

[11/12|2024]

ANWALTS

REVUE

DE L'AVOCAT

FRANÇOIS BOHNET

Allégations, droit de réplique
et novas selon le CPC révisé SEITE / PAGE 458

GEORGES CHANSON

Mögliche Fristenfallen bei
A-Post Plus + My Post 24 SEITE / PAGE 467

GUILLAUME CHOFFAT / VANESSA NDOUMBE NKOTTO /
MIHAELA VERLOOVEN

La notion d'intérêt supérieur
de l'enfant SEITE / PAGE 471

SAV  FSA

S

Stämpfli
Verlag

LA NOTION D'INTÉRÊT SUPÉRIEUR DE L'ENFANT

GUILLAUME CHOFFAT

Avocat, membre de la Commission des Droits de l'enfant de l'Ordre des Avocats de Genève

VANESSA NDOUMBE NKOTTO

Avocate, spécialiste FSA droit de la famille, membre de la Commission des Droits de l'enfant de l'Ordre des Avocats de Genève

MIHAELA VERLOOVEN

Avocate, membre de la Commission des Droits de l'enfant de l'Ordre des Avocats de Genève

Mots-clés: intérêt supérieur de l'enfant, audition de l'enfant, droit de la famille

Le critère de l'«intérêt supérieur de l'enfant» est le principe fondamental régissant les procédures judiciaires civiles, notamment familiales. Le sort des enfants mineurs en est très souvent le thème de prédilection. Le présent article a pour but d'offrir un rappel du cadre légal actuellement en vigueur, ainsi qu'une vision de la pratique actuelle des autorités judiciaires en Suisse romande.

I. Introduction

L'une des premières questions auxquelles le praticien en droit de la famille est confronté lorsqu'il rencontre son client pour la première fois est celle de la présence d'enfants mineurs dans le couple. Le plus souvent, chaque parent entend se faire le porte-parole de ce que le bien de son enfant commande. Cette question émerge généralement en lien avec l'attribution et la répartition des droits parentaux sur un enfant lorsque les parents ne parviennent pas à s'accorder. C'est alors que la notion de bien ou d'intérêt supérieur de l'enfant prend tout son sens et peut devenir un véritable cheval de bataille entre des parents en conflit.

Au niveau international, l'intérêt supérieur de l'enfant ressort tout particulièrement de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20.11.1989 (CDE), entrée en vigueur pour la Suisse le 26.3.1997, en particulier des articles 3 al. 1, 12, 18 al. 1 et 21 CDE.

L'intérêt supérieur de l'enfant est également couvert par l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4.11.1950 (CEDH), ratifiée par la Suisse en 1974.

Enfin, cette notion est consacrée dans les conventions internationales de La Haye, en particulier aux articles 8, 9, 10, 22, 23, 28 et 33 de la Convention de La Haye concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité

parentale et de mesures de protection des enfants du 19.10.1996 (CLaH 96), entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2009.

Au niveau suisse et en pratique, cette notion n'est pas si aisée à définir et dépend très largement du pouvoir d'appréciation laissé au juge conformément à l'art. 4 CC. En effet, le Code civil ne contient aucune définition du bien de l'enfant et ne consacre aucune règle à cet élément fondamental, alors même que toutes les procédures de droit de la famille sont entièrement guidées par ce principe cardinal. Ainsi, à teneur de la jurisprudence du Tribunal fédéral, c'est à une analyse au cas par cas que le juge doit se livrer, pour chaque affaire portée devant lui, pour déterminer l'intérêt de l'enfant.¹

Compte tenu de la place très importante du bien ou de l'intérêt supérieur de l'enfant tant dans le droit international que dans le droit suisse de la famille, la présente contribution vise à rappeler les outils qui, en pratique, permettront au juge, aux avocats et aux parties de mieux

¹ ATF 142 III 56 consid. 3; 142 III 1 consid. 3.3; 141 III 328 consid. 5.4; 131 III 209 consid. 5; ATF 115 II 317 consid. 2 et 3; arrêts du TF 5A_904/2015 du 29.9.2016 consid. 3.2.3; 5A_991/2015 du 29.9.2016 consid. 4.2; 5A_527/2015 du 6.10.2015 consid. 4; 5A_450/2016 du 4.10.2016 consid. 4.3.1; 5A_266/2015 du 24.6.2015 consid. 4.2.2.2 et d'autres références.

appréhender à quoi correspond cette notion dans une situation donnée.

