

Document	RMA 2023 p. 283
Auteur(s)	Gaëlle Droz-Sauthier, Jean Zermatten
Titre	L'enfant sujet de droit et droits des parents: conflits choisis
Pages	283-313
Publication	Revue de la protection des mineurs et des adultes
Editeur	Konferenz für Kindes- und Erwachsenenschutz KOKES
Anciens Editeurs	Kurt Affolter, Estelle de Luze, Gabriel Fossard, Marco Zingaro
ISSN	1664-2007
Maison d'édition	Schulthess Juristische Medien AG

RMA 2023 p. 283

L'enfant sujet de droit et droits des parents: conflits choisis

Gaëlle Droz-Sauthier/Jean Zermatten *

Mots-clés: droits de l'enfant, droits des parents, intérêt supérieur de l'enfant, autorité parentale, droits fondamentaux, sujet de droit, participation, sharenting, confidentialité, relations personnelles, soins palliatifs.

Stichwörter: Elternrechte, Elterliche Sorge, Grundrechte, Kinderrechte, Partizipation, Persönlicher Verkehr, Übergeordnetes Kindesinteresse, Rechtssubjekt, Sharenting, Vertraulichkeit, Palliativpflege.

Parole chiave: Autorità parentale, Confidenzialità, Cure palliative, Diritti dei genitori, Diritti dei minori, Diritti fondamentali, Interesse superiore del minore, Partecipazione, Relazioni personali, Sharenting, Soggetto di diritto.

Le statut de l'enfant de sujet de droit est davantage reconnu et protégé, avec pour corollaire l'émergence de situations de conflits de droits de même nature entre les enfants et les parents. Dans cette contribution, les auteurs proposent des réflexions autour de cinq situations choisies (la confidentialité des propos de l'enfant dans une procédure, les relations personnelles entre l'enfant avec un parent, les relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents en cas de désaccord des parents, la pratique du sharenting et le pouvoir décisionnel de l'enfant et de ses parents dans un contexte de soins palliatifs). Dans une première partie, ils présentent les éléments théoriques des droits des enfants et des parents sous l'angle de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant et du droit suisse.

Das Kind als Rechtssubjekt und die Elternrechte: Ausgewählte Konflikte

Die Stellung des Kindes als Rechtssubjekt ist zunehmend anerkannt und geschützt, mit der Folge, dass im Verhältnis Kind –Eltern unter gleichgelagerten Rechten vermehrt Konfliktsituationen auftreten. Im vorliegenden Beitrag legt die Autorenschaft ihre Überlegungen zu fünf ausgewählten Sachverhalten dar (Vertraulichkeit der Kinderbelange im Verfahren, persönlicher Verkehr zwischen dem Kind und einem Elternteil, persönlicher Verkehr zwischen dem Kind und seinen Grosseltern bei elterlicher Uneinigkeit, Praxis zum Sharenting, Entscheidungsmacht des Kindes und seiner Eltern im Kontext der Palliativpflege). In einem ersten Teil werden die theoretischen Grundlagen der Kinderrechte sowie der Elternrechte unter dem Blickwinkel des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (UN-KRK) und des schweizerischen Rechts dargelegt.

Il minore come soggetto giuridico e i diritti dei genitori: una selezione di conflitti

* Les auteurs remercient chaleureusement Madame Ersilia Gianella, docteure en droit, avocate, collaboratrice scientifique à la SUPSI pour sa relecture attentive et ses précieuses recommandations.



Lo statuto del minore come soggetto giuridico gode di un riconoscimento e di una protezione sempre maggiori, con la conseguenza che, a fronte di diritti simili, si assiste a un aumento delle situazioni di conflitto tra figlio e genitori. Nel presente contributo gli autori espongono le proprie riflessioni su una selezione di cinque situazioni (confidenzialità degli interessi del minore nella procedura, relazioni personali tra il minore e un genitore, relazioni personali tra il minore e i nonni in caso di disaccordo tra i genitori, pratica dello sharenting, potere decisionale del minore e dei suoi genitori nel contesto delle cure palliative). Nella prima parte del contributo gli aspetti teorici dei diritti dei minori e dei diritti dei genitori vengono illustrati dalla prospettiva della Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo e del diritto svizzero.

RMA 2023 p. 283, 284

I. Introduction

La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant, conclue à New York le 20 novembre 1989 (ci-après: la CDE ou la Convention),¹ a radicalement modifié le paysage législatif suisse depuis 2000, première fois où a été inscrit dans une loi le droit de l'enfant d'être entendu (dans les procédures matrimoniales et de droit de protection de l'enfant). La ratification par la Suisse de ce traité a également marqué le début du changement de la perception de l'enfant qu'ont les autorités de protection, passant d'une approche paternaliste à la reconnaissance de son statut de sujet de droits. Certes, l'enfant reste un bénéficiaire de prestations en raison à sa dépendance (éducation, santé, alimentation, culture, loisirs, sports, etc.) et/ou un destinataire de mesures de protection dues à sa vulnérabilité (contre toutes sortes de mise en danger, toutes formes d'exploitation, d'utilisation, toutes éventualités de violence, d'atteintes ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de menaces et autres périls, etc.) Cependant il est passé de la condition de petit adulte que l'on protège, que l'on chérit et que l'on élève à une personne à part entière. Celle-ci n'appartient ni à ses parents, ni à sa communauté, encore moins à l'Etat, et elle détient des droits qu'elle va pouvoir exercer progressivement de manière autonome, ou par représentation (laquelle ne sera pas forcément exercée par son ou ses parents). En d'autres termes, il est passé d'enfant objet de la sollicitude et de la protection des adultes à celui d'enfant sujet de droits.

Les questions juridiques émergeant de ce changement de paradigme sont multiples, tant du point de vue procédural que du point de vue matériel. Si les risques de conflits entre les droits des enfants et ceux des parents deviennent de plus en plus fréquents, il paraît difficile de s'appuyer sur des dogmes pour donner une réponse univoque tant leur résolution dépend d'une multitude de facteurs. Nous avons choisi cinq situations qui méritaient d'être discutées: la question de la confidentialité des propos de l'enfant dans une procédure, le refus d'un parent ou d'un enfant d'exercer son droit aux relations personnelles avec respectivement son parent et son enfant, la question des relations personnelles entre un enfant et son grand-parent en cas de désaccord des parents, le *sharenting* et, finalement, le pouvoir décisionnel de l'enfant et de ses parents dans un contexte de soins de santé, dont en particulier les soins palliatifs (cf. infra III). Avant d'analyser ces situations, nous rappellerons ce que sont les droits des enfants et ceux des parents, à l'aune de la CDE et du droit suisse (cf. infra II). Nous terminerons cette contribution par une brève conclusion (cf. infra IV).

RMA 2023 p. 283, 285

II. Droits en jeu et enjeux

1. Droits de l'enfant

1.1 Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant

Le statut d'enfant sujet de droits n'est jamais exprimé comme tel dans la Convention mais découle de ses quatre principes généraux² et d'autres dispositions topiques, telles que notamment les art. 5 (capacités évolutives), 13 (droit à la liberté d'expression), 14 (droits à la liberté de pensée, de conscience et de religion), 15 (droits à la liberté d'association et à la liberté de réunion pacifique), 16 (droit au respect de la vie privée) et 17 (droits à l'information et à la protection contre l'information nuisible).

Ce cadre posé, nous nous concentrons sur la signification des deux articles «phares» qui éclairent ce nouveau statut de l'enfant, à savoir l'art. 3 par. 1 CDE (le droit de l'enfant de voir son intérêt supérieur être évalué dans toute décision prise à son égard) et l'art. 12 CDE (le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et de voir celle-ci être prise en compte de manière sérieuse).

1 RS0.107.

2 L'intérêt supérieur de l'enfant, la non-discrimination, la participation de l'enfant et la vie, la survie et le développement (art. 2, 3 par. 1, 6 et 12 CDE).



Ces deux articles qui, de notre point de vue, sont complémentaires, se combinent et se complètent lors de l'exercice par l'enfant de ses droits, doivent être mis en relation avec l'art. 5 CDE qui représente en quelque sorte l'instrument de mesure de l'autonomie de l'enfant pour l'exercice de ses droits.

1.1.1 Le droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur être pris en compte

La Convention établit à son art. 3 par. 1 :

«Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale.»³

S'il est un concept qui a été critiqué et malmené, c'est bien celui de l'intérêt supérieur de l'enfant, souvent traité de coquille vide, de concept-cadre, de formule magique, de notion insaisissable, abstraite, de flou conceptuel, etc. En outre, il a été confondu régulièrement avec le bien, voire le bien-être de l'enfant,⁴ et même avec le bonheur de l'enfant.

En Suisse, une interpellation d'un parlementaire fédéral⁵ a posé la question de savoir si la législation fédérale qui utilise le terme «bien de l'enfant» ne devrait

RMA 2023 p. 283, 286

pas être modifiée pour adopter systématiquement l'expression «l'intérêt supérieur de l'enfant». Cette interpellation a été rejetée au motif exprimé par le Conseil fédéral que ces deux notions étaient semblables, «le terme *Kindeswohl* (bien de l'enfant) [...] correspond matériellement à celui d'intérêt supérieur de l'enfant» figurant à l'article 3 de la Convention...⁶ Il n'y avait, dès lors, aucune nécessité de procéder au toilettage souhaité. D'ailleurs, la jurisprudence du Tribunal fédéral utilise comme synonymes «bien de l'enfant» et «intérêt de l'enfant».

Sans entrer dans un débat idéologique, rappelons que l'art. 3 par. 1 CDE parle de «l'intérêt supérieur de l'enfant» et traite d'un droit de l'enfant: celui de chaque enfant dont la cause est en jeu de voir sa situation personnelle être examinée de manière individuelle (ou collective s'il y est question d'un groupe d'enfants) et de savoir que toutes les solutions possibles à la résolution du problème posé seront examinées, pour choisir celle qui favorisera au mieux son développement harmonieux (art. 6 CDE), notamment lorsque différents intérêts sont en jeu. Trois étapes concrètes doivent donc être respectées par le décideur qui doit déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant concerné, à savoir:

- l'évaluation de la situation personnelle de l'enfant,
- la recherche de toutes les solutions possibles pour résoudre la question posée,
- le choix de la mesure ou de la solution la plus favorable.

Dès lors, on parle aussi souvent de l'intérêt supérieur de l'enfant comme le droit à l'individualisation, ce que l'on nomme aussi trivialement le «sur mesure».

Tout en constituant un principe de la CDE, l'art. 3 par. 1 crée une obligation intrinsèque pour les États, celle de veiller à ce que les interventions menées par les autorités judiciaires, administratives ou sociales (sans parler des autorités politiques) intègrent ces trois étapes dans le processus décisionnel et expliquent comment l'intérêt supérieur a été évalué, quelle solution a été choisie et pourquoi. Le droit à voir pris en compte son intérêt supérieur peut être invoqué devant un tribunal ou toute autre instance et devrait être directement applicable (auto-exécutoire).

De notre point de vue, cette question est loin de n'être que terminologique et nous continuons de penser que si l'on veut véritablement amener les décideurs à procéder à la pesée de l'intérêt supérieur de l'enfant selon les trois étapes mentionnées ci-dessus, il conviendrait d'éviter toute confusion qui naît de la notion idéalisée

³ A noter que les par. 2 et 3 de l'art. 3 CDE ne traitent pas de l'intérêt supérieur de l'enfant, mais des questions de protection de l'enfant et des dispositifs à mettre en place. Il est dommage que le législateur onusien n'ait pas consacré un article exclusif à ce principe général. Il a ainsi créé une confusion, un certain nombre d'Etats interprétant le par. 1 comme une disposition sur la protection de l'enfant et non comme un droit en soi.

⁴ Le bien-être de l'enfant est défini par le Comité des droits de l'enfant comme un idéal à atteindre: «La notion de bien-être de l'enfant, au sens large, englobe la satisfaction de ses besoins matériels, physiques, éducatifs et affectifs, ainsi que de ses besoins d'affection et de sécurité.» (Observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant, 16 CRC/C/GC 14, 2013).

⁵ Interpellation Vogler 19.3184 du 20.03.2019.

⁶ Avis du Conseil fédéral du 15.05.2019.



du «bien de l'enfant» et qui continue à poser question dans les pratiques de nombreux professionnels. L'intérêt supérieur de l'enfant doit être conçu comme un concept objectif, détaché d'une appréciation subjective du décideur; ainsi, en le confondant avec le bien de l'enfant, l'intérêt supérieur de l'enfant s'en trouve réduit de sa portée telle que prévue par la CDE.

