UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Master 2014

Open Access

This version of the publication is provided by the author(s) and made available in accordance with the copyright holder(s).

La représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents

Prontera, Julien

How to cite

PRONTERA, Julien. La représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents. Master, 2014.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:46730

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

UNIVERSITÉ DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

La représentation de l'enfant dans la procédure de divorce

Séminaire : « La protection de l'enfant »

Sous la direction de Marie-Laure PAPAUX VAN DELDEN
Professeure à l'Université de Genève

Manuela SAENZ DEVIA
Assistante

JULIEN PRONTERA

Semestre de Printemps 2014

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION 4

II. REPRESENTATION DE L'ENFANT AU REGARD DE LA CONVENTION SUR LES DROITS DE L'ENFANT 5

III. REPRESENTATION DE L'ENFANT DANS LA PROCEDURE DE DIVORCE 7

1. DE L'INSUFFISANCE DES MAXIMES PROCEDURALES 7

2. INSTITUTION D'UN REPRESENTANT POUR L'ENFANT 8

2.1. Conditions de la représentation 8

2.1.1. Principe 8

2.1.2. Cas a priori problématiques 10

A) Conclusions divergentes des parents 11

B) Requête des parents ou de l'autorité de protection de l'enfant 13

C) Doutes quant aux conclusions convergentes des parents 14

D) Mesure de protection de l'enfant envisagée 15

2.1.3. Représentation impérative 15

2.1.4. Critique des conditions légales 18

2.2. Nomination du représentant 20

2.2.1. Qualités du curateur 20

2.2.2. Spécialisation professionnelle 23

3. COMPETENCES DU REPRESENTANT 24

3.1. Compétences procédurales 24

3.2. Tâches du représentant 27

3.3. Rôle du représentant 28

IV. FREQUENCE DE L'INSTITUTION DE LA REPRESENTATION 32

1. PRATIQUE DES TRIBUNAUX 32

2. MOTIFS DE LA RETICENCE DES JUGES 34

2.1. Motifs légaux de divorce 34

2.2. Coûts 35

2.3. Complication et allongement de la procédure 36

2.4. Pouvoir d'appréciation du juge 37

2.5. Qualification et rôle du représentant 38

V. CONCLUSION 39

VI. ANNEXE 1 : ENTRETIEN AVEC ME TIRILE TUCHSCHMID MONNIER 41

VII. ANNEXE 2 : ENTRETIEN AVEC LE JUGE FABIEN WAELTI 46

VIII. BIBLIOGRAPHIE 49

IX. DECLARATION AD PLAGIAT 58

I. INTRODUCTION

Une tendance était lancée avec l'adoption le 20 novembre 1989 par les Nations Unies de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant entrée en vigueur le 26 mars 1997 en Suisse (ci-après : CDE ou Convention)[1] : des droits subjectifs étaient reconnus à l'enfant, et parmi eux le droit à la représentation. Dès lors, l'enfant était identifié à l'adulte et davantage pris au sérieux ; l'enfant changeait radicalement de statut passant d'objet à sujet de droits. Désormais, l'enfant était doté de droits dès sa naissance et reconnu comme un individu à part entière.

Suite au développement de l'institution de la représentation de l'enfant en France, au Royaume-Uni et en Allemagne, certains auteurs se faisaient insistants quant aux besoins de légiférer en droit interne sur la question de la représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents[2]. En 1994, Cyril HEGNAUER concluait un article ainsi: « *[G]eht es aber keineswegs um abstrakte Ideologie, sondern um den durchaus realistischen Versuch, den unmündigen Menschen, soweit das mit den Mitteln des Rechts möglich ist, auch im Verfahren ernst zu nehmen* »[3].

Ainsi, depuis la révision de l'an 2000 du Code civil suisse entrée en vigueur le 1er janvier 1912 (ci-après : CC)[4], la représentation de l'enfant dans la procédure de divorce était réglée aux art. 146 et 147 aCC. Suite à l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse[5] (ci-après : CPC) le 1er janvier 2011, la représentation de l'enfant est dorénavant réglementée par les art. 299 et 300 CPC. Pour l'essentiel, ces deux articles se calquent sur le système mis en place lors de la révision du droit du divorce de telle sorte que la jurisprudence de l'ancien droit est par conséquent applicable[6]. Les différences les plus saillantes seront mises en exergue dans le présent travail.

La représentation de l'enfant n'est pas limitée à un domaine particulier du droit. Des réglementations légales spécifiques existent dans une multitude de branches : procédure de

---

1 RS 0.107.
2 HEGNAUER, Anwalt, p. 186 ; HEGNAUER, Kindesinteressen, p. 892 ; SCHWENZER, p. 824.
3 HEGNAUER, Anwalt, p. 187. Il ne s'agit pas d'une idéologie abstraite mais d'une tentative concrète de prendre le mineur au sérieux dans la procédure, dans la mesure où le droit le permet (traduction libre).
4 RS 210. Loi adoptée le 10 décembre 1907.
5 RS 272. Loi adoptée le 19 décembre 2008.
6 MEIER, p. 69 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1985 N 4 ; BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1717 N 5.

divorce certes mais aussi procédure pénale des mineurs, enlèvement international d'enfants et procédure de mesures protectrices. Dans le cadre de ce travail, nous nous limiterons à la représentation de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents. En effet, ces procédures appellent notre attention par leur importance dans la pratique. En 2012, sur les quelques 17'550 divorces prononcés en Suisse[7], 12'703 enfants ont été touchés[8].

Nous utiliserons les notions de « représentant », « curateur », « curateur de procédure » et « curateur de représentation » comme synonymes. A cet égard, il est utile de noter que seule la curatelle selon les art. 299 et 300 CPC sera abordée, à l'exclusion des autres curatelles du Code civil.

Nous débuterons ce travail en examinant le cadre légal de la représentation de l'enfant au niveau international (chapitre II.). Par la suite, nous traiterons les raisons pour lesquelles la représentation de l'enfant dans la procédure de divorce suscite l'attention du législateur et du juge (chapitre III. 1). A l'aune du processus de nomination d'un curateur de représentation seront étudiées les conditions de cette nomination ainsi que les exigences professionnelles que doivent remplir les représentants (chapitre III. 2.). Après un aperçu des compétences procédurales dont dispose le représentant, il sera question de son rôle dans la procédure de divorce (chapitre III. 3.). Enfin, la pratique des tribunaux cantonaux sera analysée (chapitre IV. 1.) suite à quoi nous exposerons les motifs de cette tendance (chapitre IV. 2.).

II. REPRESENTATION DE L'ENFANT AU REGARD DE LA CONVENTION SUR LES DROITS DE L'ENFANT

Le droit de l'enfant d'être entendu et le droit de l'enfant de participer – dont fait partie le droit de l'enfant d'être représenté – sont consacrés à l'article 12 CDE. Le paragraphe 1 de l'art. 12 énonce que « [les] Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». Le second paragraphe de l'art. 12 CDE précise « [qu'à] cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire […]

7 OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Nombre de divorce 2009 – 2013.
8 *Ibid*.

l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié […] ». Les art. 299 et 300 CPC découlent de ce deuxième paragraphe.

Le Comité des droits de l'enfant – organe du traité qui contrôle l'application de la CDE – a promulgué quatre principes généraux (*general principles*) de la Convention qui façonnent le statut de l'enfant: le droit à la non-discrimination, le droit à la vie, la priorité accordée à l'intérêt supérieur de l'enfant, et le droit de participer[9]. Même si le terme de « participation » n'apparaît nulle part dans la Convention, cette notion est ancrée dans la Convention ; « [sie] *bildet gleichsam das Herzstück des neueren Kinderrechtsparadigmas* »[10]. Selon l'art. 12 CDE, l'enfant jouit de droits de participation – à côté des droits de protection relatifs à sa vulnérabilité et de prestations relatifs à sa dépendance[11].

Plusieurs formes de participation de l'enfant existent afin d'inclure l'enfant dans la procédure. Il en va d'abord de la participation directe, en particulier lorsque l'enfant est auditionné ou lorsqu'il est soumis à une expertise ; il en va ensuite de la participation indirecte, à savoir lorsque les intérêts de l'enfant sont représentés par un spécialiste après avoir consulté l'enfant[12]. La représentation de l'enfant par un curateur constitue ainsi une composante de la participation indirecte. Pour ZERMATTEN, le plus difficile consiste à trouver un équilibre entre la protection dont l'enfant a besoin et sa participation[13]. Selon nous, il est tout autant contreproductif de laisser l'enfant décider de tout que dangereux de laisser l'enfant sans défense dans la procédure.

Le Message du Conseil fédéral ne contenait aucune information concernant le caractère applicable de la CDE si ce n'est qu'il convenait aux autorités chargées de l'application de la loi de décider de l'applicabilité de l'art. 12 par. 2 CDE[14]. La question a été tranchée par le Tribunal fédéral (ci-après : TF) dans un arrêt de principe du 22 décembre 1997[15]. La recourante invoquait la violation par le Tribunal cantonal de l'art. 12 CDE. Selon

---

9 BLUM/WEBER KHAN, p. 34 ; COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, Observation n° 12, p. 4 N 2 ; ZERMATTEN, Protection, p. 299 ; ZERMATTEN/STOECKLIN, p. 8.

10 BLUM/WEBER KHAN, p. 35 ; COTTIER, p. 128. Elle forme pour ainsi dire la pièce maîtresse du nouveau paradigme des droits de l'enfant (traduction libre).

11 COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, Observation n° 12, p. 7 N 18.

12 SCHREINER, p. 819 N 99.

13 ZERMATTEN, Droit, p. 10.

14 MESSAGE CDE, p. 41.

15 ATF 124 III 90, consid. 3.a/JdT 1998 I 272, consid. 3.a. Voir aussi TF 5A_744/2013 du 31 janvier 2014, consid. 3.2.1.

la recourante, les juges cantonaux auraient dû recueillir l'opinion de sa fille à propos du droit de visite. D'abord, les juges ont estimé que l'art. 12 CDE se distingue par un caractère hautement concret et que son contenu se révèle clair et précis. Ensuite, l'article a pour objet les droits de particuliers dans la mesure où le droit de participer est conféré à l'enfant. Enfin, la formule utilisée, à savoir que « les Etats parties garantissent », démontre que l'art. 12 CDE s'adresse directement aux autorités sans qu'une transformation en droit interne ne soit nécessaire. En conséquence, selon notre Haute-Cour, l'art. 12 de la Convention énonce une règle de droit directement applicable dont la violation est susceptible d'être attaquée par un recours au TF.

III. REPRESENTATION DE L'ENFANT DANS LA PROCEDURE DE DIVORCE

1. INSUFFISANCE DES MAXIMES PROCEDURALES

Les maximes d'office (art. 296 al. 3 CPC) et inquisitoire (art. 296 al. 1 CPC) s'appliquent pour tout point concernant les enfants dans les affaires de droit de la famille[16]. La maxime d'office prévoit que le juge ordonne les mesures sans être lié par les conclusions même concordantes ou l'absence de conclusions des parties[17]. La maxime inquisitoire implique la recherche illimitée par le tribunal de tous les éléments pertinents[18]. Dans la mesure du possible, il appartient donc au juge de sauvegarder les intérêts de l'enfant.

Jusqu'à la révision du CC du 1er janvier 2000, les maximes de procédure garantissaient seules le bien de l'enfant. Néanmoins, ces maximes ne suffisaient toutefois pas toujours à garantir la meilleure sauvegarde des intérêts de l'enfant[19]. Premièrement, la tâche des juges de dire le droit et de veiller à l'intérêt de l'enfant n'est pas chose aisée. La tentation est grande de penser que les parents sont plus aptes à déceler l'intérêt de leur enfant et ainsi de se rallier à leurs conclusions communes[20]. Deuxièmement, les juges peuvent être tentés de renoncer à

16 MEIER, p. 50.
17 AEBI-MÜLLER/HERZIG, p. 92 ; MEIER, p. 52.
18 AEBI-MÜLLER/HERZIG, p. 93 ; MEIER, p. 53.
19 MESSAGE CC, p. 149. HEGNAUER, Anwalt, p. 186 ; CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1213 N 5 ; SAMBETH GLASNER, p. 76 ; STECK, Vertretung, p. 1561.
20 MESSAGE CC, p. 150. MANAÏ, Droits, p. 115.

éclaircir certains points importants pour des raisons d'économie de procédure [21]. Troisièmement, l'audition de l'enfant ne peut pas toujours avoir lieu en raison de l'âge ou de l'état de santé de l'enfant[22]. Cas échéant, les parents s'expriment en lieu et place de l'enfant qui n'a pas son mot à dire. Or, lors d'une procédure de divorce, les parents – occupés à défendre leurs points de vue – ne sont pas toujours en mesure de percevoir les intérêts de l'enfant[23]. Quatrièmement, le fait que le juge se charge de l'enfant crée le risque que le magistrat soit perçu comme partial ce qui est nuisible pour l'acceptation du jugement par les parents[24].

Grâce à l'institution du curateur de procédure, ces lacunes sont comblées. En premier lieu, à défaut d'audition de l'enfant en raison de son âge ou de sa santé, ses droits sont sauvegardés par un représentant indépendant et expérimenté et non par ses parents[25]. En second lieu, la question de la partialité du juge ne se pose plus vu qu'un curateur indépendant représente l'enfant. A notre avis, la position de l'enfant dans la procédure est améliorée.

2. INSTITUTION D'UN REPRESENTANT POUR L'ENFANT

2.1. Conditions de la représentation

2.1.1. Principe

Selon la clause générale de l'art. 299 al. 1 CPC, le tribunal ordonne la représentation de l'enfant « si nécessaire ». Le tribunal est donc compétent pour ordonner la représentation par un curateur. Il lui incombe un devoir de vérification général (*allgemeine Prüfungspflicht*) pour apprécier si les conditions sont remplies[26]. Le juge dispose à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation. Il lui appartient d'appliquer les règles du droit et de l'équité en tenant compte des circonstances (art. 4 CC)[27]. Le caractère nécessaire ou non de la représentation s'apprécie seulement sous l'aspect du bien de l'enfant[28]. Définir le bien de l'enfant se révèle

---

21 MESSAGE CC, p. 150.
22 MANAÏ, Réforme, p. 1195.
23 MESSAGE CC, p. 150.
24 MESSAGE CC, p. 150. REUSSER, p. 200 N 4.88.
25 *Ibid*.
26 KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1326 N 4.
27 TF 5A_735/2007 du 28 janvier 2008, consid. 4.1. CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1212 N 4 ; BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1719 N 11 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1326 N 4.
28 DE LUZE [et *al.*], art. 299 CPC, p. 983 N 1.5 ; HERZIG, p. 176 N 427 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1986 N 12.

compliqué puisque cette notion évolue dans le temps[29]. C'est pour cette raison qu'aucune définition ne figure dans la loi ou dans la jurisprudence. Les juges se sont limités à énoncer le critère d'un épanouissement corporel, psychique et moral[30]. Par bien de l'enfant, il faut comprendre la somme des conditions pour qu'un enfant jouisse d'un développement physique, moral et psychique[31]. D'autres critères définissant la notion du bien de l'enfant tels les coûts ou la complication de la procédure ne sont ainsi pas pertinents. Par exemple, si un enfant ne peut pas se défendre en raison de son handicap, la désignation d'un curateur est nécessaire[32].

