

# **GE\_GERICHTE ACJC/1383/2022 vom 21. Oktober 2022**

GE Cour de justice, 2022-10-21, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge\\_gerichte\\_ACJC\\_1383\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ACJC_1383_2022)

FR: GE\_GERICHTE ACJC/1383/2022 du 21 octobre 2022

IT: GE\_GERICHTE ACJC/1383/2022 del 21 ottobre 2022

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

La décision querellée, qui doit être qualifiée d'ordonnance d'instruction, est susceptible de recours immédiat stricto sensu, dans un délai de 10 jours (art. 321 al. 2 CPC), pour violation du droit et constatation manifestement inexacte des faits (art. 320 CPC), pour autant que la recourante soit menacée d'un préjudice difficilement réparable (art. 319 let. b ch. 2 CPC). En l'occurrence, le recours – interjeté dans le délai utile par la mère des enfants en faveur desquelles une curatelle de représentation a été instaurée – est recevable, puisque l'ordonnance attaquée a pour conséquence de limiter son droit de représenter les enfants, ce qui est susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable (pour les développements sur ce point, cf. ACJC/515/2022 du 5 avril 2022 rendu dans la présente cause, consid. 1.1 - 1.2 auxquels il peut être renvoyé).

### **E. 1.2**

Dans la procédure de recours, la cognition de la Cour est limitée à la violation du droit et à la constatation manifestement inexacte des faits.

### **E. 2.1**

Aux termes de l'art. 326 CPC, les allégations de fait et les preuves nouvelles sont irrecevables dans le cadre d'un recours (al. 1), les dispositions spéciales de la loi étant réservées (al. 2). Dans les causes de droit de la famille concernant des enfants mineurs, les maximes d'office et inquisitoire illimitée s'appliquent (art. 296 CPC). Dans ce genre d'affaires, l'autorité cantonale de recours est en droit d'établir les faits d'office, notamment pour se faire une meilleure idée de la situation actuelle de l'enfant (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_923/2014 du 27 août 2015 consid. 3 non

- 10/17 -

C/80/2021 publié in ATF 141 III 472). L'autorité de seconde instance peut dès lors ordonner d'office l'administration de tous les moyens de preuve propres et nécessaires à établir les faits pertinents pour rendre une décision conforme à l'intérêt de l'enfant (ATF 144 III 349 consid. 4.2.1). Selon une partie de la doctrine, la maxime d'office et la maxime inquisitoire au sens strict doivent s'appliquer devant l'autorité cantonale de recours quelle que soit la voie de recours. En conséquence, l'art. 296 CPC devrait être qualifié de disposition spéciale pour laquelle l'art. 326 al. 2 CPC formule une réserve au principe posé à l'art. 326 al. 1 CPC (HEINZMANN, in Newsletter CPC Online du 8 juin 2017 ad art. 326 CPC; BASTONS BULLETTI, Petit commentaire du CPC, n. 12 ad art. 326 CPC).

### **E. 2.2**

In casu, les faits et moyens de preuve nouveaux invoqués par le père sont pertinents pour appréhender la situation actuelle des mineurs C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ et prendre une décision

conforme à l'intérêt de ceux-ci. Les allégués et pièces nouvellement introduits devant la Cour sont dès lors recevables.

### **E. 3**

La recourante demande l'audition de son fils C\_\_\_\_\_, au motif que l'avis de l'enfant – qui dispose selon elle de la capacité de discernement nécessaire pour se forger une opinion et pour l'exprimer – n'a pas été pris en compte. 3.1.1 A teneur de l'art. 298 al. 1 CPC, les enfants sont entendus personnellement et de manière appropriée par le tribunal ou un tiers nommé à cet effet, pour autant que leur âge ou d'autres justes motifs ne s'y opposent pas.

Le juge est tenu d'entendre l'enfant, non seulement lorsque celui-ci ou ses parents le requièrent, mais aussi dans tous les cas où aucun juste motif ne s'y oppose (arrêts du Tribunal fédéral 5A\_547/2017 du 26 octobre 2017 consid. 3.2.2; 5A\_714/2015 du 28 avril 2016 consid. 4.2.2). En principe l'audition des enfants dans une affaire qui les concerne est en général possible dès l'âge de 6 ans révolus (ATF 131 III 553 consid. 1.2.3). 3.1.2 La maxime inquisitoire n'exclut pas l'appréciation anticipée des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_720/2013 du 4 mars 2014 consid. 4.1).

