

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
Art.	Article
CAS	Certificate of Advanced Studies
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant
CFEJ	Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse
CPC	Code de procédure civile
CCS	Code civil suisse
Cf.	Confer
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse
LJe	Loi en faveur de la jeunesse
LOJ	Loi sur l'organisation de la Justice
MPUC	Mesures protectrices de l'union conjugale
N°	Numéro
OG	Observation générale
OPE	Office pour la protection de l'enfant
P.	Page
TF	Tribunal fédéral

TABLE DES MATIERES

Introduction et problématique	7
Cadre théorique.....	9
Évolution historique de la vision de l'enfant.....	9
L'apport de la CDE en lien avec le statut de l'enfant.....	12
Participation et droit d'être entendu	14
Le droit d'être entendu – Contexte législatif	17
Cadre normatif et législatif international.....	17
Cadre normatif et législatif national.....	19
Cadre normatif et législatif cantonal.....	21
Le droit d'être entendu – contexte pratique	21
L'organisation du système civil valaisan.....	21
Déconstruction des éléments de l'article 12	22
1.1. Les États parties garantissent	23
1.2. À l'enfant qui est capable de discernement	24
1.3. Le droit d'exprimer librement son opinion	26
1.4. Sur toute question l'intéressant	27
1.5. Les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.....	27
2.1. Dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant	31
2.2. Soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié	31
Prise en compte de l'avis de l'enfant et informations données à ce dernier	33
Synthèse	35
Méthodologie de l'enquête.....	36
Terrain et échantillon d'enquête	36
Éthique et déontologie	38
Recherche de la vérité.....	38
Responsabilité envers la communauté universitaire, la société et l'environnement ainsi que l'appréciation et la limitation des risques.....	39
Respect de la personne et de ses droits fondamentaux.....	39
Analyse des données.....	40
Axe 1 : l'audition de l'enfant en pratique.....	41
L'audition de l'enfant... Quand ?	41
L'audition de l'enfant... Par qui ?	44
L'audition de l'enfant... Pourquoi ?	47
Axe 2 : Considérations accordées à la parole de l'enfant.....	49
Axe 3 : Retour d'informations à l'enfant.....	53
Vérification des hypothèses	57
Conclusion.....	60

Résultats de l'étude	60
Limites	62
Perspectives pratiques.....	62
Bibliographie	65
Annexes	70
Annexe 1	70
Annexe 2	71

Introduction et problématique

Dans le courant de l'année 2018, 16'542 divorces ont été prononcés en Suisse. Dans le cadre de ces divorces, 12'212 enfants concernés se trouvent être des mineurs. Pour le canton du Valais, les cas de divorce se montent à 713 pour un nombre de 646 enfants (Office fédéral de la statistique, 2019).

Face à ce nombre important d'enfants touchés par une même problématique, il semble pertinent de se pencher davantage sur le sujet. La thématique du divorce en lien avec les enfants s'étendant cependant à un vaste champ d'application, nous avons décidé de nous focaliser sur un concept relativement novateur en droit de l'enfant : le droit d'être entendu. En effet, suite à la promulgation de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE), l'enfant a non seulement obtenu le statut de sujet de droit mais surtout, une voix lui a été donnée. Une voix qui, conformément aux textes internationaux et nationaux, devrait non seulement être écoutée mais également prise en compte.

C'est au travers de différentes lectures exploratoires sur cette thématique qu'un constat est venu renforcer notre conviction de la nécessité d'une recherche sur le sujet : l'application du droit d'être entendu dans les procédures judiciaires et administratives en Suisse est effectuée de manière sporadique. En effet, si aucun chiffre n'existe sur l'audition de l'enfant en Suisse, un rapport de la Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse (CFEJ) explique que dans les procédures de divorce, seuls 10% des enfants sont effectivement entendus (CFEJ, 2011, p. 21). Ajouté à cela, le constat d'une disparité intercantonale dans l'application du droit d'être entendu a également été mis en avant (Le Parlement suisse, 2014).

Suite à cet état des lieux, l'intérêt de mener une étude sur la pratique du droit d'être entendu dans le domaine spécifique des procédures matrimoniales et dans un canton précis est apparu comme pertinent. Ainsi, la question de recherche de ce travail a été élaborée comme suit :

Dans le cadre d'affaires matrimoniales en Valais, comment les juges de district appréhendent-ils le droit d'être entendu et comment l'appliquent-ils dans leurs pratiques ?

Partant de cette question de recherche, le droit d'être entendu dans son contexte défini va, dans un premier temps, être appréhendé grâce à une phase exploratoire

visant à obtenir diverses informations, théories et recherches empiriques. La problématique va ensuite être abordée sous un angle théorique avec comme objectif un détachement des notions liées au sens commun pour arriver à une présentation critique des éléments entourant le droit d'être entendu au travers d'un contexte sur trois niveaux : international, national et cantonal. Passée cette étape, une confrontation entre dimensions théoriques et constatations pratiques va être effectuée afin de présenter une analyse globale des données préalablement recueillies au travers d'entretiens avec huit juges de district.

Étant donné que le concept du droit d'être entendu se trouve fortement ancré dans la législation suisse et internationale, l'intérêt de cette recherche porte sur l'établissement de parallèles entre les législations et la réalité du terrain. Pour terminer, les hypothèses formulées seront vérifiées et la conclusion résumera les résultats de la recherche et sera enrichie par quelques réflexions d'éventuelles pistes d'actions.

L'ensemble de ce travail se veut interdisciplinaire car il est caractérisé par un souhait d'analyser un objet d'étude pouvant être qualifié de complexe au travers de visions provenant d'horizons disciplinaires différents et complémentaires. (Darbellay, 2005, p. 47). En effet, au travers de la thématique large du droit d'être entendu, des regards multiples seront apportés en référence à des domaines d'application en lien avec le droit, la psychologie, la sociologie ou encore l'histoire.

Pour terminer cette problématisation, il semble primordial de présenter les trois hypothèses en lien avec la question de recherche :

1. L'évolution du statut de l'enfant et l'apport de la CDE ont permis l'émergence d'une nouvelle vision de l'enfant qui a abouti à la considération de ses opinions.
2. Malgré un cadre législatif et normatif fort, le droit d'être entendu n'est pas appliqué de manière uniforme au sein des tribunaux de district valaisans et dépend des pratiques propres à chacun des juges.
3. L'audition de l'enfant représente un des éléments de prise en compte des juges dans leur processus décisionnel.

Cadre théorique

Le premier point théorique allant être développé traite de l'évolution de la vision de l'enfant pour arriver au constat actuel d'une reconnaissance de ce dernier comme un être à part entière, doté de compétences. Cet état de fait, impliquant inévitablement des ajustements sociétaux, va introduire le deuxième point théorique : la création de la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) et les innovations relatives à cette dernière. En effet, la reconnaissance, au travers de la CDE, de l'enfant comme faisant partie d'une catégorie à part entière avec des droits propres va introduire des notions comme celle de l'enfant acteur, du sujet de droit ou encore de la participation. Si le concept de participation englobe une multitude de sujets complexes, cette recherche va se centrer sur l'aspect de la participation représentée par le droit d'être entendu.

Afin d'appréhender ce droit d'être entendu dans sa globalité mais toujours en lien avec la thématique du travail, une présentation au regard de normes internationales, nationales puis cantonales va être effectuée.

Pour finir, l'article 12, disposition fondatrice de la nouvelle vision de l'enfant ainsi que du droit d'être entendu, va être déconstruit afin de présenter les différents champs des normes d'application selon le point de vue du Comité des droits de l'enfant, puis selon la jurisprudence suisse.

Évolution historique de la vision de l'enfant

Au travers des siècles, la place de l'enfant au sein de la société ainsi que son statut ont grandement évolué. Les images de l'enfant, socialement construites, ont progressé à travers les siècles ainsi que selon les différentes cultures. Un rapide survol historique de cette évolution va permettre de présenter les mutations du statut de l'enfant ayant mené à la conception existante à ce jour.

Pour commencer, en Occident, lors de la période de l'Antiquité, l'enfant n'existait pas en tant qu'individu à part entière car il était appréhendé comme « une simple esquisse d'être humain » (Becchi, 1998a, p. 43). On ne trouve que peu d'informations de l'époque sur les enfants car ces derniers étaient considérés comme inintéressants puisque « physiquement fragile, économiquement non productif, intellectuellement immature, moralement non sanctionnable » (Becchi, 1998a, p. 44). Pour preuve, le mot utilisé pour désigner l'enfant était en ces temps « infans », terme renvoyant à

l'idée d'une maîtrise imparfaite du langage. L'enfant était alors considéré comme inaccompli et devant être au bénéfice de protection et de contrôle. Cette vision induisait qu'il devait se soumettre à une entité qui lui était supérieure et qui, à l'époque, était représentée par le père de famille (Becchi, 1998a ; Ladouceur, 1999). Durant de longues années, l'enfance a été considérée de manière négative et perçue comme un manque et un inachèvement. Aristote lui-même comparait l'enfant à un animal en affirmant : « l'âme de l'enfant ne diffère pas pour ainsi dire de celle des bêtes » (Youf, 2002, p. 10).

Durant le Moyen Âge, l'enfant était vu de manière plus ambiguë que par le passé, avec une nature apparaissant comme oscillant entre le bien et le mal. Cependant, comme dans la période Antique, il restait un non-adulte sans statut particulier et sous l'autorité paternelle (Becchi, 1998a, p. 111). Au-delà de l'image de l'enfant, il est à souligner que la société médiévale était marquée par une absence du sentiment de l'enfance. En effet, dès lors que l'enfant était en mesure de vivre sans les soins de sa mère ou de sa nourrice, il faisait partie de la société des adultes sans distinction aucune (Ariès, 1973).

Selon Verhellen (1999), « ce n'est qu'à partir du seizième siècle que l'enfant allait progressivement faire l'objet d'une réelle attention » (p. 19). En effet, c'est à cette époque que certains garçons issus de classes sociales supérieures ont commencé à fréquenter l'école, qui avait pour but de les éduquer. Cependant, il semble important de mettre en avant le fait que cette éducation avait pour visée de rendre bons les enfants, qui étaient ainsi toujours appréhendés comme étant, par nature, mauvais. La conception négative de l'enfance a donc persisté, et ce, jusqu'au 17^e siècle où des philosophes de l'époque comme John Locke et René Descartes dépeignaient l'enfance comme une chute, un temps humain source de confusions, de préjugés et d'erreurs. L'enfant y était vu tel un humain inachevé en opposition à l'adulte. La citation de John Locke offre un aperçu de la manière dont l'enfant était alors considéré : « L'enfant naît sans capacité particulière de raisonnement ; il est tout comme une feuille blanche que l'on doit noircir » (Ladouceur, 1999, p. 192).

Lors du 18^e siècle, des philosophes tel que Kant et Rousseau dénoncent avec force et vigueur la puissance paternelle en prônant des relations parents-enfants plus égalitaires, mais ces derniers ne parviennent pas à modifier la conception de la famille. Néanmoins, si la population n'adhère pas à ce changement des rapports de force, cette dernière accorde une attention particulière à la protection des enfants.

En effet, l'enfant est dorénavant appréhendé, certes comme un être dépendant de ses parents, mais également comme devant être protégé (Pouliot, 1999, p. 224-225).

Durant l'année 1762, Jean-Jacques Rousseau publie l'ouvrage *l'Émile* qui est porteur d'une vision progressiste puisque ce dernier reconnaît la spécificité que représente la période de l'enfance. Rousseau ira même plus loin, en prônant la reconnaissance de l'enfant en tant qu'enfant ainsi que le respect et la liberté de ce dernier. Bien que précurseur dans le statut qu'il accorde à l'enfant, Rousseau renoue toutefois avec certaines pensées de l'époque en définissant l'enfant comme né faible, ayant besoin d'éducation et devant être préservé des influences corruptrices grâce à l'éducation. Malgré l'avancée considérable qu'apporte Rousseau quant au statut de l'enfant, sa vision ne représente pas un reflet de la pensée majoritaire de l'époque, puisque son ouvrage fût condamné à Paris ainsi qu'à Genève (Russ, 1996, p. 203-226).

Le 19^e siècle se base sur une vision de l'enfance tournée vers l'imaginaire philosophique et l'utopie sociale. Les poètes et les philosophes de l'époque définissent l'enfance comme un univers inaccessible à l'homme et transcendantal. « Ce sont les enfants eux-mêmes, avec leur perfection et leur beauté, qui sont les éducateurs par excellence » (Becchi & Julia, 1998b p. 162). Cette idéalisation de l'enfant pousse à le voir tel un symbole porteur de certaines valeurs et devant être préservé du mal. La révolution industrielle ayant lieu à cette époque va par la suite mener les États vers une prise de conscience de leur devoir de protection envers les enfants. En effet, avant cette période, il était commun d'utiliser les enfants comme main-d'œuvre ouvrière mais, face aux conditions de vie de certains enfants, des mouvements protectionnistes ont fait leur apparition dans le but de les défendre. Ainsi, entre la fin du 19^e siècle et le début du 20^e siècle, un intérêt sérieux est porté envers l'enfant, qui est alors considéré comme nécessitant la protection des adultes (Hanson, 2012, p. 64 ; Zermatten, 2008, p. 4).

Lors de la deuxième moitié du 20^e siècle, l'enfance est au centre de nombreuses préoccupations et recherches. La psychologie développementale connaît son heure de gloire et l'enfant est vu comme un être en devenir, c'est-à-dire un futur citoyen dont il faut s'intéresser dans le but qu'il devienne un « bon adulte ». Cette période est également marquée par un tournant important en lien avec la place de l'enfant au sein de sa famille. En effet, si jusqu'au 19^e siècle, le père de famille occupait une place centrale et l'enfant se trouvait soumis à sa puissance, la deuxième moitié du 20^e siècle a échangé les tendances en mettant l'enfant au centre de la cellule familiale (Youf,

2002). L'enfant est dès lors considéré comme une entité distincte de ses parents. Cette modification majeure va poser la question de la définition du statut de l'enfant dans un contexte en mouvement. Pour Jean Zermatten (2008), ce nouvel état social demande « une nouvelle posture qui implique un nouveau contrat social : entre les hommes et les femmes, il y a une catégorie nouvelle du point de vue juridique : les enfants ! » (p. 5).

L'apport de la CDE en lien avec le statut de l'enfant

Lors de la date historique du 20 novembre 1989, après une dizaine d'années de travail de la part des États, des organisations inter-gouvernementales et des organisations non gouvernementales, l'Assemblée générale des Nations Unies promulgua un instrument donnant aux enfants des droits humains internationalement reconnus et un nouveau statut ; la Convention relative aux droits de l'enfant. L'introduction de cette Convention met en avant la considération de l'enfant comme une personne à part entière, égale aux autres individus et détenant des droits qui lui sont propres. En effet, comme le confirme Jean Zermatten (2013-2015) :

La communauté internationale a pris conscience que l'enfant n'était pas seulement un être vulnérable qui méritait protection, ou un être dépendant à qui l'on devait des prestations pour vivre, survivre et se développer (alimentation, hébergement, éducation, santé), mais surtout qu'il était une personne à part entière, un individu à qui étaient rattachés des droits. (p. 161)

Il est intéressant de soulever l'engouement considérable qui s'est construit autour de la promulgation de la Convention relative aux droits de l'enfant puisqu'à ce jour, 196 États sur les 197 existants ont signé et ratifié ce traité international. De par son état de Convention, cet instrument comporte un côté contraignant, obligeant les États parties à respecter, appliquer et promouvoir les droits énoncés par celui-ci. Pour Verhellen (1999), « il convient d'insister sur le fait que parce qu'elle possède un caractère juridiquement contraignant, exhaustif et qu'elle a été ratifiée quasi universellement, la Convention constitue un contrat social géopolitique neuf et unique dans l'histoire » (p. 175). Les États deviennent ainsi débiteurs de prestations envers les enfants et sont tenus à des obligations. Ceci est en partie illustré par l'article 4 de la CDE qui mentionne que : « Les États parties s'engagent à prendre toutes les mesures législatives, administratives et autres qui sont nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la présente Convention ».

La CDE introduit donc un changement fondamental dans le statut de l'enfant en le faisant passer progressivement d'enfant objet de droit à enfant sujet de droit, ce qui va introduire le concept de l'enfant acteur. Stoecklin (2009) définit la notion d'acteur comme suit :

Lorsque l'on parle d'enfant acteur, on souligne le fait que l'enfant n'est pas simplement un individu qui est passivement forgé par les influences de l'environnement mais qu'il est agent de cet environnement et qu'il exerce donc une influence sur ce dernier. (p. 57)

Cette évolution sous-entend une nouvelle vision de l'enfant qui va profondément changer les relations entre les acteurs de la société. Les enfants ne sont plus considérés comme déterminés mais bien comme capables de construire et transformer leur vie sociale, la vie de ceux qui sont autour d'eux, ainsi que les sociétés dans lesquelles ils se trouvent (Zermatten & Stoecklin, 2009).

Le nouveau paradigme exposé ci-dessus n'est cependant pas partagé par l'ensemble des acteurs du domaine des droits de l'enfant. En effet, certaines voix se sont élevées et s'élèvent encore contre une vision de l'enfant en tant que sujet de droits. Un des arguments fréquemment avancés se trouve dans l'idée qu'accorder des droits personnels et subjectifs aux enfants mène à un affaiblissement de leurs droits à la protection et aux prestations. Dans un ouvrage sur l'évolution de la protection de l'enfant, Ladouceur (1999) abonde dans ce sens en affirmant :

Cependant, on ne doit pas oublier que l'incapacité juridique du mineur en est une protection et non pas de défiance, et qu'à ce titre, il y a toujours un certain danger à reconnaître des droits de plus en plus nombreux au mineur, puisque, en parallèle à la reconnaissance de ces droits, la protection dont il bénéficie disparaît, ce qui peut, à la limite être également contraire à la Convention sur les droits de l'enfant. (p. 199)

Bien que fervent défenseur des droits participatifs, Lansdown (2010) relève également que des conséquences négatives peuvent apparaître lorsque l'enfant est intégré au statut d'acteur social défendant ses propres droits. Cependant, pour cet auteur, les risques existants ne constituent pas une barrière au changement nécessaire du statut de l'enfant (p. 18).

