÇU:	3
<b>2. FIN DE LA PERSONNALITE:</b>	<b>3</b>
A. EFFETS DE LA FIN DE LA PERSONNALITE	3
B. LA MORT(31 AL.1 CC):	4
C. PREUVE DU DECES(32 CC):	4
D. INDICES DE MORT(34 CC):	5
E. LA DECLARATION D'ABSENCE (35 CC):	6
F. ACTION AU JUGE EN MODIFICATION DE L'ETAT CIVIL (42AL.1 CC):	7

## Début et fin de la personnalité

### I. Le début de la personnalité

#### A. Délimitations

- **Notion juridique de "personne"**: sujet de droit qui permet de désigner une entité à laquelle l'ordre juridique reconnaît des droits et obligations.
- **Notion juridique de "personnalité"**: aptitude à être titulaire de droits et obligations (31al.1 CC)
- **Distinction**:
  - **personnes physiques**
  - **personnes morales**: sociétés pourvues de la personnalité juridique
  - **animaux**:
    - ne sont pas des choses (641a al.1 CC) mais les dispositions pour les "choses" s'y appliquent (641a al.2 CC).
    - la libéralité pour cause de mort faite à un animal est réputée charge d'en prendre soin (482al.4 CC)
    - attribution de l'animal domestique en cas de litige (651a CC)

#### B. Conditions cumulatives pour acquérir la personnalité juridique (31 al.1 CC)

1. **Naissance accomplie**: l'enfant doit être **complètement sorti** du ventre de sa mère. La modalité d'accouchement ne joue pas de rôle, ni que le cordon ombilical ait été coupé ou non.
2. **D'un enfant** :
  - **degré de maturité**: dépassement du stade de développement correspondant à un fœtus, et donc il y a un degré de maturité suffisant pour poursuivre son développement hors de l'utérus maternel (= hors du corps de la mère).
    - « degré de maturité »: **au cas par cas**, en fonction des connaissances de la médecine
  - **lignes directrices 9al.2 OEC**: inscription à l'**état civil** de l'enfant si « son poids est

**au moins de 500 grammes; OU** que la gestation a duré **au moins 22 semaines entières (5.06 mois)** » : donc avant, pas possible.

- **inscription à l'état civil (34 let. a OEC)**: « sont tenus d'annoncer les naissances si l'enfant naît dans un hôpital, dans une maison de naissance ou dans une institution similaire, la direction de l'établissement ; celle-ci peut déléguer cette tâche, sous sa propre responsabilité, à un collaborateur. »

### 3. **Vivant :**

- **manifestation de signes de vie**: respiration, battements de cœur, au moins pendant quelques instants
- **pas besoin d'être viable**: l'enfant n'a pas besoin d'être doté de tous les attributs nécessaires à une vie hors du sein maternel. Exemple: même un enfant non-viable ou souffrant d'une malformation congénitale grave, acquiert personnalité juridique.

#### **Quid si l'enfant est mort-né ?**

- **Notion**: « Un enfant est désigné en tant que mort-né s'il ne manifeste aucun signe de vie à la naissance et si son poids est d'au moins 500 grammes ou si la gestation a duré au moins 22 semaines entières. ». (9 al. 2 OEC)
- **Pas de reconnaissance juridique**: il ne sera pas considéré comme une personne physique. Néanmoins, possibilité de donner un nom à l'enfant (9 al. 3 OEC, 37c al. 1 CC). Cela est juste possible pour rendre la situation plus viable aux parents mais il n'y a pas de reconnaissance juridique véritable.

### **C. Preuve de la naissance d'un enfant: (32ss CC) :**

- **Fardeau de la preuve (32al.1 CC, en application de 8 CC)**: la personne doit annoncer la naissance à l'aide de preuve, car il n'existe pas de présomption de vie. Celui qui prétend qu'une personne existe, doit en apporter la preuve.
  - **preuve générale**: établie par l'inscription de la naissance dans le registre de l'état civil, 33al.1 CC.
  - **à défaut d'inscription ou si actes civils sont inexacts**: la naissance est prouvée par tout autre moyen (témoignage, document, expertise médicale), 33al.2 CC.
  - **obligation d'annoncer la naissance de l'enfant vivant**: à l'officier de l'état civil (clinique, mari, sage-femme), 40 al.1 CC + 34 OEC + 9al.1 OEC.
    - **inscription à l'état civil**:
      - « sont tenus d'annoncer les naissances si l'enfant naît dans un hôpital, dans une maison de naissance ou dans une institution similaire, la direction de l'établissement ; celle-ci peut déléguer cette tâche, sous sa propre responsabilité, à un collaborateur. » (34 let. a OEC)
      - "la naissance d'un enfant, vivant ou mort-né, est inscrite au registre de l'état civil" (9al.1 OEC)
  - **obligation d'annoncer la naissance de l'enfant mort-né (9al.1 OEC)**: "la naissance d'un enfant, vivant ou mort-né, est inscrite au registre de l'état civil".

### **D. Enfant conçu (31al.2 CC):**

1. **Jouissance des droits civils dès la conception (= avant la naissance), à la condition de naître vivant.** « L'enfant conçu jouit des droits civils, à la condition qu'il naisse vivant » (31 al.2 CC)
2. **Personnalité conditionnelle de l'enfant**

- **capacité de succéder (544 CC)**: s'il naît vivant, un curateur pourra protéger ses intérêts successoraux. L'enfant pourra hériter, recevoir un legs, une donation.
    - "L'enfant conçu est capable de succéder s'il naît vivant" (544 al.1 CC)
    - "L'enfant mort-né ne succède pas" (544 al.2 CC)
    - "Ne peut être héritier que celui qui survit au défunt et qui a la capacité de succéder" (542 al.1 CC)
  - **protection de la personnalité (28 CC)**: l'enfant conçu est protégé dans sa personnalité. Exemple: il peut avoir une indemnité pour perte de soutien s'il naît vivant, ou si son père meurt pendant la grossesse, ou il peut réclamer des DI s'il subit une blessure dans le ventre de sa mère.
  - **reconnaissance anténatale (260 CC et 11al.2 OEC)**: l'enfant conçu peut être reconnu avant même sa naissance.
  - **qualité pour agir en paternité (263al.1 ch.2 CC)**: il peut agir avant sa naissance, en paternité, par le biais d'un représentant.
  - **ATTENTION**: il n'est pas protégé par les dispositions de 118 à 120 CP (victime d'avortement ≠ homicide)
- 3. Notion du moment de la "conception" controversée**
- **conception a lieu**: entre les 180e et 300e jours avant la naissance, soit la fusion des gamètes de l'homme et de la femme (256a al.2 et 262al.1 CC par analogie) ou, au terme de 31al.2 CC.
  - **présomption réfragable** (=peut être inversée par la preuve du contraire, notamment d'une expertise médicale).

#### E. Enfant pas encore conçu:

1. **Principe: absence de personnalité juridique.** L'enfant a une existence virtuelle.
2. **Exception: prise en considération par le droit d'un enfant non-encore conçu:**
  - **retrait de l'autorité parentale, 311al.3 CC**: si un retrait est prononcé, il y aura des conséquences pour les enfants nés après le prononcé de la décision.
  - **exhérédation d'un insolvable, 480al.1 CC**: on déshérite un descendant insolvable né ou à naître.
  - **clause de substitution, 545al.1 CC**: l'enfant acquiert quelque chose dès sa naissance. Exemple: d'une assurance-vie.

#### 2. Fin de la personnalité:

##### A. Effets de la fin de la personnalité

1. **Perte de la jouissance/exercice des droits civils:**
  - **perte de la titularité des D&O**: un mariage posthume n'est pas possible car on perd la personnalité juridique après le décès.
  - **absence de protection**: de la personnalité post mortem
2. **Certaines protections de la personnalité néanmoins accordées:**
  - **protection en droit constitutionnel et pénal**: 7 Cst/CH donne droit à un enterrement décent et le droit pénal punit en cas de profanation du cadavre.
  - **respect des dispositions prises par le défunt sur le sort de son corps**: notamment respect du don d'organes, autopsies, inhumation.
  - **protection indirecte du défunt par le biais de la protection des sentiments d'affection et de piété des proches**: les proches ne peuvent pas, au nom du défunt, faire un procès. Mais, en cas d'atteinte à l'honneur du mort, on peut représenter celui-ci au nom de son honneur et agir en notre propre nom pour protéger l'honneur du

décédé.

### B. La mort (31 al.1 CC):

- **Définition:** absence de définition dans le CC
  - **arrêt irréversible des fonctions du cerveau, y compris du tronc cérébral (9al.1 LF sur la transplantation):** la mort est donc définie par la mort cérébrale.
  - **signes cliniques nécessaires à la constatation du décès sont édictés par voie d'ordonnance (9al.2 LF sur transplantation + 7 Ordonnance sur la transplantation):** il faut attendre que ce soit prouvé selon les directives médico-éthiques de l'ASSM.

### C. Preuve du décès (32 CC):

- **Fardeau de la preuve (32 al.1 CC + 8 CC):** celui qui prétend qu'une personne est morte, pour exercer un droit (hériter ou veut se remarier par exemple) doit prouver le décès, par:
  - **Principalement: inscription dans le registre de l'état civil (33 al.1 CC):** mort prouvée par l'acte de décès, établi sur la base d'une inscription dans le registre de l'état civil. L'inscription est elle-même intervenue sur la base d'un certificat de décès établi par le médecin qui a vu le cadavre.
  - **Subsidiairement: à défaut d'inscription ou en cas d'acte de l'état civil inexact (33 al.2 CC):** tout autre moyen disponible, notamment un témoignage; ou:
    - **indices de mort certaine (34 CC):** dans le cas où le corps reste introuvé, il faut qu'il y ait une mort certaine (*voir ci-dessous les conditions dans le point D*).
    - **déclaration d'absence (35 CC):** si elle est établie, les effets sont les mêmes qu'une mort déclarée (38 CC). (*voir ci-dessous les conditions dans le point E*)
- **Obligation d'annoncer le décès dans le délai de... (40al.1 CC et 34a OEC).**
  - **2 jours pour les décès ordinaires:** "Les personnes astreintes à l'annonce la font par écrit ou en se présentant personnellement à l'office de l'état civil dans les deux jours qui suivent le décès"(35al.1 OEC)
  - **3 jours pour les nouveau-nés:** "Les personnes astreintes à l'annonce la font par écrit ou en se présentant personnellement à l'office de l'état civil [...] ou dans les trois jours qui suivent la naissance." (35al.1 OEC)
- **Personnes tenues d'annoncer le décès à l'état civil (34a OEC):**
  - "1. Sont tenus d'annoncer les décès:
    - a. si la personne décède dans un hôpital, dans un établissement médico-social ou dans une institution similaire, la direction de l'établissement; celle-ci peut déléguer cette tâche, sous sa propre responsabilité, à un collaborateur;
    - b. si le décès ne survient pas dans une institution mentionnée à la let. a, le conjoint ou le partenaire survivant, les proches parents ou les personnes vivant sous le même toit ou toute autre personne qui a assisté au décès ou qui a découvert le corps;
    - c. si le décès n'a pas été annoncé, toute autorité qui en a eu connaissance.
  - 2. Les personnes mentionnées à l'al. 1, let. b, peuvent charger par écrit une tierce personne d'annoncer le décès.
  - 3. Toute personne qui a assisté au décès ou découvert le corps d'une personne inconnue est tenue d'en aviser immédiatement l'autorité de police. Celle-ci se charge de transmettre l'annonce à l'office de l'état civil."

- **Preuve du moment du décès:**
  - **certificat de décès:** établi par un médecin (8 OEC) avec date, heure, lieu.
  - **théorie des comourants (32a.2 CC):**
    - **condition: décès de plusieurs personnes sans établissement possible de l'ordre des décès.** Exemple: accident d'avion et les médecins ne sont pas aptes à dire si l'une des personnes a survécu avant l'autre.
    - **conséquence: présomption de comourance:** présomption que les personnes meurent en même temps.
      - **présomption réfragable** (possible d'apporter la preuve du contraire)
      - **si la comourance s'applique: aucun droit ne peut exister s'il dépend de la survie d'une personne sur l'autre** (importance en matière successorale, cf 542a.1 CC). Exemple: les deux personnes décédées ne peuvent pas hériter l'une de l'autre.

#### **D. Indices de mort(34 CC):**

##### **Conditions matérielles:**

1. **Absence de corps; et**
2. **Disparition dans des circonstances telles que la mort doit être tenue pour certaine**
  - **une autre issue que la mort est absolument exclue (ATF 75 II 328):**
    - **exemple:** un témoin voit X chuter d'une falaise de 100 mètres, aucun arbre ou saillie dans le roc n'existe qui aurait pu freiner la chute de X.
    - **contre-exemple:** (cas où 34 CC ne s'applique pas), cf. ATF 75 II 328 – JdT 1950 I 229 : personne disparue dans un avion de ligne qui n'a plus donné de nouvelles quelques minutes avant l'atterrissage, alors qu'elle survolait les Andes chiliennes. Selon le TF, même si le corps n'a pas été retrouvé, la mort d'une personne peut être considérée comme établie lorsque la disparition s'est produite dans des circonstances telles que la mort doit être tenue pour certaine. La mort ne peut être tenue pour certaine que si la personne a été victime d'un événement dont la conséquence nécessaire était la mort, et non pas seulement si elle a disparu en danger de mort. Il faut donc qu'une issue autre que la mort soit absolument exclue (consid. 4). A défaut, reste ouverte la déclaration d'absence après disparition en danger de mort. ***Dans le cas d'espèce,*** il est très vraisemblable que l'avion a eu un accident : l'appareil a en effet disparu et aucun des passagers n'a donné de nouvelles depuis lors. MAIS d'autres éventualités ne sont toutefois pas exclues. Le décès ne peut donc pas être inscrit sur la base de 34 CC

##### **Conditions formelles :**

1. **action en inscription du décès dans le registre de l'état civil (42a.1 CC):** « Toute personne qui justifie d'un intérêt personnel légitime peut demander au juge d'ordonner l'inscription, la rectification ou la radiation de données litigieuses relatives à l'état civil. Les autorités cantonales de surveillance concernées sont entendues et le juge leur notifie sa décision. ». Il faut remplir les conditions de 34 CC (ci-dessus), que le juge examinera.

**E. La déclaration d'absence (35 CC):****Conditions matérielles:**

- **Disparition en danger de mort:** sans laisser de trace ou sans nouvelles pendant un certain laps de temps (nauffrage, incendie, forêt de crocodiles). Le décès n'est pas à 100% certain (*sinon on serait dans le cadre de 34 CC*); **OU Absence de nouvelles depuis très longtemps;**

ET

- **Décès très probable:** s'analyse aussi dans le cas d'absence de nouvelles, sans qu'il soit nécessaire que les nouvelles soient données en danger de mort. Exemple: si X est un ado rebelle et fugue souvent, même si on a pas des nouvelles pendant 5 ans, la mort n'est pas très probable.

**Conditions formelles :**

1. **Requête des titulaires de droits subordonnés au décès (42a.1 CC:** toute personne justifiant un intérêt personnel légitime peut demander au juge d'ordonner l'inscription, rectification ou radiation de données litigieuses relatives à l'EC". Ex: rente d'une veuve, etc.)

- **requête peut être faite 1 an au moins après le danger de mort; OU 5 ans après les dernières nouvelles (36 al.1 CC); ET**
- **ouverture par le juge d'une instruction si: PAS COMPRIS CES CONDITIONS**
  - **deux sommations publiées** au moins: sont faites par le juge dans le délai de 2 ans (doctrine majoritaire), pour que les personnes qui pourraient donner des nouvelles de l'absent, le fassent.
  - **délai de 1 an au moins** depuis la disparition ou absence de nouvelles avant de prononcer la déclaration d'absence (36a.2 et 3 CC)

Donc déclaration peut être prononcée que 2 ou 1 an après??

**Effets de la déclaration d'absence (38 CC):**

- **Droits ouverts par le décès peuvent être exercés:** les droits peuvent être exercés de la même manière que si le décès de la personne avait été constaté, avec **effet rétroactif** au jour du danger de mort ou dernières nouvelles (38a.2 CC). **Effets:**
  - **en matière successorale**
    - **sûretés à fournir (546 CC):** les héritiers ou autres bénéficiaires doivent fournir des sûretés pour assurer la restitution des biens acquis dans la succession de la personne déclarée absente.
      - **garanties fournies pour 5 ans:** si disparition en danger de mort, au plus, jusqu'à l'époque où l'absent aurait atteint l'âge de 100 ans. (al.2)
      - **garanties fournies pour 15 ans:** si disparition sans nouvelles, au plus, jusqu'à l'époque où l'absent aurait atteint l'âge de 100 ans. (al.2)
  - **dissolution du mariage de jure**
    - avec effet ex tunc (dès le moment où cela a lieu) (38a.3 CC): si l'absent réapparaît, on n'est pas de nouveau marié par magie, il faut se remarier avec la personne.
  - **présomption de paternité (255a.3 CC):** si le père est déclaré absent, il demeure le père de l'enfant dans les 300 jours suivant la disparition en danger de mort ou les dernières nouvelles.

**F. Action au juge en modification de l'état civil (42a.1 CC):**

- **En cas de modification de la situation civile:** quand une personne réapparaît alors qu'elle avait été donnée pour morte par exemple; ou quand une personne était donnée pour vivante mais est en fait, retrouvée morte.
- **Conditions:**
  - toute personne ; ET
  - justifiant d'un intérêt personnel légitime
- **Effets:**
  - peut demander l'inscription, rectification, radiation, de données litigieuses
  - sur les successions: les envoyés en possession doivent rendre la succession à l'absent s'il réapparaît.
  - sur le mariage: le mariage qui était dissout par la mort ne revit pas *per se*
  - sur les rentes: les rentes du veuf/veuve ne sont pas restituées.

<b>ETABLISSEMENT ET CONTESTATION DE LA FILIATION</b>	<b>1</b>
<b>A. FILIATION HORS ADOPTION</b>	<b>1</b>
1. DEFINITION ET PRINCIPES DE LA FILIATION:	1
2. SOURCES DU DROIT DE LA FILIATION:	1
3. ÉTABLISSEMENT DU LIEN DE FILIATION:	4
4. CONTESTATION DU LIEN DE FILIATION:	7
5. PROCEDURE:	13
6. ENFANT TROUVE	14
7. REMARQUES GENERALES FINALES:	16
<b>B. ÉTABLISSEMENT DE LA FILIATION DANS L'ADOPTION</b>	<b>16</b>
1. DEFINITION, PRINCIPES, BUTS ET DROIT:	16
2. TYPES DE REQUETES ET CONDITIONS:	20
3. PROCEDURE POUR ADOPTER UN ENFANT:	26
4. EFFETS DE L'ADOPTION:	28
5. ANNULATION DE L'ADOPTION	30

## Établissement et contestation de la filiation

### A. Filiation hors adoption

#### 1. Définition et principes de la filiation:

- **Filiation au sens juridique:** lien entre un enfant et ses parents, établi par la loi
- **Principes:**
  - **prémisse:** père et mère juridiques = géniteurs de l'enfant
  - **fondement:**
    - filiation biologique: découle des liens de sang; tout être humain est nécessairement issu de la fusion de gamète d'un H et d'une F. La mère biologique est celle dont l'ovule a été fécondé. Le père biologique est l'homme dont le spermatozoïde a fécondé l'ovule. ET/OU
    - psycho/sociale: ou filiation élective, se construit à travers la relation effectivement vécue entre un enfant et les adultes tenant lieu de parents. Il est indépendant du lien biologique. Exemples: adoption, père nourricier ou mère nourricière, parâtre (second époux de la mère) ou marâtre, couple accueillant durablement l'enfant.
  - **unicité ou double lien de maternité ou paternité:** la filiation peut exister avec les deux parents ou avec l'un seul d'eux.

#### 2. Sources du droit de la filiation:

- **Normes juridiques de source internationale:**
  - **Convention internationale des droits de l'enfant (CDI):**
    - intérêt supérieur de l'enfant = considération primordiale dans toutes les décisions le concernant (**3§1 CDI**).
    - droit d'être entendu (**12 CDI**): disposition directement applicable
    - en vigueur depuis 1997 en CH.
  - **Convention européenne des droits de l'homme (CEDH):**
    - droit au respect de la vie privée et familiale (**8 CEDH**)

- interdiction de la discrimination (14 + 8 CEDH)
  - application directe de la CEDH: interprétation du droit suisse en conformité avec cette convention; et si pas possible, la CEDH prime.
  - en vigueur depuis 1974 en CH.
- **Normes supérieures de droit suisse:**
- constitution fédérale
    - protection des enfants et des jeunes (11 Cst): le bien de l'enfant est un droit de rang constitutionnel et principe fondamental.
- **Normes de rang inférieur:**
- ordonnance sur l'état civil (OEC)
  - ordonnance sur l'adoption (OAdo)
- **Lois fédérales:**
- CC
  - Loi sur la procréation médicalement assistée (LPMA) (2 LMPA: méthodes permettant d'induire une grossesse en dehors de l'union naturelle par l'insémination, fécondation in vitro, introduction de spermatozoïdes, etc.)
    - **conditions d'accès à la procréation médicalement assistée (3-6 LPMA):**
      - **conditions relatives à l'enfant:** bien de l'enfant (3 LPMA)
      - **conditions relatives aux parents:**
        - réservé aux couples qui sont en mesure de créer un lien de filiation. Les partenaires enregistrés peuvent établir ce lien de filiation par l'adoption (3al.2 let.a et b LPMA). **ATTENTION:** si le mari veut faire un don de sperme à sa femme mais il meurt entre temps, cette méthode ne peut pas être utilisée car on n'a plus de moyen d'établir un lien de filiation.
        - couple vivant (3al.5 et al.5 LPMA)
        - elle doit permettre de remédier à la stérilité d'un couple sachant que les autres traitements ont échoués OU que le risque de transmission d'une maladie grave ne peut être écarté autrement que par la procréation assistée (5 let.a et b LPMA)
    - **conditions relatives à la procréation assistée:**
      - informations et conseils (causes de stérilité, pratique médicales employée chance de réussite et risques, risque d'une grossesse multiple, implication psychique et physique, aspect juridique et financiers) (6 LPMA)
      - délai de réflexion de 4 semaines entre l'entretien et le traitement (6al.3 LPMA)

- consentement écrit du couple (5ba.1 LPMA). **ATTENTION:** sans le consentement, peine pénale (34a.1 LPMA)
- **INTERDICTION de mères porteuses, ou "maternité de substitution"** (4 LPMA et 119a.2 Cst). La mère porteuse est présumée mère juridique selon 252a.1 CC et le mari de la mère est présumé père de l'enfant (255a.1 CC).
- **conditions du don de sperme:** 18-27 LPMA
  - **consentement du donneur et infos** 18 LPMA: "le sperme provenant d'un don peut être utilisé uniquement pour la procréation médicalement assistée et aux fins auxquelles le donneur a consenti par écrit"(al.1). "Le donneur doit, avant le don, être informé par écrit sur la situation juridique, en particulier sur le droit de l'enfant de prendre connaissance du dossier du donneur"(al.2)
  - **choix des donneurs** 19 LPMA: "les donneurs doivent être choisis avec soin selon de critères médicaux à l'exclusion de tout autre critère, à l'exclusion de tout autre critère; en particulier, tout risque pour la santé de la femme qui reçoit le sperme doit être écarté autant que possible"(al.1). "Un homme ne peut donner son sperme qu'à un seul centre; il doit en être expressément informé avant le don" (al.2)
  - **cession de sperme** (20 LPMA)
  - **gratuité du don de sperme** (21 LPMA)
  - **utilisation de sperme provenant de dons** (22 LPMA): "Il est interdit durant le même cycle d'utiliser du sperme provenant de plusieurs donneurs" (al.1). "Le sperme d'un même donneur ne peut être utilisé que pour la procréation de 8 enfants au plus"(al.2). "Aucun lien de parenté au sens de 95 CC ne doit exister entre les personnes dont proviennent les gamètes" (al.3). "Seuls le groupe sanguin et la ressemblance physique du donneur avec l'homme à l'égard duquel un lien de filiation sera établi sont déterminants lors de la sélection de spermatozoïdes" (al.4).
  - **lien de filiation** (23 LPMA): **IMPORTANT** "l'enfant conçu au moyen d'un don de sperme, conformément aux dispositions de la présente loi, ne peut pas contester le lien de filiation à l'égard du mari de sa mère. L'action en désaveu du mari est régie par les dispositions du CC (al.1)". "Lorsqu'un enfant a été conçu au moyen d'un don de sperme, l'action en paternité contre le donneur (261ss CC) est exclue; elle est toutefois admise si le donneur a sciemment fait don de son sperme à une personne qui n'est pas titulaire d'une autorisation de pratiquer la procréation médicalement assistée ou de conserver le sperme provenant de dons et d'en pratiquer la cession" (al.2).

- **consignation de données** (24 LPMA): la personne qui conserve ou utilise du sperme provenant de dons, doit consigner ceux-ci de manière sûre (al.1)
- **transmission de données** (25 LPMA)
- **conservation des données** (26 LPMA)
- **information** (27 LPMA): **IMPORTANT**, voir sous 6. **Enfant trouvé**, *action sui generis*.

### 3. Établissement du lien de filiation:

Résolution de cas: toujours établir la filiation maternelle en premier, même quand on demande d'examiner la filiation paternelle.

- **Filiation maternelle** 252al.1 CC:
  - **présomption irréfragable**: "à l'égard de la mère, la filiation s'établit par la naissance" (*mater semper certa est*) (252al.1 CC).
    - Il y a une obligation d'annoncer la naissance et de faire inscrire l'enfant, pour faire savoir ce lien de filiation (7al.2 OEC)
    - Seule manière de contester cette présomption: passer par l'adoption, qui crée un nouveau lien de filiation maternelle.
- **Filiation paternelle (3 possibilités** 252al.2 CC: **mari, reconnaissance, jugement**):
  - **présomption de paternité du mari de la mère** 252al.2 et 255al.1, 257 CC: (*pater is est, quem nuptiae demonstrant*). "L'enfant né pendant le mariage a pour père le mari" (255al.1 CC).
    - **Remarques préliminaires**:
      - **la paternité est inscrite sur l'acte de naissance** (7al.2 let.a OEC)
      - **l'état civil n'a pas d'incidence sur la paternité** (homme veuf, ou divorcé)
      - **la présomption de filiation ne va pas au-delà du divorce**: si Thaïs, au moment de la naissance de Yohann, a divorcé depuis 9 mois de Dimitri, Dimitri n'est pas le père juridique.
    - **Présomption de paternité (d'office) du mari de la mère** 255 CC:
      - **mère mariée à la naissance de l'enfant** (al.1): le moment du mariage est déterminant, les pères et mères doivent être mariés formellement à la naissance. **ATTENTION**: si Thaïs et Dimitri sont mariés mais se séparent à l'amiable (≠ divorce) et Thaïs fait un enfant avec Julien, le père légal est Dimitri car est encore marié à Thaïs (*voir "Fin du mariage" dans le canevas sur les communautés de vie*).
      - **naissance de l'enfant dans les 300 jours** (9,8 mois)
        - ❖ **en cas de décès**(al.2hyp.1): présomption de paternité dans les 300 (9,8 mois) jours suivant le décès du mari; OU
        - ❖ **en cas de déclaration d'absence** (al.3): présomption de paternité après la disparition en danger de mort/dernières nouvelles. Il faut néanmoins un jugement de déclaration d'absence: si on l'a, on a une présomption de paternité dans les 300 jours qui suivent les dernières nouvelles.
      - **naissance de l'enfant après les 300 (9,8 mois) jours**:

- ❖ présomption de paternité même 300 jours (9,8 mois) après décès du mari, si il y a une preuve de conception de l'enfant pendant le mariage, avant le décès du mari (**al.2 hyp.2**)
- **Conflit de présomption de paternité du mari de la mère 257 CC:**
  1. naissance de l'enfant dans les 300 jours (9,8 mois) après le décès du 1er mari
  2. mais la mère est remariée au jour de la naissance
    - présomption de paternité du nouveau (second) mari de la mère (**al.1**)
    - si la présomption est écartée, présomption de la paternité du 1er mari (**al.2**).
      - pas d'assimilation avec la déclaration d'absence car cette déclaration ne peut pas intervenir dans les 300 jours (9,8 mois).
- **En cas d'annulation du mariage: 109 CC**
  - **Principe:** dans l'hypothèse où l'enfant est né durant le mariage, une future annulation du mariage est sans effet sur la présomption de paternité du mari de la mère (**109al.1 CC**)
  - **Exception:** lorsque l'annulation du mariage est due au fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et séjour des étrangers selon **105ch.4 CC**, alors la présomption de paternité s'éteint (**109al.3 CC**).
- **reconnaissance non-judiciaire de la paternité hors mariage 252al.2 et 260al.1 CC et 11 OEC:** la mère est non-mariée au moment de la naissance, donc le père doit reconnaître l'enfant. "Lorsque le rapport de filiation existe seulement avec la mère, le père peut reconnaître l'enfant."(**260al.1 CC**)
  - **Conditions:**
    - ❖ **droit strictement personnel absolu** (non-sujet à représentation: **19c al.1 CC**) et improprement dit (consentement du représentant légal)
    - ❖ **délai:** possible en tout temps, après comme avant la naissance (**11al.2 OEC**)
      - **si la reconnaissance a lieu avant la naissance:** alors il y a les conditions suspensives que:
        - ✓ **l'enfant naisse vivant** (**31al.2 CC**) et que la mère
        - ✓ **la mère ne soit pas mariée avec le père auteur de la reconnaissance** (car sinon la présomption de paternité du mari de la mère s'appliquerait).
    - ❖ **déclaration unilatérale de volonté** = acte formateur de volonté du père
      - **action irrévocable** (sauf par testament, là elle est révocable **509 CC**): la personne ne peut

pas revenir sur sa déclaration mais le lien peut être contesté par une action en contestation du lien

- ❖ **forme de la reconnaissance** (260al.3 CC)
  - déclaration devant l'officier de l'état civil (11al.5 OEC).
  - testament (498ss CC)
  - devant le juge saisi d'une action en paternité
- ❖ **lien de filiation maternelle exclusif établi** (260al.1 CC): préalable à tout établissement de filiation paternelle
  - La reconnaissance n'est pas prévue tant que la mère est mariée avec le père légal de l'enfant. Elle n'est possible que si le rapport de filiation existe seulement avec la mère. Elle suppose donc, si la mère est mariée avec le père légal, qu'une action en désaveu a été intentée et admise (ATF 107 II 403, consid. 1).
- ❖ **capacité de discernement** (16 CC): le père doit savoir ce que signifie la reconnaissance. Il faut avoir 16 ans selon la doctrine; sauf cas où la présomption devrait être renversée.
- ❖ **consentement du représentant légal (droit strictement personnel improprement dit):** pour les mineurs (consentement du représentant légal), majeurs sous curatelle de portée générale ou décision de l'APA, il faut le consentement. (260al.2 CC, 11al.4 OEC)
- **Conséquences:**
  - ❖ **inscription état civil:** la reconnaissance est inscrite au registre de l'état civil (7al.2 let.f OEC).
  - ❖ **communication de la reconnaissance** (11al.7 OEC): la reconnaissance est communiquée à la mère et à l'enfant, ou à ses descendants après sa mort.
  - ❖ **effets rétroactif** la reconnaissance déploie ses effets (même pour la contribution d'entretien) au jour de la naissance (ATF 129 III 646)
- **action judiciaire en recherche de paternité** 252al.2 et 261ss CC: avec effet rétroactif au jour de la naissance de l'enfant
  - **conditions de forme:**
    - ❖ **qualité pour agir => mère** (capable de discernement 16 CC) **et enfant** (261al.1 CC); consorciété active simple.
      - L'enfant mineur (14 CC) qu'il soit ou non capable de discernement, doit être représenté (pour éviter les conflits d'intérêts quand les parents sont les représentants légaux). Il faut nommer un curateur (308al.2 CC): il s'agit ici de l'exercice des droits strictement personnels sujets à représentation (304al.1 CC et 19c al.2 CC)
      - La capacité de discernement de l'enfant est présumée dès 14 ans.
    - ❖ **qualité pour défendre** => père putatif (261al.2 CC)
    - ❖ **délais de péremption:** l'action peut être intentée avant ou après la naissance.... mais:

- **mère**: mais au plus tard, un an après la naissance (263al.1ch.1 CC), mais s'il existe déjà un rapport de filiation avec un autre homme, l'action peut en tout cas être intentée dans l'année qui suit la dissolution de ce rapport (=c.-à-d. dès le jugement écartant la paternité)
- **enfant**: mais au plus tard, un an après qu'il a atteint la majorité (263al.1 ch.2 CC)
- **restitution du délai possible**: s'il y a de justes motifs, le délai peut être restitué (263al.3 CC).
- **conditions de fond**:
  - ❖ **présomption n.1**: entre le 300e (9,8 mois) et le 180e (5 mois) jour avant la naissance de l'enfant, si le défendeur ("père") a cohabité avec la mère: on présume la paternité. (262al.1 CC); OU
  - ❖ **présomption n.2**: enfant conçu avant le 300e jour ou après le 180e jour avant la naissance et le défendeur a cohabité avec la mère à l'époque de la conception. (262al.2 CC)
  - ❖ **preuve directe de la paternité nécessaire seulement si**:
    - le demandeur ne parvient pas à faire naître la présomption fondée sur la cohabitation pendant la période légale de conception (c.-à-d. il ne parvient pas à prouver qu'il a eu des rapports sexuels avec la mère); OU
    - si le défendeur ("père présumé") réussit à faire cesser cette présomption notamment par expertise, test ADN (262al.3 CC)
  - ❖ **N.B: pas de présomption si paternité exclue**: quand le défendeur prouve que sa paternité est exclue, ou moins vraisemblable que celle d'un tiers, la présomption cesse (262al.3 CC)
- **Filiation maternelle et paternelle**:
  - 252al.3 et 264ss CC: la filiation résulte de l'adoption. Les parents biologiques ne peuvent pas adopter leur enfant.

#### 4. Contestation du lien de filiation:

- **Filiation maternelle**: absence d'action judiciaire extinctive
- **Filiation paternelle**: peut être rompue de diverses manières dépendant de la création du lien de filiation:
  - **action (judiciaire) en désaveu** (255 CC et 257 CC):
    - **conditions de forme**:
      - **qualité pour agir**:
        - ❖ **capacité de discernement** (16 CC): l'incapable doit être représenté en justice (19c al.2 CC)
        - ❖ **mari de la mère** (256al.1 let.a CC);
          - **exception**: 256al.3 CC: il ne peut pas intenter l'action s'il a consenti à la conception par un tiers; toutefois savoir que l'épouse est infidèle ne suffit pas.
        - ❖ **père et mère du mari** (258al.1 CC): si le mari est mort notamment.

- ❖ **enfant, si la vie commune des époux a pris fin ou a été suspendue pendant sa minorité** (une simple séparation de fait suffit) (256al.1 let.b CC). **N.B représentation de l'enfant:** l'enfant, si trop jeune, doit être représenté (car présomption de non-capacité de discernement) par un curateur, pour éviter les conflits d'intérêt avec les parents, même en **cas de décès** du père, il y a conflit virtuel (306al.2 CC)
  - **exception:** l'enfant né par don de sperme ne peut pas agir en désaveu contre son père juridique (23al.1 LPMA, cf 256al.3 CC)
  - **JP:** Pour l'enfant, il s'agit d'un droit strictement personnel, indépendant de celui du mari de sa mère, qu'il peut ainsi exercer seul s'il a la capacité de discernement ; à défaut, l'enfant doit pouvoir agir par le ministère d'un curateur de représentation (art. 392 ch. 2 CC), lequel fera le procès en désaveu au nom de l'enfant. Il appartient dès lors à l'autorité tutélaire, appelé à nommer un curateur à l'enfant, de déterminer si l'ouverture d'une action en désaveu est ou non conforme à l'intérêt de celui-ci. Dans cette mesure, l'enfant incapable de discernement ne dispose pas d'un droit inconditionnel à entamer une pareille procédure. L'autorité tutélaire devra procéder à une pesée des intérêts de l'enfant, en comparant sa situation avec et sans désaveu. Elle tiendra compte des conséquences d'ordre tant psycho – social que matériel, par exemple la perte du droit à l'entretien et des expectatives successorales ; il ne sera pas dans l'intérêt de l'enfant d'introduire une telle action lorsqu'il est incertain que le mineur puisse avoir un autre père légal, lorsque la contribution d'entretien serait notablement moindre, lorsque la relation étroite entre l'enfant et ses frères et sœurs serait sérieusement perturbée et lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que l'enfant serait en mesure d'entretenir une relation positive sur le plan socio- psychique avec son géniteur (consid. 2.3). Dans sa jurisprudence récente, le TF accorde une importance croissante au droit de l'enfant MAJEUR à la connaissance de son ascendance, prérogative qui découle, en particulier, de l'art. 7 al. 1 CDE. Il a jugé qu'il s'agissait d'un droit constitutionnel absolu, imprescriptible et inaliénable, indépendamment de toute pesée des intérêts opposés (consid. 2.3).
- **qualité pour défendre: (256al.2 CC)**
  - ❖ action de l'enfant contre **le mari et la mère** (consortité passive nécessaire)
  - ❖ action du mari ou de ses parents contre **la mère et l'enfant** (consortité passive nécessaire)
  - ❖ **N.B représentation de l'enfant:** si l'enfant est mineur (14 CC) et incapable de discernement (16 CC), il doit être représenté (306al.2 CC). S'il est incapable de

- discernement, il sera représenté par un curateur selon 394 et 398 CC. S'il est capable de discernement, peu importe qu'il soit majeur o mineur, il pourra se représenter seul. ATTENTION: en cas de conflit d'intérêts, il doit être représenté par un curateur, pour éviter ces conflits avec les parents. Même en **cas de décès** du père, il y a conflit virtuel (306al.2 CC)
- **délais de péremption (256c CC):**
    - ❖ **pour le mari:** 1 an après la connaissance de la naissance et depuis qu'il a des doutes sérieux sur sa paternité et en tous cas au maximum 5 ans après la naissance.
      - *Plus longue est la période qui s'est écoulée depuis la naissance, plus grand est l'intérêt au maintien du lien de filiation ainsi établi.* Dans un tel cas, on attendra du père qu'il se décide rapidement à agir lorsqu'il a des doutes suffisants quant à sa paternité, le cas échéant après avoir procédé de lui-même aux investigations complémentaires nécessaires (...) en attendant 11 mois pour ouvrir une action, il n'a pas respecté cette exigence (TF 5A\_298/2009 consid. 3).
      - Les délais de l'art. 265c al. 1 CC commencent à courir notamment lorsque le mari de la mère apprend que la mère a cohabité avec un tiers à l'époque de la conception. *Il suffit que la mère lui indique avoir eu une relation sexuelle avec un tiers ou qu'il soit possible que l'enfant ne soit pas de lui (...) de simples doutes ou craintes ne suffisent en revanche pas,* tant et aussi longtemps que les circonstances n'exigent pas du mari qu'il clarifie la situation. A noter que, *la méconnaissance de la situation juridique, en particulier des délais fixés par la loi pour agir en désaveu, n'est pas un motif de restitution : nul n'est censé ignorer une loi publiée au recueil officiel* (TF 5A\_240/2011, consid. 4).
    - ❖ **pour l'enfant:** il peut agir jusque son 19e anniversaire (majorité + 1 an).
    - ❖ **restitution du délai pour justes motifs est possible.**
      - *Tant le délai relatif que le délai absolu sont susceptibles de restitution* (consid. 2). Il y – a des justes motifs lorsque le mari n'avait aucune raison suffisante de douter de sa paternité, de simples doutes qui ne reposent pas sur des indices concrets ne permettant pas de fonder une action (ATF 132 III 1 consid. 2.2)
  - **conditions de fond:** le demandeur doit prouver la non-paternité du mari; sachant qu'on a une présomption forte de la paternité du mari.
    - **cas où enfant conçu pendant le mariage (256a CC)**
      - ❖ quand l'enfant est conçu pendant le mariage, le demandeur doit prouver que le mari n'est pas le père.
      - REMARQUE:** l'enfant né 180 jours (5.9 mois) au moins

après la célébration du mariage, ou 300 jours (9.8 mois) au plus, après la dissolution du mariage par suite de décès, cet enfant est présumé avoir été conçu pendant le mariage.

- **cas où enfant conçu avant le mariage ou pendant la suspension de la vie commune (256b CC)**
  - ❖ dans ce cas, le demandeur n'a rien à prouver d'autre.
  - ❖ toutefois, s'il est vraisemblable que le mari a cohabité avec sa femme à l'époque de la conception, la paternité du mari est présumée.

➤ **action en contestation de la reconnaissance (260 CC, 260ass, 259al.2 et al.3 CC):**

○ **conditions de forme:**

- **qualité pour agir:**

- ❖ **tout intéressé (260a al.1 CC):** notamment la mère, l'enfant, le père biologique, les descendants (si l'enfant est décédé), la commune d'origine ou la commune de domicile de l'auteur de la reconnaissance.

- **Pour l'auteur de la reconnaissance (260a al.2 CC): ATTENTION** conditions plus strictes. L'auteur de la reconnaissance - soit le père biologique ou qui croit l'être - ne peut intenter cette action **que** "s'il l'a faite en croyant qu'un danger grave et imminent le menaçait lui-même, ou l'un de ses proches, dans sa vie, sa santé, son honneur ou ses biens, ou s'il était dans l'erreur concernant sa paternité"(260a al.2 CC). Selon la doctrine, l'erreur doit être excusable et causale sur la paternité. La peur de découvrir une relation adultérine n'est pas suffisante à menacer une personne et de simples doutes ne fondent pas l'erreur.

- ❖ **capacité de discernement (16 CC):** la qualité pour agir fait partie de l'exercice des droits civils. Ainsi, il faut la capacité de discernement: ici elle est donnée à 14 ans selon la doctrine, mais plus l'enfant est jeune plus la présomption de capacité se renverse (19c al.2 CC).Le **pouvoir de représentation cesse de plein droit (306 al. 2 et 3 CC).**

- **qualité pour défendre (260al.3 CC)**

- ❖ action de l'enfant contre l'auteur de la reconnaissance
- ❖ action de l'auteur contre l'enfant
- ❖ action d'un tiers contre l'auteur et l'enfant

- **délais de péremption (260c CC):** donné d'office par le juge

- ❖ **Principe: demandeur (260c al.1 CC):** **délai de 1 an** à compter du jour où il a appris que la reconnaissance a eu lieu et que son auteur n'est pas le père OU qu'un tiers a cohabité avec la mère durant la conception, OU à compter du jour où l'erreur a été découverte OU de celui où la menace a été écartée. Dans tous les cas: **maximum 5 ans** dès la reconnaissance (**MAIS:** si la reconnaissance a eu lieu avant la naissance, le délai court dès la naissance).

- ❖ **Exception: si demandeur est un enfant (260c al.2 CC):** dans tous les cas, l'action de l'enfant peut encore être intentée 1 an après qu'il a atteint la majorité: le jour de ses 19 ans max.
- ❖ **Exception 2: restitution délai pour justes motifs(260c al.3 CC):** l'action peut être intentée après expiration du délai quand de justes motifs rendent le retard excusable.
  - *Il faut interpréter restrictivement la notion de justes motifs (consid. 2).* Constituent de tels motifs le fait pour le demandeur de n'avoir eu de raison suffisante pour avoir des doutes sérieux quant à sa paternité (consid. 3). (...) *l'erreur n'est pas relevante si l'intéressé a reconnu l'enfant en sachant ou en pouvant compter sur le fait que la mère avait des relations avec des tiers au moment déterminant (consid. 4).* Il est possible d'admettre néanmoins la restitution du délai lorsque l'intérêt du demandeur l'emporte très nettement sur celui de l'enfant, respectivement lorsque l'enfant lui-même est intéressé à l'aboutissement de l'action. Le besoin de faire coïncider la situation juridique avec la situation biologique, établie avec certitude par expertise, ne constitue pas un tel intérêt prépondérant. Il faut au contraire examiner si le maintien de la filiation paternelle présente des avantages ou non pour l'enfant (TF 5C.130/2003 consid. 5).
  - *L'intérêt de l'enfant à voir aboutir l'action peut exceptionnellement conduire à admettre un juste motif dans des circonstances qui, sinon, ne saurait pas jugées suffisantes (TF 5A\_240/2011 consid. 5).*
  - *Absence de justes motifs de restitution du délai dans la mesure où le déclarant avait dès le début des doutes sur sa paternité et en avait fait part à sa famille, que le peu de ressemblance entre l'enfant et son père était flagrant et que la mère été réputée avoir des relations multiples (TF 5A\_315/2008 consid. 2).*
  - *D'éventuels rumeurs ou soupçons n'étant pas suffisants pour agir en justice (consid. 6.1.1).* A noter que l'intérêt de l'enfant ne doit pas être compris comme une condition supplémentaire qui serait mise à l'admission d'une restitution du délai pour ouvrir l'action du père en contestation de la reconnaissance de paternité. Il intervient comme un élément d'appréciation lorsque les circonstances ne suffisent pas à fonder un juste motif. Si, dans une telle hypothèse, il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant que la question du lien de filiation soit toute même éclaircie, la restitution doit être refusée (ATF 136 III 593 consid. 6.1.2).
- **conditions de fond:**
  - contestation ordinaire (260b al.1 CC): preuve de la non-paternité; **SAUF SI**
  - ❖ contestation facilitée (260ba.2 CC): les demandeurs sont la mère et l'enfant; donc la non-paternité est présumée.

