

Tribunal fédéral – 5A_164/2019
destiné à la publication
II^{ème} Cour de droit civil
Arrêt du 20 mai 2020 (d)

Newsletter novembre 2020



FACULTÉ DE DROIT

Divorce, audition d'enfant,
garde des enfants

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Jeanine de Vries Reilingh, Attribution de la garde de l'enfant et audition de celui-ci : là où le Tribunal fédéral rappelle les principes de l'une et trace une limite pour l'autre.

Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral
5A_164/2019, Newsletter
DroitMatrimonial.ch novembre 2020

Art. 298 al. 2^{ter} CC ;
298 al. 1 CPC

Attribution de la garde de l'enfant et audition de celui-ci : là où le Tribunal fédéral rappelle les principes de l'une et trace une limite pour l'autre

Jeanine de Vries Reilingh¹

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt ici en cause, qui traite d'une affaire argovienne, est avant tout intéressant sous l'angle des questions liées aux relations personnelles que le juge doit régler lors de la séparation des conjoints, en particulier celle de la garde de l'enfant (alternée ou exclusive avec un droit de visite) et, en amont de celle-ci, de son audition. C'est à ces deux questions que se limitera l'examen.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Un couple – dont les conjoints, nés respectivement en 1969 pour l'époux et en 1973 pour l'épouse, se sont mariés en 2004 – a un enfant, une fille née le 7 novembre 2005. Le couple s'est séparé avec effet au 1^{er} janvier 2012 et a passé une convention de séparation ratifiée par le tribunal civil le 8 août 2012. L'époux a introduit, le 12 novembre 2013, une demande en divorce fondée sur l'article 114 CC. Dans ses conclusions, il revendiquait notamment l'autorité parentale conjointe sur la fille du couple et la garde partagée, sous la forme « d'au moins 15 jours entiers par mois ». L'enfant a été entendue, le 30 mars 2015, à domicile, par la juge des affaires matrimoniales. Dans son jugement du 29 juin 2018, le tribunal de district a maintenu les conjoints dans l'autorité parentale conjointe sur leur fille, mais a attribué la garde (exclusive) à la mère, auprès de qui l'enfant avait son domicile principal. Le droit de visite accordé au père portait sur un week-end sur deux, du vendredi soir au dimanche soir, ainsi que sur quatre semaines durant les vacances scolaires, une réglementation des jours

¹ Présidente de la Cour civile du Tribunal cantonal de Neuchâtel.

fériés étant également prévue. L'appel de l'époux a été partiellement admis, dans un arrêt du 16 janvier 2019, notamment sur la question du droit de visite, qui devait être coordonné avec sa disponibilité professionnelle et donc s'exercer sur deux week-ends par mois durant lesquels le père était libre de son travail (*zwei dienstfreien Wochenenden*). Le père et mari a porté l'affaire devant le Tribunal fédéral, en concluant notamment à ce que l'enfant soit à nouveau entendue et à l'instauration d'une garde alternée (15 jours au moins par mois).

B. Le droit

Les critères d'attribution de la garde

Amené donc à se prononcer sur la question de la garde de l'enfant des parties, le Tribunal fédéral en a rappelé, comme l'instance cantonale avant lui, les critères théoriques (cons. 3.1, en se référant à l'ATF 142 III 612, cons. 4.3). A ce titre, lorsque l'autorité parentale est conjointe et que l'un des parents ou l'enfant sollicite la garde alternée, le tribunal doit examiner si la possibilité d'instaurer une telle garde répond au bien de l'enfant (art. 298 al. 2^{te} CC). Cet examen intervient indépendamment des souhaits exprimés par les parents, de leurs intérêts propres et de l'accord que ceux-ci auraient pu trouver sur la garde. Seul le bien de l'enfant est déterminant. Ce bien est la maxime supérieure du droit de l'enfant. Le juge doit poser, sur la base des faits actuels et passés, un pronostic pour dire si une garde alternée répondra selon toute vraisemblance le mieux au bien de l'enfant. Au titre des critères à prendre en compte, le Tribunal fédéral souligne que celui de l'existence de capacités éducatives présentes chez chaque parent est incontournable. S'y ajoutent les mesures organisationnelles et les informations mutuelles qu'exige la garde alternée. La mise en œuvre pratique d'une garde alternée exige dès lors des parents qu'ils soient capables de et disposés à communiquer et coopérer dans l'intérêt de l'enfant. Cette condition n'est pas remplie s'il est à prévoir qu'en cas de garde alternée, les parents pourraient l'exposer à leur conflit de telle sorte que cela contredirait clairement son intérêt. Il doit en outre être tenu compte de la situation géographique, en particulier de la distance entre les domiciles parentaux, et de la stabilité qu'apporterait cas échéant à l'enfant le maintien de la réglementation connue jusqu'alors. Dans cette perspective, la garde alternée entre plus en considération lorsque les parents se sont déjà occupés en alternance de l'enfant avant la séparation. Finalement, doivent être pris en compte la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant, l'âge de celui-ci (ou bien sûr de ceux-ci dans le cas d'une fratrie), la relation avec d'éventuels demi-frère(s) ou sœur(s) et l'intégration dans le tissu social. Le souhait de l'enfant doit également être pris en compte, même lorsqu'il n'est pas (encore) capable de discernement sur la question de sa garde. Les critères – hormis celui des capacités éducatives – sont indépendants les uns des autres et revêtent une signification différente selon les circonstances concrètes du cas.