Un autre élément mis en avant par les détracteurs d'une vision de l'enfant sujet de droit, se trouve dans la remise en question de ce statut. Youf (2002) met en cause le

statut de sujet de droit pour l'enfant car il considère que de par son manque de discernement et son immaturité, l'enfant ne peut être défini comme un sujet de droit car il n'a pas accès à la capacité et à la responsabilité juridique en lien avec ce statut. L'auteur étaye sa pensée dans ce sens :

La subjectivité juridique implique, en effet, non seulement le bénéfice des droits, mais aussi la capacité d'en user et de répondre de ses actes devant les juridictions. Le sujet de droit est un être usant de droits et soumis à des obligations, disposant de la pleine capacité et d'une totale responsabilité juridique. Telle n'est pas la situation du mineur. (p. 98)

Pour Youf (2002), si les enfants sont certes titulaires de droits, il considère être dans l'intérêt de ces derniers de ne pas avoir accès à l'intégralité des droits humains, ni d'être soumis à des obligations.

Une autre controverse existante se situe dans les craintes de certains que la CDE ne positionne l'enfant dans une toute puissance et ceci, en opposition aux adultes. Ce questionnement est repris par Krappmann (2010) qui s'interroge comme suit :

Doesn't this concept of the child in the Convention, to be materialized in laws and other regulations, restrict the rights of adults, particularly of parents ? Law systems usually underline the responsibility of parents. Wouldn't a limitation of parental authority endanger children's development and wellbeing ? (p. 502)

Si des visions différentes peuvent être avancées au travers de ces différents arguments, il n'en est pas moins important de recontextualiser l'instrument qu'est la Convention en la définissant comme étant le reflet d'un consensus établi entre les années 1979 et 1989.

Participation et droit d'être entendu

En plus d'apporter un nouveau statut à l'enfant, la Convention relative aux droits de l'enfant va permettre de leur reconnaître à la fois des droits généraux mais également des droits humains plus spécifiques. Afin de présenter plus en détail la gamme des droits garantis par la Convention, une classification peut être effectuée au travers du concept des « trois Ps » ayant pour signification : droit aux Prestations – droit à la Protection – droit à la Participation. Les droits liés aux prestations se centrent sur des services ou des biens en lien avec des domaines tels que l'hébergement, l'éducation, la santé ou encore les droits civils (droit à un nom, à une nationalité, etc.). La

protection de l'enfant est quant à elle mise en avant au travers de son engagement à le protéger contre, entre autres, l'exploitation sexuelle, les abus sexuels, le travail, la torture, l'engagement dans les conflits armés etc. Pour finir, les droits en lien avec le concept de la participation se situent notamment dans le droit pour l'enfant de s'exprimer quant aux décisions les concernant, la liberté d'expression, de pensée ou encore d'association, l'accès à l'information et la participation à la vie culturelle et artistique (Hanson, 2012, p. 70).

Il semble donc pertinent de définir la CDE comme un instrument garantissant des prestations, mettant en avant la nécessité de protection des enfants puis introduisant le concept de participation. Si les notions de protection et de prestations étaient déjà présentes lors de précédents projets législatifs sur l'enfance, le principe de participation a quant à lui été introduit avec la création de la Convention relative aux droits de l'enfant. Cette innovation est étroitement liée à l'évolution de la vision de l'enfant et au statut de sujet de droit lui étant tout nouvellement accordé. L'idée d'admettre que l'enfant est un être à part entière pouvant progressivement exercer ses droits pousse inévitablement à l'introduction de droits participatifs. Cette vision des choses est confirmée par la définition de Zermatten (2009) quant à la notion de participation :

La participation, comprise donc dans son sens large, donne, en effet, un nouveau statut à l'enfant qui n'est plus seulement celui à qui l'on accorde des prestations ou celui que l'on protège, mais qui devient aussi celui dont on doit recueillir et écouter la parole et qui est appelé à prendre part, plus même à influencer, selon son âge et sa maturité, les décisions qui le concerne. (Zermatten & Stoecklin, 2009, p. 15)

Si le choix de s'attarder brièvement sur le concept de participation s'est imposé au vu de la thématique du présent travail, ceci ne sous-entend en aucun cas la supériorité de ce pilier sur les deux autres existants. En effet, comme le précise Lansdown (2010) :

It is necessary to balance the right to participation with the right to protection, recognising that it can be as harmful to make excessive or inappropriate expectations of children as to deny them the right to take part in decisions they are capable of making (for example, Harper and Marcus 1997; WCRWC 2001).
(p. 18)

Hanson (2012) confirme cette vision en avançant l'idée que les dispositions présentes dans la Convention doivent être appréhendées de manière globale, impliquant une importance égale à tous les différents droits, indépendamment de leur appartenance à un des 3P. Toujours selon Hanson (2012), tant le droit à l'auto-détermination que celui à la protection doivent être mis en avant, car si l'enfant en bas âge nécessite une protection particulière, c'est en grandissant que ses droits à l'auto-détermination vont devenir plus importants. Pour cet auteur, « A gradual acquisition of rights is defended to give shape to the complementarity between freedom and protection » (Hanson, p. 70).

Le but ici ne réside pas dans le développement du concept de participation, mais plutôt dans l'idée d'amener une compréhension générale de ce dernier afin d'introduire la notion centrale de ce travail : le droit d'être entendu. Pour Zermatten (2010) l'idée de la participation comprend deux composantes :

- La première, qui est le droit d'être entendu, compris stricto sensu et contenu entièrement dans l'article 12 ; et
- Le « droit » de participer, plus vaste et répondant à l'idée que l'enfant, acteur de sa vie et membre d'une famille, d'une communauté, de l'Etat, doit prendre une part active à la vie familiale et sociale et non seulement la subir. C'est alors l'article 12 mis en lien avec les articles relatifs aux droits et liberté civils (art.13 à 17). (p. 44-45)

Dans le présent travail, c'est bien évidemment la première composante qui va être analysée, et ceci au regard du contexte spécifique des procédures de divorce et de séparation en Valais. Il est à relever que le lien indéfectible entre le droit d'être entendu et le concept de participation est également souligné par le rapport de la Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse (2011) :

La Convention considère le droit de l'enfant d'être entendu et représenté dans toute procédure légale comme l'application de ce droit général de participation, ce qui est judicieux sur le fond: il est vrai qu'il n'est pas possible de conférer à l'enfant un quelconque pouvoir de décision dans des procédures légales (tel qu'il est parfois envisageable de le faire dans le contexte scolaire) et qu'il s'agit moins de la représentation des intérêts des enfants en tant que groupe que de l'avenir d'un enfant en particulier. (p. 19)

Pour terminer, il semble toutefois pertinent de souligner qu'au sein de l'article 12 de la Convention, le terme de participation n'apparaît pas en tant que tel. Cependant, l'idée sous-jacente dudit article semble démontrer la présence implicite du concept de participation.

Le droit d'être entendu – Contexte législatif

Comme déjà mentionné, ce travail va se centrer sur la notion du droit d'être entendu de l'enfant dans le contexte spécifique des procédures de droit civil. Afin d'appréhender au mieux cette réalité, il paraît inévitable de contextualiser ce droit en lien avec un cadre normatif et législatif et, dans l'idée d'apporter une analyse globale, au travers de diverses législations à trois niveaux différents : international – national – cantonal.

Cadre normatif et législatif international

Convention relative aux droits de l'enfant

Art. 12. CDE

Véritable fer de lance du concept du droit d'être entendu au niveau international, l'idée principale de l'art. 12 se situe dans un droit pour l'enfant d'exprimer son opinion sur les questions le concernant ainsi qu'une assurance de la prise en considération de son avis en fonction de son âge et de son degré de maturité. Il est évident que la notion de « droit d'être entendu » n'implique aucune obligation pour l'enfant de s'exprimer et que ce dernier peut s'octroyer la liberté de refuser l'exercice de ce droit. Zermatten (2009) expose sa vision du droit d'être entendu selon l'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant comme suit :

Il est rattaché à l'idée que l'enfant, au fur et à mesure de son développement, est amené à prendre une part active à sa vie, notamment lorsque des décisions importantes doivent être prises qui touchent le cours quotidien de son existence ou son développement à moyen ou à long terme. (p. 13)

Pour Lansdown (2001), l'article 12 CDE implique une écoute des enfants, une prise au sérieux de leur avis et une reconnaissance de la valeur de leurs expériences et opinions (p. 2).

Ces représentations apportent un éclairage certain à la compréhension de l'article 12, mais afin de saisir davantage les enjeux en présence, il paraît intéressant de mettre également en avant ce que l'article 12 ne représente pas :

Il ne donne pas aux enfants le droit à l'autonomie. Il ne donne pas aux enfants le droit de contrôle sur toutes les décisions sans tenir compte de leurs implications tant pour eux-mêmes que pour les autres. Il ne donne pas aux enfants le droit de fouler aux pieds les droits de leurs parents. Toutefois, il s'oppose effectivement de façon radicale et profonde aux comportements traditionnels selon lesquels les enfants devraient être vus et non entendus. (Lansdown, 2001, p. 2)

Art. 9 CDE

Peu mis en avant lorsqu'il s'agit d'évoquer la thématique du droit d'être entendu de l'enfant, l'article 9 de la CDE contient pourtant des notions liées à ce sujet. En effet, cette disposition évoque que lorsqu'une séparation de l'enfant et de son/ses parent(s) est nécessaire, notamment « lorsqu'ils vivent séparément et qu'une décision doit être prise au sujet du lieu de résidence de l'enfant [...] toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues ». Ainsi, ne pourrait-on pas imaginer que l'article 9 vienne renforcer l'article 12 en affirmant également que l'enfant a la possibilité de faire connaître son point de vue dans ces situations spécifiques ? Andreas Bucher (2008) répond à cette question en affirmant :

L'enfant est inclus dans cette garantie qui, sans lui conférer formellement la qualité de partie, lui assure un droit de se prononcer sur les positions prises par les parents et d'affirmer sa propre opinion sur les questions le concernant, ce qui va plus loin qu'une simple audition.

Cette position est partagée par Zermatten (2009) qui considère qu'au travers de cette disposition, l'enfant est « assimilé à une partie intéressée par la décision à prendre et doit être entendu à ce titre » (p. 15).

Lignes directrices du Conseil de l'Europe

Les lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants ont été adoptées afin de pallier un constat du Conseil de l'Europe de 2010 faisant état d'une justice non appropriée aux enfants. L'objectif de cet instrument consiste en une garantie pour les enfants de bénéficier d'une justice « amie » des enfants, c'est-à-dire, d'une part, un

accès au système judiciaire, et d'autre part, des traitements respectueux et équitables (Conseil de l'Europe, 2011, p. 7-9).

Dans le cadre de ces lignes directrices, un lien étroit avec le principe de l'audition des enfants est à relever lorsqu'elles mentionnent que la justice « écoute les enfants, prend dûment en compte leurs points de vue » (Conseil de l'Europe, 2011, p. 8). Le Conseil de l'Europe (2011) demande également à ce que la parole des enfants soit prise en considération, et ce en fonction de leur âge, de leurs besoins et compétences, et de leur capacité de discernement (p. 8). De plus, l'obligation est faite aux juges de respecter « le droit des enfants d'être entendus dans toutes les affaires les concernant, ou à tout le moins de l'être dès lors qu'ils sont censés être capables de discernement pour ce qui est des affaires en question » (p. 29). Les lignes directrices insistent également sur la nécessité pour les États de s'engager dans la promotion, la surveillance et l'évaluation de la mise en place d'une justice adaptée aux enfants.

Cadre normatif et législatif national

Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.)

Pour commencer, il semble important de mentionner que de par l'article 190 de la Constitution fédérale (1999) : « Le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international ». En effet, étant donné que la Suisse se définit comme un pays moniste, les divers traités internationaux approuvés par la Suisse deviennent une source directe de droit et font partie intégrante de l'ordre juridique national et tous les organes de l'État doivent ainsi les respecter et les appliquer. La primauté du droit international sur le droit interne a été confirmée par une récente jurisprudence du Tribunal fédéral¹.

La Convention relative aux droits de l'enfant est entrée en vigueur en Suisse le 26 mars 1997, et se trouve donc faire partie intégrante de l'ordre juridique du pays. Cependant, il est à relever qu'il ne suffit pas d'être un État moniste pour s'appuyer sur l'ensemble des règles de la Convention. En effet, en Suisse, une distinction est à faire entre les dispositions directement applicables ou celles qui ne le sont pas, appelées dispositions programmes. Notre intérêt réside ici à déterminer si les articles 9 et 12 de la Convention précédemment développés représentent des dispositions directement applicables dans le droit suisse. L'arrêt du Tribunal fédéral (ATF) 124 III 90 répond à

¹ ATF 2C_828/2011

cette question en mentionnant explicitement qu'il faut « admettre que l'art. 12 de la CDE énonce une règle de droit directement applicable, de telle sorte que sa violation peut être attaquée par un recours au TF ». Cette constatation se trouve être différente pour l'article 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant. En effet, l'arrêt du tribunal administratif fédéral Cour V E-3852/2009 affirme que « le recourant ne peut pas plus utilement se prévaloir des art. 3 et 9 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 dont les stipulations sont dépourvues d'effet direct ».

Au-delà de l'applicabilité des normes internationales, il semble ici indispensable de mettre également en avant l'article 11 al. 2 de la Constitution (1999), qui mentionne que les enfants et les jeunes : « exercent eux-mêmes leurs droits dans la mesure où ils sont capables de discernement ». Selon Bucher (2008), au travers de l'art. 11 al.2 Cst., « la Constitution reconnaît ainsi à l'enfant le droit d'exercer seul ses droits fondamentaux ».

Code de procédure civile suisse (CPC) et Code civil suisse (CCS)

Au-delà de la Constitution suisse, le Code de procédure civile ainsi que le Code civil suisse représentent des sources importantes du droit national.

Concernant le contexte de l'audition de l'enfant dans le cadre des procédures matrimoniales, c'est au travers de l'art. 298 CPC que l'obligation pour le juge d'auditionner l'enfant est apparue :

Les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas.

Au travers de cette disposition, il apparaît clairement que l'enfant doit être entendu, sans pour autant préciser dans quel cas, ni sous quelles conditions cette audition doit être menée. Pradervand-Kernen (2015) apporte un éclairage sur le sujet en mentionnant :

L'art. 298 CPC s'applique à tout litige dans lequel le juge est appelé à statuer sur le sort de l'enfant, y compris lorsque de telles mesures doivent être prises au cours de la procédure de mesures provisionnelles ou de mesures protectrices de l'union conjugale. (p. 13)

Il est également intéressant de mentionner qu'en 1998, la Suisse a adopté une loi modifiant le Code civil ainsi que la législation régissant le divorce. Au vu de la

ratification de la CDE par la Suisse ayant eu lieu peu avant cette révision du droit du divorce, l'intégration du principe du droit d'être entendu au sein de la nouvelle législation s'est avérée facilitée. Ainsi, les nouvelles dispositions en lien avec le principe de l'audition de l'enfant dans les procédures de séparation et de divorce ont été intégrées au droit suisse dès l'entrée en vigueur de la loi modifiant le code civil, soit le 1^{er} janvier 2000 (CFEJ, 2001, p. 21 ; Pradervand-Kernen, 2015 p. 11).

Pour finir, l'article 133 du Code civil suisse représente également une base légale en lien avec le principe de l'audition de l'enfant. En effet, à son alinéa 2, il est inscrit « le juge tient compte de toutes les circonstances importantes pour le bien de l'enfant ; il prend en considération une éventuelle requête commune des parents et, autant que possible, l'avis de l'enfant ».

Cadre normatif et législatif cantonal

Loi en faveur de la jeunesse

Le Code de procédure civile ayant été unifié au niveau suisse depuis 2011, le Code de procédure civile valaisan n'est donc actuellement plus en vigueur. Cependant, au niveau cantonal, il existe la Loi en faveur de la jeunesse (LJe), datée du 11 mai 2000, qui est une loi s'appliquant aux enfants et aux jeunes domiciliés ou séjournant dans le canton du Valais. Au sein de cette dernière figure l'article 2 al. 3 qui indique : « L'enfant a le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question le concernant ; son avis est pris en considération en tenant compte de son âge et de son degré de maturité ». Cette disposition s'inscrit donc dans la même lignée que les normes internationales et nationales en matière de prise en compte de l'avis de l'enfant.

Le droit d'être entendu – contexte pratique

Étant donné que ce travail porte sur la thématique spécifique de l'audition de l'enfant dans les situations d'affaires matrimoniales en Valais, il est nécessaire de présenter le fonctionnement du système cantonal entourant les procédures de droit civil en matière de séparation et divorce.