Avant de conclure notre analyse, nous examinerons d'abord la place des allégations des parties (les parents) dans la procédure (1.), puis l'importance des rapports d'évaluation des offices de protection de la jeunesse et de l'enfance (2.), des expertises familiales (3.), d'un éventuel curateur de représentation du mineur dans la procédure (4.) et enfin de l'audition et de la parole de l'enfant lui-même (5.).

II. La détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant

1. Les allégués des parties (les parents)

Le bien de l'enfant *prime sur les intérêts des père et mère*, lesquels sont relégués à l'arrière-plan. Il sert de guide aux autorités sur tous les aspects des devoirs et des droits des parents sur l'enfant mineur². Divers outils peuvent être utilisés pour déterminer le bien de l'enfant. Parmi ceux-ci l'on compte les allégations des père et mère, lesquels déposent leurs écritures en justice et allèguent, à cette occasion, des faits qu'ils ont la possibilité de démontrer par différents moyens de preuve (art. 274 CPC). En sus de leurs écritures, les parents sont également entendus par le Tribunal sur le sort des enfants (art. 297 al. 1 CPC).

Toutefois, cette première étape est généralement réalisée dans un contexte de conflit conjugal, voire parental, aigu, lequel a des répercussions fondamentales sur l'interprétation des père et mère de ce qui est le mieux pour leur enfant.

Pour parer à cette subjectivité évidente, le CPC a introduit un garde-fou indispensable, à savoir la totale liberté décisionnelle du juge quant au sort des enfants et ce, quelles que soient les conclusions prises par les parties (art. 296 al. 3 CPC) ou les faits exposés par ces derniers (art. 272 CPC). Ainsi, la détermination du bien de l'enfant dans une procédure de droit de la famille exige la collaboration complète des parents ainsi que l'avis neutre du tribunal.

2. Les rapports des offices de protection de l'enfant

Afin de trancher la question du sort des enfants, le juge, ou l'Autorité de protection de l'enfant, peut notamment avoir recours aux services de protection de l'enfance ou de la jeunesse pour demander un rapport sur la situation familiale. Cette enquête sociale peut avoir son utilité en cas de situation conflictuelle entre les parents et de doute sur la solution adéquate pour les enfants³.

À Genève, l'établissement du rapport d'évaluation sociale est confié au Service de protection des mineurs (SPMi) ou au Service d'évaluation et d'accompagnement de la séparation parentale (SEASP)⁴. Dans les autres cantons, notamment en Valais ou à Neuchâtel⁵, l'Office de protection de l'enfance est chargé de l'évaluation sociale, tandis que dans le canton de Vaud, cette mission est confiée à la Direction générale de l'enfance et de la jeunesse (DGEJ)⁶.

Le rapport d'évaluation sociale renseigne le juge ou l'Autorité de protection sur la situation actuelle de la fa-

mille, émet des propositions à l'attention de l'autorité quant à l'attribution des droits parentaux et à l'organisation des relations personnelles avec le parent ne bénéficiant pas de la garde de l'enfant, et propose des mesures de protection de l'enfant si nécessaire⁷. Il a également pour vocation d'accompagner les parents dans la recherche de solutions adaptées aux besoins de l'enfant, y compris en collaboration avec les offices de médiation ou de soutien à la parentalité⁸. Durant l'évaluation, tant les parents que le réseau autour de l'enfant (en particulier pédiatres, thérapeutes, enseignants) sont entendus par le service en charge. Les évaluateurs peuvent également être chargés de l'audition de l'enfant⁹.

Bien que très utiles, force est toutefois de constater que ces rapports d'évaluation sociale sont en pratique, à tout le moins à Genève, sollicités de manière quasi systématique par les Juges lorsque les parents prennent des conclusions divergentes en matière de droits parentaux. Or, la durée moyenne en vue de l'établissement de ces rapports est de quatre à six mois, durant lesquels un climat délétère à l'intérêt de l'enfant peut se cristalliser. Par ailleurs, les parties sont parfois tentées de se prévaloir du *status quo*. Et pourtant, dans certains cas, une conciliation efficace sous l'égide du Tribunal – ce qui nécessite que les Magistrats disposent du temps et de la spécialisation nécessaires pour ce faire – peut permettre de décanter des situations, voire permettre l'aboutissement à un accord sur les droits parentaux.