Contrairement à ce qui était prévu à l'art. 146 aCC, le juge ne décide plus pour de « justes motifs ». Les auteurs considèrent unanimement que la notion de « nécessité » est plus large que celle de « justes motifs »[33]. La nouvelle formulation implique que les juges soient moins réticents au moment d'ordonner la représentation. La nécessité tient – selon JEANDIN – au fait que la décision doive prendre en compte de manière adéquate le bien de l'enfant[34]. MEIER est aussi d'avis que le changement terminologique de « justes motifs » à « si nécessaire » semble favoriser une application plus large ; il rappelle toutefois que la cohérence terminologique n'a pas été la priorité dans l'élaboration du CPC[35]. A titre personnel, nous pensons que le fait de ne pas avoir réutilisé la formule juridique de « justes motifs » démontre une volonté de s'écarter de la pratique antérieure. La notion juridique indéterminée « si nécessaire » semble – à notre avis – laisser une plus grande marge d'appréciation au juge.

A teneur de l'art. 299 al. 2 *ab initio* CPC, « [le] tribunal examine s'il doit instituer une curatelle […] ». D'un bout à l'autre de la procédure, le tribunal a l'obligation d'examiner la question de la représentation de l'enfant[36]. Par exemple, une curatelle peut paraître nécessaire en cours de procédure au vu des doutes croissants sur le bien-fondé des conclusions communes. L'examen d'office de la question par le juge s'apprécie indépendamment de l'âge

---

29 MUTTER-FREULER, p. 109.
30 ATF 122 III 404, consid. 3b/JdT 1998 I p. 46, consid. 3b.
31 MUTTER-FREULER, p. 109.
32 Arrêt de l'Obergericht zurichois du 29 octobre 2002, ZR 102 (2003) p. 203 n° 40, consid. 2c.
33 CPC-JEANDIN, art. 299, p. 1212 N 5 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1986 N 9 ; BK ZPO II-SPYCHER, ZPO 299, p. 2806 N 4 ; BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1718 N 6.
34 CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1212 N 5.
35 MEIER, p. 71.
36 CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1213 N 9.

du mineur[37] et ne mène pas nécessairement à la nomination d'un curateur[38] ; l'examen ne fonde aucune obligation de nomination[39]. Comme le rappellent plusieurs arrêts du TF, la nomination d'un curateur n'est qu'une possibilité qui fait partie du pouvoir d'appréciation du juge[40].

La désignation du curateur peut s'effectuer à différents stades de la procédure, peu importe que ce soit en première instance ou devant l'instance cantonale supérieure[41]. En effet, le besoin de soutien de l'enfant peut survenir à tout moment durant la durée de la procédure. La question de la nomination du curateur au stade du TF a fait l'objet de plusieurs jurisprudences. Selon le TF, renvoyer l'affaire à l'autorité cantonale afin de désigner un curateur serait préjudiciable; le conflit ne serait que plus exacerbé et la procédure de divorce initiée des années auparavant prolongée[42]. Dans une affaire de 2012, les juges ont considéré, d'une part, que les dispositions du CPC ne s'appliquent pas devant le Tribunal fédéral puisque le CPC ne règle que la procédure devant les instances cantonales (art. 1 CPC) et, d'autre part, que la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 – entrée en vigueur le 1er janvier 2007 – (ci-après : LTF)[43], qui s'applique à la procédure devant le TF, ne prévoit pas la représentation de l'enfant[44].

2.1.2. Cas a priori problématiques

Etant donné que le Conseil fédéral a jugé insatisfaisant que la décision soit entièrement laissée à la libre appréciation du juge, des cas de figure ont été prévus dans la loi pour faciliter le travail du juge[45]. L'alinéa 2 let. a – c de l'art. 299 CPC énumère quatre situations typiques dans lesquelles la question de la curatelle est susceptible de se poser[46]. Ces cas sont jugés *a priori* problématiques[47]. Autrement dit, ces circonstances particulières ne créent pas une obligation de désignation mais une obligation d'examiner le caractère nécessaire ou non d'une curatelle. Au regard de l'expression « en particulier », l'énumération

---

37 K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1986 N 13.
38 CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1213 N 10.
39 TF 5P.173/2001 du 28 août 2001, consid. 2.a ; TF 5C.210/2000 du 27 octobre 2000, consid. 2.b.
40 TF 5A_465/2012 du 18 septembre 2012, consid. 4.1.2. ; TF 5A_619/2007 du 25 février 2008, consid. 4.1. ; TF 5A_735/2007 du 28 janvier 2008, consid. 4.1.
41 HERZIG, p. 182 N 438 ; CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1214 N 17 ; MEIER, p. 70.
42 TF 5A_619/2007 du 25 février 2008, consid. 4.2. ; TF 5C.274/2001 du 23 mai 2002, consid. 2.5.2.
43 RS 173.110.
44 TF 5A_768/2011 du 23 février 2012, consid. 1.5.
45 MESSAGE CC, p. 150.
46 CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1213 N 10 ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 299 ZPO, p. 2806 N 5.
47 MEIER, p. 71.

est exemplative. De ces cas de figure découle une présomption selon laquelle la représentation de l'enfant serait nécessaire[48]. Selon la doctrine, cette présomption est telle qu'en cas de non-nomination du curateur, une argumentation détaillée et motivée par une décision incidente (*prozessleitende Verfügung*) est nécessaire[49]. En revanche, dans un arrêt du 27 octobre 2000, les juges fédéraux considèrent sans motiver davantage qu'il n'existe aucune obligation de droit fédéral de rendre une décision incidente, et partant, que la question du curateur de procédure est tranchée par une décision du tribunal au fond[50].

A) Conclusions divergentes des parents

La nécessité de nommer un curateur pour l'enfant est tout d'abord présumée, lorsque « les parents déposent des conclusions différentes relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ou à des questions importantes concernant leurs relations personnelles avec l'enfant » (art. 299 al. 2 let. a CPC). Cette hypothèse est le cas d'application le plus fréquent d'une représentation de l'enfant[51]. L'enfant a un intérêt particulier à participer aux litiges de ses parents relatifs à l'autorité parentale, la garde ou le droit de visite.

Encore faut-il savoir, concernant les relations personnelles, quand il en va de « questions importantes ». Chaque partie concernée considère subjectivement d'importantes toutes questions litigeuses à propos des relations personnelles. En cas de doute, il faudrait accepter l'importance des relations personnelles afin de garantir la protection juridique de l'enfant[52]. Le litige relatif au droit de visite doit être d'une telle intensité qu'il constitue un cas grave[53]. Par exemple, sont considérées comme « importantes » les règlementations des parents où il est question de retirer complètement ou temporairement le droit de visite, de limiter très largement, voire d'étendre très fortement ce droit par rapport à ce qui est usuel[54]. Les pratiques diffèrent dans les régions suisses. En Suisse romande, le droit de visite est large ; il comprend usuellement un week-end sur deux ainsi que la moitié des vacances scolaires, avec parfois une alternance des jours fériés[55]. En Suisse alémanique, la pratique

---

48 BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1719 N 12. Du même avis : AEBI-MÜLLER/HERZIG, p. 101 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1986 N 14 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1326 N 4.

49 HERZIG, p. 197 N 433 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1986 N 14.

50 TF 5C.210/2000 du 27 octobre 2000, consid. 2.b.

51 K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1987 N 16.

52 KuKo-VAN DE GRAAF, art. 300 ZPO, p. 1330 N 2.

53 K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1987 N 16.

54 HERZIG, p. 180 N 434 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1987 N 16 ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 299 ZPO, p. 2806 N 5 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1326 N 5.

55 CR CC I-LEUBA, art. 273 CC, p. 1716 N 16.

retient un droit de visite plus étroit d'un week-end par mois ainsi que de deux voire trois semaines de vacances par année[56].

Selon les juges fédéraux, le simple fait que la question de l'attribution des enfants soit vigoureusement discutée ne suffit pas[57]. Les juges de Mon-Repos ont considéré qu'il n'était pas critiquable de renoncer à nommer un curateur si les conclusions des parents concernant l'attribution de l'autorité parentale divergent mais que la garde est confiée au Service de protection de la jeunesse (ci-après : SPJ)[58]. Placés en institution, les enfants sont observés et des entretiens fréquents sont organisés par le SPJ ; ce service obtient des informations relatives aux enfants qu'il transmet ensuite au juge afin qu'il se fasse une représentation approfondie de la situation. Dans une autre affaire, le TF a conclu que si les divergences des conclusions par rapport au droit de visite sont peu importantes, notamment lorsque le principe d'un droit de visite du parent non gardien n'est pas remis en cause, et si le Service a entendu l'enfant, le refus de nomination d'un curateur n'est pas arbitraire[59]. Partant, le grief de violation de l'art. 299 CPC doit être écarté. Plus récemment, dans une affaire où les conclusions des parents divergeaient quant à l'attribution de l'autorité parentale et aux modalités du droit de visite, le TF n'a pas concédé une curatelle au motif que le SPJ avait entendu l'enfant et n'avait pas jugé nécessaire de nommer un curateur[60]. Une curatelle de procédure a également été refusée dans le cas où les conclusions des parents divergeaient quant à la garde mais le Service de protection des mineurs a rendu un rapport d'évaluation dont ne ressortait pas la nécessité de nommer un curateur[61]. Nous trouvons tout de même étrange que le TF se satisfasse systématiquement de l'audition de l'enfant par un service de protection de la jeunesse pour ne pas désigner de curateur à l'enfant. Dans la mesure où les intervenants de ces services et les curateurs de procédure n'ont pas les mêmes qualifications, nous nous demandons si le TF ne se méprend pas sur les rôles et l'utilité des différents intervenants. Plus grave encore, selon nous, les juges semblent ériger une barrière qui n'apparaît pas dans la loi. Nous doutons du bien-fondé de cette manière de faire.

Dans les deux derniers arrêts susmentionnés, les juges ont utilisé de délicates formules afin d'étayer leurs argumentations: « il n'apparaît pas que l'intensité du conflit opposant les

---

56 *Ibid*.
57 TF 5P.139/2002 du 3 juin 2002, consid. 2. BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1719 N 13.
58 TF 5A_735/2007 du 28 janvier 2008, consid. 4.1.
59 TF 5A_619/2007 du 25 février 2008, consid. 4.2.
60 TF 5A_153/2013 du 24 juillet 2013, consid. 3.2.
61 TF 5A_465/2012 du 18 septembre 2012, consid. 4.2.

époux excéderait celle rencontrée par la plupart des couples lors d'une procédure de séparation »[62], « l'intensité n'excède pas celle que la plupart des couples rencontre lors d'une procédure de séparation »[63]. Selon nous, ces formulations laissent supposer qu'il faille un conflit très grave afin de justifier la désignation d'un curateur. A l'avenir, nous espérons que les juges trouveront des formules moins équivoques afin de fonder leur position.

B) Requête des parents ou de l'autorité de protection de l'enfant

La question de la représentation de l'enfant doit aussi être vérifiée lorsqu'une requête est déposée par les parents ou l'autorité de protection de l'enfant (ci-après : APE). Cette situation est réglée à l'art. 299 al. 2 let. b CPC.

Les parents ainsi que l'APE peuvent déposer une telle demande puisqu'ils sont plus à même que le tribunal à percevoir la situation de l'enfant[64]. La requête des parents n'est expressément mentionnée dans la loi que depuis l'entrée en vigueur du CPC. Toutefois, la doctrine avait depuis longtemps mis en exergue cette lacune et considérait la requête des parents au même titre que celle de l'autorité tutélaire, autorité équivalente à l'APE avant le 1er janvier 2013[65]. La requête d'un parent se recoupe d'une certaine manière avec l'hypothèse mentionnée à la lettre a puisque, le plus souvent, les parents auront déposé des conclusions différentes. Il convient de veiller à ce que la requête du parent résulte d'une prise de conscience des difficultés de l'enfant ; elle ne doit pas reposer sur des considérations égoïstes comme l'espoir que le curateur appuie ses conclusions[66].

Une simple demande en soi est insuffisante à déclencher le processus d'examen de la nécessité de la représentation. En outre, le parent ou l'APE doit motiver en quoi la représentation de l'enfant est nécessaire[67]. Selon MEIER, l'APE fera la requête, en particulier lorsqu'elle s'occupe déjà d'un dossier concernant l'enfant ou sa famille[68].

---

62 TF 5A_153/2013 du 24 juillet 2013, consid. 3.2.
63 TF 5A_465/2012 du 18 septembre 2012, consid. 4.2.
64 CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1213 N 12.
65 BÄHLER, p. 190 ; HERZIG, p. 181 N 435 ; MEIER, p. 72 ; BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1720 N 14 ; SUTTER/FREIBURGHAUS, p. 582 N 15.
66 MEIER, p. 72.
67 MESSAGE CC, p. 151. K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1987 N 17 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1326 N 6.
68 MEIER, p. 71.

En pratique, les parents sont très réticents à requérir une curatelle de procédure pour leur enfant. En premier lieu, les coûts d'une curatelle effraient les parents vu que ces coûts sont à leur charge pour autant qu'ils ne soient pas à l'assistance juridique[69]. En second lieu, les parents ne souhaitent pas volontiers qu'un tiers de plus fasse irruption dans leur vie privée[70]. En dernier lieu, selon nous, les parents ne préfèrent pas se risquer à demander un curateur vu qu'ils ignorent qui va être nommé et quels effets aura la nomination dans la procédure.

C) Doutes quant aux conclusions convergentes des parents

La troisième hypothèse intervient lorsque le tribunal « doute sérieusement du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde ou la façon dont les relations personnelles sont réglées » (art. 299 al. 2 let. c ch. 1 CPC).

Il est fait référence au for intérieur du juge qui doit éprouver un sérieux doute[71]. Certaines origines possibles du doute figurent dans la loi (art. 299 al. 2 let. c *ab initio* CPC), à savoir l'audition des parents (art. 297 al. 1 CPC) ou celle de l'enfant (art. 298 CPC). Cependant, sont réservées les « autres raisons », ce qui confirme le caractère exemplatif de cette formulation. En particulier, des doutes sur le bien-fondé des conclusions peuvent survenir lorsque l'autorité parentale conjointe ne correspond pas au bien de l'enfant[72]. Dès le 1er juillet 2014 et la modification du CC, l'autorité parentale conjointe est désormais la règle. La conformité au bien de l'enfant est présumée. Nous craignons qu'avec ce changement de conception ce cas d'application devienne plus rare.

Pour ce qui est du droit de visite, la disposition légale dispose que le tribunal « doute sérieusement du bien-fondé des conclusions communes des parents concernant […] la façon dont les relations personnelles sont réglées ». Au vu de la let. a qui suppose des questions « importantes » concernant les relations personnelles[73], nous doutons que le législateur ait voulu traiter différemment le cas des conclusions divergentes des parties relatives aux

69 *Cf.* ANNEXE I, Entretien du 09.07.2014 avec Me Tirile TUCHSCHMID MONNIER. *Cf. infra* IV. 2.2.
70 *Ibid.*
71 CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1214 N 14.
72 KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1327 N 7.
73 *Cf. supra* III. 2.1.2. A).

relations personnelles du cas des conclusions convergentes y relatives. Il s'agit tout au plus d'une maladresse terminologique.

Selon MEIER, des doutes sont justifiés lorsque les parents décident d'une garde alternée incompatible avec les intérêts de l'enfant, voire lorsque le parent qui dispose des meilleures capacités éducatives accepte contre menaces ou contreparties financières que l'autorité parentale soit attribuée à l'autre parent[74].

D) Mesure de protection de l'enfant envisagée

La dernière situation qui appelle expressément l'attention quant à une éventuelle représentation est prévue à l'art. 299 al. 2 let. c ch. 2 CPC lorsque le tribunal « envisage d'ordonner une mesure de protection de l'enfant ». Les mesures dont il est question sont les mesures protectrices (art. 307ss CC).

Ici aussi, il est fait référence au for intérieur du juge lequel est animé d'une intention précise quant à la suite à donner à la procédure[75].