L'organisation du système civil valaisan

Il existe différents cas de figure prenant place dans le cadre des procédures de droit civil en lien avec les affaires matrimoniales. La première est la séparation, qui représente la période avant que l'action en divorce soit pendante, et qui est

caractérisée par l'éventuelle mise en place par le tribunal de mesures protectrices de l'union conjugale dans le but de prendre les mesures nécessaires à l'organisation de la vie séparée. Lesdites mesures ne sont pas obligatoires et ont lieu sur demande d'un ou des deux époux. Elles peuvent être contraignantes ou non et concernent diverses thématiques dont le sort de l'enfant qui concerne : l'attribution de la garde, de l'autorité parentale, des relations personnelles, la fixation de la contribution d'entretien et autres mesures protectrices. Dans le cas où un divorce est souhaité par l'une ou les deux parties, trois cas de figure vont se présenter :

1. Divorce sur requête commune avec accord complet (art. 111 CC) ;
2. Divorce sur requête commune avec accord partiel (art. 112 CC) ;
3. Divorce sur demande unilatérale ;

En Valais, c'est les tribunaux civils de première instance qui sont amenés à traiter des affaires matrimoniales. Il existe neuf tribunaux de district dans lesquelles évoluent un ou plusieurs juges (Art. 10 al.3 LOJ). Dans le cadre des affaires matrimoniales, les juges sont amenés à statuer sur différentes mesures concernant l'enfant dont l'attribution de la garde et de l'autorité parentale, les relations personnelles, la fixation de la contribution d'entretien ou encore d'autres mesures protectrices.

Comme nous l'explique Cordonier (2012) : « Chaque juge de district applique le droit en son âme et conscience, sans assujettissement hiérarchique. Les pratiques de deux juges de première instance valaisans, membres ou non du même tribunal, peuvent ainsi différer » (p. 52).

Déconstruction des éléments de l'article 12

Bien que la thématique du droit d'être entendu ait déjà été développée ci-dessus, il paraît pertinent de prendre le temps de déconstruire les composants de l'article 12, qui constitue la base du droit d'être entendu. L'objectif se situe ici dans l'élaboration d'une vision plus complète du concept théorique du droit d'être entendu avec une mise en perspective des normes internationales avec les normes nationales, dans le but d'établir par la suite des parallèles avec l'analyse des pratiques valaisannes. Afin de déconstruire l'article 12 de manière pertinente, le même procédé que celui présent dans l'Observation générale (OG) n°12 (2009) a été utilisé. C'est donc en toute logique que la présentation des normes internationales se base sur cette même

Observation générale n°12 (2009). Concernant les normes nationales, les principes évoqués sont généralement tirés des lois suisses ainsi que de la jurisprudence.

Article 12 al.1 : Les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité

1.1. Les États parties garantissent

Comité des droits de l'enfant

Comme il l'a déjà été mentionné, la CDE possède un caractère contraignant. De cet état de fait découlent certaines obligations que l'Observation générale n°12 (2009) précise en mentionnant que l'utilisation de la notion « garantissent », présente à l'alinéa 1 de l'article 12, renvoie à un terme juridique fort poussant les États parties à être strictement « tenus de prendre des mesures appropriées pour mettre pleinement en œuvre ce droit pour tous les enfants » (p. 7). Ceci impose non seulement aux États d'entendre les enfants dans toutes les décisions les concernant, mais également de mettre en place les conditions permettant l'exercice de ce droit. L'OG n°12 (2009) précise également l'influence de la terminologie choisie sur le contexte législatif en affirmant que « cette obligation impose aux États parties, dans le respect de leur système judiciaire, soit de garantir directement ce droit, soit d'adopter des lois ou de réviser les lois existantes afin que les enfants puissent exercer pleinement ce droit » (p. 6-7).

Suisse

En Suisse, l'audition est considérée comme un droit strictement personnel de l'enfant. Par droit strictement personnel, la législation suisse entend que : « Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome ; les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal sont réservés » (art. 19c al.1 CCS). Pour Rumo-Jungo et Carron (2001), l'audition de l'enfant est un droit strictement personnel de l'enfant et « en cette qualité, il appartient à tout enfant, capable ou non de discernement » (p. 2). Dans l'idée d'une garantie pour l'enfant d'être entendu dans les décisions les concernant, le Tribunal fédéral a dans un premier temps, exigé

l'audition par principe dans un de ses arrêts². Comme nous l'explique Pradervand-Kernen (2015) :

Il (ndrl le Tribunal) a estimé que le juge est tenu d'entendre l'enfant non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose. Le Tribunal fédéral a précisé que même si les faits pertinents sont parfaitement établis, l'audition reste un droit personnel de l'enfant sur l'exercice duquel il doit pouvoir s'exprimer. (p. 13)

Il est toutefois à noter que ce même Tribunal fédéral est, par la suite, revenu sur sa décision avec un nouvel arrêt³ expliquant que l'audition du jeune enfant doit avoir été demandée dans le cadre de la procédure cantonale pour que le devoir d'audition du juge ait un effet. Cependant, le Tribunal fédéral indique que le juge est tenu d'examiner si l'audition de l'enfant est nécessaire à l'établissement des faits et ne peut pas simplement décider d'y renoncer (Pradervand-Kernen, 2015, p. 14).

1.2. À l'enfant qui est capable de discernement

Comité des droits de l'enfant

Au sujet de la notion de « capacité de discernement », l'Observation générale (2009) souligne que l'utilisation de cette terminologie ne doit pas être interprétée comme une restriction, mais davantage comme une obligation pour les États de passer par une évaluation de la capacité de l'enfant à se former une opinion propre. Pour le Comité, « il n'est pas nécessaire que l'enfant ait une connaissance complète de tous les aspects de la question le concernant » (OG n°12, 2009 p. 8). Ainsi, l'enfant ne peut pas être considéré de fait comme incapable d'exprimer son opinion et le fardeau de la preuve quant à ses capacités ne lui appartient pas. L'État se voit donc dans l'obligation de « présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et reconnaître qu'il a le droit de l'exprimer » (OG n°12, 2009, p. 7).

² 5A_402/2011

³ 5A_473/2013

Suisse

Un arrêt du Tribunal fédéral⁴ traite de la question de la capacité de discernement en lien avec l'audition de l'enfant en explicitant ceci :

L'audition ne présuppose pas que l'enfant ait la capacité de discernement au sens de l'art. 16 CC. [...] S'il n'a pas encore de capacité de discernement par rapport aux enjeux, l'audition de l'enfant vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaire pour établir l'état de fait et prendre sa décision (ATF 133 III 146 consid. 2.6 p. 151; 131 III 553 consid. 1.1 p. 553 s.; arrêt 5A_119/2010 du 12 mars 2010 consid. 2.1.3). Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable (ATF 131 III 553 consid. 1.2.2 p. 557; 133 III 146 consid. 2.6 p. 150/151; arrêt 5A_482/2007 du 17 décembre 2007 consid. 3.1).

Dans cet arrêt, une vision particulière du « jeune enfant » est mise en avant. En effet, ce dernier est décrit comme ne pouvant pas s'exprimer sur ses désirs concrets sans faire abstraction de facteurs d'influence et n'étant pas capable de formuler une volonté stable. Ceci est interrogeant au regard des principes évoqués dans l'Observation générale n°12 (2009), dans la mesure où ces derniers mentionnent que l'enfant ne peut pas être considéré de fait comme incapable d'exprimer son opinion. De plus, les éléments avancés ci-dessus sont également en contradiction avec le principe de l'OG n° 12 demandant aux États de « présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre » ou, du moins, d'avoir comme nécessité d'évaluer la capacité de l'enfant à se faire son opinion propre. L'arrêt ci-dessus semble partir du principe qu'il n'est pas possible pour un jeune enfant de formuler une volonté stable. Ainsi, il est à relever que selon les normes suisses, si une pleine et large capacité de discernement n'est pas considérée comme une condition pour la réalisation de l'audition, l'acquisition de cette dernière semble représenter un élément déterminant pour la prise en compte de l'opinion de l'enfant.

⁴ 5A_971/2015

1.3. Le droit d'exprimer librement son opinion

Comité des droits de l'enfant

Selon l'Observation générale n°12 (2009), « le droit d'exprimer librement son opinion » est en lien direct avec la nécessité pour l'enfant de pouvoir exprimer ses opinions de manière libre, c'est-à-dire sans pressions, manipulations ou influences. À cela s'ajoute l'idée de permettre à l'enfant d'exprimer une opinion lui étant propre et non celle d'autrui. En lien avec la mise en pratique de ce droit, l'OG n°12 se centre sur la nécessité pour les États parties de créer des conditions permettant à l'enfant de se sentir suffisamment respecté et en sécurité pour exprimer librement son opinion (OG n°12, 2009, p. 8).

Dans une compréhension plus large de l'idée d'expression libre, se pose la question des conditions la permettant. À ce propos, l'Observation générale n°12 (2009) mentionne la nécessité d'un contexte favorisant la parole de l'enfant, donc réceptif, adapté à son âge et accueillant. Le besoin de personnels formés, d'accessibilité à la procédure et à l'information ainsi qu'une attention particulière à la salle d'audience est également mise en avant par l'OG n°12 (2009, p. 10).

Suisse

L'article 298 CPC, indique que les enfants doivent être entendus « de manière appropriée ». Cet élément est l'unique information juridique existante sur la manière dont le droit d'être entendu doit être appliqué dans ce contexte. Ainsi, la notion de « manière appropriée » comprend différentes lectures et interprétations variables selon les contextes et les professionnels en cause.

Si au niveau de la juridiction suisse, aucune indication n'est donnée au sujet des pratiques concernant l'audition de l'enfant, Unicef Suisse et l'Institut Marie Meierhofer pour l'enfant ont tout de même publié un guide pour les praticiens afin de les accompagner dans la réalisation d'une audition (Brunner & Trost-Melchert, 2014). Ce guide constitue cependant uniquement une possible ressource, mais aucune obligation n'est faite au juge de suivre les principes y étant inscrits.

1.4. Sur toute question l'intéressant

Comité des droits de l'enfant

L'Observation générale n°12 (2009) mentionne que la condition de base devant être respectée pour l'exercice du droit d'être entendu est le fait que l'enfant soit concerné par la question à l'examen. Si lors de l'élaboration de la CDE, l'idée de définir des domaines précis concernant la participation de l'enfant a été émise, cela fût rapidement abandonné car pouvant être restreignant. Ainsi, la proposition d'utiliser la terminologie de « toute question l'intéressant » fût adoptée. Dans l'OG n°12 (2009) il est également inscrit que « les États parties devraient écouter attentivement les opinions des enfants à chaque fois que celles-ci peuvent améliorer la qualité des solutions » (p. 9).

Suisse

Aucune précision concernant cette thématique n'est évoquée par des normes, des lois, ou de la jurisprudence suisse.

1.5. Les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité

Comité des droits de l'enfant

Ici, l'idée principale réside dans la prise en considération des opinions de l'enfant. Le point à prendre en compte reste cependant le lien entre cette considération et l'âge de l'enfant ainsi que son degré de maturité. L'Observation générale n° 12 (2009) précise cette idée en mettant en avant la nécessité pour les professionnels d'évaluer les capacités de l'enfant, ce dans le but de définir comment sa parole va être prise en considération et comment elle va influencer les décisions des autorités compétentes. Dans ce sens, l'OG n°12 (2009) est d'avis que l'âge seul ne peut pas déterminer l'importance de l'opinion de l'enfant. En effet, il est avancé que la manière dont l'enfant appréhende la situation n'est pas en lien indéfectible avec son âge et que d'autres éléments entrent en ligne de compte (par ex. l'information, l'expérience, l'environnement, les attentes sociales et culturelles ou encore le soutien dont bénéficie l'enfant) (OG n°12, 2009, p. 9).

En plus du critère de l'âge de l'enfant, l'article 12 fait mention de la prise en considération de son degré de maturité. Dans l'OG n°12 (2009), le degré de maturité est défini de la manière suivante : « Le degré de maturité fait référence à l'aptitude

de l'enfant à comprendre et évaluer les implications d'une question donnée » (p. 9). Ainsi les opinions de l'enfant seront non seulement prises en compte selon son âge mais également selon sa compréhension du sujet en question, ainsi qu'en lien avec ses capacités à exprimer son point de vue de manière indépendante.

Il est également important de souligner que l'article 12 de la Convention ne définit aucune limite d'âge inférieure pour l'exercice de ce droit. L'OG n°12 (2009) décourage les États à « adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant » (p. 7).

Suisse

Afin d'apporter un éclairage sur les normes suisses quant à la considération accordée aux opinions de l'enfant en lien avec leur âge et leur degré de maturité, il est nécessaire de se plonger à nouveau dans les arrêts du Tribunal fédéral traitant de cette question. Si aucune loi suisse ne fixe de limite d'âge précise quant à la possibilité d'auditionner un enfant, ni n'évoque de règles spécifiques à la prise en compte de son avis, les arrêts du TF comportent quelques éléments de compréhension sur cette thématique. Néanmoins, il semble important de préciser que l'appréciation du juge selon les cas qu'il rencontre représente une composante indéniable, malgré les données ressortant de la jurisprudence.

Pour commencer, le droit suisse reconnaît qu' « à mesure que l'enfant grandit et mûrit, il convient de tenir de plus en plus compte de son avis dans la décision ; sa position devient plus claire et il la fait valoir plus fermement⁵ ». On notera ici le parallèle évident entre l'idée qu'au fil du temps et de la maturité, la prise en compte de l'avis de l'enfant dans la décision se fait plus grande. L'idée d'un positionnement plus clair de l'enfant selon son âge et sa maturité est donc mis en avant, comme dans l'Observation générale.

⁵ 5A_719/2013

Afin de détailler ses positions, la jurisprudence suisse a établi des tranches d'âge, faisant ressortir une ligne directrice quant à l'audition de l'enfant et la prise en compte de son avis :

1. L'enfant de moins de six ans

En Suisse, l'âge préconisé pour le droit d'être entendu est fixé à six ans révolus en matière de droit du divorce⁶. Cependant, Pradervand-Kernen (2015) souligne que « cette limite n'est pas absolue : un enfant plus jeune peut être auditionné, par exemple lorsqu'il est le cadet d'une fratrie et qu'il est proche de sa sixième année⁷ » (p. 14-15). Aucune précision n'est néanmoins donnée quant à la prise en considération de la parole d'un enfant de cet âge.

2. L'enfant de six ans jusqu'à onze ans

Un des arrêts du Tribunal fédéral met en avant : « Entre six et onze ans, l'enfant n'est pas encore en mesure de s'exprimer en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs, ni de formuler une volonté stable⁸ ». L'enfant semble ici considéré comme incapable de formuler une volonté pouvant être qualifiée de propre à lui-même. Partant de ce constat, la question des buts de l'audition d'un enfant de cette tranche d'âge se pose. Un arrêt du Tribunal fédéral répond à cette question en mentionnant : « L'audition de l'enfant, alors qu'il n'a pas encore de capacité de discernement par rapport aux enjeux, vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaire pour établir l'état de fait et prendre sa décision⁹ ».

3. L'enfant dès douze ans

Au sujet de la prise en compte de la volonté de l'enfant à cet âge, Pradervand-Kernen (2015), qui mentionne deux arrêts du TF¹⁰, présente l'analyse suivante :

L'enfant arrive à pondérer les avantages et les inconvénients d'événements futurs sans rester accroché au présent. Un enfant de cet âge peut accepter que les adultes aient des avis divergents et comprendre qu'il est important d'avoir

⁶ ATF 131 III 553

⁷ 5A_821/2013

⁸ 5A_554/2014

⁹ TF 5A_557/2013

¹⁰ 5A_701/2011 et 5A_89/2010

son propre avis sur la question. On le considère capable de discernement. (p. 21)

Un dernier arrêt éclaircissant la position de la jurisprudence suisse quant à la prise en compte de l'opinion de l'enfant dès douze ans explique :

Si la seule volonté de l'enfant ne suffit pas à fonder une modification du jugement de divorce, son désir d'attribution à l'un ou l'autre de ses parents doit également être pris en considération lorsqu'il s'agit d'une résolution ferme et qu'elle est prise en considération par un enfant dont l'âge et le développement – en règle générale à partir de douze ans révolus ¹¹.

Ici, bien que la notion de volonté ferme soit mentionnée, la délimitation à l'âge de 12 ans démontre l'importance accordée au critère de l'âge concernant la portée de ses déclarations. Il semblerait donc que la jurisprudence suisse reconnaisse un réel poids à l'avis de l'enfant, mais ceci particulièrement dès l'âge de douze ans. Cette idée est confirmée par Pradervand-Kernen (2015) qui affirme que selon le Tribunal fédéral, l'avis de l'enfant représente un « critère d'appréciation important à partir de l'âge de 12 ans » (p. 23).

Pour terminer, Pradervand-Kernen (2015) met en avant la vision du Tribunal fédéral¹² mentionnant ceci :

À l'âge de treize ou quatorze ans, l'enfant a atteint un âge lui permettant de se forger sa propre opinion et d'apprécier les conséquences de sa décision. Ainsi, il convient d'admettre que cet enfant est capable de discernement et que sa volonté doit être respectée. (p. 24)

Article 12 al.2 : À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

¹¹ TF du 1^{er} juin 2011, 5A_63/2011

¹² TF 5A_160/2011

2.1. Dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant

Comité des droits de l'enfant

Pour le Comité, cette terminologie sous-entend que l'enfant devrait être entendu dans « toutes les procédures judiciaires pertinentes concernant l'enfant, sans restriction » (Observation générale, 2009, p. 10). Comme exemple et en lien avec la thématique principale de ce travail, l'OG n°12 (2009) cite les procédures judiciaires comme la séparation ou le divorce des parents, la garde et la prise en charge. L'OG n°12 (2009) explique également que « toute législation sur la séparation et le divorce doit inclure le droit de l'enfant d'être entendu par les décideurs » (p. 13). Les procédures administratives sont quant à elles axées sur les décisions concernant l'éducation des enfants, leur santé ou encore leur protection.

Suisse

Un arrêt du Tribunal fédéral aborde le sujet de l'application du droit d'être entendu et explique :

Cette norme s'applique à toutes les procédures judiciaires portant sur le sort des enfants. Elle trouve donc application non seulement dans la procédure de divorce, mais aussi dans celles de mesures protectrices de l'union conjugale, ainsi que de mesures provisoires au sens de l'art. 137 CC et de modification selon l'art. 134 CC (ATF 131 III 553 consid. 1.1) ¹³.

