

Avocat·e·s de l'enfant

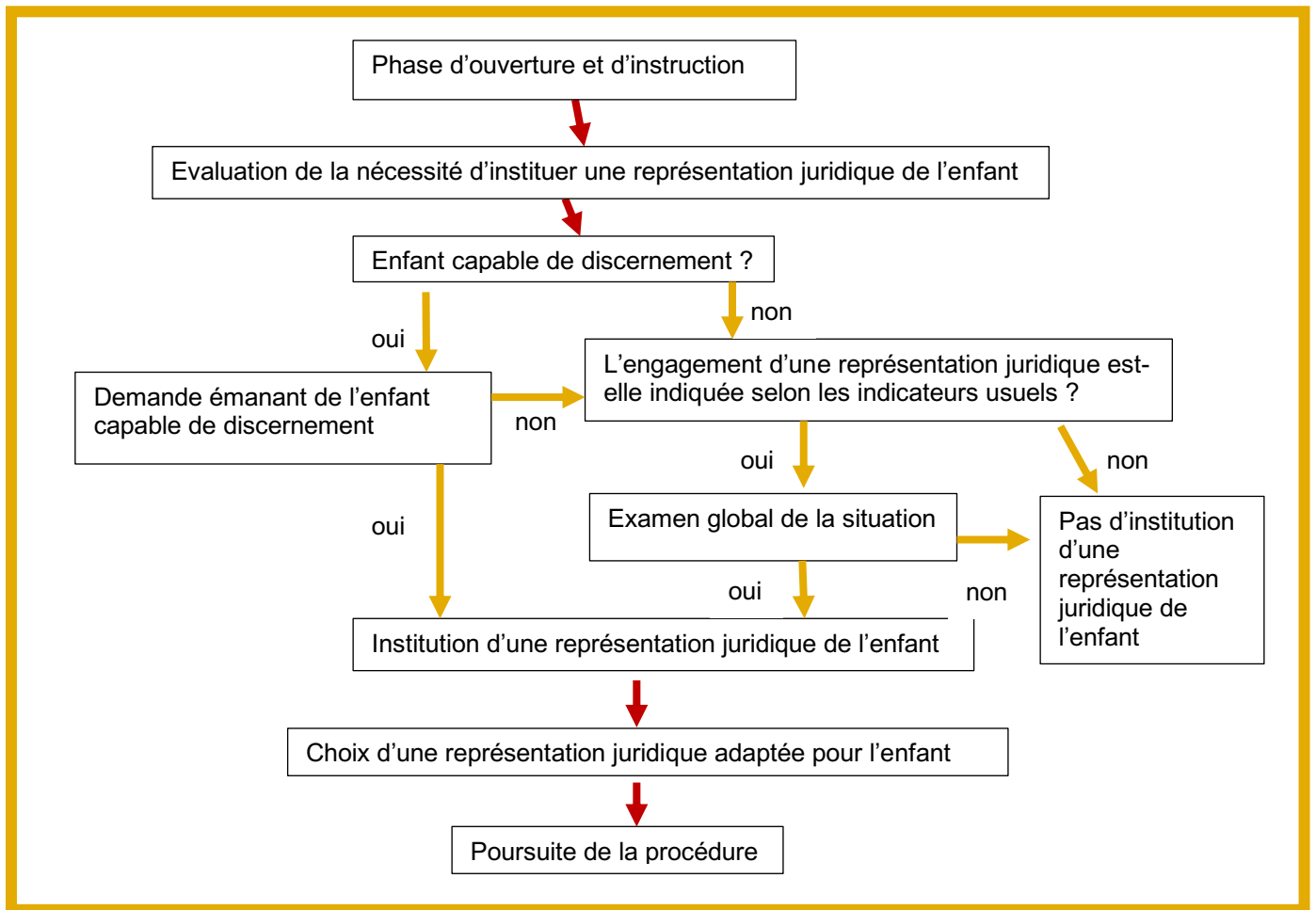
Suisse

Checklist : Engagement d'une représentation juridique de l'enfant au sens de l'art. 314a^{bis} CC dans les affaires de protection de l'enfance¹

La présente checklist constitue une recommandation et définit une forme optimale de la représentation juridique de l'enfant basée sur la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1989) et sur les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants (2010). Elle vise à soutenir les membres d'une APEA dans le cadre de la réflexion sur l'engagement d'une représentation de l'enfant dans les procédures de protection de l'enfance.

