

Entre droit d'être entendu et droit à voir son intérêt supérieur être pris en compte, quel rôle pour l'avocat ?

Jean Zermatten¹

1. Introduction : L'enfant sujet de droits

Le 25 novembre prochain, la Communauté internationale va souffler les 25 bougies de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (ci-après la Convention ou la CDE)², un peu partout dans le monde ; en Suisse aussi...

Si la Convention continue à protéger l'enfant, être vulnérable et à lui offrir des prestations et services comme être dépendant, la CDE bouscule nos certitudes d'adultes, en reconnaissant à l'enfant le droit à la participation. C'est là que réside, à mon sens, la principale avancée de ce texte. Il donne, en effet, un nouveau statut à l'enfant qui n'est plus seulement celui à qui l'on accorde des prestations ou celui que l'on protège, mais qui devient aussi celui dont on doit recueillir et écouter la parole et qui est appelé à influencer les décisions qui le concernent.

La Convention n'utilise pas le terme participation, mais c'est le fameux **article 12 CDE** qui donne le droit à l'enfant non seulement d'exprimer son avis, mais aussi de voir cette opinion prise en compte de manière sérieuse pour toute décision qui d'une manière ou d'une autre peut avoir une influence sur son existence. Innovation la plus spectaculaire de la CDE, qui introduit le concept que l'enfant, au fur et à mesure de son développement (art 5 CDE, notion de facultés en développement³) peut participer à la vie de sa famille, de son école, de son centre de formation et de la Cité, en général. Il n'est plus seulement un membre passif dont on s'occupe, il devient un acteur de son existence.

L'autre article "vedette" de la Convention, est l'**article 3, par. 1** de la CDE « l'intérêt supérieur de l'enfant ». En effet, chaque fois qu'une décision est prise à l'égard de tel enfant, ou de tel groupes d'enfants, le « décideur », public, ou privé, doit peser l'impact négatif ou positif de la décision à prendre à l'égard de cet l'enfant et choisir une solution qui préservera son intérêt d'enfant, être en développement, dépendant, vulnérable, mais néanmoins personne à part entière, détentrice de droits, dont le droit à voir son meilleur intérêt être examiné pour chaque décision. L'enfant est donc placé au centre de toute décision.

Y compris lorsque l'on légifère, puisque les organes législatifs (tous nos parlements au niveau fédéral, régional, municipal, local...) doivent prendre en compte l'intérêt de l'enfant dès qu'ils édictent des lois !

Ensemble, **les arts. 12 et 3 par. 1** constituent véritablement la "**clé de voûte**" de ce nouvel édifice des droits de l'enfant, dont l'enfant, sujet de droits est l'habitant. Ce nouveau statut nous défie, d'ailleurs c'est bien dans ce domaine de la reconnaissance de droits strictement personnels que les Etats ont le plus de mal à se mettre en conformité avec la Convention et à aménager leur système de prise en charge.

¹ Directeur de l'Institut international des droits de l'enfant, Sion : www.childsrights.org

² Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément à l'article 49

³ Landsdown G., The evolving capacity of the Child, Innocenti Centre, Firenze, 2004

Ces droits reconnus pour la première fois dans l'histoire de l'humanité à des enfants montrent que ce texte va bien au-delà des textes traditionnels en matière de protection et de prestations dues de l'enfant puisqu'il reconnaît l'enfant comme une personne qui détient des droits liés à sa naissance, droits personnels que personne ne peut lui dénier, qu'il peut exercer soit directement, selon son âge et son degré de maturité, soit par représentation. Ou qu'il peut refuser d'exercer, bien entendu.

A titre d'exemple, on peut mentionner les articles 37 et 40 CDE qui donnent un statut nouveau à l'enfant en conflit avec la loi, en lui garantissant des garanties procédurales attestant de son état de sujet de droits.

2. Le droit d'être entendu

a) en général

Le droit d'être entendu est formulé à l'article 12 CDE:

1. Les Etats parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, les opinions de l'enfant étant dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité.

