



106 2011-3

Arrêt du 19 mai 2011

CHAMBRE DES TUTELLES

COMPOSITION

Présidente : Françoise Bastons Bulletti
Juges : Alexandre Papaux, Adrian Urwyler
Greffier : Philippe Allemann

PARTIE

A._____, **recourante**, représentée par Me Dominique Morard,
avocat, défenseur d'office

OBJET

Refus du tuteur de consentir au mariage de sa pupille

Appel du 28 février 2011 contre le jugement de la Chambre des Tutelles
de l'arrondissement de la Gruyère du 10 février 2011

c o n s i d é r a n t e n f a i t

A. La Justice de Paix du III^e Cercle de la Gruyère a instauré, le 12 février 2007, une tutelle volontaire envers A._____. En 2007 est né B._____, qui est l'enfant de A._____ et de C._____ et qui est également sous tutelle. A._____ a encore deux autres enfants, D._____ et E._____, issus d'un premier mariage avec F._____, de qui elle est divorcée depuis le 5 novembre 2007.

Souhaitant se marier avec C._____, ressortissant tunisien qui se trouve en détention préventive en vue de son renvoi, A._____ a demandé le consentement de son représentant légal, G._____, tuteur général (ci-après : le tuteur général). Ce dernier ainsi que son adjointe, H._____, ont refusé, par courrier du 24 mars 2010, de donner leur consentement au mariage. Le 27 mai 2010, A._____ a requis auprès de la Chambre des Tutelles de la Gruyère (ci-après : Chambre des Tutelles), la mainlevée du refus de consentement (DO 1-7). Le tuteur général a déposé ses observations le 20 juin 2010 (DO 18-24). H._____ et A._____ ont comparu à la séance de la Chambre des Tutelles du 8 juillet 2010. A la suite de la clôture de la procédure probatoire, la Présidente de ladite Chambre a suspendu la procédure jusqu'à droit connu sur la procédure parallèle de levée de tutelle. Par jugement du 13 octobre 2010 [recte : 10 février 2011], le Tribunal civil de l'arrondissement de la Gruyère a rejeté la requête de mainlevée de tutelle déposée par A._____.

Par jugement du 10 février 2011, la Chambre des Tutelles a rejeté le recours à l'encontre du refus du tuteur général de consentir au mariage de A._____ et C._____.

B. Le 28 février 2011, A._____ (ci-après : la recourante) a appelé du jugement du 10 février 2011. Elle conclut à ce qu'elle soit autorisée à contracter mariage avec C._____ et à ce que le dossier soit transmis à la Justice de paix du cercle de la Gruyère pour suite légale. Subsidièrement, elle conclut au renvoi de la cause à la Chambre des Tutelles pour nouvelle décision dans le sens de ses considérants. La recourante a requis parallèlement l'octroi de l'assistance judiciaire totale.

C. Par arrêt du 1^{er} avril 2011, la Présidente de la Chambre de céans a admis la requête d'assistance judiciaire de la recourante pour la procédure d'appel.

e n d r o i t

1. a) En vertu de l'art. 405 al. 1 Code de procédure civile suisse du 19 décembre 2008 (RS 272, ci-après : CPC), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, les procédures de recours sont régies par le droit en vigueur au moment de la communication de la décision aux parties. Partant, sous l'angle temporel, le nouveau droit de procédure civile s'applique dans le cas d'espèce.

