



POUVOIR JUDICIAIRE

C/5375/2009-CS

DAS/118/2018

DECISION

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre de surveillance

DU VENDREDI 8 JUIN 2018

Recours (C/5375/2009-CS) formé en date du 9 février 2018 par A_____, domiciliée _____, comparant par Me Sandy Zaech, avocate, en l'Etude de laquelle elle élit domicile.

* * * * *

Décision communiquée par plis recommandés du greffier
du **13 juin 2018** à :

- **Madame A**_____
c/o Me Sandy Zaech, avocate
19, bd Georges-Favon, case postale 5121, 1211 Genève 11
 - **Monsieur B**_____
_____.
 - **Monsieur D**_____
_____.
 - **Madame E**_____
SERVICE DE PROTECTION DES MINEURS
Case postale 75, 1211 Genève 8.
 - **TRIBUNAL DE PROTECTION DE L'ADULTE
ET DE L'ENFANT.**
-

EN FAIT

A. a. Le _____ 2008, A_____ (désormais _____), née le _____ 1970, divorcée, de nationalité _____, a donné naissance à Genève à un garçon prénommé F_____.

Le _____ 2010, A_____ a donné naissance à une fille, prénommée G_____.

Les deux enfants ont été reconnus auprès de l'état civil par B_____, né le _____ 1977, de nationalité _____.

b. La situation entre les parents, qui se sont séparés à une date indéterminée, est devenue conflictuelle.

Par courrier du 14 avril 2011, B_____ s'est adressé au Tribunal tutélaire (désormais le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant, ci-après : le Tribunal de protection) afin de solliciter la fixation de relations personnelles entre lui-même et ses enfants, qu'il ne pouvait plus voir seul.

Par ordonnance du 7 décembre 2011, le Tribunal tutélaire a accordé à B_____, sur mesures provisoires, un droit de visite sur les enfants F_____ et G_____ à raison de 2 heures par semaine dans un Point rencontre et a instauré une curatelle d'organisation et de surveillance du droit de visite. Il apparaissait que la situation entre les deux parents était extrêmement tendue.

Une expertise familiale a été ordonnée.

c. Le droit de visite de B_____ sur ses enfants a connu successivement diverses modifications, sur lesquelles il n'y a pas lieu de revenir.

d. Le 30 avril 2013, le Centre universitaire romand de médecine légale a rendu son rapport d'expertise. Il en ressort, en substance, que A_____ présente un fonctionnement prépsychotique et des troubles mixtes de la personnalité, le tout dans un contexte d'une efficacité intellectuelle déficitaire, le QI total s'élevant à 75. B_____ présentait pour sa part un trouble de la personnalité émotionnellement labile, "type état-limite". Les experts avaient été frappés par sa confusion et ses faibles capacités de synthèse. Ils avaient identifié une composante voyeuriste et exhibitionniste, mais n'avaient pas fait état de déviations sexuelles pathologiques ou dangereuses. Les experts préconisaient des visites en milieu surveillé à raison d'une fois par semaine ou tous les quinze jours pendant un an, une nouvelle évaluation de la situation devant être faite après ce délai.

e. Par ordonnance du 4 septembre 2013, le Tribunal de protection, statuant sur le fond, a accordé un droit de visite à B_____ devant s'exercer à raison de deux

heures par semaine au sein d'un Point rencontre, a notamment maintenu la curatelle d'organisation et de surveillance des relations personnelles et ordonné la mise en place d'un suivi de guidance parentale, ainsi qu'une curatelle d'assistance éducative. Le Tribunal de protection a enfin ordonné une expertise de B_____ relative à l'existence d'éventuelles déviations sexuelles en lien avec sa relation avec ses enfants.

f. Le Département de santé mentale et de psychiatrie des HUG a rendu son rapport le 12 décembre 2014. Les experts ont confirmé, pour B_____, le diagnostic de trouble de la personnalité émotionnellement labile, type borderline, mais n'ont pas relevé d'éléments en faveur d'une déviation sexuelle, ni de paraphilie. Le trouble dont souffrait l'expertisé pouvait toutefois rendre difficile l'exercice d'une autorité paternelle structurante, mais ne créait pas de danger pour l'intégrité physique, psychique et le développement de ses enfants. Il apparaissait important, selon les experts, de maintenir l'exercice du droit de visite en milieu protégé, afin d'évaluer la capacité de l'expertisé à répondre aux besoins de ses enfants.

g. Par requête du 17 février 2015, B_____ a sollicité l'autorité parentale conjointe sur ses deux enfants et l'octroi d'un droit de visite d'une journée par semaine; il souhaitait également pouvoir les emmener en France voisine, au domicile de leur grand-mère paternelle.

