

Journées d'étude CAT/ASTO des 4/5 septembre 2008
Modèles d'intervention efficaces dans la protection de l'enfant et de l'adulte

* Résumé *

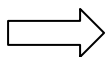
**LA POSITION DES PERSONNES CONCERNEES DANS LES PROCEDURES DE
PROTECTION DES MINEURS ET DES ADULTES – QUELQUES ENSEIGNEMENTS DE LA
JURISPRUDENCE FEDERALE RECENTE**

Philippe Meier, docteur en droit et avocat,
professeur ordinaire à la Faculté de droit et des sciences criminelles de l'Université de Lausanne

Faire de la personne concernée le *sujet*, et non l'objet, des mesures de protection, et respecter par là même son autonomie, est une préoccupation constante du droit matériel de la tutelle (celui de 1907, comme celui en cours d'adoption).

Un certain nombre de *garanties procédurales* poursuivent toutefois le même objectif: pouvoir faire valoir son point de vue dans la procédure, être légitimé à recourir contre des décisions qui ne correspondent pas aux vœux exprimés, avoir la faculté de réclamer une expertise ou d'en contester les résultats, ou encore pouvoir bénéficier de l'assistance (gratuite) d'un mandataire professionnel dans les procédures de recours ... tout cela contribue au respect de l'autodétermination de l'individu à protéger, qu'il soit mineur ou majeur.

La conférence évoquera un certain nombre de ces droits procéduraux à la lumière de la jurisprudence récente, publiée et non publiée, du Tribunal fédéral. D'autres questions relevant de la même problématique font l'objet de développements dans la contribution écrite.



L'**exposé écrit** (en annexe) est aussi disponible sur le site
www.vbk-cat.ch → Actuel → journées d'étude 4 et 5 septembre 2008

La position des personnes concernées dans les procédures de protection des mineurs et des adultes – Quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente

Prof. Dr Philippe Meier, avocat
Université de Lausanne

I. Introduction

II. L'audition de la personne concernée

- a) *L'audition dans les procédures de protection pour majeurs*
- b) *L'audition dans les procédures concernant les mineurs*
 - aa) L'âge de l'enfant
 - bb) Les autres motifs importants de renonciation à l'audition
 - aaa) Le risque lié à la répétition des auditions
 - bbb) Les autres motifs
 - cc) Juge/autorité ou tiers désigné à cet effet ?
 - dd) Les procédures concernées
 - aaa) Les procédures visées par les art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC
 - bbb) Les autres procédures
 - ee) Rapport entre l'audition et la prise en compte de l'avis de l'enfant

III. La curatelle de l'art. 146 CC

IV. Légitimation pour recourir

- a) *Légitimation pour recourir des mineurs capables de discernement*
- b) *Légitimation pour recourir des interdits capables de discernement*
- c) *Le respect de l'autonomie par l'exclusion de tiers de la procédure*

V. But et portée de l'expertise

VI. Effet suspensif et exécution des décisions

VII. Motivation

VIII. Assistance judiciaire

IX. Conclusion

La position des personnes concernées dans les procédures de protection des mineurs et des adultes – Quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente

Prof. Dr Philippe Meier, avocat,
Université de Lausanne

I. Introduction

1. Mise en valeur des compétences propres de l'individu et de son entourage familial, intervention étatique de nature échelonnée (du purement volontaire au contraignant en passant par le fortement suggéré), objectif final clairement établi, mais souvent oublié (permettre à l'individu ou à la famille de retrouver leur pleine autonomie grâce à la mesure de protection qu'ils ont dû « subir » pendant un certain temps) ... : l'entier du droit de la tutelle et de la protection des mineurs (même avant leur révision) est régi par ces principes, que certains auteurs ont théorisés (que l'on pense aux principes de proportionnalité et aux sous-principes de subsidiarité et de complémentarité) il y a plus de 20, voire 30 ans, sans que leurs contributions ne prennent une ride¹.
2. Le nouveau droit de la protection de l'adulte est entièrement articulé autour de ces mêmes principes, qu'il entend développer encore, en favorisant chaque fois qu'il est possible l'autodétermination de l'individu.
3. Les Journées d'études CAT/ASTO 2008 ont pour ambition de définir les compétences propres dont dispose la personne concernée, pour mieux délimiter l'aide dont elle a besoin et rendre l'intervention plus efficace. Plusieurs interventions démontreront l'importance du respect de la volonté de la personne pour le succès futur des mesures (une importance que l'on ressent empiriquement au quotidien, mais qu'il est bon ici aussi de mettre en forme de manière scientifique de temps à autre ...). Mais qui dit intervention contrainte, dit procédures menant à une décision officielle (laquelle s'imposera à la personne et à son entourage) ... et qui dit procédures, dit règles et garanties procédurales. Ces règles et garanties sont indispensables dans un Etat démocratique lorsqu'il est question de restreindre des libertés aussi fondamentales que l'autonomie juridique, la protection de la vie familiale (lorsqu'un enfant est retiré à ses parents), voire la liberté de mouvement dans les cas de PLAFa.
4. Ces règles et garanties procédurales sont également une expression particulière de ces mêmes principes d'autonomie, qui guident l'application du droit matériel: la personne concernée n'est pas l'objet mais le *sujet* des procédures², de même qu'elle n'est pas l'objet mais le sujet des mesures de protection. Je vais tenter d'illustrer ces propos par quelques thèmes choisis dans la jurisprudence fédérale, pour l'essentiel non publiée dans le recueil officiel, mais largement résumée à la ZVW/RDT tous les quatre mois³. Il s'agira pour l'essentiel d'arrêts rendus ces cinq dernières années.

II. L'audition de la personne concernée⁴

5. L'art. 29 al. 2 Cst. féd. garantit fondamentalement le droit des parties à être entendues dans les procédures judiciaires ou administratives les concernant : droit pour les parties d'exprimer leur point de vue, de se déterminer sur les preuves apportées et de proposer elles-mêmes des moyens de preuve. Le droit constitutionnel ne garantit en revanche pas le droit à être entendu en personne et oralement (droit à l'audition) par l'autorité de décision.

¹ Cf. en particulier B. SCHNYDER, Die Stufenfolge vormundschaftlicher Massnahmen und die Verhältnismässigkeit des Eingriffes, RDT 1971 41 ss ; M. STETTLER, L'impact du principe de proportionnalité sur la gradation et le champ d'application des mesures tutélaires, RDT 1984 41 ss.

² Pour l'enfant, cf. M. COTTIER, Subjekt oder Objekt?, Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kinderschutzzverfahren, Bâle 2006, ainsi que M. COTTIER, Partizipation von Kindern im Verfahren. Ein rechtlicher und empirischer Vergleich von Jugendstraf- und Kinderschutzzverfahren, FamPra.ch 2006 823 ss.

³ Se limiter à la jurisprudence fédérale (état au 15 août 2008) pour des raisons de place ne doit naturellement pas faire oublier l'importance des décisions cantonales en ces matières (cf. par ex. BJM 2008 147 pour l'audition de l'enfant). Compte tenu du sujet traité, il ne sera qu'exceptionnellement fait mention de références doctrinales.

⁴ Pour l'audition et de façon plus générale le droit d'être entendu non de la personne concernée par la mesure, mais de la personne qui la requiert, cf. par ex. ATF 5A_51/2008 du 3 mars 2008, c. 4.2.

6. Or pour ce qui a trait aux mesures de protection (au sens large du terme, qui couvre aussi les décisions prises dans le cadre des procédures matrimoniales), c'est d'un véritable *droit à l'audition* qu'il s'agit, en plus (ou au-delà)⁵ du strict droit d'être entendu.

a) *L'audition dans les procédures de protection pour majeurs*

7. L'art. 374 al. 1 CC, complété par une Circulaire du Tribunal fédéral du 18 mai 1914⁶, a très tôt posé le principe de l'audition (orale) en matière d'interdiction, pas seulement comme un droit de partie (auquel celle-ci pourrait donc renoncer), mais aussi comme un moyen d'élucider les faits dans une procédure régie par la maxime inquisitoire : c'est donc un moyen de se forger une opinion personnelle tant sur la disposition mentale de la personne que sur la nécessité d'une mesure tutélaire⁷. Ce principe exige que l'autorité entende la personne, même contre sa volonté, et, si elle ne se présente pas, la cite à nouveau, se déplace pour l'entendre ou la fasse entendre par délégation⁸. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, cette obligation incombe tant à l'autorité qui prononce l'interdiction⁹ qu'à l'autorité de seconde instance¹⁰. En d'autres termes, si l'autorité inférieure n'a pas procédé à l'audition, l'autorité cantonale supérieure doit réparer d'office cette omission (mais elle ne doit pas systématiquement répéter ce qui a été fait en première instance)¹¹. La question de la capacité de discernement de la personne ne joue pas de rôle compte tenu du but poursuivi par l'audition (l'audition n'est pas uniquement un droit de partie)¹².
8. Ces principes s'appliquent, malgré le texte de l'art. 374 al. 1 CC, non seulement à toutes les causes d'interdiction (seul l'art. 370 CC est directement visé par la disposition), mais aussi au prononcé d'une curatelle ou d'un conseil légal (cf. art. 397 CC)¹³.
9. Si l'audition doit servir à l'élucidation des faits et si l'impression dégagée par la personne elle-même est importante, il serait logique que l'audition ait lieu devant l'autorité au complet lorsque celle-ci est collégiale. Le Tribunal fédéral a toutefois estimé que l'audition pouvait être déléguée à un membre de l'autorité (mais non à un fonctionnaire sans pouvoir de décision) en matière de mesures tutélares¹⁴. Il n'a pas eu l'occasion de revenir sur cette jurisprudence, à juste titre critiquée¹⁵.
10. En matière de PLafa en revanche, l'audition doit être menée par l'autorité au complet (art. 397f al. 3 CC)¹⁶.

b) *L'audition dans les procédures concernant les mineurs*¹⁷

⁵ Sur les différences, cf. TH. GEISER, Basler Kommentar, 2006, CC 373 n. 14 s. ; B. SCHNYDER/E. MURER, Berner Kommentar, 1982/1984, CC 374 n. 26 ss. Cf. cependant ch. 31 ci-dessous où l'arrêt commenté démontre que parfois les garanties de l'art. 12 CDE vont aussi moins loin que celles déduites du droit d'être entendu de l'art. 29 Cst. féd.

⁶ Qui ne fait que préciser l'art. 374 al. 1 CC, cf. ATF 41 II 651, 655.

⁷ ATF 5A_187/2007 du 13 août 2007, c. 2.1. Cf. en outre déjà ATF 117 II 132, 138; ATF 109 II 295, 296.

⁸ ATF 109 II 295, 296.

⁹ ATF 57 II 3, 6; ATF 41 II 651, 654 s.

¹⁰ ATF 44 II 227, 230.

¹¹ ATF 5A_187/2007 du 13 août 2007, c. 2.1. Cf. en outre ATF 44 II 227, 230.

¹² Cf. ci-dessous ch. 12 pour l'audition de l'enfant. Cf. en outre B. SCHNYDER/E. MURER (*note 5*), CC 374 n. 52.

¹³ ATF 117 II 132, 134; ATF 113 II 228, 229.

¹⁴ ATF 117 II 132, 138 ss.

¹⁵ Par ex. C. HEGNAUER, Die Anhörung bei der Entmündigung, RDT 1993 81 ss. Le projet de nouveau droit de protection de l'adulte entend pourtant aller plus loin encore, en permettant non seulement l'audition non collégiale, mais la délégation de l'audition à un tiers spécialisé (art. 446 al. 2 et 447 P).

¹⁶ ATF 115 II 129, 132 s., confirmé par l'ATF 131 III 409 relatif à la PLafa de mineurs, à laquelle cette règle ne s'applique pas (l'obligation serait assouplie par le nouveau droit de la protection de l'adulte, l'audition collégiale n'étant qu'un principe auquel il peut être dérogé, art. 447 al. 2 P).

¹⁷ Je me limiterai à exposer les enseignements de la jurisprudence fédérale. Il faut pourtant rappeler que la mise en œuvre de l'art. 12 CDE est jugée par beaucoup comme largement insuffisante (cf. par ex. M. MARUGG, Kinder werden kaum angehört – trotz Kinderrechtskonvention, Pläd 4/07, 24, ainsi que P. FASSBIND, Prekäre rechtliche Stellung der Kinder, jusletter 26 novembre 2007). Selon les résultats de la recherche PNR 52, seuls 10 % des enfants concernés par le divorce de leurs parents seraient réellement entendus (moins de 8 % pour la classe d'âge 7-12 ans). Cf. notamment parmi beaucoup d'autres publications, A. BÜCHLER/H. SIMONI, L'intérêt et les droits de l'enfant dans la pratique du droit du divorce, Sécurité sociale, CHSS 5/2006 260 ss.

11. Le TF a tenté de mettre de l'ordre dans un débat qui agitait tant les tribunaux que les juristes et les psychologues s'agissant des conditions auxquelles l'on devait ou pouvait procéder à l'audition de l'enfant prescrite par l'art. 144 al. 2 CC et par l'art. 314 ch. 1 CC (deux dispositions qui concrétisent l'art. 12 CDE, sur lequel on reviendra ci-dessous sous ch. 27 ss).

aa) L'âge de l'enfant

12. Dans un arrêt de principe du 1^{er} juin 2005¹⁸, le TF a précisé que l'audition de l'enfant comprend *deux composantes*: en tant qu'émanation de la personnalité de l'enfant, elle constitue un droit de participation de l'enfant à la procédure qui le concerne, qui lui permet d'exiger d'être entendu lorsqu'il est capable de discernement. Mais indépendamment de l'âge de l'enfant, l'audition sert aussi à l'établissement d'office des faits (art. 145 CC), raison pour laquelle les père et mère peuvent exiger l'audition dans la procédure au titre de moyen de preuve. L'art. 144 al. 2 CC (mais aussi l'art. 314 ch. 1 CC) va ainsi au-delà des garanties prévues par l'art. 12 CDE, lequel suppose que l'enfant soit capable de discernement. A ces deux titres (comme personne capable de discernement et comme principal sujet et « élément » de la décision à prendre), l'enfant participe ainsi à la procédure le concernant. L'audition doit cependant ne pas porter atteinte au bien de l'enfant, raison pour laquelle les art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC réservent l'âge ou d'autres motifs importants comme circonstances justifiant que l'on y renonce. Le TF rappelle que la loi ne fixe pas d'âge-limite et que lui-même ne l'avait pas fait non plus jusqu'alors. La loi parle d'audition, et non d'*observation*, ce qui ne permet pas d'exiger cette audition dès l'âge de deux ou trois ans, comme le font certains auteurs ; à l'inverse, il ne faut pas aller jusqu'à exiger la capacité de discernement de l'enfant. Le TF pose comme ligne directrice que les enfants peuvent être entendus *dès l'âge de 6 ans révolus*. Mais cette limite n'est pas absolue : un enfant plus jeune peut être auditionné, par ex. lorsqu'il est le cadet de plusieurs frères et sœurs et qu'il est proche de sa 6^{ème} année.