Le CPC n'est toutefois pas directement applicable aux décisions judiciaires de la juridiction gracieuse rendues en droit de tutelle (*Vock in BaK-ZPO*, Bâle 2010, ad art. 1 n° 6), les cantons conservant la compétence d'organiser la procédure en cette matière,

en vertu du Code civil (Message relatif au code de procédure civile suisse du 28 juin 2006, p. 6874; SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, *Kommentar zur ZPO*, Zurich 2010, ad art. 1 n° 7). Ainsi, notamment, sous réserve des dispositions de procédure que contient le Code civil, les cantons règlent la procédure de recours contre les actes du tuteur (art. 420 CC ; ATF 113 II 232/JdT 1990 I 277). La question de savoir si le recours au juge contre le refus de consentement au mariage par le représentant légal, selon l'art. 94 al. 2 CC, relève lui aussi du droit de tutelle et ainsi, de la procédure cantonale, peut rester ouverte: en effet, même si l'on admet que tel est le cas, l'art. 13 de la loi fribourgeoise d'organisation tutélaire (RSF 212.5.1 ; ci-après : LOT), sous la note marginale « procédure », prévoit expressément que les dispositions du CPC et de la loi fribourgeoise sur la justice (RSF 130.1) sont applicables aux autorités de tutelle pour tout ce qui n'est pas réglé par la LOT ou d'autres lois spéciales.

b) La voie de l'appel est ouverte dans le cas d'espèce, le jugement de la Chambre des Tutelles du 10 février 2011 étant une décision finale de première instance de nature non patrimoniale (art. 308 al. 1 lit. a CPC).

c) Le jugement querellé ayant été notifié le 17 février 2011, l'appel interjeté le 28 février 2011 auprès de la Chambre de céans, qui est compétente pour en connaître (art. 8 LOT), l'a été dans le délai légal de 10 jours prévu à l'art. 314 al. 1 CPC, le 27 février 2011 étant un dimanche (art. 142 al. 3 CPC). Motivé et doté de conclusions, l'appel est recevable en la forme.

d) La cognition de l'autorité d'appel en fait et en droit est pleine et entière (art. 310 CPC ; HOHL : *Procédure civile*, Tome II, 2^{ème} édition, Berne 2010, n° 2416). L'autorité d'appel dispose d'une liberté relativement grande pour la détermination de la procédure dans le cas concret (art. 316 CPC ; cf. aussi SPÜHLER *in* BK-ZPO, op.cit., ad art. 316 n° 1 ; BRUNNER *in* *Kurzkommentar ZPO*, Basel 2010, ad art. 316 n° 1). La Chambre de céans peut notamment ordonner des débats ou statuer sur pièces (art. 316 al. 1 CPC). En l'espèce, aucune nouvelle mesure d'instruction n'apparaissant nécessaire, il sera statué sur la base du dossier.

2. a) L'art. 94 al. 2 CC prévoit que l'interdit ne peut contracter mariage sans le consentement du représentant légal. Il peut recourir au juge contre le refus de ce dernier.

Le représentant légal peut seuls prendre en considération, comme motifs de refus de consentement au mariage, les intérêts économiques du pupille lui-même ou les risques que le mariage envisagé comporte pour sa santé physique, psychique ou morale. Les antécédents judiciaires, l'internement, la paternité hors mariage, le non-paiement d'aliments et autres motifs semblables ne suffisent pas pour justifier le refus de consentement. Ne sont déterminants que des motifs de protection tutélaire, tels une grave mise en danger des intérêts personnels du pupille ou un pronostic défavorable en ce qui concerne l'union conjugale elle-même lorsqu'il faut en outre admettre que le pupille renoncerait à ses projets s'il procédait à une appréciation judicieuse des circonstances. Les motifs que le représentant invoque pour refuser son consentement ne doivent en tout cas pas être incompatibles avec l'art. 14 Cst. fédérale (ATF 106 II 177/JdT 1981 I 290 consid. 2 ; HEUSSLER *in* BSK-ZGB I, 3^{ème} édition 2006, ad art. 94 n° 10 ; A MARCA *in* CR-CC I, Bâle 2010, ad art. 94 n° 28). L'article 94 al. 2 CC tend à protéger les intérêts des futurs époux et non ceux des tiers. Le consentement peut être donné ou refusé uniquement pour un mariage déterminé et non pas de manière générale

(WERRO : concubinage, mariage et démariage, 5^{ème} édition, Berne 2000, n° 259 et références citées).

b) La recourante reproche à la Chambre des Tutelles de n'avoir pas adéquatement apprécié les motifs invoqués par le tuteur général à l'appui de son refus de consentir au mariage et d'avoir ainsi porté une atteinte disproportionnée à son droit au mariage conformément à l'art. 14 Constitution fédérale (RS 101, ci-après : Cst. féd. ; cf. chiffre 1, p. 5 de l'appel).

