

Tribunal fédéral – 5A_64/2022
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 15 décembre 2022 (d)

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Patricia Dietschy / Laurent Varriale,
L'audition de l'enfant dans les procédures de
droit de la famille : un principe en perte de
vitesse ? ; analyse de l'arrêt du Tribunal
fédéral 5A_64/2022, Newsletter
DroitMatrimonial.ch avril 2023

Newsletter avril 2023

Couple non marié,
autorité parentale,
audition d'enfant,
procédure

Art. 298d et 314a al. 1
CC ; 298 al. 1 CPC



L'audition de l'enfant dans les procédures de droit de la famille : un principe en perte de vitesse ?

Patricia Dietschy* / Laurent Varriale**

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt traite de l'audition de l'enfant dans le cadre d'une procédure devant l'autorité de protection de l'enfant qui porte en particulier sur l'attribution exclusive de l'autorité parentale et de la garde.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A. et B. sont les parents non mariés de C. (née en 2014) et D. (née en 2016). Les parents avaient convenu d'une autorité parentale conjointe pour les deux enfants. Depuis 2017, les parents vivent séparés. Les enfants vivent avec la mère.

Suite à un rapport de la police cantonale bernoise faisant état de violences domestiques exercées par le père à l'encontre de la mère et des enfants, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte de Bienne (ci-après : APEA) a ouvert en 2017 une procédure de protection de l'enfant. A cette occasion, elle a institué une curatelle sur les enfants C. et D. (art. 308 al. 2 CC). En outre, un représentant de l'enfant a été désigné conformément à l'art. 314a bis CC. A la demande de l'APEA, le Dr. E. a déposé le 9 avril 2020 un rapport d'expertise sur les questions de la garde exclusive de la mère et du droit de visite et de vacances du père. De même, il a déposé le 15 septembre 2020 une expertise complémentaire sur la question de l'autorité parentale exclusive de la mère.

* Professeure à l'Université de Lausanne, juge suppléante au Tribunal cantonal vaudois, of counsel à Lausanne.

** Assistant-doctorant à l'Université de Lausanne, greffier ad hoc au Tribunal d'arrondissement de Lausanne.

Par décision du 29 juin 2020, l'APEA a réglé la garde exclusive, le droit de visite, de vacances et a donné aux parents des directives de conduite étendues, en partie sous la menace d'une peine en cas d'insoumission à une décision de l'autorité (art. 292 CP). Le père a contesté cette décision sans succès jusqu'au Tribunal fédéral (arrêt 5A_100/2021 du 25 août 2021).

Par décision du 14 janvier 2021, l'APEA a attribué à la mère l'autorité parentale exclusive sur C. et D., sur la base de l'art. 298d al. 1 CC.

Le recours déposé par A. contre la décision du 14 janvier 2021 a été rejeté par la Cour suprême du canton de Berne par décision du 29 décembre 2021. La demande d'assistance judiciaire dans la procédure de recours a également été rejetée par la Cour suprême, faute de preuve de l'indigence.

Le père, A., saisit le Tribunal fédéral par un recours en matière civile ainsi que par un recours constitutionnel subsidiaire. Il demande que les arrêts de la Cour suprême du canton de Berne du 29 décembre 2021 (KES 21 106, KES 21 480) soient annulés (conclusion 1). Sur le fond, il demande que l'autorité parentale conjointe sur les enfants communs, C. et D., soit maintenue (conclusion 2). C. et D. devraient être rétablis dans leurs droits constitutionnels, tant rétroactivement que pour l'avenir. En particulier, leur droit à l'information, à l'audition et à la participation à tous les niveaux et étapes de la procédure et des décisions qui en découlent et qui exercent une influence directe ou indirecte sur leurs conditions de vie devrait leur être accordé (conclusion 3). En outre, A. demande le droit à l'assistance judiciaire pour la procédure devant l'instance inférieure ainsi que pour la procédure devant le Tribunal fédéral (conclusion 4).

Le 15 décembre 2022, les juges de la II^{ème} Cour de droit civil ont délibéré en audience publique. Ils ont rejeté le recours, par 4 voix contre 1.

