

Prise de position pour l'Observation générale nr 27 à l'attention du Comité des droits de l'enfant

L'association Avocat-e-s de l'enfant Suisse a l'honneur de déposer la présente prise de position pour répondre à l'appel lancé par le Comité des droits de l'enfant qui prépare une nouvelle Observation générale nr. 27 sur le « droit de l'enfant d'accéder à la justice et à des voies de recours effectives ».

Présentation de l'association :

Avocat·e·s de l'enfant Suisse est une association qui milite pour garantir à l'enfant la mise en œuvre de son droit de participation au sens de l'art. 12 CDE, en particulier son droit à être accompagné et représenté dans les procédures judiciaires ou administratives. Dans ce contexte, l'association met à disposition des enfants concernés des professionnel·les qualifié·es pour les accompagner et pour permettre leur participation effective et authentique dans ces procédures. Ces avocat·es de l'enfant ont pour mission d'informer les enfants sur leurs droits, sur les étapes importantes des procédures mais aussi sur les issues possibles, et ce, quel que soit leur âge et leur développement, car la parole n'est pas le seul moyen de communication. Les représentant·es de l'enfant défendent ensuite devant les instances judiciaires ou administratives les volontés et la parole de l'enfant, pour que celle-ci soit entendue et prise en considération.

L'association compte 160 membres actifs·ves dans toutes les régions linguistiques de la Suisse. Les avocat·es de l'enfant exercent dans des domaines variés (droit pénal, droit civil, droit de la protection de l'enfant, droit scolaire, droit de la santé, droit des étrangers, etc.). Les représentant·es ont des formations de base en droit ou sciences sociales complétées par des formations continues, notamment en psychologie du développement.

La représentation juridique

Avocat·e·s de l'enfant Suisse est convaincu qu'une représentation juridique qualifiée et indépendante est un prérequis pour que les enfants et les jeunes puissent accéder à la justice et faire entendre leurs voix. En effet, les procédures suisses n'étant, en principe, pas ou peu adaptées aux enfants et aux jeunes, il est nécessaire qu'ils aient la possibilité d'être représentés juridiquement.

Dès lors, la présente prise de position se concentre sur le thème de la représentation juridique.

Bonnes pratiques en matière de représentation juridique d'enfant

L'expérience de l'association qui existe depuis 2006 démontre qu'une représentation juridique de l'enfant qualifiée est bénéfique pour les enfants en matière d'accès à la justice. En cela, la pratique de l'association est intéressante.

Les représentant·e·s de l'enfant

Notre association favorise l'interdisciplinarité. A ce titre, elle s'engage pour que la formation de base des représentant·e·s ne soit pas seulement juridique, mais aussi relève du travail social ou de la psychologique.

Certification et « learning communities »

Afin de remplir sa mission, l'association a développé un réseau d'avocat·e·s de l'enfant formé·e·s et expérimenté·e·s. La qualité des représentant·e·s est assurée par une certification délivrée par l'association. Cette certification atteste les compétences des représentant·e·s juridiques des enfants qui ont acquis de nombreuses qualifications supplémentaires en plus de leur formation de base et qui bénéficient de plusieurs années d'expérience professionnelle dans le domaine de la représentation juridique. De plus, les membres s'engagent à respecter des standards élaborés par l'association et à participer à des « learning communities » pour échanger sur des cas pratiques.

Guides pratiques et ressources

En Suisse il y a relativement beaucoup de guides pratiques auxquels le Comité des droits de l'enfant pourrait se référer :