Il va sans dire que comme tous les droits, ce droit à voir son intérêt supérieur pris en compte n'est pas un droit absolu qui primerait systématiquement tous les autres intérêts. L'intérêt de l'enfant, une fois évalué et déterminé, peut se trouver

RMA 2023 p. 283, 287

en concurrence et entrer en compétition avec d'autres droits (intérêt des parents, par ex.). Il appartiendra alors au décideur de faire la balance et de décider au cas par cas, «en ayant à l'esprit que le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un rang de priorité élevé et ne sont pas une considération parmi d'autres seulement. Il convient donc d'attribuer un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant»⁷. Le Tribunal fédéral abonde en ce sens: «Le bien de l'enfant constitue la maxime suprême du droit de l'enfant [...]; il est donc toujours le facteur décisif dans la réglementation des relations parents-enfant, tandis que les intérêts et les souhaits des parents passent au second plan».⁸

En Suisse, si ce droit peut être invoqué devant les tribunaux, le Tribunal fédéral ne l'a pas encore déclaré comme auto-exécutoire ou directement applicable, au contraire du droit découlant de l'art. 12 CDE (droit de faire entendre son avis et participer). En réalité, dès lors que le Tribunal fédéral se concentre sur le bien de l'enfant, il n'examine pas véritablement si le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant au sens de l'art. 3 CDE a été respecté par les autorités inférieures.

Ainsi, l'art. 3 par. 1 CDE exprime le fait que la Convention place l'enfant au centre de toutes les décisions qui sont prises à son égard et que ceci n'est ni n'abstrait, ni flou, ni complètement conceptuel. C'est la reconnaissance de l'importance majeure de l'enfant dans notre société.

1.1.2 Le droit de l'enfant d'être entendu

L'article 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant dispose ce qui suit:

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

2. 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'une organisation appropriée, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale ».

L'art. 12 CDE fonde ce que l'on nomme la participation de l'enfant ou la position de l'enfant acteur, indiquant par ces expressions tant le nouveau statut de l'enfant qui exerce des droits que le fait qu'il le réalise à travers sa voix, sa parole, son opinion, ses souhaits, ses vœux, etc. Cet article a une portée extrêmement large qui va jusqu'à inclure une dimension politique. Nous n'allons pas en parler dans cet article, nous bornant à expliquer succinctement la signification et la portée de cette norme.

L'art. 12 CDE n'est pas un article déclamatoire, car il consacre un double droit de l'enfant:

- celui d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant, et
- celui de voir cette opinion être prise sérieusement en considération, compte tenu de son âge et de son degré de maturité.

RMA 2023 p. 283, 288

Il s'agit d'un droit subjectif, reconnu à l'enfant, de pouvoir exiger d'être entendu. L'effet de ce droit est de créer une obligation pour les Etats de le reconnaître et d'en assurer l'application dans sa double portée: procédurale (recueil de la parole) et matérielle (évaluation de la valeur de la parole et prise en considération de celle-ci). Cette obligation est suffisamment concrète pour entraîner, dans les pays à système moniste à l'instar de la Suisse, une application directe.⁹

⁷ Observation générale n° 14 du Comité des droits de l'enfant, 11 CRC/C/GC 14, 2013.

⁸ [ATF 142 III 612 consid. 4.2](#), extrait traduit de l'original en langue allemande.

⁹ Pour la Suisse, voir l'[ATF 124 III 90 = JDT 1998 I, 275](#): le TF explique clairement cet effet d'application directe de l'art. 12 CDE.



Rappelons que nous sommes en présence d'un droit et non d'une obligation: l'enfant peut ne pas l'exercer. Les décideurs doivent alors respecter ce choix et éviter les mesures de pression ou de contrainte pour obtenir de l'enfant qu'il exprime son opinion contre son gré.

L'art. 12 CDE n'a pas fixé de limite d'âge pour jouir du droit d'exprimer son opinion. L'esprit du législateur de 1989, inspiré largement des travaux de Janusz Korzak, éducateur et pédagogue polonais,¹⁰ estime que l'enfant est supposé capable de former sa propre opinion (présomption de capacité) et qu'il n'appartient pas aux enfants de démontrer qu'ils sont effectivement capables de s'exprimer. Le fardeau de la preuve de l'incapacité de discernement de l'enfant repose dans ce contexte sur les épaules du décideur. C'est notamment le système adopté par l'Ecosse lors de la récente révision du droit concerné, à savoir le renversement du fardeau de la preuve; désormais, l'enfant est présumé capable de discernement, sauf preuve du contraire.¹¹ Par ailleurs, l'art. 12 CDE ne laisse pas toute liberté aux Etats qui seraient tentés d'en limiter le champ d'application par des prescriptions relatives à l'âge, qui pourraient alors être contraires à la nature et aux buts de ce droit.¹²

La locution «*capable de discernement*» de l'art. 12 par. 1 CDE a souvent fait débat, d'aucuns voulant appliquer les critères stricts du discernement (faculté intellectuelle d'apprécier la portée de l'acte et faculté de se déterminer librement par rapport à cet acte)¹³ à la possibilité pour un enfant d'exprimer son opinion. Dans le cas d'une telle interprétation, il en résulterait que ce droit de l'enfant serait très sérieusement limité, à tel point que le Comité des droits de l'enfant, dans son Observation générale n° 12, a tranché cette question de manière nette, en affirmant qu'il «n'est pas nécessaire que l'enfant ait une connaissance complète de tous les aspects de la question le concernant, mais il doit être doté d'un discernement suffisant pour être capable de se forger de manière adéquate sa propre opinion sur la question.»¹⁴ C'est d'ailleurs dans ce sens que Laura Lundy,

RMA 2023 p. 283, 289

Professeure à la Queen's University de Belfast, a repensé la participation de l'enfant et a élaboré une nouvelle stratégie. Dans le cadre de celle-ci, elle a rappelé que le droit des enfants d'exprimer leur opinion ne dépend pas de leur capacité à exprimer une opinion; il dépend uniquement de leur capacité à se forger une opinion, mature ou non.¹⁵ Dans certains cas, les enfants auront besoin de l'aide des autres pour se forger une opinion. De plus, l'art. 5 CDE donne aux enfants le droit d'être guidés et orientés par des adultes dans l'exercice des droits que leur confère la Convention y compris l'art. 12 CDE.¹⁶

Il est évident que le droit de l'enfant d'être entendu ne s'applique pas seulement aux cas emblématiques du divorce et de la séparation, où les enfants, sans être parties à la procédure, sont les premiers affectés par les décisions des juges. En effet, l'enfant a le droit d'exprimer son opinion dans toutes sortes d'autres décisions, dès le moment où elles ont un impact direct ou indirect sur lui (par exemple en matière d'éducation, de santé, de protection, de loisirs, de sports, etc.) Mais aussi, et peut-être surtout, dans le cadre des relations familiales ordinaires, où l'on estime que la possibilité pour l'enfant d'exprimer de manière régulière son point de vue peut permettre de favoriser son épanouissement personnel, ses relations familiales et faciliter la socialisation des enfants. C'est également un exercice indispensable pour qu'il puisse se préparer à l'exercice futur de ses droits de citoyen.

1.1.3 La relation étroite entre l'art. 12 et l'art. 3 par. 1 CDE

Il a souvent été dit que l'art. 3 par. 1 et l'art. 12 CDE s'opposaient, le premier traitant de la protection de l'enfant et le second de la participation de l'enfant. Cette appréciation est erronée et découle des travaux préparatoires de la CDE, où l'art. 3 CDE était consacré entièrement à la protection de l'enfant. Ce n'est que

¹⁰ Le droit de l'enfant au respect, nouvelle traduction du polonais par Lydia Waleryszak (2009), Éditions Fabert, novembre 2009.

¹¹ Lesley-Ann Barnes MacFarlane (2023). «A new welfare test: plus ça change?», Law Society of Scotland. (<https://www.lawscot.org.uk/members/journal/issues/vol-66-issue-03/a-new-welfare-test-plus-%C3%A7a-change/2021,09.05.2023>).

¹² Par ex. voir décision du Comité des droits de l'enfant, 28.09.2020 *V.A. au nom de E.A et U.A. c. Suisse, com.58/2018*, qui reproche à la Suisse de ne pas avoir entendu deux enfants dans une procédure d'asile et critique la jurisprudence restrictive du TF en matière d'audition de l'enfant.

¹³ Voir [ATF 124 III 5 consid. 1a](#).

¹⁴ Observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant, par. 21 CRC/C/GC/12.

¹⁵ Laura Lundy (2007). «Voice» is not enough: conceptualising Article 12 of the United Nations Convention on the Rights of the Child, *British Educational Research Journal*, vol. 33, n° 6, 927 ss, 935 ss.

¹⁶ *Ib.*



dans la phase finale de la légifération que l'intérêt supérieur de l'enfant fit l'objet du par. 1 de cet article 3, entraînant une confusion longtemps entretenue. De fait, si l'on se réfère à ce qui a été expliqué ci-dessus relativement à la signification de ces deux articles, l'on se rend bien compte que pour déterminer l'intérêt supérieur de l'enfant, l'enfant doit être entendu. Qui est le mieux placé, au moment de l'évaluation de sa situation personnelle et de la recherche de la solution la plus favorable, que l'enfant lui-même, premier concerné par la décision? Pour déterminer la valeur de la parole de l'enfant, on est obligé de procéder à un examen de ses circonstances personnelles, 1^{ère} étape de la détermination de son intérêt supérieur. Ces deux articles et ces deux droits sont donc imbriqués l'un à l'autre. L'art. 3 par. 1 et l'art. 12 CDE sont complémentaires et fonctionnent de concert dans le processus décisionnel. L'art. 3 par. 1 donne son effectivité à l'art. 12 et ce dernier offre un instrument indispensable pour déterminer la solution qui favorisera l'épanouissement de l'enfant. Surtout, considérer ces deux dispositions comme agissant en tandem assure le droit de l'enfant d'influencer

RMA 2023 p. 283, 290

son intérêt supérieur et donc la décision à prendre, ce qui veut dire son existence du moment et son avenir.

Mais attention: malgré cette interdépendance des deux articles, il ne faut pas les confondre. Il y a de nombreuses situations où le droit d'être entendu de l'enfant est un élément important de la démarche judiciaire ou administrative mais où la parole de l'enfant ne sera pas déterminante par rapport à d'autres intérêts, voire pourrait être contraire à l'intérêt même de l'enfant entendu. Il convient en outre de penser aux situations où le désir subjectif de l'enfant ne correspond pas à son intérêt supérieur. A cet égard, le Tribunal fédéral parle de «l'inéluctable paradoxe de la contradiction entre volonté et bien de l'enfant» dans l'examen de la fonction du représentant de l'enfant. Dans une procédure matrimoniale, notre Haute Cour a considéré que, sous réserve de l'âge de l'enfant et de la situation du cas d'espèce, il appartenait au représentant de déterminer l'intérêt objectif de l'enfant et de le communiquer au juge.¹⁷ A notre sens, ces deux éléments font partie des faits à établir par l'autorité sur la base de son devoir d'instruction d'office, à qui il reviendra de trancher cette question. Si l'intérêt objectif de l'enfant est retenu, au mépris de sa volonté exprimée, on se trouve dans une situation qui appelle de la part de la personne décidante une écoute puis une discussion avec l'enfant pour lui expliquer pourquoi ce qu'il a exprimé a été écarté. Dans tous les cas, un retour sur la considération donnée à la voix de l'enfant doit lui être donné.

1.1.4 Les capacités évolutives de l'enfant

L'art. 5 CDE, qui aurait pu à notre avis être considéré comme un cinquième principe général, prescrit que:

«Les États parties respectent la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents ou, le cas échéant, les membres de la famille élargie ou de la communauté, comme prévu par la coutume locale, les tuteurs ou autres personnes légalement responsables de l'enfant, de donner à celui-ci, d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice des droits que lui reconnaît la présente Convention.»

Cette disposition traite évidemment de la relation des parents et des enfants (droits et devoirs) et de l'orientation nécessaire que les parents (au sens large) doivent fournir aux enfants pour que ces derniers puissent exercer leurs droits.

Si la Convention réaffirme le principe du respect de l'autonomie et la primauté du rôle des parents par rapport à leurs enfants, l'art. 5 CDE prévoit que les droits et responsabilités des parents doivent être dirigés vers la réalisation des droits de leurs enfants dans le respect de leurs capacités en développement. Dès lors, cette disposition dépasse une lecture littérale de la Convention en établissant le principe du développement progressif des capacités de l'enfant (capacités évolutives, *evolving capacities*)¹⁸: elle décrit une sorte de courbe croissante de l'autonomie de l'enfant. En effet, à sa naissance et dans son plus jeune âge, l'enfant n'a guère de capacités pour exercer seul ses droits. Cependant, plus il grandit et plus ses

RMA 2023 p. 283, 291

capacités à le faire se développent, au point de lui permettre de jouir progressivement de ses droits jusqu'à devenir totalement autonome dans leur exercice. Cette conception se base sur la recherche, notamment sur les travaux de Gerison Lansdown, consultante internationalement reconnue en droits de l'enfant,¹⁹ qui

¹⁷ ATF 142 III 153, JdT 2017 II p. 202, 210.