¹ Le terme de « représentation juridique de l'enfant » tel qu'employé dans le présent document désigne les pratiques aussi appelées représentation de l'enfant, représentation procédurale ou curatelle procédurale. Du point de vue d'Avocat·e·s de l'enfant Suisse, cette terminologie est la plus adéquate, même si elle n'est pas la plus courante dans la pratique, dans le sens où elle met explicitement l'accent sur la dimension juridique de la représentation mise en place. Cela permet entre autres de créer une distinction claire avec la curatelle telle que définie dans l'art. 308 CC. L'avantage de la notion de représentation juridique de l'enfant est également qu'elle peut être utilisée dans tous les domaines juridiques.

Vue d'ensemble du processus d'examen



Rôle de la représentation juridique de l'enfant²

- Garantir le respect des droits de l'enfant et les droits procéduraux
- Informer et conseiller les enfants sur leurs droits et les étapes de la procédure, d'une manière adaptée à leur âge et leur niveau de développement
- Accompagner les enfants dans le processus de formation de leur opinion
- Permettre de dégager la volonté subjective de l'enfant et représenter celle-ci devant les autorités et tribunaux
- Favoriser la recherche de solutions consensuelles
- Déposer des demandes, rédiger des requêtes, saisir des voies de recours

² Le rôle attribué à la représentation juridique de l'enfant par le Tribunal fédéral dans sa plus récente jurisprudence (arrêt TF 5A_52/2015 du 17 décembre 2015) fait l'objet de critiques de la part d'Avocat-e-s de l'enfant Suisse comme d'une part importante de la spécialité, étant donné que cette conception du rôle de la représentation juridique de l'enfant est entre autres contraire aux directives internationales.

Intérêt de la représentation juridique

- L'implication de l'enfant est garantie tout au long de la procédure
- L'enfant s'exprime en son propre nom dans le cadre de la procédure
- Les enfants sont accompagnés et informés tout au long de la procédure
- Des informations mises en forme de manière professionnelle sont rendues disponibles (surtout concernant le point de vue de l'enfant)
- Des informations complémentaires sur les faits sont rendues disponibles et peuvent aider dans le cadre de la prise de décision
- L'APEA peut se positionner de manière plus objective
- La détente d'une situation conflictuelle au sein de la famille est favorisée
- Les chances sont accrues de trouver des solutions consensuelles et durables
- La disposition des divers acteurs-rices à coopérer est accrue
- Une plus grande efficacité dans le déroulement d'une procédure permet d'économiser des coûts

1. Phase d'ouverture et d'instruction

Dans le cadre de la procédure d'ouverture, de l'administration des preuves et d'instruction, il convient de s'assurer que toutes les personnes impliquées reçoivent une information appropriée au sujet de la possibilité d'instituer une représentation juridique de l'enfant et sur leurs droits en lien avec cette mesure. Durant cette phase de la procédure, il s'agit également d'examiner d'office si une représentation juridique de l'enfant doit obligatoirement être mise en place.

| Démarche | Effectué | Références |
|---|--------------------------|---|
| 1. Fournir, dès la première prise de contact avec l'enfant, une information écrite et orale sur le déroulement de la procédure et sur la possibilité de mettre en place une représentation de l'enfant. Les enfants capables de discernement doivent recevoir des indications explicites au sujet de leur droit de demander une représentation juridique. Ils doivent également être informés sur le rôle que remplit une telle représentation juridique (voir plus haut). | <input type="checkbox"/> | Voir 1a) et 1b). Au sujet du fondement juridique du droit de demande, voir 2) |
| 2. Communiquer aux parents qu'ils disposent eux-aussi du droit de demander qu'une représentation juridique de l'enfant soit mise en place. | <input type="checkbox"/> | |
| 3. Evaluer d'office si la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant est indiquée (art. 314a ^{bis} al. 1 CC) Moment opportun pour cette évaluation : Le plus tôt possible, au plus tard avant la première audition → Voir point 2 pour la réalisation de cette évaluation | <input type="checkbox"/> | |

