

L'audition et la représentation de l'enfant en justice. Entre théorie et pratique.

Edité sous la direction de Maryse Pradervand-Kernen,
Paola Riva Gapany et Jean Zermatten

Déjà parus dans la même collection IDE-IUKB :

- La parole de l'enfant en justice. Parole sacrée ? ... sacrée parole !
Novembre 2012
- Droits de l'enfant et secteur privé: amener les états et les entreprises à remplir leurs obligations
Mai 2013
- Harcèlement entre pairs : agir dans les tranchées de l'école
Mai 2013
- Au seuil du deuil ? Les familles d'enfants disparus à l'épreuve de l'incertitude
Septembre 2013
- Le droit de l'enfant et de l'adolescent à son orientation sexuelle et à son identité de genre
Mai 2014
- Tourisme sexuel impliquant des enfants : prévention, protection, interdiction et soins aux victimes
Mai 2014
- Enfants, familles, état : les droits de l'enfant en péril ?
Décembre 2014

Ces ouvrages peuvent être obtenus à l'IDE

Septembre 2015. Tous droits réservés.

Reproduction, même partielle, interdite sous quelque forme ou sur quelque support que ce soit sans l'accord écrit de l'éditeur.

Editeurs

Institut international des droits de l'enfant

Case postale 4176 - 1950 Sion 4 - Suisse

Tél +41 (0) 27 205 73 03 - Fax +41 (0) 27 205 73 02

E-mail : info@childsrighs.org - Web: www.childsrighs.org

Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE)

Université de Genève, Valais Campus

Case postale 4176 – 1950 Sion 4 - Suisse

Tél +41 (0) 27 205 7306

Email : cide@unige.ch – Web : www.unige.ch/cide/fr/

Comité de rédaction

Jean Zermatten

Lucie Concordel

Editeurs responsables

Maryse Pradervand-Kernen

Paola Riva Gapany

Jean Zermatten

L'Institut international des Droits de l'Enfant en collaboration avec le Centre Interfacultaire en Droits de l'Enfant (anciennement IUKB), organisent depuis 2009 une formation postgraduée, sous la forme d'un Certificat (CAS) « Enfants victimes, Enfants témoins : la Parole de l'Enfant en justice »

Ils bénéficient de l'aide et du soutien de :

La Fondation OAK, Genève

Ils remercient cette institution de sa contribution

Institut International des Droits de l'Enfant : www.childsrights.org

Centre Interfacultaire en Droits de l'Enfant : www.unige.ch/cide/fr/

TABLE DES MATIÈRES

Paola RIVA GAPANY Préface	6
Maryse PRADERVAND-KERNEN Les Droits de l'enfant dans la procédure civile, à la lumière de la jurisprudence Suisse	9
Stéphane RAEMY Les aspects pratiques de l'audition de l'enfant dans la procédure matrimoniale opposant ses parent	41
Jean ZERMATTEN Entre droit d'être entendu et droit à voir son intérêt supérieur pris en compte, quel rôle pour l'avocat ?	53
Nicole HITZ Les premiers effets de la mise en œuvre du droit de protection de l'enfant dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich. Focus particulier sur l'audition de l'enfant	71
Philip D. JAFFE et Coraline HIRSCHI L'expertise psychojudiciaire pour enfants et adolescents est-elle suffisamment child-friendly ?	79
Marc ROSSIER Le rapport d'enquête sociale en matière de divorce	95
Yolande GOVINDAMA et Martine DE MAXIMY Conflit de loyauté et conflit psychique. Une articulation anthropologique, clinique et judiciaire	117

PRÉFACE

Paola RIVA GAPANY

Licenciée en droit de l'Université de Neuchâtel, titulaire d'un Master LL.M en droit international et comparé de la George Washington University Law center, Directrice de l'Institut international des Droits de l'Enfant.

De l'importance d'une formation continue de qualité

Le 26 février 2015, le Comité des Droits de l'enfant de l'ONU a publié 108 Observations finales concernant la Suisse (CRC/C/CHE/CO/2-4) suite à la présentation des 2^{ème}, 3^{ème} et 4^{ème} rapports périodiques officiels (CRC/C/CHE/2-4). Une de celles-ci se rapporte à la formation des professionnels:

20. (...) Le Comité s'inquiète aussi de ce que les activités de formation aux droits de l'enfant pour les professionnels qui travaillent avec ou pour les enfants ne sont pas systématiques ou sont incomplètes. (p. 5)

21. Le Comité recommande à l'État partie:

(....)

b) D'élaborer des programmes de formation systématique et permanente sur les droits de l'enfant à l'intention de tous les professionnels qui travaillent avec ou pour les enfants, comme les juges, les avocats, les agents des forces de l'ordre, les fonctionnaires, les enseignants, le personnel de santé, y compris les psychologues, et les travailleurs sociaux. (p. 5).

Il est à noter qu'en 2002 déjà, lors de la présentation de son rapport initial, la Suisse s'était vue tancée par le Comité quant au manque de formation systématique, permanente et ciblée des professionnels travaillant avec et pour les enfants, comme par exemple les parlementaires aux échelons fédéral et cantonal, les juges, les avocats, les responsables de l'application des lois, les fonctionnaires, les agents des administrations locales, le personnel des établissements et des lieux de détention pour enfants, les enseignants et le personnel de santé... (CRC/C/15/Add.182 13 juin 2002, 19 et 20 p.5).

En application de l'article 63 de la Constitution fédérale suisse (RO 1999 2556) la formation continue des professionnels incombe à la Confédération qui doit encourager la diversité et la perméabilité de l'offre dans ce domaine. Or, comme

l'a souligné à deux reprises le Comité des droits de l'enfant, peu a été entrepris par la Suisse pour satisfaire à cette exigence constitutionnelle découlant également de la Convention des Droits de l'Enfant (voir à ce sujet Observation générale no 5 du Comité des droits de l'Enfant, Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2005/5).

L'Institut international des Droits de l'Enfant (IDE) a été créé en 1995 par l'Association Internationale des Magistrats de la Jeunesse et de la Famille (AIMJF) et l'Institut Universitaire Kurt Bösch (IUKB) pour répondre spécialement au besoin avéré de formation des professionnels, inquiets, voire dubitatifs quant à l'impact de la Convention des Droits de l'Enfant dans leur travail quotidien, notamment le respect du droit de l'enfant d'avoir son intérêt supérieur être pris en compte dans toute question qui le concerne (art. 3 al.1 CDE).

Enseigner les droits de l'enfant signifie :

- travailler dans un domaine académique de recherches et d'enseignement encore jeune, complexe et multidimensionnel ;
- réfléchir à la complexité de l'enfant en tant qu'entité bio psycho sociale tout comme à la complexité du contexte (cadre normatif, mode de vie, systèmes éducatifs...)
- évoluer dans des structures sociales multiples (éducation, culture, média, politiques, santé publiques...) avec de multiples ayants droit ou parties intéressées (enfants, familles, éducateurs, magistrats, médecins, ONGs, Etats, organisations intergouvernementales...)
- marier plusieurs disciplines traitant des enfants et de l'enfance afin d'interagir, de dialoguer, et d'intégrer les différents domaines dans une perspective inter- et transdisciplinaire (Philip Jaffé, Seminar on Education in Nepal, Katmandu Nepal March 29th 2011).

Une formation continue de qualité en droits de l'enfant :

- propose un contenu interdisciplinaire de haut niveau,
- est structurée rigoureusement en application des standards académiques qui prévalent,
- prend en compte les besoins des enfants ou d'un groupe d'enfants (enfants en conflit avec la loi, en situation de handicap),
- prend en compte les besoins des professionnels ou d'un groupe de professionnels spécifiques travaillant avec et pour les enfants,
- s'appuie sur la participation d'étudiants venant d'horizons professionnels variés,

- constitue une valeur ajoutée pour les candidats,
- contribue à la promotion de la CDE dans un sens large.

En outre, elle doit être systématique et régulièrement mise à jour, afin de refléter l'évolution constante de la matière.

Ainsi, la collaboration entre l'université et la société civile est pertinente et essentielle. C'est dans cette optique que l'IDE s'est associé dès 2004 à l'IUKB, puis dès janvier 2015 au Centre Inter facultaire en Droits de l'Enfant (CIDE) de l'Université de Genève pour offrir plusieurs diplômes en droits de l'enfant, dont le Certificat *Enfants victimes, Enfants témoins : la Parole de l'Enfant en justice*, prenant en compte les conditions énoncées ci-dessus.

Ce genre de collaboration, encore peu développée, représente une approche moderne de l'enseignement en opposition à la méthode plus classique offerte par une faculté ou une université sur un modèle disciplinaire.

La présente publication s'inscrit dans le cadre de la formation continue des professionnels concernés par l'audition et la représentation de l'enfant en justice. Elle marie la théorie par l'analyse des conventions, lois et jurisprudence, à la pratique du juge, du psychologue et du responsable de l'office de protection de l'enfant, dans une approche interdisciplinaire. En publiant les textes de deux lauréats du Certificat *Enfants victimes, Enfants témoins : la Parole de l'Enfant en justice*, elle souligne plus que jamais l'importance d'une formation continue de qualité.

LES DROITS DE L'ENFANT DANS LA PROCÉDURE CIVILE, À LA LUMIÈRE DE LA JURISPRUDENCE SUISSE

Maryse PRADERVAND-KERNEN

Dr en droit, avocate, lectrice à l'Institut de recherche et de conseil dans le domaine de la famille de l'Université de Fribourg, maître-assistante et chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

Table des matières

I. Introduction

II. L'audition de l'enfant

A) Généralités

B) L'obligation d'auditionner l'enfant

1) Les principes

2) L'âge à partir duquel l'enfant doit être auditionné

3) La personne chargée d'auditionner l'enfant

4) Les motifs permettant de renoncer à l'audition de l'enfant

C) La prise en compte de la parole de l'enfant

1) Les principes

2) La prise en compte de l'avis d'un enfant de moins de six ans

3) La prise en compte de l'avis d'un enfant âgé de six à onze ans

4) La prise en compte de l'avis d'un enfant d'au moins onze ans

5) Quelques considérations personnelles

D) Le compte rendu de l'audition

E) Le droit de recourir

III. La représentation de l'enfant

A) Généralités

B) L'obligation d'ordonner une curatelle de procédure

1) Les cas dans lesquels une curatelle de procédure doit être ordonnée

2) La personne désignée comme curateur de procédure

C) Les pouvoirs conférés au curateur de procédure

D) Les frais de représentation

1) La prise en charge des frais de représentation

2) Le montant de la rémunération du curateur de procédure

E) Le droit de recourir

IV. La communication de la décision à l'enfant

A) Généralités

B) Les cas dans lesquels la décision doit être communiquée

1) Les principes

2) Les cas dans lesquels la décision doit être communiquée à l'enfant

3) Les cas dans lesquels la décision doit être communiquée au curateur de procédure

C) Les modalités de la communication

D) Les conséquences de l'absence de communication

V. Conclusion

VI. Bibliographie

I. Introduction

Durant ces trente dernières années, il s'est produit, dans de nombreux pays et en particulier en Suisse, une évolution considérable en ce qui concerne la prise en considération des droits et des intérêts de l'enfant dans les procédures qui le concernent. La position procédurale de l'enfant s'en est trouvée renforcée.

L'impulsion principale a été donnée le 20 novembre 1989, par l'approbation de la Convention relative aux droits de l'enfant (ci-après : CDE) par l'Assemblée des Nations Unies. Ladite convention est entrée en vigueur dans notre pays le 26 mars 1997.

L'art. 12 de cette convention, qui est l'expression la plus manifeste du nouveau statut de l'enfant sujet de droits, prévoit les règles suivantes :

1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

Peu après l'entrée en vigueur de la convention en Suisse, le Tribunal fédéral a précisé que l'art. 12 CDE était d'application directe et que sa violation pouvait donc faire l'objet d'un recours au Tribunal fédéral¹.

Parallèlement, plusieurs réformes législatives ont été entreprises afin d'harmoniser le droit suisse à la CDE. En voici quelques-unes, qui ont sensiblement modifié la position de l'enfant dans la procédure civile :

- le 1^{er} janvier 2000, l'obligation pour le juge d'auditionner l'enfant (art. 144 aCC, puis art. 298 CPC ; art. 314 al. 1 aCC, puis art. 314a CC) et la possibilité pour l'enfant de demander qu'un curateur de procédure lui soit désigné (art. 146 sv. aCC, puis art. 299 sv. CPC ; art. 314abis CC) ont été introduites ;
- le 1^{er} janvier 2011, l'enfant capable de discernement s'est vu octroyer un droit de recours contre les décisions du juge lui refusant le droit d'être entendu (art. 298 al. 3 CPC et art. 314a al. 3 CC) et la désignation d'un curateur de procédure (art. 299 al. 3 CPC)² ; à la même date, l'obligation, pour le tribunal, de communiquer les décisions à l'enfant âgé de quatorze ans au moins a été ancrée dans le CPC (art. 301 let. b CPC).

¹ ATF 124 III 90, JdT 1998 I 272, cons. 3a.

² Dans le cadre des mesures de protection de l'enfant, ce dernier ne dispose pas encore d'un droit de recours ancré dans la loi.

Cette contribution présente les principaux droits reconnus à l'enfant. Elle traite tout d'abord de l'audition de l'enfant (*infra* II), puis de la représentation de l'enfant (*infra* III) et enfin de la communication de la décision (*infra* IV). Les possibilités de recours sont examinées en relation avec chaque droit procédural. Enfin, une conclusion fait le point de la situation (*infra* V).

II. L'audition de l'enfant

A) Généralités

L'art. 298 al. 1 CPC prévoit que les enfants doivent être 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.

Dans le cadre des mesures de protection de l'enfant, l'art. 314a CC prévoit les mêmes principes que l'art. 298 al. 1 CPC³. Ainsi, avant d'ordonner toute mesure de protection de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant ou le tiers qui en a été chargé entend l'enfant personnellement et de manière appropriée, pour autant que son âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas.

Après avoir examiné l'obligation d'auditionner l'enfant (*infra* B), je présenterai la façon dont la parole de l'enfant est prise en compte dans la jurisprudence (*infra* C) et la mesure dans laquelle le juge doit rendre compte de ce qui a été dit pendant l'audition aux autres acteurs de la procédure (*infra* D). Enfin, je décrirai les voies de recours (*infra* E).

B) L'obligation d'auditionner l'enfant

Après avoir exposé quelques principes (*infra* 1), je définirai l'âge à partir duquel l'enfant doit être auditionné (*infra* 2) et la personne chargée de procéder à l'audition (*infra* 3). Enfin, je décrirai les motifs qui permettent de renoncer à l'audition de l'enfant (*infra* 4).

1) Les principes

L'audition découle de la protection de la personnalité de l'enfant ; il s'agit d'*un droit strictement personnel de l'enfant* au sens des art. 19c al. 1, 305 al. 1 CC et 67 al. 3 let. a CPC⁴. L'enfant a par conséquent un véritable droit de participation à la procédure qui le concerne (procédures matrimoniales, contestations relatives au droit aux relations personnelles, procédures en matière de mesures de protection de l'enfant⁵, procédures de reconnaissance, etc.)⁶. L'art. 298 CPC

³ TF du 21 octobre 2014, 5A_554/2014, cons. 5.1.2 ; TF du 3 août 2011, 5A_467/2011, cons. 6.1 ; TF du 23 avril 2007, 5A_46/2007, cons. 2.1.

⁴ ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.1 ; TF du 22 juillet 2014, 5A_428/2014, cons. 6.1 ; TF du 16 juin 2014, 5A_821/2013, cons. 4 ; TF du 23 juillet 2012, 5A_432/2012, cons. 3.2 ; TF du 5 décembre 2011, 5A_402/2011, cons. 5.1 ; TF du 5 novembre 2010, 5A_471/2010, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.1 ; TF du 3 juin 2010, 5A_89/2010, cons. 4.1.1 ; JEANDIN, n. 4 ad art. 298 CPC ; STECK, n. 1 ad art. 298 CPC ; RUMO-JUNGO, p. 118 ; HERZIG, n. 372.

⁵ MEIER, p. 404.

s'applique à tout litige dans lequel le juge est appelé à statuer sur le sort de l'enfant, y compris lorsque de telles mesures doivent être prises au cours de la procédure de mesures provisionnelles⁷ ou de mesures protectrices de l'union conjugale⁸. Le devoir d'audition de l'enfant existe en outre exceptionnellement au stade de l'exécution, notamment lorsque la décision à exécuter remonte à plusieurs années et qu'il n'y a pas eu de contacts pendant ce temps entre les intéressés⁹. L'art. 314a CC s'applique à toutes les procédures de protection de l'enfant qui se déroulent devant l'autorité de protection de l'enfant.

L'enfant peut donc exiger d'être entendu lorsqu'il est capable de discernement. Le fait, pour le juge, de refuser d'auditionner un enfant sans justes motifs est arbitraire¹⁰.

L'audition de l'enfant sert aussi à l'*établissement d'office des faits* dans le cadre des procédures judiciaires réglant le sort de l'enfant¹¹. Ainsi, les père et mère peuvent exiger l'audition de l'enfant dans la procédure au titre de moyen de preuve, et cela même si l'enfant n'est pas capable de discernement, pour autant qu'il ait atteint l'âge d'être auditionné¹². La jurisprudence relative à ce principe a quelque peu fluctué ces dernières années.

- Dans un arrêt rendu en 2008, le Tribunal fédéral a précisé que l'enfant doit être entendu sans requête des parties lorsque cette audition est nécessaire à l'établissement des faits¹³.
- Par la suite, le Tribunal fédéral a franchi un pas de plus en exigeant l'audition par principe. Il a estimé que le juge est 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. Le Tribunal fédéral a précisé que même si les faits pertinents sont parfaitement établis, l'audition reste un droit personnel de l'enfant sur l'exercice duquel il doit pouvoir s'exprimer. Le juge a donc l'obligation d'informer l'enfant de son

⁶ TF du 22 juillet 2014, 5A_428/2014, cons. 6.1 ; TF du 10 février 2012, 5A_593/2011, cons. 3.2 ; TF du 5 décembre 2011, 5A_402/2011, cons. 5.1 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.1 ; TF du 3 juin 2010, 5A_89/2010, cons. 4.1.1 ; TF du 12 mars 2010, 5A_119/2010, cons. 2.1.3 ; STECK, n. 5 ad art. 298 CPC.

⁷ ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.1 ; 126 III 497, JdT 2002 I 257 cons. 4b ; TF du 3 août 2011, 5A_467/2011, cons. 6.1 ; TF du 12 mars 2010, 5A_119/2010, cons. 2.1.3 ; TF du 22 août 2008, 5A_388/2008, cons. 3 ; JEANDIN, n. 6 ad art. 298 CPC.

⁸ ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.1 ; TF du 12 mars 2010, 5A_119/2010, cons. 2.1.3 ; TF du 22 août 2008, 5A_388/2008, cons. 3 ; Message, p. 6974 ; TAPPY, p. 1713.

⁹ TF du 4 février 2014, 5A_754/2013, cons. 3 ; TF du 22 août 2008, 5A_388/2008, cons. 3.

¹⁰ TF du 22 juillet 2014, 5A_428/2014, cons. 6.1 ; TF du 6 août 2013, 5A_473/2013, cons. 3 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.4 ; TF du 3 juin 2010, 5A_89/2010, cons. 4.1.1.

¹¹ ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.1 ; TF du 22 juillet 2014, 5A_428/2014, cons. 6.1 ; TF du 16 juin 2014, 5A_821/2013, cons. 4 ; TF du 10 février 2012, 5A_593/2011, cons. 3.2 ; TF du 5 décembre 2011, 5A_402/2011, cons. 5.1 ; TF du 3 août 2011, 5A_467/2011, cons. 6.1 ; TF du 5 novembre 2010, 5A_471/2010, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.1 ; TF du 3 juin 2010, 5A_89/2010, cons. 4.1.1 ; JEANDIN, n. 4 ad art. 298 CPC ; STECK, n. 5 ad art. 298 CPC ; RUMO-JUNGO, p. 118 ; HERZIG, n. 379.

¹² TF du 6 août 2013, 5A_473/2013, cons. 3 ; TF du 5 novembre 2010, 5A_471/2010, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.4 ; TF du 3 juin 2010, 5A_89/2010, cons. 4.1.1.

¹³ TF du 15 mai 2008, 5A_43/2008, cons. 4.3 ; MEIER, p. 404.

droit s'il tient à respecter son propre devoir d'audition¹⁴. Si le juge n'auditionne pas l'enfant ou, à tout le moins, ne se pose pas la question d'une telle audition alors que les enfants sont âgés de plus de six ans, il applique arbitrairement le droit¹⁵.

- Dans sa jurisprudence plus récente, le Tribunal fédéral est revenu en arrière. Il a en effet estimé que puisque l'audition d'un jeune enfant sert uniquement à l'établissement des faits, elle doit avoir été sollicitée dans la procédure cantonale pour qu'un devoir d'audition du juge existe et que l'une des parties puisse se plaindre de son défaut¹⁶. Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que le tribunal ne peut pas simplement renoncer à auditionner l'enfant lorsqu'un tel moyen de preuve n'a pas été demandé ; il doit au contraire examiner si une telle audition est nécessaire à l'établissement des faits¹⁷.
- Le Tribunal fédéral a récemment confirmé que si l'audition a été demandée par les parents, le juge ne peut pas la refuser, même sur la base de l'appréciation anticipée des preuves, à moins qu'il existe des justes motifs au sens de l'art. 298 al. 1 CPC¹⁸.

La jurisprudence actuelle semble avoir trouvé un certain équilibre entre le droit de l'enfant à être auditionné, celui de ses parents à l'établissement des faits et les règles de la procédure civile. Cependant, à mon sens, le juge ne devrait que rarement renoncer à entendre l'enfant, même si celui-ci n'est pas capable de discernement, car l'audition de l'enfant permet presque toujours de mettre en lumière des éléments encore inconnus du juge et ainsi de servir à l'établissement d'office des faits.

2) L'âge à partir duquel l'enfant doit être auditionné

Les art. 298 CPC et 314a CC ne fixent pas de limite d'âge à partir de laquelle un enfant doit être auditionné. Le Tribunal fédéral a précisé que la loi parle d'audition, et non d'observation, ce qui ne permet pas d'exiger une audition à l'âge de deux ou trois ans ; inversement, il ne faut pas aller jusqu'à exiger la capacité de discernement¹⁹. Le Tribunal fédéral pose dès lors comme principe que les enfants peuvent être entendus dès l'âge de *six ans révolus*²⁰. Cette limite

¹⁴ TF du 5 décembre 2011, 5A_402/2011, cons. 5.1 ; RUMO-JUNGO, p. 119.

¹⁵ TF du 5 décembre 2011, 5A_402/2011, cons. 5.2 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_501/2010, cons. 2.4 ; TF du 22 août 2008, 5A_388/2008, cons. 4 ; MEIER, p. 403.

¹⁶ TF du 4 février 2014, 5A_754/2013, cons. 3 ; TF du 23 décembre 2013, 5A_557/2013, cons. 2.2 ; TF du 6 août 2013, 5A_473/2013, cons. 3. Voir également TF du 9 janvier 2014, 5A_756/2013, cons. 4.1.

¹⁷ TF du 6 août 2013, 5A_473/2013, cons. 3 ; STECK, n. 7 ad art. 298 CPC.

¹⁸ TF du 16 juin 2014, 5A_821/2013, cons. 4.

¹⁹ ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.2 ; TF du 16 juin 2014, 5A_821/2013, cons. 4 ; STECK, n. 10 ad art. 298 CPC ; HERZIG, n. 379.

²⁰ ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 3 ; 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.3 ; TF du 21 octobre 2014, 5A_554/2014, cons. 5.1.2 ; TF du 16 juin 2014, 5A_821/2013, cons. 4 ; TF du 24 mars 2014, 5A_869/2013, cons. 2.1.1 ; TF du 10 janvier 2014, 5A_561/2013, cons. 4.1 ; TF du 23 décembre 2013, 5A_557/2013, cons. 2.1 ; TF du 26 septembre 2013, 5A_463/2013, cons. 4.1 ; TF du 12 mars 2012, 5A_701/2011, cons. 2.2.2 ; TF du 10 février 2012, 5A_593/2011, cons. 3.2 ; TF du 5 décembre 2011, 5A_402/2011, cons. 5.2 ; TF du 5 novembre

n'est pas absolue : un enfant plus jeune peut être auditionné, par exemple lorsqu'il est le cadet d'une fratrie et qu'il est proche de sa sixième année²¹.

3) La personne chargée d'auditionner l'enfant

Les arts. 298 al. 1 CPC et 314a CC précisent que l'enfant est entendu par le tribunal, respectivement par l'autorité de protection de l'enfant, ou par un tiers nommé à cet effet²².

La préférence doit être donnée à l'audition par le juge, car elle lui permet de se faire une idée personnelle avant de trancher la question du sort de l'enfant²³. La jurisprudence a du reste précisé qu'il serait contraire à la *ratio legis* de déléguer systématiquement l'audition à une tierce personne, car il est essentiel que le tribunal puisse se former directement sa propre opinion ; l'audition est donc, en principe, effectuée par la juridiction compétente elle-même²⁴. En cas de circonstances particulières, elle peut l'être par un spécialiste de l'enfance, par exemple un pédopsychiatre, un psychologue ou le collaborateur d'un service de protection de la jeunesse²⁵. En revanche, un curateur (au sens de l'art. 308 CC ou 299 sv. CPC) ne saurait être considéré comme un tiers pouvant procéder à l'audition²⁶.

Par « circonstances particulières », il faut entendre des cas particulièrement délicats dans lesquels les compétences d'un spécialiste sont requises pour éviter de porter préjudice à la santé de l'enfant (soupçon de relations familiales

2010, 5A_471/2010, cons. 2.4 ; TF du 3 juin 2010, 5A_89/2010, cons. 4.1.2 ; TF du 12 mars 2010, 5A_119/2010, cons. 2.1.3 ; SCHÄFER-ALTIPARMAKIAN, n. 18 ad art. 144 CC ; STECK, n. 15 ad art. 298 CPC ; plus nuancé : JEANDIN, n. 11 ad art. 298 CPC, qui estime que l'audition ne devient en principe incontournable qu'à partir d'un âge situé entre onze et treize ans.

²¹ ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.3 ; TF du 16 juin 2014, 5A_821/2013, cons. 4 ; STECK, n. 1 ad art. 298 CPC ; SCHÄFER-ALTIPARMAKIAN, n. 18 ad art. 144 CC.

²² Le texte de l'art. 298 CPC diffère de celui de l'art. 144 al. 2 aCC en ce sens qu'il parle de « tribunal » et non de « juge ». Cependant, cette modification terminologique n'a pas pour conséquence de modifier la jurisprudence de l'ancien droit de procédure. En effet, l'art. 155 al. 1 CPC prévoit que l'administration des preuves peut être déléguée à un ou plusieurs membre(s) du tribunal. Dès lors, lorsqu'il s'agit d'une autorité collégiale, l'audition de l'enfant peut être déléguée à l'un des membres du tribunal, à moins que l'une des parties ne requière, pour de justes motifs, que les preuves soient administrées par le tribunal qui statue sur la cause (art. 155 al. 2 CPC) (TF du 12 mars 2012, 5A_701/2011, cons. 2.2.2 ; Message, p. 6923 ; JEANDIN, n. 9 ad art. 298 CPC ; SYLVA, n. 80).

²³ Voir également HERZIG, n. 403.

²⁴ ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 4 ; TF du 14 février 2013, 5A_911/2012, cons. 7.2.2 ; TF du 18 septembre 2012, 5A_465/2012, cons. 3.1.2 ; TF du 14 juillet 2011, 5A_397/2011, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.1 ; STECK, n. 9 ad art. 298 CPC. Quelques arrêts tempèrent le principe en précisant que la marge d'appréciation laissée par la loi ne doit pas non plus être inutilement réduite : si l'audition par le juge concerné a l'avantage d'être directe, celui-ci est souvent moins bien formé et a moins d'expérience qu'un spécialiste (ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 4 ; TF du 14 février 2013, 5A_911/2012, cons. 7.2.2 ; TF du 14 juillet 2011, 5A_397/2011, cons. 2.4).

²⁵ TF du 5 décembre 2011, 5A_402/2011, cons. 5.2 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.1 ; JEANDIN, n. 9 ad art. 298 CPC ; STECK, n. 11 ad art. 298 CPC ; HERZIG, n. 405.

²⁶ ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 5 ; TF du 28 septembre 2005, 5P.276/2005, cons. 3.3 ; JEANDIN, n. 9 ad art. 298 CPC ; STECK, n. 13 ad art. 298 CPC ; HERZIG, n. 405.

pathogènes, de conflit familial aigu, de dissensions concernant le sort des enfants ou de troubles reconnaissables chez l'enfant, âge de l'enfant, etc.)²⁷.

4) Les motifs permettant de renoncer à l'audition de l'enfant

Le juge peut renoncer à entendre l'enfant si son âge ou d'autres justes motifs s'y opposent (art. 298 al. 1 *in fine* CPC et art. 314a al. 1 *in fine* CC).

Un âge inférieur à six ans s'oppose généralement à une telle audition (pour les détails, voir *supra* II/B/2)²⁸.

Les autres justes motifs qui dispensent le juge d'entendre l'enfant relèvent de son pouvoir d'appréciation et dépendent des circonstances du cas d'espèce. Dans la mesure où l'absence d'audition porte une atteinte non négligeable aux droits de l'enfant, le tribunal doit faire preuve de retenue avant de prendre une telle décision.

Les « autres justes motifs » sont notamment les suivants²⁹ :

- le refus crédible de l'enfant lui-même d'être entendu³⁰ ;
- le risque que l'audition porte atteinte au bien de l'enfant (santé psychique ou physique) ;
- la crainte fondée de représailles contre l'enfant ;
- un séjour durable de l'enfant à l'étranger ;
- le besoin qu'une mesure urgente soit ordonnée, sans que l'on puisse retarder la prise de décision pour une telle audition ;
- l'absence du moindre contact régulier, depuis de nombreuses années, avec le parent dont l'enfant est censé parler³¹.

En outre, il convient d'éviter la répétition des auditions, lorsque cela représenterait une tension insupportable pour l'enfant (par exemple, en cas de conflit de loyauté aigu) et que l'on ne peut attendre aucun nouveau résultat d'une audition supplémentaire ou que l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition³². Le juge peut alors se fonder sur les résultats de l'audition effectuée par le tiers, pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel indépendant et qualifié, que l'enfant ait été interrogé sur les

²⁷ TF du 18 septembre 2012, 5A_465/2012, cons. 3.1.2 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.1.

²⁸ *Contra* : HERZIG, n. 407, qui préconise de fixer la limite entre trois et quatre ans.

²⁹ ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.3.1 ; JEANDIN, n. 12 ad art. 298 CPC ; MEIER, p. 407 sv. ; STECK, n. 16 sv. ad art. 298 CPC ; RUMO-JUNGO, p. 123 ; SCHÄFER-ALTIPARMAKIAN, n. 21 ad art. 144 CC.

³⁰ Pour les détails, voir RAEMY, p. 43 sv dans le présent ouvrage.

³¹ ATF 124 III 90, JdT 1998 I 272, cons. 3c ; Arrêt du tribunal cantonal du canton de Neuchâtel du 18 décembre 2012, RSJ 2013 394 ss ; MEIER, p. 407 sv.

³² ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 4 ; TF du 3 février 2015, 5A_411/2014, cons. 2.2 ; TF du 24 mars 2014, 5A_869/2013, cons. 2.1.1 ; TF du 14 février 2013, 5A_911/2012, cons. 7.2.2 ; TF du 12 mars 2012, 5A_701/2011, cons. 2.2.2 ; TF du 3 août 2011, 5A_467/2011, cons. 6.1 ; TF du 14 juillet 2011, 5A_397/2011, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.1 ; TF du 3 juin 2010, 5A_89/2010, cons. 4.1.2.

éléments décisifs pour l'affaire à juger et que l'audition, respectivement ses résultats, soient actuels³³. A ces conditions, même une expertise demandée dans une autre procédure est suffisante³⁴. En revanche, à mon sens et contrairement à ce qui a été soutenu dans un arrêt non publié du Tribunal fédéral, le fait que l'enfant ait eu l'occasion de s'exprimer par l'intermédiaire de son curateur de procédure ne suffit pas³⁵ ; il convient d'ailleurs de souligner que dans cette affaire, l'enfant avait également été entendu par l'autorité de protection de l'enfant³⁶.

C) La prise en compte de la parole de l'enfant

1) Les principes

L'opinion de l'enfant doit toujours être prise en considération. Cela ne signifie pas qu'elle l'emporte toujours³⁷. En effet, bien que la volonté de l'enfant fasse partie des critères déterminants dont le juge doit tenir compte lorsqu'il prend sa décision, l'enfant, même capable de discernement, n'a pas de droit à décider librement avec qui il souhaite vivre³⁸.

L'importance qu'il convient d'accorder aux désirs émis par l'enfant dépend de son degré de maturité et de développement. Ainsi, le Tribunal fédéral a établi des tranches d'âges déterminant le degré de prise en compte de l'avis de l'enfant.

Outre le critère de l'âge de l'enfant, le juge doit bien entendu tenir compte des circonstances du cas d'espèce. Ainsi, il convient notamment de s'assurer que le désir de l'enfant de vivre avec l'un de ses parents traduit bien une relation affective étroite et n'exprime pas une aspiration à plus de liberté ou à des avantages matériels³⁹. Il faut en outre examiner si la volonté clairement exprimée par l'enfant a été influencée par l'un des parents ou par un tiers et même si c'est le cas, cette volonté ne doit pas être ignorée⁴⁰.

La prise en compte de tous ces paramètres donne lieu à une jurisprudence parfois difficile à cerner, car elle est en étroite relation avec les circonstances du cas d'espèce. Certains principes ressortent cependant des arrêts du Tribunal fédéral traitant du sujet. J'examinerai ces principes, tout d'abord lorsque l'enfant auditionné a moins de six ans (*infra* 2), puis lorsqu'il est âgé de six à onze ans

³³ ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 4 ; TF du 14 février 2013, 5A_911/2012, cons. 7.2.2 ; TF du 3 août 2011, 5A_467/2011, cons. 6.1 ; TF du 14 juillet 2011, 5A_397/2011, cons. 2.4 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.1 ; STECK, n. 12 et 22 ad art. 298 CPC ; HERZIG, n. 405.

³⁴ ATF 133 III 553, JdT 2008 I 244, cons. 4 ; TF du 14 juillet 2011, 5A_397/2011, cons. 2.4.

³⁵ Voir également RUMO-JUNGO, p. 124.

³⁶ TF du 23 juillet 2012, 5A_432/2012, cons. 3.2.

³⁷ TF du 22 juillet 2014, 5A_428/2014, cons. 6.1 ; SCHÄFER-ALTIPARMAKIAN, n. 8 ad art. 144 CC.

³⁸ TF du 22 juillet 2014, 5A_428/2014, cons. 6.1.

³⁹ ATF 122 III 401, JdT 1997 I 638, cons. 3b ; SCHÄFER ALTIPARMAKIAN, n. 8 ad art. 144 CC.

⁴⁰ Arrêt du tribunal cantonal du canton de St-Gall du 4 août 2006, FamPra 2006 763 ss, cons. 2d/cc ; SCHÄFER ALTIPARMAKIAN, n. 8 ad art. 144 CC.

(*infra* 3) et enfin lorsqu'il a au moins onze ans (*infra* 4). J'illustrerai les principes en analysant un (ou plusieurs) arrêt(s) représentatif(s).

2) La prise en compte de l'avis d'un enfant de moins de six ans

Comme je l'ai mentionné plus haut (voir *supra* II/B/2), le Tribunal fédéral n'exige pas l'audition des enfants de moins de six ans. Celle-ci est cependant autorisée. Si elle a lieu, les principes applicables sont les mêmes que ceux relatifs aux enfants âgés de six à onze ans (voir *infra* 3).

3) La prise en compte de l'avis d'un enfant âgé de six à onze ans

Entre six et onze ans, l'enfant n'est pas encore en mesure de s'exprimer en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs, ni de formuler une volonté stable⁴¹. Il ne peut bien entendu pas non plus saisir réellement les enjeux juridiques de la procédure en cours.

Les principes suivants ressortent de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la prise en compte de la volonté des enfants de cette tranche d'âge.

1. *L'audition de l'enfant, à cet âge-là, vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source d'informations complémentaires, sans rechercher une détermination précise de l'enfant quant à l'issue juridique de la procédure*⁴².

TF du 10 février 2012, 5A_593/2011

Cet arrêt donne un exemple concret de la façon dont les déclarations d'un enfant de neuf ans peuvent être interprétées. Il traite du sort d'un enfant né pendant la durée d'un mariage, mais dont le mari n'est pas le père biologique. L'ayant appris, ce dernier a continué à assumer pleinement son rôle de père, malgré la séparation puis le divorce du couple. Il a continué à entretenir des relations très régulières avec cet enfant, disposant d'un large droit de visite qu'il a toujours exercé. Il a également continué à subvenir à son entretien, par le biais du versement d'une pension, et s'est associé à la prise de toutes les décisions importantes concernant l'enfant.

Le père biologique de l'enfant a été informé de son statut. Il a également régulièrement entretenu des contacts avec son fils, malgré quelques coupures suite à des disputes avec la mère de l'enfant. A la suite d'une altercation avec la mère de l'enfant, les relations entre l'enfant et son père biologique se sont espacées, contre le gré de ce dernier, puis ont complètement cessé. Le père biologique a dès lors introduit une requête

⁴¹ TF du 21 octobre 2014, 5A_554/2014, cons. 5.1.2 ; TF du 2 décembre 2013, 5A_799/2013, cons. 5.7.