B. Le droit

1. Audition de l'enfant (consid. 1)

Le requérant se plaint que les enfants n'ont pas été entendus au cours de la procédure. Si cette objection était fondée, la décision attaquée devrait être annulée et l'affaire renvoyée à l'instance précédente pour qu'elle procède à l'audition et rende une nouvelle décision. C'est pourquoi ce grief doit être jugé en premier lieu.

L'enfant est directement concerné par l'attribution de l'autorité parentale. Il n'est certes pas partie au litige divisant ses parents, mais il dispose d'une position procédurale particulière qui lui permet d'intervenir dans le procès (cf. arrêt 5A_721/2018 du 6 juin 2019 consid. 2.4.1 sur la position de l'enfant dans la procédure de protection de l'union conjugale ; avec référence à SAMUEL ZOGG, Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, FamPra.ch 2017, p. 404 ss, en particulier p. 435 ss). En conséquence, l'enfant doit être entendu dans le cadre du procès, à moins que son âge ou d'autres motifs importants ne s'y opposent (art. 314a al. 1 CC et art. 298 al. 1 CPC).

L'audition de l'enfant est d'une part l'expression de sa personnalité et sert d'autre part à établir les faits. Alors que pour les enfants plus âgés, l'aspect du droit de la personnalité est au premier plan et que l'enfant a un droit de participation propre, l'audition des enfants plus jeunes doit être comprise dans le sens d'un moyen de preuve, raison pour laquelle les parents peuvent la demander comme moyen de preuve en raison de leur qualité de partie. L'audition

a toutefois lieu en principe indépendamment d'une demande en ce sens, c'est-à-dire qu'elle a lieu d'office. Si une partie la requiert, il existe d'autant plus une obligation de procéder à l'audition, sous réserve des motifs importants mentionnés par la loi. L'audition d'un enfant n'est cependant pas une fin en soi ; il n'existe pas de droit à l'audition pour l'audition. Si le tribunal arrive à la conclusion qu'une audition de l'enfant n'aurait aucune valeur informative dans la situation donnée, que les résultats éventuels de l'audition de l'enfant sont d'emblée objectivement inappropriés ou non pertinents pour la constatation des faits, il peut renoncer à entendre l'enfant (sur l'ensemble : ATF 146 III 203, consid. 3.3.2 avec renvois).

Dans ce contexte, le recourant invoque l'art. 8 al. 2 Cst., l'art. 11 al. 2 Cst. et les art. 3 et 8 de la Convention relative aux droits de l'enfant (ci-après : CDE). Il convient tout d'abord de souligner que l'art. 314a CC et l'art. 298 al. 1 CPC concrétisent les droits découlant de l'art. 29 al. 2 Cst., de l'art. 6 ch. 1 CEDH et de l'art. 12 CDE. Dans cette mesure, les griefs du recourant sont sans pertinence. Dans la mesure où il invoque l'art. 8 Cst., il convient de rappeler au recourant que le principe de l'égalité de traitement s'adresse à l'Etat et n'a pas d'effet horizontal sur les rapports entre privés (ATF 114 Ia 329E. 2b ; arrêt 5A_377/2021 du 21 février 2022, consid. 3.4). Dans un recours contre une décision relative à un litige opposant des personnes privées, le recourant ne peut donc pas invoquer le principe de l'égalité de traitement au sens de l'art. 8 Cst (ATF 147 III 49, consid. 9.4 ; 143 I 217, consid. 5.2). Il en va de même en ce qui concerne le grief de la violation de l'art. 8 CDE.

