

# **BGer 5A\_485/2015 vom 2. Oktober 2015**

Bundesgericht, 2015-10-02, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_5A\\_485\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_5A_485_2015)

FR: TF 5A\_485/2015 du 2 octobre 2015

IT: TF 5A\_485/2015 del 2 ottobre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Le recours a été déposé dans une boîte postale le dernier jour du délai, avec mention et signature de deux témoins; le même jour, le mandataire de la recourante a adressé le mémoire de recours par fax au Tribunal de céans. Il faut ainsi admettre que l'écriture a été déposée à temps ( art. 100 al. 1 LTF ; ATF 124 V 372 consid. 3b; arrêt 1B\_488/2011 du 2 décembre 2011 consid. 1.2). Le recours est par ailleurs dirigé contre une décision rendue en matière de protection de l'enfant (art. 72 al. 2 let. b ch. 6 LTF) par le tribunal supérieur du canton statuant dans le cadre d'une procédure de recours ( art. 75 al. 1 LTF ; ATF 137 III 424 consid. 2.2); le litige, de nature non pécuniaire, porte principalement sur la récusation d'un expert ( art. 92 al. 1 LTF ; cf. ATF 138 V 271 consid. 2.2.1; arrêts 5A\_254/2014 du 5 septembre 2014 consid. 1; 5A\_48/2014 du 27 mai 2014 consid. 3), les autres conclusions formulées par la recourante en constituant les conséquences logiques (annulation de l'expertise et renvoi de la cause à l'instance cantonale pour nouvelle décision sur la garde des enfants à titre provisionnel); la recourante a enfin la qualité pour recourir ( art. 76 al. 1 LTF ).

### **E. 2**

La recourante dénonce la violation des art. 29 al. 1 Cst. et 6 CEDH ainsi que l'application arbitraire des art. 46 de la Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du canton de Genève (ci-après LACC; RSGE E 1 05) et 47 let. f CPC, soutenant que l'expert aurait dû être récusé en raison de son comportement et de sa prévention. La recourante axe sa motivation exclusivement sur les déclarations tenues par l'expert à l'issue de l'audience du 11 décembre 2014 ainsi que sur sa détermination du 6 janvier 2015 relative à la requête de récusation formée à son encontre. C'est donc sous ce seul angle que sera examinée l'éventuelle prévention de l'intéressée.

#### **E. 2.1**

La cour cantonale a avant tout souligné qu'il convenait de replacer les déclarations contestées de l'expert dans leur contexte (en audience: " Je revendique le droit des trois enfants d'aller bien. Je suis donc particulièrement choquée de ce qui vient de se passer [i.e. requête de récusation formée à l'encontre de la magistrate], étant précisé que D. \_\_\_\_\_, E. \_\_\_\_\_ et F. \_\_\_\_\_ vont très mal "; à l'issue de l'audience, à l'intention des conseils de la recourante et de C.A. \_\_\_\_\_: " c'est vraiment honteux et dégueulasse, ce que vous avez fait ") : au terme d'une audience tendue et longue, dont l'objet était de parvenir à trouver une solution adéquate pour les enfants à la veille des fêtes de Noël, la suspension de la procédure avait été ordonnée suite à la demande de récusation formée par la recourante à l'encontre de la magistrate de première instance. Le Tribunal cantonal a considéré qu'en exprimant, dans ce contexte particulier, son souci pour les enfants, dont la situation était

alarmante et dont le sort allait être différé suite à la récusation requise, l'expert avait certes fait état d'une critique de l'acte de procédure ainsi formé par le conseil de la recourante, mais jugé que l'avis exprimé se limitait toutefois à cette issue procédurale ainsi qu'aux conséquences qui en résultaient pour les enfants, qu'elle considérait préjudiciables à l'intérêt de ceux-ci. Selon la juridiction cantonale, les déclarations de l'expert ne contenaient aucune critique à l'égard de la recourante elle-même ou de son conseil de sorte qu'aucune prévention à l'encontre de ceux-ci ne pouvait lui être reprochée. Les propos tenus par l'expert ne permettaient donc pas de douter de son impartialité et n'avaient aucune incidence sur l'expertise réalisée et ses conclusions.

