

Avocat·e·s de l'enfant

Suisse

Checklist: Engagement d'une représentation juridique de l'enfant au sens de l'art. 299 CPC dans les affaires de droit de la famille¹

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 tribunaux dans le cadre de la réflexion sur l'engagement d'une représentation de l'enfant dans les affaires de droit de la famille.

Les articles 299 et 300 CPC établissent une forme particulière de la représentation juridique qui peut s'appliquer à toutes les démarches de défense des intérêts de l'enfant dans les affaires de droit de la famille pour lesquelles le tribunal est compétent.² Les dispositions sont applicables en première et en seconde instance dans les procédures gérées par les tribunaux cantonaux. La Loi sur le Tribunal fédéral LTF ne prévoit pas de fondement juridique pour l'engagement d'une représentation juridique dans le contexte des procédures devant le Tribunal fédéral. Toutefois, une représentation juridique engagée au niveau de la procédure cantonale peut poursuivre sa tâche au niveau du Tribunal fédéral sans être formellement ordonnée.³

L'art. 299 al. 1 CPC constitue une disposition générale dont la concrétisation, conformément à l'art. 4 CC, doit être entreprise par le tribunal sur la base d'une appréciation consciencieuse et en tenant compte du cas particulier. Le tribunal est tenu d'appliquer la maxime inquisitoire absolue conformément à l'art. 296 al. 1 CPC et doit par conséquent examiner d'office dans tous les cas la nécessité d'engager une représentation juridique de l'enfant.⁴ L'art. 299 al. 2 let. a-c CPC énumère, à titre d'exemple, les cas dans lesquels il s'agit d'examiner d'office s'il est nécessaire

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.

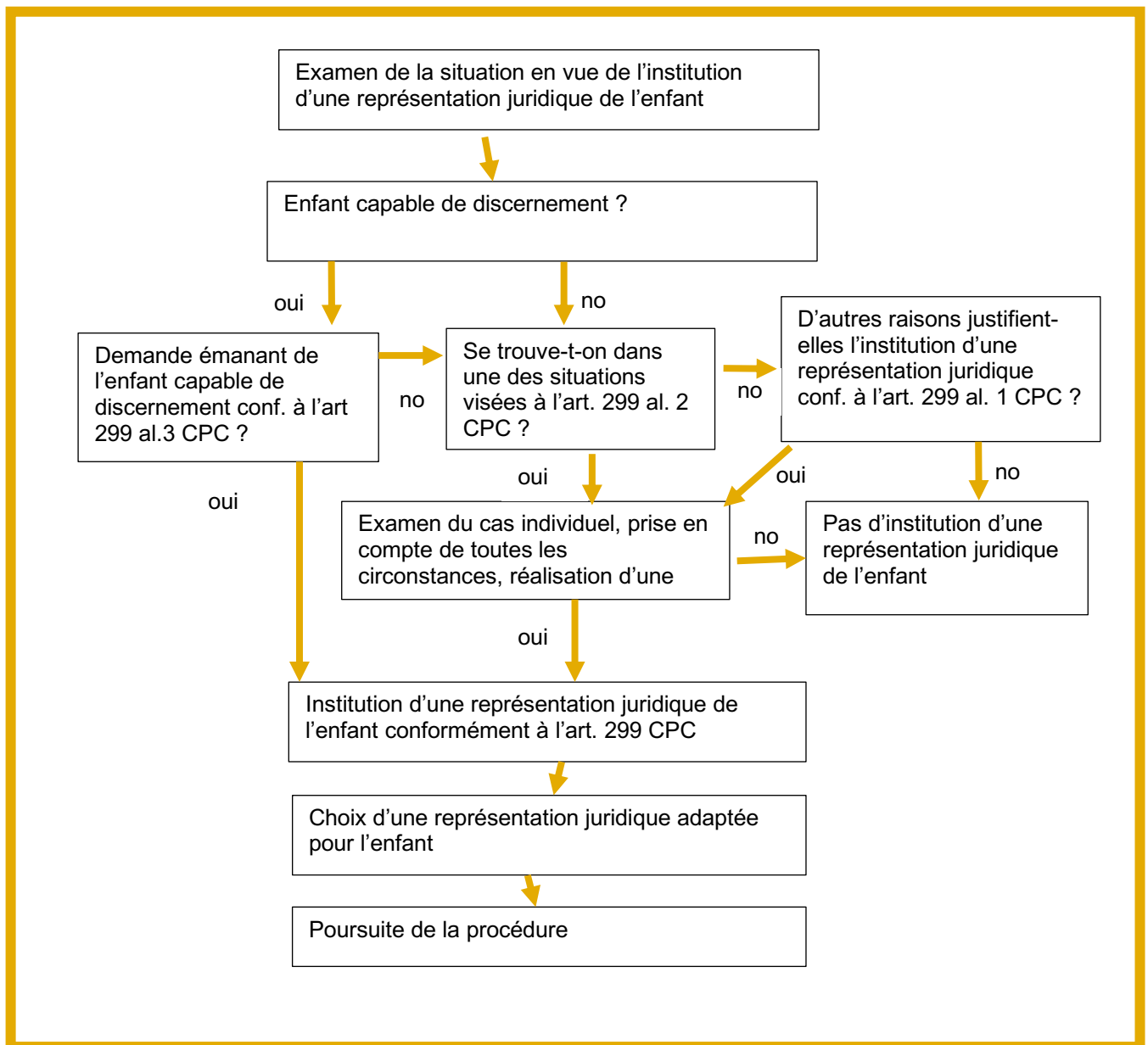
² MICHEL MARGOT/STECK DANIEL, in: Karl Spühler et al. (Hrsg.) Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. A., Basel 2017, Art. 299 ZPO N 3.