L'autorité parentale concerne des questions relatives aux enfants qui ne peuvent pas être évaluées sans une certaine capacité de discernement. Il ne s'agit pas ici de la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC (arrêt 5A_354/2015 du 3 août 2015, consid. 3.1). En psychologie de l'enfant, on part du principe que les enfants ne sont capables de développer des pensées mentales formelles et logiques qu'à partir de onze à 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 (arrêts 5A_119/2010 du 12 mars 2010, consid. 2.3.1 et références ; 5A_43/2008 du 15 mai 2008, consid. 4.1, in FamPra.ch 2008, p. 976). Dans ce contexte, la jurisprudence part du principe qu'en règle générale, un enfant n'est capable de discernement en ce qui concerne la question de l'attribution de l'autorité parentale qu'à partir de l'âge de 12 ans révolus (cf. arrêt 5A_354/2015 du 3 août 2015, consid. 3.1 ; avec référence à l'arrêt 5C.293/2005 du 6 avril 2006, consid. 4.2, in : FamPra.ch 2006, p. 760). Les enfants plus jeunes ne peuvent et ne doivent donc pas être entendus sur leurs souhaits concrets concernant l'attribution de l'autorité parentale, car ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet sans tenir compte de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et ne sont pas en mesure de formuler une volonté stable (ATF 131 III 553, consid. 1.2.2 ; 133 III 146, consid. 2.6 ; arrêt 5A_119/2010 du 12 mars 2010, consid. 2.3.1).

En l'espèce, les enfants D. et C. étaient âgés de respectivement cinq et sept ans au moment de la décision attaquée et n'avaient manifestement pas atteint le seuil de 12 ans. Le recourant fait certes valoir que les enfants sont capables de discernement en ce qui concerne l'autorité parentale. Il n'explique toutefois pas pourquoi, contrairement aux connaissances scientifiques qui viennent d'être exposées, cela devrait être le cas pour ses enfants dans le cas concret. Le recourant n'est donc pas en mesure de renverser la conclusion de l'instance précédente selon laquelle la question de l'attribution de l'autorité parentale dépasse la capacité de discernement des enfants. On ne peut pas attendre des enfants qu'ils soient capables de former une volonté autonome sur la question de l'autorité parentale, qui est pour eux

extrêmement complexe. Par conséquent, l'instance précédente n'a pas violé le droit fédéral en n'entendant pas les enfants sur la question de l'attribution de l'autorité parentale en raison de leur jeune âge.

En ce qui concerne l'établissement des faits essentiels à la décision, l'instance précédente est également partie du principe qu'une audition des enfants n'avait pas de valeur cognitive. Pour que son objection puisse aboutir, le recourant devrait démontrer dans son recours quels faits juridiquement pertinents une audition pourrait révéler, sur quels faits les enfants devraient être entendus et dans quelle mesure leurs déclarations pourraient avoir une influence sur la réponse aux questions juridiques à juger. Le recourant ne s'exprime pas sur ce point. Il ne conteste ni le conflit permanent existant entre les parents ni leur incapacité persistante à communiquer sur les questions relatives aux enfants. Ces circonstances se déroulent au niveau des parents ; on ne voit pas en quoi les enfants pourraient rapporter quelque chose d'utile à ce sujet. Il ne critique pas non plus le reproche fait à l'instance précédente de ne pas avoir affirmé que le conflit de loyauté dans lequel se trouvaient les enfants s'était résolu après le déménagement. La question de savoir si les enfants se trouvent dans un conflit de loyauté, s'ils en souffrent et s'il existe une perspective de soulagement de leur situation avec l'attribution exclusive de l'autorité parentale est une question de psychologie de l'enfant à laquelle on ne peut répondre qu'avec des connaissances spécifiques. Sur ce point également, on ne voit pas dans quelle mesure les enfants de cinq ou sept ans pourraient s'exprimer avec une valeur probante.

Au vu de ce qui précède, l'audition des enfants aurait été une fin en soi. Il n'y a donc pas de violation de l'art. 314a, al. 1 CC ou de l'art. 298, al. 1 CPC.

2. Attribution exclusive de l'autorité parentale (consid. 2)

L'attribution exclusive de l'autorité parentale sur les enfants est également litigieuse.

Selon l'art. 298d al. 1 CC, l'autorité de protection de l'enfant règle à nouveau l'attribution de l'autorité parentale à la demande de l'un des parents, de l'enfant ou d'office, lorsque cette attribution est nécessaire à la sauvegarde du bien de l'enfant en raison d'une modification importante des circonstances.