2.2. Soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié

Comité des droits de l'enfant

Cette clause se penche sur la manière dont l'enfant sera entendu et, à ce sujet, le Comité penche pour une écoute directe de l'enfant en mentionnant dans son OG n°12 (2009) : « Le Comité recommande de donner à l'enfant, chaque fois que possible, la possibilité d'être entendu directement dans toute procédure quelle qu'elle soit » (p. 10). Dans les cas où l'enfant ne serait pas entendu directement, la possibilité d'un représentant et d'un organisme approprié est mentionnée. Pour le Comité (OG n°12, 2009), le représentant peut être : « le ou les parents, un avocat, ou

¹³ 5A_119/2010

toute autre personne (notamment un travailleur social) » (p. 10). Des critères concernant le représentant sont également explicités par l'OG n°12 (2009) soit :

- Connaissance et compréhension des aspects du processus décisionnel ;
- Expérience du travail avec les enfants ;
- Représentation des intérêts de l'enfant exclusivement (p. 10-11).

Suisse

Le premier indicateur du positionnement des autorités suisses quant à cette partie de l'article 12 se situe au sein même de l'art 298 al.1 CPC, qui mentionne que les enfants doivent être entendus « par le juge ou par un tiers nommé à cet effet ». Un arrêt du Tribunal fédéral¹⁴ traite plus en détail de cette question :

Le choix de la personne habilitée à entendre l'enfant relève en principe de l'appréciation du juge. Il est toutefois contraire à la *ratio legis* de déléguer systématiquement l'audition à une tierce personne, car il est essentiel que le tribunal puisse se former directement sa propre opinion. L'audition est donc, en principe, effectuée par la juridiction compétente elle-même; en cas de circonstances particulières, elle peut l'être par un spécialiste de l'enfance, par exemple un pédopsychiatre ou le collaborateur d'un service de protection de la jeunesse (ATF 133 III 553 consid. 4 p. 554; 127 III 295 consid. 2 p. 297 et les citations; arrêts 5C.19/2002 du 15 octobre 2002 consid. 2.1; 5C.247/2004 du 10 février 2005 consid. 6.3.2).

Lors de l'intervention d'un tiers, ce même arrêt conclut à une possibilité pour le juge de renoncer à entendre à nouveau l'enfant dans les cas suivants : la répétition de l'audition entraînerait une charge insupportable pour l'enfant, aucun nouveau résultat ne sera présenté suite à cette audition ou l'utilité d'une audition supplémentaire n'est pas proportionnelle à la charge causée par cette dernière. Dans ces cas-là, le juge s'appuiera sur les résultats de l'audition préalablement effectuée afin d'établir un jugement.

¹⁴ TF 5A_971/2015

Prise en compte de l'avis de l'enfant et informations données à ce dernier

Au-delà des normes juridiques présentées, il semble pertinent de s'arrêter à nouveau sur la prise en compte de l'avis de l'enfant puisque ce sujet se situe au cœur du questionnement de la recherche. À ce sujet, Lansdown (2005) explique : « It is not sufficient to listen to children. It is also necessary to give their views serious consideration when making decisions. Their concerns, perspectives and ideas must inform decisions that affect their lives » (p. 12). Le rapport de la Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse (2011) aborde dans ce sens en soulignant qu'un changement d'attitude vis-à-vis de l'écoute de l'enfant est nécessaire afin d'évoluer vers une prise en compte de son opinion et non une écoute à titre de formalité (p. 19).

S'il paraît ainsi primordial de prendre en considération les éléments formulés par l'enfant, cela n'implique pas que ce dernier a tous les pouvoirs et qu'il remplace l'adulte dans la prise de décision. Comme l'explique Schäfer (2012) : « le droit d'être entendu n'est pas un droit de décider mais un droit qui peut influencer une décision » (p. 34). Ainsi, il s'agit plutôt d'un critère déterminant à prendre en compte lors de la prise de décision par l'autorité compétente que d'un avis à suivre dans toutes les situations. De plus, comme le mentionne l'Observation générale n°12 (2009) : « Les opinions exprimées par des enfants peuvent apporter de nouvelles perspectives et des données d'expérience » (p. 6).

Dans les situations où le juge est amené à se prononcer sur des éléments affectant directement la vie de l'enfant, il paraît évident que l'écoute et la prise en compte de sa parole représentent des éléments indispensables pour la prise de décision, dans son intérêt supérieur. Cette idée est confirmée par Achard et Skivenes (2009), « First, knowing what a child thinks assists us in working out our initial judgement of what is best for the child » (p. 15). Dans le même contexte, Cashmore et Parkinson (2007) avancent que l'audition de l'enfant permettra au juge de se faire une impression sur la maturité de l'enfant dans le but de définir le poids à accorder à son opinion. Le juge pourra par ailleurs également avoir une meilleure appréciation des sentiments profonds de l'enfant (p. 52). Enfin, Schäfer (2012) affirme que « la véritable interprétation ou prise en compte de la portée des déclarations de l'enfant va dépendre de l'attitude, de

la sensibilité, des valeurs juridiques ou personnelles de la personne qui va prendre ou rendre sa décision » (p. 33).

Au-delà de tous les principes de base cités dans l'exposition de ce cadre théorique, il est bien évidemment indispensable de mettre en avant le fait que chaque situation est différente et que les circonstances du cas d'espèce mènent à la nécessité d'une analyse au cas par cas.

Selon les mesures d'application du droit de l'enfant d'être entendu de l'Observation générale n°12 (2009), l'idée d'une prise en considération des opinions de l'enfant mène à l'impératif pour les décideurs d'informer l'enfant sur l'issue du processus ainsi que de lui donner une explication sur la manière dont son opinion a été prise en considération. Toujours selon l'OG n°12 (2009), ce retour d'information permet d'une part de garantir à l'enfant que son opinion est prise au sérieux et, d'autre part, de lui laisser la possibilité d'exprimer son accord, de formuler une autre proposition ou encore de déposer un recours ou une plainte (p. 12).

Au niveau national, l'information de l'enfant quant aux décisions prises dans le cadre de procédures civiles est régulé par l'art. 301 CPC let. b, qui indique que la décision est communiquée « à l'enfant, s'il est âgé de quatorze ans au moins ». Cependant, cet article ne prévoit aucune modalité quant à la communication du jugement. Selon Pradervand-Kernen (2015) :

Si la décision est communiquée à un enfant qui n'est pas représenté par un curateur, l'information devrait être adaptée à l'âge de l'enfant et dépendre des circonstances du cas. Certains auteurs estiment que la communication des points du dispositif concernant l'enfant suffit. D'autres auteurs préconisent de communiquer la décision de vive voix, lors d'une discussion entre l'enfant et le juge, un greffier ou un intervenant social. (p. 36)

Au sujet des procédures matrimoniales, Pradervand-Kernen (2015) relève qu'aucunes réserves ne sont émises, ce qui implique que toutes les décisions, dans leur totalité, doivent être communiquées à l'enfant dans le cadre spécifique des procédures matrimoniales. L'auteur s'interroge toutefois sur la pertinence de transmettre à l'enfant des décisions comportant des éléments sur la liquidation du régime matrimonial ou le partage des avoirs LPP et conclut en affirmant qu'il ne semble pas nécessaire pour l'enfant d'avoir ces informations car ce sont « des questions ne mettant pas en cause les droits de l'enfant » (p. 35).

Synthèse

Au travers de cette présentation des bases légales et normatives régissant l'audition de l'enfant, nous pouvons relever une certaine volonté de la Suisse, mais également du canton du Valais, de suivre les normes inscrites dans les différents textes législatifs internationaux promulguant les droits de l'enfant. À ce sujet, la Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse mentionne dans son rapport (2011) que « la transposition dans le droit national est importante car elle souligne le caractère obligatoire du droit de participation » (p. 21). Grâce aux éléments exposés ci-dessus, une transposition dans le droit national est à relever du point de vue des normes juridiques. Toutefois, force est de constater que, malgré une analyse approfondie, peu d'informations précises et concrètes sont données quant à la portée de l'opinion de l'enfant. De plus, un certain flou réside quant à l'application concrète des normes évoquées ci-avant. Afin d'apporter un premier éclairage sur la question, il semble opportun de mentionner les Observations finales du Comité des droits de l'enfant concernant le deuxième, troisième et quatrième rapport périodique de la Suisse (Nations unies, 2015). En effet, dans ces dernières, des liens directs avec la mise en pratique parfois lacunaire du droit d'être entendu sont soulevés par le Comité :

Il note toutefois avec préoccupation que le respect des opinions de l'enfant n'est pas systématiquement garanti et assuré dans la pratique dans toutes les affaires intéressant les enfants et qu'il existe des disparités entre les cantons dans l'application de ce principe. Le Comité s'inquiète aussi de l'insuffisance de la formation dispensée à ce sujet aux professionnels qui travaillent avec et pour les enfants. (p. 7)

Suite à cet état de fait, les recommandations du Comité envers la Suisse à ce sujet sont :

- D'intensifier ses efforts pour que le droit de l'enfant d'être entendu s'applique à toutes les procédures judiciaires et administratives qui concernent les enfants et que les opinions de l'enfant soient dûment prises en considération ;
- De veiller à ce que les professionnels des secteurs de la justice et des services sociaux et d'autres secteurs qui s'occupent d'enfants reçoivent systématiquement une formation appropriée sur les moyens d'assurer la participation effective des enfants. (p. 7)

Pour finir, il est à relever que, suite à des constatations de fortes disparités entre les cantons suisses dans l'application du droit d'être entendu, le Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH) a lancé un projet de « bilan de la mise en œuvre de l'art. 12 CDE en Suisse » visant à établir un bilan comparatif de la mise en œuvre de ce droit.

En attendant les résultats de cette étude et dans le but de mettre en lumière l'application du droit d'être entendu dans le contexte précis des affaires matrimoniales en Valais, des données empiriques ont été récoltées sur le terrain et vont être analysées ci-après.

Méthodologie de l'enquête

Après la présentation du cadre théorique et juste avant de mettre en avant la partie analytique de ce travail, divers points en lien avec la méthodologie de l'enquête vont être développés afin de saisir la manière dont ce travail de recherche a été élaboré. Dans un premier temps, le terrain d'enquête ainsi que l'échantillon choisi pour les entretiens vont être délimités pour enchaîner ensuite le développement du choix de la méthode de récolte de données. Une partie éthique sera finalement exposée.

Terrain et échantillon d'enquête

Au vu de ma thématique dont le sujet est l'appréhension de la mise en œuvre du droit d'être entendu de l'enfant dans les procédures matrimoniales en Valais, le choix de mon terrain d'enquête fut clair. En effet, comme exposé lors de l'explication du système valaisan, les professionnels en charge de l'application du droit d'être entendu de l'enfant dans ce cadre d'intervention se trouvent être les juges de districts. Ainsi, il parut évident que la récolte d'informations sur les pratiques en vigueur devait être faite directement auprès des personnes évoluant dans les tribunaux de district du canton. En Valais, il existe neuf tribunaux de district dont trois de langue allemande et six de langue française. Pour des questions pratiques, le focus a été mis sur les tribunaux francophones et, afin d'avoir la vision la plus complète possible, des demandes personnelles ont été envoyées à chacun des juges des tribunaux de district francophones du canton (Sierre, Sion, Hérens – Conthey, Martigny – St-Maurice, Entremont et Monthey). Aucun critère autre que celui d'exercer la fonction de juge n'a été retenu, ceci afin d'obtenir l'échantillon le plus large et varié possible. Au total, huit juges ont répondu positivement à la demande d'entretien, dont quatre femmes

et quatre hommes venant des districts de Sierre, Sion, Hérens-Contthey, Martigny-St-Maurice et Monthey. Ainsi, à l'exception du tribunal du district d'Entremont, au moins un juge par tribunal a été interrogé. Il est à noter qu'aucun détail n'est donné au sujet des personnes interrogées, ceci de manière volontaire dans le but de préserver la confidentialité garantie à chacun des professionnels ayant participé à la recherche.

Mes objectifs de recherche étant d'analyser la réalité des pratiques des professionnels et le sens que ces derniers leur donnent, le choix d'une méthode de recherche qualitative s'est avéré une nécessité afin de recueillir des informations liées aux expériences vécues par les interviewés. Si différents outils existent dans le cadre des méthodes qualitatives, dans le présent travail, c'est l'entretien qui a été retenu car, comme le soulignent les auteurs Blanchet et Gotman (2015), « [...] l'entretien, qui va à la recherche des questions des acteurs eux-mêmes, fait appel au point de vue de l'acteur et donne à son expérience vécue, à sa logique, à sa rationalité, une place de premier plan » (p. 20). Au même titre que les méthodes qualitatives, l'outil qu'est l'entretien comprend différentes déclinaisons. Dans le cadre du présent travail, c'est l'entretien semi-directif qui a été choisi comme méthode de récolte de données. La spécificité de cet outil réside dans un échange « ni entièrement ouvert, ni canalisé par un grand nombre de questions précises » (Quivy & Van Campenhoudt, 2006, p. 174). Ainsi, la récolte de données s'effectue grâce à un échange durant lequel l'interviewé va s'exprimer au sujet de situations et d'expériences pendant que le chercheur facilite l'expression de ces dernières au travers de questions ouvertes, et ceci tout en centrant l'entretien autour des objectifs de récolte de données (Quivy & Van Campenhoudt, 2006, p. 174). L'utilisation d'une telle méthode sous-entend donc la création d'un guide d'entretien (cf. annexe 2) constituant le fil rouge de l'entretien. Pour ce faire, les principales thématiques liées à la problématique ont donc été inscrites dans cette grille afin de créer des sous-thématiques en lien avec le cadre théorique pour arriver enfin à l'élaboration de questions précises destinées à l'interviewé. La création de cet outil a permis la structuration des divers entretiens menés tout en laissant la possibilité pour les interviewés d'une expression plus ouverte.

Si la grille d'entretien de base n'a jamais été modifiée, l'ordre des questions pouvaient être adapté selon l'évolution de la rencontre et, au fil des entretiens, des relances ont été élaborées afin d'aiguiller les interviewés sur certaines thématiques.

Éthique et déontologie

Tout au long de ce travail, une attention particulière a été accordée aux différentes considérations éthiques et déontologiques. Afin d'établir un lien entre ces thématiques et la présente recherche, des éléments présents dans deux instruments visant à définir les principes généraux s'appliquant à la recherche vont être présentés. Ces principes sont tirés de la charte d'éthique et de déontologie de l'Université de Genève (2010) et le code d'éthique concernant la recherche au sein de la faculté de psychologie et de sciences de l'éducation (1997).

Recherche de la vérité

Cette thématique traite de la nécessité d'un esprit de rigueur et d'intégrité avec comme exigences, entre autres, une observation critique des faits, la confrontation des points de vue et la pertinence des sources. En lien avec ce travail, il semble intéressant de mentionner que, concernant par exemple les sujets en lien avec le statut de l'enfant et leur participation, des écoles de pensée divergentes ont été présentées. De plus, même si la présentation d'un contexte législatif laisse peu de place à une confrontation de point de vue, le fait de présenter un contexte ayant trait à des éléments internationaux, nationaux et même cantonaux démontre la volonté d'apporter des éléments de sources diverses. Dans sa charte, le Comité d'éthique (2010) établit également un lien avec la rigueur des méthodes ainsi qu'une certaine objectivité et impartialité. Il est évident que l'observation critique des faits ainsi que l'impartialité ont été des objectifs de cette recherche. Cependant, si les méthodes ont bien été utilisées avec rigueur, il paraît intéressant de relever que, malgré l'objectivité visée, l'entretien semi-directif en lui-même comporte des obstacles à une neutralité totale. En effet, la participation active du chercheur sous-entendue par cette méthode va impliquer une influence certaine sur les données récoltées. Quivy & Van Campenhoudt (2006) confirment cette vision des choses en mentionnant :

La souplesse de la méthode peut laisser croire à une complète spontanéité de l'interviewé et à une totale neutralité du chercheur. Les propos de l'interviewé sont toujours liés à la relation spécifique qui le lie au chercheur et ce dernier ne peut donc les interpréter valablement que s'il les considère comme tels. (p. 176)

Responsabilité envers la communauté universitaire, la société et l'environnement ainsi que l'appréciation et la limitation des risques

Ce point traite de la nécessité pour le chercheur de se questionner au sujet de la finalité de sa recherche ainsi que sur les conséquences potentielles des résultats avancés. Le code d'éthique concernant la recherche au sein de la faculté de psychologie et des sciences de l'éducation (1997) évoque que « toute recherche doit éviter de nuire à des personnes ou à des institutions » (p. 1). De plus, l'élaboration d'un travail de recherche implique une responsabilité personnelle de la part du chercheur quant au travail effectué. Ainsi, un respect rigoureux des règles éthiques et des normes déontologiques est à observer. Ce travail vise à analyser les pratiques de professionnels dans l'idée de dresser un tableau de l'application juridique du principe du droit d'être entendu de l'enfant au sein des tribunaux de district valaisans. Ainsi, la finalité de la recherche se situe dans une analyse des réalités vécues, avec pour but de dresser un tableau des pratiques en vigueur. De ce fait, aucune conséquence néfaste n'est liée aux résultats présentés dans la mesure où l'approche se veut constructiviste et dans l'idée d'établir des constats ainsi que des recommandations.

Respect de la personne et de ses droits fondamentaux

Comme son titre l'indique, la recherche implique un respect des droits fondamentaux des personnes concernées. Ce point sous-entend une non-discrimination des personnes et une attention visant à « favoriser un milieu de travail dans lequel les personnes sont traitées avec équité et respect » (charte d'éthique et de déontologie de l'Université de Genève, 2010). Afin de rentrer plus en détail sur ce sujet, la thématique du consentement du partenaire de la recherche va être abordée ainsi que celle du respect de la sphère privée et l'utilisation des informations.