- Jenzer, Hauri, Junker Domenig (2024) :
Leitfaden_Kindesvertretung_in_Verfahren der KESB
<https://www.bfh.ch/de/aktuell/news/2024/leitfaden-kindesvertretung/>:
(Directives sur la représentation de l'enfant par la Haute École Sociale de Berne disponibles en allemand uniquement)
- Droz-Sauthier, Gaëlle : Les droits de procédure des enfants et des parents devant les autorités de protection de l'enfant, Stämpfli Verlag, 2024
- Unicef / Institut UNICEF/Marie Maienhofer Institut für das Kind (2023), brochures sur l'audition de l'enfant en droit civil et dans la procédure d'asile pour les professionnels et pour les enfants et adolescents (les brochures sont disponibles en allemand, français et italien) <https://www.unicef.ch/fr/votre-aide/dons/shop/publikationen>
- Avocat·e·s de l'enfant Suisse – checklist pour la mise en place d'une représentation au sens de l'art. 314abis CC :
https://kinderanwaltschaft.ch/sites/default/files/uploads/Checkliste%20Kindesschutz_F_def_0.pdf (disponible en allemand et en français)
- Spring Monika & Fassbind Patrick (2018), Juris t'explique tes droits, Baeschlin, <https://derkleineadvokat.ch/francais/> (disponible en français, allemand et italien).

En Suisse il n'existe malheureusement aucune entité qui centralise, collecte et fait connaître les ressources existantes. Ces matériaux précieux devraient être remis

systématiquement aux enfants, parents, autorités et acteurs du domaine de la représentation de l'enfant.

Littérature (liste non-exhaustive) :

- Blum, Brunner, Grossniklaus, Herzig, Schudel, Meier., Kindsvertretung (2022)
- Pradervand-Kernen, La position juridique de l'enfant dans la procédure civile, à l'aune de quelques questions particulières (2016), FamPra.ch 2016, p. 339ss
- Hotz (Hrsg) : Handbuch zum Kind im Verfahren (2000) – avec des exemples de la pratique
- Weber Khan/Hotz, https://skmr.ch/assets/publications/200902_Umsetzung_Art_12_KRK-compressed.pdf (résumé en français <https://www.newsadmin.ch/newsadmin/message/attachments/62648.pdf>) avec des recommandations auxquelles la présente prise de position se réfère

Obstacles à la représentation juridique

Avocat-e-s de l'enfant suisse a identifié quatre obstacles majeurs à la mise en place d'une représentation juridique :

1. Obstacle juridique :

Défaut d'une base légale contraignante fédérale et concernant tous les domaines du droit. En effet, l'expérience montre que dans les domaines où il y a une telle norme la mise en œuvre de l'art. 12 CDE est meilleure (rapport Weber Khan/Hotz 2019) et ceci malgré le fait que l'article 12 de la CDE soit directement applicable :

- a) Dans certains domaines, notamment en droit des étrangers, droit scolaire ou droit de la santé, il n'existe pas de base légale spécifique prévoyant la mise en place d'une représentation juridique pour l'enfant. Il existe une base légale générale si les intérêts des parents entrent en conflit avec ceux de l'enfantⁱ, mais est peu appliquée en pratique dans les domaines précités.
- b) Dans d'autres domaines, dans les procédures matrimoniales ou procédures de la protection de l'enfant, la base légale fédérale existeⁱⁱ. Toutefois, il reste un pouvoir d'appréciation du juge, qui est trop important. En pratique, les tribunaux nomment un-e représentant-e que dans des cas « extrêmes », par exemple lorsque le conflit parental est très grave ou lorsque la procédure est presque terminée.
- c) Les procédures de placement civil d'un enfant sont aussi problématiques, en particulier lorsqu'il s'agit d'un placement en milieu fermé ou dans un établissement psychiatrique. Quand bien même il s'agit d'une mesure incisive, le/la juge n'est pas obligé e par la loi de nommer un-e représentant-e de l'enfant (contrairement à la procédure pénale des mineurs où la loi prévoit que l'enfant doit avoir un-e défenseur-eⁱⁱⁱ). En cas de placement volontaire, c'est-à-dire un placement auquel les parents adhèrent mais pas

l'enfant, la mise en place d'une représentation est quasi inexistante en pratique.