### **E. 3.2**

En l'espèce, C\_\_\_\_\_ a adressé plusieurs courriers au premier juge, dans lesquels il s'est exprimé au sujet de son actuel représentant ainsi que sur sa volonté de changer de curateur de représentation. Il a cependant d'ores et déjà été relevé à plusieurs reprises que les mineurs sont pris dans un important conflit de loyauté et sont submergés par le conflit parental, de sorte que leurs déterminations doivent être appréciées avec la plus grande prudence. Dès lors qu'il résulte du rapport

- 11/17 -

C/80/2021 d'expertise que C\_\_\_\_\_ est instrumentalisé par sa mère pour les besoins de la cause, l'audition sollicitée n'apporterait quoi qu'il en soit pas de nouvel élément pertinent pour la résolution du litige et n'apparaît pas être dans l'intérêt de C\_\_\_\_\_, qui doit, autant que possible, être tenu à l'écart de la procédure judiciaire entre ses parents. La Cour s'estimant suffisamment renseignée sur la position de C\_\_\_\_\_, il ne sera pas donné une suite favorable à la requête en audition de ce dernier.

### **E. 4**

Invoquant diverses violations de son droit d'être entendue, la recourante fait grief au Tribunal d'avoir statué sans l'auditionner, alors qu'elle avait pris des conclusions en ce sens, et de ne pas avoir suffisamment motivé sa décision sur le choix de la personne du curateur.

#### **E. 4.1.1**

Le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 Cst., comprend pour le justiciable le droit de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1). Il ne garantit en revanche pas le droit de s'exprimer oralement devant l'autorité appelée à statuer (ATF 130 II 425 consid. 2.1; 125 I 209 consid. 9b).

#### **E. 4.1.2**

La jurisprudence a également déduit de l'art. 29 al. 2 Cst. le devoir pour l'autorité de motiver sa décision, afin que le destinataire puisse la comprendre, la contester utilement s'il y a lieu et que l'autorité de recours puisse exercer son contrôle. Pour répondre à ces exigences, il

suffit que le juge mentionne, au moins brièvement, les motifs qui l'ont guidé et sur lesquels il a fondé sa décision, de manière à ce que l'intéressé puisse se rendre compte de la portée de celle-ci et l'attaquer en connaissance de cause. Il n'a pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties, mais peut au contraire se limiter à ceux qui, sans arbitraire, apparaissent pertinents (ATF 142 III 433 consid. 4.3.2; 141 IV 249 consid. 1.3.1; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_19/2020 du 18 mai 2020 consid. 6). Il n'y a violation du droit d'être entendu que si l'autorité n'a pas satisfait à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents (ATF 135 III 670 consid. 3.3.1; 133 III 235 consid. 5.2 et les arrêts cités; arrêt du Tribunal fédéral 5A\_609/2012 du 12 septembre 2012 consid. 3.1). L'essentiel est que la décision indique clairement les faits qui sont établis et les déductions juridiques qui sont tirées de l'état de fait déterminant (ATF 142 II 154 consid. 4.2; 135 II 145 consid. 8.2). En revanche, l'autorité se rend coupable d'un déni de justice formel si elle omet de se prononcer sur des griefs qui présentent une certaine pertinence ou de prendre en considération des allégués et arguments importants pour la décision à rendre (ATF 142 III 433 consid. 4.3 et les références citées).

- 12/17 -

C/80/2021 La violation du droit d'être entendu entraîne l'annulation de la décision attaquée, indépendamment des chances de succès du recours sur le fond (ATF 137 I 195 précité consid. 2.2; 135 I 279 consid. 2.6.1); celle-ci peut toutefois, à titre exceptionnel, être réparée, pour autant qu'elle ne soit pas particulièrement grave et que la partie concernée ait la possibilité de s'exprimer devant une autorité de seconde instance disposant d'un pouvoir de cognition complet en fait et en droit (ATF 137 I 195 précité consid. 2.3.2; 136 V 117 consid. 4.2.2.2; 133 I 201 consid. 2.2).

#### **E. 4.2.1**

En l'occurrence, devant l'autorité de première instance, la recourante a eu l'occasion de s'exprimer une fois oralement et plusieurs fois par écrit, tant sur le principe de nomination d'un curateur de représentation en faveur des enfants que sur la personne de ce curateur. Son droit d'être entendue a ainsi pleinement été respecté, de sorte que son grief sur ce point sera rejeté. Par ailleurs, il ne sera pas donné suite au chef de conclusion de la recourante tendant à son audition par la Cour, puisqu'elle a déjà eu l'occasion d'exprimer sa position dans son acte de recours, qu'il n'existe pas un droit à être entendu oralement et qu'elle n'expose en outre pas les raisons pour lesquelles son audition pourrait être utile à la solution du litige.

