

# **BGE 147 III 451**

Bundesgericht (BGE), 2020-10-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_147 III 451](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_147_III_451)

FR: ATF 147 III 451

IT: DTF 147 III 451

## **Regeste**

Regeste Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG; Art. 299 Abs. 3 ZPO; Ernennung eines Vertretungsbeistands in einer familienrechtlichen Angelegenheit. Qualifikation eines kantonalen Entscheids, der eine das Gesuch eines Kindes um Ernennung eines Vertretungsbeistands abweisende Instruktionsverfügung bestätigt (E. 1.2). Rechtsmittel, das gegen einen derartigen Entscheid offen steht (E. 1.3).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

(...)

### **E. 1.2**

L'arrêt de la Chambre des recours civile confirme l'ordonnance d'instruction de la Présidente du Tribunal d'arrondissement refusant de désigner un curateur ou une curatrice de représentation à l'enfant dans une procédure matrimoniale ( art. 299 al. 3 CPC ). Si, dans deux causes portant au demeurant sur le même complexe de faits, le Tribunal fédéral a qualifié - sans aucune motivation - de finales des décisions séparées rendues par l'autorité de protection de l'enfant en application de l' art. 314a bis CC (arrêts 5A\_232/2016 et 5A\_278/2016 du 6 juin 2016 consid. 1), il a considéré dans plusieurs autres cas que la question de la nature finale ou incidente d'une telle décision, qui était discutée par la doctrine, n'avait pas de portée pratique, dès lors qu'elle était susceptible de causer un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF (arrêts 5A\_710/2012 du 2 juillet 2013 consid. 1; 5A\_732/2013 du 10 décembre 2013 consid. 1; 5A\_894/2015 du 16 mars 2016 consid. 1). Sous l'angle de l' art. 299 CPC , tantôt il a relevé que, pour une partie de la doctrine, la décision refusant de désigner un représentant à l'enfant est toujours incidente au sens de l' art. 93 al. 1 LTF , tout en laissant indécis le point de savoir si "la condition de recevabilité en cause" était remplie en l'espèce (arrêt 5A\_579/2016 du 6 février 2016 consid. 1.2), tantôt il s'est abstenu de se déterminer sur le caractère final ou non d'une telle décision, se bornant à renvoyer à l'arrêt 5A\_278/2016 précité (arrêt 5A\_655/2016 du 13 décembre 2016). Les auteurs auxquels le Tribunal fédéral s'est référé dans ces arrêts, sont, pour certains, d'avis que la décision qui rejette le recours formé par l'enfant contre le refus de lui désigner un curateur de représentation dans la procédure matrimoniale ( art. 299 al. 3 CPC ) est finale au sens de l' art. 90 LTF ; ils invoquent notamment que, du point de vue de l'enfant, ce prononcé termine le litige (parmi plusieurs: SCHWEIGHAUSER, in FamKommentar Scheidung, vol. II, 3 e éd. 2017, n os 31 et 53 ad art. 299 CPC ; DIGGELMANN/ISLER, Vertretung und prozessuale Stellung des Kindes im Zivilprozess, RSJ 111/2015 p. 141 ss, spéc. 147). D'autres commentateurs soutiennent qu'il s'agit d'une décision incidente qui cause un préjudice irréparable au sens de BGE 147 III 451 S. 455 l'art. 93al. 1 let. a LTF (ANNETTE SPYCHER, in Berner Kommentar, Schweizerische

Zivilprozessordnung, 2012, n° 16 ad art. 299 CPC ; MICHEL/STECK, in Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2 e éd. 2017, n° 43 ad art. 299 CPC ). Cette dernière opinion, d'ailleurs esquissée dans la jurisprudence susmentionnée, doit être confirmée. Si, du point de vue de l'enfant, la décision qui rejette la requête de ce dernier tendant à la désignation d'un représentant dans la procédure matrimoniale (cf. art. 299 al. 3 CPC ) met matériellement fin au différend sur cette question, elle ne clôt pas définitivement la procédure matrimoniale dans laquelle elle s'inscrit. Il s'agit donc d'une décision incidente (sur cette notion: p. ex. ATF 133 III 629 consid. 2.2) qui cause par ailleurs un préjudice irréparable au sens de l' art. 93 al. 1 let. a LTF . Le défaut d'un curateur de représentation est en effet susceptible d'influer sur le déroulement de la procédure au fond et sur son résultat, sans qu'il soit possible de remédier à d'éventuelles carences (par exemple de nature procédurale) par un recours contre la décision au fond, dans laquelle l'enfant n'est au demeurant pas partie (sur le préjudice irréparable en général: ATF 141 III 80 consid. 1.2; cf. aussi: ATF 137 III 475 consid. 1).

### **E. 1.3**

Le recours contre une décision incidente est soumis à la même voie de droit que celle qui est ouverte contre la décision principale ( ATF 137 III 380 consid. 1.1; arrêts 5A\_478/2020 du 14 août 2020 consid. 1.1; 5A\_637/2015 du 10 novembre 2015 consid. 1; 5A\_278/2012 du 14 juin 2012 consid. 1). En l'espèce, la requête du 4 septembre 2019 de l'enfant tendant à la désignation d'un représentant a été formulée juste après la notification de l'ordonnance de mesures provisionnelles du 30 août 2019 qui accordait notamment la garde des filles du couple à la mère, et un jour avant l'appel interjeté par le père contre ce prononcé. Il appert que l'enfant souhaitait faire entendre son désir de rester avec ce dernier et de ne pas suivre sa mère en Suisse alémanique, départ qui avait été annoncé pour le 1<sup>er</sup> septembre 2019 au juge des mesures provisionnelles. De telles circonstances amènent à considérer que la demande de la recourante tendant à ce qu'elle soit représentée par un curateur de procédure s'inscrivait dans la procédure de mesures provisionnelles et, plus singulièrement, dans la procédure d'appel ouverte contre ces mesures provisionnelles. La recourante mentionne d'ailleurs dans son recours avoir désormais déposé une requête identique pour la procédure de divorce. BGE 147 III 451 S. 456 Ayant été rendu dans une procédure de mesures provisionnelles qui statuait sur l'attribution de la garde à la mère, les relations personnelles et l'entretien, à savoir une affaire civile de nature non pécuniaire dans son ensemble, l'arrêt cantonal peut être entrepris par la voie du recours en matière civile ( art. 72 al. 1 LTF ). Partant, le recours constitutionnel subsidiaire est irrecevable ( art. 113 LTF a contrario). Pour le surplus, le recours est dirigé, en temps utile ( art. 100 al. 1 LTF ), contre une décision rendue sur recours par le tribunal supérieur du canton ( art. 75 LTF ). Dès lors qu'en l'espèce, la procédure de mesures provisionnelles pour laquelle l'enfant a demandé la désignation d'un représentant a pris fin avec l'arrêt du 20 septembre 2019, on pourrait se demander si la recourante dispose encore d'un intérêt actuel et pratique à obtenir l'annulation de l'arrêt cantonal et, partant, si elle a la qualité pour recourir au Tribunal fédéral (cf. art. 76 LTF ). Cette question souffre toutefois de demeurer indécise vu le sort du recours.