2. A cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'une organisation approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

La Suisse a ratifié la CDE en 1997 ; ce faisant, elle a contracté des obligations juridiques au titre de cet instrument international et est débitrice du respect, de la promotion et de l'application des droits contenus dans la Convention, à l'égard de tous les enfants vivant sous sa juridiction (et pas seulement pour ses nationaux). Parmi ces obligations, celle de mettre en pratique le droit de l'enfant d'être entendu lorsque des décisions sont prises qui le concernent et d'accorder un poids particulier à l'opinion de l'enfant.

Dès lors, la Suisse a l'obligation de mettre en place :

- les dispositifs ou mécanismes pour permettre à l'enfant d'exercer son droit d'être entendu;
- mais aussi de prévoir la manière avec laquelle le décideur va accorder un poids particulier à cette opinion.

Il ne s'agit pas d'un droit théorique (recueillir la parole comme un prétexte), mais réellement permettre à l'enfant d'exercer une influence sur les décisions qui engagent son avenir.

Rappelons que la CDE ne fixe pas de limite d'âge pour entendre l'enfant et que le TF a, à plusieurs reprises, indiqué que l'art. 12 CDE était d'application directe (ATF 124 III 90). La jurisprudence du TF est assez large sur l'âge et estime qu'un enfant peut être entendu valablement par une autorité à partir de **6 ans** (ATF 131 III 553), en matière de divorce. De plus, il y a une présomption de capacité de l'enfant qui lui est favorable (tenant compte de la notion de "capacités évolutives" de l'enfant (art. 5 CDE)). Donc, le législateur suisse ne peut restreindre ce droit d'être entendu en posant des limites d'âge trop élevées. Dans les faits les autorités compétentes ont tendance à se cacher derrière les limitations de ce droit pour ne pas en appliquer le principe. On peut se poser la question de la restriction de ce droit en Suisse, en fixant soit des âges très élevés (14 ans en matière de migration, pour autant qu'il faille absolument entendre l'enfant), ou par le biais de la jurisprudence du TF qui se

fait de plus en plus limitative en exigeant le discernement pur et dur de l'enfant pour lui reconnaître le droits de s'exprimer.

Il faut en effet faire une distinction entre le droit d'être entendu de l'art. 12 CDE où l'on évoque la notion du discernement dans un sens très large (la capacité de comprendre de quoi il est question est suffisante pour entendre l'enfant = sich eine eigene Meinung zu bilden), ce qui ne correspond pas à la définition de la capacité de discernement stricto sensu qui permet d'exercer des droits de manière autonome (capacité de discernement composée de deux éléments : la faculté intellectuelle d'apprécier raisonnablement la portée d'une action et la faculté de se déterminer librement par rapport à cette action (élément de volonté) (voir ATF 124 III 5, E. 1a).

En admettant en 2005 que l'enfant de 6 ans pouvait s'exprimer valablement, le TF de l'époque avait bien compris la différence...

b) Le droit de l'enfant d'être entendu (art. 12 CDE) et ses champs d'application

Le Comité des Droits de l'Enfant (ONU) a publié en juillet 2009 son Observation Générale No 12 à propos de cet article⁴. Les champs d'application de ce droit sont très vastes. Le respect du droit de l'enfant à exprimer librement son opinion doit pouvoir s'exercer dans toutes les situations ou champs dans lesquels l'enfant peut se trouver. S'il est patent que ce sont avant tout les procédures judiciaires (civiles et pénales) qui sont touchées, la CDE est un instrument holistique qui touche toutes les situations où il y a des enfants ; dès lors, leur droit d'être entendu doit pouvoir s'exercer chaque fois qu'une décision est prise qui les concernent directement (enfant concerné) ou indirectement (enfant affecté). Sans être exhaustif, on peut citer un certain nombre de situations où l'enfant devrait pouvoir être entendu :

- protection en général et protection de remplacement (institutions),
- soins de santé
- accès à l'éducation / écoles
- activités ludiques, récréatives, sportives et culturelles
- travail / apprentissage
- situations de violence (enfant victime)
- procédures d'immigration et d'asile
- stratégies de prévention...

De nombreuses barrières culturelles, politiques ou économiques font néanmoins encore obstacle au respect de ce droit des enfants (en tant qu'individus et en tant que groupes) et à leur prise en compte de manière sérieuse. En particulier certains groupes d'enfants marginalisés ou discriminés sont désavantagés quand il s'agit de prendre en compte leurs points de vue.