- ❖ vraisemblance de cohabitation de la mère avec l'auteur de la reconnaissance au moment de la conception => pas de présomption, mais preuve de la non-paternité. Si le défendeur est apte à rendre vraisemblable qu'il y a eu cohabitation au moment de la conception, alors il n'y a pas d'action facilitée, c'est une action ordinaire pour la mère et l'enfant qu'il faut intenter.
- **conséquences:**
  - si l'action aboutit, et donc si la contestation de reconnaissance est réussie, alors l'enfant n'a plus de filiation paternelle reconnue. Il peut rester une reconnaissance par un autre père, ou l'adoption, ou l'action en recherche de paternité.
  - à noter que celui qui rompt un lien de filiation n'a pas le droit de le recréer. Si l'enfant n'a plus de père après une action, il faut ouvrir une action en recherche de paternité. Une fois cette action lancée, il se pose la question de l'application de l'art. 308 al. 2 CC pour représenter l'enfant. Si la mère ne veut pas agir, l'autorité admet la nomination d'un curateur pour que l'intérêt de l'enfant soit mieux gardé. Pour l'action en recherche de paternité, la mère a une obligation morale et légale (art. 272 CC) de donner toutes les informations sur le père.
- **Filiation maternelle et paternelle:**
  - **action en annulation de l'adoption (269ss CC)**
- **Cas particulier: mariage du père et mère après la naissance de l'enfant (259 CC)**
  - **application de 252al.2 CC:** on applique les dispositions de **l'enfant né pendant le mariage**, dès le moment où la paternité du mari est établie (par reconnaissance ou jugement, et **PAS** dès le mariage)
  - **259 CC:**
    - "1. Lorsque les père et mère se marient, les dispositions concernant l'enfant né pendant le mariage sont applicables par analogie à l'enfant né avant leur mariage, dès que la paternité du mari est établie par une reconnaissance ou un jugement
    - 2. La reconnaissance peut être attaquée:
      - 1. par la mère;
      - 2. par l'enfant ou, après sa mort, par ses descendants, si la vie commune des époux a pris fin pendant sa minorité ou si la reconnaissance a eu lieu après qu'il a atteint l'âge de 12 ans révolus;
      - 3. par la commune d'origine ou de domicile du mari;
      - 4. par le mari.
    - 3. Les dispositions sur la contestation de la reconnaissance sont applicables par analogie."
  - Exemple: Gaspard et Chloé divorcent. Chloé accouche de Samuel. Gaspard et Chloé se remarient. Dans ce cas, Gaspard et Chloé se sont mariés après la naissance. On applique alors 259 CC ci-dessus: le père (mari) doit agir par reconnaissance ou jugement et une fois cela fait, alors les dispositions concernant l'enfant né pendant le mariage (252ss CC), sont applicables.

**IV/iii) Etablissement et contestation du lien de filiation:  
récapitulatif**

Etablissement de la filiation maternelle	Contestation de la filiation maternelle	Etablissement de la filiation paternelle	Contestation de la filiation paternelle
Établissement de par la loi (art. 252 CC)		Présomption de paternité (art. 255 et 257 CC)	Désaveu de paternité (art. 256 ss CC)
		Reconnaissance (art. 260 / 259 CC)	Action en contestation de la reconnaissance (art. 260a ss / 259 CC)
		Action en recherche de paternité (art. 261ss CC)	
Adoption (art. 264 ss CC)	Action en annulation de l'adoption (art. 269 ss CC)	Adoption (art. 264 ss CC)	Action en annulation de l'adoption (art. 269 ss CC)

**5. Procédure:**

- **For:** domicile de l'une des parties (25 CPC)
- **Maxime:** inquisitoire (le juge n'est pas lié par les conclusions des parties) et d'office (le juge établit les faits d'office) (296 CPC)
  - coopération des parties et tiers obligatoire: au besoin, sous la menace de la sanction prévue à 292 CP
- **Profil ADN en procédure civile** (32al.1 et 5al.1 de la LAGH): uniquement sur ordre du juge ou consentent écrit de la personne concernée.
- **Représentation de l'enfant mineur dans la procédure:**
  - mineur capable de discernement (116 CC) agit lui-même (19c al.1 et 305al.1 CC)
  - représentation du mineur incapable de discernement (16 CC):
    - par son représentant légal (19cal.2 CC, 304al.1 CC); **OU**
    - par un curateur de représentation (conflit d'intérêts parents-enfants; 306al.2 et 3 CC)
  - "L'audition de l'enfant découle directement de 13 CDE. Elle constitue à la fois un droit de participation de l'enfant à la procédure qui le concerne et un moyen pour le juge d'établir les faits. L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de 16 CC. Selon la ligne directrice suivie par le Tribunal de céans et développée dans le cadre de procédures de droit matrimonial, l'audition d'un enfant est possible dès qu'il a 6 ans révolus" (TF 5A\_593/2011 consid. 3.2).

**6. Enfant trouvé (sans filiation):**

- **Définition** (10 OEC): "enfant exposé, abandonné, dont la filiation est inconnue". Il se distingue de l'orphelin.
- **Obligation d'annoncer l'enfant** (38al.1 OEC): par la personne qui trouve l'enfant.
- **Nom et prénom** (38al.2 OEC): l'enfant va être enregistré à l'état civil selon 7 OEC sous "enfant trouvé". L'autorité va lui donner un nom et un prénom.
- **Tuteur** (327a CC): un tuteur doit être nommé pour cet enfant.
- **Domicile de l'enfant** (25al.2 CC): au siège de l'autorité de protection, vu que l'enfant est sous tutelle.
- **Entretien** (330al.1 CC): par la collectivité, commune où il est incorporé.
- **Aucune filiation jamais établie:**
  - **sans filiation maternelle:** ni présomption de paternité, ni reconnaissance, ni action en paternité ne sont possibles, vu qu'on n'a pas de filiation maternelle. Si la mère néanmoins est retrouvée par la suite, elle devra faire une action en constatation.
- **Placement en vue d'adoption:**
  - **Principe:** abandonner son enfant ≠ consentir à son adoption. Pour l'adoption, il faut un **consentement** du père et de la mère (265a CC)
  - **Exception:** on fait abstraction de ce consentement quand le ou les parents sont inconnus (265c ch.1 CC)
- **Deux cas de figure particuliers:**
  1. **La boîte à bébés** (laisser le bébé dans une boîte, on laisse des contacts et moyens pour retrouver la mère)
    - violation des droits de l'enfant
      - violation du droit de l'enfant d'être immédiatement et correctement enregistré
      - violation des devoirs parentaux (droit à l'entretien etc.)
      - violation du droit de connaître ses origines
    - **action en constatation maternité:**

- nécessaire à la mise en oeuvre des modes d'établissement de la filiation paternelle

## 2. L'accouchement anonyme sous X

- identité de la mère non révélée
- quid du droit de l'enfant de connaître ses origines? Il faut garantir au moins l'accès à des informations non-identifiantes selon **8 CEDH** (ACEDH Godelli c. Italie 2012)
- pas admis en droit suisse: n'est pas admise, une forme d'accouchement dans la discrétion (**46al.1 let.a OEC**):

### • Action sui generis en connaissance des origines

- **Droit de connaître ses origines:** relève du droit fondamental à la vie privée (**8 CEDH**)
  - Il ressort de l'arrêt rendu par la CourEDH dans l'affaire Jäggi que le *droit au respect de la vie privée consacrée par l'art. 8 CEDH englobe les aspects importants de l'identité personnelle*. En fait notamment partie la *connaissance de ses origines*, l'âge avancé d'une personne ne diminuant en rien l'intérêt à cette connaissance. Celui qui essaie de découvrir ses origines a un intérêt prépondérant, protégé par la CEDH, à obtenir les informations disponibles pour cela (ATF 134 III 241)
- **Titulaire:** tout enfant (même l'enfant né du mariage de ses parents a droit de connaître ses origines).
- **Distinguer:**
  - **En cas d'adoption:**
    - ❖ **droit absolu** (**268c al.3 CC**): dès 18 ans, l'enfant peut obtenir les données sur ses parents biologiques
    - ❖ **droit relatif** (**268c al.2 CC**) l'enfant mineur, s'il fait valoir un intérêt légitime, peut avoir accès à l'identité de ses parents biologiques avant ses 18 ans.
  - **En cas de PMA** (**27 LPMA**) : **droit à l'information**. Enfant issu de la procréation médicalement assistée:
    - L'enfant âgé de 18 ans révolus:
      - ❖ **droit absolu** (**27al.1 LPMA**): peut obtenir les données concernant **l'identité** du donneur et son **aspect physique** (24 al.2 let.a et d LPMA)
      - ❖ **droit relatif** (**27 al.2 LPMA**): **lorsqu'il fait valoir un intérêt légitime**, l'enfant, quel que soit son âge, a le droit d'obtenir toutes les données relatives au donneur (24 al.2 LPMA)
- **Fondement de l'action sui generis:** **28 CC**
  - **exigence de pesée d'intérêts:** c'est un droit relatif. En effet selon **28al.2 CC**, il faut peser les intérêts entre la personne demandant à connaître ses origines et la personne qui n'a pas envie de savoir s'il est ou non le parent biologique de l'enfant. Néanmoins la JP fait souvent primer l'intérêt de l'enfant.
- **Action indépendante** de l'action en contestation ou/et en établissement de la paternité.
- **Délai:** non
- **Analogie de règles:** on applique les règles des actions d'état de la filiation par analogie

### 7. Remarques générales finales:

Moyen de rompre le lien de filiation dépend du mode de création de celui-ci.

- Lien de filiation maternelle rompu que par l'adoption
- Filiation maternelle = préalable à l'établissement de la filiation paternelle
- Impossibilité tant qu'existe lien de filiation paternelle, de créer un autre lien de filiation paternelle par une reconnaissance ou action en paternité
- Action sui generis en connaissance des origines est indépendante des actions d'état de la filiation

## B. Établissement de la filiation dans l'adoption

### 1. Définition, principes, buts et droit:

- **Définition:** création d'un lien de filiation en principe hors de la filiation génétique ou biologique
- **Principes:**
  - **fondement juridique:** décision de l'autorité compétente (268al.1 CC). Ce n'est donc pas un contrat car on a un contrôle étatique.
  - **rupture des liens de filiation antérieurs** avec un ou deux parents (267al.2 CC) SAUF 267al.3 CC
    - liens de filiation non-rompus à l'égard de la personne avec laquelle le parent adoptif....
      1. est marié
      2. est lié par un partenariat enregistré
      3. mène de fait une vie de couple
  - **adoption plénière et irrévocable:** (ATF 137 I 154)
    - **plénière:** car l'enfant est à part entière enfant des parents adoptifs et
    - **irrévocable:** car on ne peut pas révoquer l'adoption sauf situation très grave
    - **seule manière de la remettre en cause:** action en annulation (voir pages suivantes).
- **Buts:**
  - **bien de l'enfant (264 CC)**
    - cas particuliers:
      - adoption d'un neveu par un couple sans enfant selon une coutume des Balkans:
        - Le TF a refusé l'autorisation de placement en vue de l'adoption dans un cas concernant un neveu que ses parents voulaient céder à un couple sans enfant vivant à proximité, en considérant que ces circonstances constituaient un obstacle pour l'intégration de l'enfant dans sa famille adoptive et qu'elles étaient donc inconciliables avec la conception fondamentale de l'adoption (consid. 3.3) ; il a par ailleurs rappelé que l'aspect culturel n'est pas déterminant ; l'institution suisse de l'adoption est destinée exclusivement à assurer le bien de l'enfant, qui se détermine selon les conceptions suisses sans égards aux origines de

l'enfant (consid. 3.3). *In casu*, la situation est différente sur plusieurs aspects. Tout d'abord, il ne s'agit pas d'une autorisation de placement mais l'approbation d'une adoption après un placement qui s'est bien déroulé (consid. 3.3) ; à noter qu'un refus d'adoption après placement doit être extrêmement rare et n'intervenir que dans des cas particulièrement graves. Par la suite, l'enfant n'est pas à proximité des parents qui sont restés en Albanie et ses premiers 18 mois, il a été élevé par ses grands-parents. En plus, le TF rappelle que l'autorisation de placement (...) n'est accordée que lorsque – selon l'enquête menée par l'autorité cantonale compétente – il n'existe aucun empêchement légal s'opposant à la future adoption et que l'ensemble des circonstances (...) permettent de prévoir que l'adoption servira au bien de l'enfant ; **l'autorisation de placement en vue d'adoption est ainsi propre à susciter un sentiment de confiance**. Les conditions qui doivent être remplies pour l'obtention de cette autorisation sont censées encourager la création de la relation durable souhaitée et d'éviter dans toute la mesure possible que les futurs parents adoptifs ne traitent l'enfant pendant son placement en vue d'adoption comme un enfant « à l'essai » ; dès lors, l'adoption ne doit pas être refusée sans justes motifs sur la base de faits déjà connus au moment de l'autorisation de placement en vue d'adoption, à moins que les circonstances de fait ont changé dans l'intervalle, de manière à rendre l'adoption incompatible avec le bien de l'enfant. En bref, le TF en conclut au rejet de la décision d'annulation de l'adoption car aux vues des circonstances, les désavantages qu'il pourrait subir au maintien de cette dernière sont « comparables » à ceux qu'ils pourraient subir avec son annulation (SJ2010 I 337 / ATF 135 III 80)

- adoption par le grand frère (TF 5A\_619/2008)
  - l'existence du lien de parenté n'est pas en soi un empêchement, cependant, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'une adoption peut se faire entre frères (consid 5.1). *In casu*, la demande d'adoption a été introduite 2 mois avant la majorité de l'enfant pour des raisons principalement matérielles, ce qui, d'après les autorités, ne prime pas sur les troubles psychologiques pouvant y découler. A noter en sus, que seules les conditions objectives (durée des

soins, différence d'âge entre les adoptants et les adoptés) doivent être réalisées au moment de la requête d'adoption ; lorsque les conditions se modifient au cours de la procédure, ces changements doivent être pris en considération au moment de la décision, autant qu'ils sont propres à influencer l'examen du bien de l'enfant ; est décisive la situation de fait existant lorsque la décision est rendue (consid. 5.1).

- "l'intérêt de l'enfant doit passer avant tout autre considération" (ACEDH Akinnibosun c. Italie): la pesée des intérêts doit se faire entre laisser l'enfant dans son ancienne famille ou l'intégrer dans une nouvelle.
- **Droit applicable:**
  - Jurisprudence CEDH:
    - **Refus d'autorisation de placement:** pour un 2e enfant, notamment à cause de la différence d'âge de plus de 45 ans entre l'adopté et l'adoptant. ACEDH Schwizgebel c. Suisse (TF 5A\_19/2006)
    - **Adoption de l'enfant de la concubine = adoption coparentale.** Vu qu'ils ne sont pas mariés, cela rompt le lien de filiation avec la mère et ceci est une ingérence: on rétablit le lien de filiation maternel, même si le couple n'est pas marié. (ACEDH Emonet et autres c. Suisse, TF 5F\_6/2008)
      - Ce qui posait problème au niveau légal c'était l'absence de mariage, mais la CourEDH a retenu que le mariage entre l'adoptant et l'adopté ne pouvait être exigé afin de rétablir le lien de filiation maternelle avec l'adopté. A noter que la notion de famille au sens de l'art. 8 CEDH ne se borne d'ailleurs pas aux seules relations fondées sur le mariage (consid. 2.2) : cette disposition protège aussi d'autres liens familiaux de facto (consid 4.2).
    - **Refus d'adoption** par le beau-père après le divorce avec la mère juridique car pas de vie familiale de facto à protéger (TF 5A\_822/2010)
      - Refus parce que les tribunaux ont dit qu'il n'y a pas une vie familiale *de facto* à protéger dans cette hypothèse et qu'ils ne peuvent déroger à la règle légale qui ne prévoit pas une adoption qui ne rompe pas les liens de filiation avec la mère biologique, dont la requête a été déposée après le divorce (TF 5A\_822/2010)
    - **Droit d'adopter?** Il n'y a pas un droit d'adopter mais la question est laissée ouverte (ACEDH de Grande Chambre E.B c. France)
    - **Interdiction de discrimination:** si la constitution permet le droit d'adopter, ce droit doit être fait de manière non-discriminatoire. C'est une violation de 8 et 14 CEDH que de refuser d'adopter un enfant selon son orientation sexuelle (ACEDH Grande Chambre E.B c. France).

- **Existence d'une vie familiale en l'absence d'effectivité de la relation entre l'enfant et ses parents adoptifs:** la vie familiale est projetée sur une décision définitive et irrévocable d'adoption (ACEDH Pini et autres c. Roumanie)
- **CDE:** toute décision doit être prise dans l'intérêt de l'enfant (**3 al.1 et 21 CDE**).
- **Convention Haye sur la protection des enfants et coopération en matière d'adoption internationale:** a été ratifiée par 98 États et s'occupe de la protection des enfants et coopération entre état d'accueil et état d'origine . En vigueur en Suisse depuis 1.1.03
- **Loi fédérale relative à la Convention de la Haye sur l'adoption et aux mesures de protection de l'enfant en cas d'adoption internationale (LF-CLaH):** en vigueur en Suisse depuis le 1.1.03
  - Lien nourricier de 1 an (art. 264 CC)
  - Droit de connaître son ascendance (art. 268 c CC) : introduction par le TF de ce droit par voie prétorienne (ATF 128 I 63, Arrêt No. 7).
    - Cas d'un enfant qui souhaite (28 ans) connaître sa mère biologique, soit que l'identité de cette dernière lui soit divulguée ; la mère biologique refuse se prévalant notamment du secret qui lui avait été promis lors de l'adoption (BF des autorités) ainsi que des conséquences néfastes qu'une telle divulgation aurait sur son intégrité physique / psychique (l'enfant est né d'un viol). L'art. 7 al. 1 de la Cvt. des NU relative aux droits de l'enfant constitue une disposition directement applicable et garantit à chaque enfant, dans la mesure du possible (il ne faut pas entendre ce terme comme une restriction de nature juridique : lorsque les parents peuvent effectivement être identifiés, ce droit doit exister), le droit de connaître ses parents. Une réglementation semblable a depuis lors été prévue dans la CLaH dont l'art. 30 prévoit que les autorités compétentes doivent assurer l'accès de l'enfant aux informations relatives notamment à l'identité de ses parents, dans la mesure permise par la loi de leur Etat. Il y a déjà une disposition constitutionnelle relative à la médecine de transplantation prévoyant qu'une personne ayant été procréée de la sorte obtienne toutes les données concernant l'identité du donneur etc. donc il n'y a pas de raison qu'un traitement différencié s'opère pour un enfant adopté et c'est pour cela que l'art. 138 OEC a été modifié. Le droit de connaître son ascendance est justifiée par l'intérêt de l'enfant à connaître son origine biologique afin de pouvoir construire sa propre identité et une relation à son passé. A noter que depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> janvier 2013, de la CLaH sur l'adoption internationale et de l'article 268c CC, l'invocation de cette dernière disposition suffira en principe à l'enfant adopté pour faire valoir son droit de connaître son ascendance ; l'art. 286c CC, applicable pour autant que le droit suisse le soit, concerne tous les types d'adoption et permet de demander des renseignements sur l'identité des parents naturels non seulement aux autorités de l'état civil, mais également à toutes les autres autorités susceptibles de détenir de telles informations. Lorsque le droit suisse n'est pas applicable à la recherche de l'ascendance naturelle, ce qui est le cas, sous le régime de la CLaH, pour les adoptions prononcées dans l'Etat d'origine de l'enfant, le droit suisse ne peut conférer à l'enfant que le droit d'accéder aux données qui sont en mains des autorités suisses. Cet arrêt est important car il reconnaît à l'enfant adopté majeur (18 ans révolus), un droit constitutionnel à connaître son ascendance, déduit de la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.,8 CEDH) et de l'article 7 de la Convention des NU sur les droits de l'enfant. Ce droit fondamental est inconditionnel, imprescriptible et inaliénable. En cette qualité, il permet à l'enfant adopté majeur d'obtenir en tout temps un extrait du registre des naissances comprenant l'inscription originale de son ascendance. Par ailleurs, l'enfant ne peut s'engager valablement à renoncer à ce droit. A

*noter que, si l'enfant adopté est mineur, il ne pourra connaître l'identité de ses parents naturels que s'il peut faire valoir un intérêt prépondérant (ATF 128 I 63)*

- **Code civil: 254ss et 316 CC**
  - **autorité cantonale unique** pour délivrer l'autorisation d'accueil et pour surveiller le placement (**316al.1 bis CC**)
  - à **GE**: service d'autorisation et surveillance des lieux de placement (SASLP)
- **Ordonnance sur l'adoption:**
  - **en vigueur depuis 1.1.12**
  - **abrogation:** de l'ordonnance sur l'activité d'intermédiaire en vue de l'adoption, et de la section 2a de l'ordonnance sur le placement d'enfants à des fins d'entretien et en vue d'adoption (OPEE); devenue l'ordonnance sur le placement d'enfants (OPE). L'OPE reste applicable pour la prise en charge extra-familiale des enfants sans qu'il y ait de projet d'adoption.

## 2. Types de requêtes et conditions:

### Procédure, à analyser dans l'ordre:

1. Voir quel type d'adoption semble possible (conjointe, par une personne seule, etc.)
2. Suivre les étapes ci-dessous pour vérifier les conditions de l'adoption: différence d'âge, consentement de l'enfant, consentement de l'APE si enfant sous tutelle, consentement du père et mère de l'enfant, lien nourricier, opinion des descendants de l'adoptant, bien de l'enfant

### Conditions générales:

- **Différence d'âge minimale entre l'adoptant et l'adopté (264d CC)**
  - 16 ans
  - exception si le bien de l'enfant le commande. Par exemple, s'il y a l'idée d'adopter plusieurs enfants, ça serait injuste que le projet échoue pour un membre de la fratrie à cause de la différence d'âge entre ce dernier et l'adoptant.
- **Différence d'âge maximale (264d CC)**
  - une adoption n'est possible que si le ou les adoptants, vu leur âge [...] paraissent à même de prendre l'enfant en charge jusqu'à sa majorité (**264al.2 CC et 3al.2let.b LPMA**)
  - l'âge maximal de 45 ans est prévu par **5al.4 OAdo + 254d CC**
    - **exception:** si le bien de l'enfant le commande. Le ou les adoptants doivent motiver leur demande de dérogation.
- **Participation de l'enfant, des parents de l'enfant et de ses proches:**
  - **consentement de l'enfant:**
    - **capacité de discernement:** si l'enfant est capable de discernement (dès 12 ans selon la JP) son consentement à l'adoption est requis. L'enfant qui n'est pas entendu **peut recourir** contre cette décision (**268a bis al.3 CC**)
      - **DEE:** dans tous les cas, il doit être consulté et a le droit d'être entendu dès ses 4 ans. (**265al.1 CC et 268a bis CC**)
    - **si l'enfant est sous tutelle ou curatelle,** le consentement de l'autorité de protection de l'enfant est requis, même si l'enfant est capable de discernement (**265al.2 CC**). Exemple de tutelle: un enfant peut être sous tutelle parce que ses parents sont décédés.

- ❖ **si l'enfant refuse:** la procédure d'adoption ne peut pas continuer.
- **consentement de l'APE:**
  - **quand l'enfant est sous tutelle ou curatelle:** le consentement de l'autorité de protection de l'enfant est requis, même s'il est capable de discernement (265a.2 CC)
    - ❖ **tutelle (327a CC):** l'autorité de protection de l'enfant nomme un tuteur quand l'enfant n'est pas soumis à l'autorité parentale
      - **conditions de l'autorité parentale:**
        1. **lien de filiation (252ss CC) ET**
        2. **plein exercice des droits civils (296a.3 CC)** (= majorité des parents, absence de curatelle de portée générale et capacité de discernement)
- **consentement éclairé des parents de l'enfant (à adopter) s'il est mineur (265a CC)**
  - **notion:** les parents doivent bien comprendre qu'ils consentent à l'adoption de leur enfant et quelles en sont les conséquences.
  - **moment (265b CC):** le consentement ne peut être donné avant 6 semaines à compter de la naissance de l'enfant et peut être révoqué dans les 6 semaines qui suivent sa réception.
  - **forme (265a al.2 CC)** le consentement est déclaré par écrit ou oralement, à l'autorité de protection de l'enfant du domicile ou du lieu de séjour des parents ou de l'enfant et il doit être consigné au procès-verbal.
  - **abstraction du consentement (265c CC):** il peut être fait abstraction du consentement quand les parents sont absents depuis longtemps sans résidence connue, inconnus, ou incapables de discernement de manière durable. Pas besoin d'une déclaration d'absence.
    - ❖ **critère objectif:** absence de lien vivant (=absence de contact)
    - ❖ **critère subjectif:** absence de volonté de vouloir créer le lien, pas d'effort sérieux et pas d'engagement réel et continu envers l'enfant
  - **droit strictement personnel non-sujet à représentation**
  - **ATTENTION si l'enfant à adopter est majeur:** pas besoin de l'accord des parents biologiques car ses droits de la personnalité l'emportent.
- **consentement des autres personnes concernées (268a quater CC)** enfants des adoptés, conjoint, partenaire enregistré, etc.
- **[droit d'être entendu (268a bis CC)**
- **représentant de l'enfant si nécessaire (268a ter CC)**
- **prénom et nom de l'enfant (267a CC)] => pas analysés dans cas.**
- **lien nourricier d'un an et parents capables de prendre en charge (264 CC):**
  - **définition du lien nourricier:** le lien nourricier est la communauté domestique indépendante du mariage, des parents et du domicile légal de l'enfant. Il implique une stabilité et une continuité, mais ce lien nourricier n'est pas interrompu par toute absence des futurs parents adoptifs ou de l'enfant. Il continue d'exister, notamment quand un époux quitte le ménage conjugal, mais continue par ses visites, d'entretenir un contact régulier avec l'enfant; dans ce cas,

l'adoption conjointe reste possible si en plus, elle correspond au bien de l'enfant (voir ci-dessous ATF 125 III 161).

- **soins pendant min. 1 an:** "un enfant mineur peut être adopté si le/les adoptants lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins 1 an et si toutes les circonstances permettent de prévoir que l'établissement du lien de filiation servira le bien de l'enfant sans porter une atteinte inéquitable à la situation d'autres enfants du ou des adoptants (264a.1 CC)"
    - ❖ *Toute adoption doit, par conséquent, être précédée d'un placement, d'un lien nourricier d'une certaine durée.* Condition impérative de l'adoption, cette mesure constitue une justification de l'établissement ultérieur d'un lien de filiation, un délai d'épreuve pour les intéressées, ainsi qu'une occasion et un moyen de s'assurer que l'adoption servira le bien de l'enfant. Le lien nourricier doit précéder l'adoption dans tous les cas, indépendamment de la durée du mariage ou de l'âge des adoptants ; il ne peut pas être réduit. Dans le cas d'une adoption conjointe, le délai de deux ans s'applique à chacun des époux ; l'adoption n'est dès lors possible que lorsque le lien nourricier a duré deux ans à l'égard de chacun d'eux. *Le lien nourricier ne remplit son rôle que si les futurs parents adoptifs accueillent l'enfant dans leur foyer et s'occupent de lui personnellement ; il n'est pas nécessaire qu'il se déroule et un seul tenant, mais le simple fait de passer des vacances en commun ne suffit pas. A noter que, lorsque le parent adoptif et l'enfant sont séparés pour des courtes périodes (vacances, séjour à l'hôpital, études etc.) le délai peut être prolongé si celles-ci sont fréquentes, ou si ces périodes, bien que rares, sont relativement longues. En cas de séparation de longue durée, le défaut de communauté domestique pourra être compensé par l'intensité, la fréquence et la régularité des relations personnelles entretenues.* Dès lors, même si le lien nourricier implique une continuité et une stabilité, il y a lieu de considérer qu'il n'est pas interrompu par toute absence des futurs parents adoptifs ou de l'enfant ; *il continue ainsi d'exister, notamment, lorsqu'un époux quitte le ménage conjugal, mais continue, par ses visites, d'entretenir un contact régulier avec l'enfant ;* dans ce cas, l'adoption conjointe paraît rester possible, lorsqu'au demeurant elle correspond encore au bien de l'enfant (ATF 126 III 412 consid. 2a).
  - **descendants de l'adoptant:** il faut prendre en compte l'opinion des descendants de l'adoptant(e), mais ce n'est pas une nécessité. (268a quater al.1 CC)
  - **parents capables de prendre en charge** "une adoption n'est possible que si le ou les adoptants, vu leur âge et leur situation personnelle, paraissent à même de prendre l'enfant en charge jusqu'à sa majorité (264a.2 CC)".
- **bien de l'enfant (264 CC et 3 OAdo):**
- **Concernant une adoption faite par les grands-parents:** la jurisprudence est restrictive. Une telle requête d'adoption est envisageable en cas de décès ou absence des parents, mais doit être examinée avec attention particulière: seule est déterminante la question de savoir s'il est dans l'intérêt de

l'enfant de supprimer le lien juridique qui l'unit à sa mère biologique et de le remplacer par un lien semblable avec ses grands-parents.

- **En principe** : il ne faut pas admettre une requête d'adoption des grands parents si il y a communauté de vie avec la mère biologique, respectivement le père biologique de l'enfant, c.-à-d. s'ils vivent dans leur ménage ou habitent à proximité et leur rendent fréquemment visite. La fin des rapports personnels n'est pas une condition formelle de l'adoption par les grands-parents, mais une communauté de vie dans laquelle les parents biologiques peuvent suivre le développement de leur enfant même après l'adoption est exposée à des risques de conflit.
  - **Exception** : une adoption peut se révéler dans l'intérêt de l'enfant quand la mère biologique et le père biologique, sont absents ou décédés, ou si eu égard à leur jeune âge ou état mental, ne sont absolument pas capables de nouer une relation sociale et psychique normale avec leurs enfants.
- **Adoption conjointe (264a CC)**
    - **ménage commun: 3 ans** sans interruption (mais des courtes interruptions de type professionnel sont admises) ; ET
    - **âge minimal: 28 ans; ET**
      - **exception:** si le bien de l'enfant le commande des exceptions à la condition d'âge minimal sont possibles.
    - **accord des deux conjoints**
    - **réservé aux couples mariés:** les concubins ou partenaires ne peuvent pas adopter conjointement via cet article.
  - **Adoption par une personne seule (264b CC)**
    - **âge minimal: 28 ans**
      - **exception:** si le bien de l'enfant le commande des exceptions à la condition d'âge minimal sont possibles.
    - **principe:** personne ni mariée, ni partenariat. Donc si une personne vit en concubinage avec une autre, elle peut (seule, pas les 2 ensemble) adopter un enfant qui n'est pas enfant du conjoint (**sinon on serait dans l'adoption coparentale!!**)
    - **exception:** pour la personne mariée, elle peut adopter seule dans des conditions très particulières, notamment si le conjoint est devenu incapable de discernement durablement ou s'il y a eu un jugement (**nécessaire ce jugement?**) de séparation de corps depuis plus de 3 ans (PAS divorce, PAS suspension de vie commune de MPUC) ou si la personne est absente depuis plus de 2 ans sans résidence connue. Pas besoin d'un jugement d'absence.
      - extension de cette exception au partenariat enregistré: pareil que pour la personne mariée, mais on enlève l'hypothèse de séparation de corps car n'existe pas pour les partenaires.
        - ACEDH Grande Chambre E.B. c. France
        - Recommandation du Conseil d'Europe qui dit qu'il faut cesser les discriminations basées sur le genre

- **Adoption coparentale; soit de l'enfant du conjoint ou du partenaire (enregistré) de droit comme de fait (264c CC)**
  - **évolution de la conception du bien de l'enfant:** représentation de l'enfant (268a ter CC)
  - **âge minimal: aucun**
  - **couple doit faire ménage commun depuis min. 3 ans avant de déposer la requête.**
  - **adoption de:**
    - **l'enfant du conjoint; OU**
    - **l'enfant du partenaire enregistré (27a et 28 LPart); OU**
      - vie familiale de facto
      - consolider la situation juridique de l'enfant
    - **l'enfant de la personne menant de fait une vie de couple:**
      - vie familiale de facto
      - ni l'adoptant, ni le parent, ne doit être marié ou partenaire
        - on ne parle ici que de personnes menant de fait une vie de couple (264c al.3 CC)
  - **pas de rupture des liens:** les liens de filiation ne sont pas rompus à l'égard de la personne avec laquelle le parent adoptif est marié (267a.3 CC)
- **Adoption des adultes facilitée (266 CC)**
  - **1 an de communauté domestique (TF 5C.296/2006):** avant c'était 5 ans.
  - **justes motifs (5A\_126/2013)**
    - X et Y se rencontrent au Japon et développent une grande amitié. Y demande l'adoption de X, mais décède. La Cour etc. refusent l'adoption au motif qu'elle serait seulement motivée par un souci du défunt de protéger financièrement le recourant. Le TF nous dit que la notion d'autre justes motifs doit être comprise comme l'existence d'autre éléments que ceux prévus aux chiffres 1 et 2 de l'art. 266 al. 1 CC démontrant qu'une relation affective particulièrement forte lie le majeur à la personne désireuse de l'adopter; les liens affectifs unissant le ou les adoptants et l'adopté doivent être suffisamment étroits pour que leur relation puisse être assimilée à une filiation naturelle: le fait que les parents adoptifs aient assuré directement et personnellement une assistance importante et des soins à l'adopté ou inversement peut en particulier parler en faveur de l'existence d'un tel lien. Des motivations purement successorales, fiscales ou relevant du droit de l'établissement ne constituent pas un juste motif à l'adoption d'un majeur. De plus, il ajoute que l'inquiétude exprimée par le défunt quand à l'avenir y compris économique du recourant n'exclut en rien l'existence d'un lien de nature filiale les unissant, au contraire (TF 5A\_126/2013 du 13 juin 2013 consid. 4.3)
  - **application par analogie des dispositions sur les mineurs 264ss CC** sauf les 265a ss CC: pas besoin du consentement des parents biologiques une fois l'enfant majeur, vu que ses droits sur la personnalité l'emportent.
  - **suppression de la condition de l'absence de descendants**: avant il fallait que celui qui voulait adopter un enfant adulte n'ait pas de descendants, ce qui est très restrictif, aussi dans l'idée de pouvoir adopter

un enfant qui ne pouvait pas l'être en étant mineur, par exemple à cause du refus d'un des parents biologiques.

- **opinion des personnes concernées (268a quater CC)**: lorsque les adoptants ont des descendants, leur opinion doit être prise en considération. Avant l'adoption d'une personne majeure, l'opinion des personnes suivantes soit en outre être prise en compte :
  - conjoint ou partenaire enregistré de la personne qui fait l'objet de la demande d'adoption; ET
  - parents biologiques de la personne qui fait l'objet de la demande; ET
  - les descendants de la personne qui fait l'objet de la demande d'adoption pour autant que leur âge/justes motifs ne s'y opposent pas.
- **conditions spécifiques de 266al.1 CC**:
  - une personne majeure peut être adoptée si:
    - si elle a besoin de l'assistance permanente d'autrui en raison d'une infirmité physique, mentale ou psychique et que le ou les adoptants lui ont fourni des soins pendant au moins 1 an; (ch.1) ou
    - quand durant sa minorité, le ou les adoptants lui ont fourni des soins et ont pourvu à son éducation pendant au moins un an; (ch.2) ou
    - pour d'autres justes motifs, quand elle a fait ménage commun pendant au moins 1 an avec le ou les adoptants (ch.3).
- **Action sui generis en connaissance des origines**
  - **Droit de connaître ses origines**: relève du droit fondamental à la vie privée (8 CEDH)
  - **Titulaire**: tout enfant (même l'enfant né du mariage de ses parents a droit de connaître ses origines).
  - **Distinguer**:
    - **En cas d'adoption**:
      - ❖ **droit absolu (268c al.3 CC)**: dès 18 ans, l'enfant peut obtenir les données sur ses parents biologiques
      - ❖ **droit relatif (268c al.2 CC)** l'enfant mineur, s'il fait valoir un intérêt légitime, peut avoir accès à l'identité de ses parents biologiques avant ses 18 ans.
    - **En cas de PMA (27 LPMA) : droit à l'information**. Enfant issu de la procréation médicalement assistée:
      - L'enfant âgé de 18 ans révolus:
        - ❖ **droit absolu (27al.1 LPMA)**: peut obtenir les données concernant l'identité du donneur et son aspect physique (24 al.2 let.a et d LPMA)
        - ❖ **droit relatif (27 al.2 LPMA)**: lorsqu'il fait valoir un intérêt légitime, l'enfant, quel que soit son âge, a le droit d'obtenir toutes els données relatives au donneur (24 al.2 LPMA)
- **Fondement de l'action sui generis: 28 CC**
  - **exigence de pesée d'intérêts**: c'est un droit relatif. En effet selon 28al.2 CC, il faut peser les intérêts entre la personne demandant à connaître ses origines et la personne qui n'a pas envie de savoir s'il est ou non le parent biologique de l'enfant. Néanmoins la JP fait souvent primer l'intérêt de l'enfant.

- **Action indépendante** de l'action en contestation ou/et en établissement de la paternité.
- **Délai:** non
- **Analogie de règles:** on applique les règles des actions d'état de la filiation par analogie

### 3. Procédure pour adopter un enfant:

- **Phase 1: préparation de l'accueil**
  - **autorisation avant placement** (4 OAdo, via 269c al.3 CC): quiconque veut adopter doit **obtenir une autorisation**
    - **autorisation de placement:**
      - ❖ **Autorisation** "Le placement d'enfants auprès de parents nourriciers est soumis à autorisation et surveillance de l'autorité de protection de l'enfant ou d'un autre office du domicile des parents nourriciers, désigné par le droit cantonal" (316al.1 CC).
      - ❖ **Pour ceux qui résident en Suisse:** "Quiconque réside habituellement en CH et veut accueillir un enfant en vue de son adoption, ou adopter un enfant à l'étranger, doit obtenir une autorisation de l'autorité cantonale" (4 OAdo)
      - ❖ **Pour les enfants nés en Suisse:** l'autorité cantonale décide de l'octroi de l'autorisation. avant qu'ils soient accueillis (7al.6 OAdo)
    - **compétence:** lorsqu'un enfant est placé en vue d'une adoption, une autorité cantonale unique est compétente (GE: SASLP, service d'autorisation et de surveillance des lieux de placement) (316al.1 bis CC)
    - **enquête en vue de l'agrément** (6 OAdo)
      - ❖ **conditions en matière d'aptitude personnelle et éducative** (5al.2 OAdo): voir l'article, plusieurs conditions à remplir.
      - ❖ **exigences plus élevées** (5al.3 OAdo): si les parents veulent accueillir un enfant âgé de plus de quatre ans ou atteint dans sa santé ou plusieurs enfants à la fois ou que plusieurs enfants vivent déjà dans la famille.
      - ❖ **présomption d'inaptitude, réfragable exceptionnellement** (264d CC et 5 al.4 OAdo): la différence d'âge entre l'enfant ou les adoptants ne peut pas être inférieure à 16 ni supérieure à 45 mais des motifs peuvent y déroger; notamment s'ils ont déjà établi des liens étroits avec l'enfant selon 5al.4 OAdo.
      - ❖ **conditions supplémentaire en cas d'adoption internationale** (5al.2 let.d ch.2 et 5 OAdo)
- **Phase 2: insertion de l'enfant dans sa future famille:**
  - **durée de 1 an au moins d'adoption** (264 CC)
  - **enfant entretenu gratuitement par ses futurs parents adoptifs** (294al.2 CC): la gratuiteté est présumée quand il s'agit d'enfants de proches parents ou enfants accueillis en vue de leur adoption. Les parents nourriciers sont présumés pourvoir à l'entretien de l'enfant (264 CC).
  - **adoption en blanc** (=par des tiers anonymes):
    - ❖ **retrait de l'autorité parentale** (312ch.2 CC): l'autorité de protection de l'enfant prononce le retrait de l'autorité

parentale lorsque les pères et mères ont donné leur consentement à l'adoption future de l'enfant par des tiers anonymes.

- ❖ **tuteur (327a CC)**: l'autorité de protection de l'enfant nomme un tuteur quand l'enfant n'est pas soumis à l'autorité parentale
- ❖ **N.B: conditions de l'autorité parentale:**
  - **lien de filiation (252ss CC) ET**
  - **plein exercice des droits civils (296al.3 CC)** (= majorité, absence de curatelle de portée générale et capacité de discernement)
- **but de l'intervention des autorités:**
  - ❖ surveillance et soutien de la famille:
    - **obligations d'informer (9 OAdo)**: les futurs parents adoptifs doivent communiquer sans délai à l'autorité toute modification de faits déterminants, notamment tout changement sein de la communauté de vie, ou d'habitation et changement de domicile.
    - **surveillance (10 OAdo)**: l'autorité cantonale veille au respect des conditions d'autorisation. Elle désigne une personne appropriée qui fait des visites au domicile des futurs parents adoptifs aussi fréquentes qu'il faut, mais au minimum 2 par an.
- **Phase 3 - dépôt de la requête et enquête:**
  - **enquête (268a CC)**
  - **toutes les conditions doivent être remplies dès le dépôt de la requête (268al.2 CC) dont:**
    - ❖ **consentements:**
      - **N.B: droit strictement personnel non-sujet à représentation (19c al.1 CC)**. Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils (p.ex.: mineurs) exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome; les cas où la loi exige le consentement du représentant légal sont réservés. Ici la loi n'exige pas le consentement du représentant légal pour consentir.
      - **N.B: capacité de discernement (16 CC)**: présumée dès 16 ans.
      - **consentement de l'enfant capable de discernement (265al.1 CC)**
      - **consentement des parents de l'enfant détenteurs ou non de l'autorité parentale (265a al.1 CC)**.
        - **forme du consentement**: le consentement est écrit ou oral, déclaré à l'autorité de protection de l'enfant du domicile ou du lieu de séjour des parents ou de l'enfant. Ce consentement doit être consigné au procès-verbal (265a al.2 CC). AINSI :



personnel de continuer à le porter. La jurisprudence récente « minimise » l'importance du nom comme signe d'appartenance à une famille etc. donc il faut tenir compte de ces nouvelles tendances dans le cadre de l'appréciation de l'art. 30 al. 1 CC. Dès lors, au vu de l'évolution de la législation et de la jurisprudence, la jurisprudence appliquée jusqu'à ce jour (ATF de 1979 et 1982) ne peut être maintenue en tant qu'elle exige des motifs supplémentaires pour refuser le nom acquis par adoption ; il n'y a pas d'intérêt public suffisant pour imposer à la recourante le nom de sa mère adoptive.(ATF 137 III 97)

- controverse sur le consentement de l'enfant mineur (270b CC):
  - ❖ **consentement:** si adoption de l'enfant du conjoint/partenaire
  - ❖ **droit de véto** de 12 à 18 ans par renvoi de 267a al.2 CC: si l'enfant a 12 ans, il n'est plus possible de changer son nom sans son consentement. En gros, un enfant entre 12 et 18 ans peut refuser de prendre le nom du parent adoptif, alors qu'à 18 ans, s'il est adopté comme enfant majeur, il doit faire valoir un motif légitime pour pouvoir maintenir son nom, ce qui est absurde.
- **Prénom (267a al.1 CC)**
  - adoption conjointe ou par personne seule
  - motifs légitimes (pour donner un nouveau prénom)
  - audition de l'enfant quant à son nouveau prénom (pour autant que l'âge et autre justes motifs ne s'y opposent pas)
  - consentement dès 12 ans pour l'enfant : ce consentement est requis dès que l'enfant est âgé de 12 ans révolus.
- **Droit de cité:** du parent adoptif, dont l'adopté porte le nom (267b CC)
  - pour l'adopté mineur exclusivement
- **Secret de l'adoption: (268b-e CC)**
  - **droit au respect de la vie privée** (mais assouplissement des règles néanmoins) (268b-e al.1 CC)
    - **en faveur des parents biologiques (268b CC):**
      - ❖ identification de l'enfant adopté et sa famille adoptive, auprès des parents biologiques si:
        - consentement des parents adoptifs ET enfant mineur capable de discernement (al.2); donc l'incapacité de discernement de l'enfant fait obstacle à l'obtention des données
        - consentement de l'enfant majeur (al.3)
    - **élargissement de l'information sur l'adoption, sur les parents biologiques et leurs descendants (268c CC)**
      - ❖ droit de l'enfant (selon son âge et maturité) de savoir qu'il a été adopté (268c al.1 CC)
      - ❖ enfant mineur: **droit relatif** (que si motifs légitimes) aux données identifiantes et droit absolu aux données non-identifiantes (268c al.2 CC)

- ❖ enfant majeur: **droit absolu** aux données identifiantes et autres informations concernant les parents biologiques (268c al.3 CC)
  - droit à des informations sur les descendants directs majeurs si ces derniers y consentent
- ❖ service cantonal de l'information et droit d'être conseillé (268d CC): intérêt de l'enfant est prépondérant (al.3)
- **relations personnelles avec les parents biologiques (268e CC)**
  - ❖ **Principe:** les père et mère ayant consenti à l'adoption de leur enfant, ou même dans le cas où l'adoption a eu lieu sans leur consentement (car on pouvait en faire abstraction 265c CC), le droit aux relations personnelles cesse quand l'enfant est placé en vue d'une adoption;
  - ❖ **Exception:**
    - **accord pour maintien de relations (268e CC):** accord des parents adoptifs et parents biologiques pour un maintien des relations personnelles indiquées par les circonstances.
      - **la convention doit être approuvée** par l'APE du domicile de l'enfant et plus généralement par les parents adoptifs, parents biologiques et par l'enfant. On est dans une adoption ouverte (voie conventionnelle).
      - **consentement de l'enfant capable de discernement.** Pour le consentement on est plus souple car il s'agit seulement de consentir à avoir des relations personnelles. On retient donc 12 ans voire même 10 ans. Dans tous les cas, (qu'il soit ou non capable de discernement), il a le droit d'être entendu par l'APE ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que son âge ou autres justes motifs ne s'y opposent pas.