¹⁸ Gerison Lansdown (2005). The Evolving Capacities of the Child, *Innocenti Insights*, n° 11.

¹⁹ Gerison Lansdown (2001). Promoting Children's Participation in Democratic Decision-Making, *Innocenti Insights*, n° 6.



montrent que l'information, l'expérience, l'environnement et le soutien dont bénéficie l'enfant contribuent au développement de sa capacité à se faire une opinion, et donc à exercer progressivement ses droits.

Dans l'appréciation de la capacité de l'enfant à exercer ses droits vont intervenir les deux critères cités à l'art. 12 CDE: son âge et sa maturité. Il est évident que l'âge seul (élément objectif) ne peut déterminer la capacité d'un enfant et que le critère de la maturité (capacité de se forger seul une opinion) doit apporter le complément nécessaire pour apprécier si l'enfant est capable d'exercer ses droits, partiellement ou totalement, ou s'il doit être représenté pour le faire. Les critères à prendre en compte pour juger du degré de maturité de l'enfant sont basés sur son degré de développement physique, affectif, cognitif et social.

On peut même rajouter ici que l'art. 5 CDE permet de mieux comprendre l'art. 12 CDE qui transfère en quelque sorte l'exercice de leurs droits aux enfants (et justifie l'absence de limite d'âge universelle dans la CDE), en reconnaissant que les enfants peuvent acquérir une maturité suffisante très jeunes.

En résumé, parole de l'enfant, intérêt supérieur, âge, maturité ainsi que capacités évolutives sont les attributs du nouveau statut de l'enfant, dit sujet de droits. Ceci implique que pour chaque enfant vivant des circonstances particulières ou traversant des difficultés et se trouvant au moment où des décisions doivent être prises à son égard, tout décideur doit procéder à son audition, évaluer la portée de sa parole, déterminer la situation particulière dans laquelle il vit (famille, école, santé, relations, vulnérabilité, etc.), choisir la mesure qui servira le mieux son intérêt, tout en mettant en balance ce dernier avec d'autres intérêts en jeu et l'informer des suites données à sa parole. En d'autres mots, il faut lui expliquer comment son opinion a été considérée et les raisons pour lesquelles elle a été écartée, le cas échéant. Cette démarche complexe, et pluridisciplinaire si possible, suppose un processus au cas par cas, qui tient compte de l'unicité de chaque enfant et du fait que son épanouissement doit être au centre de toutes les préoccupations.

1.2 Droit suisse

En droit suisse, l'enfant est soumis jusqu'à sa majorité à l'autorité parentale de ses parents. Comme tout être humain, il est, dans les limites de la loi, apte à devenir sujet de droits et d'obligations ([art. 11 CC](#)). Il est en revanche privé de l'exercice des droits civils ([art. 12 ss CC](#)). Cependant, l'enfant peut contracter une obligation ou renoncer à un droit avec le consentement de son représentant légal ([art. 18 CC](#)). Lorsqu'il s'agit de l'exercice de droits strictement personnels, il peut les exercer seul et de façon autonome dans la mesure de sa capacité de discernement ([art. 19c CC](#)).

RMA 2023 p. 283, 292

Les enfants incapables de discernement sont, pour leur part, représentés par leur représentant légal. En cas de conflit d'intérêts avec ses représentants légaux, leurs droits s'éteignent *ex lege* pour l'affaire en cause et un représentant *ad hoc* doit être désigné à l'enfant ([art. 306 al. 3 CC](#)).

Aucune définition de l'autorité parentale n'est prévue dans la loi. Il est simplement indiqué qu'elle sert le bien de l'enfant ([art. 296 al. 1 CC](#)). Elle est définie par son contenu: les père et mère déterminent les soins à donner à l'enfant, dirigent son éducation en vue de son bien et prennent les décisions nécessaires ([art. 301 CC](#)). Ces tâches doivent être honorées par les parents sous réserve de la propre capacité de l'enfant. L'al. 2 complète en exprimant que «l'enfant doit obéissance à ses père et mère, qui lui accordent la liberté d'organiser sa vie selon son degré de maturité et tiennent compte autant que possible de son avis pour les affaires importantes.» A notre sens, ces articles de loi sont conformes aux droits de l'enfant découlant de la Convention que nous avons énoncés plus haut.

La question de l'alignement de la Suisse avec la CDE est plus délicate en ce qui concerne les droits de participation de l'enfant dans les procédures le concernant, concept qui n'est d'ailleurs pas défini dans le Code civil suisse. Brièvement, il est rappelé que le Code civil est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1912. S'il peut être admis que cette nouvelle loi était une révolution en matière de droits de l'enfant, aucune norme procédurale ne garantissait à l'enfant le droit d'être directement impliqué dans les procédures. Il a fallu attendre le 1^{er} janvier 2000, date de l'entrée en vigueur de la révision du droit du divorce, première révision depuis la ratification de la CDE par la Suisse en 1997, pour que l'enfant se voie timidement reconnaître le statut de sujet de droits. C'est dans ce contexte qu'a été inscrit pour la première fois dans la loi le droit de l'enfant à être auditionné.²⁰ Il s'est également vu reconnaître le droit à être représenté, sous certaines conditions et uniquement dans les procédures matrimoniales, à l'exclusion des procédures en droit de

²⁰ Le juge, ou un tiers nommé à cet effet, entend les enfants personnellement, et de manière appropriée, pour autant que leur âge ou d'autres motifs ne s'opposent pas à l'audition (anc. art. 144 CC).



protection.²¹ L'étape suivante a été l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2013, du nouveau droit de la protection de l'enfant et de l'adulte pour que ces droits soient étendus à ces dernières procédures.²²

Dans certaines procédures, bien que l'enfant n'ait pas la qualité de partie (par exemple dans la procédure en divorce de ses parents),²³ il est titulaire de certains droits qui lui sont octroyés par la loi (droit d'être auditionné, d'être représenté, etc.) Dans une telle situation, l'enfant acquiert un statut *sui generis*²⁴ puisqu'il est massivement affecté par le déroulement des procédures et les décisions qui en résultent; ces droits sont éminemment personnels.²⁵ Dans les procédures en protection de l'enfant, ce dernier a la qualité de partie à la procédure puisqu'il est

RMA 2023 p. 283, 293

directement concerné par celles-ci et qu'il est le destinataire des mesures protectionnelles. Il est donc titulaire de tous les droits relatifs à ce statut.

Pendant longtemps, l'âge pour entendre un enfant notamment dans les procédures judiciaires était fixé dans la fourchette 10 – 12 ans. Sous l'influence de la CDE, l'évolution a été importante depuis un arrêt du Tribunal fédéral de 2005²⁶ qui a fixé la possibilité pour le juge helvétique d'entendre un enfant à partir de l'âge de 6 ans en matière de droit du divorce. Dans cette affaire, le TF a également indiqué (avec valeur de ligne directrice générale) que le droit d'être entendu constituait un droit personnel de l'enfant,²⁷ que l'audition de l'enfant était une obligation faite à l'instance judiciaire (les raisons pour renoncer à cette audition étant limitées au très jeune âge ou aux situations où l'enfant court un risque sérieux pour sa santé physique ou psychique) et que l'audition de jeunes enfants n'était pas forcément un élément de preuve déterminant, mais qu'elle permettait à l'autorité de se faire une image personnelle de la situation et de trouver des solutions pour la décision à rendre.²⁸

Jusqu'à récemment, le Tribunal fédéral considérait qu'un magistrat ne pouvait pas renoncer à l'audition d'un enfant par appréciation anticipée des preuves.²⁹ Dans un arrêt paru aux [ATF 146 III 203](#), le Tribunal fédéral a jugé que si le magistrat est persuadé que l'audition de l'enfant n'aura aucune influence sur le sort de la cause et qu'elle sera ainsi un exercice purement formel, il peut y renoncer (appréciation des preuves improprement dite).³⁰ Notre Haute Cour a ainsi limité la possibilité pour les enfants d'être entendus dans les procédures. Dans les procédures relatives à l'attribution de l'autorité parentale, le Tribunal fédéral considère que les enfants peuvent être entendus dès 12 ans révolus.³¹ Les enfants plus jeunes ne doivent donc pas être entendus sur leurs souhaits concrets concernant cet aspect, car ils ne peuvent pas, de l'avis du Tribunal fédéral, s'exprimer à ce sujet sans tenir compte de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et ne sont pas en mesure de formuler une volonté stable.³² A notre avis, cette jurisprudence a le poids d'une régression du statut de l'enfant et d'une limitation induite à son droit d'être entendu (cf. nbp. 12 *supra* et position du Comité des droits de l'enfant).³³

S'agissant de la représentation de l'enfant, il y a deux régimes différents qui s'appliquent selon le type de procédure. En procédure de protection de l'enfant, c'est une possibilité du juge et non un droit de l'enfant (art. 314a^{bis} CC). La proposition d'une désignation d'office a été écartée dans le cadre des débats parlementaires. Dans les autres procédures civiles, le magistrat doit désigner un représentant à l'enfant qui le demande (art. 299 al. 3 CPC). Outre ce qui précède, la loi ne donne aucune autre indication sur la mission du représentant de l'enfant.

²¹ Anc. art. 146 CC.

²² Art. 314a et 314a^{bis} CC.

²³ François Bohnet / Marie-Laure Percassi (2021). La qualité du parent pour affirmer en son propre nom le droit à l'entretien de l'enfant (*Prozessstandschaft*) dans les procédures du droit de la famille, [FamPra.ch](#), 638, 638.

²⁴ Notamment *ib.*, 345.

²⁵ Samuel Zogg (2017). Das Kind im familienrechtlichen Zivilprozess, [FamPra.ch](#), 404 ss, 437.

²⁶ [ATF 131 III 553](#).

²⁷ *Ib.*, consid. 1.1 par. 2.

²⁸ *Ib.*, consid. 1.2.2 par. 2.

²⁹ Notamment arrêts du TF [5A_723/2019 du 4 mai 2020](#), [5A_215/2017 du 25 octobre 2017](#).

³⁰ [ATF 146 III 203](#).

³¹ Arrêt du TF [5A_354/2015 du 3 août 2015](#).

³² [ATF 131 III 553](#).

³³ Cf. Observations finales concernant les deuxième à quatrième rapports périodiques de la Suisse, 2014, ch. 28 et 29, CRC/C/CHE/CO/2-4.

RMA 2023 p. 283, 294

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, le représentant de l'enfant peut contribuer à clarifier une situation, accompagner l'enfant ou être un pacificateur en cas de conflit entre les parents, ou avec ceux-ci. Son rôle dépend de l'âge de l'enfant et de la situation du cas d'espèce.³⁴ Une controverse existe sur la fonction du curateur de représentation entre l'intérêt objectif de l'enfant et sa volonté subjective exprimée (à ce sujet, voir ch. 1.1.3 *in fine*). Pour le Tribunal fédéral, le rôle du représentant de l'enfant dans les procédures matrimoniales est de déterminer le «bien» objectif de l'enfant et de contribuer à sa réalisation.³⁵ Au regard des développements qui précèdent, nous pensons que la délimitation de ce rôle dessinée par le Tribunal fédéral est contestable et élude complètement le rôle de l'enfant acteur de son devenir au sens de la Convention.

Finalement, nous constatons, de manière générale, que si le droit suisse contient les principes de base en matière de droits de l'enfant, leur mise en œuvre n'est pas encore suffisamment assurée pour se conformer à la CDE. Plusieurs décisions du Tribunal fédéral sont manifestement contraires à la lettre et à l'esprit de la CDE, conclusions auxquelles parvient également le Comité des droits de l'enfant dans ses Observations finales à l'égard de la Suisse.³⁶

2. Droits des parents

2.1 Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant et autres textes internationaux

2.1.1 Généralités

La Convention n'a pas défini de manière explicite les droits des parents, mais elle fait état dans plusieurs dispositions de leurs droits et responsabilités; en fait, plutôt que d'énoncer des droits, elle agit par des références indirectes à la position des parents, en se plaçant du point de vue du «droit individuel de l'enfant à...» et non du point de vue des droits de ses géniteurs. Malgré cela, il ne fait pas de doute que l'enfant n'est pas une personne déconnectée de son milieu, une créature «hors-sol», mais qu'il appartient bien à une famille, à une communauté et à un ensemble de personnes qui forment l'Etat, lequel est partie à la Convention.

Cette non-définition explicite des droits des parents a amené un certain nombre d'Etats (et d'adversaires de la CDE) à exprimer la préoccupation qu'en reconnaissant l'enfant comme un sujet autonome de droits, les droits des parents (ce que l'on nomme souvent l'autorité parentale) seraient amputés d'une grande partie de leur portée et significativement affaiblis.