13. La jurisprudence a été par la suite précisée ou affinée dans plusieurs cas d'espèce :

- le TF n'examine pas le fond et annule directement l'arrêt lorsque le droit à l'audition (ici enfants âgés de 12 et 14 ans) a été violé alors que l'audition avait été demandée par une partie¹⁹: Encore faut-il, si l'enfant n'a pas requis lui-même son audition (notamment parce qu'il n'est pas capable de discernement), que les parents l'aient fait dans les règles procédurales applicables (soit suffisamment tôt)²⁰ ;
- si l'enfant peut être entendu à partir de l'âge de 6 ans environ, il doit l'être lorsqu'il a lui-même sollicité son audition (s'il est capable de discernement, ce qui doit être le cas entre 11 et 13 ans, lorsqu'il a développé ses capacités de différenciation et d'abstraction et en est au stade des opérations formelles) ou lorsqu'une partie à la procédure l'a requise²¹ ;
- on aurait pu en déduire que si personne n'a demandé l'audition d'un enfant dans la limite d'âge inférieure (de 6 à 11 ans), elle n'a pas à être ordonnée. Mais le Tribunal fédéral vient de juger²², à juste titre selon nous, que la non-audition de l'enfant, même dans un tel cas, peut constituer une violation du devoir d'instruction d'office du juge (art. 145 CC)²³ ;
- ces limites d'âge pour l'audition sont aussi applicables dans le cadre de l'audition en mesures de protection²⁴. Le TF a ainsi jugé dans un cas d'espèce qu'il serait contraire à l'art. 314 ch. 1 CC de renoncer à l'audition d'un enfant âgé de 10 ans qui comprenait parfaitement la situation, dans le cadre d'une procédure en retrait du droit de garde et placement en établissement²⁵ ;
- affirmer qu'une audition n'aurait pas d'influence déterminante sur l'issue du litige, au motif que celle-ci dépend de l'état de santé psychique de la mère, méconnaît le but de l'audition, qui n'est pas seulement

¹⁸ ATF 131 III 553, 554 (pour une confirmation récente de cet arrêt, cf. par ex. ATF 5A_117/2007 du 11 octobre 2007, c. 4.2).

¹⁹ ATF 5A_308/2007 du 23 novembre 2007, c. 2.4.

²⁰ ATF 5A_117/2007 du 11 octobre 2007, c. 4.2.

²¹ ATF 5C.209/2005 du 23 septembre 2005, c. 3.2.

²² ATF 5A_43/2008 du 15 mai 2008, c. 4.3.

²³ En l'espèce toutefois, non seulement l'autorité disposait de nombreux renseignements et rapports, mais il y avait lieu de mettre en balance l'intérêt à une instruction complète et les raisons de renoncer à l'audition de l'enfant (des raisons qui l'emportaient ici, compte tenu du tempérament craintif et inquiet de l'enfant par suite du conflit parental).

²⁴ ATF 5C.294/2005 du 27 février 2006, c. 5.1 ; ATF 5C.149/2006 du 10 juillet 2006, c. 1.2 (PLAFA de mineur).

²⁵ ATF 5C.149/2006 du 10 juillet 2006, c. 1.2.

d'établir l'état de fait, mais aussi de permettre à l'intéressé d'exprimer son opinion et au juge de se faire une image plus large de la situation familiale²⁶.

14. La jurisprudence déroge à ces règles en matière d'*enlèvement d'enfants*²⁷. Les directives fixées par l'ATF 131 III 553 au sujet de l'art. 144 CC ne sont pas applicables : si la capacité de discernement n'est pas exigée dans le cadre de l'art. 144 CC, elle l'est en revanche en relation avec l'art. 13 al. 2 CEIE. Il faut que l'enfant soit en mesure de comprendre le sens d'une décision de retour. Il doit notamment pouvoir réaliser qu'il n'en va pas de l'autorité parentale ou du droit de garde, mais uniquement du rétablissement du statu quo ante, et que la question de savoir dans quel pays et auprès de quel parent il vivra à l'avenir sera tranchée par les tribunaux de l'État d'origine. Or un jeune enfant n'a précisément pas la capacité de discernement nécessaire par rapport à la problématique posée par la décision de retour ; de plus, les éléments sur lesquels il pourrait s'exprimer utilement (situation actuelle, relations avec les parents) ne sont pas pertinents dans le cadre de cette procédure. Une audition systématique des jeunes enfants pourrait placer ceux-ci dans une situation difficilement supportable, du fait de la communauté de destin qui est la leur avec le parent ravisseur et du milieu souvent inconnu (même au niveau de la langue) dans lequel ils ont été amenés. Ils risquent donc de subir une pression très forte de la part du parent en question. Selon la littérature scientifique, ce n'est qu'à partir de l'âge de 11 ou 12 ans que l'on pourrait admettre que les enfants disposent des capacités nécessaires pour procéder aux opérations formelles nécessaires à se prononcer sur ces questions²⁸. Dans l'ATF 133 III 146, le TF a avalisé la non-audition de deux enfants âgés de 7 ans et demi et 9 ans et demi.
15. Cette jurisprudence est dans le prolongement de l'ATF 131 III 334²⁹ : le TF y jugeait déjà qu'une opposition au retour manifestée par l'enfant (art. 13 al. 2 CEIE) n'est qu'exceptionnellement totalement libre. L'autorité devra distinguer entre une opposition dont on peut tenir compte, car certes influencée par le parent « ravisseur » mais encore suffisamment libre, et une opposition dont il ne faut pas tenir compte, manifestée par un enfant manipulé. Les enfants ne disposent pas de la maturité nécessaire à pouvoir valablement s'opposer à leur retour lorsque leur déclaration de volonté repose sur des circonstances comme leur lien étroit avec la mère, les conditions de vie difficiles dans l'État de la résidence antérieure et le bon accueil dans leur nouveau milieu en Suisse. Alors même qu'il était établi que la mère n'avait pas directement influencé les enfants (âgés de 9 ans et demi et 10 ans et demi) en vue de leur audition et que les autorités inférieures avaient constaté que la volonté des enfants était sérieuse et compréhensible, le TF a jugé qu'il ne pouvait y avoir libre formation de la volonté pour des enfants se trouvant à la limite de la capacité de discernement³⁰.
16. Et dans l'ATF 134 III 88, toujours en matière d'enlèvement international d'enfants, le TF a jugé que l'avis d'un enfant âgé de 8 ans ne pouvait être pris en compte, alors que celui de l'enfant âgé de 14 ans ne revêtait pas le caractère d'une opposition de nature qualifiée et insistante, mais relevait uniquement de motifs de convenance usuels (impossibilité de réintégrer la classe qui était la sienne, rupture avec ses nouveaux amis) ; il a refusé, malgré les lacunes évidentes dans l'audition et la verbalisation de celle-ci en procédure cantonale, d'ordonner un renvoi de l'affaire aux autorités cantonales pour nouvelle audition³¹.
17. Cette jurisprudence est évidemment problématique à deux égards : d'abord, s'agissant du principe même de l'audition, par son schématisme formel, qui, sous prétexte que la procédure de retour ne doit pas se prononcer sur la réglementation des droits parentaux comme telle, empêche d'entendre la parole de l'enfant jugé incapable de discernement dans une procédure aussi importante pour lui que les procédures matrimoniales « classiques » ; ensuite, s'agissant de la portée de l'avis exprimé (cf. ch. 33 ss ci-dessous), par le fait que l'on considère immédiatement que l'enfant est sous influence, alors que celui-ci ne fait que réagir en fonction de son vécu, de ses expériences et des circonstances actuelles de son existence : sa volonté devrait être prise en compte même si elle est basée sur les circonstances de l'enlèvement et l'accueil

²⁶ ATF 5A_405/2007 du 6 décembre 2007, c. 3.2.

²⁷ ATF 133 III 146, 150 s.

²⁸ Cf. déjà ATF 131 III 334, 340 selon lequel plus on se rapproche de l'âge auquel la CEIE ne s'applique pas, soit 16 ans, plus on admettra que l'enfant a la maturité nécessaire.

²⁹ Pour l'arrêt cantonal, cf. LGVE 2004 no 1 1 ss. L'ATF comporte un très grand nombre de références doctrinales sur l'âge déterminant qui s'échelonne entre 10 et 14 ans, cf. c. 2.3.

³⁰ Pour une critique de cet arrêt : A. BUCHER, PJA 2005 744, p. 749 ss, A. BUCHER, L'enfant du couple désuni en droit international privé, SJ 2006 II 239 ss, p. 255.

³¹ Pour une critique de cet arrêt : A. BUCHER, PJA 2008 478 ss, not. 482 s. ; J. SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2008 442 ss.

en Suisse, pour autant bien sûr que le parent qui s'oppose au retour n'ait pas exercé d'influence directe déterminante³².

bb) Les autres motifs importants de renonciation à l'audition

aaa) Le risque lié à la répétition des auditions

18. Le TF a jugé³³ qu'il fallait éviter des auditions répétées qui représenteraient une charge insupportable pour l'enfant (notamment en cas de conflit de loyauté aigu) et dont il ne faut pas attendre d'éléments nouveaux (ou dont l'utilité supposée n'est pas dans un rapport raisonnable avec la charge que constitue la nouvelle audition)³⁴. Le juge peut et doit alors se fonder sur l'audition déjà menée par un tiers (par ex. expert dans autre procédure) pour autant qu'il s'agisse d'un professionnel indépendant et qualifié, que l'enfant ait été entendu sur les points nécessaires à la prise de décision et que l'audition, respectivement son résultat, soient encore actuels³⁵. Cette jurisprudence a été récemment confirmée: l'audition des enfants par des médecins-psychiatres et autres spécialistes des mineurs dans le cadre de plusieurs expertises effectuées en relation avec des mesures de protection (retrait du droit de garde) peut remplacer l'audition par le juge, surtout lorsque les enfants sont profondément affectés par le conflit parental et que le recours à des personnes ayant des connaissances scientifiques et approfondies dans le domaine de l'enfance se révèle justifié³⁶. De même, si une expertise psychiatrique qui doit être effectuée sur la mère de l'enfant implique l'audition de celui-ci par l'expert, une nouvelle audition par le tribunal peut s'avérer superflue³⁷.
19. Le TF a précisé par la suite³⁸ que l'ATF 133 III 553 ne doit pas être compris comme permettant de renoncer à l'audition de l'enfant par suite d'une appréciation anticipée des preuves : il s'agit uniquement d'éviter des auditions répétées inutiles. Là encore une précision à saluer : on ne peut se dispenser de l'audition pour gagner du temps ou accélérer la procédure ; elle demeure le principe, mais on peut admettre qu'il est respecté même si l'audition n'intervient pas formellement devant le juge, aux conditions fixées par la jurisprudence, lorsqu'une ré-audition de l'enfant ne promet pas d'apporter d'éléments nouveaux, mais constitue une charge insupportable pour l'enfant. Il ne s'agit finalement que d'accepter l'idée qu'une *audition anticipée par un tiers* puisse suffire : l'intérêt de l'enfant l'emporte alors sur le respect par trop formel des exigences de l'art. 144 al. 2 CC.
20. Les circonstances rendent la ré-audition nécessaire³⁹ notamment lorsque l'audition est déjà ancienne (ici près de 3 ans)⁴⁰. Dans un autre arrêt⁴¹, le TF a jugé que la renonciation par les juges cantonaux à l'audition de l'enfant (celui-ci avait été entendu dans le cadre de l'expertise et était placé dans un important conflit de loyauté) violait les art. 145 al. 1 et 144 al. 2 CC, car l'audition avait eu lieu 16 mois avant la décision

³² L'art. 9 al. 2 de la nouvelle LF-EEA (FF 2008 33) prévoit une règle d'audition identique, dans sa formulation, aux art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC. Elle permettra, on l'espère, un ré-examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral, dans le sens de l'ATF 131 III 553. La nouvelle loi apporte d'autres améliorations à la position de l'enfant : incitation à une procédure de conciliation/médiation (art. 4), interprétation de l'art. 13 al. 1 let. b CEIE, notamment lorsqu'on ne peut pas exiger du parent ravisseur qu'il retourne avec l'enfant dans l'État dont il a été enlevé (art. 5), obligation de nomination d'un curateur de procédure à l'enfant (art. 9 al. 3).

³³ ATF 133 III 553, 554s. (enfant de 7 ans, audition demandée). Pour un commentaire de cet arrêt, Y. BIDERBOST, « Anhörung um der Anhörung willen » ?, Jusletter 31 mars 2008.

³⁴ Cf. déjà ATF 5P.322/2003 du 18 décembre 2003, c. 3.2 et ATF 5C.247/2004 du 10 février 2005, c. 6.3.2, ainsi que cette même idée exprimée par l'art. 10c al. 1 LAVI (RS 312.5), qui prévoit que l'enfant ne doit en principe pas être « soumis » à plus de deux auditions pendant l'ensemble de la procédure.

³⁵ In casu rapport de thérapie d'un pédo-psychologue datant de deux ans et ne faisant pas état de conversations entre le thérapeute et l'enfant ; audition par le curateur insuffisante elle aussi.

³⁶ ATF 5A_735/2007 du 28 janvier 2008, c. 2.2. Si le bien de l'enfant n'est pas mis en danger par la ré-audition, il semble en revanche bien que l'audition par le curateur (nommé selon l'art. 308 ou l'art. 146 CC) ou dans le cadre d'une expertise pédopsychiatrique ne suffise en principe pas (ATF 5P.276/2005 du 28 septembre 2005, c.3.3).

³⁷ ATF 5A_405/2007 du 6 décembre 2007, c. 3.2.

³⁸ ATF 5A_536/2007 du 24 janvier 2008, c. 2.1.