#### 5. Annulation de l'adoption

- **Conditions:**
  - **cas du défaut de consentement (269 CC et TF 5C.18/2004)**
    - **absence d'un consentement exigé** (par enfant et/ou parents et/ou APE selon 265ss CC) ET
    - **bien de l'enfant non-sérieusement compromis:** si le bien de l'enfant était compromis par l'annulation de l'adoption, alors il ne pourrait pas y avoir d'annulation.
    - **qualité pour agir:** personnes habilitées à donner le consentement selon 265ss CC
    - **délai (269b CC)**
      - subjectif: 6 mois dès la découverte du motif
      - objectif: 2 ans depuis l'adoption
      - N.B: restitution du délai pour justes motifs admise par la jurisprudence (TF 5C.18/2004); mais introduction de l'action dans le mois suivant la connaissance du

motif de restitution sous réserve de circonstances exceptionnelles

- **cas d'autres vices graves** (269a al.1 CC et ATF 137 I 154)
  - à l'exclusion de vices relatifs à des prescriptions de procédure (al.2)
  - sauf si le vice a été écarté entre-temps (al.2)
  - **N.B:** changement de circonstance  $\neq$  vice grave (*voir ATF ci-dessous*)
  - **bien de l'enfant non-sérieusement compromis:** si le bien de l'enfant était compromis par l'annulation de l'adoption, alors il ne pourrait pas y avoir d'annulation.
    - o même si non-expressément dans la loi
    - o intérêt de l'enfant est primordial (ACEDH Zaiet c. Roumanie)
  - **qualité pour agir:** tout intéressé (commune d'origine ou de domicile p.ex)
  - **délai** (269b CC)
    - o subjectif: 6 mois dès la découverte du motif
    - o objectif: 2 ans depuis l'adoption
    - o N.B: restitution du délai pour justes motifs admise par la jurisprudence (TF 5C.18/2004); mais introduction de l'action dans le mois suivant la connaissance du motif de restitution sous réserve de circonstances exceptionnelles
  - **JP:** Y a été adopté par son beau-père ; lorsque ce dernier et sa mère (A) divorcent, Y entre en contact avec son père biologique avec qui elle développe un lien, dès lors elle demande l'annulation de l'adoption. Une annulation n'est possible que lorsque l'adoption est entachée de vices graves, ce qu'un **changement de circonstances** ne représente pas. A noter aussi que le droit à la connaissance de ses origines n'englobe pas impérativement celui de convertir le lien biologique en une relation juridique (consid. 3.4.1). De plus, le TF soulève que les rapports entre les enfants majeurs et leurs parents ne jouissent pas, selon la jurisprudence de la CEDH, de la protection de l'art. 8 CEDH, dans la mesure où il n'existe aucun lien de dépendance particulier qui dépasse les liens affectifs habituels (ATF 137 I 154)

<b>1. LA PROTECTION DE LA PERSONNALITE</b>	<b>2</b>
<b>A. INTRODUCTION: NOTION DE PROTECTION</b>	<b>2</b>
1. NOTIONS:	2
2. TITULARITE DES DROITS:	2
3. SOURCES	2
4. PROTECTION INTERNE	2
5. PROTECTION EXTERNE (ATTEINTES DE TIERS):	3
<b>B. LES BIENS DE LA PERSONNALITE</b>	<b>4</b>
1. LES BIENS DE LA PERSONNALITE	4
2. ZOOM SUR LA SPHERE PRIVEE	4
3. ZOOM SUR L'HONNEUR	5
<b>C. CARACTERISTIQUES DES DROITS DE LA PERSONNALITE</b>	<b>5</b>
<b>D. LES ACTIONS DE LA PERSONNALITE</b>	<b>6</b>
1. DISTINCTION ENTRE ACTIONS DEFENSIVES ET REPARATRICES	6
2. ACTIONS DEFENSIVES (28A CC)	6
3. ACTIONS REPARATRICES: COMPLEMENTE LES ACTIONS DEFENSIVES	9
<b>E. MESURES PROVISIONNELLES</b>	<b>10</b>
1. BUT:	10
2. CHARGE DE LA PREUVE FACILITEE (261 CPC)	10
3. LE JUGE PEUT ORDONNER NOTAMMENT A TITRE PROVISoire (262 CPC)	10
4. VALIDATION AU FOND (263 CPC)	10
5. SURETES (264 CPC)	10
6. EN CAS D'URGENCE PARTICULIERE	10
7. «TRAITEMENT DE FAVEUR» POUR LES MEDIAS A CARACTERE PERIODIQUE (266 CPC)	10
<b>2. LE DROIT DE REPOSE</b>	<b>11</b>
<b>A. ORIGINE:</b>	<b>11</b>
<b>B. OBJECTIFS</b>	<b>11</b>
<b>C. MOYEN EXTRAJUDICIAIRE</b>	<b>11</b>
<b>D. CONDITIONS</b>	<b>12</b>
1. UNE PERSONNE EST DIRECTEMENT TOUCHEE (LIEN PHYSIQUE OU MORAL) DANS SA PERSONNALITE	12
2. PAR UNE PRESENTATION DE FAITS:	12
3. PAR UN MEDIA A CARACTERE PERIODIQUE (PAS DE DEFINITION DANS LA LOI)	13
<b>E. EXERCICE DU DROIT</b>	<b>13</b>
<b>F. MODALITES DE DIFFUSION</b>	<b>15</b>
<b>G. RECOURS AU JUGE EN CAS DE REFUS DE L'EXERCICE DU DROIT PAR L'ENTREPRISE</b>	<b>15</b>
1. ACTION EN EXECUTION DU DROIT DE REPOSE (28L CC):	15
2. CONDITIONS FORMELLES/DE RECEVABILITE DE L'ACTION EN EXECUTION DU DROIT DE REPOSE	16
3. CONDITIONS DE L'ACTION EN EXECUTION DU DROIT DE REPOSE REMPLIES:	16
<b>3. LA PROTECTION DES DONNEES</b>	<b>17</b>
<b>A. INTRODUCTION</b>	<b>17</b>
<b>B. SPECIFICITES DE LA LPD</b>	<b>17</b>
<b>C. CHAMP D'APPLICATION DE LA LPD</b>	<b>18</b>
<b>D. CONCRETISATION DE LA NOTION D'ATTEINTE</b>	<b>19</b>
<b>E. MOTIFS JUSTIFICATIFS (13 LPD)</b>	<b>21</b>
<b>F. DROIT D'ACCES</b>	<b>21</b>
<b>G. VOIES DE DROIT</b>	<b>21</b>

## 1. La protection de la personnalité

### A. Introduction: notion de protection

#### 1. Notions:

- **Problématique**
  - Protection de la personne par le droit contre des atteintes aux biens qui lui sont propres en tant que sujet de droit
- **Contenu de la personnalité (11 CC  $\neq$  28ss CC)**
  - **Ensemble des biens ou valeurs** qui appartiennent à une personne du seul fait de son existence
  - **Biens extrapatrimoniaux**: on exclut tous les biens patrimoniaux de la personnalité.
  - **À chaque bien correspond un droit.**
- **Droit de la personnalité**
  - **Pendant en droit privé, des droits fondamentaux**: les droits de la personnalité s'appliquent entre particuliers et ces dispositions vont protéger les individus entre eux. Ces droits sont les droits de la première génération, mais les choses évoluent et le TF reconnaît aussi un droit d'obtenir quelque chose (droit de connaître ses origines) qui peut également être intenté contre les privés (et pas que contre l'état)

#### 2. Titularité des droits:

- **Personnes physiques**
- **Personnes morales**: pour les aspects qui ne sont pas inséparables de la condition humaine (53 CC), on exclut donc le droit à la vie. Une PM a droit à un droit de la personnalité au nom, à la vie privée, à l'honneur, mais ne peut pas se prévaloir d'un droit à la vie.

#### 3. Sources

- **Normes générales**: les droits de la personnalité ne sont pas un *numerus clausus*.
  - **Art. 27 CC** : contre des engagements excessifs
  - **Art. 28 ss CC** : contre les atteintes de tiers.
  - **Art. 28g-28l CC** : Droit de réponse
  - **Art. 29-30 CC** : protection relative au nom
  - **Art. 28b** : Protection à l'encontre de violence, menaces ou harcèlement
  - **LPD** : protection des données
  - **LCart, LCD** : liberté en matière économique
- **Et les autres domaines du droit** : procédure civile, droit constitutionnel, droit pénal

#### 4. Protection interne

- **Protection interne (27 CC)**
  - Protection de la personne contre les engagements excessifs qu'elle accepterait pour elle-même
    - **biens protégés**:
      - **capacité civile (al. 1)**: la personne ne peut pas renoncer, aliéner sa liberté. On ne peut pas renoncer à sa capacité civile. On ne peut pas s'engager civilement à ne pas se marier.
      - **liberté de décision (al. 2)**: notamment on ne peut pas

conclure un contrat contraire aux lois ou aux mœurs (promettre de soumettre tout acte au consentement d'un tiers, ou de conclure un contrat indéfiniment).

▪ **sanctions:**

- **nullité absolue (al. 1):** levée d'office par le juge.
- **nullité totale ou partielle, révocation (al. 2):** selon les circonstances, on peut réduire les mesures d'engagement à une mesure qui est admissible, si le caractère excessif tend à la durée de l'engagement, ou on peut révoquer ce contrat pour l'avenir.

**5. Protection externe (atteintes de tiers):**

• **Protection externe (28ss CC)**

- **protection contre les atteintes de tiers**

- dispositions générales (28 ss CC)
- dispositions spéciales, par ex.
  - protection contre le harcèlement (28b CC)
  - droit de réponse (28 g ss CC)
  - autres lois:
    - ❖ par ex. LPD, LCD

• **Les biens (droits de la personnalité) protégés**

- **La personnalité physique**

- **vie** (atteindre à la vie = supprimer tous les autres biens de la personnalité en faisant disparaître la personne),
- **intégrité corporelle** (contient l'intégrité psychique et comprend aussi la liberté de mouvement et on en tire la liberté d'auto-détermination)
- **liberté de mouvement**
- **liberté sexuelle**
- **sort du cadavre:** permet à la personne de prendre des dispositions sur le sort de son cadavre, décider de son lieu/mode d'inhumation, ou dons d'organes; avant de décéder.

- **La personnalité affective:**

- **relations avec les proches:** liens qui ont une qualité particulière car sont reconnus par l'ordre juridique. Ils sont reconnus par l'ordre juridique (fiançailles, partenariat, mariage, liens de filiation). Ces relations valent aussi pour les relations non-maritales. Ceci couvre-t-il les liens avec les animaux de compagnie? À discuter.
- **piété filiale:** notamment sentiments envers les décédés. Permet aux proches de faire valoir leur droits et permet de défendre les droits de la personne décédée. Permet de manière subsidiaire de décider du sort du cadavre du proche qui n'aurait pas pris de dispositions par rapport au sort de leur cadavre; alors ce sont les proches qui décident en vertu de leurs droits à la personnalité.
- **respect de la vie affective**

- **La personnalité sociale:**

- nom, honneur, sphère privée, liberté économique. Exemple: vie privée, image, voix, données personnelles, création littéraire, titres de noblesse, loi sur les cartels.

## B. Les biens de la personnalité

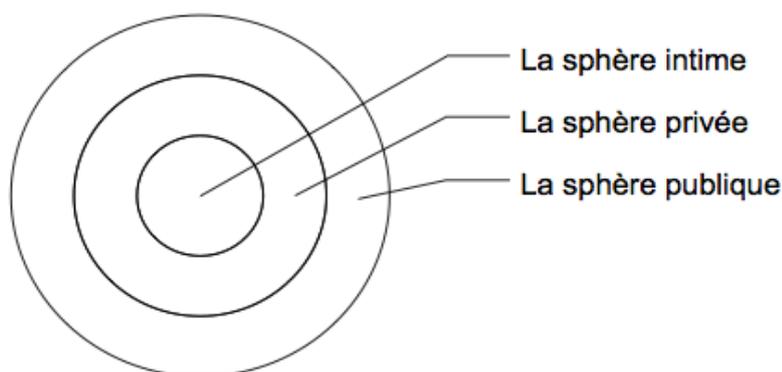
### 1. Les biens de la personnalité

- La vie
- Les émotions
- L'image
- L'intégrité sexuelle
- Le psychisme
- L'honneur (fait partie de la personnalité sociale)
- Le corps
- Les idées
- Les données personnelles
- La sphère privée (fait partie de la personnalité sociale):

### 2. Zoom sur la sphère privée

- Théorie des trois sphères: **seules les deux premières sphères** sont protégées par **28 CC**.
  - a. **La sphère intime est secrète**: on ne veut pas la partager.
  - b. **La sphère privée**: on ne veut que la partager avec une sphère étroite de personnes (informations de la vie familiale).
  - c. **La sphère publique est accessible à tous** (adresse, portable, profession), faits et gestes de la personne dans la vie publique, tant que l'on n'en fait pas un usage accru.

**ATTENTION au droit à l'oubli**: (écoulement du temps) certains événements appartiennent à une sphère (p.ex. privée) et avec le temps elles **émigrent** à une autre sphère. Ex: événement appartenant à la sphère publique, avec le temps la personne a le droit à l'oubli et ceci émigre dans la sphère privée ou intime ce qui fait que la presse ne doit plus en parler après un certain temps.



**Les faits de la vie intime et ceux de la vie privée  
sont protégés par l'art. 28 CC.**

---

### 3. Zoom sur l'honneur

- **Honneur «interne»:**
  - sentiment de sa propre dignité et de considération de ses semblables.
- **Honneur «externe»**
  - ensemble des qualités nécessaires pour être respecté dans son milieu social
    - considération morale
      - ❖ **réputation en tant que personne honnête** (protégé par le droit pénal)
    - considération sociale
      - ❖ **réputation professionnelle, économique et sociale** : la personne a le droit à l'estime professionnelle, artistique politique. Exemple: il serait attentatoire de dire qu'une aide-soignante a frappé des gens dans l'EMS.

### C. Caractéristiques des droits de la personnalité

- **Strictement personnels sujets à représentation** (peuvent être exercés par représentant légal quand il y a un incapable de discernement)
  - **à l'exception des droits non-sujets à représentation** (= droits strictement personnels absolus). Exemple: droit de se marier.
  - **capacité de discernement suffisante pour les exercer**; toujours par rapport à l'acte en cause (**19c al. 1 CC**).
  - **l'exercice des droits civils n'est pas nécessaire**: le mineur capable de discernement va pouvoir lui-même consentir à une intervention chirurgicale.
    - **ATTENTION: on exclut les actions réparatrices**. Ce sont des actions pécuniaires donc ne relèvent pas de l'exercice des droits strictement personnels. Dans ce cas, aura besoin du consentement pour faire une telle action en DI.
- **Absolus**
  - effet *erga omnes*: permet de l'invoquer à l'égard de tout tiers. Toute atteinte est illicite, ceci découle de l'existence-même de la définition.
- **Inaliénables**
  - **incessibles**: le droit ne peut pas être cédé car c'est un attribut essentiel de la personne humaine, inséparable de la personne qui le détient. Il est possible de céder la protection elle-même soit l'usage d'un droit à la personnalité (exemple: céder usage d'un droit à l'image pour une publicité).
  - **intransmissibles**: pas de cession pour cause de mort, la personnalité disparaît après la mort (pas de disposition post-mortem en droit suisse).
    - **Attention: les droits pécuniaires subsistent, l'action en DI est transmissible et entre dans la masse successorale et c'est aux héritiers de l'intenter**. C'est controversé s'agissant de l'action en réparation du TM. Sachant que les actions défensives ne sont pas transmissibles, il y a toujours la question de savoir si les proches pourront continuer en leur nom l'action intentée par la personne décédée.
  - **imprescriptibles**: pas de soumission à l'effet du temps pour les actions défensives. Elles sont exercées **pour autant que le trouble subsiste**. Les actions pécuniaires sont soumises elles, à la prescription.
  - **inamissibles**: le détenteur ne peut pas y renoncer valablement. Il peut

renoncer à agir en cessation du trouble ou en DI.

- **Non-patrimoniaux:**

- ces droits n'ont pas de valeur pécuniaire propre, le droit lui-même ne peut pas être vendu et la personne seulement atteinte dans sa sphère patrimoniale, ne peut pas invoquer 28ss CC. Cela n'exclut pas une action en DI, en réparation du TM, si de l'atteinte à la personnalité est né un dommage: alors on a une action en DI. Si l'atteinte s'accompagne de souffrances, on pourra intenter une action pour TM.

## D. Les actions de la personnalité

### 1. Distinction entre actions défensives et réparatrices

- **Actions défensives (28a al. 1 CC):** interdire, constater l'atteinte, faire cesser l'atteinte.
  - **pas de cumul possible:** on ne peut pas cumuler plusieurs actions possibles. Une seule atteinte ne peut pas donner lieu à plusieurs actions.
- **Actions réparatrices (28a al. 3 CC):** tend à réparer un dommage, TM, ou l'action en remise de gain.
  - **cumul possible:** d'une action défensive avec une ou plusieurs actions réparatrices. On peut intervenir via action défensive et la cumuler et selon le dommage avec une ou plusieurs actions réparatrices. Exemple: on a eu un dommage pécuniaire on fait action en DI, si tort moral on peut cumuler avec TM ou gain si l'auteur a fait un gain par l'atteinte.

### 2. Actions défensives (28a CC)

- **Types d'action: choix de l'action dépend du moment où on se trouve selon l'atteinte**
  - 1. Action en prévention de l'atteinte (al. 1 ch. 1):** avant l'atteinte, mais l'atteinte doit néanmoins être imminente (menace sérieuse que l'atteinte se produise). Il doit y avoir un vrai danger et imminent, de la réalisation de l'atteinte.
  - 2. Action en cessation de l'atteinte (al. 1 ch. 2) :** si le stade de prévention est passé, on va faire cesser une atteinte actuelle qui dure encore au moment du jugement.
  - 3. Action en constatation du caractère illicite de l'atteinte (al. 1 ch. 3) :** les deux actions précédentes ne peuvent plus être intentées mais on peut constater le caractère illicite de l'atteinte dans la mesure où...
    - trouble subsiste
      - ❖ image négative persistante de la personne. Ex: les tiers conservent une image négative ou erronée d'une personne. Là, l'action a une fonction de réhabilitation de l'image.
      - ❖ ou doutes sur la licéité du comportement de l'auteur de l'atteinte : l'atteinte s'est produite entre 4 yeux et l'action a la fonction de sécurisation.
      - ❖ pas besoin de trouble grave
      - ❖ la personne doit avoir un intérêt digne de protection à mettre fin au trouble latent (JP 2002 I 426)
    - action subsidiaire aux ch. 1 et 2

- L'action en constatation de l'illicéité est recevable dès que le demandeur établit l'existence d'un trouble latent durable et ce, indépendamment de la gravité du trouble. Lorsque l'atteinte est grave, on présume qu'elle cause un trouble durable (consid.1 b aa). Le rôle de l'action en constatation, en matière de droit de la personnalité, est de faire cesser le trouble latent ; ce qui est le cas lorsque le trouble est causé par un moyen de communication susceptible de réactiver la publication en tout temps et de léser ainsi continuellement ou à nouveau les droits de la personnalité. Ce qui est important, c'est que le trouble ne disparaisse pas de lui-même avec l'écoulement du temps et continue, par exemple, à avoir un effet dévalorisant pour la personne; Le risque est accru, de nos jours, en ce qui concerne les médias, vu qu'un accès général aux archives est possible grâce aux moyens techniques. Le flot journalier d'informations ne permet pas de douter qu'une information violant les droits de la personnalité et largement répandue crée une situation de trouble. Seul supprimerait, l'intérêt à l'action le fait que les circonstances auraient tellement changé que l'information causant une atteinte aurait perdu toute signification. L'art. 28a CC accorde une action en constatation lorsque le lésé a un intérêt digne de protection à mettre fin à un trouble latent (JT 2002 I 426).

- **Conditions matérielles des actions défensives:**

- **Droit de la personnalité**
  - **Atteinte**
    - **trouble à la personnalité atteignant une intensité suffisante:** une tape sur l'épaule n'est pas une atteinte, mais prélever un cheveux pour faire une analyse ADN est une atteinte.
  - **Caractère illicite de l'atteinte (28 al. 2 CC)**
    - **Présomption d'illicéité:** dès lors que la victime prouve qu'il y a atteinte, cela fait naître la présomption que l'atteinte est illicite. On peut renverser cette présomption par les motifs justificatifs suivants.
    - **NÉANMOINS - Motifs justificatifs:**
      - **consentement libre et éclairé de la victime:** c'est une information suffisante de la personne. C'est une motif justificatif absolu, pas besoin de pesée d'intérêts. En matière médicale: sur les risques de l'intervention et aspects financiers.
      - **intérêt prépondérant public ou privé:** motif relatif, il faut peser les intérêts:
        - ❖ **intérêt public** pour répondre aux intérêts de la collectivité ou d'une pluralité de personnes. C'est un intérêt général. Exemple: lutte contre le dopage, connaissance de la gestion des politiciens.
        - ❖ **intérêt privé** pour procurer un avantage à une personne déterminée, la victime, l'auteur de l'atteinte, parfois un tiers. Exemple: la victime, l'auteur de l'atteinte.
- **ATTENTION: les aspects patrimoniaux**



### 3. *Actions réparatrices: complémentes les actions défensives*

- **Choix de l'action**

- **L'action se fait selon la nature du dommage:**
  - pécuniaire
  - tort moral
  - auteur de l'atteinte qui a réalisé un gain
- **Les actions de 28a al. 3 CC renvoient à:**
  - Action en dommage-intérêts (41 ss CO)
  - Action en réparation du tort moral (49 CO)
  - Action en remise du gain (423 al. 1 CO)

- **Types d'actions:**

1. **Action en dommage-intérêts (41 CO)**

- **atteinte illicite** à un droit de la personnalité
- **dommage pécuniaire**
  - diminution involontaire du patrimoine. Cela peut être une perte éprouvée, un dommage effectif, un gain manqué.
- **causalité:**
  - causalité naturelle: l'atteinte illicite est la cause nécessaire du dommage
  - causalité adéquate: l'atteinte est propre selon le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie à produire un dommage du genre de celui qui s'est produit
- **chef de responsabilité:**
  - en général la faute de l'auteur de l'atteinte

2. **Action en réparation du tort moral (49 CO): voir 47 CO pour lésions corporelles/décès**

- **atteinte illicite à un droit de la personnalité**
- **tort moral grave** (et pas l'atteinte) dû à l'atteinte
  - **gravité subjective:** souffrances physiques ou psychiques ressenties par la victime suite à une atteinte à sa personnalité
  - **gravité objective:** préjudice dépassant par son intensité les souffrances morales que l'individu doit pouvoir supporter dans la vie courante
- **rapport de causalité naturelle et adéquate** entre l'atteinte illicite et le tort moral
- **chef de responsabilité**
  - en général la faute
- **absence d'une autre forme de réparation (49 al. 1 in fine CO)** : la victime ne doit pas avoir obtenu réparation d'une autre façon, et indépendamment du comportement de l'auteur. Si on a obtenu la publication d'un jugement, ou rectificatif dans la presse, ceci comble et répare le TM qu'a suscité l'atteinte. Une condamnation pénale peut aussi être considérée comme forme de réparation du TM.

3. **Action en remise de gain (423 al. 1 CO)**

- **atteinte illicite à un droit de la personnalité**
- **gain**
  - profit pécuniaire de l'auteur de l'atteinte. Exemple: profit économique lié à la vente d'une biographie non-autorisée d'une personnalité.
- **rapport de causalité naturelle et adéquate entre l'atteinte illicite et le gain**
- **chef spécifique de responsabilité, comme la faute, non requis:** faute n'est pas

requis. Le TF exige cependant la MF de l'auteur souvent. L'auteur sait ou devrait savoir qu'il s'est mis dans la sphère d'autrui, a agi de MF.

- **application des dispositions sur la gestion d'affaire (419 ss CO)**
  - gestion d'affaire imparfaite (423 al. 1 CO) : pas entreprise dans l'intérêt du maître soit de la personne victime de l'atteinte.

## E. Mesures provisionnelles

### 1. But:

- **obtenir rapidement le prononcé**: à titre provisoire, d'une décision judiciaire exécutoire
- **avant d'introduire l'action**: les mesures provisionnelles sont souvent demandées avant d'introduire l'action au fond. Il faut aller vite pour protéger la personnalité d'où l'intérêt d'obtenir rapidement une décision judiciaire exécutoire.

### 2. Charge de la preuve facilitée (261 CPC)

- **requérant doit rendre vraisemblable par les preuves disponibles** (≠/≠ prouver!)
  - qu'il est victime d'une atteinte ou qu'il risque de l'être (al. 1 let. a)
  - ET que l'atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (al. 1 let. b).
    - **N.B.**: le préjudice est une notion à **interpréter largement**. Dans la mesure où l'atteinte subsiste, on admet qu'il y a un préjudice difficilement réparable. **Suppose l'urgence**, ce qui signifie que le requérant doit rendre vraisemblable qu'un danger imminent qui menace ses droits.
- **le défendeur ne rend pas vraisemblable qu'il est au bénéfice d'un motif susceptible de justifier l'atteinte** (s'il ne rend pas vraisemblable: le demandeur peut obtenir gain de cause pour les mesures provisionnelles).

### 3. Le juge peut ordonner notamment à titre provisoire (262 CPC)

- l'interdiction de l'atteinte (let. a)
- la cessation de l'atteinte (let. b)
- un ordre à un tiers (let. c): de fournir des informations, de conserver des preuves etc.

### 4. Validation au fond (263 CPC)

### 5. Sûretés (264 CPC)

- risque de dommage à la partie adverse dû à des mesures provisionnelles

### 6. En cas d'urgence particulière

- **mesures superprovisionnelles (265 CPC)**
  - effet immédiat sans entendre la partie adverse

### 7. «Traitement de faveur» pour les médias à caractère périodique (266 CPC)

- mesures provisionnelles admises avec réserve
  - atteinte actuelle et propre à causer un préjudice particulièrement grave.
  - atteinte manifestement pas justifiée
  - la mesure ne paraît pas disproportionnée
- quasi-certitude: la **vraisemblance ne suffit pas** dans le cadre de 266 CPC, il faut apporter au juge la **quasi-certitude**.

## 2. Le droit de réponse

### A. Origine:

#### 1. Liberté d'opinion et liberté des médias

- aptes à mettre en cause une personne, ternir sa réputation et sa vie privée.

#### 2. Actions civiles sanctionnant une atteinte à un droit de la personnalité

- moyen pas toujours approprié face à la rapidité de la diffusion d'une information concernant une personne.
- actions civiles soumises à la preuve d'une atteinte à la personnalité.

### B. Objectifs

#### Droit de réponse (art. 28g à 28l CC)

- ce n'est pas une action défensive
- objectifs
  - **permettre** (de manière rapide car ne requière pas l'intervention du juge) à la personne touchée par une présentation de faits, intervenue dans un média à caractère périodique:
    - **d'opposer sa propre version**
    - **et de la faire diffuser gratuitement**
  - **rétablir l'«égalité des armes»**: entre la personne touchée dans sa personnalité et l'entreprise de médias

### C. Moyen extrajudiciaire

#### 1. Moyen en principe extrajudiciaire: complète les diverses autres actions du droit de la personnalité

#### 2. Relations du droit de réponse (art. 28g à 28l CC)

- avec les actions défensives
  - cumul possible (on peut aussi agir avec des actions au civil si les conditions sont réalisées).
- avec la demande, en mesures provisionnelles, de la publication d'un rectificatif (28a al. 1 et 2 CC):
  - droit de réponse prime: selon le TF, une mesure provisionnelle ne peut être ordonnée qu'en cas de préjudice qui ne peut pas être détourné autrement, sans quoi elle paraîtrait disproportionnée. Donc si on peut répondre, on doit le faire, et il serait disproportionné de demander des mesures provisionnelles. Le droit de réponse est donc prioritaire et subsidiairement, intervient la mesure provisionnelle.-

## D. Conditions

### Trois conditions (28g al. 1 CC)

#### 1. Une personne est directement touchée (lien physique ou moral) dans sa personnalité

- **personne identifiable**: pas nécessaire que son nom soit mentionné, il suffit que la personne soit identifiée par le lecteur moyen.
- **touchée dans sa personnalité** (par ex. l'honneur, la sphère privée):
  - **il n'y a pas nécessairement atteinte**: on n'analyse pas l'illicéité ou motif justificatif.
  - **image défavorable selon le TF**: image défavorable de la victime qui se dégage de la présentation. C'est le cas si la présentation diffère de la version donnée par la personne et laisse une image peu favorable. Par exemple des éléments essentiels sont omis ou des informations sont sorties du contexte. C'est par le lecteur moyen qu'il faut faire cette appréciation. Ceci fonctionne aussi dans le sens contraire: si on attribue à une personne un comportement héroïque alors qu'en réalité il n'y en a pas du tout.

#### 2. Par une présentation de faits:

- **Un fait est tout ce qui peut être prouvé**
  - contrairement au jugement de valeur qui est subjectif, ou une opinion. Ex: homme d'affaire sans scrupule, anarchiste etc. **ATTENTION**: une cantatrice qui chante faux est un état de fait, mais si on dit qu'elle chante mal, c'est un jugement de valeur.
- **Un jugement de valeur mixte**:
  - **opinion qui dans l'esprit du public est étroitement associé à un ou plusieurs faits**. Exemple: un politicien discret est un jugement de valeur mixte (ATF). On peut exercer un droit de réponse en répondant sur les faits de ce jugement de valeur mixte.
  - **métaphore**: c'est un jugement de valeur mixte. Exemple: un avocat "braconnier" : c'est un jugement de valeur mixte.
  - on entend par faits tout ce qui se produit dans la réalité et peut théoriquement être l'objet d'une observation. *Il s'agit donc de quelque chose de perceptible, susceptible d'être objectivement établi, contrairement à l'opinion ou au jugement qui repose sur une appréciation subjective.* On est en présence d'un *jugement de valeur mixte lorsque l'expression d'une opinion comporte une allégation de fait ou constitue le prolongement d'une analyse portant sur des faits. Il donne droit à une réponse lorsque les assertions de faits fondant le jugement de valeur ressortent expressément du texte OU sont du moins reconnaissables pour un lecteur moyen.* Seules ces assertions-là sont susceptibles d'être l'objet du droit de réponse. (TF 5C. 135/2004).
- **Une allusion suffit ou affirmation, suggestion ou interrogation.**
- **Texte, photo, dessin (caricature, croquis) etc:**
  - *N'importe quelle conclusion que le lecteur moyen pourrait, de l'avis de la personne concernée, être tentée de tirer de certaines présentations de faits, ne justifie pas le droit de réponse. Par présentation de faits il ne faut toutefois pas comprendre seulement les termes utilisés au sens étroit, mais également des allusions qui, pour le lecteur moyen. Peuvent concerner la personne touchée. Il y a également présentation de faits lorsque l'auteur d'une publication amène le destinataire à opérer une certaine relation entre*

des faits. Le TF a refusé un droit de réponse pour des faits qui ne ressortent pas directement du contenu d'une photographie publiée et a considéré que seul un fait qui saute aux yeux de l'observateur peut justifier un droit de réponse (JT 2004 I 192).

### 3. Par un média à caractère périodique (pas de définition dans la loi)

- **Toute personne ou entreprise diffusant des informations à un grand nombre de personnes:** quelque soit le moyen (texte, son etc.) mais il faut que des personnes en masse puissent y avoir accès, c'est un large cercle de destinataires. Les informations doivent être accessibles au public, soit des personnes qui ne sont pas liées entre elles par un lien de confidentialité (une revue de presse à l'interne d'une entreprise n'est pas un média car est pour un cercle fermé de personnes).
  - TV, radio, journal
- **Diffusion des informations faites sous sa propre responsabilité:** il faut que l'information soit faite sous sa responsabilité. L'éditeur est un média, mais pas le journaliste ni l'annonceur; ou sites internet. La diffusion des informations peut être à contenu variable, à intervalles plus ou moins réguliers (quotidien, mensuel, hebdomadaire). L'information ne doit pas forcément émaner d'un organe ou d'un employé du média, elle peut également émaner d'un tiers: on peut donc répondre à une annonce faite sous forme de lettre de lecteur ou de publicité.

## E. Exercice du droit

1. **Droit d'accès à la présentation contestée (28l al. 1 CC):** la personne touchée dans sa personnalité peut exiger une copie de la présentation contestée et pour cela elle doit rendre vraisemblable qu'elle est touchée dans sa personnalité.
2. **Contenu et forme de la réponse**
  - **Concise (28h al. 1 CC):** normalement la réponse est plus courte que la présentation contestée. L'auteur peut néanmoins rappeler la présentation contestée et montrer sa version des faits.
  - **Dans la langue de la présentation contestée:** pour atteindre le même public. Ceci est exigé par la doctrine et la JP mais pas par la loi. Le principe est qu'il faut atteindre le même public.
  - **En principe sous la forme d'un texte (28i al. 1 CC):** ce n'est pas exclu que la personne réponde par photographie ou image, mais seulement dans le cas où c'est le seul moyen de rétablir la vérité. La photo en tant que réponse peut être pertinente en cas de photomontages:
    - Dans la mesure ou la protection juridique qui doit être assurée par la réponse ne peut raisonnablement être réalisée qu'au moyen de la publication d'une photographie ou sous une autre forme, la définition légale de la réponse est trop étroite et donc lacunaire. On ne saurait déduire a *contrario* que toute réponse qui ne revêt pas la forme écrite au sens propre est à priori irrecevable. (...) On admet d'autres formes que l'écrit si elles sont indispensables à la réponse c'est-à-dire quand elles sont appropriées ET essentielles. A noter que la réponse au moyen d'une image exige que celle-ci illustre des faits opposés à ceux publiés (JT 2004 I 192).
  - **Limitée à l'objet de la présentation contestée (28h al. 1 CC)**
    - **Faits contre faits:** interprété restrictivement par le TF. On ne peut pas mettre

des faits nouveaux, on ne peut pas non plus émettre de jugements de valeur. Les faits nouveaux ne peuvent être invoqués qu'en relation aux faits contestés. L'auteur du droit de la réponse doit se limiter aux faits et ne pas opposer d'autres opinions.

- **Pas manifestement inexacte**: on veut éviter que le média soit utilisé pour dire des mensonges.
  - **interprétation restrictive: l'entreprise peut refuser la réponse uniquement** si elle peut apporter immédiatement la preuve non contestable que la réponse ne respecte pas les exigences de la loi.
- **Ne peut pas être contraire au droit ou aux mœurs (28h al. 2 CC a contrario)**: la réponse ne peut pas porter atteinte à l'honneur du défendeur. De plus, pas possible par exemple de révéler un secret de fonction car ceci est contre la loi.
- **Interdiction générale de l'abus de droit (2 al. 2 CC)**: le média peut démontrer que le requérant n'a aucun intérêt à la réponse (notamment s'il a déjà eu la possibilité de répondre) **ou** qu'il utilise son droit pour un autre but, tel que celui de se faire une publicité.

### 3. Procédure

- Demande de diffusion (28i al. 1 CC)
  - **adressée à l'entreprise de média** (en principe à l'éditeur qui décide de la diffusion et son nom est identifiable sur le journal normalement). Il est indispensable que le requérant s'adresse tout d'abord à l'entreprise de médias.
  - **délai**:
    - **dans les 20 jours dès la connaissance de la présentation contestée (délai subjectif): ATTENTION**, la connaissance indirecte ne suffit pas. La personne doit avoir lu, vu ou entendu l'information litigieuse, on ne peut pas s'adresser à l'entreprise de média juste car indirectement on nous a dit que etc...
    - **au plus tard dans les 3 mois dès la diffusion (délai objectif)**: si le délai est échu, il faut voir si la personne pourra encore tenter une action en protection de la personnalité mais dans ce cas il faut une véritable atteinte à la personnalité (il ne suffit pas d'être touché).
- Réponse de l'entreprise de média (28ial.2 CC)
  - **sans délai**: l'entreprise doit répondre sans délai. Varie selon le rythme de parution. Si c'est un quotidien, 2-3 jours, mais si hebdomadaire alors 5-7 jours. Le silence est assimilé à un refus.
  - **en cas de refus, communication des motifs y relatifs**: il faut communiquer les motifs relatifs à la personne et la personne doit évaluer ses chances de faire un recours. **Avant tout refus on pourrait raisonnablement attendre de l'entreprise de média qu'elle propose une modification du texte**, dans la mesure où on est dans le délai de 28ial.2 CC. La personne peut aussi soumettre une nouvelle version si elle est dans le délai. *Quid* si l'entreprise ne réagit pas ? On assimile le silence à un refus.
  - **en cas d'acceptation, indication du moment de la diffusion**

## F. Modalités de diffusion

### 1. Modalités de diffusion de la réponse (28k CC)

- **diffusion «le plus tôt possible» (al. 1)**: dès la prochaine émission ou édition adressée au public. Il faut atteindre le public le plus tôt possible.
- **atteinte du même cercle de personnes (al. 1)**:
  - le même public qui a eu connaissance de la présentation contestée. Le média ne doit pas diminuer la portée du cercle de personne pour la réponse.
  - on ne peut donc pas publier la réponse dans une émission qui n'a rien à voir avec la contestation.
  - la réponse doit figurer dans une partie du journal ou rubrique où se trouvait l'information contestée, mais attention pas besoin de publier l'article dans le même rubrique et même page.
  - plus la contestation était dans une rubrique voyante, en couleur, en gros caractères, plus la réponse devra également figurer dans ce même style.
- **réponse «désignée comme telle» (al. 2)**: l'entreprise doit indiquer qu'il s'agit d'un véritable droit de réponse. Il faut dire "droit de réponse". Le lecteur ou auditeur doit savoir que c'est une réponse.
  - **pas de modification par le média, de la réponse**. Sauf en cas d'erreur d'orthographe ou syntaxe.
  - **indication par l'entreprise du maintien de sa présentation ou/et de ses sources**: l'entreprise peut conclure en disant qu'elle va adhérer à la réponse, ou rester neutre ou alors rester sur sa présentation initiale. Mais, elle ne peut pas rouvrir la polémique et le débat. Elle peut indiquer ses sources (livres, docs) mais on ne veut pas aller au-delà pour éviter une réouverture de la polémique. Néanmoins si le sujet reste d'actualité, le média peut traiter nouvellement du sujet.
- **gratuité de la réponse (al. 3)**: elle ne peut pas réclamer des frais de diffusion. Aucune contribution financière ne peut être demandée. Néanmoins le demandeur doit payer un avocat s'il en a convoqué un.

## G. Recours au juge en cas de refus de l'exercice du droit par l'entreprise

Action sui generis

### 1. Action en exécution du droit de réponse (28l CC):

Dans 3 cas elle peut introduite:

- a. **si l'entreprise empêche l'exercice du droit**: refuse de donner connaissance d'une information contestée et dont la personne n'en a qu'une connaissance indirecte
- b. **si elle refuse la diffusion**:
  - ou le texte proposé;
  - ou les modalités de diffusion ne sont pas acceptables;
  - ou ne décide pas du tout;
  - ou ne motive pas son refus.
  - ou elle ne publie pas le texte,
  - ou publie la réponse mais dans le cadre de lettre du lecteur
  - ou publie un rectificatif à la place de la réponse et la personne concernée n'y consent pas.
- c. **si elle ne l'exécute pas correctement**: si le fait avec retard, si elle réplique après la réponse directement ou si elle répond plus tard.

## 2. Conditions formelles/de recevabilité de l'action en exécution du droit de réponse

- **Qualités:**
  - **pour agir:** la personne directement touchée dans sa personnalité (28i al. 1 CC): seulement si elle a au préalable demandé un droit de réponse mais sans succès, au média.
  - **pour défendre:** l'entreprise de média ayant refusé la diffusion
- **Délai:**
  - pas de délai dans la loi, mais la JP dit 20 jours dès refus de la diffusion (28i CC par analogie)
    - **présomption réfragable qu'au-delà, absence d'intérêt digne de protection à agir:**
      - *Il se justifie toutefois de considérer que celui qui tarde trop à faire valoir en justice son droit de réponse renonce généralement à ce droit ou (en d'autres termes) qu'il a perdu l'intérêt digne de protection à ce que ce droit soit établi. En effet, la personne touchée n'a aucun motif raisonnable de tarder à ouvrir une action. De par sa nature, le droit de réponse implique une action rapide pour que la réponse puisse encore exercer un effet. Si, malgré tout, elle intente par la suite une action, il lui appartiendra de prouver que, contrairement à cette présomption, elle a toujours un intérêt suffisant à la diffusion de la réponse. Ce serait notamment le cas lorsque la tardiveté de la réponse ne joue aucun rôle sur le moment de la diffusion de cette dernière parce que la prochaine édition d'une revue ne paraîtra de toute façon que dans plusieurs mois. Ou encore lorsque la personne touchée peut prouver qu'en dépit du refus provisoire de l'entreprise de médias de diffuser sa réponse, elle avait de bonnes raisons de croire que sa requête serait tout de même acceptée prochainement. Dans de telles hypothèses, il serait exagéré de s'en tenir à la présomption qu'il n'existe plus d'intérêt juridique suffisant (ATF 116 II 1).*
    - **si le délai est échu il reste la possibilité d'avoir un rectificatif:** par le biais des actions en protection de la responsabilité mais aux conditions plus strictes (atteinte).

## 3. Conditions de l'action en exécution du droit de réponse remplies:

- **Cas échant, le juge peut adapter légèrement la réponse (ATF 2004 I 92):**
  - aux fins de la rendre conforme aux exigences légales.
  - il peut adapter la réponse mais seulement sur des points mineurs et sans étendre le texte.
  - il peut raccourcir le texte mais pas le rallonger, notamment pour les parties non-conformes aux exigences de concision.
  - il peut le faire sans approbation du demandeur.
- **Le juge ordonne à l'entreprise de médias de diffuser la réponse:** il donne l'ordre de diffuser la réponse ou de rediffuser la réponse selon les modalités correctes
  - il peut le faire sous la menace de sanctions pénales (292 CP): amende pour non-soumission à un ordre de l'autorité.

### 3. La protection des données

#### A. Introduction

##### 1. De la nécessité d'une Loi fédérale sur la protection des données

- Contexte de l'affaire dite des fiches: fiches détenues par la police sur des personnes communistes.
- 28 ss CC: insuffisants
- La Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, entrée en vigueur le 1 juillet 1993 (LPD; RS 235.1): met en oeuvre 13al.2 Cst
  - droit de la vie privée surtout.
  - importante révision du 24 mars 2006, entrée en vigueur le 1 janvier 2008
  - respect des principes généraux, fondements de la protection de la personnalité:
    - complément et concrétisation du Code civil: on peut invoquer le CC seul, la LPD seulement ou les 2 ensembles.
  - révision totale en cours: renforcer les pouvoirs du préposé fédéral et le droit des personnes concernées ainsi que la procédure. On aura une suppression des frais de justice et des fournitures de sûretés. L'entrée en vigueur se fera plus tard.

#### B. Spécificités de la LPD

##### 1. Précisions:

- Liste des cas d'atteinte (12 al. 2 LPD) : elle précise quels sont les cas
- Qualification de traitement de données en principe licite (12 al. 3 LPD; voir également 10a et 13 LPD): des directives sont mises en place pour traiter les données des gens afin de respecter la loi.
- Concrétisations des motifs justificatifs (12 et 13 LPD)
  - intérêts prépondérants (13 al. 2 LPD)

##### 2. Instruments facilitant la mise en œuvre

- **Droit d'accès aux données** (8 LPD): on veut garantir le droit à l'autodétermination
  - restrictions à ce droit (9-10 LPD): pour protéger les intérêts ou ceux des tiers du maître du fichier, lui permettant de restreindre ou autoriser l'accès.
- **Déclaration obligatoire de la tenue de certains fichiers** (11a LPD): les fichiers sont en ligne et accessibles au public. Les organes sont tenus de tenir ces fichiers.
  - **en matière privée, déclaration obligatoire du maître de fichier** (puni pénalement si non-respecté).
    - en cas de collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité (11a al. 3, let. a; 14 LPD)
    - en cas de communication régulière à des tiers des données personnelles (11a al. 3, let. b LPD): agences de renseignement commerciaux.
  - **exceptions à l'obligation de déclarer** (11a al. 5 LPD): les médias à caractère périodique ne sont pas tenus de déclarer notamment.
- **Institution d'une autorité administrative;**
  - le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence = PFPDT (section 5, art. 26-31 LPD):
    - mandat de conseil et de surveillance: le système doit être contrôlé

autrement que par une seule personne concernée. 20 LPD autorise l'intervention d'une autorité administrative qui rend des recommandations à l'issue de l'enquête.

- pouvoir d'adresser des recommandations:
  - o recours au Tribunal administratif fédéral, puis au Tribunal fédéral (art. 29 al. 4 LPD; par ex. arrêt Google Street View, ATF 138 II 346 / JT 2013 I 71, arrêt VIII/7)
  - o les recommandations contestées sont à l'origine des décisions du TF pour la protection des données.

### C. Champ d'application de la LPD

- **Champ d'application matériel:**
  - **traitement de données personnelles (2 al. 1 LPD)**
    - **données personnelles:**
      - o toutes les informations qui se rapportent à une personne, physique ou morale, identifiée ou identifiable (3 let. a et b LPD):
        - la LPD ne s'applique pas aux données anonymisées vu qu'elles ne permettent pas d'identifier la personne.
        - sur le caractère «identifiable» cf. arrêt Google Street View, ATF 138 II 346, c. 6.1 et 6.5 /JT 2013 I 71, arrêt VIII/7. L'identification des personnes peut être faite par l'immatriculation de véhicules ou plaques sur les maisons. Quand on désigne les propriétaires d'un immeuble, leur identification est faite facilement.
    - **traitement compris au sens large:**
      - toute opération relative à des données personnelles - quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, conservation, exploitation, modification, communication, archivage ou destruction (3 let. e LPD): donc données informatisées ou même sur papier.
    - **exclusion de la LPD (2 al. 2 LPD):** notamment
      - traitements de données à usage exclusivement personnel, sans communication à des tiers (2 al. 2, let. a LPD): les conversations entre proches, les notes personnelles prises dans l'exercice de la profession, ou notes prises dans un agenda => pas soumises à la LPD et donc aucun droit d'accès. Néanmoins, cela reste soumis à 28ss CC.
      - registres officiels relatifs aux rapports juridiques de droit privé (2 al. 2, let. d LPD):
        - o par ex. le registre de l'état civil, RF, registre commerce etc.
- **Champ d'application personnel:**
  - **traitement de données personnelles (2 al. 1 LPD) effectué par:**
    - des personnes privées (12-15 LPD) ou
    - des organes fédéraux (16-25bis LPD): attention le traitement de données par le autorités cantonales et communales relève de la compétence des cantons (à GE: LIPAD).

## D. Concrétisation de la notion d'atteinte

### 1. Cas en principe constitutif d'une atteinte (12 LPD)

- **Principe général (al. 1):**
  - **Tout traitement de données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées:**
    - arrêt Google Street View (ATF 138 II 346, c. 8.3 / JT 2013 I 71, arrêt VIII/7). Le TF a jugé qu'on ne peut pas retenir que toute personne photographiée sur le domaine n'est qu'un accessoire sans droit à la protection de sa personnalité. Grâce au zoom on peut bien voir la personne et donc Google ne respecte pas la protection des données. Donc: depuis cet arrêt il faut rendre flous les visages et flouter les plaques en CH.
  - **Liste non exhaustive de cas constitutifs d'une atteinte (al. 2)**
    - preuve facilitée de l'atteinte à la personnalité en faveur de la victime: l'atteinte à la personnalité est admise de manière absolue, le débat porté sur le terrain des motifs justificatifs.
    - **violation des principes généraux de protection des données (let. a -> art. 4, 5 al. 1 et 7 al. 1 LPD):** un traitement en violation de ces principes (liste non-exhaustive) est une atteinte.
      - **principe de la licéité (4 al. 1 LPD):** tout traitement de données qui va contre une disposition légale (de droit privé, pénal ou public) est illicite. Une collecte de données faite de manière illicite (en mettant des caméras camouflées): est illicite.
      - **principe de la bonne foi (4 al. 2 LPD):** tout traitement fait en violation du principe de BF est une atteinte. On agit contre une attitude loyale (2 CC) dans la vie sociale. Le traitement doit répondre à un intérêt raisonnable quant au type de données traitées. De plus le maître de fichier doit avertir la personne s'il s'avère qu'il y a eu défaillances de sécurités comme le vol de données.
      - **principe de la proportionnalité (4 al. 2 LPD):** traitement **apte** à atteindre le but visé, **nécessaire** et **proportionnel** au sens strict (se justifier au vu d'une comparaison entre les intérêts des auteurs du traitement et les intérêts visés).
      - **principe de la finalité (4 al. 3 LPD):** oblige le maître du fichier à informer de manière accrue la personne concernée sur la finalité du traitement. Ceci émane de la proportionnalité et de la BF notamment. **Un maître d'un fichier peut traiter un fichier dans un but déterminé à l'avance et ne peut pas modifier ou remplacer le but initial => c'est l'immutabilité du but (principe de confiance).**
      - **principe de la reconnaissabilité (4 al. 4, 14al.1 LPD):** les finalités du traitement doivent être reconnaissables par la personne concernée. **Là aussi on concrétise la BF.**
        - 14al.2 LPD obligation d'informer pour celui qui collecte des données sensibles.
        - 14al.2 LPD donne le contenu minimal des données à transmettre.
        - La violation de 14 LPD rend le traitement illicite.