Elle allègue que le fait qu'elle ne sache pas lire et écrire le français l'empêche effectivement de se prendre en charge pour les questions administratives, mais ne l'empêche nullement d'apprécier les enjeux d'une union avec le père de son enfant. Sa situation se serait améliorée depuis 2007 et son compagnon aurait pris conscience des erreurs qu'il a commises par le passé. La Chambre des Tutelles se serait fondée sur le préavis défavorable du tuteur général ainsi que sur les agissements de C._____ avant sa détention pour rejeter son recours. Le pronostic favorable formulé par la Doctoresse J._____ dans le rapport qui a été établi à la demande de l'autorité de première instance, aurait été ignoré sans motivation (chiffre 3-4, p. 6-7 de l'appel).

La recourante invoque en outre des faits nouveaux qui auraient été portés à sa connaissance postérieurement à la notification de la décision querellée et qui démontreraient clairement que le pronostic défavorable et les risques invoqués par le tuteur général et la Chambre des Tutelles seraient infondés. Le Service de l'Enfance et de la Jeunesse (SEJ) aurait constaté que depuis sa sortie de prison au cours de l'été 2010, C._____ aurait « *vraiment changé* ». Il aurait à l'évidence réfléchi à sa situation personnelle et pris conscience de ses erreurs passées. La recourante invoque aussi que selon les dires de I._____, la tutrice de leur enfant B._____, C._____ « *montre de très bonnes capacités à prendre en charge son fils* ». La tutrice aurait constaté qu'un lien très fort unissait père et fils. Ceci l'aurait amenée à intervenir auprès du Service de la Population et des Migrants du Canton de Fribourg (SPoMi) afin que le père de l'enfant soit autorisé à séjourner durablement en Suisse. Le SEJ envisagerait l'instauration d'une garde partagée entre la mère et le père de l'enfant compte tenu du changement de comportement de C._____ et du fait que l'état de santé de la recourante se serait amélioré, mais que cette dernière présenterait toujours une certaine fragilité inhérente au caractère chronique et imprévisible des troubles de la personnalité dont elle souffre (chiffre 5, p. 7 de l'appel).

Le refus de consentir à l'union de la recourante avec le père de son fils B._____ serait manifestement injustifié et porterait une atteinte disproportionnée à son droit de mariage. De plus, la recourante invoque l'abrogation de l'art. 94 al. 2 CC, décidée par le Parlement fédéral dans le cadre de la révision du droit de la tutelle, qui entrera en vigueur au 1^{er} janvier 2013. Selon le nouveau droit, le consentement du représentant légal ne sera plus exigé pour le mariage des personnes interdites capables de discernement (chiffre 6, p. 8 de l'appel).

c) Dans son jugement du 10 février 2011, la Chambre des Tutelles estime qu'il est évident, au vu du dossier, notamment les observations du Service des tutelles ainsi que les déclarations de la recourante, que le mariage envisagé comporte des risques pour la santé physique, psychique et morale de celle-ci. Elle serait encore très fragile actuellement, au vu des antécédents de violence qui ont émaillé le couple pendant qu'il faisait vie commune et du comportement de C._____ à son encontre (chiffre 4, p. 5-