2.1.3. Représentation impérative

Selon l'art. 299 al. 3 1ère phr. CPC, si un enfant capable de discernement fait la demande d'être représenté, le tribunal n'a pas d'autre choix que de lui désigner un représentant, même si la mesure ne lui paraît pas nécessaire[76]. C'est l'unique cas de représentation impérative. Le tribunal ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation[77]. Les chances de succès n'importent guère. Cette possibilité offerte aux enfants correspond à la tendance de la CDE selon laquelle lesdits enfants doivent jouir d'un rôle actif dans la procédure[78].

---

74 MEIER, p. 71.
75 CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1214 N 14.
76 HERZIG, p. 181 N 437 ; CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1214 N 16 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1988 N 20 ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 299 ZPO, p. 2807 N 6 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1327 N 8.
77 TF 5P.173/2001 du 28 août 2001, consid. 2.a. CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1214 N 16 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1988 N 20.
78 *Cf. supra* I.

Il va de soi que la requête ne doit pas être soumise à des exigences formelles, et ce quand bien même la requête intervient en cours de procédure, respectivement dans une procédure de recours[79].

Quant à savoir si l'enfant est capable de discernement, un examen selon l'art. 16 CC sera effectué[80]. Le législateur a renoncé à une limite d'âge fixe. MEIER détermine le seuil de discernement aux alentours de 10/12 ans en fonction des circonstances[81]. D'autres auteurs estiment que la capacité de discernement s'acquiert dès l'âge de 10 ans[82] ou 11 ans[83]. Dans un arrêt schwytzois, le Conseil d'Etat du canton reconnaît qu'à partir de 12 ans, la capacité de discernement est communément admise[84]. Quant aux juges du TF, ils reconnaissent que « les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ »[85]. Les juges fédéraux ont également admis qu'un enfant âgé de 10 ans et demi au moment du dépôt du recours qui saisit la portée du contentieux dispose de la capacité de discernement[86]. En effet, le fait de requérir est, en principe, une manifestation du discernement. Nous estimons que, pour requérir un représentant selon l'art. 299 al. 3 CPC, la capacité de discernement doit être accordée entre 10 et 11 ans, en fonction des circonstances. A notre avis, la barre peut même être placée plus bas pour autant que l'enfant requière un représentant et qu'il ne soit pas instrumentalisé par ses parents. Ainsi, la capacité de discernement pourrait être accordée à un enfant de 9 ans. Notre idée consiste à élargir le cercle des enfants susceptibles d'être assistés d'un curateur.

C'est avant tout lors de l'audition de l'enfant que l'examen du discernement sera effectué. Les circonstances concrètes ainsi que le développement de l'enfant détermineront si la capacité de discernement est acquise[87]. Si l'enfant capable de discernement refuse de requérir l'assistance d'un curateur, ce choix est à respecter. Pour HERZIG, vu qu'un curateur a pour but de renforcer la position de l'enfant dans la procédure, les exigences posées quant à la capacité de discernement ne devront pas être trop basses[88]. Selon nous, le paradoxe réside

---

79 HERZIG, p. 181 N 438 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1988 N 22.
80 KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1327 N 8.
81 MEIER, p. 70.
82 HERZIG, p. 182 N 439 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1988 N 20.
83 AEBI-MÜLLER/HERZIG, p. 101.
84 Arrêt du Regierungsrat de SZ du 17 janvier 2012, FamPra 2012 p. 829 n° 68, consid. 4.4.
85 ATF 131 III 553, consid. 1.2.2./JdT 2006 I 83, consid. 1.2.2.
86 TF 5C.51/2005 du 2 septembre 2005, consid. 2.2.
87 K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1988 N 20.
88 HERZIG, p. 182 N 441.

dans le fait que, d'une part, les exigences ne doivent pas être trop basses au risque qu'un enfant qui n'a pas le discernement suffisant refuse une curatelle nécessaire, et d'autre part, les exigences ne doivent pas être trop hautes afin de ne pas priver les enfants de curateurs de représentation.

Afin que ce droit de l'enfant ne reste pas lettre morte, encore faut-il que l'enfant soit informé de son droit de se faire représenter. Son attention peut être attirée – entre autre – par une lettre de convocation du tribunal, par le juge ou un tiers dans le cadre de son audition (art. 298 CPC), voire par la remise de feuillets d'informations (*Merkblättern*)[89]. Que le juge envoie une lettre à l'enfant est en soi une bonne idée. Le problème réside dans le fait que le magistrat ignore si la lettre atteint réellement son destinataire. D'autant plus lorsqu'il s'agit de jeunes enfants, il est difficile si ce n'est impossible de déterminer si la réponse émane de l'enfant lui-même ou est le fruit de l'imagination d'un parent. Les risques de rallonger la procédure ou de déstabiliser l'enfant ne dispensent pas d'une information[90]. Il serait inadéquat que l'enfant ne découvre ses droits que lorsque la décision lui est communiquée (art. 301 CPC). A défaut d'avoir informé l'enfant, une réduction des voies de recours, voire même une violation du droit d'être entendu pourraient être invoquées[91]. Par réduction des voies de recours, il faut comprendre que l'enfant qui apprend l'existence de son droit de se faire représenter qu'en deuxième instance a perdu le droit de l'invoquer au tribunal de première instance. A l'heure actuelle, il n'y a malheureusement toujours aucune obligation de droit fédéral attirant l'attention de l'enfant sur ses droits.

La décision de refus ou de nomination du tribunal doit être notifiée à l'enfant au moyen d'une ordonnance d'instruction[92]. Par exemple, le juge peut considérer l'enfant incapable de discernement et refuser de lui nommer un curateur. L'art 299 al. 3 2ème phr. CPC prévoit expressément que l'enfant « peut former un recours contre le rejet de sa demande ». Il est question d'un recours au sens des art. 319 ss CPC.

89 MEIER, p. 70 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1988 N 21.
90 MEIER, p. 70.
91 K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1988 N 21.
92 HERZIG, p. 181 N 438 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1988 N 23.

2.1.4. Critique des conditions légales

La clause générale de l'art. 299 al. 1 CPC, qui prévoit une curatelle si nécessaire, est très discutée en doctrine.

Selon SCHWEIGHAUSER, il y a à l'étranger un mouvement contraire au modèle actuel suisse[93]. Cet auteur fait notamment référence à la nouvelle réglementation allemande à propos de la nomination de curateurs. L'art. 158 al. 1 de la *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* du 17 décembre 2008 (ci-après : FamFG) prévoit que le tribunal doit obligatoirement nommer un curateur dans la mesure où il est nécessaire pour la sauvegarde des intérêts de l'enfant. Il s'agit certes d'une clause générale mais qui est précisée et complétée par une série d'exemples contraignants à l'al. 2[94]. Parmi ces exemples, une curatelle est nécessaire et doit en conséquence être instituée lorsqu'une exclusion, respectivement une limitation importante du droit de visite est envisagée. L'ancienne législation allemande selon laquelle la nomination du représentant est soumise à l'appréciation du juge est donc remplacée[95]. Selon MENNE, il faut saluer ce progrès de la législation allemande[96].

Pour HERZIG, il serait souhaitable *de lege ferenda* que les enfants directement touchés dans une procédure judiciaire jouissent de la même protection juridique que leurs parents[97]. En d'autres termes, les enfants devraient être représentés par un intermédiaire dans la procédure à l'instar des parents qui ont leur avocat pour les défendre. Pour ce faire, HERZIG propose, d'une part, de limiter le pouvoir discrétionnaire des juges, et d'autre part, d'insérer dans la loi les situations particulières qui nécessitent obligatoirement la désignation d'un curateur[98].

A cet égard, il est opportun de souligner que le projet du Conseil fédéral relatif au nouveau droit du divorce en 2000 contenait des situations où le juge devait ordonner

---

93 K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1986 N 9.
94 MENNE, p. 68.
95 HERZIG, p. 179 N 431.
96 MENNE, p. 68.
97 HERZIG, p. 179 N 433.
98 HERZIG, p. 179 N 432.

obligatoirement un représentant à l'enfant[99]. Il en allait d'une obligation soumise à des conditions et non d'une règle générale[100]. Cette formulation obligatoire de la disposition n'a pas été maintenue. La Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats s'est écartée de l'idée du projet et a opté pour une clause générale ainsi que l'octroi d'un large pouvoir d'appréciation au juge[101]. Pour la Commission précitée, le projet du Conseil fédéral était trop absolu en ce sens qu'un curateur aurait été nommé systématiquement lorsque les conclusions des parents divergeaient à propos de l'attribution de l'autorité parentale ou des relations personnelles[102]. Par la suite, le Conseil national s'est rallié à la solution de la Chambre basse. Comme le pense GALLI-WIDMER, le Parlement a ignoré la portée de l'art. 12 CDE et a confirmé le système paternaliste existant[103]. A la décharge du Parlement, la formulation ouverte adoptée n'exclut pas d'emblée des situations autres que celles énoncées dans la loi[104].

A l'occasion de la procédure de consultation du CPC, il fut soulevé que pour améliorer la situation procédurale de l'enfant, il fallait limiter le pouvoir d'appréciation du juge[105]. Encore une fois, il n'a pas été tenu compte de cette remarque dans le projet final. Nous déplorons à ce sujet que le Conseil fédéral, dans son Message, ne prenne même pas la peine d'expliquer les raisons de ce refus. Personnellement, nous ne pouvons que regretter que des situations soumises obligatoirement à représentation fassent toujours et encore défaut. Nous comprenons la volonté du législateur de 2000 de concéder un pouvoir d'appréciation au juge. Toutefois, force est de constater après une dizaine d'années que les juges s'arrogent un trop large pouvoir d'appréciation. Nous rebondissons ici sur les propos tenus par le Juge WAELTI selon lesquels les indicateurs de l'art. 299 al. 1 let. a CPC ne seraient pas des indicateurs valables et que la requête des parents selon la let. b du même alinéa importerait peu[106]. Adopter une telle approche revient à ne pas respecter l'obligation incombant au juge d'examiner la question de la représentation de l'enfant tout au long de la procédure.

---

[99] Art. 147 Projet du Conseil fédéral : en cas de requête divergentes des parents concernant des intérêts importants de l'enfant, en cas de requête de l'enfant capable de discernement ou de l'autorité tutélaire, en cas de doute du bien-fondé des conclusions convergentes des parents. BÄHLER, p. 190.
[100] GALLI-WIDMER, p. 233.
[101] STECK, Vertretung, p. 1560.
[102] BO 1996 E 770 et 771.
[103] GALLI-WIDMER, p. 233.
[104] SUTTER/FREIBURGHAUS, p. 587 N 3.
[105] K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1985 N 6.
[106] *Cf.* ANNEXE II, Entretien du 18.07.2014 avec le Juge Fabien WAELTI.

2.2. Nomination du représentant

En plus d'être compétent pour le principe de la curatelle, le tribunal l'est également pour désigner le curateur (art. 299 al. 1 CPC). Le juge est donc compétent pour l'entier de la procédure. Avant l'introduction du CPC, la compétence pour la désignation de la personne du curateur revenait à l'autorité tutélaire[107]. En pratique, cette dichotomie menait à des complications procédurales puisque deux autorités intervenaient successivement[108]. Une faiblesse de l'ancien droit a donc été éliminée[109]. Suite à cette concentration des pouvoirs, la procédure est désormais simplifiée. Même si la compétence ne peut pas être déléguée à l'APE, le juge reste libre de consulter cette autorité qui dispose d'un réservoir de personnes susceptibles d'être désignées[110].

Les souhaits de l'enfant quant à la personne du curateur sont, dans la mesure du possible, à prendre en considération pour autant que l'enfant désigne une personne correspondant au profil recherché[111]. L'enfant peut choisir, par exemple, l'avocat qui l'a écouté au cours d'une permanence. L'avocat proposé par l'enfant peut ne pas correspondre au poste de curateur de procédure s'il lui manque des compétences spécifiques ou s'il y a un conflit d'intérêts dans la mesure où l'avocat est intervenu précédemment pour défendre un membre de la famille[112].

Les parents ont le droit d'être entendus par écrit avant la désignation du curateur sur le choix du curateur[113]. L'instance cantonale supérieure zurichoise a jugé que le droit d'être entendu des parents englobait le droit de s'exprimer par rapport à la personne du curateur[114].

2.2.1. Qualités du curateur

L'art. 299 al. 1 *in fine* CPC dispose que le curateur doit être « expérimenté dans le domaine de l'assistance et en matière juridique ». La loi n'énonce que les domaines dans

---

[107] MESSAGE CPC, p. 6974. CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1212 N 3 ; BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1718 N 5.
[108] KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1328 N 12.
[109] K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1989 N 24.
[110] MEIER, p. 75.
[111] K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1990 N 29.
[112] MEIER, Colloque du 20.05.2014.
[113] BK ZPO II-SPYCHER, art. 299 ZPO, p. 2807 N 9.
[114] Arrêt de l'Obergericht zurichois du 28 novembre 2012, ZR 112 (2013) p. 62 n° 14. ENGLER, p. 129.

lesquels le curateur doit avoir de l'expérience; elle ne prévoit aucun critère précis[115]. Le curateur qui assiste un enfant forcément bouleversé par la séparation de ses parents et se confronte à des parents en désaccord doit disposer d'aptitudes spécifiques afin d'être efficace dans une procédure de divorce[116].

D'une part, il est supposé avoir de l'expérience dans le domaine de l'assistance. Autrement dit, il doit jouir de qualités humaines, de compétences psycho-sociales et être capable de construire une relation de confiance avec l'enfant, ainsi qu'avec les parents et les autorités si possible[117]. De l'expérience professionnelle au contact d'enfants et d'adolescents est donc absolument requise[118]. Selon BLUM/WEBER KHAN, un représentant devrait assumer un nombre minimal de mandats sur une longue durée afin d'acquérir l'expérience nécessaire[119]. Le curateur doit avoir la capacité de s'identifier à l'enfant, de reconnaître ses préoccupations et de lui expliquer la situation avec des mots compréhensibles[120].

D'autre part, le curateur doit aussi disposer de connaissances juridiques étant donné qu'il intervient dans un contexte où il devra rendre des conclusions. Des connaissances approfondies en droit de la famille, notamment en droit du mariage, en droit du divorce ainsi qu'en droit des mineurs, et en droit procédural sont exigées[121].

A l'étranger, notamment au Royaume-Uni et aux Etats Unis, une solution originale mais coûteuse est en place : un travailleur social et un avocat travaillent en tandem[122]. Des pratiques différentes existent entre les cantons romands et alémaniques. A Genève, le tribunal désigne un avocat spécialisé en droit de la famille, sauf exception[123]. Les avantages d'avoir un curateur avocat sont nombreux. D'abord, l'enfant dispose d'un avocat, à l'instar de ses parents[124]. Ensuite, les risques de confusion avec les autres intervenants qui gravitent autour

[115] BK ZPO II-SPYCHER, art. 299 ZPO, p. 2807 N 8.
[116] CPC-JEANDIN, art. 299 CPC, p. 1213 N 6.
[117] BLUM/WEBER KHAN, p. 40 ; HERZIG, p. 184 N 446 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1989 N 27 ; BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1718 N 8 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1328 N 12.
[118] HERZIG, p. 184 N 446 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1989 N 27 ; BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1718 N 8 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 299 ZPO, p. 1328 N 12.
[119] BLUM/WEBER KHAN, p. 39.
[120] BK ZPO II-SPYCHER, art. 299 ZPO, p. 2807 N 8.
[121] BLUM/WEBER KHAN, p. 40 ; HERZIG, p. 184 N 446 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1989 N 27; BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1718 N 8.
[122] MEIER, Colloque du 20.05.2014.
[123] MEIER, Colloque du 20.05.2014 ; *Cf.* ANNEXE I, Entretien du 09.07.2014 avec Me Tirile TUCHSCHMID MONNIER.
[124] MEIER, Colloque du 20.05.2014.

de l'enfant, tels les curateurs institutionnels ou d'assistance, sont moins grands[125]. Ensuite, l'avocat connaît mieux les spécificités procédurales ainsi que le droit de fond qu'un travailleur social[126]. Les inconvénients de la solution genevoise sont – outre le fait que les avocats doivent nécessairement acquérir des compétences en matière d'assistance – les difficultés d'intervention pour les enfants en bas âge[127]. En effet, l'avocat n'est pas préparé à avoir comme clients des enfants de moins de 6 ans. Selon nous, les juges auraient tout intérêt à nommer un avocat qui a eu un enfant et à écarter celui qui a l'habitude de faire bloc avec son client.