3. Le droit de l'enfant à voir son intérêt supérieur être pris en compte comme une considération générale

a) en général

⁴ CRC/C/GC/12, 2009

L'article 3, par. 1 : *"Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale."*

Cette disposition, si on l'analyse dans son ensemble, ne donne aucune explication particulière sur la manière de l'appliquer, ne fixe aucun devoir particulier, ni n'énonce de règles précises. Elle pose un principe, une espèce d'objectif idéal:

"L'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale"

Cette disposition est pourtant à la fois un droit subjectif reconnu à l'enfant, celui de voir le décideur le mettre au centre de toutes décisions, mais aussi comme un principe général d'interprétation et comme une étape obligatoire de tout processus décisionnel (étape de la procédure)⁵. Cela entraîne donc une obligation pour l'Etat : celle d'examiner dans toutes les décisions qui concernent les enfants si l'intérêt de l'enfant a été envisagé, de mettre en balance les différents intérêts, de faire l'inventaire des possibilités diverses pour la situation particulière de l'enfant et de choisir la solution qui sera la plus favorable pour assurer son développement harmonieux (art. 6 CDE), but ultime de toutes décisions.

L'article 3 par. 1 CDE joue deux rôles « classiques », celui de contrôler et celui de trouver des solutions⁶:

- Critère de contrôle : l'intérêt supérieur de l'enfant sert à veiller à ce que l'exercice des droits et des obligations vis-à-vis des enfants soit effectué correctement. Tous les domaines dans lesquels des décisions sont prises à l'égard des enfants sont concernés par cette fonction de contrôle. Ce qui débouche sur le droit pour l'enfant de voir ce contrôle exercé dans les faits et sur l'obligation de l'Etat d'assurer ce contrôle.
- Critère de solution : dans le sens où la notion même de l'intérêt de l'enfant doit intervenir pour aider les décideurs à envisager non seulement une solution, mais toutes les solutions possibles qui prennent en compte les divers intérêts en présence, puis de choisir entre plusieurs solutions, celle qui prendra en compte l'enfant dans le contexte donné et ses besoins particuliers, aujourd'hui et dans son développement futur dans la mesure où on peut raisonnablement l'envisager. Cette solution sera alors choisie car étant « dans l'intérêt de l'enfant ».

C'est "la passerelle indispensable entre le droit et la réalité sociologique"⁷.

Même si l'expression consacrée parle de l'intérêt *supérieur*, il est certain que l'enfant n'a pas toujours raison et que plusieurs intérêts sont souvent en concurrence. Le Comité des droits de l'enfant a décrit ce type de situation et a indiqué comment procéder pour résoudre la question:

" L'intérêt supérieur de l'enfant – une fois évalué et déterminé – peut être en conflit avec d'autres intérêts ou d'autres droits (par exemple ceux d'autres enfants, du public, des parents, etc.). Les conflits potentiels entre l'intérêt supérieur d'un enfant, pris individuellement, et celui d'un groupe d'enfants ou des enfants en général doivent être résolus au cas par cas, en mettant soigneusement en balance les intérêts de toutes les parties et en trouvant un compromis acceptable. Il convient de procéder de même si les droits d'autres personnes sont en conflit avec l'intérêt supérieur de l'enfant. Si une harmonisation est impossible, les autorités et les responsables devront analyser et mettre en balance les droits de toutes les parties concernées, en ayant à l'esprit que le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale signifie que les intérêts de l'enfant ont un

⁵ Voir Observation générale du Comité, no 14 CRC/C/GC/14, 2013, par. 6 (définition)

⁶ FULCHIRON H. De l'intérêt de l'enfant aux droits de l'enfant in Une Convention, plusieurs regards. Les droits de l'enfant entre théorie et pratique, IDE, Sion, 1997, p. 30 ss

⁷ PICHONNAZ P., Le bien de l'enfant et les secondes familles (familles recomposées), in Kaufmann C, Ziegler F, Verlag Rügger, Zürich/Chur, 2003, p. 163 (2.1)

rang de priorité élevé et ne sont pas une considération parmi d'autres seulement. Il convient donc d'attribuer un plus grand poids à ce qui sert au mieux les intérêts de l'enfant."⁸

