



Chapitre de livre

2017

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

L'enfant sujet de droit : bilan mitigé de la jurisprudence récente du Tribunal
fédéral suisse

Cottier, Michelle

How to cite

COTTIER, Michelle. L'enfant sujet de droit : bilan mitigé de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse. In: Le droit en question : mélanges en l'honneur de la Professeure Margareta Baddeley. Audrey Leuba ... [et al.] (Ed.). Genève : Schulthess éd. romandes, 2017. p. 81–100.

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:92956>

L'enfant sujet de droit : Bilan mitigé de la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse

MICHELLE COTTIER¹

I. Introduction

La ratification en 1997 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE)² a infléchi le droit civil suisse dans le sens d'une meilleure reconnaissance de la position de l'enfant. L'art. 12 CDE, garantissant à l'enfant le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant (al. 1) et le droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant (al. 2), est à l'origine de cette évolution. La Suisse a mis en œuvre ses obligations découlant de l'art. 12 CDE en introduisant en droit civil des dispositions sur l'audition de l'enfant et sa représentation dans la procédure³.

Le débat international va cependant bien au-delà de la garantie de certains droits procéduraux de l'enfant. Le but est un véritable changement de paradigme : tandis qu'auparavant, l'enfant était en premier lieu considéré comme objet d'assistance et de protection, l'accent est aujourd'hui mis sur sa reconnaissance en tant qu'acteur et sujet de droit⁴. Cette évolution est encouragée par les lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants (*child-friendly justice*), adoptées en 2010⁵.

¹ Professeure à l'Université de Genève. Je remercie vivement Madame Johanna MUHEIM, assistante à l'Université de Genève, pour son grand soutien dans la rédaction de cette contribution et Madame Anne PAYOT, journaliste, pour son soigneux travail de relecture.

² Convention relative aux droits de l'enfant, entrée en vigueur pour la Suisse le 26 mars 1997, RS 0.107.

³ Audition de l'enfant : art. 298 CPC, art. 314a CC, art. 9 al. 2 LF-EEA. Représentation de l'enfant : art. 299-300 CPC, art. 314a^{bis} CC, art. 9 al. 3 LF-EEA. Dans le cadre du nouveau droit de l'entretien (entrée en vigueur prévue le 1^{er} janvier 2017), le législateur a supprimé le titre précédant l'art. 297 CPC, qui limitait les art. 297 à 301a CPC à des procédures de droit matrimonial, pour en faire des dispositions générales s'appliquant à toutes les procédures du droit de la famille concernant des enfants. Aussi, le nouvel art. 299 al. 2 lit. a et c ch. 1 CPC étend désormais les compétences du curateur aux questions relatives à l'entretien (cf. Code civil suisse (Entretien de l'enfant), Modification du 20 mars 2015, RO 2015 p. 4306; CONSEIL FEDERAL, Message entretien, p. 566 s.). Ensuite, selon le nouveau droit de l'adoption, la procédure applicable aux enfants dans les affaires de droit de la famille le sera aussi aux partenaires enregistrés qui ont des enfants communs, notamment en cas de dissolution du partenariat (nouvel art. 307a CPC en lien avec les art. 298-301 CPC; cf. Code civil suisse (Droit de l'adoption), Modification du 17 juin 2016, FF 2016 p. 4766 et CONSEIL FEDERAL, Message adoption, p. 889).

⁴ STOECKLIN, L'enfant acteur, p. 47 ss. Cf. aussi HANSON, Schools of Thought, au sujet des différentes approches en matière de droits de l'enfant.

⁵ COMITE DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Lignes directrices.

La Suisse s'est engagée à prendre toutes les mesures – législatives et administratives notamment – nécessaires à la mise en œuvre des droits reconnus par la CDE (art. 4 CDE). La présente contribution vise à évaluer la jurisprudence récente du Tribunal fédéral suisse relative à des questions choisies, pour déterminer le rôle que notre Haute Cour a dans ce processus de mise en œuvre.

Cette jurisprudence gravite autour du concept de capacité de discernement. Cette dernière marque le seuil juridique pour l'accès de l'enfant à une zone intermédiaire entre sa dépendance envers les décisions des parents⁶ respectivement de leurs substituts⁷ et l'autodétermination – en principe – complète dès l'âge de 18 ans⁸. Les mineurs capables de discernement peuvent notamment agir seuls ou choisir de se faire représenter par une personne de leur choix⁹ pour sauvegarder leurs droits dits strictement personnels, selon les art. 19c al. 1 CC et 11 al. 2 Cst. En font notamment partie le droit à la vie familiale (dans le contexte des contacts entre l'enfant et ses parents)¹⁰, le droit à la liberté personnelle (dans le cadre d'un placement à des fins d'assistance)¹¹, le droit à l'intégrité corporelle (dans le contexte du traitement médical)¹² ou le droit au nom¹³. L'incapacité de discernement est définie à l'art. 16 CC comme l'absence de la faculté d'agir raisonnablement du fait d'une des causes prévues par la loi, parmi lesquelles figure le jeune âge¹⁴. Elle est comprise de manière relative et est appréciée en rapport avec un acte déterminé, selon la difficulté et la portée de cet acte¹⁵.

Cependant, les arrêts discutés par la suite démontrent que ces principes ne sont pas toujours interprétés par le Tribunal fédéral dans le sens d'une reconnaissance de l'enfant comme sujet de droit à part entière dans l'ordre juridique suisse.

⁶ Art. 296 ss CC.

⁷ Curatelle (art. 308 CC), tutelle (art. 327a ss CC), autorité de protection (notamment art. 307 CC).

⁸ Art. 12 ss CC.

⁹ ATF 120 Ia 369, p. 371.

¹⁰ ATF 127 III 295; KILDE, *Der persönliche Verkehr*, p. 3.

¹¹ Cf. art. 314b al. 2 CC; CONSEIL FÉDÉRAL, *Message protection de l'adulte*, p. 6732 s.

¹² ATF 134 II 235.

¹³ ATF 140 III 577, JdT 2015 II p. 319 (trad.).

¹⁴ La faculté d'agir raisonnablement contient selon la jurisprudence deux éléments: d'une part, une composante intellectuelle, soit la capacité de reconnaître le sens, la nature raisonnable et les effets d'un acte précis et, d'autre part, une composante volitive, soit la capacité d'agir librement en fonction d'une compréhension raisonnable de la situation et de pouvoir opposer une résistance suffisante à d'éventuelles influences extérieures. Cf. ATF 134 II 235, c. 4.3.2; ATF 102 II 363, c. 4; ATF 90 II 9, c. 4; BSK ZGB-BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER, *ad* art. 16 CC n. 34 ss; GUILLOD, *Droit des personnes*, n. 106; MEIER/DE LUZE, *Droit des personnes*, n. 98.

¹⁵ ATF 134 II 235, c. 4.3.2; ATF 90 II 9, c. 4; ATF 102 II 363, c. 4; ATF 104 II 184, c. 2; GUILLOD, *Droit des personnes*, n. 107; MEIER/DE LUZE, *Droit des personnes*, n. 97 s.; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques*, n. 89 ss et 93.

Pour l'exercice du droit au nom, l'introduction d'une limite d'âge généralisée de 12 ans met en cause le caractère relatif de la notion de capacité de discernement et limite les droits de l'enfant qui est capable de discernement à un âge plus jeune (*infra* II.). La volonté de l'enfant capable de discernement de ne pas entretenir de relations personnelles avec un parent est respectée, mais se pose la question de la prise en compte des souhaits exprimés par un enfant plus jeune, qui n'est pas considéré comme étant capable de discernement au sens de l'art. 16 CC. De plus, il y a une incohérence entre la jurisprudence en la matière et celle relative à l'entretien de l'enfant majeur (*infra* III). Concernant les droits procéduraux de l'enfant, la Haute Cour ne prend pas en compte l'interprétation différente de la notion de capacité de discernement de l'art. 12 CDE par le Comité des droits de l'enfant, et érige des obstacles contre la mise en œuvre de l'idée d'une justice adaptée aux enfants (*infra* IV.).