Concrètement, les travailleurs sociaux et les avocats sont les personnes les plus adéquates pour ce poste. Selon nous, il pourrait être envisageable que le curateur soit un psychologue, un socio-pédagogue, voire un professeur de droit ou de psychologie. Ces personnes doivent toutefois disposer d'une formation ou d'une expérience dans le domaine complémentaire[128]. Il ne peut être répondu d'une manière générale laquelle des composantes juridique ou psychosociale doit prévaloir ; il n'existe pas de priorité. Les circonstances du cas d'espèce quant aux besoins de l'enfant et aux problèmes juridiques sont pertinentes[129].

La formulation de l'art. 299 al. 1 *in fine* CPC date de l'entrée en vigueur du nouveau droit du divorce le 1er janvier 2000. Le législateur de l'époque s'est imposé une retenue au moment de rédiger les exigences que le curateur doit remplir. Il appartient aux cantons d'édicter le profil du curateur ainsi que de prévoir des formations, respectivement des formations professionnelles continues[130]. SCHWEIGHAUSER encourage urgemment les cantons à décrire le profil attendu du curateur de procédure[131].

Jusqu'ici, les cantons ont été très réticents à utiliser leur compétence. Seul le canton de Bâle-Ville a légiféré. Le Conseil d'Etat de Bâle-Ville a ainsi édicté la *Verordnung über die Ausbildung der mit Kindesanhörungen und Kindesvertretungen beauftragten Personen* du 28 août 2001[132]. Son art. 3 al. 2 énonce les qualifications précises dont doivent disposer les

[125] *Ibid*.
[126] *Ibid*.
[127] *Ibid*.
[128] BLUM/WEBER KHAN, p. 41 ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 299 ZPO, p. 2807 N 8.
[129] BSK ZPO-STECK, art. 299 ZPO, p. 1718 N 9.
[130] HERZIG, p. 184 N 445 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1989 N 26.
[131] K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1989 N 26.
[132] SG 212.500, Ordonnance relative à la formation des personnes mandatées pour l'audition et la représentation d'enfant (traduction libre), entrée en vigueur le 02.09.2001.

curateurs : « *wer über eine juristische Grundausbildung mit durch geeignete Aus- oder Weiterbildung erworbenen Kenntnissen des anwendbaren Prozessrechtes und der Entwicklungspsychologie, der Familiensysteme und der Gesprächsführung verfügt oder wer über eine psychologische, psychiatrische oder fürsorgerische Grundausbildung mit durch geeignete Aus- oder Weiterbildung erworbenen Kenntnissen des Familien- und Prozessrechts verfügt* »[133].

2.2.2. Spécialisation professionnelle

Le caractère interdisciplinaire de l'activité de curateur d'enfant exige une formation continue spécifique[134]. De telles formations visant à l'acquisition des notions nécessaires sont d'ores et déjà proposées par certaines hautes écoles suisses. Il en va du programme relatif à la représentation de l'enfant offert par la *Hochschule Luzern Soziale Arbeit*[135]. Ce type de formation est ouvert à tous les participants à la procédure, soit aussi aux membres du tribunal ou des autorités. Une autre formation complémentaire était dispensée jusqu'au printemps 2013 par la *Zürcher Hochschule für angewandte Wissenschaften*, à savoir le module *Kindesvertretung im Zivilverfahren*. Nous constatons que ce module de la Haute école zurichoise n'est plus offert. Nous pouvons légitimement regretter la disparition de ce module et espérer qu'elle ne soit pas la conséquence du peu d'intérêt suscité. Désormais, la Haute école zurichoise dispense un module moins spécifique qui a trait à la protection des droits de l'enfant et de l'adulte[136]. En Suisse romande, l'Institut universitaire Kurt Bösch de Sion propose un Master Interdisciplinaire en droits de l'enfant sur trois semestres[137]. Ce master est ouvert aux étudiants titulaires d'un *bachelor* en droit, en psychologie, en sciences de l'éducation, en lettres et en sciences politiques et sociales. Enfin, les facultés de droit des Universités de Genève, Lausanne et Neuchâtel offrent une formation en collaboration avec la

---

[133] Quiconque dispose d'une formation juridique de base et, grâce à une formation ou une formation continue, de connaissances en psychologie de développement, en systèmes familiaux et dans la manière de mener une conversation; quiconque dispose d'une formation de base psychologique, psychiatrique ou dans le domaine de l'assistance avec une formation ou une formation continue dans les domaines de droit de la famille et de procédure (traduction libre).

[134] HERZIG, p. 184 N 447 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1990 N 28.

[135] *Certificate of Advanced Studies Kindesvertretung*. Pour plus d'informations, voir : http://weiterbildung.hslu.ch/kurs.asp?kid=194&m=10&page_no=1&tid=&search=c167&sort=0 (état au 18.07. 14).

[136] *Certificate of Advanced Studies Kindes und Erwachsenenschutzrecht.* Pour plus d'informations, voir : http://www.weiterbildung.zhaw.ch/de/soziale-arbeit/programm/cas-kindes-und-erwachsenenschutzrecht.html (état au 18.07.14)

[137] Pour plus d'informations, voir : http://www.iukb.ch/uer-droits-de-lenfant/enseignements/master-interdisciplinaire-droits-de-lenfant-mide/index.html (état au 21.07.14)

Fédération Suisse des Avocats (FSA) afin d'obtenir le titre d'avocat spécialiste FSA en droit de la famille[138]. Cette formation est ouverte aux avocats actifs depuis trois ans et expérimentés dans le domaine du droit de la famille. A l'avenir, nous pensons qu'il serait intéressant d'inclure l'Institut universitaire Kurt Bösch, institut spécialisé dans les droits de l'enfant, dans le cadre des ateliers de l'Ecole d'avocature de Genève.

L'association *Kinderanwaltschaft Schweiz* a été fondée à Zurich en mai 2006. Elle réunit des professionnels spécialisés dans le domaine de la représentation de l'enfant. Elle offre aussi régulièrement des formations continues et organise des conférences. Ses membres ont l'obligation de respecter les standards édictés par l'association dans l'exécution de leurs mandats[139]. Les adhérents à cette association doivent jouir d'une part d'une formation juridique, psychologique, pédagogique ou de travail social, et d'autre part d'une qualification supplémentaire dans le domaine non étudié[140]. En sus, le représentant doit être en mesure de mener aisément une conversation avec des mineurs et avec les tiers avec lesquels il est amené à discuter[141], avoir de l'empathie et être capable de régler des conflits[142]. Une expérience professionnelle de deux ans est requise, de préférence avec les mineurs[143]. Enfin, les membres de *Kinderanwaltschaft Schweiz* sont obligés de participer chaque année au minimum à une formation continue proposée ou conseillée par l'association[144].

3. COMPETENCES DU REPRESENTANT

3.1. Compétences procédurales

Le représentant désigné par le juge dispose *ex lege* de certaines compétences d'ordre procédural, lesquelles sont énumérées à l'art. 300 CPC. Le juge ne peut ni supprimer ni ajouter des compétences[145]. La compétence du curateur est limitée à déposer des conclusions et interjeter recours lorsque le litige a trait à l'attribution de l'autorité parentale ou de la garde (let. a), à des questions importantes concernant les relations personnelles (let. b) ou à des

[138] Pour plus d'informations, voir http://fachanwalt.sav-fsa.ch/Droit-de-la-famille.255.0.html?&L=1 (état au 18.07.14)
[139] Malheureusement, ces standards ne sont qu'en allemand.
[140] VEREIN KINDERANWALTSCHAFT SCHWEIZ, Art. 1.1 *Standards*.
[141] VEREIN KINDERANWALTSCHAFT SCHWEIZ, Art. 1.2 *Standards*.
[142] VEREIN KINDERANWALTSCHAFT SCHWEIZ, Art. 1.3 *Standards*.
[143] VEREIN KINDERANWALTSCHAFT SCHWEIZ, Art. 1.4 *Standards*.
[144] VEREIN KINDERANWALTSCHAFT SCHWEIZ, Art. 5.2 *Standards*.
[145] CPC-JEANDIN, art. 300 CPC, p. 1215 N 2.

mesures de protection de l'enfant (let. c). Le droit de déposer des conclusions se rapporte aux conclusions de la demande ainsi qu'aux mesures probatoires[146]. Quant aux voies de droit, contrairement à ce que la version française du CPC pourrait laisser croire, le représentant n'est pas limité à interjeter « recours » (art. 319 ss CPC). En effet, selon les versions allemandes et italiennes[147], l'hypothèse d'un appel (art. 308 ss CPC) n'est pas exclue.

En revanche, les litiges concernant la fixation des contributions d'entretien ne sont pas du ressort du curateur selon l'art. 300 CPC. Le curateur ne peut pas prendre des conclusions ni recourir sur les questions d'entretien. C'était déjà le cas avant l'entrée en vigueur du CPC. Pour le législateur, les maximes inquisitoire et d'office garantissaient les intérêts de l'enfant[148]. Elargir les compétences du représentant était considéré comme inutile puisque « la sauvegarde des intérêts de l'enfant ne pose pas de problème particulier dans ce domaine »[149]. Ainsi, malgré les critiques de la doctrine, le législateur a refusé d'élargir le champ de compétences du curateur[150]. Selon BREITSCHMID, l'interdépendance entre le bien de l'enfant et l'entretien doit être pris en compte ; il ajoute que « [den] *allfälligen elterlichen Gegengeschäften gerade im Bereich Sorgerecht bwz. Persönlicher Verkehr versus Unterhalt Aufmerksamkeit zu schenken ist* »[151]. Il précise également que la représentation de l'enfant selon l'art. 308 CC pourrait venir s'ajouter car contrairement à la réglementation de l'art. 300 CPC, l'art. 308 al. 2 CC prévoit explicitement le pouvoir du curateur de faire valoir les prétentions d'entretien de l'enfant. Selon REUSSER aussi, les fonctions du curateur au sens de l'art. 308 CC pourraient être assumées par le curateur de procédure[152]. Le fait qu'un curateur ait un double mandat est envisageable, à savoir un mandat sur l'art. 299 CPC et l'autre sur l'art. 308 al. 2 CC ; les deux curatelles allant dans le sens de la protection des intérêts de l'enfant[153]. A titre personnel, nous trouvons qu'il serait problématique de contourner la loi pour arriver à une solution que le législateur a sciemment écartée. Le curateur de procédure a

[146] BK ZPO II-SPYCHER, art. 300 ZPO, p. 2813 N 4.
[147] « *Rechtsmittel einlegen* », « *presentare impugnazioni* ».
[148] MESSAGE CC, p. 149.
[149] MESSAGE CC, p. 151. BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1727 N 19.
[150] HERZIG, p. 190 N 459 ; STECK, Vertretung, p. 1562 et n. 47 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 300 ZPO, p. 1330 N 1.
[151] BSK ZGB I- BREITSCHMIED, art. 146/147 ZGB, p. 942 N 9 ; HERZIG, p. 190 N 459. Il faut accorder une attention particulière à des éventuelles contreparties dans le domaine du droit de garde et des relations personnelles contre l'entretien (traduction libre).
[152] REUSSER, p. 201 N 4.92.
[153] *Ibid*.

toujours la possibilité de signaler ses interrogations au juge et ainsi de l'encourager à investiguer[154].

A l'occasion de l'actuelle révision du droit de l'entretien, la limitation des compétences du curateur en matière d'entretien sera levée. Un représentant de l'enfant pourra également être désigné pour des litiges ayant trait à l'entretien. Le curateur représentera l'enfant en ce qui concerne ses besoins financiers, par exemple pour la couverture des frais minimaux et des loisirs. Selon le projet de révision du Conseil fédéral, « le litige sur la contribution d'entretien est souvent indissociablement lié aux divergences sur l'attribution de la garde, la participation à la prise en charge et l'exercice des relations personnelles »[155]. Le législateur fonde son changement sur les critiques de la doctrine ainsi que sur le fait qu'il n'y ait pas de raison que le curateur de l'art. 308 al. 2 CC dispose de compétences que le curateur de l'art. 299 CPC n'ait pas[156]. Étonnamment, le législateur change d'avis pour des motifs déjà clairement soulevés lors de l'introduction de l'institution dans le Code civil en 2000 ainsi que lors de l'introduction dans le Code de procédure civil en 2011. Selon le projet de révision, le curateur ne doit toutefois pas se substituer au juge ni enquêter sur les ressources financières des parents[157].

Dans les domaines énumérés plus haut (let. a – c), le curateur peut exercer les droits procéduraux classiques d'une partie à la procédure[158]. En effet, quand bien même l'enfant n'est pas partie dans la procédure de divorce de ses parents, il le devient partiellement lorsque le tribunal ordonne sa représentation selon les art. 299 et 300 CPC[159]. Selon MEIER, l'enfant devient un intervenant principal (art. 73 CPC) *sui generis* dans la mesure où il intervient pour faire valoir ses propres intérêts[160]. Les droits procéduraux d'une partie sont celui de participer aux audiences (art. 273, 278 CPC), le droit de consulter le dossier et s'en faire délivrer une copie (art. 53 al. 2 CPC) ainsi que le droit de demander des mesures d'instruction et de déposer des écritures au nom de l'enfant[161]. Ces droits doivent être exercés dans l'intérêt de

[154] MEIER, p. 73.
[155] MESSAGE Entretien, p. 566.
[156] *Ibid*.
[157] *Ibid*.
[158] HERZIG, p. 189 N 458 ; CPC-JEANDIN, art. 300 CPC, p. 1216 N 7 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1727 N 16.
[159] MEIER, p. 74 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1723 N 6.
[160] MEIER, p. 73.
[161] CPC-JEANDIN, art. 300 CPC, p. 1216 N 7 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1727 N 16.

l'enfant et ne pas constituer un droit strictement personnel[162]. Ainsi, le curateur ne peut pas être entendu à la place de l'enfant. Une clarification de la situation du cas d'espèce est une condition nécessaire pour pouvoir déposer des conclusions. Le curateur doit disposer de toutes les informations; il a un droit illimité à consulter le dossier[163]. Sont réservés les éléments de procédure qui ne concernent pas l'enfant et qui peuvent être clairement dissociés du reste de la procédure, en particulier le partage de la prévoyance professionnelle et la liquidation du régime matrimonial[164]. Le curateur peut participer oralement ou par écrit aux audiences selon les prescriptions procédurales des cantons[165]. Enfin selon l'art. 301 let. c CPC, le curateur a droit à ce que la décision lui soit notifiée.

3.2. Tâches du représentant

La mission première du curateur est de rapporter le point de vue de l'enfant au juge ou aux autres participants à la procédure[166]. Le curateur apporte l'optique de l'enfant dans le débat et se détermine pour son compte. Pour ce faire, il faut que le représentant soit capable de se mettre à la place de l'enfant. SCHWEIGHAUSER déplore le fait que le point de vue de l'enfant est bien trop souvent ignoré et que l'enfant se retrouve à nouveau dans un rôle d'objet ; SCHWEIGHAUSER considère par là que le point de vue de l'enfant est souvent mis de côté au profit de la détermination du bien de l'enfant[167].