Au sujet du consentement, le code d'éthique concernant la recherche au sein de la faculté de psychologie et des sciences de l'éducation (1997) mentionne que « toute recherche impliquant la participation active d'individus doit être conduite avec le consentement libre et éclairé des intéressé-e-s » (p. 2). Ceci sous-entend une information aux personnes concernées des buts de la recherche, de l'identité des responsables de la recherche, des méthodes de recueil de données, des implications pratiques, des précautions prises pour respecter le caractère confidentiel de certaines données et l'anonymat des personnes. En lien avec la recherche, la plupart des

éléments décrits ci-dessus ont été abordés dans un premier temps au travers de la demande d'entretien adressée aux différents juges (cf. annexe 1).

Une attention particulière a également été accordée au respect de la sphère privée et à l'intégrité des personnes faisant l'objet de la présente recherche. En effet, un point d'honneur a été mis sur le traitement strictement confidentiel des données, sur l'anonymisation des entretiens ainsi que sur la destruction des matériaux de recherche dès la fin de l'étude. L'attention portée à ces éléments transparait autant dans la lettre adressée aux juges que dans les entretiens, à l'occasion desquels les buts de la recherche ont été évoqués. Cela a également été le cas quant aux précautions accordées à la confidentialité ainsi qu'à l'anonymat. Cette démarche entre dans la vision du code d'éthique concernant la recherche au sein de la faculté de psychologie et des sciences de l'éducation (1997) qui mentionne : « Toute personne ou tout groupe a droit au traitement confidentiel de toutes les données le concernant, pendant et après la recherche » (p. 3).

Analyse des données

Pour arriver à la présentation d'une analyse se voulant complète quant aux pratiques des juges de district valaisans en matière d'auditions d'enfants dans les affaires matrimoniales, différentes étapes ont dû être élaborées. L'intérêt se situe ici dans une brève présentation de la manière dont les informations récoltées ont été traitées. La première démarche fut la retranscription des huit entretiens réalisés, dont quatre ont pu être enregistrés au moyen d'un téléphone. Au travers de cet exercice, certains propos paraissaient déjà se démarquer au regard des éléments avancés dans le cadre théorique mais également en lien avec les hypothèses de ce travail. Par la suite, la mise en évidence de ces éléments ont permis une classification des propos en différentes thématiques ressortant du discours des professionnels. Cette étape a abouti à la création de trois axes principaux structurant l'analyse :

1. L'audition de l'enfant en pratique ;

Cette thématique étant large et variée, il a été décidé de mettre le focus sur les éléments de la pratique en lien avec la théorie présentée, soit le moment de la procédure où a lieu l'audition de l'enfant, l'organisme effectuant l'audition et l'éventuelle délégation et, pour finir, le sens des pratiques aux yeux des juges de district. C'est donc de manière volontaire que des questions

comme le déroulement de l'audition ou encore les étapes de celle-ci n'ont pas été abordées.

2. Les considérations accordées à la parole de l'enfant ;
3. Le retour d'informations à l'enfant.

Pour terminer, la création de ces trois axes d'analyse a permis la classification des différents propos recueillis à l'intérieur des mêmes axes afin de mettre en lien les différents propos et présenter un état des lieux des pratiques des juges de district valaisans.

Axe 1 : l'audition de l'enfant en pratique

L'audition de l'enfant... Quand ?

Au sein du cadre théorique, dans le chapitre traitant de l'organisation du système civil valaisan, différents cas de figures ont été présentés en lien avec les affaires matrimoniales. Ces différentes situations ont été reprises ci-dessous afin d'apporter un éclairage sur la place de l'audition dans chacune de ces dernières.

1. Mesures protectrices de l'union conjugale (ci-après : MPUC)

Dans la partie théorique, un arrêt du Tribunal fédéral faisait état de la nécessité d'une application du droit d'être entendu dans les procédures de mesures protectrices de l'union conjugale. Or, suite aux divers entretiens, force est de constater que l'audition de l'enfant dans le cadre des MPUC n'est de loin pas une pratique courante. Le cinquième juge interrogé nous confirme cet état de fait en affirmant : « C'est comme de ne pas entendre les enfants en mesures protectrices, il n'y a pas de raison, on est censé les entendre, mais personne ne le fait ». ^{Juge 5} En allant plus en profondeur dans l'analyse des propos rapportés par les différents juges, nous notons que la totalité des juges affirme que les enfants ne sont que rarement entendus lors des MPUC. En effet, bien que ce cas de figure puisse arriver, il n'en reste pas moins une pratique peu courante. Cette constatation est résumée par les propos d'un juge affirmant que « les auditions se font moins systématiquement dans les MPUC, mais c'est possible ». ^{Juge 7}

Interrogés sur les raisons de cette pratique, deux juges mentionneront comme explication le manque de temps lié à des agendas chargés. Un autre professionnel expliquera que lors des MPUC, les questions traitées sont souvent en lien avec des éléments économiques et que de son point de vue : « cela ne se passe pas avec les enfants ». ^{Juge 1} Cependant, il est à souligner que trois des huit juges interviewés

précisent que si des difficultés sont décelées au stade des mesures protectrices, les enfants seront entendus. Cela est démontré par les propos du huitième juge rencontré, qui explique :

« En mesures protectrices, ce n'est pas la règle. Mais j'entends les enfants si j'ai le sentiment qu'il y a la moindre résistance de la part d'un des deux parents ou des deux parents. Alors là, soit je mandate l'OPE, soit j'entends les enfants, mais autrement, en mesures protectrices je ne les entends pas systématiquement ».

Juge 8

2. Divorce

Au sujet de la thématique du divorce, les éléments théoriques sous-entendaient trois cas de figure différents soit : 1) le divorce sur requête commune avec accord complet, 2) le divorce sur requête commune avec accord partiel et 3) le divorce sur demande unilatérale. Si nous avons tenté d'interroger les juges au sujet des pratiques selon le type de demande de divorce, nous nous sommes rapidement rendus compte que ce critère n'apparaissait pas comme relevant au vu de l'analyse des pratiques. En effet, la recherche a démontré que ce n'est pas tant le type de dépôt de requête en matière de divorce qui va influencer la pratique de l'audition mais davantage la nature du contexte entourant le divorce qui va être déterminant. Plus concrètement, la décision du juge d'entendre l'enfant ainsi que le moment où il sera entendu est en lien étroit avec la manière dont les parents se positionnent au sujet des questions concernant l'enfant. Cette constatation est perceptible dans le discours des huit juges rencontrés, mais cela ne sous-entend pourtant pas une pratique uniforme de l'audition de l'enfant.

Ainsi, le premier constat pouvant être établi en lien avec la pratique se trouve dans le fait qu'il a été relevé que trois juges n'entendent pas de manière systématique les enfants lors de situations où les parents sont d'accord sur les questions liées aux enfants. Au sujet de cette pratique, le troisième juge interrogé souligne que lors de requête commune où une convention a été établie d'entente entre les parents, il est proposé à l'enfant d'être entendu et c'est à l'enfant de se déterminer sur sa volonté d'être auditionné par le juge ou non. Dans le même ordre d'idée, les propos des quatrième et sixième juge illustrent bien cette pratique :

« En cas de requête commune, je ne les entends pas systématiquement, c'est-à-dire que lorsque j'ai entendu les parents et qu'ils ont pratiqué la prise en



charge des enfants sur une durée et qu'ils me disent les deux que tout se passe très bien, qu'il n'y a aucun souci et qu'ils disent que ce n'est pas nécessaire d'entendre les enfants, dans ces cas spécifiques et précis, il m'arrive de renoncer à les entendre. Bien sûr, j'explique aux parents que si l'un des enfants souhaite me voir quand même, il peut toujours le faire ». Juge 4

« Si on arrive à la séance sans que j'aie vu les enfants et on trouve un accord sur tout, je ne vais pas ensuite convoquer les enfants, à moins qu'on me le demande. Et si à la séance on ne trouve pas d'accord, alors à ce moment-là je demanderai aux enfants de venir par la suite. Donc ce n'est pas systématique. Si la séance se passe et qu'on trouve un accord et qu'il n'y a pas de volonté particulière que les enfants soient entendus, je ne vais pas aller les entendre ».

Juge 6

Au-delà de cette pratique, l'analyse a également démontré que trois autres juges appliquent différemment l'audition de l'enfant puisque chacun entend l'enfant de manière systématique, mais ce uniquement dans les cas où la situation entre les parents ne paraît pas au premier abord conflictuel. Ceci est expliqué par le deuxième juge au travers de ces propos :

« C'est essentiellement en matière de divorce que j'entends et essentiellement sur les divorces en requête commune. S'il y a un conflit sur l'aptitude d'un des parents à s'occuper de l'enfant, un conflit sur l'autorité parentale même s'il y en a de moins en moins mais plutôt sur le droit de garde, alors là en principe je n'entends pas personnellement l'enfant, je confie cette audition à l'OPE ou à un spécialiste de l'Institut Kurt Bosh, mais je délègue cette audition ». Juge 2

À l'inverse, le quatrième juge explique que pour sa part, il va interroger de manière systématique les enfants précisément dans les situations compliquées : « Je les entends systématiquement en cas de litige entre les parents sur le sort des enfants ». Juge 4

Nous relevons donc ici non seulement les pratiques divergentes selon les juges mais surtout l'influence de la nature de la relation parentale sur la pratique de l'audition de l'enfant. Afin de contextualiser les pratiques, il semble toutefois important de mentionner que trois juges se sont appliqués à préciser que les divorces lors desquels un conflit majeur existe entre les parents représentent une minorité des affaires matrimoniales traitées.

Pour clore cette thématique, il semble pertinent de mettre en avant les propos du cinquième juge interrogé qui représente une exception aux pratiques présentées ci-dessus : « que ça soit dans le cadre de requête commun ou unilatérale, il est nécessaire d'entendre systématiquement l'enfant ». Juge 5

L'audition de l'enfant... Par qui ?

Comme relevé dans le chapitre précédent, lors de séparation ou de divorce, la pratique de l'audition au sein d'un Tribunal de district est en lien étroit avec le contexte entourant la procédure. Ci-dessus, un des juges expliquait que lors de conflits entre les parents sur différentes questions, il n'entendait pas personnellement les enfants et déléguait l'audition. Ainsi, la question de la pratique de l'audition de l'enfant selon les types de séparation se pose au même titre que la notion de délégation de l'audition. La thématique de la délégation de l'audition a été abordée dans le cadre théorique et il a été démontré que tant les normes internationales que nationales s'accordent à dire que l'enfant devrait être entendu directement par la juridiction compétente, en l'occurrence, le juge de district. La jurisprudence suisse précise cette idée en énonçant qu'il est contraire à la *ratio legis* de déléguer systématiquement l'audition à une tierce personne car il est essentiel que le tribunal puisse se forger directement sa propre opinion. Toutefois, il a été mis en avant que la délégation à une tierce personne en cas de circonstances particulières qualifiées reste possible.

L'analyse des entretiens sur la question de la délégation de l'audition a permis de démontrer une connivence entre les différents juges de district quant aux situations nécessitant une délégation. En effet, pour les huit juges rencontrés, l'audition de l'enfant sera déléguée à l'Office pour la protection de l'enfant (OPE) dès lors que la situation de séparation ou de divorce leur paraît conflictuelle et que les parents semblent avoir des difficultés à s'accorder sur les différents points concernant l'enfant. La pratique lors d'une telle délégation se fait sous la forme d'une demande d'enquête sociale par le magistrat auprès de l'OPE, qui va ainsi entendre les parents et l'enfant, prendre des informations auprès des professionnels entourant la situation, puis établir un rapport avec des propositions quant aux questions relatives à l'enfant.

Au-delà du critère de situations conflictuelles, deux juges ont évoqué la nécessité de faire appel à une tierce personne lorsqu'un besoin d'approfondissement sur la situation se fait ressentir. Ce cas de figure est explicité par le huitième juge rencontré :

« Souvent je préfère que l'Office de protection de l'enfant prenne un peu plus de temps, entende les parents, entende l'enfant et me fasse un petit rapport, plutôt qu'une séance avec l'enfant où je ne peux pas aller très loin en réalité. (...) Il faut quand même donner aux parents la possibilité de s'exprimer plus longuement, d'aller voir comment ça se passe, d'aller voir avec les enseignants ». Juge 8

Ce même professionnel évoque la difficulté pour un juge de déceler d'éventuelles difficultés pour l'enfant au travers d'une seule rencontre avec celui-ci, qui plus est relativement courte dans le temps. À cet égard il mentionne :

« On peut voir s'il va bien ou pas mais percevoir les vrais problèmes, ça je pense qu'on ne peut pas. Parfois, il faut vraiment qu'il y ait quelqu'un qui aille voir ce qu'il se passe ». Juge 8

La constatation des limites présentes dans la pratique de l'audition par le magistrat et la nécessité de déléguer à un organisme spécialisé sont également relevées par trois autres juges. À ce sujet, un des professionnels interrogés explique :

« Mais c'est pour ça aussi peut-être qu'on a tendance, lorsqu'on voit que ça bloque un peu, à sous-traiter à l'OPE parce qu'on ne se sent pas les compétences aussi ». Juge 5

Il semble également pertinent de soulever que la délégation à une tierce personne peut également avoir lieu lors de la phase des mesures protectrices de l'union conjugale. En lien avec la notion de tierce personne, les propos des juges ci-dessus mentionnent uniquement l'Office pour la protection de l'enfant mais, lors des entretiens, certains juges ont également cité les spécialistes de l'Institut Kurt Bösh dont la mission consiste à établir des expertises psycho-judiciaires en qualité de personne chargée de l'audition.

Ainsi, au travers des éléments présentés, nous ne relevons pas une délégation systématique de toutes les auditions mais bien une délégation systématique lors de situations conflictuelles. Cet état de fait interroge sur la pratique des professionnels valaisans mais également sur la possibilité pour les juges de se faire une opinion propre, comme le requière pourtant la jurisprudence suisse.

La présentation des résultats permet également de mettre en avant l'importance du contexte conflictuel ou non pouvant régner dans les procédures matrimoniales et ainsi

influencer la totalité de la procédure et, partant, la participation de l'enfant à cette dernière. Nous nous trouvons donc ici dans une réflexion plus large que la simple délégation mais bien dans un questionnement autour du contexte des procédures. À ce sujet, il paraît intéressant de mettre en avant le point de vue d'un des professionnels rencontrés quant au sujet abordé ci-dessus :

« Alors la grosse question, c'est de savoir où on place la limite. Moi je sais faire assez rapidement appel à l'Office de protection de l'enfant. Mais comme on est déjà complètement noyé par nos dossiers pénaux, de contrat, on fait tout, moi j'aimerais bien avoir un tribunal des affaires familiales parce qu'on serait spécialisé mais ce n'est pas des choses que nous avons. On a peu de temps à consacrer pour faire des enquêtes et ce n'est pas notre travail et de nouveau c'est l'endroit où on met le curseur mais moi je le mets assez bas de manière à ce que si j'ai le sentiment qu'il y a un problème, il y a des spécialistes qui puissent déterminer ça ». ^{Juge 8}

Pour compléter cette analyse autour de la délégation de l'audition, nous souhaitons aborder la thématique de la répétition de l'audition de l'enfant. En effet, dans les situations de délégation, deux modes d'intervention s'opposent quant à savoir si l'enfant est à nouveau entendu par le magistrat suite à l'enquête sociale ou à l'expertise psycho-judiciaire. Au niveau de la pratique, quatre juges considèrent qu'en cas de délégation à un tiers, l'audition par le juge dans un deuxième temps n'est pas envisageable, cela principalement pour ne pas multiplier les auditions, au même titre que lors de procédures pénales. Deux autres magistrats estiment quant à eux qu'en principe, ils n'entendent pas l'enfant à nouveau, sauf dans les cas où une demande particulière est formulée par les parents ou l'enfant, ou encore lorsqu'une longue période s'est écoulée entre l'audition menée par le tiers et la décision devant être rendue par le tribunal.

Pour finir, deux juges considèrent qu'il est tout de même nécessaire d'entendre l'enfant malgré l'enquête de l'OPE ou l'expertise psycho-judiciaire. Ceci est exemplifié par les propos tenus par le quatrième juge rencontré : « Généralement je dispose d'un rapport de l'OPE et j'entends les enfants ». ^{Juge 4}

L'audition de l'enfant... Pourquoi ?

Ce point vise à identifier le sens que les juges donnent à la pratique de l'audition de l'enfant dans le cadre d'affaires matrimoniales. Ainsi, à la question de savoir que signifie le droit d'être entendu de l'enfant et à quoi sert-il, les juges ont avancé différentes réponses dont trois ayant été évoquées par plusieurs d'entre eux et qui vont être présentées ci-dessous.

1. Vérification des mesures proposées

L'analyse a démontré que cinq juges estiment que l'audition de l'enfant permet une vérification de l'adéquation des mesures prises par les parents avec les désirs, mais surtout les besoins de l'enfant. Ainsi, comme nous l'explique un des juges :

« On est quand même conforté lorsqu'on entend l'enfant et qu'il vient nous dire : "effectivement moi il n'y a pas de problème particulier dans l'exercice du droit de visite, je m'entends bien avec mes deux parents et il n'y a pas de soucis particuliers dans le droit de visite tel qu'il se pratique actuellement". Donc l'avantage aussi c'est d'avoir l'approbation de tout le monde, sur la solution qui a été préconisée ». Juge 2

L'audition de l'enfant va ainsi donner la possibilité aux magistrats d'avoir accès au point de vue de l'enfant afin de recueillir son avis sur les solutions susceptibles d'être proposées. Le huitième juge interrogé souligne également que l'audition va lui permettre un contact plus direct avec l'enfant et donc, dans la plupart des cas, lui donner la possibilité de voir si les choses se passent bien et si l'enfant se porte bien.