⁴² ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.2 ; TF du 21 octobre 2014, 5A_554/2014, cons. 5.1.2 ; TF du 24 mars 2014, 5A_869/2013, cons. 2.1.1 ; TF du 23 décembre 2013, 5A_557/2013, cons. 2.1 ; TF du 2 décembre 2013, 5A_799/2013, cons. 5.7 ; TF du 10 février 2012, 5A_593/2011, cons. 3.2 ; TF du 12 mars 2010, 5A_119/2010, cons. 2.1.3.

tendant à ce qu'un curateur soit nommé à l'enfant aux fins d'intenter une action en désaveu de paternité, d'établir sa paternité, de mettre sur pied une convention d'entretien avec lui et de régler les relations personnelles entre lui-même et son fils. Le père légal et la mère se sont opposés à cette requête.

L'enfant, auditionné à l'âge de neuf ans, a indiqué vouloir continuer à voir son père légal et son père biologique de la même manière que jusqu'à présent, c'est-à-dire une fois par semaine et un weekend sur deux pour le premier ainsi qu'un jour toutes les deux semaines et un week-end par mois pour le second.

Le Tribunal fédéral a déduit de ces déclarations que par cette remarque, l'enfant démontrait sa volonté que les choses soient maintenues en l'état, et, par voie de conséquence, qu'il n'était pas dans son intérêt actuel d'introduire une action en désaveu. Le Tribunal fédéral a en outre estimé que le fait que l'enfant n'ait pas réellement saisi les enjeux juridiques de la procédure en cours n'était pas déterminant, l'audition de l'enfant, à cet âge-là, n'ayant pas pour but de rechercher une détermination précise de l'enfant quant à l'issue juridique de la procédure.

2. *Dans la mesure où les jeunes enfants ne peuvent pas s'exprimer en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable, il ne convient pas de les interroger sur leurs désirs concrets par rapport à leur attribution à l'un ou à l'autre de leurs parents*⁴³.

TF du 12 mars 2010, 5A_119/2010

Dans cette affaire, deux enfants ont été auditionnés, mais ils n'ont pas été interrogés sur la question de l'attribution de l'autorité parentale. Le cadet, âgé de sept ans, a émis le souhait de « retourner chez papa et maman » et l'aîné, âgé de 10 ans, s'est prononcé de la manière suivante : « la situation m'oblige à prendre la décision de choisir d'aller vivre chez papa à cause de l'école ».

Le Tribunal fédéral a estimé qu'avant un âge variant entre onze et treize ans, l'audition de l'enfant vise avant tout à 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. Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou à l'autre de leurs parents.

⁴³ ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.2 ; TF du 12 mars 2010, 5A_119/2010, cons. 2.1.3 ; STECK, n. 19 ad art. 298 CPC.

A mon sens, ce principe est discutable. En effet, il est selon moi possible – et même souhaitable – d’interroger un enfant de moins de onze sur ses désirs d’attribution à l’un ou l’autre de ses parents. C’est d’ailleurs principalement pour répondre à cette question que l’enfant est entendu. Cela ne signifie évidemment ni qu’il faille exaucer ses souhaits, ni qu’ils soient l’expression d’une volonté libre et stable.

3. *Lorsque des enfants de cet âge ont de bonnes relations avec chacun des parents et que ceux-ci ont les mêmes capacités éducatives, les critères de la disponibilité et de la stabilité ont la priorité sur les souhaits de l'enfant*⁴⁴.

TF du 23 décembre 2005, 5P.345/2005

Dans cette affaire, le Tribunal fédéral a dû se prononcer sur un recours contre un prononcé de mesures protectrices de l’union conjugale, les deux enfants, habitant chez leur mère, mais émettant le souhait d’aller vivre chez leur père.

Le Tribunal fédéral a estimé que les capacités éducatives des père et mère semblaient égales et que l’épouse, n’exerçant pas d’activité professionnelle, était plus disponible que le mari, bien que celui-ci ne travaille pas à temps plein.

Le Tribunal fédéral a relevé que des témoignages prouvaient que, durant la vie commune, les enfants avaient été pris en charge par le père de manière prépondérante ; cependant la mère n’employait plus de nurse et avait abandonné certaines de ses activités. Elle s’occupait désormais principalement de ses enfants lorsqu’ils étaient auprès d’elle.

Lors de leur audition, le cadet, âgé de dix ans, a paru très déterminé quant à sa volonté d’aller vivre chez son père, alors que l’aîné, âgé de onze ans, s’est montré plus nuancé. Le Tribunal fédéral a estimé que les enfants avaient certes affirmé vouloir vivre chez leur père, mais qu’ils ne rejetaient pas leur mère et ne refusaient pas tout contact avec elle ; il n’y avait ainsi pas lieu de considérer qu’ils exprimaient un désir d’attribution qui reflèterait un lien affectif étroit, voire exclusif, avec l’autre parent ; en tout état de cause, les enfants entretenaient de bonnes relations avec leurs deux parents. La relation avec la mère semblait plus stricte et plus « cadrante ». Il importait d’éviter des changements inutiles dans l’environnement local et social des enfants, qui vivaient avec leur mère depuis la séparation des parties.

Le Tribunal fédéral a conclu en affirmant que la prise en compte de l’avis de l’enfant ne signifie pas qu’il faille lui demander s’il veut continuer à vivre auprès de son père ou de sa mère, mais que le juge doit plutôt se

⁴⁴ TF du 23 décembre 2005, 5P.345/2005, cons. 3.5.

faire une idée de l'importance qu'ont les parents aux yeux de l'enfant. Il convient donc de ne pas s'attarder sur la volonté des enfants, mais de privilégier les critères de stabilité et de disponibilité.

Cet arrêt illustre bien le principe de la priorité des critères de disponibilité et de stabilité. Si ce principe est justifié, les arguments que le Tribunal fédéral met en avant sont, à mon sens, en partie discutables. En effet, les juges font peu de cas de l'investissement du père envers les enfants pendant le mariage. En outre, il me semble un peu rapide de conclure que, parce que les enfants ne rejettent pas leur mère, le lien affectif avec le père n'est pas étroit.

4) La prise en compte de l'avis d'un enfant d'au moins onze ans

Entre onze et treize ans (parfois douze ans), on considère, en psychologie infantine, qu'un enfant est capable d'effectuer des activités mentales de logique formelle et qu'il possède la capacité de différenciation et d'abstraction⁴⁵. Ainsi, l'enfant arrive à pondérer les avantages et les inconvénients d'événements futurs sans rester accroché au présent. Un enfant de cet âge peut accepter que les adultes aient des avis divergents et comprendre qu'il est important d'avoir son propre avis sur la question. On le considère capable de discernement⁴⁶.

Les principes suivants ressortent de la jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la prise en compte de la volonté des enfants de cette tranche d'âge.

1. *L'avis de l'enfant doit être suivi, pour autant que cela soit compatible avec son intérêt*⁴⁷.

TF du 14 juillet 2011, 5A_397/2011

Lors d'une procédure de divorce, la garde a été enlevée aux deux parents et l'autorité parentale attribuée au père. La mère a recouru jusqu'au Tribunal fédéral en exigeant l'audition de sa fille de treize ans qui, selon elle, manifestait le désir d'emménager avec elle. Or, l'enfant avait déjà été interrogée moins d'un an auparavant et elle avait semblé très sensible aux changements de son milieu. Elle avait demandé « un partage mathématique de la garde et qu'on lui fiche la paix ». L'expertise disait d'ailleurs que l'attribution de la garde à la mère irait à l'encontre du bien de l'enfant. Le Tribunal fédéral a donc considéré que même si une telle volonté de l'enfant existait, elle ne pourrait être suivie car l'attribution de la garde à la mère contreviendrait au bien de l'enfant.

⁴⁵ ATF 131 III 553, JdT 2006 I 83, cons. 1.2.2 ; TF du 9 janvier 2014, 5A_756/2013, cons. 4.1 ; TF du 10 février 2012, 5A_593/2011, cons. 3.2 ; TF du 12 mars 2010, 5A_119/2010, cons. 2.1.3 ; STECK, n. 15 ad art. 298 CPC.

⁴⁶ TF du 12 mars 2012, 5A_701/2011, cons. 2.2.2 ; TF du 3 juin 2010, 5A_89/2010, cons. 4.1.2.

⁴⁷ TF du 22 juillet 2014, 5A_428/2014, cons. 6.1 ; TF du 14 juillet 2011, 5A_397/2011, cons. 2.4 ; TF du 31 octobre 2007, 5A_293/2007, cons. 5.1 ; TF du 6 novembre 2009, 5A_531/2009, cons. 3.

TF du 31 octobre 2007, 5A_293/2007

Cet arrêt précise, dans le cadre de l'attribution de la garde, que les souhaits d'un enfant ne peuvent être suivis que si les deux parents sont considérés comme aptes à exercer l'autorité parentale. Tel n'était pas le cas en l'espèce, puisque s'ils avaient été attribués au père, les trois enfants seraient à la charge de sa belle-sœur qui avait déjà elle-même trois enfants, alors que la mère des enfants pouvait s'en occuper. Pour cette raison, l'avis des enfants, âgés de onze et treize ans au moment de leur audition, n'a pas été pris en considération, sans même que le Tribunal fédéral ne tranche la question de savoir si l'enfant avait ou non été manipulé.

TF du 6 novembre 2009, 5A_531/2009

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas suivi l'avis des enfants, âgés de dix et quinze ans, dans l'attribution de la garde. Ceux-ci disaient en effet vouloir retourner auprès de leur mère. Cependant, il est ressorti de l'audition des enfants et des différents avis des maîtres d'école que les enfants disaient vouloir retourner auprès de leur mère surtout par pitié et pour la protéger car elle était peu stable, alors qu'ils affirmaient tous deux que la situation auprès de leur père leur convenait.

TF du 22 juillet 2014, 5A_428/2014

Dans le cadre d'une demande de modification de mesures de protection de l'enfant, le Tribunal fédéral a rappelé que les art. 12 CDE et 298 CPC garantissent à l'enfant le droit de se forger sa propre opinion, de l'exprimer et de se faire entendre. Cependant, la volonté exprimée par l'enfant est un critère parmi d'autres. Ainsi, même capable de discernement, l'enfant ne dispose pas d'un droit de décider librement avec qui il souhaite vivre.

Le Tribunal fédéral a estimé qu'au vu des circonstances du cas d'espèce, le critère de la stabilité de la prise en charge devait l'emporter sur le désir exprimé par l'enfant de retourner vivre chez sa mère, car il correspondait à l'intérêt de l'enfant. En effet, la situation actuelle fonctionnait, ce qui signifiait que la solution prévue initialement par les parents avait fait ses preuves. En outre, le retour de l'enfant auprès de sa mère constituerait un nouveau changement apportant immanquablement de l'instabilité.

2. *A mesure que l'enfant grandit et mûrit, il convient de tenir de plus en plus compte de son avis dans la décision ; sa position devient plus claire et il la fait valoir plus fermement*⁴⁸.

TF du 17 octobre 2014, 5A_719/2013

Dans cet arrêt, les enfants, âgés de douze et treize ans lors de leur audition, ont fait savoir qu'ils préféreraient ne plus avoir de contacts avec leur père et qu'en tout cas, ils ne voulaient pas de réglementation du droit de visite prédéterminée.

Le Tribunal fédéral a rappelé que le refus complet du droit aux relations personnelles est une *ultima ratio*, la relation de l'enfant avec ses deux parents étant importante, selon les connaissances pédo-psychiques. En outre, la présence d'un référent paternel est fondamentale pour le développement d'un garçon.

Le Tribunal fédéral a ensuite reconnu que l'avis d'un enfant, surtout s'il est constant et tend à la sauvegarde de son bien, est un critère d'appréciation important à partir de l'âge de douze ans. Il l'est davantage encore si l'enfant est plus âgé et si son souhait est fermement exprimé. Cependant, le Tribunal fédéral a souligné que l'enfant ne peut décider seul ni du parent auprès duquel il veut vivre, ni des conditions des relations personnelles. Les motifs invoqués par les enfants pour ne pas voir leur père ne justifient pas un refus complet.

Au vu de tous ces éléments, le Tribunal fédéral a estimé qu'une réduction du droit de visite par rapport aux modalités usuelles était justifiée, notamment au vu des difficultés qui pourraient survenir en relation avec l'exécution de la décision si les enfants s'y opposaient.

TF du 29 mars 2011, 5A_160/2011

Dans cet arrêt, une mère demandait l'élargissement de son droit de visite qui consistait en une rencontre de quatre heures par mois. L'enfant, auditionné à l'âge de treize-quatorze ans, a exprimé son refus de se rendre plus d'une fois par mois pendant quatre heures chez sa mère.

Le Tribunal fédéral a suivi la volonté de l'enfant, estimant que le refus de l'enfant de voir sa mère ne devait pas être interprété comme une punition envers le choix de vie de celle-ci (qui vivait en concubinage avec une autre femme) ni comme la preuve qu'il était victime d'un syndrome d'aliénation parentale. Au contraire, le Tribunal fédéral a jugé que les réflexions de cet enfant étaient compréhensibles au vu de son âge et de son expérience de la vie. Sa façon de voir serait le reflet d'une relation proche avec un père présent, protecteur et soutenant, ayant un mode de vie

⁴⁸ TF du 17 octobre 2014, 5A_719/2013, cons. 4.4 ; TF du 29 mars 2011, 5A_160/2011, cons. 5.1 ; TF du 23 mai 2013, 5A_120/2013, cons. 2.3 ; TF du 21 novembre 2011, 5A_234/2011, cons. 3.4.2.

auquel son enfant peut s'identifier, au contraire de la relation qu'il peut entretenir avec une mère souvent absente et dont il ne comprend pas le mode de vie.

Le Tribunal fédéral a relevé qu'à mesure que l'enfant grandit et mûrit, il convient de tenir de plus en plus compte de son avis, sa position devenant plus claire et plus ferme, jusqu'à ce qu'un droit de visite instauré contre la volonté ferme de l'enfant ne se justifie plus et ne soit de toute façon plus exécutable. Imposer à un enfant un contact avec l'un de ses parents, malgré une forte opposition de sa part, constituerait une atteinte à sa personnalité.

Le Tribunal fédéral a ajouté qu'une réglementation émanant d'un tribunal contre l'avis de l'enfant agissait généralement de manière négative sur la relation mère-enfant et menait le plus souvent à une rupture définitive de la relation. Beaucoup d'enfants, obligés de rendre visite au parent non gardien par le biais d'une décision de justice rigide ou une convention non flexible entre les parents, auraient complètement coupé les liens par la suite. Un appel à l'autodétermination pourrait amener l'enfant, au cours de son adolescence, à revoir son jugement sur ses parents en abandonnant le parti pris pour l'un de ses parents et en se tournant à nouveau de son plein gré vers l'autre parent.

Enfin, selon le Tribunal fédéral, à l'âge de treize-quatorze ans, l'enfant a atteint un âge auquel il peut se forger sa propre opinion et apprécier les conséquences de sa décision. Ainsi, il convient d'admettre que cet enfant est capable de discernement et que sa volonté doit être respectée.

A mon sens, les considérants de cet arrêt sont en partie critiquables. En effet, l'adolescence est une période délicate, souvent conflictuelle à l'égard des parents. Le Tribunal fédéral prétend qu'à treize ou quatorze ans, un enfant peut apprécier les conséquences de sa décision de ne plus voir l'un de ses parents. Or, à cet âge, un enfant n'est pas encore en mesure de comprendre l'ampleur de son refus de voir l'un de ses parents sur sa vie d'adulte. En revanche, la décision de ne pas étendre le droit de visite de l'enfant contre sa volonté me semble adéquate si elle permet aux relations personnelles, aussi rares soient-elles, de perdurer.

TF du 23 mai 2013, 5A_120/2013

Il s'agit d'une affaire dans laquelle un époux avait fait l'objet d'une interdiction d'entrée en Suisse d'une durée de cinq ans, suite à des condamnations pénales (menaces proférées à l'encontre de son épouse). Une fois les cinq ans écoulés, il a demandé une modification du jugement de divorce afin qu'un droit de visite sur son fils lui soit accordé.

Lors de la première audition de l'enfant, celui-ci a déclaré ne pas avoir de souvenir de l'époque où il voyait son père. Selon le Tribunal fédéral, il ne s'agit donc pas de maintenir une relation affective préexistante mais d'en construire une *ab ovo*, ce qui apparaît impossible, le père étant domicilié en Algérie et l'enfant en Suisse. En effet, ce dernier n'est pas du tout disposé à se rendre en Algérie pour voir son père. S'il espère reprendre contact avec lui lorsqu'il aura au minimum seize ans, voire une fois adulte, il n'imagine pas le rencontrer seul pour le moment. Même si ses craintes peuvent refléter celles de sa mère, on ne peut en faire abstraction. En outre, la personnalité du père, de même que son comportement, notamment à l'égard de son ex-épouse et de sa belle-famille, établissent que ces craintes ne sont pas dénuées de fondement.

Selon le Tribunal fédéral, obliger l'enfant, âgé de 15 ans au moment du jugement du Tribunal fédéral, à renouer des liens avec son père risquerait clairement de perturber son développement. De plus, lui imposer des contacts téléphoniques ou écrits avec celui-ci revêtirait peu de sens dès lors que, vu son âge, il pourrait difficilement être contraint de s'exécuter. Il peut le contacter s'il le souhaite puisqu'il dispose de ses coordonnées et de son adresse électronique.

Au vu de ces éléments, le Tribunal fédéral n'a pas estimé que l'instauration d'un droit de visite, même restreint ou surveillé, répondrait au bien de l'enfant, nonobstant la fin de la mesure d'expulsion ordonnée à l'égard du père.

5) Quelques considérations personnelles

A la lecture de ces résumés d'arrêtés, la jurisprudence peut paraître fluctuante. A mon sens, il convient de garder à l'esprit que les circonstances du cas d'espèce jouent un rôle considérable dont il est difficile de rendre compte en quelques lignes. On peut en outre remarquer les constantes suivantes :

- le Tribunal fédéral tient plus difficilement compte de l'avis de l'enfant lorsqu'il s'agit de modifier une réglementation préexistante, en particulier si elle fonctionne relativement bien ;
- concernant les enfants capables de discernement, le Tribunal fédéral a tendance à suivre leur avis, pour autant qu'un semblant de relations personnelles perdure ;
- concernant les enfants capables de discernement, le Tribunal fédéral a tendance à suivre leur volonté de ne plus voir l'un des parents, si les relations personnelles avec ce dernier ont totalement cessé depuis plusieurs années.

D) Le compte rendu de l'audition

L'audition de l'enfant doit se dérouler hors la présence des parties, de leurs représentants et même du curateur⁴⁹. Certains auteurs estiment que l'audition peut exceptionnellement se faire en présence du curateur de l'enfant⁵⁰.

L'audition doit toutefois faire l'objet d'un procès-verbal sur lequel seules les informations nécessaires à la décision sont consignées (art. 298 al. 2 CPC et 314a al. 2 CC). L'établissement de ce document constitue une démarche délicate : il convient de préserver l'espace de liberté en vertu duquel l'enfant s'est confié dans un contexte difficile, tout en respectant le droit d'être entendu des parties qui doivent pouvoir apprécier les critères en vertu desquels le juge a statué⁵¹. Conformément à une jurisprudence bien établie, il suffit que les parents puissent se déterminer sur le contenu de l'audition, sur la base du compte rendu⁵². Ce dernier peut être lapidaire. Il doit uniquement contenir les résultats importants de l'audition, à savoir les souhaits de l'enfant quant à sa prise en charge. Les parents n'ont pas de droit à connaître les motivations de l'enfant et ne peuvent bien entendu pas requérir de confrontation avec leur enfant⁵³.

E) Le droit de recourir

Dans le cadre d'une procédure matrimoniale, la décision par laquelle le tribunal tranche la question de l'audition de l'enfant (art. 298 al. 1 CPC) peut être remise en cause par les parties au litige⁵⁴ :

- soit séparément, par la voie du recours, dans un délai de 10 jours, à charge pour la partie recourante d'établir le risque de la survenance d'un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 et 321 al. 2 CPC) ;
- soit simultanément à la remise en cause de la décision finale (art. 319 let. a CPC).

L'art. 298 al. 3 CPC prévoit en outre, pour l'enfant capable de discernement, la possibilité d'interjeter un recours contre un refus du tribunal d'ordonner son audition. Il s'agit d'une voie de recours spécifique en faveur de l'enfant, non partie à la procédure. Les conditions suivantes doivent cependant être remplies⁵⁵ :

- le juge doit rendre une ordonnance d'instruction (art. 319 let. b ch. 1 CPC) ; en cas d'absence de décision sur l'audition, nonobstant la requête de l'enfant, c'est l'art. 319 let. c CPC, qui prévoit le déni de justice formel, que l'enfant invoquera ;

⁴⁹ JEANDIN, n. 13 ad art. 298 CPC ; apparemment également dans ce sens : HERZIG, n. 410.

⁵⁰ STECK, n. 21 ad art. 298 CPC.

⁵¹ JEANDIN, n. 14 ad art. 298 CPC ; pour un exemple de compte rendu, voir RAEMY, p. 48 sv. du présent ouvrage.

⁵² ATF 122 I 53, cons. 4a ; TF du 5 juin 2015, 5A_88/2015, cons. 3.3.1 ; JEANDIN, n. 14 ad art. 298 CPC ; STECK, n. 24 ad art. 298 CPC.

⁵³ TF du 5 juin 2015, 5A_88/2015, cons. 3.3.2 ; STECK, n. 21 ad art. 298 CPC.

⁵⁴ JEANDIN, n. 16 ad art. 298 CPC.

⁵⁵ JEANDIN, n. 17 sv. ad art. 298 CPC.

- l'enfant doit être capable de discernement ; à cette condition, il peut signer lui-même son recours même s'il n'a pas l'exercice des droits civils, dans la mesure où cette démarche entre dans le cadre de l'exercice de ses droits strictement personnels (art. 67 al. 3 let. a CPC) ;
- il doit s'agir d'un refus d'entendre l'enfant ; ce dernier ne peut jamais recourir contre la décision de l'entendre ; en effet, si l'enfant ne désire pas être entendu par le tribunal malgré une décision allant dans ce sens, il lui suffit d'en informer le tribunal ; aucune sanction ne peut être prise à son encontre (voir *supra* II/B/4).

Dans ce cadre, le tribunal peut bien entendu désigner, spontanément ou sur requête de l'enfant, un curateur de procédure (pour plus de détails, voir *infra* III)⁵⁶.

Puisqu'il s'agit d'une ordonnance d'instruction, l'enfant dispose d'un délai de 10 jours dès la notification de la décision pour recourir (art. 321 al. 2 CPC).

Le recours ne déploie pas d'effet suspensif automatique⁵⁷. Cependant, l'autorité supérieure peut ordonner – d'office ou sur requête – la suspension de la procédure au fond au titre de mesure conservatoire (art. 325 al. 2 CPC).

La décision de dernière instance cantonale constitue une décision finale au sens de l'art. 90 LTF, contre laquelle l'enfant peut recourir par le biais du recours en matière civile au Tribunal fédéral (art. 72 al. 2 let. b ch. 7 LTF)⁵⁸. En cas d'admission du recours, le Tribunal fédéral annule directement l'arrêt et renvoie la cause à l'autorité inférieure, afin qu'elle prenne en considération la question de l'audition des enfants⁵⁹.

Concernant les mesures de protection de l'enfant, l'art. 314a al. 3 CC permet à l'enfant d'attaquer la décision du juge refusant de l'entendre. Au surplus, le droit fédéral ne contient aucune disposition expresse concernant la possibilité d'attaquer les décisions préjudicielles (notamment celles relatives à l'audition de l'enfant). La possibilité de contester ce type de décisions est réglée par le droit cantonal. A défaut de règles cantonales, ce sont les dispositions du Code de procédure civile qui s'appliquent par analogie (art. 450f CC).

III. La représentation de l'enfant

A) Généralités

Les art. 299 sv. CPC prévoient la représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents. Ces articles s'appliquent à toutes les procédures matrimoniales de caractère judiciaire (y compris les mesures protectrices de

⁵⁶ JEANDIN, n. 18 ad art. 298 CPC.

⁵⁷ JEANDIN, n. 13 ad art. 298 CPC ; MEIER, L'enfant, p. 37 ss.

⁵⁸ ATF 5A_183/2009, cons. 1 ; MEIER, L'enfant, p. 37 ss ; SCHWEIGHAUSER, p.14.

⁵⁹ TF du 5 décembre 2011, 5A_402/2011, cons. 6 ; TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010, cons. 2.4 ; TF du 22 août 2008, 5A_388/2008, cons. 4 ; MEIER, p. 403.

l'union conjugale⁶⁰), ainsi qu'aux procédures indépendantes, de caractère judiciaire aussi, portant sur le lien de filiation, l'entretien d'enfants mineurs de parents non mariés ou l'entretien d'enfants majeurs. Depuis le 1er janvier 2013, l'art. 314a^{bis} CC constitue le fondement d'une représentation indépendante de l'enfant dans toutes les procédures qui entrent dans le domaine de compétence de l'autorité de protection de l'enfant.

Après avoir présenté l'obligation d'ordonner la représentation de l'enfant, ici nommée curatelle de procédure (*infra* B), j'examinerai les pouvoirs conférés au curateur de procédure (*infra* C) et les frais engendrés par la représentation de l'enfant (*infra* D). Je terminerai en exposant les voies de recours (*infra* E)⁶¹.

B) L'obligation d'ordonner une curatelle de procédure

Après avoir examiné les cas dans lesquels une curatelle de procédure doit être ordonnée (*infra* 1), je déterminerai quelles doivent être les compétences de la personne désignée comme curateur de procédure (*infra* 2).

1) Les cas dans lesquels une curatelle de procédure doit être ordonnée

Dans le cadre d'une procédure matrimoniale, l'art. 299 al. 1 CPC prévoit que le tribunal doit ordonner la représentation de l'enfant « si nécessaire » et désigner le curateur de procédure.

La notion de nécessité s'interprète en accord avec le principe fondamental qui gouverne toute procédure matrimoniale, à savoir parvenir à une décision finale qui prenne en compte de façon adéquate le bien de l'enfant. C'est dans la mesure où l'exige la réalisation de cet objectif que le tribunal ordonnera une représentation de l'enfant : en effet, dans certaines situations, la seule application de la maxime inquisitoire et de la maxime d'office n'offre pas de garantie suffisante pour la meilleure sauvegarde possible des intérêts de l'enfant⁶².

Au surplus, il convient de distinguer les cas qui relèvent du pouvoir d'appréciation du juge, des cas où le juge doit nommer un curateur de procédure à l'enfant.

1. L'art. 299 al. 2 CPC énumère une liste de situations dans lesquelles le tribunal doit examiner d'office la question de la représentation de l'enfant :

- lorsque les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ou à des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant ;

⁶⁰ TAPPY, p. 1714.

⁶¹ Pour toutes les questions concernant le rôle du curateur, voir ZERMATTEN, p. 64 ss dans le présent ouvrage.

⁶² JEANDIN, n. 5 ad art. 299 CPC. La notion de nécessité est plus large que celle de « justes motifs » qui prévalait antérieurement au CPC (art. 146 al. 1 aCC) (GASSER/RICKLI, n. 3 ad art. 299 CPC). Pour le surplus, l'art. 299 CPC reprend pour l'essentiel la réglementation de l'art. 146 aCC, de sorte que la jurisprudence rendue sous l'ancien droit s'applique (TF du 31 janvier 2014, 5A_744/2013, cons. 3.2.3 ; TF du 24 juillet 2013, 5A_153/2013, cons. 3.1 ; TF du 18 septembre 2012, 5A_465/2012, cons. 4.1.1).

- lorsque l'autorité de protection de l'enfant ou le père ou la mère le requièrent ;
- lorsque les parents ont déposé des conclusions communes – et non divergentes – sur l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ou la façon dont leurs relations personnelles avec l'enfant sont réglées, mais que le tribunal doute sérieusement de leur bien-fondé, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons ;
- lorsque le tribunal envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant, sur la base de l'audition des parents ou de l'enfant ou pour d'autres raisons.

Dans les situations énumérées ci-dessus, la désignation d'un représentant n'a pas lieu automatiquement et le tribunal n'est pas tenu de rendre une décision formelle à ce propos ; il s'agit d'une possibilité qui relève du pouvoir d'appréciation du juge⁶³.

Le Tribunal fédéral a précisé à plusieurs reprises que la seule circonstance d'un litige relatif au droit de garde, dont l'intensité n'excède pas celle que la plupart des couples rencontre lors d'une procédure de séparation, ne suffit pas à rendre obligatoire l'examen formel de l'opportunité d'instituer une curatelle de procédure, ce d'autant plus si le rapport des autorités de protection de l'enfance n'en mentionne pas le besoin, que ladite autorité a entendu les enfants et que les parents n'ont à aucun moment requis la représentation des enfants⁶⁴.

La question de savoir s'il convient d'ordonner la représentation de l'enfant doit cependant être présente à l'esprit du juge d'un bout à l'autre de la procédure, et doit mener à la nomination d'un curateur dès que le juge acquiert la conviction qu'une telle mesure est nécessaire⁶⁵.

2. L'art. 299 al. 3 CPC prévoit que le tribunal doit désigner un représentant à l'enfant, peu importe que la mesure paraisse nécessaire ou non, lorsque l'enfant en fait lui-même la demande et qu'il est capable de discernement. Il s'agit d'un cas de représentation impératif proprement dit, puisqu'il ne dépend pas de l'appréciation du tribunal⁶⁶.

Afin que l'enfant sache qu'il peut demander à se faire représenter, le juge doit, dans les cas cités à l'art. 299 al. 2, let. a à c CPC, rendre l'enfant attentif à ce droit avec la convocation ou, au plus tard, au moment de l'audition. La remise de

⁶³ TF du 31 janvier 2014, 5A_744/2013, cons. 3.3 ; TF du 24 juillet 2013, 5A_153/2013, cons. 3.1 ; TF du 18 septembre 2012, 5A_465/2012, cons. 4.1.2 ; TF du 25 février 2008, 5A_619/2007, cons. 4.1 ; TF du 27 octobre 2000, 5C.210/2000, cons. 2b ; MEIER, L'enfant, p. 72.

⁶⁴ TF du 18 septembre 2012, 5A_465/2012, cons. 4.2. Voir également TF du 24 juillet 2013, 5A_153/2013, cons. 3.2.

⁶⁵ MEIER, L'enfant, p. 72 ; JEANDIN, n. 9 ad art. 299 CPC.

⁶⁶ TF du 24 juillet 2013, 5A_153/2013, cons. 3.1 ; TF du 31 janvier 2014, 5A_744/2013, cons. 3.2.3 ; TF du 18 septembre 2012, 5A_465/2012, cons. 4.1.2 ; TF du 25 février 2008, 5A_619/2007, cons. 4.1 ; TF du 27 octobre 2000, 5C.210/2000, cons. 2b ; JEANDIN, n. 16 ad art. 299 CPC.

feuilles d'information est également possible. Le risque de déstabiliser l'enfant ou de rallonger la procédure du fait de l'institution d'une telle mesure ne dispense pas d'une information simple et objective⁶⁷.

A mon sens, l'enfant doit pouvoir exiger qu'un curateur de procédure lui soit nommé même s'il est déjà sous curatelle au sens de l'art. 308 CC ou sous l'autorité parentale d'un tuteur au sens des art. 311 al. 2 et 327a ss CC. C'est du reste ce que semble admettre le Tribunal fédéral⁶⁸.

L'enfant peut formuler sa requête à tous les stades de la procédure, y compris devant l'instance cantonale supérieure, mais pas devant le Tribunal fédéral⁶⁹. En effet, le CPC régit la procédure cantonale, mais pas la procédure devant le Tribunal fédéral, cette dernière étant régie par la LTF. Or, cette loi ne prévoit pas la représentation de l'enfant.

Dans le cadre des mesures de protection de l'enfant, l'autorité de protection de l'enfant doit en particulier examiner si elle doit instituer une curatelle de procédure lorsque (art. 314a^{bis} CC) :

- la procédure porte sur le placement de l'enfant⁷⁰ ;
- les personnes concernées déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou à des questions importantes concernant les relations personnelles avec l'enfant.

L'art. 314a^{bis} CC ne confère pas le droit aux parents de demander la représentation de l'enfant. Un tel droit doit cependant leur être reconnu car il découle de leur qualité de parties à la procédure de protection de l'enfant⁷¹.

L'art. 314a^{bis} CC ne prévoit pas non plus expressément la faculté pour l'enfant d'exiger qu'un curateur de procédure lui soit désigné. Cependant, un enfant capable de discernement peut choisir lui-même un représentant, s'il s'agit de sauvegarder ses droits strictement personnels, sur la base de l'art. 19c al. 1 CC⁷².

2) La personne désignée comme curateur de procédure

Au vu des tâches qu'il doit accomplir, le curateur de procédure de l'enfant doit détenir des compétences psychologiques et sociales lui permettant de gagner la

⁶⁷ MEIER, L'enfant, p. 70 ; SCHWEIGHAUSER, p. 14.

⁶⁸ TF du 31 janvier 2014, 5A_744/2013, cons. 3.3.

⁶⁹ TF du 20 septembre 2012, 5A_537/2012, cons. 4 ; TF du 7 juin 2011, 5A_66/2011, cons. 4 ; TF du 29 avril 2010, 5A_154/2010, cons. 2 ; TF du 25 février 2008, 5A_619/2007, cons. 4.2 ; MEIER, L'enfant, p. 70 ; JEANDIN, n. 17 ad art. 299 CPC ; STECK, n. 17 ad art. 299 CPC. Récemment, le Tribunal fédéral a toutefois légèrement assoupli sa jurisprudence. En effet, il a accordé l'assistance judiciaire à l'enfant pour la procédure par-devant le Tribunal cantonal et par-devant son autorité, précisant toutefois qu'en tant que 3^e instance, le Tribunal fédéral n'accepte qu'exceptionnellement de nommer un représentant à l'enfant (TF du 6 août 2013, 5A_473/2013, cons. 8).

⁷⁰ Sont visées les procédures de retrait du droit de déterminer le lieu de résidence (art. 310 CC), de retrait de l'autorité parentale (art. 311 sv. CC), de placement à des fins d'assistance (art. 314b, 327c al. 3 CC), d'adoption (art. 265 ss CC) et d'institution d'une tutelle des mineurs (art. 327a ss CC) (COTTIER, n. 4 ad art. 314a^{bis} CC).

⁷¹ COTTIER, n. 7 ad art. 314a^{bis} CC ; PRADERVAND-KERNEN, p. 33.

⁷² RMA 2012 157 ss, p. 161 ; COTTIER, n. 6 ad art. 314a^{bis} CC ; PRADERVAND-KERNEN, p. 35.

confiance de l'enfant à représenter. Il doit en outre avoir des connaissances juridiques en matière de procédure et de droit matériel⁷³. C'est ce que la loi prévoit aux art. 299 al. 1 CPC et 314a^{bis} CC : le juge doit désigner un curateur expérimenté dans le domaine de l'assistance et en matière juridique.

Les professions qui peuvent entrer en ligne de compte sont les suivantes : avocat, travailleur social, pédagogue social, psychologue, instituteur. Cependant, aucune de ces professions ne suffit à remplir tous les critères sans qu'une formation continue ou supplémentaire ne soit effectuée. Dans la pratique, le cumul de ces compétences mènera bien souvent le juge à désigner un avocat spécialisé en droit de la famille en qualité de curateur, même si l'exercice de telles fonctions n'exige pas le brevet d'avocat et pourrait aussi être confié, par exemple, à un assistant social expérimenté⁷⁴.

C) Les pouvoirs conférés au curateur de procédure

Lorsque l'enfant est représenté par un curateur de procédure, l'art. 300 CPC prévoit que le représentant de l'enfant peut déposer des conclusions et interjeter recours dans les domaines suivants :

- les décisions relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ;
- les questions importantes concernant les relations personnelles⁷⁵ ;
- les mesures de protection de l'enfant.

L'art. 300 CPC énumère de façon exhaustive les compétences du curateur de procédure ; celles-ci peuvent toutefois se cumuler.

Les aspects litigieux en relation avec les contributions d'entretien ou l'attribution du logement familial sont hors du champ des art. 299 sv. CPC, le législateur ayant considéré que la maxime inquisitoire et la maxime d'office suffisaient à assurer une prise en compte adéquate des intérêts de l'enfant à cet égard⁷⁶.

Le curateur de procédure jouit des mêmes droits que les parties au litige, dans les limites des prérogatives procédurales que lui confère l'art. 300 CPC ; le curateur de procédure a notamment le droit de consulter le dossier et de s'en faire délivrer une copie (art. 53 al. 2 CPC), le droit de participer aux audiences et

⁷³ BLUM/WEBER KHAN, p. 40 ; voir également COTTIER, n. 8 ad art. 314a^{bis} CC.

⁷⁴ TF du 20 septembre 2012, 5A_537/2012, cons. 4 ; JEANDIN, n. 7 ad art. 299 CPC ; STECK, n. 11 ad art. 300 CPC.

⁷⁵ Dans le doute, il convient de présumer cette importance. Ainsi, on admet qu'il s'agit d'une question importante lorsqu'il en va de l'accompagnement ou non du droit de visite, de son refus pur et simple, de l'absence de droit de visite pendant les vacances ou d'un droit de visite très nettement réduit par rapport à la norme. En revanche, la question de savoir quel(s) jour(s) de la semaine le droit de visite doit être exercé ne doit généralement pas être considérée comme une question importante (MEIER, L'enfant, p. 73 ; GASSER/RICKLI, n. 2 ad art. 300 CPC ; JEANDIN, n. 4 ad art. 300 CPC ; STECK, n. 18 ad art. 300 CPC).