La deuxième tâche du curateur est d'exercer des fonctions de contrôle et de suivi[168]. Ainsi, la nécessité et la mise en œuvre de mesures sont contrôlées. Par exemple, il peut proposer puis contrôler que les mesures de protection de l'enfant nécessaires soient exécutées. Il signale les retards dans la procédure et fait en sorte que le cas se règle le plus vite possible[169].

Une autre tâche du curateur est de « traduire » la procédure à l'enfant[170]. Le curateur de procédure doit informer le mineur dans une langue compréhensible en fonction de son âge

[162] BK ZPO II-SPYCHER, art. 300 ZPO, p. 2813 N 4.
[163] HERZIG, p. 187 N 453 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 300 ZPO, p. 1994 N 11.
[164] MEIER, Colloque du 20.05.2014.
[165] K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 300 ZPO, p. 1995 N 12.
[166] FamK-SCHWEIGHAUSER, art. 300 ZPO, p. 247 N 8.
[167] *Ibid*.
[168] MEIER, p. 74 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1725 N 14.
[169] HERZIG, p. 189 N 456.
[170] HERZIG, p. 188 N 455 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 300 ZPO, p. 1995 N 16 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1725 N 14.

et de son développement et doit lui expliquer les stades de la procédure ainsi que les enjeux[171]. Le représentant doit également indiquer à l'enfant s'il est opportun ou non de saisir une voie de droit[172].

Enfin, le représentant peut jouer le rôle d'intermédiaire entre les parties au procès, avant tout entre les parents[173]. Il peut ainsi servir de facilitateur lorsque les conditions s'y prêtes en fonction du cas d'espèce et que les parents donnent leur accord au vu de la qualité indépendante du curateur[174].

En revanche, le curateur n'a ni la compétence d'auditionner l'enfant (art. 298 al. 1 CPC), ni celle de faire des expertises (art. 183 ss CPC) et encore moins celle de clarifier à l'attention du juge ou des parents les états de fait controversés ou peu clairs[175].

3.3. Rôle du représentant

L'avocat qui défend les intérêts d'un adulte a le devoir de respecter les instructions de celui-ci[176]. L'activité du défenseur est dirigée en fonction des souhaits du mandant. Si par hypothèse, l'avocat est d'avis que les volontés du mandant ne correspondent pas à ses intérêts, il est tenu de le lui indiquer mais l'avocat reste lié aux volontés du mandant. En revanche, la situation est différente pour un représentant de l'enfant[177]. Les petits enfants peuvent avoir des difficultés à travailler avec le représentant et les plus grands sont souvent débordés par les événements. Leurs volontés peuvent être déraisonnables ou manipulées par les parents[178].

Dans tous les ordres juridiques connaissant la représentation de l'enfant, la question est posée si le curateur doit orienter son activité vers le bien objectif de l'enfant (*Kindeswohl*) ou vers les souhaits et volontés de l'enfant (*Kindeswille*)[179]. En Allemagne, selon

[171] K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 300 ZPO, p. 1995 N 16 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1725 N 14 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 300 ZPO, p. 1330 N 3.
[172] HERZIG, p. 188 N 455.
[173] HERZIG, p. 189 N 457 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 300 ZPO, p. 1995 N 17 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1726 N 14.
[174] HERZIG, p. 189 N 457 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1726 N 14.
[175] HERZIG, p. 190 N 460.
[176] SCHWEIGHAUSER, Vertretung, p. 207.
[177] *Ibid*.
[178] SCHWEIGHAUSER, Vertretung, p. 208.
[179] HERZIG, p. 187 N 454 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1993 N 3 ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 300 ZPO, p. 2814 N 6 ; STECK, Vertretung, p. 1563.

l'art. 158 al. 4 FamFG, autant la volonté subjective de l'enfant que le bien objectif de l'enfant doivent être pris en considération.

Les art. 299 et 300 CPC ne disent pas un mot quant au rôle du curateur. Le Message du Conseil fédéral concernant la révision du Code civil est ambigu à cet égard. D'une part, il dit qu'« une des caractéristiques fondamentales du nouveau droit du divorce est la recherche de la meilleure sauvegarde possible des intérêts de l'enfant dans le procès en divorce »[180]. Cette phrase semble indiquer une orientation vers le bien objectif de l'enfant. Mais d'autre part, il énonce que « l'avocat d'une des parties ne peut pas représenter simultanément l'enfant »[181]. Cette formulation fait allusion au rôle classique de l'avocat qui est de s'aligner sur la volonté des parties.

Selon un courant doctrinal minoritaire, le curateur doit procéder à une appréciation objective de la situation de l'enfant. HEGNAUER concluait un article en 1994 par la phrase suivante : « *Das Postulat der Vertretung des Kindes ist nichts anderes als der verfahrens-mässige Aspekt der Maxime des Kindeswohl* »[182]. Selon SUTTER/FREIBURGHAUS, il découle clairement du sens et du but de la représentation de l'enfant que le curateur doit au mieux sauvegarder le bien de l'enfant[183]. Lesdits auteurs poursuivent en énonçant que le curateur peut s'écarter de la volonté de l'enfant si le bien de l'enfant l'exige, quand bien même celui-ci est capable de discernement. Pour LEVANTE, le curateur doit orienter ses tâches vers le bien objectif de l'enfant même si ses souhaits sont à prendre en considération[184]. Ladite auteure ne craint ni que la relation de confiance entre l'enfant et le curateur ne soit mise en danger ni que la notion du bien de l'enfant ne se révèle trop changeante[185].

Selon la doctrine majoritaire, le rôle du curateur doit être de transmettre la volonté de l'enfant soigneusement établie préalablement[186]. Premièrement, car il peut se révéler particulièrement compliqué – en dehors des cas exceptionnels – de déterminer le bien de

[180] MESSAGE CC, p. 149.
[181] MESSAGE CC, p. 151.
[182] HEGNAUER, p. 187. Le postulat de la représentation de l'enfant n'est rien d'autre que l'aspect procédural de la maxime du bien de l'enfant (traduction libre).
[183] SUTTER/FREIBURGHAUS, p. 594 N 46.
[184] LEVANTE, p. 166.
[185] *Ibid*.
[186] MEIER, p. 74 ; SCHREINER/SCHWEIGHAUSER, p. 528 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 300 ZPO, p. 1993 N 5 ; SCHWEIGHAUSER, Vertretung, p. 214 ; BK ZPO II-SPYCHER, art. 300 ZPO, p. 2814 N 6 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1725 N 13 ; STECK, Vertretung, p. 1563 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 300 ZPO, p. 1330 N 3.

l'enfant[187]. Bien souvent, les intérêts des parents sont confondus avec ceux des enfants du fait de la difficulté de les dissocier[188]. En effet, la notion abstraite de bien de l'enfant évolue constamment et peut créer une insécurité juridique. Deuxièmement, le curateur doit construire une relation de confiance avec l'enfant. Cette relation peut être mise en danger si l'enfant constate que son représentant n'est pas acquis à sa cause[189]. Troisièmement, il incombe bien plus aux tribunaux, cas échéant aux experts, qu'aux curateurs d'orienter leurs activités vers le bien de l'enfant[190]. Comme le dit MEIER, la maxime inquisitoire couvre déjà les intérêts objectifs de l'enfant[191]. Quatrièmement, comme le veut l'art. 12 CDE, l'enfant – sujet de la procédure – doit être actif dans le procès de ses parents ; sa voix doit compter[192]. Cinquièmement, un certain nombre d'instruments internationaux ont adopté l'approche subjective. Selon le chiffre 40 des Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, « les avocats qui […] représentent [les enfants] devraient mettre en avant l'avis de ces derniers »[193]. Le chiffre 90 de l'Observation n°14 (2013) du Comité des droits de l'enfant précise que « si l'enfant souhaite exprimer ses vues et exerce ce droit par l'intermédiaire d'un représentant, ce dernier est tenu d'exposer fidèlement lesdites vues »[194].

Le représentant ne doit pas pour autant à chaque fois transmettre les vœux de l'enfant tels quels ; le curateur peut écarter les souhaits de l'enfant manifestement irréfléchis ou déraisonnables pour autant qu'il explique le pourquoi à l'enfant[195]. Le curateur de procédure doit aussi expliquer que le tribunal ne va pas trancher en se basant exclusivement sur les souhaits de l'enfant[196]. Afin de ne pas trahir la confiance de l'enfant, le curateur peut malgré tout se faire le porte-parole pour des prises de position déraisonnables, moyennant information de l'enfant et moyennant une contextualisation de l'avis déraisonnable devant le

[187] HERZIG, p. 187 N 454 ; SCHREINER/SCHWEIGHAUSER, p. 528 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 300 ZPO, p. 1993 N 4 ; SCHWEIGHAUSER, Vertretung, p. 214 ; SCHWEIGHAUSER, Warum, p. 379.
[188] HERZIG, p. 187 N 454.
[189] SCHREINER/SCHWEIGHAUSER, p. 529 ; STECK, Vertretung, p. 1563.
[190] SCHREINER/SCHWEIGHAUSER, p. 529 ; K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 299 ZPO, p. 1994 N 5; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1725 N 13 ; KuKo-VAN DE GRAAF, art. 300 ZPO, p. 1330 N 3.
[191] MEIER, p. 74.
[192] BK ZPO II-SPYCHER, art. 300 ZPO, p. 2814 N 6.
[193] COMITE DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, p. 9.
[194] COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, Observation n° 14, p. 7 N 18.
[195] MEIER, p. 74 ; BSK ZPO-STECK, art. 300 ZPO, p. 1725 N 13.
[196] HERZIG, p. 188 N 454 ; MEIER, p. 74.

juge ; l'avocat doit expliquer au magistrat ce qui a pu amener l'enfant à exprimer un avis déraisonnable[197].

Le TF reste empreint d'une approche objective. Dans une affaire très récente, les juges fédéraux se sont limités à préciser « [qu'] il n'apparaît pas que l'autorité cantonale ait méconnu l'intérêt de l'enfant en refusant de lui nommer un curateur »[198]. L'art. 2.3 des Standards de *Kinderanwaltschaft* prévoit que le curateur mette en avant les intérêts objectifs de l'enfant si ceux-ci ne recouvrent pas les volontés de l'enfant. Le curateur doit indiquer de manière appropriée les conflits existant entre la volonté et le bien de l'enfant. Il s'agit d'une approche mixte qui tend plus dans la balance du côté de l'approche objective.

Il faut toujours avoir à l'esprit que volonté de l'enfant et intérêt de l'enfant sont souvent inséparables[199]. Pour écarter tout malentendu ou déception sur le rôle du curateur, il est important de clarifier le rôle au début du mandat tant vis-à-vis du juge que de l'enfant et ses parents[200].

Selon nous, l'âge de l'enfant est déterminant dans ce débat. Plus l'enfant est jeune, plus il faudra relativiser l'importance du point de vue de l'enfant. Il est évident qu'un enfant de moins de 5 ans est incapable de transmettre ses vœux au curateur. Dans ce cas, le curateur peut faire appel à des tiers professionnels pour récolter les informations. Les interactions avec l'enfant sont quasi inexistantes. Le curateur se limite donc à chercher le bien de l'enfant et à l'indiquer au juge. En revanche, plus l'enfant est âgé, plus le curateur sera sensé se tenir aux instructions du mineur.

[197] MEIER, Colloque du 20.05.2014.
[198] TF 5A_869/2013 du 24 mars 2014, consid. 2.2.
[199] K ZPO-SCHWEIGHAUSER, art. 300 ZPO, p. 1997 N 6 et 7.
[200] HERZIG, p. 188 N 454 ; SCHREINER/SCHWEIGHAUSER, p. 524 ; SCHWEIGHAUSER, Warum, p. 379.

IV. FREQUENCE DE L'INSTITUTION DE LA REPRESENTATION

1. PRATIQUE DES TRIBUNAUX

La représentation s'est avérée constituer l'exception[201]. Les tribunaux cantonaux ont utilisé cette institution avec beaucoup de circonspection. En 2010, les divorces prononcés s'élevaient à 22'081 et le nombre d'enfants mineurs de couples divorcés était de 15'374[202]. Le taux conjoncturel de divortialité culminait à 54,4%[203]. Les statistiques montrent qu'à l'échelle suisse, en 2010, quelques 152 curatelles selon les art. 146ss CC ont été ordonnées[204]. Autrement dit, le pourcentage de curatelle par mineurs de couples divorcés était à peine de 1%[205].

En 2000, l'année où l'institution fut introduite, 112 curatelles furent instituées alors que le nombre de divorces était de 10'511. Le nombre maximal fut de 174 en 2006 pour 20'981 divorces ; le nombre minimal fut de 87 en 2004 pour 17'949 divorces[206]. Entre 2000 et 2010, sur un total de 150'008 enfants[207] qui ont vu leurs parents divorcer, seuls 1447 ont été représentés dans la procédure de divorce, soit une moyenne de 131 à 132 par année. Il appraît que le nombre de nouvelles curatelles est plutôt stable annuellement.

Les statistiques démontrent également que les pratiques cantonales varient considérablement. Alors que certains cantons nomment régulièrement des curateurs pour les enfants, d'autres ne le font jamais ou que très rarement. En 2010, aucune curatelle selon les art. 146 et 147 aCC ne fut ordonnée dans certains petits cantons comme Uri, Appenzell Rhodes-Intérieures et Schaffhouse mais aussi dans de plus grands tels ceux de Bâle-Ville, Soleure et du Tessin. Dans d'autres cantons tels Zoug, Obwald ou Nidwald, une seule curatelle fut prononcée. Il est d'autant plus frappant et navrant de constater que Bâle-Ville –

---

[201] MUTTER-FREULER, p. 34. Pour le surplus, voir les chiffres qui suivent.
[202] OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Nombre de divorce 2009 – 2013.
[203] OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Indice conjoncturel de divortialité. A noter que ce taux est descendu en 2013 à 41,9%.
[204] CONFERENCE DES CANTONS EN MATIERE DE PROTECTION DES MINEURS ET DES ADULTES, Statistiques 2010, p. 7-8. Les données relatives aux années postérieures, soit après l'entrée du CPC, ne sont pas disponibles. Confirmation obtenue auprès secrétariat de la Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes (COPMA).
[205] 0,098%.
[206] CONFERENCE DES CANTONS EN MATIERE DE PROTECTION DES MINEURS ET DES ADULTES, Statistiques 2010, p. 7-8 ; OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Nombre de divorces par année entre 1960 et 2012.
[207] OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces selon le nombre d'enfants mineurs entre 1960 et 2012.

le seul canton suisse qui dispose d'une législation cantonale sur la question – fasse partie de ceux où les enfants sont le moins représentés. A l'inverse, d'autres cantons comme ceux d'Argovie (11), de Bâle-Campagne (9), de Schwytz (9), de Lucerne (8) ou de Glaris (6) instituent plus ou moins régulièrement la mesure de représentation. Le canton de Zurich est celui où le plus de curateurs ont été nommés (63), à savoir près du quart de toutes les représentations prononcées en Suisse. Cela dit, afin d'illustrer correctement ces chiffres, il convient de comparer le nombre de curatelles annuelles avec le nombre de divorces par canton[208]. Il va de soi qu'un canton comme Zurich ou celui d'Argovie où 4'379, respectivement 1'695 divorces étaient prononcés en 2010 aient ordonné plus de curatelles de représentation qu'un canton comme Glaris ou Fribourg où seuls 76, respectivement 208 divorces ont eu lieu dans l'année 2010[209].