³⁹ L'ATF 134 III 88, 90 semble interpréter l'ATF 133 III 553 comme ne prescrivant cette ré-audition que lorsqu'elle est absolument indispensable (« wenn es unumgänglich erscheint »), ce qui me paraît par trop restrictif. Il faut en effet tenir compte ici aussi du fait que l'audition participe du sentiment de l'enfant d'être pris au sérieux, comme un sujet et non un objet, et donc ne pas se focaliser uniquement sur l'établissement des faits. Dans le même sens : Y. BIDERBOST (note 33), ch. 14.

⁴⁰ ATF 5C.51/2005 du 2 septembre 2005, c. 3.2.

⁴¹ ATF 5A_171/2007 du 11 septembre 2007, c. 2.3.

attaquée ; de plus, l'enfant, âgé de 13 ans, refusait de rendre visite à sa mère et avait demandé à son curateur de recourir contre la décision d'attribution à celle-ci. Quant à la ré-audition en procédure de recours alors qu'elle a déjà eu lieu en première instance, elle n'est nécessaire là aussi que si l'audition est ancienne et que les circonstances paraissent s'être modifiées depuis⁴².

bbb) Les autres motifs

21. Les autres motifs importants qui justifient de ne pas entendre l'enfant peuvent tenir à son refus (après s'être assuré qu'il ne s'agit pas d'un refus sous influence), à la crainte justifiée de représailles, à une résidence durable de l'enfant à l'étranger, au danger pour la santé de l'enfant, à l'urgence de la décision à prendre ou encore à un handicap mental ou un retard de développement de l'enfant. En revanche, le simple fait de vouloir lui éviter une charge et un conflit de loyauté n'est pas un motif suffisant lorsqu'il n'est pas établi que l'enfant court un véritable danger pour sa santé physique ou psychique. Le conflit de loyauté est en effet inhérent à la crise familiale, et non à l'audition comme telle⁴³. La jurisprudence a notamment traité des cas suivants :

- le TF a avalisé le refus d'audition d'enfants âgés de 8 ans, qui étaient placés dans un conflit de loyauté largement supérieur à la normale (leur père les avait amenés au poste de police pour faire protocoler qu'ils voulaient vivre avec lui !)⁴⁴.
- on peut aussi se dispenser d'audition lorsque l'enfant, même dans les limites d'âge de la jurisprudence, ne dispose d'aucune base pour parler d'un parent, faute d'avoir eu le moindre contact régulier avec celui-ci depuis plusieurs années (ici depuis l'âge de 3 ans et demi)⁴⁵. Forcer à l'audition dans un tel cas serait contre-productif à mon sens et ferait violence à l'autonomie de l'enfant : celle-ci implique aussi le droit de ne pas être incité à exprimer un avis (même si l'audition ne mène pas nécessairement à l'expression d'un avis et que l'enfant peut choisir de se taire ...).
- après avoir rappelé que pour les adultes, l'audition prévue par l'art. 397f al. 3 CC doit être menée par l'autorité plénière, sauf si l'intéressé refuse de donner suite à une convocation ou si l'état de santé ou d'autres motifs personnels de l'intéressé font qu'une telle audition ne s'impose pas et que la possibilité de guérir, dans le cadre de la procédure de recours, un vice relatif à l'audition orale en première instance est contestée, le TF a précisé⁴⁶ que ces règles ne s'appliquent que *par analogie* aux mineurs devant être placés en établissement (art. 314a CC). Même si l'enfant doit en principe être entendu, les motifs liés à sa personnalité joueront un rôle plus important ; il pourra donc exceptionnellement être renoncé à cette audition lorsque le bien de l'enfant serait mis en danger. De plus, l'art. 314 ch. 1 CC doit s'appliquer ici aussi ; la souplesse de cette disposition, qui tient compte de l'intérêt de l'enfant, permet ainsi de confier l'audition à un tiers ou à une délégation de l'autorité lorsque cet intérêt le justifie⁴⁷. Dans le cas d'espèce, le TF a estimé qu'il n'était guère admissible que le premier juge n'ait pas entendu l'enfant du tout, ni lui-même, ni par un tiers ; ce vice avait toutefois été réparé par l'audition menée dans le cadre de la procédure de recours (délégation du tribunal supérieur)⁴⁸.

cc) Juge/autorité ou tiers désigné à cet effet ?

22. Nonobstant le texte de l'art. 144 al. 2 CC et l'historique de la disposition, qui placent juge (ou autorité si l'on parle de l'art. 314 ch. 1 CC) et tiers spécialiste sur un pied d'égalité, le TF paraissait insister, notamment dans sa jurisprudence publiée au recueil officiel, sur l'importance pour l'autorité de se former directement sa propre opinion ; il exigeait en règle générale que l'enfant soit entendu par le juge personnellement, sauf si celui-ci estime nécessaire pour le bien de l'enfant de recourir à un tiers, qui peut être un collaborateur d'un service de protection de la jeunesse ou de l'autorité tutélaire⁴⁹. A la suite de divers arrêts non publiés⁵⁰, l'ATF 133 III 553 nuance cette apparente priorité en mettant en exergue les

⁴² Par ex. ATF 5C.247/2004 du 10 février 2005, c. 6.3.2 ; ATF 5C.19/2002 du 15 octobre 2002, c. 2.1.

⁴³ ATF 131 III 553, 554.

⁴⁴ ATF 5P.214/2005 du 24 août 2005, c. 2.2.2.

⁴⁵ ATF 5C.247/2004 du 10 février 2005, c. 6.3.3.

⁴⁶ ATF 131 III 409, 413.

⁴⁷ Cf. aussi ATF 5C.149/2006 du 10 juillet 2006, c. 1.3, ATF 5A_536/2007 du 24 janvier 2008, c. 2.1.

⁴⁸ Sur cette possibilité de rattrapage : cf. aussi ATF 5C.149/2006 du 10 juillet 2006, c. 1.3 ; ATF 5A_536/2007 du 24 janvier 2008, c. 2.1.

⁴⁹ ATF 127 III 295, 297 (cf. aussi avec la même formulation : ATF 5P.276/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.2 ; ATF 5A_46/2007 du 23 avril 2007, c. 2.1).

⁵⁰ Cf. par ex. ATF 5C.247/2004 du 10 février 2005, c. 6.3.2, ATF 5C.19/2002 du 15 octobre 2003, c. 2.1 ; ATF 5C.166/2001 du 20 août 2001, c. 4a.

avantages et inconvénients respectifs des deux solutions (immédiateté de l'audition lorsqu'elle est effectuée par l'autorité, compétences professionnelles spécifiques lorsqu'elle est le fait d'un spécialiste). Il ne s'agit donc pas selon moi d'un système de règle et d'exception à la règle, mais bien de deux solutions équivalentes à confronter au regard de l'intérêt de l'enfant (seule une délégation *systématique*, sans que l'on procède à cet examen, demeure prohibée). De plus, comme pour les limites d'âge, cet arrêt insiste une fois encore sur la nécessité de tenir compte de l'ensemble des circonstances (autres rapports, manière dont ils ont été rédigés, personne qui a entendu l'enfant, date de leur établissement).

23. Ces principes doivent valoir non seulement lorsque l'enfant a déjà été entendu dans un autre contexte ou par un autre professionnel, comme c'était le cas dans l'état de fait de l'ATF 133⁵¹, mais aussi lorsqu'il s'agit de décider, pour la première fois dans la procédure, par qui l'audition doit être menée.
24. Enfin, en matière de mesures de protection (mais la règle s'applique également à l'art. 144 CC), si l'audition se fait par l'autorité, elle n'a pas à être le fait de l'autorité collégiale dans son ensemble ... et ne devrait d'ailleurs pas l'être dans l'intérêt même de l'enfant (établissement d'un rapport de confiance et caractère moins impressionnant de l'audition lorsque l'enfant est confronté à un seul interlocuteur)⁵².

dd) Les procédures concernées

aaa) Les procédures visées par les art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC

25. Outre dans la procédure de divorce comme telle (art. 144 al. 2 CC) et pour le prononcé de mesures de protection (art. 314 ch. 1 CC), l'audition est nécessaire :
- en matière de modification du jugement de divorce⁵³ ;
 - dans le cadre des mesures provisoires de divorce (art. 137 CC)⁵⁴ ;
 - en matière de mesures protectrices de l'union conjugale (par application analogique de l'art. 314 ch. 1 CC)⁵⁵ ;
 - en matière de litige sur le droit aux relations personnelles (art. 314 ch. 1 CC par analogie)⁵⁶ ;
 - en cas de modification de l'attribution de l'autorité parentale de parents non mariés⁵⁷ ;
 - en cas de levée d'une mesure de protection de l'enfant (ici curatelle selon les art. 308 al. 1 et 2 CC), et non seulement pour son prononcé⁵⁸.

26. Dans le même temps, probablement conscient du fait que l'enfant pourrait être perturbé par des auditions répétées dont il ne comprendrait que mal le sens (cf. aussi ch. 18 ss ci-dessus), le TF a jugé que l'audition ne doit pas intervenir à n'importe quel stade de la procédure, par ex. en relation avec l'inscription ou non d'une affaire au rôle de l'autorité⁵⁹, ou lorsque la procédure vise uniquement la suspension du droit de visite du père jusqu'à la connaissance du résultat de l'expertise ordonnée (sans qu'aucune demande en modification des droits parentaux ne soit encore pendante)⁶⁰. L'art. 314 ch. 1 CC ne s'applique pas non plus lorsqu'il en va de la désignation d'un curateur ad hoc à l'enfant en raison d'un conflit d'intérêts (art. 306 al. 2, art. 392 ch. 2 CC)⁶¹.

bbb) Les autres procédures

⁵¹ Cf. aussi ATF 5A_46/2007 du 23 avril 2007: audition de l'enfant (âgé de 8 ans) dans le cadre du rapport d'enquête sociale jugée suffisante en l'espèce, vu la fragilité de l'enfant, l'important conflit de loyauté auquel il était confronté et ses difficultés à s'exprimer au sujet de sa famille. Une ré-audition par le juge n'était par ailleurs pas nécessaire, car tous les éléments déterminants ressortaient du rapport d'enquête sociale, les circonstances n'ayant pas changé depuis.

⁵² ATF 131 III 409, 413 ; cf. aussi ATF 5A_536/2007 du 24 janvier 2008, c. 2.1.

⁵³ ATF 131 III 553.

⁵⁴ ATF 126 III 497, 498.

⁵⁵ ATF 5P.392/2003 du 5 mars 2004, c. 2.2.1.

⁵⁶ ATF 127 III 295, 297 s. ; cf. aussi ATF 5P.319/2006 du 29 novembre 2006, c. 3.3.3 et ATF 5P.276/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.2. Selon ce dernier arrêt (c. 3.1), c'est formellement l'art. 144 al. 2 CC qui s'applique lorsque l'autorité tutélaire est compétente pour modifier le jugement de divorce (art. 275 al. 1 et 2, art. 134 CC), et non l'art. 314 ch. 1 CC.

⁵⁷ ATF 5A_46/2007 du 23 avril 2007, c. 2.1; ATF 5C.52/2005 du 1^{er} juillet 2005, c. 4.1.

⁵⁸ ATF 5A_536/2007 du 24 janvier 2008, c. 2.2.

⁵⁹ ATF 5P.319/2006 du 29 novembre 2006, c. 3.3.

⁶⁰ ATF 5P.276/2005 du 28 septembre 2005, c. 3.3.

⁶¹ ATF 5C.242/2005 du 17 janvier 2006, c.3.

27. Hormis les cas visés expressément ou par analogie par les art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC, on fera application de l'art. 12 CDE, dont on rappelle qu'il prévoit que « 1. Les États 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 ». Cette disposition est en effet directement applicable dans notre pays (caractère self-executing)⁶². Elle ne garantit pas nécessairement, contrairement aux art. 144 al. 2 et 314 ch.1 CC, une audition orale et personnelle par l'autorité⁶³.
28. Le droit d'exprimer son opinion sur toute question intéressant l'enfant selon l'art. 12 al. 1 CDE se limite aux procédures mettant directement en jeu ses intérêts propres et essentiels. C'est typiquement le cas des procédures visées par l'art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC, mais aussi d'une procédure de changement de nom⁶⁴.
29. En matière de *droit des étrangers*, l'art. 12 al. 1 CDE peut s'appliquer lorsque le droit de séjour de l'enfant ou de la personne qui en a la charge est en question, ou celui d'un parent non gardien ou d'un membre de la famille avec lequel il entretient une relation personnelle vivante et importante. Mais l'audition par un représentant paraît alors particulièrement adéquate (art. 12 al. 2 CDE) lorsqu'il s'agit d'une procédure essentiellement écrite et où tout laisse à croire (contrairement à ce qui peut se produire dans une procédure de divorce) que les intérêts des deux parents et de l'enfant coïncident. La position peut dès lors être exprimée par les membres de la famille eux-mêmes parties à la procédure⁶⁵.
30. Il en ira en principe de même en matière scolaire⁶⁶.
31. En procédure pénale, on appliquera par analogie les règles dégagées des art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC : la possibilité doit être offerte à l'enfant d'exprimer son opinion lorsqu'il a la capacité et la maturité nécessaires pour le faire, mais le juge devra procéder à une appréciation, en tenant compte notamment de l'âge de l'enfant, de sa capacité de se souvenir et de communiquer, de la complexité de l'affaire et des exigences procédurales quant à la valeur probante des déclarations. Il devra examiner s'il n'est pas préférable de faire entendre l'enfant par un tiers (par ex. son représentant ou un spécialiste de l'enfance). Il s'agit d'éviter un risque de « victimisation secondaire ». En d'autres termes, l'art. 12 CDE, contrairement à l'art. 29 al. 2 Cst. féd., garantit seulement le droit de faire valoir son point de vue, non de participer à la procédure judiciaire avec les droits d'une partie (fournir des preuves, participer à l'administration des preuves, se déterminer sur le résultat de celles-ci). Une disposition cantonale (genevoise) qui prive le lésé de la possibilité d'intervenir comme partie dans un procès pénal devant les juridictions pour mineurs est donc compatible avec l'art. 12 CDE, du moment qu'elle n'empêche pas la victime (mineure) de faire valoir son point de vue⁶⁷.
32. On signalera encore un arrêt récent, prononcé dans le cadre d'un examen limité aux chances du procès sous l'angle du droit à l'assistance judiciaire⁶⁸. Le TF y juge qu'il n'est pas exclu de considérer que la demi-sœur de l'enfant dont le sort doit être réglé dans le divorce de ses parents et qui entretient un rapport très étroit

⁶² ATF 124 III 90, 92.

