

TU 2004-2

CHAMBRE DES TUTELLES

28 mai 2004

La Chambre, vu le recours interjeté le 13 avril 2004 par

X, recourant,
représenté par Me _____,

contre l'arrêt rendu 26 mars 2004 par la Chambre des tutelles _____ dans la cause qui l'oppose
à

Y, intimée,
représentée par Me Z;

vu les pièces du dossier d'où ressortent les faits suivants :

A. X, né le 3 mars 1969, et Y, née le 20 mai 1970, se sont mariés le 11 septembre 1992. Trois enfants sont issus de cette union : G., né le 18 mars 1993, A., né le 6 mai 1996 et M., née le 10 juillet 1997.

Par jugement rendu le 5 décembre 2000, le président du tribunal civil d'arrondissement a dissous le mariage par le divorce. L'autorité parentale et la garde des enfants ont été attribuées au père.

B. Le 30 juillet 2003, Y a dénoncé son ex-mari pour actes d'ordre sexuel sur ses trois enfants. Le 31 juillet 2003, le Service de l'enfance et de la jeunesse (ci-après : SEJ) a requis de la justice de paix des mesures protectrices urgentes pour les enfants, en particulier le retrait provisoire du droit de garde du père et l'instauration d'une curatelle de représentation au sens de l'art. 392 CC en faveur des enfants, ce durant la procédure pénale.

Le 5 août 2003, la justice de paix a décidé de maintenir la garde du père sur ses enfants. Le 21 août 2003, elle a décidé d'instituer une curatelle éducative au sens de l'art. 308 CC en faveur des enfants, une collaboratrice du SEJ étant chargée de ce mandat. X a conservé le droit de garde sur ses enfants.

Le 8 septembre 2003, Y a recouru contre cette décision auprès de la chambre des tutelles d'arrondissement. Par arrêt du 22 septembre 2003, la chambre des tutelles a admis le recours. Elle a ainsi notamment retiré le droit de garde du père sur ses trois enfants jusqu'à droit connu sur l'enquête pénale, a confié, avec effet immédiat, les enfants à leur mère pour leur garde et leur entretien et a invité la justice de paix à instituer une curatelle de représentation à l'égard des trois enfants, en sus de la curatelle éducative.

Le 9 octobre 2003, X a recouru contre l'arrêt du 22 septembre 2003. La Chambre des tutelles de céans a rejeté le recours par arrêt du 25 mars 2004.

C. Le 1^{er} octobre 2003, agissant pour le compte de son maître de stage, Me Z, une avocate stagiaire a sollicité de la justice de paix l'autorisation de représenter les enfants dans la procédure pénale. Le 2 octobre 2003, la justice de paix a accordé à la requérante l'autorisation de plaider, pour le compte de Me Z. X a interjeté recours contre cette décision le 20 octobre 2003, concluant à son annulation. Il invoquait une incompatibilité entre le mandat de représentation de la mère, attribué à Me Z, et le mandat de représentation des enfants, attribué à la stagiaire de celui-ci, dès lors que les intérêts des enfants et de la mère étaient en opposition.

D. Le 27 octobre 2003, le Président de la Chambre pénale du Tribunal cantonal a accordé le bénéfice de l'assistance judiciaire pour la procédure pénale à Y et à ses trois enfants, en tant que lésés indigents, et leur a désigné Me Z en qualité de défenseur d'office.

E. Le 2 octobre 2003, ensuite de l'arrêt de la chambre des tutelles d'arrondissement du 22 septembre 2003, la justice de paix a désigné D, tutrice générale, en qualité de curatrice de représentation des enfants. Cette dernière ayant demandé à être libérée de son mandat, la collaboratrice du SEJ a été désignée, par décision du 20 novembre 2003, en tant que curatrice des enfants au sens des art. 308 et 392 CC.

Le 15 décembre 2003, X a interjeté recours contre cette décision.

F. Par jugement du 26 mars 2004, la chambre des tutelles d'arrondissement a déclaré sans objet le recours interjeté par X le 20 octobre 2003 contre la décision de la justice de paix du 2 octobre 2003. Elle a admis le recours interjeté le 15 décembre 2003 contre la décision de la justice de paix du 20 novembre 2003 et invité celle-ci à désigner un curateur qui ne sera chargé que de la représentation des enfants, au sens de l'art. 392 CC; elle a considéré qu'il y avait conflit d'intérêts entre la mère et les enfants dans la procédure pénale dirigée contre le recourant.