Il est important de préciser que le juge ou l'Autorité de protection ne sont pas liés par les conclusions ressortant du rapport d'évaluation sociale. Ils peuvent s'en écarter, pour autant toutefois qu'il existe des motifs pour ce faire¹⁰. Tel est par exemple le cas lorsque le rapport d'évaluation n'est pas clair, ou contradictoire.

L'établissement d'un rapport d'évaluation sociale apparaît ainsi comme une mesure phare dans la détermination du bien de l'enfant, courante en cas de désaccord des parents quant au sort de l'enfant.

Dans la pratique, force est de constater que le juge se rallie souvent aux conclusions du rapport d'évaluation sociale et fait peu usage du pouvoir d'appréciation dont il jouit pourtant, certainement par peur de commettre des erreurs ou car ne s'estimant pas suffisamment proche des faits.

2 PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, Droit de la filiation, Schulthess Éditions, Genève Zurich Bâle 2019, pp. 445 à 446, N 668 à 670.

3 TF 5A_805/2019 du 27.3.2020, c. 4.1; TF 5A_277/2021 du 30.11.2021, c. 4.2.1.

4 <https://justice.ge.ch/fr/theme/protection-de-lenfant>

5 <https://www.vs.ch/web/scj/ope>; <https://www.ne.ch/autorites/DFDS/SPAJ/protection-enfant/Pages/accueil.aspx>

6 <https://www.vd.ch/toutes-les-autorites/departements/departement-de-la-jeunesse-de-lenvironnement-et-de-la-securite-djes/direction-generale-de-lenfance-et-de-la-jeunesse-dgej>

7 <https://www.ge.ch/desaccords-autour-enfant-lors-divorce-separation/prestations-du-seasp-mandat-judiciaire>

8 <https://www.ge.ch/desaccords-autour-enfant-lors-divorce-separation/prestations-du-seasp-mandat-judiciaire>

9 <https://justice.ge.ch/fr/theme/protection-de-lenfant>

10 TF 5A_756/2019 du 13.2.2020, c. 3.1.1 et 3.3.

3. Les expertises familiales

En vertu de l'art. 183 al. 1 CPC, le tribunal peut, à la demande d'une partie ou d'office, confier une expertise familiale (également appelée expertise psychiatrique du groupe familial) à un ou plusieurs experts dans le cadre de procédures familiales¹¹. L'expertise est généralement ordonnée dans les situations particulièrement délicates, par exemple en cas de conflit parental important, de problème de développement de l'enfant, ou encore d'aliénation parentale¹². L'expert désigné est généralement un pédopsychiatre, qui peut toutefois travailler en collaboration avec un psychiatre adulte si la situation l'exige¹³.

Dans le cadre de l'expertise familiale, les membres de la famille et l'enfant sont interrogés par l'expert, à l'occasion d'une ou de plusieurs rencontres ensemble et séparément¹⁴. Le but est d'analyser l'interaction entre l'enfant et les parents, de déterminer les difficultés et les besoins de l'enfant, afin de proposer des solutions pour favoriser le développement de l'enfant¹⁵. Ces solutions ont trait à la répartition des droits parentaux (autorité parentale, garde, droit de visite), ou la prise de mesures de protection de l'enfant (suivi thérapeutique, limitation des relations personnelles avec l'un des parents, etc). Le réseau des intervenants dans la vie de l'enfant, par exemple un pédiatre ou un psychologue, est également consulté. Une fois le rapport d'expertise rendu, il est transmis aux parents, qui peuvent se déterminer par écrit ou oralement sur celui-ci, et poser des questions complémentaires à l'expert¹⁶.