La Suisse est un exemple parlant à ce titre: durant tout le débat sur la ratification de la CDE, le Parlement helvétique s'est posé cette question de l'affaiblissement possible de la position des parents par rapport à leurs enfants. Raison pour laquelle au moment de ratifier la CDE, notre pays a formulé une réserve concernant l'art. 5 CDE, qui exige des Etats parties de respecter la responsabilité, le droit et le devoir qu'ont les parents de donner à l'enfant, d'une manière qui cor-

RMA 2023 p. 283, 295

responde au développement de ses capacités, l'orientation et les conseils appropriés à l'exercice de ses droits. Cette réserve indique que «la législation suisse concernant l'autorité parentale demeure réservée». Après de nombreux débats et après avoir reçu une critique spécifique du Comité des droits de l'enfant³⁷ lors de l'examen de son rapport initial, il a été constaté que cette réserve de la Suisse ne correspondait pas à une incompatibilité du droit suisse, respectivement de la cohabitation de l'art. 5 CDE avec le principe de l'autorité parentale tel que défini à l'[art. 296 CC](#), si bien que la Suisse a fini par retirer cette réserve, précisant qu'il s'agissait là d'une réserve improprement dite ou interprétative, en raison de sa motivation initiale qui n'était pas d'ordre juridique mais politique.³⁸

Il est donc patent qu'à la lecture de la Convention, les droits et devoirs (*duties*) des parents sont mentionnés dans de nombreux articles, en particulier la mise à disposition de soins appropriés et la garantie de protection pour les enfants. De plus, la CDE (malgré son objectif axé clairement sur les droits de l'enfant)

³⁴ [ATF 142 III 153](#).

³⁵ Ib. c. 5.2.2.

³⁶ Nbp. 33 *supra*.

³⁷ CRC/C/15/Add.182, par. 7.

³⁸ BO E 1996 349 et 1048. Voir aussi Motion Berberat 99.3627.



consacre plusieurs articles où les parents (ou leurs substituts lorsque nécessaire) apparaissent comme les acteurs indispensables à la réalisation de leurs droits par les enfants.

2.1.2 Dispositions spécifiques traitant des parents et de leur rôle

Il faut citer en premier lieu le Préambule de la Convention qui est explicite à ce sujet:

«Les Etats parties [...] convaincus que la famille, unité fondamentale de la société et milieu naturel pour la croissance et le bien-être de tous ses membres, et en particulier des enfants, doit recevoir la protection et l'assistance dont elle a besoin pour pouvoir jouer pleinement son rôle dans la communauté,

[...] reconnaissant que l'enfant, pour l'épanouissement harmonieux de sa personnalité, doit grandir dans le milieu familial, dans un climat de bonheur, d'amour et de compréhension [...].»³⁹

Cette référence à la famille, perçue comme pilier fondamental de la société et offrant l'environnement naturel pour la croissance et le bien-être de ses membres, souligne les conditions nécessaires (environnement familial, atmosphère de bonheur, d'amour et de compréhension) pour assurer la réalisation des droits de l'enfant et son développement harmonieux (objectif que l'on retrouve aussi à l'art. 6 CDE). Dès lors, la présence et le rôle des parents sont essentiels pour l'existence de cette cellule de base.

On peut aussi mentionner une considération intéressante du Comité des droits de l'enfant, tout au début de son travail, dans son rapport d'activité pour l'année 1994: «[...] La famille est un agent indispensable de sensibilisation aux droits de l'homme, de la préservation de ces droits et du respect des valeurs humaines [...]».

RMA 2023 p. 283, 296

Il faut examiner les moyens d'assurer l'équilibre entre l'autorité parentale et la réalisation des droits de l'enfant, notamment du droit à la liberté d'expression.»⁴⁰

Outre ce qui précède, deux articles méritent que l'on s'y attarde. D'abord, l'art. 5 CDE (*supra*), que nous avons lu dans la perspective des capacités évolutives des enfants. Cette norme est aussi une disposition qui traite du respect des droits et des devoirs des parents, ainsi que de leur responsabilité de donner des orientations et des conseils à leurs enfants. Il s'agit donc de droits parentaux orientés vers la réalisation des droits de l'enfant et le développement de leurs capacités. Ce que l'on peut ajouter, c'est que la relation parent-enfant est au cœur de l'art. 5 CDE et que, de notre point de vue, la formulation de cette disposition questionne les modèles traditionnels de parentalité, historiquement formulés en termes de propriété, où l'enfant est un bien (propriété des parents) et pas encore une personne, donc où il n'a pas voix au chapitre. Avec l'art. 5 CDE, le législateur international propose une conception de la parentalité fondée sur le respect des capacités progressives des enfants, sur la collaboration parent-enfant et donc sur la confiance mutuelle. Les parents ne sont plus considérés comme des titulaires de droits exclusifs sur leur enfant, mais comme des détenteurs de devoirs envers leur enfant, dans le respect de la jouissance et de l'exercice de leurs droits d'enfant tels qu'ils ressortent de la CDE.

Ensuite l'art. 18 CDE, qui porte sur les responsabilités parentales (et pas sur les droits parentaux), fixe la responsabilité égale des parents de l'enfant (ou de leur substitut) d'élever celui-ci et d'assurer son développement. Cette norme complète l'art. 5 CDE, en conférant directement aux parents la responsabilité principale d'élever l'enfant et d'assurer son développement, en soulignant que les décisions parentales doivent toujours être prises en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Cette disposition doit également être lue en lien avec l'art. 27 par. 2 CDE, qui confère aux parents la responsabilité d'assurer «les conditions de vie nécessaires au développement de l'enfant». L'art. 18 par. 2 CDE répète l'obligation des États d'accorder une assistance appropriée aux parents dans l'exercice de leur responsabilité éducative et exige également que l'État mette à disposition des institutions des équipements et des services pour la prise en charge des enfants, ainsi que des services de garde pour les parents qui travaillent.

A notre avis, l'art. 18 CDE ne donne pas priorité aux droits des parents sur les droits des enfants, mais affirme surtout la primauté des «parents et autres personnes ayant la charge principale de l'enfant» par rapport à l'État, et non par rapport à l'enfant. Ce faisant, la CDE impose aux États l'obligation de respecter le rôle des parents en s'abstenant de toute ingérence arbitraire dans l'exercice de la responsabilité parentale.

Dans ce cadre, les parents jouissent d'un certain pouvoir discrétionnaire en tant que détenteurs de droits limités d'une part par la capacité évolutive de l'enfant: au fur et à mesure que l'enfant mûrit, les droits parentaux seront automati-

³⁹ RS 0.107.

⁴⁰ Comité des droits de l'enfant, Rapport sur la cinquième session (10 – 28 janvier 1994), 58, CRC/C/24, 8 mars 1994.

**RMA 2023 p. 283, 297**

quement restreints ou remodelés dans leur contenu et leur portée (art. 5 CDE); et d'autre part, les droits des parents sont également limités par l'exigence de respecter le droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur envisagé comme une considération primordiale dans toute décision qui le concerne.

Par ailleurs, le respect de la famille et du rôle des parents se lit également dans les dispositions suivantes:

–L'art. 7 CDE, ou le droit des enfants, dans la mesure du possible, de connaître leurs parents et d'être élevés par eux.

–L'art. 8 CDE, où il est question de la préservation de l'identité, y compris le droit aux relations familiales.

–L'art. 9 CDE énonce deux grands principes: les enfants ne doivent pas être séparés de leurs parents à moins que cette séparation ne soit nécessaire au vu de leur intérêt supérieur; l'enfant et ses parents ne doivent pas être séparés sans procédure régulière, quelles que soient les circonstances, y compris pour des questions de protection ou de garde de l'enfant. De plus, cette norme protège le droit de l'enfant à entretenir des relations personnelles avec ses deux parents, à moins que son intérêt supérieur n'indique le contraire, et impose aux États l'obligation de tenir les parents et les enfants informés de toute action étatique (judiciaire ou administrative) susceptible d'empiéter sur ce droit. L'art. 9 par. 4 CDE établit que lorsqu'un parent ou un enfant est séparé de sa famille à la suite d'actions de l'État (détention, emprisonnement ou exil), ce dernier doit fournir des informations sur le lieu où ils se trouvent et veiller à ce que cela n'entraîne pas de conséquences négatives pour les concernés.

–L'art. 10 CDE affirme que si un enfant ou ses parents demandent à entrer dans un État ou à le quitter à des fins de regroupement familial, les États parties doivent traiter cette demande de manière positive, humaine et rapide. En outre, lorsqu'un enfant vit dans un État différent de celui de ses parents, les États doivent permettre à l'enfant ou aux parents de quitter ou d'entrer dans le pays afin de maintenir le contact. La question du regroupement familial est centrale et entraîne passablement de questions dans le domaine de la migration.

–L'art. 11 CDE impose aux États l'obligation de mettre en place des mécanismes de protection des enfants contre l'enlèvement illicite de leur pays d'origine et de prévoir des mécanismes pour empêcher que des enfants soient retenus en dehors de leur pays d'origine en violation du droit de garde. Les États doivent prendre des mesures pour protéger les enfants contre les enlèvements et pour les récupérer et les renvoyer lorsqu'ils ont été enlevés.

–Par ailleurs, la CDE reconnaît que, bien que les parents soient les premiers responsables de leur enfant, ils ne peuvent assurer la réalisation de ses droits que si l'État leur fournit l'environnement nécessaire. Ainsi, dans les art. 20, 21 et 25, la Convention couvre également les circonstances dans lesquelles les familles ne peuvent ou ne veulent pas s'occuper de leurs enfants: dès lors naissent les droits des enfants à une prise en charge alternative et à une protection temporaire ou permanente de remplacement, appropriée, de qua-

RMA 2023 p. 283, 298

lité et dans le respect de leur intérêt supérieur (placement institutionnel, placement familial, placement alternatif...).

2.1.3 Synthèse

En conclusion, bien que respectueuse de la famille et de son importance dans la vie des enfants, la Convention pose la question de la famille longtemps considérée comme une institution privée jouissant d'une autonomie totale pour ce qui regarde les enfants. En effet, la CDE confère à l'État un rôle clé dans le respect, la protection et la réalisation des droits de l'enfant au sein de la famille. Cela est assez logique puisque la Convention lie les États et non les individus, par rapport à ce qu'ils doivent respecter, protéger et mettre en œuvre en matière de droits de l'enfant. L'État doit donc soutenir, encourager et prendre toutes mesures favorables aux familles (et aux parents).

Dès lors, le rôle des parents n'est pas perçu comme étant celui de détenteurs d'une autorité sacrée, mais plutôt comme une maille du filet de protection et de prestations que l'État doit à l'enfant. Bien sûr, souvent la CDE s'appuie sur les parents (notamment aux art. 5 et 18 CDE) pour permettre la réalisation des droits; bien sûr, l'État devrait tout mettre en œuvre pour assurer l'environnement propice à l'épanouissement harmonieux de ses enfants, donc pour protéger et fortifier la cellule familiale; mais il n'en reste pas moins que l'État ne reconnaît plus forcément le rôle traditionnel dévolu aux parents avant l'avènement de la CDE.



La CDE va même plus loin en affirmant que les enfants doivent être reconnus comme des détenteurs de droits individuels et donc qu'il n'y a pas toujours coïncidence d'intérêts entre l'enfant et ses parents, mais qu'il peut y avoir divergence partielle ou totale, quand il ne s'agit pas de violations crasse des droits des enfants par leurs parents! Ce qui oblige alors les Etats parties à la Convention à prendre des mesures de protection, voire d'éloignement des enfants pour assurer leur sécurité; et des mesures législatives (substantielles et procédurales) pour garantir l'exercice de leurs droits lorsqu'ils s'opposent ou ne coïncident pas avec ceux de leurs parents.