A_____ s'est opposée à cette requête.

h. Par décision du 22 mai 2015, le Tribunal de protection a suspendu, sur mesures superprovisionnelles et avec effet immédiat, le droit de visite de B_____. Cette décision faisait suite à un événement survenu le 16 mai 2015: F_____ avait fait état du comportement prétendument exhibitionniste de son père dans les toilettes du Point rencontre réservées aux enfants. La mineure G_____ avait pour sa part raconté à sa mère que son père lui avait mis la main entre les jambes et l'avait frottée. Les deux enfants exprimaient un sentiment de peur et de colère.

i. Par décision du 30 juin 2015, le Tribunal de protection a désigné D_____, avocat, en qualité de curateur d'office des deux mineurs, son mandat étant limité à leur représentation dans la procédure civile pendante devant le Tribunal de protection.

j. Le 30 juillet 2015, le Tribunal de protection, statuant sur mesures provisionnelles, a ordonné la reprise progressive des relations personnelles entre B_____ et ses enfants, au sein du Point rencontre. Cette ordonnance faisait suite à une décision de non-entrée en matière du Ministère public, aux motifs que le dossier ne laissait apparaître aucun élément objectif permettant d'établir que B_____ se serait livré aux actes qui lui étaient imputés par son fils,

décision confirmée par la Chambre des recours de la Cour de justice. Par la suite, le Ministère public a refusé, sur requête de la mère des enfants, de reprendre la procédure pénale, cette décision ayant également été confirmée par la Chambre des recours.

L'ordonnance du Tribunal de protection du 30 juillet 2015 a été, pour l'essentiel, annulée par décision de la Chambre de surveillance du 20 janvier 2016 et la cause renvoyée au premier juge pour complément d'instruction et nouvelle décision. Il convenait de s'assurer, avant d'ordonner la reprise des relations personnelles entre B_____ et ses enfants, que le droit de visite était effectivement dans l'intérêt des mineurs, lesquels manifestaient une franche opposition à l'idée de revoir leur père.

Par ordonnance du 28 juillet 2016, le Tribunal de protection a réservé à B_____ un droit aux relations personnelles au sein du Point rencontre, les enfants devant être préalablement préparés à la reprise du droit de visite de leur père par leur thérapeute.

La Chambre de surveillance a annulé, pour l'essentiel, cette ordonnance et a renvoyé la cause au Tribunal de protection pour complément d'instruction et nouvelle décision. Selon la Chambre de surveillance, après le premier renvoi de la cause devant le Tribunal de protection, ce dernier s'était contenté d'entendre l'un des thérapeutes des enfants et avait donné aux divers intervenants l'occasion de s'exprimer, puis avait rendu son ordonnance du 28 juillet 2016. Il n'avait en revanche pas tenté de déterminer si l'exercice d'un droit de visite était conforme à l'intérêt des enfants, s'il ne risquait pas de créer ou de raviver un traumatisme et si les enfants pouvaient, le cas échéant, être influencés ou manipulés par leur mère.