Le juge ou l'Autorité de protection ne sont pas liés par les conclusions de l'expertise, et peuvent s'en écarter, celle-ci étant considérée comme tout autre moyen de preuve soumis à l'appréciation de l'autorité¹⁷. Toutefois, une expertise est mandatée lorsque le juge ou l'Autorité de protection ne s'estime pas suffisamment outillé, de par sa formation ou ses connaissances, pour apprécier un point de fait¹⁸. Dès lors, si l'expert se prononce sur la base de connaissances professionnelles particulières, l'autorité ne peut s'écarter des conclusions de son rapport que pour des motifs sérieux dont elle doit faire état dans sa décision¹⁹. Ces motifs sérieux existent notamment lorsque l'expertise est contradictoire, entachée de défauts évidents et reconnaissables, ou qu'elle ne répond pas aux questions posées²⁰. Il en est de même lorsque l'expertise est incohérente, qu'elle repose sur un état de fait lacunaire ou erroné, ou encore qu'elle tient pour acquis des faits ou des preuves auxquels le tribunal accorde une valeur probante atténuée voire nulle, ou le contraire²¹. *«En l'absence de tels motifs, il ne doit pas substituer son propre avis à celui de l'expert. Le tribunal doit examiner si, sur la base des autres preuves et des allégations des parties, il existe des objections sérieuses quant au caractère concluant des explications de l'expert. Si le caractère concluant d'une expertise lui semble douteux sur des points essentiels, le tribunal doit au besoin administrer des preuves complémentaires afin de lever ce doute. Le fait de se fonder sur une expertise non concluante, respectivement de renoncer à l'administration de preuves supplémentaires nécessaires peut constituer une appréciation arbitraire des preuves²²».*

Un constat s'impose toutefois: les expertises familiales ont un poids majeur dans la procédure et définissent très souvent la direction que cette dernière prendra, les juges ne faisant que peu usage de leur pouvoir d'appréciation et reléguant souvent le résultat des autres moyens probatoires au second plan.

4. Le curateur de représentation de l'enfant

À teneur de l'art. 12 CDE, l'État doit prendre toutes les mesures pour permettre la réalisation du droit de l'enfant d'être entendu. Cela suppose la mise en place d'instruments et d'outils efficaces pour recueillir la parole et l'avis de l'enfant en fonction de son âge et de son degré de maturité. L'élément le plus important étant d'éviter absolument de faire croire à l'enfant que le poids de la décision du tribunal repose sur ses épaules et dépend de ce qu'il exprimera.²³

Afin de recueillir la parole de l'enfant qui se trouve par définition souvent en conflit de loyauté vis-à-vis de ses parents lorsque ceux-ci divergent au sujet de la répartition de leurs droits parentaux, l'un des outils à disposition peut être le recours à un curateur de représentation des intérêts du mineur dans la procédure de séparation des parents (art. 299 et 300 CPC).

Une curatelle de représentation n'est toutefois obligatoire que lorsque l'enfant capable de discernement en fait la demande, étant rappelé que ce dernier aura la qualité pour recourir contre la décision lui refusant ce droit (art. 299 al. 3 CPC). Bien que la loi ne le précise pas, l'âge seuil pour admettre le discernement requis dans ce cadre peut être fixé autour de 10/12 ans selon les circonstances concrètes du cas et le degré de maturité de l'enfant (art. 16 CC).²⁴

Dans les autres cas, la curatelle n'est implémentée par le juge que si elle est nécessaire selon l'art. 299 al. 1 et 2 CPC, à savoir dans les cas suivants: les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale, à l'attribution de la garde, à des questions importantes concernant les relations personnelles, à la participation à la prise en charge, à la contribution d'entretien ou lorsque l'autorité de protection de l'enfant ou le père ou la mère le requièrent (art. 299 al. 2 lit. b CPC) ou

11 <https://justice.ge.ch/fr/theme/protection-de-lenfant>

12 <https://justice.ge.ch/fr/theme/protection-de-lenfant>

13 <https://justice.ge.ch/fr/theme/protection-de-lenfant>

14 <https://justice.ge.ch/fr/theme/protection-de-lenfant>

15 <https://justice.ge.ch/fr/theme/protection-de-lenfant>

16 Art. 187 CPC.

17 TF 5A_381/2020 du 1^{er} septembre 2020, c. 4.1.

18 PHILIPPE SCHWEIZER, Code de procédure civile commenté, 2011, p. 705, §1.

19 TF 5A_603/2022, du 28. 4. 2023, c. 3.1.2.

20 TF 5A_603/2022, du 28. 4. 2023, c. 3.1.2.

21 ACJC 1021/2024 du 19. 8. 2024, c. 3.1.2.

22 TF 5A_381/2020 du 1^{er} septembre 2020, c. 4.1.

23 JEAN ZERMATTEN, Le droit de l'enfant d'être entendu, Plaidoyer 2/11 du 4. 4. 2011, pp. 45-47.

24 TF 5A_744/2013 du 31. 1. 2014 c. 3.2.3; TF 5A_153/2013 du

24. 7. 2013 c. 3.1; TF 5A_465/2012 du 18. 9. 2012 c. 4.1.2;