La Suisse, si elle connaît la question de l'intérêt supérieur de l'enfant, applique souvent la notion de bien-être de l'enfant (Kindeswohl), qui est une notion très large, puisqu'elle englobe tous les besoins de base de l'enfant (physiques, psychiques, sociaux, émotionnels...). C'est une sorte d'idéal à atteindre., Alors que la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant (Kinderinteresse) est rattaché à la position de l'enfant-sujet de droit qui dispose du droit à voir son intérêt être évalué et pris très sérieusement en compte (comme une considération primordiale) ; cette notion de bien ou de bien-être de l'enfant existait bien avant la CDE ; elle aurait du être transformée en notion de droits (Approche basée sur le droit de l'enfant).

Depuis la ratification par la Suisse de la CDE, nombreuses décisions de jurisprudence ont été prises dans différents domaines du droit et récemment, il y a un développement intéressant de la jurisprudence, notamment en matière de migration.

Deux questions se posent :

- l'application directe de l'art. 3 par. 1 de la CDE, exigée par le Comité dans son Observation no 14 : *"Le paragraphe 1 de l'article 3 crée une obligation intrinsèque pour les États, est directement applicable (auto-exécutoire) et peut être invoqué devant un tribunal"* ⁹. A ce jour, nous n'avons pas de décision du TF, qui ferait le pendant de l'application directe de l'art. 12 CDE ;
- la considération que l'art. 3 par. 1 constitue non seulement un principe, ou un idéal à rechercher, mais bien un droit subjectif de l'enfant de voir son intérêt supérieur être pris en compte.

b) Liens entre l'art. 3 par. 1 et l'art. 12 :

Le lien de l'art. 3 par. 1 avec l'article 12 CDE est évident. Comment un décideur peut-il établir l'intérêt supérieur de l'enfant, sans prendre connaissance de l'opinion de l'enfant sur cette question fondamentale ? Il paraît évident que la procédure pour établir l'intérêt supérieur de l'enfant doit être basée d'abord sur la consultation de l'enfant et que cette consultation, pour autant que l'enfant ait la capacité d'exprimer valablement son opinion, doit être prise en considération de manière particulière.

Certains ont opposé l'article 3 par. 1 qui serait vu comme l'expression des préoccupations de protection de la CDE et l'article 12, qui serait lui, l'expression de la participation des enfants dans les processus décisionnels et qui fonderait donc ce nouveau statut de l'enfant, sujet de droits. Dans le concret des situations et selon le principe de l'individualisation à suivre strictement, il n'y aura pas de contradiction, puisque le décideur devrait très souvent être le même et se préoccuper, lorsqu'il a à trancher de :

- d'abord entendre l'enfant sur l'affaire en cause et sur les solutions envisagées,
- puis, en prenant en considération l'opinion de l'enfant, rechercher la solution la plus favorable à l'enfant, sujet de la décision,
- Enfin prendre sa décision, en ayant accordé une considération particulière et à la parole de l'enfant et respecté son droit à son intérêt supérieur.

Ce ne sont dès lors que les étapes d'un même processus décisionnel.

Plutôt que de voir un antagonisme entre ces deux articles, il convient de souligner que l'art 12 CDE vient en appui de l'article 3 CDE en l'aidant à remplir ses deux fonctions et que l'article 3 CDE, en offrant la possibilité à l'enfant d'influencer l'établissement de son intérêt supérieur, grâce au poids

⁸ CRC/C/GC/14, 2013, par. 39

⁹ CRC/C/GC/14, para 6 a)

accordé à son opinion, donne à l'article 12 toute sa justification et lui évite de n'être qu'un droit rhétorique.

Cependant droit de l'enfant à être entendu ne doit pas être confondu avec intérêt supérieur de l'enfant. Il est des cas où l'opinion de l'enfant est contraire à son intérêt supérieur. On pourrait ici penser, par exemple, à l'opinion de l'enfant de renoncer à un traitement médical, alors que cette opinion le mettrait en danger de mort.