Après le renvoi de la cause, le Tribunal de protection a ordonné une expertise familiale. La Chambre de surveillance a rejeté le recours formé par A_____ contre cette ordonnance par décision du 26 octobre 2017, confirmée par arrêt du Tribunal fédéral du 6 mars 2018.

k. Par arrêt du 24 novembre 2017, la Cour de droit pénal du Tribunal fédéral a annulé les arrêts rendus par la Chambre pénale de recours les 1^{er} septembre 2016 et 15 juin 2017 et a renvoyé la cause à l'autorité cantonale, pour qu'elle ordonne au Ministère public d'ouvrir une instruction à l'encontre de B_____.

l. Par ordonnance DTAE/80/2018 du 8 janvier 2018, le Tribunal de protection a désigné D_____, avocat, en qualité de curateur des mineurs F_____ et G_____, son mandat étant limité à leur représentation dans la procédure pénale dirigée contre B_____, pendante devant le Ministère public; cette décision a été déclarée exécutoire nonobstant recours. Le Tribunal de protection faisait ainsi suite à une requête de ce même Ministère public.

B. a. Le 9 février 2018, A_____ a formé recours contre cette ordonnance, reçue le 10 janvier 2018, dont elle a conclu à l'annulation. Elle a conclu à être autorisée à représenter seule ses enfants dans le cadre de la procédure pénale et subsidiairement, à ce que le nom d'un nouveau curateur de représentation lui soit soumis, pour observations, puis à ce qu'un nouveau curateur soit nommé. Préalablement, la recourante a sollicité la restitution de l'effet suspensif, cette requête ayant été rejetée par décision de la Chambre de surveillance du 1^{er} mars 2018.

A l'appui de son recours, la recourante a exposé avoir tout mis en œuvre pour défendre l'intérêt de ses enfants, en recourant avec succès, à deux reprises, jusqu'au Tribunal fédéral, afin d'obtenir la réouverture de la procédure pénale contre B_____. Or, à aucun moment D_____, pourtant désigné curateur d'office des enfants sur le plan civil, n'avait cru bon de soutenir ses démarches. Il n'avait d'ailleurs pas revu les mineurs depuis le 6 octobre 2015, en dépit des différentes procédures pendantes. Il n'avait pas davantage repris contact avec la recourante et son conseil, ni avec les enfants ou leur thérapeute, après la notification de l'arrêt du Tribunal fédéral. Elle a également allégué que F_____ et G_____ ne se sentaient pas à l'aise en présence du curateur. La recourante a en outre soutenu qu'il n'existait aucun conflit d'intérêts entre elle-même et ses enfants, dont elle défendait les intérêts depuis près de trois ans devant les juridictions pénales. Ni elle-même ni ses enfants n'avaient par ailleurs été consultés avant la nomination de D_____, de sorte que leur droit d'être entendu avait été violé.

b. Le Tribunal de protection n'a pas souhaité revoir la décision attaquée.

c. Dans ses observations, D_____ a conclu au rejet du recours. Il a relevé que jusqu'au prononcé de l'arrêt de la Cour pénale du Tribunal fédéral, il n'était mandaté que dans le cadre de la procédure civile, de sorte qu'il ne pouvait sortir du cadre dudit mandat pour intervenir sur le plan pénal. Par ailleurs, les deux enfants étaient représentés par leur mère dans le cadre de la procédure pénale, elle-même étant assistée d'avocats expérimentés. Il a confirmé n'avoir plus revu les deux enfants depuis le 6 octobre 2015, ceux-ci lui ayant toujours déclaré, de manière constante, qu'ils ne souhaitaient plus voir leur père. Il avait par contre eu des contacts avec le Service de protection des mineurs et avec l'un des thérapeutes des mineurs. En revanche, il n'avait pas jugé nécessaire, compte tenu du fait que la procédure civile avait porté sur des aspects d'ordre juridique et technique, de rencontrer à nouveau les mineurs avant sa nomination au pénal. Dès réception de l'ordonnance du Tribunal de protection qui le nommait curateur sur le plan pénal, il s'était constitué auprès du Ministère public, avait sollicité une copie du dossier et avait rencontré F_____ et G_____ le 14 mars 2018; la rencontre s'était bien passée. Il ne pouvait par ailleurs lui être reproché de ne pas être entré en contact avec la mère des deux mineurs, puisqu'il lui appartenait de

défendre les intérêts de ceux-ci et de garder, par conséquent, la juste distance pour préserver son indépendance. Pour le surplus, le curateur a relevé que l'intérêt de la mère n'était pas forcément conforme à celui des deux mineurs, de sorte que la curatelle de représentation s'imposait sur le plan pénal.

d. A _____ a répliqué, sans apporter d'éléments nouveaux à la procédure.

e. La cause a été mise en délibération à réception de cette réplique.