II. Une limite d'âge standardisée par le nouveau droit du nom

Un des arrêts récents définissant la position de l'enfant capable de discernement en droit civil suisse concerne le nouveau droit du nom, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2013, une réforme qui a été suivie d'un œil critique par Margareta BADDELEY¹⁶. Publié au recueil officiel, l'arrêt concerne l'interprétation de l'art. 30 al. 1 CC, qui règle le changement de nom¹⁷. Dans le cas d'espèce, il s'agit d'une fille de 12 ans, dont les parents ont divorcé peu après sa naissance. Son nom légal est celui du père, tandis que le nom qu'elle porte de fait est celui que sa mère a repris après le divorce. La fille demande un changement de nom afin que celui-ci corresponde à son nom de fait, soit celui de sa mère.

L'arrêt est intéressant à deux points de vue. Le premier est celui de l'interprétation des « motifs légitimes » nécessaires pour effectuer un changement de nom. La réforme de 2013 a remplacé le terme de « justes motifs » de l'ancien droit par celui de « motifs légitimes »¹⁸. Sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral a dans des cas similaires refusé le changement de nom, considérant que l'absence d'unité entre le nom de l'enfant et celui de la mère détentrice de l'autorité parentale exclusive ne constituait pas un juste motif en soi, et que des désavantages sociaux concrets et sérieux devaient résulter du port

¹⁶ LAMESTA/BADDELEY, Au nom du père et de la mère, p. 570 s.

¹⁷ ATF 140 III 577, JdT 2015 II p. 319 (trad.). Cf. aussi Kantonsgericht des Kantons Luzern, 1. Abteilung Entscheid vom 24. September 2015 – 1H 15 2, *in* FamPra.ch 2016, p. 459.

¹⁸ LAMESTA/BADDELEY, Au nom du père et de la mère, pp. 576 et 596; AEBI-MULLER, RSJ 2012, p. 456; GEISER, RMA 2012, p. 369 ss; GUILLOD, Droit des personnes, n. 54; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques, n. 411.

du nom¹⁹. Sous le nouveau droit, la doctrine était divisée. Une partie préconisait la continuation d'une jurisprudence plutôt stricte concernant le changement de nom après la séparation ou le divorce des parents²⁰. L'autre appelait à plus de souplesse²¹. Le Tribunal fédéral a tranché cette question en faveur de la deuxième position, plus souple. Elle nous semble être en accord avec une réalité familiale de plus en plus mobile, ainsi qu'avec l'approche libérale du droit civil gagnant du terrain²², qui insiste sur la liberté de chaque individu de définir son identité et son choix de vie.

Dans la perspective de la reconnaissance de l'enfant sujet de droit, l'arrêt est intéressant sous un autre angle, à savoir celui de l'âge nécessaire pour exercer les droits strictement personnels. Lors de la réforme du droit du nom de 2013, le législateur a introduit l'art. 270b CC prévoyant que si l'enfant a douze ans révolus, il n'est plus possible de changer son nom sans son consentement²³. Cet article vise des changements de nom de l'enfant par simple déclaration des parents (art. 270a CC) et protège l'enfant d'un changement de nom intervenant contre sa volonté²⁴. Dans l'arrêt en question, le Tribunal fédéral élargit le champ d'application de l'art. 270b CC en l'appliquant par analogie au changement de nom selon l'art. 30 CC²⁵. Il crée ainsi une limite d'âge générale à 12 ans pour l'exercice des droits strictement personnels dans le contexte du nom.

Cette jurisprudence pose certains problèmes. Certes, des limites d'âge fixes pour l'exercice indépendant de certains droits de l'enfant facilitent l'application du droit dans la pratique. Mais il s'agit là d'une exception au principe de la relativité de la notion de capacité de discernement. En général, le droit suisse ne connaît pas d'âge fixé par la loi pour la capacité de discernement et admet qu'elle peut varier selon la difficulté de la décision à prendre, ainsi que selon les capacités cognitives de l'enfant concerné²⁶. L'application généralisée de la limite d'âge de 12 ans pour tous les changements de nom limite ainsi les droits d'autodétermination d'un enfant plus jeune, qui serait capable de discernement concernant son nom. Si son droit de véto n'est pas admis, l'enfant de moins de

¹⁹ ATF 117 II 6, c. 4; ATF 121 III 145, JdT 1996 I 655 (trad.), c. 2c; ATF 124 III 401, JdT 1999 I 219 (trad.), c. 2b/bb.

²⁰ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, n. 685 ss; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques, n. 414.

²¹ DE LUZE/DE LUIGI, PJA 2013, p. 524; AEBI-MÜLLER, RSJ 2012, p. 456 s.; GEISER, RMA 2012, p. 374.

²² Modernisation du droit de la famille, Rapport du Conseil fédéral suite au postulat Fehr (12.3607), mars 2015, p. 14.

²³ DE LUZE/DE LUIGI, PJA 2013, p. 517 s.; LAMESTA/BADDELEY, Au nom du père et de la mère, p. 596; AEBI-MÜLLER, RSJ 2012, p. 454; STEINAUER/FOUNTOLAKIS, Droit des personnes physiques, n. 394.

²⁴ DE LUZE/DE LUIGI, PJA 2013, p. 517 s.; LAMESTA/BADDELEY, Au nom du père et de la mère, p. 596; AEBI-MÜLLER, RSJ 2012, p. 454; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, n. 650.

²⁵ ATF 140 III 577, c. 3.1.2. Cf. ég. MEIER/DE LUZE, Droit des personnes, n. 242 s.

²⁶ Cf. PRADERVAND-KERNEN, FamPra.ch 2016, p. 343 et les références sous les notes 14 et 15 *supra*.

12 ans doit au moins être entendu (art. 12 CDE)²⁷, et son opinion devra avoir un poids particulier dans des situations de conflits entre les parents ou entre un/les parent(s) et l'enfant.

III. Les droits de l'enfant dans le contexte des relations personnelles

Ce n'est pas un hasard si la volonté de l'enfant revêt une importance particulière dans le contexte de la réglementation, par le tribunal ou l'autorité de protection de l'enfant (art. 273 ss CC), des relations personnelles entre ce dernier et un parent. L'enfant est directement soumis à une obligation d'entrer en relation avec son parent, et est ainsi touché dans sa personnalité affective²⁸. Les tribunaux sont par conséquent confrontés à la question de savoir si l'enfant a le droit de refuser de tels contacts, et si oui à partir de quel âge.

A. *Prise en compte de la volonté de l'enfant*

Dans ses arrêts récents, le Tribunal fédéral réitère sa jurisprudence, selon laquelle il n'y a pas lieu de forcer un enfant capable de discernement à avoir des contacts avec un parent s'il les refuse de manière catégorique et répétée, au vu de ses propres expériences²⁹. Un contact forcé serait incompatible avec le but des relations personnelles, ainsi qu'avec les droits de la personnalité de l'enfant³⁰.