Il semble pertinent de souligner que dans la pratique de la majorité des juges (six sur huit), il a été constaté que, sauf dans des cas exceptionnels, l'enfant est entendu après les parents. Cette manière de procéder s'inscrit dans la volonté des juges d'entendre l'enfant dans un second temps, ceci afin de vérifier l'adéquation entre les mesures envisagées par les parents et l'avis de l'enfant. Cette pratique est expliquée de la manière suivante par deux des professionnels questionnés :

« En principe, je leur (ndrl les enfants) expose ce qui a été décidé, enfin ce qui est souhaité par les parents, et je vois si eux aussi sont d'accord et ne voient pas de problèmes avec l'autorité parentale en principe qui est conjointe, une garde alternée ou attribuée à l'un ou à l'autre et le droit de visite qui en découle ». Juge

« Moi je veux entendre de l'enfant s'il veut autre chose que ce qui est prévu. Voir s'il est ok avec ça. Si l'enfant a un avis différent, on donne du poids à ça et par exemple on peut réentendre les parents après en lien avec ce que l'enfant a dit ». Juge 3

2. Une source d'informations

Six des huit juges rencontrés se rejoignent pour dire que l'audition de l'enfant va leur permettre de récolter des informations supplémentaires afin d'obtenir une vision plus complète de la situation. Pour illustrer cette idée nous citerons les propos du deuxième juge interrogé :

« Ça nous permet de récolter un élément de preuve supplémentaire qui dans le cadre de nos réflexions, va nous guider dans le choix de la décision qu'on espère la meilleure possible ». Juge 2

Toujours dans la même idée, le sixième juge interviewé va qualifier l'audition de « source de renseignements et d'informations précieuses ». Juge 6 Dans le même ordre d'idée, un juge parle de l'audition comme étant un moyen de preuve à mettre « sur le même pied d'égalité que tous les autres moyens de preuve ». Juge 1 Ce dernier précise sa vision des choses en expliquant :

« Si c'est uniquement le juge qui décide on est dans l'ancien régime. Le juge doit s'appuyer sur une vision démocratique. Plus il y a de paramètres, plus c'est une richesse pour l'examen ». Juge 1

Suite à l'analyse des dires de ces six juges, nous pouvons relever qu'un des sens donnés à l'audition se situe dans un accès, au travers de la parole de l'enfant, à des informations leur permettant une appréhension et un examen plus large de la situation afin de prendre une décision adéquate. Un parallèle intéressant est à établir avec un des arrêts du Tribunal fédéral¹⁵ qui mentionne que si l'enfant n'a pas encore la capacité de discernement en lien avec les enjeux de la décision à prendre, l'audition de l'enfant aura pour but premier de « permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaire pour établir l'état de fait et prendre sa décision ». Cette description ressemble fortement

¹⁵ 5A_971/2015

aux éléments avancés par les juges et soulève donc des questions quant au réel sens donné par ces derniers à la pratique de l'audition.

3. Lien entre décision et enfant

Pour finir, une troisième raison exposée par quatre magistrats quant au sens d'auditionner les enfants se situe dans l'importance de les entendre dans la mesure où les décisions prises les concernent directement. Les propos du cinquième juge interrogé mettent en lumière cette idée :

« Déjà ça le concerne directement alors c'est important de requérir son avis évidemment et c'est lui qui est le plus à même de pouvoir s'exprimer là-dessus ».

Juge 5

D'autres raisons ont été avancées par certains juges mais la volonté ici se trouvait dans la présentation de la représentation majoritaire quant au sens de l'audition de l'enfant par les juges de district. Cependant, en lien avec la thématique de la participation de l'enfant, il semble intéressant de souligner que deux magistrats ont fait mention de l'audition comme étant un droit de la personnalité permettant à l'enfant de s'exprimer et de participer au processus décisionnel.

Axe 2 : Considérations accordées à la parole de l'enfant

Après avoir analysé des éléments inhérents à la pratique de l'audition par les juges de district, nous allons nous pencher sur le traitement de la parole de l'enfant suite à cette audition et plus précisément sur le poids accordé à l'avis de l'enfant dans le processus décisionnel.

La première constatation à établir se situe dans l'idée que les considérations accordées à la parole de l'enfant vont dépendre de différents critères évalués directement par les juges. Ces éléments sont en lien avec les notions d'âge, de maturité, de positionnement et, comme déjà mentionné précédemment, avec la nature conflictuelle ou non d'une séparation ou d'un divorce. L'influence du contexte de séparation prend ici aussi une place prépondérante car il ressort de deux entretiens que dans les cas qualifiés de non litigieux, la parole de l'enfant est considérée comme n'ayant pas une grande portée étant donné que dans la majorité des cas, les dires de l'enfant vont dans le sens des mesures proposées par les parents. A contrario, nous avons pu remarquer que dans les cas plus litigieux, la parole de l'enfant sera davantage prise en compte car celle-ci est considérée comme un

élément aidant le juge à statuer. Cette idée est démontrée par les dires du cinquième juge interrogé :

« Dans la grande majorité des cas, ça se passe rapidement et ça n'a pas une portée incroyable parce que ça confirme simplement ce qui va être mis en place. Et souvent quand même, heureusement, les parents on arrive à les mettre d'accord sur ce qui concerne la garde et les droits de visite. Donc même dans les divorces sur requête unilatérale. Là en général on présente aux enfants ce que les parents ont prévu, je leur demande s'ils ont quelque chose à dire là-dessus et la plupart du temps ça leur convient ». ^{Juge 5}

Chacun des huit juges interrogés a été unanime sur l'âge minimum de six ans pour qu'un enfant soit entendu dans le cadre des procédures matrimoniales. Cependant, un des juges a expliqué que dans les cas où l'aîné d'une fratrie était âgé de sept ans, l'audition des enfants n'aurait pas lieu. Toujours à ce sujet, un autre magistrat a précisé que même s'il auditionnait les enfants dès six ans, de son point de vue, cette limite devrait être remise en cause car il était compliqué de faire parler des enfants de cet âge, ces derniers étant souvent intimidés. Ainsi, il peut être relevé que bien que la limite d'âge de six ans préconisée par le TF ne soit pas absolue, les différents juges de district l'appliquent en principe de manière uniforme.

Au sein du cadre théorique, différentes normes en lien avec l'application de l'article 12 CDE ont été explicitées. Parmi celles-ci, figurait l'idée de l'OG n°12 (2009) mentionnant que l'âge seul ne pouvait déterminer l'importance à accorder à l'opinion de l'enfant et que la compréhension de ce dernier quant au sujet en question ainsi que sa capacité à exprimer son point de vue de manière indépendante représentaient des critères à prendre en compte. À cela s'ajoute la prise en compte du degré de maturité de l'enfant défini par l'OG n°12 (2009) comme étant « l'aptitude de l'enfant à comprendre et évaluer les implications d'une question donnée ». Toujours selon l'OG n° 12 (2009) ces différents éléments s'inscrivent dans une nécessité pour les professionnels d'évaluer les capacités de l'enfant au regard des éléments cités ci-dessus dans le but de déterminer de quelle manière sa parole sera prise en considération. Du côté des normes nationales, le droit suisse reconnaît comme principe qu'« à mesure que l'enfant grandit et mûrit, il convient de tenir de plus en plus compte de son avis dans la décision ; sa position devient plus claire et il la fait

valoir plus fermement¹⁶ ». Le cadre théorique a également démontré que selon la jurisprudence suisse, l'enfant de moins de douze ans est considéré comme n'étant pas en mesure de formuler une volonté stable et indépendante. A contrario, dès douze ans, la capacité de l'enfant à avoir un avis propre, ferme, une capacité de jugement et donc une prise en considération de sa parole lui est reconnue.

À ce stade de l'analyse, il semble pertinent de tirer des parallèles entre ces normes et les éléments recueillis au travers des entretiens. Ainsi, l'examen des propos des juges a démontré que malgré le fait que ces derniers ne parlent pas d'évaluation des capacités de l'enfant, chacun avance des éléments précis pour pouvoir déterminer le poids de la parole de ce dernier. Le premier élément ayant une place prépondérante dans les propos des huit juges interrogés se situe dans le lien indéfectible qu'ils tissent entre l'âge et le poids accordé à l'avis de l'enfant. En effet, interrogés sur la prise en compte de la parole de l'enfant, tous les juges ont évoqué dans leur réponse le critère de l'âge de l'enfant et s'accordent donc unanimement sur le constat établi par le troisième juge questionné : « plus ils (ndrl les enfants) avancent dans l'âge, plus la parole a du poids ». Juge 3

Cependant, l'âge ne représente pas l'unique élément mis en avant par les juges et il semble important de mentionner que cinq d'entre eux ont expliqué la nécessité de combiner la notion d'âge à celle de maturité. Ainsi, nous relevons qu'une partie de l'idée fondatrice de l'article 12 CDE, soit la prise en considération de l'opinion de l'enfant selon son âge et son degré de maturité, transparaît dans le discours de la majorité des juges de district questionnés. De plus, cette idée est également omniprésente dans la jurisprudence suisse qui accorde davantage de prise en compte aux propos de l'enfant à mesure que celui-ci grandit et mûrit. Ces constatations sont illustrées par les propos des quatrième et sixième professionnels rencontrés, qui affirment :

« C'est une question d'âge et de maturité. Je pense que plus on avance, plus on avance en maturité. Il y a une volonté qui s'individualise de plus en plus par rapport à un enfant de 6-7-8 ans qui, voilà est peut-être pris entre deux feux, est influencé ». Juge 4

¹⁶ 5A_719/2013

« Il y a des enfants qui ont des degrés de maturité différents, même avec le même âge, donc le degré de maturité aussi compte ». Juge 6

Dans l'OG n°12 (2009), une grande importance est donnée à l'aptitude de l'enfant à comprendre les implications du sujet en question. En lien avec cette thématique, l'analyse a démontré que la manière dont l'enfant comprend et évalue les enjeux en présence est absente du discours des magistrats. Néanmoins, cinq juges se sont accordés à dire que la capacité de l'enfant à exprimer un point de vue lui étant propre représente un indicatif à prendre en compte lors de la pesée de l'avis de l'enfant. Cette manière de penser rejoint une partie de l'idée présente dans l'OG n°12 (2009). Au-delà de ces trois critères pouvant être qualifiés de majoritairement présents dans le discours des professionnels rencontrés, nous avons noté une série d'autres arguments ayant été avancés par certains juges de manière individuelle : un avis ferme, une capacité de l'enfant à expliquer son choix, une volonté réfléchie ainsi que les fondements de son opinion. Les propos du sixième juge exemplifie en partie certains des éléments cités ci-dessus :

« Plus c'est son avis propre, plus il compte aussi dans le processus de décision, parce qu'on voit qu'il y a des enfants qui vont pouvoir dire : "Voilà moi j'aimerais passer peut-être un peu plus de temps chez mon papa ou chez ma maman" et puis qui savent très bien expliquer pourquoi, et puis d'autres qui s'arrêtent tout de suite quand on leur demande mais pourquoi est-ce que tu aimerais finalement un changement. On peut soupçonner parfois des influences des parents derrière. Donc plus c'est motivé, plus c'est convaincant, plus on voit que l'enfant a une volonté assez ferme et plus on va prendre en compte ». Juge 6

Au travers de ces éléments, nous pouvons mettre en avant que le poids accordé à la parole de l'enfant par les juges dépend grandement de la nécessité d'une expression libre et exempte d'influence. De plus, nous relevons que la manière dont l'enfant exprime son point de vue ainsi que les raisons motivant son positionnement occupent une place prépondérante dans l'évaluation de leurs propos par les professionnels.

Cependant, en lien avec les critères définis, il semble primordial de souligner que les caractéristiques en lien avec les notions d'avis indépendants et fermes sont majoritairement accordées aux enfants plus âgés. En effet, pour cinq des huit professionnels interviewés, les adolescents sont plus à même de faire preuve d'indépendance d'esprit, d'autonomie, et de positionnement ferme et leur avis aura

donc plus de poids dans le processus décisionnel. Cet état de fait est mis en lumière par le quatrième juge :

« Quand ils ont 16-17 ans, ils ont des souhaits et des avis plus affirmés et donc ça pèse plus dans la balance que quand un enfant va suivre ce que dit la maman ou le papa. C'est progressif ». Juge 4

Deux juges s'appuient quant à eux sur la jurisprudence du Tribunal fédéral pour mettre en avant l'âge de 12 ans comme limite pour un avis ayant une place prépondérante dans le processus décisionnel. Comme l'affirme le sixième juge rencontré : « le tribunal fédéral dit qu'à partir du moment où l'enfant est âgé de 12 ans, c'est à partir de ce moment-là en fait que son avis jouera un rôle vraiment important ». Juge 6

Ainsi, malgré la présence de critères variés permettant d'accorder un certain poids à l'avis de l'enfant, l'analyse des propos des professionnels démontre que l'indice de l'âge occupe une place prépondérante dans la considération des opinions de l'enfant. Ces pratiques s'inscrivent dans la lignée dictée par la jurisprudence suisse qui admet comme principe de tenir de plus en plus compte de l'avis de l'enfant selon que ce dernier grandit et mûrit car son positionnement est considéré comme étant plus clair et plus ferme.

Axe 3 : Retour d'informations à l'enfant

À la fin du cadre théorique, il a été démontré que l'application du droit d'être entendu de l'enfant impliquait, selon les normes internationales, un impératif pour les décideurs de donner une information à l'enfant sur l'issue du processus ainsi que sur la manière dont son opinion a été prise en considération. Au regard du droit suisse, ces principes se traduisent en partie par l'art 301 CPC let. b indiquant que la décision est communiquée à l'enfant, s'il est âgé de quatorze ans au moins. De la même manière que tout au long de ce travail, l'objectif de cet axe d'analyse réside dans une présentation de l'application de ces normes dans la pratique des juges de district.

Au sujet d'une éventuelle communication ou information donnée à l'enfant par les juges quant aux décisions prises, nous avons obtenu une réponse quasi unanime de la part des professionnels interrogés : la décision n'est pas communiquée à l'enfant.

Cette pratique est imagée par les déclarations du deuxième juge rencontré :

« Maintenant je dois vous avouer qu'ici au Tribunal, nous ignorons et je crois même dans les districts valaisans en général, nous ignorons l'article qui dit qu'on doit communiquer nos décisions. Nous n'appliquons pas cette disposition légale, à tort ou à raison, mais on a considéré que nous ne souhaitions pas transmettre cette décision ou cette partie de décision aux enfants ». Juge 2

Bien que ces propos illustrent les réponses données par chacun des juges, afin de présenter une analyse complète des pratiques, nous nous devons de préciser que deux magistrats ont fait état de situations exceptionnelles à l'occasion desquelles la décision pourrait être communiquée à l'enfant. Il s'agit dans le premier cas de situations où c'est l'enfant qui a initié la procédure, par exemple pour une demande de changement du droit de garde. Dans le second cas de figure, un juge explique que pour les enfants de plus de quatorze ans, il leur communique la possibilité de recevoir une copie du jugement de divorce mais précise que dans les situations où règne un bon contact entre le jeune et ses parents, il conseille à l'enfant de s'adresser directement à eux afin de discuter ensemble des décisions prises. Ce magistrat précise toutefois que si l'enfant de plus de quatorze ans l'exige, il devra lui transmettre le jugement au travers de ses parents. Cependant, malgré cette pratique, ce même professionnel affirme désapprouver cette disposition qui, selon lui, est faite pour les enfants ayant un avocat.

Face au constat de non-application d'une partie des normes internationales et nationales, les juges ont été questionnés sur les raisons les poussant à refuser de communiquer la décision à l'enfant entendu. Les réponses formulées convergent vers deux principales raisons. La première, évoquée par six juges, se situe dans l'idée qu'une communication à l'enfant pourrait le plonger au sein même du conflit conjugal mais également dans un possible conflit entre parents et enfant. Ainsi, en n'appliquant pas cette disposition certains juges considèrent protéger l'enfant afin que ce dernier ne soit pas trop impliqué dans certains éléments de la procédure qui selon les juges, concerne uniquement les adultes. Cette argumentation est exemplifiée par les propos de deux des juges rencontrés :

« Je trouve que ça amplifie le problème, ça donne une importance, ça alourdit la chose si après on dit à l'enfant : " j'ai pris en compte ça ou pas". Ça met en

avant quelque chose qui devrait être dans l'apaisement. (...) J'estime que ça exacerbe si on va encore expliquer outre la décision ». Juge 4

« Alors ça pousse à devoir expliquer à l'enfant pourquoi il ne va pas chez sa maman, par exemple si c'est parce qu'elle s'est mal occupée de lui, ou parce que les conflits sont à ce point exacerbés que les enfants sont victimes. Mais on veut éviter de mettre l'enfant dans le conflit et là on lui met le nez dedans en lui communiquant le jugement de divorce, ça me choque profondément ». Juge 8

La seconde raison avancée par quatre juges, réside dans le fait que les professionnels estiment qu'il appartient aux parents d'informer leur enfant sur les décisions prises et non au tribunal.

Il semble également pertinent de relever que si sept juges connaissent la disposition leur imposant un retour auprès de l'enfant, un des juges interrogés n'était quant à lui pas au courant de l'existence d'un tel article de loi à ce sujet.