⁶³ ATF 124 II 361, 368. Cf. aussi récemment l'ATF 6B_133/2007 du 29 mai 2008, c. 3.3.1, qui rappelle que l'art. 12 CDE garantit seulement à l'enfant le droit de faire valoir de façon appropriée son point de vue, par exemple par une prise de position écrite de son représentant.

⁶⁴ ATF 5A_61/2008 du 16 juin 2008, c. 2.3. In casu, le TF estime que le point de vue des enfants concernés a été suffisamment exprimé dans un courrier, dans un rapport du service pédo-psychiatrique et dans une expertise médicale privée apportée à la procédure.

⁶⁵ ATF 2A.423/2005 du 25 octobre 2005, c. 5, ATF 2A.573/2005 du 6 février 2006, c. 3.2, ATF 2A.615/2005 du 14 mars 2006, c. 4, ATF 2C_481/2007 du 11 décembre 2007, c. 2, tous confirmant l'ATF 124 II 361, 368. Cf. aussi ATF 2D_20/2007 du 20 septembre 2007, c. 2.2, dans lequel le TF précise que la simple inscription, sous un nom contesté, d'un enfant dans une autorisation de séjour le concerne au sens de l'art. 12 al. 2 CDE, même si son point de vue a pu en l'espèce également être exprimé par son représentant légal.

⁶⁶ ATF 2D_21/2007 du 9 août 2007 c. 4.2.2. Le TF relève que l'enfant est en plus en contact permanent avec les responsables scolaires et a donc de nombreuses occasions de faire valoir son point de vue. Ce dernier argument me paraît contestable, surtout lorsque l'enfant est en conflit avec l'école.

⁶⁷ ATF 6B_133/2007 du 29 mai 2008, c. 3.

⁶⁸ ATF 5A_214/2008 du 20 juin 2008, c. 2.5.

avec celui-ci, soit elle-même touchée par le jugement de divorce et que son audition soit utile à la détermination du bien de l'enfant à attribuer. Cette situation peut imposer son audition au sens des art. 12 CDE et 144 al. 2 CC. L'arrêt peut être approuvé dans son résultat, mais l'art. 144 al. 2 CC est cité à tort : lorsque cette disposition parle d'audition des enfants, il s'agit de ceux dont le juge doit régler le sort selon l'art. 144 al. 1 CC, ce que n'est précisément pas l'enfant d'un premier lit. Seul l'art. 12 CDE est applicable dans un tel cas.

ee) Rapport entre l'audition et la prise en compte de l'avis de l'enfant

33. L'audition de l'enfant contribue sans aucun doute à faire de lui un sujet et non un simple objet dans la procédure le concernant. L'écouter, lui expliquer les critères de décision ainsi que les tenants et aboutissants de la procédure, mettre ses préoccupations ou souhaits dans la perspective globale de la situation à régler, tout cela relève d'une audition bien menée. L'étape suivante consiste pour l'autorité à faire de cet avis un critère de décision. La jurisprudence a ici aussi tenté de fixer un certain nombre de lignes directrices⁶⁹.
34. En matière d'attribution de droits parentaux, la prise en compte de l'avis de l'enfant est fonction de son âge et de son développement, à condition qu'il s'agisse d'une ferme résolution de sa part et que ce désir reflète une relation affective étroite avec le parent désigné (pas une simple passade)⁷⁰. Plus l'enfant est proche de la majorité, plus son avis a de poids ; la même règle vaut lorsqu'il s'agit de modifier une mesure de protection prise en sa faveur⁷¹.
35. La jurisprudence estime que ce n'est pas avant l'âge de 12 ans qu'un enfant devrait être interpellé sur son désir relatif à l'attribution de l'autorité parentale dans le cadre de son audition. Il ne faut pas demander à l'enfant de « choisir », mais se faire une idée de l'importance respective des parents aux yeux de l'enfant⁷²: qu'il soit sujet de la procédure ne signifie pas qu'il doive assumer la responsabilité de la décision qui sera prise ! Avant cet âge, l'audition sert avant tout à permettre au tribunal de se faire une idée personnelle et constitue un élément complémentaire dans l'établissement des faits déterminants. Comme toute limite d'âge, celle-ci est bien sûr arbitraire. Peut-on affirmer dans tous les cas que l'enfant de 12 ans peut se projeter sur les conséquences dans l'avenir du fait qu'il refuse maintenant de voir son père ou de vivre avec lui ? Mais l'on ne voit pas de meilleure solution (une limite fixée dans la loi serait tout aussi arbitraire, sans compter que sa valeur exacte – présomption irréfragable ou réfragable, simple indice – serait difficile à déterminer⁷³).
36. L'avis de l'enfant est ainsi tantôt écarté⁷⁴, tantôt jugé déterminant⁷⁵.
37. Les principes sont les mêmes pour la question de la réglementation du droit de visite⁷⁶. Celle-ci ne saurait dépendre uniquement de la volonté de l'enfant; il faut déterminer, dans chaque cas particulier, pourquoi celui-ci adopte une attitude défensive à l'endroit du parent qui n'a pas la garde et si l'exercice du droit de visite risque réellement de porter préjudice à son intérêt. On ne peut, pour autant, faire abstraction de cette volonté. Il faut prendre en considération les vœux exprimés par un enfant 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 - permettent d'en tenir compte. En présence d'une volonté très ferme clairement exprimée à

⁶⁹ Sur cette question, cf. aussi récemment P. FASSBIND, Kindeswohl und Beachtung des Kindeswillens de lege lata und de lege ferenda, RDS 2007 I 179 ss, p. 190 ss.

⁷⁰ Cf. ATF 122 III 401, 403 ; ATF 5P.257/2003 du 18 septembre 2003, c. 2.2 ; ATF 5C.238/2005 du 2 novembre 2005, c. 2.1.

⁷¹ ATF 5A_242/2007 du 16 octobre 2007, c. 5.2 (changement de famille nourricière). Cf. aussi ATF 5A_94/2007 du 31 mai 2007, c. 5.2.3 : refus de placement d'un enfant de 13 ans en famille nourricière extérieure pour remplacer les grands-parents nourriciers.

⁷² ATF 5A_482/2007 du 17 décembre 2007, c. 3.1. Cf. aussi ATF 5C.293/2005 du 6 avril 2006, c. 4.2.

⁷³ Cf. pourtant en faveur d'une telle limite impérative, P. FASSBIND, Prekäre rechtliche Stellung der Kinder, Jusletter 26 novembre 2007 ; FASSBIND, (note 69), 197, 203 ss.

⁷⁴ Par ex. ATF 5A_171/2007 du 11 septembre 2007 : attribution par l'autorité cantonale à la mère, contrairement à la solution entérinée en mesures provisoires et à l'avis de l'enfant (que l'autorité cantonale n'a toutefois pas entendu, en violation des art. 144 et 145 CC, raison pour laquelle l'arrêt cantonal a été annulé) ; ATF 5C.77/2005 du 27 mai 2005 : instrumentalisation de l'enfant âgé de 10 ans ; ATF 5P.6/2004 du 12 mars 2004 : désir comme expression du conflit de loyauté pour un enfant de 5 ans.

⁷⁵ ATF 5C.250/2005 du 3 janvier 2006 : les contacts ont cessé depuis plusieurs années (plus de 10 ans, le père s'étant exilé à l'étranger) et les enfants, âgés de 13 et 15 ans, refusaient catégoriquement de renouer des liens.

⁷⁶ Cf. par ex. ATF 5A_107/2007 du 16 novembre 2007, c. 3.2 ; ATF 5A.619/2007 du 25 février 2008, c. 8.

réitérées reprises, la fixation d'un droit de visite contreviendrait tant à la finalité du droit de visite qu'aux droits de la personnalité de l'enfant. L'opposition catégorique de l'enfant condamne par avance tout aménagement de ce droit de visite, fût-il même exercé sous surveillance. A l'inverse, le TF a estimé qu'il ne faut pas accorder un poids déterminant à l'avis d'un enfant âgé de 10 ans qui n'est pas en mesure de concevoir, même sommairement, ce qu'une absence de tout contact avec son père peut avoir pour conséquence pour lui-même, à moyen et à long terme⁷⁷. En cas de refus de l'enfant, il faut déterminer le pourquoi de l'attitude défensive et si l'exercice du droit de visite risque réellement de porter atteinte à son intérêt⁷⁸. Ainsi, dans le cas de deux fillettes de 10 et 11 ans qui n'ont plus vu leur père depuis 2 ans et en présence d'une opposition claire de la mère, la situation risque d'aboutir à une rupture complète de la relation paternelle. Cela justifie l'instauration d'une aide thérapeutique dans le but de formuler des propositions de reprise du droit de visite si celui-ci s'avère favorable au bien des enfants, indépendamment de l'avis exprimé par ceux-ci⁷⁹. Le conflit de loyauté dans lequel l'enfant est placé peut ici aussi relativiser la portée des souhaits qu'il exprime : après avoir rappelé que l'avis de l'enfant n'est qu'un des critères à prendre en compte dans la fixation des relations personnelles, le TF a ainsi jugé, au vu des motifs relevés par la cour cantonale (droit de visite compliqué exercé chaque week-end, en alternance le samedi, puis le samedi et le dimanche : conflit de loyauté, souffrance engendrée par le conflit entre ses parents et par le passage de l'un à l'autre durant le week-end) qu'il n'était pas contraire au droit fédéral de considérer que l'avis d'un enfant âgé de 9 ans ne devait pas être suivi⁸⁰.

III. La curatelle de l'art. 146 CC

38. Cette institution, destinée à assurer la représentation indépendante de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents, connaît un succès statistique pour le moins limité et inversement proportionnel au nombre de contributions qui lui ont été consacrées (174 mesures nouvelles recensées en 2006, dont 4 seulement à Genève)⁸¹. La jurisprudence fédérale⁸² oblige certes le juge, dans le cas de l'art. 146 al. 2 CC, à examiner d'office si l'instauration d'une curatelle est nécessaire (*Pflichtprüfung*), mais n'exige pas de décision formelle de sa part. Dans ce même arrêt, le TF relève que le retrait du droit de garde aux parents peut relativiser le besoin d'instituer une curatelle ; en outre les rapports établis par le Service de protection de la jeunesse peuvent suffire à protéger le bien de l'enfant en renseignant de manière approfondie le tribunal. Le TF a encore relativisé l'importance de l'institution en jugeant dans un cas d'espèce⁸³ que les divergences quant aux modalités du droit de visite n'étaient pas suffisamment importantes pour justifier la nomination d'un curateur, les parents ne remettant pas en question la nécessité des relations personnelles suivies entre l'enfant et son père, sans compter que le SPJ pouvait aussi formuler des propositions en tenant compte de l'intérêt de l'enfant⁸⁴. Dans ce même arrêt, le TF se réserve le droit⁸⁵ de ne pas ordonner l'institution d'une curatelle de représentation, même si elle s'avérait en soi justifiée, lorsque le renvoi à l'autorité cantonale aurait un effet préjudiciable sur l'enfant (exacerbation du conflit parental et prolongation d'une longue procédure de divorce). Cette approche peut se défendre sous l'angle du bien de l'enfant ; une mise en œuvre systématique serait en revanche une prime au comportement dilatoire (peu importe que le droit soit violé, du moment que la procédure dure assez longtemps pour que l'autorité de recours s'abstienne de la prolonger encore par l'admission du recours !).
39. Malgré sa faible importance pratique (la maxime inquisitoire bien appliquée permettant de s'en dispenser, dans l'esprit des autorités), certaines voix se sont exprimées pour étendre cette intervention aux mesures de

⁷⁷ ATF 5C.293/2005 du 6 avril 2006, c. 4.2.

⁷⁸ ATF 127 III 295, 298.

⁷⁹ ATF 5P.263/2005 du 27 septembre 2005.

⁸⁰ ATF 5A_619/2007 du 25 février 2008, c. 8.3.

⁸¹ RDT 2007 336 s. Il a été prononcé 20'981 divorces en 2006, qui concernaient 9'828 couples avec enfants (16'154 enfants mineurs au total). Sur l'institution et la situation à l'étranger, cf. récemment S. BLUM/M. COTTIER/D. MIGLIAZZA, *Anwalt des Kindes – Ein europäischer Vergleich zum Recht des Kindes auf eigene Vertretung in behördlichen und gerichtlichen Verfahren*, Berne 2008; cf. aussi D. STECK, *Anwalt des Kindes*, RDT 2008 49.

⁸² ATF 5A_735/2007 du 28 janvier 2008, c. 4.1. Cf. aussi ATF 5C.274/2001 du 23 mai 2002, c. 2.5 ; ATF 5C.210/2000 du 27 octobre 2000, c. 2b.

⁸³ ATF 5A_619/2007 du 25 février 2008, c. 4.2.

⁸⁴ Non sans avoir souligné l'importance du rôle du curateur et de son apport à la procédure dans l'ATF 5P.83/2006 du 3 mai 2006, c. 3.4 ...

⁸⁵ Consid. 4.2.

protection en général⁸⁶. La solution potestative de l'art. 146 CC sera également reprise dans le nouveau droit de la protection de l'adulte⁸⁷. L'art. 9 al. 3 LF-EEA va pour sa part encore plus loin⁸⁸: il ne s'agira pas ici d'une option, mais d'une *obligation* dans toutes les procédures de retour⁸⁹. Le curateur devra être « une personne expérimentée en matière d'assistance et versée dans les questions juridiques » (art. 9 al. 3). Il aura une compétence très large (on rappelle que le curateur de l'art. 146 CC ne peut intervenir sur les questions d'entretien, alors même qu'elles sont souvent le principal point du contentieux parental), puisqu'il pourra « formuler des demandes et déposer des recours ». Il devra bien sûr avoir l'indépendance nécessaire pour ne pas se laisser par trop influencer par les parents⁹⁰.