En l'espèce, l'instance cantonale avait constaté que le père avait des jours et horaires de travail variables (notamment un horaire parfois tardif ou de nuit, ce qui réduisait sa disponibilité aussi durant la journée, en raison de la récupération nécessaire), fixés sur la base d'un tournus de quatre semaines consécutives et qui variaient de semaine en semaine (*Turnus von vier aufeinander folgenden Wochen von Woche zu Woche varrieren[d]*). Elle avait considéré que l'enfant ne pouvait donc pas être accueillie chez son père durant des jours fixes de la semaine, mais devait au contraire s'adapter à l'horaire variable de son père. Cela n'était pas compatible avec le bien de l'enfant, qui commandait qu'elle évolue dans un cadre plus structuré. La garde alternée ne plaçait pas seulement les parents face à des exigences

organisationnelles trop importantes, mais imposait en outre à la mère d'aménager sa vie en fonction du planning de travail du père, ce qui n'était pas souhaitable.

Avant de réexaminer ces considérations, à la lumière du recours de l'époux, le Tribunal fédéral a – logiquement puisqu'il s'agit d'une mesure d'instruction en vue de l'examen à entreprendre et qui s'inscrit donc en amont de cet examen – traité le grief de celui-ci selon lequel la Cour cantonale a statué en se fondant sur des déclarations de l'enfant remontant à trois ans et non pas sur une audition actuelle. La réaudition de l'enfant s'imposait d'autant plus, selon le recourant, que l'enfant avait dans l'intervalle atteint l'âge à partir duquel elle était capable de discernement en lien avec la question de sa garde.

L'audition de l'enfant

Selon l'article 298 al. 1 CPC, 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. L'audition de l'enfant découle, rappelle le Tribunal fédéral, de ses droits de la personnalité et sert à l'établissement des faits. Chez les enfants plus âgés, la dimension « droits de la personnalité » est prépondérante et un droit de participation lui est aménagé, alors que pour les enfants plus jeunes, l'audition de l'enfant se rattache plus aux moyens de preuve, que les parties peuvent solliciter. L'audition a cependant lieu d'office, indépendamment des réquisitions des parties. Lorsque de telles réquisitions sont formulées, il existe – sous réserve des justes motifs auxquels se réfère la loi – une obligation de procéder à l'audition. Cela signifie, selon la jurisprudence fédérale, que le juge ne peut pas renoncer à une audition en se fondant sur une exécution anticipée des preuves. Sans cela, la volonté du législateur de renforcer la position procédurale de l'enfant pourrait être contournée et, dans les faits, l'audition de l'enfant pourrait ne pas avoir lieu, après une telle appréciation anticipée des preuves. Or, avec de jeunes enfants, on s'attend – et on peut donc anticiper du point de vue des preuves – à ce que le lien existe avec les deux parents, que l'enfant se trouve dans un conflit de loyauté et qu'il souhaite généralement entretenir des contacts avec chacun d'eux.