D'une part, une nouvelle réglementation de l'autorité parentale suppose des faits nouveaux. D'autre part, une modification de l'autorité parentale entre en ligne de compte dans la mesure où le maintien de la réglementation en vigueur risque de compromettre sérieusement le bien-être de l'enfant. Dans ce sens, une nouvelle réglementation présuppose que la modification des circonstances l'impose, car la réglementation actuelle est plus préjudiciable à l'enfant que la perte de continuité dans l'éducation et les conditions de vie liée à la modification (arrêts 5A_951/2020 du 17 février 2021, consid. 4 ; 5A_266/2017 du 29 novembre 2017, consid. 8.3 ; avec références).

L'autorité parentale conjointe constitue le principe. Il ne doit être dérogé à ce principe que si, exceptionnellement, une autre solution préserve mieux les intérêts de l'enfant (ATF 143 III 361, consid. 7.3.2 avec renvois). L'attribution de l'autorité parentale à un seul parent doit donc rester une exception étroitement limitée, sans toutefois que les conditions pour l'attribution exclusive de l'autorité parentale soient aussi strictes que pour le retrait de l'autorité parentale au sens d'une mesure de protection de l'enfant fondée sur l'art. 311 CC (ATF 141 III 472, consid. 4). Une exception entre en ligne de compte lorsque les parents sont

en conflit permanent grave ou sont durablement incapables de communiquer en ce qui concerne les enfants. De simples disputes ou divergences d'opinions, comme cela peut arriver dans toutes les familles et en particulier lors d'une séparation, ne doivent pas être à l'origine d'une attribution exclusive de l'autorité parentale (ATF 142 III 197, consid. 3, 56, consid. 3, 1 consid. 3.3). Il faut en outre que les problèmes entre les parents se rapportent aux intérêts des enfants dans leur ensemble et qu'ils portent concrètement atteinte au bien de l'enfant. Il est nécessaire de constater concrètement dans quel sens le bien de l'enfant est compromis (arrêt 5A_377/2021 du 21 février 2022, consid. 3.1 avec référence). Enfin, une dérogation au principe de l'autorité parentale conjointe n'a sa place que lorsque l'attribution de l'autorité parentale à un seul parent a des chances de soulager la situation (ATF 142 III 197, consid. 3.7).

L'autorité parentale est un droit absolu ; il a pour objet le droit et le devoir de décider des intérêts essentiels de l'enfant, notamment en ce qui concerne son éducation, sa représentation légale et la gestion de ses biens (ATF 136 III 353, consid. 3.1 ; arrêt 5A_377/2021 du 21 février 2022, consid. 3.1). Cela nécessite un contact personnel avec l'enfant ; il est difficile d'imaginer qu'un parent gardien puisse prendre des décisions dans l'intérêt de l'enfant conformément à son devoir si aucun échange de quelque nature que ce soit n'a lieu entre lui et l'enfant pendant une longue période. Lorsque l'autorité parentale est ou doit être exercée conjointement par les parents, il est nécessaire qu'ils soient d'accord sur un minimum de points concernant les intérêts fondamentaux de l'enfant et qu'ils puissent agir d'un commun accord, du moins en partie. Si tel n'est pas le cas, l'autorité parentale conjointe entraîne presque inévitablement une charge pour l'enfant, qui s'accroît dès que celui-ci peut constater lui-même l'absence d'accord entre les parents. Par ailleurs, des dangers tels que l'ajournement de décisions importantes, par exemple en rapport avec un traitement médical nécessaire, menacent également (ATF 142 III 197, consid. 3.5).