⁷⁶ JEANDIN, n. 5 ad art. 300 CPC ; STECK, n. 19 ad art. 300 CPC.

celui de requérir des mesures d'instruction⁷⁷. Ainsi, l'enfant acquiert dans la procédure, par l'intermédiaire de son curateur de procédure, un rôle d'intervenant principal *sui generis*, qui fait valoir ses propres intérêts⁷⁸.

D) Les frais de représentation

Avant d'examiner le montant de la rémunération du curateur de procédure (*infra* 2), je traiterai de la prise en charge des frais de représentation (*infra* 1).

1) La prise en charge des frais de représentation

Les frais de représentation de l'enfant sont des frais judiciaires (art. 95 al. 2 let. e CPC)⁷⁹. Dans la mesure où l'on se trouve dans un litige du droit de la famille, ces frais peuvent être répartis en équité, selon la libre appréciation du tribunal (art. 107 al. 1 let. c CPC). Dans sa décision, le tribunal devrait tenir compte du fait que la curatelle de procédure est une mesure de protection *sui generis* de l'enfant : les frais de représentation font partie de l'entretien de l'enfant (art. 276 al. 1 CC)⁸⁰.

Lorsque les parents ne sont pas en mesure d'assumer de tels frais, l'enfant a droit à l'assistance judiciaire (art. 118 al. 1 let. b CPC) et les frais sont payés par l'Etat.

A mon sens, les frais ne doivent pas être mis à la charge de l'enfant personnellement, à moins que ce dernier dispose de revenus ou d'une fortune importants ou dans des cas extrêmes, car ces frais sont presque toujours engendrés par des parents qui ne parviennent pas à se mettre d'accord⁸¹. Dans l'arrêt du Tribunal fédéral du 31 janvier 2014, 5A_744/2013, les juges fédéraux ont toutefois rejeté le recours d'un enfant tendant à la désignation d'un curateur de procédure ainsi que la requête d'assistance judiciaire que l'enfant avait interjetée par l'intermédiaire de sa curatrice de procédure (pour absence de chances de succès), mettant les frais (se montant à CHF 1'000.-) à la charge de l'enfant. A mon sens, cette décision est critiquable, ce d'autant plus que l'art. 66 al. 1 LTF permet de renoncer à mettre les frais judiciaires à la charge d'une partie⁸².

A noter qu'en matière de protection de l'enfant, les cantons sont libres d'édicter des dispositions d'exécution concernant la rémunération et le remboursement des frais (art. 404 al. 3 CC). Si les cantons n'en disposent pas autrement, ce sont les

⁷⁷ JEANDIN, n. 7 ad art. 300 CPC ; STECK, n. 16 ad art. 300 CPC ; voir également GASSER/RICKLI, n. 1 ad art. 300 CPC.

⁷⁸ MEIER, L'enfant, p. 73 ; STECK, n. 16 ad art. 300 CPC.

⁷⁹ TF du 23 décembre 2014, 5A_930/2014, cons. 8 ; TF du 12 juin 2012, 5A_346/2012, cons. 6 ; TF du 13 janvier 2012, 5A_840/2011, cons. 6.

⁸⁰ GASSER/RICKLI, n. 3 ad art. 300 CPC ; STECK, n. 15a ad art. 300 CPC ; MEIER, L'enfant, p. 75.

⁸¹ STECK, n. 15a ad art. 300 CPC ; MEIER, L'enfant, p. 75 sv. ; PRADERVAND-KERNEN, p. 36 ; encore plus catégorique : JEANDIN, n. 9 ad art. 300 CPC.

⁸² Voir également MEIER/HÄBERLI, p. 130.

règles de la procédure civile qui s'appliquent (en particulier les art. 95 et 107 CPC).

2) Le montant de la rémunération du curateur de procédure

Le montant de la rémunération fixée par l'autorité lie le curateur de procédure. Si le montant de sa note d'honoraires n'est pas couvert, il ne peut dès lors pas réclamer une rémunération supplémentaire à l'enfant. Il ne peut pas non plus en exiger une auprès des parties à la procédure principale, à savoir des parents, puisque les frais de représentation de l'enfant sont des frais judiciaires et non des dépens. La situation est ainsi déséquilibrée lorsque les parties à la procédure ne sont pas au bénéfice de l'assistance judiciaire. Dans ce cas, les parties conviennent avec leur mandataire du montant de la rémunération de ce dernier, alors que le curateur de procédure de l'enfant reçoit un montant alloué par le tribunal, souvent calculé sur la base de l'assistance judiciaire.

Le Tribunal fédéral a estimé qu'il était nécessaire de fixer une rémunération qui permette d'assurer une représentation diligente de l'enfant, en s'écartant d'un tarif trop rigide et en se fondant sur le travail effectivement accompli. Il a précisé que selon l'expérience générale de la vie, les procédures de protection de l'enfant sont en général sensibles, complexes et coûteuses. Il a ainsi estimé que le tarif des avocats argoviens ne pouvait pas être utilisé pour fixer cette rémunération, car même s'il admet des suppléments en fonction de la difficulté du cas, il ne permet pas de prendre en compte le travail et le temps effectivement investis.⁸³

Dans une nouvelle affaire argovienne, le Tribunal fédéral a récemment relativisé cette jurisprudence, en affirmant que la jurisprudence précitée ne permettait pas au curateur de procédure de produire un décompte d'heures et d'exiger qu'il soit payé en totalité. Au contraire, s'il désire recevoir davantage que le tarif des avocats argoviens, le curateur de procédure doit expliquer pour quelles raisons son mandat a été plus complexe, sensible et coûteux qu'un mandat standard.⁸⁴

E) Le droit de recourir

Les décisions prises par le tribunal concernant la représentation de l'enfant sont des ordonnances d'instruction contre lesquelles les parties peuvent recourir aux mêmes conditions que celles développées en rapport avec l'audition de l'enfant (voir *supra* II/E)⁸⁵.

Dans le cas où la représentation est requise par l'enfant capable de discernement (art. 299 al. 3 CPC), celui-ci peut interjeter un recours contre un refus du tribunal d'ordonner sa représentation (par exemple, si le tribunal dénie à l'enfant

⁸³ TF du 24 décembre 2013, 5A_945/2013, cons. 2.4 ; TF du 3 décembre 2013, 5A_701/2013, cons. 4 ; TF du 26 juin 2012, 5A_168/2012, cons. 4.2.

⁸⁴ TF du 30 septembre 2014, 5A_286/2014, cons. 3.2.

⁸⁵ JEANDIN, n. 15 ad art. 299 CPC.

sa capacité de discernement) ou se plaindre du choix du curateur⁸⁶. Il s'agit d'une voie de recours spécifique en faveur de l'enfant, non partie à la procédure. Les conditions sont les mêmes que celles de l'art. 298 al. 3 CPC contre un refus d'audition si le juge rejette sa demande (pour plus de détails, voir *supra* II/E).

IV. La communication de la décision à l'enfant

A) Généralités

Les art. 239 sv. CPC contiennent les règles générales de communication des décisions. Dans le cadre d'un litige matrimonial, l'art. 301 CPC trouve en outre application. Il prévoit que la décision doit être communiquée aux père et mère, à l'enfant, s'il est âgé de quatorze ans au moins, ainsi qu'au curateur, si la décision concerne l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde, des questions importantes relatives aux relations personnelles ou des mesures de protection de l'enfant.

Après avoir déterminé les cas où la décision doit être communiquée (*infra* B), je vais examiner la manière dont la décision doit être communiquée (*infra* C) et les conséquences de l'absence de communication de la décision (*infra* D).

B) Les cas dans lesquels la décision doit être communiquée

1) Les principes

L'art. 301 CPC vise toutes les décisions, qu'elles soient finales, incidentes ou rendues sur mesures provisionnelles. Il peut même s'agir d'ordonnances préparatoires ou d'autres décisions⁸⁷. Seules les décisions rendues en 1^e et 2^e instance sont communiquées à l'enfant, à l'exclusion de celles du Tribunal fédéral, puisque la LTF ne prévoit pas de règle de ce type⁸⁸.

En revanche, les décisions des autorités de protection de l'enfant ne sont pas concernées par cet article, puisqu'il ne s'agit pas d'affaires matrimoniales⁸⁹. Dans ce cadre, la décision est communiquée à l'enfant capable de discernement en vertu de sa qualité de partie⁹⁰.

Il va de soi que toutes les décisions concernant des questions matrimoniales doivent être communiquées aux parents en vertu de l'art. 301 let. a CPC, puisqu'ils ont la qualité de parties. Je n'y reviendrai donc pas. En revanche, la question mérite d'être approfondie en ce qui concerne l'enfant (*infra* 2) et son curateur de procédure (*infra* 3).

⁸⁶ TF du 7 octobre 2011, 5A_357/2011, cons. 2.

⁸⁷ JEANDIN, n. 3 ad art. 301 CPC ; voir également STECK, n. 11 ad art. 301 CPC ; STECK/SCHWEIGHAUSER, p. 811 ss.

⁸⁸ STECK, n. 9 ad art. 301 CPC.

⁸⁹ HERZIG, n. 512.

⁹⁰ HERZIG, n. 527.

2) Les cas dans lesquels la décision doit être communiquée à l'enfant

L'art. 301 let. b CPC prévoit que la décision doit être communiquée à l'enfant s'il est âgé de quatorze ans au moins.

La let. b ne contient pas les réserves émises à la let. c pour le curateur de procédure, ce qui implique que toutes les décisions doivent être communiquées à l'enfant, même si elles ne concernent pas l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde, des questions importantes relatives aux relations personnelles ou des mesures de protection de l'enfant. Cela permet de protéger les droits procéduraux de l'enfant dans la procédure de ses parents, à savoir son droit d'être entendu et de demander l'assistance d'un curateur de procédure. La question se pose toutefois de savoir si des décisions concernant la liquidation du régime matrimonial ou le partage des avoirs LPP doivent véritablement être communiquées à l'enfant⁹¹. J'en doute s'agissant des questions ne mettant pas en cause les droits de l'enfant.

L'art. 301 let. b CPC prévoit que la décision doit être communiquée à l'enfant âgé de quatorze ans au moins. La limite d'âge fixée à cet article contrevient à l'art. 12 al. 2 CDE qui prévoit notamment qu'il convient de donner à l'enfant capable de discernement la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant. En effet, la capacité de discernement dans les affaires matrimoniales étant généralement admise à un âge oscillant entre onze et douze ans, l'enfant capable de discernement de moins de quatorze ans n'a pas droit à la communication du jugement selon le droit suisse⁹². Deux situations peuvent se présenter :

- si un curateur de procédure a été désigné à l'enfant, la décision est communiquée à ce dernier ; le droit de l'enfant à la communication de la décision est ainsi sauvegardé ;
- si l'enfant capable de discernement mais âgé de moins de quatorze ans n'a pas de curateur de procédure, il peut, à mon sens, invoquer l'art. 12 CDE pour obtenir la communication du jugement⁹³.

3) Les cas dans lesquels la décision doit être communiquée au curateur de procédure

Si un curateur de procédure (au sens de l'art. 299 sv. CPC) a été désigné à l'enfant (capable ou incapable de discernement), c'est au curateur que la décision doit être communiquée (art. 301 let. c et 137 CPC), pour autant qu'elle concerne l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde, des questions importantes relatives aux relations personnelles ou des mesures de protection de

⁹¹ Voir également STECK, n. 12 ad art. 301 CPC.

⁹² Inversement, un enfant âgé de quatorze ans, mais encore incapable de discernement a droit à la communication du jugement.

⁹³ STECK, n. 15 sv. ad art. 301 CPC ; voir également HERZIG, n. 517.

l'enfant. Dans ce cadre, le curateur de procédure jouit des mêmes droits que les parties au litige (voir *supra* III/C)⁹⁴.

Il appartient au curateur de procédure de donner les informations nécessaires à l'enfant, notamment sur les possibilités de recours⁹⁵.

C) Les modalités de la communication

L'art. 301 CPC ne prévoit pas les modalités de la communication du jugement.

Si la décision est communiquée au curateur de l'enfant, elle doit l'être de la même façon que pour les parties à la procédure, c'est-à-dire par l'envoi de la décision munie du dispositif et des considérants concernant l'enfant.

En revanche, si la décision est communiquée à un enfant qui n'est pas représenté par un curateur, l'information devrait être adaptée à l'âge de l'enfant et dépendre des circonstances du cas. Certains auteurs estiment que la communication des points du dispositif concernant l'enfant suffit⁹⁶. D'autres auteurs préconisent de communiquer la décision de vive voix, lors d'une discussion entre l'enfant et le juge, un greffier ou un intervenant social⁹⁷.

La jurisprudence rendue à ce sujet est peu abondante. Les tribunaux cantonaux qui ont eu à trancher la question ont prévu la communication à l'enfant du dispositif et des considérants qui le concernent⁹⁸. Cette solution me paraît adéquate, l'idéal étant d'accompagner le dispositif d'un courrier expliquant la décision avec des mots simples ou de remettre le dispositif à la suite d'un entretien avec l'enfant.

D) Les conséquences de l'absence de communication

L'absence de communication d'une décision à l'enfant constitue une violation du droit fédéral. En outre, le délai pour demander une motivation écrite du jugement et, dès lors, pour recourir, ne commence pas à courir tant que la communication n'a pas eu lieu (art. 239 al. 2 CPC). Cela signifie donc que la décision ne peut pas entrer en force⁹⁹.

⁹⁴ STECK, n. 14 ad art. 301 CPC ; HERZIG, n. 526.

⁹⁵ STECK, n. 19 ad art. 301 CPC ; HERZIG, n. 521.

⁹⁶ JEANDIN, n. 4 ad art. 301 CPC.

⁹⁷ STECK, n. 20 ad art. 301 CPC ; HERZIG, n. 522.

⁹⁸ Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 14 avril 2015, 101 2015-15, cons. 6 ; Arrêt du Tribunal cantonal du canton de Zurich du 29 avril 2013, LE 120042, cons. IV/2 ; RAEMY, p. 49 sv. dans le présent ouvrage.

⁹⁹ STECK, n. 25 ad art. 301 CPC.

V. Conclusion

En dépit de toutes les réformes législatives entreprises en relation avec les droits de l'enfant, certains points ne sont pas encore réglés, respectivement appliqués, de manière satisfaisante.

Ainsi, malgré le texte clair de l'art. 298 CPC, *l'audition de l'enfant* n'est pas appliquée de manière uniforme par les tribunaux. Certains d'entre eux ne semblent pas avoir été suffisamment sensibilisés à la question de l'audition de l'enfant et n'appliquent le droit de l'enfant d'être entendu que de manière sporadique. Il résulte de cela qu'actuellement encore, seuls 30 % des enfants sont informés de leur droit d'être auditionnés et 10 % sont effectivement entendus¹⁰⁰ ! La question se pose alors de savoir comment le juge peut déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant sans avoir entendu ce dernier. Le Conseil fédéral a constaté ces problèmes, dans le cadre de son rapport sur la « Modernisation du droit de la famille »¹⁰¹. Une étude est en cours quant à la pratique actuelle de l'audition des enfants et aux mesures qu'il convient de prendre pour en corriger les défauts manifestes¹⁰².

De même, *la représentation de l'enfant* est rarement ordonnée. Il est surprenant qu'une institution plutôt bien réglementée trouve si peu d'engouement dans la pratique. A mon sens, cette frilosité provient certainement en partie des nombreuses critiques qui s'élèvent encore contre la représentation de l'enfant. On entend notamment que la représentation de l'enfant pèse sur l'enfant, complique la procédure, coûte cher et tout cela inutilement, car les tribunaux sont à même de sauvegarder les intérêts de l'enfant et ont du reste le devoir de le faire¹⁰³. Cependant, à mon sens, il faut reconnaître qu'au vu du nombre d'affaires et de la charge de travail auxquels les tribunaux doivent faire face, il leur est tout simplement impossible d'exercer une représentation subjective de l'enfant. Or, sans représentation, l'enfant reste un objet de protection et non un sujet de droit.

En outre, des études ont démontré qu'une représentation bien menée amène un soulagement pour l'enfant, dont les attentes sont prises en considération, ainsi

¹⁰⁰ Communiqué de presse de la Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse (CFEJ) du 18 novembre 2011 ; STECK, n. 1 ad art. 298 CPC.

¹⁰¹ En 2012, le Parlement a donné mandat au Conseil fédéral d'établir un rapport faisant un état des lieux des objectifs et des avancées actuelles de la modernisation du droit de la famille. Le rapport du Conseil fédéral a été publié en mars 2015. Il fait le tour des grandes questions auxquelles la société et les milieux politiques doivent répondre aujourd'hui, ou devront répondre dans un proche avenir, sans proposer de projet de loi. Les grands thèmes du rapport sont : les relations entre adultes (notamment la question de savoir s'il serait judicieux de mettre le partenariat enregistré à égalité avec le mariage, voire d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, et la réglementation des communautés de vie de fait), les droits de l'enfant (notamment la question de savoir si l'autorité parentale pourrait être attribuée à d'autres personnes, comme le nouveau ou la nouvelle partenaire du père ou de la mère dans les familles recomposées, et celle de savoir s'il s'agit d'effectuer une refonte des règles régissant la filiation paternelle), les questions financières (une discussion est en cours sur l'utilité de créer une nouvelle allocation pour enfant) et le droit successoral (vu la diversité des formes de vie commune, le droit successoral doit être repensé ; il faut notamment mettre sur la table la question de la hauteur des parts réservataires).

¹⁰² Rapport du Conseil fédéral sur le droit de la famille, p. 16.

¹⁰³ SCHWEIGHAUSER, p. 12.

que pour tous les autres intervenants à la procédure : les avocats des parents peuvent se consacrer pleinement à la défense des intérêts de leur client et le tribunal apprend davantage sur la situation de l'enfant, ses désirs et ses besoins lorsque ces éclaircissements sont fournis par un représentant indépendant. Tout cela permet de trouver une solution plus rapidement et les décisions prises ont plus de chance de correspondre au bien de l'enfant¹⁰⁴.

Enfin, l'art. 301 CPC concernant *la communication du jugement à l'enfant* n'est pas limpide. La doctrine ne cesse de s'interroger sur ce qu'il convient de communiquer à l'enfant et sur la façon de le faire.

Une prise en considération efficace des droits et des intérêts de l'enfant dans les procédures le concernant implique dès lors la poursuite des réformes législatives entrées en vigueur ces dernières décennies à la lumière des expériences faites depuis lors.

¹⁰⁴ SCHWEIGHAUSER, p. 12 sv.

VI. Bibliographie

- STEFAN BLUM / CHRISTINA WEBER KHAN, *Der « Anwalt des Kindes » – Eine Standortbestimmung*, RMA 2012 32 ss.
- MICHELLE COTTIER, Art. 314-314b CC, *in* AUDREY LEUBA / MARTIN STETTLER *et alii* (édit.), *Protection de l'adulte*, Berne, 2013.
- DOMINIK GASSER / BRIGITTE RICKLI, *Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar*, 2^e éd., Zurich, 2014.
- CHRISTOPHE A. HERZIG, *Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren*, thèse, Zurich/Bâle/Genève 2012.
- NICOLAS JEANDIN, *in* FRANÇOIS BOHNET / JACQUES HALDY *et alii* (édit.), *Code de procédure civile commenté*, Bâle 2011.
- PHILIPPE MEIER, *L'enfant et la nouvelle procédure civile*, *in* CHRISTIANA FOUNTOULAKIS / PASCAL PICHONNAZ *et alii* (édit.), *Droit de la famille et nouvelle procédure*, 6^e Symposium en droit de la famille, Genève/Zurich/Bâle, 2012, p 37 ss (cité : MEIER, *L'enfant*).
- PHILIPPE MEIER, *La position des personnes concernées dans les procédures de protection des mineurs et des adultes - Quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente*, RDT 2008 399 ss.
- PHILIPPE MEIER / THOMAS HÄBERLI, *Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte)*, novembre 2013 à février 2014, RMA 2014 113 ss.
- Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006*, FF 2006 6841 ss.
- MARYSE PRADERVAND-KERNEN, *La défense des droits de l'enfant dans la procédure civile*, *Plaidoyer* 2014 32 ss.
- ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *L'audition des enfants lors du divorce de leurs parents*, SJ 2003 II 115 ss.
- MARIE SCHÄFER-ALTIPARMAKIAN, *in* PASCAL PICHONNAZ / BENEDICT FOËX (édit.), *Code civil I, Art. 1 à 359 CC*, Bâle 2010.
- JONAS SCHWEIGHAUSER, *Das Kind und sein Anwalt : Grundlagen aus rechtlicher und entwicklungspsychologischer Sicht*, *in* *Anwalt des Kindes, Kindesvertretung - Gerichte und Behörden auf dem Weg zu kindgerechten Entscheidungen*, *Dokumentation der Fachtagung vom 19. Mai 2011*, Winterthur 2011, p. 12 ss.
- DANIEL STECK, *in* KARL SPÜHLER / LUCA TENCHIO / *et alii* (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Bâle 2010.
- DANIEL STECK / JONAS SCHWEIGHAUSER, *Kinderbelange in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, *FamPra* 2010 811 ss.

TANIA SYLVA, L'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure de divorce de ses parents, *in* Jusletter, édition du 31 octobre 2011.

DENIS TAPPY, La procédure de mesures protectrices de l'union conjugale selon le nouveau Code de procédure civile Suisse : constantes et nouveautés, *in* Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag, Private Law, national – global – comparative, Volume II, Berne 2011, p. 1699 ss.

LES ASPECTS PRATIQUES DE L'AUDITION DE L'ENFANT DANS LA PROCEDURE MATRIMONIALE OPPOSANT SES PARENTS

Stéphane RAEMY

Avocat breveté ayant exercé 6 ans comme avocat généraliste, Juge de première instance civile, Président du Tribunal civil de la Sarine, à Fribourg, depuis le 1^{er} octobre 2008¹.

Table des matières

- I. **Introduction : Les questions qui se posent au juge matrimonial**
- II. **Audition préalable des parents**
- III. **L'enfant peut-il être auditionné ?**
- IV. **Qui auditionne l'enfant ?**
- V. **Comment convoquer l'enfant ?**
- VI. **Où auditionner l'enfant ?**
- VII. **Comment auditionner l'enfant ?**
- VIII. **Quel retour d'information doit être donné aux parents ?**
- IX. **Quel retour d'information doit être donné à l'enfant ?**
- X. **Quelle peut être la sanction du défaut d'audition ?**
- XI. **Quelle portée ont les propos de l'enfant pour le juge ?**
- XII. **Conclusion**

¹ Texte reprenant de manière synthétique et actualisée un exposé fait le 21 août 2014 auprès de l'Institut de recherche et de conseil dans le domaine de la famille de l'Université de Fribourg, dans le cadre d'un séminaire sur l'audition des enfants dans les procédures relatives au droit de la famille.

I. Introduction : Les questions qui se posent au juge matrimonial

Dans le cadre de ses attributions de juge du divorce, des mesures protectrices de l'union conjugale ou des mesures provisionnelles, le magistrat de première instance est très souvent confronté à la question de l'audition de l'enfant, comme la loi le lui prescrit à l'art. 298 CPC. S'agissant de la mise en œuvre de l'audition de l'enfant, le présent texte a pour objectif d'exposer une pratique, sans avoir la prétention qu'elle serait la panacée. Chaque pratique résulte d'un choix.

Et un choix peut comporter des avantages, mais aussi entraîner des inconvénients. Dans ce cadre délicat, il appartient dès lors à chaque magistrat, pour chaque dossier, de pondérer les avantages et les inconvénients des options qui s'offrent à lui pour auditionner personnellement l'enfant, ou pour le faire auditionner. Mais dans tous les cas, le juge sera amené à auditionner les parents, et à s'inquiéter des modalités pratiques pour auditionner l'enfant : peut-on auditionner l'enfant ? Si oui, qui le fait ? Comment l'enfant est-il convoqué ? Où l'audition a-t-elle lieu ? Comment est mené l'entretien avec l'enfant ? Quels sont les retours d'information à donner aux parents ? Et à l'enfant ? Quelle peut être la sanction du défaut d'audition de l'enfant ? Quelle portée ont les propos de l'enfant pour le juge ?

II. Audition préalable des parents

Dans sa systématique, la loi prévoit tout d'abord, à l'art. 297 CPC, l'audition personnelle des parents pour régler le sort des enfants (al. 1), le juge ayant en outre la possibilité d'exhorter les parents à une médiation (al. 2). Ce n'est qu'ensuite que la loi expose, à l'art. 298 CPC, les conditions et les modalités pour l'audition des enfants.

Suivre la systématique de la loi en entendant préalablement les parents comporte plusieurs avantages pour le juge : tout d'abord et surtout, le magistrat peut s'assurer de la communication faite par les parents à leurs enfants s'agissant de leur décision de se séparer... **car il peut arriver que les parents n'aient pas encore eu le courage d'annoncer leur séparation à leurs enfants, alors même qu'ils comparaissent devant le juge !** Le soussigné s'est trouvé déjà confronté à deux reprises à cette situation. Or, la séparation des parents constitue incontestablement une affaire importante, au sens de l'art. 301 al. 2 CC, pour laquelle les parents doivent prendre leurs responsabilités et tenir compte autant que possible de l'avis de leurs enfants, selon leur degré de maturité, s'agissant de l'organisation de leur vie quotidienne suite à la séparation. Il serait maladroit que le juge - pour gagner du temps par l'envoi d'un courrier adressé aux enfants avant même d'avoir entendu les parents lors d'une audience - prenne le risque de causer un traumatisme inutile à des enfants qui n'auraient même pas encore été informés par ceux qui doivent assumer prioritairement l'information, à savoir par leurs parents. Pour cette seule raison

déjà, l'audition préalable des parents s'impose, sauf exception motivée par une urgence particulière.

En outre, l'audition préalable des parents par le juge permet à ce dernier de rappeler les parents à leurs devoirs (art. 272, 273, 301, 302, 307 al. 3 et 315a CC). Le juge peut ensuite donner aux parents les explications nécessaires sur le sens de l'audition et répondre à d'éventuelles questions des parents à ce propos. Mieux les parents seront informés sur la bienveillance de la démarche, moins ils seront réticents quant à la possibilité offerte à leurs enfants de s'exprimer. Bien plus, les parents pourront expliquer aux enfants qu'ils vont être abordés par le juge.

Enfin, l'audition préalable des parents donne également l'occasion aux parents d'informer le juge d'éventuels problèmes que connaîtrait l'enfant, et qui pourraient influencer sur la décision de l'auditionner ou non, ou sur les modalités de son audition (par exemple un enfant souffrant d'autisme ou de maladie psychique).

III. L'enfant peut-il être auditionné ?

Rappelons la teneur de l'art. 298 al. 1 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 motifs importants ne s'opposent pas à l'audition* ». Il ressort du texte de la loi que l'âge de l'enfant constitue un premier motif pour ne pas l'entendre. La jurisprudence de l'ATF 131 III 553 cons. 1.2.3, confirmée jusqu'à ce jour, a posé à 6 ans l'âge à partir duquel les enfants peuvent être entendus, et ce nonobstant le fait que la capacité de discernement survient plus tard.

Si l'enfant à plus de 6 ans révolus, quels pourraient être les autres motifs importants faisant obstacle à son audition ? Même si la loi suisse ne le rappelle pas expressément, son interprétation conforme au droit international supérieur a pour conséquence que **le droit de refuser de s'exprimer est un motif important au sens de l'art. 298 al. 1 CPC**. En effet, dans son interprétation, la loi suisse ne saurait violer la lettre et l'esprit de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant² (CDE). L'art. 12 CDE prévoit à son chiffre 1 que l'enfant a « *le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant* », sans qu'il soit fait mention d'une quelconque obligation. Le libellé du chiffre 2 de l'art. 12 CDE confirme que c'est un droit procédural, une faculté offerte à l'enfant concerné par la procédure, et non une obligation de s'exprimer : « *...on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant,...* ». Il sied ici de rappeler que lorsque le droit actuel du divorce, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000, a été rédigé, les travaux préparatoires mentionnaient expressément

² RS 0.107.

que l'art. 144 al. 2 aCC était conforme à la CDE³. Avec l'entrée en vigueur du CPC au 1^{er} janvier 2011 et l'abrogation de l'art. 144 aCC, l'art. 298 al. 1 CPC a repris la formulation de l'art. 144 al. 2 aCC. Là également, les travaux préparatoires du CPC mentionnent la conformité de cette loi avec la CDE⁴. Enfin, la jurisprudence fédérale précise que l'art. 12 CDE ne consacre pas des prérogatives plus larges que l'art. 298 CPC⁵. Il résulte de ce qui précède qu'une interprétation de l'art. 298 al. 1 CPC conforme à la CDE a pour conséquence que la décision de l'enfant de ne pas faire usage de son droit de s'exprimer est un motif important faisant obstacle à son audition. L'enfant doit dès lors clairement être informé qu'il a le droit de s'exprimer, mais aussi de refuser de le faire. D'ailleurs, l'ancienne législation cantonale fribourgeoise d'application du code civil, abrogée avec l'entrée en vigueur du CPC, prévoyait même à son art. 51 al. 1, 3^{ème} a LACC/FR que « *L'enfant est informé de son droit de refuser de s'exprimer* ».

Après le jeune âge de l'enfant, le refus de s'exprimer constitue le motif le plus fréquent faisant obstacle à son audition. Parmi les autres motifs pour ne pas auditionner un enfant, on peut mentionner la décision de ne pas réitérer inutilement une audition lorsque l'enfant a déjà été entendu⁶, des motifs liés à la santé de l'enfant, ou une longue séparation alors que l'enfant était très jeune lors de la séparation.

IV. Qui auditionne l'enfant ?

Le texte de l'art. 298 al. 1 CPC semble mettre sur un pied d'égalité l'audition de l'enfant par le tribunal ou par un tiers nommé à cet effet. **La jurisprudence fédérale a clairement précisé que la délégation systématique de l'audition à des tiers serait contraire à la ratio legis** : ce n'est qu'en cas de circonstances particulières, relatives à des cas délicats où il s'agit d'éviter de mettre en danger la santé de l'enfant, que l'audition peut être déléguée à un tiers spécialiste (par exemple pédopsychiatre, ou spécialiste de protection de l'enfant)⁷. Ainsi, **l'audition par la juridiction compétente elle-même constitue la règle**, tandis que **la délégation de l'audition à un tiers doit rester l'exception**, motivée par un risque pour la santé de l'enfant⁸.

V. Comment convoquer l'enfant ?

Cette question est délicate car il ne faut jamais perdre de vue que l'enfant a le droit de s'exprimer, mais non l'obligation de le faire. Pour cette raison, après avoir entendu les parents personnellement pour régler le sort des enfants (art.

³ BO CN 1997 3773.

⁴ FF 2006 6873 ss, p. 6974.

⁵ TF du 31 janvier 2014, 5A_744/2013 cons. 3.2.1.

⁶ TF du 19 août 2011, 5A_288/2011 ; TF du 24 mars 2014, 5A_869/2013, cons. 2.2.

⁷ TF du 6 juillet 2010, 5A_50/2010 cons. 2.1.

⁸ TF du 18 septembre 2012, 5A_465/2012, cons. 3.1.2.

297 al. 1 CPC), une solution est que le juge adresse un courrier aux enfants (et en copie aux parents) pour les informer de leur droit. Dans les cas peu litigieux, ce courrier peut être une simple invitation faite à l'enfant de s'exprimer, s'il le désire ; dans des cas fortement litigieux, une convocation pure et simple de l'enfant reste envisageable... sans jamais perdre de vue que l'enfant convoqué pourra toujours signifier au juge qu'il ne veut pas s'exprimer.

a) Exemple de courrier dans un cas peu litigieux, deux enfants de 13 et 9 ans, divorce sur requête commune avec accord complet :

« Chers Valérie et Martin, Je vous écris en tant que juge chargé de la séparation de vos parents. Vous savez peut-être qu'actuellement les lois applicables aux séparations permettent aux enfants en âge de comprendre la situation d'être entendus, par le juge ou par une personne désignée par lui, par rapport à leur situation dans le cadre de cette séparation. Je dois préciser que ces règles permettent aussi à tout enfant de refuser d'être entendu. Comme votre âge vous rend concernés par cette loi, je vous informe que vous pouvez être entendus. Je précise que cette audition se passe dans mon bureau et que vos parents ou leurs avocats n'y assistent pas ; le contenu de la discussion n'est pas non plus rapporté en détails aux parents. Si vous le souhaitez, vous pouvez me téléphoner au numéro indiqué ci-dessus pour que l'on fixe un rendez-vous. Si en revanche vous avez le souhait de ne pas être entendus, je vous demande de me le communiquer par une petite lettre ; pour ne pas retarder la procédure, je vous remercie de m'aviser de votre choix avant le 31 mars 2015. Enfin, je précise que chacun de vous doit être entièrement libre de faire le choix qui lui convient et que si vous désirez plus de renseignements vous pouvez bien sûr me téléphoner au numéro indiqué ci-dessus ou aussi poser vos questions par e-mail (RaemySt@fr.ch). Dans l'attente de votre réponse, je vous présente, chers Valérie et Martin, mes meilleures salutations. Le Président Stéphane Raemy (copie va aux parents)».

On pourrait objecter qu'avec un tel courrier, le juge n'a pas la certitude que les enfants reçoivent effectivement le courrier, qui pourrait par exemple être escamoté par l'un ou l'autre des parents. Mais si les parents sont bienveillants et ont compris le sens de la démarche de juge, qui la leur a expliquée lors de leur audition au sujet des enfants, ils n'ont pas de motifs sérieux pour cacher un tel courrier à leurs enfants. Une fois de plus, l'audition préalable des parents permet de répondre à d'éventuelles questions de leur part, afin que soient créées les conditions les plus favorables à l'audition des enfants ; en cela, l'audition préalable des parents favorise leur bonne collaboration.

Ensuite, le parent non gardien peut demander aux enfants s'ils ont bien reçu un courrier du juge, pour s'assurer que le parent gardien le leur a transmis.

Néanmoins, si le dossier est très fortement conflictuel et/ou que le juge craint que l'information destinée aux enfants ne leur parvienne pas, il peut se justifier

de convoquer purement et simplement les enfants par un courrier beaucoup plus directif.

- b) Exemple de convocation dans un cas très conflictuel, modification du droit de garde dans un procès en modification de jugement de divorce, adolescent de 13 ans :

« Monsieur, Je vous écris en tant que juge chargé de la modification du jugement de divorce requise par vos parents. Vous savez peut-être qu'actuellement les lois applicables aux séparations permettent aux enfants en âge de comprendre la situation d'être entendus, par le juge ou par une personne désignée par lui, par rapport à leur situation dans le cadre de cette séparation. Je dois préciser que ces règles permettent aussi à tout enfant de refuser d'être entendu. Comme votre âge vous rend concerné par cette loi, je vous informe que vous pouvez être entendu. Je précise que cette audition se passe dans mon bureau et que vos parents ou leurs avocats n'y assistent pas ; le contenu détaillé de la discussion n'est pas non plus rapporté aux parents mais un résumé, dont le contenu est convenu avec l'enfant qui s'est déclaré d'accord de s'exprimer. En raison de certaines difficultés dont m'ont fait part vos parents, je désire vous voir et vous entendre. Je vous donne rendez-vous le mardi 22 mars 2011, à 17.00 heures, dans mon bureau au Tribunal. Si vous ne désirez pas vous exprimer lors du rendez-vous, vous me le direz de vive voix. Je vous précise en effet que vous avez le droit de vous exprimer, mais pas l'obligation de le faire, et que vous devez vous sentir libre de votre choix de parler ou non. Je vous présente, Monsieur, mes meilleures salutations. Le Président Stéphane Raemy (Copie va aux parents)».

VI. Où auditionner l'enfant ?

Si la législation fédérale ne donne pas de précision quant au lieu de l'audition de l'enfant, certaines dispositions d'exécution cantonale, désormais abrogées avec l'entrée en vigueur du CPC, donnaient des indications. Ainsi, la législation d'application fribourgeoise de l'art. 51 al. 2, 1^{ère} phrase aLACC/FR stipulait qu'« en principe, l'audition de l'enfant a lieu en dehors de la salle d'audience ».

De la même manière que les parents se déplacent au Tribunal pour être entendus par le juge, il paraît important, sur le plan symbolique, que les enfants également se rendent au Tribunal pour y être entendus. Certes, l'entretien peut être plus informel, et avoir lieu dans un bureau ou une salle préparée à cet effet et moins impressionnante, pour un enfant, qu'une salle de tribunal. Certains psychologues déconseillent ce qui pourrait distraire l'enfant, qui ne doit pas confondre la salle d'audition avec une salle de jeu.

Certaines juridictions qui délèguent l'audition de l'enfant le font auditionner à son domicile. Cette démarche peut être qualifiée d'intrusive, car elle implique de pénétrer non seulement dans la sphère privée d'un des parents, mais

également dans la sphère intime de l'enfant, sans justification suffisante. En outre, le simple fait qu'une personne déléguée par le tribunal se rende au domicile de l'enfant a pour effet de mettre ce dernier sous pression : par politesse, l'enfant n'osera peut-être pas refuser de s'entretenir avec quelqu'un qui s'est déplacé spécialement pour lui parler. Cela a pour conséquence de transformer le droit de l'enfant de s'exprimer en une quasi obligation de le faire. Il paraît préférable que l'enfant se rende au tribunal s'il souhaite faire usage de son droit de s'exprimer, plutôt que de voir arriver dans sa sphère intime une personne déléguée par le tribunal, alors que l'enfant ne veut peut-être pas s'exprimer. Et encore une fois, sur le plan symbolique et pour le respect de la sphère privée, il est préférable que l'enfant se rende au tribunal, plutôt que le tribunal s'invite à la maison.

