



Signataires : Xavier Magnin, Jacques Blondin, Alia Chaker Mangeat

Date de dépôt : 30 avril 2024

Projet de loi

modifiant la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile (LaCC) (E 1 05) (Pour un avocat du mineur placé, garant de l'intérêt supérieur et défenseur de l'enfant)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Art. 1 Modification

La loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012, est modifiée comme suit :

Art. 73 al. 3, 4 et 5 (nouveaux)

³ L'assistance juridique est octroyée d'office au mineur capable de discernement faisant l'objet d'une procédure, d'une décision ou d'une ratification de placement par le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant au sens de l'art. 310 du code civil.

⁴ En cas de procédure de placement du mineur, le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant nomme un avocat spécialisé en droit de la famille chargé d'assister le mineur de ses conseils et d'assurer la représentation et la défense des droits et des intérêts de l'enfant dans la procédure de placement au sens de l'art. 314a^{bis} du code civil.

⁵ Le mineur placé au bénéfice de l'assistance juridique n'est pas tenu au remboursement des frais et de l'indemnité versés au représentant commis d'office par l'Etat.

Art. 2 Entrée en vigueur

La présente loi entre en vigueur le lendemain de sa promulgation dans la Feuille d'avis officielle.

EXPOSÉ DES MOTIFS

Bref retour sur les réformes entreprises dans le domaine de la protection de l'enfance à Genève depuis 2018

Après trois ans de travaux, le projet stratégique d'harmonisation de la protection de l'enfance et de la jeunesse (HARPEJ) a pris officiellement fin en février 2023. Ce projet de révision des procédures de collaboration entre les acteurs interdépendants qui agissent dans le domaine de la protection de l'enfance (services publics, intervenants subventionnés, autorités judiciaires et associations) a permis de créer de nouvelles structures d'appui à la parentalité pour répondre aux cas de dysfonctionnements familiaux et de chercher des solutions moins traumatisantes pour l'enfant que l'éloignement et le placement en établissement fermé ou en famille d'accueil.

Cette volonté d'harmonisation des mesures complémentaires et de recherche d'actions concertées trouve son origine dans la récurrence des interpellations des élu-es, de la Cour des comptes et de la société civile concernant la question délicate de la gestion de la protection des mineurs et particulièrement le dispositif de placement des mineurs pouvant aboutir à des retraits de l'autorité parentale et à la dissolution des liens familiaux entre parents et enfants.

En 2016, la Cour des comptes a publié un rapport critique¹ sur les carences en matière de soutien aux parents dans le travail de résolution du problème social ayant conduit à l'éloignement du mineur. Le rapport soulignait que les prestations de prise en charge éducative comme les placements, le retrait du droit de garde et la suspension du droit aux relations personnelles se faisaient au prix d'une importante limitation des libertés et d'une atteinte au bon développement du mineur ainsi qu'à sa santé physique et morale. La Cour des comptes offrait une série de recommandations portant sur l'amélioration des alternatives aux placements, comme la prise en charge ambulatoire des mineurs, l'amélioration de l'intervention en soutien à la parentalité, et émettait surtout la recommandation de mieux définir la gouvernance du service de protection des mineurs (SPMi) et la répartition des tâches entre les différents intervenants institutionnels et privés qui vont définir la prise en charge, l'évaluation, la durée et la fin du placement du mineur.

¹ Rapport n° 112 Protection des mineurs – mesures liées au placement, novembre 2016.

A la suite du bilan mitigé de la prise en considération des recommandations de la Cour des comptes, la commission des Droits de l'Homme du Grand Conseil a examiné cette problématique à travers ses travaux qui ont abouti, en 2020, à la rédaction et au vote d'une motion de commission (M 2671). Cette motion met plus l'accent sur la nécessité d'intervention en amont de mesures plus drastiques, par une obligation de médiation et de solution à l'amiable et l'accompagnement des familles.

La question sensible des expertises judiciaires sur lesquelles se basent les décisions de placement du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (TPAE) a également été soulevée : une certaine concentration de l'expertise a été soulignée sans qu'une réelle solution n'ait pu être apportée.