Après avoir calculé le nombre de curatelles prononcées dans chaque canton entre 2000 et 2010 ainsi que le nombre de jugements de divorce rendus durant la même période, nous sommes arrivés à la conclusion que la partie germanophone de la Suisse a tendance à appliquer davantage les dispositions sur la représentation de l'enfant dans le divorce que les parties romande et tessinoise[210]. Au cours de la période 2000 - 2010, le taux de curatelles prononcées par rapport aux jugements de divorce en Suisse alémanique s'élève à 0,8%, alors que les taux n'atteignent que 0,59% en Suisse romande et 0,22% au Tessin. Dans les différentes régions linguistiques, des disparités entre cantons sont patentes. Alors qu'Appenzell Rhodes-Intérieures n'a jamais prononcé de curatelle, Zurich a un taux de 1,07% et Glaris un taux de 10,01%. Il est frappant de constater qu'en 2004, 23 curateurs ont été désignés à Glaris sur 86 divorces prononcés. Or, la même année à Zurich, seules 22 curatelles ont été instituées sur les 3'850 jugements de divorce. En Suisse romande, le Valais a un taux de 0,13%, Vaud de 0,3%, Fribourg de 0,86%, Genève de 1,03% et le Jura de 3,48%. Avec 131 curateurs nommés entre 2000 et 2010, le canton de Genève est – après le canton de Zurich – le canton qui a le plus désigné de curateurs.

---

[208] Malheureusement, les statistiques de divorce avec enfants mineurs par canton ne sont pas disponibles.

[209] OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces selon le canton.

[210] Pour trouver ces taux, nous avons d'abord cherché le nombre de divorce entre 2000 et 2010 dans les cantons des régions souhaitées : OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces selon le canton.
Puis, nous avons recherché le nombre de curatelles par canton parmi les statistiques des années respectives : CONFERENCE DES CANTONS EN MATIERE DE PROTECTION DES MINEURS ET DES ADULTES, Statistiques 2000 à 2010.

En mai 2005, l'Office fédéral de la Justice a mandaté un Institut afin de faire un sondage auprès des juges, avocats et médiateurs sur le nouveau droit du divorce entré en vigueur cinq ans auparavant[211]. Selon 60% des sondés, l'institution de représentant d'enfant était satisfaisante ou plutôt satisfaisante. 69% des magistrats sondés trouvaient cette institution positive contre seulement 57% des avocats sondés. Les juges insatisfaits avancent de très nombreux arguments quant à leur insatisfaction[212]. Beaucoup affirment n'avoir jamais eu à traiter des cas de curatelle. Pour certains, le rôle et les tâches du curateur ne sont pas clairs. Pour d'autres, la procédure devient plus coûteuse, longue et compliquée. Certains prétendent que le curateur apporte peu de solutions et qu'il n'y a pas d'intérêt pour l'enfant à en bénéficier. Enfin, d'autres considèrent que le juge suffit. Quant aux avocats insatisfaits, l'énorme majorité soutient que l'institution est inutile puisque jamais appliquée en pratique, même dans des cas complexes[213]. Plusieurs regrettent que les dispositions légales n'aient pas de caractère obligatoire et que la marge d'appréciation du juge soit trop grande. Enfin, des avocats soulignent aussi un renchérissement et une complexification de la procédure.

2. MOTIFS DE LA RETICENCE DES JUGES

Etant donné qu'en pratique, la représentation de l'enfant dans la procédure de divorce ne s'est pas insérée pleinement dans l'ordre juridique, il paraît opportun de mettre en exergue les causes de la réticence des juges.

2.1. Motifs légaux de divorce

Avant d'analyser les raisons qui poussent à cette retenue, il convient d'examiner la fréquence des différents motifs légaux de divorce pour relativiser les statistiques. Les cas visés par l'art. 299 al. 2 let. a CPC, à savoir les situations où les parties déposent des conclusions différentes au sujet des droits parentaux, ne concernent de loin pas toutes les affaires de divorce. Entre 2005 et 2010, 87,84% des affaires étaient prononcées sur la base de l'art. 111 CC concernant la requête en cas d'accord complet[214]. La grande majorité des jugements de divorce ne sont ainsi pas litigieux. Seuls 12,16% des cas étaient potentiellement

[211] OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, p. 17 ; INSTITUT FÜR POLITIKSTUDIEN INTERFACE, p. 162-163.
[212] INSTITUT FÜR POLITIKSTUDIEN INTERFACE, p. 163-165.
[213] INSTITUT FÜR POLITIKSTUDIEN INTERFACE, p. 166-170.
[214] OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces selon le motif du jugement. A noter qu'à partir de 2011, les données sur les motifs de jugement ne sont plus disponibles.

litigieux, soit 11'002 enfants concernés sur les 90'478 affectés par un divorce dans cette période[215]. Or, ces affaires relatives à des requêtes en cas d'accord partiel selon l'art. 112 CC n'ont pas forcément trait aux enfants. Selon le Juge du district de l'Entremont en Valais, les litiges portant spécifiquement sur les question concernant les enfants à l'exception des contributions d'entretien – c'est-à-dire pour des questions d'autorité parentale, de garde, de droit de visite – ne sont pas inexistantes mais relativement rares[216].

2.2. Coûts

Une autre raison qui explique la prudence des tribunaux est la crainte que la procédure – du fait de la nomination du curateur – ne devienne trop chère pour les parents[217]. Au sens de l'art. 95 al. 2 let. e CPC, les frais de représentation de l'enfant font partie des frais judiciaires. Le tribunal peut répartir ces frais selon sa libre appréciation lorsque le litige relève du droit du divorce (art. 107 al. 1 let. c CPC). En conséquence, comme le souligne Me TUCHSCHMID MONNIER, dès lors que les parents ne bénéficient pas de l'assistance judiciaire et qu'ils supportent les coûts en raison de leur devoir d'entretien, ils préféreront renoncer à voir leur enfant représenté par un curateur[218]. Selon le juge WAELTI, vu que les parents ont souvent de la peine à payer les honoraires d'un seul avocat, il leur sera plus difficile de payer un avocat supplémentaire[219].

Bien au contraire, selon SCHWEIGHAUSER, seul auteur à notre connaissance à s'être prononcé sur cette problématique, le curateur peut même permettre de faire des économies[220]. Une des préoccupations du curateur est de faire accélérer la procédure afin qu'elle se termine le plus rapidement possible[221]. Pour ce faire, il lui incombe d'empêcher toute administration des preuves inutiles, telle une expertise particulièrement onéreuse. Dans les limites de ses compétences, le curateur doit attirer l'attention du juge sur le caractère inutile et onéreux des mesures envisagées. Le curateur peut également concourir à ce qu'une procédure – ou du moins une partie de celle-ci – se déroule oralement et non par écrit[222]. Enfin, des économies

---

[215] OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces selon le nombre d'enfants mineurs entre 1960 et 2012.
[216] VOLKEN, Interview du juge du District de l'Entremont.
[217] SCHWEIGHAUSER, Warum, p. 374.
[218] *Cf.* ANNEXE I, Entretien du 09.07.2014 avec Me Tirile TUCHSCHMID MONNIER.
[219] *Cf.* ANNEXE II, Entretien du 18.07.2014 avec le Juge Fabien WAELTI.
[220] SCHWEIGHAUSER, Warum, p. 374.
[221] *Ibid*.
[222] *Ibid*.

sont possibles dans la mesure où les avocats des parents et les juges sont déchargés des tâches relatives à l'enfant assumées dès lors par le curateur[223].

A notre avis, une représentation de qualité a un coût. Cela dit, les avocats des parents coûtent cher également. Or jusqu'ici, jamais personne n'a demandé aux parents de renoncer à leur défenseur en raison de leurs honoraires élevés. Nous nous rallions à l'opinion de SCHWEIGHAUSER qui voit mal pourquoi des économies doivent être faites sur le dos des enfants, ce d'autant plus qu'ils ne sont pas responsables du litige de leurs parents[224]. Nous sommes donc d'avis que, dans la mesure où les parents ont assez d'argent pour payer les honoraires du curateur, le volet financier ne devrait en aucun cas constituer une barrière à la désignation d'un curateur à l'enfant.

2.3. Complication et allongement de la procédure

Les tribunaux craignent que les procédures ne se compliquent inutilement encore davantage[225]. Par exemple, si le curateur recourt contre l'ordonnance fixant une expertise, la procédure est prolongée. Selon BÄHLER, le curateur « *macht das Verfahren schwerfällig, was nicht im Interesse der Gerichte, aber wohl auch nicht in demjenigen der Ehegatten als Hauptbeteiligten des Scheidungsverfahrens liegt* »[226]. Toujours selon cet auteur, le tribunal est habitué aux procédures contradictoires entre deux parties et la personne supplémentaire du curateur ne joue aucun des rôles classiques d'un procès[227]. Selon le Juge WAELTI, la procédure est complexifiée en ce sens qu'il est plus compliqué d'accorder trois personnes ; il ajoute que le curateur prolonge une procédure que le juge a le devoir de régler rapidement, notamment en déposant des écritures et en demandant des mesures d'instruction[228].

Mais bien souvent, le contraire se produit et ce sont les avocats des parents ou les parents eux-mêmes qui compliquent le processus[229]. Selon SCHWEIGHAUSER, le travail du curateur peut permettre de trouver une solution amiable, et ce même dans des situations

---

[223] *Ibid*.
[224] *Ibid*.
[225] *Ibid.*
[226] BÄHLER, p. 192. Le curateur rend la procédure plus lourde ce qui n'est ni dans l'intérêt du tribunal et ni dans l'intérêt des époux parties à la procédure de divorce (traduction libre).
[227] *Ibid.*
[228] *Cf.* ANNEXE II, Entretien du 18.07.2014 avec le Juge Fabien WAELTI.
[229] SCHWEIGHAUSER, Warum, p. 374.

particulièrement litigieuses[230]. La procédure peut même être accélérée du fait du curateur puisque le tribunal est déchargé des tâches en rapport avec l'enfant[231]. En effet, un tiers s'occupe désormais exclusivement de l'enfant.

Nous sommes d'avis que l'irruption d'un curateur de procédure dans un procès ne doit pas effrayer les juges. Certes, l'apparition du curateur implique des ajustements organisationnels ; cependant, ces adaptations sont acceptables au vu du caractère exceptionnel de la curatelle de représentation. Les juges doivent se rendre compte que le curateur les décharge des tâches relatives à l'enfant. Quant au grief de l'allongement de la procédure, nous pensons que la voix de l'enfant doit compter et être réellement considérée de telle sorte qu'un éventuel allongement de la procédure peut se justifier.

2.4. Pouvoir d'appréciation du juge

Comme vu précédemment[232], selon la clause générale de l'art. 299 al. 1 CPC, le juge dispose d'un très large pouvoir d'appréciation. Il s'avère en pratique que les juges sont particulièrement prudents au moment d'apprécier le caractère nécessaire ou non d'une représentation. Les cas énumérés à l'art. 299 al. 2 CPC n'ordonnent pas obligatoirement au juge de nommer un curateur. Nous regrettons que bien que les cas énumérés soient présumés problématiques et que le juge soit limité dans son appréciation, cela ne se traduise pas en pratique par un nombre plus élevé de cas de représentation. Le pouvoir d'appréciation étendu du juge contribue à ce que l'institution des art. 299ss CPC soit peu utilisée.

Nous considérons nécessaire de modifier la loi afin d'intégrer au sein de l'ordre juridique des cas particuliers qui nécessiteraient obligatoirement la désignation d'un curateur. Il en irait d'une obligation de nomination soumise à conditions. Par conséquent, le pouvoir discrétionnaire des magistrats serait limité. Par exemple, le juge n'aurait pas d'autre choix que de désigner un curateur en particulier lorsque les parents le demanderaient.

230 *Ibid.*
231 *Ibid*.
232 *Cf. supra* III. 2.1.1.

2.5. Qualification et rôle du représentant

Pour ce qui est de la qualification du curateur, le problème réside dans le fait que les qualités des représentants diffèrent notablement de cas en cas[233]. Ainsi en pratique, l'image du curateur selon les art. 299ss CPC est floue. C'est une des raisons pour laquelle les curateurs sont rarement institués par les tribunaux ou demandés par les parties[234].

A l'avenir, nous pouvons espérer que les autres cantons adoptent des ordonnances semblables à celle du canton de Bâle-Ville. Ces ordonnances préciseraient que le représentant doit non seulement être titulaire d'un titre juridique, psychologique, pédagogique ou de travail social d'une université ou d'une haute école spécialisée ; il devrait avoir en plus une seconde formation psycho-socio-pédagogique, respectivement juridique. La seconde formation n'a pas besoin d'être sur le même pied d'égalité que la première ; à cet égard, une formation continue suffit. Edicter une ordonnance semblable démontrerait, d'une part, une volonté du législateur d'améliorer l'institution de représentation de l'enfant et, d'autre part, enverrait un signal aux magistrats. Seul bémol toutefois, l'expérience bâloise prouve que malgré une ordonnance bien ficelée, le canton de Bâle-Ville fait partie de ceux qui prononcent le moins de curatelles de procédure[235].

Les ordonnances cantonales pourraient s'inspirer des Standards de la *Kinderanwaltschaft* qui précisent les critères que les curateurs doivent remplir[236]. Du point de vue géographique, nous espérons que la *Kinderanwaltschaft* devienne accessible aux francophones et que l'association s'étende en Suisse romande. Comme son nom l'indique, l'association *Kinderanwaltschaft Schweiz* semble avoir une vocation nationale plus que régionale. En conséquence, la sphère d'influence de l'association ne devrait pas être limitée aux régions alémaniques. Dans le cas contraire, il serait souhaitable qu'une association similaire soit créée en Suisse romande.

Quant au rôle que le curateur doit assumer durant son mandat, celui-ci est absent dans la loi et source de discussions au sein de la doctrine. Ces discussions ne vont pas dans l'intérêt de l'institution. Bien au contraire, cette insécurité juridique mène à ce que les juges soient

[233] SCHWEIGHAUSER, Warum, p. 377.
[234] SCHWEIGHAUSER, Warum, p. 379.
[235] *Cf. supra* IV. 1.
[236] *Cf. supra* III. 2.2.2.

réticents au moment de nommer un représentant. En effet, juges, parents, enfants sont peu enclins à opter pour une personne dont ils ne savent pas le rôle qu'elle joue. Selon l'avocat TUCHSCHMID MONNIER, tous les juges ne perçoivent pas l'utilité et le rôle du curateur de représentation[237]. Selon elle, les juges ont tendance à voir les curateurs de l'art. 299 CPC au même titre que les intervenants du SPMi. Or, ces personnes n'ont pas la même formation et le même rôle. En effet, le Juge WAELTI considère que le travail fourni par les curateurs de procédure est inutile vu que les juges peuvent aisément déterminer eux-mêmes l'intérêt de l'enfant[238]. Selon nous, il existe un flou patent autour du rôle du curateur.

V. CONCLUSION

Bientôt 15 ans après son insertion dans le Code civil suisse, force est de constater que l'institution de la curatelle de représentation ne fait pas l'unanimité chez les praticiens et surtout du côté des magistrats. Selon ces derniers, la curatelle de procédure renchérit, complexifie, prolonge la procédure et ils ignorent le rôle et les qualités que le représentant doit revêtir.

Faute en grande partie à la réticence des juges, les cas d'application des art. 299 et 300 CPC sont très peu fréquents. Certains se questionnent même sur la nécessité de cette institution. Selon les détracteurs de l'institution, la surreprésentation procédurale est néfaste et il ne faut pas faire de la procédure pour simplement faire de la procédure. Aussi, nous ne pensons pas qu'il soit adéquat de nommer un représentant systématiquement.