2. Evaluation préalable à la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant

2.1 Demande de l'enfant capable de discernement

Si l'enfant capable de discernement a présenté une demande, il n'est pas nécessaire de procéder à l'évaluation des indicateurs selon 2.2. Dans ce cas, la suite de la démarche consiste à chercher une personne compétente pour assurer la représentation juridique de l'enfant (voir 3).

| Faits | S'applique | Références |
|--|--------------------------|------------|
| Demande de l'enfant capable de discernement pour l'engagement d'une représentation juridique → Institution d'une représentation juridique de l'enfant | <input type="checkbox"/> | |
| Absence de demande de l'enfant capable de discernement pour l'engagement d'une représentation juridique → Evaluation de la situation sur la base des indicateurs selon 2.2 | <input type="checkbox"/> | |

2.2 Indicateurs pour la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant

Lorsqu'un ou plusieurs des indicateurs suivants se vérifient, il convient d'évaluer si la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant est indiquée, sur la base de l'évaluation globale de la situation.

| Indicateurs | S'applique | Références |
|---|--------------------------|-------------|
| Procédure relative au retrait du droit de déterminer le lieu de résidence, conformément à l'art. 310 CC | <input type="checkbox"/> | 3a), 4), 5) |
| Procédure relative au retrait de l'autorité parentale, conformément à l'art. 311s. CC | <input type="checkbox"/> | 3a), 4), 5) |
| Procédure relative à un placement à des fins d'assistance, conformément à l'art.314b et art. 327c al. 3 CC | <input type="checkbox"/> | 3a), 4), 5) |
| Procédure relative à l'adoption, y c. l'adoption de l'enfant du conjoint, conformément à l'art. 265ss. CC | <input type="checkbox"/> | 3a), 4), 5) |
| Procédure relative à la désignation d'un tuteur pour une personne mineure, conformément à l'art. 327a CC | <input type="checkbox"/> | 3a), 4), 5) |
| Demandes divergentes des personnes concernées dans le contexte d'une procédure relative à l'attribution de l'autorité parentale unique à l'un des parents, dans le cas de parents non-mariés, conformément à l'art. 298ss. CC | <input type="checkbox"/> | 3a), 4), 5) |

| | | |
|--|--------------------------|-------------|
| Demands divergentes des personnes concernées dans le contexte d'une procédure relative à la réglementation du droit de visite, conformément à l'art. 275 CC | <input type="checkbox"/> | 3a), 4), 5) |
| Demands divergentes des personnes concernées dans le contexte d'une procédure relative à la nomination d'une curatelle disposant de pouvoirs particuliers, conformément à l'art. 308 al. 2 CC | <input type="checkbox"/> | 3a), 4), 5) |
| Demands divergentes des personnes concernées dans le contexte d'une procédure relative à une limitation du droit d'information et de renseignement du parent qui ne dispose pas de l'autorité parentale, conformément à l'art. 275a al. 3 CC | <input type="checkbox"/> | 3a), 4), 5) |
| Souhait de l'enfant de disposer d'une représentation juridique | <input type="checkbox"/> | |
| Actes de violence psychique et / ou physique de la part des parents contre l'enfant | <input type="checkbox"/> | |
| Désinformation systématique, respectivement manipulation de l'enfant par un de ses parents ou les deux | <input type="checkbox"/> | |
| Sérieux doutes quant au caractère adéquat des demandes communes des parents | <input type="checkbox"/> | |
| Demande d'un des parents pour la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant | <input type="checkbox"/> | |
| Clarifications de longue haleine dans le contexte de situations familiales complexes, où l'objet de la procédure n'a pas encore été déterminé clairement, respectivement que la procédure s'annonce longue et compliquée | <input type="checkbox"/> | |
| Procédure lors de laquelle des décisions cruciales pour l'avenir de l'enfant seront prises (p. ex. questions centrales relatives à sa formation ou sa santé) | <input type="checkbox"/> | |