TF 5A_66/2011 du 7. 6. 2011 c. 4; TF 5A_154/2010 du 29. 4. 2010

c. 2; TF 5A_183/2009 du 18. 5. 2009 c. 1; TF 5A_619/2007 du

25. 2. 2008 c. 4.2; TF 5C.210/2000 du 27.10. 2000 c. 2b.

encore lorsque le tribunal, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons (art. 299 al. 2 lit. c) doute sérieusement du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant les points énoncés à la let. a, ou envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant.²⁵

Dans tous les cas énumérés à l'art. 299 al. 2 CPC, le tribunal doit procéder à un examen selon sa propre appréciation (art. 4 CC) pour savoir s'il doit instaurer une curatelle de représentation dans la procédure en faveur de l'enfant.²⁶

En définitive, la mission du curateur de représentation sera de représenter l'enfant dans la procédure, d'apporter l'optique de l'enfant dans les débats, de contrôler le bien-fondé des décisions prises par le juge et leur mise en œuvre, de traduire différentes étapes procédurales dans un langage accessible à l'enfant et d'agir comme un intermédiaire, un médiateur ou un facilitateur entre les parties.²⁷ Le curateur de représentation a donc un rôle multidisciplinaire. Il est l'avocat du mineur et le porte-parole de sa volonté et ses souhaits tant d'un point de vue subjectif (*Kindeswille*) que d'un point de vue objectif (*Kindeswohl*, bien de l'enfant objectif). Le rôle de l'avocat curateur de l'enfant doit donc être de faire respecter l'enfant comme sujet de droits et non comme un simple destinataire de protection.²⁸

Les coûts de cette représentation seront évidemment répercutés sur les parents eux-mêmes, raison pour laquelle les tribunaux ne recourent pas si souvent à cet outil.

Enfin, l'art. 314a bis CC prévoit aussi la possibilité de recourir à un curateur de représentation dans les procédures menées par-devant l'autorité de protection de l'enfant. Cet article offre cependant un panel de situations moins large que l'art. 299 CPC applicable aux procédures devant le juge civil.²⁹

Dans tous les cas, il apparaît que la désignation d'un curateur de représentation à l'enfant pris en otage par le conflit parental peut s'avérer être un outil extrêmement efficace pour prendre connaissance de l'opinion de l'enfant et aider le décideur à déterminer quel est l'intérêt supérieur de l'enfant au cas par cas. La curatelle de représentation est également un instrument de poids pour redonner de la valeur à la parole et à la personne de l'enfant qui, malgré tout et étonnement, reste souvent le grand absent de la procédure de ses parents qui se battent en son nom.³⁰

5. L'audition/la parole de l'enfant

Au niveau suisse, le droit de l'enfant d'être entendu est garanti aux art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale, 298 du CPC et 314a du CC, lesquels prévoient notamment que l'enfant doit être personnellement entendu dans le cadre des procédures de droit de la famille.

L'audition se déroule dans des conditions «*appropriées*», soit par le juge en charge de l'instruction du dossier, soit par un tiers professionnel nommé à cet effet, et ceci si l'âge de l'enfant le permet ou que d'autres justes motifs ne s'y opposent pas (art. 298 al. 1 CPC)³¹. L'audition

d'un enfant peut également être réalisée notamment dans le cadre d'une expertise psychiatrique familiale par l'expert nommé à cet effet³².

La jurisprudence du Tribunal fédéral prescrit que l'audition de l'enfant ne peut en principe avoir lieu qu'à une reprise dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation, toutes instances confondues, sauf si sa répétition se justifie au vu d'un changement de circonstances³³. Dans un tel cas, l'audition peut être répétée par le juge, de la même instance ou d'une instance supérieure, à la condition qu'elle ne soit pas une charge insupportable pour le mineur, en particulier dans le cas de séparation engendrant des conflits de loyauté aigus et pour autant qu'un résultat différent puisse être attendu de cet exercice et que l'utilité des informations récupérées par ce biais apparaisse dans un rapport raisonnable avec la charge que peut représenter une telle audition³⁴. Si l'audition n'est pas répétée, le juge peut se fonder sur les précédentes déclarations de l'enfant pour autant que l'audition ait été effectuée par un tiers indépendant et compétent, que l'enfant ait été entendu sur des points importants de l'affaire à juger et que les résultats de l'audition apparaissent toujours comme étant actuels³⁵.