G. Le 13 avril 2004, X a interjeté recours contre le jugement de la chambre des tutelles d'arrondissement du 26 mars 2004. Il conclut à sa modification en ce sens que le recours qu'il a interjeté contre la décision de la justice de paix du 2 octobre 2003 est admis et, partant, que la décision de la justice de paix du 2 octobre 2003, qui autorisait la stagiaire de Me Z à plaider dans le cadre de l'enquête pénale, est annulée.

c o n s i d é r a n t

2. Le recourant reproche aux premiers juges d'avoir considéré que son recours du 20 octobre 2003 était devenu sans objet à la suite de la décision du Président de la Chambre pénale du 27 octobre 2003, postérieure à la décision attaquée de la justice de paix du 2 octobre 2003 et accordant l'assistance judiciaire à Y et à ses trois enfants et leur désignant Me Z en qualité de défenseur d'office. Il invoque une incompatibilité entre le mandat de représentation de la mère, attribué à Me Z, et le mandat de représentation des enfants, attribué à la stagiaire et, partant, subordonnée de celui-ci, du fait du conflit entre les intérêts des enfants et ceux de la mère. Le recourant relève encore que Me Z, même s'il a été désigné en qualité de défenseur d'office, doit demander une autorisation personnelle de plaider, conformément à l'art. 421 ch. 8 CC, comme l'a fait sa stagiaire.

a) S'il l'estime nécessaire, le curateur recourt aux services d'un avocat. Il conclut alors un contrat de mandat qui n'est pas soumis au consentement de l'autorité tutélaire ou de l'autorité de surveillance, selon les art. 421/422 CC, applicables par renvoi de l'art. 367 al. 3 CC. Si la justice de paix doit autoriser le curateur à plaider (art. 421 ch. 8 CC), elle n'a pas à le faire pour l'avocat mandaté par le curateur. Par contre, dès lors que le coût de l'intervention de l'avocat peut être élevé, il est justifié que la justice de paix soit invitée par le curateur à approuver le mandat d'avocat, en vertu de son pouvoir d'instructions (art. 418 CC; DESCHENAUX/STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4^e éd., Berne 2001, n. 1135; Y. BIDERBOST *in* Basler Kommentar 2002, n. 11 ad art. 418 CC).

En l'occurrence, la justice de paix a fait plus qu'approuver le mandat confié par le curateur à l'avocat puisqu'elle a autorisé ce dernier à plaider. Cette autorisation, requise pour Me Z par sa stagiaire, a été délivrée à l'avocat ("autoriser à plaider ... [la stagiaire] ... pour Me Z").

b) La question litigieuse est celle de la compatibilité de la défense, par Me Z, dans la procédure pénale dirigée contre le recourant, des intérêts tant de la mère que des enfants.

aa) Aux termes de l'art. 12 de la loi sur la libre circulation des avocats (LLCA, RS 935.61), l'avocat exerce sa profession avec soin et diligence (let. a), en toute indépendance, en son nom personnel et sous sa responsabilité (let. b); il évite tout conflit entre les intérêts de son client et ceux des personnes avec lesquelles il est en relation sur le plan professionnel ou privé (let. c). L'indépendance est un principe essentiel de la profession d'avocat (ATF 123 I 193 consid. 4a et b p. 195-198; Tribunal fédéral, arrêt 2P.187/2000 du 8 janvier 2001, consid. 4a). Elle doit être garantie tant à l'égard du juge et des parties, que du client (arrêt 2P.187/2000,