Dans un premier cas, l'enfant avait 11 ans et demi lors de la décision de deuxième instance du canton du Valais. Le fait que l'enfant faisant preuve d'une attitude défensive envers son père n'avait pas encore 12 ans est la raison pour laquelle le TF rejette le recours de la mère contre les mesures prises par les autorités cantonales valaisannes, consistant en une curatelle de surveillance des relations personnelles (art. 308 al. 2 CC) et une thérapie familiale d'orientation systémique dans le but de rapprocher l'enfant de son père³¹. La limite d'âge de 12 ans semble donc aussi être considérée comme pertinente par le Tribunal fédéral pour l'évaluation de la capacité de discernement dans le contexte des

²⁷ MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, n. 650, note 1532; DE LUZE/DE LUIGI, PJA 2013, p. 517; GEISER, RMA 2012, 369 s.

²⁸ Au sujet du lien entre les droits de la personnalité selon l'art. 28 CC et les relations personnelles selon les art. 273 ss, cf. KILDE, Der persönliche Verkehr, p. 3.

²⁹ TF 5A_459/2015, 13.08.2015, c. 6.2.2. Cf. aussi ATF 126 III 219, JdT 2000 I p. 312 (trad.), c. 2b; TF 5C.250/2005, 3.01.2006, c. 3.2.1, *in* FamPra.ch 2006, p. 751.

³⁰ TF 5A_459/2015, 13.08.2015, c. 6.2.2; ATF 126 III 219, JdT 2000 I p. 312, c. 2b; TF 5C.250/2005, 3.01.2006, c. 3.2.1, *in* FamPra.ch 2006, p. 751. Cf. ég. BREITSCHMID/RUMO-JUNGO, Ausbildungsunterhalt, p. 87.

³¹ TF 5A_459/2015, 13.08.2015, faits, c. D.f.b. La base légale de la thérapie ordonnée n'est pas indiquée. Selon la jurisprudence du TF, une telle décision peut être basée sur l'art. 307 al. 3 CC, cf. TF 5A_457/2009, 9.12.2009, c. 4; TF 5A_411/2014, 04.02.2015, c. 3.3.2.

relations personnelles, ce qui paraît problématique vu le caractère relatif de la notion.

Un deuxième arrêt à retenir³² concerne deux garçons d'un âge proche de la majorité et leur petite sœur de 13 ans. Les instances cantonales avaient fixé un contact de deux repas par mois qui était accepté par les trois enfants. Le Tribunal fédéral a confirmé cette décision, après le recours du père qui insistait – contre la volonté de ses enfants – pour qu'on lui reconnaisse des vacances et des week-ends communs.

À première vue, il s'agit donc d'une jurisprudence respectant la personnalité affective de l'enfant capable de discernement concernant ses relations avec ses deux parents. Il est considéré comme contraire au bien de l'enfant de 12 ans ou plus de le forcer à des contacts auxquels il s'oppose sur la base de ses propres expériences. Cette jurisprudence se trouve en accord avec la recherche en sciences sociales, qui décrit les effets négatifs à long terme de contacts forcés³³. La résistance contre les contacts peut en effet constituer une stratégie permettant à l'enfant de surmonter le stress causé par les conflits entre ses parents³⁴.

Cependant, le risque de cette ligne directrice du Tribunal fédéral est que l'opinion et les souhaits des enfants plus jeunes, qui ont moins de 12 ans, ne soient pas pris en considération par les tribunaux et autorités de protection. Du point de vue psychologique, les enfants sont déjà capables de se forger leur propre volonté à partir de 4 ans³⁵. Ne pas prendre en compte leurs souhaits, attentes et espoirs dans le contexte d'une décision concernant des visites ordonnées revient à ne pas les respecter en tant que sujets de droit³⁶. Il ne s'agit pas d'attribuer la responsabilité pour la décision à l'enfant, mais d'être à son écoute et d'intégrer sa perspective dans le processus de prise de décision³⁷.

Par ailleurs, une autre jurisprudence relative à l'entretien de l'enfant majeur risque de compromettre cette prise de position très claire en faveur du bien de l'enfant.

B. Incohérences en lien avec l'entretien de l'enfant majeur

Dans sa jurisprudence récente, le Tribunal fédéral souligne l'importance de la volonté constante et prononcée des enfants capables de discernement. Néanmoins, il ajoute une formulation évoquant une possible perte de prétentions d'entretien, du fait d'un refus unilatéral de contact par l'enfant³⁸. Le

³² TF 5A_200/2015, 22.09.2015, *in* RMA 2015 p. 428 s. (rés.).

³³ WALLERSTEIN/LEWIS/BLAKESLEE, *The unexpected legacy of divorce*, p. 174 ss.

³⁴ DETTENBORN/WALTER, *Familienrechtspsychologie*, p. 110 ss.

³⁵ FamKomm Scheidung-SCHREINER, n. 128.

³⁶ *Ibid.* n. 130 s. Cf. aussi *infra* IV.A.

³⁷ SIMONI, RDT 2009, p. 338.

³⁸ TF 5A_367/2015, 12.08.2015, c. 5.1.3. « *Bei älteren Kindern rückt ein konstant und nachdrücklich geäußertes Wille freilich in den Vordergrund. Allerdings dürften sich im Zusammenhang mit dem*

Tribunal fédéral pose la question de principe de savoir si une possible inexigibilité de l'entretien après la majorité de l'enfant – à cause du refus de ce dernier d'entretenir des relations personnelles avec le parent débiteur pendant sa minorité – est convaincante.

Pour pouvoir répondre à cette question, il est utile d'examiner de plus près la jurisprudence concernant l'entretien de l'enfant majeur selon l'art. 277 al. 2 CC.

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral confirmée par des arrêts récents³⁹, l'obligation d'entretien des père et mère à l'égard de leur enfant majeur poursuivant sa formation dépend expressément de l'ensemble des circonstances, et notamment des relations personnelles entre les parties⁴⁰. L'inexistence de celles-ci, attribuée au seul comportement du demandeur d'aliments, peut justifier un refus de toute contribution d'entretien⁴¹.

En revanche, selon la Haute Cour, « une réserve particulière s'impose (...) lorsqu'il s'agit du manquement filial d'un enfant de parents divorcés envers ceux-ci ou l'un d'eux ; il faut tenir compte des vives émotions que le divorce des parents peut faire naître chez l'enfant et des tensions qui en résultent normalement, sans qu'on puisse lui en faire le reproche »⁴².

Dans le cas d'espèce, la décision cantonale confirmée par le Tribunal fédéral, a constaté que ni le père ni le fils n'étaient exclusivement responsables de la rupture des liens. Il n'a donc pas imputé la faute de la rupture à l'une des parties à l'exclusion de l'autre. Le Tribunal fédéral a retenu que « conformément à la jurisprudence (...), dès lors que l'enfant n'est pas le seul responsable de la cessation des relations personnelles entre lui et son père, en raison d'une faute particulièrement grave qui lui serait imputable, l'inexistence de liens ne saurait légitimer une cessation de son droit à l'entretien »⁴³.

La conséquence de cette jurisprudence est – d'autres voix de la doctrine l'ont déjà constaté⁴⁴ – qu'il est dans l'état actuel impensable d'admettre une faute imputable exclusivement à l'enfant majeur pour la cessation des contacts avec un parent à la suite d'un divorce. Cette jurisprudence est en accord avec la révision du droit du divorce, qui sépare l'obligation d'entretien des questions

persönlichen Verkehr selbst umfassend urteilsfähige Kinder nicht bewusst sein, dass die einseitige Verweigerung des Besuchsrechts bei der Bestimmung der Unterhaltspflicht nach Erreichen der Volljährigkeit eine zentrale Rolle spielen kann, weil sie für den betroffenen Elternteil die Leistung von Volljährigenunterhalt im Sinn von Art. 277 Abs. 2 ZGB trotz gegebener Leistungsfähigkeit allenfalls unzumutbar werden lässt ». Dans cet arrêt, ce critère n'a pas eu de répercussions, les souhaits des enfants âgés de 15 et 16 ans ayant été respectés.