Recommandations :

- ⇒ Il est nécessaire qu'une base légale contraignante existe pour tous les domaines où des enfants sont concernés, afin que les autorités judiciaires et administratives soient obligées d'examiner la question de la mise en place d'une représentation juridique et de justifier la décision en cas de refus d'une représentation juridique. On peut se référer ici à une directive du canton de Zurich (2016) qui demande explicitement aux Autorités de protection de l'enfant justifient leur décision (bonne pratique).
- ⇒ En cas de placement, y compris les placements volontaires décidés par les parents, la loi devrait prévoir la mise en place systématique d'une représentation juridique.
- ⇒ Les autorités judiciaires et administratives doivent être mieux formées sur le fait, que l'art. 12 CDE est applicable au niveau national directement ; en tous cas dans tous les domaines dans lesquels il n'y a pas des dispositions spécifiques. Les autorités judiciaires et administratives doivent être sensibilisées au fait que la mise en place d'une représentation de l'enfant permet une participation effective et authentique dans les procédures.

2. Obstacle pratique :

Manque d'informations au sujet du droit à la représentation : Les professionnels des cantons interrogés dans le cadre de l'étude Weber Khan/Hotz 2019 ont relevé qu'il faudrait investir davantage dans la sensibilisation et la formation aux droits de participation de l'enfant et dans les échanges entre autorités cantonales des différents domaines. L'étude précitée a aussi relevé que les enfants concernés par une procédure ne sont pas suffisamment et systématiquement informés sur leurs droits.

Recommandations :

- ⇒ Favoriser les échanges entre professionnels et de manière interdisciplinaire.
- ⇒ Créer un centre national d'informations qui devrait mettre à disposition des professionnels-les les outils pratiques existants.
- ⇒ Informer les enfants systématiquement et de manière adaptée les enfants concernés par une procédure sur leurs droits, notamment le droit à une représentation professionnelle.

3. Obstacle légal :

Le statut de l'enfant dans les procédures.

Selon les différents types de procédures, le statut juridique de l'enfant n'est pas le même. Ainsi, en droit pénal des mineurs, l'enfant accusé est une partie à la procédure et il peut exercer ses droits lui-même s'il est capable de discernement^{iv}. Dans d'autres matières, par exemple dans le cadre de procédure

matrimoniale, l'enfant, n'est pas une partie à la procédure. Le code de procédure civile octroie néanmoins certains droits à l'enfant capable de discernement dont celui d'être représenté aux conditions de l'art. 299 du Code de procédure civile. Son représentant peut alors prendre des conclusions et recourir pour des sujets qui concernent l'enfant. Dans les cas où il n'est pas représenté, il est certes entendu par le tribunal mais ne devient pas une partie à la procédure.

Recommandation :

Le statut juridique devrait être clarifié dans toutes les procédures concernant un enfant qui doit être considéré comme une partie à la procédure. Pour qu'il puisse exercer ses droits, il doit être reconnu comme partie à la procédure.

4. Obstacle pratique et juridique :

la capacité de discernement de l'enfant.

Les enfants en bas âge ou qui ne sont pas capables de discernement n'ont pas les mêmes possibilités d'accéder à la justice et d'être représentés juridiquement. En effet, ils ne peuvent mandater un avocat ou demander la nomination d'un représentant par l'autorité. En pratique, un tel discernement est admis dès l'âge d'environ 10 ans pour un enfant. Ce système comporte des risques du fait de la grande liberté d'appréciation laissée au juge en question.

Ni l'art. 12 CDE et ni les lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants ne fixent aucune limite d'âge, celle-ci tendant à être trop rigide et arbitraire, elle peut avoir des effets véritablement injustes.

Recommandation :

⇒ Les autorités devraient aussi garantir aux enfants de bas âges une représentation juridique. Il est nécessaire de développer des outils pour permettre aux enfants en bas âge de participer.

Neuchâtel et Zurich, 23 août 2024

ⁱ Art. 306 al. 2 Code civil

ⁱⁱ Art. 299 Code de procédure civile et art. 314a bis Code civil

ⁱⁱⁱ Art. 24 Procédure pénale applicable aux mineurs

^{iv} Art. 19 al. 2 Procédure pénale applicable aux mineurs