IV. Légitimation pour recourir

40. Entendre la personne concernée est une chose. Cela ne signifie pas nécessairement suivre son avis, comme on l'a vu (cf. ch. 33 ss ci-dessus). La position de sujet des procédures suppose donc que la personne puisse aussi largement que possible recourir auprès de l'instance supérieure contre les décisions qui portent atteinte à ses intérêts, singulièrement à son autonomie et aux souhaits exprimés.
41. La capacité procédurale requiert la capacité de discernement⁹¹. Le système suisse ne fixe pas de seuil d'âge pour ce discernement (art. 16 CC). Celle-ci est relative, tant d'un point de vue matériel (par rapport à l'acte considéré) que temporel (par rapport au moment de l'acte, notamment s'agissant des intervalles de lucidité pendant lesquels un malade psychique peut être jugé capable de discernement). Cela peut paraître déroutant sous l'angle de la sécurité juridique (le corps médical est régulièrement confronté à cette question⁹²). Le système offre en réalité une souplesse bienvenue, comme le montre la jurisprudence relative à la qualité pour recourir des mineurs (cf. ci-dessous ch. 42 ss). Cette capacité de discernement suffit (même en l'absence de capacité civile pleine et entière) lorsque la personne concernée fait valoir en justice des droits strictement personnels (art. 19 al. 2 CC), ce qui est généralement le cas de la réglementation de la situation personnelle et familiale⁹³.

a) Légitimation pour recourir des mineurs capables de discernement

42. Un enfant âgé de 12 ans a ainsi en principe une qualité pour recourir propre et indépendante dans les litiges relatifs au droit de visite⁹⁴, ou plus largement à sa garde (in casu décision refusant une autorisation de placement à une famille d'accueil et ordonnant par là même la fin d'un placement prononcé selon l'art. 310 al. 1 CC)⁹⁵. Ce qui vaut au plan fédéral doit bien sûr être transposé aux recours cantonaux également. Ici aussi, on se gardera de tout schématisme ; il faut toutefois que le dossier comporte des éléments démontrant que l'enfant plus jeune a pleinement saisi la portée du contentieux (la simple signature d'une procuration d'avocat ne suffit pas) : lettre de l'enfant, écrite par lui-même, avec ses mots, ou avis médical par exemple⁹⁶. La qualité pour recourir a ainsi été admise pour un enfant de 10 ans et demi, sur la base d'une attestation médicale confirmant qu'il avait bien saisi la portée du contentieux⁹⁷.

⁸⁶ Cf. par ex. J. SCHWEIGHAUSER, FamKomm Scheidung, 2005, CC 146 n. 14.

⁸⁷ Art. 314 al. 1 P qui renvoie à l'art. 449a P.

⁸⁸ Sur la critique de l'absence d'une telle curatelle à l'heure actuelle à la lumière d'un cas concret, cf. A. BUCHER, PJA 2008 127 ss, p. 133 et PJA 2007 1585, 1590 s.

⁸⁹ Cette solution est logique dans la mesure où le TF admet la qualité de partie de l'enfant enlevé (ATF 5P.151/2004 du 18 mai 2004; ATF 5P.380/2006 du 17 novembre 2006). Une représentation indépendante de celle des parents s'impose ainsi déjà pour cette raison (la complexité des questions qui se posent et le conflit exacerbé entre parents la justifient d'un point de vue matériel).

⁹⁰ Message du Conseil fédéral concernant la mise en œuvre des conventions sur l'enlèvement international d'enfants (...), FF 2007 2433, p. 2467. Pourra être notamment désigné comme curateur l'un des experts du réseau que l'autorité centrale de la Confédération et les cantons doivent mettre en place, cf. art. 3 LF-EEA.

⁹¹ Cf. par ex. ATF 118 Ia 236, 239 s.

⁹² Pour deux arrêts récents: ATF 2C_5/2008 du 2 avril 2008 (traitement ostéopathique sur une jeune fille de 13 ans), OG LU, FamPra.ch 2008 445 n. 47.

⁹³ Cf. de manière très générale et parmi beaucoup d'autres : H. DESCHENAUX/P.-H. STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, Berne 2001, n. 221.

⁹⁴ ATF 120 Ia 369, 371 ; ATF 5C.51/2005 du 2 septembre 2005, c. 2.2.

⁹⁵ ATF 5P.41/2006 du 17 février 2006, c. 1.3.

⁹⁶ ATF 5P.319/2006 du 29 novembre 2006, c. 2.

⁹⁷ ATF 5C.51/2005 du 2 septembre 2005, c. 2.2.

43. Paradoxalement et en dépit de cette jurisprudence fort claire, le TF a récemment laissé ouverte la question de principe de savoir si la détermination de la garde relève bien des droits strictement personnels du mineur, avec pour conséquence que le mineur capable de discernement serait légitimé à recourir seul et qu'il ne saurait être représenté contre son gré dans une telle contestation⁹⁸. Il est vrai que la décision ne nécessitait pas que l'on tranche cette question et que le TF paraît enclin à y répondre de manière positive. C'est d'ailleurs dans ce sens que va un arrêt plus ancien⁹⁹, dans lequel le TF avait estimé qu'une mineure âgée de 14 ans et demi était touchée dans ses droits de personnalité par une décision ordonnant un placement provisoire pendant une procédure pénale dirigée contre elle¹⁰⁰. Étant capable de discernement, elle était légitimée à recourir seule contre la décision, en agissant personnellement, ou en mandatant un défenseur de son choix (si elle était incapable de discernement, le représentant légal pourrait agir, car il ne s'agit pas de droits strictement personnels dits absolus). En revanche, le représentant légal ne pouvait agir sans le consentement au moins tacite du mineur capable de discernement¹⁰¹. A mon sens, dans le système du droit suisse, la capacité de discernement du mineur doit exclure le pouvoir de représentation des représentants légaux (qui peuvent bien sûr être désignés comme représentants volontaires) ; cependant, les père et mère conserveront dans la plupart des cas, de par les prérogatives de l'autorité parentale, un droit propre à recourir en leur nom à eux, pour défendre leurs intérêts personnels protégés.

b) *Légitimation pour recourir des interdits capables de discernement*

44. Le même système s'applique aux majeurs. Certaines dispositions concrétisent expressément la règle de l'art. 19 al. 2 CC (par ex. art. 420 CC)¹⁰², mais le principe est d'application générale. L'interdit capable de discernement peut ainsi non seulement recourir seul contre les actes du tuteur et de l'autorité tutélaire, mais aussi contre les décisions refusant de mettre fin à une PLFA : il est alors habilité à désigner lui-même un mandataire de son choix et à conclure avec lui le contrat de mandat qui règle leurs rapports juridiques¹⁰³. Celui qui est privé provisoirement de l'exercice des droits civils (art. 386 al. 2 CC) conserve aussi la capacité nécessaire, s'il est capable de discernement, pour défendre ses droits contre ce prononcé et mandater un avocat à cette fin¹⁰⁴. Il en ira de même pour recourir en matière de police des étrangers¹⁰⁵.

45. Tel n'est pas le cas en revanche d'un recours en matière de poursuite (auquel s'applique en outre l'art. 421 ch. 8 CC), puisqu'il ne s'agit pas de l'exercice d'un droit strictement personnel¹⁰⁶ : il faut la capacité civile pleine et entière.

46. Plus douteuse, bien que liée à des questions matérielles plus que procédurales, nous apparaît la confirmation des ATF 102 II 190 et 106 II 298 (300)¹⁰⁷ : le retrait ou la révocation d'une demande d'interdiction ou de conseil légal volontaire (art. 372 CC) pendant le délai de recours ne sont pas admis, au motif que l'autorité de recours ne serait sinon jamais en mesure d'examiner si les conditions objectives de la mesure sont réunies et si le consentement donné est vicié ou non. La révocabilité de l'accord selon l'art. 27 CC nous

⁹⁸ ATF 5A_94/2007 du 31 mai 2007, c. 1.3 (enfant âgé de 14 ans, auquel on a désigné un curateur pour agir en son nom, au motif qu'il n'aurait pas le discernement nécessaire).

⁹⁹ ATF 6P.121/2003 du 9 octobre 2003, c. 3.2.

¹⁰⁰ Moins clair dans cette même affaire l'ATF 1P.618/2003 du 15 janvier 2004, c. 1, qui admet le pouvoir du représentant légal d'intervenir à la procédure pénale concernant le mineur capable de discernement sans, voire contre sa volonté !

¹⁰¹ In casu absence de consentement au recours déposé par un avocat mandaté par le père, alors même que la mineure avait en plus exprimé sa reconnaissance pour le placement ordonné !

¹⁰² Le TF me paraît en revanche faire une différenciation infondée dans l'ATF 5P.408/2003 du 22 décembre 2003 (cf. ma note critique avec références in RDT 2003 111 : le droit du pupille capable de discernement de recourir contre les actes du tuteur est garanti par l'art. 420 al. 1 CC (et par l'al. 2 contre les décisions de l'autorité tutélaire). Dans ce cadre, comme il s'agit d'un droit strictement personnel (art. 19 al. 2 CC), le pupille peut aussi choisir librement son mandataire. En revanche, dès lors que l'objet de la contestation serait patrimonial (ici consentement de l'autorité à la vente d'actions), l'art. 19 al. 2 CC ne s'appliquerait plus et le pupille ne pourrait agir seul. A mon sens, l'art. 420 CC est en réalité une disposition spéciale, qui donne au pupille capable de discernement la légitimation pour recourir contre toute décision des organes de tutelle, qu'elle porte sur ses intérêts strictement personnels ou non. La doctrine est en revanche partagée s'agissant du droit de faire appel librement à un avocat (tous les cas, ou seulement ceux mettant en jeu des intérêts personnels). C'est la solution libérale et protectrice des intérêts du pupille qui devrait l'emporter sur ce point aussi.

¹⁰³ ATF 5A_10 et 5A_11/2007 du 23 mars 2007, c. 3.2.3. Cf. déjà ATF 112 IV 9.

¹⁰⁴ ATF 5P.16/2004 du 9 février 2004, c. 1.

¹⁰⁵ ATF 2A.35/2006 du 31 mai 2006, c. 2.

¹⁰⁶ ATF 7B.223/2004 du 21 décembre 2004.

¹⁰⁷ ATF 5C.190/2005 du 14 octobre 2005, c. 4.1.

semble devoir être garantie jusqu'au bout, charge pour l'autorité d'entamer une procédure contrainte par la suite. Certes, il existe un risque que la personne concernée feigne de jouer le jeu, pour se rétracter très tardivement dans la procédure, mais l'on sait que l'interdiction volontaire n'a souvent de volontaire que le nom et qu'elle est en réalité très fortement suggérée¹⁰⁸ : cela justifie de garantir largement le droit de la personne concernée à exercer son autodétermination pendant le délai de recours encore et à « préférer » faire l'objet d'une procédure complète « contrainte ».

c) *Le respect de l'autonomie par l'exclusion de tiers de la procédure*

47. Respecter l'autonomie de la personne concernée, c'est aussi empêcher qu'un tiers ne puisse intervenir dans des procédures visant à sa protection, pour défendre des intérêts égoïstes. Un tiers n'a qualité pour recourir selon l'art. 420 CC que lorsqu'il invoque les intérêts de la personne à protéger ou se plaint de la violation de ses propres droits et intérêts protégés¹⁰⁹. Ainsi les droits ou intérêts propres du père putatif (en cas d'action en constatation de la paternité) ou du père inscrit à l'état civil (en cas d'action en désaveu ou en contestation de la reconnaissance) ne sont pas protégés et ils n'ont pas qualité pour recourir contre une décision d'institution d'une curatelle pour l'enfant¹¹⁰.
48. Les membres de la famille ne peuvent pas non plus recourir contre une mesure de curatelle prononcée pour un majeur (en l'occurrence acceptée par l'intéressée) lorsqu'ils ne peuvent se fonder ni sur les intérêts de la personne à protéger, ni sur une violation de leurs propres droits ou intérêts ; le fait qu'ils puissent être légitimés à s'opposer (art. 433 al. 3 CC) à la levée de la mesure n'y change rien¹¹¹.
49. Dans le même ordre d'idée, on saluera un arrêt-sanction du TF¹¹² qui condamne la mère à titre personnel aux frais d'une procédure portant sur des recours déposés par des enfants âgés de 10 et 11 ans et demi (contre le choix de la personne du curateur de l'art. 146 CC), mais à l'évidence rédigés par elle-même (manipulation et instrumentalisation des enfants constitutive d'une violation des règles de la bonne foi en procédure).

V. But et portée de l'expertise

50. Les mesures de protection (toujours au sens le plus large du terme) sont régies par la maxime inquisitoire. Celle-ci (cf. par ex. art. 145 CC¹¹³) impose au juge d'éclaircir les faits et de prendre en considération d'office tous les éléments qui peuvent être importants pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant. Dans ce contexte, la problématique de l'expertise est récurrente: soit l'expertise a été ordonnée et les résultats, pris à son compte par l'autorité de décision pour fonder sa décision, sont contestés par la personne concernée, soit une telle expertise est requise par une partie, mais refusée par l'autorité. La jurisprudence est abondante et souvent étroitement liée aux circonstances du cas concret. On se limitera par conséquent à quelques enseignements généraux, en abordant également quelques points liés aux modalités même de l'expertise.

¹⁰⁸ Cf. par ex. E. LANGENEGGER, Basler Kommentar, 2006, CC 372 n. 14.

¹⁰⁹ ATF 121 III 1, 3. Cf. encore dans le même sens ATF 5P.385/2006 du 12 mars 2007, c. 5.1.

¹¹⁰ ATF 5C.242/2005 du 17 janvier 2006, c. 2.3. La nécessité d'une curatelle était toutefois douteuse in casu, puisque l'enfant était âgé de 14 ans et pouvait être jugé capable de discernement et donc habilité à agir seul (art. 19 al. 2 CC) en désaveu de paternité.

¹¹¹ ATF 5C.155/2006 du 1^{er} septembre 2006, c. 4.

¹¹² ATF 5P.407/2005 et 5C.278/2005 du 31 janvier 2006.

¹¹³ La maxime peut s'appliquer même si la loi ne le prévoit pas expressément, lorsqu'elle est inhérente à la mesure envisagée. Pour la PLAFa, cf. ATF 130 III 734, 735. La maxime inquisitoire s'applique également dans une procédure de modification de l'autorité parentale conjointe de parents non mariés, cf. ATF 5C.34/2006 du 27 juin 2006, c. 1.1.