³⁹ TF 5A_137/2015, 09.04.2015, c. 5.1; TF 5A_64/2015, 02.04.2015, c. 5.1.1.

⁴⁰ ATF 111 II 411, c. 2; ATF 113 II 374, c. 2 et 4; ATF 117 II 127, c. 3b; ATF 129 III 375, c. 4.2.

⁴¹ TF 5A_64/2015, 02.04.2015, c. 5.1.1; ATF 113 II 374, c. 2. Cf. ég. MEYER, Mündigenunterhalt, p. 1272.

⁴² TF 5A_137/2015, 09.04.2015, c. 5.1.

⁴³ TF 5A_137/2015, 09.04.2015, c. 5.2.

⁴⁴ BREITSCHMID/RUMO-JUNGO, Ausbildungsunterhalt, p. 88; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, n. 1216.

de faute⁴⁵. Cependant, le Tribunal fédéral ne renonce pas complètement au concept de la faute dans ce contexte. Dans un cas bâlois, les instances cantonales avaient réduit la contribution à cause de la faute partagée entre le père et la fille, et le TF n’y a rien vu de critiquable⁴⁶. Comme le remarquent Philippe MEIER et Thomas HÄBERLI, le Tribunal fédéral a ainsi tranché « en passant » une question qu’il avait laissée ouverte jusque-là⁴⁷, celle de l’admissibilité de la réduction de la pension en cas de faute partagée.

Ce développement est à notre avis regrettable. En raison de la dynamique relationnelle complexe après une séparation ou un divorce⁴⁸, il serait préférable de renoncer complètement à évaluer la responsabilité des différents membres d’une famille lors d’une rupture des contacts⁴⁹. Cette jurisprudence oblige certains jeunes adultes à se confronter à une enfance douloureuse, alors que d’autres peuvent clore ce chapitre de leur vie. Elle pose ainsi des problèmes d’égalité de traitement, même s’il s’agit d’un groupe privilégié sous d’autres aspects ; ce sont en règle générale des enfants de parents plutôt aisés qui sont obligés de demander une contribution d’entretien, parce qu’ils aimeraient poursuivre des études supérieures mais n’ont pas droit à une bourse en raison du revenu élevé de leurs parents⁵⁰.

Pour revenir à la jurisprudence sur les relations personnelles entre l’enfant mineur et son parent, il nous semble très clair qu’il n’y a pas de risque de perte de prétentions d’entretien dans le futur et que cela ne doit pas être considéré comme un contre-argument à la volonté claire de l’enfant capable de discernement. Il ressort très clairement de la jurisprudence que l’enfant majeur ne peut se voir reprocher le comportement adopté lors de sa minorité⁵¹. Même dans la version que nous critiquons, la jurisprudence soumet à évaluation le comportement de l’enfant pendant sa *majorité*, et non celui durant sa *minorité*. Il y a donc lieu de renoncer à ce critère.

⁴⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Message divorce, p. 45 s.; MEYER, Mündigenunterhalt, p. 1272 ss.

⁴⁶ TF 5A_179/2015, 29.05.2015, *in* RMA 2015 p. 431 s. (rés.).

⁴⁷ MEIER/HÄBERLI, RMA 2015, p. 431.

⁴⁸ FamKomm Scheidung-SCHREINER, n. 17 ss.

⁴⁹ Dans le même sens, MEYER, Mündigenunterhalt, 1274 ; KILDE, Der persönliche Verkehr, p. 201; RUMO-JUNGO, Recht 2010, p. 69, 75. Au sujet des répercussions à long terme d’une séparation ou d’un divorce sur la relation parents-enfants, cf. FORTIN/HUNT/SCANLAN, Taking a longer view of contact, p. 118 ss; WALLERSTEIN/LEWIS/BLAKESLEE, The unexpected legacy of divorce.

⁵⁰ Cf. par exemple TF 5A_179/2015, 29.05.2015 (le père est médecin, la fille étudiante en médecine); TF 5A_64/2015, 02.04.2015 (le père est dentiste, la fille étudiante en lettres). Au sujet du principe de subsidiarité en matière de subsides de formation, cf. par exemple Tribunal administratif du canton de Berne, 01.09.2015, JAB 2016 p. 65 ss.

⁵¹ TF 5A_137/2015, 09.04.2015, c. 5.1; TF 5A_64/2015, 02.04.2015, c. 5.1.1.

IV. Les droits de l'enfant dans la procédure

A. *Entre restriction et renforcement du droit de l'enfant d'être entendu*

La ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant en 1997 a coïncidé avec les travaux préparatoires de la réforme du droit du divorce entrée en vigueur en 2000, raison pour laquelle le droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures civiles a été explicité dans ce cadre⁵². De nombreux arrêts récents⁵³ confirment la jurisprudence établie en 2005⁵⁴. L'arrêt de principe de 2005, qui peut être considéré comme révolutionnaire face à la pratique d'une majorité d'instances cantonales de l'époque, a donné des lignes directrices très claires aux tribunaux et autorités de protection d'auditionner les enfants, en règle générale à partir de leur 6^{ème} anniversaire⁵⁵. Il est toutefois à déplorer que le Tribunal fédéral ait en même temps limité l'étendue de ce droit dans sa qualité de droit strictement personnel de l'enfant. Selon le Tribunal fédéral, le droit d'être entendu en tant que droit de la personnalité n'appartient qu'à l'enfant capable de discernement⁵⁶. Par contre, l'audition d'un jeune enfant viserait avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision⁵⁷.

Cette distinction ne peut guère convaincre. La capacité de discernement ne peut pas être un critère pertinent pour la qualification d'un droit comme étant strictement personnel. L'enfant *incapable* de discernement doit aussi être reconnu comme détenteur du droit strictement personnel d'être entendu et de participer à la procédure. À notre avis, la capacité de discernement est uniquement requise pour l'exercice indépendant du droit de demander une audition refusée ou omise par l'autorité, et non pour la détention du droit d'être entendu en soi.

Ce qui pourrait apparaître comme une nuance dogmatique est pertinent pour la réalisation complète du but de reconnaître l'enfant en tant que sujet de droit, consacré par la Convention relative aux droits de l'enfant. Ne pas

⁵² Art. 298 CPC (art. 144 al. 2 CC jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce), art. 314a CC (art. 314 ch. 1 CC jusqu'à l'entrée en vigueur en 2013 du nouveau droit de protection de l'enfant et de l'adulte). Cf. ég. CPra Matrimonial-HELLE, *ad art.* 298 CPC n. 2; BÜCHLER *et al*, Grundlagen, p. 27 ss; COTTIER, Verfahrensvertretung, p. 129.

⁵³ TF 5A_2/2016, 28.04.2016, c. 2.3; TF 5A_354/2015, 03.08.2015, c. 3.1; TF 5A_714/2015, 28.04.2016, c. 4.2.2.

⁵⁴ ATF 131 III 553.

⁵⁵ ATF 131 III 553, c. 1.2.3. Cf. ég. ZPO Komm-SCHWEIGHAUSER, *ad art.* 298 CPC n. 9; CPra Matrimonial-HELLE, *ad art.* 298 CPC n. 18; CommFam Protection de l'adulte-COTTIER, *ad art.* 314a CC n. 8 et 20; PRADERVAND-KERNEN, FamPra.ch 2016, p. 349.

⁵⁶ ATF 131 III 553, c. 1.2.2.; CommFam Protection de l'adulte-COTTIER, *ad art.* 314a CC n. 8.

⁵⁷ ATF 131 III 553, c. 1.2.2.

reconnaître le droit d'être entendu en tant que droit strictement personnel de l'enfant au-dessous de 12 ans revient à traiter les enfants comme de simples instruments au service de l'établissement des faits⁵⁸. C'est cette vision de l'enfant, objet d'évaluation et de décision par des adultes, que la Convention vise à dépasser⁵⁹.