2.3 Suite de la démarche lorsqu'au moins un des indicateurs ci-dessus s'applique

2.3.1 Evaluation globale

| Analyse de la situation | S'applique | Références |
|---|--------------------------|------------|
| <p>Une participation adaptée de l'enfant dans la procédure implique l'engagement d'une représentation juridique de l'enfant.</p> <p>Critères d'évaluation :</p> <ul style="list-style-type: none"> • La procédure présente des difficultés d'un point de vue objectif • L'enfant est dépassé, d'un point de vue subjectif • L'engagement d'une représentation juridique est pertinent en termes de renforcement du | <input type="checkbox"/> | |

| | | |
|--|---|--|
| <p>développement et de la personnalité de l'enfant et favorise sa résilience</p> <p>Principe fondamental : plus les conséquences de la procédure sont profondes pour l'enfant, plus vite il convient d'engager une représentation juridique.</p> <p>➔ L'engagement d'une représentation juridique de l'enfant est indiqué (voir 2.3.2)</p> | | |
| <p>La probabilité est très élevée que la procédure aboutisse à une conclusion qui va dans le sens de la volonté subjective de l'enfant qui a déjà été communiquée par un autre moyen.</p> <p>Critères d'évaluation :</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'APEA a mis en lumière la volonté subjective de l'enfant et celle-ci correspond en grande partie à la décision attendue • La procédure se conclura dans le sens de la volonté de l'enfant telle que transmise. <p>➔ Pas d'engagement d'une représentation juridique de l'enfant (voir 2.3.3)</p> | □ | |

2.3.2 L'engagement d'une représentation juridique est indiqué

Si l'engagement d'une représentation juridique est indiqué, la suite de la démarche prendra une forme différente selon qu'on a affaire à un enfant capable de discernement ou incapable de discernement.

| Enfant capable de discernement | Effectué | Références |
|--|----------|------------|
| <p>Proposition faite à l'enfant capable de discernement d'engager une représentation juridique</p> | □ | |
| <p>L'enfant approuve l'engagement d'une représentation juridique :</p> <p>➔ Engagement d'une représentation juridique de l'enfant</p> | □ | |
| <p>L'enfant capable de discernement rejette la proposition d'une représentation juridique :</p> <p>S'assurer, dans le cadre d'un entretien, que l'enfant est au clair sur les tenants et aboutissants de sa décision.</p> <ul style="list-style-type: none"> • L'enfant connaît les conséquences de sa décision et persiste à refuser une représentation juridique : ➔ Pas d'engagement d'une représentation juridique de l'enfant, voir suite au point 2.3.3 • L'enfant persiste à refuser la représentation juridique, mais n'est objectivement pas en mesure d'affronter la procédure sans représentation : ➔ Engagement d'une représentation juridique de l'enfant, voir suite au point 3 • L'enfant change d'avis durant l'entretien et approuve l'engagement d'une représentation juridique : | □ | 6) |

| | | |
|--|--------------------------|--|
| → Engagement d'une représentation juridique de l'enfant, voir suite au point 3 | | |
| Enfant incapable de discernement | <input type="checkbox"/> | |
| Sur la base de l'évaluation générale, l'engagement d'une représentation juridique est indiqué : → Engagement d'une représentation juridique de l'enfant, voir suite au point 3 | <input type="checkbox"/> | |

2.3.3 Décision de ne pas engager de représentation juridique de l'enfant

| Démarche | Effectué | Références |
|--|--------------------------|------------|
| Justifier par écrit la raison pour laquelle il a été décidé de ne pas engager de représentation juridique et inclure cette justification dans le dossier | <input type="checkbox"/> | |
| Information de toutes les parties au sujet de la décision de renoncer à engager une représentation juridique de l'enfant et sur les raisons de ce choix | <input type="checkbox"/> | |

3. Choix d'une représentation juridique adaptée pour l'enfant

Si la décision a été prise qu'une représentation juridique de l'enfant devait être engagée, il s'agit de chercher une personne adaptée pour remplir cette fonction. Seules les personnes qui remplissent de manière cumulée toutes les exigences ci-dessous peuvent entrer en ligne de compte en tant que représentantes juridiques de l'enfant.