Cela étant, et c'est là que l'arrêt en cause ici est intéressant, ces considérations ne valent pas pour toute appréciation anticipée des preuves. Les principes énoncés ci-dessus passent en effet au second plan lorsque le tribunal arrive à la conclusion que l'audition de l'enfant n'a, dans les circonstances du cas, absolument aucune valeur conclusive et que les résultats éventuels de l'audition de l'enfant n'auraient aucune influence sur l'établissement concret des faits pertinents, si bien que les éléments ressortant de l'audition de l'enfant seraient d'emblée objectivement inappropriés, respectivement sans pertinence. Le fait que l'audition de l'enfant se rattache aux droits de la personnalité de celui-ci n'y change rien, puisque ces droits ne contraignent pas le tribunal à mettre en œuvre une audition qui se réduirait à une pure démarche formelle, au vu de son absence de valeur conclusive. Une appréciation anticipée des preuves au sens strict ne concerne que le cas où le tribunal renonce à une mesure d'instruction au motif que sa conviction est déjà formée et que la preuve proposée ne l'en fera pas s'écarter. Si le juge n'est pas convaincu que l'audition de l'enfant n'aurait aucune valeur conclusive et même s'il a des doutes sérieux sur le fait que ce moyen de preuve « apportera quelque chose », il doit procéder à l'audition.

Le Tribunal fédéral a ensuite abordé, en rappelant que l'audition de l'enfant ne doit pas être une fin en soi (*Selbstzweck*), la question du nombre de fois que cette audition doit intervenir dans la même procédure. Il a rappelé sa jurisprudence selon laquelle il doit être renoncé à

multiplier les auditions de l'enfant lorsque cela conduirait à une charge inacceptable pour celui-ci et que des éléments nouveaux n'en sont pas escomptés ou que l'utilité de ce qui en est attendu ne se trouve pas dans un rapport raisonnable avec la charge renouvelée de l'audition. Pour éviter « une audition pour l'audition » (*Anhörung um der Anhörung*), il ne doit en règle générale y être procédé qu'une seule fois durant l'entier de la procédure, toutes instances cumulées. La renonciation à une nouvelle audition suppose cependant que l'enfant ait été interrogé sur les points pertinents pour la décision à rendre et que le résultat de l'audition soit encore actuel. Finalement, une nouvelle audition n'est pas nécessaire lorsque les circonstances de fait ne se sont pas fondamentalement modifiées depuis la précédente audition (cons. 3.3.2).

En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que le silence de la Cour cantonale en lien avec le grief du père selon lequel l'enfant n'aurait pas été assez entendue, de même que le fait que la Cour avait implicitement rejeté la requête de faire réentendre l'enfant conduisaient à retenir que c'est par une appréciation anticipée improprement dite que l'instance précédente avait renoncé à l'audition de l'enfant. En d'autres termes, au vu des circonstances concrètes du cas, la Cour cantonale n'examine pas la question d'une (nouvelle) audition de l'enfant, parce qu'elle considère que le modèle du temps de travail est déterminant pour la résolution du litige et qu'à cet égard, une nouvelle audition de l'enfant n'apporterait pas d'éléments probants supplémentaires. Or, le recourant n'a pas contesté cette appréciation devant le Tribunal fédéral, pas plus qu'il n'a exposé en quoi les constatations de fait en lien avec ses heures de travail et ses conséquences sur sa disponibilité éducative seraient erronées ; il n'a pas non plus indiqué en quoi un éventuel souhait de sa fille en lien avec la garde aurait une incidence sur l'examen de l'attribution de la garde ; il n'a pas abordé les conditions nécessaires pour admettre une nouvelle (et exceptionnelle) audition de l'enfant ; il ne se prononce pas sur le contenu de l'audition de 2015 et ne fait pas valoir que l'enfant n'aurait pas, alors, été appelée à s'exprimer sur les points déterminants pour la décision. Certes, le fait que l'enfant ait dans l'intervalle atteint l'âge à partir duquel son avis est en principe pris en compte impliquerait qu'on l'entende ou la réentende ; toutefois, le respect de la personnalité de l'enfant s'oppose à une (ré)audition lorsque celle-ci n'apporterait aucun élément déterminant ou conclusif, l'enfant devant être protégée d'une audition totalement inutile. Finalement, le recourant n'avait pas exposé quels changements fondamentaux seraient intervenus, qui rendraient la nouvelle audition inévitable. L'absence de grief au niveau cantonal faisait en outre obstacle à l'examen, par le Tribunal fédéral, du lieu – critiqué par le père – où l'audition de l'enfant en 2015 s'était déroulée, soit à domicile.