VII. Comment auditionner l'enfant ?

Il est plus pratique pour le juge de ne pas avoir à se soucier de prendre des notes s'il veut pouvoir se concentrer sur l'entretien avec l'enfant ; pour cette raison, la présence d'une tierce personne (greffier, secrétaire) chargée de prendre des notes est une aide bienvenue.

Quant à la conduite de l'audition, il sera simplement rappelé ici quelques principes sans les développer en détail, ce qui relève plutôt de la psychologie et/ou de la technique d'audition.

- 1) Le juge devrait commencer par se présenter, et ensuite échanger quelques propos avec l'enfant sur l'école, sur ses loisirs, afin de faire connaissance avec l'enfant, et de prendre la mesure de sa vivacité d'esprit et de ses capacités d'élocution (phase de mise en relation de quelques minutes) ;
- 2) Ensuite, le juge peut introduire l'objet de l'entretien, en s'assurant que l'enfant a compris pourquoi il est là, et surtout qu'il a le droit de ne pas s'exprimer s'il ne le désire pas. Il convient aussi d'informer l'enfant des conditions de l'entretien, avec la présence d'un greffier et le fait qu'un compte rendu substantiel sera fait aux parents (art. 298 al. 2 CPC), avec l'accord de l'enfant quant à la teneur de ce compte rendu. On peut également évoquer à l'enfant l'importance de dire la vérité ;
- 3) Après ces phases préliminaires, il paraît avisé de laisser l'enfant exprimer ce qu'il a envie de dire dans un récit libre, le juge abordant par la suite les questions plus précises ;
- 4) L'audition de l'enfant permet aussi au juge de rassurer l'enfant sur certaines de ses craintes : à certains âges, selon son degré de développement, l'enfant s' imagine que la séparation de ses parents est peut-être de sa faute ; c'est là l'occasion pour le juge de rappeler à l'enfant que ce n'est jamais le cas, qu'un couple sur deux finit par se séparer, et que malgré la séparation, son

papa et sa maman gardent toujours dans leur cœur de l'amour pour leur enfant.

- 5) A la fin de l'entretien, avant de prendre congé de l'enfant, il convient de bien s'assurer de ce que l'enfant est d'accord de voir rapporter à ses parents, puis de le remercier pour avoir eu le courage de venir s'entretenir.

Expérience faite sur une période de bientôt sept ans, avec une moyenne d'une trentaine d'entretiens d'enfants par année, de tels entretiens durent en moyenne de 20 à 45 minutes. Certains entretiens sont plus courts, notamment lorsque les enfants sont encore petits, timides, et n'ont pas beaucoup de choses à dire. Par contre, lorsque l'entretien se fait avec un adolescent qui rencontre des difficultés de communication avec l'un ou l'autre ou ses deux parents, et qui a envie de s'épancher, l'entretien peut durer davantage.

VIII. Quel retour d'information doit être donné aux parents ?

L'art. 298 al. 2 CPC prévoit ce qui suit : « *Lors de l'audition, seules les informations nécessaires à la décision sont consignées au procès-verbal. Elles sont communiquées aux parents ou au curateur* ».

Au vu du texte de la loi, le compte rendu destiné aux parents peut être très bref et se limiter à quelques points :

« Maîtres, Je reviens à vous en la cause notée sous rubrique pour vous donner le compte rendu de l'entretien passé le 15 mai 2015 avec Mademoiselle Jocelyne K., âgée de bientôt 17 ans. L'entretien a eu lieu dans mon bureau, de 14.35 heures à 15.30 heures, en présence de ma greffière-stagiaire. Avec l'autorisation de Jocelyne, je peux résumer comme suit les points essentiels de notre entretien qu'elle désire voir communiqués à ses parents : Jocelyne préfère vivre avec son père qu'avec sa mère ; Jocelyne aime autant son papa que sa maman ; Jocelyne va reprendre contact avec sa mère, tout d'abord par téléphone, afin d'entretenir de meilleures relations avec elle ; Jocelyne aimerait que sa mère lui mette moins la pression et que ses parents communiquent directement entre eux ; Jocelyne aimerait que ses parents cessent de la mêler à leurs affaires personnelles. Jocelyne ayant eu l'occasion de s'exprimer, la cause est en état d'être jugée de sorte que le Tribunal se réunira prochainement pour délibérer et rendre son jugement. Veuillez croire, Maîtres, à l'assurance de ma considération distinguée. Le Président Stéphane Raemy ».

En tous les cas, la jurisprudence précise qu'⁹ « *il suffit que les parents puissent se déterminer, avant la décision sur l'attribution des enfants, sur le compte rendu de l'entretien confidentiel que le juge a eu avec leur enfant ; les détails de l'entretien n'ont pas à être communiqués aux parents .*»⁹ Au vu du prescrit de la jurisprudence, il convient dès lors de laisser pendant quelques jours aux parties

⁹ TF du 26 mars 2010, 5A_860/2009, cons. 2.2.

la possibilité d'adresser au juge une détermination spontanée sur le compte-rendu de l'audition, avant de statuer, ceci par respect de leur droit d'être entendues.

IX. Quel retour d'information doit être donné à l'enfant ?

Un premier retour d'information peut être donné lors de l'entretien avec l'enfant, en lui précisant que son opinion constitue un des éléments d'appréciation, avec l'opinion de ses parents.

Les enfants peuvent également avoir des questions très précises, qu'ils soumettent au juge par voie électronique. Exemple anonymisé d'un échange de mail avec un enfant de 13 ans :

« Bonjour Mr. Raemy je suis le fils de Nicole et François M. Je suis Hervé. Je voudrais savoir si un enfant a le droit (sic) de choisir avec quelle parents (sic) vivre ? Merci de votre compréhension. Hervé M. fils de Nicole et François M. »

Et voici la réponse du juge, également par message électronique : *« Cher Hervé, Merci d'avoir pris la peine de me contacter. En réponse à ta question, je t'informe qu'un enfant a le droit d'exprimer son avis, et que plus l'enfant est grand et proche de la majorité (18 ans), plus son avis a de poids. Les parents doivent exprimer aussi leur avis et leurs souhaits s'agissant du sort de leurs enfants : des fois ils sont d'accord entre eux, et d'autres fois, ils ont des avis différents. A la fin, c'est au Juge qu'il appartient de décider, et **il doit donner la préférence à la solution la meilleure pour le bien des enfants**, après avoir examiné toutes les circonstances, après avoir entendu les parents, et après avoir donné aux enfants l'occasion de s'exprimer s'ils le désirent. J'espère avoir répondu à ta question, et je reste à ton entière disposition pour un entretien dans mon bureau si tu as envie de discuter davantage. Il suffit de téléphoner au numéro indiqué dans le courrier que je t'ai adressé le 5 septembre 2013. Je te souhaite, cher Hervé, une bonne journée. Stéphane Raemy, Président du Tribunal civil de la Sarine ».*

Enfin, si l'enfant est âgé de 14 ans au moins, l'art. 301 let. b CPC prévoit que la décision doit lui être communiquée. Si l'on interprète cette norme selon son but, seules les informations relatives au sort des enfants devraient être adressées à ces derniers, par exemple au moyen d'un courrier reprenant la partie du dispositif de la décision qui concerne les enfants (droit de garde, autorité parentale, relations personnelles, éventuelles mesures de protection de l'enfant, pensions alimentaires). En effet, les enfants ne sont concernés en rien par certaines questions, comme la liquidation d'un régime matrimonial ou le partage des avoirs LPP. Il serait en outre illogique que les enfants aient un accès plus étendu à l'information que leur curateur de représentation si une telle personne a été nommée pour les représenter, alors que la notification de la décision au curateur n'est prévue par la loi à teneur de l'art. 301 let. c CPC que

« si la décision concerne l'attribution de l'autorité parentale ou du droit de garde, des questions relatives aux relations personnelles ou des mesures de protection de l'enfant ».

X. Quelle peut être la sanction du défaut d'audition ?

La sanction du défaut d'audition peut être cassatoire, la juridiction d'appel pouvant renvoyer le dossier à la juridiction inférieure pour qu'elle examine la question de l'audition de l'enfant, comme l'expose la jurisprudence : « Dans tous les cas, l'art. 298 al. 1 CPC aurait commandé d'entendre les enfants ou, tout au moins, de se poser la question d'une telle audition, puisque celle-ci est possible à partir de six ans révolus (ATF 131 III 553 cons. 1.2.3 ; 133 III 553 cons. 3) et que les enfants étaient alors âgés de 8 et 11 ans. Le juge précédent a donc arbitrairement appliqué le droit fédéral sur ce point. 6. Vu ce qui précède, le recours se révèle à cet égard fondé et doit par conséquent être admis, sans qu'il y ait lieu d'examiner les critiques du recourant relatives aux critères pris en compte pour l'attribution des enfants. L'arrêt attaqué sera ainsi annulé et la cause renvoyée au juge d'appel pour qu'il prenne en considération la question de l'audition des enfants, conformément au considérant qui précède, avant de rendre sa décision au fond. »¹⁰

XI. Quelle portée ont les propos de l'enfant pour le juge ?

L'art. 298 al. 1 CPC n'exige pas (contrairement à l'art. 12 CDE) que l'audition de l'enfant présuppose qu'il ait la capacité de discernement. Le droit suisse va ainsi plus loin que la CDE en permettant l'audition de l'enfant dès l'âge de 6 ans révolus, mais la jurisprudence opère ensuite une distinction suivant que l'enfant ait atteint ou non la capacité de discernement, et ce aussi bien pour les questions qui peuvent être posées à l'enfant, que pour la portée des propos tenus par l'enfant : « L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. Selon la ligne directrice suivie par le Tribunal fédéral, l'audition d'un enfant est possible dès qu'il a six ans révolus (ATF 131 III 553 cons. 1.2.3 ; 133 III 553 cons. 3). Cet âge minimum est indépendant du fait que, en psychologie enfantine, on considère que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là. (...) Avant cet âge-là, l'audition de l'enfant vise avant tout à 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. Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant

¹⁰ TF du 5 décembre 2011, 5A_402/2011, cons. 5.2 et 6.

abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable (ATF 131 III 553 cons. 1.2.2 ; 133 III 146 cons. 2.6 ; TF 5A_482/2007 cons. 3.1, in FamPra.ch 2008 p. 424). En général, il y a lieu de partir de l'idée que, s'agissant de la question de l'attribution de l'autorité parentale, un enfant n'est capable de discernement qu'à partir de 12 ans (TF 5C.293/2005 du 6 avril 2006 cons. 4.2, in FamPra.ch 2006 p. 760). »¹¹ Les principes posés par cette jurisprudence ont été confirmés à plusieurs reprises dans des arrêts plus récents¹².

Quant à la portée des propos de l'enfant, la jurisprudence confirme clairement que la prise en compte de la volonté de l'enfant dépend de son âge : *« Si la seule volonté de l'enfant ne suffit pas à fonder une modification du jugement de divorce, son désir d'attribution à l'un ou l'autre de ses parents doit également être pris en considération lorsqu'il s'agit d'une résolution ferme et qu'elle est prise par un enfant dont l'âge et le développement - en règle générale à partir de 12 ans révolus (TF du 16 novembre 2007, 5A_107/2007 cons. 3.2 publié in FamPra.ch 2008 p. 429 et la référence citée) - permettent d'en tenir compte (TF 5A_107/2007 précité cons. 3.2 et les références). »¹³*

XII. Conclusion

Si la CDE est cohérente lorsque qu'elle pose pour principe que les enfants ont le droit d'être entendus dès qu'ils ont la capacité de discernement, le droit suisse et sa jurisprudence sont parvenus à complexifier la situation : il faut tenir compte de trois âges distincts. Dès 6 ans révolus, l'enfant peut être entendu, mais l'on n'est pas censé lui poser certaines questions tant qu'il n'a pas atteint la capacité de discernement, qui est présumée à 12 ans révolus. Avant cet âge également, les propos de l'enfant devraient être relativisés. Enfin, dès qu'un enfant est âgé de 14 ans révolus, il doit être informé de la décision de justice qui est rendue pour les parties qui le concernent.

Face à cette complexité, la doctrine et la jurisprudence ont encore beaucoup à débattre afin de définir pour l'audition de l'enfant les solutions les plus conformes ses intérêts, et les plus respectueuses de sa personnalité.

¹¹ TF du 12 mars 2010, 5A_119/2010, cons. 2.1.3.

¹² TF du 5 août 2010, 5A_365/2010 ; TF du 1^{er} juin 2011, 5A_63/2011 ; TF du 10 février 2012, 5A_593/2011 ; TF du 23 décembre 2013, 5A_557/2013 ; TF du 24 mars 2014, 5A_869/2013 ; TF du 21 octobre 2014, 5A_554/2014.

¹³ TF du 1^{er} juin 2011, 5A_63/2011, cons. 2.4.1 et 2.4.2.

ENTRE DROIT D'ÊTRE ENTENDU ET DROIT À VOIR SON INTÉRÊT SUPÉRIEUR ÊTRE PRIS EN COMPTE, QUEL RÔLE POUR L'AVOCAT ?¹

Jean ZERMATTEN

Ancien juge des mineurs du canton du Valais, Président du Comité ONU des droits de l'enfant (2011-2013) et Directeur de l'Institut international des droits de l'enfant (1995-2014)

Table des matières

- I. **Introduction : L'enfant sujet de droit**
- II. **Le droit d'être entendu**
 - A) en général
 - B) Le droit d'être entendu et ses champs d'application
- III. **Le droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur être pris en compte comme une considération primordiale**
 - A) En général
 - B) En Suisse
 - C) Liens entre l'art. 3 par. 1 et l'art. 12
- IV. **Le rôle de l'avocat dans cette situation nouvelle**
 - A) En général
 - B) Situation en Suisse
 - C) Les multiples fonctions de l'avocat et les attentes par rapport à son rôle
 - D) Qui l'avocat doit-il représenter ?
 - E) Une situation helvétique
 - F) Quelle option ?
- V. **Conclusion**
- VI. **Bibliographie**

¹ Ce texte se base sur une conférence donnée par l'auteur pour Juris Consult Junior en mai 2014, revue, mise à jour et augmentée pour cette publication

I. Introduction : L'enfant sujet de droits

Le 25 novembre 2014, la Communauté internationale a soufflé les 25 bougies de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant² (ci-après la Convention ou la CDE), l'occasion un peu partout dans le monde pour faire un bilan de l'application de ce texte fondamental pour tous les professionnels qui travaillent avec et pour les enfants. Evidemment aussi pour les avocats, les magistrats, les policiers, et toutes les personnes qui interviennent à un moment ou à un autre dans la prise de décisions qui concernent, affectent et touchent l'enfant.

Si la Convention continue à protéger l'enfant, être vulnérable et à lui offrir des prestations et services comme être dépendant, la CDE bouscule nos certitudes d'adultes en reconnaissant à l'enfant le droit à la participation. C'est là que réside, à mon sens, la principale avancée de ce texte. Il donne, en effet, un nouveau statut à l'enfant qui n'est plus seulement celui à qui l'on accorde des prestations ou celui que l'on protège, mais qui devient aussi celui dont on doit recueillir et écouter la parole et qui est appelé à influencer les décisions qui le concernent.

La Convention n'utilise pas le terme participation, mais c'est le fameux **article 12 CDE** qui donne le droit à l'enfant non seulement d'exprimer son avis, mais aussi de voir cette opinion être prise en compte de manière sérieuse (et non seulement comme une formalité procédurale) pour toute décision qui d'une manière directe ou indirecte peut avoir une influence sur son existence. Innovation la plus spectaculaire de la CDE donc, qui introduit le concept que l'enfant, au fur et à mesure de son développement³, est amené à participer à la vie de sa famille, de son école, de son centre de formation et de la Cité, en général. Il n'est plus seulement un membre passif dont on s'occupe, il devient un acteur de son existence.

L'autre article "vedette" de la Convention, est l'**article 3, par. 1** de la CDE qui consacre ce que l'on nomme habituellement « l'intérêt supérieur de l'enfant », mais qui est en fait le droit de chaque enfant de voir son intérêt être évalué et être apprécié comme une considération primordiale, dès lors qu'une décision doit être prise à son égard. En effet, chaque fois qu'une décision est envisagée pour tel enfant, ou tel groupes d'enfants, le « décideur », public, ou privé, doit peser les impacts négatifs ou positifs de la décision à prendre à l'égard de cet l'enfant et choisir une solution qui préservera son intérêt d'enfant, être en développement, dépendant, vulnérable, mais néanmoins personne à part entière, détentrice du droit à être placé au centre de toute décision.

² Convention adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément à l'article 49

³ Art 5 CDE, notion de facultés en développement ou "evolving capacities" cf Gerrison Lansdown, Innocenti Firenze, 2004

Y compris lorsque l'on légifère, puisque les organes législatifs (tous nos parlements au niveau fédéral, régional, municipal, local...) doivent prendre en compte l'intérêt de l'enfant dès qu'ils édictent des lois !

Ensemble, **les arts. 12 et 3 par. 1** constituent véritablement la **“clé de voûte”** de ce nouvel édifice des droits de l'enfant, dont l'enfant, sujet de droits, est l'habitant. Ce nouveau statut nous défie, car c'est bien dans ce domaine de la reconnaissance de droits strictement personnels attribués aux enfants que les Etats ont le plus de mal à se mettre en conformité avec la Convention et à aménager leurs mécanismes d'application du texte contraignant que constitue la Convention et dont ils sont les garants.

Ces droits reconnus pour la première fois dans l'histoire de l'humanité à des enfants montrent que ce texte va bien au-delà des textes traditionnels en matière de protection et de prestations dues à l'enfant puisqu'il reconnaît l'enfant comme une personne qui détient des droits liés à sa naissance, droits personnels que personne ne peut lui dénier, qu'il peut exercer soit directement, selon son âge et son degré de maturité, soit par représentation. Ou qu'il peut refuser d'exercer, bien entendu.

A titre d'exemple, on peut mentionner les articles. 37 et 40 CDE qui donnent un statut nouveau à l'enfant en conflit avec la loi, en lui garantissant des garanties procédurales attestant de son état de sujet de droits.

II. Le droit d'être entendu

A) En général

Le droit d'être entendu est formulé à l'article 12 CDE:

1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

La Suisse a ratifié la CDE en 1997 ; ce faisant, elle a contracté des obligations juridiques au titre de cet instrument international et est débitrice du respect, de la promotion et de l'application des droits contenus dans la Convention, à l'égard de tous les enfants vivant sous sa juridiction (et pas seulement de ses nationaux). Parmi ces obligations, celle de mettre en pratique le droit de l'enfant

d'être entendu lorsque des décisions sont prises qui le concernent et d'accorder une valeur particulière à l'opinion de l'enfant.

Dès lors, la Suisse a l'obligation de mettre en place :

- les dispositifs ou mécanismes pour permettre à l'enfant d'exercer son droit d'être entendu;
- mais aussi de prévoir la manière avec laquelle le décideur va accorder un poids particulier à cette opinion.

Il ne s'agit pas d'un droit théorique (recueillir la parole comme un prétexte), mais réellement permettre à l'enfant d'exercer une influence sur les décisions qui engagent son avenir.

Rappelons que la CDE ne fixe pas de limite d'âge pour entendre l'enfant et que le TF a, à plusieurs reprises, indiqué que l'art. 12 CDE était d'application directe (ATF 124 III 90). La jurisprudence du TF est assez large sur l'âge et estime qu'un enfant peut être entendu valablement par une autorité à partir de **6 ans** (ATF 131 III 553), en matière de divorce. De plus, il y a une présomption de capacité⁴ de l'enfant qui lui est favorable, tout en tenant compte de la notion de "capacités évolutives" de l'enfant (art. 5 CDE).

Par conséquent, le législateur suisse ne peut restreindre ce droit d'être entendu en posant des limites d'âge trop élevées. Dans les faits, les autorités compétentes ont tendance à se cacher derrière les limitations de ce droit pour ne pas avoir à l'appliquer. On peut se poser la question de la restriction de ce droit en Suisse, en fixant soit des âges très élevés (14 ans en matière de migration, pour autant qu'il faille absolument entendre l'enfant), ou par le biais de la jurisprudence du TF qui se fait de plus en plus limitative en exigeant le discernement pur et dur de l'enfant pour lui reconnaître le droit de s'exprimer.

Il faut en effet faire une distinction entre le droit d'être entendu de l'art. 12 CDE où l'on évoque la notion du discernement dans un sens très large (la capacité de comprendre de quoi il est question est suffisante pour entendre l'enfant = sich eine eigene Meinung zu bilden), ce qui ne correspond pas à la définition de la capacité de discernement stricto sensu qui permet d'exercer des droits de manière autonome (capacité de discernement composée de deux éléments : la faculté intellectuelle d'apprécier raisonnablement la portée d'une action et la faculté de se déterminer librement par rapport à cette action (élément de volonté) (voir ATF 124 III 5, E. 1a).

En admettant en 2005 que l'enfant de 6 ans pouvait s'exprimer valablement, le TF de l'époque avait bien compris la différence...

⁴ Amartya Sen, concept de « capacités » ou « libertés substantielles » développé dans son article *Equality of What et Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, Odile Jacob, 2000

B) Le droit de l'enfant d'être entendu (art. 12 CDE) et ses champs d'application

Le Comité des Droits de l'Enfant (ONU) a publié en juillet 2009 son Observation Générale No 12⁵ à propos de l'article 12 CDE. Les champs d'application de ce droit sont très vastes. Le Conseil de l'Europe en promulguant ses Lignes Directrices pour une justice adaptée aux enfants (2010) rappelle aux Etats leurs obligations en matière de participation⁶.

Le respect du droit de l'enfant à exprimer librement son opinion doit pouvoir s'exercer dans toutes les situations ou champs dans lesquels l'enfant peut se trouver. S'il est patent que ce sont avant tout les procédures judiciaires (civiles et pénales) qui sont touchées, la CDE est un instrument holistique qui touche toutes les situations où il y a des enfants ; dès lors, leur droit d'être entendu doit pouvoir s'exercer chaque fois qu'une décision est prise qui les concernent directement (enfant concerné) ou indirectement (enfant affecté). Sans être exhaustif, on peut citer un certain nombre de situations où l'enfant devrait être entendu :

- protection en général et protection de remplacement (institutions),
- soins de santé
- accès à l'éducation / écoles
- activités ludiques, récréatives, sportives et culturelles
- travail / apprentissage
- situations de violence (enfant victime)
- procédures d'immigration et d'asile
- stratégies de prévention...

De nombreuses barrières culturelles, politiques ou économiques continuent néanmoins encore à être dressées comme des obstacles au respect et à l'application de ce droit des enfants (en tant qu'individus et en tant que groupes) et à leur prise en compte de manière sérieuse. En particulier certains groupes d'enfants marginalisés ou discriminés (enfants migrants, enfants handicapés, enfants rom..., filles...) sont désavantagés quand il s'agit de les entendre et de prendre en compte leurs points de vue.

⁵ CRC/C/GC/12, 2009

⁶ Jaffé Philip D., « Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur la Justice adaptée aux enfants. Repenser la justice pour ses plus jeunes utilisateurs », Newsletter CSDH du 26.10.2011

III. Le droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur être pris en compte comme une considération primordiale

A) En général

L'article 3, par. 1 : *"Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale."*

Cette disposition, si on l'analyse dans son ensemble, ne donne aucune explication particulière sur la manière de l'appliquer, ne fixe aucun devoir particulier, ni n'énonce de règles précises. Elle pose un principe, une espèce d'objectif idéal :

"L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale"

Cette disposition est pourtant à la fois un droit subjectif reconnu à l'enfant, celui de voir le décideur le mettre au centre de toutes décisions, mais aussi un principe général d'interprétation et une étape obligatoire de tout processus décisionnel ou une étape de la procédure⁷. Cela entraîne donc une obligation pour l'Etat : celle d'examiner dans toutes les décisions qui concernent les enfants si l'intérêt de l'enfant a été envisagé, de mettre en balance les différents intérêts, de faire l'inventaire des possibilités diverses pour la situation particulière de l'enfant et de choisir la solution qui sera la plus favorable pour assurer son développement harmonieux (art. 6 CDE), but ultime de toutes décisions.

L'article 3 par. 1 CDE joue deux rôles « classiques », celui de contrôler et celui de trouver des solutions⁸ :

- Critère de contrôle : l'intérêt supérieur de l'enfant sert à veiller à ce que l'exercice des droits et des obligations vis-à-vis des enfants soit effectué correctement. Tous les domaines dans lesquels des décisions sont prises à l'égard des enfants sont concernés par cette fonction de contrôle. Ce qui débouche sur le droit pour l'enfant de voir ce contrôle exercé dans les faits et sur l'obligation de l'Etat d'assurer ce contrôle.
- Critère de solution : dans le sens où la notion même de l'intérêt de l'enfant doit intervenir pour aider les décideurs à envisager non seulement une solution, mais toutes les solutions possibles qui prennent en compte les divers intérêts en présence, puis de choisir entre plusieurs solutions, celle qui prendra en compte l'enfant dans le contexte donné et ses besoins particuliers, aujourd'hui et dans son développement futur dans la mesure où on peut raisonnablement l'envisager. Cette solution sera alors choisie car étant « dans l'intérêt de l'enfant ».

⁷ voir Observation générale du Comité, no 14 CRC/C/GC/14, 2013, par. 6 (définition)

⁸ Fulchiron Hughes, *De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique*, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss

C'est "la passerelle indispensable entre le droit et la réalité sociologique"⁹

Même si l'expression consacrée parle de l'intérêt *supérieur*, il est certain que l'enfant n'a pas toujours raison et que plusieurs intérêts sont souvent en concurrence. Le Comité des droits de l'enfant a décrit ce type de situation et a indiqué comment procéder pour résoudre la question¹⁰ :

" L'intérêt supérieur de l'enfant – une fois évalué et déterminé – peut être en conflit avec d'autres intérêts ou d'autres droits (par exemple ceux d'autres enfants, du public, des parents, etc.). Les conflits potentiels entre l'intérêt supérieur d'un enfant, pris individuellement, et celui d'un groupe d'enfants ou des enfants en général doivent être résolus au cas par cas, en mettant soigneusement en balance les intérêts de toutes les parties et en trouvant un compromis acceptable. Il convient de procéder de même si les droits d'autres personnes sont en conflit avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Si une harmonisation est impossible, les autorités et les responsables devront analyser et mettre en balance les droits de toutes les parties concernées, en ayant à l'esprit que le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas une considération parmi d'autres seulement. Il convient donc d'attribuer un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant."

B) En Suisse

La Suisse, si elle connaît la question de l'intérêt supérieur de l'enfant, applique souvent la notion de bien-être de l'enfant (Kindeswohl), qui est une notion très large, puisqu'elle englobe tous les besoins de base de l'enfant (physiques, psychiques, sociaux, émotionnels...). C'est une sorte d'idéal à atteindre. Alors que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant (Kinderinteresse) est rattaché à la position de l'enfant-sujet de droit qui dispose du droit à voir son intérêt être évalué et pris très sérieusement en compte (comme une considération primordiale) ; cette notion de bien ou de bien-être de l'enfant existait bien avant la CDE ; elle aurait du être transformée en notion de droits (Approche basée sur le droit de l'enfant).

Lors de l'examen par le Comité du rapport de la Suisse (janvier 2015), cette question est revenue parmi les préoccupations émises pour notre pays. En effet, au par. 26 des Observations finales 2015, le Comité revient sur une confusion qu'entretient la Suisse avec l'art. 3 par. 1 de la Convention, à savoir de confondre le "bien de l'enfant" (Kindeswohl ou well-being) avec l'intérêt supérieur de l'enfant¹¹ (cf. Quenon, Riva Gapany et Zermatten, newsletter du CDSH de mars

⁹ Pichonnaz Pascal. *Le bien de l'enfant et les secondes familles (familles recomposées)*, in Kaufmann C, Ziegler F, Verlag Rüegger, Zürich/Chur, 2003, p. 163 (2.1)

¹⁰ CRC/C/GC/14, 2013, par. 39

¹¹ Hitz Quenon Nicole, Riva Gapany Paola, Zermatten Jean., *Les recommandations du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies à l'égard de la Suisse. Quels défis généraux ?*, Newsletter CSDH du 26.03.2015

2015). On lit d'ailleurs avec surprise dans la réponse de la Suisse à la Liste des questions, la considération suivante (CRC/C/CHE/Q/2-3/Add.1, par. 39) " Le bien de l'enfant a acquis le rang de droit constitutionnel le 1er janvier 2000, lors de l'introduction dans la nouvelle Constitution fédérale (Cst) de l'article 11, qui confère aux enfants et aux jeunes, à son alinéa 1, le «droit à une protection particulière de leur intégrité et à l'encouragement de leur développement» ". On ne voit pas bien comment une disposition si générale a pu donner valeur constitutionnelle au concept de bien de l'enfant.

Cependant, il faut bien admettre que depuis la ratification par la Suisse de la CDE, plusieurs décisions de jurisprudence ont été prises dans différents domaines du droit et récemment, il y a un développement intéressant de la jurisprudence, notamment en matière de migration.

La Suisse a, à mon avis, deux questions à résoudre par rapport à l'art. 3 par. 1 CDE :

- l'application directe de l'art. 3 par. 1 de la CDE, exigée par le Comité dans son Observation no 14 : "*Le paragraphe 1 de l'article 3 crée une obligation intrinsèque pour les États, et est directement applicable (auto-exécutoire) et peut être invoqué devant un tribunal*"¹². A ce jour, nous n'avons pas de décision du TF, qui ferait le pendant de l'application directe de l'art. 12 CDE ;
- la considération que l'art. 3 par. 1 constitue non seulement un principe, ou un idéal à rechercher, mais bien un droit subjectif de l'enfant de voir son intérêt supérieur être pris en compte.

C) Liens entre l'art. 3 par. 1 et l'art. 12

Le lien de l'art. 3 par. 1 avec l'article 12 CDE est évident. Comment un décideur peut-il établir l'intérêt supérieur de l'enfant, sans prendre connaissance de l'opinion de l'enfant sur cette question fondamentale ? Il paraît évident que la procédure pour établir l'intérêt supérieur de l'enfant doit être basée d'abord sur la consultation de l'enfant et que cette consultation, pour autant que l'enfant ait la capacité d'exprimer valablement son opinion, doit être prise en considération de manière particulière.

Certains ont opposé l'article 3 par. 1 qui serait vu comme l'expression des préoccupations de protection de la CDE et l'article 12, qui serait lui, l'expression de la participation des enfants dans les processus décisionnels et qui fonderait donc ce nouveau statut de l'enfant, sujet de droits. Dans le concret des situations et selon le principe de l'individualisation à suivre strictement, il n'y aura pas de contradiction, puisque le décideur devrait très souvent être le même et se préoccuper, lorsqu'il a à trancher de :

¹² CRC/C/GC/14, para 6 a

- d'abord entendre l'enfant sur l'affaire en cause et sur les solutions envisagées,
- puis, en prenant en considération l'opinion de l'enfant, rechercher la solution la plus favorable à l'enfant, sujet de la décision,
- Enfin prendre sa décision, en ayant accordé une considération particulière et à la parole de l'enfant et respecté son droit à son intérêt supérieur.

Ce ne sont dès lors que les étapes d'un même processus décisionnel.

Plutôt que de voir un antagonisme entre ces deux articles, il convient de souligner que l'art 12 CDE vient en appui de l'article 3 par. 1 CDE en l'aidant à remplir ses deux fonctions et que l'article 3 par 1 CDE, en offrant la possibilité à l'enfant d'influencer l'établissement de son intérêt supérieur, grâce au poids accordé à son opinion, donne à l'article 12 toute sa justification et lui évite de n'être qu'un droit rhétorique.

IV. Le rôle de l'avocat dans cette situation nouvelle

A) En général

Il ne fait pas de doute que de reconnaître l'enfant comme sujet de droits pose un certain nombre de questions par rapport au rôle de l'avocat, défenseur de ce nouvel enfant, quelles que soient les motifs pour lesquels l'avocat intervient :

- au pénal : enfant soupçonné, accusé ou reconnu auteur, enfant victime, enfant témoin
- au civil: enfant partie à ou affecté par une procédure à laquelle il n'est pas partie (droit de la famille)
- en protection : enfant, objet d'une décision ou affecté par une décision
- dans l'administration : enfant, objet d'une décision ou affecté par une décision.

Rappelons tout d'abord, que la CDE dans ses différentes dispositions demande que l'enfant puisse bénéficier d'une assistance juridique appropriée, et que sa représentation par les parents, n'est pas automatique, en raison des conflits d'intérêts possibles.

Par exemple pour la détermination de l'intérêt supérieur, l'Observation générale no 14¹³ :

" L'enfant a besoin d'une représentation juridique adéquate quand son intérêt supérieur doit être officiellement évalué et déterminé par un tribunal ou un organe équivalent. En particulier, l'enfant qui fait l'objet d'une procédure administrative ou judiciaire donnant lieu à une évaluation de son intérêt

¹³ CRC/C/GC /14, 2013, par. 96

supérieur doit, outre un tuteur ou un représentant chargé d'exposer ses vues, se voir attribuer un conseil juridique s'il y a un risque de conflit entre les parties impliquées dans la décision."

Cette exigence de la CDE a pesé certainement de manière importante sur l'intervention toujours plus importante de l'avocat dans les causes où des mineurs sont impliqués, à un titre ou à un autre.

Sans vouloir remonter aux calendes grecques, je me souviens très bien de la période où l'apparition d'un avocat en justice juvénile, était exceptionnelle ; ces "auxiliaires de la justice" n'étaient guère les bienvenus et étaient traités, lorsqu'ils apparaissaient, comme des empêcheurs de tourner en rond par un système où le Juge des mineurs omniscient et protecteur de l'enfant décidait de tout ; au mieux, l'avocat apparaissait comme un faire-valoir du juge, qui lui demandait de soutenir le choix ou la décision qu'il avait déjà prise... Cette vision paternaliste a cédé le pas, avec les nouveaux DPMIn et surtout la PPMIn, à l'introduction de l'avocat de la première heure, et à la nouvelle définition du rôle du défenseur donnée par le CPP, applicable aux mineurs à défaut d'une disposition spécifique (L'article 128 CPP précise le rôle de l'avocat de la manière suivante : « *le défenseur n'est obligé, dans les limites de la loi et des règles de sa profession, que par les intérêts du prévenu* »).

A mentionner aussi l'art. 40 par. 2 litt (B) de la CDE, en matière de justice juvénile qui dispose au point " (iii) *Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité compétente, indépendante et impartiale ou une instance judiciaire, dans un procès équitable conformément à la loi, en présence de son conseil juridique ou autre (emphase mise par l'auteur) et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, en particulier, en tenant compte de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux*".

D'une manière très générale et sans référence au droits de l'enfant, le droit à une représentation dans les procédures dérive du droit à un procès équitable et du droit d'être entendu. Appliqué à notre domaine, il faut alors faciliter l'exercice de ces droits et veiller à ce que les enfants puissent, eux-mêmes, ou par l'intermédiaire d'autres personnes ou organes, être informés et autorisés à participer aux procédures les concernant, quelle que soit l'autorité qui décide.

Donc le statut de l'enfant, le respect de son droit de participer et de voir son intérêt être pris en compte peuvent faire varier sérieusement leurs besoins d'être représentés, selon les domaines où les décisions doivent être prises : en général, les règles de représentation sont plus claires en matière pénale, alors que dans le domaine de la protection ou dans l'administration, on n'est dans du droit moins procédural, donc où la question de l'avocat n'est pas toujours réglée très clairement.

Il faut mentionner ensuite, que la situation de l'avocat peut varier selon l'âge et la maturité de l'enfant pour lequel il intervient, les deux critères souvent mis en avant par la CDE (avec la notion de capacités évolutives).

Le critère du discernement notamment, au sens strict du terme, donne à l'enfant une possibilité d'exercer de manière plus ou moins autonome certains droits, notamment les droits qui sont strictement personnels ou des droits qui sont prévus par le législateur. Cela va aussi influencer le rôle de l'avocat.

On doit aussi admettre que pour certaines situations, même si la loi ne prévoit pas de possibilité pour l'adolescent de faire valoir ses droits de manière autonome, le principe de réalité va imposer des situations où l'adolescent de fait va prendre sa destinée en mains. On pense ici aux situations de délinquance, ou aux situations de soins médicaux, où le consentement de l'enfant / adolescent sera admis sur la base d'une évaluation de ses capacités de facto et non de jure, à la situation d'enfants victimes de violences ou d'abus intrafamiliaux...

B) Situation en Suisse

En Suisse, la présence du conseil est également mentionnée dans plusieurs textes législatifs :

- Procédure de divorce : art. 299 svts CCP
- Procédure pénale pour les mineurs : art. 23 svts PPMIn
- Enlèvement internationaux : art. 9 al. 3 LF-EEA
- Procédure de protection de l'enfant : art. 314a^{bis} CC
- Possibilité pour un enfant capable de discernement de mandater lui-même un représentant, pour la défense de ses droits strictement personnels, art. 19 al. 2 et art. 19c al. 1 n CC

Ouvrons une petite parenthèse pour le droit de protection: depuis 2013, le droit de protection a passablement changé en Suisse et la question de la représentation de l'enfant a pris une nouvelle dimension, notamment avec les nouvelles APEA (Autorités de protection de l'adulte et de l'enfant). En effet, l'art. 314a^{bis} CC introduit la représentation de l'enfant dans la procédure devant l'autorité de protection par un-e curateur/curatrice expérimenté-e en matière d'assistance et dans le domaine juridique. Cette représentation de l'enfant dans la procédure devant l'autorité de protection existait avant le 1er janvier 2013, par le biais d'un-e avocat-e désigné-e par l'enfant ou par l'autorité de protection, mais n'était pas souvent appliquée.