6 et p. 8 du jugement querellé): à cet égard, la Chambre des tutelles relève que la vie commune, qui a duré de 2006 ou 2007 à mi-2009, a été régulièrement ponctuée de multiples procédures pénales contre C._____, notamment pour violences domestiques consistant à injurier et frapper sa concubine de façon répétitive, qu'il a dû être expulsé pour une durée de dix jours du domicile par décision de la police du 13 juin 2009, avant que le SPoMi n'ordonne son renvoi en Tunisie en raison de son comportement envers sa concubine, puis sa mise en détention afin d'assurer son renvoi. Selon les premiers juges, il est fortement à craindre que si ce mariage avait lieu, l'état psychologique de la recourante ne se péjore et que de nouveaux troubles viennent perturber son existence. Il serait dommage que tous les efforts accomplis par la recourante pour s'en sortir et pour récupérer la garde de son fils B._____ soient mis à néant par une reprise de la vie commune avec C._____ (chiffre 4, p. 8 du jugement querellé). Elle retient en outre qu'un pronostic défavorable peut être posé en ce qui concerne l'union conjugale elle-même. La Chambre des Tutelles estime qu'un tel risque ne peut pas être pris à l'heure actuelle. De plus, elle rappelle que C._____ se trouve en détention administrative en vue de son renvoi et que, s'il se marie, sa situation devra être revue par le SPoMi, ce qui impose, selon les premiers juges, une attitude prudente dans l'appréciation des changements récents du comportement de C._____ (chiffre 4, p. 7-8 du jugement querellé).

d) La question déterminante est de savoir si la Chambre des Tutelles a retenu à juste titre que le refus du tuteur général de consentir au mariage de la recourante et de C._____ ne viole pas la loi, notamment l'art. 94 al. 2 CC ainsi que le droit au mariage garanti par l'art. 14 Cst. féd.

aa) Les motifs que le tuteur général invoque, et qui sont rappelés par la Chambre des Tutelles (chiffre 4, p. 4-5 et 6-7 du jugement querellé), sont en relation avec ses devoirs tutélaires. Il motive son refus de consentir au mariage notamment sur « *l'expérience commune de la vie de couple qui a entraîné chez la recourante une grave mise en danger de ses intérêts personnels, notamment sa santé physique et psychique, ainsi que des intérêts de l'enfant du couple, B._____, menacé à plusieurs reprises d'être enlevé par son père.* » (DO 20 ; cf. aussi chiffre 4, p. 4 du jugement querellé).

Les motifs invoqués par le tuteur général relèvent en effet de la protection tutélaire. Le devoir du tuteur est précisément d'apprécier si le mariage envisagé est de nature à nuire aux intérêts personnels de sa pupille, notamment sa santé physique ou psychique. Pendant la vie maritale, notamment à partir de son retour illégal en Suisse auprès de la recourante, qui a eu lieu fin 2008 d'après ses dires (cf. pièce 4 bordereau du Service des tutelles du 30 juin 2010), C._____ a commis à plusieurs reprises des actes de violence conjugale, jusqu'à être expulsé du domicile de la recourante par décision du 13 juin 2009 (cf. pièce 13 bordereau du Service des tutelles du 30 juin 2010).

Au vu des antécédents dans la vie commune (cf. pour un résumé : chiffre 4, p. 5-6 du jugement querellé et bordereau du Service des tutelles du 30 juin 2010, P. 11, 12, 16 et 3), des observations du Service des tutelles (notamment en ce qui concerne les antécédents de la vie de couple, la prétendue prise de conscience de C._____, l'état de santé de la recourante et les motifs de police des étrangers, cf. DO 18-24) ainsi que de la menace de C._____ d'enlever leur enfant, B._____ (pièce 3, bordereau du Service des tutelles du 30 juin 2010), c'est à juste titre que la Chambre des Tutelles a estimé que le mariage envisagé comporte des risques pour la santé physique, psychique et morale de la recourante. Ce risque semble d'autant plus élevé, en ce qui concerne sa

santé, qu'il résulte des pièces du dossier que lorsqu'elle était victime de violences, A._____ n'osait pas s'en plaindre et ne devait l'intervention de la police pour la protéger qu'aux voisins alertés par le bruit (cf. bordereau du Service des tutelles du 30 juin 2010, p. 11, 12 et 16)