51. L'importance pratique de l'expertise ne saurait être sous-estimée¹¹⁴. Lorsque la juridiction cantonale¹¹⁵ se rallie au résultat d'une expertise, le TF, qui laisse une large marge d'appréciation aux autorités inférieures, n'admet le grief d'appréciation arbitraire des preuves (art. 9 Cst. féd., art. 95/97 LTF) que si l'expert n'a pas répondu aux questions, si ses conclusions sont contradictoires ou si, de quelque autre manière, l'expertise est entachée de défauts à ce point évidents et reconnaissables, même en l'absence de connaissances ad hoc, qu'il n'était tout simplement pas possible de les ignorer. L'autorité cantonale n'est pas tenue de contrôler à l'aide d'ouvrages spécialisés l'exactitude scientifique des avis de l'expert ; il n'appartient pas non plus au TF de vérifier que toutes les affirmations de l'expert sont exemptes d'arbitraire : sa tâche se limite à examiner si l'autorité cantonale pouvait faire siennes, sans arbitraire, les conclusions de l'expertise. Ce n'est que s'il entend suivre une expertise dont les conclusions lui paraissent douteuses qu'il lui appartient de dissiper ses hésitations au moyen d'autres moyens de preuve¹¹⁶. Il n'est en principe pas arbitraire de privilégier l'opinion émise par des experts choisis par l'autorité judiciaire plutôt que l'avis d'un médecin traitant ou privé¹¹⁷.
52. En revanche, il appartient exclusivement au juge, non pas à l'expert, de résoudre les questions juridiques¹¹⁸. C'est ainsi que le fait que le rapport d'expertise considère qu'une interdiction n'est pas, sous l'angle médical, une nécessité absolue ne lie pas l'autorité : celle-ci est seule compétente pour décider de la mesure tutélaire adéquate¹¹⁹. Le juge peut aussi sans arbitraire s'écarter d'une expertise qui préconise un droit de visite si large qu'il revient, juridiquement, à une garde alternée, alors que l'un des parents n'en veut pas¹²⁰.
53. On peut évidemment se demander si le poids accordé à l'expertise va dans le sens de la protection de l'autonomie de la personne concernée. A mon avis, la réponse est affirmative. Tant que la loi n'imposera pas des tribunaux de la famille, avec les compétences non juridiques qui vont de pair, les experts demeureront a priori les mieux placés pour créer le contact avec les personnes concernées, poser les bonnes questions et analyser celles-ci avec la distance professionnelle nécessaire.
54. Contrairement à ce que pensent souvent les parties concernées, non seulement elles sont tenues de collaborer à l'établissement des faits et de motiver leurs conclusions (malgré l'application des maximes d'office et inquisitoire)¹²¹, mais il n'existe pas de *droit* à l'expertise¹²². Le refus d'une expertise (ou d'une contre-expertise) fondé sur une appréciation anticipée des preuves ne doit pas être examiné sous l'angle d'une violation du droit à la preuve (art. 8 CC), mais sous celui de l'appréciation arbitraire des preuves¹²³. Malgré son importance pratique, l'expertise n'est donc qu'une mesure probatoire parmi d'autres ; dans la mesure où il peut se faire une représentation exacte des faits litigieux sur la base des preuves administrées, le juge n'est pas tenu de procéder à d'autres investigations ; il doit en revanche ordonner une expertise lorsqu'elle apparaît comme le seul moyen de preuve idoine, en particulier lorsqu'il ne dispose pas de connaissances personnelles suffisantes pour se prononcer sur le bien de l'enfant ; l'autorité inférieure dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur cette question¹²⁴.
55. Le droit à l'expertise a été nié :

¹¹⁴ On s'étonnera à cet égard de l'ATF 5C.202/2002 du 18 novembre 2002, c. 2.4, dans lequel le TF a refusé d'avaliser le placement d'enfants en vue d'une expertise (fondé sur l'art. 307 CC) alors que la mère refusait d'y collaborer : il a jugé que le défaut de coopération était surtout négatif pour l'autorité et les experts et que la mesure (même de durée limitée) reviendrait à exécuter de manière anticipée un retrait de garde qu'il fallait justement investiguer. Il me semble que dans un tel cas le respect du bien de l'enfant doit l'emporter sur l'autonomie de leur mère ...

¹¹⁵ Le TF ne peut lui-même ordonner une (nouvelle) expertise psychiatrique en procédure de recours (cf. ATF 5C.152/2006 du 6 septembre 2006, c. 3).

¹¹⁶ ATF 5A_358/2007 du 29 octobre 2007, c. 3.2 (cf. aussi ATF 118 Ia 144, 146).

¹¹⁷ ATF 5A_181/2008 du 25 avril 2008, c. 2.3 (de façon générale, cf. ATF 124 I 170, 175).

¹¹⁸ ATF 5C.143/2006 et 5P.206/2006 du 29 septembre 2006, c. 2.1 et 3.2. Cf. aussi ATF 5P.238/2006 du 16 novembre 2006, c. 3.1.2, ATF 5A_181/2008 du 25 avril 2008, c. 2.1, ou encore ATF 5A_616/2007 du 23 avril 2008, c. 7.3.1. Hors du domaine qui nous intéresse : ATF 132 II 257, 269.

¹¹⁹ ATF 5C.152/2006 du 6 septembre 2006, c. 4.4.

¹²⁰ ATF 5P.103/2004 du 7 juillet 2004, c. 3.3.

¹²¹ Cf. ATF 5A_358/2007 du 29 octobre 2007, c. 2.1 (ou déjà ATF 128 III 411, 413). L'art. 448 du projet de nouveau droit de protection de l'adulte le précisera expressément.

¹²² Par ex. ATF 5C.143/2006 du 29 septembre 2006, c. 2.3 ; ATF 5C.153/2002 du 16 octobre 2002, c. 3.1.

¹²³ ATF 5C.271/2006 du 9 mai 2007, c. 3.5.4. Pour la PLFAFA : ATF 130 III 734, 735.

¹²⁴ ATF 5A_405/2007 du 6 décembre 2007, c. 2.2 ; cf. en outre ATF 5C.210/2000 du 17 octobre 2000, c. 2c, ATF 5C.153/2002 du 16 octobre 2002, c. 3.1.2 ; ATF 5C.22/2005 du 13 mai 2005, c. 2.2, ATF 5A_735/2007 du 28 janvier 2008, c. 3.1.

- dans le cas d'un père condamné à 7 ans de réclusion pour viol et contrainte sexuelle, qui réclamait l'exercice d'un droit de visite : l'état de fait déterminant pour prononcer un retrait complet des relations personnelles pouvait être établi d'une autre manière (rapport du tuteur officiel, expertise du père dans la procédure pénale, etc.)¹²⁵ ;
- dans un cas d'attribution des droits parentaux sur deux fillettes à leur père: le juge pouvait se faire une représentation exacte des faits litigieux sur la base des preuves administrées, en particulier des rapports de services spécialisés figurant déjà au dossier (appréciation anticipée des preuves)¹²⁶ ;
- en procédure de recours lorsqu'aucun fait nouveau important n'était allégué et que l'actualisation du dossier pouvait se faire par l'audition des enfants¹²⁷.

56. Une expertise a en revanche été jugée nécessaire :

- dans un cas de soupçon d'abus sexuels¹²⁸ ;
- pour prendre une décision relative au droit de garde et au droit de visite en présence d'allégations sur l'alcoolisme d'un parent, d'inquiétudes du service du tuteur général et de conclusions formelles d'une partie demandant une telle expertise¹²⁹ ;
- pour modifier l'attribution de l'autorité parentale sur un enfant de parents divorcés (après gestes d'automutilation, menace de meurtre et de suicide de la mère) ; le rapport établi par le service de protection des mineurs (peu éloquent et ne faisant pas état des qualifications professionnelles de son auteur) et les documents médicaux n'apportaient qu'un éclairage très partiel sur l'état mental de la mère et sur ses capacités à prendre soin de l'enfant¹³⁰.

57. Le bien de l'enfant lui-même peut selon les cas justifier de renoncer à l'expertise, car cette preuve peut être longue à administrer et la situation de l'enfant commander une décision rapide¹³¹. Une expertise pédopsychiatrique et une expertise sur les capacités éducatives de la mère juridique (sœur de la mère nourricière), qui peuvent être requises pour statuer sur la restitution du droit de garde comme telle, ne sont ainsi pas nécessairement indiquées lorsqu'il s'agit de fixer un droit de visite de durée limitée (trois à huit heures par mois) et qu'on peut faire face aux éventuels risques pour l'enfant (mère toxicomane et instable) par la mise en place d'un accompagnement¹³².

58. La jurisprudence insiste également sur le fait que l'expertise ne saurait être nécessairement requise en cas de litige sur l'attribution de la garde en mesures provisoires¹³³. C'est évidemment conforme au caractère sommaire de la procédure fondée sur l'art. 137 CC (en principe limitée aux moyens de preuve immédiatement disponibles), qui aboutit à une solution par définition temporaire. Mais cela paraît douteux quand on sait combien la réglementation provisoire influencera (de par le critère de la stabilité et du maintien du statu quo dans l'intérêt de l'enfant) la décision sur le fond¹³⁴.

59. Le TF a aussi jugé¹³⁵, de manière pragmatique mais peut-être délicate, que le bon déroulement de l'expertise pouvait justifier que l'on supprime purement et simplement tout droit de visite entre un père et son enfant (donc que l'on renonce même à un droit de visite au Point Rencontre) pour éviter que le père n'influence l'enfant. Cette solution est défendable : on limite drastiquement le droit du père à court terme, en espérant disposer ensuite des moyens nécessaires pour prendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant sur le long terme. Encore faut-il évidemment que l'expertise soit menée de façon diligente, faute de

¹²⁵ ATF 5C.93/2005 du 9 août 2005.

¹²⁶ ATF 5A_735/2007 du 28 janvier 2008.

¹²⁷ ATF 5C.24/2003 du 10 mars 2003.

¹²⁸ ATF 5C.58/2004 du 14 juin 2004, cas d'un père à tendances suicidaires et pédophiles, avec un téléchargement avéré de 1'600 images pédophiles : bien qu'il se fasse soigner depuis 3 ans et que son état dépressif se soit amélioré, il n'est pas possible sans expertise psychiatrique de poser un pronostic quant à ses perversions sexuelles ni de juger dans quelle mesure elles représentent un danger pour les enfants.

¹²⁹ ATF 5C.257/2004 du 9 mars 2005.

¹³⁰ ATF 5A_405/2007 du 6 décembre 2007.

¹³¹ ATF 5P.212/2002 du 12 novembre 2002, c. 2.2.5, dans lequel le TF a toutefois constaté que la requête d'expertise du père dans le cadre d'une modification de l'autorité parentale selon l'art. 298a CC aurait dû être admise.

¹³² ATF 5P.9/2005 du 22 février 2005, c. 5.1.

¹³³ ATF 5P.14/2004 du 23 février 2004. c. 4.8.

¹³⁴ Cf. notamment ATF 111 II 223, 224 ou ATF 114 II 200, 204, et plus récemment : ATF 5A_171/2007 du 11 septembre 2007 (avec toutefois quelques arrêts qui font exception à la tendance ou tentation de privilégier le statu quo : ATF 5P.14/2004 du 23 février 2004; ATF 5A_358/2007 du 29 octobre 2007).

¹³⁵ ATF 5P.131/2006 du 25 août 2006, c. 4.2.2.

quoi le droit de visite serait complètement supprimé pendant plusieurs mois pour des raisons purement procédurales. On peut se demander si ce droit de visite ne devrait pas être rétabli (en milieu surveillé) dès que l'expert a terminé ses investigations, même s'il n'a pas encore rédigé son rapport (et c'est souvent ce qui prend le plus de temps ...).

60. L'art. 397e ch. 5 CC (devoir de procéder à une expertise pour toute décision de PLAFa concernant un malade psychique) ne s'applique que par analogie au placement de mineurs (cf. art. 314a al. 1 CC et ch. 21 ci-dessus). Même si la notion de « malade psychique » doit être interprétée largement lorsqu'il s'agit d'enfants, une expertise ne doit être ordonnée que pour autant qu'il y ait lieu de penser, au vu des constatations déjà faites, qu'un placement en établissement psychiatrique est nécessaire. Lorsque les difficultés d'éducation sont avant tout liées à l'environnement et au développement de l'enfant lui-même, on ne peut a priori faire grief à l'autorité d'avoir renoncé à faire appel à des experts psychiatres¹³⁶.
61. S'agissant des majeurs, on rappelle que l'expertise est rendue obligatoire par l'art. 374 al. 2 CC lorsque l'interdiction doit être prononcée sur le fondement de l'art. 369 CC (maladie mentale ou faiblesse d'esprit). Le TF a laissé ouverte la question de l'application analogique de cette règle au conseil légal gérant ou combiné¹³⁷.
62. En matière de PLAFa, la jurisprudence a rappelé :
- que les autorités supérieures peuvent renoncer à une nouvelle expertise (art. 397e ch. 5 CC) lorsque celle-ci a été ordonnée en première instance, à condition toutefois de se prononcer sur les critiques de l'intéressé s'agissant de la motivation et des conclusions de cette expertise¹³⁸;
 - que la personne qui assiste le malade psychique n'a pas le droit de participer à l'expertise judiciaire, pour autant qu'elle puisse ensuite prendre connaissance des résultats de l'expertise et se déterminer à leur propos¹³⁹. Une jurisprudence qui mériterait à mon sens un réexamen dans un domaine comme la PLAFa, où l'expertise est si fondamentale (en règle générale, l'essentiel se joue à ce stade ...), à condition évidemment que l'intéressé consente à la présence d'un tiers ;
 - qu'une expertise par le médecin de la clinique ne suffit pas au sens de l'art. 397e ch. 5 CC¹⁴⁰ ;
 - que si des décisions de placement sont prises à intervalles rapprochés, la jurisprudence de l'ATF 131 III 457 relative aux demandes de libération répétées peut être appliquée par analogie et permet d'éviter qu'à chaque fois une nouvelle expertise doive être sollicitée. Il faut toutefois garder à l'esprit que l'expert doit se prononcer non seulement sur les capacités mentales de l'intéressé, mais aussi sur le danger qu'il représente pour lui-même et pour autrui et sur l'opportunité d'un traitement en clinique par rapport à une prise en charge ambulatoire. Cela peut donc malgré tout justifier des expertises à intervalles rapprochés. Dans le cas d'espèce¹⁴¹, il a été jugé que l'art. 397e ch. 5 CC avait été violé, dans la mesure où l'expertise, qui datait de plus de 10 mois, ne disait rien du programme de traitement par étapes mis en place, que le recourant contestait à titre principal.

VI. Effet suspensif et exécution des décisions

63. Respecter l'intérêt de la personne à protéger, c'est aussi faire en sorte qu'une décision prise en sa faveur puisse en principe entrer en vigueur immédiatement, nonobstant un éventuel recours. Compte tenu du danger encouru par l'enfant, même lorsque le recours est traité avec toute la célérité voulue, et de la perception spécifique de l'écoulement du temps par l'enfant, il se justifie en règle générale de priver le

¹³⁶ ATF 131 III 409, 411. Cf. aussi ATF 5C.294/2005 du 27 février 2006, c. 4.1/4.2 : concours d'un expert psychiatre indispensable, car l'enfant souffre à l'évidence de troubles psychiques.