³ Arrêt du TF 5A_529/2014 du 18.02.2015, E. 8.3; BSK ZPO-MICHEL/STECK, Art. 299 ZPO N 4.

⁴ SCHWEIGHAUSER JONAS, in: Sutter-Somm Thomas et al. (éd.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., Zürich 2016, Art. 299 CPC N 9.

d'instituer une représentation juridique. Dans ces cas, il est admis de manière fondée que l'engagement d'une représentation juridique est indiqué. Toutefois, malgré l'obligation d'examiner d'office la nécessité d'instituer une représentation juridique, le tribunal n'est pas tenu, même dans ces cas, d'ordonner la représentation juridique de l'enfant.⁵ Une évaluation consciencieuse doit être réalisée avec une attention particulière pour l'intérêt supérieur de l'enfant et dans le cas où aucune représentation de l'enfant n'est instituée, cette décision doit être justifiée de manière différenciée. Une représentation juridique doit cependant être instituée si l'enfant capable de discernement le demande, comme stipulé dans l'art. 299 al. 3 CPC.

Vue d'ensemble du processus d'examen



⁵ Arrêt du TF 5A_400/2015 du 25.02.2016, E. 2.3 (la mention en question de l'arrêt TF 142 III 197 n'a pas été publiée).

Rôle de la représentation juridique de l'enfant⁶

- 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

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
- Le tribunal 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

⁶ 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.

1. Mise en place de la procédure

Il s'agit de s'assurer que les diverses parties impliquées dans la procédure soient informées de la possibilité d'instituer une représentation juridique de l'enfant et sur leurs droits en relation à cette représentation. Cette information doit être donnée dès le début de la procédure. Dans tous les cas, il s'agit aussi d'examiner d'office si une représentation juridique de l'enfant doit obligatoirement être mise en place.