2.2 Code civil suisse

Les parents sont investis de droits et d'obligations en lien avec leur enfant, qui sont regroupés sous l'appellation «autorité parentale». Celle-ci, dont le principe est fixé à l'[art. 296 al. 2 CC](#), fonde la relation parentale. Cet article prescrit que «L'enfant est soumis, pendant sa minorité, à l'autorité parentale conjointe de ses père et mère.» Il est précisé qu'elle «sert le bien de l'enfant». ⁴¹ L'autorité parentale peut être définie comme «un droit-devoir, auquel les père et mère ne peuvent pas renoncer, d'éduquer et de représenter l'enfant mineur, d'administrer son patrimoine et de prendre les décisions pour son compte quand il est incapable de discernement.» ⁴²

RMA 2023 p. 283, 299

Découlent de l'autorité parentale notamment le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, ⁴³ le droit d'entretenir avec son enfant des relations personnelles, ⁴⁴ le droit de choisir le prénom de l'enfant, ⁴⁵ le droit de diriger son éducation religieuse ⁴⁶ et le droit de représenter l'enfant à l'égard des tiers dans les limites de la loi. ⁴⁷ Les parents doivent à l'enfant des soins, diriger son éducation et prendre les décisions nécessaires à son développement et son bien-être. ⁴⁸ Ils décident, en outre, avec qui l'enfant entretient des contacts, sous réserve de l'[art. 274a CC](#). ⁴⁹

L'autorité parentale est un droit strictement personnel des parents, et est incessible entre vifs et intransmissible pour cause de mort. Elle est également inamissible, le détenteur ne pouvant valablement y renoncer. ⁵⁰ Elle est, de surcroît, garantie par les [art. 8 CEDH](#) et 13 et 14 [Cst.](#) qui protègent en particulier la sphère privée et la vie familiale. ⁵¹

Des limitations à l'autorité parentale doivent être considérées comme des atteintes graves aux [art. 8 CEDH](#), respectivement aux [art. 13 et 14 Cst.](#) Elles sont néanmoins possibles aux conditions que fixent les [art. 8 al. 2 CEDH](#) et 36 [Cst.](#)

En droit suisse, les ingérences de l'Etat dans la vie familiale sont prévues, s'agissant des mesures protectrices en faveur de l'enfant mineur, aux [art. 307 ss CC](#) ⁵² ou en cas de divorce, à l'[art. 176 al. 3 CC](#). ⁵³ Le bien-être physique et psychique de l'enfant constitue, dans ce contexte, le critère le plus important pour justifier ces ingérences. ⁵⁴

⁴¹ [Art. 296 al. 1 CC](#).

⁴² BSK [CC](#) I-Schwenzer / Cottier, n° 2 ss ad [art. 301 CC](#).

⁴³ [Art. 25, 301 a et 310 CC](#).

⁴⁴ [Art. 273 al. 1 CC](#).

⁴⁵ [Art. 301 al. 4 CC](#).

⁴⁶ [Art. 303 CC](#).

⁴⁷ [Art. 304 CC](#).

⁴⁸ [Art. 301 al. 1 et 302 CC](#).

⁴⁹ Arrêt TF [5A 550/2022 du 23 janvier 2023 consid. 3.1](#).

⁵⁰ CR [CC](#) I-Vez, n° 2 ad [art. 296 CC](#) et les références citées.

⁵¹ Arrêt TF [5A 164/2022 du 16 août 2022](#) = RMA 2023, 17, 36; arrêt TF [5A 798/2009 du 4 mars 2010](#) = [FamPra.ch 2010, 732](#); arrêt TF [5A 621/2014 du 11 novembre 2014 consid. 8.1](#); arrêt TF [5A 378/2014 du 30 juin 2014 consid. 4.1](#).

⁵² Arrêt TF [5A 164/2022 du 16 août 2022, consid. 3](#) = RMA 2023, 17, 36.

⁵³ Arrêt TF [5A 164/2022 du 16 août 2022, consid. 3](#) = RMA 2023 17, 36; arrêt TF [5A 798/2009 du 4 mars 2010](#) = [FamPra.ch 2010, 732](#).

⁵⁴ Arrêt TF [5A 164/2022 du 16 août 2022, consid. 3](#) = RMA 2023 17, 36; arrêt TF [5A 798/2009 du 4 mars 2010](#) = [FamPra.ch 2010, 732](#).



Outre les droits matériels dont sont titulaires les parents, ces derniers bénéficient également de droits procéduraux lorsqu'il est question de limiter leur autorité parentale. Dans de telles procédures, les parents ont la qualité de partie même si cela n'est pas exprimé textuellement dans la loi.⁵⁵ Ils sont ainsi titulaires de tous les droits découlant de cette qualité, tels que le droit d'avoir accès au dossier et de consulter les pièces, le droit d'être entendu, le droit d'exiger une décision motivée, etc. (cf. [art. 314 al. 1 et 443 ss CC](#)). Ils sont ainsi titulaires de la garantie de l'[art. 6 CEDH](#), intitulée «droit à un procès équitable», dont fait partie le principe du contradictoire.

RMA 2023 p. 283, 300

III. Conflits choisis

1. Entre confidentialité demandée par l'enfant et le principe du contradictoire au bénéfice des parents

Entre les observations du Comité des droits de l'enfant, les décisions prises par de nombreuses instances judiciaires ou administratives de différents niveaux, la recherche et la littérature, on peut dire qu'il existe un large argumentaire au niveau international relatif à la mise en œuvre de l'art. 12 CDE, qui requiert que l'enfant soit mis en condition pour participer authentiquement et effectivement aux procédures le concernant. Or, parmi les obstacles qui empêchent ou rendent difficile la réalisation de cette exigence, il a été observé dans des études empiriques que l'une des pierres d'achoppement à la participation réelle de l'enfant était la confidentialité. Pris dans un conflit de loyauté, craignant de blesser ses parents, voire de subir des représailles de leur part, ignorant le sort réservé à leur parole, certains enfants préfèrent renoncer à participer – et donc à être entendus – que de savoir leurs déclarations transmises à leurs parents. D'après certains auteurs, la garantie de la confidentialité doit leur être assurée en vertu de leur intérêt supérieur (art. 3 par. 1 CDE).⁵⁶

Coline Moreau et Thierry Moreau, doctorante en droit et respectivement professeur de droit, considèrent qu'il est parfois nécessaire de laisser tomber certaines étapes relatives aux procédures lorsqu'un enfant est concerné, dans la mesure où cela est nécessaire pour respecter les besoins et les spécificités de l'enfant et leur permettre de participer pleinement au processus décisionnel. Ne pas tenir compte de ces différences pourrait conduire à des situations désastreuses qui iraient à l'encontre des droits fondamentaux consacrés par la CDE, notamment et surtout le droit de l'enfant d'influencer la décision qui le concerne.⁵⁷

Mona Paré, professeure de droit, plaide pour que les procédures en protection de l'enfant soient différentes des autres procédures (matrimoniales notamment), puisque la décision doit toujours être dans l'intérêt supérieur de l'enfant (*[...] as the decision must always be in the child's best interests*).⁵⁸ D'après elle, dès lors qu'il n'y a pas de gagnant ou de perdant dans ces procédures, la décision doit toujours être à l'avantage de l'enfant et lui profiter. Ainsi, les garanties procédurales des parties devraient être lues et appliquées dans la perspective de l'intérêt supérieur de l'enfant.⁵⁹

RMA 2023 p. 283, 301

Ces deux avis sont soutenus par deux décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après: «CourEDH») qui, sans se prononcer directement sur cette question, ont reconnu que la procédure (civile, pénale ou administrative) pouvait/devait être aménagée dans certaines circonstances pour tenir compte de

⁵⁵ CommFam Protection de l'adulte-Cottier, n° 7 ad art. 314a^{bis} [CC](#).

⁵⁶ Coline Moreau / Thierry Moreau (2022). Children's Voices in Their Right to be Heard in the Field of Child Protection in Belgium (Communauté française): highlighting of Blind Spots Regarding the Place and Role of the Parents, in: Paré/Bruning/Moreau/Siffrein-Blanc (édit.), *Children's Access to Justice*, United Kingdom, 39 ss, 52; Mona Paré (2022). The Significance and Effectiveness of Children's Participation in Judicial Child Protection Procedures in Québec, Canada, in: Paré/Bruning/Moreau/Siffrein-Blanc (édit.), *Children's Access to Justice*, United Kingdom, 55 ss, 63.

⁵⁷ Moreau / Moreau (nbp. 56), 52.

⁵⁸ Paré (nbp. 56), 63.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Dans un arrêt de 1999 (affaire pénale), la CourEDH a jugé qu'il était possible de renoncer pour les mineurs aux modalités telles que la publicité des débats, afin de favoriser leur compréhension et leur participation. Cette décision concernait deux jeunes garçons, dont V. (11 ans au moment des faits), qui avaient enlevé un enfant de deux ans, l'avaient battu à mort et l'avaient abandonné sur une voie ferrée. Cette affaire fit grand bruit et souleva un émoi national. Dès lors, le procès (1 juge et 12 jurés), reçut une importante couverture médiatique. Malgré quelques



l'intérêt supérieur de l'enfant⁶⁰ et que les droits parentaux pouvaient souffrir de restrictions aux mêmes fins.⁶¹

L'argument de la confidentialité totale de la parole de l'enfant brandi avec la justification de son intérêt supérieur ne saurait être admis de manière exclusive et définitive, sans peser également l'intérêt des parents à connaître sinon la lettre

RMA 2023 p. 283, 302

des déclarations faites, à tout le moins le résumé ou l'essence de l'opinion émise. Nous estimons donc que la difficulté ne saurait être écartée dogmatiquement sur le seul critère de l'intérêt supérieur de l'enfant, car le conflit présenté met en tension des droits de même nature entre ceux des enfants et des parents. Compte tenu de ce qui a été exposé plus avant sur la notion de l'intérêt de l'enfant, il nous semble que l'on devrait donc opérer un examen au cas par cas, et tenir compte de l'importance de l'atteinte aux droits en concurrence. En l'occurrence, il s'agit d'une part de l'intérêt supérieur de l'enfant, de son droit d'être entendu et de participer aux procédures le concernant, et d'autre part du droit des parents à un procès équitable.

D'après la jurisprudence de la CourEDH, «la notion de procès équitable comprend le droit fondamental au caractère contradictoire de l'instance. Elle est étroitement liée au principe de l'égalité des armes.»⁶² Les personnes titulaires de ce droit doivent être en mesure «d'exposer leur thèse et de défendre leurs intérêts dans de bonnes conditions.»⁶³ Le droit à une procédure contradictoire implique en principe la faculté pour les parties à un procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision et de la discuter.⁶⁴ Les parties ont le droit de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de leurs prétentions.⁶⁵ C'est aux seules parties au litige de juger si le document transmis au tribunal, ou un élément apporté par des témoins, appelle des commentaires de leur part. En effet, l'assurance d'avoir pu s'exprimer sur toute pièce au dossier (y compris

dispositions favorables aux enfants auteurs, la procédure devant une cours ordinaire fut assortie du formalisme d'un procès pénal adultes (robes et perruques). V fut reconnu coupable de meurtre et d'enlèvement. La Cour EDH fut saisie sur les aspects procédurales, notamment sur le fait que V n'avait pas eu accès à un procès équitable au sens de l'[art. 6 CEDH](#). Le Gouvernement contra cet argument: la publicité des débats garantit l'équité de la procédure et il est légitime que le public sache ce qui s'est passé et pourquoi. Mais, la Commission considéra que lorsqu'un enfant fait l'objet d'une accusation en matière pénale, il importe de tenir compte de son âge, sa maturité et ses capacités intellectuelles et émotionnelles. Dans ce cas, un procès public d'un enfant de 11 ans, devant une juridiction pour adultes, avec la publicité, doit être considéré comme une procédure extrêmement intimidante, et eu égard à son âge, le fait d'avoir soumis l'enfant à toute la rigueur d'un procès public devant un tribunal pour adultes l'a privé de la possibilité de participer réellement à la procédure et a donc méconnu l'article 6 § 1. Cette position a été suivie par la Cour EDH, qui a conclu à une violation de cette norme. Elle a indiqué qu'il fallait renoncer pour les mineurs, à la publicité des débats, afin de favoriser la compréhension et la participation des intéressés.

⁶¹ Dans un autre exemple de 2004, la Cour EDH a jugé que l'[art. 8 CEDH](#) exigeait des autorités nationales qu'elles ménagent un juste équilibre entre les intérêts de l'enfant et ceux des parents et que, ce faisant, elles attachent une importance particulière à l'intérêt supérieur de l'enfant, qui, selon sa nature et sa gravité, peut l'emporter sur celui des parents. Il s'agissait d'une affaire concernant le requérant, ressortissant turc résidant en Allemagne et son fils D, né hors mariage en 1999. D a été abandonné par sa mère en vue d'être adopté. Le requérant, qui n'a jamais vécu avec la mère de D et qui a épousé une autre femme, a décidé d'entreprendre différentes démarches afin d'obtenir le droit de garde (*Sorgerecht*) ainsi qu'un droit de visite (*Umgangsrecht*). S'il a obtenu gain de cause devant le tribunal de première instance, la décision a ensuite été réformée par la juridiction supérieure, sur appel formé par la famille d'accueil et l'office de protection de la jeunesse (*Jugendamt*). Elle a jugé que confier l'autorité parentale au père naturel était contraire aux intérêts de l'enfant, qui avait déjà commencé à s'habituer à sa nouvelle famille. Saisie par le requérant, la CourEDH a conclu à une violation de l'[art. 8 CEDH](#) en arguant que l'autorité nationale n'avait pas examiné toutes les possibilités permettant au père naturel et à son fils d'entretenir des liens et qu'elle n'avait pas considéré les effets à long terme d'une telle rupture. A cet égard, l'Allemagne a été invitée à tout mettre en œuvre pour réunir le requérant et son fils, considérant que l'interdiction de tout contact entre les intéressés était de nature à diminuer, voire exclure, toute possibilité de reconstitution de la famille. Le requérant devait par conséquent se voir au minimum accorder un droit de visite.