La recourante invoque certes un changement de comportement de C._____, qui aurait pris conscience des erreurs qu'il a commises par le passé. Elle estime que son comportement violent et insultant ainsi que les tensions qui existaient entre eux relèvent du passé. Ces déclarations ne semblent pas sans fondement, dès lors que selon le récent rapport de la tutrice de l'enfant B._____ du SEJ du 25 février 2011 (pièce 2, bordereau de la recourante), le séjour en prison a permis à C._____ de réfléchir à sa situation (cf. *infra* cc concernant ledit rapport). Toutefois, même s'il est à espérer que C._____ désire effectivement changer son comportement envers la recourante, force est de constater que les violences conjugales et les insultes se sont produites à plusieurs reprises pendant qu'ils vivaient ensemble, et particulièrement peu après que C._____, qui séjournait jusqu'alors clandestinement en Suisse, ait obtenu en février 2009 une autorisation de séjour qui lui a précisément été accordée au vu de sa situation personnelle (reconnaissance d'un enfant et intentions matrimoniales, cf. bordereau du Service des tutelles du 30 juin 2010, P. 3); de plus, avisé ensuite par le SPoMi de son renvoi de Suisse, il s'est déterminé en annonçant son intention de rentrer seul dans son pays en enlevant l'enfant à sa mère, la dénigrant au passage en relevant qu'elle n'a pas pu avoir la garde de ses deux premiers enfants et qu'elle est illettrée (*ibidem*). Dans ces conditions, on doit en effet apprécier avec grande prudence les meilleurs sentiments que C._____ semble manifester aujourd'hui. Les déclarations de la recourante ne sont ainsi pas aptes à écarter un doute important quant au fait que le mariage envisagé puisse nuire à ses intérêts personnels, notamment à sa santé physique et psychique, alors que les antécédents prédisent le contraire.

De plus, le grief de la recourante selon lequel la Chambre des Tutelles a ignoré le rapport médical de la Dresse J._____ (DO 35-36), est mal fondé. L'arrêt querellé reprend ledit rapport, notamment dans le passage suivant : « *Selon la Dresse, d'un point de vue médical, le projet d'un futur mariage est tout à fait possible. Néanmoins, il ne faut pas oublier le caractère chronique et imprévisible du trouble de la personnalité dont souffre A._____.* » (chiffre 3, p. 3). La décision de la Chambre des Tutelles n'est en outre pas en contradiction avec le rapport, le tuteur général refusant le consentement non pour tout mariage, mais pour le mariage envisagé avec C._____, sur la base de motifs de protection tutélaire et non en raison d'une incapacité de discernement de la recourante.

Au vu de ce qui précède, force est de constater que le tuteur général refuse son consentement au mariage de la recourante et C._____ pour des motifs de protection tutélaire qui ne prêtent pas le flanc à la critique. En effet, il existe des indices importants que les intérêts personnels de la recourante puissent être à nouveau mis en danger en cas de mariage avec C._____.

bb) Comme retenu par la Chambre des Tutelles (chiffre 4, p. 7-8 du jugement querellé), la situation actuelle de C._____, qui se trouve en détention administrative en vue de son renvoi et le fait qu'en cas de mariage, sa situation devra être revue par le SPoMi, ne doivent pas être perdus de vue dans l'appréciation du cas d'espèce, particulièrement dans la prise en compte des améliorations, aussi soudaines que réjouissantes, que le SEJ a pu constater (cf. *infra* aa et *supra* cc). Le nouvel art. 98 al. 4 CC, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, prévoit certes que les fiancés qui ne sont pas