Publiée en 2009, l'observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant sur le droit de l'enfant d'être entendu laisse clairement entendre que la notion de capacité de discernement utilisée à l'art 12 CDE n'est pas identique à celle du droit suisse : « Premièrement, le Comité a souligné que le concept de l'enfant comme titulaire de droits doit être pleinement respecté dans la vie quotidienne de l'enfant dès son plus jeune âge. La recherche montre que l'enfant est capable de se forger une opinion dès son plus jeune âge, même s'il ne peut pas encore l'exprimer verbalement. Par conséquent, la mise en œuvre intégrale de l'article 12 CDE exige la reconnaissance et le respect des formes non verbales de communication, y compris le jeu, le langage corporel, les mimiques, le dessin et la peinture, par lesquelles les enfants très jeunes montrent leur compréhension, leurs choix et leurs préférences »⁶⁰.

La jurisprudence suisse sur l'interprétation de l'art. 12 CDE revient donc à une restriction des droits de l'enfant tels qu'interprétés par l'instance internationale appelée à veiller à la réalisation de la convention.

Un arrêt du Tribunal fédéral du 3 août 2015⁶¹ constitue un certain contrepoids. Il concerne une décision de retrait du droit de déterminer le lieu de résidence et de placement de l'enfant (art. 310 CC) par voie de mesure provisionnelle. L'enfant a 8 ans au moment de la décision sur son placement. L'enfant a été entendu par une travailleuse sociale du service de protection de la jeunesse, mais le Tribunal fédéral souligne « que l'arrêt cantonal ne contient aucune constatation selon laquelle l'enfant aurait été entendu sur la question de son lieu de vie effectif, en particulier sur le placement qui était envisagé, qui implique pourtant un changement majeur de son cadre de vie »⁶².

L'arrêt est bienvenu car il atténue en quelque sorte la formulation selon laquelle l'audition de l'enfant de moins de 12 ans servirait en premier lieu à fournir à l'autorité ou au juge une source supplémentaire d'information. Le passage « le placement (...) qui implique (...) un changement majeur de son cadre de vie » témoigne d'une certaine sensibilité vis-à-vis de l'influence positive de l'audition sur le développement des enfants, particulièrement

⁵⁸ Dans le même sens, PRADERVAND-KERNEN, *FamPra.ch* 2016, p. 349.

⁵⁹ Cf. ZERMATTEN, art. 12 CDE, p. 15 s.

⁶⁰ COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, *Observation générale n° 12*, n. 21. Cf. ég. SCHMAHL, *Handkommentar, ad art. 12 CRC* n. 8; ZERMATTEN, *RDT* 2009, p. 305 s.

⁶¹ TF 5A_354/2015, 03.08.2015, *in* RMA 2015 p. 433 s. (rés.).

⁶² TF 5A_354/2015, 03.08.2015, c. 3.2.2.

lorsqu'ils sont en situation de vulnérabilité : l'expérience de l'auto-efficacité découlant de la participation de l'enfant à la procédure contribuerait selon la recherche en psychologie de manière substantielle à renforcer sa force de résistance (résilience), ce qui lui permettrait de se développer sainement, malgré des conditions peu favorables⁶³.

B. Interprétations (trop) restrictives en matière de curatelle de procédure

Suite à la mise en œuvre de l'art. 12 CDE lors de la réforme du droit du divorce, une norme spécifique prévoyant la possibilité de désigner un représentant de l'enfant pour la procédure a été introduite, mais uniquement pour le droit matrimonial (art. 299 et 300 CPC)⁶⁴. Une norme analogue pour la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant (art. 314a^{bis} CC) existe depuis 2013⁶⁵ seulement. C'est par cette dernière disposition plus récente que nous commençons notre évaluation de la nouvelle jurisprudence.

1) La curatelle de procédure selon l'art. 314a^{bis} CC

Nous attendons toujours l'arrêt de principe concernant l'interprétation de l'art. 314a^{bis} CC, les deux premiers arrêts sur cette nouvelle disposition étant limités dans leur portée.

Dans la première affaire⁶⁶, c'est la mère qui demande entre autres la désignation d'un curateur de représentation pour son enfant dans le cadre de la procédure concernant les relations personnelles avec le père. Elle n'avait pas fait valoir ce grief en instance cantonale, raison pour laquelle le Tribunal fédéral doute de sa recevabilité, et rejette le grief après un examen sommaire⁶⁷.

Il n'en va pas de même pour le deuxième arrêt⁶⁸. Cette décision concerne uniquement la question de la représentation de l'enfant dans une procédure de retrait de la garde, ce qui aujourd'hui serait un retrait du droit de déterminer le lieu de résidence (art. 310 CC). C'est l'enfant lui-même, âgé de 10 ans et assisté par sa tutrice, qui demande la nomination d'un curateur de représentation.

Il existe également ici des limites d'ordre procédural. Il s'agit d'un recours dirigé contre une décision portant sur des mesures provisionnelles au sens de l'art. 98 LTF et le Tribunal fédéral ne dispose que d'un pouvoir d'examen limité;

⁶³ SIMONI, RDT 2009, p. 335.

⁶⁴ Avant l'entrée en vigueur du CPC : art. 146/147 CC. ZPO Komm-SCHWEIGHAUSER, *ad* art. 299 CPC n. 1 ss; CPra Matrimonial-HELLE, *ad* art. 299 CPC n. 2 s.; COTTIER, *Verfahrensvertretung*, p. 126.

⁶⁵ L'art. 314a^{bis} CC a été introduit dans la loi par la Commission des affaires juridiques du Conseil des États au cours de la procédure législative parlementaire, cf. BO/CE 2007, p. 842.

⁶⁶ TF 5A_459/2015, 13.08.2015, *in* RMA 2015 p. 426 s. (rés.). Cf. aussi *supra* III.A.

⁶⁷ TF 5A_459/2015, 13.08.2015, c. 5.2.

⁶⁸ TF 5A_744/2013, 31.01.2014, *in* RMA 2014 p. 129 s. (rés.).

seule la violation des droits constitutionnels peut être invoquée⁶⁹. L'enfant invoque l'art. 12 CDE, lequel ne garantit toutefois pas le droit de l'enfant à être représenté⁷⁰. Le Tribunal fédéral rejette donc le recours.

L'arrêt transmet néanmoins quelques aspects de l'interprétation de l'art. 314a^{bis} CC. En premier lieu, le Tribunal fédéral constate que « l'enfant âgé de dix ans, qui recourt par sa tutrice, n'a pas, en tant qu'enfant mineur dont la garde est litigieuse, la qualité de partie dans la procédure d'attribution de la garde, de telle sorte qu'il n'a pas déposé de conclusions devant l'autorité précédente. Bien que n'ayant pas pris part à la procédure devant l'autorité précédente, sa qualité pour recourir au sens de l'art. 76 al. 1 let. a LTF peut néanmoins être admise en tant qu'il fait valoir avoir été privé de la possibilité de le faire »⁷¹. Il est regrettable que le Tribunal fédéral ignore la tendance actuelle de la doctrine d'admettre la qualité de partie de l'enfant touché dans ses droits strictement personnels par des mesures de protection, également dans la procédure devant l'autorité de protection⁷².