Le Conseil d'Etat a répondu à cette motion en annonçant le lancement du programme HARPEJ et son travail autour de quatre axes de réformes :

- le soutien à la séparation parentale par l'intensification du travail du SEASP et la mise en place du modèle de recherche du consensus dans la procédure de divorce ;
- l'amélioration de la qualité de l'évaluation de l'enfant en danger par l'édition d'un guide interne au SPMi sur les référentiels d'évaluation afin de mieux définir les mesures et actions à entreprendre face aux cas de maltraitance ;
- l'adaptation de l'offre du dispositif de protection des mineurs par la diversification des mesures ambulatoires plutôt que le recours aux placements et aux hospitalisations dites « sociales » aux HUG ;
- la gouvernance, les missions et le fonctionnement du SPMi sont repensés grâce à une structure interne chargée du pilotage des mesures d'accompagnement afin d'avoir une approche globale.

Le Conseil d'Etat tire un bilan positif de son action de réforme en saluant « la volonté d'inclure davantage les usagères et usagers (enfants et parents) par leur participation à des enquêtes de satisfaction, à des entretiens ou à des conférences thématiques »².

S'il convient plutôt de saluer les efforts pour améliorer la réponse pluridisciplinaire à la problématique de la maltraitance des enfants et de la réduction des mesures intrusives comme les placements administratifs de la clause péril et un meilleur soutien à la parentalité par le développement du dispositif d'Action éducative en milieu ouvert (AEMO), il faut néanmoins constater que l'amélioration de la condition de l'enfant placé, ses besoins, ses

² Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le projet de révision du dispositif de protection des mineurs (HARPEJ), RD 1528, du 26 avril 2023.

attentes et ses droits ne sont que peu ou pas pris en considération dans le système de l'office de l'enfance et de la jeunesse (OEJ).

Les enjeux du placement du mineur

L'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) voit le placement de l'enfant en institution comme « une réponse à des situations présentant des problématiques multiples s'aggravant mutuellement. Lorsque les parents ne parviennent pas à gérer ces dernières malgré l'aide qui leur est prodiguée et mettent sérieusement en danger les chances de développement et d'éducation de leur progéniture, un placement peut être indiqué ».

L'OFAS démontre le lien empirique qui existe entre l'exposition à la violence physique ou psychique entre parents ou vis-à-vis de l'enfant et les conséquences néfastes pour la victime : développement des stratégies de survie et de maîtrise entraînant une consommation plus importante de tabac, d'alcool, de drogues et de médicaments psychotropes ainsi que l'apparition d'un comportement violent et de reproduction d'une éducation ayant recours à la même violence subie³.

Selon les chiffres des différents placements de mineurs intervenus à Genève entre 2016 et 2022, la moyenne du nombre de placements en établissement fermé ou en famille d'accueil s'élève à 650 enfants par an⁴. Le profil sociodémographique de l'enfant placé est généralement identique dans tous les cantons suisses : la situation du mineur placé se caractérise par un environnement social défavorisé (60% d'enfants CSP inférieure), marqué par la précarité professionnelle des parents, des difficultés de la famille pour se loger convenablement et des souffrances psychologiques causées par des conflits familiaux, des ruptures, des dépendances addictives ou encore la présence de pathologies psychiatriques. La moitié des enfants placés est d'origine suisse et francophone⁵.

La logique qui sous-tend la décision du placement du mineur en danger vise à le mettre à l'abri du problème social. L'Etat ne cherche pas à résoudre les dysfonctionnements éducatifs ou comportementaux des parents, mais à réduire leurs effets. Cette approche a pour conséquences une augmentation de

³ OFAS, Violence et négligence envers les enfants et les jeunes au sein de la famille : aide à l'enfance et à la jeunesse et sanctions des pouvoirs publics, juin 2012.

⁴ Base de données de la Direction générale de l'office de l'enfance et de la jeunesse (DGOEJ).

⁵ DIP, service de la recherche en éducation, Les mineures et mineurs placés à Genève : étude de leurs parcours scolaires et de leurs vécus, décembre 2022.

la durée des placements et une mobilisation importante des ressources financières, humaines et infrastructurelles.

La procédure du placement au TPAE et la clause péril

Le Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant est habilité à placer un mineur dans un établissement fermé sur préavis du SPMi, sur requête des parties ou par un signalement de cas de maltraitance. Il est notamment sollicité en cas de parents absents, décédés, empêchés, dans le cas d'une mère mineure ou en cas de refus de la part du détenteur de l'autorité parentale de mettre en place toute action nécessaire pour assurer le bon développement de l'enfant.

Le tribunal se détermine sur la base d'un rapport du SPMi sur les mesures de protection à envisager aux termes de l'art. 36 al. 2 LaCC⁶.

Les décisions judiciaires de placements résultent souvent de l'opposition des parents face à la volonté du SPMi de procéder à un éloignement temporaire du foyer familial. Toutefois, dans un cas normal, le placement se déroule avec l'accord des parents.