Sur le fond, le Tribunal fédéral a relevé que le grief tiré par le recourant d'une violation de son droit à la motivation (art. 29 al. 2 Cst. féd.) – non réalisé puisqu'il ressort clairement des considérants cantonaux pour quelle raison la garde alternée n'a pas été décidée – se confond en réalité avec celui de la violation de l'article 298 al. 2^{ter} CC. Or, sous cet angle, le recourant ne se prononce pas. En effet, il ne remet pas expressément en cause les éléments considérés comme décisifs par l'instance cantonale, à savoir qu'un enfant en âge scolaire doit, pour sa stabilité, avoir un emploi du temps journalier et hebdomadaire qui soit réglé et non dépendant des horaires et jours variables de travail de son parent gardien et que le besoin de repos de ce dernier n'est que partiellement compatible avec les soins à donner à l'enfant. Finalement, en lien avec le grief de l'époux selon lequel le refus de garde alternée ne pouvait être motivé par les difficultés organisationnelles que cette garde entraînerait pour la mère, le Tribunal fédéral a retenu que si la garde alternée pouvait certes être imposée contre l'avis de l'un et/ou

l'autre des parents et que cet avis devait passer en second plan par rapport au bien de l'enfant, la question des difficultés organisationnelles (objectives) qui découlait du mode de garde envisagé devait être prise en compte pour déterminer si le mode de garde en cause servait le bien de l'enfant, au même titre que l'éloignement géographique et la possibilité pour chaque parent de s'occuper personnellement de l'enfant. Le droit à une garde alternée ne devait pas en toutes circonstances peser plus lourd que les difficultés organisationnelles induites – en l'occurrence pour la mère – par ce mode de garde (cons 3.4.3).

III. Analyse

a) *L'importance d'adapter les critères d'attribution au cas concret*

L'arrêt résumé ci-dessus – sur le point relatif aux relations personnelles, celui ayant trait aux considérations patrimoniales ayant été volontairement laissé de côté – revient de manière détaillée et complète sur le principe qui doit guider le juge lorsqu'il décide entre la garde alternée et la garde exclusive, soit l'examen du bien de l'enfant, et sur les critères à examiner pour dire quelle solution y correspond le mieux. Ces critères sont connus et il n'y a pas lieu d'y revenir spécifiquement, sauf pour souligner que, pour le juge qui est confronté à des parents qui ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le mode de garde de leur(s) enfant(s), toute la difficulté réside dans l'appréciation *in concreto* de chacun de ces critères, d'une part, et leur pondération, d'autre part. L'arrêt argovien en est un bon exemple puisqu'en définitive, un critère l'emporte sur tous les autres, celui des difficultés organisationnelles que causerait de manière prévisible, en l'occurrence, une garde alternée, du point de vue du bien de l'enfant et non pas du confort, des limites ou des souhaits de ses parents.

De manière plus générale, une fois écarté l'obstacle rédhibitoire que constitue, pour celui des parents qui en est affecté, l'absence de qualités éducatives suffisantes, le juge doit examiner chaque critère pour lui-même, puis évaluer la situation dans son ensemble. Dans cette évaluation, il n'est pas exclu qu'un critère soit à lui seul décisif, comme en l'espèce. Dans le même ordre d'idée, on peut imaginer qu'à autres critères égaux, celui de la distance géographique entre les domiciles parentaux exclue une garde alternée et impose au juge de choisir – souvent alors en privilégiant la continuité avec ce que l'enfant a connu jusque là – le parent auquel attribuer la garde. Concrètement, la Cour d'appel civile du canton de Neuchâtel a déjà dû se pencher à plusieurs reprises sur la distance que l'on pouvait admettre entre les deux domiciles parentaux (ou, vu sous un autre angle, la durée de trajet qui pouvait être imposée aux enfants). A cet égard, dans un contexte de droit de visite élargi qui s'approchait d'une garde alternée (la répartition était de 60% à la mère et 40% au père), la Cour d'appel a refusé de restreindre le séjour hebdomadaire des enfants chez leur père, qui avait déplacé son domicile d'Hauterive à Corgémont, ce qui impliquait selon le planning de garde deux allers-retours supplémentaires de l'ordre de 50 minutes par semaine (le mercredi soir, le jeudi matin et soir et le vendredi matin). La mère n'avait pas allégué que les enfants souffraient de ce large droit de visite en donnant des exemples concrets de conséquences néfastes des longs trajets sur leur bien-être, hormis la question – notoire – du temps consacré et d'une certaine fatigue qui en découlerait inmanquablement. Il n'était cependant pas contesté que le père s'organisait de manière à en atténuer les effets et, dans cette perspective, la distance à parcourir ne paraissait pas être un obstacle rédhibitoire. La Cour a donc été d'avis qu'il serait plus délétère pour les enfants, âgés de 9 et presque 6 ans, de restreindre les larges contacts qu'ils avaient avec leur père que de devoir effectuer des trajets supplémentaires pour