L'instance cantonale doit prendre la décision relative à l'autorité parentale en tenant compte de toutes les circonstances du cas d'espèce et selon son pouvoir d'appréciation (art. 4 CC ; ATF 142 III 612E. 4.5 ; arrêts 5A_377/2021 du 21 février 2022, consid. 2.2). Lors de l'examen de telles décisions discrétionnaires, le Tribunal fédéral n'intervient que si l'instance précédente s'est écartée sans raison des principes reconnus par la doctrine et la jurisprudence, si elle a pris en compte des faits qui n'auraient pas dû jouer un rôle dans la décision prise dans le cas d'espèce ou si, à l'inverse, elle a négligé des circonstances qui auraient dû impérativement être prises en compte. Le Tribunal fédéral intervient en outre dans les décisions d'appréciation lorsque celles-ci s'avèrent manifestement inéquitables, c'est-à-dire d'une manière choquante (ATF 142 III 612, consid. 4.5 ; 142 III 336, consid. 5.3.2 ; 138 III 650, consid. 6.6 ; avec renvois).

En l'espèce, l'instance inférieure constate tout d'abord que la situation de la famille a changé au plus tard après la séparation des parties en 2017. Le recourant aurait lui-même expliqué qu'il existait un conflit permanent entre lui et l'intimée et qu'ils n'entretenaient aucune communication entre eux. Cela correspondrait à l'expertise du 9 avril 2020, qui aurait constaté une incapacité massive et durable de communiquer entre les parties et un grave conflit permanent chronicisé. Ce conflit ne se limiterait pas à des problèmes ou domaines particuliers relatifs aux enfants, mais serait global. Le bien-être des enfants, qui se trouvent dans un conflit de loyauté important, est ainsi fortement compromis, de sorte que différentes mesures de protection de l'enfant ont déjà dû être prises. Les mesures de protection de l'enfant et le déménagement de l'intimée, qui lui avait été recommandé par l'expert afin de créer une

distance géographique, auraient conduit à un certain soulagement des enfants en ce qui concerne leur conflit de loyauté. Le conflit permanent et chronique entre les parties ne s'est toutefois pas atténué pour autant et il subsiste une incapacité absolue de communication entre elles, ce que le requérant a lui-même confirmé.

La question de savoir si l'autorité parentale devait être attribuée à l'intimée seule aurait reçu une réponse positive de l'expert dans son expertise complémentaire du 15 septembre 2020, ainsi que de la curatrice et du représentant de l'enfant. L'expert aurait déclaré à ce sujet que l'attribution de la garde exclusive à l'intimée pourrait atténuer moyennement à considérablement l'atteinte au bien de l'enfant, étant donné que des points de friction pourraient être évités dans certaines situations (p. ex. l'obtention de papiers d'identité). De l'avis de l'expert comme de la curatrice, il serait dans l'intérêt des enfants que l'intimée doive déployer moins d'effort pour communiquer avec le recourant et puisse ainsi réduire le potentiel conflit ainsi que le stress psychique, ce qui aurait un effet positif sur le bien-être des enfants. En outre, la garde exclusive permettrait d'éviter que certaines décisions soient bloquées.

L'instance précédente s'est ralliée à cette appréciation et ajoute que la garde exclusive peut prévenir le risque que les décisions à prendre en commun par les parties soient utilisées pour des luttes de pouvoir au détriment des enfants, ceci au vu des antécédents des parties. En outre, l'instance inférieure renvoie à l'expertise complémentaire du 15 septembre 2020, selon laquelle l'intimée n'est plus que partiellement, et parfois plus du tout, capable de reconnaître les besoins des enfants ou de les protéger dès que le conflit passe au premier plan. En résumé, le conflit persistant et global entre les parties et leur incapacité chronique à communiquer justifieraient le passage de l'autorité parentale conjointe à l'autorité exclusive de l'intimée.

Pour conclure, l'instance inférieure ajoute qu'il n'est pas évident de savoir quelles autres investigations l'APEA aurait dû mener concernant l'état des enfants après leur déménagement, comme l'aurait souhaité le recourant, d'autant plus que l'expérience montre qu'un conflit parental majeur et chronique ne se résout pas en quelques mois et uniquement en raison d'un déménagement. En outre, le recourant aurait lui-même confirmé l'existence d'un conflit permanent et il n'aurait pas affirmé que le conflit de loyauté des enfants aurait été désamorcé par le déménagement.