- **principe de la qualité des données (5 al. 1 LPD):** exactitude des données. Les données doivent être conformes à la vérité: il faut rectifier les données incomplètes ou inexactes ainsi que les mettre à jour et les compléter si les circonstances le demandent. La personne concernée peut requérir la rectification de données inexactes.
  - **principe de la sécurité (7 al. 1 LPD):** toute personne qui traite les données doit assurer la confidentialité, disponibilité et sécurité des données. La loi impose au maître de fichier de prendre toute mesure adéquate pour protéger les données contre les accès illégitimes. La personne peut donc invoquer une atteinte à la personnalité à titre préventif pour non-respect de ce principe.
  - **traitement contre la volonté expresse sans motifs justificatifs (let. b; cf. ATF 127 III 481/JT 2002 I 426, arrêt VIII/2):** la personne peut faire valoir un droit d'opposition contre le traitement de ses données personnelles. L'opposition rend le traitement de données illicites sous réserve de motifs justificatifs tels qu'un intérêt public prépondérant justifiant l'atteinte.
  - **communication de données sensibles ou de profils de la personnalité à des tiers sans motifs justificatifs (let. c)**
    - **données sensibles (3 let. c, ch. 1-4 LPD):**
      - voir l'article: opinions, religieuses, sur la santé, sphère intime, appartenance à une race, etc.
      - liste exhaustive: des données résultant sur une attestation fiscale ou bancaire n'est pas une donnée sensible. **Attention:** on ne parle que de la communication et non de la collecte ou de la conservation.
      - **Attention:** si la personne est d'accord de soumettre ces données, on n'a pas d'atteinte.
    - **profil de la personnalité (3 let. d LPD):** assemblage de données. Les profils de la personnalité permettent de donner une image complète de la personne dévoilant des aspects de sa conviction ou de sa sphère intime. Notamment: habitudes de consommation d'une personne, son dossier financier, l'historique de son navigateur, son profil professionnel.
- 2. Cas en principe non constitutif d'une atteinte (12 al. 3 LPD)**
- **La personne concernée**
    - a rendu les données accessibles **ET**
    - ne s'est pas opposée formellement à leur traitement
    - *exemple: nom, adresse, numéro de téléphone s'ils sont dans un annuaire. Les données que la personne diffuse sur les médias, internet etc.*
  - Présomption légale réfragable d'absence d'atteinte

**E. Motifs justificatifs (13 LPD)**

- **Motifs généraux (13 al. 1 LPD)**
  - **consentement**
    - libre et éclairé (4 al. 5 LPD): la personne doit avoir reçu les informations nécessaires. La personne doit être capable de discernement pour consentir. Le consentement doit être implicite ou ressortir d'actes concluants.
    - «explicite» en matière de données sensibles (4 al. 5 *in fine* LPD)
      - donné de manière expresse: oralement ou par écrit mais non par acte concluant.
  - **intérêt prépondérant (il faut faire une balance des intérêts):**
    - intérêt privé vs intérêt public?
    - liste non exhaustive à 13al. 2 LPD
  - **loi:**
    - cf. pour les organes fédéraux (17 al. 1 LPD)
- **Motifs spécifiques (13 al. 2 LPD)**
  - liste non exhaustive de motifs **non absolus**, dont
    - existence de relations contractuelles (13 al. 2 *let. a* LPD): intérêt prépondérant est concrétisé. Il faut des informations sur le partenaire contractuel.
    - publication dans un média à caractère périodique (13 al. 2 *let. d* LPD): la LPD régit l'activité des médias avant la publication, en particulier la collecte et conservation des données. Il y a d'autres cas comme les données personnelles traitées dans un rapport économique actuel ou futur et non à des fins, données pour évaluer le crédit d'une personne ou dans le cadre de la recherche ou statistiques (on protège les intérêts des chercheurs scientifiques).

**F. Droit d'accès**

- **Droit d'accès aux données (8 LPD)**
  - nul besoin de faire valoir un intérêt particulier
  - droit indépendant de toute atteinte à la personnalité
  - droit strictement personnel (19c CC) : les mineurs capables de discernement peuvent faire valoir ce droit.
  - impossible d'y renoncer par avance (8 al. 6 LPD)
  - demande de renseignements en principe gratuitement et par écrit (8 al. 5 LPD) dans les 30 jours selon l'ordonnance.
  - droit non absolu
- **Obligation du maître de fichier de communiquer (8 al. 2 LPD), sauf**
  - **restrictions au droit d'accès (9 et 10 LPD)**
    - loi formelle (9 al. 1, *let. a* LPD): si il y a une loi, le maître peut refuser de communiquer les données; **OU**
    - intérêts prépondérants d'un tiers (9 al. 1, *let. b* LPD)
    - protection des médias à caractère périodique (10 LPD)
- **Refus injustifié**
  - action en exécution du droit d'accès (15 al. 4 LPD): la personne peut saisir le tribunal.

**G. Voies de droit**

- **Voies de droit (15 LPD)**

- **qualité pour agir à la personne objet du traitement:** personne concernée de par la loi. La LPD ne régit le traitement des données que sous l'angle de la protection de la personne faisant objet de la protection.
- **principe (15 al. 1 LPD):**
  - renvoi aux 28 – 28I CC : on a trois actions
- **complément et précision sur les conclusions (art. 15 al. 1 et 3 LPD):**
  - interdiction du traitement, rectification ou destruction des données (pour les victimes)
  - communications à des tiers
- **mention du caractère litigieux (art. 15 al. 2 LPD)**
- **exécution du droit d'accès (art. 15 al. 4 LPD)**

<b>LES DIFFERENTES COMMUNAUTES DE VIE ET DISSOLUTIONS</b>	<b>2</b>
<b>I. LES DIFFÉRENTES COMMUNAUTÉS DE VIE</b>	<b>2</b>
<b>A. LES FIANÇAILLES: 90-93 CC</b>	<b>2</b>
1. Notion:	2
2. Conditions:	2
3. Conclusion:	2
4. Absence d'effets dans les rapports internes:	2
5. Effets dans les rapports externes:	2
6. Rupture:	2
<b>B. LE MARIAGE:</b>	<b>3</b>
1. Conditions:	3
2. La procédure de mariage (97-103 CC, 62-75 OEC):	4
3. Les effets généraux du mariage :	5
4. Annulation du mariage en général:	12
5. Les effets de l'annulation du mariage	13
<b>C. PARTENARIAT ENREGISTRÉ:</b>	<b>13</b>
1. Conditions d'enregistrement:	13
2. Demande d'enregistrement: 5 LPart, 75a-75d OEC	13
3. Exécution et clôture de la procédure préparatoire par l'office de l'état civil	13
4. Enregistrement	14
5. Effets:	14
6. Annulation du partenariat enregistré	14
7. Effets de l'annulation (11 LPart):	14
<b>D. COMMUNAUTE DE VIE DE FAIT</b>	<b>14</b>
1. Notion:	14
2. Effets généraux:	15
<b>II. LES DISSOLUTIONS:</b>	<b>15</b>
<b>A. DIVORCE (FIN DU MARIAGE):</b>	<b>15</b>
1. Types de divorces et conditions:	15
2. Les effets du divorce:	18
3. La contribution d'entretien (125al.1 CC):	18
4. Le logement de famille:	25
<b>B. DISSOLUTION JUDICIAIRE DU PARTENARIAT ENREGISTRÉ:</b>	<b>25</b>
1. Généralités:	25
2. Types de dissolutions et conditions:	25
3. Les effets de la dissolution en général:	26
4. Contribution d'entretien:	26
5. Attribution du logement commun:	26
<b>C. LA FIN DE LA COMMUNAUTE DE VIE DE FAIT</b>	<b>27</b>
1. Généralités:	27
2. Application des règles sur la SS:	27
3. La liquidation de la SS	28

## Les différentes communautés de vie et dissolutions

### I. LES DIFFÉRENTES COMMUNAUTÉS DE VIE

#### A. Les fiançailles: 90-93 CC

##### 1. Notion:

Contrat par lequel un homme et une femme manifestent leur volonté de se marier ultérieurement et de former dans l'intervalle, certains liens quasi familiaux. « Les fiançailles se forment par la promesse de mariage » (90 CC)

##### 2. Conditions:

- **capacité de discernement** (16 CC)
- **majorité** (14 CC). Pour les mineurs: consentement du représentant légal (90a1.2 CC): c'est un droit strictement personnel improprement dit, étant donné qu'il faut un consentement.
- **absence d'empêchements définitifs au mariage**: pas de liens familiaux interdits et pas de partenariat enregistré qui empêche le mariage.

##### 3. Conclusion:

- **règles générales sur la formation de contrats** (1 CO). « Le contrat est parfait lorsque les parties ont, réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté ».
- Un échange oral, une simple promesse ou un geste symbolique suffisent. **ATTENTION**: le seul fait d'emménager ensemble, acheter des meubles en commun, ne suffit pas.

##### 4. Absence d'effets dans les rapports internes:

- pas d'**exécution forcée** dans la promesse de mariage (90 al.3 CC): on ne peut pas être forcé dans le mariage
- pas d'**obligation d'entretien**
- pas de position d'**héritier légal**: mais à la mort d'un fiancé.

##### 5. Effets dans les rapports externes:

- **droit à une indemnité pour perte de soutien** (45 CO): l'autre fiancé a droit à une indemnité pour perte de soutien pour la mort du fiancé.
- **qualité de proche**: 477ch.1 CC les fiancés sont considérés comme proches.

##### 6. Rupture:

- **fin des fiançailles**: par le mariage, rupture unilatérale, commun accord, décès.
- **conséquences de la rupture des fiançailles unilatérale ou d'un commun accord**:
  - **action en restitution des présents** (91,93 CC)
    - **qualité pour agir et défendre**: les fiancés

- **présents, donations: offerts en vue du mariage à venir (91 CC).**  
**ATTENTION:** on exclut les cadeaux d'usage (=offerts pour anniversaires ou fête).
  - **définition:** «la donation est la disposition entre vifs par laquelle une personne cède tout ou partie de ses biens à une autre sans contre-prestation correspondante» (239al.1 CO)
- **cadeaux doivent présenter une valeur durable et/ou élevée:** on exclut donc les attentions occasionnelles, invitations à repas etc.
- **cadeaux intervenus avant les fiançailles inclus:** les bagues, et présents intervenus avant les fiançailles (transfert de bien-fonds, capitaux, commerces etc.)
- **pas de restitution si mort:** pas de restitution de présents si la rupture est causée par la mort de l'un d'entre eux.
- **délai:** un an dès la rupture (93 CC).
- **participation financière appropriée** aux frais ou à la perte de gain de l'autre fiancé (92-93 CC).
  - **qualité pour agir et défendre:** les fiancés. **REMARQUE:** si le fiancé capable de discernement est mineur ou sous curatelle de portée générale, il a besoin du consentement de son représentant légal ou curateur car il s'agit d'une action pécuniaire.
  - **dispositions en vue de mariage:**
  - **fiancé a agi de BF:** il ne se doutait pas et ne pouvait pas se douter que le mariage n'interviendrait pas. Le fiancé a pris de BF des dispositions occasionnant des frais, en vue du mariage.
  - **dommage négatif causé par** la rupture des fiançailles (lien de causalité).
  - **participation financière n'apparaît pas inéquitable:** cette appréciation est à effectuer de manière objective. On tiendra compte notamment de la situation financière, du moment et des motifs de la rupture : celui qui rompt les fiançailles de manière injustifiée n'a pas droit à une telle participation financière.
  - **délai:** un an dès la rupture (93 CC)

## B. Le mariage:

### 1. Conditions:

- **Deux personnes de sexe opposé (94 CC)**
- **Capacité matrimoniale (94 CC)**
  - 18 ans minimum
  - capacité de discernement
- **Absence d'empêchements tels que:**
  - **liens de parenté (95al.1 CC, 65al.1 lit.c OEC):** "le mariage est prohibé entre parents en ligne directe, ainsi qu'entre frères et soeurs germains (= qui sont parents en ligne collatérale au 2e degré) , consanguins ou utérins, que la parenté repose sur la descendance ou sur l'adoption"(95al.1 CC). **REMARQUE:** tout le reste est permis!
  - **bigamie (96 CC, 65al.1 lit.d OEC):** "toute personne qui veut se remarier doit établir que son précédent mariage a été annulé ou dissous"(96 CC)
  - **partenariat enregistré préexistant (26 LPart)**
  - **d'autres règles sur la libre volonté des mariés:** on veut éviter les mariages forcés.
  - **règles pour lutter contre les mariages fictifs:** immigration clandestine etc.

## 2. La procédure de mariage (97-103 CC, 62-75 OEC):

### DEUX ÉTAPES

#### a. Procédure préparatoire:

- i. **Demande en exécution de la procédure préparatoire (98 CC, 62ss OEC) :**
  - à déposer auprès de l'office de l'état civil du domicile d'un des fiancés (98al.1 CC)
  - comparution personnelle, exceptionnellement forme écrite (98al.2 CC)
  - établissement de l'identité (98al.3 CC) et de la légalité du séjour en CH (98al.4 CC).
    - **ATTENTION:** garantie du droit au mariage (12 CEDH et 14 Cst): selon les circonstances on peut avoir droit à un titre de séjour temporaire en vue du mariage.
      - *La jurisprudence relative au droit et au respect de la vie privée et familiale (art. 8 par. 1 CEDH) permet, à certaines conditions, à un célibataire étranger de déduire un droit à une autorisation de séjour en présence d'indices concrets d'un mariage sérieusement voulu et imminent avec une personne ayant le droit de résider durablement en Suisse (consid. 3.2).* Les autorités de police des étrangers sont tenues de délivrer un titre de séjour en vue du mariage lorsqu'il n'y a pas d'indices que l'étranger entende, par cet acte, invoquer abusivement les règles sur le regroupement familial, ET qu'il *apparaît clairement que l'intéressé remplira les conditions d'une admission en Suisse après son union* (ATF 137 I 351 consid. 3.7).
- ii. **Exécution et clôture de la procédure préparatoire par l'office de l'état civil:**
  - examen des conditions du mariage (capacité matrimoniale, absence d'empêchements, libre volonté pour prévenir les mariages forcés) (99al.1 ch.3 CC, 181a CP, 43a al.3bis CC, 16al.7 et 65al.2 OEC)
  - refus de célébration d'un mariage qui a **pour seul motif** d'éluder les dispositions sur l'admission et séjour des étrangers (97a CC, 74a OEC).
    - ❖ **ATTENTION:** un mariage qui aurait pour but de vouloir vraiment se marier mais qui aussi a pour but de donner un droit de séjour => on ne peut pas refuser le mariage !
    - ❖ "Il suffit que l'un des fiancés ait l'intention réprouvée pour que l'officier de l'état civil refuse de prêter son concours à la procédure préparatoire du mariage" (ATF 142 III 609 consid. 3.3.2).
  - vérification d'un séjour légal (66al.2lit.e et al.3 OEC, 99 al.4 CC). Il faut de vraies preuves de séjour illégal et donc pas seulement des soupçons.
  - clôture par communication écrite, communication du **délai pour célébrer le mariage (pas dans LPart)** (10 jours à 3 mois après la clôture de la procédure; 100 al.1 CC) (99al.2 CC, 67-68 OEC).
  - date du mariage fixée, sur demande autorisation de célébrer le mariage dans un autre arrondissement de l'état civil (99al.3 CC)

#### b. Célébration du mariage

- i. **Célébration:** dans la salle des mariages de l'arrondissement de l'état civil choisi par les fiancés (101al.1 CC, 70 OEC).
- ii. **Célébration publique** et présence de **2 témoins** majeurs et capables de discernement (102al.1 CC, 71al.1 OEC).
- iii. **Demande séparée:** aux fiancés si réponses par l'affirmative, alors déclaration "vous êtes unis par les liens du mariage" (102al.2 et 3 CC, 71al.2-3 OEC).

**ATTENTION:** le mariage est **conclu** à ce moment-là, et non au moment de la signature/enregistrement de l'acte.

- iv. **Signature:** de l'acte de mariage par les époux et témoins en vue de l'enregistrement (71al.4, 21 OEC).
- v. **Cérémonie religieuse** peut avoir lieu par la suite (97al.3 CC).

### 3. Les effets généraux du mariage :

#### ➤ Effets personnels:

- union conjugale, devoir de fidélité et d'assistance (159 CC)
- nom (160 CC) et droit de cité (161 CC)
- demeure commune (162 CC)

#### ➤ Entretien de la famille:

- **obligation d'entretien réciproque (163 CC):** BL pour **fixation de contribution en cas de suspension de la vie commune.**
  - **les deux époux contribuent:** à l'entretien de la famille par des prestations. On ne parle pas seulement de travail rémunéré (al.1)
  - **les deux époux conviennent de la façon dont chacun apporte** sa contribution, mais le juge pourra néanmoins fixer qui contribuera plus, selon le salaire (al.2)
  - **la contribution est apportée notamment sous forme:** de prestation en argent, de travail au foyer, de soins aux enfants, d'aide au conjoint dans sa profession ou entreprise.
  - **les époux tiennent compte des besoins de l'union conjugale** et de leur **situation personnelle (al.3)**
- **montant à libre disposition (164 CC):**
  - celui qui aide au foyer, a le droit de recevoir régulièrement quelque chose de la part de l'époux qui travaille.
  - **époux créancier:** celui au foyer
  - **ratio legis:** établir l'égalité entre époux au foyer et l'autre époux. Attention, la tenue du ménage et/ou les soins donnés aux enfants doivent constituer **l'activité essentielle** du conjoint réclament le montant à libre disposition (ATF 114 II 301).
  - **le montant est à libre disposition de l'époux au foyer** (mais ne sert pas à l'entretien de la famille). Cet argent n'est pas un salaire ni de l'argent de poche, mais doit permettre à l'époux créancier de satisfaire des besoins personnels allant au-delà de l'entretien convenable découlant de **163 CC.**
  - peu d'importance de cet article en pratique car **163 CC** s'applique.
- **contribution extraordinaire d'un époux (165 CC):**
  - droit à une indemnité équitable :
    - à la profession ou à l'entreprise de l'autre conjoint (**165al.1 CC**): quand un époux a contribué de façon extraordinaire ("notablement plus que") ce que requiert sa contribution à l'entretien de la famille, il a droit à une indemnité. Ex: mari travaille comme secrétaire pour sa femme, a droit à une indemnité si il n'avait pas été payé.
    - à l'entretien de la famille (**165al.2 CC**)
  - pas d'indemnité en présence d'un contrat entre époux
  - importance surtout en cas d'adoption du régime matrimonial de la séparation de biens par contrat de mariage:
    - pour déterminer si une indemnité est due, il convient dans un premier temps de faire la part entre l'entretien normal au sens de l'art. 163 CC, et les contributions extraordinaires de l'art. 165 al. 2 CC, la convention entre les époux concernant leurs contributions

respectives constituant la base à cette détermination. A défaut d'accord entre les époux sur la répartition de leurs tâches, la mesure de l'apport pécuniaire s'apprécie selon les circonstances objectives existant au moment où celui-ci a été apporté, sans égard au fait que l'époux bénéficiaire était ou non conscient que la participation financière de son conjoint dépassait les devoirs imposés par le droit matrimonial. En l'absence de critères généraux applicables dans ce domaine, le juge statue en équité en se fondant sur les particularités importantes de l'espèce (consid. 7.1.2). Ce qui va jouer un rôle c'est la situation économique du conjoint et de la situation économique générale de la famille (ATF 138 III 358 consid. 7.1.3)

- **représentation de l'union conjugale** (166 CC)
  - **profession et entreprise des époux** (167 CC)
  - **actes juridiques des époux** (168 CC)
  - **logement de famille** (169 CC)
  - **devoir de renseigner** (170 CC)
- **Protection de l'union conjugale - MPUC**
- **notions:** les MPUC ont pour **but de protéger le mariage** contre le divorce.
    - Pas de MPUC: si le couple est d'accord de se séparer. Pas de MPUC et donc 111-134 CC s'appliquent.
    - MPUC: si l'un des deux époux ne souhaite pas le divorce, les MPUC s'appliquent (172-179 CC).
  - **conditions:**
    - **formelle:**
      - requête d'un ou des deux époux, suppose donc le mariage (172a.3 CC); **ET**
    - **matérielle**
      - **matérielle:** un époux ne remplit pas ses devoirs de famille (ex: autorité parentale, contribution à l'entretien de la famille). Pas de faute requise, seulement un manquement objectif (172a.1 CC) ; **OU**
      - **matérielle:** les conjoints sont en désaccord sur une affaire importante pour l'union conjugale (ex: sur la demeure commune) (172a.1 CC)
  - **mesures non-contraignantes (pour sauver le mariage):**
    - **mesures extrajudiciaires:** conseils, séances de conciliation, médiation (171 CC).
    - **mesures judiciaires:** conciliation par le juge (172a.2 CC)
  - **mesures contraignantes:**
    - a. **pendant la vie commune:**
      - **contributions pécuniaires** (173 CC):
        - si les époux ne parviennent pas à trouver un accord sur le mode ou sur l'étendue de la contribution (arts. 159 al.2, 163, 164 CC), l'un d'eux ou les deux peuvent saisir le juge qui fixera le montant dû par un époux à l'autre en vertu de l'art. 163 CC, et si les conditions le permettent, en vertu de l'art. 164 CC aussi. L'octroi d'une indemnité équitable fondée sur 165 CC n'entre pas dans la compétence du juge des MPUC.

En vertu de l'art. 173 al. 3 CC, l'entretien peut être réclamé pour l'avenir et pour l'année qui précède le dépôt de la requête. La prise en considération d'un revenu hypothétique est possible si (1) la personne doit pouvoir raisonnablement exercer une activité lucrative compte tenu de son âge, état de santé, formation et (2) la personne est en mesure d'exercer concrètement cette activité.

- **retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale (174 CC)**
  - Cette deuxième mesure envisageable concerne le retrait du pouvoir ordinaire de représenter l'UC au sens de l'art. 166 al. 1 CC.
  - Un époux peut déposer une requête fondée sur l'art. 174 CC lorsque son conjoint excède ses pouvoirs de représentation, ou se montre incapable de les exercer de manière durable (al.1) ; c'est au conjoint requérant d'établir l'excès. Si l'excès ou l'incapacité est démontré, le juge peut retirer tout ou partie des pouvoirs de représentation de l'époux intimé, en respectant le principe de la proportionnalité ; le retrait du pouvoir de représentation est effectif dès que la décision du juge entre en force, il n'est toutefois opposable aux tiers qu'à partir du moment où ils en ont connaissance ou auraient dû en avoir connaissance selon les règles de la BF (art. 3 al. 2 CC) ; le conjoint requérant peut informer les tiers par le biais d'avis individuels (art. 174 al. 2 CC).
- b. pendant la vie commune ou après sa suspension:**
  - **protection de la personnalité en cas de violence, de menaces ou de harcèlement (172al.3, renvoi à 28b CC):** 28bCC permet de demander l'interdiction à l'auteur de violences, d'approcher la victime ou son logement, de fréquenter certains lieux (de travail de la victime notamment) ou de prendre contact avec.
  - avis aux débiteurs (177 CC)
  - restriction du pouvoir de disposer (178 CC)
- c. en cas de suspension de la vie commune:**
  - **moyen:** il suffit que l'époux dépose une requête pour que la suspension de la vie commune soit fondée (176al.1) ou quand la vie commune se relève impossible notamment parce que le conjoint la refuse (176al.2 CC)
  - **causes de suspension (175 CC):** il y a une grave menace à la personnalité, ou à la sécurité matérielle ou au bien de la famille.
  - **mesures:**
    - **contribution pécuniaire pour enfant et époux(se) (176al.1ch.1 CC):**
      - ❖ **c'est la base pour le calcul** de l'entretien familial de 163 CC
      - ❖ **minimum vital:** de l'époux débiteur de l'entretien doit toujours être préservé dans son entier:
        - ATF 135 III 66, consid.2 : "Le minimum vital de l'époux débiteur de l'entretien doit toujours être préservé dans son entier, pour toutes les catégories de l'entretien de la famille (...) avec la conséquence que le bénéficiaire de

l'entretien doit supporter l'entier du déficit".

- ❖ **point de départ pour le calcul: l'accord exprès ou tacite** des époux sur la répartition entre eux des tâches et ressources. Le juge dans le cadre de la procédure des MPUC prend en considération cet accord de répartition des tâches et n'y déroge pas. Exemple: le couple se met d'accord en 1977 sur une répartition des tâches; Richard travaille comme pilote et Marion s'occupe du ménage.
- ❖ **en cas de suspension de la vie commune (175 CC)**: le TF admet que chacun des époux doit contribuer aux frais supplémentaires engendrés par la suspension de la vie commune (163 CC).
- ❖ **si on ne peut plus compter sérieusement sur une reprise de la vie commune**: le Tribunal des MPUC doit inclure, dans le cadre de 163 CC, les critères pour l'entretien après le divorce (125 CC) et examiner au regard des nouvelles conditions de vie, si on peut attendre de l'époux créancier une reprise ou augmentation de son activité lucrative [étant donné qu'il y a suspension de vie commune et qu'il n'y a plus d'obligation d'entretenir le ménage] (ATF 137 III 385)
- ❖ **prise en compte d'un revenu hypothétique**: ce que l'époux pourrait réaliser s'il faisait un effort. Un conjoint, y compris le créancier de l'entretien, peut se voir imputer un revenu hypothétique pour autant qu'il puisse gagner plus que son revenu effectif (ATF 127 III 136). Exemple: Richard était pilote et ouvre un bar. Il y a une suspension de vie commune avec Marion. On peut prendre en compte le fait que s'il recommençait à faire le pilote, il gagnerait plus d'argent et ce serait plus facile pour la contribution d'entretien à verser à Marion (=revenu hypothétique).
- ❖ **les prestations peuvent être réclamées pour l'avenir et pour l'année qui précède l'introduction de la requête** (application par analogie de 173a.3 CC).
- ❖ **en cas de concubinage** (ATF 138 III 97): si les conjoints sont séparés mais l'un des époux est allé vivre en concubinage avec un autre/une autre, il faut procéder à une pesée d'intérêts (entre celui du créancier à pouvoir bénéficier d'une pension en et celui du débiteur à être libéré de son obligation d'entretien). **ATTENTION**: prise en compte de cette nouvelle relation dans le montant des prestations même s'il n'y a pas de prestations fournies et/ou que le nouveau compagnon est "pauvre" !
  - **réduction de la contribution d'entretien par la prise en compte de l'avantage économique de la "communauté de toit et de table"**

Exemple: la femme séparée de son mari va vivre avec un autre, on suppose qu'elle fait des économies vu qu'elle vit avec quelqu'un d'autre.

- **Extrait de la JP: ATF 138 III 97 consid. 2.3.2 :** *Si l'époux créancier de l'entretien est soutenu financièrement par son nouveau partenaire, sa créance d'entretien envers l'autre époux se réduit dans la mesure des prestations de soutien effectivement reçues.* S'il n'y a aucun soutien financier ou si les prestations à ces fins de la part du nouveau partenaire ne peuvent être prouvées, il peut néanmoins exister ce que l'on appelle une (simple) « communauté de toit et de table » qui entraîne des économies par rapport au cout de la vie. Ce qui est alors déterminant ce n'est pas la durée du partenariat mais l'avantage économique qui en est tiré. Cette diminution des couts doit être prise en compte par rapport au besoin du créancier d'entretien comme du reste aussi de celui de l'époux débiteur.

➤ **suppression de la contribution d'entretien en cas de concubinage stable/qualifié.** Exemple: cas où le concubinage ressemble à un mariage.

**Définition:**

- durée concubinage supérieure à 5 ans (5A\_760/2012) ; **OU**
- communauté de vie durable, ayant un caractère d'exclusivité, entre deux personnes, avec des composantes intellectuelles, spirituelles et économiques: on partage la vie. La naissance d'un

enfant est un indice mais pas un élément qui caractérise la stabilité du concubinage.

- **Extrait de la JP (ATF 138 III 97 consid. 2.3.3).** "Il n'est pas exclu que sans le cadre de MPUC, le conjoint créancier d'aliments vive dans un concubinage dit qualifié ou stable. La jurisprudence entend par là une communauté de vie générale de deux personnes de sexe différent, d'une certaine durée, voire durable, ayant en principe un caractère d'exclusivité, présentant aussi bien une composante intellectuello-spirituelle, qu'une composante économique ; on parle de « communauté de toit, de table et de lit ». Le droit à une contribution d'entretien est supprimé lorsque l'époux vit dans une relation solide, qui lui offre des avantages similaires à ceux du mariage. (...) ce qui est déterminant c'est le fait que le créancier de l'entretien construisse avec son nouveau partenaire une communauté de vie si étroite que celui-ci est prêt à lui accorder assistance et soutien ; il est sans importance de savoir si les partenaires disposent ou non des moyens financiers nécessaires."

- **usage du logement et mobilier de ménage (176al.1 ch.2 CC)**

- ❖ **le juge attribue provisoirement le logement conjugal:** à l'une des parties, en faisant usage de son pouvoir d'appréciation: TF 5A\_291/2013 et 5A\_320/2013.

1. **A quel époux le domicile conjugal est-il le plus utile** (proximité géographique, logement des enfants,

intérêts professionnels, aménagement selon l'état de santé du conjoint) ? **Si pas de réponse => 2. Selon la JP:**(TF 5A\_291/2013, consid. 5.3.1): "A cet égard, entrent notamment en considération l'intérêt de l'enfant, confié au parent qui réclame l'attribution du logement, à pouvoir demeurer dans l'environnement qui lui est familial, l'intérêt professionnel d'un époux".

2. **À quel époux peut-on le plus raisonnablement imposer de déménager, compte tenu des circonstances** (notamment personnes âgées, liens affectifs) ? Le fait d'avoir des amis dans le quartier et d'avoir tout re-décoré la maison: suffit. **Si pas de réponse =>3 Selon la JP:** (TF 5A\_291/2013, consid. 5.3.2): "Si ce premier critère de l'utilité ne donne pas de résultat clair, le juge doit, en second lieu, examiner à quel époux on peut le plus raisonnablement imposer de déménager, compte tenu de toutes les circonstances. A cet égard, entrent notamment en considération l'état de santé, l'âge avancé de l'un des époux, le lien étroit qu'entretien l'un d'eux avec le domicile conjugal. A noter que des motifs d'ordre économique ne sont en principe pas pertinents, **A MOINS** que les ressources financières des époux ne leur permettent pas de conserver le logement."

3. **Statut juridique de l'immeuble** (attribution au propriétaire ou à l'époux qui bénéficie d'autres droits d'usage sur l'immeuble). **Si pas de réponse =>3 Selon la JP:** (TF 5A\_291/2013, consid. 5.4) Si le second critère ne donne pas non plus de résultat clair, le juge doit alors tenir compte du statut juridique de l'immeuble et l'attribuer à celui des époux qui en est le propriétaire ou qui bénéficie d'autres droits d'usage sur celui-ci. A noter que toutefois, le fait qu'un des époux ait par exemple quitté le logement conjugal non pas pour s'installer ailleurs mais pour échapper provisoirement au climat particulièrement tendu au sein du foyer notamment en logeant chez un ami ou à l'hôtel ou encore sur ordre du juge statuant de manière superprovisionnelle et par conséquent sans entendre

*l'exposé des motifs qui justifiaient une attribution en son nom ne saurait entraîner une attribution systématique de la jouissance du logement à celui des époux qui l'occupe encore.*

- **régime matrimonial (176 al.1 ch.3 CC)**
- **sort des enfants (176al.3 CC).**

#### 4. Annulation du mariage en général:

##### ➤ **Fin du mariage:**

- dissolution par décès
- dissolution par déclaration d'absence
- annulation
- divorce
- **ATTENTION:** un jugement de séparation de corps (117 et 118 CC): **ne met PAS FIN au mariage**

##### ➤ **Action en annulation:**

- **action d'état** (car touche à l'état civil: on change de statut) et **formatrice** (car change le rapport juridique entre les parties).
- **droit d'intenter l'action:** droit strictement personnel.
- annulation **ne vaut pas inexistance** du mariage: l'inexistence est lorsque les vices sont très graves (mariage a lieu sans officier d'état civil ou lorsqu'il n'y a qu'un mariage religieux).
- pas de nullité au-delà des causes prévues à 105, 107 CC.
- **causes d'annulation du mariage:**
  - **action en annulation pour causes absolues (105 CC):** protègent des buts publics ainsi que les époux; en cas de:
    - **mariage préexistant (105ch.1 CC)**
    - **incapacité de discernement durable (105ch.2 CC):** donc on exclut l'ivresse par exemple.
    - **lien de parenté prohibé (105ch.3 CC):** les liens prohibés sont les liens en ligne directe et en ligne collatérale au 2e degré (20 et 21 CC): donc la descendance et l'adoption. *Les liens par alliance ne créent pas d'empêchement!*
    - **volonté d'éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers (105ch.4 CC)**
    - **violation de la libre volonté d'un des époux (105ch.5 CC)**
    - **minorité d'un époux,** à moins que son intérêt supérieur ne commande de maintenir le mariage (105ch.6 CC)
    - **ATTENTION:** ce types d'action:
      - ❖ **peut être intentée d'office ou par toute personne intéressée** (=intérêt moral ou matériel, actuel ou virtuel) (106al.1 CC)
      - ❖ obligation des autorités fédérales ou cantonales d'informer l'autorité compétente en cas de soupçons (106al.1 in fine CC)
      - ❖ **en cas de mariage déjà dissous:** pas d'action d'office mais action ouverte à toute personne intéressée (106al.2 CC)

- ❖ **délai:** **aucun**, ces actions peuvent être intentées en tout temps (106al.3 CC)
- **action en annulation pour causes relatives (107 CC):** ne peuvent être invoquées que par la personne concernée; en cas de :
  - **incapacité passagère de discernement (107ch.1 CC + 16 CC):**
  - **erreur (107ch.2 CC)**
  - **dol (107ch.3 CC)**
  - **ATTENTION:** ce types d'action:
    - ❖ **délai:** 6 mois dès la découverte de la cause de l'annulation et max. 5 ans après (108al.1 CC)
    - ❖ **qualité pour agir:** action réservée aux seuls époux (107 CC) mais les héritiers ont certains droits (108al.2 CC)

### 5. Les effets de l'annulation du mariage

- **effets ex nunc de l'annulation:** sauf pour les droits successoraux pour lesquels c'est un effet ex tunc (109al.1 CC).
- **application des règles du divorce par analogie (109al.2 CC)**
- **cessation de la présomption de paternité du mari (109al.3 CC):** lorsque le mariage est annulé du fait qu'il a été contracté pour éluder les dispositions sur l'admission et le séjour des étrangers.

## C. Partenariat enregistré:

### 1. Conditions d'enregistrement:

- **Deux personnes du même sexe (2al.1 LPart)**
- **Capacité d'enregistrer le partenariat (3 LPart)**
  - 18 ans minimum
  - capacité de discernement
  - libre volonté (6al.1 LPart)
  - **Absence d'empêchements**
    - **lien de parenté (4al.1 LPart):** "Le partenariat enregistré est prohibé entre deux parents en ligne directe ainsi qu'entre frères et soeurs germains, consanguins ou utérins"
      - utérin: demi-frères. Ex: io e Santhya.
      - AINSI: il est accepté pour des cousins (parents ligne collatérale au 4e degré)
    - **mariage ou partenariat enregistré préexistant (4al.2LPart):** "chacun des partenaires doit établir qu'il n'est pas déjà lié par un partenariat enregistré ni marié"

### 2. Demande d'enregistrement: 5 LPart, 75a-75d OEC

- **Office du domicile:** demande à déposer auprès de l'office de l'état civil du domicile d'un des partenaires (5al.1 LPart): l'enregistrement du partenariat, à défaut de domicile en Suisse, est seulement possible en cas de nationalité suisse d'un-e des partenaires
- **Comparution personnelle:** exceptionnellement forme écrite (5al.2 LPart)
- **Présentation de documents et déclarations des partenaires (5al.3 LPart)**
- Établissement de la **légalité du séjour** en CH (5al.4 LPart)

### 3. Exécution et clôture de la procédure préparatoire par l'office de l'état civil

- **Examen des conditions de l'enregistrement:**

- capacité d'enregistrer le partenariat,
- absence d'empêchements,
- libre volonté (prévention de partenariats forcés: 6 al.1 LPart, 181a CP, 43a al.3bis CC, 16al.7 et 75dal.1bis et al.2 OEC)
- refus d'enregistrer un partenariat qui a pour seul motif d'éluider les dispositions sur l'admission et séjour des étrangers (6al.2 LPart, 74a OEC)

#### 4. Enregistrement

- **Célébration dans la salle de l'arrondissement de l'état civil choisi par les partenaires** (75i al.1 OEC)
- **Refus de la célébration:** en cas de soupçon de partenariat forcé (75k al.4 OEC)
- **Validité de la conclusion du partenariat:** déclaration publique de vouloir enregistrer le partenariat et signature de l'acte de partenariat. (7 LPart, 75k OEC)
- **Pas de délai:** contrairement au mariage (100 CC), il n'y a pas de délai pour pouvoir faire leur demande d'enregistrement (75g OEC)

#### 5. Effets:

- **Effets personnels:**
  - devoir d'assistance et de respect (12 LPart)
  - nom (12a LPart)
- **Entretien** (13 LPart)
- **Logement commun** (14 LPart)
- **Représentation de la communauté** (15 LPart)
- **Devoir de renseigner** (16 LPart)
- **Mesures contraignantes en cas de suspension de la vie commune** (17 LPart)

#### 6. Annulation du partenariat enregistré

- **Annulation fondée sur causes absolues** (9 LPart): correspondent aux art.105/106 CC (voir ci-dessus).
- **Annulation fondée sur causes relatives** (10 LPart): renvoi aux 23ss CO (vices de consentement) et en cas d'incapacité de discernement passagère (message du CF)

#### 7. Effets de l'annulation (11 LPart):

- **Correspondent aux effets de l'annulation du mariage** (voir ci-dessus).

### D. Communauté de vie de fait

#### 1. Notion:

- **Fait social** (et non un statut juridique) qui entraîne des conséquences juridiques. On ne conclut pas une communauté de vie de fait. Ce sont des faits qui selon la JP caractérisent cette communauté.
- **Termes utilisés:**
  - **définition du TF** (ATF 138 III 157, consid.2.3.3): "La relation de concubinage stable n'est pas définie par le droit suisse. Elle doit être comprise comme une communauté de vie d'une certaine durée, voire durable, entre deux personnes, à caractère exclusif en principe, qui présente une composante spirituelle, corporelle et économique et parfois désignée comme communauté de toit, table et lit".
  - **concubinage:** terme utilisé dans la JP relative à l'obligation d'entretien (mariage, divorce etc.)

- **mener de fait une vie de couple, communauté de vie**: terme utilisé dans les lois récentes (47al.1 let.c CPC, 20a al.1 let.a LPP)

## 2. Effets généraux:

- **Absence de normes sur les effets généraux**: à la différence du mariage et du partenariat enregistré, dans le concubinage il y a **une absence**: d'effets personnels, de devoir d'entretien, de protection du logement commun et de mesures protectrices.
- **Protection de la personnalité**: en cas de violence, menaces ou harcèlement (28b CC). Là, les couples non-mariés ont droit d'en bénéficier.
- **Protection de l'adulte**: pouvoir de représentation spécial de la personne qui fait ménage commun avec une personne incapable de discernement pour décider des soins médicaux (378al.1 ch.4 CC). Ex: le partenaire non-marié peut décider sur les soins médicaux de son partenaire incapable de discernement.
- **Pour le reste**: normes générales du droit privé.

## II. LES DISSOLUTIONS:

### A. Divorce (fin du mariage):

#### 1. Types de divorces et conditions:

##### a. Divorce sur requête commune pour cause de rupture irrémédiable du lien conjugal: deux types de procédures selon les cas

- **procédure en cas de divorce avec accord complet (111 CC)**:
  - accord sur le principe du divorce
  - accord complet sur les effets accessoires du divorce
    - effets accessoires: entretien du conjoint, entretien des enfants, liquidation du régime matrimonial, partage du 2e pilier, sort des enfants, convention complète, conclusions communes relatives aux enfants (111al.1 CC et 285 CPC).
    - conclusion de la convention après mure réflexion et de leur plein gré
  - requête commune
  - audition des enfants (298al.1 CPC)
  - audition des époux (111al.1 CC)
  - jugement de divorce avec homologation (=ratification) de la convention (111al.2 CC, 279, 288al.1 CPC). Le juge doit ratifier la convention et vérifier les conditions retenues de 111 CC. La convention doit être pleine et complète et ne doit pas être inéquitable (personne qui renonce à toute contribution d'entretien pour sa réintégration sur le marché du travail: inéquitable).
- **procédure en cas de divorce avec accord partiel (112 CC)**:
  - accord sur le principe du divorce
  - pas d'accord ou accord partiel sur les effets accessoires du divorce
    - effets accessoires: entretien du conjoint, entretien des enfants, liquidation du régime matrimonial, partage du 2e pilier, sort des enfants
  - requête commune, déclaration au juge pour le règlement des points litigieux et conclusions motivées sur ces points (112al.2 CC et 285, 286al.1 et al.2 CPC)
  - audition des époux (111al.1 CC)
  - audition des enfants (298al.1 CPC)
  - procédure contradictoire pour le reste (288al.2 CPC)

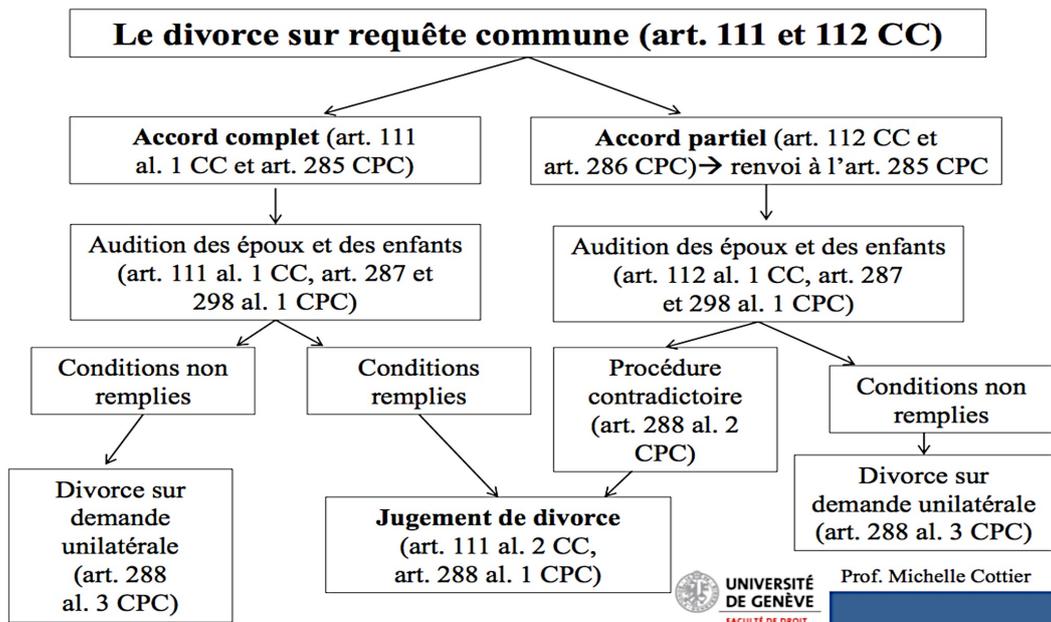
- jugement de divorce, points litigieux et non-litigieux (111a.2 CC, 288a.1 CPC)
- b. **Divorce sur requête unilatérale:** deux types de procédures (**toujours commencer par 114 CC et l'exclure, et puis subsidiairement, avec 115 CC**)
  - **après suspension de la vie commune (114 CC)**
    - **absence d'accord sur le principe de divorce**
    - **condition:** 2 ans de séparation au moins, au début de la litispendance (moment de dépôt de la requête).
      - **séparation:** communauté corporelle, affective, morale et économique: quand ces éléments ne sont plus réunis objectivement et subjectivement (volonté de mettre fin à l'union conjugale) on peut invoquer la période de vie séparée, même si ils vivent sous le même toit.
  - **pour rupture de la vie conjugale (115 CC).**
    - **absence d'accord** sur le principe de divorce
    - **conditions:**
      - **des motifs sérieux rendent la continuation du mariage** (pas "la vie commune") **insupportable.** Exemple: mari accusé d'avoir donné le HIV à des personnes par des seringues infectées intentionnellement, L'épouse a demandé divorce et on lui a donné raison pour rupture de divorce.
        - ❖ **motifs sérieux** (TF 5A\_177/2012): maltraitance, actes de violence mettant en péril la santé physique et psychique du conjoint, abus sexuels sur enfants du couple ou issus d'un premier lit, infractions pénales graves contre le demandeur ou contre l'un de ses proches, délit infamant, maladie mentale grave, double vie (un des conjoints a une autre famille), harcèlement obsessionnel.
        - **JP:** Il s'agit ainsi de déterminer si *le maintien du lien légal peut raisonnablement être exigé sur le plan affectif et psychique*, autrement dit si la réaction émotionnelle et spirituelle qui pousse le conjoint demandeur à ressentir comme insupportable la perpétuation de ce lien pendant deux ans est *objectivement compréhensible*; des réactions excessives, suscitées par une susceptibilité particulièrement vive, étant toutefois insuffisantes. Il est toutefois unanimement admis que les actes de violence mettant en péril la santé physique et psychique du conjoint demandeur peuvent constituer des motifs sérieux permettant de solliciter le divorce pour rupture du lien conjugal. Une infraction pénale grave contre le conjoint demandeur ou l'un de ses proches, des abus sexuels contre les enfants communs ou issus d'un premier lit, un délit infamant, une maladie mentale grave peuvent également constituer des motifs sérieux permettant de fonder la demande de divorce sur l'art. 115 CC (TF 5A\_177/2012).