Cela dit, les enfants méritent que leur voix soit entendue dans une procédure qui les concerne directement. La CDE impose que nous prenions en considération l'enfant, que nous lui donnions la possibilité de s'exprimer directement ou indirectement. Afin que les dispositions 299 et 300 CPC puissent effectivement jouer un rôle dans la procédure de divorce, une modification des dispositions actuelles est inévitable. Il appert opportun de passer du modèle actuel de la clause générale qui laisse un large pouvoir d'appréciation au juge à une disposition contenant des cas de représentation impérative que les juges ne pourraient pas ignorer. En effet, actuellement, nous ne pouvons que regretter que des

[237] *Cf.* ANNEXE I, Entretien du 09.07.2014 avec Me Tirile TUCHSCHMID MONNIER.
[238] *Cf.* ANNEXE II, Entretien du 18.07.2014 avec le Juge Fabien WAELTI.

magistrats profitent de leur large pouvoir d'appréciation pour ne jamais appliquer la curatelle de procédure.

Ensuite, de petites améliorations ci et là pourraient être apportées dans le système actuel, notamment pour ce qui est de l'information de l'enfant quant à son droit de requérir un représentant. Une clarification du TF par rapport au rôle précis du curateur de procédure serait également souhaitable. Enfin, nous pouvons espérer un élargissement au niveau suisse de l'association *Kinderanwaltschaft Schweiz*, dans le but de fédérer les curateurs de procédure suisse, de les former, ainsi que de clarifier les qualités qu'ils doivent présenter.

En conclusion, depuis l'adoption de la CDE en 1989, son entrée en vigueur en Suisse en 1997, l'introduction de la curatelle de procédure dans le CC en 2000, des progrès indéniables ont été apportés au statut de l'enfant dans la procédure de divorce de ses parents. Le cadre a été mis en place afin que l'enfant puisse jouir d'un curateur. Mais ce système nécessite des améliorations afin de devenir véritablement effectif**.**

VI. ANNEXE 1 : ENTRETIEN DU 09.07.2014 AVEC ME TIRILE TUCHSCHMID MONNIER, AVOCATE AU BARREAU DE GENEVE

Julien Prontera : Comment les juges désignent-ils les curateurs de procédure ?

Tirile TUCHSCHMID MONNIER: Au niveau civil, chaque Président de Chambre nomme la personne qu'il veut. D'abord, cela dépend de la sensibilité des magistrats s'ils jugent utile ou pas la présence d'un curateur de représentation. Puis, ils ont des affinités. Chaque chambre du Tribunal peut désigner la personne de son choix en qualité de curateur. Certains magistrats nomment plus facilement des curateurs, par exemple s'ils ont été sensibilisés au rôle que peut jouer la personne désignée. Les juges nomment en fonction de la difficulté de la situation ou en fonction de la langue parlée par le curateur.

JP : L'art. 299 al. 1 *in fine* CPC dispose que le curateur doit être « expérimenté dans le domaine de l'assistance et en matière juridique ». En pratique à Genève, qui est nommé ?

TTM : A Genève et à ma connaissance, seuls les avocats sont désignés. Les avocats qui devraient avoir suivi une formation relative à la curatelle de représentation pour être sensibilisés dans la manière d'interroger un enfant, la manière de se présenter, la manière d'interagir avec les intervenants. Idéalement, il s'agit de quelqu'un qui a de l'expérience car il faut tenir tête aux deux parties et leurs avocats ; il s'agit de quelqu'un qui aime ce type de dossier car il peut arriver de devoir se rendre au domicile de l'enfant ou de le faire venir à l'étude. Or, on ne reçoit pas un enfant comme un adulte. A Genève, à l'époque du Tribunal tutélaire, il y avait une liste d'avocats qui avaient suivi des formations et qui pratiquaient ce domaine d'activités.

JP : Quid d'un travailleur social ?

TTM : Le problème est qu'il n'a pas les compétences juridiques. Pour se déterminer sur les mesures de protection de l'enfant, sur les relations personnelles, sur la garde, sur l'autorité parentale, il faut être compétent et être au courant des modifications jurisprudentielles. Un avocat doit rédiger des mémoires, faires des observations, assister à des audiences, poser des questions, poser des questions aux experts, conclure sur les points en lien avec l'enfant. Je vois mal un travailleur social faire cela. Il n'a pas la formation d'un avocat.

JP : Un curateur de représentation peut-il être le même curateur que celui de l'art. 308 CC ?

TTM : Je ne pense pas. Les curateurs de 308 CC sont des intervenants du SPMi. On donnerait aux intervenants du SPMi des compétences purement juridiques (p. ex. calculer l'entretien d'un enfant, utiliser les tabelles de Zurich, calculer le revenu hypothétique,…). Ce sont des notions de droit difficiles à acquérir. Les curateurs de représentation et les curateurs de relations personnelles ou éducatives n'ont pas le même métier !

JP : Vos domaines de prédilection sont en particulier les droits de l'enfant et le droit des mineurs. Avez-vous suivi une formation spécifique ?

TTM : Depuis 12 ans, je suis régulièrement des formations en lien avec les droits de l'enfant. Je tâche de me former chaque année ou chaque fois que des formations sont proposées, notamment par l'Université de Fribourg. J'essaie d'y assister le plus régulièrement possible.

JP : Les curateurs de représentation devraient suivre des formations ?

TTM : Je pense qu'il est important d'en suivre car des intervenants tels des pédopsychiatre et psychologues peuvent aider l'avocat dans sa fonction de curateur, en particulier pour les aspects du fonctionnement de l'enfant et de ses interactions au sein de la famille. Le curateur qui n'a pas été formé a de la peine à se faire comprendre. Chacun doit garder son rôle. L'enfant et les parents doivent bien comprendre qu'on est curateur de représentation mais que notre métier principal est celui d'avocat. Tenir cette limite-là n'est pas facile.

JP : Quelle est la compétence du curateur la plus importante que le juge n'a pas ?

TTM : Le magistrat doit juger. Il ne crée aucun lien de confiance avec l'enfant. Le curateur dit à l'enfant que ses parents sont en conflit mais que ce n'est pas sa faute. Le curateur lui demande ce qu'il pense de la situation, comment il se sent quand il est chez son père et chez sa mère, ce qu'il aimerait qu'on leur dise. On peut essayer de construire une relation où quelqu'un représente l'enfant et rappelle aux parents leurs devoirs, leurs obligations vis-à-vis de l'enfant. Le curateur peut aussi prendre contact avec le pédiatre ou les enseignants. On essaie d'avoir des renseignements afin de savoir comment l'enfant fonctionne. Consciemment ou inconsciemment, des enfants peuvent aussi raconter des histoires et apporter une lecture qui n'est pas tout à fait la bonne. Il m'arrive de demander s'il y a quelque chose que l'enfant souhaite que j'indique dans un préambule. Ca pose le décor. L'enfant comprend qu'on

considère ce qu'il dit. Par exemple, l'enfant peut dire qu'il en a marre que ses parents se disputent.

JP : Quel est le rôle du curateur de procédure : *Kindeswohl* ou *Kindeswillen* ?

TTM : Personnellement, je suis plus le porte-parole de l'enfant, ne serait-ce que pour créer un vrai lien de confiance avec lui. Si on leur donne un curateur, on doit tenir compte de leur avis, quitte à leur dire au départ que le juge aura le dernier mot. Il faut qu'il comprenne qu'il y a des choses qu'il peut me dire qui ne sortiront pas de mon bureau et d'autres que je pourrai diffuser à l'extérieur. Si ce qu'il relate est exactement aligné au discours du parent, je peux solliciter une expertise familiale pour le signaler au magistrat. L'exception concerne les enfants de moins de 5 ans. On va les voir mais on n'a pas de réelles interactions. On va essayer de dire quel est l'intérêt de l'enfant.

JP : Avez-vous déjà été curatrice de procédure ?

TTM : Oui, j'ai eu à intervenir dans des procédures de divorce, parfois même en deuxième instance. Mais le constat est que les procédures dans lesquelles un avocat est nommé curateur sont relativement rares. Je n'ai pas de statistiques. Dès le moment où le magistrat l'estime nécessaire, il peut nommer un curateur, même si les parents ne sont pas d'accord. Souvent, il m'est arrivé de défendre une partie et de lui dire : vous vous disputez tellement qu'il serait bien qu'un curateur représente l'enfant.

JP : Pourquoi les curateurs de procédure sont-ils si peu fréquemment nommés ?

TTM : A mon avis, les magistrats ont une approche un peu biaisée du rôle du curateur de représentation. Lorsque les parents ne sont pas d'accord sur l'attribution de l'autorité parentale, la garde et les relations personnelles, les juges vont demander au SPMi de rendre un rapport d'évaluation et se satisfaire de cette démarche. Le SPMi reçoit les parents, téléphone aux intervenants, mais ils n'ont pas le même rôle que le curateur de représentation auprès des avocats et des parents. Il est possible que certains magistrats ne perçoivent pas bien l'utilité et le rôle d'un avocat curateur de représentation. Je pense que la présence d'un curateur peut aider à trouver une solution transactionnelle dans l'intérêt de l'enfant.

JP : Selon l'art. 299 al. 2 let. b CPC, la question de la représentation de l'enfant doit être vérifiée lorsqu'une requête est déposée par les parents ou l'autorité de protection de l'enfant. En pratique, pourquoi les parents sont réticents à demander un curateur ?

TTM : Je pense que le volet financier est en grande partie responsable. Quand je demande au parent qui n'est pas à l'assistance juridique s'il souhaite que son enfant ait un curateur, le client me répond que mes honoraires suffisent ! Car le curateur doit être rémunéré avec des honoraires d'avocat en fonction de la situation financière des parents, du travail effectué, de la difficulté du dossier. Si le client dit qu'il est hors de question de solliciter la nomination d'un curateur, je suis obligée de me tenir à la décision du client. Il peut y avoir une impulsion du SPMi mais c'est rare. Selon moi, si les parents se disputent à tel point que chacun réclame la garde ou que les relations personnelles sont chaotiques et que l'enfant semble souffrir, il est évident qu'il faudrait nommer un curateur de représentation. Le législateur l'a voulu mais en pratique ce n'est pas le cas. Pourtant, si le curateur fait bien son travail, on gagne du temps. Car lorsque l'on dit aux parents ce que l'enfant souhaite, cela peut permettre des conclusions sur des points qui sont du ressort du curateur. En plus, l'intrusion dans leur vie privée les effraie aussi. C'est encore un regard en plus d'une personne qui va être dans le conflit. C'est intrusif !

JP : Selon l'art. 299 al. 3 1ère phr. CPC, si un enfant capable de discernement fait la demande d'être représenté, le tribunal n'a pas d'autre choix que de lui désigner un représentant. Les enfants sont-ils correctement renseignés sur leur droit ?

TTM : Personnellement, il m'est arrivé une fois, l'année passée, qu'un enfant le demande. Ses parents n'étaient pas mariés. Je lui ai suggéré d'écrire au TPAE et de dire qu'il m'avait contacté via la ligne de Juris Conseil Junior et de demander quelqu'un qui le défende. Et j'ai été nommée! Ensuite, l'enfant est venu la première fois avec sa trottinette dans l'étude ; il avait 13 ans.

JP : En 2000, quelle était votre réaction quand vous avez appris qu'un curateur pouvait être nommé à l'enfant dans la procédure de divorce ?

TTM : J'ai eu peur que ca mette l'enfant au centre du conflit. Je reste persuadée que le divorce des parents ne concerne pas les enfants. Dans une bonne intelligence, les parents devraient trouver une solution qui sauvegarde le mieux les intérêts de leurs enfants. Les enfants ne doivent pas être pris dans les disputes. Quand ça commence à s'envenimer, je pense qu'une personne, qui peut leur expliquer où on va, quels sont leurs droits, quels sont

leurs devoirs, quelle est la position de leurs parents, peut diminuer leurs angoisses. Voir ses parents s'entre déchirer doit être très angoissant pour l'enfant. Souvent dans les procédures de droit de la famille, on arrive à blesser l'autre via l'enfant. Je pense que la mission du curateur de représentation est bien mais qu'elle n'est pas encore comprise.

JP : En conclusion, à l'avenir, comment souhaiteriez-vous que l'institution change ?

TTM : Dans les situations conflictuelles, les magistrats devraient plus faire appel à des curateurs. Ils ne doivent pas hésiter à faire appel à eux. Ils n'appréhendent pas bien quels pourraient être le rôle et l'utilité d'un curateur. Il faudrait plus de discussion, de collaboration entre les autorités qui nomment et les personnes qui fonctionnent comme curateurs. Il faut se rendre compte qu'un curateur peut être utile et sortir des solutions plus rapidement d'un conflit.

VII. ANNEXE 2 : ENTRETIEN DU 18.07.2014 AVEC LE JUGE FABIEN WAELTI, PRESIDENT DE LA 10E CHAMBRE DU TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE GENEVE

Le juge Fabien WAELTI est en charge d'une demi-Chambre civile depuis 8 mois au moment de l'entretien. Son avis n'engage que lui et n'est pas forcément représentatif de l'ensemble des juges du TPI à Genève. Conformément à ses souhaits, l'entretien n'a pas été enregistré.

Pour le juge WAELTI, au départ, l'institution vient d'un bon sentiment. Mais cette institution reflète l'image d'un monde idéal et non du monde réel.

Par rapport aux conditions d'institution

Parmi les « *warning* » de l'al. 2 de l'art. 299 CPC, pour M. WAELTI, l'indicateur de la let. a n'est pas un indicateur valable, en tout cas pour la garde et l'autorité parentale. A la rigueur, la let. a est envisageable pour les relations personnelles. Le juge WAELTI s'assure que le mineur soit entendu par le SPMi, à savoir des professionnels formés pour l'audition de l'enfant. Puis, ça dépend du retour. Si les conclusions convergent, le juge s'en satisfait. Si non, il auditionne – en plus – personnellement l'enfant. Ensuite, si les parents ne sont toujours pas d'accord, il tranche, sans faire appel à un curateur. Il lui est aussi possible de demander une expertise familiale.

Quant à la requête des parents selon la let. b de l'al. 2, elle importe peu. Selon le juge WAELTI, les parents qui font cette demande ont le plus souvent en tête un avocat en particulier. Le but est de se retrouver à deux contre un. C'est une perversion du CPC.

En revanche, un cas fréquent est celui où le TPAE demande à ce qu'un curateur de représentation soit désigné (art. 299 al. 2 let. b CPC).

Si le juge WAELTI devait recevoir une requête d'un enfant capable de discernement d'être représenté, il commencerait par auditionner l'enfant pour voir s'il est manipulé ou si cela repose sur un besoin réel. Il faut savoir que l'enfant peut être manipulé par un parent, ce qui

n'est bien évidemment pas dans l'intérêt de l'enfant. Pour le juge, cet alinéa 3 est un cas théorique qui n'intervient jamais en pratique. Si le mineur fait la demande, c'est suspect.

Selon le juge WAELTI, la représentation de l'enfant est envisageable notamment lorsqu'un enfant incapable de discernement jouit d'une fortune considérable.

Par rapport à la nomination du curateur

L'avocat est un auxiliaire de justice précieux. L'avocat est la personne idéale puisqu'elle maîtrise tous les outils procéduraux pour défendre une partie et puisque cela permet une égalité des armes entre les enfants et les parents. Mais les avocats se sentent investis du devoir de représenter l'enfant alors qu'il n'y a rien à dire ! Les juges n'ont pas besoin d'un nouvel acteur qui vient compliquer l'issue du litige. L'irruption d'un troisième avocat ne va rien changer. Il est inutile qu'un curateur de représentation dise au juge quel est l'intérêt de l'enfant. Le mieux placé pour apprécier le bien de l'enfant reste le juge.