Le TPAE ne fixe pas la durée du placement. Celle-ci va dépendre de l'évolution de la situation du mineur qui fera l'objet d'une révision périodique ou sur demande des parents. Une nouvelle décision judiciaire doit intervenir sur un changement du lieu de placement ou de restitution de la garde aux parents.

La clause péril (art. 27 LEJ⁷) qui peut être enclenchée par le SPMi en cas de danger imminent pour l'enfant correspond à un placement du mineur sans l'avis des parents et avec interdiction des relations personnelles entre le mineur et l'un de ses parents. Cette décision administrative doit, ensuite, être confirmée par le TPAE.

Dans les faits, cette mesure est rarement employée, puisque 27 placements par le déclenchement de la clause péril ont eu lieu, en moyenne, chaque année entre 2009 et 2019.

L'un des objectifs de la réforme HARPEJ consistait à trouver des solutions pour réduire davantage ces placements liés à la clause péril, notamment par la substitution de mesures moins invasives et en milieu ouvert.

⁶ Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012.

⁷ Loi sur l'enfance et la jeunesse du 1^{er} mars 2018.

Vie du mineur en foyer et phénomène de culpabilisation observé en foyer

Nous avons vu que la durée du placement n'est pas fixée par l'autorité qui le prescrit. En réalité, les objectifs du placement qui sont présentés au mineur et à ses parents, le contenu éducatif et sa durée vont évoluer en fonction des observations de l'équipe d'éducateurs, de la capacité à résoudre le problème social et du comportement du mineur.

Les mineurs placés sont majoritairement issus de milieux défavorisés, de familles précarisées et isolées. Si la moitié des cas de placements ont lieu à la suite d'actes de violence physique ou de maltraitance psychologique à l'encontre de l'enfant, l'autre moitié concerne des situations de dysfonctionnement d'un ou des parents liées à des problèmes de conduites à risques, des addictions ou des comportements démissionnaires du rôle parental.

A la suite du placement, le mineur peut éprouver de la culpabilité d'avoir parlé des difficultés familiales rencontrées ou des violences subies. En réaction, il arrive que l'enfant adopte des comportements transgressifs voire de petite délinquance afin de « prouver » qu'il est la cause des problèmes et du placement, cherchant ainsi à dégager ses parents de la responsabilité de la situation.

Droit de l'enfant et la mission de l'avocat de l'enfant

La Convention relative aux droits de l'enfant⁸ du 20 novembre 1989 énonce en son article 40 § 2 que les Etats parties veillent en particulier à ce que tout enfant suspecté ou accusé d'infraction à la loi pénale ait le droit de bénéficier d'une assistance juridique ou de toute assurance juridique appropriée pour la préparation et la présentation de sa défense. La convention précise qu'en cas de séparation nécessaire dans l'intérêt de l'enfant entre le mineur et les parents sur une décision d'une autorité compétente, toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de participer aux délibérations et de faire connaître leur vue⁹. Le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et de voir cette opinion dûment prise en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité est reconnu à tout enfant capable de discernement par l'art. 12 de la convention.

L'enfant est un être difficile à appréhender par le droit. D'une part, comme l'adulte, il est un être humain. A ce titre, il doit se voir reconnaître les

⁸ Convention ratifiée par la Suisse le 24 février 1997.

⁹ Les parties citées dans l'article 9 § 2 de la Convention relative aux droits de l'enfant comprennent le mineur comme une partie intéressée.

mêmes droits fondamentaux. D'autre part, l'enfant est différent de l'adulte, même si l'ampleur de cette différence varie selon l'âge et la maturité propre à chaque enfant.

A l'inverse du majeur, le mineur est présumé ne pas connaître la loi, il a besoin qu'on lui explique les textes, les procédures, les rapports d'expertise et qu'on réponde à ses questions, notamment dans une situation critique de séparation avec ses parents et de rupture de lien avec son foyer familial. L'enfant est soumis à l'autorité de nombreux adultes : ses parents, ses professeurs, ses éducateurs, le juge, les référents administratifs, etc. Il a le sentiment d'être moins libre que l'adulte et d'avoir plus d'obligations que de droits.