EN DROIT

1. **1.1.** Les dispositions de la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte sont applicables par analogie pour les mesures de protection de l'enfant (art. 314 al. 1 CC).

Les décisions de l'autorité de protection peuvent faire l'objet d'un recours auprès de la Chambre de surveillance de la Cour de justice (art. 450 al. 1 CC et 53 al. 1 LaCC).

Interjeté par la mère des mineurs concernés par la mesure, dans le délai utile de trente jours et suivant la forme prescrite, le recours est recevable (art. 450 al. 2 et 3 et 450b CC).

1.2. Compte tenu de la matière, soumise aux maximes inquisitoire et d'office illimitée, la cognition de la Chambre de surveillance est complète. Elle n'est pas liée par les conclusions des parties (art. 446 CC).

2. La recourante a invoqué la violation de son droit et de celui de ses enfants d'être entendus, dans la mesure où ils n'avaient pas été consultés avant le prononcé de l'ordonnance litigieuse.

2.1 Garanti aux art. 29 al. 2 Cst et 53 CPC, le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de s'expliquer avant qu'une décision ne soit prise à son détriment, de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur la décision, d'avoir accès au dossier, de participer à l'administration des preuves, d'en prendre connaissance et de se déterminer à leur sujet (ATF 135 II 286 consid. 5.1; 135 I 187 consid. 2.20; 129 II 497 consid. 2.2).

Le droit d'être entendu est une garantie de nature formelle, dont la violation entraîne l'annulation de la décision attaquée, sans égard aux chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 consid. 2.2). Toutefois, une violation pas particulièrement grave du droit d'être entendu peut exceptionnellement être réparée si l'intéressé peut s'exprimer devant une instance de recours ayant libre pouvoir d'examen en fait et en droit. Ce moyen doit être examiné avec un plein pouvoir d'examen (arrêt du Tribunal fédéral 5A_540/2013 du 3 décembre 2013 consid. 3.3.1; ATF 127 III 193 consid. 3).

2.2 En l'espèce, il ne saurait être reproché au Tribunal de protection de ne pas avoir interpellé les deux mineurs avant le prononcé de la décision attaquée. En effet, ceux-ci ne sont âgés respectivement que de 9 ans et de 8 ans et il n'est pas certain qu'ils comprennent les enjeux des procédures civiles et pénales auxquelles ils sont mêlés malgré eux. Il convient, autant que faire se peut, de les en préserver.

En ce qui concerne la recourante, même s'il fallait admettre que son droit d'être entendue avait été violé par le Tribunal de protection, cette violation a été guérie devant la Chambre de surveillance, qui dispose d'un plein pouvoir d'examen, la recourante ayant pu faire valoir tous ses moyens.

Ce premier grief est dès lors infondé.

- 3.** La recourante conteste la nécessité de désigner un curateur de représentation pour ses enfants dans le cadre de la procédure pénale; subsidiairement, elle conclut à la nomination d'un autre curateur.

3.1.1 Si les père et mère sont empêchés d'agir ou si, dans une affaire, leurs intérêts entrent en conflit avec ceux de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant nomme un curateur ou prend elle-même les mesures nécessaires (art. 306 al. 2 CC).

L'art. 306 al. 2 s'applique de manière large aussitôt que le représentant légal n'est pas en mesure de représenter l'enfant au mieux de ses intérêts dans une affaire particulière, que le conflit soit concret ou abstrait, direct ou indirect. Le conflit dont l'existence est effectivement établie est concret, mais un simple risque est suffisant (conflit dit abstrait) (Commentaire romand, Code civil I, PICHONNAZ FOËX (éd.), ad art. 306 n. 5 ss).

Pour qu'il y ait conflit d'intérêts, il suffit que ceux-ci ne soient plus parallèles : un curateur doit être désigné dès qu'une mise en danger des intérêts du représenté apparaît possible (mise en danger "abstraite"; arrêt du Tribunal fédéral 5C.84/2004 du 2 septembre 2004 et les références citées).