#### **E. 4.2.2**

Pour le surplus, le premier juge a exposé les raisons pour lesquelles il s'écartait des conclusions concordantes de la mère et de C\_\_\_\_\_ au sujet du choix du curateur de représentation, ainsi que les motifs pour lesquels il jugeait préférable de maintenir à cette fonction la même personne que durant la procédure de mesures protectrices. Bien que la motivation du Tribunal (résumée au point D de l'état de fait ci-dessus) soit succincte, elle est suffisamment explicite pour que la recourante puisse la comprendre et la contester utilement. La critique de la recourante est, par conséquent, infondée.

### **E. 5**

La recourante reproche au Tribunal d'avoir désigné Me F\_\_\_\_\_ en qualité de curateur de représentation de ses enfants.

#### **E. 5.1**

Selon l'art. 299 al. CPC, le tribunal ordonne si nécessaire la représentation de l'enfant et désigne un curateur expérimenté dans le domaine de l'assistance et en matière juridique.

### **E. 5.1.1**

Les tâches du représentant de l'enfant dans les procédures matrimoniales se limitent pour l'essentiel à des tâches d'information, de communication et d'assistance en rapport avec le procès (ATF 142 III 153 consid. 5.2.4, in JdT 2017 II 202). Par assistance, il faut comprendre des compétences en matière sociale. Le curateur devrait être à même de se faire comprendre par l'enfant, de gagner sa confiance, de lui "traduire" la procédure et ses enjeux, de se positionner par

- 13/17 -

C/80/2021 rapport à elle, et de rester indépendant par rapport aux parents. Il devra également posséder des compétences en droit du divorce, en droit de la protection de l'enfant et en procédure (HELLE, Commentaire pratique Droit matrimonial: Fond et procédure, 2016, n. 28 ad art. 299 CPC et les références citées). Le travail du représentant de l'enfant consiste à réunir, examiner et classer du point de vue des intérêts de l'enfant les éléments de procédure concernant la question juridique posée. Il doit se faire une image complète, indépendante des parents, et neutre, de la situation concrète (locale, domestique, scolaire, interaction entre l'enfant et les parents ainsi que les frères et sœurs) et la porter à la connaissance du tribunal. L'information relative à la volonté subjective de l'enfant fait aussi partie de ce qu'il faut connaître pour déterminer le bien de l'enfant (ATF 142 III 153 consid. 5.2.3.1). Le curateur de représentation accompagne l'enfant tout au long du procès, en lui expliquant dans une forme adaptée la procédure et ses effets, en assurant la communication entre l'enfant et les acteurs du procès et en servant d'intermédiaire en rapport avec tous les éléments déterminants pour la mesure à prendre (ATF 142 III 153 consid. 5.2.3.2). Le tribunal a la faculté, lors de la nomination du curateur pour la procédure et dans le cadre de l'instruction du procès, de piloter l'étendue de ses tâches – précisément aussi compte tenu des incidences au niveau des coûts – soit de décrire lesdites tâches, voire de les limiter (ATF 142 III 153 consid. 5.3.1). Le Tribunal fédéral considère que le représentant doit assurer le bien-être objectif – et non subjectif – de l'enfant (ATF 142 III 153 consid. 5.2.1, 5.2.2 et 5.2.4, JdT 2017 II 202), ce qui paraît justifié, selon une partie de la doctrine, dans la mesure où l'enfant n'est souvent pas capable de déterminer ce qui est bon pour lui et qu'il peut être influencé par l'un ou l'autre de ses parents (DIETSCHY-MARTENET, Petit commentaire du Code de procédure civile, n. 14 ad art. 299 CPC).

### **E. 5.1.2**

Même s'il n'existe pas de droit de choisir le représentant de l'enfant, les souhaits éventuels – en particulier ceux de l'enfant capable de discernement – doivent être pris en compte dans certaines conditions et une autre personne ne devrait être désignée comme représentant de l'enfant que dans des cas justifiés (STALDER/VAN DE GRAAF, Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2021, n. 13 ad art. 299 CPC). Le tribunal devrait ainsi respecter la préférence exprimée par l'enfant capable de discernement quant au choix du curateur (HELLE, Commentaire pratique Droit matrimonial: Fond et procédure, 2016, n. 31 ad art. 299 CPC; MICHEL/STECK Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, n. 14 ad art. 299 CPC, lesquels font une analogie avec l'art. 401 CC relatif au choix du curateur). Les parents devraient également être