rejoindre le domicile paternel. Cette solution garantissait, par ailleurs, une forme de stabilité pour les enfants (arrêt de la Cour d'appel civile du 3 juin 2020, CACIV.2020.4, cons. 4.b).

En lien toujours avec les critères que le juge doit examiner, il faut souligner l'importance de l'appréciation concrète de chaque critère. En relation par exemple avec la disponibilité de chaque parent et sa possibilité de s'occuper lui-même du ou des enfants, la disponibilité arithmétique (soit la comparaison de la durée du temps à disposition de chaque parent pour se vouer personnellement aux soins et à l'éducation des enfants) doit être mise en regard avec les conditions dans lesquelles cette disponibilité est dégagée et exercée. La Cour d'appel a eu plusieurs occasions d'insister sur le fait que la disponibilité complète ou simplement plus large du parent qui n'exerce pas d'activité lucrative n'excluait pas une garde alternée, voire exclusive à l'autre parent, qui travaille, au seul motif que ce dernier devrait faire appel à des tiers pour s'occuper des enfants. On peut penser à un parent qui perd son travail sans en retrouver un autre, ce qui le rend entièrement disponible, alors que l'autre parent travaille et confie lorsque cela est nécessaire la garde des enfants à des tiers, par exemple une crèche : dans une telle situation, le seul fait pour le premier de ces parents d'être désormais plus ou entièrement disponible ne conduira pas nécessairement à une modification du régime de garde.

Il en va de même dans des contextes de déménagement, lorsque le parent qui change de domicile modifie en même temps, en l'augmentant, sa disponibilité. Ainsi, dans une cause CACIV.2019.105 où, si l'on s'en tenait à la présence arithmétique, le père était moins disponible que la mère à mesure que cette dernière ne travaillait pas et que le père exerçait un emploi à 80%, qui exigeait de lui qu'il se déplace quatre jours par semaine (tous les jours sauf le mercredi) de La Chaux-de-Fonds à Genève, la Cour d'appel civile a retenu que ce critère ne devait pas être à lui seul décisif. Retenir le contraire imposerait de privilégier dans toute situation celui des conjoints qui n'exerce pas d'activité lucrative, ce que la Cour a précisément exclu. Dans une situation où le père était contraint de travailler – ce qui est *a priori* le cas de toute personne ne disposant pas d'une fortune considérable – et où la mère n'exposait pas comment il faudrait subvenir aux besoins des enfants si l'intimé ne travaillait pas, on ne saurait reprocher au parent gardien d'en appeler à des proches, en l'occurrence son amie et sa mère (soit la grand-mère) pour s'occuper des enfants lorsque lui-même n'était pas là. Même si les absences de l'intimé pour son travail étaient plus étendues qu'elles ne l'étaient avant qu'il retrouve un emploi en 2017, elles n'excluaient pas un contact (probablement bref) le matin et de manière plus large le soir, ce d'autant que les enfants n'étaient plus des nourrissons ou très jeunes, avec des besoins accrus en sommeil, notamment le soir. Ainsi, si la disponibilité arithmétique de la mère était plus large que celle du père, ce critère n'était pas absolu et la disponibilité du père n'était pas insuffisante au point d'entamer ses capacités éducatives (arrêt de la Cour d'appel civile du 21.01.2020, CACIV.2019.105, cons. 4.b, et le renvoi à l'arrêt de la Cour de céans du 06.03.2018, CACIV.2017.34, cons. 3b, cité dans l'arrêt du 04.07.2018). Selon le contexte, on peut donc même rencontrer des situations où un parent qui travaille à un taux d'activité plus élevé exerce non seulement la garde alternée, mais même exclusive (y compris dès la première décision de règlement de cette question et pas seulement sous l'angle de la modification de mesures déjà prises), quand bien même son conjoint serait arithmétiquement plus disponible.