Ce qui est nouveau et qui semble poser des problèmes assez sérieux, c'est que dans toutes les procédures de protection de l'enfant, l'autorité peut être amenée à désigner à l'enfant concerné un-e représentant-e lorsqu'il n'est pas en mesure de défendre lui-même ses intérêts. Ce représentant ou cette représentante doit être

expérimenté-e en matière d'assistance et dans le domaine juridique, mais ne doit pas nécessairement être un-e avocat-e.

C) Les multiples fonctions de l'avocat et les attentes par rapport à son rôle

La nécessité de mandater un avocat est le plus souvent liée à un conflit d'intérêt entre l'enfant et ses parents ; mais une autre justification est aussi la complexité croissante des causes, où il faut disposer de connaissances particulières, notamment en droit, pour pouvoir trouver et maintenir le cap dans des procédures parfois parallèles et délicates. Cela n'enlève rien aux capacités de l'enfant, l'adulte est lui-même très souvent confronté à ce genre de situations. C'est aussi la raison pour laquelle, il est de plus en plus fait appel à un avocat, alors que dans le passé, on cherchait plutôt l'aide d'un proche ou d'un tuteur (la personne dite de confiance).

Dans ces procédures, souvent complexes, l'avocat peut avoir plusieurs rôles par rapport à l'enfant.

1. Le rôle classique

Le rôle classique est celui de défendre l'enfant : il est le garant des droits reconnus à l'enfant ; il est le porte-parole de l'enfant et fait connaître le point de vue de ce dernier, pour autant qu'il soit en âge de s'exprimer ou alors si l'enfant ne peut s'exprimer valablement, il vérifie que le juge a tous les éléments pour prendre sa décision. Dans cette situation, il n'a pas d'opinion personnelle et ne défend pas d'autres points de vue que celui de l'enfant. On pourrait alors dire que l'avocat a trois missions : informer l'enfant sur ce qui se passe ; expliquer à l'enfant les conséquences éventuelles de l'expression ou du refus de son opinion et le sens des interventions de l'avocat ; porter à la connaissance de l'autorité l'opinion de l'enfant (non la sienne), tout en la mettant correctement en perspective.

2. Le représentant de l'intérêt de l'enfant

Cependant, pour de nombreux avocats (et probablement pour de nombreux auteurs), cette situation classique n'est pas suffisante, car elle ne prend pas en compte les besoins spécifiques et la situation particulière de l'enfant, qui vu son âge et son degré de développement, n'est pas à même de donner des directives à son avocat, en un mot ne peut être celui qui dirige sa défense. L'avocat a alors tendance à devenir une sorte de représentant de l'intérêt de l'enfant, sorte de super-protecteur de l'être le plus faible qui a besoin d'être protégé, y compris contre lui-même. Dans cette position, c'est l'avocat qui choisit la ligne de défense, selon ce qu'il estime être le meilleur pour son client. On peut dire alors que le rôle de l'avocat dépasse son rôle premier et entre dans la sphère de la détermination de ce que l'avocat pense être l'intérêt de l'enfant. Par rapport à ce rôle de l'avocat, une des objections majeures est l'aspect "paternaliste" de

l'avocat, qui se substitue à l'enfant et dépasse son rôle de défenseur.

Les Lignes directrices du Conseil de l'Europe pour une Justice adaptée aux enfants ont clairement vu un problème dans ce cumul de fonctions¹⁴ :

"104. Tout en respectant la liberté de l'enfant de choisir son avocat, il est recommandé de mettre en place un système d'avocats spécialisés dans la justice des enfants. Il importe de clarifier le rôle exact de l'avocat de l'enfant. L'avocat n'a pas à mettre en avant ce qu'il estime être dans l'intérêt supérieur de l'enfant (ce que fait un tuteur ou un défenseur public), mais de déterminer et de défendre l'avis de l'enfant, comme dans le cas d'un client adulte. L'avocat devrait s'efforcer d'obtenir le consentement éclairé de l'enfant sur la meilleure stratégie à adopter. Si l'avocat est en désaccord avec l'avis de l'enfant, il devrait essayer de convaincre ce dernier comme il le ferait avec tout autre client."

3. Le tuteur de l'enfant

Certains avocats vont encore plus loin et cherchent à modifier la situation de manière réelle, en collaboration avec les professionnels de l'intervention judiciaire ou administrative; ils participent alors à trouver et à mettre en œuvre une solution qui paraît favorable à l'enfant. L'avocat devient une sorte de tuteur de l'enfant (tuteur ad litem ?) et agit de manière plus ou moins coordonnée avec les auteurs acteurs du système judiciaire, policier, ou social (y compris dans les causes de nature administrative) et sort de son rôle d'assistance juridique, pour entrer dans la sphère psycho-sociale, voire thérapeutique. Cette action est souvent qualifiée de complémentaire à celle du décideur et est justifiée par une pratique interdisciplinaire.

On est alors plus dans le rôle du « tuteur ad litem », prévu à la Ligne directrice no 42. Dans le commentaire explicatif du Conseil de l'Europe, cette question est traitée de manière assez claire¹⁵ :

« 105. Le rôle de l'avocat est différent de celui du tuteur ad litem, dont il est question à la ligne directrice 42, en ce que ce dernier est désigné par le tribunal et non par un « client » en tant que tel, et il devrait aider le tribunal à déterminer ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Quoiqu'il en soit, le recours à une personne jouant les deux rôles devrait être évité pour prévenir tout risque de conflit d'intérêt¹⁶. L'autorité compétente devrait, dans certains cas, désigner soit un tuteur ad litem soit un autre représentant indépendant

¹⁴ COE, 2010, Rapport explicatif, par. 104

¹⁵ COE, 2010, Rapport explicatif, par. 104

¹⁶ Ligne directrice no 42. *En cas de conflit d'intérêt entre les parents et les enfants, l'autorité compétente devrait désigner un tuteur ad litem ou un autre représentant indépendant afin de représenter les points de vue et intérêts de l'enfant.*

pour représenter les opinions de l'enfant. Cela pourra être fait sur demande de l'enfant ou d'une autre partie concernée. »

Comme indiqué, plusieurs postures peuvent se présenter ; cette description est sans nuance et dans bien des situations, l'avocat va peut-être adopter des positions qui s'apparentent aux trois situations décrites... on peut être dans le cas de figure d'une intervention « mixte »...

D) Qui l'avocat doit-il représenter ?

Si nous nous penchons sur les textes, notamment sur la base conventionnelle de la CDE et en référence à l'Observation Générale du Comité des droits de l'enfant sur l'exercice du droit d'être entendu¹⁷, on lit au par. 36 :

*"36. Le représentant de l'enfant peut être le ou les parents, **un avocat**, ou toute autre personne (notamment un travailleur social). Toutefois, il convient de souligner que, dans de nombreuses affaires (civiles, pénales ou administratives), il existe des risques de conflit d'intérêts entre l'enfant et son représentant le plus évident (le ou les parents). Si l'enfant est entendu par l'intermédiaire d'un représentant, il est primordial que ses opinions soient transmises correctement par ce représentant à la personne chargée de rendre la décision. La méthode choisie doit être déterminée par l'enfant (ou par l'autorité compétente si nécessaire) en fonction de sa situation particulière. Le représentant doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes des différents aspects du processus décisionnel et avoir l'expérience du travail avec les enfants.*

*37. Le **représentant doit être conscient qu'il représente exclusivement les intérêts de l'enfant** et non les intérêts d'autres personnes (parent(s)), d'institutions ou d'organismes (par exemple le foyer d'accueil, l'administration ou la société). Des codes de conduite devraient être élaborés à l'intention des représentants désignés pour présenter les opinions de l'enfant."*

Dès lors, dans cette approche, l'avocat ne devrait pas vraiment prendre en compte d'autres intérêts que ceux de l'enfant qu'il représente. Cela ne veut-il dire qu'il ne peut pas adopter une attitude plus ou moins "éducative" ?

E) Une situation helvétique

En 2014, une première évaluation de la situation du nouveau droit de protection a été mise en route par le Centre suisse de compétence en droits humains et a examiné la situation dans 3 cantons (Genève, Vaud et Zürich) avec plusieurs indicateurs, dont un concernait la question spécifique de la représentation de

¹⁷ CRC/C/GC/12, par. 36

l'enfant (selon le nouvel art 314a^{bis} CC). Il me semble intéressant dans ce débat de rapporter la conclusion de cette étude¹⁸

"...Dans une perspective transversale, les résultats de cette étude pourraient être repris en bref comme suit:

- ...
- *En ce qui concerne l'audition de l'enfant, des différences tant au niveau de la méthode, de la personne effectuant l'audition ainsi que de l'âge des enfants sont ressorties de notre enquête de terrain. Les besoins se situeraient au niveau de la formation et de la systématisation.*
- *Les autorités de protection ne semblent pas encore, pour des raisons diverses, se poser de manière régulière la question si une représentation de l'enfant durant la procédure devant l'autorité de protection selon l'art. 314abis CC serait opportune. Les besoins se situeraient alors dans la sensibilisation et de la clarification du rôle de représentation de procédure.*
-"

Sur le plan de la représentation, on peut aussi reprendre ce que l'analyse pour le canton de Genève énoncé dans l'étude déjà mentionnée¹⁹ :

« La désignation du curateur de représentation ne semble pas encore être une pratique systématique dans le Canton de Genève, mais seulement une dimension parmi d'autres dans une constellation d'une grande complexité. Une raison pourrait être la non-existence d'un réseau d'avocats formés spécifiquement connus et reconnus dans le canton étant donné que le TPAE semble plutôt désigner des avocats selon les affinités et les expériences acquises....

Suite à cet état des lieux sur la pratique et la compréhension du rôle de ce curateur, les questions suivantes pourraient être posées pour améliorer le système :

- *Une sensibilisation d'envergure de tous les acteurs, TPAE et services de prestations dans l'aide et la protection de l'enfant, a-t-elle été envisagée afin de clarifier le rôle du curateur de représentation?*
- *Une formation spécifique pour les avocats représentant les enfants, par l'ordre des avocats ou une autre entité spécialisée, a-t-elle déjà été envisagée ?*
- *La question de la rémunération a-t-elle été abordée par l'ordre judiciaire et l'ordre des avocats dans une optique d'égalité de traitement de l'enfant (accès à un curateur de représentation) ? »*

¹⁸ Hitz Quenon Nicole, Paulus Eric, Luchetta Myit L., *Le Droit de protection de l'enfant, Les premiers effets de la mise en œuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zürich*, CSDH, Berne 2014, p. 79

¹⁹ *ibidem*, p. 30

Autant de questions (formation, réseau, disponibilité, rémunération et représentation) qui illustrent le débat de cet article. Pour l'objectivité, on peut dire que des conclusions semblables peuvent être lues pour le canton de Vaud dans la même étude²⁰.

F) Quelle option ?

Je ne serais pas ici doctrinaire : à mon avis, le rôle de l'avocat va beaucoup dépendre de l'âge de l'enfant représenté, selon que ce dernier peut verbaliser lui-même ou non son intérêt, car l'avocat peut difficilement se déclarer le porte-parole d'un enfant en très bas âge, qui ne peut s'exprimer. Mais le rôle va aussi être lié à la position du/des parents qui ne peut/vent pas, pour une question de conflit d'intérêts, ou d'absence-s, ou de statut d'abuseur-s, ou de parent-s négligent-s, voire d'incapable-s, temporairement ou durablement représenter leur enfant. Le rôle de l'avocat est aussi influencé par la nature de la décision qui concerne l'enfant, par la portée de sa parole et par la position des autres acteurs impliqués (travailleurs sociaux, directeurs d'écoles, agent de migration, personnel d'institutions...).

Donc, il s'agit d'un débat difficile : faut-il limiter le rôle du juge et faire en sorte que l'avocat ne représente que la parole de l'enfant ? Ou, au contraire, peut-on laisser à l'avocat une marge de manœuvre plus grande en lui octroyant une liberté d'action, qui n'aurait comme seule et unique justification que celle d'agir dans l'intérêt de l'enfant ?

Je pense que l'on peut, en partie résoudre cette question en se disant que l'avocat n'est pas :

- le parent de l'enfant
- le juge de la cause
- l'assistant social de l'enfant
- le psy...-chologue ou ...-chiatre de l'enfant...

Mais qu'il est bien son représentant, c'est-à-dire celui qui représente ses droits, qui fait administrer les preuves pertinentes, qui informe l'enfant sur la nature, l'importance, l'impact et les modalités de la décision à prendre, qui s'assure que sa parole est recueillie de manière respectueuse et qu'elle est écoutée et prise en compte, que son droit à voir sa situation évaluée à l'aune de son intérêt a bien été exercé, que ses droits à toutes les étapes de la procédure judiciaire ou administrative ont été respectés.

Le fait que les situations des enfants et des familles sont souvent complexes et que les acteurs travaillent de plus en plus souvent en réseau, n'empêchent pas l'avocat d'y participer et je dirais même plus de s'assurer que chacun joue son rôle, et non le rôle de l'autre.

²⁰ ibidem p. 55

A ce titre, je pense que l'avocat doit contribuer à faire respecter l'enfant comme sujet de droits et non simplement comme destinataire de protection ou pouvant avoir accès à des soins, qui est l'ancienne position paternaliste.

La vision nouvelle de la CDE impose, à mon avis une action de l'avocat qui oblige tous les acteurs à plus de rigueur et qui permet à l'enfant de participer, dans toute la mesure de ses moyens, à sa défense. Dès lors, l'avocat pourra sortir de son dilemme et plutôt que de déterminer lui-même quel est l'intérêt supérieur de son client-enfant dans telle situation particulière, il devra s'assurer auprès de tous les acteurs impliqués, notamment lorsqu'il y a intervention d'équipes pluridisciplinaires, que l'évaluation de la situation personnelle de l'enfant est faite et faite correctement, que toutes les solutions possibles sont examinées, et non seulement quelques unes, que les différents intérêts concurrents ont été soupesés et que la meilleure solution pour assurer le développement harmonieux de l'enfant soit proposée.

Cette position de l'avocat suppose qu'il connaisse bien son client-enfant, qu'il soit capable de comprendre les enjeux, qu'il ait des connaissances spécifiques, non seulement en droit, mais aussi en psychologie et qu'il puisse entrer en communication avec l'enfant dont il devra porter la parole.

V. Conclusion

Il est nécessaire, à mon avis, pour chaque enfant et pour chaque cas, de trouver un équilibre entre la protection et la participation effective de l'enfant ; il est dangereux de laisser l'enfant sans défense ; comme il serait également contreproductif de le laisser tout décider lui-même ; il faut évidemment trouver des solutions lorsqu'il y a des conflits d'intérêts entre lui et d'autres groupes de personnes.

Respecter et renforcer les capacités des enfants exigent de la confiance, du temps et des connaissances spécifiques. A mes yeux, l'engagement accru d'avocats dans les procédures devant les autorités et la représentation procédurale obligatoire dans des cas déterminés sont des mesures nécessaires et urgentes en droits de l'enfant.

La formation spécifique de l'avocat de l'enfant reste cependant lacunaire et devrait être améliorée sensiblement.

L'introduction de la représentation indépendante de l'enfant, n'est pas seulement le reflet de l'évolution du statut de l'enfant dans notre société; elle contribue certainement à diriger les procédures judiciaires et administratives (y compris la procédure de protection de l'enfant) vers un meilleur respect de son droit d'exprimer son opinion et de son droit à voir ses intérêts être évalués de manière sérieuse et être pris comme une considération primordiale.

VI. Bibliographie

Fulchiron Hughes., *De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique*, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss

Hitz Quenon N., Paulus E., Luchetta Myit L., *Le Droit de protection de l'enfant, Les premiers effets de la mise en œuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zürich*, CSDH, Berne 2014

Hitz Quenon N., Riva Gapany P., Zermatten J., *Les recommandations du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies à l'égard de la Suisse. Quels défis généraux ?*, Newsletter CSDH du 26.03.2015

Jaffé Philip D., « *Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur la Justice adaptée aux enfants. Repenser la justice pour ses plus jeunes utilisateurs* », Newsletter CSDH du 26.10.2011

Lansdown, G., *The Evolving Capacities of the Child*. Florence: UNICEF Innocenti Research Centre, 2005

Pichonnaz P., *Le bien de l'enfant et les secondes familles* (familles recomposées), in Kaufmann C, Ziegler F, Verlag Rüegger, Zürich/Chur, 2003, p. 163 (2.1)

Sen, A., *Equality of What et Un nouveau modèle économique. Développement, justice, liberté*, Odile Jacob, 2000

LES PREMIERS EFFETS DE LA MISE EN ŒUVRE DU DROIT DE PROTECTION DE L'ENFANT DANS LES CANTONS DE GENEVE, VAUD ET ZURICH. FOCUS PARTICULIER SUR L'AUDITION DE L'ENFANT

Nicole HITZ QUENON

Lic.iur. et D.E.S. en rel.int. ; Collaboratrice scientifique du domaine
Politique de l'enfance et de la jeunesse du Centre suisse de
compétence pour les droits humains au sein du Centre interfacultaire
en droits de l'enfant de l'UNIGE.

Table des matières

I. Introduction : Le cadre de l'étude

II. L'audition de l'enfant dans la procédure du droit de protection de l'enfant

- 1. Résultats issus de l'enquête dans le canton de Genève*
- 2. Résultats issus de l'enquête dans le canton de Vaud*
- 3. Résultats issus de l'enquête dans le canton de Zurich*

III. Conclusion

I. Introduction : Le cadre de l'étude

Le résumé présenté ici se base sur l'étude publiée en mars 2015 intitulée « Le droit de protection de l'enfant. Les premiers effets de la mise en œuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich ». ¹ Cette étude est le fruit d'un mandat confié par la Confédération au Centre suisse de compétence pour les droits humains ², dont le domaine Politique de l'enfance et de la jeunesse est sous la responsabilité du Centre interfacultaire en droits de l'enfant (CIDE, anciennement IUKB) ainsi que de l'Institut international des droits de l'enfant (IDE). L'étude a été menée par Nicole Hitz Quenon, Eric Paulus et Laure Luchetta Myit et accompagnée par un groupe de projet intégrant comme spécialistes du terrain Messieurs Pascal Flotron et Gabriel Frossard ainsi que le Prof. Philip D. Jaffé au niveau académique, et elle a bénéficié du soutien de trois stagiaires ³. L'étude a en outre été soutenue par le Dr. h.c. Jean Zermatten, Mme Paola Riva Gapany, le Dr. Michael Marugg et Mme Christina Weber Khan ⁴.

L'objectif de l'étude était d'examiner les premiers effets du droit de protection sur l'enfant dans trois cantons (GE, VD et ZH). Quatre axes thématiques nous ont permis de cibler les effets intervenus pour les enfants suite à l'entrée en vigueur du nouveau droit : la composition interdisciplinaire de l'autorité de protection ; l'audition de l'enfant, la représentation de l'enfant durant la procédure et l'accès de l'enfant au système de protection. Après une recherche initiale en 2013 axée sur la documentation et la compréhension des divers systèmes, nous avons mené une recherche empirique qualitative sous forme d'entretiens semi-guidés auprès des autorités de protection ainsi que d'autres acteurs impliqués (instance de surveillance/recours, service de protection, service de santé/médecins-psychiatres, avocats spécialisés, responsables d'institutions socio-éducatives) dans les trois cantons.

II. L'audition de l'enfant dans la procédure du droit de protection de l'enfant

Le Code civil suisse prévoit dans son article 314a l'audition personnelle et appropriée de l'enfant, pour autant qu'aucun motif ne s'y oppose, notamment le jeune âge de l'enfant. Du point de vue des obligations et recommandations internationales, il s'agit ici de la mise en œuvre notamment de l'art. 12 CDE ainsi que des Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants.

¹ Nicole Hitz Quenon, Eric Paulus, Laure Luchetta Myit, Le droit de protection de l'enfant. Les premiers effets de la mise en œuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich, Etude du CSDH du 18 décembre 2014, disponible en PDF sous www.csdh.ch (rubrique publications).

² CSDH, dont le rôle consiste à notamment faciliter la mise en œuvre des obligations internationales en Suisse.

³ Lea Tanner, Joëlle Minacci et Michelle Jenni. Ceci a été rendu possible grâce aux contributions financières accordées par la Fondation Isabelle Hafen. L'étude a également bénéficié du soutien du Fonds pour la protection de la jeunesse et en faveur de l'enfance malheureuse et abandonnée du Canton de Vaud.

⁴ Pour les détails de la collaboration, cf. Introduction de l'Etude.

Notre enquête par rapport à l'audition de l'enfant se situait autour des points suivants :

- identification des personnes auditionnant l'enfant ;
- constellation d'une audition personnelle de l'enfant (surtout âge de l'enfant);
- conditions matérielles d'une audition et résumé de l'audition (consignation)⁵.

1. Résultats issus de l'enquête dans le canton de Genève

Le canton de Genève fait partie des cantons disposant d'une autorité de protection judiciaire par son Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (TPAE). L'art. 38 let. a LaCC⁶ régit l'audition de l'enfant concernée, conformément aux dispositions de l'art. 314a CC.

Les personnes interviewées au sein du TPAE ainsi que les acteurs externes se sont prononcés sur la pratique et la forme de l'audition, les qualités et compétences requises pour les personnes auditionnant ainsi que sur les conditions formelles de l'audition. En résumé⁷, la pratique de l'audition par les auteurs interviewés, est la suivante : *l'audition de l'enfant existe certes dans la procédure du droit de protection genevoise, mais n'est cependant pas systématique*. Une grande conscience de l'importance symbolique et concrète de l'audition pour l'enfant a été constatée, de laquelle découle la nécessité d'évaluer soigneusement si l'audition est utile pour la décision de prise de mesures, en tenant compte de l'intérêt de l'enfant. Le point de vue de l'enfant devrait surtout être recueilli dans des situations particulièrement complexes ou inextricables. *L'audition de l'enfant est effectué tant par les membres du TPAE que par délégation au Service de protection des mineur-e-s (SPMi)*. Néanmoins, ce qui est appelé « audition » de l'enfant, n'est pas toujours mené en tant que telle par le SPMi, ni le contenu rapporté selon les exigences de la loi au TPAE. A ce sujet, nous avons soulevé un besoin de discussion et clarification entre le TPAE et le SPMi.

En ce qui concerne les compétences humaines et techniques nécessaires pour l'audition de l'enfant, l'unanimité règne que les meilleures compétences devraient être mobilisées à ce but. Les *compétences humaines* dépendent de la maturité personnelle des auditeurs et de leurs capacités à transposer leurs expériences de vie acquises. Les *compétences techniques* renvoient aux compétences acquises à travers des formations spécifiques sur les méthodes et

⁵ Pour une question de place, ce point ne sera pas traité dans cet article succinct. Pour l'analyse de cette question de la pratique de consignation (314a al. 2 CC), cf. Etude sous les chapitres « audition de l'enfant » de chaque canton.

⁶ Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC) du 11 novembre 2012, E 1 05.

⁷ Pour l'état de lieu et l'analyse entiers, cf. étude, ch. IV, point 1./1.2.2, p. 31 ss.

conditions d'une audition. La nécessité d'assurer l'acquis de ces compétences à travers des formations est clairement ressortie de nos entretiens.

L'infrastructure devrait, de l'avis général des acteurs genevois interviewés, être humainement adapté, ni trop solennelle, ni complètement banalisée. L'audition peut réunir un certain nombre de personnes autour de l'enfant, à part des membres du TPAE (juge et juge assesseur) ; il s'agirait du/de la représentant/-e du SPMi et du curateur/de la curatrice de représentation, le cas échéant. Cette composition est apparue cependant comme source de questionnements lors des entretiens par rapport à un éventuel effet inopportun, voire préjudiciable, pour l'enfant.

En conclusion, l'audition de l'enfant est intégrée dans la procédure d'instruction du TPAE, même si le TPAE lui-même ne procède à des auditions que de cas en cas. Le TPAE est de l'avis que l'audition peut être déléguée. La pratique rapportée ne permet pas vraiment de savoir si les enfants sont entendus de manière systématique et adéquate à chaque fois que cela s'avère nécessaire. Tous les acteurs se sont prononcés en faveur d'une formation à l'audition. En ce qui concerne les conditions formelles ou techniques de l'audition, l'infrastructure, la qualité de l'accueil et la mise en confiance devraient correspondre aux besoins de l'enfant afin de garantir que l'audition puisse être réalisée dans le respect du bien et de l'intérêt de l'enfant. Ainsi, il serait opportun de porter attention à ce que toutes les personnes responsables disposent des compétences nécessaires.

Suite à l'analyse des informations reçues par les personnes interviewées, nos suggestions de questions à approfondir par rapport au système genevois touchaient notamment:

- à l'examen de la nécessité de l'audition dans le cadre de la procédure (qui, comment, à quel moment ?) ;
- à la considération du nombre de personnes présentes et leur impact sur l'enfant ;
- à la mise en place d'une formation sur les aspects techniques et relationnels de l'audition ainsi qu'à l'examen de la qualité de l'infrastructure⁸.

2. Résultats issus de l'enquête dans le canton de Vaud

Dans le canton de Vaud, le rôle de *l'autorité de protection incombe aux justices de paix* (art. 4 al. 1 LVP AE⁹). Selon l'art. 16 LVP AE, l'audition est menée par l'autorité collégiale, donc par les juges de paix et les assesseurs dans les justices de paix¹⁰, mais peut en outre être menée par un seul membre de l'autorité ou par

⁸ Cf. pour les questions en détails : Etude, p. 33.

⁹ Loi d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant (LVP AE) du 29 mai 2012, 211.255.

¹⁰ Pour la compréhension du système vaudois ainsi que des rôles spécifiques des juges de paix ainsi que des assesseurs, cf. notre Etude, ch. IV, point 2, 2.11 B, descriptif des acteurs dans le cadre de la législation cantonale.

la délégation à une autre personne (al. 2). Le Service de protection de la jeunesse (SPJ) entend les enfants à travers ses offices régionaux sur mandat de l'autorité de protection (art. 20 a. 4 LProMin), s'agissant d'une audition déléguée.

Les données récoltées à travers nos entretiens dans le canton de Vaud ont fait ressortir que *les enfants ne sont pas entendus systématiquement voire peu entendus par les membres de justices de paix rencontrés et que c'est principalement le SPJ qui les entend*. Selon nos interlocuteurs, les enfants ne seraient réentendus que lorsque la justice de paix se distancie de l'appréciation du SPJ. Une audition systématique a lieu seulement lors d'un placement à des fins d'assistance (art. 314bCC), ce qui constitue un cas rare. Une des raisons pour laquelle les justices de paix interrogées n'entendent que peu les enfants, se trouve dans une grande réticence des juges de paix à auditionner les enfants. Cette réticence aurait son origine dans le manque de formation spécifique (par rapport aux compétences sociales et psychologiques nécessaires).

La délégation de l'audition à un assesseur de la justice de paix pourrait apporter une plus-value, pour autant que cette personne dispose effectivement d'une formation approfondie ou d'une grande expérience dans la technique de l'audition. Comme mentionné ci-dessus, dans la majorité de cas, l'audition est cependant déléguée au SPJ, qui est perçu par les juges interviewés comme étant mieux formé et plus expérimenté qu'eux-mêmes. Une autre raison de la réticence réside dans la crainte que l'audition ne porte préjudice à l'enfant. L'importance d'une pesée des intérêts entre une audition et le risque d'un impact préjudiciable de celle-ci a été avancée.

En ce qui concerne *la formation des juges et assesseurs*, il s'avère que, malgré la mise en place de journées de formation assez régulièrement aux dires d'un membre de l'autorité de surveillance, le besoin d'une formation plus approfondie en psychologie infantile, techniques d'interrogation et mise en confiance de l'enfant existe. Lors de la discussion avec les justices de paix, il a même été fait une comparaison avec le dispositif mis en place par la Brigade des mineurs de la Police cantonale pour les auditions de mineur-e-s.

Les avis varient énormément par rapport à *l'âge à partir duquel les enfants devraient être entendus* (dès 8 voire 10 ans selon les juges de paix, voire plus tard selon d'autres acteurs). Entre autres, le fait de devoir interpréter les propos de l'enfant dans certaines tranches d'âges, semble délicat.

En conclusion, une augmentation du nombre d'auditions directement par les autorités de protection dépendrait de la formation spécifique des juges ou de l'intégration de spécialistes au sein des justices de paix. Le processus actuellement en cours visant un changement dans le système de la curatelle privée dans le canton de Vaud¹¹ pourrait à moyen terme permettre, à travers

¹¹ Cf. pour plus de détails, Etude, Ch. IV, point 2, 2.2.1, p. 45 ss.

l'intégration d'asseurs spécialisés, d'augmenter les compétences sociales et psychologiques nécessaires des professionnels.

A l'heure actuelle, une question qui s'impose est : comment la transmission des données issues de l'audition de l'enfant par le SPJ à la justice de paix pourrait-elle être améliorée ? Etant donné que le rapport du SPJ ne contient, selon nos interlocuteurs, pas de résumé succinct de l'entretien, il s'agirait soit de renforcer l'échange entre le SPJ et la justice de paix afin de faire passer les informations, ou bien d'opter pour l'établissement d'un procès-verbal par le SPJ, conformément à l'art. 314a CC. Une délégation sous forme d'un mandat formel d'auditionner l'enfant confié au SPJ/ORPM pourrait ainsi clarifier le cadre de l'audition et être considéré comme remplaçant l'audition par l'autorité de protection (avec toutes les obligations de consignation etc.).

Par ailleurs, la diligence et une pesée d'intérêt devraient, lors de situations particulièrement conflictuelles notamment, être les éléments déterminants, pour savoir si l'audition correspond à ce moment-là vraiment à l'intérêt supérieur de l'enfant ou si plutôt d'autres options (report de l'audition, médiation) pourraient être envisagées.

Nous avons soulevé, en fin de ce chapitre sur l'audition de l'enfant par les acteurs vaudois, des questions notamment sur le rôle actif du Tribunal cantonal en faveur d'une formation approfondie en matière d'audition de l'enfant, ainsi que sur la disponibilité d'opportunités de formation régulières¹².

3. Résultats issus de l'enquête dans le canton de Zurich

Les autorités de protection, les « Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden » (KESB) dans le canton de Zurich sont de forme administrative et organisées de manière inter-communale (sauf la ville de Zurich).

Dans le canton de Zurich, les paras. 51 et 52 de l'EG KESR¹³ règlent l'audition ainsi que sa consignation en droit cantonal. L'audition est menée par un membre de l'autorité de protection, mais peut également se passer devant le collège de l'autorité, voire dans des cas particuliers être déléguée à un tiers externe, dès que l'on est en présence de motifs importants.

Il est ressorti des entretiens menés dans le canton de Zurich que *les enfants sont assez régulièrement entendus dans la procédure de protection*. Le nombre d'auditions auraient augmenté depuis l'entrée en vigueur du nouveau droit de protection. Les enfants seraient en principe entendus par un membre de l'autorité, et lors de cas complexes, un deuxième membre de l'autorité voire un membre d'un service spécialisé (Fachdienst) y participerait. Les auditions par le collège, telles que prévues par l'EG KESR, ne sont pas menées sans les autorités

¹² Cf. pour les questions en détails : Etude, p. 53.

¹³ Einführungsgesetz zum Kindes- und Erwachsenenschutzrecht (EG KESR) du 25 juin 2012, 232.3.

interrogées. Les membres invoquaient comme argument contre une audition par le collègue que l'enfant devait se sentir bien durant l'audition.

Le critère de *l'âge de l'enfant* est également, comme dans le canton de Vaud, utilisé de manière très variable. Si devant l'une des deux autorités interrogées, les enfants sont entendus indépendamment de l'âge, devant l'autre les enfants sont entendus par l'autorité à partir de 9 ans, et entre 4 et 9 ans l'audition est déléguée à une personne experte externe, notamment au kjz (Kinder- und Jugendhilfezentrum) voire à l'institution Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI). Certains acteurs externes interviewés se sont prononcés de manière critique par rapport aux auditions-observations de jeunes enfants par les autorités de protection étant donné que ceux-ci ne seraient pas toujours spécifiquement formés à cette tâche délicate.

L'EG KESR prévoit dans son para. 11 une *formation* continue régulière des membres de l'autorité de protection. Le Gemeindeamt (entité cantonale responsable des relations entre les communes du canton de Zurich et le canton) met à disposition des offres de formation continue, mais nos intervenants ont également fait référence aux offres des hautes écoles spécialisées. Si au sein des autorités interviewées, toutes les personnes menant des auditions disposent en principe d'une formation en la matière, ceci ne semble pas être le cas pour toutes les autorités de protection du canton.

En conclusion, il existe des critères très hétérogènes auprès des acteurs zurichois interrogés concernant l'âge à partir duquel on entend les enfants ainsi que concernant la délégation. Il s'agirait d'évaluer les avantages et inconvénients pour les enfants plus jeunes d'être entendus par l'instance qui décide ou par un/e expert-e indépendant-e. L'idéal serait bien évidemment que chaque autorité de protection dispose d'au moins une personne spécialement formée en audition/observation de jeunes enfants, par exemple un-e psychologue formé à cet effet. En ce qui concerne la formation dans les techniques de l'audition de manière générale, il serait opportun, de prévoir une formation continue obligatoire pour tous les actuels membres et collaborateurs des autorités de protection qui sont censés mener des auditions. Une possibilité supplémentaire à l'avenir serait d'inclure la qualification en matière d'audition déjà en tant que critère lors de l'engagement.

III. Conclusion

Etant donné les grandes divergences entre les structures des trois autorités de protection et leur fonctionnement en tant que tel et lorsqu'ils coopèrent avec les autres services, il n'est pas possible d'effectuer une comparaison, ce qui n'était par ailleurs non plus l'objectif de l'étude. Ce qui reste à résumer de manière générale, c'est le grand besoin de renforcer les pratiques d'audition par des formations spécifiques des professionnels, par une systématisation notamment

concernant l'âge et la consignation de l'opinion de l'enfant, ainsi qu'en réglant pour certains cantons de manière plus claire la répartition des rôles entre l'audition et l'évaluation de la situation de l'enfant.

Les résultats de notre échantillon de pratiques confirme en quelque sorte le postulat de la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national¹⁴ qui déplore une pratique très disparate et demande un bilan de la mise en œuvre de l'art. 12.

¹⁴ Postulat 14.3382, Droit d'être entendu. Bilan de la mise en œuvre en Suisse de l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant, déposé le 15 mai 2014.

L'EXPERTISE PSYCHOJUDICIAIRE POUR ENFANTS ET ADOLESCENTS EST-ELLE SUFFISAMMENT CHILD- FRIENDLY?¹

Philip D. JAFFÉ et Coraline HIRSCHI

Prof. Philip D. Jaffé, Université de Genève, spécialiste en psychologie légale FSP, directeur du Centre interfacultaire des droits de l'enfant (CIDE),

Coraline Hirschi, juriste, assistante-doctorante au CIDE

Table des matières

I. Introduction

II. Un survol de la pratique de l'expertise psycho-judiciaire helvétique

III. Ethique et droit

IV. Deux vignettes

V. La sensibilité aux droits de l'enfant et de l'adolescent

VI. Remarques conclusives

VII. Bibliographie

¹ Version francophone substantiellement remaniée d'une publication parue en anglais. Voir Jaffé (2013) dans la bibliographie.

I. Introduction

Chaque jour, en Suisse, des centaines d'enfants et d'adolescents² figurent parmi les protagonistes d'expertises psycho-judiciaires, d'enquêtes sociales ou administratives confiées à des services publics et/ou à des professionnels en pratique privée qui sont notamment chargés de mener une réflexion quant à leur bien-être et à leur intérêt supérieur. Ces procédures couvrent un grand nombre de situations, dont, par exemple, l'évaluation d'enfants et d'adolescents en conflit avec la loi pour aider à déterminer comment, tout en les sanctionnant, le juge pour mineurs pourra leur venir en aide sur le plan éducatif, ou estimer le besoin de mettre en place des mesures protectionnelles lorsque l'abus ou la négligence sont suspectés. Ou encore pour examiner l'intérêt de l'enfant dans le contexte de la myriade d'options que les parents peuvent choisir pour se séparer et conduire leurs obligations parentales. Au-delà du système judiciaire à proprement parler, bien des enfants sont aussi évalués dans des contextes administratifs. C'est le cas notamment des mineurs étrangers non accompagnés pour qui il s'agit de déterminer le type de séjour autorisé, le cas échéant les conditions d'un éventuel renvoi. Sans oublier l'univers de l'école dans lequel des assistants sociaux, des psychologues et d'autres professionnels interviennent pour analyser les problèmes scolaires ou de comportement de nombreux enfants, ou encore lorsque cela concerne des prestations de santé. Leurs recommandations, souvent exprimées à l'issue de procédures peu réglementées et parfois arbitraires, peuvent significativement altérer la routine quotidienne des enfants et leur futur parcours scolaire.

Ce que ces situations ont en commun réside dans le fait que les évaluations sont fréquemment réalisées selon une démarche plutôt investigatrice, une approche plus ou moins bienveillante, et elles peuvent s'immiscer profondément dans la vie privée sociale et familiale de l'enfant. De plus, en Suisse, elles ne sont pas toujours conduites par des professionnels, des psychologues et des psychiatres, avec une formation avancée suffisante par rapport aux questions éthiques complexes qui caractérisent les situations difficiles dans lesquelles les tribunaux leur demandent de s'engouffrer. En résumé, pour reprendre la terminologie actuelle, rendue populaire ces dernières années par le Conseil de l'Europe, ces évaluations ne sont de loin pas toujours *child-friendly*, c'est-à-dire adaptées aux enfants et suffisamment respectueuses de leur personne, de leur dignité et de leurs droits.