Un deuxième aspect est celui de l'application de l'art. 299 CPC relatif à la représentation de l'enfant. L'enfant invoque l'application de cette disposition à titre de droit cantonal supplétif, sur la base de l'art. 450f CC⁷³. Le Tribunal fédéral ne semble pas y voir de problème, ce qui est intéressant puisque l'art. 299 CPC est plus large que l'art. 314a^{bis} CC. La norme du Code de procédure civile prévoit notamment à son al. 3 la désignation obligatoire d'un curateur de procédure si l'enfant capable de discernement le demande, ce qui n'est pas expressément prévu par l'art. 314a^{bis} CC.

L'impression laissée par ces deux arrêts est que le Tribunal fédéral est réticent à faire désigner des curateurs de représentation. Tant que l'enfant peut faire entendre sa voix dans la procédure, le Tribunal fédéral ne voit pas la nécessité de lui désigner un curateur. Un développement opposé est observable dans les cantons : l'*Obergericht* du canton de Lucerne a considéré qu'en cas de placement de l'enfant, la désignation d'un curateur est la règle. Ce n'est qu'exceptionnellement que l'autorité de protection de l'enfant peut renoncer à désigner un curateur⁷⁴. Par ailleurs, l'autorité chargée de la surveillance des autorités de protection de l'enfant et de l'adulte du canton de Zurich a

⁶⁹ TF 5A_744/2013, 31.01.2014, c. 3.2.2.

⁷⁰ TF 5A_744/2013, 31.01.2014, c. 3.3. Dans ce sens aussi DETRICK, Commentary, p. 224.

⁷¹ TF 5A_744/2013, 31.01.2014, c. 1.

⁷² Avec des arguments convaincants pour la position de partie : HERZIG, Das Kind, p. 66. Encore trop réticente et n'admettant la position de partie que pour l'enfant capable de discernement : CommFam Protection de l'adulte-COTTIER, ad art. 314 CC n. 7. Cf. aussi art. 35 lit. b LaCC Genève : « Sont parties à la procédure devant le Tribunal de protection : (...) b) dans les procédures instruites à l'égard d'un mineur, le mineur concerné, ses père et mère et le cas échéant son représentant légal, de même que les tiers au sens de l'article 274a CC ».

⁷³ TF 5A_744/2013, 31.01.2014, c. 3.3.

⁷⁴ Obergericht des Kantons Luzern, 12.03.2001, in FamPra.ch 2001, p. 842 ss.

récemment publié une directive⁷⁵ prévoyant qu'elles ont l'obligation de motiver dans leur dossier la décision de ne pas désigner un curateur de procédure pour l'enfant dans les cas de retrait du droit de déterminer le lieu de résidence selon l'art. 310 CC. Cette directive a été édictée en réponse à la tragédie de Flaach, lors de laquelle une mère a tué ses deux enfants suite à une décision de prolongation de leur placement par l'autorité de protection.

2) *La curatelle de procédure selon l'art. 299 et 300 CPC*

L'interprétation restrictive par le Tribunal fédéral de la représentation procédurale de l'enfant a encore été renforcée par un arrêt sur l'art. 299 CPC rendu le 17 décembre 2015⁷⁶, qui a secoué et déçu la communauté des praticiennes et praticiens engagé-e-s pour l'institution de l'avocat de l'enfant⁷⁷. L'arrêt est problématique à plusieurs égards : premièrement, il attribue aux curateurs et curatrices selon les art. 299 et 300 CPC le rôle de simples auxiliaires du tribunal dans l'établissement des faits⁷⁸, et leur impose d'évaluer en premier lieu le bien objectif de l'enfant⁷⁹. Cette interprétation ne correspond pas à la position de la doctrine majoritaire, qui estime que la fonction principale du curateur de procédure est de transmettre la volonté subjective de l'enfant, volonté qui doit être déterminée avec soin et de manière complète⁸⁰. Cette position se reflète également dans la jurisprudence du Tribunal fédéral⁸¹, mais n'est pas prise en compte dans l'arrêt de décembre 2015.

L'interprétation restrictive du rôle du curateur de procédure paraît également peu compatible avec la jurisprudence de la Cour européenne des

⁷⁵ Kanton Zürich, Direktion der Justiz und des Innern als Aufsichtsbehörde im Kindes- und Erwachsenenschutz, Prüfung von Kindesvertretungen und Ablösung von superprovisorischen vorsorglichen Massnahmen – Aufsichtsrechtliche Weisungen, 19 février 2016.

⁷⁶ ATF 142 III 153.

⁷⁷ Cf. les commentaires critiques de MEIER/HÄBERLI, RMA 2016, p. 198 ss; SCHWEIGHAUSER, FamPra.ch 2016, p. 554 ss. Moins critique: AFFOLTER, Entschädigung der Kindesvertreterin.

⁷⁸ ATF 142 III 153, c. 5.1.2.

⁷⁹ ATF 142 III 153, c. 5.2.1 et les références citées. Les auteurs BLUM/WEBER KHAN, que le Tribunal fédéral cite pour appuyer sa position, soulignent en effet l'importance de la transmission de la volonté subjective de l'enfant même dans une situation de distorsion de cette même volonté par une relation abusive, tout en encourageant des solutions qui protègent le bien de l'enfant (BLUM/WEBER KHAN, RMA 2012, p. 42).

⁸⁰ ZPO Komm-SCHWEIGHAUSER, *ad art.* 300 CPC n. 1 ss; BSK ZPO-STECK, *ad art.* 300 CPC n. 13; CPC-JEANDIN, *ad art.* 299 CPC n. 6 et art. 300 n. 8; AFFOLTER, Kindesvertretung, n. 6.1 ss; HERZIG, Das Kind, n. 429 et 454; RUMO-JUNGO, Das Kind im Familienprozess, p. 22; MEIER, Nouvelle procédure civile, p. 74; CHK- BIDERBOST, *ad art.* 314a^{bis} CC n. 5; COTTIER, Verfahrensvertretung, p. 145 s. Dans le même sens : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 12, n. 35 ss.

⁸¹ Cf. TF 5P.84/2006, 03.05.2006, c. 3.4. « *Die Prozessbeiständin handelt unabhängig von Behörden und Gericht aus eigenem Recht für das Kind. Sie hat namentlich dafür zu sorgen, dass die Anliegen des Kindes und eine Beurteilung der Situation aus der Sicht des Kindes in den Prozess eingebracht werden. Ihre Sachdarstellung ist insofern eine wertvolle Entscheidungshilfe in der Urteilsfindung, als sie sich dazu eignen kann, Unsicherheiten zu beseitigen und die subjektive Meinung des Kindes klarzustellen.* »

droits de l'homme. Dans un arrêt récent contre la Géorgie⁸², elle se base sur les lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants (*child-friendly justice*) adoptées en 2010⁸³ ainsi que sur l'art. 8 CEDH, pour souligner qu'une représentation de l'enfant sans rôle formel dans la procédure et sans rapport de confiance avec l'enfant pour pouvoir transmettre sa volonté subjective au tribunal, ne correspond pas aux exigences du droit international⁸⁴.

Au cœur de la jurisprudence du Tribunal fédéral dans l'arrêt de décembre 2015 existe une incohérence importante et plutôt surprenante dans l'interprétation de la notion de capacité de discernement. Le Tribunal fédéral considère que la portée des questions de garde, d'autorité parentale et de mesures de protection de l'enfant est difficile à cerner, même pour un enfant plus grand, et que la question est donc rarement posée de savoir à quelles conditions le curateur de procédure peut être appelé à remplir le rôle de véritable avocat de l'enfant⁸⁵. Cette affirmation paraissant admettre que l'enfant de parents divorcés n'atteint guère la capacité de discernement concernant ses droits strictement personnels avant 18 ans, contredit manifestement la jurisprudence constante admettant en règle générale la capacité de discernement dès 12 ans dans les questions liées aux relations avec les parents – comme nous avons pu le constater ci-dessus dans le contexte des relations personnelles⁸⁶ et du retrait du droit de déterminer le lieu de résidence⁸⁷.