3.1.2 L'autorité de protection (...) désigne un curateur expérimenté en matière d'assistance et dans le domaine juridique (art. 314abis al. 1 CC).

3.2 En l'espèce, une procédure pénale est actuellement diligentée contre B_____ pour des actes d'exhibitionnisme, voire des attouchements sexuels dénoncés par ses enfants. Or, la mère des mineurs, détentrice de l'autorité parentale, et B_____ entretiennent, depuis leur séparation, des relations extrêmement conflictuelles. Il n'est dès lors pas certain que la recourante soit en mesure de mettre de côté le ressentiment qu'elle éprouve à l'égard de son ancien compagnon et de défendre, de manière parfaitement objective, la position des deux mineurs, sans les influencer, même de manière inconsciente. S'ajoute à cela le fait que les intérêts de la recourante et ceux de ses enfants ne sont pas forcément convergents, la première pouvant souhaiter couper tout lien avec B_____, alors qu'il est en principe

bénéfique pour des mineurs d'entretenir des relations suivies avec leurs deux parents.

Au vu de ce qui précède, c'est à juste titre que le Tribunal de protection a désigné un curateur chargé de représenter les deux mineurs dans le cadre de la procédure pénale diligentée contre leur père, lequel sera à même de défendre leurs intérêts en toute objectivité et sans affect particulier.

3.3 La recourante conteste le choix de la personne du curateur, auquel elle adresse un certain nombre de griefs. Ceux-ci paraissent infondés.

Me D_____ a été, dans un premier temps, désigné curateur sur le plan civil, afin de représenter les enfants dans le cadre de la procédure devant le Tribunal de protection. Il n'était par conséquent pas chargé de défendre leurs intérêts sur le plan pénal et il ne lui appartenait pas de recourir contre les décisions de non-entrée en matière prises par le Ministère public. Il n'apparaît par ailleurs pas qu'il aurait négligé son mandat et le simple fait que la recourante considère, selon ses propres critères d'appréciation, qu'il aurait dû être davantage en contact avec les mineurs ne saurait suffire à retenir une mauvaise exécution des tâches qui lui ont été confiées. Le curateur, en ne sollicitant pas les mineurs lorsque cela n'était pas indispensable, a au contraire agi dans leur intérêt, en les laissant autant que possible à l'écart des procédures les concernant. La décision de nommer Me D_____ pour la représentation des mineurs dans le cadre de la procédure pénale est par ailleurs judicieuse, dans la mesure où il a une connaissance complète du dossier et par conséquent une vision d'ensemble de la situation, ce que n'aurait pas un autre curateur qui ne serait désigné que pour l'aspect pénal. Pour le surplus, il n'est pas contesté que D_____, en sa qualité d'avocat, dispose des connaissances et des compétences nécessaires pour assumer la tâche qui lui a été confiée.

Infondé, le recours sera rejeté.

- 4.** Les frais judiciaires de la procédure de recours sont arrêtés à 600 fr. (art. 67A et 67B du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile- RTFMC) et mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 106 al. 1 CPC). Ils seront toutefois laissés provisoirement à la charge de l'Etat, compte tenu du bénéfice de l'assistance judiciaire.

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
La Chambre de surveillance :**

A la forme :

Déclare recevable le recours formé par A_____ contre la décision DTAE/80/2018 rendue le 8 janvier 2018 par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant dans la cause C/5375/2009.

Au fond :

Le rejette.

Déboute la recourante de toutes autres conclusions.

Sur les frais :

Arrête les frais de la procédure de recours à 600 fr., les met à la charge de A_____ et dit qu'ils sont provisoirement supportés par l'Etat de Genève, compte tenu du bénéfice de l'assistance judiciaire.

Siégeant :

Monsieur Cédric-Laurent MICHEL, président; Mesdames Paola CAMPOMAGNANI et Jocelyne DEVILLE-CHAVANNE, juges; Madame Maïté VALENTE, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), la présente décision peut être portée dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral - 1000 Lausanne 14.