## **E. 2.2**

La recourante affirme en substance que les garanties d'un procès équitables ne seraient plus respectées: la cour cantonale aurait minimisé l'attitude de l'expert de façon absolument inadmissible, alors que la prévention de celui-ci était objectivement donnée. Cette prévention se matérialiserait d'abord dans les propos inacceptables tenus par l'intéressée à l'égard de son conseil à l'issue de l'audience du 11 décembre 2014 et dans ses déterminations du 6 janvier 2015 sur la requête de récusation formée à son encontre: le comportement de son mandataire serait ainsi " brutal ", " choquant ", " dégueulasse ", " honteux ", manquant d'" éthique " et de " respect " ou encore de " considération " envers les enfants, qualificatifs dépassant manifestement la limite de l'inimitié au sens de l' art. 47 al. 1 let . f CPC. Contrairement ensuite à ce que retenaient les magistrats cantonaux, l'audience n'aurait pas été " longue " et son contexte n'excuserait en rien le comportement de l'expert: il serait en effet choquant de l'admettre au motif que les questions posées n'auraient soi-disant pas été opportunes ou mettraient à mal la patience de l'intéressée, étant précisé qu'elle avait exercé son droit à l'interrogatoire de manière respectueuse et professionnelle. La prévention de l'expert se concrétiserait enfin par son comportement: celui-ci serait en effet sorti de son rôle, se positionnant bien plus comme une thérapeute partielle que comme un expert neutre, faisant preuve de distance face aux enjeux de la procédure. Ses déterminations du 6 janvier 2015, virulentes alors que presque un mois avait passé, plaideraient ainsi fortement en faveur d'un sentiment tenace d'inimitié et de rancoeur.

### **E. 2.3.1**

En matière de protection de l'enfant, les dispositions relatives à la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte sont applicables par analogie ( art. 314 al. 1 CC ). En tant qu'il ne contient pas de règles particulières, ce qui est le cas pour la récusation (arrêt 5A\_254/2014 du 5 septembre 2014 consid. 2.1 et la référence), le droit fédéral attribue aux cantons la compétence de régir la procédure dans ce domaine. Si les cantons n'en disposent pas autrement, les normes de la procédure civile s'appliquent par analogie ( art. 450f CC ); dès lors que celles-ci sont applicables à titre de droit cantonal supplétif (cf. ATF 140 III 167 consid. 2.3 [ art. 122 al. 2 CPC ]; arrêt 5A\_254/2014 précité et les exemples donnés), le Tribunal fédéral ne peut intervenir que si l'autorité précédente a versé dans l'arbitraire ou enfreint d'autres droits constitutionnels ( ATF 139 III 225 consid. 2.3; 138 I 232 consid. 2.4 et les arrêts cités), et autant qu'un tel grief a été invoqué et régulièrement motivé ( art. 106 al. 2 LTF ; cf. sur ces exigences, notamment: ATF 133 II 249 consid. 1.4.2; 134 II 244 consid. 2.2 et 349 consid. 3).

La LACC prévoit à ses art. 43 ss des règles particulières quant à l'expertise ordonnée devant le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (Titre III " Procédure devant le Tribunal

de protection de l'adulte et de l'enfant ", Chapitre I " Principes - Règles de procédure ", Section 4 " Preuve - Expertise "). Selon l'art. 46 al. 1 LACC, " [p]our les mêmes causes que pour les juges, la récusation d'un expert peut être sollicitée par requête motivée, adressée au Tribunal de protection, dans les 10 jours de sa nomination ou de la connaissance d'une cause de récusation ". Dès lors qu'aucune disposition particulière n'est prévue dans la LACC sur la récusation des juges, il faut admettre que ce sont les motifs de récusation prévus par le code de procédure civile ( art. 47 CPC ) qui s'appliquent par analogie, à titre de droit cantonal supplétif.

### **E. 2.3.2**

L'art. 47 al. 1 CPC énumère divers motifs de récusation aux let. a à f, la let. f imposant la récusation lorsque les magistrats ou fonctionnaires judiciaires " pourraient être prévenus de toute autre manière, notamment en raison d'un rapport d'amitié ou d'inimitié avec une partie ou son représentant ". Cette disposition concrétise les garanties découlant des art. 30 al. 1 Cst. et 6 § 1 CEDH . Certes, dès lors que l'expert ne fait pas partie du tribunal, sa récusation ne s'examine pas au regard de l'art. 30 al. 1 Cst. mais sous l'angle de l'art. 29 al. 1 Cst. garantissant l'équité du procès ( ATF 125 II 541 consid. 4a p. 544). S'agissant des exigences d'impartialité et d'indépendance requises d'un expert, cette disposition assure toutefois au justiciable une protection équivalente à celle de l'art. 30 al. 1 Cst. ( ATF 127 I 196 consid. 2b p. 198), qui a, de ce point de vue, la même portée que l'art. 6 § 1 CEDH ( ATF 134 I 20 consid. 4.2; 138 I 1 consid. 2.2). La jurisprudence rendue en application de cette norme reste ainsi pertinente (arrêts 4A\_3/2012 du 27 juin 2012 consid. 2.3; 5A\_109/2012 du 3 mai 2012 consid. 3.1, avec les citations).