Démarche	Effectué	Références
1. Lors du premier contact avec l'enfant, informations adaptées à son âge sur : - le déroulement de la procédure - la possibilité de mettre en place une représentation juridique de l'enfant Les enfants capables de discernement doivent être informés de manière explicite sur leur droit de demander l'engagement d'une représentation juridique. Ils doivent aussi être informés sur le rôle qu'assume cette représentation juridique de l'enfant (voir plus haut) (art. 299 al. 3 CPC).	☐	1a), 1b), 1c) 2a)
2. Les parents sont informés qu'ils ont eux-aussi le droit de demander une représentation juridique de l'enfant (art. 299 al. 2 let. b CPC). Cette indication doit figurer de préférence dans la première communication aux parents.	☐	
3. Examiner d'office la mise en place d'une représentation juridique de l'enfant Moment opportun pour cet examen : le plus tôt possible • Réalisation de cet examen, voir 2	☐	

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

2.1 Demande de l'enfant capable de discernement et droit de recours selon l'art. 299 al. 3 CPC

Si l'enfant capable de discernement a présenté une demande, il n'est pas nécessaire de procéder à l'examen prévu à l'art. 299 al. 1 et al. 2 CPC. Dans ce cas, la suite de la démarche consiste à choisir une personne appropriée pour assurer la représentation juridique de l'enfant (voir 3). Conformément à l'art. 299 al. 3 CPC, le tribunal est tenu d'engager une représentation juridique. Il n'existe pas d'exception, ni de marge d'interprétation face à l'obligation d'instituer une représentation juridique

si la demande en a été faite par l'enfant.⁷ L'enfant dispose en outre du droit de faire recours contre le rejet de sa demande conformément à l'art. 299 al. 3 CPC.

Faits	Effectué	Références
Demande de l'enfant capable de discernement pour l'engagement d'une représentation juridique (art. 299 al. 3 CPC) Institution d'une représentation juridique de l'enfant	☐	
Absence de demande de l'enfant capable de discernement pour l'engagement d'une représentation juridique Examen pour déterminer si l'on est en présence d'une des situations décrites dans l'art. 299 al. 2 let. a-c CPC (voir point 2.2) ou si la clause générale prévue par l'art. 299 al. 1 CPC doit être appliquée (voir point 2.3)	☐	

2.2 Obligation particulière de procéder à un examen selon art. 299 al. 2 CPC

Lorsqu'on est en présence d'une des situations énumérées à l'art. 299 al. 2 let. a-c CPC, le tribunal doit d'office examiner s'il doit instituer une représentation juridique.⁸ Le tribunal prend la décision d'instituer ou non une représentation juridique après avoir procédé à un examen approfondi et l'évaluation détaillée des raisons qui plaident en faveur ou en défaveur de la représentation juridique de l'enfant.⁹ Si aucune représentation juridique n'est instituée même en présence d'une de ces situations, cela demande à être justifié de manière différenciée.

Obligation particulière de procéder à un examen selon art. 299 al. 2 CPC	S'applique	Références
Demandes divergentes des parents dans le contexte d'une procédure de divorce, respectivement dans une procédure de protection de l'union conjugale, relatives à l'attribution de l'autorité parentale (art. 299 al. 2 let. a ch. 1 CPC)	☐	3), 4)
Demandes divergentes des parents dans le contexte d'une procédure de divorce, respectivement dans une procédure de protection de l'union conjugale, relatives à l'attribution de la garde (art. 299 al. 2 let. a ch. 2 CPC)	☐	3), 4)
Demandes divergentes des parents dans le contexte d'une procédure de divorce, respectivement dans une procédure de protection de l'union conjugale, relatives	☐	3), 4)

⁷ BSK ZPO-MICHEL/STECK (Fn 2), Art. 299 N 30.

⁸ BSK ZPO-MICHEL/STECK (Fn 2), Art. 299 N 30 sqq.

⁹ BSK ZPO-MICHEL/STECK (Fn 2), Art. 299 ZPO N 30; HERZIG CHRISTOPHE A., Das Kind in den familienrechtlichen Verfahren, Diss. Zürich/Basel/Genf 2012, N 433.