Nous pouvons donc relever que les tribunaux de district n'appliquent pas la disposition de l'article 301 let. b CPC. Toutefois, cela ne signifie pas que le principe d'information à l'enfant sur l'issue du processus élaboré par l'OG n°12 (2009) soit totalement bafoué. Effectivement, comme nous l'avons vu plus haut, l'audition de l'enfant intervient dans la plupart des cas à la fin de la procédure. Ainsi, lors de la rencontre avec l'enfant, trois juges expliquent qu'une partie des informations sur l'issue du processus peut être donnée à l'enfant durant cette rencontre au travers de la présentation des solutions envisagées ou encore par la communication à l'enfant de la suite de la procédure en cours. Comme nous l'explique le troisième juge interrogé : « pendant l'audition, j'explique mon travail à l'enfant. Si par exemple un enfant me dit "je veux une garde alternée" mais ce n'est pas possible je vais lui dire que je ne vais rien changer ». Juge 3

Pour terminer, nous relevons qu'aucune information n'est transmise à l'enfant sur la manière dont son opinion va ou a été prise en considération. Les magistrats n'ont pas été interrogés sur les raisons de cette absence de communication mais nous pouvons noter que le discours des professionnels a démontré une volonté de la part des juges de protéger la parole de l'enfant d'un éventuel poids qu'il pourrait porter quant aux décisions ou encore d'une responsabilisation de ce dernier. En effet, il semble intéressant de souligner que cinq juges mettent en avant la nécessité de transmettre à l'enfant que malgré l'importance de son avis, c'est le magistrat qui sera le décideur

et non l'enfant lui-même ou encore ses parents. Les propos de trois juges ci-dessous illustrent l'ampleur de la difficulté pouvant être présente pour les juges :

« J'insiste que c'est moi qui décide. Un petit enfant pris dans un conflit c'est lourd pour lui, il faut essayer de lui enlever le poids de la décision ». Juge 7

« Ce que je trouve très difficile aussi c'est que je leur dis toujours que c'est ma décision, que ce n'est pas leur responsabilité etc. mais dans les faits, ça dépend d'eux, et c'est une pression terrible pour ces enfants. Donc ça je trouve que c'est un peu à double tranchant quand même, pour le ressenti de l'enfant ». Juge 5

« Ce qui est difficile après c'est de ne pas mettre la faute sur l'enfant en disant : "votre enfant a dit que..." Et c'est ça qui est un petit peu délicat. Si j'ai le sentiment qu'il y a un problème je le dis aux parents mais je le fais avec beaucoup de réserve pour pas qu'il y ait un reproche qui soit fait à l'enfant après, c'est ça qui est difficile souvent je trouve ». Juge 8

Dans la continuité d'une volonté de la part des professionnels de protéger la parole de l'enfant, il est à relever que six des huit juges rencontrés affirment ne pas transmettre le procès-verbal de l'audition de l'enfant aux parties. Les dires du premier juge interrogé nous démontrent cette réalité :

« Le PV de l'entretien de l'enfant n'est pas envoyé aux parties, il est au dossier et les parents peuvent passer voir au Tribunal. C'est une mesure de protection de l'enfant que de faire de cette manière ». Juge 1

Cependant, si six juges affirment ne pas transmettre aux parties le procès-verbal de l'audition, la possibilité de leur fournir non pas un PV complet mais un résumé des dires de l'enfant selon les situations est évoquée par quatre magistrats. L'un d'entre eux explique que dans les situations où le souhait de l'enfant va à l'encontre de ce qui a été prévu, il va communiquer aux parents le positionnement de l'enfant. Les deux professionnels restants se positionnent quant à eux en faveur d'une transmission systématique d'un résumé de l'audition aux parents.

Vérification des hypothèses

Après avoir présenté les principaux résultats de l'analyse, il semble pertinent de revenir sur les hypothèses ayant été formulées en début de travail. En effet, des parallèles peuvent être tirés entre les résultats avancés et les éléments présents au sein des hypothèses.

1. L'évolution du statut de l'enfant et l'apport de la CDE ont permis l'émergence d'une nouvelle vision de l'enfant qui a abouti à la considération de ses opinions.

C'est au travers du cadre théorique qu'une partie de l'hypothèse s'est confirmée. En effet, la présentation de l'évolution historique de la vision de l'enfant a démontré que d'un être dépourvu du statut d'individu, l'enfant a, au fil du temps, obtenu la reconnaissance d'une appartenance à une catégorie à part entière, distincte des adultes. L'émergence de cette nouvelle catégorie a en partie mené à la création de la Convention relative aux droits de l'enfant, instrument reconnaissant l'enfant en tant qu'individu ayant des droits. Et, parmi ces droits, figure celui d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, ce qui implique indéniablement une considération de ses opinions. La présente hypothèse traite du lien de cause à effet entre nouvelle vision de l'enfant et considération de son point de vue. Au regard des éléments présentés tout au long de ce travail, cette hypothèse ne peut qu'être confirmée car c'est bien l'acquisition du statut d'individu possédant des droits et la concrétisation de ces derniers au travers de la CDE qui ont permis une certaine considération de la parole de l'enfant mineur dans le cadre d'affaires matrimoniales. La confirmation de cette hypothèse permet de démontrer l'impact du statut accordé à l'enfant sur les pratiques en matière de participation.

2. Malgré un cadre législatif et normatif fort, le droit d'être entendu n'est pas appliqué de manière uniforme au sein des tribunaux de district valaisans et dépend des pratiques propres à chacun des juges.

La première partie de cette hypothèse traite du cadre législatif et normatif fort entourant le droit d'être entendu. À ce sujet, le cadre théorique a largement démontré le panel de normes (lignes directrices du conseil de l'Europe, Observation générale n°12), de lois (Art. 9 et 12 CDE, Art. 298 CPC, Art. 133 CCS, Art. 2 LJe) et de jurisprudences présentes autour du droit d'être entendu. Ces différents éléments se

recoupent et offrent une base solide pouvant permettre une application relativement uniforme du principe du droit d'être entendu. Cependant, la présente hypothèse avance que malgré ce cadre, le droit d'être entendu n'est pas appliqué de manière uniforme au sein des tribunaux de district valaisans. Afin d'y répondre, le premier élément à soulever se trouve dans la partie analytique de ce travail qui a démontré que la mise en œuvre du droit d'être entendu de l'enfant par les juges de district valaisans se révèle relativement uniforme sur certaines thématiques. En effet, des pratiques similaires ont été remarquées quant à la délégation de l'audition à un tiers ainsi que dans la non-transmission de la décision à l'enfant. De plus, la pratique de ne généralement pas effectuer d'audition dans le cadre des MPUC est partagée par les professionnels. Au sujet de la considération donnée à la parole de l'enfant, la tendance suivie par les magistrats se rejoint au travers d'un fort lien établi entre l'âge de l'enfant et le poids accordé à sa parole. Les critères de maturité et d'expression libre et indépendante sont également présents dans les discours des magistrats. Le second élément de compréhension se trouve dans le fait que l'idée fondatrice du principe du droit d'être entendu, soit de permettre à l'enfant d'exprimer son opinion et de le voir pris en considération, est appliquée par l'ensemble des différents professionnels. Toutefois, il faut souligner que l'exercice d'un droit d'être entendu pour tous les enfants touchés par une procédure de séparation ou de divorce de leurs parents est apparu comme pratiqué de manière non-systématique. En effet, l'analyse a mis en lumière que l'ensemble des juges ne recevait pas de manière systématique les enfants. Une autre pratique divergente se situe dans la répétition des auditions en cas de délégation qui dépend des pratiques des magistrats.

Ces différents constats permettent donc de confirmer partiellement l'hypothèse, dans la mesure où certaines pratiques sont appliquées de manière semblable par les professionnels. De notre point de vue, les différences d'application des juges semblent être en lien avec le sens que chacun donne à sa pratique. L'exemple de la non-transmission de la décision à l'enfant illustre bien cette hypothèse car, malgré l'existence d'une disposition législative claire, les juges de district décident sciemment de ne pas l'appliquer. De plus, le choix de certains juges de ne pas rencontrer l'enfant lorsque les questions le concernant ont été réglées par les parents, malgré l'obligation qui leur est faite d'auditionner les enfants, relève également d'un choix de leur part.

Ainsi, nous notons que l'application du droit d'être entendu de l'enfant dans les procédures matrimoniales dépend en partie des pratiques propres à chacun des

juges, même si ces derniers respectent le cadre législatif imposé dans la majorité des situations. Cette oscillation entre référence à la législation et référence à leur pratique démontre selon nous la marge de manœuvre laissée à ces juges dans le cadre d'affaires matrimoniales. Il semble intéressant de souligner qu'au vu de l'influence de la jurisprudence du Tribunal fédéral sur les pratiques des juges, une ligne directrice du TF sur les limites du droit et de l'interprétation que les juges peuvent en faire pourrait aider à tendre vers une application plus uniforme du droit d'être entendu.

3. L'audition de l'enfant représente un des éléments de prise en compte des juges dans leur processus décisionnel.

Une partie des éléments de compréhension de cette hypothèse se situe dans les réponses des juges quant au sens donné à l'audition qui, pour la majorité, ont convergé vers l'idée d'une audition comme moyen de vérification des mesures prises. Ainsi, lors de situations où les propos de l'enfant ne correspondent pas aux futures mesures, la pratique des professionnels est de convoquer à nouveau les parents afin de confronter les différents points de vue. Cette pratique est illustrée par les propos du deuxième juge interviewé :

« En principe dans un cas comme ça je reconvoque les parents et on refait une séance en leur disant : ''écoutez, vous avez convenu d'une garde à l'un ou à l'autre, or, les enfants souhaitent pouvoir avoir une garde alternée''. Après, tout dépend des situations car si l'un habite à Saint-Gingolph et l'autre à Sion ça ne va pas être possible pour des questions pratiques. Mais si au niveau de l'éloignement, au niveau de la capacité d'éducation des deux parents, de l'entente entre les parents, s'il n'y a pas de conflits majeurs, alors dans ce cas-là, je les reconvoque et on en discute en disant : ''Voilà, vos enfants m'ont dit qu'ils souhaitaient une garde alternée, ça ne paraît pas une caprice et de mon point de vue, il y a toutes les conditions pour l'obtenir et si effectivement ça correspond à une envie des enfants, et qu'il n'y a pas de raisons, pourquoi finalement, vous de votre côté, vous ne suivriez pas l'avis de vos enfants ? ». Juge

2

Ainsi, lorsqu'elle est entendue, la parole de l'enfant semble effectivement être un des éléments que les juges prennent en compte dans leur processus décisionnel. Toutefois, si les éléments présentés permettent de confirmer l'hypothèse formulée,

il n'en reste pas moins important de souligner à nouveau que différents critères (âge, maturité, positionnement, nature de la séparation...) donnent accès à une prise en compte de la parole plus importante par le juge.

Conclusion

Résultats de l'étude

Afin de conclure le présent travail, il semble opportun de revenir sur la question de recherche qui visait à identifier comment les juges de district valaisans appréhendaient et appliquaient le droit d'être entendu. Pour ce faire, le présent travail s'est appuyé sur la création d'un cadre théorique complet permettant d'appréhender l'évolution du statut de l'enfant ayant permis, grâce à la CDE, l'accès à un statut de sujet de droit et donc au droit de participer aux décisions le concernant au travers du fameux droit d'être entendu. La suite du cadre théorique a présenté les différentes législations et normes entourant le droit d'être entendu, ce qui a, par la suite, permis la comparaison entre ces éléments et l'application concrète effectuée par les juges de district valaisans. La combinaison des éléments théoriques avec les données des entretiens a ainsi donné lieu à la structuration d'une analyse présentée selon trois axes.

Le premier axe se voulait centré sur la pratique de l'audition de l'enfant mais uniquement au travers de trois questions : quand, par qui et pourquoi ? Cet angle d'analyse a permis de démontrer que malgré une jurisprudence exigeant l'audition systématique de l'enfant, tant dans les procédures de divorce que dans les MPUC, il arrivait à certains juges de déroger à cette règle. Ceci arrive même davantage encore dans le cadre des MPUC. Un autre élément intéressant à souligner se trouve dans l'influence qu'a la nature du conflit entre les parents sur les pratiques des juges. En effet, pour la majorité des magistrats, une séparation ou un divorce conflictuel influencera d'une part la réalisation de l'audition et, d'autre part, définira la personne qui sera en charge du recueil de la parole de l'enfant. En lien avec cette possible délégation selon l'appréciation du juge, il semble pertinent de relever la pratique d'une délégation quasi systématique de ces derniers lors de situations conflictuelles, ce malgré une jurisprudence faisant état de la nécessité pour la juridiction compétente de se former une opinion directe, sauf circonstances particulières. Ce constat fait également apparaître également l'importance de la place du tiers au

sein des auditions d'enfants dans le cadre de procédures matrimoniales. Enfin, la dernière thématique de cet axe, soit la présentation du sens donné par les magistrats à la pratique de l'audition de l'enfant, a permis un accès direct à leur vision et aux valeurs sous-tendant leur pratique. Ceci a également mis en avant que, du point de vue d'une majorité des professionnels, l'enfant sera entendu dans un deuxième temps, cela dans le but de vérifier l'adéquation des mesures décidées par les parents. Ainsi, bien que certains professionnels aient admis l'importance de l'audition de l'enfant car ce dernier se trouve directement concerné par les mesures prises, cette pratique soulève la question de la place accordée à l'enfant au sein de la procédure étant donné que dans la majorité des cas, il est la dernière personne à être entendue.

Le second axe d'analyse, en lien avec la considération accordée à la parole de l'enfant, a démontré la place importante occupée par le critère de l'âge dans l'évaluation du poids donné à l'avis de l'enfant. Au-delà de l'âge, d'autres critères se rapprochant de la notion de maturité ont également été formulés par les professionnels. Toutefois, il semble pertinent de mettre en exergue la tendance des juges à suivre la jurisprudence suisse qui avance d'une part, qu'il convient de tenir davantage compte de l'avis de l'enfant à mesure qu'il grandit et mûrit et, d'autre part, qui met en avant l'idée que dès douze ans révolus, l'avis de l'enfant est plus ferme et donc doit être pris en considération. Ici, bien que la notion de volonté ferme soit mentionnée, la délimitation à l'âge de douze ans démontre l'importance accordée à l'âge de l'enfant pour déterminer la portée de ses déclarations. Il semblerait donc que si la jurisprudence suisse reconnaît effectivement un poids à l'avis de l'enfant, celui-ci est en lien avec une limite d'âge fixe, ce qui contrevient aux normes onusiennes. Cet état de fait mène également à un questionnement à propos de la considération accordée à la parole des enfants âgés de moins de douze ans.

Pour terminer, au sujet du troisième axe d'analyse, les constatations finales peuvent rapidement être établies puisque le non-respect tant de l'art. 301 CPC let. b que des normes onusiennes en matière de retour sur la décision à l'enfant et informations sur la prise en compte de sa parole est flagrant. En effet, la pratique majoritaire se situe dans une non transmission de la décision à l'enfant. Face à un tel positionnement, il semble intéressant de revenir sur les raisons poussant les juges à opter pour cette pratique qui, finalement, s'oriente vers une volonté de ces derniers de protéger l'enfant du divorce de ses parents, ainsi que vers le renvoi de la responsabilité de la tâche de transmission aux parents. Cette vision protectionniste se ressent également

dans le souhait des juges de ne pas impliquer l'enfant dans d'éventuels conflits ainsi qu'au travers de leur volonté de soulager l'enfant d'un éventuel poids de la décision.

En somme, la recherche effectuée a pu démontrer que les perspectives liées à l'enfant ont subi une grande évolution pour arriver à ce jour à une meilleure considération de sa personne et par conséquent de sa parole. L'introduction d'une base législative solide renforçant le concept du droit d'être entendu devrait impliquer une mise en œuvre effective de ce dernier dans le cadre des procédures matrimoniales. Force est de constater que dans le cadre des tribunaux de district valaisan, l'application de ce droit est dans l'ensemble respectée, bien que la marge de manœuvre des juges leur permette une certaine subjectivité dans l'application du droit d'être entendu.

Limites

Malgré les différentes constatations établies, il semble primordial de mentionner les limites que représente le présent travail de recherche. En effet, l'échantillon réduit de professionnels rencontrés ne permet pas de généraliser les résultats de la recherche à l'ensemble des pratiques cantonales. De plus, il paraît opportun de préciser que si trois axes d'analyse ont été sélectionnés, lors des divers entretiens, d'autres éléments en lien avec la mise en œuvre du droit d'être entendu ont été abordés par les juges mais n'ont pas été traités dans le but de respecter le cadre de la recherche. Ainsi, si la mise en œuvre du droit d'être entendu ne se limite pas uniquement aux éléments évoqués, les différentes thématiques choisies reflètent tout de même la réalité d'une partie des magistrats valaisans au sujet de la mise en œuvre du droit d'être entendu.

Perspectives pratiques

Dans le but de conclure le présent travail par un note constructive, deux perspectives pratiques en matière de droit d'être entendu dans le cadre des tribunaux de district vont être présentées. Ces éléments sont en lien avec deux principales constatations relevées au fil de la partie analytique du travail.

La première réside dans la nécessité de former davantage les magistrats à la pratique de l'audition de l'enfant. En effet, la formation donnée aux juges en lien avec la pratique spécifique de l'audition de l'enfant peut être considérée comme lacunaire dans la mesure où leur formation de base ne les confronte aucunement à la thématique de l'audition de l'enfant. Cependant, il est à noter que des formations

continues en lien avec cette pratique existent dont notamment un CAS (Certificate of Advanced Studies) nommé « enfants victimes, enfants témoins : la parole de l'enfant en justice » donné par le Centre Interfacultaire en droits de l'enfant. Durant les entretiens, deux magistrats nous ont également informé de l'existence d'un module concernant l'audition de l'enfant dispensé dans le cadre du CAS en magistrature. Malgré l'existence de formations ou cours sur l'audition de l'enfant, ces derniers restent malheureusement facultatifs et il existe donc la possibilité que certains juges de district exercent sans avoir reçu de formation particulière sur une pratique bien spécifique.