*En principe, l'audition des enfants est la règle et doit avoir lieu systématiquement*³⁶. Pourtant, malgré des pratiques cantonales divergentes, l'audition de mineurs dans une procédure de séparation n'est pas systématiquement automatique et peut être subordonnée à la demande des père et mère³⁷, en particulier lorsque l'enfant est encore très jeune.

Bien que l'art. 12 CDE n'ait pas fixé de limite d'âge à l'audition de l'enfant, ce dernier n'est généralement pas entendu avant l'âge de 6 ans³⁸. L'audition sert non seule-

25 Pour des exemples d'arrêts rendus en la matière: TF 5A_465/2012 du 18. 9. 2012; TF 5A_735/2007 du 28. 1. 2008; TF 5A_619/2007 du 25. 2. 2008.

26 PHILIPPE MEIER, L'enfant et la nouvelle procédure civile, in: Droit de la famille et nouvelle procédure [Pichonnaz/Fountoulakis/Rumo-Jungo, éd.], Genève Zurich 2012, pp. 71-72.

27 JONAS SCHWEIGHAUSER, Art. 295-302 CPC, Anhang ZPO, FamKomm Scheidung [Ingeborg Schwenzer, éd.], 2^e éd., Berne 2011, n. 8 ss ad art. 300 CPC.

28 GUILLAUME CHOFFAT, La curatelle de représentation du mineur dans les procédures de droit de la famille, Plaidoyer 2/2023 du 30. 3. 2023, pp. 34-35.

29 Choffat, op. cit., pp. 37-38.

30 SABRINA BURGAT, Le curateur de représentation de l'enfant dans les procédures de droit de la famille: analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 5A_8/2017, in: Droit matrimonial: newsletter, Neuchâtel, juin 2017, p. 4; Choffat, op. cit., p. 38; Meier, op. cit., p. 69; Zermatten, op. cit., p. 45.

31 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_654/2022 du 21. 12. 2023, consid. 4.1.

32 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_975/2022 du 30. 8. 2023, consid. 2.3; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_895/2022 du 17. 7. 2023, consid. 12.2, notamment.

33 ATF 146 III 203, consid. 3.3.2.

34 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_975/2022 du 30. 8. 2023, consid. 2.3; Arrêt du Tribunal fédéral 5A_95/2023 du 17. 7. 2023, consid. 3.1.2 notamment.

35 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_975/2022 du 30. 8. 2023, consid. 2.3.

36 ATF 146 III 203, consid. 3.3.2.

37 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_975/2022 du 30. 8. 2023, consid. 2.3.

38 Arrêt du Tribunal fédéral 5A_975/2022 du 30. 8. 2023, consid. 2.3.

ment à établir les faits, mais est également une expression de la personnalité du mineur³⁹. Pour les enfants plus âgés, le droit de la personnalité est mis au premier plan et ils disposent d'un droit de participation propre dans la séparation de leurs parents. En ce qui concerne les enfants plus jeunes, leur audition constitue uniquement un moyen de preuve, raison pour laquelle les parents ont la possibilité de la solliciter en tant que moyen de preuve en raison de leur qualité respective de partie à la procédure⁴⁰.

Lorsque l'enfant est auditionné, l'entrevue se déroule hors la présence des père et mère, afin d'éviter toute influence externe. Le Tribunal questionne l'enfant et ne consigne au procès-verbal que les informations absolument nécessaires. Le mineur a également le droit d'exiger que seul un résumé de l'audition soit protocolé, de sorte que les père et mère ne reçoivent qu'une partie infime de l'opinion de leur enfant. De ces éléments essentiels, l'enfant peut encore choisir de dévoiler à ses père et mère la conclusion finale de son audition, laquelle portera sur la question litigieuse pour laquelle il a été entendu, comme par exemple l'attribution de la garde à l'un ou l'autre parent ou encore le déplacement de son domicile à l'étranger⁴¹.