| Profil exigé | S'applique | Références |
|--|--------------------------|---|
| 1. La personne choisie est expérimentée à la fois dans le domaine des mesures à des fins d'assistance et dans celui du droit. Elle dispose de connaissances juridiques et psychologiques (art. 314a ^{bis} al. 1 CC). Deux possibilités se présentent fondamentalement : <ul style="list-style-type: none"> • Avocat-e ou juriste avec expérience certifiée dans le travail et la communication avec les enfants • Professionnel-le du domaine psychosocial avec connaissances juridiques fondées dans le domaine des droits de l'enfant | <input type="checkbox"/> | Voir registre des représentants-juridiques dans l'espace membres du site www.kinderanwaltschaft.ch |
| 2. | <input type="checkbox"/> | 8), 9) |

| | | |
|--|--------------------------|------------|
| La personne choisie est au bénéfice de formations de base ou continues spécialisées permettant d'assumer des représentations juridiques, p. ex. en psychologie du développement, conduite d'entretien, compréhension des rôles, gestion de conflit, droit procédural ou droit substantiel de la protection de l'enfance. | | |
| 3. La réputation de la personne choisie est intacte. | <input type="checkbox"/> | |
| 4. L'indépendance de la personne choisie est garantie. Critère de détermination : la personne prévue pour représenter juridiquement l'enfant n'entretient aucun lien contraignant avec une personne ou une institution faisant partie de l'entourage de l'enfant, ni réellement, ni en apparence. | <input type="checkbox"/> | 10a), 10b) |
| 5. Les demandes particulières de l'enfant et des parents doivent être pris en considération, mais uniquement lorsque la personne engagée remplit les conditions énumérées ci-dessus. | <input type="checkbox"/> | |

4. Suite de la démarche

Si l'engagement d'une représentation juridique est nécessaire et une fois qu'une personne a été désignée pour la prendre en charge, il s'agit de garantir aux parents le droit d'être entendus et de clarifier la question de la rémunération de la représentation juridique de l'enfant. Ensuite, une information appropriée doit être communiquée aux personnes concernées au sujet de l'engagement de la représentation juridique de l'enfant.

| Démarche | Effectué | Références |
|--|--------------------------|------------|
| Le droit d'être entendus doit être garanti aux parents au sujet de l'engagement de la représentation juridique de l'enfant | <input type="checkbox"/> | 11) |
| Fixer les modalités de rémunération de la représentation juridique de l'enfant | <input type="checkbox"/> | |
| Information appropriée à l'enfant et aux parents | <input type="checkbox"/> | |

Références relatives à la checklist

1a)

La capacité de discernement ou au contraire l'incapacité de discernement n'est pas admise pour une personne de manière abstraite et durable. La capacité de discernement doit être relativisée autant dans le temps que par rapport aux faits. Elle

doit donc être évaluée en fonction d'une action concrète et dans une période de temps définie (cf. HOFER/HRUBESCH- MILLAUER/ROBERTO, Personenrecht, N 10.30 ff.). Une marge d'interprétation existe par conséquent par rapport à l'âge de référence de 11 ans et des dépassements sont concrètement possibles.

1b)

Voir aussi, au sujet de la capacité de discernement variable selon la situation : DETTENBORN HARRY, Kindeswohl und Kindeswille, 71ss.

2)

Fondements légaux : art.19c al. 1 CC ; art. 67 al. 3 let. a CPC. Voir aussi à ce propos la jurisprudence du TF 120 la 369.

3a)

Fondement légal : art. 314a^{bis} al. 2 ch. 1 CC. La procédure en question représente une procédure concernant le « placement de l'enfant » au sens de la disposition.

3b)

Fondement légal : art. 314a^{bis} al. 2 ch. 2 CC.

4)

Ces indicateurs justifient une présomption légale selon laquelle, dans ces cas, une représentation juridique de l'enfant est indiquée. Le renoncement à instituer une représentation juridique n'est possible qu'exceptionnellement et devra être justifiée. Voir à ce propos : HERZIG, Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, N 488.