Ces éléments sont confirmés par deux des professionnels rencontrés qui expliquent :

« On n'a aucune formation, quand on arrive comme juge, on peut parler avec nos collègues qui nous disent comment eux ils font mais on n'a pas de formation par des praticiens et, des fois, je pense effectivement que ça serait approprié ».

Juge 5

« On n'apprend pas à entendre les enfants. Nous on a des formations juridiques, donc on n'apprend pas à entendre des enfants à l'université ».

Juge 6

Cet état de fait est également relevé dans de nombreuses recherches empiriques et conclusions de rapports sur le sujet de l'application de l'audition de l'enfant en Suisse. Ainsi, la mise en place d'une formation systématique dès l'entrée en fonction des magistrats semble une réponse adéquate à la problématique soulevée ci-dessus. De plus, de notre point de vue, il paraît probable qu'une meilleure formation des magistrats à la conduite de l'audition de l'enfant pourrait palier au constat de délégation systématique lors de situations conflictuelles. En effet, grâce à des formations, les juges seraient mieux armés face à un exercice compliqué, tant d'un point de vue pratique qu'émotionnel.

La seconde constatation ayant attiré notre attention se situe dans l'influence qu'a la nature du contexte entourant la situation sur les pratiques des juges. En effet, c'est de manière récurrente qu'il a été relevé que lors de situations qualifiées de conflictuelles par les juges, les pratiques divergeaient des normes nationales et internationales, particulièrement en matière de délégation de l'audition à un tiers.

Ainsi, une réflexion autour des affaires matrimoniales conflictuelles a été amorcée pour finalement découler sur la découverte d'une méthode allemande appliquée lors

de situations de forts litiges depuis de nombreuses années par les tribunaux d'une petite ville nommée Cochem. Cette méthode, dite modèle de consensus, vise à mettre en place des procédures rapides ayant pour but de soutenir les parents avec comme objectif de sortir des stratégies de conflits grâce à une méthode de dialogue et de coopération visant à trouver des solutions à l'amiable tout en mettant l'intérêt et les besoins de l'enfant au centre. Pour ce faire, une collaboration interdisciplinaire entre autorités judiciaires, avocats, services de protection des mineurs et services spécialisés dans l'aide aux familles doit avoir lieu, avec un objectif commun à tous les professionnels. Ceci implique donc une coopération étroite entre professionnels mais également, comme le sous-entend le travail interdisciplinaire, une connaissance des rôles de chacun et un respect de ces derniers. De plus, la place de l'enfant dans un tel système est fondamentalement modifiée puisque ce dernier est mis au centre des préoccupations avec, au premier plan, la nécessité de régler les éléments qui le concernent. Les bénéfices se situent donc également dans l'évitement, dans la plupart des cas, d'un conflit dans lequel l'enfant se retrouve souvent pris entre deux feux.

L'innovation se trouve dans la volonté de sortir d'une logique « gagnant-perdant » et de se tourner vers une collaboration interdisciplinaire, mobilisant en premier lieu les parents en les rendant responsables de trouver un accord dans l'intérêt de leur enfant. L'idée que le juge doive statuer dans un délai relativement court (environ deux semaines) sur les questions en lien avec l'enfant remet l'enfant et son intérêt au centre des préoccupations et ne lui donne plus une place de second rôle dans un processus où il a une place prépondérante.

De cette manière, les conflits parentaux sont dans la plupart des cas amorcés, ce qui va non seulement être bénéfique à l'enfant et aux parents, mais également au juge qui, tout en restant acteur principal, reçoit un appui d'autres professionnels dans sa mission (Combremont, Nanchen, & Rossier, 2017 ; Broca, 2016).

Bibliographie

Achard, D., & Skivenes, M. (2009). Balancing a Child's Best Interests and a Child's Views. *International Journal of Children's Rights*, (17), 1-21. Doi : 10.1163/157181808X358276

Ariès, P. (1973). *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*. Paris : Éditions du Seuil.

Becchi, E., & Julia, D. (1998). *Histoire de l'enfance en Occident : 1. De l'Antiquité au XVIIIe siècle*. Paris : Éditions du Seuil.

Becchi, E., & Julia, D. (1998). *Histoire de l'enfance en Occident : 2. Du XVIIIe siècle à nos jours*. Paris : Éditions du Seuil.

Blanchet, A., & Gotman, A. (2015). *L'entretien*. Paris : Dunod.

Broca, R. (2016). Pour un changement de paradigme des séparations conflictuelles : le modèle Cochem. Repéré à <http://www.roland-broca.com/blog/pour-un-changement-de-paradigme-des-sparations-conflictuelles-le-modle-de-cochem>

Brunner, S., & Trost-Melchert, T. (2014). *L'audition de l'enfant. Guide pour la pratique dans le domaine du droit, de l'école et de la santé*. Zurich : Institut Marie Meierhofer pour l'enfant, MME et UNICEF Suisse.

Bucher, A. (2008). L'écoute de l'enfant : une jurisprudence en retrait. *Bulletin DEI* 14(1), 1. [En ligne]. Repéré à http://www.dei.ch/i/article_dei.php6009

Carron, V., & Rumo-Jungo A. (2001, novembre). Survol des questions relatives à l'audition et à la représentation de l'enfant. In *Droit du divorce et audition de l'enfant : les premières expériences*. Communication présentée au [Journées juridiques valaisannes], Institut universitaire Kurt Bösch, Bramois/Sion : Suisse.

Cashmore, J., & Parkinson, P. (2007). What Responsibility Do Courts Have to Hear Children's Voices ? *International Journal of Children's Rights*, (15), 43-60. Doi : 10.1163/092755607X181694

Claprood, S., Dutilly, K., Ladouceur, J., & Pouliot, S. (1999). *La protection de l'enfant : évolution*. Québec : Les Éditions Revue de Droit Université de Sherbrooke.

Combremont, M., Nanchen, C., & Rossier, M. (2017). L'enfant dans les procédures de séparation et de divorce. In *Observatoire cantonal de la jeunesse, Rapport 2016-2017* (pp. 1-42).

Comité des droits de l'enfant. (2009). *Observation générale n°12. Le droit de l'enfant d'être entendu*. CRC/C/GC/12. Repéré à https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fGC%2f12&Lang=en

Comité des droits de l'enfant. (2015). *Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, soumis en un seul document*. CRC/C/CH/CO/2-4. Repéré à https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fCHE%2fCO%2f2-4&Lang=en

Commission fédérale pour l'enfant et la jeunesse. (2011). *À l'écoute de l'enfant : Le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et d'être entendu*. Commission fédérale pour l'enfance et la jeunesse Berne : Suisse

Conseil de l'Europe. (2011). *Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants*. Strasbourg : Editions du Conseil de l'Europe.

Conseil fédéral. (1907). *Code civil suisse, état au 1^{er} janvier 2019*. Repéré à <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19070042/index.html>

Conseil fédéral. (1999). *Constitution fédérale de la Confédération suisse, état au 23 septembre 2018*. Repéré à <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>

Conseil fédéral. (2008). *Code de procédure civile, état au 1^{er} janvier 2008*. Repéré à <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20061121/index.html>

Cordonier, A.-C. (2012). Comment recueillir la parole de l'enfant comme juge du divorce ou de la séparation une pratique cantonale. In J. André & J. Zermatten (Eds.), *La Parole de l'enfant en Justice Parole Sacrée ?... sacré parole !* (pp. 39-74). Sion : Institut international des Droits de l'Enfant.

Cyr, M. (2014). Recueillir la parole de l'enfant témoin ou victime : de la théorie à la pratique. Paris : Dunod.

Darbellay, F., (2005). Interdisciplinarité et transdisciplinarité en analyse des discours. Genève : Editions Slatkine.

Grand Conseil du canton du Valais. (2009). Loi sur l'organisation de la Justice, état au 01.01.2018. Repéré à <https://lex.vs.ch/frontend/versions/2343?locale=fr>

Grand Conseil du canton du Valais. (2000). Loi en faveur de la jeunesse. Repéré à <http://www.shvr.ch/DOC/Archiv/Imprimvs/RL/RL%2095%2020000511%20Loi%20en%20faveur%20de%20la%20jeunesse.pdf>

Hanson, K. (2012). Schools of thought in children's rights. In M. Liebel (Ed.), *Children's Rights from Below. Cross-cultural Perspectives* (pp. 63-79). Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Krappmann, L. (2010). The weight of the child's view (Article 12 of the Convention on the Rights of the child. *International Journal of Children's Rights*, (18), 501-513. Doi : 10.1163/157181810X528021

Lansdown, G. (2010). The realisation of children's participation rights : critical reflections. In B. Percy-Smith & N. Thomas (Eds.), *A Handbook of children and Young People's Participation. Perspectives from theory and practice* [PDF].(pp. 110-112) Oxford : Routledge. Repéré à http://nmd.bg/wp-content/uploads/2013/02/Routledge-A_Handbook_for_Children_and_Young_Peoples_Participation.pdf

Lansdown, G. (2001). Promouvoir la participation des enfants au processus décisionnel démocratique. Florence : Fonds des Nations Unies pour l'Enfance. Centre de recherche Innocenti.

Nation Unies. (1989). Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) du 20 novembre 1989, état au 25 octobre 2016. Repéré à <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19983207/index.html>

Office fédéral de la statistique. Divorce, divortialité. Repéré à <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces/divortialite.html>

Office fédéral de la statistique. (2019). Divorces selon le nombre d'enfants mineurs et la nationalité avant le mariage, le canton et la ville, 1999-2018. Repéré à <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/catalogues-banques-donnees/tableaux.assetdetail.8926211.html>

Office fédéral de la statistique. (2019). Divorces selon le canton, 1970-2018. Repéré à <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/population/mariages-partenaires-divorces/divortialite.assetdetail.8926544.html>

Quivym R., & Van Campenhoudt, L. (2006). *Manuel de recherche en sciences sociales*. Paris : Dunod.

Russ, J. (1996). Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). In J. Russ (Ed.), *Philosophie : Les auteurs, les œuvres : la vie et la pensée des grands philosophes : l'analyse détaillée des œuvres majeures*. (pp. 203-226). Paris : Larousse Bordas.

Schäfer, M. (2012). De la portée de la déclaration de l'enfant. In J. André & J. Zermatten (Eds.), *La Parole de l'enfant en Justice Parole Sacrée ?... sacré parole !* (pp. 31-36). Sion : Institut international des Droits de l'Enfant.

Université de Genève (UNIGE). (2010). *Charte d'éthique et de déontologie*. Repéré à <https://www.unige.ch/ethique/charte/>

Université de Genève (UNIGE). (2007). *Code d'éthique concernant la recherche au sein de la Faculté de Psychologie et des Sciences de l'éducation*. Repéré à <https://www.unige.ch/fapse/etudiants/documents/ethique/>

Verhellen, E. (1999). *La Convention relative aux droits de l'enfant : contexte, motifs, stratégies, grandes lignes*. Louvain : Garant – Éditeurs.

Youf, D. (2002). *Penser les droits de l'enfant*. Paris : Presses Universitaires de France.

Zermatten, J. (2008). *La petite histoire d'une révolution : celle des droits de l'enfant*. Sion : Institut International des Droits de l'Enfant.

Zermatten, J. (2010). La Convention des droits de l'enfant vingt ans plus tard... Essai d'un bilan. Sion : Institut international des Droits de l'Enfant.

Zermatten, J. (2013-2015) Les droits de l'enfant : mise en œuvre, obligations des États et défis... Perspectives du Comité des droits de l'enfant. *Revue de Droit Monégasque*, 13, 161-183.

Zermatten, J. et Stoecklin, D. (2009). *Le droit des enfants de participer. Norme juridique et réalité pratique : contribution à un nouveau contrat social*. Sion : Institut Universitaire Kurt Bösch.

Annexes

Annexe 1

Naïg BONVIN



Ovronnaz, le 30 novembre 2018

Tribunal du district de Sion
À l'attention de Monsieur
[Redacted], Juge
Rue Mathieu-Schiner 1
Case postale 2192
1950 Sion

Demande d'entretien dans le cadre de mon travail de mémoire

Monsieur le Juge,

Par la présente, je me permets de vous contacter au sujet de mon travail de mémoire en vue de l'obtention d'une maîtrise interdisciplinaire en droits de l'enfant. En effet, je suis actuellement en fin de formation au sein du Centre interfacultaire en droits de l'enfant de l'Université de Genève, Campus Valais à Sion.

Mon travail porte sur la thématique de la considération de la parole de l'enfant dans le processus décisionnel des tribunaux de district dans les procédures de séparation conjugale, si bien que je souhaiterais avoir votre point de vue sur la question. Mes interrogations porteront notamment sur l'audition de l'enfant en général (si elle est pratiquée, comment est-elle pratiquée...) et plus précisément sur la manière dont la parole de l'enfant est prise en compte dans votre processus décisionnel et sur le poids qui lui est accordé.

Il est évident que tout au long de ma démarche de recherche, je m'engage à respecter les règles déontologiques universitaires et vous garantis donc l'anonymat. Je tiens également à mentionner que ce travail de mémoire sera dirigé par Monsieur Jean Zermatten.

Consciente de la charge de travail qui vous incombe, j'espère que vous trouverez un peu de temps à m'accorder pour un entretien d'une durée d'une heure maximum.

Je vous remercie de votre bienveillante attention et reste à votre entière disposition pour tout renseignement complémentaire.

Dans l'attente d'une réponse que j'espère positive, je vous prie d'agréer, Monsieur le Juge, mes salutations respectueuses.

Naïg Bonvin

Annexe 2

GUIDE D'ENTRETIEN	
RENSEIGNEMENTS GÉNÉRAUX Date de l'entretien : Lieu : Durée :	INFORMATIONS SUR L'INTERVIEWÉ Nom d'emprunt : Sexe :
INTRODUCTION <p>- J'effectue une recherche sur l'audition de l'enfant dans le cadre des tribunaux de district valaisan. Mon but est de comprendre les pratiques autour de l'audition de l'enfant dans le cadre des procédures de séparation conjugale au sein des tribunaux de district valaisan.</p> <p>- Je vais vous poser des questions sur votre vision de l'enfant, sur votre pratique de l'audition de l'enfant, sur la prise en compte de la parole de l'enfant dans votre processus décisionnel, sur les avantages et les risques de la pratique de l'audition et pour finir sur la communication d'informations à l'enfant. Est-ce que vous avez besoin de clarification ?</p> <p>- Avant de commencer, pour des raisons pratiques et pour pouvoir plus facilement discuter avec vous et me concentrer au mieux. Est-ce que cela vous convient si je vous enregistre ? L'enregistrement est confidentiel et je le détruirai lorsque j'aurai terminé ma recherche. Je vous garantis donc l'anonymat de cet entretien.</p>	

1

THÉMATIQUE	SOUS-THÉMATIQUES	QUESTIONS	COMMENTAIRES
L'audition de l'enfant	Droit d'être entendu	<p>1. Que signifie pour vous, le droit d'être entendu de l'enfant et à quoi sert l'audition de l'enfant dans le cadre des procédures matrimoniales ?</p> <p>2. Dans quelles mesures/situations entendez-vous l'enfant ? <i>Stade de la procédure</i></p>	<p>l'art. 298 al.1 CPC : ¹ Les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas.</p> <p>Procédure de divorce / MPUC ? Systématique / uniquement lorsqu'aucun accord entre les parents ne semble envisageable ?</p>
	Audition en pratique	<p>3. De quelle manière les enfants sont-ils entendus ?</p> <p>4. Selon vous, quels sont les motifs qui s'opposeraient à l'audition de l'enfant ?</p> <p>5. En cas de refus de votre part d'auditionner l'enfant, est-ce notifié à ce dernier ? Si oui, de quelle manière ?</p>	<p>Étapes ? Moment de la procédure et ordre de passage ? Âge ? À combien de reprises ? Durée entre la séparation et l'audition ?</p> <p>Âge, capacité de discernement ?</p>

2

	Prise en compte de la parole de l'enfant	<p>6. Entendez-vous directement l'enfant ou faites-vous parfois recours à un tiers ? si oui, dans quels cas ?</p> <p>7. Rencontrez-vous des difficultés lors d'auditions d'enfants ? Si oui, lesquelles ?</p> <p>8. D'une fois que la parole de l'enfant a été recueillie, qu'en faites-vous ?</p> <p>9. De quelle manière les propos de l'enfant sont-ils pris en compte dans le processus décisionnel ?</p> <p>10. Est-ce que la volonté de l'enfant représente un élément déterminant dans votre prise de décision ?</p> <p>11. Quelles sont les considérations accordées à la parole de l'enfant ? Dépendent-elles de critères établis ?</p>	En lien avec la maturité, l'âge ? + enfant âgé, + prise en compte de son avis ?
--	--	--	---

3

	Communication des informations à l'enfant	<p>12. Quels sont selon vous les avantages à entendre directement l'enfant lors de procédures de divorce ou de procédures de protection de l'union conjugale. Et les inconvénients ?</p> <p>13. Quelles informations sont données à l'enfant sur la pratique de son audition ?</p> <p>14. Faites-vous un retour à l'enfant sur votre décision finale ? Si oui, de quelle manière est effectué ce retour ?</p> <p>15. Est-ce que vous pensez que l'enfant peut être considéré en tant que sujet de droit ?</p> <p>16. Est-ce que vous pensez que l'enfant peut être considéré comme capable de former sa propre opinion ?</p>	
--	---	---	--

- Nous avons terminé nos questions d'entretien, voulez-vous compléter ou rajouter des éléments qui n'auraient pas été traités ?
- Nous vous certifions que cet entretien restera anonyme et sera utilisé uniquement dans le cadre de la présente recherche.
- Nous vous remercions pour le temps que vous nous avez accordé ainsi que pour votre collaboration.

4