Le Tribunal fédéral a régulièrement confirmé qu'il ne saurait être renoncé à l'audition de l'enfant dans le cadre de l'appréciation anticipée des preuves. Toutefois, cette règle ne saurait être applicable dans chaque situation. Ainsi, lorsque le juge parvient à la conclusion qu'une audition de l'enfant n'aurait pas de valeur dans la situation qu'il a à traiter et que les résultats potentiels de l'audition sont d'emblée objectivement inappropriés ou non pertinents en vue de la constatation de faits non pertinents, il peut renoncer à auditionner l'enfant en usant de son pouvoir d'appréciation⁴². Les aspects relevant du droit de la personnalité de l'enfant relevés ci-avant ne permettent pas de renverser cette règle car ils ne contraignent pas le Tribunal à procéder à une audience dans tous les cas⁴³ (appréciation anticipée des preuves dite «fausses»). Dans le contexte de l'audition de l'enfant, il n'y a une vraie appréciation anticipée des preuves que si le juge n'accepte pas des preuves considérées comme valables au motif qu'il a déjà acquis sa conviction et qu'il n'en sera pas détourné par la preuve en question⁴⁴. Ainsi, si le Tribunal n'est pas entièrement convaincu que l'audition de l'enfant n'aura aucune valeur informative pertinente, il a l'obligation de procéder à l'audition même s'il a des doutes importants sur la question de savoir si ce moyen de preuve aura un résultat⁴⁵.

III. Conclusion

En l'état, les outils à disposition pour déterminer ce que le bien de l'enfant commande trouvent leur limite dans l'intensité du conflit conjugal et/ou parental. En effet, en cas de séparations litigieuses, l'enfant se retrouve très souvent l'otage de ses parents et pris en conflit de loyauté entre eux.

En l'état actuel de la pratique du droit de la famille, l'audition de l'enfant, en particulier lorsqu'il est encore jeune ou son audition directement par le Magistrat, de même que sa représentation en justice par un curateur nommé à cet effet, sont des outils encore trop peu utilisés, souvent pour des raisons d'économie de procédure, voire de coûts.

Sur le plan politique, dans un rapport publié le 2.9.2020, le Conseil fédéral est parvenu à la conclusion que la législation fédérale respectait suffisamment le but de l'art. 12 CDE, refusant ainsi d'entrer en matière sur les différentes propositions faites en 2014 par le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) visant à augmenter la participation des jeunes dans les domaines qui les concernent, soit en particulier les procédures judiciaires. Le cadre légal en vigueur offrirait suffisamment d'espace aux mineurs.

Toutefois, le Conseil fédéral a précisé que la politique suisse de l'enfance et de la jeunesse se caractérisait par une répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, ces derniers possédant l'essentiel des prérogatives en la matière⁴⁶. Ainsi, il convient de se tourner vers les pratiques des cantons pour juger si la Suisse a véritablement saisi toute la portée de l'art. 12 CDE et des droits que celui-ci protège.

D'après l'étude de 2014 publiée par le CSDH, le droit d'être entendu de l'enfant n'est pas respecté de manière systématique. L'organisme a pris pour référence les procédures de divorce ouvertes en 2014 (14 000 en Suisse par an à cette époque), et relevé que seuls 10% des enfants dont les parents divorçaient étaient entendus⁴⁷.

Ainsi, si la mise en œuvre des exigences de l'art. 12 CDE a offert une place prépondérante à l'enfant dans les procédures familiales et que son audition représente aujourd'hui l'un des outils fondamentaux utilisés par les autorités judiciaires pour la détermination de son intérêt supérieur, force est de constater que cette mesure nécessiterait un engagement plus important au niveau des cantons, lesquels connaissent des pratiques encore trop disparates.

39 ATF 146 III 203, consid. 3.3.2.

40 ATF 146 III 203, consid. 3.3.2.

41 PHILIPPE MEIER/MARTIN STETTLER, *Droit de la filiation*, Schulthess Éditions, Genève Zurich Bâle 2019, p. 483, N 717.

42 ATF 146 III 203, consid. 3.3.2.

43 ATF 146 III 203, consid. 3.3.2.

44 ATF 146 III 203, consid. 3.3.2 et réf. citées.

45 ATF 146 III 203, consid. 3.3.2 et réf. citées.

46 Rapport du Conseil fédéral du 2.9.2020 donnant suite au postulat 14.3382 CSEC-N intitulé «Droit de l'enfant d'être entendu. Bilan de la mise en œuvre en Suisse de l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant», page 11 notamment.

47 Étude de la CSDH «Mise en œuvre des droits humains en Suisse: Un état des lieux dans le domaine de la politique de l'enfance et de la jeunesse», 2014, page 15.