V. Conclusion

En guise de conclusion, nous pouvons retenir que la jurisprudence récente du Tribunal fédéral joue un rôle plutôt mitigé dans la mise en œuvre des droits de l'enfant en Suisse. Il apparaît très clairement que la distinction schématique entre enfants capables/incapables de discernement pose problème.

D'abord, la Haute Cour semble actuellement établir une limite d'âge générale à 12 ans pour la capacité de discernement en droit de la famille. Ceci semble problématique au vu du caractère relatif de la notion de capacité de discernement. En effet, dans certains cas, la jurisprudence antérieure avait –

⁸² CourEDH, affaire N.TS et Autres c. Géorgie, 2 février 2016 (n° 71776/12).

⁸³ COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Lignes directrices.

⁸⁴ CourEDH, affaire N.TS et Autres c. Géorgie, 2 février 2016 (n° 71776/12), § 73 ss.

⁸⁵ ATF 142 III 153, c. 5.2.4.

⁸⁶ Cf. les arrêts TF 5A_459/2015, 13.08.2015 et TF 5C.250/2005, 03.01.2006 cités *supra*.

⁸⁷ Cf. les arrêts TF 5A_354/2015, 03.08.2015 et TF 5A_744/2013, 31.01.2014 cités *supra*.

à juste titre – admis la capacité de discernement pour des questions peu complexes en lien avec les relations personnelles à un âge inférieur⁸⁸.

Nous pouvons aussi constater une tension entre la logique juridique et les connaissances psychologiques en ce qui concerne la prise en compte de la volonté de l'enfant dans le contexte des relations avec ses parents : tandis que la jurisprudence du Tribunal fédéral met l'accent sur l'établissement des faits en vue de la décision et demande certaines capacités cognitives et volitives pour prendre en compte l'opinion de l'enfant, la psychologie se base sur le concept de la participation de l'enfant au processus de prise de décision et souligne l'intérêt du très jeune enfant à ce que ses besoins et préférences soient entendus⁸⁹. L'interprétation du Comité des droits de l'enfant de la notion de « capacité de discernement » de l'art. 12 CDE, qui ne correspond pas à celle de l'art. 16 CC, reflète en effet cette conception du droit d'être entendu de l'enfant depuis son plus jeune âge.

Finalement, il faut retenir que la jurisprudence restrictive sur la curatelle de procédure au sens des art. 314a^{bis} CC et 299 CPC va devoir être adaptée au vu de la jurisprudence de la Cour EDH et des incohérences avec la jurisprudence plus générale concernant l'exercice des droits strictement personnels par les mineurs.

Malgré ces constats, nous soulignons que l'interprétation restrictive du standard minimal du droit fédéral n'empêche pas les instances cantonales de développer une pratique plus généreuse vis-à-vis des droits de l'enfant dans le cadre des activités de mise en œuvre des Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants⁹⁰. Il reste à espérer que le Tribunal fédéral soutiendra ce développement en modifiant sa position dans le sens d'un meilleur respect de l'enfant, qui est un sujet de droit à part entière indépendamment de son âge.

⁸⁸ TF 5C.51/2005, 02.09.2005, c. 2.2. Cf. aussi l'arrêt de la Cour administrative du canton de Jura du 13 août 2015, ADM 61/2015 + AJ 62/2015.

⁸⁹ Au sujet de ces deux logiques, cf. COTTIER, *Familienwissenschaft*, p. 353 ss.

⁹⁰ Cf. <http://www.kinderanwaltschaft.ch> (consulté le 2 août 2016).

Bibliographie

- AEBI-MÜLLER Regina, Das neue Familiennamensrecht - eine erste Übersicht, *in* RSJ 2012 (108), p. 449-457 (cité : AEBI-MÜLLER, RSJ 2012).
- AFFOLTER Kurt, Kindesvertretung im behördlichen Kindesschutzverfahren, *in* Daniel ROSCH, Diana WIDER (éd.), Zwischen Schutz und Selbstbestimmung: Festschrift für Professor Christoph Häfeli zum 70. Geburtstag, Berne 2013, p. 191-212 (cité : AFFOLTER, Kindesvertretung).
- AFFOLTER Kurt, Entschädigung der Kindesvertreterin, *Commentaire de jurisprudence numérique*, 21 mars 2016 (cité : AFFOLTER, Entschädigung der Kindesvertreterin).
- BIGLER-EGGENBERGER Margrith et FANKHAUSER Roland, art. 16 CC, *in* Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I (Heinrich HONSELL, Nedim Peter VOGT, Thomas GEISER, éd.), 5^e éd., Bâle 2014 (cité : BSK ZGB-BIGLER-EGGENBERGER/FANKHAUSER).
- BLUM Stefan et WEBER KHAN Christina, Der « Anwalt des Kindes » - eine Standortbestimmung, *in* RMA 2012, p. 32-44 (cité : BLUM/WEBER KHAN, RMA 2012).
- BIDERBOST Yvo, art. 314a^{bis} CC, *in* Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Art. 1-456 ZGB (Peter BREITSCHMID et Alexandra RUMO-JUNGO, éd.), 2^e éd., Zurich 2012 (cité : CHK-BIDERBOST).
- BREITSCHMID Peter et RUMO-JUNGO Alexandra, Ausbildungsunterhalt für mündige Kinder - Bemerkungen zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts und Thesen, *in* Ingeborg SCHWENZER et Andrea BÜCHLER (éd.), Dritte Schweizer Familienrechtstage, Berne 2006, p. 83-102 (cité : BREITSCHMID/RUMO-JUNGO, Ausbildungsunterhalt).
- BÜCHLER Andrea *et al.*, Grundlagen zum Projekt, *in* Andrea BÜCHLER et Heidi SIMONI (éd.), Kinder und Scheidung. Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge, Zurich/Coire 2009 (cité : BÜCHLER *et al.*, Grundlagen).
- COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 12 (2009), Le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12 (cité : COMITÉ DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 12).
- COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants, adoptées par le Comité des Ministres le 17 novembre 2010, Strasbourg 2011 (cité : COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Lignes directrices).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 15 novembre 1995 concernant la révision du Code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, etc.), FF 1996 I 1 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message divorce).

- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 juin 2006 concernant la révision du Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message protection de l'adulte).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 29 novembre 2014 concernant la révision du code civil suisse (Entretien de l'enfant), FF 2014 511 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message entretien).
- CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 28 novembre 2014 concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), FF 2015 835 (cité : CONSEIL FÉDÉRAL, Message adoption).
- COTTIER Michelle, *Verfahrensvertretung des Kindes im Familienrecht der Schweiz: aktuelle Rechtslage und Reformbedarf*, in Stefan BLUM, Michelle COTTIER et Daniela MIGLIAZZA (éd.), *Anwalt des Kindes*, Berne 2008, p. 125-152 (cité : COTTIER, *Verfahrensvertretung*).
- COTTIER Michelle, art. 314, 314a, 314a^{bis} CC, in *CommFam Protection de l'adulte* (Audrey LEUBA, Martin STETTLER, Andrea BÜCHLER et Christoph HÄFELI, éd.), Berne 2013 (cité : *CommFam Protection de l'adulte-COTTIER*).
- COTTIER Michelle, *Inter- und Transdisziplinarität in der Familienwissenschaft aus der Perspektive des Familienrechts*, in Andrea BÜCHLER et Markus MÜLLER-CHEN (éd.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Berne 2011, p. 351-363 (cité : COTTIER, *Familienwissenschaft*).
- DE LUZE Estelle et DE LUIGI Valérie, *Le nouveau droit du nom*, in *PJA* 2013, p. 505-524 (cité : DE LUZE/DE LUIGI, *PJA* 2013).
- DETRICK Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Den Haag 1999 (cité : DETRICK, *Commentary*).
- DETTENBORN Harry et WALTER Eginhard, *Familienrechtspsychologie*, 2^e éd., Munich 2014 (cité : DETTENBORN/WALTER, *Familienrechtspsychologie*).
- FORTIN Jane, HUNT Joan et SCANLAN Lesley, *Taking a longer view of contact: The perspectives of young adults who experienced parental separation in their youth*, Brighton 2012 (cité : FORTIN/HUNT/SCANLAN, *Taking a longer view of contact*).
- GEISER Thomas, *Das neue Namensrecht und die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde*, in *RMA* 2012, p. 353-377 (cité : GEISER, *RMA* 2012).
- GUILLOD Olivier, *Droit des personnes*, 4^e éd., Bâle 2015 (cité : GUILLOD, *Droit des personnes*).
- HANSON Karl, *Schools of Thought in Children's Rights*, in Manfred LIEBEL (éd.), *Children's rights from below. Cross-cultural perspectives*, New York 2012, p. 63-79 (cité : HANSON, *Schools of Thought*).