3. Expertise complémentaire (consid. 3)

Le recourant reproche à l'instance inférieure de ne pas s'être fondée sur l'expertise complémentaire du 16 septembre 2020 (recte 15 septembre 2020), car l'expert était dans l'incertitude quant au déménagement de l'intimée au moment de la rédaction de son rapport.

L'instance inférieure a considéré que l'expérience montre qu'un conflit parental massif et chronique ne se résout pas en l'espace de quelques mois et en raison d'une nouvelle distance géographique plus importante due au déménagement. Le recourant a lui-même confirmé la persistance du conflit entre les parties. Il n'a pas non plus affirmé que le conflit de loyauté des enfants s'était complètement résolu avec le départ de l'intimée.

Le recourant ne rejette pas les motifs de l'instance inférieure. Il n'explique pas non plus en quoi elle serait manifestement erronée et, finalement, n'explique pas non plus en quoi la prise en compte du déménagement de l'intimée aurait changé le résultat de l'expertise. Dans la mesure où le grief de constatation inexacte des faits concerne le déménagement, le recours

ne satisfait pas aux exigences de motivation. Sur ce point, il n'y a pas lieu d'entrer en matière. Ensuite, le recourant fait valoir que l'expertise du 9 avril 2020 et celle du 16 septembre 2020 (recte 15 septembre 2020) se contredisent. Dans la première expertise, l'expert aurait encore souligné qu'il n'y avait pas de questions touchant à l'autorité parentale à moyen terme et n'aurait donc pas vu de raison de se prononcer sur l'autorité parentale, se contentant de constater que l'attribution de l'autorité parentale à l'intimée n'aurait d'effet positif sur le bien de l'enfant que dans un domaine restreint.

Le recourant néglige le fait que les expertises ont été rendues sur des questions différentes et qu'elles se complètent bien plus qu'elles ne se contredisent. L'expertise du 9 avril 2020 a été commandée pour répondre à la question de la garde exclusive et du droit de visite et de vacances. Cette expertise ne portait pas sur l'autorité parentale. L'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) avait au contraire chargé l'expert de procéder à des investigations supplémentaires à ce sujet, ce qui a donné lieu à l'expertise complémentaire du 15 septembre 2020, qui avait pour seul objet la question de l'attribution de l'autorité parentale à l'intimée. En outre, l'expert ne se contredit nullement lorsqu'il reconnaît, dès la première expertise, que l'attribution de la garde exclusive à l'intimée pourrait être positive pour le bien de l'enfant et que cette appréciation se renforce dans l'expertise complémentaire. L'expert y explique que l'atteinte au bien de l'enfant résultant du conflit parental pourrait être atténuée de manière moyenne à importante par la garde exclusive. Il n'y a donc pas lieu de s'écarter de l'expertise complémentaire du 15 septembre 2020.

Au vu de ce qui précède, l'instance précédente pouvait se fonder sur les expertises du 9 avril et du 15 septembre 2020 et ainsi partir du principe, d'une part, qu'il existe entre les parties un grave conflit parental permanent et une incapacité persistante à communiquer et, d'autre part, que cette situation met en danger le bien-être des enfants. L'arbitraire dans l'appréciation des expertises en tant que moyens de preuve n'est pas manifeste.

Enfin, le recourant s'oppose à l'attribution de la garde exclusive à l'intimée en faisant valoir que la garde exclusive a des effets négatifs tant pour le bien de l'enfant que pour sa situation. En tant qu'enseignant et futur pédagogue spécialisé, il pourrait s'appuyer sur des compétences avérées qui seraient utiles aux enfants, par exemple pour les décisions scolaires non urgentes et pour un soutien spécifique. En outre, il estime que l'attribution de la garde exclusive et le bien de l'enfant « ne peuvent pas être associés ».

Ce faisant, le recourant ne se penche pas sur les raisons concrètes pour lesquelles l'instance précédente a approuvé l'attribution de l'autorité parentale à l'intimée. Il méconnaît en outre le fait que le bien de l'enfant est central et décisif dans les questions relatives aux enfants, notamment dans l'attribution de l'autorité parentale. L'instance précédente s'est orientée à juste titre vers le bien de l'enfant et a pris en compte les principes reconnus par la doctrine et la jurisprudence pour la nouvelle attribution de l'autorité parentale. La décision attaquée n'est pas critiquable du point de vue juridique et à la lumière des principes décrits.