Dans les pages qui suivent, nous rendrons compte de quelques situations que l'un des auteurs a rencontré et observé dans sa pratique soit comme expert auprès des tribunaux soit comme praticien et superviseur découvrant les

² La Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant (1989) définit l'enfant comme toute personne de moins de dix-huit ans. L'expression «enfants et adolescents» nous paraît mieux représenter les nuances qualitatives qui caractérisent ces deux grandes phases du développement humain.

rapports d'expertise ou des enregistrements menés par des collègues impliqués dans des affaires psycho-judiciaires. Nous rappellerons des notions et des principes fondamentaux en matière de droits humains et de droits de l'enfant, tels que le respect, la dignité et l'intérêt supérieur, et leur degré de prise en compte dans la pratique des expertises psycho-judiciaires. En conclusion, nous soulignerons le besoin de mieux former au domaine des droits de l'enfant les professionnels conduisant des expertises et la nécessité de créer une dynamique pour que la Suisse, en tant qu'Etat membre du Conseil de l'Europe, son système judiciaire et ses organisations professionnelles sociales, médicales et psychologiques mettent en œuvre avec assiduité et diligence les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur la Justice adaptée aux enfants (2010).

II. Un survol de la pratique de l'expertise psycho-judiciaire helvétique

Avant d'aborder le travail des experts et ses vicissitudes, il est nécessaire de souligner que, dans une large mesure, la pratique expertale est un reflet du système judiciaire global dans lequel elle opère.

De manière générale, les transformations et autres manifestations du droit actuellement bousculent la structure de notre « droit moderne ». Le système judiciaire tente de faire face à des problématiques qui sont évaluées dans des contextes de plus en plus complexes, exigeant de la part des praticiens davantage de connaissances et de compétences qui vont au-delà de la discipline juridique, rendant par conséquent la distinction entre droit et non-droit parfois bancal. Les transformations des structures et des pratiques locales visant à s'adapter aux normes internationales et aux nouveaux paradigmes qui s'infusent au sein de la société ont des exigences qui mettent à mal la validité du droit telle qu'on la conçoit dans ses trois axiomes : légalité, légitimité et effectivité (Ost et van de Kerchove, pp. 324 ss). Face à la complexité, le défi n'est plus tant d'appliquer le droit mais de le rendre effectif et légitime. A ce titre, l'expertise, dans son acception la plus générale, peut être présentée comme l'une des manières de palier au manque de légitimité du droit et de la décision qui en découle. Par ailleurs, selon l'approche sociologique du droit transnational, dans un tout autre contexte, l'expertise peut même être appréhendée comme une source légitime du droit (Muir Watt, 2015 ; Rios Rodriguez, 2009). C'est dire à quel point la pratique expertale prend globalement de l'importance ; la confiance et le pouvoir que l'on tend à attribuer au rôle d'expert, de même que les critiques qui lui sont adressés, en sont le reflet.

Au-delà de ces aspects généraux et sur un plan davantage local, les experts auprès des tribunaux œuvrent à l'intérieur de trames légales et institutionnelles qui diffèrent d'un pays à l'autre. Notre contribution porte sur la Suisse, un petit pays plutôt original du point de vue de son organisation politique et

administrative ; il est donc nécessaire d'esquisser certaines des idiosyncrasies helvétiques et l'influence de quelques spécificités du système judiciaire.

La Suisse, Etat fédéral composée de plus de deux douzaines de cantons largement souverains, est rarement citée comme un modèle de pratiques homogènes dans quelque domaine que ce soit, et le champ des expertises psycho-judiciaires n'échappe pas à ce constat. Malgré des Codes Civil et Pénal partagés, des variations relativement substantielles existent entre les cantons. Ces différences sont dues, entre autres raisons, à la taille du canton et à son degré d'urbanisation, à la présence ou l'absence d'institutions académiques - ces dernières favorisent généralement des pratiques plus avancées -, ou même aux traditions culturelles ancrées dans le système judiciaire.

Pour ce qui concerne la réalisation des évaluations psycho-judiciaires, chaque canton tend à fonctionner de manière plutôt encapsulée avec, à disposition, des professionnels locaux qui sont sollicités pour conduire les expertises. Ce n'est que dans des affaires davantage médiatisées, la plupart criminelles, ou lorsque les situations ont épuisé les ressources cantonales pour fournir des experts indépendants, que les tribunaux recrutent des professionnels d'autres cantons, plus rarement de l'étranger.

La plupart des expertises psycho-judiciaires portant sur des enfants et des adolescents sont réalisées par des psychologues et des psychiatres employés par des institutions médicales offrant, comme activité principale, des prestations aux mineurs dans le domaine de la santé mentale. Ces professionnels travaillent dans des lieux variés, allant des départements appartenant à des centres médicaux académiques urbains, aux petites institutions plus isolées et communautaires. Dans les grandes institutions, la plupart des expertises sont confiées à des médecins en formation ainsi qu'à des psychologues dont la préparation à ce type de travail est balbutiante, ces professionnels étant souvent supervisés à des degrés divers par des collègues plus expérimentés, quasi exclusivement des médecins. Dans les institutions plus petites et des régions plus périphériques, les évaluations psycho-judiciaires sont confiées à des professionnels, psychiatres et psychologues, qui sont moins encadrés et réalisent les missions en sus d'activités cliniques et thérapeutiques déjà bien chargées.

Etant donné que le système institutionnel est débordé et que le temps d'attente pour débiter et mener à terme une mission tend à s'allonger, une minorité substantielle d'expertises sont attribuées, sur une base volontaire, à des psychologues et psychiatres du secteur privé. Ces collègues tendent à être plus expérimentés, mais sont eux aussi le plus souvent des cliniciens et des

psychothérapeutes bien avant d'accepter occasionnellement des évaluations pour les tribunaux.

L'hétérogénéité des pratiques tant des psychologues que des psychiatres engagés dans des prestations pour les autorités judiciaires est en partie le reflet de l'absence jusqu'à récemment de standards de formation et d'opportunités définies pour la formation continue. Ce ne sont que ces dernières années que les sociétés professionnelles nationales ont généré des standards³, celles-ci ayant servi avant tout à la certification d'une frange restreinte des psychologues et des psychiatres déjà investis dans le domaine des évaluations psycho-judiciaires. Pour la plupart, ces professionnels remplissent plutôt aisément les critères proposés.

Il est important de souligner que des programmes de formation ont été initiés tant pour les psychologues que pour les psychiatres.⁴ Toutefois, encore à l'heure actuelle, la majorité des professionnels réalisant des expertises pour les tribunaux sont des intermittents de ce type d'activité, avec peu de formation spécifique dans le domaine interdisciplinaire complexe psycho-judiciaire, et qui s'engagent sans enthousiasme débordant dans des dimensions appliquées qu'ils ne considèrent pas au cœur des occupations cliniques et psychothérapeutiques les plus nobles de leurs professions. Cela a conduit à une situation répandue insolite, bien capturée par la formule de Rosatti (2002) qui énonce que les dits experts [jusqu'à présent peu nombreux] n'existent pas véritablement, un professionnel donné ne devenant expert qu'au moment où un tribunal prescrit une mission judiciaire et qu'il accepte de la remplir: «Nous sommes donc dans la situation curieuse où le mandant crée la fonction à défaut de la compétence».

Ayant critiqué certaines faiblesses du système helvétique relatives aux évaluations psycho-judiciaires impliquant des enfants et des adolescents, il convient de modérer cette perspective en soulevant deux points. Premièrement, beaucoup d'éléments suggèrent que, globalement, comparée à la situation en Suisse, la qualité des évaluations psycho-judiciaires n'est pas nécessairement meilleure dans la plupart des juridictions nationales européennes. Cela semble être le cas même dans des pays où il existe des organismes qui agréent et surveillent les qualifications des professionnels engagés dans des prestations pour le système judiciaire, ou qui proposent des programmes de formation élaborés pour répondre aux besoins évolutifs de l'univers de la justice.

³ De manière non coordonnée, d'abord par la Société suisse de psychologie légale, quelques années plus tard par la Société suisse de psychiatrie forensique.

⁴ Il est difficile de résister à l'opportunité de promouvoir la possibilité de se former dans le cadre d'un DAS Expertises psycho-judiciaires pour enfants et adolescents, initié à l'Institut universitaire Kurt Bösch depuis 2005 et repris en 2015 par l'Université de Genève (www.expertpsy.ch). Cette formation s'adresse avant tout à des psychologues. Plus récemment, des formations certifiantes pour psychiatres et pédopsychiatres sont apparues en Suisse alémanique et depuis peu en Suisse romande.

Deuxièmement, la situation telle qu'elle existe actuellement en Suisse comporte des avantages évidents par rapport à la situation dans des pays limitrophes. L'un d'eux est une rémunération des experts réalisant des expertises dans le cadre de leur activité professionnelle privée, celle-ci étant tarifée selon un investissement horaire. Une compensation forfaitaire ridiculement basse n'est pas appliquée comme par exemple en France, ce qui a conduit à l'indignation publique d'un expert réputé qui a osé une comparaison malvenue: «Quand on paye des expertises au tarif d'une femme de ménage, on a des expertises de femme de ménage» (Robert-Diard, 2006).

III. Ethique et droit

Dans un monde idéal, toute rencontre entre un évaluateur commis par une autorité judiciaire, qu'il ou elle soit un psychiatre ou un psychologue, et un enfant, qui est une personne, serait régulée par des normes éthiques de base en accord harmonieux avec les grands principes fondamentaux des droits humains.

Les professionnels, psychologues et psychiatres, ont non seulement le devoir de respecter les grands principes ressortant des lignes directrices éthiques, «(...) but within their practice to contribute to a society of [professionals] that are caring and practicing in line with fundamental human rights, without any discrimination and prejudice» (Ovreeide, 2008, p. 53). La relation entre un professionnel et un enfant devrait être au minimum basée sur l'acceptation de la notion de dignité ancrée dans l'Article 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948): «Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits. Ils sont doués de raison et de conscience et doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité ».

La notion de dignité contient une double composante ; la dignité fondamentale, en ce qu'elle lie tout être humain dans son appartenance à l'humanité, mais également la dignité « actuée », c'est-à-dire propre à tout un chacun, qui est en fait le respect de sa personnalité (Lavaux-Legendre, 2005). Dans le contexte des droits humains des enfants, les droits de l'enfant, Zermatten (2012) insiste de manière convaincante sur le fait que l'enfant, considéré comme une personne et désigné comme telle dans la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, a droit à ce que sa valeur, sa compétence et sa dignité soient reconnues et respectées. Se référant à la contribution magistrale de Janusz Korczak aux droits de l'enfant, Zermatten souligne également avec insistance que le respect de la personne, en l'occurrence le respect de l'enfant et de l'adolescent, est une notion fondamentale et transversale à tous les droits humains.

Le respect et la dignité se cristallisent notamment, sur le plan juridique, au sein de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant ancrée à l'art. 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant et souvent retranscrite dans les juridictions

internes aux Etats. Le respect, la dignité et l'intérêt supérieur sont toutes des notions abstraites au contenu indéterminé, variable, et extra-juridique. De nombreuses critiques sont formulées à l'égard de l'imprécision de telles notions, qui ne sont pas de grandes alliées de la « sécurité » du droit. Ce n'est dans tous les cas pas les notions qu'il convient de blâmer, mais bien l'utilisation qui en découle, ou celle qu'on en fait justement pas. Sans entrer dans les détails de leurs définitions, acceptations et autres utilisations tantôt pertinentes tantôt banales, il convient de retenir qu'en s'intégrant dans le système judiciaire et dans la pratique, directement ou indirectement, elles ont pour but d'offrir une certaine marge de manœuvre, appelée plus communément marge d'appréciation, qui est nécessaire pour prendre en compte à la fois le contexte propre à la situation précise mais également l'individu dans sa globalité, tout en prenant soin de ce qui fait le propre des relations humaines et que l'on oublie parfois faute de temps, procédures et autres formalités (Hirschi, 2014).

C'est au sein de cette même marge d'appréciation que se joueront les différents mécanismes d'interprétation juridiques, mais également extra-juridiques ; le juge interprète le droit en se référant au rapport décrivant ce que l'expert aura lui-même interprété et compris de la situation. Le processus d'interprétation, c'est-à-dire tout ce qui gravite autour de la relation, l'échange d'informations, le dialogue et la mise en œuvre de l'expertise devrait être constamment guidé par les notions de respect et de dignité de la personne dont l'intérêt supérieur se veut garant. Ceci d'autant lorsque l'on sait que l'attention donnée à la qualité de la relation peut également contribuer à réduire l'asymétrie de pouvoir existante entre l'expert et l'enfant.

IV. Deux vignettes

Dans ce contexte, il est dommage de découvrir les vignettes cliniques suivantes qui, bien qu'anecdotiques, renseignent sur le potentiel de dérive de professionnels dans le domaine de l'expertise psycho-judiciaire :

- Partageant une longue période d'attente dans une pièce isolée avant d'être appelé à témoigner dans une affaire de droit de garde à très haut degré de conflictualité, l'expert raconte sereinement au thérapeute de l'enfant, qu'il est très satisfait d'avoir pu extraire tout ce dont il avait besoin de l'enfant concernant l'attitude du père à l'égard de la mère. Cette information était surprenante puisque, tout au long de la prise en charge thérapeutique, le jeune garçon avait exprimé un désir passionné de rester neutre par rapport au conflit parental et avait exprimé des sentiments de sollicitude et de loyauté à l'égard de ses deux parents. Très curieux de découvrir comment l'information avait été obtenue, le psychothérapeute de l'enfant feint son admiration, ce qui a l'effet d'encourager l'expert à décrire comment il était devenu de plus en plus intimidant envers l'enfant jusqu'au moment où il émet une menace explicite: Si l'enfant ne confirme pas ce que l'évaluateur

avait entendu par oui dire à propos d'attitudes et de comportements de son père, c'était dans son pouvoir d'expert de recommander que l'enfant soit placé dans une famille ou une institution d'accueil le temps qu'il devienne plus collaborant. Aussi incroyable que cela ne paraisse, le collègue pédopsychiatre était fier de sa technique pour obtenir des informations. Et bien entendu, aucune mention de cette méthode totalement inacceptable n'était documentée dans le rapport au tribunal ou durant le témoignage oral à l'audience! Heureusement pour tous, l'enfant a été subséquentement entendu par le tribunal lors d'une audience tenue à huis clos hors de la présence de ses parents et le juge particulièrement perspicace n'a eu aucune peine à se rendre compte de la nature irréconciliable du point de vue et du sentiment de l'enfant avec ce que l'expert avait rapporté. Toutefois, et cela est hautement regrettable, l'attitude et la méthode non éthique déployées par l'expert n'a jamais officiellement émergé.

- Dans le contexte d'une dispute judiciaire interparentale dite particulièrement «infernale» (Jaffé, 2013) à propos d'une garde d'enfant, un psychologue relativement expérimenté, n'ayant jamais réalisé d'expertises psychojudiciaires, mais débutant sa formation dans ce domaine, agissant de manière impulsive et sans consulter son superviseur, a adopté une attitude autoritaire intimidante qui a conduit la mère et les deux enfants à se plaindre officiellement auprès du juge. Après une première rencontre des enfants avec le psychologue à son cabinet, ce dernier a estimé que l'entretien avait livré peu d'informations. Sa réaction a été d'imposer une visite à domicile non négociable pour le lendemain soir au cours de laquelle il aurait bousculer la mère verbalement devant les enfants et poussé sans ménagement la sœur cadette préadolescente à s'exprimer alors qu'elle ne voulait pas. L'expert a nié une bonne partie des détails des reproches exprimés à son encontre et a affirmé avoir été professionnellement adéquat à tous les instants. Toutefois, il a déclaré se sentir en droit de pousser la famille à collaborer.

Ce que ces deux vignettes reflètent est que certains experts psycho-judiciaires opèrent de manière non éthique et tout simplement choquante. La question d'une maltraitance commise par ces professionnels pourrait même être soulevée! En même temps, il est impossible d'estimer la proportion d'évaluations qui sont conduites aussi inadéquatement. Il est probable que le plus souvent ce type de situation a tendance à émerger de façon peu prévisible au détour d'un acte de procédure. En effet, la plupart des experts sont conscients de la nature non éthique de pareille pratique et évitent probablement de s'en vanter pour éviter toute détection.

D'autres situations, considérées moins graves, sont plus subtiles et probablement plus fréquentes. Ainsi, nous détectons une conviction tacite chez de nombreux experts psycho-judiciaires selon laquelle leur mission est de

répondre aux questions du juge, souvent à tout prix, en se prévalant d'être le bras droit avec tout ce que cela confère comme autorité. Cet objectif justifierait pour beaucoup de minimiser, voire d'ignorer, les règles basiques habituelles adoptées pour que les interactions humaines soient courtoises et respectueuses, un peu comme si la fin justifiait les moyens. En même temps, il est peut-être aussi légitime de s'interroger sur la relation et l'attitude des experts avec leurs patients une fois leur rôle psychothérapeutique retrouvé et si, dans ce contexte professionnel davantage habituel, ces psychologues et psychiatres ne sont pas aussi insuffisamment attentifs aux dimensions élémentaires d'une relation respectueuse.

V. La sensibilité aux droits de l'enfant et de l'adolescent

Au minimum, les deux exemples rapportés indiquent qu'il existe des « outliers » maltraitants au système. Mais alors que penser de la pratique ordinaire des experts, les situations génériques des missions judiciaires réalisées par des psychologues et des psychiatres dont les attitudes, le comportement, et plus généralement le fonctionnement mental sont adéquats? Ces professionnels sont-ils plus respectueux des droits des enfants et des adolescents dans le cours de la conduite de leurs missions d'expertise? Selon nous, la réponse est assurément affirmative, mais elle mérite tout de même d'être explicitée.

L'un des éléments les plus frappants lorsque des enfants et des adolescents sont impliqués dans des expertises judiciaires concernant les problématiques de garde lors d'un divorce parental, est que les enfants et adolescents n'ont vraiment pas grand-chose à dire sur leur degré de participation dans la procédure. Cela commence avec la formulation écrite par le juge de la mission qui généralement instruit l'expert de rencontrer les parents et le ou les enfants et adolescents pour obtenir les données nécessaires aux recommandations utiles pour le tribunal. Aucun égard particulier n'est exprimé en faveur des personnes mineures expertisées, des enfants et des adolescents presque nécessairement en situation de vulnérabilité en raison de l'implosion de leur structure familiale. Or, dans quelques situations peu fréquentes, des enfants et des adolescents expriment un refus de participer à l'expertise. Parfois, ils expriment une certaine retenue, ayant été sollicités à répétition, soit par les services sociaux de protection ou dans le cadre d'une autre évaluation. Ils expliquent certaines fois que, comme de coutume les adultes s'arrangent entre eux, leur participation n'aura aucune influence sur la prise de décision judiciaire. Pourtant, même si la réaction de l'enfant ou de l'adolescent paraît fondée selon l'analyse de l'expert, même si l'expert peut comprendre cette attitude, il a parfois meilleur temps de provoquer une rencontre. Car si des données significatives proviennent des rencontres avec les parents ou d'autres sources tierces du dossier ou des professionnels, même si celles-ci sont pertinentes et suffisantes aux yeux de

l'expert pour formuler son opinion et la transmettre au juge, il est relativement facile pour l'une des parties parentales d'argumenter, ensuite, que l'absence de participation effective de l'enfant ou de l'adolescent s'explique par l'incapacité de l'expert qui n'a pas suivi la mission du juge, ce qui a pour conséquence que toute conclusion défavorable à l'une ou à l'autre des parties devient insuffisamment étayée.

Toutefois, dans les scénarios les plus fréquents, l'enfant ou l'adolescent est d'accord de participer et rencontre l'expert psycho-judiciaire. Il est alors stupéfiant de voir à quel point la plupart des experts ne prennent pas le temps du tout ou insuffisamment pour expliquer à l'enfant ou l'adolescent ce que sa participation implique et ce qu'il adviendra des informations qui sont confiées à l'expert au cours de l'échange. C'est comme si l'enfant était envisagé pour ce qu'il pouvait apporter pour soutenir le travail de l'expert et nettement moins pour ce que l'enfant lui-même pourrait retirer du processus d'expertise. En termes éthiques, le travail de l'expert en vue d'obtenir le consentement éclairé à participer ou à ne pas participer n'est pas réalisé.

Selon nos observations, la plupart des experts désignés par les tribunaux sont des praticiens bien considérés (des cliniciens, des psychothérapeutes, etc.) qui peuvent avec conviction se prévaloir d'une attitude professionnelle adéquate et authentiquement empathique, égalitaire et humaniste. Pourtant lorsque ces mêmes professionnels acceptent des missions psycho-judiciaires ils se transforment plus ou moins subtilement et adoptent des attitudes moins bienveillantes. Cela peut parfois provoquer des réactions qui vont réellement surprendre ces professionnels. Parfois, cela se reflète tout simplement par le fait qu'en cours d'expertise, l'enfant se met à pleurer. Lors de la supervision subséquente, lorsqu'on examine la séquence des échanges qui a mené à ces pleurs, il apparaît souvent que l'expert a posé des questions qui ont progressé vers un questionnement plus directif sur des thèmes qui étaient objectivement déplaisants pour un enfant ou un adolescent dont la structure familiale est en train d'imploser. Sans être nécessairement des rouleaux compresseurs insensibles aux sentiments de l'enfant, beaucoup d'experts qui ne pratiquent pas souvent dans ce rôle deviennent un peu moins attentifs, plus engourdis émotionnellement et, en fin de compte, moins capables de gérer le déséquilibre considérable de pouvoir entre le professionnel et l'enfant. Ces experts judiciaires, souvent occasionnels, pratiquent hors de leur cadre clinique habituel et les objectifs judiciaires, c'est-à-dire la mission de l'autorité judiciaire et les questions qui sont formulées, ne correspondent pas à leurs objectifs cliniques habituels plus humanistes et plus en phase avec le souhait de se centrer sur l'enfant et rechercher le bien-être de ce dernier.

Ce qui est parfaitement clair pour des experts psycho-judiciaires plus expérimentés est que les enfants et les adolescents entrent dans le processus d'expertise avec de l'anxiété, parfois beaucoup d'angoisse. Il s'agit d'une réaction plutôt normale chez les enfants, d'ailleurs aussi chez les adultes, lorsqu'ils sont confrontés à un cadre qui ne leur est pas familier et rencontrent des pys inconnus qui auront probablement un impact relativement important sur leur quotidien.

Certaines approches souvent adoptées à l'intérieur du processus d'expertise psycho-judiciaire méritent une attention plus marquée. Il en va de ce qui est parfois désigné comme de la « médiation imposée », une pratique selon laquelle soit le juge soit l'expert estime que les parents en conflit de divorce peuvent être amenés, via une série de rencontres conjointes, à réduire leur niveau de conflit, que la littérature spécialisée estime être l'une des causes majeures de la détresse de l'enfant dont la cellule familiale se disloque. L'expert en vient parfois à suggérer à l'enfant de participer à l'une ou l'autre de ces rencontres parentales pour pouvoir démontrer que ses parents sont capables de réduire le niveau de conflit entre eux. Cette approche peut livrer des résultats très positifs et la pratique suggère que cela peut être un puissant outil, propulsant certains parents vers une coopération et moins d'affrontement. Cette « conciliation » est plutôt prisée par les tribunaux. Bien que l'objectif d'une telle pratique soit plutôt positif, nous avons pu observer assez fréquemment que les enfants et les adolescents qui sont poussés à participer à ces médiations forcées ne sont pas très sereins et expriment, devant leurs parents, un inconfort qui est sous-estimé par l'expert. En d'autres termes, cela reviendrait à soutenir l'adage selon lequel il faut casser des œufs pour réussir une bonne omelette. Pour obtenir une collaboration des parents, la sphère émotionnelle de l'enfant est parfois mise à mal.

Cela introduit la notion intéressante de respect pour les « droits émotionnels » de l'enfant ou de l'adolescent, un concept novateur proposé par Arrigo et Shipley (2009) qui présuppose le respect de son bien-être et de sa stabilité. Cela implique, entre autre, un plus grand besoin de reconnaissance et de protection, par le système judiciaire lui-même, des droits émotionnels de l'enfant dans toutes les procédures auxquelles il ou elle participe. En d'autres termes, même si des parents qui se séparent et qui divorcent provoquent des effets négatifs, parfois catastrophiques sur le bien être de leur enfant, l'intervention des tribunaux ou de leurs représentants (dont l'expert psycho-judiciaire) ne doit pas s'ajouter à l'impact négatif d'une telle situation sous prétexte qu'elle est d'ores et déjà déplorable ou que, pour le dire autrement, « le mal a déjà été fait ». Il serait même à notre avis adéquat d'imaginer que les enfants et adolescents reçoivent une meilleure protection de la part des tribunaux qui prennent des mauvaises décisions, lesquelles vont affecter leurs droits émotionnels. On

pourrait même envisager que les tribunaux émettent des excuses formelles ou une compensation symbolique lorsqu'il y a eu une mauvaise pratique évidente.

VI. Remarques conclusives

Beaucoup reste à faire pour qu'une approche fondée sur les droits de l'enfant s'intègre de manière significative au sein des procédures d'expertise et la pratique des experts exerçant en Suisse dans toutes les causes (civiles, pénales et administratives) qui touchent des enfants et des adolescents. Cela est notamment dû au fait que cette approche transcende la distinction droit/non-droit, en ce qu'elle se traduit autant dans le droit que dans la manière avec laquelle on l'applique, dans nos rapports avec les enfants et adolescents.

Une expertise est souvent requise au nom de l'intérêt supérieur – ou dans le but de nommer concrètement ce dernier –, alors que, simultanément, ce même intérêt, les droits et le respect de la personne parfois se dissipent, s'instrumentalisent ou perdent leur sens lors de sa mise en œuvre. Mieux vaut réagir pour éviter le risque d'une éventuelle maltraitance professionnelle d'enfant, même involontaire. Le risque de ne pas agir est de contribuer à ce que des professionnels suisses continuent à maltraiter des enfants, le plus souvent sans vraiment le vouloir.

Ce n'est pas seulement la décision (ou les considérations écrites) qui doit être respectueuse de l'enfant ou de l'adolescent, mais également et avant tout toutes les étapes du processus qui mènent à cette dernière si l'on ne veut pas que des notions fondamentales comme l'intérêt supérieur, le respect ou la dignité, dissimulées dans des droits respectés uniquement « sur papier », se réduisent en pratique à peau de chagrin. A ce titre, le respect de la personne contribue aussi à rendre le droit davantage légitime et effectif.

Le but ultime reste de mettre l'intérêt supérieur de l'enfant ou de l'adolescent au centre de ces évaluations. L'espace et le temps offerts au dialogue et à l'échange d'informations, au travers de sa *participation* dans toutes ses déclinaisons, a une importance cruciale. La manière avec laquelle l'expertise sera conduite, par des informations données en suffisance, une attention particulière aux « droits émotionnels » de l'enfant, une bonne dose de respect et de reconnaissance pour sa valeur propre et sa dignité intrinsèque, permet non seulement d'éviter les dangers de l'asymétrie entre l'expert et l'enfant mais peut également contribuer à offrir à ce dernier la possibilité d'en retirer quelque chose.

Pour accélérer ce processus, il est recommandé :

- Que les Lignes directrices du Conseil de l'Europe (2010) sur une Justice adaptée aux enfants soient activement promues et appliquées dans le

monde de la justice helvétique lorsque des enfants et adolescents sont impliqués sous une forme ou une autre ;

- Des standards de pratique professionnelle, incorporant une approche « droits de l'enfant » ou « childfriendly » devraient être élaborés et adoptés ;
- Enfin, il devrait être exigé de la part des professionnels, psychologues et psychiatres qui réalisent des expertises qu'ils soient nettement mieux formés et que des évaluations de leurs qualités soient incorporées pour que leur droit de pratique puisse être maintenu.

VII. Bibliographie

Arrigo, B.A. & Shipley, S.L. (2005), *Introduction to forensic psychology. Issues and Controversies in Law, Law Enforcement and Corrections*. London, United Kingdom: Elsevier Academic Press.

Council of Europe (2010), *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*. Adopted by the Committee of Ministers on 17 November 2010 at the 1098th meeting of the Ministers' Deputies. Consulté le 19 août 2015 : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Guidelines_fr.asp

Hirschi, C. (novembre 2014), Un mal pour un bien (ou le contraire). *Journal du droit des jeunes*, éd. Française, 338-339, p. 21-23; éd. Belge, 339, p. 3-6.

Jaffé, Ph.D., (2013), Children's rights in court-ordered evaluations: The need for a major child-friendly overhaul. In C. Mak, F.K. van Wijk, J.H. de Graaf, & P.J. Montanus (Eds.), *Rechten van het Kind en Waardigheid* (209-218), Nijmegen, The Netherlands: Ars Aequi. ISBN: 9789069166438

Jaffé, Ph.D. (2013), *La pratique expertale avec des familles infernales* (6 juin 2013). Colloque international «*Les compétences des parents et les familles séparées*», Association internationale francophone des intervenants auprès des familles séparées. Saint-Adèle, Québec, Canada.

Johnston, J. & Roseby, V. (1997), *In the Name of the Child: A Developmental Approach to Understanding and Helping Children of Conflicted and Violent Divorce*. New York: The Free Press.

Lavaud-Legendre, B. (2005), *Où sont passées les bonnes mœurs ?* Paris, France: Presses universitaires de France

Muir Watt, H. (2015, 20 mai), Conférence vidéo-filmée organisée par le Conseil d'Etat (France), «*Droit comparé, territorialité du droit : défis et enjeux*». Consulté le 19 août 2015 : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Colloques-Seminaires-Conferences/Droit-compare-territorialite-du-droit-defis-et-enjeux>

Ost, F. et van de Kerchove. M. (2002), *De la pyramide au réseau ? pour une théorie dialectique du droit*. Bruxelles, Belgique : Facultés universitaires Saint-Louis.

Ovreeide, H. (2008), The Principle of Respect. In L. Geoff, C. Koene, H. Ovreeide & F. Lang (Eds.), *Ethics for European psychologists*. Toronto, Canada: Hogrefe & Hube

Rios Rodriguez, J. (2009), *L'expert en droit international*, Paris, France : éditions A. Pedone

Rosatti, P. (2002), Introduction. In P. Rosatti (Ed.), *L'expertise médicale: De la décision à propos de quelques diagnostics* (p. IX-X). Chêne-Bourg, Suisse: Médecine & Hygiène

Robert-Diard, P. (2006, October 12), M. Clément voulait son départ, le psychologue d'Outreau reste expert. Newspaper *Le Monde*. Consulté le 19 août 2015: www.lemonde.fr/societe/article/2006/10/12/m-clement-voulait-son-depart-le-psychologue-d-outrau-reste-expert_822691_3224.html

United Nations. (1989), *Convention on the Rights of the Child*. Adopted by General Assembly resolution 44/25 of 20 November 1989. Consulté le 19 août 2015: <http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>

United Nations (1948), *Universal Declaration of Human Rights*. Consulté le 19 août 2015: <http://www.un.org/fr/documents/udhr/>

Zermatten, J. (2012, May). *Le respect envisagé sous l'angle des droits de l'enfant*. Conférence du 15 mai 2012, non publié.

LE RAPPORT D'ENQUÊTE SOCIALE EN MATIÈRE DE DIVORCE

Marc ROSSIER

Marc Rossier est le Chef de l'Office cantonal pour la Protection de l'Enfant du canton du Valais. Il est titulaire d'un diplôme en Protection de l'enfant et d'un Certificat (CAS) "« Enfants victimes, Enfants témoins : la Parole de l'Enfant en justice ». De formation, Mr Rossier est diplômé HES en travail social.

Table des matières

I. Introduction et contexte de la contribution

II. Analyse des remarques faites par les juges et pistes d'amélioration

- A. Le contenu du rapport une construction complexe de la réalité observée
- B. Entre maintien du lien avec la famille et mandat d'évaluation
- C. Les limites de l'observation et la maîtrise du cadre d'évaluation
- D. Les difficultés de formalisation des rapports
- E. L'objectivation du rapport par la description des faits observés
- F. La problématique des délais pour la réalisation des rapports
- G. L'intérêt de l'enfant et les capacités parentales
 - 1. Les critères juridiques déterminants pour l'intérêt de l'enfant
 - 2. Les besoins de l'enfant et les capacités éducatives des parents
 - 3. Pistes pour conclure
- H. Crédibilité et formation de l'expert

III. Conclusion

IV. Bibliographie

I. Introduction et Contexte de la contribution

Cet article est une adaptation d'une partie de mon mémoire¹ écrit en 2006, dans le cadre du Diplôme (DAS) en Protection de l'enfant de IUKB -IDE et sur la consultation approfondie que j'ai effectuée sur le contenu et la qualité du rapport d'enquête sociale en divorce en interrogeant les juges des Tribunaux de district du Valais, par le biais d'un questionnaire. Ceci m'a conduit à une réflexion sur quelques thèmes découlant du résultat de la consultation et à la formulation de pistes d'amélioration pour la réalisation du rapport.

Ainsi est repris ici, adapté, mis à jour et complété la partie 5 du mémoire.

L'Office cantonal valaisan pour la Protection de l'Enfant (ci-après OPE) collabore avec les Tribunaux de district en Valais dans l'application des dispositions relatives aux enfants. Lors d'une procédure de divorce² impliquant des mineurs, ce service peut être appelé à évaluer les capacités éducatives des parents et à faire des propositions concernant l'attribution de l'autorité parentale, de la garde et du maintien des relations personnelles. Egalement de procéder à l'audition de l'enfant. Le produit final issu de cette évaluation est **le rapport d'enquête sociale en divorce**. Il doit constituer une aide à la décision pour le juge afin de régler le sort des enfants.

Les questions que je me suis posées peuvent se résumer ainsi :

- Le rapport d'enquête sociale en divorce, tel qu'il est réalisé par les professionnels de l'OPE, est-il une aide à la décision pertinente pour le juge afin de régler le sort des enfants (autorité parentale, garde, visite) ?
- Comment ce rapport d'enquête sociale est-il pris en compte dans la procédure judiciaire et permet-il dans sa forme actuelle de garantir l'intérêt supérieur de l'enfant ?

Quelles sont les bases permettant la construction de ce rapport et en quoi pourrait-il être amélioré dans sa forme et son contenu ?

Le sujet étant vaste et complexe, il a été traité à partir de mon contexte professionnel en réalisant les trois objectifs suivants :

- ✓ Situer la place du rapport d'enquête sociale dans la procédure de divorce et identifier les bases légales dans lequel il s'inscrit ainsi que les enjeux dont il est l'objet.

¹ Rossier Marc, Le Rapport d'enquête sociale en divorce. Le rapport d'enquête sociale en divorce est-il une aide à la décision pour le juge afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant ? Etat des lieux en Valais et pistes de réflexion en vue de son optimisation, IUKB, Sion, 2006

² Pour simplifier la lecture, la procédure « de divorce » désignera également une procédure de séparation sauf précision explicite

- ✓ Connaître l'avis et les attentes des Tribunaux de district du Valais quant à la forme et au contenu du rapport d'enquête sociale en divorce.
- ✓ Disposer pour les intervenants en protection de l'enfant de nouveaux repères permettant d'améliorer la réalisation du rapport d'enquête sociale en tenant compte des remarques et attentes exprimées par les juges.

II. Analyse des remarques faites par les juges et pistes d'amélioration

Je vais développer ci-après quelques thèmes présents à travers les remarques et critiques émises par les juges en y ajoutant des réflexions théoriques, des commentaires personnels ainsi que des pistes de solutions dans le but d'optimiser le rapport d'enquête sociale.

A. Le contenu du rapport, une construction complexe de la réalité observée

Pour débiter faisons quelques observations sur les enjeux liés à la construction du rapport en examinant son préalable indissociable : la conduite de l'enquête sociale elle-même.

Comme le souligne Michel Foudriat³, tout rapport est le résultat, le produit d'un processus complexe où l'observation de la situation et l'écriture ne sont de loin pas les seules composantes. En effet «ce travail de construction d'une réalité sociale est pris dans les problèmes des limites des observations réalisées⁴». Dans le contexte actuel du fonctionnement d'un service tel que l'OPE, le nombre toujours croissant de situations à gérer et les ressources institutionnelles réduites ont des conséquences sur le temps disponible pour l'évaluation et limitent le nombre d'entretiens ainsi que l'étendue de l'investigation. De plus, cette construction de la réalité se heurte à des processus de sélection et de présentation des données en rapport avec la méthode d'évaluation.

Avant l'élaboration du rapport, il y a des phases préalables qui concernent la conduite de l'enquête sociale et qui comportent des obstacles. « Les rapports tels qu'ils peuvent être lus renvoient à des conditions de production qui influencent leurs contenus et leurs styles et expliquent certaines limites qui leur seraient parfois reprochées. C'est dans ce sens qu'on peut dire qu'ils sont des construits⁵ ».

Voici ci-après quelques difficultés que je commenterai ensuite, basées sur un inventaire intéressant mis en évidence par Michel Foudriat à propos des rapports en AEMO (service d'Aide en Milieu Ouvert, service composé de travailleurs sociaux intervenant au sein des familles et devant produire périodiquement des

³ Viaux et al., *Ecrire au juge*, Dunod, 2001

⁴ Viaux et al., 2001, p108

⁵ Viaux et al., 2001, p109

rapports pour les Tribunaux) et qui orientent, conditionnent fortement la construction des rapports. A mon avis nous affrontons ces défis dans notre pratique des rapports d'enquête.

B. Entre maintien du lien avec la famille et mandat d'évaluation

« Les difficultés du maintien d'une relation avec la famille qui ne soit pas trop sous-tendue par la méfiance ou par des stratégies d'évitement » et « les difficultés d'une observation qui ne peut être le seul objectif dans la pratique du travailleur social⁶ ».