¹³⁷ ATF 5C.82/2003 du 5 mai 2003, c. 4. Selon la jurisprudence publiée, une expertise psychiatrique n'est pas nécessaire pour la mise sous conseil légal coopérant (ATF 66 II 12, 14), mais pourrait l'être, en fonction des circonstances du cas individuel, et non de manière absolue, pour le conseil légal gérant ou combiné (ATF 113 II 228, 232). On devrait partir du principe que l'expertise est nécessaire pour chaque conseil légal, lorsque la faiblesse de la personne résulte apparemment de troubles psychiques (cf. aussi *H. M. Riemer*, Grundriss des Vormundschaftsrechts, 1997, p. 113 ; *Geiser (note 5)*, CC 374 n. 18, CC 397 n. 15).

¹³⁸ ATF 5P.30/2007 du 2 mai 2007, c. 4.3.

¹³⁹ ATF 5P.11/2003 du 27 janvier 2003, c. 3, cf. déjà ATF 119 Ia 260, 261.

¹⁴⁰ ATF 5A_137/2008 du 28 mars 2008, c. 3.3.1, lequel confirme l'ATF 128 III 12, 17. Cf. aussi ATF 5A_58/2008 du 27 février 2008 c. 3 (ATF 134 III 289, non publié sur ce point). La récusation doit toutefois être demandée dans le cadre de la procédure cantonale, faute de quoi le TF ne peut annuler la décision pour ce motif.

¹⁴¹ ATF 5A_137/2008 du 28 mars 2008, c. 3.3.

recours de l'effet suspensif lorsque la décision attaquée touche directement la situation de l'enfant ; cet effet suspensif doit en revanche être accordé lorsque les chances de succès du recours ou d'autres circonstances le commandent. Les autorités cantonales disposent d'un large pouvoir d'appréciation à cet égard¹⁴².

64. L'art. 314 ch. 2 CC permet non seulement au juge de *retirer* l'effet suspensif au recours, mais l'autorise également à le *restituer*¹⁴³. Le TF n'a pas jugé arbitraire de restituer l'effet suspensif au recours du père, pour empêcher que l'enfant, qui vit depuis seize mois avec lui, ne soit remis à sa mère (laquelle dispose pourtant déjà d'un large droit de visite) avant une décision sur le fond¹⁴⁴. Les circonstances du cas d'espèce sont cependant déterminantes : tout en confirmant cette jurisprudence, le TF a jugé non arbitraire le *rejet* d'une requête de restitution de l'effet suspensif au recours contre une décision qui confiait l'enfant à sa mère, alors que le père en avait assumé la garde prépondérante pendant quelque quatre ans¹⁴⁵!
65. Le Tribunal fédéral a aussi eu à juger de cette question en matière de mesures de protection des majeurs. Il a ainsi précisé que le prononcé d'*interdiction* est un jugement formateur (constitutif), qui crée un statut juridique nouveau pour l'intéressé. L'entrée en force de chose jugée formelle d'un tel jugement relève du droit matériel : ni le droit cantonal de procédure, ni l'autorité ne peuvent prévoir qu'il entre en vigueur à la date du jugement de première instance. Comme il est susceptible de recours en matière civile au TF, le prononcé d'*interdiction* n'aura de force de chose jugée formelle qu'à l'échéance du délai de recours (art. 100 al. 1 LTF), si un tel recours n'est pas exercé, ou au moment de l'arrêt du TF sur recours. En cas d'urgence, l'autorité prendra d'office les mesures provisoires nécessaires, le cas échéant en privant provisoirement de l'exercice des droits civils la personne concernée (art. 386 CC). Le refus de l'effet suspensif au recours cantonal est par conséquent arbitraire. Refuser l'effet suspensif à une décision de *PLAFA* n'est en revanche pas arbitraire dans le cas d'espèce (délire de persécution susceptible de mettre la sécurité d'autrui en danger, incapacité à reconnaître sa maladie, ce qui relativise l'engagement à prendre les médicaments prescrits, etc.)¹⁴⁶.
66. Il pourrait être conforme au principe de proportionnalité de suspendre l'exécution d'une mesure tutélaire à l'essai, lorsque le pronostic est par trop incertain. Il est toutefois douteux qu'une telle faculté soit donnée à l'autorité en l'absence de toute base légale. Quoiqu'il en soit, le TF a refusé d'admettre une levée à l'essai (avec un délai d'épreuve) d'une mesure d'*interdiction*¹⁴⁷ : on ne peut pas lever la mesure dans le but de déterminer ... s'il est justifié de la lever ! En d'autres termes, il appartient à l'autorité d'assumer la responsabilité du pronostic qui doit inévitablement être fait.
67. Les règles sur l'*exécution* des décisions peuvent elles aussi être mises en relation avec le respect de la personne concernée comme sujet de la procédure. Dans un obiter dictum¹⁴⁸, le TF semble définitivement exclure l'exécution d'un droit de visite par la force publique. Ce souci d'assurer le bien de l'enfant encore à ce stade tardif et en principe ultime de la procédure ressort aussi d'un arrêt du 19 décembre 2007¹⁴⁹. Le TF y rappelle que l'exécution d'un droit de visite relève du droit de procédure cantonal et que le titulaire du droit doit exiger que les enfants lui soient confiés selon les modalités d'horaire et de durée fixées dans la décision. L'autorité d'exécution n'a pas la compétence de modifier, de compléter ou de suspendre *durablement* la réglementation arrêtée par le juge ou l'autorité tutélaire ; en cas de circonstances nouvelles qui rendent nécessaire une modification de la décision, il appartient aux parties de saisir l'autorité compétente sur le fond. Cependant, l'autorité peut, à titre provisoire, refuser l'exécution, ou ne l'ordonner que *partiellement* dans l'intérêt de l'enfant, pour autant qu'une telle exécution partielle soit réalisable au vu des circonstances¹⁵⁰.

¹⁴² ATF 5P.461/2006 du 16 janvier 2007, c. 5. Pour un cas particulier dans lequel c'est le parent se voulant protecteur de l'enfant qui a vu son recours être privé de l'effet suspensif, cf. ATF 5A_17/2007 du 6 mars 2007 (refus de l'effet suspensif au recours de la mère, pour permettre un rétablissement rapide du droit de visite, sans attendre un non-lieu pénal sur les abus sexuels reprochés, vu les conclusions concordantes de l'expert psychiatre et du SPJ).

¹⁴³ ATF 5A_750/2007 du 4 février 2008, c. 2 ; ATF 5A_17/2007 du 6 mars 2007, c. 4.1 ; ATF 5P.461/2006 du 16 janvier 2007, c. 5.

¹⁴⁴ ATF 5A_750/2007 du 4 février 2008, c. 2.

¹⁴⁵ ATF 5A_107/2008 du 28 mars 2008.

¹⁴⁶ ATF 5A_537/2007 du 3 octobre 2007, c. 2/3.

¹⁴⁷ ATF 5C.172/2003 du 18 septembre 2003, c. 2.3.

¹⁴⁸ ATF 5A_107/2007 du 16 novembre 2007, c. 3.3.

¹⁴⁹ ATF 5A_547/2007 du 19 décembre 2007, c. 5. Cf. encore ATF 5A_627/2007 du 28 février 2008, c. 3.1.

¹⁵⁰ En l'espèce, suite au déménagement de la mère et des enfants de Genève à Fribourg, l'intérêt des enfants s'opposait manifestement à l'exécution d'un jugement prévoyant un droit de visite de quatre jours successifs par semaine. Une

VII. Motivation

68. Les mesures de protection portent atteinte à la sphère éminemment personnelle de l'individu et de son entourage. Il est donc logique d'exiger que la décision soit convenablement motivée ; ce droit à la motivation de la décision relève de manière générale du droit d'être entendu, même dans les domaines qui touchent moins directement la personne même de l'individu¹⁵¹. Ces exigences sont très généralement respectées : lorsque le TF annule une décision cantonale, c'est rarement pour défaut de motivation, mais bien plus généralement pour motivation non conforme au droit fédéral (vice matériel). J'ai pourtant le sentiment, à lire la récente jurisprudence fédérale en matière de PLAFa (qui a vu à plusieurs reprises le TF ordonner des libérations immédiates¹⁵²), que la mesure comme telle aurait souvent pu être confirmée dans les cas d'espèce, au regard de l'état de fait présenté et de ce qu'il révèle implicitement sur les troubles de la personne concernée, si l'autorité cantonale avait « soigné » la motivation !
69. Le TF a ainsi jugé :
- que le seul fait que l'internement permet d'assurer la prise des médicaments prescrits ne suffit pas au sens de l'art. 397a CC, en l'absence d'indices concrets d'un risque de mise en danger par l'intéressé de lui-même ou de tiers en cas de libération ; il en ira ainsi même s'il faut compter avec des actes déraisonnables, des insultes ou un comportement quérulent à l'égard des autorités¹⁵³, ou encore avec le risque que l'intéressé perde le logement qu'il loue en raison de son comportement, notamment de ses soliloques¹⁵⁴ ;
 - que la PLAFa ne doit pas être utilisée en lieu et place d'une autre mesure tutélaire lorsque la personne ne présente pas de risque concret pour elle-même ou pour les tiers, mais que seuls des besoins de nature sociale ou économique sont en jeu¹⁵⁵ ;
 - que l'art. 397a CC ne permet en principe pas de prononcer un internement pour réaliser une simple expertise (in casu complémentaire)¹⁵⁶ ;
 - qu'une PLAFa n'est pas le moyen adéquat d'empêcher qu'un père ne cause un traumatisme à son enfant (un risque à prévenir par des mesures fondées sur les art. 307 ss CC)¹⁵⁷.
70. Un arrêt du 22 janvier 2008¹⁵⁸ nous paraît symptomatique de ces lacunes de motivation des juridictions inférieures. Le TF y admet le recours de la personne internée et ordonne sa libération immédiate, dans la mesure où l'arrêt cantonal ne contient que des « affirmations vagues et très générales » sur les conséquences possibles d'une libération, qu'aucun risque concret de suicide ou de mise en danger des tiers n'existe et que l'intéressée refuse clairement tout traitement au sein de l'établissement¹⁵⁹.
71. Les mêmes exigences strictes sont posées pour le prononcé d'interdiction : dans un arrêt rendu quelques jours plus tard¹⁶⁰, le TF a considéré que les circonstances sur lesquelles s'était fondée la cour cantonale

exécution partielle, limitée à la moitié des vacances scolaires et à un week-end sur deux, d'une manière compatible avec les horaires scolaires, était en revanche réalisable et conforme à l'intérêt des enfants (l'arrêt cantonal avait prononcé un refus total).

¹⁵¹ Cf. par ex. 133 III 439, 445 (ou encore ATF 5A_616/2007 du 23 avril 2008, c. 4).

¹⁵² Les décisions sont en général prises rapidement : décision attaquée datant du 29 avril 2008 dans l'ATF 5A_308/2008 du 19 mai 2008 ; décision attaquée datant du 26 mars 2008 dans l'ATF 5A_219/2008 du 23 avril 2008 ; pour un contre-exemple : décision attaquée datant du 5 mars 2008 dans l'ATF 5A_197/2008 du 2 juin 2008.

¹⁵³ ATF 5A_312/2007 du 10 juillet 2007, c. 2.

¹⁵⁴ ATF 5A_219/2008 du 23 avril 2008, c. 5.2. Cf. aussi ATF 5A_197/2008 du 2 juin 2008, c. 2.4.

¹⁵⁵ ATF 5A_308/2008 du 19 mai 2008, c. 1.3. En plus, l'autorité, qui s'était uniquement fondée sur les rapports des médecins ayant ordonné la PLAFa, qui ne sont donc pas indépendants au sens de l'art. 397e ch. 5 CC, n'avait pas constaté dans sa décision l'existence d'un trouble psychique. Cf. aussi ATF 5A_197/2008 du 2 juin 2008.

¹⁵⁶ ATF 5A_474/2007 du 19 septembre 2007, c. 2.3 (situation différente dans le cadre de l'art. 374 al. 2 CC : ATF 5C.155/1992 du 19 octobre 1992, c. 2).

¹⁵⁷ ATF 5A_387/2007 du 2 août 2007, c. 2.2.

¹⁵⁸ ATF 5A_766/2007 du 22 janvier 2008, c. 5.2.

¹⁵⁹ Elle devrait certes être motivée à accepter une thérapie sur une base volontaire, mais ne saurait être retenue en établissement pour cette raison (un rappel utile en terme de responsabilité propre de la personne par la même occasion). Les éventuelles difficultés financières doivent être appréhendées par des mesures tutélares, non par une PLAFa.

¹⁶⁰ ATF 5A_568/2007 du 4 février 2008, c. 2.3.

(risques de décompensation et de troubles du comportement amenant la personne à agir de façon irresponsable et à compromettre ses intérêts) pour retenir la nécessité de soins et de secours permanents étaient décrites de manière très vague. Le seul élément concret portait sur la nécessité d'avoir un référent qui pourrait proposer les mesures de protection nécessaires en fonction des débordements comportementaux constatés. Or, comme cette assistance revêtait un caractère très général, un curateur, dont la mission peut englober également l'assistance personnelle (art. 392 ch. 1 CC), serait à même de garantir une protection suffisante et de proposer, selon l'évolution de la situation, des mesures de protection adéquates en collaboration avec le réseau psycho-social. Dans ces conditions, la mesure d'interdiction violait le principe de la proportionnalité¹⁶¹.