précité, consid. 4c). Celui qui s'adresse à un avocat doit escompter que celui-ci est libre de tout lien, de quelque nature que ce soit et à l'égard de qui que ce soit, qui pourrait restreindre sa capacité de défendre les intérêts de son client, dans l'accomplissement du mandat que ce dernier lui a confié. En particulier, l'avocat ne doit pas se trouver dans la dépendance économique de son client (ATF 123 I 193 consid. 4b p. 197/198), par exemple s'il en est le débiteur ou le créancier. En effet, dans l'un ou l'autre cas, l'avocat risque de perdre sa position d'interlocuteur critique de son client, qui lui est indispensable pour se garder de procédés inutiles, dommageables ou sans objet. L'interdiction de plaider en cas de conflit d'intérêts est une règle tout aussi cardinale, qui découle de l'obligation d'indépendance rappelée à l'art. 12 let. b LLCA (V. AMBERG, *Das Bundesgesetz über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte*, *Revue de l'avocat*, 3/2002 p. 11), ainsi que de l'obligation de fidélité et du devoir de diligence de l'avocat (F. WERRO, *Les conflits d'intérêts de l'avocat in Droit suisse des avocats*, Berne 1998, p. 231 ss, 232; Tribunal fédéral, arrêt 2A.293/2003 du 9 mars 2004, consid. 2). Un risque même théorique de conflit d'intérêts au sens de l'art. 12 let. c LLCA suffit pour interdire à l'avocat d'accepter le mandat (arrêt 2A. 293/2003, précité, consid. 4b; N. STUDER, *Neue Entwicklungen im Anwaltsrecht in RSJ* 2004 p. 229, 236).

bb) En l'occurrence, il y a conflit d'intérêts entre la mère et le curateur des enfants et risque d'instructions divergentes de leur part pour les motifs qui ont justifié la nomination du curateur, puis la nomination d'un curateur qui ne soit pas la même personne que celui de la curatelle éducative (art. 308 CC; arrêt de la chambre des tutelles d'arrondissement du 26 mars 2004, consid. VI, p. 4). Il s'ensuit que le même avocat, soit l'avocat Z, ne peut pas défendre les intérêts de la mère et ceux des enfants. Le recours doit dès lors être admis et le chiffre 3 de la décision de la justice de paix du 2 octobre 2003 annulé.

Lorsque, le 27 octobre 2003, après avoir constaté l'indigence de Y et de ses trois enfants, le Président de la Chambre pénale a désigné à ceux-ci Me Z en qualité de défenseur d'office, il ne s'est pas demandé si cet avocat était habile à exercer le double mandat de défendre les intérêts de la mère et de ses enfants. Dès lors, à la suite du présent arrêt, ce magistrat devra relever l'avocat Z de sa défense d'office des enfants.

3. La loi sur l'organisation tutélaire (LOT) ne dit rien sur la charge des frais de procédure, contrairement à la loi d'application du code civil (cf. l'art. 116 LACC; SCHNYDER/MURER *in Berner Kommentar*, Berne 1984, n. 185 ad art. 373 CC), à la loi sur la privation de liberté aux fins d'assistance (cf. l'art. 5), à la loi sur l'assistance judiciaire (cf. l'art. 7) et au code de procédure et de juridiction administrative (cf. les art. 130, 131, 134). La loi d'organisation tutélaire ne prévoit pas non plus la possibilité d'allouer des dépens à une partie pour ses frais d'avocat ou de vacation. La jurisprudence et la doctrine réservent les cas où la partie qui succombe a agi de manière malicieuse, téméraire ou gravement fautive (Tribunal cantonal *in Extraits* 1958 p. 73 et 1982 p. 57, dont les motifs peuvent être transposés en l'espèce; *Extraits* 1990 p. 83; EGGER *in Zürcher Kommentar*, n. 57 ad art. 420 CC, en référence à des dispositions légales ou décisions cantonales), ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Ainsi, la loi de procédure civile genevoise prévoit expressément la gratuité de la procédure tutélaire et ne prévoit donc pas la perception de frais de justice ni l'allocation de dépens (art. 374 al. 1; cf. BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, *Commentaire de la loi de procédure civile genevoise*, Genève 2000, n. 1 ad art. 374). En conséquence, il ne sera pas perçu de frais judiciaires ni alloué de dépens.

a r r ê t e :

I. Le recours est admis. Partant, le chiffre 1 de l'arrêt de la Chambre des tutelles____ du 26 mars 2004 est modifié. Il a désormais la teneur suivante :

"1. Le recours interjeté par X contre la décision de la Justice de paix_____ du 2 octobre 2003 est admis. Partant, le chiffre 3 de cette décision est annulé."

II. Il n'est pas perçu de frais ni alloué de dépens.

Fribourg, le 28 mai 2004