Voir également Aida Grgić (2017). Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant dans les affaires familiales, in: Conseil de l'Europe (édit.), *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, 107 – 120; Céline Fercot (2007). Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit allemand. Analyse de la jurisprudence récente de la Cour de Karlsruhe et regards sur le droit français, *Revue française de droit constitutionnel*, n° 71, 639-665.

⁶² Arrêt CourEDH, Regner c. République tchèque, 2017, § 146.

⁶³ Arrêt CourEDH, Capital Bank AD c. Bulgarie, 2005, § 118.

⁶⁴ Arrêt CourEDH, Kress c. France, 2001, § 74; Ruiz-Mateos c. Espagne, 1993, § 63; McMichael c. Royaume-Uni, 1995, § 80; Vermeulen c. Belgique, 1996, § 33; Lobo Machado c. Portugal, 1996, § 31.

⁶⁵ Arrêt CourEDH, Clinique des Acacias et autres c. France, 2005, § 37.



obtenue d'office)⁶⁶ fonde la confiance des justiciables dans le fonctionnement de la justice.⁶⁷ La CourEDH a notamment considéré que l'[art. 6 CEDH](#) avait été violé dans le cas de parents qui n'avaient pas été tenus informés de tous les éléments d'un dossier relatif à une procédure de placement de leur enfant (rapports des services sociaux contenant des renseignements sur l'enfant, retraçant l'historique de l'affaire et formulant des recommandations), en précisant que la simple information de leur contenu transmise à l'audience était insuffisante.⁶⁸

Cela étant, le droit à une procédure contradictoire n'est pas absolu et son étendue peut varier selon les spécificités de l'affaire en cause.⁶⁹ Notamment, la procédure doit être considérée dans son ensemble et les limitations aux principes du contradictoire et de l'égalité des armes peuvent avoir été suffisamment compensées par d'autres garanties procédurales.⁷⁰ Dans quelques affaires aux circons-

RMA 2023 p. 283, 303

tances très particulières, la CourEDH a estimé que la non-communication d'une pièce de la procédure et l'impossibilité pour le requérant de la discuter n'avaient pas porté atteinte à l'équité de la procédure, dans la mesure où cette faculté n'aurait eu aucune incidence sur l'issue du litige et où la solution juridique retenue ne prêtait guère à discussion.⁷¹ La CourEDH a jugé conforme à l'[art. 6 § 1 CEDH](#) une différence de traitement dans la façon de procéder à l'audition des témoins des parties (déposition sous serment pour l'un et pas pour l'autre) qui, en pratique, n'a pas influencé l'issue du procès.⁷²

De plus, elle a considéré qu'une absence de débat contradictoire peut être remédiée par l'instance supérieure dès lors que celle-ci dispose d'un contrôle de «pleine juridiction» au sens de la jurisprudence. De même, un défaut procédural d'une juridiction supérieure peut être corrigé par la juridiction inférieure à laquelle l'affaire a été renvoyée.⁷³

En règle générale, toute pièce et tout élément parvenu entre les mains du magistrat fait partie du dossier et doit être accessible à toutes les parties. La volonté de l'enfant de partager ses opinions avec la personne décidante uniquement et de les cacher à ses parents ne saurait être suivie de manière systématique. C'est d'ailleurs ce que prévoit en droit suisse l'[art. 314a al. 2 CC](#) (information aux parents des éléments essentiels de l'audition de l'enfant). Au vu de ce qui précède, le sceau de la confidentialité pourrait être accordé à l'enfant si la décision à venir restreignait les droits parentaux sur d'autres bases que sur les déclarations de l'enfant. Si par exemple, le rapport d'enquête sociale remis au magistrat – accessible aux parents – suffit à prononcer une mesure et que l'audition de l'enfant ne change rien au résultat, alors l'atteinte à leurs droits en lien avec la non-communication des déclarations de l'enfant aux parents est acceptable. C'est d'ailleurs en ce sens que le Tribunal fédéral a confirmé une décision de retrait de l'autorité parentale sur la base uniquement de l'état de santé de la mère et n'a pas constaté de violation de ses droits de procédures pour le fait que le procès-verbal d'audition de son enfant ne lui ait pas été communiqué, malgré ses demandes répétées.⁷⁴

Là où le bât blesserait sérieusement, ce serait dans la situation suivante: si un enfant requérait la confidentialité de ses propos et que le magistrat prononçait une décision sur cet élément uniquement, sans que les parents n'aient pu avoir accès à ces informations. A notre sens, une telle ignorance des droits des parents ne serait pas admissible. Dans la réalité des décisions judiciaires, une telle configuration devrait rester théorique, puisque le magistrat est soumis au devoir d'instruction d'office et se base donc généralement sur plusieurs éléments de preuve: il peut entendre l'enfant confidentiellement, puis instruire en demandant des informations au médecin, à l'école, requérir une enquête sociale, ou d'autres informations de sources différentes qui viendront – le cas échéant – soutenir la

RMA 2023 p. 283, 304

position de l'enfant. Le magistrat doit donc, dans une telle situation, être en mesure de donner aux parents suffisamment d'informations sans divulguer ce que l'enfant a dit, permettant ainsi de respecter les droits de chacune des parties.

⁶⁶ Arrêt CourEDH, K.S. c. Finlande, 2001, § 22; APEH Üldözötteinek Szövetsége et autres c. Hongrie, 2000.

⁶⁷ Arrêt CourEDH, Nideröst-Huber c. Suisse, 1997, § 29; Pellegrini c. Italie, 2001, § 45.

⁶⁸ Arrêt CourEDH, McMichael c. Royaume-Uni, 1995, § 80.

⁶⁹ Arrêt CourEDH, Hudáková et autres c. Slovaquie, 2010, §§ 26 – 27.

⁷⁰ Arrêt CourEDH, Regner c. République tchèque, 2017, §§ 146 – 147 et 151 – 161.

⁷¹ Arrêt CourEDH, Stepinska c. France, 2004, § 18; Salé c. France, 2006, § 19; Asnar c. France (n° 2), 2007, § 26.

⁷² Arrêt CourEDH, Ankerl c. Suisse, 1996, § 38.

⁷³ Arrêt CourEDH, Köksoy c. Turkey, 2020, §§ 36 – 39.

⁷⁴ Arrêt du Tribunal fédéral [5A_701/2011 du 12 mars 2012, c. 2.2.4.](#)



Mais dans tous les cas, il faut que l'enfant soit complètement renseigné sur le sort possible qui sera donné à sa parole et qu'il puisse être rassuré par rapport à son éventuel conflit de loyauté. De même, les décideurs devraient toujours, une fois la décision rendue, expliquer à l'enfant ce qu'ils ont fait de sa parole et quelle influence elle a eu (ou non) sur la décision prise. La pratique nous montre, hélas, que cette exigence de renseigner n'est pas toujours respectée, loin s'en faut.

2. Relations personnelles avec un parent

En cas de séparation de l'enfant de sa famille ou de ses parents, le décideur veille au maintien des relations avec ses parents ou/et ses frères et sœurs ([art. 273 ss CC](#)). Lorsque tant les enfants que les parents souhaitent exercer le droit aux relations personnelles, c'est un «bon début» et il reste en général à définir les modalités et les coûts de l'exercice de ce droit. En revanche, la difficulté survient lorsque l'enfant et/ou le parent refusent d'exercer ce droit.

Le droit aux relations personnelles est un droit réciproque, strictement personnel absolu⁷⁵ et nul ne peut l'exercer au nom et pour le compte de la personne concernée.⁷⁶ C'est un droit fondamental garanti tant par l'art. 9 CDE que par l'[art. 8 CEDH](#) (vie privée et familiale).⁷⁷

Lorsqu'un enfant ou son parent refuse d'exercer ce droit, il y a un conflit entre deux droits fondamentaux de même valeur. Comment déjà mentionné, ces droits peuvent être restreints aux conditions de l'[art. 36 Cst.](#) (cf. supra) et la loi prévoit des motifs justifiant la restriction de ces droits ([art. 274 CC](#)). Par contre, le défaut de volonté d'exercer le droit réciproque aux relations personnelles pose un problème différent.

L'exécution forcée du droit aux relations personnelles n'est pas concevable, raison pour laquelle on dit qu'il est un «droit-devoir» ou un «droit-fonction».⁷⁸ Le moyen le plus coercitif à disposition est la menace de la sanction pénale de l'[art. 292 CP](#) (insoumission à une décision de l'autorité) ou l'augmentation par le juge de la contribution d'entretien due par le parent non-gardien, lorsque des coûts supplémentaires doivent être assumés par le parent gardien parce qu'il refuse d'exercer le droit aux relations personnelles avec son enfant ([art. 286 CC](#)). C'est donc essentiellement une obligation morale.⁷⁹

D'après l'[art. 273 CC](#), l'exercice du droit aux relations personnelles n'est pas soumis au consentement de l'enfant. Ce dernier a toutefois la liberté d'exprimer

RMA 2023 p. 283, 305

son opinion à ce sujet ([art. 19c et 314a CC](#) et art. 12 CDE), opinion qui doit être dûment considérée par les autorités. Dans un tel cas, il convient de distinguer les situations et comprendre les raisons du refus de l'enfant. Si celui-ci découle de sa volonté librement forgée et exprimée, ce refus doit être respecté. D'autres situations peuvent être plus délicates. Quid notamment lorsque l'enfant est pris dans un conflit de loyauté entre ses parents et que son refus de voir son parent non-gardien est une expression de sa détresse? Idéalement, l'Etat devrait pouvoir intervenir préventivement pour soutenir les familles lors de phases de vie compliquées pour éviter d'en arriver à ce que l'enfant soit pris dans un conflit de loyauté tel que ses vœux exprimés ne reflètent plus sa volonté véritable, mais ce qu'il pense devoir dire pour faire plaisir, voire protéger, l'un de ses parents. Il appartient à l'autorité de trancher entre le l'intérêt objectif de l'enfant et sa volonté exprimée et subjective. Si le premier cas retient l'attention de l'autorité, cette dernière doit expliquer à l'enfant les raisons pour lesquelles sa volonté a été écartée. Cela étant, lorsqu'un cas est décelé, il convient d'éviter d'imposer une décision de force à l'enfant, mais de proposer, à lui et sa famille, un suivi thérapeutique visant à la sortir de sa détresse. C'est un travail qui doit être accompli avant tout par les parents pour apprendre à distinguer entre leur rôle de parents et d'ex-conjoints pris dans un conflit plus large. Les deux parents doivent laisser l'enfant avoir accès à eux deux, conformément aux réquisits de la Convention.

Le même raisonnement s'applique à un parent récalcitrant car les démarches visant à le contraindre de voir son enfant pourrait placer ce dernier en position de risque de maltraitance et engendrer des effets délétères sur son développement. L'Etat devrait devoir agir en amont, par exemple lorsque la récalcitrance s'explique par la détresse financière, émotionnelle ou socio-professionnelle du parent concerné. L'Etat devrait mettre

⁷⁵ Famkomm Scheidung-Büchler, n° 8 ad art. 272 ZGB et les références citées.

⁷⁶ [ATF 142 III 502 = FamPra.ch 2016, 1018](#). Voir également Famkomm Scheidung-Büchler, n° 7 ad art. 272 ZGB.

⁷⁷ Philippe Meier (2012). L'enfant en droit suisse: quelques apports de la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme, [FamPra.ch](#), 255 ss, 285.

⁷⁸ Philippe Meier / Martin Stettler (2019). Le droit de la filiation, 6^e éd., Schulthess Editions romandes, n° 968 et 1071 ss. Voir également Herzig (nbp. 25), n° 130.

⁷⁹ Dans ce sens également, voir Famkomm Scheidung-Büchler, n° 9 ad art. 272 ZGB.



les familles en condition d'exercer leurs droits vis-à-vis de chacun de ses membres, en vertu de l'éthique des vulnérabilités pour éviter d'arriver à des situations ensuite inextricables. Dans tous les cas, il nous apparaît plus respectueux et productif de respecter les volontés exprimées, assorties éventuellement de prises en charge socio-thérapeutiques, plutôt que d'exercer quelque forme de contrainte que ce soit en matière de relations personnelles.