aux relations personnelles, respectivement du droit de visite (art. 299 al. 2 let. a ch. 3 CPC et art. 273 CC)		
Demandes de la part d'un des parents pour la modification du jugement de divorce concernant la restriction ou la redéfinition des relations personnelles / droit de visite ou concernant la redéfinition de l'autorité parentale, resp. la garde (art. 299 al. 2 let. a ch. 3 en lien avec art. 284 al. 3 CPC)	☐	3), 4)
Demandes divergentes des parents dans le contexte d'une procédure de divorce, respectivement dans une procédure de protection de l'union conjugale, relatives à la participation à la prise en charge (art. 299 al. 2 let. a ch. 4 CPC)	☐	3), 4)
Demandes divergentes des personnes impliquées dans une procédure de divorce, respectivement dans une procédure de protection de l'union conjugale, relatives à la contribution des parents à l'entretien de l'enfant (art. 299 al. 2 let. a ch. 5 CPC)	☐	3)
L'APEA, respectivement les parents font la demande de l'engagement d'une représentation juridique (art. 299 al. 2 let. b CPC)	☐	3)
L'enfant souhaite une solution qui diffère de celle d'un des parents ou des deux (art. 299 al. 2 let. c CPC première phrase)	☐	3)
Sérieux doutes quant au caractère adéquat des demandes communes des parents (art. 299 al. 2 let. c ch. 1 CPC)	☐	3)
Une mesure de protection de l'enfant a été ordonnée par le tribunal (art. 299 al. 2 let. c ch. 2 CPC en lien avec art. 307 sqq. CC)	☐	3)

2.3 Clause générale selon l'art. 299 al. 1 CPC : examen impératif de la nécessité d'instituer une représentation juridique de l'enfant (liste non-exhaustive)

Clause générale selon l'art. 299 al. 1 CPC	S'applique	Références
Plainte déposée par l'enfant contre un de ses parents concernant son entretien (art. 279 CC)	☐	
Attribution d'une tutelle par le tribunal (art. 298 al. 3 CC)	☐	
Demandes divergentes des personnes concernées dans le contexte d'une procédure relative à la restriction du droit d'information et de renseignement du parent ne disposant pas de l'autorité parentale (art. 275a al. 3 CC)	☐	
Procédures d'adoption, y c. adoption de l'enfant du conjoint (art. 265 sqq. CC)	☐	
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	☐	
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)	☐	

2.4 Suite de la démarche

Si l'enfant capable de discernement n'a pas fait la demande d'une représentation juridique conformément à l'art. 299 al. 3 CPC, et que l'on ne se trouve pas en présence d'une des situations énumérées dans l'art. 299 al. 2 let. a-c CPC, il convient d'examiner la nécessité de l'institution d'une représentation juridique de l'enfant conformément à l'art 299 al. 1 CPC en procédant à une évaluation générale des circonstances du cas particulier.

2.4.1 Evaluation générale

Evaluation générale	S'applique	Références
Une participation adaptée de l'enfant dans la procédure implique l'engagement d'une représentation juridique de l'enfant. Critères d'évaluation (liste non-exhaustive) : - La procédure présente des difficultés d'un point de vue objectif, sur le plan des faits ou du droit - L'enfant est dépassé, d'un point de vue subjectif - L'engagement d'une représentation juridique est pertinent en termes de renforcement du développement et de la personnalité de l'enfant et favorise sa résilience Principe fondamental : plus les conséquences de la procédure sont profondes pour l'enfant, plus vite il convient d'engager une représentation juridique. Un autre aspect important est la charge supplémentaire que représente la procédure concrète pour l'enfant dans l'immédiat ou à l'avenir. L'engagement d'une représentation juridique de l'enfant est indiqué (voir 2.4.2)	☐	
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. Critères d'évaluation :	☐	

• Le tribunal 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. • Pas d'engagement d'une représentation juridique de l'enfant (voir 2.4.3)		
--	--	--

2.4.2 L'engagement d'une recommandation juridique de l'enfant 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. Les souhaits de l'enfant doivent toutefois être pris en considération de manière analogue à l'art. 401 CC.¹⁰