❖ **mariage insupportable: subjectivement et objectivement.** Il faut se demander si le maintien du lien légal peut raisonnablement être exigé sur le plan affectif et psychique, autrement dit, si la réaction émotionnelle et spirituelle qui pousse le conjoint demandeur à ressentir comme insupportable la perpétuation de ce lien pendant deux ans est objectivement compréhensible. Une réaction excessive, suscitée par une susceptibilité particulièrement vive, étant toutefois insuffisante (TF 5A\_177/2012)

- **motifs non-imputables à l'époux demandeur**
- **délai:** maximum 2 ans depuis les motifs sérieux

**c. Passerelles entre le divorce sur requête commune et le divorce sur requête unilatérale**

- **passerelle permettant de passer de la procédure sur requête commune à celle sur demande unilatérale: (288 al.3 CPC)** si les conditions du divorce sur requête commune ne sont pas remplies, le tribunal rejette cette demande et impartit un délai pour introduire une demande unilatérale
- **passerelle permettant de passer de la procédure sur demande unilatérale à celle sur requête commune (292 CPC)**
  - **conditions:**
    - acceptation du divorce
    - séparation de moins de 2 ans au moment du dépôt de la requête (conditions de 114 CC pas remplies)
    - conditions de 115 CC (motifs sérieux) clairement pas remplies.



## 2. Les effets du divorce:

- **Effets personnels:**
  - **dissolution de l'union conjugale:** met fin au statut marital
  - **nom (119 CC, 13 OEC, 8a tit.fin. CC):** selon 119 CC, l'époux qui a changé de nom conserve le nom après divorce mais peut déclarer à l'office de l'ÉC de reprendre son nom de célibataire et pas le nom précédent à celui avant son mariage (qui pourrait être le nom de son ex-mari).
- **Effets patrimoniaux :**
  - **régime matrimonial et successions (120al.2 CC):** "les époux divorcés cessent d'être les héritiers légaux l'un de l'autre et perdent tous les avantages résultant de dispositions pour cause de mort faites avant la litispendance de la procédure de divorce."
  - **logement de la famille (121 CC) => voir ci-après point 4**
  - **prévoyance professionnelle (122-124 CC)**
  - **contribution d'entretien (125-132 CC) => voir ci-après point 3**
- **Sort des enfants (133-134, 298 CC)**

## 3. La contribution d'entretien (125al.1 CC):

"Si l'on ne peut raisonnablement attendre d'un époux qu'il pourvoie lui-même à son entretien convenable, y compris à la constitution d'une prévoyance vieillesse appropriée, son conjoint lui doit une contribution équitable."

**Cet article exprime les points suivants:**

- **Principe de clean break ou indépendance économique:** après le divorce, dans toute la mesure du possible, chaque conjoint doit désormais subvenir à ses propres besoins. (ATF 137 III 102)
- **Néanmoins: solidarité post-matrimoniale:** "les époux doivent supporter en commun non seulement les conséquences de la répartition des tâches convenue durant le mariage (163al.2 CC) mais aussi les désavantages qui ont été occasionnés à l'un d'eux par l'union et qui l'empêchent de pourvoir à son entretien". (ATF 137 III 102, consid.4.1.1)
- **Critères de la contribution d'entretien: 125al.2 CC**
  - **répartition des tâches pendant le mariage (ch.1):** le modèle traditionnel ou semi-traditionnel a une influence sur la capacité de gain de l'époux. La perte de capacité de gain est prise en compte dans la répartition des tâches. La doctrine admet que l'époux qui a rendu possible la formation de son conjoint et qui a lui-même renoncé à des études souffre d'un impact sur sa capacité de gain. Exemple: femme renonce à ses études pour s'occuper du ménage et mari reprend les études.
  - **durée du mariage (ch.2):** selon la jurisprudence, le maintien du niveau de la vie commune pendant le mariage est exigé si le mariage a duré plus de 10 ans. L'union a fait naître chez l'époux économiquement faible une confiance qui doit conduire à calculer la contribution d'entretien en fonction du niveau de vie du couple pendant le mariage.
    - **c'est la date du début de la séparation qui est décisive pour calculer la contribution. Attention,** selon les circonstances, il faut aussi tenir compte de la durée de vie de concubinage qui a immédiatement précédé le mariage (ATF 132 III 598).

- **lorsque le mariage a duré moins de 5 ans et que le couple n'a pas eu d'enfants:** la capacité de gain des époux n'est en principe pas diminuée. En effet l'abandon d'une carrière professionnelle n'aura pas été motivé par le mariage (ATF 121 III 201) → on prend en considération le niveau de vie qui prévalait avant le mariage.
- **lorsque le mariage a duré entre cinq et dix ans:** il faut procéder à une analyse concrète et déterminer si le mariage a modifié profondément les conditions de vie de l'un des époux, ce qui justifierait l'octroi d'une contribution d'entretien.
- **pour les mariages ayant duré plus de 10 ans:** surtout lorsque les enfants en sont issus, il existe une présomption selon laquelle les conditions de vie de l'ayant droit ont été modifiées → ces unions ont fait naître chez l'époux économiquement faible une confiance qui doit conduire à calculer la contribution d'entretien en fonction du niveau de vie du couple pendant le mariage.
- **REMARQUE:** il y a des facteurs comme le déracinement culturel qui justifient que l'on traite un mariage de courte durée comme un mariage de longue durée !
- **Si le mariage a duré au moins dix ans** – période à calculer jusqu'à la date de la séparation des parties – il y a eu en règle générale, une influence concrète (ATF 137 102). La jurisprudence retient également que, indépendamment de sa durée, un mariage influence concrètement la situation des conjoints lorsque ceux-ci ont des *enfants communs*. Un tel mariage ne donne toutefois pas automatiquement droit à une contribution d'entretien : selon la jurisprudence, le principe de l'autonomie prime le droit à l'entretien, ce qui se déduit également de l'art. 125 CC
- En présence de circonstances particulières, le calcul de la durée du mariage peut prendre en compte un concubinage précédant le mariage. Ce faisant, il n'est pas question de procéder à une opération arithmétique en additionnant les années de concubinage et de les assimiler ainsi à des années de mariage. Il s'agit bien plus d'examiner la confiance placée dans le mariage conclu, avec pour arrière-plan le concubinage le précédant, est digne de protection et si le mariage doit l'être, en ce sens, considéré comme ayant un impact décisif sur la vie. Un concubinage ne peut être pris en compte dans la totalité QUE SI le concubinage a marqué durablement la vie des partenaires de sorte que la conclusion du mariage atteste d'une prise de responsabilité et vient confirmer une confiance déjà établie. Cela peut être le cas lorsque le partenaire a renoncé à son propre épanouissement en dehors du

domicile afin de favoriser la progression économique de l'autre ou afin de s'occuper d'enfants communs ou de ceux du partenaire (ATF 135 III 59).

- **niveau de vie des époux durant le mariage (ch.3)** le niveau de vie des époux pendant le mariage constitue la limite supérieure de l'entretien convenable
  - Lorsque l'UC a durablement marqué de son empreinte la situation de l'époux bénéficiaire, le principe est que le standard de vie choisi d'un commun accord doit être maintenu pour les deux parties dans la mesure où leur situation financière le permet. Il s'agit de la limite supérieure de l'entretien convenable. Quand il n'est pas possible, en raison de l'augmentation des frais qu'entraîne l'existence de deux ménages séparés, de conserver le niveau de vie antérieur, le créancier de l'entretien peut prétendre au même train de vie que le débiteur de l'entretien (TF 5A\_748/2012)
  - On ne peut pas demander plus de ce qui est nécessaire à ce train de vie ; si les ressources ne permettent pas de maintenir le même train de vie, la jurisprudence nous dit que chaque ex-époux a en principe droit au même train de vie inférieur (TF 5C.84/2006). A noter que si les époux ont vécu séparés durant de nombreuses années, le train de vie durant la séparation sera déterminant pour fixer l'entretien convenable.
- **âge et santé des époux (ch.4)**: on ne peut en principe pas exiger d'un conjoint de plus de 45 ans au moment de la séparation qu'il reprenne une activité lucrative s'il n'en a plus exercé depuis longtemps du fait de la répartition des tâches au sein d'un mariage de longue durée. L'état de santé de l'époux conditionne directement sa capacité de travail. Cette présomption ne doit pas être trop rigide et peut être renversée par des éléments plaidant pour la reprise ou l'augmentation de l'activité lucrative ; cette limite d'âge tend à être augmentée à 50 ans. Concernant l'état de santé, il faut regarder s'il y a ce rapport de confiance qui justifie un soutien post-divorce et dans quelle mesure ce soutien est justifié. Exemple: si Lisa, a 40 ans, bien qu'elle ait moins de 45 ans, si elle souffre d'une dépression, on ne peut pas lui imposer d'augmenter son activité lucrative.
  - Un conjoint - y compris le créancier de l'entretien – peut se voir imputer un revenu hypothétique, pour autant qu'il puisse gagner plus que son revenu effectif en faisant preuve de bonne volonté et en accomplissant l'effort que l'on peut raisonnablement exiger de lui. (...) Les critères permettant de déterminer le montant du revenu hypothétique sont, en particulier, la qualification professionnelle, l'âge, l'état de santé et la situation du marché du travail. (...) Selon la jurisprudence, en cas de mariage de longue durée, on présume qu'il n'est pas possible d'exiger d'un époux qui a renoncé à exercer une activité lucrative pendant le mariage, et qui a atteint l'âge de 45 ans au moment de la séparation, de reprendre un travail ; cette limite d'âge ne doit toutefois pas être

- considérée comme une règle stricte. La présomption peut être renversée en fonction d'autres éléments qui plaideraient en faveur de la prise ou de l'augmentation d'une activité lucrative (ATF 137 102 consid. 4.2.2.2).
- Quand il s'agit de décider si la recourante a droit au maintien du train de vie antérieur, la différence d'âge entre les parties a la même portée qu'une maladie etc. (ATF 141 III 465 consid. 3.2.2).
  - **revenus et fortune des époux (ch.5)**: selon la jurisprudence il faut avant tout considérer les revenus effectifs des époux, mais aussi ce que ces derniers pourraient gagner s'ils faisaient preuve de bonne volonté ou fournissaient l'effort que l'on peut raisonnablement exiger d'eux
    - **revenu effectif**: exemple, revenu effectif d'Anne en tant qu'avocate et de Jean en tant que pianiste.
    - **revenu hypothétique**: quid du revenu hypothétique de Jean qui reste à la maison et s'occupe des enfants (ATF 137 III 103, consid 4.2.2.2)
    - **protection du min. vital du débirentier** (ATF 135 II 66)
    - **substance de la fortune n'est pas prise en considération** (ATF 137 III 102, consid. 4.2.1.1 ; ATF 138 III 289)
  - **ampleur et durée de la prise en charge des enfants qui doit encore être assurée (ch.6)**: quand le cadet des enfants a atteint 10 ans, l'époux/se devra travailler à 50% et quand il atteint 16 ans, le taux d'activité passe à 100%. (ATF 137 III 102, consid.4.2.2)
    - En principe, on ne peut pas exiger d'un époux la prise ou la reprise d'une activité lucrative à un taux de 50% avant que le plus jeune des enfants n'ait atteint l'âge de 10 ans révolus, et de 100% avant qu'il n'ait atteint l'âge de 16 ans révolus. Elles ne sont pas des règles strictes ; leur application dépend des circonstances du cas concret. Ainsi, une activité lucrative apparaît exigible lorsqu'elle a déjà été exercée durant la vie conjugale ou si l'enfant est gardé par un tiers, de sorte que le détenteur de l'AP, respectivement de la garde, n'est pas empêché de travailler pour cette raison ; en revanche, la reprise d'une activité lucrative ne peut raisonnablement être exigée lorsqu'un époux a la charge d'un enfant handicapé ou lorsqu'il a beaucoup d'enfants (ATF 137 102 consid. 4.2.2.2).
  - **formation professionnelle et perspectives de gain des époux, coût probable de l'insertion professionnelle (ch.7)**
  - **expectatives de prévoyance (ch.8)**: la contribution d'entretien fondée sur 125 CC peut aussi servir à compenser des lacunes de la prévoyance vieillesse et invalidité de l'époux crédentier qui trouvent leur origine dans la répartition des tâches décidée d'un commun accord par les époux durant leur union (ATF 135 III 128).
    - En pratique, l'obligation est souvent fixée jusqu'au jour où le débiteur de l'entretien atteint l'âge de l'AVS. Il n'est toutefois pas exclu d'allouer une rente sans limitation de durée, en particulier lorsque l'amélioration de la situation financière du créancier n'est pas envisageable et que les moyens du débiteur le permettent (TF 5A\_748/2012 consid. 6.3.3).

- **Forme et conditions de la contribution d'entretien:**
  - **rente (126al.1 CC):** le juge alloue la contribution d'entretien sous forme de rente et fixe son montant. Le juge peut prévoir une diminution de rente ou augmentation. La rente prend fin automatiquement si elle parvient à couvrir un entretien convenable.
  - **capital (126al.2 CC):** le juge prévoit de fixer un capital plutôt qu'une rente, notamment quand un des époux veut déménager à l'étranger
  - **conditions (126al.3 CC):** diminution/augmentation de la rente en cas de retraite, remariage, promotion professionnelle etc.
  
- **Refus total ou partiel d'allouer la contribution d'entretien (125al.3 CC):**
  - ce refus se justifie quand elle s'avère manifestement inéquitable en particulier quand le créancier:
    - a gravement violé son obligation d'entretien de la famille (ch.1): ne relève pas de la faute
    - a délibérément provoqué la situation de nécessité dans laquelle il se trouve (ch.2)
    - a commis une infraction pénale grave contre le débiteur ou un de ses proches (ch.3): il est insuffisant de tenir des propos vulgaires ou menaces de mort
  
- **Modification de la contribution d'entretien (=modification du jugement de divorce):**
  - **modification des époux de la convention de divorce:** les époux peuvent exclure (127 CC) ou prévoir une modification ultérieure de la contribution d'entretien
  - **action au juge, en modification de la contribution (129 CC):**
    - **condition:** la situation du débiteur ou créancier change notablement, durablement et imprévisiblement.
      - *Le fait revêt un caractère nouveau lorsqu'il n'a pas été pris en considération pour fixer la contribution d'entretien dans le jugement de divorce.* La survenance de faits nouveaux importants et durables n'entraîne *toutefois pas automatiquement* une modification du montant de la contribution d'entretien ; celle-ci ne se justifie que lorsque la différence entre le montant de la contribution d'entretien nouvellement calculée sur la base de tels faits et celle initialement fixée est d'une ampleur suffisante (TF 5A\_762/2015 consid. 4.1).
      - *Ce sont donc les constatations et le pronostic effectués dans le jugement de divorce, d'une part, et les circonstances actuelles et futures prévisibles examinées au jour de la demande en modification d'autre part, qui servent de fondement* pour décider si on est en présence d'une situation qui s'est modifiée de manière durable et importante. *Un état de fait futur incertain et hypothétique ne constitue pas une cause de modification.* Des éléments concrets relatifs à une modification prochaine des circonstances peuvent par contre être pris en considération, afin d'éviter

autant que possible une nouvelle procédure ultérieure en modification (TF 5A\_373/2015 consid. 4.31).

- **diminution, suspension ou suppression:** que si le jugement fixait un entretien convenable (129 al.1 CC). En particulier à cause du concubinage du créancier (TF 5A\_373/2015); mais aussi du débiteur. Exemples:
  - *Il incombe au débiteur de l'entretien de prouver que le créancier vit dans un concubinage qualifié avec un nouveau partenaire ; le TF a toutefois posé la présomption – réfragable – qu'un concubinage est qualifié lorsqu'il dure depuis cinq ans au moment de l'ouverture de l'action en modification du jugement de divorce. L'existence ou non d'un concubinage qualifié ne dépend pas des moyens financiers des concubins. Mais de leurs sentiments mutuels et de l'existence d'une communauté de destins.* La contribution d'entretien peut donc être améliorée **indépendamment** de toute amélioration de la situation financière du créancier. En effet, en s'engageant volontairement dans une nouvelle communauté de destins, le créancier renonce ce faisant aux prétentions qu'il a envers son ex – conjoint indépendamment de sa nouvelle situation économique (consid. 4.3.2). *Le choix entre la suspension ou la suppression de la rente doit procéder d'une pesée des intérêts,* entre celui du créancier à pouvoir bénéficier d'une pension en cas de dissolution du concubinage et celui du débiteur d'être définitivement libéré de son obligation d'entretien. *La contribution d'entretien sera à priori supprimée lorsque le concubinage est qualifié ; la suppression sera par conséquent généralement prononcée lorsque, au moment de l'introduction de la requête, la durée du concubinage est supérieure au délai de cinq ans ou lorsque la communauté de vie n'a pas encore atteint cette durée mais présente, en raison d'autres facteurs, une stabilité suffisante* (consid. 4.3.3). A noter que dans la mesure où la situation financière du couple était relativement serrée et où l'immeuble avait été financé par la PP des deux intéressées, l'acquisition du bien immobilier était un signe d'engagement personnel suffisamment important pour admettre qu'elle constituait un facteur de stabilité justifiant de se distancer de la présomption qu'un concubinage est qualifié lorsqu'il dure plus de cinq ans (TF 5A\_373/2015).

- ❖ **Mariage du débirentier:** l'époux débiteur de la contribution d'entretien, une fois remarié, devra entretenir son/sa nouveau/elle époux/se, donc il pourra demander au juge de diminuer sa contribution auprès de son ex. Attention, un remariage n'est cependant pas en soi, un motif permettant la diminution de la contribution d'entretien: il faut prouver que de nouvelles charges sont créées (nouveaux enfants, etc.)
- ❖ **Concubinage stable du créancier:** quand le créancier vit dans un concubinage qualifié, le droit à l'entretien après le divorce peut être supprimé ou suspendu. Il incombe au débiteur d'entretien de prouver que le créancier vit dans un concubinage qualifié. **Présomption** (mais réfragable!) **de concubinage stable/qualifié:** quand celui-ci dure depuis 5 ans au moment de l'ouverture de l'action en modification du jugement de divorce, on présume qu'on est dans un cas de concubinage stable. Le choix entre suppression et suspension de la rente doit procéder à une pesée des intérêts entre créancier (de bénéficiaire de l'entretien) et débiteur (d'être libéré de son obligation d'entretien).
- ❖ **Chômage du débirentier:** il ne peut pas contribuer comme avant donc il peut demander une diminution de la contribution d'entretien.
- ❖ **Augmentation du taux d'activité du créancier:** une amélioration de la situation du créancier ne doit être prise en compte **que si une rente d'entretien convenable a été fixée dans le jugement de divorce?**. Le choix entre suppression et suspension de la rente doit procéder à une pesée des intérêts entre créancier (de bénéficiaire de l'entretien) et débiteur (d'être libéré de son obligation d'entretien).
- ❖ **Amélioration de la situation du créancier:** il faut prendre en compte la situation d'ensemble: du débiteur et du créancier. Au vu de la situation, le juge peut diminuer la rente.
- **adaptation de la rente au renchérissement (129a.2 CC):** augmentation de la rente => revenus du débiteur ont augmenté de manière imprévisible et donc on demande l'adaptation de la rente.
- **allocation ultérieure ou augmentation d'une rente (129a.3 CC):**
  - la situation du débiteur s'est améliorée
  - le jugement de divorce constate explicitement qu'il n'a pas été possible de fixer une rente permettant d'assurer l'entretien convenable du créancier
  - délai: 5 ans depuis le divorce
- **Extinction de la contribution d'entretien:**
  - **de par la loi, sans tenter d'action (130 CC)**
    - **Décès du débiteur ou créancier (130a.1 CC)**
    - **Remariage du créancier** (sauf convention contraire) **(130a.2 CC):** le remariage du créancier fait cesser l'obligation d'entretien. Les conjoints peuvent néanmoins exclure cette cessation s'ils ont notamment, des enfants communs (125a.2 ch.6 CC).

#### 4. Le logement de famille:

- **Transfert du contrat de bail (121al.1 CC)**
  - **conditions:**
    - logement de famille
    - présence d'enfants ou autres motifs (aménagement pour handicap, besoin du logement pour exercer une activité professionnelle).
    - attribution peut raisonnablement être imposée à l'autre conjoint
  - **responsabilité solidaire de l'époux non-locataire (121al.2 CC):** le locataire répond solidairement du loyer pendant 2 ans maximum. Ainsi, le bailleur peut demander le loyer dans son entièreté à l'un des époux même si l'autre n'est pas locataire, mais il est plus (+) solvable.
- **Attribution d'un droit d'habitation de durée limitée (121al.3 CC)**
  - **conditions:** ci-dessus (121al.1 CC)
  - indemnité équitable ou déduction équitable de la contribution d'entretien

### B. Dissolution judiciaire du partenariat enregistré:

#### 1. Généralités:

- **Fin du partenariat:** décès ou déclaration d'absence, annulation, dissolution judiciaire (celui-ci implique une volonté des parties).
- **Effets patrimoniaux:** deux partenaires économiquement indépendants, absence d'enfants communs (cf 28 LPart car les personnes en partenariat ne peuvent ni adopter ni recourir à la procréation assistée).
- **Procédure: application par analogie des règles sur le divorce (307 CPC).**

#### 2. Types de dissolutions et conditions:

Rédaction:

"La dissolution judiciaire du partenariat est soumise au principe de la volonté des partenaires pour la requête commune. La requête unilatérale est possible, si ...."

- a. **Dissolution sur requête commune: (29 LPart)** deux types de procédures selon les cas
  - **procédure en cas de dissolution avec accord complet (29 LPart; renvoie à 111 CC):**
    - accord sur le principe de dissolution
    - *cf: voir plus haut le divorce sur requête commune avec accord complet.*
  - **procédure en cas de dissolution avec accord partiel (29 LPart; renvoie à 112 CC):**
    - accord sur le principe de dissolution
    - *cf: voir plus haut le divorce sur requête commune avec accord partiel*
- b. **Dissolution sur demande unilatérale (30 LPart):**
  - **procédure en cas de dissolution sur demande unilatérale:**
    - absence d'accord sur le principe de dissolution (soit l'exclusion de la dissolution possible sur requête commune); **ET**
    - un an de séparation au moment du dépôt de la demande: séparation objective et subjective (=soit la volonté de mettre fin à la communauté corporelle, affective, morale et économique).

- **N.B: pas de dissolution unilatérale pour motifs sérieux dans la LPart.**

### 3. Les effets de la dissolution en général:

- **Effet personnel:** nom (30a LPart renvoie à 119 CC).
- **Effets patrimoniaux:**
  - **Partage de biens:** il n'y a PAS de partage de biens **sans qu'une convention** sur les biens le prévoit (18, 25 LPart): chacun garde ses économies, contrairement au divorce où on a une séparation. On peut donc prévoir cette séparation des biens **si elle est convenue**, conformément à 196-219 CC. Exemple: en principe, X est entrepreneur et Y s'occupe du ménage: s'ils se séparent, on n'a pas de répartition des bénéfices normalement. Exception: il peut y avoir une répartition si elle est prévue.
  - **Droit successoral** (31 LPart): les partenaires cessent d'être héritiers l'un de l'autre, au moment de la dissolution.
  - **Attribution du logement commun** (32 LPart): le juge peut attribuer le logement commun à l'une des parties. (voir ci-après, point 5)
  - **Prévoyance professionnelle** (33 LPart)
  - **Contribution d'entretien** (34 LPart via 125al.2 CC) (voir ci-après, point 4)
  - **Sort des enfants:** nouveau droit de l'adoption selon 34al.4 LPart, application par analogie de 133-134 CC.

### 4. Contribution d'entretien:

- **PRINCIPE:** clean-break, indépendance économique des partenaires (34al.1 LPart)
- **EXCEPTION:** contribution d'entretien:
  - **conséquence de la répartition des tâches** (al.2) => application par analogie des critères de 125al.2 CC (voir p.13); en particulier pour les conséquences de la prise en charge des enfants "communs". Exemple: un partenaire en raison de la répartition des tâches, a limité son activité lucrative ou n'en n'a pas exercé du tout. Dans ce cas, l'autre partenaire doit lui verser une contribution d'entretien.
  - **principe de solidarité** (al.3): cas où l'un des partenaires ne peut pas subvenir à son propre entretien.
- **Révision dans le cadre du nouveau droit de l'adoption** (34al.4 LPart): les dispositions de 125al.2 et al.3, 126 à 134 CC sont applicables par analogie. Donc en cas d'enfants communs, la distribution de tâches sera pareille qu'en cas de divorce.

### 5. Attribution du logement commun:

- **Transfert du contrat de bail** (32al.1 LPart via 121 CC):
  - **conditions:** "Le juge peut, pour de justes motifs, attribuer à l'un des partenaires, les droits et obligations qui résultent du contrat de bail portant sur le logement commun, pour autant que cette décision puisse raisonnablement être imposée à l'autre partenaire"(32al.1 LPart)
    - **conditions:**
      - **logement commun**
      - **justes motifs** présence d'enfants ou autres motifs (aménagements pour handicap, besoin du logement pour exercer une activité professionnelle)
      - **attribution raisonnablement imposée à l'autre partenaire (qui était titulaire du bail):** le loyer ne doit pas dépasser les limites financières **du titulaire du bail ou de l'autre?**

- **responsabilité solidaire (32al.2 LPart)**: le locataire répond solidairement du loyer. Ainsi, le bailleur peut demander le loyer dans son entièreté à l'un des époux même si l'autre n'est pas locataire, mais il est plus (+) solvable.
- **Attribution d'un droit d'habitation de durée limitée (32al.3 LPart)**
  - **32al.3 LPart**: "Aux conditions de l'al. 1, le juge peut attribuer à l'un des partenaires un droit d'habitation de durée limitée sur le logement commun qui appartient à l'autre partenaire, **moyennant une indemnité équitable ou une déduction équitable de la contribution d'entretien**. Lorsque des faits nouveaux importants l'exigent, le droit d'habitation est restreint ou supprimé."
  - **conditions de 32al.1 LPart**: justes motifs, pour autant que cette décision puisse être raisonnablement imposée à l'autre partenaire.

## C. La fin de la communauté de vie de fait

### 1. Généralités:

- **Fin de la communauté de vie de fait**: volonté d'une des parties OU accord mutuel. Pas d'autre condition requise, pas besoin de juge ni de tribunal.
- **Absence de dispositions légales**: pas de bl spécifique réglant les conditions et effets de la dissolution de la communauté de vie de fait.
- **Jurisprudence TF**: pas d'application par analogie des règles sur la liquidation du régime matrimonial.
- **Absence d'obligation d'entretien (pas d'analogie avec le divorce)**: TF 4A\_441/2007
- **Possibilité de conclure un contrat de concubinage régissant les rapports patrimoniaux**: c'est important de le faire quand on sait qu'on aura une relation de longue durée ou complexe, où des affaires patrimoniales sont en jeu; ou dans le cas de répartition traditionnelle des tâches.
- **En cas d'absence de dispositions contractuelles expresses, on estime qu'on a conclu un contrat de manière tacite**. Application des règles sur:
  - SS
  - contrat de travail
  - contrat de prêt
  - contrat de mandat

### 2. Application des règles sur la SS:

- **Conditions de l'application des règles de la SS à la communauté de vie de fait (530 à 531 CO)**. Il faut remplir les **trois conditions suivantes**.
  1. **contrat**:
    - acte concluant sur la répartition des tâches
    - manifestation réciproque de volonté et concordante (**1al.1 CO**)
    - expresses ou tacites (**1al.2 CO**); elles sont dans la vie plus souvent tacites (caisse commune, répartition traditionnelle des tâches, mise à disposition du logement, de la voiture).
  2. **apports de chaque associé/partenaire (531al.1 CO)**:
    - **argent**: p.ex, salaire
    - **créances**
    - **biens** (immeuble sert de logement commun, mobilier, voiture)
      - soit on **confère l'usage** du bien à la SS
      - soit on **remet le bien en propriété** à la SS

- **industrie:** p.ex travail dans l'entreprise du partenaire, tenue du ménage, prise en charge des enfants.
- 3. **but commun** (530al.1 CO): définit l'étendue de la SS et montre le bénéfice qui sera réparti
  - **but étroit:** satisfaction des besoins communs dans le cadre d'une communauté domestique (TF 4A\_441/2007). Ex: la consommation de tous les jours.
  - **but large :** prospérité économique de l'union (ATF 109 II 228). Ex: le fait de faire des économies.

### 3. La liquidation de la SS

- **Répartition des bénéfices:** chacun des associés a en principe droit à une part équivalente (=répartition en parts égales du bénéfice) (533al.1, 549al.1 CO); cf ATF 109 II 228. "Si l'activité en question laisse un bénéfice, la partie qui n'a fait qu'un apport en industrie participe à la répartition" ; notamment bénéfice d'une entreprise d'un des partenaires (auquel l'autre a contribué avec son travail de secrétaire p.ex) économies effectuées par l'un des partenaires en cas de répartition traditionnelle des tâches (si le but de la société simple est large).
- **Répartition des pertes:** supportées à parts égales par les associés (533al.1, 549al.1 CO): notamment les dettes, qui sont réparties au moment de la dissolution.

<b>LES EFFETS DE LA FILIATION:</b>	<b>3</b>
<b>I. LE STATUT DE L'ENFANT</b>	<b>3</b>
<b>A. LE NOM DE L'ENFANT</b>	3
1. Le prénom	3
2. Le nom de famille:	3
3. Le changement de nom de famille: (270, 270b CC)	4
<b>B. LE DROIT DE CITE DE L'ENFANT:</b>	4
<b>C. LE DOMICILE DE L'ENFANT:</b>	4
1. Notion:	4
2. Rattachement principal du domicile dérivé de l'enfant (25al.1 hyp.1 CC):	5
3. Rattachement subsidiaire primaire (25al.1 hyp.2 CC)	5
4. Rattachement subsidiaire secondaire (25al.1 hyp.3 CC)	5
5. Cas de l'enfant sous tutelle:	5
<b>II. RELATIONS PARENTS-ENFANTS:</b>	<b>6</b>
<b>A. DEVOIRS RECIPROQUES (272 CC)</b>	6
<b>B. NOTION ET CONTENU DE L'AUTORITE PARENTALE (AP)</b>	6
1. Notion de l'autorité parentale:	6
2. Le bien de l'enfant:	6
3. La garde de l'enfant:	7
4. Droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant:	8
5. L'éducation de l'enfant et obligation d'entretien de l'enfant	10
<b>a. L'entretien de l'enfant en général:</b>	10
<b>b. L'entretien de l'enfant mineur:</b>	11
<b>c. L'entretien de l'enfant majeur</b>	13
<b>d. Fixation de l'entretien dans le cadre des MPUC</b>	15
<b>e. Action en réclamation de l'entretien</b>	15
<b>f. La convention d'entretien:</b>	16
<b>g. L'exécution et l'aide au recouvrement</b>	16
<b>h. Les droits pécuniaires de la mère non mariée</b>	17
<b>C. CRITERES D'ATTRIBUTION DE L'AP EXCLUSIVE ET DE LA GARDE EN GENERAL</b>	17
1. Principe de l'autorité parentale conjointe (296al.2 CC):	17
2. Exception:	17
3. Critères généraux d'attribution parentale exclusive (conditions à remplir!):	17
4. Cas d'application de l'AP exclusive	18
5. Absence de règle concernant la garde et AP conjointe, de par la loi:	21
<b>D. PARENTS MARIÉS: AUTORITE PARENTALE ET GARDE</b>	21
1. Pendant le mariage:	21
2. Mesures protectrices de l'union conjugale	22
3. Divorce: 133 al.1 CC renvoie à 298 CC	22
<b>E. PARENTS NON-MARIÉS (HORS ADOPTION): AUTORITE PARENTALE</b>	22
1. Principe et conditions de l'AP conjointe:	22
2. Modification de l'autorité parentale:	24
3. Décès d'un des parents:	24
<b>F. PARENTS ADOPTIFS DANS LE CADRE DU PARTENARIAT ENREGISTRE:</b>	25
1. Autorité parentale:	25
<b>G. PARENTS ADOPTIFS MENANT UNE VIE DE FAIT AVEC LA MERE OU LE PERE DE L'ENFANT:</b>	25
1. Autorité parentale:	25
<b>H. BEAUX-PARENTS ET PARENTS NOURRICIERS:</b>	25
1. Beaux-parents:	25
2. Parents nourriciers:	26

<b>I. RELATIONS PERSONNELLES ET LE DROIT A L'INFORMATION</b>	26
1. Relations personnelles enfants-parents	26
2. Les relations personnelles entre l'enfant et des tiers	28
3. Information et renseignements:	28
<b>J. ÉLÉMENTS DE LA PROCEDURE DEVANT L'APEA (AUTORITE DE PROTECTION DE L'ENFANT ET ADULTE)</b>	29
1. Procédure	
	29
<b>III. LA PROTECTION DE L'ENFANT:</b>	<b>30</b>
<b>A. LES PRINCIPES GENERAUX: CONDITIONS GENERALES POUR METTRE EN OEUVRE LES MESURES DE PROTECTION DE L'ENFANT</b>	30
1. Le bien de l'enfant (11al.2 Cst, 3 CDE)	30
2. Le principe de proportionnalité: (307al.1, 308al.1, 310al.1, 311al.1 CC)	31
<b>B. LES MESURES DE PROTECTION DE L'ENFANT :</b>	31
1. Les mesures non-spécifiques (c.-à-d. en général) :	31
2. Les curatelles:	31
3. Le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence	32
4. Le retrait de l'autorité parentale	33
5. Les mesures de protection des biens de l'enfant:	34
<b>C. TUTELLE DES MINEURS:</b>	34
1. La tutelle comme mesure de protection:	34
<b>D. PROCEDURE:</b>	34
1. Compétence matérielle (315, 315a, 315b CC)	34
2. Procédure en matière de protection de l'enfant devant l'autorité de protection, devant l'APEA: 314ss CC en lien avec 443 à 449c CC	35

## Les effets de la filiation:

### I. Le statut de l'enfant

#### A. Le nom de l'enfant

##### 1. Le prénom

- **Droit de choisir le prénom de l'enfant:** les détenteur(s) de l'autorité parentale ont le droit de choisir. (301a.4 CC et 37c al.1 OEC). Si les parents sont détenteurs de l'autorité parentale conjointe, le droit appartient à la mère et au père.
- **Limites du choix:** prénom manifestement préjudiciable aux intérêts de l'enfant (37c al.3 OEC)
- **Adoption:** possibilité de donner un nouveau prénom à l'enfant (267a al.1 CC)
- **Enfant trouvé:** choix par l'autorité désignée par le droit cantonal (38a.2 OEC)

##### 2. Le nom de famille:

- **Parents mariés (270, 160 CC)**
  - **choix possibles:**
    - **maintien du nom de famille de chaque époux (160a.1 CC):** à la conclusion du mariage, choix d'un nom de célibataire d'un des parents pour les enfants (270a.1 CC).
      - possible changement dans l'année après la naissance du premier enfant (270a.2 CC)
    - **choix d'un nom de famille commun (160a.2 CC):** l'enfant porte le nom de famille commun (270a.3 CC)
- **Parents non-mariés (270a CC):**
  - **choix possibles:**
    - **autorité parentale exclusive:** nom de célibataire du parent qui l'exerce (270a al.1 ph.1 CC) **MAIS PAS TOUJOURS!** En cas de changement d'attribution de l'autorité parentale, il n'y a pas d'effets sur le nom (270a al.4 CC). Exemple : X avait l'autorité parentale exclusive donc l'enfant avait son nom de famille. En cas de changement d'attribution de l'autorité parentale exclusive à Y, le nom de famille de l'enfant reste celui de X.
    - **autorité parentale conjointe (APC):**
      - **APC dès la naissance:** acquisition du nom de célibataire d'un des parents choisi (270a al.1 ph.2 CC)
      - **APC après la naissance du premier enfant:** délai de 1 an pour choisir le nom de célibataire de l'autre parent (270a al.2 CC)
    - **parents dépourvus d'autorité parentale:** nom de célibataire de la mère (270a al.3 CC).
    - **ATTENTION:** changement d'attribution de l'autorité parentale ne produit pas d'effets sur le nom sous réserve de 30a.1 CC (270a al.4 CC)
- **Parents adoptifs et enfant trouvé (267a al.2-4 CC; 38a.2 OEC)**
  - **enfant adopté:** c.f cours sur l'adoption
  - **enfant trouvé:** choix par l'autorité désignée par le droit cantonal (38a.2 OEC)

### 3. Le changement de nom de famille: (270, 270b CC)

- **Hypothèses de changement:**
  - mariage postérieur à la naissance (259, 270al.1 par analogie CC)
  - déclaration conjointe dans l'année après l'institution de l'autorité parentale conjointe (270a al.2 CC)
  - changement de nom, par demande conjointe des parents mariés, dans l'année suivant la naissance du premier enfant, que l'enfant prenne le nom de célibataire de l'autre conjoint (270al.2 CC)
  - rupture du lien de filiation (désaveu, contestation de la reconnaissance): changement potentiel de nom
  - changement du nom de famille de l'enfant pour motifs légitimes (30al.1 CC): pas besoin d'inconvénients sérieux et concrets pour changer de nom de famille. Il suffit que l'enfant vivant avec un seul parent ayant l'autorité parentale, demande à porter son nom de famille, notamment parce qu'il se sent proche de lui. Droit d'être entendu du parent dont l'enfant perd le nom.
    - *"Le père a le droit d'être entendu dans la procédure en changement de nom de son enfant mineur. Le statut du père en l'espèce est le même que celui d'un père divorcé" (ATF 124 III 49)*
    - *Le TF nous rappelle que le droit au nom, respectivement au changement de nom, appartient aux droits strictement personnels relatifs, raison pour laquelle les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent ce droit de manière autonome* (art. 19c al. 1<sup>er</sup> CC) (consid. 3.1). Seule la capacité de discernement est décisive ; pour l'enfant qui n'est pas capable de discernement, la jurisprudence admet que la requête en changement de nom peut être formée par le RL (consid. 3.1.1). *En principe, un enfant de douze ans doit être considéré comme capable de d'agir dans une procédure en changement de nom selon l'art. 30 al 1<sup>er</sup> CC* (consid. 3.1.2). Il ressort de la genèse de l'art. 30 al. 1<sup>er</sup> CC que l'on ne peut plus poser comme condition pour admettre des « motifs légitimes » que le nom de celui-ci entraîne pour lui des préjudices sociaux concrets et sérieux ; il est admissible de considérer déjà le besoin prouvé d'une concordance du nom de l'enfant avec celui du détenteur de l'autorité parentale comme un « motif légitime » au sens de l'art. 30 al. 1<sup>er</sup> CC (ATF 140 III 577)
- **REMARQUE: droit de veto** pour toutes ces hypothèses, il y a un droit de veto de l'enfant âgé de plus de 12 ans (270b CC)

### B. Le droit de cité de l'enfant:

- **Principe:** l'enfant acquière le droit de cité cantonal et communal du parent dont il porte le nom (271al.1 CC). Ce principe s'applique aussi en cas de changement de nom de l'enfant mineur (271al.2 CC)

### C. Le domicile de l'enfant:

#### 1. Notion:

- Rattachement d'une personne physique à un lieu géographique.
- **Règle de l'unité:** l'enfant ne peut avoir qu'un seul domicile
- Domicile de l'enfant mineur est dérivé du domicile des parents (25 CC)

## 2. Rattachement principal du domicile dérivé de l'enfant (25a.1 hyp.1 CC):

Domicile du/des détenteurs de l'autorité parentale détermine le domicile du mineur

- **SOIT : AP conjointe:** le domicile du mineur est déterminé par le domicile des parents. Le domicile commun des parents est un domicile dans la même ville, mais pas forcément à la même adresse. Il suffit que les deux parents aient un domicile dans la même ville, mais pas forcément la même adresse.
- **SOIT : AP exclusive:** le domicile de l'enfant est déterminé par le domicile du détenteur de l'AP. Ceci, malgré le fait que le détenteur de l'AP travaille beaucoup (et qu'il n'est jamais là) ou malgré le fait que l'enfant passe beaucoup de temps chez ses grands-parents, ailleurs.

**N.B :** ces deux domiciles, s'appliquent aussi en cas de retrait du droit de déterminer le lieu de résidence selon **310 CC** (ATF 133 III 305). Exemple: l'enfant est placé auprès de tiers, est-ce que ce nouvel endroit où il réside sera son domicile ou est-ce que son domicile reste auprès de celui qui détient l'AP exclusive? C'est l'AP qui est décisive même en cas de retrait du droit de déterminer le lieu de résidence.

- Le recours va jusqu'au TF qui nous rappelle que le domicile de l'enfant sera déterminé par celui des parents, lorsque ceux-ci on l'AP et vivent ensemble, même s'ils ne disposent pas du droit de garde. Lorsque l'enfant est sous AP d'un seul de ses parents, conformément à l'art. 25 al. 1<sup>ère</sup> partie CC, le domicile de l'enfant se situe au domicile du parent détenteur de l'AP, sans qu'il importe que ce dernier dispose ou non du droit de garde (ATF 133 III 305)

## 3. Rattachement subsidiaire primaire (25a.1 hyp.2 CC)

- **AP conjointe et absence de domicile commun =>** domicile du détenteur de la garde.

## 4. Rattachement subsidiaire secondaire (25a.1 hyp.3 CC)

- lieu de résidence de l'enfant: il suppose "un séjour d'une certaine durée dans un endroit donné et la création en ce lieu de rapports assez étroits" (ATF 87 II 10). Exemple: enfant passe beaucoup de temps chez ses grands-parents.
  - Exemples: (ATF 135 III 49)
    - **APConjointe: absence de domicile commun des parents et garde alternée** (chacun des parents s'occuper de l'enfant la moitié du temps): lieu de résidence = lieu de scolarisation.
    - **APConjointe: absence de domicile commun des parents et retrait du droit de déterminer le lieu de résidence** (c.-à-d. perte de la garde): lieu de résidence = lieu de placement de l'enfant.
      - Exemple: il n'y a pas de garde de l'enfant, il réside auprès d'une institution ou de tiers (parents nourriciers). Le domicile est le lieu de résidence de l'enfant auprès de tiers.

## 5. Cas de l'enfant sous tutelle:

- **domicile dérivé de l'enfant sous tutelle (25a.2 CC):** siège de l'autorité de protection de l'enfant. Il n'y a pas de parent qui est détenteur de l'AP; car elle a été retirée des parents (**311 CC**) ou car les parents sont décédés. L'AP suppose le lien de filiation donc on ne peut pas créer d'AP des grands-parents. Un tuteur est donc nommé et le domicile de l'enfant est le

siège de l'autorité de protection qui est responsable pour la surveillance du tuteur.

## II. Relations parents-enfants:

### A. Devoirs réciproques (272 CC)

- **Principe:** devoirs d'aide, d'égards et de respect
- **Enfants majeurs et mineurs:** ces devoirs réciproques s'appliquent aux enfants majeurs également. Les pères, mères et enfants se doivent les égards qu'exige la famille.
- **Nature juridique:** obligation naturelle (on ne peut pas l'imposer par voie judiciaire), clause générale (on peut l'utiliser pour interpréter d'autres normes), ligne directrice.
- **Conséquences d'une violation des devoirs réciproques:**
  - **perte des prétentions d'entretien (277al.2, 329al.2 CC):** l'entretien de l'enfant majeur peut être perdu, s'il n'est pas respectueux envers ses parents.
  - **motif d'exhérédation (477ch.2 CC):** si l'enfant majeur ne s'intéresse pas à un parent qui est gravement malade par exemple, cela peut être un motif d'exhérédation.

### B. Notion et contenu de l'autorité parentale (AP)

#### 1. Notion de l'autorité parentale:

- **Bases légales:** (296-306, 318-327 CC)
- **Définition:** absence de définition légale. Doctrine: l'AP est la responsabilité et le pouvoir légal des parents de prendre les décisions nécessaires pour **l'enfant mineur**.
- **Contenu:**
  - détermination du lieu de résidence, éducation et représentation légale (301-306 CC)
  - administration des biens de l'enfant (318-327 CC)
- **Conditions de détention de l'AP:**
  - **lien de filiation selon 252ss CC:** ni les grands-parents, ni un parent nourricier, ni les beaux parents, ne peuvent détenir l'AP :
    - " À l'égard de la mère, la filiation résulte de la naissance. À l'égard du père, elle est établie par son mariage avec la mère, par reconnaissance, ou par jugement. La filiation résulte en outre de l'adoption" (252 CC)
  - **plein exercice des droits civils (296al.3 CC):**
    - majorité (18 ans)
    - absence de curatelle de portée générale
    - capacité de discernement (16 CC)

#### 2. Le bien de l'enfant:

- **L'autorité parentale sert le bien de l'enfant (296al.1 CC)**
- **Ligne directrice et limite:** le bien de l'enfant est la ligne directrice et la limite de l'exercice de l'autorité parentale.
- **Droit fondamental:** le bien de l'enfant est un droit fondamental qui sert "l'intérêt supérieur de l'enfant" (11al.1 Cst, 3 CDE)
- **L'avis de l'enfant est partie intégrante du bien de l'enfant (12 CDE):** la participation de l'enfant fait partie du bien de l'enfant. Il peut contribuer à l'établissement de faits autour de son bien.