En définitive, le recours est entièrement rejeté.

III. Analyse

A l'ATF 146 III 203, traduit au JdT 2021 II, p. 77, le Tribunal fédéral a quelque peu limité le principe de l'audition de l'enfant découlant de l'art. 298 al. 1 CPC. Dans cette affaire, délibérée

en audience publique le 20 mai 2020, l'enfant des époux avait été entendue en 2015, lorsqu'elle était âgée de 10 ans, alors que la décision de divorce datait de 2018 et l'arrêt sur appel de 2019. Le père, recourant, arguait ainsi que les juges s'étaient appuyés sur des déclarations dépassées dans la mesure où sa fille avait entre-temps atteint l'âge à partir duquel le discernement nécessaire pour la question de l'autorité parentale et de la garde était acquis. Notre Haute Cour a alors rappelé que l'audition de l'enfant concernait d'une part sa personnalité et d'autre part l'établissement des faits si bien que, pour les enfants à partir d'un certain âge, il s'agissait d'un droit propre de participer à la procédure, alors que, pour les enfants plus jeunes, l'audition était comprise comme un moyen de preuve¹. Elle était ensuite revenue sur sa jurisprudence² selon laquelle le juge n'avait pas le droit de renoncer à l'audition de l'enfant au motif d'une appréciation anticipée des preuves. Le Tribunal fédéral considère en effet qu'une appréciation anticipée des preuves improprement dite permet de renoncer à l'audition, c'est-à-dire lorsque le tribunal parvient à la conclusion qu'une audition de l'enfant n'aurait aucune portée dans la situation d'espèce, autrement dit que d'éventuels résultats de l'audition de l'enfant seraient d'avance sans portée objective, voire sans rapport avec l'établissement de faits concrets de grande importance. Ainsi, le droit de l'enfant à être auditionné n'oblige pas le tribunal à procéder à cette audition lorsque celle-ci n'a aucune valeur probante et équivaudrait à une pure question formelle.

Dans son commentaire de cet arrêt paru dans la Newsletter DroitMatrimonial.ch de novembre 2020, Jeanine de Vries Reilingh, présidente de la Cour civile du Tribunal cantonal neuchâtelais, relevait que les situations dans lesquelles le juge arrive à la conclusion que l'audition de l'enfant ne peut absolument rien lui apporter sont rares, relevant que l'audition de très jeunes enfants qui n'ont pas encore le discernement est imposée, pas seulement pour connaître leurs souhaits exprimés, mais aussi pour que le juge se fasse une idée plus concrète du cadre de vie et d'éducation.

A la lecture de l'arrêt ici commenté – rendu à cinq juges après une délibération publique quasi unanime (4 voix contre 1) –, il n'apparaît pas que la possibilité de renoncer à l'audition soit si rare pour les enfants qui n'ont pas atteint l'âge de douze ans. En effet, le Tribunal fédéral affirme à son considérant 1 qu'on ne peut pas attendre de tels enfants qu'ils soient capables de former une volonté autonome sur la question de l'autorité parentale, qui est pour eux extrêmement complexe et qu'au sujet du conflit permanent entre les parents, on ne voit pas en quoi ces enfants pourraient apporter quelque chose d'utile. Enfin, sur la question de savoir si les enfants se trouvent dans un conflit de loyauté, notre Haute Cour considère que sur ce point également, on ne voit pas dans quelle mesure les enfants de cinq ou sept ans pourraient s'exprimer avec une valeur probante. Somme toute, cela revient à permettre au juge de renoncer systématiquement à auditionner l'enfant qui n'a pas la capacité de discernement, par une appréciation anticipée des preuves improprement dites.

La compatibilité de cette jurisprudence avec l'art. 12 CDE³ mérite d'être examinée. Cette disposition prévoit que « Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de

¹ ATF 131 III 553, consid. 1.1, JdT 2006 I 83.