- HELLE Noémie, art. 298-300 CPC, *in* Commentaire pratique, Droit matrimonial : fond et procédure (François BOHNET et Olivier GUILLOD, éd.), Bâle 2016 (cité : CPra Matrimonial-HELLE).
- HERZIG Christophe A., *Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren*, Zurich 2012 (cité : HERZIG, *Das Kind*).
- JEANDIN Nicolas, art. 299 et 300 CC, *in* Code de procédure civile commenté (François BOHNET *et al.*, éd.), Bâle 2011 (cité : CPC-JEANDIN).
- KILDE Gisela, *Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte. Zivilrechtliche und interdisziplinäre Lösungsansätze*, Zurich 2015 (cité : KILDE, *Der persönliche Verkehr*).
- LAMESTA Jennifer et BADDELEY Margareta, *Au nom du père et de la mère. Étude comparative sur le droit du nom dans la perspective du droit du nom 2013*, *in* Margareta BADDELEY, Bénédicte FOËX, Audrey LEUBA et Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN (éd.), *Le droit civil dans le contexte international, Journée de droit civil 2011*, Zurich 2012, p. 87-107 (cité : LAMESTA/BADDELEY, *Au nom du père et de la mère*).
- MEIER Philippe, *L'enfant dans la nouvelle procédure civile*, *in* Christiana FOUNTOULAKIS, Pascal PICHONNAZ et Alexandra RUMO-JUNGO (éd.), *Droit de la famille et nouvelle procédure, Aspects de droit de fond et de procédure, 6^e Symposium en droit de la famille 2011, Université de Fribourg, Genève/Zurich/Bâle 2012*, p. 37-88 (cité : MEIER, *Nouvelle procédure civile*).
- MEIER Philippe et DE LUZE Estelle, *Droit des personnes – Art. 11-89a CC*, Zurich 2014 (cité : MEIER/DE LUZE, *Droit des personnes*).
- MEIER Philippe et HÄBERLI Thomas, *Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte), juillet à octobre 2015*, *in* RMA 2015, p. 413-446 (cité : MEIER/HÄBERLI, RMA 2015).
- MEIER Philippe et HÄBERLI Thomas, *Résumé de jurisprudence (filiation et protection de l'adulte), février à avril 2016*, *in* RMA 2016, p. 181-211 (cité : MEIER/HÄBERLI, RMA 2016).
- MEIER Philippe et STETTLER Martin, *Droit de la filiation, 5^e éd.*, Zurich 2014 (cité : MEIER/STETTLER, *Droit de la filiation*).
- MEYER Caroline B., *Mündigenunterhalt in der Praxis: Verschulden des Kindes, Solidarhaftung der Eltern?*, *in* Andrea BÜCHLER et Markus MÜLLER-CHEN (éd.), *Festschrift für Ingeborg Schwenzer zum 60. Geburtstag*, Berne 2011, p. 1271-1284 (cité : MEYER, *Mündigenunterhalt*).
- PRADERVAND-KERNEN Maryse, *La position juridique de l'enfant dans la procédure civile, à l'aune de quelques questions particulières*, *in* FamPra.ch 2016, p. 339-368 (cité : PRADERVAND-KERNEN, FamPra.ch 2016).

- RUMO-JUNGO Alexandra, Das Kind im Familienprozess – erhöhte Präsenz durch neue Rechte, *in* Alexandra RUMO-JUNGO, Christiana FOUNTOULAKIS et Pascal PICHONNAZ (éd.), *Der neue Familienprozess*, 6. Symposium zum Familienrecht 2011, Zurich 2012, p. 1-30 (cité : RUMO-JUNGO, *Das Kind im Familienprozess*).
- RUMO-JUNGO Alexandra, Unterhalt für mündige Kinder: aktuelle Fragen, *in* *Recht* 2010, p. 69-77 (cité : RUMO-JUNGO, *Recht* 2010).
- SCHMAHL Stefanie, *Handkommentar Kinderrechtskonvention*, Baden-Baden 2013 (cité : SCHMAHL, *Handkommentar*).
- SCHREINER Joachim, Anhang Psychologie, *in* *FamKomm Scheidung* (Ingeborg SCHWENZER, éd.), 2^e éd., Berne 2010 (cité : *FamKomm Scheidung-SCHREINER*).
- SCHWEIGHAUSER Jonas, art. 298-300 CPC, *in* *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)* (Thomas SUTTER-SOMM, Franz HASENBÖHLER et Christoph LEUENBERGER, éd.), 3^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2016 (cité : *ZPO Komm-SCHWEIGHAUSER*).
- SCHWEIGHAUSER Jonas, Commentaire de l'arrêt 5A_52/2015 du 17 décembre 2015, *in* *FamPra.ch* 2016, p. 540-560 (cité : SCHWEIGHAUSER, *FamPra.ch* 2016).
- SIMONI Heidi, Kinder anhören und hören, *in* *RDT* 2009, p. 333-349 (cité : SIMONI, *RDT* 2009).
- STECK Daniel, art. 300 CPC, *in* *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung* (Karl SPÜHLER, Luca TENCHIO et Dominik INFANGER, éd.), 2^e éd., Bâle 2013 (cité : *BSK ZPO-STECK*).
- STEINAUER Paul-Henri et FOUNTOULAKIS Christiana, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014 (cité : STEINAUER/FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques*).
- STOECKLIN Daniel, L'enfant acteur et l'approche participative, *in* Jean ZERMATTEN et Daniel STOECKLIN (éd.), *Le droit des enfants de participer. Norme juridique et réalité pratique : contribution à un nouveau contrat social*, Sion 2009, p. 47-71 (cité : STOECKLIN, *L'enfant acteur*).
- WALLERSTEIN Judith S., LEWIS Julia et BLAKESLEE Sandra, The unexpected legacy of divorce. A 25 year landmark study, New York 2000 (cité : WALLERSTEIN/LEWIS/BLAKESLEE, *The unexpected legacy of divorce*).
- ZERMATTEN Jean, Protection versus Participation de l'enfant? Réflexions à propos des champs de tensions entre l'article 3 et l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (CDE), *in* *RDT* 2009, p. 297-314 (cité : ZERMATTEN, *RDT* 2009).
- ZERMATTEN Jean, Le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et d'être entendu (art. 12 CDE), *in* Jean ZERMATTEN et Daniel STOECKLIN (éd.), *Le droit des*

enfants de participer. Norme juridique et réalité pratique : contribution à un nouveau contrat social, Sion 2009, p. 13-44 (cité : ZERMATTEN, art. 12 CDE).