### 3. La garde de l'enfant:

- **Définition:** absence de définition légale de la garde. **Notion de la jurisprudence:** la garde est "l'encadrement quotidien de l'enfant et l'exercice des droits et devoirs liés aux soins et à l'éducation courante" (ATF 142 III 617). Exemples: les décisions à prendre par l'AP, la représentation de l'enfant vis-à-vis de tiers, la vie de tous les jours de l'enfant.
  - *Bien que l'AP conjointe soit désormais la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée. Le juge doit examiner, nonobstant et indépendamment de l'accord des parents quant à une garde alternée, si celle-ci est possible et compatible avec le bien de l'enfant ; le bien de l'enfant constitue en effet la règle fondamentale en matière d'attribution des droits parentaux, les intérêts des parents devant être relégués au second plan. Au nombre de critères essentiels pour cet examen, entrent en ligne de compte les capacités éducatives des parents, lesquelles doivent être données chez chacun d'eux pour pouvoir envisager l'instauration d'une garde alternée ainsi que l'existence d'une bonne capacité et volonté des parents de communiquer et coopérer compte tenu des mesures organisationnelles et de la transmission régulière d'informations que nécessite ce mode de garde. A cet égard, on ne saurait déduire une incapacité à coopérer entre les parents du seul refus d'instaurer la garde alternée ; en revanche un conflit marqué et persistant entre les parents portant sur des questions liées à l'enfant laisse présager des difficultés futures de collaboration et aura en principe pour conséquence d'exposer de manière récurrente l'enfant à une situation conflictuelle, ce qui pourrait apparaître contraire à son intérêt. Il faut également tenir compte de la situation géographique et de la distance séparant les logements des deux parents, de la stabilité qu'apporte à l'enfant le maintien de la situation antérieure, de la possibilité pour les parents de s'occuper personnellement de l'enfant, de l'âge de ce dernier et de son appartenance à une fratrie ou à un cercle social. Il faut également prendre en compte le souhait de l'enfant s'agissant de sa propre prise en charge, quand bien même il ne disposerait pas de la capacité de discernement à cet égard.* Hormis l'existence de capacités éducatives chez les deux parents, qui est une prémisses nécessaire à l'instauration d'une garde alternée, les autres critères d'appréciation sont interdépendants et leur importance respective varie en fonction des circonstances. Ainsi, les critères de la stabilité et de la possibilité pour le parent de s'occuper personnellement de l'enfant auront un rôle prépondérant chez les nourrissons et les enfants en bas âge alors que l'appartenance à un cercle social sera particulièrement importante pour un adolescent. La capacité de collaboration et de communication des parents, est, quant à elle, d'autant plus importante lorsque l'enfant concernée est déjà scolarisé ou qu'un certain éloignement géographique entre les domiciles respectifs des parents nécessite une plus grande organisation (ATF 142 III 617).
    - **La garde n'englobe pas:** le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (301a CC).
- **Deux types de garde:**
  1. **garde exclusive:** en cas de divorce ou séparation, la garde peut être confiée exclusivement à un parent.

2. **garde partagée ou alternée** (cf. **298al.2ss CC**) en cas de divorce ou séparation, la garde peut être confiée aux deux parents dans un mode de prise en charge équivalent.

- **Conséquences juridiques de la garde:**

- **Domicile du parent avec garde** (**25al.1 CC**): en l'absence de domicile commun des père et mère, l'enfant partage le domicile de celui de ses parents qui détient la garde.
- **Relations personnelles et la prise en charge de l'enfant:**
  - **droit du parent non-détenteur:** le parent non-détenteur de la garde a droit à des relations personnelles avec l'enfant, en cas de garde exclusive (**droit de visite: 273ss CC**)
  - **garde alternée ou partagée:** réglementation de la prise en charge et non des relations personnelles (**298al.2, 298al.2bis, 29a al.2 ch.2, 298 al.3bis, 298d al.2 CC**)

#### 4. **Droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant:**

- **Définition:** le droit de déterminer le lieu de résidence est une composante de l'autorité parentale (et pas un droit!) et **ne peut pas être attribuée à un parent seul** dans la situation de l'exercice de **l'autorité parentale conjointe**.
  - **Principe** (**301a al.1 CC**): "L'autorité parentale inclut le droit de déterminer le lieu de résidence de son enfant"
    - **jusqu'à 18 ans:** vis-à-vis de l'enfant, le droit des parents de déterminer son lieu de résidence ne cesse qu'au 18e anniversaire (car ce n'est pas un droit strictement personnel), selon **301al.3 CC**
  - **Exception** (**310 CC**): si le bien de l'enfant est en danger, on peut retirer l'enfant du père et de la mère (=retrait du droit de déterminer le lieu de résidence).
- **Modification du lieu de résidence:**
  - **Demande à l'autre parent en cas d'AP, si modification du lieu de résidence** (**301a al.2 CC**): un parent exerçant conjointement l'autorité parentale ne peut modifier le lieu de résidence de l'enfant qu'avec l'accord de l'autre parent. Ainsi, en cas d'AP conjointe, même en cas de divorce ou séparation, le parent qui a la garde doit consulter l'autre parent, s'il veut déménager avec l'enfant.
  - **Accord nécessaire:** l'accord du tribunal et de l'autorité de protection de l'enfant est nécessaire (**301a al.2 CC**); si:
    - le nouveau lieu de résidence se trouve à l'étranger (**let.a**); **OU (et pas "ET")** [*en effet, le déplacement du lieu de résidence de l'enfant à l'étranger s'accompagne d'un changement de juridiction, lequel peut avoir un impact sur le sort de l'enfant (ATF 142 III 481)*],
    - le déménagement a des conséquences importantes pour l'exercice de l'autorité parentale par l'autre parent ou pour les relations personnelles (**let.b** + ATF 142 III 502)
      - Cet arrêt est important car le TF rappelle que les conséquences importantes n'ont pas besoin de s'étendre de manière semblable sur toutes les composantes de l'AP; elles doivent uniquement porter sur les aspects qui sont touchés directement par la distance et le déménagement. (ATF 142 III 502)
  - **Critères de décision du tribunal ou autorité de protection** selon la JP (ATF 142 III 481 / ATF 142 III 502)

- TF qui nous dit que l'art. 301a al. 1 et 2 let. a CC prévoit que l'AP comprend le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant et que le parent, co – détenteur de l'AP, qui entend déménager à l'étranger, doit obtenir l'accord de l'autre parent, à défaut, du juge ou de l'APE. Le respect de la liberté de mouvement et de l'établissement du parent constitue le point de départ de l'interprétation de l'art. 301a CC; il n'y a ainsi en principe pas lieu de discuter des motifs du parent qui entend déménager, il faut plutôt partir du constat qu'un parent déménage et qu'il convient d'adapter dans la mesure du possible la relation parent – enfant. La question d'autoriser le déménagement doit être résolue en prenant en considération le bien de l'enfant. En toute hypothèse, l'ensemble des circonstances du cas concret entre en ligne de compte. Sous l'ancien droit, le TF a considéré que pour réaménager les relations parents-enfants, les intérêts des parents devaient rester en arrière-plan et qu'il fallait prendre en considération les relations personnelles parents-enfants, les capacités éducatives respectives des parents et leur possibilité de prendre soin de l'enfant personnellement, ainsi que le besoin de garantir le développement physique, psychique et intellectuel harmonieux de l'enfant et d'assurer la stabilité des relations de celui-ci, critère d'un poids particulier lorsque le capacités éducatives et de soins des parents sont équivalentes ; ces critères peuvent être repris pour l'application de l'art. 301a CC. La question est de savoir si le bien de l'enfant est mieux préservé en partant à l'étranger avec le parent qui le souhaite ou en restant auprès de celui qui reste. (ATF 142 III 481)
  - **bien de l'enfant => point de départ.** Si les deux parents sont capables et disposés à prendre en charge l'enfant, l'autorité décide de l'option qui sert le mieux le bien de l'enfant.
  - **en cas de garde alternée => point de départ neutre**
    - environnement familial et économique
    - stabilité des relations
    - langue au futur domicile
    - scolarisation
    - besoins de santé
    - prise de position des enfants plus âgés
  - **en cas de garde exclusive par un parent:**
    - **principe:** autorisation à déplacer le lieu de résidence de l'enfant: l'enfant suit le parent
    - **exception:** le déménagement a pour but unique d'éloigner l'enfant de l'autre parent, alors là, pas d'autorisation de déplacer le lieu de résidence.

- **Devoirs d'information:**
  - Devoir d'information du parent détenteur de l'autorité parentale exclusive qui change de lieu de résidence avec l'enfant: il doit informer l'autre parent (301a al.3 CC)
  - Devoir d'information du parent non-détenteur de l'autorité parentale qui change son propre lieu de résidence : il doit informer l'autre parent (301a al.4 CC)
- **Adaptation du régime de l'autorité parentale:**
  - **Principe:** les parents doivent trouver un accord quant à l'adaptation nécessaire du régime de l'autorité parentale, de la garde, des relations personnelles et de l'entretien (301a al.5 ph.1 CC)
  - **Exception:** en cas de conflit, ce sont le juge ou l'autorité de protection qui trouveront cet accord (301a al.5 ph.2 CC)
  - **Critère relatif à l'accord = le bien de l'enfant**
    - l'accord entre parents, la convention entre les parents et la décision du tribunal ou de l'autorité de protection (301a al.2 et al.5 CC) ont un critère en commun: **le bien de l'enfant**

## 5. L'éducation de l'enfant et obligation d'entretien de l'enfant

### a. L'entretien de l'enfant en général:

- **Objectifs de la réforme au 1<sup>er</sup> janvier 2017 :**
  - Placer le bien de l'enfant au centre
  - Renforcer le droit à l'entretien de l'enfant
  - Garantir l'égalité entre enfants, indépendamment du statut civil de leurs parents
  - Pallier la problématique du déficit touchant les ménages monoparentaux suite au principe d'intangibilité du minimum vital du parent débiteur de l'entretien
- **Le contenu de l'entretien de l'enfant (276 al. 2 CC):**
  - Frais de la prise en charge de l'enfant ; c.f également 285 al. 2 CC
  - Frais de son éducation et de sa formation
  - Frais des mesures de protection de l'enfant (307 ss. CC)
- **Principe de la priorité de l'obligation d'entretien envers un enfant mineur sur les autres obligations du droit de la famille (276a CC)**
  - **Dérogation possible**, en particulier pour éviter de porter préjudice à l'enfant majeur (276a al. 2 CC): par exemple, pour un enfant qui vient d'avoir 18 ans et va finir sa maturité, on va pouvoir fixer une contribution d'entretien.
- **Les débiteurs de l'entretien :**
  - **Père et mère de l'enfant (276 al. 1 CC)** – lien de filiation selon les 252 ss CC: attention, pas besoin d'AP, il suffit d'un lien de filiation.
    - Parents mariés : les époux ont l'obligation de pourvoir ensemble à l'entretien et à l'éducation (278 al. 1 CC qui renvoie aux 159 al. 2 et 163 CC)
    - Devoir d'assistance du beaux-parents : 278 al. 2 CC et du partenaire enregistré (27 al. 1 LPart): dans le cadre des MPUC, on peut fixer une obligation de contribution d'entretien pour soutenir l'autre conjoint dans l'entretien de ses enfants nés d'une autre union.

- **Obligation d'entretien indirecte des parents nourriciers en cas de gratuité (294 al. 2 CC)**: en principe, les parents nourriciers ont droit à une indemnité équitable mais la gratuité est présumée si ce sont des proches parents ou des parents qui aimeraient bien adopter l'enfant.
- **Devoir d'assistance subsidiaire** des parents plus éloignés (328 al. 1 CC) : si les parents juridiques n'arrivent pas à couvrir l'entretien de l'enfant, il y a un devoir de demander aux parents éloignés avant de demander à l'état.
- **Obligation subsidiaire de la collectivité publique (293 al. 1 CC)**
- **Les créanciers de l'entretien :**
  - **L'enfant**
    - L'enfant mineur (277 al. 1 CC) : contributions versées au RL ou au parent gardien (en cas d'AP exclusive) **sauf** si le juge en décide autrement (298 al. 1 CC)
    - A certaines conditions l'enfant majeur (277 CC) : contributions versées à l'enfant majeur (289 al. 1 CC)
  - **La collectivité publique (298 al. 2 CC)**: les cantons sont obligés de faire des avances en cas de non-paiement par les parents aux enfants et réclament par la suite un remboursement.
- **Forme (276 al. 2 CC)**
  - **Prestation en nature**: fournie directement à l'enfant (soins, éducations, habits, factures). Si le parent A fournit des obligations en nature et le parent B en fournit moins, le parent B se doit de fournir de l'argent au parent A afin de participer également à l'entretien de l'enfant.
  - **Prestation pécuniaire**
    - Règle : versée périodiquement (287 CC) et d'avance (285 al. 3 CC). Par exemple, chaque mois.
    - Exception : indemnité unique (288 CC): une telle indemnité doit être soumise à l'approbation de l'autorité compétente. Ceci regarde des cas particuliers tels que le départ de l'un des parents.
- **Durée**
  - **Jusqu'à la majorité (277 al. 1 CC)**, sauf formation inachevée (277 al. 2 CC) ; c.f
    - "Une contribution d'entretien peut être fixée pour la période postérieure à la majorité de l'enfant, même si celui-ci est très jeune au moment du divorce" (ATF 139 III 401).
  - **Réclamation pour l'année qui précède le dépôt de la demande (279 al. 1 CC)**: la réclamation d'entretien est possible pour l'avenir et pour l'année qui précède le dépôt de la demande.

#### b. L'entretien de l'enfant mineur:

- **Bases légales** : 285, 276 al. 3, 285a CC.
- **Critères fixation de la contribution d'entretien de l'enfant, ci-après (souligné)**:
- **Besoins de l'enfant** (coûts directs) (285 CC)
  - **Coûts directs** : la contribution doit correspondre aux besoins de l'enfant. Ces besoins sont compris comme les coûts directs de l'enfant. On inclut: dépenses de consommation pour les enfants, les coûts de prise en charge par des tiers. Exemple: alimentation, logement, habits.

- **Montant** : établissement des coûts selon l'art. 4 CC, méthodes établies par la pratique, p.ex « Tabelles zurichoises »
- **Egalité de traitement de tous les enfants d'un parent**
  - ❖ Des contributions *d'entretien inégales* ne sont pas exclues d'emblée, mais nécessitent une justification particulière (ATF 137 III 59: consid. 4.2.1)
- **Prise en charge de l'enfant (coûts indirects) - nouveau après réforme**
  - **Permettre à l'enfant de pouvoir bénéficier de la prise en charge qui lui convienne le mieux**, que cela soit par le biais de tiers ou de l'un de ses parents, indépendamment de l'état civil de ses parents.
  - **Répartition entre les deux parents non seulement des coûts direct de l'enfant, mais aussi des coûts indirects** (la contribution de la prise en charge couvre une partie des coûts indirects)
  - **Notion de coûts indirects** : baisse du revenu professionnel de la personne qui s'occupe de la prise en charge de l'enfant. La perte de gain de ce parent qui prend en charge l'enfant est couverte par l'entretien de l'enfant. L'enfant cause une perte de gain au parent qui le prend en charge: ce parent ne peut pas aller gagner de l'argent quand il est à la maison pour s'occuper de l'enfant. Cet argent non-gagné on le remplace par la contribution d'entretien.
  - **Montant** : frais de subsistance (minimum vital) du parent qui assure la prise en charge de l'enfant. Ce montant représente le besoin du parent qui reste à la maison pour s'occuper de l'enfant, ce qui lui manque, pour obtenir au moins son min. vital. Par exemple, pour une femme médecin qui reste à la maison afin de s'occuper de l'enfant, sa perte de gain (env. 6000 CHF) est bien supérieure à son minimum vital (env. 4000 CHF). **Si elle reste à la maison, on ne va couvrir que ce qui manque jusqu'au min. vital et pas toute sa perte de gain.**
  - **Durée** :
    - Bien de l'enfant = critère principal
    - Organisation familiale avant la séparation
    - Application de la règle des 10 et 16 ans ? (ATF 137 III 102)
      - on applique les mêmes règles que la contribution d'entretien après divorce => on considère que si un parent reste à la maison et ne travaille pas du tout, il est obligé de reprendre une activité lucrative à 50% quand le cadet a 10 ans. Ceci est pareil pour la contribution de prise en charge de l'enfant. On reprend l'activité lucrative et la contribution de prise en charge se termine dès les 16 ans du cadet.
- **Situation et ressources financières des père et mère**
  - **Situation aisée** : droit de l'enfant à un niveau de vie correspondant à la situation des parents. (TF 5A\_100/2012). L'enfant a le droit de participer au même niveau de vie que ses parents donc si les parents sont en situation aisée, l'enfant a le droit à des loisirs plus chers. Il n'est pas au strict min. vital. Cette règle s'applique seulement aux coûts direct: elle ne s'applique pas au min. vital du parent qui prend en charge l'enfant: ainsi l'enfant peut avoir droit à une vie plus aisée que son parent qui aura juste droit à son min. vital alors que l'enfant aura droit à plein de loisirs.
  - **Situation précaire** : protection du minimum vital du débiteur (ATF 137 III 59). Si le parent débiteur n'a pas beaucoup de moyens au-delà de son minimum vital,

on va protéger ce minimum vital et fixer la contribution d'entretien juste pour juste ce qui dépasse ce min. vital.

- **Prise en compte aussi d'un revenu hypothétique:** si le parent ne réalise pas sa nouvelle capacité de gain, le tribunal peut quand même admettre un revenu hypothétique qui pourrait être réalisé si le parent s'appliquait. C'est ce qu'on peut raisonnablement exiger de la personne qu'elle obtienne, afin de remplir ses obligations d'entretien.
  - S'agissant de l'obligation d'entretien d'un enfant mineur, les exigences à l'égard des père et mère sont plus élevées, en sorte que ceux-ci doivent réellement épuiser leur capacité maximale de travail et ne peuvent pas librement choisir de modifier leurs conditions de vie si cela a une influence sur leur capacité à subvenir aux besoins de l'enfant mineur. Il s'ensuit que lorsqu'il ressort des faits que l'un des parents, ou les deux, ne fournissent pas tous les efforts que l'on peut attendre d'eux pour assumer leur obligation d'entretien, le juge peut s'écarter du revenu effectif des parties pour fixer la contribution d'entretien, et imputer un revenu hypothétique supérieur, tant au débiteur de l'entretien qu'au parent gardien. Il s'agit ainsi d'inciter la personne à réaliser le revenu qu'elle est en mesure de se procurer et dont on peut raisonnablement exiger d'elle qu'elle l'obtienne afin de remplir ses obligations à l'égard du mineur (consid.6.2.1). Selon la jurisprudence, on ne devrait en principe plus exiger d'un époux qui n'a pas exercé d'activité lucrative pendant un mariage de longue durée de se réinsérer dans la vie économique, lorsqu'il est âgé de 45 ans au moment de la séparation ; il ne s'agit toutefois pas d'une règle stricte et la limite d'âge tend à être portée à 50 ans (TF 5A\_874/2014)
- **Revenus et fortune de l'enfant :** 276 al. 3 CC => 319 al. 1, 320, 323 al. 2 CC: l'enfant peut aussi avoir des revenus et une fortune. Il faut voir les dispositions sur les biens de l'enfant. On prend en compte cette fortune et ces revenus à partir d'un certain âge.
- **Allocations familiales et prestations d'assurances sociales destinées à l'entretien de l'enfant :** 258a CC. On prend en compte ces allocations.

### c. L'entretien de l'enfant majeur

- **Bases légales:** 277 al. 2 ; 276 al. 2 et 285 CC. Si à sa majorité l'enfant n'a pas encore de formation appropriée, les pères et mères doivent subvenir à ses besoins pour subvenir à une telle éducation.
- **Deux critères cumulatifs**
  - I. **Formation appropriée**
    - **Formation correspondante aux aptitudes et goûts de l'enfant (302 al. 2 CC)** permettant l'accès à l'autonomie économique de l'enfant => formation achevée. Le bachelor n'est pas encore une formation achevée. On a droit à une contribution d'entretien jusqu'à master obtenu.
    - **Critère du « plan d'ensemble de la formation »**

- **Formation doit être achevée dans des délais normaux (277 al. 2 in fine CC)**: mais, peut être allongée par des échecs isolés aux examens, stages, incertitudes dans les choix, maladie, service militaire etc.

## II. **Contribution exigible au vu des circonstances**

- **Circonstances économiques** : revenu (hypothétique) de l'enfant, capacité contributive des deux parents (SJ 2010 I 110 ci-après):
  - On attend du jeune adulte d'adapter son niveau de vie à celui de ses parents. On regarde la capacité et autonomie de l'étudiant. Selon les études on demande que l'étudiant fasse 20% d'une activité lucrative.
  - La contribution d'entretien doit correspondre aux besoins de l'enfant, ainsi qu'à la situation et aux ressources des pères et mères, compte tenu de la fortune et des revenus de l'enfant. L'obligation de subvenir à l'entretien de l'enfant qui n'a pas achevé sa formation à sa majorité doit constituer une solution d'équité entre ce qu'on peut raisonnablement exiger de ses parents, en fonction de l'ensemble des circonstances, et ce qu'on peut raisonnablement attendre de l'enfant, en ce sens qu'il pourvoit à ses besoins par le produit de son propre travail ou par d'autres moyens. Si la demande n'est dirigée qu'à l'encontre de l'un des parents, il faut veiller à ce que les facultés du débiteur soient mises à contribution de façon équilibrée par rapport à celles de l'autre parent. Suivant les circonstances, il est possible d'exiger du parent gardien qu'il contribue à l'entretien de l'enfant, en sus des soins et de l'éducation, par des prestations en argent (consid. 3.2). L'enfant majeur peut être tenu, indépendamment de la capacité contributive de ses parents, de subvenir à ses besoins en travaillant – fût – ce partiellement – pendant sa période de formation ; le cas échéant, il peut se voir imputer un revenu hypothétique (consid. 3.2.1). L'assistance du beau – parent est en principe due lorsque le parent n'est plus à même, en raison des obligations envers son conjoint résultant du mariage, d'assumer l'entretien de son enfant. De surcroît, le nouveau conjoint ne doit l'assistance que dans la mesure où il dispose encore des moyens après la couverture de son entretien et de celui de ses propres enfants (consid. 3.2.4) (SJ 2010 I 110)
- **Circonstances personnelles** : notamment refus injustifié des relations personnelles par l'enfant ou autre violation des obligations qui découlent de **272 CC** (TF 5A\_64/2015 ci-après):
  - L'inexistence de celles – ci attribuée au seul comportement du demandeur d'aliments peut justifier un refus de toute contribution d'entretien. La jurisprudence exige toutefois que l'attitude de l'enfant lui soit imputable à faute, celle-ci devant être appréciée subjectivement ; l'enfant doit avoir violé gravement les devoirs qui lui incombent en vertu de l'art. 272 CC, et dans les cas où les relations personnelles sont rompues, avoir provoqué la rupture par son refus injustifié de les entretenir, son attitude gravement querelleuse ou son hostilité profonde. Une réserve particulière

s'impose lorsqu'il s'agit du manquement filial d'un enfant de parents divorcés envers ceux – ci ou l'un d'eux ; il faut tenir compte des vives émotions que le divorce des parents peut faire naître chez l'enfant et des tensions qui en résultent normalement, sans qu'on puisse lui en faire le reproche. Néanmoins, si l'enfant persiste, après être devenu majeur, dans l'attitude de rejet adoptée lors du divorce à l'égard du parent qui n'avait pas la garde, bien que celui-ci se soit comporté correctement envers lui, cette attitude inflexible lui est imputable à faute. (TF 5A\_64/2015)

#### d. Fixation de l'entretien dans le cadre des MPUC

- **Divorce**
  - Règlementation dans le cadre du divorce, **133 al. 1 ch. 4 CC**:
    - Fixation possible de la contribution d'entretien pour la période postérieure à la majorité même pour un enfant très jeune (ATF 139 III 401)
  - Modification selon **134 al. 2 ou al. 3 CC**
- **MPUC**
  - Règlementation en cas de suspension de la vie commune : **176 al. 3 CC**
  - Modification selon **179 al. 1 CC**

#### e. Action en réclamation de l'entretien

- **Base légale** : **279 CC**
- **Qualité pour agir** :
  - **Enfant**
    - Pour la représentation : **304 al. 1, 308 al.2, 306 al 2 et 3 CC, 299 CPC**
  - **RL agissant en son propre nom**
  - **Collectivité publique** en cas de subrogation légale (**289 al. 2 CC**)
- **Qualité pour défendre** : père et/ou mère
- **Effet rétroactif d'un an** (**279 al. 1 CC**)
- **Modification du jugement** :
  - **Par convention** (**287 al. 1 CC**)
  - **Par action en modification** (**286 al. 2 CC**) : dans les situations de déficit, possibilité de demander une augmentation de la contribution d'entretien en cas d'amélioration exceptionnelle ultérieure de la situation du débiteur (**286a CC**)
- **Éléments de procédure**
  - **Cumul possible** de l'action en réclamation de l'entretien avec action en paternité, **303 al. 2 CPC**
  - **Attraction de compétence** en faveur du juge saisi d'une action alimentaire ou d'une action en modification de la contribution d'entretien pour statuer sur l'AP, la garde et les relations personnelles/la prise en charge des enfants ; cf. **298b al.3, 2<sup>ème</sup> phrase et 298d al. 3 CC, 304 al. 2 CPC**
  - **Pour les actions en réclamation de l'entretien et en modification de l'entretien** : procédure simplifiée (**295 CPC**)
  - **Maxime inquisitoire et maxime d'office** (**296 CPC**)

- **Audition de l'enfant** (298 CPC)
- **Si absence de curatelle** (306 al. 2 et 3 CC) **ou de curatelle alimentaire** (308 al. 2 CC): tribunal peut instituer curatelle de procédure selon 299 CPC, cf. également 300 let. e CPC
- **Contenu de la décision fixant les contributions**, 301a CPC
  - Obligation de chiffrer
  - Eléments du revenu et de la fortune des parents et de l'enfant (let.a)
  - Montant attribué à chaque enfant (let. b)
  - Montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant (let. c ; cf. art. 268a CC)
  - Variations du cout de la vie (let. d)

#### f. La convention d'entretien:

- **Bases légales** : 287, 287a CC
- **Contenu de la convention** (287a CC)
  - Obligation de chiffrer
  - Elément du revenu et de la fortune des parents et de l'enfant (let.a)
  - Montant attribué à chaque enfant (let.b)
  - Montant nécessaire pour assurer l'entretien convenable de chaque enfant (let.c ; 286a CC)
  - Variations du coût de la vie (let.d)
- **L'approbation de la convention**
  - Examen du respect des critères selon 285 CC et, en cas de modification, des art. 286 al. 2 et 287 al. 2 CC
  - **Compétence matérielle**
    - Autorité de protection de l'enfant en cas de convention hors du contexte judiciaire (287 al. 1 CC)
    - Juge matrimonial dans le cadre des MPUC/du divorce (287 al. 3 CC)
    - Juge en cas d'action alimentaire indépendante (287 al.3, 279 CC)
- **La modification de la convention**
  - Par convention (287 al. 1 CC), sous réserve de l'art. 287 al. 2 cc
  - Par action en modification (286 al. 2 CC). Dans des situations de déficit, possibilité de demander une augmentation de la contribution d'entretien en cas d'amélioration exceptionnelle ultérieure de la situation du débiteur (286a CC)
  - Par modification du jugement de divorce selon 134 al. 2 ou 3 CC
  - Par modification des MPUC selon 179 al. 1 CC

#### g. L'exécution et l'aide au recouvrement

- **Aide au recouvrement** : art. 290, art. 131 CC
- **Avis aux débiteurs** : art. 291, art. 131 al. 1 CC
- **Sûretés** : art. 292, art. 132 al. 2 CC
- **Versement d'avances** : art. 293 al. 2, art. 131a CC

#### h. Les droits pécuniaires de la mère non mariée

- **Base légale :** 295 CC
- **Prétentions en cas de grossesse menée à terme**
  - Frais de couches (295 al. 1 ch. 1 CC)
  - Frais d'entretien (295 al. 1 ch. 2 CC)
  - Autres dépenses (295 al. 1 ch. 3 CC)
- **Prétentions en cas de fin prématurée de la grossesse :** 295 al. 2 CC
- **Imputation des prestations de tiers :** 295 al. 3 CC

### C. Critères d'attribution de l'AP exclusive et de la garde en général

#### 1. Principe de l'autorité parentale conjointe (296al.2 CC):

Aussi en cas de séparation ou divorce des parents, l'enfant est soumis pendant sa minorité à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère. <= **TOUJOURS commencer par dire ça**

#### 2. Exception:

Attribution de l'autorité parentale exclusive en cas de procédure de divorce ou de MPUC, 298 al.1 CC

#### 3. Critères généraux d'attribution parentale exclusive (conditions à remplir!):

- **Examen par le juge OU par l'autorité de protection de l'enfant (ATF 141 III 472):**
  - conflit (actuel, et pas un "risque de conflit, abstrait") durable et grave entre les parents ou une incapacité persistante à communiquer peuvent justifier l'attribution de l'autorité parentale à l'un des parents; (on exclut les conflits surgissant comme dans chaque famille)
    - A noter qu'une certaine *importance et une périodicité* du conflit ou de la déficience dans la communication *sont nécessaires en tous les cas*; des opposition sur des divergences d'opinion ponctuelles, comme il peut y en avoir dans toutes les familles, et spécialement en cas de séparation ou de divorce, ne sauraient (...) servir de prétexte à l'attribution exclusive de l'APE (ATF 141 III 472)
- ET**
- quand le problème a un effet négatif sur le bien de l'enfant (sur son développement psychique, physique et intellectuel).
- **La mesure est apte à espérer une amélioration de la situation** (principe de nécessité)
- **La mesure d'attribution de l'AP exclusive est subsidiaire** aux mesures suivantes voir point III. La protection de l'enfant; B. mesures de protection de l'enfant. Absence de mesures moins incisives:
  1. mesures non-spécifiques, dont médiation (307 CC)
  2. curatelles, dont limitation de l'autorité parentale à certaines tâches (308 CC)

3. => si ni l'une ni l'autre, alors: attribution exclusive AP

- **Critères d'attribution de l'AP et de la garde (TF 5A\_714/2015).** *Ce sont les mêmes critères que pour l'attribution de la garde.*
  - relations personnelles entre parents et enfants: proximité psychologique de l'enfant avec les parents
  - capacités éducatives respectives des parents, leur aptitude à prendre soin de l'enfant personnellement;
  - aptitude à favoriser les contacts avec l'autre parent;
  - intérêts communs de la fratrie;
  - stabilité des relations nécessaires à un développement harmonieux des points de vue affectif, psychique, moral et intellectuel.
  - *Il est en principe possible d'attribuer de manière exclusive une ou plusieurs composantes de l'AP à l'un des parents, par exemple dans l'hypothèse d'un conflit important mais cantonné à un thème déterminé! Cela doit toutefois demeurer une exception (TF 5A\_714/2015 consid. 4.3.2).*
  - **N.B: lorsque le père et mère offrent des conditions équivalentes:** la préférence doit être donnée, dans l'attribution d'un enfant en âge de scolarité ou qui est sur le point de l'être, à celui des parents qui s'avère le plus disponible pour l'avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper de lui et l'élever personnellement. Si le juge ne peut se contenter d'attribuer l'enfant au parent qui en a eu la garde pendant la procédure, ce critère jouit d'un poids particulier quand les capacités d'éducation et de soins des parents sont similaires.
    - **selon les circonstances, deux choix possibles:**
      1. Autorité parentale exclusive à l'un des deux parents  
=> attribution de l'AP par le juge.
      2. Autorité parentale conjointe => attribution de la garde (mais elle peut aussi être réglée par les parents)

#### 4. Cas d'application de l'AP exclusive

- **MPUC - cas d'application de l'AP exclusive et de 298 CC**
  - **compétence du juge:** le juge est compétent dans ces mesures qui s'appellent "la prise du couple"
  - **procédure: 296-301a CPC**
    - **règlementation du sort des enfants:** dans le cadre des mesures judiciaires en cas de suspension de la vie commune (176al.3 CC)
    - **modification des mesures prises:** en cas de faits nouveaux, le juge peut, sur demande d'un époux, ordonner les modifications commandées par les faits nouveaux et lever les mesures prises quand les causes qui les ont déterminées n'existent plus. (179 al.1 CC)
- **Divorce - cas d'application de l'AP exclusive et de 298 CC:** (Voir **point D parents mariés: autorité parentale et garde**)
  - **procédure: 296-301a CPC**
  - **compétence du juge (298al.1 CC):** le juge est compétent dans ces mesures qui s'appellent la "prise du couple"
  - **règlementation du sort des enfants: (133 al.1 et al.2 CC):** "Le juge règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions régissant les effets de la filiation.... [...]", sur:
    - **AP,**

- **garde de l'enfant** (ex: droit de visite etc.):
  - **REMARQUE:** la réglementation du droit de visite (fait partie de la garde; voir aussi *B. Notion et contenu de l'autorité parentale point 3. La garde de l'enfant*) ne saurait dépendre seulement de la volonté de l'enfant, notamment lorsqu'un comportement défensif de celui-ci est principalement influencé par le parent gardien. Le bien de l'enfant ne se détermine pas seulement en fonction de son point de vue subjectif selon son bien-être momentané, mais également de manière objective en considérant son évolution future. Les relations personnelles ne sont pas soumises au consentement de l'enfant. Néanmoins, il demeure que, si un enfant capable de discernement refuse de manière catégorique et répétée, sur le vu de ses propres expériences, d'avoir des contacts avec l'un de ses parents, il faut les refuser en raison du bien de l'enfant.
- **relations personnelles,**
- **contribution d'entretien**
- **prise en compte de l'avis de l'enfant ou requête commune de parents** **133 al.2 CC:** "Le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant; il prend en considération une éventuelle requête commune des parents et, autant que possible, l'avis de l'enfant".
  - **audition des parents et médiation** **297 CPC:** "le tribunal entend les parents personnellement pour régler le sort des enfants (al.1). Il peut exhorter les parents à tenter une médiation (al.2)".
  - **avis de l'enfant** **298 CPC:** « Les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas. Lors de l'audition, seules les informations nécessaires à la décision sont consignées au procès-verbal. Elles sont communiquées aux parents et au curateur. L'enfant capable de discernement peut interjeter un recours contre le refus d'être entendu. »
    - ❖ le droit d'être entendu est un droit strictement personnel qui peut être défendu en interjetant un recours.
    - ❖ l'enfant doit être entendu dès 6 ans révolus par l'autorité de protection, et il n'y a pas besoin de la capacité de discernement au sens de **16 CC**
      - le juge et dès lors tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose. L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la

capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC ; s'il n'a pas encore de capacité de discernement par rapport aux enjeux, l'audition de l'enfant vise avant tout de permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision. L'audition d'un enfant est en principe possible dès 6 ans révolus(TF 5A\_724/2015)

- **modification de l'AP (dont le droit de visite) en cas de faits nouveaux (134 CC)**: en cas de faits nouveaux, le juge peut, **sur demande**:
  - **d'un époux; OU**
  - **de l'enfant (19c I CC** « Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome ; les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal sont réservés» + 16 CC. La jurisprudence admet une capacité de discernement dès l'âge de 12 ans); **OU**
  - **de l'autorité de protection de l'enfant,**
 ..... modifier l'AP quand des faits nouveaux importants l'exigent pour le bien de l'enfant, **si les conditions suivantes sont remplies**:
  - **faits nouveaux**: des changements font qu'il est mieux d'attribuer une AP exclusive. Ces changements sont ceux énoncés ci-dessus (voir **point D. Critères d'attribution de l'AP les critères ci-dessus pour attribution AP exclusive**).
  - **mesure apte à espérer** une modification de la situation (voir **point D. Critères d'attribution de l'AP les critères ci-dessus pour attribution AP exclusive**).
  - **absence de mesures moins incisives**: voir également ci-dessus (voir **point D. Critères d'attribution de l'AP les critères ci-dessus pour attribution AP exclusive**).
  
- **représentation de l'enfant 299 CPC; Principe (304 CC)**: "Les père et mère sont, dans les limites de leur autorité parentale, les représentants légaux de leurs enfants à l'égard des tiers". **Exception (299 CPC)**: "1. Le tribunal ordonne si nécessaire la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté dans le domaine de l'assistance et en matière judiciaire.  
2. Le tribunal examine s'il doit instituer une curatelle, en particulier dans les cas suivants:
  - a. les parents déposent des conclusions différentes relatives:
    1. à l'attribution de l'AP
    2. à l'attribution de la garde,
    3. à des questions importantes concernant les relations personnelles,

4. à la participation à la prise en charge,
  5. à la contribution d'entretien,
- b. l'autorité de protection de l'enfant ou le père ou la mère le requièrent;
  - c. le tribunal, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons:
    1. doute sérieusement du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant les points énoncés à la let. a
    2. envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant
3. Sur demande de l'enfant capable de discernement, le tribunal désigne un représentant. L'enfant peut former un recours contre le rejet de sa demande."
- **compétences du représentant (300 CPC)**: "Le représentant de l'enfant peut déposer des conclusions et interjeter recours quand il s'agit: de décisions relatives à l'attribution de l'AP (let.a), de décisions relatives à l'attribution de la garde (let.b), de questions importantes concernant les relations personnelles (let.c), de la participation à la prise en charge (let.d), de la contribution d'entretien (let.e), de mesures de protection de l'enfant (let.f)".
    - **N.B: la représentation est limitée à la procédure en cours**, soit la procédure de divorce, mais pas pour d'autres décisions. L'enfant devient partie à la procédure, il agit via le représentant.
  - **communication de la décision (301 CPC)**: la décision est communiquée aux père et mère, à l'enfant s'il est âgé de 14 ans au moins, le cas échéant, au curateur si la décision concerne .....(voir art.)
- **Séparation de corps (118 al.3 CC renvoie à 176al.3 et 179al.1 CC** ; soit aux MPUC, voir ci-dessus)

### **5. Absence de règle concernant la garde et AP conjointe, de par la loi:**

- "Bien que l'autorité parentale conjointe soit désormais la règle et qu'elle comprenne le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant (296al.2 et 301a al.1 CC) elle n'implique pas nécessairement l'instauration d'une garde alternée" (ATF 142 III 617)

## **D. Parents mariés: autorité parentale et garde**

### **1. Pendant le mariage:**

- **Parents mariés à la naissance de l'enfant**: autorité parentale conjointe des parents mariés de par la loi (296al.2 CC)
- **Parents mariés après la naissance**: autorité parentale conjointe dès l'établissement de la filiation (259al.1 CC)
- **Décès d'un des parents en cas d'autorité parentale conjointe**: l'autorité parentale appartient de par la loi au parent survivant (297al.1 CC)

## 2. Mesures protectrices de l'union conjugale

- **MPUC:** réglementation du sort des enfants dans le cadre des mesures judiciaires en cas de suspension de la vie commune.
  - **176al.3 CC** renvoie à **298 CC**
    - **298 CC:** "Dans le cadre d'une procédure de divorce ou d'une procédure de protection de l'union conjugale, le juge confie à l'un des parents l'autorité parentale exclusive si le bien de l'enfant le commande."

## 3. Divorce: 133 al.1 CC renvoie à 298 CC

- **Points à régler par le juge du divorce (133al.1 et 298 CC):**
  - **autorité parentale (133al.1 ch.1 CC):** "Le juge règle les droits et les devoirs des père et mère conformément aux dispositions régissant les effets de la filiation. Cette réglementation porte notamment sur: l'**AP (ch.1)**, la **garde de l'enfant (ch.2)**, les **relations personnelles** ou participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant (**ch.3**), la **contribution d'entretien (ch.4)**". Selon **133 al.2 CC:** "Le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant; il prend en considération une éventuelle requête commune des parents et, autant que possible, l'avis de l'enfant"
  - **garde de l'enfant (133al.1 ch.2 CC)**
  - **relations personnelles ou participation de chaque parent à la prise en charge de l'enfant (133al.1 ch.3 CC)**
  - **contribution d'entretien (133al.1 ch.4 CC)**
  - **en cas de conflit concernant un déménagement (301a al.2 CC):** lieu de résidence de l'enfant

## E. Parents non-mariés (hors adoption): autorité parentale

### 1. Principe et conditions de l'AP conjointe:

- **Bases légales: 296, 297, 298a-298d CC.**
  - **296 CC: autorité parentale en général**
    1. "L'autorité parentale sert le bien de l'enfant."
    2. "L'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère."
    3. "Les parents mineurs ou sous curatelle de portée générale n'ont pas d'autorité parentale. Celle-ci revient aux parents lorsqu'ils deviennent majeurs. Lorsque la curatelle de portée générale est levée, l'autorité de protection de l'enfant statue sur l'attribution de l'autorité parentale selon le bien de l'enfant."
  - **297 CC: décès d'un parent**
    1. "En cas de décès de l'un des détenteurs de l'autorité parentale conjointe, l'autorité parentale revient au survivant".
    2. "En cas de décès du parent qui a l'exercice exclusif de l'autorité parentale, l'autorité de protection de l'enfant attribue l'autorité parentale au parent survivant ou nomme un tuteur selon le bien de l'enfant".
  - **298a-d CC: acquisition de l'AP conjointe et les modifications autour de l'AP conjointe dans le cas où.....**
    - le père a fait une reconnaissance en paternité (**298a**),
    - fait une action en paternité (**298c**)
    - en cas de fait nouveaux (**298d**)
- **Principe: l'AP est conjointe mais pas d'automatisme (298a al.5 CC):** à la différence des parents mariés, il y a une absence d'automatisme pour les parents non-mariés ensemble.

- **Conditions de l'obtention de l'AP conjointe des parents non-mariés (298a-298d CC)**
  - **lien de filiation à l'égard de la mère (252al.1 CC);** ET
  - **lien de filiation à l'égard du père suite à la reconnaissance ou jugement de paternité (252ss CC);** ET
  - **les deux parents sont majeurs, absence de curatelle** de portée générale (296al.3 CC); ET
  - **par le biais de (l'un des choix suivants):**
    - **déclaration commune (298a CC)**
      - bases légales: 298a CC, 11bal.1 et 18al.1 lit.b bis OEC
      - conditions générales de l'AP conjointe: voir point. **B. Notion et contenu de l'autorité parentale (AP)**
      - contenu de la déclaration commune (298a al.2 CC):
        - ❖ confirmation des parents qu'ils sont disposés à assumer conjointement la responsabilité de l'enfant (ch.1)
        - ❖ qu'ils se sont entendus sur la garde de l'enfant, relations personnelles ou participation de chaque parent à sa prise en charge et sur la contribution d'entretien (ch.2)
        - ❖ **N.B:** une convention est facultative mais recommandée.
      - **forme et compétence:**
        - ❖ si les parents déposent leur déclaration en même temps que la reconnaissance de l'enfant: la déclaration commune par écrit, et est reçue par l'officier de l'état civil avec la déclaration de reconnaissance (298a al.4 hyp.1 CC, 11al.5 et 11b al.1 OEC). Tout officier de l'état civil est compétent indépendamment du domicile des parents.
        - ❖ si les parents déposent leur déclaration plus tard: elle est reçue, par écrit, par l'autorité de protection de l'enfant du lieu de domicile de l'enfant; après que la reconnaissance ou jugement de paternité aient été donnés (298a al.4 hyp.2 CC)
    - **décision de l'autorité de protection de l'enfant (298b ou 298d CC);**
      - **base légale:** 298b CC
      - **compétence:** l'autorité de protection du domicile de l'enfant (298b al.1 CC)
      - **conditions:**
        - ❖ conditions générales de l'AP conjointe
        - ❖ refus d'un parent de déposer une déclaration commune (298b al.1 CC)
        - ❖ demande d'un parent d'instituer l'AP conjointe
      - **buts de la procédure:** obtenir l'accord des deux parents concernant l'AP conjointe. **En l'absence d'un accord => décision de l'autorité de protection de l'enfant:**
        - ❖ **règle:** institution de l'AP conjointe (298b al.2 hyp.1 CC)
        - ❖ **exception:** le bien de l'enfant commande l'autorité parentale exclusive de la mère ou du père, voir les critères sous C. ci-dessus. (298b al.2 CC hyp.2 CC).
        - ❖ **en cas de litige sur ces questions:** règlementation de la garde, des relations personnelles ou de la prise en charge par l'autorité de protection de l'enfant. Elle ne règle pas l'entretien (devoir du juge) (298bal.3 CC)

- **décision du juge saisi d'une action alimentaire** (298b al.3 ph.2 et 298d al.3 CC)
  - **base légale:** 298b al.3 ph.2 et 298d al.3 CC, 304al.2 CPC
  - **actions:**
    - ❖ attraction de compétence en faveur du juge saisi d'une **action alimentaire** OU
    - ❖ d'une action en **modification de la contribution d'entretien.**
  - **juge statue sur:** en même temps sur l'autorité parentale, la garde et les relations personnelles/la prise en charge des enfants.
  
- **règlementation par le juge suite à la constatation de paternité (constatation avec ou contre la volonté du père!)** (298c CC)
  - **base légale:** 298c CC
  - **compétence:** le juge qui constate la paternité (261ss CC) règle la question de l'autorité parentale.
    - ❖ **règlementation de la garde et autres:** on applique par analogie 298al.2 CC et 298b al.3 CC => le juge règlemente également la garde, les relations personnelles ou la prise en charge, en cas de litige.
  - **règle:** institution de l'autorité parentale conjointe
  - **exception:** le bien de l'enfant commande l'autorité parentale exclusive de la mère ou du père
  - **N.B: la demande d'aliments peut être introduite en même temps que l'action en paternité** (dans ce cas, application de 298b al.3 ph.2CC pour la règlementation de la garde, relations personnelles et de la prise en charge)

## 2. Modification de l'autorité parentale:

- **Base légale:** 298d CC => l'autorité de protection de l'enfant **modifie l'attribution de l'autorité parentale quand des faits nouveaux importants** le commandent pour le bien de l'enfant. Ceci correspond à 134al.1 CC (situation post-divorce) et à 179al.1 CC (changement de MPUC).
  - **Donc, conditions pour une modification de l'autorité parentale:**
    - faits nouveaux importants: notamment séparation des parents
    - le bien de l'enfant requiert une modification
  - **ATTENTION: autres réglementations en plus de la modification:** avec cette modification de l'autorité parentale, l'autorité de protection règlemente aussi la garde, les relations personnelles, ou la prise en charge en cas de litige (298d al.2 CC, par analogie des 298al.2 CC et 298b al.3 CC)
- **Modification basée sur:** (+ autorité de protection de l'enfant statue site à la requête d'un des parents OU d'office):
  - 298a CC (déclaration commune des parents)
  - 298b CC (décision de l'autorité de protection de l'enfant)
  - 298c CC (action en paternité)

## 3. Décès d'un des parents:

- **Base légale:** 297 CC
- **Notion:**
  - Deux situations:

- **décès d'un des parents en cas d'autorité parentale conjointe:** l'autorité parentale appartient de par la loi, au parent survivant (297al.1 CC). **N.B: cette disposition s'applique aussi aux parents mariés.**
- **décès d'un des parents en cas d'autorité parentale exclusive:** l'autorité de protection de l'enfant attribue l'autorité parentale au parent survivant ou nomme un tuteur selon le bien de l'enfant (297al.2 CC). Exemple: le beau-parent peut être nommé tuteur.