Ces deux affirmations nous interrogent sur la compatibilité possible entre deux opérations confiées au même intervenant en protection de l'enfant : effectuer l'enquête sociale et en même temps assumer le suivi d'une mesure de protection en faveur de l'enfant. Il s'agissait d'une pratique usuelle à l'OPE. Dans ce cas le danger est de minimiser les risques qu'encourt l'enfant dans son développement même si les parents dysfonctionnent gravement afin de préserver les relations avec ces derniers et éviter une rupture de la collaboration (qui doit se poursuivre).

En effet, l'intervenant est confronté à un paradoxe lié à cette double mission qui lui est assigné : il doit d'une part accompagner celle-ci dans un processus d'aide et de changement et d'autre part effectuer une observation impliquant une position distanciée afin de préconiser au juge les mesures adéquates de protection de l'enfant. Face à la famille, l'intervenant se trouve donc pris entre une posture d'observateur et d'aide, en fin de compte difficilement conciliable : « ces deux postures importent des brouillages au niveau de l'observation car elles sont contradictoires : le travailleur social ne peut pas se contenter de n'être que simple observateur. Pour pouvoir soutenir la famille et impulser des changements, le travailleur social ne peut se contenter de poser des questions, il doit rester empathique⁷ ». Avoir une posture d'empathie demande une attitude de proximité, de compréhension des difficultés vécues par les parents et d'alliance thérapeutique pour favoriser un changement.

Ce problème explique certaines remarques exprimées par les juges en 2006 au sujet du contenu des rapports notamment : « Il y a même une tendance à être trop prudent dans les propositions » ou « le collaborateur de l'OPE doit formuler des propositions plus tranchées. En règle générale, la réponse est indécise, du style : le père et un bon père et la mère une bonne mère » et je rajoute : et l'enfant doit s'adapter ! ... En comparaison, la pratique de l'enquête sociale en divorce à Genève est claire à ce sujet : le service d'évaluation ne procède pas au suivi des mesures sauf pour une période transitoire. Au sein de l'OPE nous

⁶ Viaux et al, 2001, p109

⁷ Viaux et al, 2001, p111

étions conscients de ce dilemme qui résultait non pas d'un choix méthodologique mais plutôt d'un manque de ressources humaines. Finalement l'OPE a été réorganisée il y a quatre ans par la création de deux secteurs : évaluation et suivi des curatelles. Ainsi la réalisation de l'enquête sociale et le suivi des mesures ne sont plus en principe effectués par le même intervenant.

C. Les limites de l'observation et la maîtrise du cadre d'évaluation

« Les difficultés de l'interprétation du fait des limites de l'observation (informations insuffisantes ou contradictoires) et du recueil de données et des problèmes de construction d'un sens à partir de ces données (soit parce qu'elles sont ambiguës soit parce que le travailleur social ne maîtrise pas suffisamment un cadre de lecture⁸ ».

Le contenu du rapport est d'abord conditionné par les limites de l'observation qui contient toujours une part d'informations et de constats insuffisants, partiels, incomplets voir contradictoires en raison du nombre limité d'entretiens. De plus ces entretiens se déroulent la plupart du temps à un moment fixé, en fonction des disponibilités de chacun, mais sans forcément pouvoir tenir compte du rythme des personnes ou de la famille observées (fatigue, contrariété, moment de la journée, événements ...). A ce sujet les juges interrogés n'ont pas émis de remarques particulières concernant le nombre d'entretiens requis pour une enquête. Pour eux, d'un point de vue juridique, ce qui compte c'est que tous les membres de la famille puissent être entendus.

De plus, le recueil d'informations sur la réalité repose essentiellement sur l'entretien avec les personnes, c'est à dire sur ce qu'ils sont d'accord d'aborder, ce qu'ils omettent de dire, ce qu'ils veulent défendre, ce qu'ils oublient parfois consciemment et inconsciemment. Par ailleurs, lors d'entretiens se déroulant notamment dans un climat tendu (par exemple en cas de conflit parental), l'enquêteur doit pouvoir prendre des notes précises sur les informations données par la famille ou tenter de retenir ce qui est dit pour l'utiliser ensuite dans la construction du rapport. Cet exercice présente des difficultés techniques non négligeables, demande une attention soutenue et n'est pas sans risques d'oublis ou d'erreurs. Dans ce sens l'utilisation d'un matériel audio peut être recommandé comme support, en particulier pour les auditions d'enfants. Toutefois il n'est pas possible de le systématiser pour l'ensemble des entretiens compte tenu du temps de retranscription conséquent qu'ils exigent.

Un autre aspect non moins important de l'observation durant l'enquête est de savoir ce qu'il est nécessaire d'observer. Comme l'exprimait le philosophe Sénèque, « il n'y a pas de vent favorable pour celui qui ne sait pas où il va ». Autrement dit « il n'y a pas d'observation dont le sens n'advienne sans cadre de

⁸ Viaux et al,2001,p109

lecture, sans modèle théorique et la manière dont les observations sont réalisées dépend du cadre ou du modèle théorique auquel se réfère explicitement ou implicitement l'acteur⁹ ».

A ce sujet il faut préciser que dans le domaine de la protection de l'enfant, les formations des intervenants relèvent du champ très diversifié et généraliste des sciences humaines (la psychologie, le travail social, l'éducation sociale ou la sociologie). Des formations spécialisées dans le domaine de la protection et des droits de l'enfant, comme le diplôme en protection de l'enfant, existent seulement depuis quelques années. Elles sont toutefois devenues indispensables pour conduire une évaluation sociale pertinente centrée sur l'intérêt de l'enfant. Vu également la complexité des situations, l'évaluation tend aussi à se reposer de plus en plus sur une approche interdisciplinaire.

Au niveau de l'approche méthodologique, à l'OPE, l'évaluation sociale repose généralement sur trois axes : le contexte socio familial, le fonctionnement de l'enfant et la relation parent-enfant. Pour ce faire l'évaluateur s'appuiera sur l'avis des autres spécialistes présents dans la situation (pédiatre, pédopsychiatre, psychologue etc.) et sur quelques référentiels psychosociaux validés scientifiquement (REED, guide d'évaluation des capacités parentales de Steinhauer, critères de F. Alföldi, référentiel du SPJ sur le danger encouru par l'enfant). Ces référentiels sont utilisés plus spécifiquement pour évaluer les capacités parentales et le risque de maltraitance encouru par l'enfant. Ils servent en général de boussole d'exploration pour donner du sens aux faits observés. Quelques uns de ces critères seront exposés au chapitre 2.

Toutefois l'évaluation sociale ne doit pas être confondue avec l'expertise psycho judiciaire ou pédopsychiatrique. En effet l'évaluateur, à l'instar du médecin généraliste, sera en mesure de poser des hypothèses au sujet de certaines difficultés développementales rencontrées par l'enfant ou sa famille mais n'aura pas les compétences ni la légitimité de poser un diagnostic qui relève de disciplines spécifiques (pathologie, QI, hyperactivité chez l'enfant, trouble de l'attachement etc.).

D. Les difficultés de formalisation des rapports

« Les difficultés de formalisation (difficultés à écrire, à synthétiser, à construire une argumentation étayée) et les choix stratégiques de la formalisation (prudence par rapport aux interprétations et aux faits à rapporter)¹⁰ ».

Face aux limites de l'observation mentionnées ci-avant, on peut dès lors percevoir la difficulté que peut représenter pour l'évaluateur la construction du

⁹ Viaux,2001,p111

¹⁰ Viaux et al,2001,p109-110

rapport d'enquête sociale, c'est à dire la prudence dont il doit faire preuve dans dans la restitution écrite. « Cette prudence est le reflet soit d'un doute sur ce qu'il faut nommer, soit d'une difficulté à nommer du fait que toute désignation est stigmatisante, soit d'un sentiment d'illégitimité ou de l'absence d'expertise particulière qui ne permet pas d'être affirmatif¹¹ ».

Ce constat permet peut-être d'expliquer une partie des remarques des juges concernant le contenu de certains rapports par exemple le fait que la synthèse du rapport « demeure souvent dans des généralités » ou « les rapports devraient être plus fouillés ».

E. L'objectivation du rapport par la description des faits observés

La description des faits dans le rapport fait habituellement l'objet de commentaires et remarques critiques. Le Juge des Mineurs français Huyette mentionnait ceci : « ...les rapports socio-éducatifs transmis aux juridictions, beaucoup trop souvent sont remplis d'affirmations peu étayées, peu argumentées, et des phrases imprécises ou pire, allusives... Il s'agit de rapporter précisément des faits objectivement constatés. Quand un rédacteur écrit à l'affirmative, il ne se situe pas dans l'hypothèse ou l'interprétation. Il relate ce qui existe. Et ce qui existe peut toujours être décrit minutieusement. A partir de rapports flous, aucun véritable débat n'est possible¹² ... ».

Dans la partie du questionnaire de mon mémoire consacré à la qualité rédactionnelle, les observations émises paraissent pour la majorité des juges précises et formulées dans un langage clair et compréhensible. C'est un point positif à relever de la pratique de l'OPE. Cependant dans la rubrique concernant l'appréciation générale du rapport, il apparaît que les dits rapports semblent souvent trop brefs et pas assez détaillés. Il manque par exemple « le déroulement précis des relations personnelles avec le parent non-gardien » ou « les relations concrètes entre les deux parents sont rarement évoqués dans le rapport »... Lorsque les juges évoque le terme « concret », il s'agit donc de décrire précisément et de manière complète la réalité des faits. Ceci est évidemment justifié. Pour que le juge puisse rendre une décision susceptible ensuite d'un recours, celle-ci doit reposer sur une argumentation solide basée donc sur des faits détaillés.

Comme le souligne le juge Huyette, "... pour apprécier l'existence d'un danger pour l'enfant, le juge doit connaître la réalité familiale dans son sens le plus large. Il lui faut une description aussi précise que possible de cette réalité. Pour cela il faut d'abord des faits, objectifs, concrets, précis détaillés...Ce n'est que dans un second temps que les rapports proposent une analyse de cette situation.

¹¹ Viaux et al,2001,p111

¹² Viaux et al,2001,p16

Il s'agit alors d'interpréter les faits auparavant énumérés, et de proposer éventuellement des modalités d'action susceptibles de réduire le danger estimé¹³ ». Il s'agit donc dans ce sens de rappeler ici l'importance de séparer dans la construction du rapport écrit les parties descriptives qui doivent s'en tenir à la transmission de faits et d'informations précises et la partie de la synthèse qui inclut alors l'interprétation et l'analyse de l'évaluateur.

Il faut relever que pour certaines situations une difficulté est précisément de mentionner dans le rapport des faits détaillés et complets de la situation familiale observée. Ceci s'explique notamment par le fait que le rapport déposé au Tribunal est le plus souvent consulté voir transmis directement aux parties, du moins les avocats. Dès lors la sélection des faits et le choix des mots utilisés appellent une certaine prudence. Ils demandent aussi d'effectuer des choix stratégiques en raison des réactions et contestations possibles, surtout dans un contexte judiciaire, où les parents sont en conflits aigus, enfermés dans une logique de gagnant/perdant.

Dans le domaine de la procédure pénale, les faits relatés revêtent une importance essentielle pour définir le type d'infractions commises, le degré de responsabilité des acteurs et la sanction. En revanche dans le cadre d'une procédure civile, le juge n'a pas, me semble-t-il, un besoin aussi impératif. Au contraire, une description parfois trop détaillée des faits, des comportements et des opinions de chacun, par exemple sur les allégations d'une ou l'autre des parties, peut paralyser le débat et empêcher le juge de trouver avec les parties une issue favorable au litige, de motiver une décision, notamment pour régler le sort des enfants.

En effet l'exposition de certains aspects dans les rapports peut devenir sujet à trop de contestations pour les parents. Il est vrai que ce problème concerne le juge et ne devrait pas influencer le travail de l'évaluateur à ce niveau. Cependant les procédures qui s'allongent, voire s'éternisent, entretiennent en général un climat de tensions, des affrontements désastreux pour les parents impliqués et, par effet de ricochet, perturbent l'enfant que le juge est sensé en fin de compte protéger.

Pour le juge, le rapport d'enquête sociale doit remplir normalement deux fonctions :

- établir les faits (phase de l'administration des preuves)
- aider à choisir les meilleures mesures à prendre dans l'intérêt de l'enfant.

¹³ Viaux et al, 2001, p15

Compte tenu de ce qui a été relevé plus haut, un autre aspect s'ajoute à ces deux fonctions: être en mesure, au terme de la procédure, de rendre une décision la plus acceptable pour les parties, ceci dans les meilleurs délais possibles.

A l'instar du juge, les intervenants partagent cette préoccupation lors de la construction du rapport. La question est par conséquent : « comment les professionnels spécialistes peuvent concilier dans leurs écrits rigueur technique, vocabulaire accessible, et rédaction qui heurte le moins possible¹⁴? ». Cette remarque est à mon avis importante et nécessite de retravailler la spécificité des critères à prendre en compte pour la construction d'un rapport dans le cadre d'un mandat judiciaire. Ceci expliquerait peut-être certains propos informels entendus à ce sujet : un juge constate notamment un appauvrissement des mots utilisés dans les rapports par peur, selon lui, des contestations des parties ou se plaint de devoir lire entre les lignes pour en saisir l'objectif et le contenu.

Ainsi dans cette perspective, le rapport doit être considéré par le juge dans certaines situations plutôt comme une construction stratégique de sens plus que comme un reflet exact et exhaustif de la réalité.

Voici encore pour terminer quelques suggestions tirées des observations de rapports d'enquête et d'interviews informels effectués auprès de professionnels (juge, avocat, médiateur) autour de la transcription des faits observés. On peut mettre en évidence deux possibilités pour relater ou décrire les propos des parents afin de ne pas être dans l'interprétation ou la confusion (qui parle : l'évaluateur ou le parent ?) dans le rapport. Il s'agit soit de reprendre directement les paroles au style direct (retranscription mot pour mot des propos tenus avec l'utilisation des guillemets) soit de les transposer dans un style indirect en utilisant les formules : elle affirme, elle pense, elle indique.

Il est préférable également de ne pas utiliser d'argumentation avec des liens de cause à effet simplifiés, car facilement contestables. Il est préférable d'employer dans les citations le « notamment », « entre autres » plutôt que « à cause de ... ». Les généralisations comme le « toujours », « jamais » sont aussi à proscrire.

Il faut porter une attention particulière aux nominalisations et aux qualifications des comportements des personnes évaluées. Mentionner dans le rapport qu'une personne est « alcoolique » ou « dépressive » n'est pas justifiable. En effet un travailleur social n'intervient pas auprès d'un père qui « n'a pas résolu son problème d'alcool au cours de l'année écoulée » comme lu parfois dans des écrits. Il intervient auprès d'un homme qui, tel jour, à telle heure, a eu tel

¹⁴ Viaux et al, 2001, p20-21

comportement et a tenu tel ou tel propos¹⁵ ». Dans ce cas la description détaillée du comportement est adéquate.

Comme mentionné au point C, poser un diagnostic psychologique, médical ou psychiatrique ne relève pas des compétences de l'intervenant en protection de l'enfant Il est recommandé par contre de citer les propos du spécialiste (médecin, psychiatre...) consulté dans le cadre de l'enquête sociale avec l'accord des parties. Dans le même sens « il y aurait lieu de prendre des précautions dans les affirmations de troubles psychologiques. Il faut savoir en effet que les documents d'expertise sont communiqués aux avocats des parties. Il n'est donc pas rare de les voir produits à des fins de dénigrement de l'autre, hors du cadre judiciaire, ce qui constitue parfois des atteintes intolérables à la dignité de la personne¹⁶ ».

F. La problématique des délais pour la réalisation des rapports

Une critique récurrente des magistrats tient au fait que les délais pour la remise du rapport d'enquête sociale sont « en général longs, voir trop longs ». Sur la base de ces remarques, dans le but de raccourcir le temps d'enquête mais aussi de rationaliser l'utilisation des ressources de l'OPE, nous pourrions distinguer trois type d'évaluation sociale et de rapports :

Evaluation sociale provisoire urgente

Dans les cas qualifiés très urgents, par exemple où il y a de fortes présomptions de danger pour l'intégrité physique et/ou psychique de l'enfant, l'enquête pourrait être sommaire avec un caractère provisoire. Un préavis, à tout le moins oral, pourrait être donné au juge dans un délai de 1 à 2 semaines. Un premier rapport simplifié serait adressé au juge comportant uniquement les éléments significatifs et le préavis concernant les décisions urgentes à prendre. Le modèle du rapport pourrait contenir seulement une brève description du contexte temporel de la séparation, de la problématique factuelle relative aux enfants, ainsi qu'un préavis sur les mesures urgentes à prendre (lieu de vie des enfants, modalités des visites). Ce rapport ne devrait pas dépasser 2-3 pages. Dans un 2^{ème} temps une évaluation plus complète de la situation serait effectuée dans les délais usuels.

Evaluation sociale simplifiée

Il s'agirait d'une enquête sociale ne portant que sur un ou l'autre aspect du règlement concernant les enfants (droit de visite, audition d'un enfant, garde provisoire) dans les cas du prononcé de mesures protectrices de l'union conjugale ou de mesures provisoires lors d'une action en divorce. Cette évaluation serait effectuée sur la base de questions précises posées par le juge.

¹⁵ Viaux et al,2001,p20 note1 de bas de page

¹⁶ Poussin, 1997,p197-198

Dans le rapport figurerait seulement les réponses aux questions posées. Le délai imparti pourrait être alors d'un à deux mois maximum.

Evaluation sociale ordinaire

Il s'agit dans ce cas d'une évaluation complète sur l'ensemble de la situation familiale selon la structure habituelle du rapport. Le délai pourrait alors être dans ce cas au maximum de 3 mois (4 à 8 semaines selon les attentes des juges à ce sujet).

Pour plus de clarté, les délais de remise des rapports pourraient être précisés systématiquement par le juge avec la possibilité, si nécessaire de le prolonger par le biais d'une demande écrite au Tribunal, en précisant les actions entreprises qui justifient ce temps supplémentaire (médiation entreprise avec les parents, entretiens supplémentaires, nécessité de laisser du temps, absence aux rendez-vous, arrangement provisoire, modification ...).

G. L'intérêt de l'enfant et les capacités parentales

Cette section vise à revoir globalement les critères déterminants l'intérêt de l'enfant et les capacités parentales. L'enquête effectuée auprès des juges mettait en évidence une certaine faiblesse dans l'examen de ces éléments, certes complexes comme nous allons le voir, mais constituant le cœur du rapport d'enquête sociale.

1. Les critères juridiques déterminants pour l'intérêt de l'enfant

Voici ci-après les principaux critères juridiques issus de la jurisprudence fédérale et de la doctrine dans ce domaine qui servent toujours de référence actuellement à la détermination de l'intérêt de l'enfant.

Certaines des critiques émises sur la qualité des rapports d'enquête sociale paraissent liées au manque d'approfondissement des circonstances importantes permettant au juge de prendre une décision relative au règlement du sort des enfants dans une procédure de séparation, par exemple à propos de la synthèse du rapport : « elle n'est jamais assez approfondie et demeure souvent dans des généralités » ou « les rapports devraient être plus fouillés; dans certains cas on peut parler de rapports bâclés que le magistrat n'a évidemment pas pu suivre ». Dès lors, il est utile de redéfinir ces critères afin de choisir les éléments importants pour la construction et l'argumentation d'un rapport qui puisse être en adéquation avec les attentes du juge.

La recherche de l'intérêt supérieur de l'enfant doit être effectuée en tenant compte des circonstances favorables liées à la situation familiale et sociale existante. Le législateur a renoncé à l'élaboration de critères exhaustifs, hiérarchisés et applicables pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant.

Cependant la jurisprudence et la doctrine, abondantes dans ce domaine, ont permis de dégager quelques critères généraux :

1.1 La personnalité de l'enfant, des parents et la nature de la relation parentale

Il s'agit ici de tenir compte de l'âge, du sexe, de la religion et de la maturité de l'enfant en lien avec ses besoins spécifiques aux différents stades de son développement. « C'est ainsi que les besoins liés au jeune âge sont différents de ceux qui caractérisent la phase de l'adolescence » (Meier Stettler, 2014, p.335)

Les changements culturels de notre société depuis les 40 dernières années, en particulier l'évolution des rôles parentaux, ont pour conséquence notamment une diminution de l'importance du sexe du parent comme critère majeur d'attribution de la garde ou de l'autorité parentale.

La personnalité de chacun des parents est importante à considérer, par exemple la capacité éducative, l'état de santé physique et psychique ainsi que les conditions de vie. Il s'agit ici d'examiner la faculté du parent de s'occuper personnellement de l'enfant en la mettant en rapport avec sa situation professionnelle, son mode de vie en général ainsi que ses nouvelles relations.

Dans la relation parentale l'accent est mis plutôt sur la qualité des rapports que chacun des parents a pu et su établir avec l'enfant. Un arrêt du Tribunal rendu en 1988 mentionne que la préférence dans l'attribution d'enfants en âge de scolarité ou sur le point de l'être doit être donnée au parent qui s'avère le plus disponible « pour les avoir durablement sous sa propre garde, s'occuper d'eux et les élever personnellement, ceci dans la mesure où le père et la mère offrent des conditions de base équivalentes¹⁷ ».

Il faut préciser ici que la disponibilité du parent n'est pas seulement mesurée par rapport au temps passé avec l'enfant mais également en relation avec « la disponibilité psychique et de la stabilité émotionnelle de chaque parent¹⁸ », la faculté d'écoute de celui-ci, l'intérêt pour tout ce que vit l'enfant et son aptitude à se remettre en question.

1.2 La stabilité du cadre socio-éducatif

La jurisprudence laisse apparaître comme un facteur favorisant le développement adéquat de l'enfant, l'importance d'une continuité de l'action éducative et de la stabilité du cadre dans lequel évolue celui-ci (milieu familial, scolaire, loisirs). Comme aussi, la qualité des appuis éducatifs susceptibles d'être fournis par des membres de la communauté familiale, au parent attributaire de l'autorité parentale, pour éviter qu'il ne soit contraint de confier

¹⁷ Meier et Stettler, 2006, p26-27

¹⁸ Rey et Wicky, 1998, p152

l'enfant à des tiers. De plus, les liens existants entre l'enfant et la famille élargie sont importants à prendre en compte comme ressources affectives et interactionnelles pour l'enfant.

Cependant « la nécessité d'avoir recours à l'appui de tiers pour une partie du temps de prise en charge ne doit toutefois pas automatiquement conduire à privilégier l'autre parent : force est de tenir compte de l'évolution de la société, de la diminution du nombre de parents qui s'occupent exclusivement du foyer et des enfants sans activité lucrative extérieure et de l'augmentation importante du nombre de famille monoparentales : on ne saurait ainsi partir indirectement de l'idée qu'elles représentent un milieu préjudiciables à l'enfant » (Meier Stettler, 2014, p 338).

1.3 Les intérêts communs de la fratrie

« Lorsqu'il y a plusieurs enfants, le juge évite en règle générale de les séparer, afin de maintenir les liens d'affection qui les unissent et de conserver les avantages que représente une éducation faite en commun¹⁹ ».

« Ce principe n'est plus guère contesté de nos jours encore qu'il revienne fréquemment à donner la préférence à la mère lorsque la fratrie est constituée d'enfants qui ne sont pas encore tous sortis de la phase du jeune âge²⁰ ».

Il s'agit dans ce cas de considérer que le maintien des liens entre la fratrie permet une stabilité des relations interpersonnelles ainsi que l'évitement d'une séparation supplémentaire. Cependant il faudra prendre en considération les écarts d'âge importants et vérifier si le choix du maintien de la fratrie est compatible avec les besoins de chaque enfant.

1.4 L'opinion de l'enfant

Conformément à l'art. 12 de la convention relative aux droits de l'enfant, l'opinion de l'enfant doit être prise en considération dans toute décision le concernant. « Le juge doit chercher à se faire une idée de ce que représente chacun des parents aux yeux de l'enfant²¹ ». L'avis de l'enfant que le juge prendra en compte dépendra de son degré de maturité et de développement. « Il conviendra par ailleurs d'examiner si ce désir traduit bien une relation affective étroite avec l'un des parents et n'exprime pas en réalité une aspiration à plus de liberté ou à des avantages matériels²² ».

1.5 L'aptitude à favoriser les contacts entre l'enfant et l'autre parent

¹⁹ Meier et Stettler, 2006, p28

²⁰ Rey et Wicky, 1998, p151

²¹ Meier et Stettler, 2006, p31

²² Meier et Stettler, 2006, p31

Cette question a fait souvent défaut dans les rapports, même s'il est patent que cette aptitude est difficile à décrire. Cependant il apparaît que les enfants qui ont pu maintenir des relations avec leurs deux parents ont mieux supporté les effets du divorce. Dès lors la capacité de chacun des parents de favoriser la régularité des relations de l'enfant avec le parent qui n'aura pas la garde revêt à notre avis une grande importance.

1.6 La collaboration possible entre les deux parents

Cet aspect complète le critère précédent mais dans une perspective où il s'agit d'examiner en particulier la question de l'exercice de l'autorité parentale.

L'introduction du principe de l'autorité parentale conjointe comme étant la règle depuis le 1^{er} juillet 2014 (art. 296 al. 2) renforcent à mon avis à bon escient deux principes qui doivent servir l'intérêt de l'enfant : une responsabilité partagée dans toutes les décisions concernant l'enfant indépendamment du statut des parents ainsi que son intérêt comme principe décisionnel prépondérant. Cependant pour que l'exercice de l'autorité parentale conjointe serve l'intérêt de l'enfant elle nécessite une capacité fonctionnelle de chacun des parents de collaborer de manière constructive, ce qui n'est pas toujours possible. Cette capacité doit donc être examinée attentivement. En effet même si l'attribution exclusive de l'autorité parentale à l'un des parents est devenue l'exception, « certains dysfonctionnement parentaux ou conflits aigus (...) peuvent, entre autres, rendre l'autorité parentale conjointe illusoire ou préjudiciable » (Meier Stettler, 2014, p. 343).

2. Les besoins de l'enfant et les capacités éducatives des parents

Les remarques les plus significatives relevée par les juges dans l'enquête portent sur l'examen des capacités éducatives des parents en lien avec les besoins de l'enfant : « il conviendrait de plus insister sur la capacité éducative de chacun des parents qui sont des critères déterminants, d'un point de vue juridique, pour la décision à prendre au sujet de la garde et du droit de visite ; il manque une analyse concrète des capacités parentales en lien avec les besoins spécifiques des enfants ».

L'examen des capacités éducatives des parents représente une attente importante des juges dans le contenu des rapports d'enquête sociale. Il s'agit donc de déterminer la congruence qui existe entre les besoins de l'enfant et les capacités de chacun des parents. Cependant l'examen de la fonction parentale est complexe et difficile à décrire concrètement. Il laisse souvent la place à des interprétations subjectives. De plus, ce sujet est préoccupant car comme le soulignent certains auteurs, il est souvent très difficile de séparer à ce niveau les connaissances professionnelles des valeurs personnelles. En effet, il y a un risque important que l'évaluation des capacités éducatives des parents repose

« sur des valeurs personnelles présentées sous couvert de connaissances professionnelles²³ ».

Vu l'importance des critiques mentionnées exprimées par les juges, il semble utile de présenter ci-après quelques critères à considérer avec attention dans l'examen des capacités éducatives des parents. L'objectif vise à ce que ces critères puissent guider l'intervenant en protection de l'enfant dans l'évaluation et la construction du rapport d'enquête.

2.1. Les besoins de l'enfant

Quels sont les besoins de l'enfant ? J'ai choisi de faire une distinction générale de ces besoins en choisissant de les traiter sous l'angle des conditions nécessaires à l'enfant pour qu'il puisse acquérir une vie autonome. Cette émancipation se fonde sur la construction de l'identité effectuée à travers 4 types de besoins fondamentaux : *les besoins affectifs, cognitifs, sociaux et les besoins de valeurs*.

Les besoins affectifs

Ils s'inscrivent dans la nécessité d'affiliation. Pour grandir l'enfant doit être aimé, attaché, accepté, investi par ses parents et par son milieu familial et social afin d'acquérir un sentiment interne de sécurité permettant le développement de l'estime de soi et la confiance indispensable à son équilibre. Il doit être protégé des aspects dysfonctionnels des adultes proches et de toute forme de maltraitances.

Les besoins cognitifs

Ils répondent à une nécessité d'accomplissement de l'individu. En effet l'enfant doit être capable de comprendre son environnement et d'y évoluer en développant des savoirs qui favorisent sa compréhension et sa capacité d'action. Il doit être stimulé, encouragé, soutenu, motivé dans les apprentissages scolaires et sociaux (école, loisirs, sport, activités ensembles...).

Les besoins sociaux

L'individu tend vers l'autonomie sociale qui lui permet de se différencier des autres. Il s'agit ici de répondre adéquatement à la volonté de l'enfant de s'émanciper progressivement en fonction de son âge et de son développement psychoaffectif tout en suscitant chez celui-ci un sentiment d'appartenance à la communauté. Ce besoin peut être satisfait notamment par le maintien d'une certaine stabilité du cadre de vie, scolaire et social.

Les besoins de valeurs

²³ Viaux et al, 2001, p122

Pour construire pleinement son identité, l'enfant doit pouvoir se référer à une idéologie positive transmise par ses parents et son milieu social basée sur des valeurs éthiques et esthétiques (le bien, le mal, le vrai, le beau).

2.2. Les capacités éducatives des parents

Examiner les capacités éducatives des parents consiste à évaluer la capacité fonctionnelle de chaque parent à répondre aux besoins de l'enfant et effectuer une évaluation de l'interaction de chaque adulte avec chaque enfant.

L'examen de la relation parent- enfant et des capacités parentales sont des points importants qui, selon certains juges, doivent être traités de manière plus détaillée et approfondie dans les rapports d'enquête sociale. Ceux-ci soulignent le fait qu'il manque parfois une analyse concrète des capacités parentales en lien avec les besoins spécifiques des enfants. Les relations concrètes entre les deux parents sont rarement évoquées dans le rapport, de même que l'image donnée de l'autre parent.

Pour Rachel Mercier²⁴, " la compétence parentale" se joue au quotidien dans les familles intactes ou divorcées sans qu'elle soit forcément discutée ou questionnée. C'est seulement lors de la séparation que sont soulevées des interrogations relative à cette notion et ce qu'elle recouvre. Les compétences parentales recouvrent plusieurs définitions : c'est la capacité de répondre aux besoins et aux attentes de l'enfant, ou la capacité de reconnaître les compétences de l'enfant et les transformer en performances ou encore la qualité des attitudes posées dans les gestes éducatifs à l'égard du développement de l'enfant. Mme Mercier reprend la définition de Winnicott quand il parle d'une mère suffisamment bonne, en parlant de « parents suffisamment bons ». Winnicott définit « une mère suffisamment bonne » comme « un cadre structuré qui contient l'enfant mais qui lui permet en même temps de développer son individualité ».

Il est aussi intéressant de citer le guide d'évaluation des capacités parentales établi par le Centre jeunesse de Montréal²⁵: sous le chapitre des compétences parentales, huit compétences générales font l'objet d'un examen attentif chez le parent évalué. Pour distinguer la notion de compétence et de capacité, les auteurs du guide précisent que les compétences parentales sont pour eux des attributs qui peuvent se modifier au cours du temps alors que les capacités ont un caractère de permanence. Même si le guide a été construit plutôt pour évaluer les compétences parentales chez les enfants de 0 à 5 ans, les auteurs précisent

²⁴ tiré de l'article de Lucie Desjardins, journal du Barreau, volume 30, numéro 9 du 15.05.1999, consulté sur internet

²⁵ Centre Jeunesse de Montréal, Institut Universitaire, Guide d'évaluation des capacités parentales, 2^{ème} édition, 2003, document publié sur internet

qu'elles demeurent essentielles à toutes les étapes du développement de l'enfant.

2.3. *Quelques pistes pour conclure ...*

Pour conclure ce chapitre consacré aux principaux critères déterminant l'intérêt de l'enfant et les capacités parentales, il semble important de retenir les éléments suivants en vue de l'optimisation des rapports :

Pour obtenir un rapport plus étayé, il y a un avantage certain d'utiliser un canevas de rapport spécifique et détaillé comprenant les critères d'évaluation pour la conduite de l'enquête sociale en divorce et permettre ainsi une meilleure sélection des observations. Les éléments de ce canevas auquel nous nous référons depuis 2007 à l'OPE permet une plus grande harmonisation des pratiques de l'enquête à l'égard des Tribunaux (comme réponse à la variabilité des enquêtes relevée par les juges), une investigation plus complète des aspects relevant de l'intérêt de l'enfant et une équité de traitement pour les personnes.

L'application de ce canevas ne peut pas être rigide mais utilisée comme cadre de référence pour l'enquête sociale et l'élaboration du rapport. Elle permet de développer une méthodologie de travail dans la conduite de l'enquête, méthode qui me paraît indispensable vu la mission spécifique dans laquelle s'inscrit de manière générale l'enquête sociale en divorce.

Comme le soulignait M. Zullian, responsable du groupe d'évaluation du SPMI de Genève, un canevas servant de référence pour les entretiens permet aussi à l'intervenant en protection de l'enfant de sortir de la logique de « l'enregistreur » où il risque souvent d'être piégé dans le « rendre compte le plus fidèlement possible des déclarations de chacun des parents » ce qui donne lieu ensuite à beaucoup de malentendus et d'agressivités. En effet le parent ne se reconnaît souvent pas dans ce qui est écrit et il dira notamment : « vous n'avez pas relevé tout ce que je vous ai dit ou ça je n'ai pas dit ». La structuration des entretiens à l'aide d'un cadre donné d'évaluation permet ainsi de garder une certaine maîtrise des sujets à aborder en entretien, de laisser certes la place à l'expression des émotions, des affects mais aussi, et surtout, la prise d'informations en lien avec les éléments à examiner concernant l'intérêt de l'enfant.

H. Crédibilité et formation de l'évaluateur

Certains juges ont mis en évidence en 2006 une baisse sensible de la qualité des rapports effectués par les intervenants de l'OPE. Des rapports ont été estimés insuffisamment approfondis et détaillés, trop brefs voir même bâclés. Ils suspectaient à juste titre avant tout une surcharge de travail et un manque d'effectif, problème toujours d'actualité, mais également le manque de formation et l'inexpérience de certains collaborateurs.

Comme le souligne Philip D. Jaffé²⁶ l'expérience et la formation est déterminante pour garantir la qualité des enquêtes et des rapports. Les enquêtes devraient être confiées plutôt à des collaborateurs ayant une bonne expérience professionnelle ou éventuellement sous la supervision d'un autre professionnel plus expérimenté. De plus il est indispensable que le savoir expert repose sur une pratique régulière de l'expertise, sur une mise à jour des connaissances spécifiques à différents niveaux : examen de la fonction parentale, connaissance actualisée de l'évolution des modes d'organisation post divorce sur le plan sociologique, psychologique et juridique.

Dans le cadre de la sectorisation de l'OPE, des intervenants en protection de l'enfant ont été désignés plus systématiquement pour effectuer les enquêtes en divorce, surtout lorsqu'elles sont complexes. L'intervenant peut ainsi orienter sa formation continue dans ce domaine. Les thématiques à aborder portent notamment sur la typologie des conflits familiaux et les conséquences pour l'enfant, l'exercice de la fonction parentale, l'examen des critères psychologiques et juridiques concernant l'attribution de la garde et de l'autorité parentale lorsqu'elle ne peut pas s'exercer conjointement.

III. Conclusion

La consultation effectuée auprès des juges de district du Valais a permis de confirmer l'importance que revêt le rapport d'enquête sociale dans la procédure de séparation ou de divorce. Mon constat est que celui-ci constitue en effet une aide à la décision importante pour le juge dans le règlement du sort des enfants. Les juges ont d'ailleurs rappelé leur besoin de disposer d'une évaluation complète et approfondie de la situation familiale ainsi que des propositions concrètes permettant la préservation de « l'intérêt de l'enfant ».

Cependant il faut rappeler que pour réaliser un rapport d'enquête sociale de qualité qui soit conforme aux attentes des juges et aux exigences formulées dans le présent article, il est indispensable de disposer de ressources suffisantes. Le traitement de situations sociales toujours plus complexes et souvent conflictuelles demande beaucoup de temps, de la réflexion et une grande disponibilité. Or les services de protection de l'enfance, dans leur ensemble se trouvent dans une situation toujours préoccupante face à la courbe ascendante des demandes d'évaluation et la courbe stagnante, voire décroissante des collaborateurs-trices préparées pour effectuer ces missions.

L'analyse de la structure du rapport a révélé aussi lors de cette enquête la nécessité de redéfinir les critères sur lesquels se référer pour conduire l'enquête sociale et réaliser ensuite un rapport pertinent à l'intention du juge. C'est autour de ces aspects qu'un travail de réflexion et de développement doit se poursuivre

²⁶ Viaux et al, 2001, p. 119

à l'avenir en tenant compte de l'évolution constante de la société et des bases légales dans ce domaine. L'échange des pratiques entre cantons me paraît aussi souhaitable, même s'il faut tenir compte des différences de contextes sociaux. Une véritable optimisation des rapports d'enquête en divorce ne peut faire l'économie d'une réflexion commune approfondie sur la pratique de l'évaluation.

Ma deuxième réflexion questionne la manière dont sont réglées de plus en plus les procédures de séparation ou de divorce. Depuis plusieurs années, nous assistons à une véritable crise des institutions traditionnelles de régulation sociale dont la justice en fait partie. En parallèle nous constatons une évolution des mœurs alimentée notamment par l'augmentation croissante du nombre de divorces. D'autres formes d'organisation familiale et sociale émergent comme les familles recomposées ou vivant en union libre avec enfants. Ce phénomène sociétal nécessite à mon avis des changements importants dans l'approche du règlement de la séparation et des conflits parfois destructeurs pour les enfants.