5)

Voir aussi, pour ces indicateurs, l'instruction fondée sur le droit de surveillance concernant l'examen de la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant de la Direction de la justice et de l'intérieur du canton de Zürich du 19 février 2016, qui établit une obligation de procéder à un examen dans ce genre de circonstances.

6)

Voir arrêt du TF 5A_94/2007 du 31.5.2007, E. 1.3 concernant l'institution d'une représentation juridique de l'enfant dans une procédure relative aux mesures de protection de l'enfant, selon laquelle l'attribution, par l'autorité, d'une représentation juridique contre la volonté de l'enfant capable de discernement représente une prétention de représentation inadmissible.

7)

Voir aussi, à ce propos, l'instruction fondée sur le droit de surveillance concernant l'examen de la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant de la Direction de la justice et de l'intérieur du canton de Zürich du 19 février 2016.

8)

COTTIER, in FamKomm, N 8 consacré à l'art. 314a^{bis} CC.

9)

Cette exigence est remplie en particulier lorsque le-la candidat-e en question a suivi avec succès le « CAS Kindesvertretung » de la Haute école de Lucerne.

10a)

Constellation problématique : les parents suggèrent une personne particulière pour la représentation juridique. Cette personne doit être confirmée par l'autorité. Si les conflits d'intérêt entre les parents et l'enfant sont la raison, ou font partie des raisons, qui poussent à instituer une représentation juridique, les suggestions des parents ne pourront pas être prises en considération. Dans tous les autres cas, le souhait des parents peut être pris en compte, tout en assurant un examen consciencieux de l'indépendance de la personne en charge de la représentation juridique.

10b)

Les membres actifs d'une autorité ou d'une institution de protection de l'enfance de droit privé ou public ne peuvent assumer un mandat qu'à l'extérieur de leur canton et uniquement si l'autorité ou l'institution en question n'ont ni actuellement, ni par le passé eu affaire à l'enfant concerné ou à son entourage.

11)

Étant donné qu'il n'existe pas de droit d'être entendu quant au choix d'une personne compétente, le droit d'être entendu peut aussi être garanti plus tôt dans la procédure.

| Indicateurs pour la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant |
|---|
| Procédure relative au retrait du droit de déterminer le lieu de résidence, conformément à l'art. 310 CC |
| Procédure relative au retrait de l'autorité parentale, conformément à l'art. 311s. CC |
| Procédure relative à un placement à des fins d'assistance, conformément à l'art.314b et art. 327c al. 3 CC |
| Procédure relative à l'adoption, y c. l'adoption de l'enfant du conjoint, conformément à l'art. 265ss. CC |
| Procédure relative à la désignation d'un tuteur pour une personne mineure, conformément à l'art. 327a CC |
| Demandes divergentes des personnes impliquées dans le contexte d'une procédure relative à l'attribution de l'autorité parentale unique à l'un des parents, dans le cas de parents non-mariés, conformément à l'art. 298ss. CC |
| Demandes divergentes des personnes impliquées dans le contexte d'une procédure relative à la réglementation du droit de visite, conformément à l'art. 275 CC |
| Demandes divergentes des personnes impliquées dans le contexte d'une procédure relative à la nomination d'une curatelle disposant de pouvoirs particuliers, conformément à l'art. 308 al. 2 CC |
| Demandes divergentes des personnes impliquées dans le contexte d'une procédure relative à une limitation du droit d'information et de renseignement du parent qui ne dispose pas de l'autorité parentale, conformément à l'art. 275a al. 3 CC |
| Souhait de l'enfant de disposer d'une représentation juridique |
| Actes de violence psychique et / ou physique de la part des parents contre l'enfant |
| Désinformation systématique, respectivement manipulation de l'enfant par un de ses parents ou les deux |
| Sérieux doutes quant au caractère adéquat des demandes communes des parents |
| Demande d'un des parents pour la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant |
| Clarifications de longue haleine dans le contexte de situations familiales complexes, où l'objet de la procédure n'a pas encore été déterminé clairement, respectivement que la procédure s'annonce longue et compliquée |
| Procédure lors de laquelle des décisions cruciales pour l'avenir de l'enfant seront prises (p. ex. questions centrales relatives à sa formation ou sa santé) |