citoyens suisses doivent établir la légalité de leur séjour en Suisse au cours de la procédure préparatoire du mariage. Cependant d'une part, cette disposition n'empêcherait en l'espèce un mariage qu'en Suisse ; d'autre part, des motifs liés à la police des étrangers ne sauraient être seuls déterminants pour le refus de consentement. La question principale est de savoir si le mariage envisagé pouvait nuire aux intérêts personnels de la recourante. Au vu de ce qui a été développé plus haut (cf. *supra* aa), le refus du tuteur général de consentir au mariage de la recourante sur la base de motifs de protection tutélaire ne prête pas le flanc à la critique. Partant, même si c'est à juste titre que la Chambre des Tutelles a retenu des indices permettant de penser que le souhait de C._____ d'épouser la recourante ainsi que son changement de comportement sont liés à la police des étrangers, cet aspect n'est pas déterminant dans le cas d'espèce. En revanche, il ne fait que renforcer le bien-fondé de la décision de la première instance de confirmer le refus de consentement.

cc) La recourante invoque également des faits nouveaux, notamment le courriel de la tutrice de B._____, I._____, du 25 février 2011 (pièce 2, bordereau de la recourante), dans lequel cette dernière se prononce en faveur de la prolongation du séjour de C._____ en Suisse pour le bien de l'enfant. Elle y écrit entre autre : « *Monsieur C._____ montre de très bonnes capacités à prendre en charge son fils et nous constatons un lien très fort entre les deux. Son séjour en prison lui a permis de réfléchir à sa situation et nous rencontrons un père qui a vraiment changé et qui se montre très soucieux par rapport à son enfant. Il pourrait tout à fait s'en occuper seul et obtenir une garde partagée avec la mère.* »

L'objet de la présente procédure est de savoir si le représentant légal a à tort refusé son consentement au mariage de la recourante et de C._____. Le bien de l'enfant étant certes important, il ne peut en revanche pas être décisif pour approuver un mariage alors que c'est à juste titre que le tuteur général a refusé son consentement pour des motifs de protection tutélaire en relation directe avec la vie conjugale. Les déclarations de la tutrice de B._____ concernent uniquement la relation entre l'enfant et son père, mais pas entre ce dernier et la recourante; les changements positifs relevés ont en outre déjà été examinés ci-dessus, sans qu'il y ait lieu d'y revenir. Partant, les faits invoqués par la recourante ne changent rien au bien-fondé de la décision de la Chambre des Tutelles, confirmé par la Chambre de céans.

dd) La recourante fait en outre valoir les modifications dans le cadre de la révision du droit de la tutelle, dont l'entrée en vigueur est fixée au 1^{er} janvier 2013 (cf. *supra* 3b). Cependant, d'une part, cette abrogation n'entrera en vigueur que début 2013. D'autre part, le Message relatif à la révision du CC (FF 2006, 6635 ss), expose les raisons qui ont poussé le législateur à son abrogation : « *Dans la pratique, le consentement n'est que très rarement refusé. C'est pourquoi le présent projet renonce à cette disposition.* » (FF 2009, 6730). Ce ne sont donc pas des motifs d'ordre matériel, mais des considérations pratiques, qui sont à l'origine du futur droit.

4. a) Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que la Chambre des Tutelles a rejeté le recours contre le refus du tuteur général de consentir au mariage de A._____ et de C._____. Les motifs de protection tutélaire invoqués par le tuteur général sont conformes à la loi et ne violent pas le droit au mariage de la recourante. Partant, l'appel est rejeté.

b) Vu le sort de l'appel, les frais judiciaires de la procédure d'appel, dont un émolument de 600 francs et les débours effectifs par 60 francs, sont mis à la charge de la recourante, sous réserve de l'assistance judiciaire octroyée.

l a C h a m b r e a r r ê t e :

I. L'appel est **rejeté**.

Partant, le jugement de la Chambre des Tutelles de la Gruyère du 10 février 2011 est confirmé.

II. Les frais judiciaires de la procédure d'appel, fixés à 660 francs (émolument : 600 francs ; débours : 60 francs), sont mis à la charge de A._____, sous réserve de l'assistance judiciaire octroyée.

Cet arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent sa notification. La qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF). L'acte de recours motivé doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

Fribourg, le 19 mai 2011/pal

Le Greffier :

La Présidente :

Communication.