- 14/17 -

C/80/2021 entendus sur la personne du curateur à désigner (HELLE, op. cit., n. 31 ad art. 299 CPC). La capacité de discernement de l'enfant s'apprécie selon un critère relatif (art. 16 et 19 al. 2 CC). Il convient de décider, sur la base des circonstances concrètes et de la maturité de développement de l'enfant, si la capacité de discernement peut lui être reconnue en ce qui concerne la question de sa représentation (STALDER/VAN DE GRAAF, Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2021, n. 8 ad art. 299 CPC). Le Tribunal fédéral a été amené à se poser la question de la capacité de discernement d'un enfant d'un peu moins de douze ans refusant catégoriquement d'entretenir des relations personnelles avec son père. Selon cette autorité, il n'était ni étonnant ni contradictoire qu'un enfant d'un peu moins de 12 ans soit capable de discernement pour ce qui avait trait à son quotidien, mais qu'il ne disposait en revanche pas de la maturité nécessaire pour prendre des décisions impliquant son affect, lorsqu'il se trouvait dans un désarroi profond, causé par un lourd conflit de loyauté subi depuis des années. Il ressortait de l'expertise que le rejet du père par l'enfant n'était en rien fondé sur les expériences personnelles négatives qu'il aurait vécues lors de l'exercice du droit de visite - au contraire, lorsqu'elles avaient pu avoir lieu, l'enfant avait manifesté du plaisir à voir son père, et ce dernier présentait des capacités parentales adéquates -, mais était le résultat du conflit parental dont il souffrait et qui l'amenait à réagir en fonction de ce que sa mère attendait de lui, au risque de mettre de côté sa propre identité (arrêt du Tribunal fédéral 5A\_459/2015 du 13 août 2015 consid. 6.3). La non-prise en compte des souhaits de la personne concernée doit se fonder sur des raisons objectives (ATF 140 III 1 consid. 4.3.2).

## E. 5.2

En l'espèce, il n'est pas contesté qu'il est nécessaire que C\_\_\_\_\_ et D\_\_\_\_\_ soient représentés par un curateur en vue de sauvegarder leurs intérêts dans la procédure de divorce opposant leurs parents, dès lors que la situation familiale est particulièrement complexe et tendue, les enfants étant pris dans un grave conflit de loyauté. Seul le choix de la personne du curateur demeure litigieux. C\_\_\_\_\_ s'est exprimé à cet égard, indiquant qu'il ne souhaiterait plus être représenté par Me F\_\_\_\_\_. Or, même si C\_\_\_\_\_, âgé de 12 ans, est présumé capable de discernement pour ce qui a trait à son quotidien, il y a lieu de retenir que cette faculté fait défaut pour tout ce qui concerne le litige opposant ses parents, tant il est évident que sa volonté exprimée est influencée par sa mère. Cela est d'ailleurs reflété par le fait que mère et fils ont tous deux conclu à ce que Me J\_\_\_\_\_ soit nommée en qualité de curatrice de représentation, C\_\_\_\_\_ ayant adressé au juge des déterminations "spontanées" à cet égard, à une période où il était privé de tout contact avec son père.

- 15/17 -

C/80/2021 Cela est également confirmé par le rapport d'expertise familiale, dont il résulte que la mère exerce une emprise sur ses enfants, lesquels restituent en bloc le discours de celle-ci. Aussi, le refus de C\_\_\_\_\_ de voir Me F\_\_\_\_\_ et d'être représenté par celui-ci dans le cadre de la procédure de divorce de ses parents doit être mis en perspective avec le fait qu'il a été conditionné par rapport à cette situation et qu'il a agi en fonction de ce que sa mère attend de lui. C\_\_\_\_\_ n'apparaissant pas en mesure de se forger librement une volonté concernant la personne qui sera le mieux à même de le représenter, c'est à juste titre que le premier juge n'a pas accédé à sa demande ("appuyée" par sa mère). La mère s'est également exprimée en défaveur du maintien de Me F\_\_\_\_\_ aux fonctions de curateur de représentation des enfants. Les reproches formulés par la recourante à l'encontre de celui-ci sont essentiellement les mêmes que ceux qu'elle a déjà invoqués au cours de la procédure de