4. Le rôle de l'avocat dans cette situation nouvelle

a) en général

Il ne fait pas de doute que de reconnaître l'enfant comme sujet de droits pose un certain nombre de questions par rapport au rôle de l'avocat, défenseur de ce nouvel enfant, quelle que soit la raison pour laquelle l'avocat intervient :

- au pénal : enfant soupçonné, accusé ou reconnu auteur, enfant victime, enfant témoin
- au civil: enfant partie à ou affecté par une procédure à laquelle il n'est pas partie (droit de la famille)
- en protection : enfant, objet d'une décision ou affecté par une décision
- dans l'administration : enfant, objet d'une décision ou affecté par une décision.

Rappelons tout d'abord, que la CDE dans ses différentes dispositions demande que l'enfant puisse bénéficier d'une assistance juridique appropriée, et que sa représentation par les parents, n'est pas automatique, en raison des conflits d'intérêts possibles.

Par exemple pour la détermination de l'intérêt supérieur, le GC 14¹⁰ :

" L'enfant a besoin d'une représentation juridique adéquate quand son intérêt supérieur doit être officiellement évalué et déterminé par un tribunal ou un organe équivalent. En particulier, l'enfant qui fait l'objet d'une procédure administrative ou judiciaire donnant lieu à une évaluation de son intérêt supérieur doit, outre un tuteur ou un représentant chargé d'exposer ses vues, se voir attribuer un conseil juridique s'il y a un risque de conflit entre les parties impliquées dans la décision."

Cette exigence de la CDE a pesé certainement de manière importante sur l'intervention toujours plus importante de l'avocat dans les causes où des mineurs sont impliqués, à un titre ou à un autre.

Sans vouloir remonter aux calendes grecques, je me souviens très bien de la période où l'apparition d'un avocat en justice juvénile, était exceptionnelle ; ces "auxiliaires de la justice" n'étaient guère les bienvenus et étaient traités, lorsqu'ils apparaissaient, comme des empêcheurs de tourner en rond par un système où le Juge des mineurs omniscient et protecteur de l'enfant décidait de tout ; au mieux, l'avocat apparaissait comme un faire-valoir du juge, qui lui demandait de soutenir le choix ou la décision qu'il avait déjà prise... Cette vision paternaliste a cédé le pas, avec les nouveaux DPMIn et surtout la PPMIn à l'introduction de l'avocat de la première heure, et à la nouvelle définition du rôle du défenseur donnée par le CPP¹¹, applicable aux mineurs à défaut d'une disposition spécifique.

¹⁰ CRC/C/GC /14, 2013, par. 96

¹¹ L'article 128 CPP précise le rôle de l'avocat de la manière suivante : « le défenseur n'est obligé, dans les limites de la loi et des règles de sa profession, que par les intérêts du prévenu ».

A mentionner aussi l'art. 40 par. 2 litt (B) de la CDE, en matière de justice juvénile qui dispose au point

*(iii) Que sa cause soit entendue sans retard par une autorité compétente, indépendante et impartiale ou une instance judiciaire, dans un procès équitable conformément à la loi, **en présence de son conseil juridique ou autre** (emphase JZ) et, à moins que cela ne soit jugé contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, en particulier, en tenant compte de son âge ou de sa situation, en présence de ses parents ou représentants légaux;*

Donc le statut de l'enfant, le respect de son droit de participer et de voir son intérêt être pris en compte peuvent faire varier sérieusement leurs besoins d'être représentés, selon les domaines où les décisions doivent être prises : en général, les règles de représentation sont plus claires en matière pénale, alors que dans le domaine de la protection ou dans l'administration, on n'est dans du droit moins procédural, donc où la question de l'avocat n'est pas toujours réglée très clairement.

En Suisse, la présence du conseil est également mentionnée dans plusieurs textes législatifs :

Procédure de divorce : art. 299 svts CCP

Procédure pénale pour les mineurs : art. 23 svts PPMIn

Enlèvement internationaux : art. 9 al. 3 LF-EEA

Procédure de protection de l'enfant : art. 314a bis n CC

Possibilité pour un enfant capable de discernement de mandater lui-même un représentant, pour la défense de ses droits strictement personnels, art. 19 al. 2 et art. 19c al. 1 n CC

Il faut mentionner ensuite, que la situation de l'avocat peut varier selon l'âge et la maturité de l'enfant pour lequel il intervient, les deux critères souvent mis en avant par la CDE (avec la notion de capacités évolutives).