## F. Parents adoptifs dans le cadre du partenariat enregistré:

### 1. Autorité parentale:

- **Procédure:** 307a CPC: application par analogie de 295 à 302 CPC
- **En cas d'adoption de l'enfant du partenaire enregistré (264c CC):** acquisition de l'autorité parentale par adoption, 267al.1 et 296 CC.
  - **L'autorité parentale est conjointe** selon 296al.2 CC.
- **En cas de suspension de la vie commune (17al.3bis LPart** disposition analogue à 176al.3 CC): renvoie à 298 CC qui s'applique par analogie. 176al.3 CC dit que lorsqu'il y a des enfants mineurs, le juge ordonne les mesures nécessaires d'après les dispositions sur les effets de la filiation (soit 298ss CC)
- **En cas de dissolution du partenariat enregistré (34al.4 LPart):** application par analogie des règles concernant le sort de l'enfant lors du divorce de ses parents, soit 133 et 134 CC + 296al.2 et 298 CC

## G. Parents adoptifs menant une vie de fait avec la mère ou le père de l'enfant:

### 1. Autorité parentale:

- **En cas d'adoption par une personne menant de fait une vie de couple avec la mère/père de l'enfant (264c al.1 ch.3 CC)**
  - **Acquisition de l'autorité parentale par l'adoption (267al.1 CC) en lien avec 296 CC, autorité parentale conjointe selon 296al.2 CC**
  - **En cas de faits nouveaux importants:** application par analogie de 298d CC pour la modification de l'autorité parentale (notamment, séparation des parents)

## H. Beaux-parents et parents nourriciers:

### 1. Beaux-parents:

- **Base légale:** 299 CC, 27al.1 LPart
- **Définition du beau-parent:** au sens juridique, c'est le conjoint ou partenaire enregistré d'un parent de l'enfant.
  - **partenaires de fait du parent:** application de cette définition aussi pour les partenaires de fait, du parent.
- **En principe, pas d'autorité parentale:** ni le beau-père, ni la belle-mère, ne peut être le détenteur ou la détentrice de l'autorité parentale.
  - **Exception: attribution exceptionnelle** de l'enfant au beau-parent par le biais de 311ss et 327a CC.
- **Devoir d'assistance du beau-parent:** voir 159al.3 CC aussi. Selon 299 CC, pour les beaux-parents, "chaque époux est tenu d'assister son conjoint de façon appropriée dans l'exercice de l'autorité parentale à l'égard des enfants de l'autre et de le représenter lorsque les circonstances l'exigent."

## 2. Parents nourriciers:

- **Base légale:** 300 CC
- **Définition large** du parent nourricier.
- **Pas d'autorité parentale:** les parents nourriciers ne peuvent pas être détenteurs de l'autorité parentale.
  - **Détention de la garde:** la question reste ouverte pour la garde de l'enfant.
- **Représentation des détenteurs de l'autorité parentale dans l'exercice de la dernière** (300 al.1 CC): "quand l'enfant est confié aux soins de tiers, ceux-ci, sous réserve d'autres mesures, représentent le père et la mère dans l'exercice de l'autorité parentale en tant que cela est indiqué pour leur permettre d'accomplir correctement leur tâche".
- **Droit d'être entendu:** les parents nourriciers ont le droit d'être entendu avant toute décision importante (300al.2 CC)

## I. Relations personnelles et le droit à l'information

### 1. Relations personnelles enfants-parents

- **Bases légales:** 273, 274, 275 CC
  - **273 CC: relations personnelles père, mère et enfant:**
    1. **droit d'entretenir des relations personnelles** "Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale ou la garde ainsi que l'enfant mineur ont réciproquement le droit d'entretenir les relations personnelles indiquées par les circonstances"
    2. **rappel des devoirs en cas d'exercice préjudiciable du droit aux relations:** "Lorsque l'exercice ou le défaut d'exercice de ce droit est préjudiciable à l'enfant, ou que d'autres motifs l'exigent, l'autorité de protection de l'enfant peut rappeler les père et mère, les parents nourriciers ou l'enfant, à leurs devoirs et leur donner des instructions"
  - **274 CC: limites:**
    1. **devoir de loyauté:** "Le père et la mère doivent veiller à ne pas perturber les relations de l'enfant avec l'autre parent et à ne pas rendre l'éducation plus difficile"
    2. **retrait du droit aux relations personnelles** "Si les relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs, le droit d'entretenir ces relations peut leur être refusé ou retiré".
  - **275 al.1 CC: for et compétence:** "L'autorité de protection de l'enfant du domicile de l'enfant est compétente pour prendre les mesures nécessaires concernant les relations personnelles; la même compétence appartient en outre à l'autorité de protection de l'enfant du lieu de séjour de l'enfant, si celle-ci a pris des mesures de protection en sa faveur ou qu'elle se prépare à en prendre."
- **Définition:** contacts directs (visites), par téléphone, appel vidéo, sms, email, lettres.
- **Droit réciproque:** de l'enfant mineur ET du parent non-détenteur de l'autorité parentale ou de la garde
- **But:** maintien de la relation parent-enfant vis-à-vis des deux parents
  - cf: 298al.2bis CC et 298b al.3bis CC
- **Conditions: lien de filiation** selon 252ss CC
- **Règlementation:** d'abord par accord entre parents, puis subsidiairement par l'autorité compétente.

- **Étendue de la relation:** dépend de la situation de l'enfant et du parent.
- **Refus, retrait ou restriction du droit au relations personnelles (274al.2 CC):** mise en danger du développement de l'enfant, violation des obligations par le parent, absence d'intérêt pour l'enfant, autre justes motifs:
  - *Il faut qu'un changement notable des circonstances soit intervenu, changement qui impose impérativement, pour le bien de l'enfant, une modification de la réglementation adoptée dans le jugement de divorce*; cela ne signifie pas que la modification de la réglementation du droit de visite doive être soumise à des exigences particulières strictes. Il suffit que le pronostic du juge du divorce sur les effets des relations personnelles entre le parent auquel la garde n'a pas été confiée et l'enfant se révèle erroné et que le maintien de la réglementation actuelle risque de porter atteinte au bien de l'enfant. *Ce refus ou ce retrait ne peut être demandé que si le bien de l'enfant l'exige impérieusement et qu'il est impossible de trouver une réglementation du droit de visite qui sauvegarde ses intérêts : la disposition a pour objet de protéger l'enfant et non de punir les parents ; ainsi, la violation par eux de leurs obligations et le fait de ne pas se soucier sérieusement de l'enfant ne sont pas en soi des comportements qui justifient le refus ou le retrait des relations personnelles, ils ne le sont que lorsqu'ils ont pour conséquence que ces relations portent atteinte au bien de l'enfant. Il existe un danger pour le bien de l'enfant si son développement physique, moral ou psychique est menacé par la présence, même limitée, du parent qui n'as pas l'AP / garde.* Conformément au principe de proportionnalité, il importe en outre que ce danger ne puisse être écarté par d'autres mesures appropriées ; **le retrait de tout droit à des relations personnelles constitue l'ultima ratio** et ne peut être ordonné dans l'intérêt de l'enfant que si les effets négatifs des relations personnelles ne peuvent être maintenus dans des limites supportables pour l'enfant. Il faut des indices concrets de mise en danger du bien de l'enfant (consid. 5.1.1). *A noter que, une rupture des contacts entre le père et la fille n'est pas un motif suffisant pour justifier la suppression du droit aux relations personnelles*; l'absence du lien avec le parent non gardien, même si elle résulte d'une négligence du père, n'est un tel motif que lorsqu'elle a pour conséquence de porter atteinte au bien de l'enfant (TF 5A\_756/2013 consid. 5.2).
  - La réglementation du droit de visite ne saurait dépendre seulement de la volonté de l'enfant, notamment lorsqu'un comportement défensif de celui-ci est principalement influencé par le parent gardien ; *le bien de l'enfant ne se détermine pas seulement en fonction de son point de vue subjectif selon son bien – être momentané, mais également de manière objective en considérant son évolution future* (TF 5A\_459/2015 consid. 6.2.2)
- **Mesures de protection ou d'accompagnement (273al.2, 274 al.2 et 307 CC):**
  - **procédure:**
    - devant l'APEA => voir lettre J
    - procédure de droit matrimonial => voir lettre D.
  - **compétence:**

- **autorité de protection de l'enfant du domicile (25 CC) de l'enfant (275al.1, 298b al.3, 298d al.2 CC) ; OU**
- **le juge (133al.1 ch.3, 134al.2 et al.4, 176al.3, 179 al.1, 298al.2, 298c CC)**
- **types de mesures (peuvent être combinées):**
  - **droit de visite accompagné (274al.2, 307al.3 CC)**
  - **médiation ou thérapie ordonnée (307al.3 CC + TF 5A\_34/2017)**
    - A noter que les conflits qui ont opposé les parents par rapport au droit de visite *ne peuvent pas être pris en compte comme critères d'attribution de l'AP* et qu'une intervention ponctuelle du juge ne doit pas nécessairement conduire à exclure l'APC (TF 5A\_34/2017 consid.4.1)
  - **curatelle de surveillance des relations personnelles (308al.2 CC, TF 5A\_7/2016)**
  - L'institution d'une curatelle au sens de l'art. 308 CC *suppose d'abord, comme toute mesure de protection de l'enfant, que le développement de celui-ci soit menacé*. Il faut ensuite, conformément au **principe de subsidiarité**, *que ce danger ne puisse être prévenu par les père et mère eux-mêmes, ni par les mesures plus limitées de l'art. 307 CC*. Enfin, selon le **principe de l'adéquation**, *l'intervention active d'un conseiller doit apparaître appropriée pour atteindre ce but*. **Le principe de la proportionnalité** est la pierre angulaire du système de protection civile de l'enfant, *la mesure ordonnée devant notamment être apte à atteindre le but de protection visé et nécessaire à cette fin* (consid. 3.3.1). Une curatelle de surveillance des relations personnelles devrait toujours être instituée lorsque des tensions relatives à l'exercice du droit de visite mettent gravement en danger le bien de l'enfant (consid. 3.3.2). *A noter que, un état de fait futur, incertain et hypothétique ne constitue pas une cause de modification*. **Le moment déterminant** pour apprécier si des circonstances nouvelles se sont produites est ainsi la **date du dépôt de la demande de modification du jugement de divorce** (TF 5A\_7/2016)

## 2. Les relations personnelles entre l'enfant et des tiers

- **Bases légales:** 274a, 275 CC, 27al.2 LPart.
  - 1. "Dans des circonstances exceptionnelles, le droit d'entretenir des relations personnelles peut aussi être accordé à d'autres personnes, en particulier à des membres de la parenté, à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant."
    - **N'équivaut pas à un droit de visite**
- **Définition de tiers:** partenaire enregistré du parent (27al.2 LPart), beaux-parents, grands-parents, parent nourricier, parent naturel après l'adoption (voir aussi 268e CC), père biologique etc.
- **Condition:** relations personnelles correspondent au bien de l'enfant
- **Compétence:** **autorité de protection de l'enfant (275al.1 CC)**
  - **exception:** relations avec le beau-parent => compétence du juge dans les procédures matrimoniales ou concernant le partenariat enregistré.

## 3. Information et renseignements:

- **Bases légales:** 275a CC
- **Ayants droit:** parents (252ss CC) non-détenteurs de l'autorité parentale

- **Contenu:**
  - **droit de recevoir des informations et d'être entendu** avant la prise de décisions importantes (**275a al.1 CC**): "Le père ou la mère qui ne détient pas l'autorité parentale sera informé des événements particuliers survenant dans la vie de l'enfant et entendu avant la prise de décisions importantes pour le développement de celui-ci".
    - **pas d'obligation impérative**: l'obligation faite au parent titulaire de l'autorité parentale d'informer l'autre parent au sens de 275a CC n'est pas impérative. Elle ne s'impose pas lorsque le parent privé de l'autorité parentale ne se préoccupe pas du bien-être de l'enfant, notamment s'il n'exerce pas, ou exerce peu, son droit de visite (TF 5A\_638/2014)
      - ❖ *L'obligation faite au parent titulaire de l'AP d'informer l'autre parent au sens de l'art. 275a CC n'est pas impérative ; elle ne s'impose pas lorsque le parent privé de l'AP ne se préoccupe pas du bien-être de l'enfant*, notamment s'il n'exerce pas, ou exerce peu, son droit de visite. Dans certains cas, en particulier lorsqu'un conflit grave et durable oppose les parents, cette obligation ne peut être imposée au titulaire de l'AP. L'existence de justes motifs au sens de l'art. 274 CC est en règle générale admise lorsque le parent est incarcéré pour un délit commis à l'encontre de l'enfant ou de l'autre parent (TF 5A\_638/2014, consid. 5.1).
  - **droit de recueillir des informations auprès du médecin et enseignant** (**275a al.2 CC**): "Le père ou mère qui ne détient pas l'autorité parentale, peut, tout comme le détenteur de l'autorité parentale, recueillir auprès de tiers qui participent à la prise en charge de l'enfant, notamment auprès de ses enseignants ou de son médecin, des renseignements sur son état et son développement".
- **Limites:**
  - **274al.2 CC** (renvoi de 275a al.3 CC): **nuisance des relations avec l'enfant = retrait des relations**. "Si les relations personnelles compromettent le développement de l'enfant, si les père et mère qui les entretiennent violent leurs obligations, s'ils ne se sont pas souciés sérieusement de l'enfant ou s'il existe d'autres justes motifs, le droit d'entretenir ces relations peut leur être refusé ou retiré"(TF 5A\_889/2014)
    - Le droit à l'information de l'art. 275a al. 1 CC n'étant pas un droit de codécision et le droit à des renseignements de tiers de l'art. 275a al. 2 CC n'étant pas un droit de contrôle, *le parent qui prétend user de ces droits à de telles fins peut se les voir refuser ou retirer par l'autorité*, en conformité avec ce que prévoit l'art. 264 al. 2 CC, applicable par le renvoi de l'art. 275a al. 3 CC (TF 5A\_889/2014)
  - **Droits de la personnalité de l'enfant**

## J. Éléments de la procédure devant l'APEA (autorité de protection de l'enfant et adulte)

### 1. Procédure:

- **Bases légales**: la procédure devant l'APEA est régie par **314 CC** en lien avec **443 à 449c CC**

- **443 CC: droit et obligation d'aviser l'autorité.** "1. Toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide. Les dispositions sur le secret professionnel sont réservées".
- **444 CC: examen de ses compétences par l'autorité de protection de l'adulte**
- **445 CC: mesures provisionnelles prises par l'autorité de protection si nécessaires**
- **446 CC: maxime d'office**
- **447 CC: DEE de la personne concernée**
- **448 CC: obligation de collaborer et assistance administrative**
- **449 CC: expertise effectuée dans une institution**
- **449a CC: représentation**
- **449b CC: consultation du dossier**
- **449c CC: obligation de communiquer**
- **Maxime inquisitoire et maxime d'office:** (314al.1 CC en lien avec 446 CC)
- **Audition des parents:** (314al.1 en lien avec 447al.1 CC)
- **Médiation:** (314al.2 CC)
- **Audition de l'enfant:** **314a CC** (TF 5A\_971/2015): "L'enfant est entendu personnellement, de manière appropriée, par l'autorité de protection de l'enfant ou le tiers qui en a été chargé, à moins que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent". Selon la JP: à partir de 6 ans.
- **Représentation de l'enfant dans la procédure (314a bis CC):** "L'autorité de protection de l'enfant ordonne, si nécessaire, la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté en matière d'assistance et dans le domaine juridique"
  - "L'institution d'une curatelle de représentation *n'est pas obligatoire*, la loi accordant à l'autorité un pouvoir d'appréciation. Le but de la représentation dépend de l'âge et des circonstances concrètes"(ATF 142 III 197)

### III. La protection de l'enfant:

#### A. Les principes généraux: conditions générales pour mettre en oeuvre les mesures de protection de l'enfant

##### 1. Le bien de l'enfant (11al.2 Cst, 3 CDE)

- **Condition de toutes les mesures de protection de l'enfant:**
  - **intervention qu'en cas de mise en danger du bien de l'enfant (307al.1, 310al.1 CC).** Notamment: maladie des parents (physiques ou psychiques), incapacité éducative, maltraitance physique ou psychique, négligence dans la prise en charge, refus de donner les soins médicaux nécessaires, soupçons fondés d'abus sexuels, conflits entre parents.
- **Ligne directrice:** pour le choix de la mesure et sa mise en oeuvre (307al.1 CC): il s'agit d'éviter les dégâts dont l'enfant pourrait souffrir. Exemple: on ne va pas chercher la meilleure nutrition possible, mais on intervient que si la malnutrition entraîne le danger pour l'enfant.
  - **Si un enfant capable de discernement refuse de manière catégorique et répétée:** sur le vu de ses propres expériences d'avoir des contacts avec l'un de ses parents, il faut les refuser en raison du bien de l'enfant ; en effet, face à une forte opposition, un contact forcé est incompatible avec le but des relations personnelles ainsi qu'avec les droits de la personnalité de l'enfant. (ATF 126 III 219)

## 2. Le principe de proportionnalité: (307al.1, 308al.1, 310al.1, 311al.1 CC)

- **Gradation de l'intervention** (307 à 311/312 CC): on commence toujours par la mesure la moins incisive.
- **Nécessité**: il n'y a pas de mesure moins incisive
- **Adéquation**: mesure apte à atteindre le but de protection visé
- **Proportionnalité au sens étroit**: pesée des intérêts entre protection du bien de l'enfant et limitation des droits des parents. Exemple: si l'enfant est mis en danger car les parents ne le soignent pas, la mesure nécessaire et adéquate n'est pas le retrait du lieu de placement de l'enfant, mais d'ordonner par exemple, le traitement antibiotique requis. C'est une mesure proportionnelle.
- **Subsidiarité**: les mesures doivent être volontaires.
- **Complémentarité** (307al.1 CC): les mesures ordonnées obligatoires sont complémentaires à celles des parents (=on veut compléter et encourager les parents, et pas, les remplacer).
- **Adaptation d'office ou sur demande** (313al.1 CC): si la mesure n'est plus nécessaire, on s'adapte et donc on l'enlève.
- **Principe de prévention**: il n'y a pas de faute des parents. Il n'y a pas de punition qui tienne.

## B. Les mesures de protection de l'enfant :

### 1. Les mesures non-spécifiques (c.-à-d. en général) :

- **Bases légales**: 307al.1 CC "L'autorité de protection de l'enfant prend les mesures nécessaires pour protéger l'enfant si son développement est menacé et que les père et mère n'y remédient pas d'eux-mêmes ou soient hors d'état de le faire."
- **Conditions**: renvoi aux conditions générales, voir **A. Les principes généraux 1. Le bien de l'enfant**
- **Compétence**: 115 CC (voir **D. Procédure**)
- **Destinataires**: père, mère, enfant et/ou parents nourriciers (307al.3 CC)
- **Large pouvoir d'appréciation**: (307al.3 CC)
  - **rappel des devoirs**: pas une mesure très efficace
  - **droit de regard et information**: désignation d'une personne ou d'un office qui a un droit de regard et d'information: cette personne n'a pas les mêmes pouvoirs que le curateur.
  - **indications et instructions**:
    - ❖ p.ex: **médiation ordonnée contraignante, thérapie ordonnée** (autorité de protection de l'enfant peut, sur la base de 307al.3 CC, soumettre l'enfant incapable de discernement à un traitement: normalement ce sont les parents qui prennent les décisions pour un enfant incapable de discernement et donc une autorité de protection peut obliger les parents à faire suivre un traitement à l'enfant- TF 5A\_34/2017), **traitement médical de l'enfant**.

### 2. Les curatelles:

- **Base légale**: 308 CC
- **Conditions pour une curatelle**:
  - toujours vérifier qu'il y a une mise en danger de l'enfant voir **A. Les principes généraux 1. Le bien de l'enfant**
  - que la mesure est **nécessaire et proportionnelle**
  - que les mesures de 307ss CC ne sont pas suffisantes
- **Mesures**:

- **curatelle éducative (308al.1 CC)**: accompagnement dans l'éducation des parents et aide pour la prise en charge de l'enfant. Il y a un accompagnement des parents dans l'exercice de l'AP conjointe.
- **curatelle de paternité (308 al.2 CC)** + ATF 142 III 545: curateur mandaté pour convaincre le père à reconnaître l'enfant et s'il refuse, il peut alors intenter une action en paternité.
  - En cas de naissance d'un enfant hors mariage, une curatelle tendant à faire établir la filiation paternelle ne doit être instituée QUE si cette mesure apparaît nécessaire ; conformément au principe général énoncé à l'art. 307 al. 1 CC, tel est le cas lorsque le développement de l'enfant est menacé et que la mère n'y remédie pas d'elle-même ou soit hors d'état de le faire. Le bien-être de l'enfant ne se résume pas à la satisfaction de ses seuls besoins matériels, mais comprend tout ce qui est propre à favoriser et à partager son développement corporel, intellectuel et moral (art. 302 al. 1 CC); à elle seule, la bonne situation professionnelle et financière de la mère n'exclut dès lors pas l'institution d'une curatelle de paternité. La renonciation de la part de la mère doit être motivée par l'intérêt de l'enfant, et non par celui des parents à ne pas voir dévoilée une relation susceptible de compromettre leur propre réputation (ATF 124 III 545)
- **curatelle alimentaire (308al.2 CC)**: souvent cumulée avec la curatelle de paternité.
- **curatelle de surveillance des relations personnelles (308al.2 CC)**: **mais pas le droit de supprimer les visites** car cela appartient à l'autorité
- **absence de numerus clausus des curatelles (308al.3 et 314al.3 CC)**:
  - ❖ ex: mandat de représenter l'enfant dans le domaine médical.
- **limitation de la compétence de l'autorité parentale (308al.3, 314al.3 CC)**:
  - ❖ il y a un pouvoir de représentation exclusif du curateur pour certains domaines. On peut donc limiter l'autorité parentale en cas de conflit entre curateur et parent.
  - ❖ exemple: retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant.

### 3. Le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence

- **Base légale: 310 CC**
- **Conditions pour retirer le droit de déterminer le lieu de résidence (310 CC)**:
  - toujours vérifier qu'il y a une mise en danger de l'enfant voir **A. Les principes généraux 1. Le bien de l'enfant**
  - que la mesure est nécessaire et proportionnelle
  - que les mesures de 307 et 308 CC ne sont pas suffisantes
- **Mesures:**
  - retrait de l'enfant des parents (ou des tiers) et placement:
    - ❖ d'office (310al.1 CC): les voisins, école, signalent un maltraitement; OU
    - ❖ sur demande des père et mère ou de l'enfant (310al.2 CC): en cas de conflit dans l'adolescence, il se peut que les ados retirent le droit de déterminer le lieu de résidence et qu'ils quittent le ménage.
  - interdiction de reprendre l'enfant placé chez des parents nourriciers (310al.3 CC): si les parents ont choisi eux-mêmes de placer l'enfant, l'autorité de

protection peut interdire de reprendre l'enfant pour ne pas casser la relation entre l'enfant et les parents nourriciers.

- **Effets:** le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant passe des parents, à l'autorité:
  - *"La mise en péril de l'enfant, qui fonde le motif d'un retrait du droit de déterminer son lieu de résidence, doit être basée sur le fait que le développement corporel, intellectuel ou moral de l'enfant n'est pas assez protégé ou encouragé dans le milieu de ses père et mère ; les raisons de la mise en danger n'importent pas ainsi que le fait que les parents en soient responsables. Il convient d'être restrictif dans l'appréciation des circonstances, un retrait n'étant envisageable que si d'autres mesures sont vouées à l'échec ou apparaissent d'emblée insuffisantes : le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant n'est licite que s'il est impossible de prévenir le danger par les mesures moins énergiques et moins incisives prévues aux art. 307 et 308 CC (principe de proportionnalité et subsidiarité)" (TF 5A\_724/2015)*
- **Placement de l'enfant:** dans une institution fermée ou établissement psychiatrique (application par analogie de **426-437 CC**; via **314b al.1 CC**)

#### 4. Le retrait de l'autorité parentale

- **Base légale:** **311 et 312 CC**
- **Conditions pour retirer l'autorité parentale:**
- toujours vérifier qu'il y a une mise en danger de l'enfant voir **A. Les principes généraux 1. Le bien de l'enfant**
- que la mesure est nécessaire et proportionnelle
- que les mesures de **307, 308 et 310 CC** ne sont pas suffisantes
- **Mesure d'ultima ratio:**
- **retrait d'office (retrait ordinaire, 311 al.1 CC):** inexpérience, maladie psychiatrique, infirmité, absence, violence de la part des parents ou autres motifs analogues (=c.-à-d. motifs empêchant les père et mère d'exercer convenablement l'AP) (**al.1ch.1**) OU absence de souci sérieux de l'enfant ou manquement grave aux devoirs envers lui (**al.1ch2**).
- **retrait facilité (312 CC):** avec le consentement des parents: sur demande des père et mère fondée sur justes motifs (=les mêmes que pour **311 CC**) (**ch.1**) OU en cas de consentement à l'adoption future de l'enfant par des tiers anonymes (**ch.2**) Ils doivent être capables de discernement.
- **Effets:**
- **perte** des droits et obligations découlant de l'autorité parentale: plus de droits de...
  - ❖ prendre des décisions (**301al.1 CC**)
  - ❖ déterminer le lieu de résidence (**301al.1 CC**)
  - ❖ éducation (**302ss CC**)
  - ❖ représentation (**304 à 306 CC**)
  - ❖ administration des biens de l'enfant (**318ss CC**)
- **maintien néanmoins:**
  - ❖ des devoirs d'aide, d'égards et de respects (**272 CC**)
  - ❖ droit aux relations personnelles (**273ss CC**)
  - ❖ droit à l'information et aux renseignements (**275s CC**)
  - ❖ obligation d'entretien (**276 CC**):
    1. "l'entretien est assuré par les soins, l'éducation et des prestations pécuniaires".

2. "les père et mère contribuent ensemble chacun selon ses facultés à l'entretien convenable de l'enfant et assument en particulier les frais de sa prise en charge, de son éducation, de sa formation et des mesures prises pour le protéger".
- **exercice de l'autorité parentale par un parent seul ou nomination d'un tuteur (311al.2, 327a CC)**: nomination d'un tuteur seulement si aucun des deux parents n'a l'autorité parentale.
  - **les effets s'étendent en principe à tous les enfants du parent (311al.3 CC)**: tous les enfants nés après son prononcé, sauf décision contraire.
  - **durée minimale de 1 an (313 al.2 CC)**: peut néanmoins poser des problèmes de proportionnalité avec 8 CEDH.

### 5. Les mesures de protection des biens de l'enfant:

- **Bases légales: 324 et 325 CC**
- **Conditions**: toujours vérifier qu'il y a une mise en danger de l'enfant voir **A. Les principes généraux 1. Le bien de l'enfant**
- **Proportionnalité**: priorité des mesures préventives de **318al.2 et 3 CC** (inventaire, remise périodique de comptes et de rapports).
- **Mesures de protection**:
- **mesures non spécifiques (324al.1 CC)**: instructions concernant l'administration, consignation, sûretés (**324al.2 CC**);
- **retrait de l'administration des biens de l'enfant** et institution d'une curatelle (**325 CC**)

## C. Tutelle des mineurs:

### 1. La tutelle comme mesure de protection:

- **Bases légales: 327a-327c CC**
- **Condition**: enfant mineur non-soumis à l'autorité parentale (**327a CC**): situation de retrait de l'AP, ou en cas de parents mineurs sous curatelle de portée générale ou en cas de décès des parents. Les parents ne sont pas responsables pour l'enfant.
- **Droits et devoirs de l'enfant sous tutelle**: les mêmes que les droits et devoirs de l'enfant sous autorité parentale (**327b CC**). **ATTENTION**: l'enfant a droit d'exercer de manière autonome ses droits strictement personnels (**327c CC**)
- **Droits et devoirs du tuteur**: les mêmes droits que les parents (**327c CC**)
  - **représentation de l'enfant, soins personnels, administration des biens (327c al.1 en lien avec 301-306, 318ss CC)**
  - application par analogie de 400ss CC (**327c al.2 CC**)
  - **placement de l'enfant sous tutelle dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique**: application par analogie des 426-437 CC (**326c al.3 CC analogue à 314b CC**).

## D. Procédure:

### 1. Compétence matérielle (315, 315a, 315b CC)

- **Compétence matérielle ordinaire (315 CC)**: autorité de protection de l'enfant, qui ordonne les mesures sur la base de 307ss CC
  - **For et compétence en général**:
    - "Les mesures de protection de l'enfant sont ordonnées par l'autorité de protection de l'enfant du domicile de l'enfant" (**315al.1 CC**)

- ❖ **domicile de l'enfant:** le domicile de l'enfant est déterminé par **25 CC**.
- "Lorsque l'enfant vit chez ses parents nourriciers ou, d'une autre manière, hors de la communauté familiale des pères et mère, ou lorsqu'il y a péril en la demeure, les autorités du lieu où se trouve l'enfant sont également compétentes" (**315a.2 CC**)
- **Compétence matérielle en relation avec une procédure matrimoniale** (**315a et 315b CC**)
  - **principe:** juge du divorce ou des MPUC, modification du jugement de divorce ou des MPUC (**315a al.1 CC, 315b al.1, 133al.1, 134al.3 et al.4, 176al.3, 179al.1 CC**)
  - **exception:** autorité de protection de l'enfant (**315a al.3, 315ba.2 CC en lien avec 134al.3 et al.4 et 179al.1 CC**)
- **Compétence locale** (**315 CC**)
  - autorité de protection de l'enfant du domicile de l'enfant (**315al.1 CC cf. 25 CC**)
    - ❖ enfant vivant hors de la communauté familiale OU
    - ❖ en cas de péril en la demeure : lieu où l'enfant se trouve (**315al.2 CC**)
  - juge (**23 CPC**): compétence locale au domicile d'une des parties

## **2. Procédure en matière de protection de l'enfant devant l'autorité de protection, devant l'APEA: 314ss CC en lien avec 443 à 449c CC**

- ❖ **droits et devoirs de signalement:** en cas de mise en danger du bien de l'enfant (**314al.1 CC en lien avec 443 CC**)
- ❖ **maxime inquisitoire et maxime d'office** (**314al.1 CC en lien avec 446 CC**)
- ❖ **audition des parents:** (**314al.1 CC en lien avec 447al.1 CC**)
- ❖ **audition des enfants** (**314a CC + TF 5A\_971/2015**): l'enfant doit être entendu de manière appropriée, à moins que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas; sur son lieu de vie effectif et sur le placement.
  - **L'audition est possible dès qu'il a 6 ans révolus** (TF 5A\_354/2015)
  - **Si un enfant capable de discernement refuse de manière catégorique et répétée:** sur le vu de ses propres expériences d'avoir des contacts avec l'un de ses parents, il faut les refuser en raison du bien de l'enfant ; en effet, face à une forte opposition, un contact forcé est incompatible avec le but des relations personnelles ainsi qu'avec les droits de la personnalité de l'enfant. (ATF 126 III 219)
- ❖ **représentation de l'enfant dans la procédure** (**314a bis CC + ATF 142 III 197**):
  - l'institution d'une curatelle de représentation selon **299al.1 CPC** n'est pas obligatoire, la loi accordant au tribunal un pouvoir d'appréciation. Le tribunal est uniquement obligé d'instituer une curatelle de représentation sur demande expresse de l'enfant capable de discernement (**299al.3 CPC**)

- ❖ **procédure en cas de placement de l'enfant dans une institution fermée ou dans un établissement psychiatrique (314b et 327c al.3 CC)**

<b>NOM, PARENTE ET ALLIANCE, DROIT DE CITE ET DOMICILE</b>	<b>2</b>
<b>1. LE NOM</b>	<b>2</b>
<b>A. INTRODUCTION:</b>	2
1. Notion:	2
2. Types de noms:	2
<b>B. ACQUISITION DU NOM:</b>	3
1. Noms possibles des conjoints:	3
2. Nom de famille de l'enfant né dans le mariage:	3
3. Nom d'alliance:	3
4. Fin du mariage ou partenariat enregistré	4
5. Prénom(s):	4
<b>C. CHANGEMENT DE NOM</b>	5
1. Principe d'immutabilité du nom	5
2. Exception	
<b>2. LA PARENTE ET ALLIANCE</b>	<b>6</b>
<b>A. PARENTE (20 CC):</b>	6
1. Notion:	6
2. Types de parenté:	6
<b>B. ALLIANCE (21 CC)</b>	7
1. Notions:	7
2. Dissolution du mariage ou du partenariat enregistré: (21 al. 2 CC)	7
3. Proximité exprimée en degrés:	
<b>3. ORIGINE ET DROIT DE CITE</b>	<b>8</b>
<b>A. NOTION:</b>	8
1. Rattachement d'une personne physique à une collectivité publique	8
2. Origine déterminée par le droit de cité (22 al. 1 CC)	8
3. Uniquement pertinent en cas de nationalité suisse	8
4. Rôle limité de l'origine	8
<b>B. ACQUISITION ET PERTE PRINCIPALEMENT REGLEES PAR LE DROIT PUBLIC (22 AL. 2 CC)</b>	8
1. Sous réserve de cas réglés en droit privé:	
<b>4. DOMICILE</b>	<b>8</b>
<b>A. NOTION</b>	8
<b>B. DOMICILE VOLONTAIRE (23 AL. 1 CC):</b>	9
1. Résidence	9
2. Volonté de s'y établir:	9
3. Cas particulier:	9
<b>C. DOMICILE LEGAL (25 ET 26 CC):</b>	10
1. Du mineur (25 CC)	10
2. Du majeur sous curatelle de portée générale (26 CC):	10
<b>D. DOMICILE FICTIF (24 CC) - SUBSIDIAIRE</b>	10
1. Notion:	10

## Nom, parenté et alliance, droit de cité et domicile

### 1. Le Nom

#### A. Introduction:

##### 1. Notion:

- **Fonction d'individualisation**
- **Principe d'immutabilité:** on ne peut pas changer notre nom et prénom comme on le veut.
- **Droit de la personnalité (28 ss CC):** le nom est un droit de la personnalité. C'est un attribut de la personne humaine et bénéficie de ces deux protections:
  - protection spéciale (29 à 30a CC): interdiction de l'usurpation du nom
  - protection générale (28 ss CC): protection de la personnalité contre des atteintes illicite. On peut agir en justice

##### 2. Types de noms:

- **Deux composantes officielles inscrites au Registre de l'état civil**
  - nom de famille: il s'acquière par la naissance et peut être double.
  - prénom(s): distingue la personne au sein de la famille.
- **Noms non-inscrits au Registre de l'état civil**
  - **nom d'usage/pseudonyme** à usage par ex. littéraire ou professionnel ayant acquis valeur d'identification
    - ATF 143 III 3: Les registres de l'état civil enregistrent le ou les prénoms officiels acquis par l'enfant, mais non celui qu'il porte effectivement dans la vie quotidienne. Les registres ne révèlent donc pas si une personne utilise seulement un des prénoms qui lui a été donné, voire aucun d'eux et, *de lege lata*, il n'est pas possible d'y faire inscrire le prénom usuel (consid. 2). Le fait que le prénom usuel puisse le cas échéant être inscrit sur un document d'identité ou au registre des habitants, en application des dispositions relatives à ces domaines, n'oblige pas l'état civil à faire de même (consid. 4).
    - Exemple: inscription possible du nom d'artiste sur les documents d'identité (2 al. 4 Loi sur les documents d'identité et 14 al. 5 Ordonnance sur les documents d'identité): le nom d'artiste bénéficie d'une certaine reconnaissance sur demande du requérant: on peut l'inscrire sur les documents d'identité si l'autorité le permet.
  - **nom d'alliance** (voir ci-dessous B.3, pour d'autres infos)
    - inscription possible sur les documents d'identité (2 al. 4 Loi sur les documents d'identité et 14 al. 1 in fine Ordonnance sur les documents d'identité): c'est un nom suivi d'un trait d'union. Ce n'est pas un nom officiel et n'est pas dans le registre de l'état civil mais peut être inscrit sur un passeport ou document d'identité.

## B. Acquisition du nom:

### 1. Noms possibles des conjoints:

- **choix possible pour les époux/partenaires enregistrés**
  - **maintien de son propre nom de célibataire** (24al.2 OEC): chacun des époux ou partenaire enregistré, garde son nom (160 al. 1 CC/12a al. 1 LPart):
    - Exemple: George Clooney & Amal Alamuddin
  - **nom de famille commun** (160 al. 2 CC/ 12a al. 2 LPart)
    - nom de célibataire (24al.2 OEC) de l'un ou de l'autre
      - pas nécessairement le nom porté avant le mariage (24 al. 2 OEC). Exemple: si je me marie à M.X je deviens G.X ; après le divorce, je décide de garder G.X mais si je veux me remarier je dois reprendre G.B, ce qui était mon nom de célibataire mais pas le nom que je portais avant le mariage
- **Jusqu'en 2012:**
  - le nom de famille des époux est le nom du mari (160al.1 aCC)
  - la fiancée peut toutefois déclarer à l'officier de l'état civil vouloir conserver le nom qu'elle portait jusqu'alors, suivi du nom de famille [sous-entendu de l'époux] (*donc sans trait d'union*). (160 al.2 aCC)
  - lorsqu'elle porte déjà un tel double nom, elle ne peut faire précéder le nom de famille que du premier de ces deux noms.

### 2. Nom de famille de l'enfant né dans le mariage:

- **époux portant des noms de famille différents:** que pour les époux. La LPart n'a pas cette disposition car ils ne peuvent pas adopter d'enfant.
  - **nom de célibataire:** choisi pour leurs enfants communs lors de la conclusion du mariage (270 al. 1 CC cum 160 al. 3 CC)
    - **possibilité de demande conjointe:** pour le nom de célibataire de l'autre conjoint dans l'année suivant la naissance du 1er enfant (270 al. 2 CC)
  - **libération** de cette obligation dans les cas dûment motivés
- **époux portant un nom de famille commun:**
  - **acquisition par l'enfant** de ce nom (270 al. 3 CC cum 160 al. 2 CC). Exemple: Julie Blanc et Elliott Blanc, l'enfant portera le nom Blanc. Exemple 2: Julie Six Blanc et Elliott Blanc; l'enfant portera le nom Blanc vu que c'est le nom de famille qu'ils ont en commun.

### 3. Nom d'alliance:

- **nom issu de la pratique:** ne se transmet pas aux enfants: il n'est pas inscrit sur le registre de l'état civil. Il peut néanmoins être inscrit sur le passeport ou ID.
- **utilisable *quotidie*:** mais pas de vraie valeur juridique depuis la réforme de 2013
- **faire suivre le nom porté à la suite du mariage ou du partenariat enregistré** (160 al. 1 et 2 CC, 12a al. 1 et 2 LPart)
  - d'un trait d'union ET
  - de son propre nom de célibataire; OU
  - du nom de célibataire de son époux
    - Exemples ci-dessous
- **FORCÉMENT avec trait d'union: le double nom (sans trait d'union) n'existe plus**

depuis la réforme de 2013.

	Nom de famille: Alamuddin	Nom de famille: Clooney	Chaque époux garde son nom
Noms officiels après le mariage	Amal Alamuddin	Amal Clooney	Amal Alamuddin
	George Alamuddin	George Clooney	George Clooney
Noms d'alliance après le mariage	Amal Alamuddin-Clooney	Amal Clooney-Alamuddin	Amal Alamuddin-Clooney
	George Alamuddin-Clooney	George Clooney-Alamuddin	George Clooney-Alamuddin

#### 4. Fin du mariage ou partenariat enregistré

- **Pas d'effet particulier sur le nom.**
- **Possibilité de déclaration en tout temps** à l'officier de l'état civil de vouloir reprendre son nom de célibataire
  - **en cas de décès d'un des époux (30a CC)**
    - application par analogie en cas de décès du partenaire enregistré
  - **en cas de divorce (119 CC) et dissolution du partenariat enregistré (30a LPart).**
    - application par analogie à l'annulation du mariage, respectivement du partenariat enregistré (109 al. 2 CC et 11 al. 2 LPart)
- **Jusqu'en 2012:**
  - **en cas de divorce (119 aCC):** l'époux qui a changé de nom conserve le nom de famille qu'il a acquis lors du mariage, **à moins que** dans le délai d'une année à compter du jugement passé en force, il ne déclare à l'officier de l'état civil vouloir reprendre son nom de célibataire ou le nom qu'il portait avant le mariage.

#### 5. Prénom(s):

- **Annonce à l'office de l'état civil en même temps que la naissance (37c al.2 OEC):** maximum trois jours après la naissance.
- **Parents mariés:** le choix se fait en commun (301al.4 CC et 37cal.1 ph.1 OEC)
- **Parents non-mariés:** choix de la mère en l'absence d'autorité parentale conjointe (37cal.1 ph.2 OEC), mais DEE du père (mais ce n'est pas un droit de veto).
- **Pour l'enfant adopté (267a nCC):** son prénom peut être changé mais devra y consentir dès ses 12 ans.
- **Pour l'enfant trouvé (38 al. 2 OEC):** l'autorité compétente lui donne un prénom et dès 12 ans il devra y consentir.
- **Contrôle de l'officier de l'état civil**
  - refus des prénoms «manifestement préjudiciables aux intérêts de l'enfant» (37c al. 3 OEC): mais l'état civil doit néanmoins laisser une liberté aux parents dans ce choix.

- **Jurisprudence de la CourEDH**

- ACDEH Johansson c. Finlande du 6.9.2007: violation de **8 CEDH** dans le refus du prénom «Axl»

## C. Changement de nom

**Notion:** adoption d'un autre nom, autre prénom, modification de la graphie, ajout ou traduction.

### 1. Principe d'immutabilité du nom

### 2. Exception:

Changement du nom (3 possibilités)

#### a. suite à un changement d'état civil

- de plein droit, ou
- par simple déclaration

#### b. sur décision de l'autorité: requête au gouvernement du canton du domicile

- **en cas de «motifs légitimes»** (art. 30 al. 1 CC). On n'exige plus de "justes motifs" comme un temps. On n'exige plus pour admettre le changement de nom de l'enfant, que son nom lui cause forcément des désavantages sociaux concrets et sérieux (ATF 140 III 577 ; consid. 3.3.4). On est moins strict.
  - liés au nom lui-même: nom ridicule ou choquant, ou épouse d'un criminel ou pour éviter que le nom disparaisse.
  - besoin avéré de faire coïncider le nom de l'enfant avec celui du titulaire de l'autorité parentale après un divorce
- **droit de demander le changement de nom**
  - droit strictement personnel relatif (**sujet à représentation**): l'adulte ou l'enfant capable de discernement va pouvoir demander lui-même de changer le nom, or la personne incapable de discernement va être représentée pour cela (voir JP ci-après).
  - **et proprement dit** (consentement du représentant légal non nécessaire) => voir JP ci-après:
    - ATF 140 III 577 : le droit au nom, respectivement à sa modification, fait partie des **droits strictement personnels relatifs**, que les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent de manière autonome (consid. 3.1) ; seule la capacité de discernement est déterminante (consid. 3.1.1). **Au titre de la procédure en changement de nom prévue à l'art. 30 al. 1 CC, un enfant de 12 ans est en principe considéré comme capable de discernement** (consid. 3.1.2). Le point de savoir s'il existe, dans un cas individuel, des « motifs légitimes » en vue du changement de nom relève du pouvoir d'appréciation, que l'autorité compétente doit exercer selon les règles du droit et de l'équité (**4 CC**).
    - Exemple: [...] "Il incombe à B – en sa qualité de mineure capable de discernement – d'agir seule en application de l'art. 29c al. 1 CC concernant le changement de son nom" ATF 140 III 577

**c. action en contestation du changement de nom (30 al. 3 CC)**

- qualité pour agir: porteurs du nom choisi par le requérant du changement de nom
- pesée des intérêts: intérêts de changer le nom *versus* intérêt digne de protection s'opposant au changement de nom (par ex. risque de confusion, impression de parenté).
- délai d'un an
- délai de péremption relatif

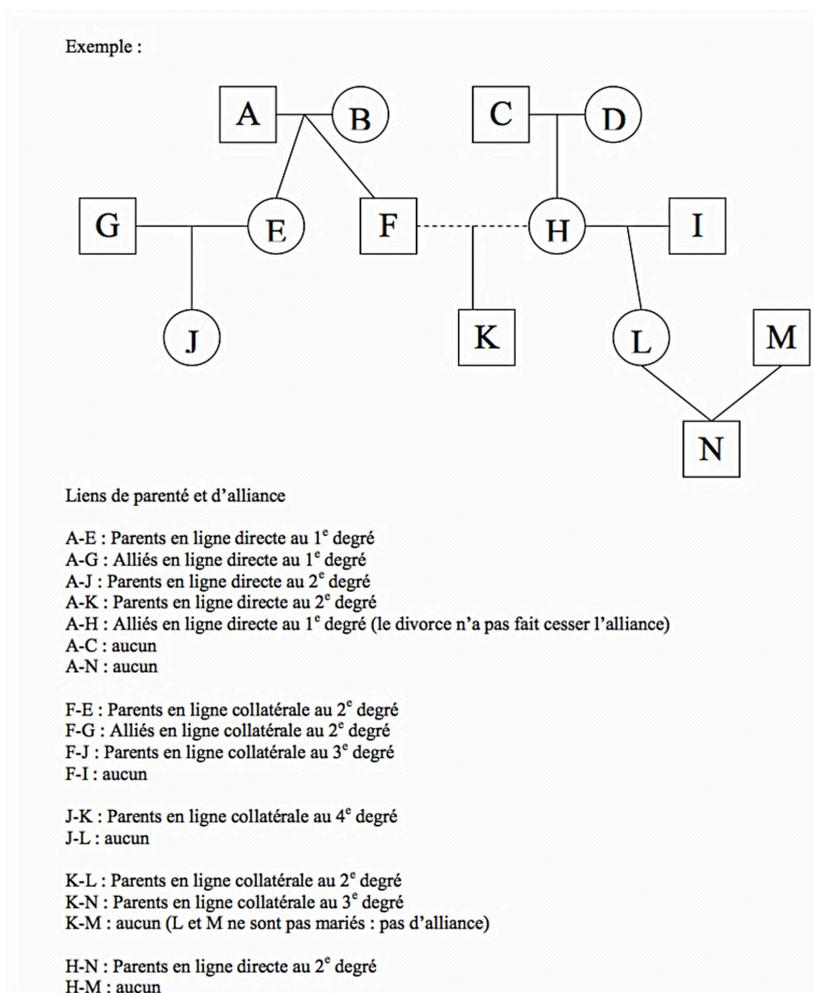
**2. La parenté et alliance****A. Parenté (20 CC):****1. Notion:**

Lien créé par une filiation commune. Toutes les personnes qui sont liées à un ascendant commun ont un lien de parenté.