En effet "alors que le nouveau droit du divorce a finalement ouvert la porte à l'autorité parentale conjointe conventionnelle, dans la mesure où la solution apparaît compatible avec le bien de l'enfant, l'on est en droit de se demander si le législateur a poussé suffisamment loin la réflexion quant à la justification de l'immixtion systématique du juge matrimonial dans la sphère parentale du seul fait de la dissolution du rapport conjugal. Si l'engagement dans les liens du mariage devait de plus en plus être conçu comme un contrat de nature aléatoire, la société ne serait tout simplement plus en mesure d'assumer elle-même la redéfinition systématique des rôles parentaux découlant des ruptures conjugales successives²⁷ ».

Dans ce mouvement, il est difficile de percevoir les conséquences de cette évolution notamment concernant l'avenir de l'examen de l'intérêt de l'enfant dans la procédure de divorce et l'utilisation de l'enquête sociale comme aide à la décision pour le juge.

Enfin, mentionnons que les situations faisant l'objet d'un rapport d'enquête sociale sont celles qui nécessitent le plus souvent un véritable arbitrage de la part des tribunaux par la mise en place d'une mesure d'accompagnement et de protection en faveur des enfants. Il s'agit de situations où le juge est finalement contraint de trancher, sur la base du rapport, en aménageant une solution qui respecte son meilleur intérêt, à défaut qui soit la moins préjudiciable pour l'enfant. Ceci dit, il me paraît important de favoriser des alternatives à la judiciarisation de la séparation en exhortant plus systématiquement les parents à utiliser la médiation pour régler leurs différends. Cette solution, comme

²⁷ Tiré du résumé de l'exposé présenté le 23.05.2003 à Genève, p5, par Martin Stettler, professeur de droit civil, à l'occasion des journées annuelles de la Conférence suisse des directeurs et directrices des offices des mineurs.

alternative à l'enquête sociale, permettrait dans certaines situations d'assister le juge plus efficacement et de manière complémentaire dans le règlement du sort des enfants. En effet comme le rapport se place dans une logique de gagnant/perdant, il ne peut constituer le moyen le plus adapté pour préserver l'intérêt de l'enfant.

IV. Bibliographie

CENTRE JEUNESSE DE MONTREAL INSTITUT UNIVERSITAIRE, *Guide d'évaluation des capacités parentales*, document publié sur internet, 2^{ème} édition, 2003

DESJARDINS L., *Journal du Barreau*, volume 30, numéro 9 du 15.05.1999

MEIER Ph. et STETTLER M., *Droit civil Suisse, Droit de la filiation*, tome II, Effets de la filiation (art.270 à 327 CC), 3^{ème} édition, complétée et mise à jour, Schulthess, 2006.

POUSSIN, G. ; MARTIN-LEBRUN, E., *Les enfants du divorce, psychologie de la séparation parentale*, Paris : Dunod, 1997.

ROSSIER M., *Le Rapport d'enquête sociale en divorce*. Le rapport d'enquête sociale en divorce est-il une aide à la décision pour le juge afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant ? Etat des lieux en Valais et pistes de réflexion en vue de son optimisation, IUKB, Sion, 2006

VIAUX, J-l., sous la direction de, *Ecrire au Juge, rapport, signalement, expertise dans l'aide à la décision judiciaire*, Paris : Dunod, 2001

WICKY-REY, H. ; RINALDI, I., *Intérêt supérieur de l'enfant et divorce*, les cahiers de l'EESP, Lausanne : Ed. EESP, 1998

CONFLIT DE LOYAUTÉ ET CONFLIT PSYCHIQUE. UNE ARTICULATION ANTHROPOLOGIQUE, CLINIQUE ET JUDICIAIRE

Yolande GOVINDAMA et Martine DE MAXIMY

Yolande Govindama, psychologue, psychanalyste, professeur de psychologie clinique à l'université de Rouen, directrice du service PMP-OSE-Paris, expert à la cour d'appel de Paris. Martine de Maximy, magistrat honoraire, ancienne juge des enfants, ancienne présidente de la cour d'assises de Paris.

*Article tiré de la revue **Enfances et Psy**, 2012/3 n°56, p.46-56, Editions érès, reproduit avec l'aimable autorisation des auteures et de l'éditeur*

Le concept de conflit de loyauté est aujourd'hui très répandu, souvent employé par des travailleurs sociaux, des juristes, des thérapeutes systémiques, parce qu'il peut objectiver, à travers les comportements et les paroles d'un enfant, un dilemme, à savoir : « Je suis entre deux choix, je dois choisir, si je choisis cela, je refuse ou je rejette l'autre. »

Ce concept peut aussi être lié à celui de *syndrome d'aliénation parentale*. *Dans les cas de divorces, de séparations violentes, d'inceste, des conflits de loyauté peuvent agiter l'enfant (Govindama et Scelles, 2011). Un des parents a perverti le contrat narcissique à son avantage pour créer un pacte avec l'enfant. Il peut être fondé :*

- Sur le « secret », dans les cas d'inceste. Le témoignage en sera rendu très difficile, la victime pouvant revenir à plusieurs reprises sur ses déclarations ;
- Sur la complicité aliénante pour ravir l'amour de l'enfant, dans les cas de conflit conjugal, et qui pèse d'autant plus qu'on demande à l'enfant de choisir chez lequel de ses deux parents il souhaite vivre ;
- Sur le désaveu de l'autre parent et le clivage de fonctions parentales (bons et mauvais parent), nommé par Kaës (1989), « pacte dénégatif »

Dans ces situations, très souvent rencontrées par les professionnels de la protection de l'enfance, l'enfant va opter pour le déni de la réalité plutôt que pour son intérêt, du fait de l'intériorisation de la culpabilité de l'adulte dans l'après-coup du signalement, par exemple, dont l'enfant sait qu'il peut avoir pour conséquence le placement, et qu'il redoute parce qu'il n'est pas forcément apte à supporter l'épreuve de la séparation affective et psychique. Le juge des enfants est souvent confronté à des mineurs pris dans d'inextricables conflits de loyauté à l'égard de leurs parents ou de l'un des parents lorsqu'il y a l'intervention d'un éducateur ou d'une famille d'accueil. Mais c'est surtout à l'égard d'un parent maltraitant que ce conflit de loyauté va empêcher l'enfant de révéler ce qu'il subit. Ici c'est l'intérêt d'une justice éducative, que nous mettons en avant, qui peut avoir, dans certains cas, des effets thérapeutiques.

Si, dans tous ces cas, les professionnels sont confrontés à un conflit de loyauté chez l'enfant, l'exposant à faire un choix impossible, comment la clinique peut-elle expliquer ce conflit, souvent inconscient, qui imprègne le comportement de l'enfant ? Comment peut-elle questionner, voire éclairer, les pratiques des professionnels afin qu'ils ne soient pas eux-mêmes partie prenante dans ces conflits ? Nous allons tenter, dans cet article, d'articuler l'approche consciente objectivable du conflit de loyauté et la dynamique inconsciente qui est implicite à ce conflit.

CONFLIT DE LOYAUTE

Selon Boszormenyi-Nagy, systémicien, qui a défini le concept de loyauté, toute relation introduit la notion de « balance éthique entre la somme des mérites et des dettes chez chacun des partenaires de la relation » (Van Heusden et Van Den Eerenbeemt, 1994, p 115). Il a distingué entre relations symétriques et relations asymétriques, comme le sont toujours celles entre parents et enfant. Pour lui, la loyauté serait cette dette que chaque enfant contracte envers ses parents. Il s'agit d'une loyauté verticale ordinaire qui maintient la différence des générations.

Mais lorsqu'il y a une confusion des rôles impliquant une dysparentalité, ce conflit de loyauté peut s'exprimer dans la parentification d'un enfant (enfant parent de ses parents ou d'un parent selon Le Goff et Garrigues, 1994). Le parent défaillant, confronté à son infantile, parentifie un enfant (souvent l'aîné) pour lui déléguer la fonction parentale. Cet enfant s'identifie à sa fonction, notamment parce que, en même temps, il acquiert un certain pouvoir dans la famille et sur le parent. Et lorsque la défaillance parentale est mise au jour, il perd son statut et ne peut accepter la remise en cause du parent parce qu'il est pris dans un conflit de loyauté, avec le parent défaillant et lui-même. Dans de tels cas, l'inversion des générations qui accompagne la parentification peut mener à un contexte incestuel et éventuellement vers l'inceste (Racamier, 1995).

« Le contexte de loyauté est issu soit d'un rapport biologique de parenté soit d'attentes de réciprocité résultant d'un engagement relationnel. Dans les deux cas, le concept de loyauté est de nature triadique. Il implique que l'individu choisisse de privilégier une relation au détriment d'une autre » (Van Heusden et Van Den Eerenbeemt, 1994, p. 115).

CONFLIT DE LOYAUTÉ OU CONFLIT PSYCHIQUE

Dès l'origine de la psychanalyse, Freud (1895) fait du conflit psychique une notion centrale de la théorie des névroses. Les névroses résultent d'un conflit psychique dans lequel le sujet est confronté à des exigences internes contradictoires. Ce conflit peut être manifeste entre un désir et un devoir (exigence morale) ou deux désirs contradictoires, ou latents, au niveau des instances psychiques (le ça, le moi le surmoi). Il peut s'exprimer de manière déformée à travers le symptôme (trouble de comportement, de caractère, ou fonctionnel). Mais ce conflit intrapsychique est inhérent, selon Freud, à la vie psychique du sujet, tout comme peut l'être, selon Boszormenyi-Nagy et Spark (1973), le conflit de loyauté qui est inhérent à la vie. Pour Freud, le conflit psychique s'exprime à travers l'acte manqué, le rêve, le symptôme. Ce sont des compromis qui s'inscrivent dans une perspective d'adaptation du sujet à la réalité.

POURQUOI LE CONFLIT PSYCHIQUE SERAIT-IL INHÉRENT A LA VIE MENTALE ?

Tout sujet se construit psychiquement dans une relation intersubjective, la relation parent-enfant. Tout enfant est par essence, du fait de son immaturité psychobiologique, aliéné au désir de l'adulte le maternant pour assurer sa survie physique. Mais elle s'accompagne chez le sujet humain d'une demande d'amour qui conduit tout sujet à être imprégné par les affects, l'angoisse au premier chef, de la personne maternante et par son rapport à la jouissance. Le refoulement des instincts réprimés socialement est introduit par la limite à la jouissance imposée par l'adulte à travers le principe de réalité (sevrage, frustration, privations) qui s'oppose au principe de plaisir. L'inconscient du sujet sera imprégné non seulement de la subjectivation de la réalité perçue, vécue, mais aussi de son imaginaire, des valeurs culturelles et du refoulé culturel d'une société (Devereux, 1970). En effet, « certains désirs, fantasmes ou autres produits du psychisme humain qui sont refoulés dans telle société, peuvent dans telle autre accéder à la conscience et même être actualisés socialement » (Devereux, 1972, p.71) Cela conduit à penser que l'enfant se développe par identification au modèle parental et sera, consciemment ou non, impliqué dans des contrats narcissiques avec un ou ses parent(s).

Pour Freud, l'amour des parents envers leur enfant, touchant et au fond, enfantin, est toujours imprégné de leur narcissisme primaire qui vient de renaître

et qui se métamorphose en amour d'objet : le parent se voit en son enfant. Tout parent qui devient parent est confronté à une réactivation de son narcissisme primaire, ce qui explique que les contrats narcissiques parent-enfant sont inhérents au développement humain. L'enfant peut éventuellement réussir à alléger ces contrats narcissiques au moyen d'une alliance fraternelle (Kaës, 1993, 2008), ou s'en dépendre autrement, mais à condition que le parent soit faillible, que l'enfant ait pu entr'apercevoir la faille, le manque dans l'Autre.

CONTEXTE SOCIOCULTUREL

Le contexte socioculturel imprègne le modèle familial, l'inconscient collectif familial, par « une enveloppe sociétale et culturelle » au sens où l'entend Kaës (1998). Van Gijsegem (2002), dans sa conférence sur l'aliénation parentale, dit qu'on est passé de la philosophie « d'un âge tendre » (avant 1970) où la société occidentale admettait que la mère était plus apte à s'occuper des enfants, à la philosophie du « meilleur intérêt de l'enfant » (années 1970) où c'est le parent qui prouve qu'il est plus apte à s'occuper des enfants pour obtenir notamment la garde en cas de séparation, divorce, quels que soient son sexe et celui des enfants. Selon Van Gijsegem, cette philosophie provoque des rivalités et des conflits entre les parents. En effet, c'est ce que nous rencontrons dans les expertises psychologiques dans les cas de séparation et de divorce : chaque parent va prouver qui a été la « bonne mère », dans une confusion de rôles excluant la fonction paternelle. Parce qu'aucun des deux parents ne veut imposer une limite, une frustration ou son autorité à l'enfant, de crainte de perdre son amour, le tabou de fusion qui précède celui de l'inceste n'est pas énoncé, ce qui génère un climat incestuel¹.

Les conflits de cultures dans les familles migrantes génèrent aussi des conflits de loyauté : certains de ces enfants qui évoluent entre deux cultures ont l'impression que s'ils choisissent la culture de leurs parents, ils leur restent fidèles, et dans le cas contraire ils sont considérés comme des étrangers. Ce conflit de loyauté qui s'exprime sur le plan manifeste met souvent en scène celui qui est latent, à savoir le narcissisme primaire de ces parents, mis à l'épreuve des valeurs culturelles du pays d'origine avec une grande ambivalence. Révoquer la culture des ancêtres, celle de leurs parents, consiste à renier sa filiation et à accepter de remettre ses parents en question, ce qui revient à les agresser. Ce qui est interdit par certaines cultures dites traditionnelles dans la mesure où les parents sont déifiés et sont inattaquables (Ortigue et Ortigue, 1984). Pris dans

¹ Contrairement à Van Gijsegem qui pense que c'est le mouvement féministe qui a alimenté une féminisation de l'homme qui serait responsable de la recrudescence des accusations de violences physiques ou sexuelles sur les enfants à l'encontre des pères, nous pensons que ce sont plutôt les pères qui, devant l'évolution du statut de la femme qui a contribué à la modification des structures familiales, comme le montre Godelier (2004), n'ont pas pu retrouver leur place depuis la disparition du modèle patriarcal en 1970 dans le droit français. En panne de modèle, puisqu'il ne peut plus s'identifier à son père, le père doit réinventer sa place pour la prendre. Mais la mère est en panne de repères également, puisque le père d'aujourd'hui ne ressemble plus à celui qu'elle a intégré à partir de l'image de son père.

leur propre conflit de loyauté à l'égard de leurs parents et ancêtres, les parents de ces enfants ne peuvent parfois pas les soutenir pour que ces derniers puissent se construire, entre deux cultures, dans la singularité d'une culture subjectivée. Le clivage prédomine souvent. Dans les cas de séparations, de divorces et de la protection judiciaire de l'enfance, ce conflit de culture est exacerbé. Les éléments culturels doivent être entendus par les professionnels pour donner du sens à un comportement et à un discours, de manière à ne pas pathologiser des comportements culturellement déterminés ou encore à ne mettre en avant que des interprétations culturelles au détriment de la pathologie. La méthode de la double écoute, ethnologique et psychanalytique, (Govindama, 2003, 2006), issue de la méthode du double discours de Devereux (1972), permet de dissocier ce qui relève des défenses culturelles des croyances ordinaire, de manière à accéder à l'inconscient². Quelques exemples cliniques mettront nos propos à l'épreuve.

QUE NOUS ENSEIGNE LA CLINIQUE ?

Mohamed

Il s'agit d'un enfant comorien, de confession musulmane, venu pour « troubles du comportement à l'école » qui transgresse les règles. L'école a fait un signalement. Il est âgé de 10 ans lorsque nous le rencontrons avec son père. Ses troubles du comportement ont commencé à la mort de sa mère. Son père a pratiqué, après la mort de son épouse, le sororat selon la tradition musulmane, c'est-à-dire qu'il a épousé sa belle-sœur. L'enfant qui appelait « tante » cette sœur de sa mère jusqu'au décès de celle-ci devait l'appeler désormais « maman ». Ce mariage a eu lieu peu de temps après le décès de la mère, sans que l'enfant ait eu le temps de faire le deuil de celle-ci. Par ailleurs, un bébé garçon est né, bébé qui devient son cousin en même temps que son demi-frère, mais qu'il devra considérer comme frère. Nous apprendrons que cette tante était une rivale de la mère, ce qui nourrit l'imaginaire de l'enfant, l'amenant à croire que cette tante a tué sa mère par voie de sorcellerie pour prendre sa place. Par ailleurs, cet enfant pris entre deux cultures, ignorait cette pratique culturelle et pensait que son père était dans la transgression d'un tabou d'inceste. Il n'en parle pas à l'école. Face à l'image du père transgressif, il va lui aussi transgresser les règles pour attirer un signalement judiciaire et faire entrer la Loi afin de mettre de l'ordre dans la famille.

Cet enfant est pris entre différents conflits de loyauté : choisissant entre sa culture ou celle du pays d'accueil, il a dénoncé son père transgresseur de la loi du pays d'accueil et en ressent une culpabilité, car ce père est rival œdipien ; faisant le choix d'accepter sa belle-mère, ce qui implique de faire le deuil de sa mère avec un sentiment de trahison ; et devant considérer ce frère comme un vrai frère alors qu'il est un rival. Dans un premier temps, il est nécessaire que le

² La « culture » pour Devereux (1970), consiste en des mécanismes solidaires des fonctions du moi lui-même mécanisme de défense.

père explique, dans notre consultation, cette pratique culturelle du sororat à son fils pour réhabiliter son image et la fonction symbolique de sa culture à ses yeux. Mais cette ré-enculturation n'a pas réglé les enjeux inconscients dans la relation intersubjective père-fils. Le père avait beaucoup investi le fils cadet, au détriment de Mohamed. Or, selon le Coran, le fils aîné devient le substitut du père à son décès et il doit contribuer à l'éducation de ses frères.

Mohamed a intégré un père transgresseur qui usait de sa culture comme défense pour asseoir ses privilèges voire sa jouissance. En effet, l'enfant qui accusait sa tante d'avoir tué sa mère savait que son père entretenait une relation extraconjugale avec celle-ci avant le décès de son épouse. Dans ce cas, cette relation est interdite. Cette transgression culturelle entrave toute transmission de l'ordre symbolique de sa culture. Mais quelle est la dynamique inconsciente sous-jacente à son comportement ?

Devenir parent bouscule chez chacun l'ordre des générations et confronte le sujet à son angoisse de mort, au fait qu'il est mortel : c'est sa descendance qui lui donnera l'illusion d'une immortalité (Freud, 1920). Cette croyance culturelle (le fils aîné remplace le père à sa mort) qui rappelle au père sa condition mortelle accentue cette angoisse et provoque la régression et la fixation infantile, qui ont pour conséquence de le soustraire à sa fonction de père. Le désir du meurtre du fils à l'égard du père : « j'aurais préféré voir mon père mort », semble s'inscrire sur le terrain de la rivalité, tant dans un conflit œdipien qu'en réaction au fantasme d'infanticide, de fillicide, paternel (envie du père de tuer le fils, l'enfant réel qui prend sa place). Fantasme qui existe dans l'œdipe japonais, hindou, voire dans la légende d'Oedipe (Govindama, 2000). C'est à partir de la prise en compte de leur valeurs culturelles /et donc des transgressions possibles de ces valeurs) et de l'histoire infantile de chacun que le conflit psychique chez le père et le fils a pu émerger, mettant au jour leurs fantasmes et leurs désirs conscients et inconscients au fil de l'accompagnement thérapeutique. La réconciliation entre le père et le fils a permis la réorganisation des places intergénérationnelles et une restauration de l'ordre symbolique.

Christelle

Elle a 13 ans lorsqu'elle fait l'objet d'un signalement d'enfant en danger. Benjamine d'une famille de quatre enfants, elle n'a plus vu sa mère depuis l'âge de 2 ans, date du divorce de ses parents. Elle vit avec son père, M. S, et son frère ; les deux sœurs aînées ont quitté le domicile familial. M. S, n'ayant plus de logement, a confié Christelle à une famille amie. Cette famille ne pouvant garder très longtemps Christelle, un placement en foyer est demandé par les services sociaux. Le signalement fait également état de confidences de Christelle à la famille d'accueil sur l'existence de relations sexuelles entre M. S et sa fille aînée. Christelle a manifesté sa crainte d'être à son tour agressée. Refusant le placement de sa fille, M. S l'a reprise pour la cacher en province.

Lors d'une audience que nous avons eue du mal à mettre en place, le père se présente avec sa fille. Celle-ci, entendue seule, manifeste le souhait de rester avec son père et ne avoir porté des accusations à son encontre. Nous lui signifions alors qu'elle peut à tout moment venir nous voir si elle rencontre des problèmes, et lui rappelons qu'elle sera contactée par un éducateur désigné dans le cadre d'une aide éducative en milieu ouvert (AEMO). La question des relations avec sa fille aînée est abordée avec M. S qui nie avoir eu d'autres relations que filiales avec celle-ci. Il indique que Christelle loge dans un studio avec sa sœur et que lui-même dort dans sa voiture. Le juge l'informe que si ce mode d'hébergement s'avère dangereux pour la sécurité et la stabilité de sa fille, un foyer ou un internat sera recherché. C'est alors que M. S évoque son enfance : sa mère est décédée quand il avait 7 ans et son père l'a placé dans un orphelinat, puis il est allé au séminaire. Nous entendons alors quelles coordonnées de sa propre histoire ravivait le placement de sa fille.

Nous ordonnons une enquête pour évaluer la situation. Les conclusions confirment nos inquiétudes sur la personnalité de ce père et la réalité des actes dénoncés par Christelle. Les suspicions d'agressions sexuelles de la part du père sont confirmées par la famille d'accueil et son frère qui aurait reçu les confidences d'une des sœurs. Par ailleurs, Christelle a manifesté auprès de la famille d'accueil son désir de renouer un lien avec sa mère. Cette dernière, au cours d'entretiens avec le travailleur social, revient sur son divorce occasionné par la violence de son ex-mari qui ne tolérait pas ses interventions auprès de leurs enfants, pour peur qu'elle ait été en contradiction avec lui. Par l'intermédiaire de sa seconde fille et de son fils elle a récemment écrit à Christelle qui lui a répondu qu'elle ne voulait pas la voir. Sur la lettre, des injures étaient inscrites, de l'écriture du père.

Le travailleur social n'a pu, face à son refus de collaborer, rencontrer M. S qu'à son domicile en présence de Christelle. M. S s'adresse au travailleur social en employant des termes grossiers à connotations sexuelles, accusant la famille d'accueil et également sa fille aînée de s'être livrée à des relations sexuelles devant Christelle. Selon l'éducateur, il n'hésite pas à prendre pour témoin Christelle pour confirmer ses propos. Celle-ci adhère aux dires du père. Rencontrée seule, lors d'un déplacement professionnel du père, le travailleur social note « qu'elle semble à la fois craindre les réactions de son père et ne pas vouloir le trahir ». Elle se montre très émue quand elle parle de sa mère, mais elle se dit abandonnée par elle. Elle apparaît, selon l'éducateur, « prisonnière du discours de son père ». La personnalité du père inquiète de plus en plus le travailleur social qui a l'impression que Christelle est enfermée dans un conflit de loyauté, voir dans une relation d'emprise, ce qui n'a pu être vérifié en l'absence d'investigation psychologique.

Nous décidons alors d'un placement en internat pour Christelle, placement accepté par le père qui faisait part de ses difficultés à assurer la surveillance de Christelle et le suivi de ses études du fait de ses absences professionnelles. Au début de son accueil, Christelle est décrite comme une adolescente réservée et timide. Elle a repris contact avec sa mère et ses sœurs ; son père vient régulièrement lui rendre visite et manifeste sa tristesse d'être séparé de sa fille. Il évoque même un projet de déménagement pour se rapprocher du foyer afin qu'elle puisse le voir quand elle veut. M. S semble projeter son angoisse d'abandon sur sa fille. Il maintient ainsi le conflit de loyauté de sa fille à son égard en cultivant sa culpabilité. Dès la rentrée scolaire après deux mois de placement, elle fait deux fugues au cours desquelles elle se rend chez son père puis se réfugie chez une amie. Mais elle reprend à chaque fois contact avec son éducateur et retourne au foyer. Le foyer nous fait savoir, dans un rapport, que Christelle demande à retourner en week-end « chez elle » (chez son père) et chez sa mère. L'équipe éducative émet un avis favorable à ces sorties pour atténuer le conflit de loyauté chez Christelle, lui permettre de renouer des liens avec sa mère et favoriser son installation au foyer. C'est alors que survient une troisième fugue, plus longue ; la brigade des mineurs la trouve chez son père où elle a dormi malgré l'absence de droits d'hébergement pour celui-ci. Sur les conditions matérielles de son hébergement, elle décrivait un lit double sur une mezzanine ; or, M. S hébergeait également son fils. Nous nous interrogeons sur la place de Christelle dans le coucher. Au cours de l'audience qui s'ensuit, Christelle, entendue seule, confirme sa demande de sorties chez les différents membres de sa famille, y compris chez son père. Sur le droit d'hébergement, le principe d'un week-end par mois est accordé, mais nous précisons que ces hébergements ne pourront se mettre en place que « s'il y a autant de lits que de personnes dans la maison » cette réserve est formulée devant Christelle, son père et les éducateurs. Trois semaines plus tard, le directeur du foyer nous informe que Christelle vient de lui adresser une lettre accusant son père de l'avoir violée, et ce, depuis l'âge de ses 10 ans jusqu'à la date de son placement. Une enquête fut alors diligentée et M. S reconnut les faits.

Plusieurs hypothèses peuvent être formulées à propos de ce dévoilement survenu au cours de l'aménagement d'un projet d'hébergement à la demande expresse de la jeune fille. On peut tout d'abord penser que cette demande de passer un week-end par mois chez son père était formulée en écho avec la demande relative à sa mère. Ne pas y inclure son père plaçait Christelle dans un conflit de loyauté à son égard. La protection du juge, à travers le placement et la reprise des liens avec sa mère, lui a permis de prendre de la distance par rapport aux propos disqualifiants de son père à l'égard de sa mère. Elle a pu ainsi, en se dégageant du conflit de loyauté, se libérer d'un père supposé « avoir tout fait pour sa fille abandonnée par sa mère », donc de l'aliénation paternelle. Mais on peut faire l'hypothèse que la parole du juge prononcée en audience, lieu symbolique et

ritualité, « il faut autant de lits que de personnes », a permis de rappeler en termes directement compréhensibles, et dans la réalité, l'interdit de l'inceste. Nous visions, à travers la réorganisation des places dans l'espace, celle de l'ordre des générations. Cette parole, qui semble avoir donné à Christelle l'autorisation de dévoiler ce qui se passait dans l'intimité familiale et de se libérer d'une culpabilité intériorisée (qui était celle de son agresseur) a exercé en cela son efficacité symbolique, au sens où l'entend Lévi-Strauss (1950).

Rachid

Il est nécessaire de prendre la précaution de rappeler que dans ce cas, s'il comporte des éléments culturels issus de la loyauté d'un enfant à l'égard de ses parents et plus généralement de sa famille, les difficultés majeures rencontrées par Rachid au cours de son enfance et de son adolescence sont dues au grave dysfonctionnement familial occasionné par le malheur qui frappa cette famille, et sans doute aussi à la personnalité très particulière, voire pathologique, de sa mère et non à sa culture.

Rachid, ex-mineur de mon cabinet de juge des enfants, à présent adulte responsable et père de famille, est venu, à ma demande, m'éclairer sur les conflits de loyauté des enfants à l'égard de leurs parents, plus précisément dans les familles immigrées. La sienne est venue d'Algérie. Le conflit de loyauté, il y a pensé. Il sait ce que cela signifie. Pour lui, c'est surtout à l'égard de sa mère. Mais il pense que pour tous les garçons du Maghreb, c'est pareil. C'est la mère qui fait la loi à la maison. À l'extérieur, on maintient le « paraître » et jamais une épouse ne contredit son mari hors de l'intimité familiale. « Le père ne fait pas la loi à la maison. Mais tu ne dois pas le dire. Rien ne doit transparaître à l'extérieur. Si tu parles, tu romps le pacte, tu es déloyal. » La loyauté, il la devait à sa mère ; il avait une dette majeure à son égard, qu'elle lui rappelait sans cesse. « Il lui devait tout : elle l'avait mis au monde, nourri, amené jusqu'à 16 ans. » Il s'agit, pour cette mère, de cultiver par une dette insolvable la dépendance de son fils à son égard, usant de la culpabilité.

Lui-même a été le souffre-douleur familial, famille désorganisée par le décès brutal du frère aîné, véritable cataclysme. Sa mère le maltraitait physiquement, malgré l'interdiction de son époux. Rachid se taisait car il ne voulait pas que ses parents se disputent. Plus tard, alors qu'il commettait des délits, elle conservait le produit de ses vols. Bien qu'il ait créé des liens avec son éducateur de la Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ), il n'a jamais révélé les sévices qu'il endurait de la part de sa mère puis de son frère aîné. « Pour nous, dit-il, la mère, c'est tabou. C'est la reine, c'est la princesse ; elle est juste après Dieu. On la respecte plus que le père ; elle est sacrée. » La croyance culturelle qui dit, dans le milieu arabo-musulman, que le paradis se trouve sous les talons des mères est ici pervertie par cette mère pour assouvir sa jouissance destructrice sur son fils. Même à présent, alors qu'il a lui-même fondé une famille, il n'en parle que très

difficilement et ne dit pas tout : « Je n'ai jamais eu le déclic de vouloir en parler. Cela me ravageait... C'était normal chez nous d'être tabassés et volés. »

De son récit, on peut faire l'hypothèse que la loyauté s'impose pour tous les membres de la famille, au moins ceux investis d'une autorité : « mon père, il m'aurait coupé un bras que je ne l'aurais pas dit, mais il ne me frappait pas ; sauf une fois, il m'a giflé quand j'ai battu mon frère aîné. J'avais transgressé un tabou : on ne lève pas la main sur son frère aîné. »

Comment est-il sorti de la délinquance ? Par le parti pris éducatif du juge des enfants qui refusa le placement en détention requis par le procureur de la République : « en prison, dit-il, je sais que j'aurais pris une identité de délinquant. » Grâce aux éducateurs qu'il a trouvés sur son chemin et notamment une éducatrice dans son dernier foyer en qui il dit « avoir trouvé une famille ».

Ne pouvait-il sortir de ce conflit de loyauté générateur de violence et de délinquance qu'en rencontrant « une famille de remplacement » dans laquelle les relations étaient toutes autres ? Il pouvait alors prendre conscience de l'« anormalité » du fonctionnement de sa propre famille. Aidé par ce transfert positif et le travail de réflexion qu'il a mené, il a pu se dégager de ce conflit de loyauté. Alors, il a cessé les délits, il a travaillé, a été éducateur dans sa cité, est devenu fonctionnaire. À présent, il ne renie pas ses origines, mais il clame sa nationalité française, est très attaché à la République laïque, et combat toute dérive religieuse intégriste. Néanmoins, les plaies sont là, et il ne peut parler de leurs origines que très difficilement et avec une sorte de culpabilité s'apparentant toujours à ce conflit de loyauté.

Celui qui rompt le pacte de loyauté n'est-il pas le sacrifié, mais aussi le créateur d'un nouveau monde ?

CONCLUSION

Cet article ouvre la réflexion sur la nécessité d'une double approche des conflits de loyauté, de leurs aspects manifestes et de leur dimension latente, pour attirer notre attention sur la nécessité d'un travail pluridisciplinaire dans l'accompagnement d'un enfant pris dans un conflit parental. En effet, dans un conflit parental, c'est l'infantile parental qui se joue à travers l'enfant réel ; ne prendre en compte que l'enfant réel sans tenir compte des projections inconscientes dans les relations interpersonnelles parents-enfants ne permet pas toujours d'atténuer le conflit de loyauté.

Ce conflit, comme nous l'avons vu dans les cas cliniques, peut être, dans une même situation, complexe et multiple. Les enjeux psychiques peuvent être important et exposent l'enfant au danger, voir au passage à l'acte, du fait de l'accumulation de la culpabilité. Le juge des enfants en tant qu'interprète des intérêts de la filiation pour restaurer la différence des générations bafouée dans

le cas d'inceste, de maltraitance, ne peut qu'imposer dans la réalité la place de chacun dans l'espace familial, pour rappeler les deux tabous fondamentaux de l'humanité, celui de meurtre (coups, fantasme d'infanticide) et celui de l'inceste. Pour cela, il faut qu'il dépouille la loi de sa fonction répressive de manière à la dynamiser dans sa fonction symbolique intégrant le biologique, le juridique et le culturel. Ceci justifie un travail pluridisciplinaire (Govindama, 2001, 2007) mettant en évidence que la clinique peut tout à fait s'articuler avec le milieu judiciaire dans une perspective thérapeutique, à condition que chacun respecte la fonction de l'autre.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBERTEL, F.1990. « Les fonctions de l'idéologie familiale », *Dialogue*, n° 108
- BOOTH, A. ; AMADO PAUL, R. 2001. « Parental predivorce relations and offspring post divorce well-being », *Journal of Marriage and the Family*, n°63, p. 197-212
- BOSZORMENYL-NAGY, I. ; SPARK, G. 1973. *Invisible Loyalties. Reciprocity in Intergenerational Family Therapy*, New York, Brunner Mazel.
- DEVEREUX, G. 1970. *Essais d'ethnopsychiatrie générale*, Paris, Gallimard.
- DEVEREUX, G. 1972. *Ethnopsychanalyse complémentariste*, Paris, Flammarion.
- FREUD, S. 1895. *Etudes sur l'hystérie*, Paris, Puf, 1956.
- FREUD, S. 1920. « Au-delà du principe du plaisir », *Essais de psychanalyse*, Paris, Payot, 1981, p.41-114.
- GODELIER, M. 2004. *Métamorphoses de la parenté*, Paris, Fayard.
- GOVINDAMA, Y. 2000. *Le corps dans le rituel*, Paris, ESF.
- GOVINDAMA, Y. 2001. « Clinique judiciaire et efficacité symbolique », *Psychologie clinique*, n°11, p. 71-91.
- GOVINDAMA, Y. 2003. « Le corps à l'épreuve de l'altérité dans la clinique interculturelle », *Neuropsychiatrie de l'enfance et de l'adolescence*, n° 51, p.191-200.
- GOVINDAMA, Y. 2006. « Prémices d'un débat en cours : ethnopsychiatrie ou ethnopsychanalyse », *Santé mentale au Québec*, XXXI, 2, 1, p. 29-41.
- GOVINDAMA, Y. 2007. « Analyse d'une pratique clinique interculturelle en milieu judiciaire », *Santé mentale au Québec*, XXXII, 1, p. 195-212.
- GOVINDAMA, Y. (sous la direction de). 2011. *Temps et rites de passage. Naissance, enfance, culture et religion*, Paris, Karthala.
- GOVINDAMA, Y. ; SCHELLES, R : 2011. « Les effets d'entrave à la parole au sein de la fratrie dans les situations traumatiques », *Stress et trauma*, t.11, n°3, p.165-173.
- KAËS, R. 1989. « Le pacte dénégatif dans les ensembles trans-subjectifs », dans Missenard et coll., *Le négatif, figures et modalités*, Paris, Dunod.

- KAËS, R. 1993. *Le groupe et le sujet du groupe*, Pris, Dunod.
- KAËS, R. 1998. *Différence culturelle et souffrance de l'identité*, Paris, Dunod.
- KAËS, R. 2008. *Le complexe fraternel*, Paris, Dunod
- LE GOFF, J.-F. ; GARRIGUES, a. 1994. « L'enfant parent de ses parents », *Dialogue*, n°125.
- LÉVI-STRAUSS, C. 1950. « Introduction » dans M. Mauss, *Sociologie et anthropologie*, Paris, Puf, 1983.
- MAXIMY, M. de ; H. de ; BARANGER, T. 2000, *L'enfant sorcier africain entre ses deux juges, approche ethnopsychologique de la justice*, Paris, Odin éditions.
- MAXIMY, M. de. 2001. « Identité et universalité de la justice des mineurs », dans *Étrangers, migrants, réfugiés, requérant, clandestins... et les droits de l'enfant ?*, séminaire de l'Institut international des droits de l'enfant, Sion, Éditions IUBK.
- MAXIMY, M. de. 2004. « La convocation des absents en justice », dans J. Brandibas, G. Gruchet, P. Régnier et coll., *La mort et les morts à l'île de la Réunion et dans l'océan Indien*, Paris, L'Harmattan.
- MAXIMY, M. de. 2006. « L'intermédiation culturelle au tribunal pour enfants de Paris », dans *Cahiers d'anthropologie du droit, juridicités*, hors série.
- ORTIGUES, M.-C. ET ORTIGUES, E. 1984. *Œdipe africain*, Paris, l'Harmattan.
- RACAMIER, P.-C. 1995. *L'inceste et l'incestuel*, Paris, éd. du Collège.
- VAN GIJSEGHEN, H. 2002. « Le syndrome d'aliénation parentale », conférence à Namur.
- VAN HEUSDEN, A. ; VAN DEN EERENBEEFT, E. 1994. *Thérapie familiale et générations. Aperçu sur l'œuvre d'Ivan Boszormenyi-Nagy*, Paris, Puf, coll. « Nodules

Cet ouvrage :

L'audition et la représentation de l'enfant en justice.
Entre théorie et pratique.

sera accessible sur le site :

www.childsrights.org

dès avril 2016

ISBN 2-9701057-0-1



9 782970 105701 >