² Voir les arrêts suivants : TF 5A_723/2019 du 4 mai 2020 ; TF 5A_215/2017 du 25 octobre 2017 ; TF 5A_821/2013 du 16 juin 2014 ; TF 5A_160/2011 du 29 mars 2011.

³ Convention relative aux droits de l'enfant conclue à New York le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, RS 0.107.

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 » (al. 1). « 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 » (al. 2). Le Tribunal fédéral reconnaît que cette norme de droit conventionnel est directement applicable⁴. L'art. 12 CDE doit être interprété, comme tout traité international, de manière autonome⁵. Le 20 juillet 2009, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a édité une Observation générale n° 12 (2009), intitulé « Le droit de l'enfant d'être entendu », dans laquelle il donne aux Etats des pistes d'interprétation de l'art. 12 CDE. Il y indique notamment, s'agissant de la capacité de discernement de l'enfant visée à l'art. 12 al. 1⁶ : « Cette expression ne doit pas être perçue comme une restriction, mais plutôt comme l'obligation pour les Etats parties d'évaluer la capacité de l'enfant de se forger une opinion de manière autonome dans toute la mesure possible. Cela signifie que les Etats parties ne peuvent pas partir du principe qu'un enfant est incapable d'exprimer sa propre opinion. Au contraire, les Etats parties doivent présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et reconnaître qu'il a le droit de l'exprimer ; il n'appartient pas à l'enfant de faire la preuve préalable de ses capacités. ». Ensuite, il « souligne que **l'article 12 n'impose aucune limite d'âge** [nous mettons en évidence] en ce qui concerne le droit de l'enfant d'exprimer son opinion, et décourage les Etats parties d'adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant. »⁷

En l'espèce, et comme évoqué ci-avant, le Tribunal fédéral part – à tort – du principe que les enfants C. et D., âgés respectivement de 7 et 9 ans, n'avaient rien à apporter, car ils sont incapables d'avoir une opinion sur les questions relatives à l'attribution de l'autorité parentale. Cette appréciation n'apparaît pas compatible avec l'interprétation de l'art. 12 CDE. Dans son rapport du 16 décembre 2019⁸, le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) constatait d'ailleurs que, malgré des progrès encourageants, le droit de l'art. 12 CDE était encore appliqué de façon limitée et inégale en Suisse⁹. Il recommandait dès lors aux cantons de mettre en œuvre systématiquement la participation des enfants et des jeunes dans les procédures de droit de la famille en l'inscrivant dans la législation et en l'ancrant dans la pratique des tribunaux. L'arrêt ici commenté, et avant lui l'ATF 146 III 203, vont dans le sens inverse en cautionnant, sous le couvert d'une appréciation anticipée des preuves improprement dites, le refus du juge d'entendre les enfants concernés par une séparation ou un divorce de leurs parents lorsque le seuil de douze ans n'est pas atteint. C'est regrettable et, de notre point de vue, il y aurait lieu de revenir à la jurisprudence antérieure, selon laquelle le juge ne peut pas renoncer à auditionner l'enfant au motif d'une appréciation anticipée des preuves – que celle-ci soit proprement ou improprement dite. Seuls l'âge ou

⁴ ATF 124 III 90.

⁵ Cf., par exemple, ATF 138 II 524.

⁶ Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, Observation générale no (2009) : Le droit de l'enfant d'être entendu, Doc. UN CRC/C/GC/12, paragraphe 20.

⁷ *Ibid.*, paragraphe 21.

⁸ WEBER KHAN CHRISTINA/HOTZ SANDRA, Die Umsetzung des Partizipationsrechts des Kindes nach Art. 12 UN-Kinderrechtskonvention in der Schweiz, 16 décembre 2019.

⁹ *Ibid.*, p. 228.

d'autres justes motifs, expressément réservés à l'art. 298 al. 1 CPC, doivent permettre de renoncer à l'audition. Demeure également réservé le refus de l'enfant lui-même.