Les dispositions précitées permettent aux parties d'exiger la récusation d'un expert dont la situation ou le comportement sont de nature à faire naître un doute sur son impartialité. Ces garanties tendent notamment à éviter que des circonstances extérieures à la cause ne puissent influencer le jugement en faveur ou au détriment d'une partie. Elles n'imposent pas la récusation seulement lorsqu'une prévention effective est établie, car une disposition interne de l'expert ne peut guère être prouvée; il suffit que les circonstances donnent l'apparence de la prévention et fassent redouter une activité partielle. Seules des circonstances constatées objectivement doivent être prises en considération; les impressions individuelles d'une des parties au procès ne sont pas décisives ( ATF 138 I 1 consid. 2.2; 137 I 227 consid. 2.1; 136 III 605 consid. 3.2.1; 136 I 207 consid. 3.1 p. 210; 134 I 20 consid. 4.2).

Le juge ou l'expert doit faire preuve de la distance professionnelle nécessaire et s'exprimer ainsi avec la retenue requise. Si des réactions d'impatience sont inévitables de la part d'êtres humains exerçant des fonctions judiciaires, ceux-ci doivent veiller à garder leur sang-froid en toutes circonstances, sans que cela ne les empêche toutefois de porter des appréciations critiques sur la manière dont une partie mène le procès (arrêts 1P.687/2005 du 9 janvier 2006 consid. 7.2; 1P.314/2001 du 2 juillet 2001 consid. 1; Wullschleger, in Sutter-Sohm et al. (éd.), *Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO]*, 2e éd. 2013, n. 33 ad art. 47 CPC ); ils ne peuvent en revanche généralement émettre un jugement de valeur sur la partie elle-même sans donner l'apparence d'une certaine prévention ( ATF 127 I 196 consid. 2d; 120 V 357 consid. 3b; arrêt 1B\_303/2008 du 25 mars 2009 consid. 2.4; WULLSCHLEGER, op. cit., *ibid*; KIENER, in Oberhammer et al. (éd.), *ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2e éd. 2014, n. 19 ad art. 47 CPC ).

#### **E. 2.4**

Il a été établi que les déclarations contestées de l'expert ont été formulées à l'issue d'une audience tendue et longue, dont l'objet était de parvenir à trouver une solution adéquate pour les enfants à la veille des fêtes de Noël. Dès lors qu'en cours d'audience, les conseils de la recourante et de son ex-époux ont sollicité la récusation de la magistrate en charge du dossier, l'audience a été suspendue et la question du sort des enfants différée. Ainsi que l'ont parfaitement souligné les instances précédentes, les déclarations de l'expert doivent être replacées dans ce cadre particulier. L'on ne peut alors qu'en déduire que ces propos, que l'on peut certes juger maladroits, visaient exclusivement le comportement procédural des conseils précités et sa conséquence principale, à savoir le report de la problématique du sort des enfants (ainsi, pour replacer les critiques de la recourante dans leur contexte: " j'étais interloquée que l'on puisse interrompre brutalement toute discussion constructive "; " l'audience s'est terminée par une demande brutale de récusation " [cf. déterminations du 6 janvier 2015, p. 2]; " c'est vraiment honteux et dégueulasse ce que vous avez fait " [à la sortie de la salle d'audience, à l'intention des conseils de la recourante et de son ex-époux]; " je m'attendais à des conseils plus éthiques et respectueux non seulement des enfants mais également des professionnels engagés dans cette procédure " [déterminations du 6 janvier 2015, p. 2]). Ces déclarations exprimaient manifestement l'inquiétude de l'intéressée face au sort de ces enfants, dont la situation est à l'évidence particulièrement préoccupante, et s'articulaient uniquement dans leur intérêt qui, il sied de le souligner, demeure l'objectif principal des conclusions établies par ce type d'expertise judiciaire. Dans ces conditions, l'on ne saurait retenir l'apparence d'une prévention de la part de l'expert, étant au demeurant précisé que son rapport a été réalisé fin novembre 2014, à savoir antérieurement aux déclarations qui lui sont reprochées. Il n'y a en conséquence pas lieu de retirer l'expertise du dossier et de retourner la cause à l'instance cantonale.

#### **E. 3**

En définitive, le recours doit être rejeté, aux frais de son auteur ( art. 66 al. 1 LTF ). Aucun dépens n'est attribué à l'intimée qui n'a pas été invitée à se déterminer.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.