La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé que la mission de défense d'un mineur ne se distinguait pas de celle d'un majeur et que sa participation à un processus judiciaire doit être réelle : « [Le mineur] doit être à même de suivre les propos des témoins à charge et, s'il est représenté, d'exposer à ses avocats sa version des faits, de leur signaler toute déposition avec laquelle il n'est pas d'accord et de les informer de tout fait méritant d'être mis en avant par sa défense »¹⁰. L'avocat de l'enfant doit ainsi être un défenseur dans le sens plein du terme et non pas un collaborateur du tribunal chargé de déterminer l'intérêt de l'enfant, ni un avocat des parents.

Ainsi, l'intervention de l'avocat du mineur permet d'expliquer à l'enfant ses droits et la loi en vulgarisant le langage juridique, de réfléchir avec lui sur la nature du dossier et sur la décision du tribunal et de parvenir à libérer le mineur de sa culpabilité et l'aider à se projeter au-delà d'un moment de crise vers un projet d'avenir et de réconciliation.

L'avocat de l'enfant joue un autre rôle fondamental : il contribue au contrôle collectif du travail de chacun des acteurs de la procédure. Sa défense des intérêts de l'enfant oblige à plus de rigueur dans le respect de la loi, des conditions applicables au cas d'espèce et des conclusions des expertises. Il incite les services publics à un rééquilibrage de leurs prérogatives et à un repositionnement de leurs compétences, de leurs rôles et responsabilités dans la procédure de placement administratif comme judiciaire. Par ce contrôle du travail juridictionnel, l'avocat du mineur sert aussi au bon fonctionnement global de l'organisation que représente un tribunal dont les décisions impactent des enfants¹¹.

¹⁰ CEDH, S.C c. Royaume-Uni, § 27, 15 juin 2004.

¹¹ PATRICIA BENEC'H-LE ROUX, chercheur associé, *A quoi sert l'avocat du mineur délinquant*, Ministère de la Justice, Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales, CNRS, Bulletin d'information, juin 2004.

La reconnaissance des spécificités du mineur conduit à l'adoption de certaines mesures sur le plan structurel. Parmi ces mesures, on retrouve le **caractère obligatoire de l'assistance de l'avocat** pour pallier la faiblesse du mineur et le **principe de gratuité de l'assistance juridique** compte tenu de l'indigence financière des enfants¹². Il est donc indispensable que des moyens adéquats soient consacrés par les autorités publiques à la défense des mineurs.

La question des moyens financiers mis à la disposition de la justice ne s'arrête pas au montant des indemnités de l'aide juridique, lesquelles, bien souvent, ne permettent pas à des avocats de se consacrer pleinement et prioritairement à la défense du mineur. L'avocat est un professionnel du droit et non de l'action éducative, de l'intervention familiale ou de la psychologie infantile. Il est rarement en mesure de se faire assister d'un conseiller médical, d'un psychologue ou d'un travailleur social alors qu'il s'agirait là d'une garantie nécessaire pour l'enfant. L'avocat ne dispose pas plus des moyens de faire réaliser une contre-expertise ou une étude sociale du cas familial alors que celles-ci sont souvent déterminantes dans l'appréciation des juges.

Si l'octroi de l'aide juridique d'office pour le mineur placé est le minimum qu'une justice digne de ce nom doit pouvoir garantir au regard du droit international et de la doctrine sur les droits de l'enfant, la question de l'extension de l'aide légale et des ressources financières suffisantes pour couvrir les interventions citées plus haut se pose cruellement.

Conditions de l'octroi de l'assistance juridique

Les contours de l'étendue de l'aide juridique d'office en faveur du mineur placé se basent sur les caractéristiques du bénéficiaire et sur la nature de la décision judiciaire.

Afin de permettre une collaboration utile et efficace entre l'avocat et le mineur placé, il est primordial que l'enfant soit **capable de discernement**. La jurisprudence constante du Tribunal fédéral définit cette notion comme relative : elle ne doit pas être appréciée abstraitement mais concrètement par rapport à un acte déterminé, en fonction de sa nature et de son importance, les facultés requises de la capacité de discernement devant exister au moment de l'acte¹³. Est capable de discernement au sens du droit civil celui qui a la

¹² THIERRY MOREAU, professeur à l'Université catholique de Louvain, Centre interdisciplinaire des droits de l'enfant, *Le rôle de l'avocat face à l'enfermement du mineur*, Journal du droit des jeunes n° 275, mai 2008.

¹³ ATF 118 Ia 236, consid. 2b *in fine*.

faculté d'agir raisonnablement (art. 16 CC), c'est-à-dire la capacité d'apprécier le sens et les effets d'un acte déterminé et la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable¹⁴.