Le critère du discernement notamment, au sens strict du terme, donne à l'enfant une possibilité d'exercer de manière plus ou moins autonome certains droits, notamment les droits qui sont strictement personnels ou des droits qui sont prévus par le législateur. Cela va aussi influencer le rôle de l'avocat.

On doit aussi admettre que pour certaines situations, même si la loi ne prévoit pas de possibilité pour l'adolescent de faire valoir ses droits de manière autonome, le principe de réalité va imposer des situations où l'adolescent de fait va prendre sa destinée en mains. On pense ici aux situations de délinquance, ou aux situations de soins médicaux, où le consentement de l'enfant / adolescent sera admis sur la base d'une évaluation de ses capacités de facto et non de iure, à la situation d'enfants victimes de violences ou d'abus intrafamiliaux...

b) les multiples fonctions de / attentes par rapport à l'avocat

La nécessité de mandater un avocat est le plus souvent liée à un conflit d'intérêt entre l'enfant et ses parents ; mais une autre justification est aussi la complexité croissante des causes, où il faut disposer de connaissances particulières, notamment en droit, pour pouvoir trouver et maintenir le cap dans des procédures parfois parallèles et délicates. Cela n'enlève rien aux capacités de l'enfant, l'adulte est lui-même très souvent confronté à ce genre de situations. C'est aussi la raison pour laquelle, il est de plus en plus fait appel à un avocat, alors que dans le passé, on cherchait plutôt l'aide d'un proche ou d'un tuteur (la personne dite de confiance).

Dans ces procédures, souvent complexes, l'avocat peut avoir plusieurs rôles par rapport à l'enfant.

Le rôle classique est celui de défendre l'enfant : il est le garant des droits reconnus à l'enfant ; il est le porte-parole de l'enfant et fait connaître le point de vue de ce dernier, pour autant qu'il soit en âge de s'exprimer ou alors si l'enfant ne peut s'exprimer valablement, il vérifie que le juge a tous les éléments pour prendre sa décision. Dans cette situation, il n'a pas d'opinion personnelle et ne défend pas d'autres points de vue que celui de l'enfant.

Cependant, pour de nombreux avocats (et probablement pour de nombreux auteurs), cette situation classique n'est pas suffisante, car elle ne prend pas en compte les besoins spécifiques et la situation particulière de l'enfant, qui vu son âge et son degré de développement, n'est pas à même de donner des directives à son avocat, en un mot ne peut être celui qui dirige sa défense. L'avocat a alors tendance à devenir une sorte de représentant de l'intérêt de l'enfant, sorte de super-protecteur de l'être le plus faible qui a besoin d'être protégé, y compris contre lui-même. Dans cette position, c'est l'avocat qui choisit la ligne de défense, selon ce qu'il estime être le meilleur pour son client. On peut dire alors que le rôle de l'avocat dépasse son rôle premier et entre dans la sphère de la détermination de ce que l'avocat pense être l'intérêt de l'enfant. Par rapport à ce rôle de l'avocat, une des objections majeures est l'aspect "paternaliste" de l'avocat, qui se substitue à l'enfant et dépasse son rôle de défenseur. Les Lignes directrices du Conseil de l'Europe pour une Justice adaptée aux enfants ont clairement vu un problème dans ce cumul de fonctions :

*"104. Tout en respectant la liberté de l'enfant de choisir son avocat, il est recommandé de mettre en place un système d'avocats spécialisés dans la justice des enfants. Il importe de clarifier le rôle exact de l'avocat de l'enfant. L'avocat n'a pas à mettre en avant ce qu'il estime être dans l'intérêt supérieur de l'enfant (ce que fait un tuteur ou un défenseur public), mais de déterminer et de défendre l'avis de l'enfant, comme dans le cas d'un client adulte. L'avocat devrait s'efforcer d'obtenir le consentement éclairé de l'enfant sur la meilleure stratégie à adopter. Si l'avocat est en désaccord avec l'avis de l'enfant, il devrait essayer de convaincre ce dernier comme il le ferait avec tout autre client."*¹²