On peut tirer de ce qui précède la conclusion que si la liste des critères à examiner, telle qu'elle est détaillée en particulier dans l'arrêt commenté, est précieuse pour guider le juge dans son

examen complet de la situation, l'appréciation concrète qu'il fera de la situation est seule décisive. Or, pour cela, il n'existe pas de « recette » toute faite, et transposable de manière absolue et par avance à toutes les situations.

b) L'audition de l'enfant et l'appréciation anticipée des preuves

L'arrêt commenté présente surtout un intérêt pour la distinction que le Tribunal fédéral opère en matière d'audition de l'enfant, respectivement de décision de renoncer à une nouvelle audition.

Pour rappel, la loi prévoit que l'enfant doit être auditionné par le juge, sauf si des justes motifs s'y opposent (art. 298 al. 1 CPC). Cette audition n'est en principe imposée qu'une fois dans la procédure, prise dans son ensemble, sous réserve des besoins de réactualisation sur lesquels il sera revenu ci-dessous. C'est en principe le juge lui-même qui la diligente. A cet égard, la Cour d'appel civile a récemment souligné qu'une certaine tendance à se contenter des informations figurant dans un rapport d'enquête sociale, au motif que son auteur aurait lui-même entendu l'enfant, ou même simplement dans d'autres pièces du dossier, ne devait pas être favorisée (dans la cause CACIV.2020.4, elle a considéré qu'il aurait été judicieux d'entendre les deux enfants de 9 et presque 6 ans, audition en réalité imposée par la loi, et a observé, non sans inquiétude, qu'il y était de plus en plus souvent renoncé au stade de la première instance alors que cela n'était clairement pas le souhait du législateur – arrêt de la Cour d'appel civile du 3 juin 2020, CACIV.2020.4, cons. 4.b). Cela étant, en principe donc, si l'audition de l'enfant doit intervenir une fois au moins dans la procédure et être effectuée par le juge, sans délégation, sa répétition ne s'impose en principe pas.

Le Tribunal fédéral a à cet égard précisé sa jurisprudence en lien avec l'appréciation anticipée des preuves en matière d'audition de l'enfant. L'appréciation anticipée – au sens étroit ou proprement dit, soit la situation où le juge prévoit que la preuve recueillie ne le fera pas changer d'avis – ne permet pas de se dispenser de l'audition. Ce n'est que lorsque l'audition n'apportera aucun élément utile et restera en tout état sans impact sur le sort de la question litigieuse, au point d'apparaître sans pertinence et comme une simple démarche formelle, qu'il peut y être renoncé (appréciation anticipée improprement dite). On distingue donc la preuve totalement inutile de celle qui ne modifiera pas la conviction du juge. On imagine bien que les situations dans lesquelles le juge arrive à la conclusion que l'audition de l'enfant ne peut absolument rien lui apporter seront rares, et en ce sens la restriction est plus drastique que celle qui aurait pu découler d'une appréciation anticipée des preuves au sens propre ou strict. En somme, l'audition de l'enfant reste imposée en toute situation, mais on veut mettre l'enfant – et le juge – à l'abri d'actes totalement inutiles, qui ne vaudraient que par leur existence formelle.

Au titre des situations où même la première audition de l'enfant paraîtrait inutile – si elle n'est pas déjà écartée par les justes motifs de l'article 298 al. 1 CPC –, on peut citer celle de l'enfant souffrant d'un handicap grave qui l'empêcherait de communiquer et de se déterminer avec le degré de discernement minimum nécessaire sur ses souhaits, voire d'exprimer quel bien-être il ressent chez chacun de ses parents (situation probablement couverte par les « justes motifs » de l'art. 298 al. 1 CPC). Sachant que l'audition de très jeunes enfants qui n'ont pas encore le discernement est imposée, pas seulement pour connaître leurs souhaits exprimés mais également pour que le juge se fasse une idée plus concrète du cadre de vie et d'éducation, la renonciation à l'audition d'un mineur souffrant d'un handicap, au motif que

cette audition serait inutile et réduite à une démarche purement formelle, devrait aussi rester l'exception.