3. Relations personnelles entre l'enfant et ses grands-parents, en cas de désaccord des parents

L'[art. 274a CC](#) dispose que dans des circonstances exceptionnelles, le droit d'entretenir des relations personnelles peut être accordé à des tiers, en particulier à des membres de la parenté, à condition que ce soit dans l'intérêt de l'enfant (al. 1). Les limites du droit aux relations personnelles des père et mère sont applicables par analogie (al. 2). Cette disposition vise notamment le droit que pourraient revendiquer les grands-parents de l'enfant.⁸⁰ L'octroi d'un droit aux relations personnelles à des tiers suppose tout d'abord l'existence de circonstances

RMA 2023 p. 283, 306

exceptionnelles qui doivent être invoquées par ceux qui le revendiquent, ce droit constituant une exception ([art. 274a al. 1 CC](#)).⁸¹ La seconde condition posée par l'[art. 274a al. 1 CC](#) est l'intérêt de l'enfant. Seul cet intérêt est déterminant, à l'exclusion de celui de la personne avec laquelle l'enfant peut ou doit entretenir des relations personnelles.⁸²

Le Tribunal fédéral a une pratique restrictive dans l'application de cette norme relative aux contacts entre enfant et grands-parents puisqu'il suit, en règle générale, l'avis des parents sauf circonstances exceptionnelles. Dans une décision récente, ledit tribunal a refusé à un grand-père le contact avec ses petits-enfants (nés en 2015 et 2017) contre l'avis des parents.⁸³ Il a retenu que lorsque les parents peuvent et veulent assumer pleinement leur responsabilité en matière d'éducation des enfants, il n'a jamais admis des circonstances exceptionnelles fondant un droit pour les grands-parents à entretenir des relations avec leurs petits-enfants. Dans ce contexte, il accorde peu d'importance aux activités antérieures avec les petits-enfants et aux causes de rupture entre les grands-parents et les parents.⁸⁴ En revanche, notre Haute Cour a admis qu'un enfant entretienne des liens avec les parents de son défunt père contre l'avis de sa mère, seule titulaire de l'autorité parentale.⁸⁵ Parmi les autres exemples cités au titre de circonstances exceptionnelles figurent la relation particulièrement étroite que l'enfant a noué avec des tiers, comme ses parents nourriciers, ou le vide à combler durant l'absence prolongée de l'un des parents empêché soit par la maladie, soit parce que retenu à l'étranger ou incarcéré.⁸⁶

A notre sens et à certaines conditions, l'enfant devrait pouvoir entretenir des relations contre l'avis de ses parents, notamment lorsqu'il a tissé un lien de parenté dite « sociale » avec d'autres personnes, qui ont assumé des tâches de nature parentale à son égard.⁸⁷

Ces relations doivent être reconnues et protégées par l'Etat puisqu'elles favorisent le développement et l'épanouissement de l'enfant. Au contraire, rompre ces liens pourrait le mettre en péril. Il existe actuellement un écart entre le droit tel qu'il est conçu et la psychologie de l'enfant. En effet, les besoins de l'enfant

⁸⁰ [ATF 147 III 209 consid. 5](#); arrêts TF [5A 498/2016 du 31 mai 2017 consid. 4.3](#), [5A 380/2018 du 16 août 2018 consid. 3.1](#), [5A 831/2008 du 16 février 2009 consid. 3.2](#).

⁸¹ [ATF 147 III 209 consid. 5.1](#); arrêts TF [5A 990/2016 du 6 avril 2017 consid. 3.1](#), [5A 831/2008 du 16 février 2009 consid. 3.2](#).

⁸² [ATF 147 III 209 consid. 5.2](#); arrêts TF [5A 990/2016 du 6 avril 2017 consid. 3.2](#), [5A 831/2008 du 16 février 2009 consid. 3.2](#), [5C.146/2003 du 23 septembre 2003 consid. 3.1](#), non publié in [ATF 129 III 689](#).

⁸³ Arrêt du TF [5A 550/2022 du 23 janvier 2023](#), in [FamPra.ch 2023 p. 506](#).

⁸⁴ Ib.

⁸⁵ Arrêt TF [5A 380/2018 du 16 août 2018 consid. 3.2](#) et les références citées; [ATF 147 III 209 consid. 5.1](#).

⁸⁶ Arrêts TF [5A 990/2016 du 6 avril 2017 consid. 3.1](#); [5A 831/2008 du 16 février 2009 consid. 3.2](#); [5A 100/2009 du 25 mai 2009 consid. 2.3](#).

⁸⁷ BSK ZGB 2018-Schwenzer / Cottier, n° 5 ad [art. 274a CC](#); Gisela Kilde (2015). Der persönliche Verkehr: Eltern-Kind-Dritte, Zivilrechtliche und interdisziplinäre Lösungsansätze, n° 207 ss, 82 ss; Esther Wyss Sisti (2008). Der persönliche Verkehr: ein Recht auch für Kinder aus Fortsetzungsfamilien, [FamPra.ch](#), 494 ss, spéc. 502; Peter Breitschmid / Alexandra Jungo (2016). Handkommentar zum schweizer Privatrecht, 3^e éd., n° 2 ad [art. 274a CC](#); Véronique Boillet / Estelle De Luze (2015). Mère porteuse, parents d'intention, homoparentalité... Et l'enfant?, *Jusletter du 5 octobre 2015*, 20, n° 49.

**RMA 2023 p. 283, 307**

ont été modélisés de différentes façons, dont par Maslow qui classe les besoins en cinq catégories: 1) les besoins physiologiques, 2) de sécurité, 3) d'appartenance et d'amour, 4) d'estime et 5) d'accomplissement de soi. Dans la perspective de la relation entre l'enfant et un adulte (en l'occurrence un parent), le droit semble se préoccuper uniquement du premier niveau de la hiérarchie (besoins physiologiques tels que la respiration, la faim, la soif, le sommeil, etc.) alors que la psychologie travaille avec les niveaux 2 et 3 (besoins de sécurité et d'appartenance et d'amour). D'un côté, le point de vue légal met l'accent sur la notion de la responsabilité parentale (Qui est financièrement et civilement responsable pour l'enfant? Qui doit lui assurer de la nourriture et un toit? Qui prend des décisions le concernant? Quel sera le nom de l'enfant à naître? etc.) De l'autre côté, le point de vue psychologique se concentre sur la réponse parentale aux besoins de l'enfant (Qui va aimer l'enfant? Qui va lui fournir des soins au niveau émotionnel? Qui lui assurera la sécurité nécessaire? Qui va le stimuler? etc.)⁸⁸.

Il n'est pas contesté que les enfants ont un besoin d'appartenance et d'estime. Le besoin d'appartenance est le lien existant entre l'enfant et le pourvoyeur de soins (le *caregiver*) c'est-à-dire la figure d'attachement et l'enfant.⁸⁹ Dans ce contexte, il est attendu du *caregiver* qu'il soit réactif aux besoins basiques, émotionnels, relatifs au développement et psychologiques de l'enfant et la rupture de ce lien peut entraîner des conséquences dramatiques pour l'enfant.⁹⁰ Dans des familles traditionnelles, cette personne est généralement le parent biologique. Mais dans notre société «liquide» actuelle, pour reprendre les propos de Bauman,⁹¹ et suivant l'adage africain «*il faut tout un village pour élever un enfant*»,⁹² la responsabilité de la prise en charge d'un enfant peut revenir à plusieurs personnes, dont les grands-parents. La présence de plusieurs *caregivers* qui jouent des rôles différents et complémentaires est certainement positive pour le développement de l'enfant pour autant que ces personnes collaborent entre elles et ne placent pas l'enfant dans un conflit de loyauté. Ces personnes créent avec l'enfant des liens de qualité, qui méritent d'être protégés car comme dit *supra*, la rupture de liens d'attachement peut être préjudiciable au développement de l'enfant. Ce processus peut être nommé «co-parentalité», ce qui signifie une coopération et une coordination entre des adultes impliqués dans le développement de l'enfant, peu importe tout autre facteur.⁹³ Dans cette perspective, il est nécessaire de penser les liens entre les enfants, les parents et les *caregivers* de manière renouvelée et interdépendante, et ce toujours en respectant l'intérêt de l'enfant.

La Suisse est relativement réticente à ouvrir la protection des relations envers des tiers qui ne sont pas titulaires de l'autorité parentale et qui ont développé des

RMA 2023 p. 283, 308

liens de qualité avec l'enfant, la seule protection étant l'[art. 274a CC](#) développée *supra*. En ce sens, elle est complètement centrée sur le mariage (*fully marriage-centric*).⁹⁴

Il en va différemment dans d'autres pays. Une analyse a été faite dans 18 pays,⁹⁵ lesquels ont été classés allant du *fully marriage-centric*, *very strongly marriage-centric*, *strongly marriage-centric*, *weakly marriage-centric* et *not marriage-centric*. S'agissant en particulier de la protection du lien entre un enfant et ses grands-parents, le Japon, l'Algérie et la République Démocratique du Congo sont les pays les plus fidèles à la famille nucléaire, ne protégeant pas d'autres liens que celui entre un enfant et son parent biologique. L'Italie et la Suède sont sensiblement plus ouvertes à reconnaître des liens en dehors de la famille nucléaire. En Italie, les grands-parents ont un droit spécial relatif au contact avec leur petit-enfant. En Suède en revanche, il n'existe pas de tel droit, mais les parents ont le devoir d'encourager le contact entre leur enfant

⁸⁸ Nathalie Frogneux (2019). The Weight of Truth in New Families, in Sosson/Willems/Motte (édit.), *Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, Cambridge/Antwerp/Chicago, 657 ss, 659.

⁸⁹ Frogneux (nbp. 85), 660 sv.

⁹⁰ Frogneux (nbp. 85), 660 sv.

⁹¹ Zygmunt Bauman (2016). *La vie liquide*, Paris.

⁹² Frogneux (nbp. 85), 669.

⁹³ Frogneux (nbp. 85), 669.

⁹⁴ Geoffrey Willems / Jehanne Sosson (2019). The Future of Legal Relationships between Adults and Children, in Sosson/Willems/Motte (édit.), *Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, Cambridge/Antwerp/Chicago, 825 ss, 828.

⁹⁵ Jehanne Sosson / Geoffrey Willems / Gwendoline Motte (édit.) (2019). *Adults and Children in Postmodern Societies, A Comparative Law and Multidisciplinary Handbook*, Cambridge/Antwerp/Chicago. Les pays analysés sont les suivants: Algérie, Japon, Allemagne, Suède, République Démocratique du Congo, France, Italie, Roumanie, Pays-Bas, Irlande, Grande-Bretagne et Pays de Galles, Argentine, Belgique, Espagne, Australie, Canada, Etats-Unis et Suisse.



et ses ascendants. Au Québec et en France, les grands-parents ont un statut spécial en ce sens que la loi prévoit une présomption selon laquelle un contact avec leur petit-enfant est dans son intérêt. La Grande-Bretagne et Pays de Galles, l'Australie, les Pays-Bas, l'Irlande et des Etats des Etats-Unis ont un système similaire à la Suisse, dès lors que ces législations ont des dispositions générales sur les relations grands-parents-enfant. Finalement, l'Argentine, l'Espagne et l'Allemagne sont les pays les plus progressistes puisqu'ils tendent à reconnaître et à protéger les liens entre l'enfant et toutes les personnes qui sont significativement impliquées dans son éducation. Leur loi prévoit une norme spéciale pour que les grands-parents puissent faire valoir leurs droits à l'égard de leur petit-enfant.

Ce qui précède ouvre grandes les possibilités de reconnaître et de protéger les liens entre l'enfant et ses grands-parents, même en cas de désaccord des titulaires de l'autorité parentale. Néanmoins, des conditions préalables doivent être satisfaites pour reconnaître des droits à un grand-parent souhaitant davantage s'impliquer dans la vie de son petit-enfant contre l'avis des parents de cet enfant. En effet, le grand-parent doit avoir endossé le rôle de *caregiver* et être devenu une figure d'attachement pour l'enfant, si bien que la rupture du lien mettrait en péril son développement. De plus, si le cas concerne un enfant capable de discernement, il doit être entendu sur la situation et informé des enjeux d'une telle procédure. A l'instar de ce qui a été développé *supra* (III/2), son avis doit constituer une considération primordiale et s'il souhaite entretenir des liens avec son grand-parent contre l'avis de ses parents, sa volonté devrait être suivie.

RMA 2023 p. 283, 309

Nous ne pouvons ainsi pas suivre l'avis exprimé à ce propos par le Tribunal fédéral dans son arrêt [5A_550/2022](#) précité. Bien qu'il cite les recherches actuelles en psychologie et constate l'importance des relations de l'enfant avec des tiers, il justifie le fait d'avoir nié de telles relations en arguant que le droit *de lege lata*, en particulier l'[art. 274a CC](#), l'empêche de reconnaître ces liens à défaut de circonstances exceptionnelles et qu'il ne peut appliquer le droit idéal *de lege ferenda*. Pourtant, il lui suffirait d'interpréter plus largement cette norme en mettant l'enfant au centre du débat, comme le commande l'art. 3 par. 1 de la CDE (voir *supra* 1.1.1., p. 4). Dans cette décision, le Tribunal fédéral a également admis que c'était à juste titre que l'autorité précédente avait renoncé à entendre les enfants en se fondant sur l'appréciation anticipée des preuves improprement dite (cf. *supra*). Pourtant, cette décision impactait fondamentalement le sort des enfants. Agés de 6 et 4 ans au moment de la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant, ils auraient dû être entendus sur cette question. Il sied de rappeler que la raison d'être d'une décision n'est pas seulement de recueillir des preuves mais de permettre au mineur de participer au processus décisionnel et d'exprimer sa voix. Finalement, les parents se sont opposés au maintien du lien entre leurs enfants et le grand-père pour des raisons propres, sans égard pour les enfants eux-mêmes. *Ex lege* et *de lege lata* ils ont perdu leur pouvoir de représentation sur les enfants ([art. 306 al. 3 CC](#)), ce qui aurait dû conduire les autorités à désigner un représentant aux enfants dans le cadre de cette procédure.