Certains avocats vont encore plus loin et cherchent à modifier la situation de manière réelle, en collaboration avec les professionnels de l'intervention judiciaire ou administrative; ils participent alors à trouver et à mettre en œuvre une solution qui paraît favorable à l'enfant. L'avocat devient une sorte de tuteur de l'enfant (tuteur ad litem ?) et agit de manière plus ou moins coordonnée avec les auteurs acteurs du système judiciaire, policier, ou social (y compris dans les causes de nature administrative) et sort de son rôle d'assistance juridique, pour entrer dans la sphère psycho-sociale, voire thérapeutique. Cette action est souvent qualifiée de complémentaire à celle du décideur et est justifiée par une pratique interdisciplinaire.

On est alors plus dans le rôle du « tuteur ad litem », prévu à la Ligne directrice no 42. Dans le commentaire explicatif du Conseil de l'Europe, cette question est traitée de manière assez claire¹³ :

« 105. Le rôle de l'avocat est différent de celui du tuteur ad litem, dont il est question à la ligne directrice 42, en ce que ce dernier est désigné par le tribunal et non par un « client » en tant que tel, et il devrait aider le tribunal à déterminer ce qui est dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Quoi qu'il en soit, le recours à une personne jouant les deux rôles devrait être évité pour prévenir tout risque de conflit d'intérêt¹⁴. L'autorité compétente devrait, dans certains cas, désigner soit un tuteur ad litem

¹² Lignes directrices pour une Justice adaptée aux enfants, COE, 2010, Rapport explicatif, par. 104

¹³ Ibidem. par. 105

¹⁴ Ligne directrice no 42. *En cas de conflit d'intérêt entre les parents et les enfants, l'autorité compétente devrait désigner un tuteur ad litem ou un autre représentant indépendant afin de représenter les points de vue et intérêts de l'enfant.*

soit un autre représentant indépendant pour représenter les opinions de l'enfant. Cela pourra être fait sur demande de l'enfant ou d'une autre partie concernée. »

Comme indiqué, plusieurs postures peuvent se présenter ; cette description est sans nuance et dans bien des situations, l'avocat va peut-être adopter des positions qui s'apparentent aux trois situations décrites... on peut être dans le cas de figure d'une intervention « mixte »...

c) qui l'avocat doit-il représenter ?

Si nous nous penchons sur les textes, notamment sur la base conventionnelle de la CDE et en référence à l'Observation générale du Comité des droits de l'enfant sur l'exercice du droit d'être entendu (GC 12), on lit au par. 36 :

*"36. Le représentant de l'enfant peut être le ou les parents, **un avocat**, ou toute autre personne (notamment un travailleur social). Toutefois, il convient de souligner que, dans de nombreuses affaires (civiles, pénales ou administratives), il existe des risques de conflit d'intérêts entre l'enfant et son représentant le plus évident (le ou les parents). Si l'enfant est entendu par l'intermédiaire d'un représentant, il est primordial que ses opinions soient transmises correctement par ce représentant à la personne chargée de rendre la décision. La méthode choisie doit être déterminée par l'enfant (ou par l'autorité compétente si nécessaire) en fonction de sa situation particulière. Le représentant doit avoir une connaissance et une compréhension suffisantes des différents aspects du processus décisionnel et avoir l'expérience du travail avec les enfants.*

*37. Le **représentant doit être conscient qu'il représente exclusivement les intérêts de l'enfant** et non les intérêts d'autres personnes (parent(s)), d'institutions ou d'organismes (par exemple le foyer d'accueil, l'administration ou la société). Des codes de conduite devraient être élaborés à l'intention des représentants désignés pour présenter les opinions de l'enfant."*

Dès lors, dans cette approche, l'avocat ne devrait pas vraiment prendre en compte d'autres intérêts que ceux de l'enfant qu'il représente. Cela ne veut-il dire qu'il ne peut pas adopter une attitude plus ou moins "éducative" ?