Dans cette optique, les situations où cette condition sera réalisée pourront bien plus souvent concerner celles où l'enfant a déjà été entendu une fois dans la procédure au moins et où la répétition serait néfaste et dénuée de pertinence. La question centrale sera alors celle de savoir à partir de quel écoulement de temps la répétition de l'audition ne sera pas une démarche inutile. Le Tribunal fédéral ne s'est certes pas prononcé sur cette durée – parce qu'il n'avait pas matière à le faire, l'audition étant sans pertinence ni influence sur le critère considéré comme déterminant en l'espèce, soit celui de la difficulté d'organisation en raison des horaires professionnels du père. Cela étant, la durée au-delà de laquelle les éléments recueillis lors de la première audition ne seront plus suffisamment pertinents pourra varier en fonction de l'âge de l'enfant. Ainsi, trois années (pour reprendre la durée en cause dans l'arrêt commenté), n'amènent pas la même transformation entre 7 et 10 ans qu'entre 12 et 15 ans ou entre 14 et 17 ans. L'examen devra, là aussi, se faire de cas en cas, sur la base de la situation concrète et en intégrant, en plus du seul écoulement du temps, les autres éléments survenus dans l'intervalle, au premier chef desquels peut, selon les situations, figurer une initiative de l'enfant lui-même tendant à être entendu une nouvelle fois. Par exemple, dans la cause CACIV.2019.68 (qui s'est terminée par un classement, les parents ayant trouvé un terrain d'entente après l'instruction en appel), le juge instructeur de la Cour d'appel civile avait procédé à une nouvelle audition de l'enfant, à la demande de ce dernier, qui avait pourtant été entendu un peu plus d'une année auparavant par le premier juge, au motif qu'outre la requête elle-même, il ressortait du dossier que l'enfant avait changé d'avis sur le mode de garde, après l'avoir expérimenté, et que l'organisation concrète de sa vie après le début d'une formation post-obligatoire rendait inadapté le système souhaité un an auparavant, au point que la décision du premier juge, fondée directement sur la situation prévalant alors, avait fait l'objet d'un appel interjeté par l'enfant lui-même, même sans représentant au sens de l'art. 299 CPC.

La règle demeure toutefois l'audition de l'enfant une seule fois durant la procédure et on peut escompter que le Tribunal fédéral adoptera une vision restrictive des cas où une deuxième audition, par exemple en raison de la vétusté de la précédente audition, s'impose. Répéter l'audition de l'enfant, c'est en effet aussi courir le risque que ce dernier soit instrumentalisé. L'expérience démontre que dans certaines situations, les parents en litige ne voient plus la charge mentale qu'ils transfèrent sur leur(s) enfant(s) dans le cadre de leur lutte pour la garde et cette charge est amplifiée en cas d'auditions multiples. Il ne faut pas non plus perdre de vue que, pour le juge appelé à trancher, l'avis de l'enfant, même clairement émis, n'est qu'un critère parmi plusieurs et que le choix que l'enfant peut par hypothèse exprimer n'est pas un critère absolu et à lui seul décisif.

c) Conclusion

On l'aura compris, les critères théoriques, leur précision et leur nombre sont une aide précieuse pour guider l'examen par le juge. La motivation de la décision est alors importante pour vérifier que tous les critères ont été pris en compte et pondérés. Cette pondération n'exclut pas qu'un des critères devienne à lui seul décisif. Dans l'arrêt commenté, les difficultés d'organisation qui ne servaient pas le bien de l'enfant avaient ainsi pris une place prépondérante et même exclusive. Cela étant, même lorsqu'un critère emporte en définitive la décision, il est primordial de dresser auparavant un « tableau général » à partir de tous les

critères, avant que l'appréciation globale fasse pencher la décision d'un côté ou de l'autre, cas échéant après qu'un des critères aura prévalu sur tous les autres. Il ne s'agit alors pas d'une simple addition de points, mais bien d'une adaptation de leur poids individuel à la situation concrète. Et en vue de cette adaptation, la connaissance des précédentes décisions rendues dans des contextes transposables représente sans doute le bagage le plus précieux, à la fois pour tenter de prendre la meilleure décision dans le cas donné et pour assurer qu'elle s'inscrive dans la lignée des précédentes décisions.