Le code civil suisse ne fixe pas un âge déterminé à partir duquel un mineur est censé être raisonnable. La preuve de la capacité de discernement pouvant se révéler difficile à apporter, la pratique considère que celle-ci doit en principe être présumée, sur la base de l'expérience générale de la vie¹⁵.

Un arrêt récent du Tribunal fédéral¹⁶ traite un recours interjeté par un mineur de 15 ans contre une décision de placement à des fins d'assistance dans un établissement fermé. La Chambre des curatelles du Tribunal cantonal vaudois a invité la justice de paix à désigner d'office un avocat curateur expérimenté en matière d'assistance.

Le recourant de 15 ans fait valoir que son placement serait excessif et disproportionné, puisqu'il se retrouverait actuellement 23h/24 enfermé dans une chambre, sans réelle activité, sans suivi scolaire, sans lien avec l'extérieur et sans contact avec des tiers et d'autres résidents, si ce n'est avec les médecins et thérapeutes qui l'entourent. Il soutient que sa situation avait évolué lors de précédents placements et qu'il disposerait de perspectives adéquates et réalistes puisqu'il se projetterait en tant que peintre en bâtiment. Il se dit capable d'apprécier le fait que son comportement aurait une influence sur son sort et pourrait se déterminer d'après cette appréciation. Selon lui, le placement en structure fermée risquerait de le marginaliser davantage et ne semblerait pas susceptible de lui apporter les outils nécessaires à sa bonne évolution. Dans le cadre d'application de l'art. 314b CC, le placement prononcé ne serait ainsi pas adéquat (consid. 3.3 et 4).

Un autre arrêt du TF reconnaît la capacité de discernement à une mineure de 13 ans pour consentir à un acte médical intrusif¹⁷. En effet, le mineur capable de discernement peut exercer seul – sans besoin d'un accord parental – les droits strictement personnels.

Au demeurant, les mineurs sont soumis dès l'âge de 10 ans à la loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs (DPMIn). Pendant l'instruction, une détention préventive peut être ordonnée, pour la durée la plus limitée possible et seulement si le but visé (risque de fuite, de collusion, de passage à l'acte) ne peut pas être atteint par une mesure de protection

¹⁴ ATF 124 III 5, consid. 1a ; ATF 117 II 231, consid. 2a.

¹⁵ ATF 124 III 5, consid. 1b ; ATF 117 II 231, consid. 2b.

¹⁶ TF 5A_295/2021 du 19 mai 2021.

¹⁷ ATF 134 II 235, consid. 4.3.5.

provisoire (art. 6 DPMIn). Si la détention provisoire dépasse 24 heures, le mineur doit être pourvu d'un défenseur (art. 24 PPMIn).

Concernant la nature de la décision judiciaire de placement, l'octroi de l'assistance juridique d'office est réservé au mineur faisant l'objet d'une décision ou d'une ratification de placement par le TPAE.

Contrairement au placement civil, le placement pénal ordonné par le Tribunal des mineurs concerne un enfant qui s'est rendu coupable d'une infraction ayant conduit à une sanction et une mesure prévue par le DPMIn. Si l'application du DPMIn est avant tout gouverné par les principes de protection et d'éducation des mineurs, il n'en reste pas moins que le placement civil est destiné à des mineurs qui ne sont pas vus comme des responsables du problème social mais, au contraire, comme les victimes de comportements de tiers qu'il convient de soustraire à un milieu familial dysfonctionnel afin de préserver leur bon développement et d'assurer leur sécurité physique et psychique.

Ce même principe conduit à assurer la sécurité juridique des mineurs placés et à permettre l'implication de l'enfant dans la procédure afin que soient entendues ses vues en la matière. L'action de l'avocat conduira à une réévaluation systématique des cas particuliers et de la pertinence du placement.

Cela permettra également de limiter les cas de placements sur des périodes indéterminées qui conduisent à des situations où le mineur placé atteint sa majorité dans un foyer sans que le problème social soit résolu et se retrouve sans solution viable pour la suite.

En conclusion, la mise en place de l'assistance juridique d'office pour le mineur placé répond à la problématique sensible et récurrente des difficultés rencontrées par les services de protection de l'enfance en mettant la focale sur les principaux intéressés et sur la défense des intérêts des mineurs plutôt que d'attendre les hypothétiques effets des mesures d'harmonisation d'HARPEJ ou de nouvelles réformes structurelles au sein du département de l'instruction publique (DIP).

Compte tenu des explications qui précèdent, nous vous prions, Mesdames et Messieurs les députés, de réserver un bon accueil à ce projet de loi.