Selon M. WAELTI, il vaut mieux nommer un curateur de 308 CC lors de la procédure des mesures protectrices de l'union conjugale! Dans les 3/4 des cas, dans la période de suspension de la vie commune de 2 ans, les divergences s'aplanissent. Après 2 ans, généralement les parents sont d'accord. L'objet du litige s'est déplacé et n'est plus vraiment dans la procédure de divorce mais dans la procédure des mesures protectrices.

Par rapport à la fréquence de nomination

M. WAELTI n'a pas les statistiques du nombre de curatelles instituées par le TPI de Genève. Il n'a jamais institué de curatelles depuis les 8 mois qu'il exerce au TPI.

Selon le juge, cette institution est utilisée avec parcimonie, avec discernement, de manière conforme à l'intérêt du mineur. L'intérêt de l'enfant peut être de ne pas faire intervenir un tiers supplémentaire dans la procédure. L'intérêt de l'enfant est de faire en sorte qu'il y ait le moins d'interférence possible dans le litige. Parmi les tiers bénéfiques à l'enfant, l'on retrouve ceux qui agissent en amont, notamment ceux qui font de la médiation. Le juge s'estime souvent apte à sauvegarder l'intérêt de l'enfant lui-même grâce aux maximes procédurales, d'office et d'instruction. Il utilise les maximes procédurales abondamment de telle sorte que le besoin d'un curateur ne se fait pas sentir. Le curateur de représentation aurait un sens si les

maximes procédurales n'existaient pas. Cela étant, il rappelle l'importance de respecter le droit de l'enfant à être auditionné.

Selon lui, il est déjà difficile de se mettre d'accord à deux. Donc il est encore plus compliqué de s'accorder à trois. Il se demande même si l'intervention d'un curateur de procédure est positive.

En outre, le curateur prolonge la procédure : il est présent aux audiences, dépose des écritures, etc. Or, le juge doit faire en sorte que les choses ne trainent pas.

Les coûts de la procédure augmenteraient pour les parties. Souvent, les frais et notamment les honoraires du curateur sont répartis par moitié. Ce qui ne va pas dans le sens de la réconciliation. La majorité des couples n'arrive déjà pas à payer les honoraires d'un seul avocat. S'ils doivent en payer un second, ce serait catastrophique. Mais le juge rappelle que les curateurs de procédure ont droit à être payés comme des avocats et ne doivent pas être payés au rabais.

VIII. BIBLIOGRAPHIE

AEBI-MÜLLER Regina E./HERZIG Christophe A., Kindesrecht und Elternkonflikt – Länderbericht Schweiz, *in* Kindesrecht und Elternkonflikt, Bielefeld (E. und W. Gieseking) 2013, p. 73 ss.

BÄHLER Daniel, Die Vertretung des Kindes im Scheidungsprozess : die Beistandschaft gemäss Art. 146 ZGB, *in* RDT 2001, p. 187 ss.

BLUM Stefan/WEBER KHAN Christina, Der « Anwalt des Kindes » – eine Standortbestimmung, *in* RMA 2012, p. 32 ss.

BREITSCHMIED Peter, Art. 147, *in* Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Band I, 4ème éd., HONSELL Heinrich / VOGT Nedim Peter [et *al*.] (éd.), Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2010.

COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, Observation générale n° 12 : le droit de l'enfant d'être entendu, Genève 2009.

(consultable sur http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx → General Comments → Observation générale n° 12 (2009): Le droit de l'enfant d'être entendu – View document / état au 04.04.2014).

[Cité : COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, Observation n° 12]

IDEM, Observation générale n° 14 : le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, Genève 2013.

(consultable sur http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/CRCIndex.aspx → General Comments → General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1) – View document → Français / état au 25.04.2014).

[Cité : COMITE DES DROITS DE L'ENFANT, Observation n° 14]

COMITE DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants et leur exposé des motifs, 1098e Réunion des Délégués des Ministres, 17 novembre 2010.

(consultable sur http://coe.int/childjustice → chercher en haut à droite : lignes directrices → Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants / état au 24.07.2014)

COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES DU CONSEIL DES ETATS, Bulletin officiel, révision du Code civil suisse, Session d'automne 1996, Huitième séance, 26.09.96 08h00, 95.079.

CONFERENCE DES CANTONS EN MATIERE DE PROTECTION DES MINEURS ET DES ADULTES, Nouvelles mesures instituées aux mineurs.

(consultable sur http://www.copma.ch/index.php → Français → Documentation → Statistiques → Années antérieures → Statistiques 2000 - 2010 / état au 24.07.2014).

CONSEIL FEDERAL, Message du 28 juin 2006 relatif au code de procédure civile suisse, FF 2006 6841 ss.

[Cité : MESSAGE CPC]

IDEM, 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 ss.

[Cité : MESSAGE CC]

IDEM, Message du 29 juin 1994 sur l'adhésion de la Suisse à la Convention de 1989 relative aux droits de l'enfant, FF 1994 V 1 ss.

[Cité : MESSAGE CDE]

IDEM, Message du 29 novembre 2013 concernant la révision du Code civil suisse (entretien de l'enfant), FF 2014 511 ss.

[Cité : MESSAGE Entretien]

COTTIER Michelle, Verfahrensvertretung des Kindes im Familienrecht der Schweiz : aktuelle Rechtslage und Reformbedarf, *in* Anwalt des Kindes : ein europäischer Vergleich zum Recht des Kindes auf eigene Vertretung in behördlichen und gerichtlichen Verfahren, Berne (Stämpfli) 2008, p. 125 ss.

DE LUZE Estelle [et *al.*], Droit de la famille code annoté, Mariage et divorce – Filiation – Mesures de protection de l'adulte Art. 90 à 456 CC – LPart – 274 à 327a CPC, Lausanne (Ed. Bis et Ter Snc) 2013.

ENGLER Thomas, Zivilprozessrechtliche Fragestellungen in der familienrechtlichen Gerichtspraxis, *in* SJZ 2014 Nr. 5, p. 121 ss.

GALLI-WIDMER Marianne, La représentation de l'enfant dans la procédure de divorce : aspects de droit matériel et de procédure, *in* RDT 1999, p. 229 ss.

HEGNAUER Cyril, Der Anwalt des Kindes, *in* RDT 1994, p. 181 ss.

[Cité : HEGNAUER, Anwalt]

IDEM, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsprozess, *in* PJA 7 / 1994, p. 888 ss.

[Cité : HEGNAUER, Kindesinteressen]

HERZIG Christophe A., Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Zurich Bâle Genève (Schulthess) 2012.

INSTITUT FÜR POLITIKSTUDIEN INTERFACE, Evaluation du sondage portant sur l'application du droit du divorce à l'intention des juges, des avocats et des médiateurs, mai 2005, p. 162 ss.

(consultable sur https://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation.html → Documentation → Divorce / état au 04.04.2014).

JEANDIN Nicolas, Art. 299 et 300, *in* Code de procédure civile commenté, BOHNET François / HALDY Jacques [et *al*.] (éd.), Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2011.

LEUBA Audrey, Art. 273, *in* Code Civil I : art. 1-359 CC : commentaire, PICHONNAZ Pascal/FOEX Bénédict (éd.), Genève Bâle Munich (Helbing & Lichtenhahn) 2010.

LEVANTE Patrizia, Die Wahrung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – die Vertretung des Kindes im Besonderen, Berne (Stämpfli) 2000.

MANAÏ Dominique, La réforme des droits de l'enfant dans la procédure de divorce, *in* PJA 10 / 1997, p. 1191 ss.

[Cité : MANAÏ, Réforme]

IDEM, Prendre les droits de l'enfant au sérieux : le nouveau droit du divorce, *in* De l'ancien au nouveau droit du divorce, Berne (Stämpfli) 1999, p. 99 ss.

[Cité : MANAÏ, Droits]

MEIER Philippe, L'enfant et la nouvelle procédure civile, *in* Droit de la famille et nouvelle procédure : aspects de droit de fond et de procédure : 6e symposium en droit de la famille, Université de Fribourg, Zurich Bâle Genève (Schulthess) 2012, p. 37 ss.

[Cité : MEIER, L'enfant]

IDEM, Présentation orale à l'occasion du colloque « L'enfant, le curateur et l'avocat : Représentation de l'enfant par-devant les instances civiles » du 20.05.2014 à Genève, organisé par l'association Juris Conseil Junior. Autorisation de reproduire ces propos dans mon mémoire obtenue directement auprès de MEIER lui-même, étant précisé que celui-ci a revu les passages attribués le concernant.

[Cité : MEIER, Colloque du 20.05.2014]

MENNE Martin, Der Verfahrensbeistand im neuen FamFG, *in* ZKJ 2009, p. 68 ss.

MUTTER-FREULER Yolanda, Die Vertretung des Kindes im Zivilverfahren : ein Vergleich des schweizerischen und des kanadischen Rechts, Zurich Bâle Genève (Schulthess) 2005.

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE, Rapport consécutif au sondage portant sur l'application du droit du divorce auprès des juges, des avocats et des médiateurs, mai 2005, p. 17 ss.

(consultable sur https://www.bj.admin.ch/content/bj/fr/home/dokumentation.html → Documentation → Divorce / état au 04.04.2014).

OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces selon le canton.

(consultable sur http://www.bfs.admin.ch → Population → Mouvement de la population → Indicateurs → Divorces et divortialité → Divorces → Divorces selon le canton, la durée du mariage et la classe d'âge de chacun des époux / état au 24.07.2014).

[Cité : OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces selon le canton]

IDEM, Divorces selon le motif du jugement.

(consultable sur http://www.bfs.admin.ch → Population → Mouvement de la population → Données détaillées → Mariages, divorces, partenariats enregistrés et dissous, reconnaissances et adoptions → Divorces selon le motif du jugement et les cantons / état au 24.07.2014).

[Cité : OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces selon le motif du jugement]

IDEM, Divorces selon le nombre d'enfants mineurs entre 1960 et 2012.

(consultable sur http://www.bfs.admin.ch → Population → Mouvement de la population → Indicateurs → Divorces et divortialité → Divorces → Divorces selon la nationalité avant le mariage et le nombre d'enfants mineurs / état au 24.07.2014).

[Cité : OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Divorces selon le nombre d'enfants mineurs entre 1960 et 2012]

IDEM, Indice conjoncturel de divortialité.

(consultable sur http://www.bfs.admin.ch → Population → Mouvement de la population → Indicateurs → Divorces et divortialité → Indicateur conjoncturel de divortialité / état au 24.07.2014).

[Cité : OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Indice conjoncturel de divortialité]

IDEM, Nombre de divorces par année entre 1960 et 2012.

(consultable sur http://www.bfs.admin.ch → Population → Mouvement de la population → Indicateurs → Divorces et divortialité → Divorces → Divorces, séparations de corps et déclarations de nullité / état au 24.07.2014).

[Cité : OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Nombre de divorces par année entre 1960 et 2012]

IDEM, Nombre de divorces 2009 – 2013.

(consultable sur http://www.bfs.admin.ch → Population → Mouvement de la population → Indicateurs → Divorces et divortialité → Divorces / état au 24.07.2014).

[Cité : OFFICE FEDERAL DE LA STATISTIQUE, Nombre de divorce 2009 - 2013]

REUSSER Ruth, Die Stellung der Kinder im neuen Scheidungsrecht, *in* Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Berne (Stämpfli) 1999, p. 9 ss.

[Cité : REUSSER, Stellung]

SAMBETH GLASNER Birgit, Audition et représentation de l'enfant du point de vue du curateur de représentation légale, respectivement de l'avocat d'enfant, *in* L'enfant dans le procès pénal et le procès civil, Berne (Stämpfli) 2002, p. 61 ss.

SCHREINER Joachim/SCHWEIGHAUSER Jonas, Die Vertretung von Kindern in zivilrechtlichen Verfahren, *in* FamPra 3 / 2002, p. 524 ss.

SCHREINER Joachim, Anh. Psych, *in* FamKomm Scheidung, Band II : Anhänge, SCHWENZER Ingeborg (éd.), Berne (Stämpfli) 2011.

SCHWEIGHAUSER Jonas, Anh. ZPO Art. 299 et 300, *in* FamKomm Scheidung, Band II : Anhänge, SCHWENZER Ingeborg (éd.), Berne (Stämpfli) 2011.

[Cité : FamK-SCHWEIGHAUSER]

IDEM, Art. 299 et 300, *in* Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2ème éd., SUTTER-SOMM Thomas / HASENBÖHLER Franz [et *al.*] (éd.), Zurich Bâle Genève (Schulthess) 2013.

[Cité : K ZPO- SCHWEIGHAUSER]

IDEM, Die Vertretung der Kindesinteressen im Scheidungsverfahren – Anwalt des Kindes, Bâle Genève Munich (Helbing Lichtenhahn) 1998.

[Cité : SCHWEIGHAUSER, Vertretung]

IDEM, Warum gibt es keine Kindesvertretungen in Scheidungsverfahren ?, *in* Kinder und Scheidung : der Einfluss der Rechtspraxis auf familiale Übergänge, Zurich (Rüegger Verlag) 2009, p. 372 ss.

[Cité : SCHWEIGHAUSER, Warum]

SCHWENZER Ingeborg, Die UN-Kinderrechtskonvention und das schweizerische Kindesrecht, *in* PJA 7 / 1994, p. 817 ss.

SPYCHER Annette, Art. 299 et 300, *in* Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Band II, HAUSHEER Heinz / WALTER Hans Peter (éd.), Berne (Stämpfli) 2012.

STECK Daniel, Art. 299 et 300, *in* Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2ème éd., SPÜHLER Karl / TENCHIO Luca [et *al.*] (éd.), Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2013.

[Cité : BSK ZPO-STECK]

IDEM, Die Vertretung des Kindes im Prozess der Eltern, *in* PJA 12 / 1999, p. 1558 ss.

[Cité : STECK, Vertretung]

SUTTER Thomas/FREIBURGHAUS Dieter, Art. 146/147, *in* Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Zurich (Schulthess) 1999.

VAN DE GRAAF Beatrice, Art. 299 et 300, *in* ZPO Kurzkommentar, 2ème éd., OBERHAMMER Paul / DOMEJ Tanja [et *al.*], Bâle (Helbing Lichtenhahn) 2014.

VEREIN KINDERANWALTSCHAFT SCHWEIZ, Standards für Rechtsvertretung von Kindern, Child-friendly Justice 2020.

(consultable sur http://www.kinderanwaltschaft.ch/ → Kinderanwält/innen → Qualitätssicherung → Standards (Pdf) / état au 24.07.2014).

VOLKEN Nadia, La représentation de l'enfant dans le divorce : pourquoi est-elle si peu courante en Suisse ?, Sion (Institut international des droits de l'enfant Kurt Bösch) 2011.

ZERMATTEN Jean/STOECKLIN Daniel, Le droit des enfants de participer : norme juridique et réalité pratique : contribution à un nouveau contrat social, Sion (Institut international des droits de l'enfant Kurt Bösch) 2009.

ZERMATTEN Jean, Entre droit d'être entendu et droit à voir son intérêt supérieur être pris en compte, quel rôle pour l'avocat ?

(consultable sur http://jcj.ch → Les présentations du Prof. Philippe Meier et M. Jean Zermatten lors de la conférence du 20 mai 2014 sont disponibles ! → presentation_de_m._jean_zermatten.pdf / état au 20.07.14)

[Cité : ZERMATTEN, Droit]

IDEM, 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 ss.

[Cité : ZERMATTEN, Protection]

IX. DECLARATION AD PLAGIAT

« J'atteste que dans ce texte toute affirmation qui n'est pas le fruit de ma réflexion personnelle est attribuée à sa source et que tout passage recopié d'une autre source est en outre placé entre guillemets. »

Julien Prontera