mesures protectrices de l'union conjugale. Or, l'autorité de céans avait retenu sur ce point que les critiques de la recourante contre l'activité déployée par Me F\_\_\_\_\_ étaient infondées, pour des motifs qui restent applicables (cf. ACJC/166/2022 consid. 4.2). La recourante se prévaut de quelques nouveaux éléments pour soutenir que Me F\_\_\_\_\_ serait un curateur "désinvesti" et "indifférent aux cris de souffrance de ses enfants", notamment car il n'aurait pas réagi lorsque C\_\_\_\_\_ lui a écrit en mars 2022 pour lui dire qu'il ne souhaitait plus vivre avec son père, tant il avait vécu un enfer auprès de lui. Il n'avait pas non plus rencontré les enfants après que ceux-ci aient refusé de se rendre à l'école de peur que leur père ne les "capture de force". Selon la mère, la passivité du curateur de représentation risquerait d'exposer les enfants à la violence d'un père agressif. Les reproches de la recourante, qui ne sont étayés par aucun élément objectif, apparaissent cependant infondés et doivent de toute manière être relativisés au regard du trouble sévère de la personnalité paranoïaque dont souffre l'intéressée. Pour le surplus, les éléments récents contredisent la position soutenue par la mère, puisque le curateur de représentation a pu s'entretenir à plusieurs reprises avec les enfants depuis leur placement en foyer, que ceux-ci ont accepté de se confier à lui et qu'il a ensuite pu faire part de la situation et de la volonté des enfants lors de l'audience tenue en juillet 2022. La désignation d'un curateur de représentation des enfants en procédure a précisément pour but de faire valoir la position des enfants selon leur intérêt, indépendamment de la position adoptée par l'un et l'autre des parents, de manière à éviter l'utilisation de ceux-là dans le cadre du conflit et de contribuer à une meilleure prise en compte de leurs intérêts propres. Aucun manquement dans l'accomplissement de sa mission ne peut être reproché à Me F\_\_\_\_\_, celui-ci ayant, comme précédemment, œuvré en vue de préserver l'intérêt des enfants à protéger. Comme retenu avec raison par le Tribunal, le fait que le précité ait déjà

- 16/17 -

C/80/2021 connaissance du dossier et ait, par le passé, créé un lien avec les enfants, permet en outre de leur offrir une forme de stabilité. Cela paraît d'autant plus important que les enfants ont, entre-temps, été placés dans un foyer, de sorte qu'ils ont à nouveau dû être confrontés à de nouveaux intervenants. Il résulte de ce qui précède que des motifs objectifs plaident en faveur du maintien de Me F\_\_\_\_\_ aux fonctions de curateur de représentation des enfants, les critiques de la recourante étant injustifiées. A noter que la représentation de l'enfant dans les procédures matrimoniales est une mesure de protection sui generis, qui doit être distinguée des mesures de protection des art. 307 ss CC (cf. HELLE, op. cit., n. 4 ad art. 299 CPC), de sorte que les griefs développés par la recourante en lien avec l'art. 308 CC sont dépourvus de pertinence. En particulier, il n'appartient pas au curateur de représentation d'assister les père et mère et de leur donner son appui dans la prise en charge des enfants. Enfin, il ne se justifie pas de préciser ou de limiter les tâches du curateur de représentation, puisque rien n'indique que celui-ci aurait outrepassé celles qui lui sont dévolues. Par conséquent, le recours, entièrement infondé, sera rejeté.

## **E. 6**

Les frais judiciaires du recours, incluant l'émolument de décision sur effet suspensif, seront arrêtés à l'000 fr. (art. 104, 105 al. 1 et 106 al. 1 CPC; art. 41 RTFMC), compensés avec l'avance du même montant qui a été versée, laquelle restera acquise à l'Etat de Genève. Compte tenu de l'issue de la procédure de recours, ces frais seront mis à la charge de la recourante (art. 106 al. 2 CPC). Vu la nature familiale du litige, l'intimé supportera ses propres dépens de recours (art. 107 al. 1 let. c CPC). \* \* \* \* \*

- 17/17 -

C/80/2021 PAR CES MOTIFS, La Chambre civile : A la forme : Déclare recevable le recours interjeté le 20 juin 2022 par A\_\_\_\_\_ contre l'ordonnance ORTPI/668/2022 rendue le 9 juin 2022 par le Tribunal de première instance dans la cause C/80/2021. Au fond : Rejette le recours. Déboute les parties de toutes autres conclusions. Sur les frais : Arrête les frais judiciaires du recours à 1'000 fr. Les met à la charge de A\_\_\_\_\_ et les compense avec l'avance de frais versée, qui reste acquise à l'Etat de Genève. Dit qu'il n'est pas alloué de dépens. Siégeant : Monsieur Laurent RIEBEN, président; Monsieur Patrick CHENAUX, Madame Fabienne GEISINGER-MARIETHOZ, juges; Madame Sophie MARTINEZ, greffière.

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.

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