4. Pratique du sharenting

Le *sharenting* est le fait pour les parents de publier des photos de leurs enfants sur les réseaux sociaux. C'est la contraction des mots anglais *to share* (partager) et *parenting* (exercice de la parentalité). Cette pratique, bien que très courante et devenue presque une norme, ne va pas sans poser son lot de questions et mettre en tensions les droits des parents et des enfants.

Du point de vue des parents, c'est le droit à la liberté d'expression qu'ils font valoir. Dans ce contexte, on pense souvent à l'expression de la fierté du père, de la mère ou des deux parents vis-à-vis de leurs «rejetons» ou comme un moyen de montrer que l'on est une famille normale, qui s'occupe bien des enfants et qui les chérit, que l'on est de bons parents. En ce sens, ceux-ci semblent user des médias sociaux comme une forme d'exister en qualité de famille, de dire leurs joies, leurs peines, leur contentement d'être parents, etc. Dans leur esprit, ils se défendent de porter préjudice à l'enfant, bien au contraire.

Du point de vue des enfants, le *sharenting* risque fort de porter atteinte à leur vie privée, dont fait partie le droit à l'image. Le respect de la vie privée est garanti par la Déclaration Universelle des droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention relative aux droits de l'enfant («nul ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée» [art. 16 CDE]) et la Constitution fédérale suisse (art. 13). Dès lors, l'enfant a le droit à la protection contre de telles atteintes causées entre autres par la dite pratique.

Cette réflexion n'est pas purement rhétorique ou théorique mais présente des enjeux très concrets. Le monde numérique est vaste et une fois une photo pu-

RMA 2023 p. 283, 310



blée, l'auteur de la publication en perd immédiatement le contrôle. Notamment, l'image peut être recyclée et décontextualisée. Il y a des risques pour la sécurité physique des enfants (par ex. identification du lieu où ils se trouvent) et des risques numériques. Des personnes réutilisent ces photos dans leurs propres intérêts, volent l'identité des enfants, les exploitent à des fins commerciales ou encore à des fins pédopornographiques. Ces éléments une fois publiés sur les réseaux sociaux deviennent une sorte de «tatouage numérique»⁹⁶ et peuvent dès lors provoquer des effets négatifs pour l'avenir du jeune, en particulier dans le cadre professionnel ou social.

En outre, des photos «choues» que peuvent publier les parents sont en réalité embrassantes pour les enfants. D'après une étude, le fait que les parents publient des photos d'eux est une pratique très gênante pour les adolescents.⁹⁷ C'est lieu de rappeler que cacher le visage de l'enfant par une émoticône n'est pas recommandé car cela crée une apparence de sécurité alors que des programmes informatiques permettent de les retirer très facilement.

Au moment de la pesée des intérêts divergents des parents et des enfants en matière de *sharenting*, nous sommes de l'avis que l'intérêt supérieur de l'enfant doit être privilégié, car ici les limitations au droit d'expression des parents sont licites. Elles sont prévues par une base légale formelle, elles sont justifiées par la protection du droit fondamental de leur enfant à la protection de sa vie privée et sont proportionnées au but visé, et ceci sans en violer l'essence ([art. 36 Cst.](#)). Dans tous les cas, l'existence d'un conflit d'intérêts entre l'enfant et son parent fait perdre à ce dernier son pouvoir de représentation pour l'affaire en cause, et ce de plein droit ([art. 306 al. 3 CC](#)).

Ainsi, si l'enfant est capable de discernement, il décide s'il souhaite, le cas échéant, que ses parents publient des photos de lui, après avoir été dûment informé des conséquences. Les parents respectent son choix. On se rend bien compte ici que la question de la diffusion des photos de nouveau-nés, de bébés ou de très jeunes enfants ne remplit pas ce genre de conditions, même si les images sont sympathiques.

Dès lors, pour les enfants incapables de discernement, les parents, en qualité de titulaires de l'autorité parentale, endossent un certain nombre de responsabilités et de droits, dont celui de diriger leur éducation et de les représenter, en vue du bien de l'enfant ([art. 301 al. 1 CC](#)). Le fait pour les parents de publier des photos de leur enfant et les motivations dont il est question plus haut montrent qu'il y a souvent des besoins narcissiques à l'origine de la démarche. Dans ces conditions, il est difficile de discerner où se trouve le bien de l'enfant. Par conséquent, le droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur être pris en compte devrait primer et les pratiques (voire le dispositif légal) devraient amener à renoncer au *sharenting*, qui n'est pas nécessaire. Cette situation pourrait être comparée aux limites

RMA 2023 p. 283, 311

du pouvoir de représentation des parents dans un contexte de soins. Ils peuvent décider pour leur enfant s'il doit se faire opérer des amygdales sur indication médicale par exemple. En revanche, ils ne peuvent pas décider pour leur enfant qu'il subisse une chirurgie esthétique, qui n'est pas nécessaire (droits strictement personnels relatifs et absolus).

5. Le pouvoir décisionnel de l'enfant et de ses parents dans un contexte de soins palliatifs

Cet article ne peut avoir la prétention de toucher le domaine ultrasensible de l'euthanasie des enfants qui ne peut être vu que d'un point de vue juridique mais mérite d'être traité de manière pluridisciplinaire; nous l'évoquons brièvement à la fin de ce chapitre. Il offre simplement l'opportunité de reposer la question générale de la position de l'enfant face au traitement médical, à la lumière des notions comme le consentement, la capacité de discernement, le droit de l'enfant d'être entendu et le droit de l'enfant de voir son intérêt supérieur être pris en compte comme une considération primordiale, tous sujets abordés précédemment.

Le droit de disposer librement de son corps, c'est-à-dire le droit de consentir ou de refuser un acte médical, fait partie des droits strictement personnels. Pour certains actes médicaux, il est absolu en ce sens qu'il ne peut être exercé par un tiers. Pour d'autres, il est relatif, permettant ainsi aux parents de l'enfant de décider

⁹⁶ Camille De Marchi (2021). Les droits de l'enfant à l'épreuve du *sharenting*, travail de Master, Genève, 34 et les références citées.

⁹⁷ Michel Welrave et al. (2022). The Limits of *Sharenting*: Exploring Parents' and Adolescents' *Sharenting* Boundaries Through the Lens of Communication Privacy Management Theory, *Front. Educ.*, vol. 7 (Doi: 10.3389/educ.2022.803393).



pour ce dernier, la représentation de l'enfant faisant partie des prérogatives de l'autorité parentale. Pour l'enfant incapable de discernement, la décision revient ainsi à ses parents.

La capacité de discernement chez un enfant ne dépend pas de son âge (même si parfois elle y est associée comme dans la loi sanitaire tessinoise [RS/TI 801.100]), mais de son degré de maturité et de sa personnalité au regard d'un projet thérapeutique. Nous pensons ici au contexte aussi sensible que les soins palliatifs, où le besoin de protection de l'enfant peut se trouver en conflit avec le respect du droit à l'autodétermination, ce qui implique que plus l'intervention médicale est lourde, plus les exigences en matière d'évaluation de la capacité de discernement doivent être élevées. Si l'enfant est incapable de discernement, ses parents ont la compétence pour le représenter, comme indiqué ci-dessus; par contre si l'enfant est considéré comme capable de discernement, il est le seul à pouvoir décider des soins qui le concernent. Dans ce type de situations, l'enfant doit recevoir une information complète et transparente sur son état, les possibilités de traitement et les risques y relatifs.

Si sur cette base, l'enfant décide d'accepter un traitement, ou au contraire décide de renoncer à une telle intervention contre l'avis de ses parents, les médecins en charge de la situation doivent veiller à accompagner la famille dans le processus de décision ou dans l'acceptation de la décision de l'enfant grâce à des discussions et des échanges détaillés et transparents. Les parents sont considérés comme les soignants principaux de leur enfant et doivent donc impérativement être impliqués dans le processus. Ils sont également mis au bénéfice d'une information. Il n'en reste pas moins que le dernier mot revient à l'enfant et sa déci-

RMA 2023 p. 283, 312

sion, selon son âge, sa maturité et sa capacité de comprendre la situation, l'emportera.

Le raisonnement est similaire pour les enfants appartenant à l'organisation religieuse des Témoins de Jéhovah et la question épineuse de la transfusion sanguine. Divers organismes ont émis des recommandations éthiques sur la prise en charge de ces jeunes patients. Dans tous les cas, un dialogue doit être entrepris entre le corps médical et soignant, les parents et l'enfant concerné. Ce n'est qu'au terme d'échanges qu'une décision peut être formulée. Dans un contexte hors urgence, lorsque l'enfant est capable de discernement, et nonobstant le fait qu'il ait été soumis «au flux et au reflux d'influences nombreuses, fastes ou néfastes, familiales ou autres, qui modèlent son jugement et sa personnalité, confronté à la question très difficile de la vie ou de la mort», son avis doit être respecté.⁹⁸ En cas d'urgence vitale, et faute de temps pour déterminer l'avis de l'enfant, la décision de transfuser est la règle (à tout le moins aux Hôpitaux Universitaires Genevois). Concernant les enfants incapables de discernement, il est recommandé que la transfusion, si elle est nécessaire, soit effectuée au nom de la préservation de la vie, quelle que soit l'opinion des parents ou du tuteur.⁹⁹ Cet avis questionne; excédant toutefois le cadre de notre contribution, nous ne nous y attarderons pas.

Il reste encore à mentionner le texte de loi sur l'euthanasie des enfants accepté déjà en 2014 par le Parlement belge¹⁰⁰ et fort discuté (possibilité de demander l'euthanasie sans limite d'âge, mais en respectant la condition d'être doté de la capacité de discernement, pour les enfants se trouvant dans une situation médicale sans issue, entraînant le décès à brève échéance et quand la souffrance physique constante et insupportable ne peut être apaisée; avec l'accord indispensable et explicite des deux parents ou des tuteurs à la demande de l'enfant et l'avis d'un pédopsychiatre ou un psychologue qui s'assure de la capacité de discernement suffisante pour comprendre le sens de la mort de l'enfant). Ce texte pose plusieurs questions, dont l'absence de limite d'âge et la notion large de la capacité de discernement.

Il ressort des quelques considérations qui précèdent qu'il n'y a, en ce domaine, aucune généralité et que chaque situation doit faire l'objet d'un examen au cas par cas, examen au cœur duquel l'enfant, son avis et son intérêt se trouve.

RMA 2023 p. 283, 313

⁹⁸ HUG, Avis consultatif du Conseil d'Ethique Clinique sur la question du refus des transfusions de sang par les membres de l'Association des Témoins de Jéhovah, 2004, 15 (disponible: https://www.hug.ch/sites/interhug/files/documents/soigner/ethique/temoin_jehovah.pdf; 27.5.23).

⁹⁹ Ib.

¹⁰⁰ Loi promulguée par le Roi le 28.02.2014. La Belgique connaît le droit à l'euthanasie pour les adultes et les mineurs émancipés depuis 2002 et le texte adopté en 2014 est en fait une extension de cette loi. A notre connaissance, seuls Les Pays Bas ont également autorisé l'euthanasie des mineurs, mais en fixant la limite d'âge à 12 ans (Décret sur la Fin de Vie sur Demande et le Suicide Assisté, Pays-Bas, entré en vigueur le 01.04.2002).



IV. Conclusion

Nous avons traité à titre exemplatif de quelques questions choisies, qui peuvent se poser et qui mettent en concurrence les droits de l'enfant et les droits et responsabilités des parents. Il y en a une multitude d'autres. Ce qui est évident, c'est que dans aucune de ces situations la réponse n'est aisée ni ne s'impose d'elle-même comme si elle pouvait sortir d'un moule ou d'un emporte-pièce. Chaque décision marche sur la corde raide du cas individuel, de la nuance, de la description plus ou moins objective des circonstances personnelles de l'enfant, sur l'estimation des besoins, le tout avec la pression des parties, souvent en conflit, les avis parfois divergents des experts et la subjectivité des décideurs. C'est pourquoi des règles procédurales claires, des pratiques éprouvées et une jurisprudence abondante peuvent venir en aide à celles et ceux qui doivent décider du sort des enfants et favoriser leur épanouissement harmonieux.

Usage exclusivement
des fins académiques