Je ne serais pas ici doctrinaire : à mon avis, cela va beaucoup dépendre de l'âge de l'enfant représenté, selon qu'il peut verbaliser lui-même ou non son intérêt, car l'avocat peut difficilement se déclarer le porte-parole d'un enfant en très bas âge, qui ne peut s'exprimer. Mais cela va aussi être lié à la position du/des parents qui ne peut/vent pas, pour une question de conflit d'intérêts, ou d'absence, ou d'abuseurs, ou de négligents, voire d'incapables, temporairement ou durablement représenter leur enfant. Cela va dépendre de la nature de la décision qui concerne l'enfant, de la portée de sa parole et de la position des autres acteurs impliqués (travailleurs sociaux, directeurs d'écoles, agent de migration, personnel d'institutions...

Donc, il s'agit d'un débat difficile : faut-il limiter le rôle du juge et faire en sorte que l'avocat ne représente que la parole de l'enfant ? ou, au contraire, peut-on laisser à l'avocat une marge de manœuvre plus grande en lui octroyant une liberté d'action, qui n'aurait pas d'autres besoins de justification que celle d'agir dans l'intérêt de l'enfant ?

Je pense que l'on peut, en partie résoudre cette question en se disant que l'avocat n'est pas :

- le parent de l'enfant
- le juge de la cause
- l'assistant social de l'enfant
- le psy de l'enfant

mais qu'il est bien son représentant, c'est-à-dire celui qui représente ses droits, qui s'assure que sa parole est écoutée et prise en compte, que son droit à voir sa situation évaluée à l'aune de son intérêt a bien été prise, que ses droits à toutes les étapes de la procédure judiciaire ou administrative ont été respectés.

Le fait que les situations des enfants et des familles sont souvent complexes et que les acteurs travaillent de plus en plus souvent en réseau, n'empêchent pas l'avocat d'y participer et je dirais même plus de s'assurer que chacun joue son rôle, et non le rôle de l'autre.

A ce titre, je pense que l'avocat doit contribuer à faire respecter l'enfant comme sujet de droits et non simplement comme destinataire de protection ou pouvant avoir accès à des soins, qui est l'ancienne position paternaliste.

La vision nouvelle de la CDE impose, à mon avis une action de l'avocat qui oblige tous les acteurs à plus de rigueur et qui permette à l'enfant de participer, dans toute la mesure de ses moyens, à sa défense. Dès lors, l'avocat pourra sortir de son dilemme et plutôt que de déterminer lui-même quel est l'intérêt supérieur de son client-enfant dans telle situation particulière, il devra s'assurer auprès de tous les acteurs impliqués, notamment lorsqu'il y a intervention d'équipes pluridisciplinaires, que l'évaluation de la situation personnelle de l'enfant est faite et faite correctement, que toutes les solutions possibles ont été examinées, et non seulement quelques unes, que les différents intérêts concurrents ont été soupesés et que la meilleure solution pour assurer le développement harmonieux de l'enfant est proposé.

Cette position de l'avocat suppose qu'il connaisse bien son client-enfant, qu'il soit capable de comprendre les enjeux, qu'il ait des connaissances spécifiques, non seulement en droit, mais en psychologie... et qu'il puisse entrer en communication avec l'enfant dont il devra porter la parole.

5. Conclusion

Il est nécessaire, à mon avis, pour chaque enfant et pour chaque cas, de trouver un équilibre entre la protection et la participation effective de l'enfant ; il est dangereux de laisser l'enfant sans défense ; comme il serait également contreproductif de le laisser tout décider lui-même ; il faut évidemment trouver des solutions lorsqu'il y a des conflits d'intérêts entre lui et d'autres groupes de personnes.

Respecter et renforcer les capacités des enfants exigent de la confiance, du temps et des connaissances spécifiques. A mes yeux, l'engagement accru d'avocats dans les procédures devant les autorités et la représentation procédurale obligatoire dans des cas déterminés sont des mesures nécessaires et urgentes en droits de l'enfant.

La formation spécifique de l'avocat de l'enfant reste cependant lacunaire et devrait être améliorée sensiblement.

L'introduction de la représentation indépendante de l'enfant, n'est pas seulement le reflet de l'évolution du statut de l'enfant dans notre société; elle contribue certainement à diriger les procédures judiciaires et administratives (y compris la procédure de protection de l'enfant) vers un meilleur respect de son droit d'exprimer son opinion et de son droit à voir ses intérêts être évalués de manière sérieuse et être pris comme une considération primordiale.

Genève, 20 mai 2014