Enfant capable de discernement	Effectué	Références
Proposition à l'enfant capable de discernement d'engager une représentation juridique	☐	
L'enfant approuve l'engagement d'une représentation juridique : • Engagement d'une représentation juridique pour l'enfant	☐	
L'enfant rejette la proposition d'une représentation juridique : S'assurer, dans le cadre d'un entretien, que l'enfant est au clair sur les tenants et aboutissants de sa décision. • 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 • 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 • L'enfant change d'avis durant l'entretien et approuve l'engagement d'une représentation juridique : • Engagement d'une représentation juridique de l'enfant	☐	4)
Enfant incapable de discernement	Effectué	Références
Sur la base de l'évaluation générale, l'engagement d'une représentation juridique est indiqué : • Engagement d'une représentation juridique de l'enfant	☐	
Démarche	Effectué	Références

¹⁰ BSK ZPO-MICHEL/STECK (Fn 2), Art. 299 CPC N 14; CPC Komm.-SCHWEIGHAUSER (Fn 4), Art. 299 CPC N 29.

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	☐	
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	☐	
Informations relatives aux possibilités de recours des parents et de l'enfant capable de discernement	☐	

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

Si la décision a été prise qu'une représentation juridique de l'enfant doit 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. Deux possibilités se présentent fondamentalement : • 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 les domaines des droits de l'enfant et des affaires de droit de la famille	☐	Voir registre des représentants-juridiques dans l'espace membres du site www.kinder-anwaltschaft.ch
2. 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 et de la famille.	☐	
3. La réputation de la personne choisie est intacte.	☐	
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	☐	6a), 6b)

l'entourage de l'enfant, ni réellement, ni en apparence.		
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.	☐	

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	☐	7)
Fixer la rémunération et, si nécessaire, informer les parents sur la possibilité de l'assistance judiciaire gratuite	☐	
Prise de décision sur l'engagement d'une représentation juridique	☐	8)
Information appropriée à l'enfant et aux parents	☐	

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 SIBYLLE/ HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE, Einleitungsartikel und Personenrecht, 2. A. Bern 2012, N 10.30 ff.).

1b)

Voir aussi, au sujet de la capacité de discernement variable selon la situation : DETTENBORN HARRY, Kindeswohl und Kindes- wille: psychologische und rechtliche Aspekte, 5. A. München 2017, S. 65 ff.

1c)

Des brochures au sujet de l'audition des enfants sont disponibles auprès d'UNICEF Suisse et Liechtenstein. Elles se prêtent à l'information des enfants sur l'audition de l'enfant et sa représentation juridique :

<https://www.unicef.ch/fr/actualites/nouvelles/2014-08-21/laudition-de-lenfant-cest-de-toi-quil-sagit-ton-opinion-compte>

Les brochures peuvent également être commandées chez : UNICEF Schweiz, Baumackerstrasse 24, 8050 Zürich, Tél.: 044 317 22 66 ou e-mail: info@unicef.ch

2a)

Voir aussi art. 67 al. 3 let. a CPC, ainsi qu'art. 19c al. 1 CC. Voir également jurisprudence du Tribunal fédéral BGE 120 Ia 369.

3)

Les faits 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, (Fn 9), N 487 f.

4)

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.

5)

Voir BSK ZPO-MICHEL/STECK (Fn 2), art. 299 CPC N 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.

6a)

Constellation problématique : les parents suggèrent une personne particulière pour la représentation juridique. Cette personne doit être confirmée par le tribunal. 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.

6b)

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.

7)

Conformément à l'art. 53 CPC, les parents ont le droit, en tant que partie, d'être entendus avant l'engagement d'une représentation juridique de l'enfant (voir arrêt du TF 5A_894/2015 du 16.03.2016, E. 4.1.). La jurisprudence du TF n'est pas unanime en ce qui concerne le droit des parents d'être entendus au sujet de la représentation juridique à engager (voir vue d'ensemble de la jurisprudence dans BSK ZPO-MICHEL/STECK (FN 2), Art. 299 ZPO N 15).

8)

La décision relative à l'institution d'une représentation juridique constitue une décision d'instruction (BSK ZPO-MICHEL/STECK (Fn 2), Art. 299 CPC N 23), contre laquelle un recours peut être formulé conformément à l'art. 319 let. b ch. 2 CPC (BSK ZPO-MICHEL/STECK (Fn 2), Art. 299 ZPO N 35).