**2. Types de parenté:**

- **Parenté en ligne directe (20 al. 2 *ab initio* CC)**: descendre l'un de l'autre. Exemple: la mère et son enfant, les grands-parents et les petits enfants. C'est une ligne descendante ou ascendante.
- **Parenté en ligne collatérale (20 al. 2 *in fine* CC)**: descendre d'un auteur commun. Exemple: les frères et soeurs descendent d'un auteur commun.
- **Proximité exprimée en degrés**: nombre de générations qui séparent les individus, soit de liens de filiation (20 al. 1 CC). Les frères et soeurs sont au 2e degré: on remonte à la mère et on redescend à la soeur/frère.

Ronds: H / Carrés: F / Tiret: lien de mariage / Traits-tillés: divorce



## B. Alliance (21 CC)

### 1. Notions:

- **Liens existant:** entre un époux et les parents de son conjoint ou de son partenaire enregistré.
- **Pas d'alliance fondée sur une autre alliance:** il n'y a pas d'alliance entre les parents des deux conjoints ni d'alliance entre deux beaux-frères.
- **Alliés en ligne directe:** nonna Fuffa e papà OU Santhyà e mamma
- **Alliés en ligne collatérale:** papà e zio Roberto
- **On ne peut pas fonder une alliance sur une autre alliance:** si Dario veut se marier avec Margaret, ok, car il n'y a pas d'alliance.

### 2. Dissolution du mariage ou du partenariat enregistré: (21 al. 2 CC)

- **La dissolution du mariage ne supprime pas les liens d'alliance existants (21al.2 CC)**
- Ne met pas fin à l'alliance

- Aucun nouveau lien d'alliance: le conjoint divorcé n'a plus de lien avec les enfants de son ex-époux qui est remarié avec de nouveaux enfants.

### 3. Proximité exprimée en degrés:

- Comme pour la parenté

## 3. Origine et droit de cité

### A. Notion:

#### 1. Rattachement d'une personne physique à une collectivité publique

#### 2. Origine déterminée par le droit de cité (22 al. 1 CC)

- En cas de pluralités de droits de cité (22 al. 3 CC): si on a plusieurs droits de cités, le lieu d'origine est celui qui coïncide avec le lieu de domicile actuel.

#### 3. Uniquement pertinent en cas de nationalité suisse

#### 4. Rôle limité de l'origine

- Par ex. compétences de la commune d'origine (cf. 259 al. 2 ch. 3 et 442 al. 4 CC)

### B. Acquisition et perte principalement réglées par le droit public (22 al. 2 CC)

#### 1. Sous réserve de cas réglés en droit privé:

- acquisition par la naissance: l'enfant acquiert le droit de cité du parent dont il porte le nom (271 CC)
- de même pour l'enfant adopté (267a CC)
- mariage sans effet sur le droit de cité (161 CC): chacun conserve son droit de cité car il y a le principe d'immutabilité du droit de cité. **ATTENTION: jusqu'en 2012**, la femme acquérait le droit de cité de son mari sans perdre le droit de cité qu'elle possédait quand elle était célibataire (161 aCC). Le divorce n'avait pas d'effet sur le droit de cité (119 aCC).

## 4. Domicile

### A. Notion

- **Rattachement d'une personne physique à une localisation géographique et partant juridique**
- **Importance en droit civil, mais également en droit public**
  - «la plupart du temps, c'est le domicile civil qui sert de point de référence aux autres domaines du droit» (arrêt I/5, TF 2C\_341/2016 du 3 octobre 2016, consid. 4.2)
- **Principe de nécessité du domicile (24 CC):** on en a nécessairement un.
- **Principe d'unité du domicile (23 al. 2 CC):** on en a qu'un seul.

## B. Domicile volontaire (23 al. 1 CC):

"Le domicile de toute personne est au lieu où elle réside avec l'intention de s'y établir; le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constitue en soi pas le domicile."

### 1. Résidence

- **élément territorial objectif**: séjour effectif d'une certaine durée en un endroit déterminé, qui crée un rapport entre l'endroit et la personne. La durée de résidence ne doit pas être continue, mais une simple présence ne constitue pas un domicile. Exemple: on peut aller en vacances.

### 2. Volonté de s'y établir:

- **élément subjectif**, mais objectivé par des faits extérieurs reconnaissables pour les tiers. **Une personne non-mineure** et qui n'est **pas sous curatelle** décide où aller se domicilier. Les tiers doivent reconnaître cette volonté (ATF 134 V 236). L'intention est objectivement perceptible. Contre-exemple: un couple se donne une période de test où ils se disent qu'ils vont vivre ensemble, ce n'est pas une volonté car l'élément subjectif est peu établi.
  - "L'intention de constituer un domicile volontaire suppose que l'intéressé soit capable de discernement au sens de l'art. 16 CC. Cette exigence ne doit pas être appréciée de manière trop sévère et peut être remplie par des personnes présentant une maladie mentale, dans la mesure où leur état leur permet de se former une volonté" (ATF 134 V 236, consid. 2.1).
- **centre de vie**: où sont les amis, où on passe le temps libre, l'adresse postale. Ces lieux déterminent le centre de vie rattachant une personne à un domicile: ceci prime sur le lieu du travail.
  - "La LHR définit à présent la commune d'établissement comme celle dans laquelle une personne réside, de façon reconnaissable pour des tiers, avec l'intention d'y vivre durablement et d'y avoir le centre de ses intérêts personnels; Une personne est réputée établie dans la commune où elle a déposé le document requis (consid. 4.2). Lorsque la détermination du domicile d'une personne soulève des difficultés, tant le critère de l'intention de s'y établir que la notion de centre de vie commandent de recenser tous les facteurs qui pourraient s'avérer importants. Chacun de ses facteurs, pris en lui-même, ne constitue donc rien de plus qu'un indice. Ainsi, le dépôt des papiers au contrôle de l'habitant, l'établissement du permis de séjour etc. ne sont jamais déterminants en eux-mêmes pour fonder le domicile civil volontaire" (TF 2C\_341/2016, consid. 4.2).

### 3. Cas particulier:

- **Séjour dans un but précis**: notamment pour des soins, pour les études, dans un EMS: ne constituent pas un domicile. **Principe**: qu'il n'y a pas de volonté, mais on y va à cause de tiers qui nous y placent.
- **Exception (présomption réfragable)**: volonté de s'y établir (23 al. 1 *in fine* CC)
  - "Aux termes de l'art. 23 al. 1 CC le séjour dans une institution de formation ou le placement dans un établissement d'éducation, un home, un hôpital ou une maison de détention ne constituent pas en soi le domicile. Attention, cette disposition contient une présomption

*réfragable* que le séjour dans un des établissements mentionnés n'entraîne pas le transfert à cet endroit du centre d'intérêts (consid. 2.1). A noter qu'il en va en revanche *autrement lorsqu'une personne majeure et capable de discernement décide de son plein gré, c'est-à-dire librement et volontairement, d'entrer dans un établissement pour une durée illimitée et choisit par ailleurs librement l'établissement ainsi que le lieu de séjour.* Dans la mesure où, lors de l'entrée dans un établissement qui survient dans ces circonstances, *le centre d'existence est déplacé en ce lieu, un nouveau domicile y est constitué. L'entrée dans un établissement doit aussi être considérée comme le résultat d'une décision volontaire et libre lorsqu'elle est dictée par la « force des choses », tel le fait de dépendre d'une assistance ou d'avoir des difficultés financières*" (ATF 134 V 236 consid. 2.1 *in fine*).

**Contre-exemple: une solution transitoire chez des amis, en attendant de trouver un nouveau travail, n'est pas un domicile volontaire.**

### C. Domicile légal (25 et 26 CC):

*Dérivés* car dépendent du domicile d'un tiers.

#### 1. Du mineur (25 CC)

Cf. cours «Effets de la filiation»

#### 2. Du majeur sous curatelle de portée générale (26 CC):

Domicile au siège de l'autorité de protection de l'adulte (APA). **ATTENTION:** un autre type de curatelle ne créerait aucun domicile légal. C'est seulement la curatelle de portée générale.

### D. Domicile fictif (24 CC) - subsidiaire

#### 1. Notion:

En l'absence d'un domicile volontaire ou légal, la personne a - suite au principe de la nécessité du domicile - un domicile fictif. **Ce domicile fictif est l'un des deux :**

1. **SOIT: Domicile antérieur (24 al. 1 CC):** abandon du domicile sans création d'un nouveau domicile. «Toute personne conserve son domicile aussi longtemps qu'elle ne s'en est pas créé un nouveau. »
2. **SOIT: Lieu de résidence (24 al. 2 CC):** séjour d'une certaine durée et création de rapports assez étroits
  - domicile antérieur inconnu
  - abandon du domicile à l'étranger sans création d'un nouveau domicile en Suisse

Exemple: Sarah quitte son domicile en Finlande et n'envisage pas d'y retourner. Sa résidence est Genève pour 6 mois, mais n'y constitue pas de domicile volontaire. On constate des rapports étroits avec ce lieu car il existe une possibilité d'y emménager. Le domicile fictif est donné.

<b>LA PROTECTION DE L'ADULTE MAJEUR (14 CC)</b>	<b>2</b>
<b>1. NOTION:</b>	<b>2</b>
<b>2. LES TROIS CATEGORIES DE MESURES DANS LE NOUVEAU DROIT :</b>	<b>2</b>
1. MESURES PERSONNELLES ANTICIPEES (DIRECTIVES ANTICIPEES +MANDAT POUR CAUSE D'INAPTITUDE)	2
<b>a. Les directives anticipées (matière médicale seulement) (370-373 CC)</b>	2
<b>b. Le mandat pour cause d'incapacité (360-373 CC)</b>	3
2. MESURES APPLIQUEES DE PLEIN DROIT AUX PERSONNES INCAPABLES DE DISCERNEMENT (374 -387 CC)	6
<b>a. Représentation par le conjoint ou partenaire enregistré (374-376 CC):</b>	6
<b>b. Représentation (large) dans le domaine médical (377-381 CC):</b>	6
<b>c. Résidence en home ou EMS</b>	7
3. MESURES PRISES PAR L'AUTORITE	8
<b>a. La curatelle:</b>	8
<b>b. Placement à des fins d'assistance (426ss CC):</b>	14

## La protection de l'adulte majeur (14 CC)

### 1. Notion:

- **Définition:** droit qui a pour objet les mesures de protection de la personne mises en œuvre par des organes de l'État OU prévues par l'ordre juridique (sans intervention étatique) pour protéger les personnes **totalem**ent ou **partiellem**ent incapables d'agir dans leur intérêt.

### 2. Les trois catégories de mesures dans le nouveau droit :

*D'abord voir si il y a des mesures prises de plein droit; puis voir si il y a des mesures personnelles anticipées (?? contraire??).*

#### 1. Mesures personnelles anticipées (directives anticipées et mandat pour cause d'inaptitude):

**Ce sont des décisions.** Elles sont prises de manière anticipées, à un moment où la personne prend cette décision, elle est encore capable de discernement et visant à régler sa situation quand elle sera devenue incapable de discernement. Ces mesures écartent le pouvoir légal (mesures prises de plein droit)

#### a. Les directives anticipées (matière médicale seulement) (370-373 CC)

##### o Types de directives anticipées:

##### I. Décisions en matière médicale:

- **370al.1 CC:** toute personne capable de discernement peut déterminer dans des directives anticipées, les traitements médicaux auxquels elle consent ou non, au cas où elle deviendrait incapable de discernement. La décision doit être précise. On ne peut pas dire "je ne veux pas d'acharnement thérapeutique".
- Exemple: je suis contre l'acharnement thérapeutique, ou j'aimerais être soignée par ce type précis de soins, ou j'aimerais qu'on suive ces principes de vie pour guider le processus décisionnel en matière thérapeutique (médecine naturelle etc.)

##### II. Désignation d'un représentant tiers thérapeutique:

- **370al.2 CC:** la personne peut également désigner une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement.
- **370al.3 CC:** elle peut prévoir des solutions de remplacement pour le cas où la personne désignée déclinerait, ne serait pas apte à le remplir ou résilierait.

##### o Conditions pour adopter des directives anticipées il faut:

- **Capable de discernement** selon 16 CC (**370al.1 ph.1 CC**): l'objet est l'exercice d'un droit strictement personnel (**19c CC**) donc il suffit d'avoir le discernement et pas besoin de l'exercice des droits civils.
- **Personne(s) physique(s)** (**370al.2 CC**): seulement, et pas une personne morale. En effet on est dans les droits strictement personnels.
- **Forme écrite, date et signature par l'auteur** (**371al.1 CC**, via **12 CO**): on peut donc prendre la décision par un

formulaire pré-formulé (pré-imprimé). On peut recourir à des formulaires. La signature est manuscrite, et le formulaire peut être préimprimé, écrit à la main ou à l'ordinateur.

- **Précision des questions.** Il faut une formulation précise.
- **Faculté (pas nécessité) d'inscription sur carte d'assuré (371a.2 CC):** assurance-maladie. C'est seulement l'existence du document et le lieu où il se trouve qui est enregistré. On conseille de déposer une copie auprès d'un proche ou du représentant légal ainsi qu'auprès du médecin généraliste.

- **Effets de la directive anticipée (372a.2 CC)**

- **Le médecin respecte les directives anticipées du patient et est lié par celles-ci; SAUF :**
  - si elles violent des dispositions légales (si on demande l'euthanasie) OU
  - si des doutes sérieux laissent supposer qu'elles ne sont pas l'expression de sa libre volonté (dol, erreur, contrainte) OU
  - si elles ne correspondent pas à sa volonté présumée dans la situation donnée. On vise spécifiquement les cas dans lesquels il y a un décalage temporel entre les directives anticipées et la prise de la décision.
- **Si le médecin ne respecte pas ces directives:** tout proche du patient peut en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte (373a.1 ch.1 CC)

**b. Le mandat pour cause d'inaptitude (360-373 CC)**

Permet aussi de prendre des mesures anticipées et porte surtout sur des affaires patrimoniales, mais peut aussi contenir des décisions d'ordre médical). Général, sauf représentation en matière médicale:

- **Conditions pour adopter un mandat pour cause d'inaptitude il faut:**
  - **Exercice des droits civils (360a.1 CC, 12 CC, 14 CC, 13 CC, 17 CC)** (capable de discernement, 18 ans et pas faire l'objet d'une curatelle de portée générale). Celui qui fait l'objet d'une curatelle de coopération ou de représentation portant sur les pouvoirs conférés par le mandat, ne remplit pas ces exigences.
  - **Personne(s) physique(s) / personne(s) morale(s) (360a.1 CC)** personnes pouvant être désignées pour ce mandat. Pro Senectute est une personne morale par exemple. L'intérêt de désigner une personne morale: la personne qui représente, si elle meurt, sera remplacée par un autre associé par exemple.
  - **Forme: (361a.1 CC) authentique** (notaire, officier publique) **ou olographe** forme connue en matière testamentaire et veut dire qu'il doit être écrit en entier de la main de la personne, daté et signé de sa main: on ne peut pas utiliser de formulaire pré-formulé (361a.2 CC)
  - **Faculté d'inscription dans Infostar (pas une nécessité) banque de données de l'état civil.** C'est seulement l'existence du document et le lieu où il se trouve qui est

enregistré. Le document ne se trouve pas directement dans la banque de données. (361al.3 CC)

- **Tâches du mandat: une ou plusieurs tâches (360 CC)**
  - **Assistance personnelle:** aider la personne de manière directe dans la vie de tous les jours ou de manière indirecte en ayant le recours à l'aide d'un tiers (ménagère, aide-soignante). (360al.1 CC)
  - **Représentation dans les rapports juridiques avec les tiers (360al.1 CC)**
  - **REMARQUE: personne de remplacement.** Pour le cas où la personne désignée déclinerait le mandat, ne serait pas apte à le remplir ou résilierait, 360al.3 CC permet de prévoir des solutions de remplacement
  - **Gestion du patrimoine:** la personne s'occupera de l'administration, revenus et biens (360al.1 CC). On peut insérer des directives anticipées dans un mandat pour cause d'inaptitude (360al.2 CC)
  - **Le pouvoir peut être général OU partiel.**
    - Il n'est pas exclu qu'il y ait besoin d'aide pour d'autres affaires qui ne sont pas visées par le mandat et donc l'autorité peut prononcer une mesure de curatelle qui pourra s'occuper d'une partie du patrimoine (que la personne ne veut pas confier au mandataire) et le mandataire s'occupera de l'autre partie (360al.2 CC)
  
- **Phases du mandat:**
  - PHASE 1:**
    - **Constitution:**
      - forme authentique
      - forme olographe
  
    - **Sur demande du mandant (possibilité, pas une obligation):**
      - **inscription dans Infostar (banque de donnée de l'office de l'état civil) (361al.3 CC).** Elle sert à l'autorité de protection pour vérifier la validité de la constitution du mandat (363al.1 CC)
      - **pas de consentement requis (acte unilatéral):** le mandat ne doit pas reposer sur le consentement du mandataire forcément. L'acte, au moment de son adoption, est un acte unilatéral: le mandant confie au mandataire le mandat pour inaptitude. Néanmoins, le mandant n'a pas besoin de l'acceptation du mandataire. On conseille bien-sûr d'informer la personne pressentie sinon la personne intéressée découvrira ses pouvoirs et ne se sentira pas forcément de les assumer. L'acte est unilatéral et devient bilatéral (contrat).

- PHASE 2:** l'autorité prend connaissance de l'incapacité de discernement du mandant et va de suite:
- **Vérifications:**
    - **Mandat valablement constitué** (forme, capacité)
    - **Conditions de mise en oeuvre:** le mandant est-il bien un incapable de discernement?
    - **Aptitude du mandataire:** le mandant a-t-il bien choisi le mandataire en exerçant donc son droit d'auto-détermination?
    - **Autres mesures de protection de l'adulte ?** Une curatelle doit-elle être prononcée pour une partie des affaires non-couverte par le mandat?
    - **En cas de risque d'abus:** l'autorité doit être informée s'il y a ou risque d'avoir une situation d'abus, soit une gestion qui porte atteinte aux intérêts du mandataire (*En effet, dans le cadre du mandat général, la personne a la capacité de discernement, mais dans ce cas le mandant est incapable de discernement. Par conséquent il ne peut pas surveiller les actes du mandataire*)
    - **Pas de surveillance du mandataire** en général; que intervention de l'autorité si les intérêts sont ou risquent d'être compromis.
  - **Si le mandataire accepte le mandat, l'autorité le rend attentif à ses devoirs:**
    - Délivrance d'un document faisant état des compétences (devoir de diligence).
- **Effets du mandat: une fois le mandat accepté**
    - **Mandataire**
      - **Représente l'intéressé dans les limites du mandat** et s'acquitte des tâches confiées, avec la diligence requise par les règles sur le mandat
        - **ATTENTION: en cas de doutes** sur ses tâches: requête à l'autorité (364 CC)
          - ❖ Interprétation du document pour les tâches / voire, l'autorité peut compléter des points accessoires (= pour respecter le droit à l'autodétermination de la personne).
      - **Responsabilité régie par les règles sur le mandat**
      - **Rémunération du mandataire:** soit elle est prévue dans le document par le mandant, soit c'est l'autorité de protection qui fixera la rémunération (366 CC)
  - **Fin du mandat:**
    - **Révocation par le mandant**
      - En tout temps (362 CC)
    - **Résiliation par le mandataire (367 CC)**
      - En tout temps, avec respect d'un délai de 2 mois, sous réserve de justes motifs

- Il en informe l'autorité, par écrit
- **Retrait des pouvoirs par l'autorité (368 CC)**
  - Si les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être
    - D'office ou sur requête d'un proche ou toute personne: il faut que l'autorité soit informée; en effet la personne est incapable de discernement donc il n'est pas évident que l'autorité soit informée en temps utiles que le mandataire "n'a pas bien fait son travail".

## 2. Mesures appliquées de plein droit (découlant de la loi) aux personnes incapables de discernement (374 à 387 CC)

### a. Représentation par le conjoint ou partenaire enregistré (374-376 CC):

- **pouvoir légal de représentation à un cercle de personnes serré:** au conjoint et/ou au partenaire enregistré. Le concubin, les enfants, ne font pas partie de la liste.
- **ménage commun ou assistance:** le concubin/partenaire doit faire ménage commun avec la personne ou qu'il lui fournisse une assistance personnelle régulière.
- **pouvoir de représentation pas général, il est limité à :**
  - **actes juridiques habituellement nécessaires pour satisfaire les besoins de la personne incapable de discernement** (hygiène, alimentation, habillement, contrats RC etc.)
  - **administration ordinaire des revenus et autres biens: entretien régulier de l'immeuble** (réparation de robinet etc.)
  - **correspondance**
- **document pour établir la compétence:** l'autorité peut délivrer un document qui permettra au légitimé de faire état de ses compétences.
- **pouvoir d'intervention de l'autorité:** l'autorité a des pouvoirs et peut intervenir si les intérêts de la personne incapable de discernement sont compromis ou risquent de l'être. L'autorité a un pouvoir large car elle peut aussi retirer le pouvoir partiellement ou totalement la représentation (376 CC).

### b. Représentation (large) dans le domaine médical (377-381 CC):

- **représentation légale par certains proches en cascade:** la loi confère un pouvoir à un cercle plus large de personnes selon un ordre en cascade selon 378 ch.1 à ch.7 CC.
- **si la personne de la première catégorie peut représenter, on exclut les autres catégories.**
- **7 catégories:** "Sont habilités à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage de lui administrer ambulatoirement ou en milieu institutionnel, dans l'ordre:
  1. la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'incapacité;

2. le curateur qui a pour tâche de la représenter dans le domaine médical;
  3. son conjoint ou son partenaire enregistré, s'il fait ménage commun avec elle ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière;
  4. la personne qui fait ménage commun avec elle et qui lui fournit une assistance personnelle régulière; **(avoir une clef de l'appartement != vivre en ménage commun)**
  5. ses descendants, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière; **(établir le lien de filiation selon 251ss CC)**
  6. ses père et mère, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière;
  7. ses frères et soeurs, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière."
- **en cas d'urgence:** le médecin est habilité à administrer immédiatement les soins **(379 CC)** sans rechercher le représentant de cette personne (pas le temps).
    - **volonté présumée de la personne:** quand le médecin agit en urgence il doit agir selon la volonté présumée et intérêts de la personne incapable de discernement.
    - **décisions médicales:** le médecin en urgence, prend des décisions médicales, que la personne soit institutionnalisée ou non; pour des soins ambulatoires ou institutionnels.
  - **contrat d'assistance (382al.3CC):** on applique par analogie **378 CC** (représentation, voir ci-dessus la liste) quand il s'agit de placer une personne incapable de discernement en institution; pour la signature du contrat.
    - **prise en compte des directives anticipées:** ce représentant quand il doit prendre ses décisions, doit tenir compte d'éventuelles directives anticipées (décisions prises de manière anticipée par la personne incapable);
    - **à défaut de directives anticipées:** il devra tenir compte de la volonté présumée et les objectifs à mettre en balance de la personne incapable.
      - **si les intérêts de l'incapable risquent d'être compromis, l'autorité de protection peut intervenir (381 CC)** et pourrait instituer une **curatelle** (on remplace les pouvoirs de la personne).

### c. Résidence en home ou EMS

Que pour les personnes en home/EMS incapables de discernement

- **contrat d'assistance:** on vise la relation socio-hôtelière entre la personne et l'institution (EMS) avec un contenu minimum: il faut un contrat en forme écrite qui prévoit les prestations à fournir ainsi que le coût.
- **mesures limitant la liberté de mouvement (383 à 385 CC):** rideaux de lit empêchant la personne de sortir de leur lit. Ceci porte atteinte aux droits fondamentaux des personnes donc il faut bien codifier cela. On a des conditions strictes: une procédure mise en place (P-V: qui a prononcé la mesure etc.) et **385 CC** qui donne une voie de recours pour revoir le bien-fondé de la mesure.
- **protection de la personnalité**
- **surveillance des institutions:** c'est le canton qui doit surveiller.

### 3. Mesures prises par l'autorité

#### a. La curatelle:

- **Types de curatelles:**
  - accompagnement (393): voir ci-après
  - représentation (394 CC) y.c gestion du patrimoine (395 CC) **OU** curatelle combinée (*mélange représentation et gestion et accompagnement*) **OU** curatelle de portée générale. Voir ci-après.
  - coopération (396): voir ci-après
  
- **Conditions du prononcé d'une mesure de curatelle (390 CC)**
  1. Concernant la personne (*conditions alternatives*)
    - **(Ch.1) Est totalement ou partiellement empêchée de sauvegarder ses intérêts, en raison:**
      - d'une déficience mentale et/ou
      - trouble psychique et/ou
      - d'un autre état de faiblesse affectant sa condition personnelle (subsidièrement aux deux autres conditions et application restrictive)
        - On regarde si la personne elle-même est affectée, indépendamment d'une situation ou circonstance externe. Une extrême pauvreté, solitude etc. ne pourront en aucun cas entrer dans cette condition, par contre, on retiendrait la situation d'un jeune migrant qui est étranger aux conditions de vie en Suisse ou une personne qui souffre d'un handicap physique très lourd (cécité, sourdité etc.).
        - La notion de faiblesse affectant la condition personnelle (390 al. 1 ch. 1 CC) doit être interprété restrictivement (TF 5A\_638/2015).
    - **OU: (Ch.2) N'a pas désigné de représentant pour les affaires à régler et est empêchée d'agir elle-même, en raison;**
      - d'une incapacité passagère de discernement et/ou
      - d'une absence (de la personne)
      - la personne doit avoir besoin de protection en matière économique mais aussi pour des affaires purement personnelles. Pour cela, on tient en compte la charge que la personne représente pour les tiers (390al.2 CC). Autrement dit, en application d'un principe de subsidiarité, on regardera dans quelle mesure il est possible que la personne trouve de l'aide autrement que par prononcé d'une mesure de l'autorité de protection de l'adulte, et

notamment par le soutien qui peut lui être apporté par des proches ou autres tiers

- **ATTENTION:** Les intérêts des tiers peuvent justifier l'adoption d'une mesure plus incisive, mais ne peuvent jamais être la cause d'une mesure (TF 5A\_617/2014).

*Exemple: une personne sourde et muette n'ayant pas adopté de mandat pour cause d'inaptitude peut être placée sous curatelle si elle est partiellement ou totalement empêchée d'assurer elle-même la sauvegarde de ses intérêts et qu'elle représente une charge trop lourde pour ses proches*

## 2. Concernant l'autorité

- **Pas des mesures de police ou pénales.** Ces mesures ne peuvent pas être prononcées pour avoir des mesures de police ou pénales. Ce sont des mesures de protection de l'adulte. Elles sont là pour protéger la personne.
- **Fixation des tâches du curateur par l'autorité :** elle doit fixer de manière précise les tâches du curateur selon **391 CC.**
  - **Ces tâches sont énumérées à 391al.2 CC:** assistance personnelle, gestion du patrimoine, rapports juridiques avec tiers.
  - **Nécessité de décision:** pour ouvrir le courrier et entrer dans le logement: il faut une décision pour pouvoir du curateur car on porte atteinte à la sphère privée (**391al.3 CC**).
- **Respect de proportionnalité et subsidiarité (389 CC):** doit être respecté quand l'autorité prononce une mesure de protection.
  - **Proportionnalité (389 al.2 CC):** la mesure doit être appropriée (adéquation avec le but), nécessaire pour atteindre le but visé (atteinte la plus faible possible) et qu'elle respecte la proportionnalité au sens étroit (pesée entre but recherché et atteinte engendrée)
    - *Le choix entre les différentes curatelles doit notamment obéir au principe de proportionnalité. Il faut en principe commencer par la mesure la plus légère (curatelle d'accompagnement) si elle suffit à couvrir les besoins de la personne concernée. On ne peut pas y renoncer au profit d'une mesure plus forte au seul motif qu'elle n'a pas encore fait ses preuves en pratique et que la mesure plus incisive couvre de toute façon les besoins de l'intéressé. Si en revanche, la mesure la plus faible risque de favoriser la survenance d'un préjudice important – que l'on ne pourrait prévenir à temps – il faut alors*

**immédiatement prononcer une mesure plus forte** (TF 5A\_795/2014 )

- **Subsidiarité (389a.1 CC)**: mesure subsidiaire à l'aide qui peut être fournie d'une autre manière à la personne.
  - **ch.1** : aide fournie par la famille et autres proches ou par des services publics ou privés fournissant de l'aide.
  - **ch.2**: dans le cas d'une personne incapable de discernement, on regarde si la personne n'a pas désigné un représentant par directive anticipée ou mandat par cause d'inaptitude. Si tel est le cas, pas besoin d'une mesure de protection de l'adulte (car l'intervention de l'autorité est subsidiaire)
  - **JP**: L'application du principe de subsidiarité implique que l'autorité de protection de l'adulte ne peut prendre des mesures de protection que si l'aide dont nécessite la personne concernée ne peut pas être procurée par sa famille, ses proches ou par les services publics ou privés compétents (art. 389 al. 1 CC). Si l'autorité de protection de l'adulte constate que l'aide apportée par ce cercle de personnes ne suffit pas ou estime qu'elle sera insuffisante, elle doit ordonner une mesure qui respecte le principe de la proportionnalité, à savoir une mesure nécessaire et appropriée. Cette mesure doit donc se trouver en adéquation avec le but fixé, représenter l'atteinte la plus faible possible pour être compatible avec celui-ci et rester dans un rapport raisonnable entre lui et l'atteinte engendrée (TF 5A\_356/2015)
  - Le principe de subsidiarité n'implique pas que les mesures les plus graves ne puissent être ordonnées qu'après l'application, l'épuisement et l'échec des mesures plus légères (TF 5A\_617/2014).

- **Effets des curatelles sur la capacité civile:**
  - I. **Curatelle d'accompagnement (393 CC):** mesure la moins incisive.
    - **confère au curateur un pouvoir d'assistance et d'encadrement, soutien:** on donne des conseils, on encourage, on discute des difficultés rencontrées avec la personne.
    - **elle ne confère pas de pouvoir de représentation.**
    - **pas d'effet sur la capacité civile.**
    - **consentement nécessaire:** cette curatelle ne peut être prononcée qu'avec le consentement de la personne
    - **ne confère aucun pouvoir contraignant au curateur** donc repose sur la coopération de la personne, sur son envie d'être aidée.
  - II. **Curatelle de représentation, y compris de gestion du patrimoine (394 et 395 CC)**
    - **représentation vers les tiers:** permet au curateur de représenter la personne pour ses actes juridiques vis-à-vis des tiers. On peut effectuer au nom et pour le compte de la personne concernée vis-à-vis des tiers.
      - **pour les droits strictement personnels:** exercice tout seul (19c CC)
      - **pour les actes particulièrement importants:** il faut, en plus du consentement du curateur, le consentement de l'autorité (416 CC)
    - **étendue de la représentation:** l'autorité peut choisir de conférer ce pouvoir pour un acte isolé (ex: vendre un immeuble) ou pour un groupe d'actes dans un domaine particulier (actes qui se répéteront).
    - **portée de la curatelle de représentation:**
      - **la curatelle de gestion du patrimoine qui inclut:**
        - ❖ des actes de gestion du patrimoine ou un seul acte de représentation de gestion du patrimoine. **Exemple:** curatelle de gestion du patrimoine porte sur tous les biens immobiliers de Emma, alors elle pourra quand même utiliser son argent pour inviter ses amies à manger car cela n'entre pas dans le champ d'application des biens immobiliers.
        - ❖ **les revenus (395a1.2 CC).** À moins que l'autorité de protection de l'adulte n'en décide autrement, les pouvoirs de gestion du curateur s'étendent à l'épargne constituée sur la base des revenus et du produit de la fortune gérée.
      - **capacité civile:**
        - **possibilité de restreindre** l'exercice des droits civils (capacité civile active): il n'y a **pas de restriction**

- automatique** découlant de la loi, mais l'AP peut prévoir (seulement AP) par une décision, de limiter la capacité civile active.
- **possibilité de ne pas restreindre** la capacité civile: (curatelle qu'on prononce quand on a des personnes concernées p.ex très âgées, qui n'ont juste pas le courage de s'occuper de leurs affaires).
  - o **l'autorité peut priver la personne de la faculté d'accéder à certains éléments de son patrimoine (395al.3 CC)**: limitation pas si incisive qu'une atteinte à la capacité civile mais permet quand même de protéger la personne (priver la personne de l'accès à son compte en banque: pas besoin de limiter la capacité civile, il suffit qu'on fasse en sorte que la personne n'ait plus accès à son compte).
- III. **Curatelle combinée (397 CC)**: on combine la représentation, la coopération, l'accompagnement et on définit l'étendue de l'accompagnement / représentation / curatelle etc.
- IV. **Curatelle de portée générale (396 CC)** :
- **prive de plein droit de l'exercice des droits civils: curatelle la plus incisive.** C'est l'ultima ratio. On considère que toutes les autres mesures ne permettent pas de suffisamment bien protéger la personne.
  - **personne qui est durablement incapable de discernement**: cette curatelle on l'adopte dans des cas d'incapacité durable.
    - o **la personne a un besoin d'aide et assistance générale couvrant tous les domaines** (aspects patrimoniaux et personnels): besoin d'une représentation vis-à-vis des tiers portant sur de larges domaines.
    - o **personne qui n'a aucune volonté de coopération, et qui met en danger ses intérêts**: de façon importante par ses actes, là il faudrait recourir à une curatelle de portée générale.
    - o **la personne qui ferait croire qu'elle est capable de discernement alors qu'elle ne l'est pas, s'engage envers des tiers.**
- V. **Curatelle de coopération**:
- **limitation de la capacité civile active de la personne capable de discernement, pour les actes soumis à l'exigence du consentement du curateur (396 CC).** Pour pouvoir s'engager valablement, la personne aura besoin du

- consentement du curateur de coopération
  - **il n'y a pas de décision spécifique** => on va plus spécifiquement soumettre l'exercice de certains actes au consentement du curateur.
  - **l'autorité définit les actes soumis à cette exigence.**
- **Concernant le droit de refus d'un curateur:**
- Le droit de l'intéressé de refuser la nomination d'une personne n'est pas absolu. Lorsque l'intéressé formule des objections, l'autorité de protection de l'adulte doit examiner si celles-ci sont objectivement plausibles. A noter qu'il y a lieu de se montrer moins stricts dans l'appréciation des objections lorsque la personne s'oppose, pour la première fois, à ce qu'une personne soit désignée comme curatrice et qu'elle ne conteste pas la mesure en tant que telle (ATF 107 II 504)
  - Les objections doivent être à tout le moins sommairement motivées, et le refus de la personne désignée suppose en outre que l'intéressé possède la capacité de discernement correspondante (consid. 2.2). A noter que si l'autorité décide de s'écarter du vœu de l'intéressé, l'autorité de protection doit motiver sa décision et exposer les motifs ayant fondé le rejet de la proposition (TF 5A\_904/2014 )

**AFFIRMATIONS:**

Lorsqu'une personne âgée souffrant d'un début de faiblesse due à l'âge n'a plus le courage de s'occuper de ses affaires, l'autorité institue une curatelle de représentation et gestion des biens . => **non**, mesures trop incisive. Une curatelle d'accompagnement suffit.

Lorsqu'une personne peu informée des prix du marché immobilier envisage de vendre son immeuble et risque de le vendre trop bon marché, l'autorité institue une curatelle de gestion du patrimoine? => **non**, conditions qui doivent être respectées ne le sont pas: l n'y a pas de cause permettant de prononcer une telle curatelle.

Lorsqu'une personne capable de discernement mais souffrant de troubles psychiques dilapide son héritage en faisant en faveur de son salut des donations importantes à des oeuvres caritatives et religieuses, tout en réussissant à pourvoir à son propre entretien au quotidien, l'autorité institue une curatelle de coopération => **oui**, car elle permet d'intervenir de manière très ciblée.

## b. Placement à des fins d'assistance (426ss CC):

- **Notion:**
  - mesure la plus incisive
  - mesure ayant pour effet de priver la personne de sa liberté
  - mesure visant à protéger la personne
  - n'est pas une mesure de police
  - concerne les majeurs: néanmoins, pour les enfants c'est 314b CC qui renvoie par analogie à une application des 426ss CC. But: assistance fournie.

- **Conditions matérielles:**

### I. Existence d'une des causes retenues par la loi, 426 CC:

- Troubles psychiques, OU
- Déficience mentale, OU
- Grave état d'abandon: notion stricte. selon la doctrine, il y a grave état d'abandon quand la situation de la personne est telle qu'il y aurait atteinte à sa dignité si elle n'était pas placée dans une institution afin qu'on lui apporte l'assistance dont elle a besoin. Ceci vise la personne qui à défaut de placement, serait en état de dépravation absolument incompatible avec la dignité humaine (avoir un appartement sale n'est pas suffisant, ni le fait de s'écarter de normes sociales traditionnelles, ou de se comporter comme un hippie). On ne peut pas laisser la personne dans cet état-là et donc il faut intervenir. Souvent, ce grave état est lié à des troubles psychiques ou déficience mentale. **ATTENTION: 5 al. 1 let. e CEDH** ne mentionne pas le grave état d'abandon mais le **vagabondage, or c'est un contexte qui est différent**, car le vagabondage implique l'absence de domicile fixe, de moyens de subsistance, d'activité professionnelle etc. La doctrine dit que le grave état d'abandon devait être compris comme une entière dépendance à l'égard d'autrui pour la satisfaction de ses besoins élémentaires.

### II. Un besoin d'assistance ou de traitement (besoin de protection)

- **L'assistance** (gestes essentiels accomplis au quotidien) **personnelle ou le traitement** (soins psychiques ou somatiques) **sont nécessaires, ET ne peuvent être fournis à la personne concernée d'une autre manière:** reflète la proportionnalité (donc vérifier toute autre mesure moins incisive peut intervenir)
  - *Le TF rappelle que malgré la formulation de l'art. 426 al. 2 CC, le placement à des fins d'assistance doit servir à protéger la personne concernée, non son entourage. La protection des tiers peut certes être prise en compte, mais ne saurait être à elle seule déterminante (TF 5A\_355/2014).*

- **Lien de causalité entre l'état dans lequel la personne se trouve et le besoin de protection.**  
Contre-exemple: personne risque de se suicider: on se trouve dans cette situation en raison d'un trouble psychique; alors un placement pourrait se justifier; mais une personne qui décide de se suicider "fait un bilan de sa propre vie": ce n'est pas un état justifiant un besoin de protection.

### III. Une institution appropriée

- **Apte à répondre au besoin de protection:** c'est le cas si l'institution peut offrir les soins dont la personne a besoin, et qu'il y ait une organisation interne. Si l'état ne trouve pas une institution appropriée, la mesure doit être tout de suite levée. Notion large: on inclut une clinique, un établissement hospitalier, EMS, établissement convalescence, unité médicale dans d'autres institutions, un home simple (non-médicalisé), appartement protégé.
    - **N.B:** on peut aussi placer la personne dans un **établissement pénitentiaire**. Si on trouve une institution qui offre de bons soins, on peut l'enfermer dans une institution pénitentiaire même si elle n'a pas commis de crime/délit pénal.
      - *"Un établissement est approprié lorsque l'organisation et le personnel dont il dispose normalement lui permettent de satisfaire les besoins essentiels de celui qui y est placé pour recevoir soins et assistance. Cela peut tout à fait exceptionnellement être le cas d'un établissement pénitentiaire"(ATF 138 III 593).*
  - **Ne doit pas nécessairement être une institution fermée:** la seule exigence, même si ce n'est pas une institution fermée, est que la personne ne doit pas quitter l'institution et il y ait une surveillance sur cela.
  - **Forme juridique importe peu:** institution de droit privé ou public, SA ou non etc. Pas d'exigence.
- **Compétence matérielle:**
    - I. **Pour prononcer la mesure**
      - Autorité de protection de l'adulte (428 al. 1 CC)
      - Médecins (de famille souvent) désignés par les cantons (429 al. 1 CC). Néanmoins, pour une durée fixée par le droit cantonal: au maximum six semaines. À Genève: 40 jours.
    - II. **Pour lever la mesure**
      - Autorité de protection de l'adulte (428 al. 1 CC)
      - Dans les autres cas: l'institution (428 al. 2 et 429 al.3)

CC), si l'autorité de protection lui délègue ce droit. Si c'est le médecin qui a prononcé la mesure, c'est l'institution qui lève la mesure (428al.3 et 429al.3 CC)

- **Compétence à raison du lieu:**
  - I. **Compétence ordinaire** : Autorité du lieu de domicile de la personne concernée (442 al. 1 CC)
  - II. **Compétence extraordinaire** : en cas de péril en la demeure, autorité du lieu de résidence est aussi compétente (442 al. 2 CC)
  - III. **Eventuellement** : autorité de la commune d'origine à la place de l'autorité du lieu du domicile si les cantons le décrètent et que les conditions prévues par la loi sont remplies (442 al. 4 CC)
- **Garanties procédurales en cas de décision prise par le médecin:**
  - **Droit à ce que le médecin prenne en considération d'éventuelles directives anticipées** (433 CC)
  - **Droit à être examiné par le médecin ordonnant le placement et à être entendu par lui** (430 al. 1 CC): le patient doit être examiné par le médecin qui a ordonné le placement à des fins d'assistance. Un médecin par téléphone, ne peut pas placer une personne à des fins d'assistance, même s'il connaît la personne. Il doit la voir.
  - **Droit à ce que la décision du médecin comprenne un certain nombre d'indications et motivation** (430 al. 2 CC): la décision de placement prononcée par le médecin doit indiquer des choses, telles que le lieu et la date de l'examen médical, le nom du médecin, le résultat de l'examen, les raisons et but du placement et les voies de recours.
  - **Droit à ce que la décision soit remise en mains propres** (430 al. 4 CC): décision doit être remise à la personne concernée, même si elle est incapable de discernement
  - **Droit à un contrôle judiciaire lorsque la décision n'a pas été rendue par un juge** (439 CC) : même par les proches!
  - **Droit à ce que la décision soit communiquée à un proche avec indication de la possibilité de recourir** (430 al. 5 CC)
    - Le TF estime que seul le proche qui défend les intérêts de la personne concernée à qualité pour recourir au sens de l'art. 450 al. 2 ch. 3 CC. Elle n'est légitimée à recourir que pour autant que les intérêts juridiques (de nature économique ou idéale) qu'elle fait valoir sont en lien direct avec la mesure prononcée ou doivent être protégés par celle-ci et qu'ils auraient donc dû être pris en compte par l'autorité de protection. Le tiers qui prétend faire valoir les intérêts de la personne concernée sans être un proche n'a pas la qualité pour recourir. Lorsque la mesure correspond aux vœux de la personne concernée, il n'y a plus de place pour un recours

contestant au nom des intérêts de cette même personne (TF 5A\_112/2015).

○ **Autres garanties:**

- **Droit à un examen périodique du bien fondé du maintien de la mesure (431 CC):** il faut vérifier que les conditions de la mesure soient remplies périodiquement.
- **Droit de faire appel à une personne de confiance (432 CC):** on veut que les personnes aient des contacts avec des personnes extérieures. Ce n'est pas un représentant, mais juste une personne qu'on peut voir régulièrement.
- **Droit d'être en principe entendu personnellement, en général par l'autorité de protection réunie en collège (447 CC):** droit d'être entendu. La personne est entendue par l'ensemble de l'autorité et c'est exceptionnellement qu'elle n'est pas entendue par l'ensemble de l'autorité.
  - *La possibilité de déléguer l'audition à un membre de l'autorité est admise exceptionnellement; on pourrait aussi renoncer à l'audition personnelle si, par exemple, la personne concernée la refuse ou parce que sa réalisation est rendue impossible pour d'autres motifs* (ATF 139 III 257).
- **Droit à ce que la décision, si elle est relative à des troubles psychiques, soit prise sur la base d'un rapport d'expertise (446 CC) et à ce que l'expert soit indépendant au plus tard au stade du recours devant l'instance judiciaire de recours (450e al. 3 CC):** selon la doctrine, l'expert peut être un membre de l'autorité de protection de l'adulte. On a de par la loi le droit d'avoir un expert qui n'est pas membre de l'autorité. Contenu du rapport de l'expert est très exigeant (ATF 140 III 101): il doit donner beaucoup d'informations.
  - *Le TF expose, tout d'abord, de manière complète, les éléments qui doivent figurer dans le rapport de l'expert. Ce dernier doit se prononcer sur l'état de santé de l'intéressé. Il doit également indiquer en quoi les éventuels troubles psychiques risquent de mettre en danger la vie de la personne concernée ou son intégrité personnelle, respectivement celle d'autrui, et si cela entraîne chez lui la nécessité d'être assisté ou de prendre un traitement. Dans l'affirmative, il lui incombe de préciser quels seraient les risques concrets pour la vie ou la santé de cette personne, respectivement pour les tiers, si la prise en charge préconisée n'était pas mise en œuvre. Il doit encore indiquer si, en vertu du besoin de protection de l'intéressé, un internement ou une rétention dans un établissement est indispensable, ou si l'assistance ou le traitement nécessaire pourraient lui être fournis de manière ambulatoire. Il doit préciser également si la personne concernée paraît, de manière crédible,*

prendre conscience de sa maladie et de la nécessité d'un traitement. Enfin l'expert doit indiquer s'il existe un établissement approprié et, le cas échéant, pourquoi l'établissement proposé entre effectivement en ligne de compte. A noter qu'un risque financier n'est a priori pas suffisant (ATF 140 III 101)

- La présence d'une professionnel dans l'instance judiciaire de recours ne dispense pas de requérir une expertise (ATF 140 III 105).

○ **Effets de la mesure:**

- **Placement de la personne:** la personne peut être placée, sans ou contre sa volonté, dans une institution appropriée.
- **On peut prononcer cette mesure à l'égard d'une personne incapable de discernement.**
  - si la personne incapable de discernement ne veut pas être dans cette institution, alors malgré le fait qu'elle est incapable de discernement, on peut prendre des mesures de placement à des fins d'assistance.

*Affirmations*

*Le vagabondage permet de prononcer une mesure de placement à des fins d'assistance? NON -> grave état d'abandon est une notion différente.*

*Est-il possible de placer une personne ayant besoin d'assistance dans un établissement pénitentiaire? => OUI*

*Le placement d'une personne âgée incapable de discernement et sans réaction en EMS est-il un placement à des fins d'assistance? => NON car elle ne s'oppose pas. Si elle s'opposait ce serait un placement à des fins d'assistance.*

*Un simple médecin de famille peut être habilité à prononcer un placement à des fins d'assistance? => VRAI*