VIII. Assistance judiciaire

72. La possibilité d'un contrôle judiciaire de la PLAFa (art. 397d CC) est une composante fondamentale de l'autonomie et de la liberté personnelle (cf. d'ailleurs art. 5 par. 4 CEDH). La jurisprudence récente est fort abondante (et très libérale) s'agissant du droit à l'assistance judiciaire dans une telle procédure (un droit qui ne doit pas être examiné à la lumière de l'art. 397f al. 2 CC, mais de l'art. 29 al. 3 Cst. féd., ou du droit constitutionnel cantonal s'il est exceptionnellement plus favorable¹⁶²). La jurisprudence a à plusieurs reprises insisté sur le fait que la maxime inquisitoire, applicable à la PLAFa, n'exclut pas d'emblée le droit à l'assistance judiciaire gratuite¹⁶³. Comme le TF l'a encore rappelé récemment dans un autre contexte, *« l'expérience montre qu'une procédure mal commencée est très difficile à redresser. Du reste, le devoir du juge d'instruire d'office a aussi ses limites. La maxime d'office (en réalité inquisitoire, c'est nous qui précisons) impose certes à l'autorité de prendre spontanément en considération tous les éléments déterminants et d'administrer les preuves indépendamment des conclusions des parties, mais elle ne dispense pas les parties de collaborer activement à la procédure en renseignant le juge sur les faits de la cause et en lui indiquant les moyens de preuve disponibles »*¹⁶⁴.
73. A l'inverse, l'existence de troubles psychiques, comme c'est le cas en règle générale dans une procédure de privation de liberté à des fins d'assistance, n'exclut pas que la personne puisse être à même de se défendre elle-même dans cette procédure. Ce sont les circonstances du cas concret qui seront déterminantes¹⁶⁵.
74. Une fois ces deux principes posés, que faire des cas-limites ? Selon le TF, le droit à l'assistance judiciaire gratuite est en principe garanti dans les procédures qui portent une atteinte particulièrement grave à la position juridique de l'intéressé ; l'art. 397f al. 2 CC apporte cependant une exception à cette règle, puisqu'il prévoit qu'une assistance juridique n'est accordée qu'« au besoin ». Toutefois, vu la gravité de l'atteinte, une telle assistance devra en règle générale être accordée dans les cas-limites¹⁶⁶. La présence de troubles psychiques graves ayant entraîné plusieurs internements dans les dernières années et des menaces de mort répétées font ainsi sérieusement douter que l'intéressée soit capable de se défendre elle-même devant l'autorité judiciaire¹⁶⁷. Le fait que l'intéressé paraisse lucide lors d'une audience ne suffit encore pas

¹⁶¹ Notre Haute Cour n'est pas toujours aussi stricte avec le respect du principe de proportionnalité. On se référera par ex. à l'ATF 5C.215/2006 du 18 octobre 2006 (résumé in RDT 2007 80 RJ 19-07, avec une note critique).

¹⁶² Cf. déjà ATF 118 II 248, confirmé notamment par l'ATF 5P.393/2006 du 8 novembre 2006, c. 2.1.

¹⁶³ Cf. l'ATF 130 I 180 (procédure de recours contre une mesure de protection de l'enfant) : le TF insiste sur le fait que la question d'un rétablissement du droit de garde est très délicate et complexe et que la décision aura des effets extrêmement importants sur la situation personnelle des intéressés (enfant, mère juridique, mère nourricière), de sorte qu'il est primordial que tous les éléments nécessaires à la prise de décision puissent être apportés à la procédure et mis correctement en lumière. Cf. aussi récemment ATF 5A_175/2008 du 8 juillet 2008, c. 4 (procédure relative au droit de visite, dans laquelle l'autre partie est en plus assisté d'un avocat dès le début de la procédure). Pour un raisonnement analogue pour le procès en paternité (même si l'assistance d'un avocat d'office a été rejetée, le travailleur social curateur de l'enfant pouvant s'appuyer sur un service juridique interne) : ATF 5P.207/2003 du 7 août 2003, c. 2.2. Cf. aussi l'ATF 5C.262/2002 du 6 mars 2003, c. 5 pour un cas dans lequel le curateur représentant la personne à interdire est avocat : il n'est alors pas nécessaire de désigner un avocat d'office à l'intéressé.

¹⁶⁴ ATF 4A_87/2008 du 28 mars 2008, c. 3.2, confirmant l'ATF 130 I 180.

¹⁶⁵ ATF 5C.163/2004 du 12 août 2004, c. 2.1 (l'arrêt relève que la gravité de l'état mental ne justifie pas à elle seule la désignation d'un avocat, car ce sont justement ces cas dans lesquels la justification de la PLAFa paraît la plus évidente : la désignation automatique d'un avocat reviendrait alors à une simple formalité, qui ne correspond pas à ce que veut l'art. 397f al. 2 CC).

¹⁶⁶ ATF 5P.393/2006 du 8 novembre 2006, c. 2.3 ; ATF 5A_10 et 5A_11/2007 du 23 mars 2007 ; ATF 5A_368/2007 du 18 septembre 2007, c. 3 ; ATF 5A_90/2008 du 8 avril 2008, c. 2.3.

¹⁶⁷ ATF 5P.393/2006 du 8 novembre 2006, c. 2.3.

à conclure à ce qu'il est capable de défendre seul ses droits dans la procédure (en l'espèce, situation dans laquelle les affirmations de l'expert sont contradictoires, notamment s'agissant des risques pour autrui). On ne saurait par ailleurs refuser l'assistance d'un avocat au motif que celui-ci ne ferait que confirmer l'intéressé dans son idée qu'il ne reçoit pas l'assistance nécessaire et adéquate en clinique : un tel argument revient à affaiblir les droits de la défense de l'intéressé et à contredire tant le but de l'assistance judiciaire que celui de l'art. 397f al. 2 CC¹⁶⁸.

75. La même jurisprudence a été appliquée pour une procédure judiciaire de 2^{ème} instance (et non devant le juge statuant sur une demande de libération)¹⁶⁹.
76. La jurisprudence est aussi libérale s'agissant de la preuve par le requérant non seulement des chances de succès de la procédure, mais de sa situation de besoin : l'habitué des autorités et des tribunaux, dont la situation financière est largement connue, n'a pas besoin d'établir à chaque fois en détail sa situation¹⁷⁰.
77. Ce souci d'ouvrir, par le biais de l'assistance judiciaire gratuite, la voie à un réexamen des décisions par l'autorité supérieure se retrouve dans les exigences très faibles posées à la motivation du recours¹⁷¹ : il n'est pas nécessaire de prendre des conclusions formelles ni de motiver un appel au juge contre une décision de PLFA au sens de l'art. 397d CC ; il suffit de manifester par écrit la volonté de voir le juge se prononcer sur le bien-fondé de la décision. Les cantons ne peuvent pas poser des exigences plus sévères (ni plus souples, par ex. en se contentant d'une motivation orale) : les exigences formelles du droit fédéral sont exhaustives. Elles sont volontairement peu strictes, car il s'agit de tenir compte de la gravité de la décision pour l'intéressé, de l'état de faiblesse qui est souvent le sien et du fait que la décision de placement elle-même (ou de refus de libération) est souvent très peu motivée. Il appartient au juge saisi de réunir les éléments nécessaires à sa décision, en demandant la production du dossier et en procédant à l'audition de l'intéressé, voire des autorités impliquées. Le fait que l'intéressé soit assisté d'un avocat ne justifie pas de poser des exigences plus strictes quant à la motivation. Mais ces exigences souples s'agissant de la motivation (combinées à l'application de la maxime inquisitoire) n'excluent pas pour autant l'octroi de l'assistance judiciaire¹⁷²!

IX. Conclusion

78. Les questions procédurales paraissent souvent rébarbatives aux non-juristes (et parfois aux juristes aussi !). Le survol de quelques arrêts fédéraux démontre toutefois qu'elles participent du respect de l'autonomie et de la liberté personnelle au même titre que les questions purement matérielles. Ce lien entre questions matérielles et questions procédurales nous paraît ressortir de manière particulièrement éclairante de la lecture parallèle des art. 301 al. 2 CC (devoir, matériel, des père et mère de tenir compte de l'avis de l'enfant pour les affaires importantes, et par conséquent de lui donner la parole à ce sujet) et 144 al. 2/314 ch. 1 CC (devoir procédural des autorités d'entendre l'enfant avant de prendre une décision le concernant).
79. Ces mécanismes méritent par conséquent qu'on leur accorde une attention renouvelée, d'autant que les règles procédurales mises en place par le droit de la protection de l'adulte, et le cas échéant l'application par analogie des règles du Code de procédure civile fédérale (cf. art. 450f P), poseront sans aucun doute toute une série de questions nouvelles, qu'il faudra résoudre dans ce même esprit de « *Ressourcenorientierung* » et de respect de la qualité de sujet des personnes dans les procédures les concernant.

¹⁶⁸ ATF 5A_90/2008 du 8 avril 2008, c. 3.1. Cf. encore ATF 5A_310/2008 du 6 juin 2008, c. 3.3 (toxicomane avec graves troubles de la personnalité), avec en outre un résumé de la jurisprudence récente sur ces questions (c. 3.2.2).


¹⁶⁹ ATF 5A_595/2007 du 26 novembre 2007, c. 3.2.1.

¹⁷⁰ ATF 5A_72/2007 du 5 avril 2007, c. 2.3.

¹⁷¹ ATF 133 III 353, 355. Va encore dans le même sens la jurisprudence confirmant que chacun a le droit de déposer en tout temps une nouvelle requête de libération, mais que le droit de soumettre la décision de refus au contrôle du juge est limité par le principe de la bonne foi. Il n'y pas lieu d'entrer en matière sur des requêtes renouvelées dans un délai déraisonnablement court après un premier rejet sauf si le requérant établit de nouveaux faits qui justifient une libération (ATF 131 III 457, ATF 130 III 729). Le caractère raisonnable des intervalles de temps dépendra des circonstances du cas concret (plus longs pour des malades mentaux internés que pour des personnes placées en détention préventive pénale).

¹⁷² Dans ce sens apparemment : ATF 5A_595/2007 du 26 novembre 2007, c. 3.2.1.

Unil
UNIL | Université de Lausanne



Journées d'étude 2008 CAT/ASTO

La position des personnes concernées dans les procédures de protection – Quelques enseignements de la jurisprudence fédérale récente

Prof. Dr Ph. Meier, avocat, UNIL

[le savoir éclairé]

Introduction

- L'autodétermination de la personne comme principe de base du droit matériel ...
- ... et des règles procédurales
- Les limites de l'exposé
 - sujets non traités
 - jurisprudence fédérale
 - toutes références dans la contribution écrite!

Unil
UNIL | Université de Lausanne

2

4 septembre 2008

Plan (1)

A. Le droit à l'audition du mineur

1. Généralités
2. L'âge de l'enfant
3. Les autres motifs de renonciation à l'audition
4. Juge/autorité ou tiers désigné à cet effet?
5. Les procédures concernées
6. Le rapport entre le droit à l'audition et la prise en compte de l'avis exprimé (rappel)

Unil
UNIL | Université de Lausanne

3

4 septembre 2008

Plan (2)

B. Légitimation pour recourir

1. La capacité de discernement (art. 19 al. 2 CC)
2. Le mineur capable de discernement
3. L'interdit capable de discernement
4. L'absence de légitimation des tiers égoïstes

C. L'expertise

1. La maxime inquisitoire et le poids de l'expertise
2. Le droit à l'expertise?

D. Quelques questions spécifiques à la PLafa (FFE)

1. Motivation des décisions
2. Assistance judiciaire

E. Conclusion

Unil
UNIL | Université de Lausanne

4

4 septembre 2008

A. Le droit à l'audition du mineur (1)

1. Généralités
 - le principe des art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC
 - l'ATF 5A_214/2008 du 20.06.08 (demi-sœur): art. 12 CDE
 - le double but de l'audition comme expression de la qualité de sujet de la procédure
2. L'âge de l'enfant
 - 6 ans / 11-12 ans: faculté / obligation
 - l'art. 145 CC
 - la jurisprudence spécifique en matière d'enlèvement d'enfants (11-12 ans, capacité de discernement exigée).
Ex. ATF 133 III 146, ATF 134 III 88

Unil
UNIL | Université de Lausanne

5

4 septembre 2008

A. Le droit à l'audition du mineur (2)

3. Autres motifs de renonciation à l'audition
 - a) Le risque lié à la répétition des auditions
 - l'ATF 133 III 553: professionnel indépendant et qualifié; enfant entendu sur les points nécessaires à la prise de décision; résultats de l'audition encore actuels
 - les précisions de l'ATF 5A_536/2007 du 24.01.08
 - la nécessaire actualisation des informations
 - b) Les autres motifs (exemples)
 - conflit de loyauté exceptionnel
 - absence de tout contact avec le parent

Unil
UNIL | Université de Lausanne

6

4 septembre 2008

A. Le droit à l'audition du mineur (3)

4. Juge/autorité ou tiers désigné à cet effet?

- l'ATF 127 III 295: priorité à l'audition directe (règle vs exception)?
- l'ATF 133 III 553: option 1 vs option 2?
- l'audition par une délégation de l'autorité

A. Le droit à l'audition du mineur (4)

5. Les procédures concernées

- a) L'interprétation extensive des art. 144 al. 2 et 314 ch. 1 CC:
 - art. 134 CC
 - art. 137 CC
 - art. 176 CC
 - art. 273 ss CC
 - art. 298a CC
- levée des mesures de protection (mais pas pour une mesure fondée sur l'art. 306 al. 2 CC)

A. Le droit à l'audition du mineur (5)

5. Les procédures concernées (suite)

b) Les autres procédures (art. 12 CDE)

- procédures mettant directement en jeu les intérêts propres et essentiels du mineur (ex. art. 30 CC)
 - droit des étrangers
 - domaine scolaire
 - juridiction pénale des mineurs
6. Rapport entre le droit à l'audition et la prise en compte de l'avis exprimé (*pro memoria*)
- la limite d'âge à 12 ans
 - l'enfant sujet de la procédure, mais non responsable de la décision!

B. Légitimation pour recourir

1. La capacité de discernement, condition nécessaire et suffisante (art. 19 al. 2 CC, dispositions spéciales, notamment art. 420 CC)
2. L'enfant capable de discernement
 - 12 ans, ou moins selon les circonstances;
 - droits parallèles des représentants légaux?
3. L'interdit capable de discernement
 - questions personnelles (art. 386 CC, PLAFa, permis de séjour); quid des questions patrimoniales?
 - droit de mandater un avocat?
4. L'absence de légitimation des tiers égoïstes

C. L'expertise

1. La maxime inquisitoire et le poids de l'expertise

- pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure – annulation exceptionnelle:
 - l'expert n'a pas répondu aux questions,
 - ses conclusions sont contradictoires,
 - l'expertise est entachée de défauts évidents et reconnaissables, même en l'absence de connaissances ad hoc
 - expertise officielle et expertise privée
 - le sort des questions juridiques
2. L'absence de droit à l'expertise (*appréciation anticipée des preuves*)
- exemples
 - expertise et bien de l'enfant / art. 137 CC

D. Quelques questions spécifiques à la PLAFa

1. Motivation des décisions

- vice matériel ou motivation formelle lacunaire?
 - le risque concret pour la personne ou les tiers (art. 397a CC)
2. Le droit à l'assistance judiciaire
- malgré la maxime inquisitoire et les faibles exigences en matière de motivation?
 - automatique pour tout malade psychique?
 - quid des cas-limites? Jurisprudence libérale.