



Une justice adaptée aux enfants

L'audition de l'enfant lors d'un placement en droit civil et lors du renvoi d'un parent en droit des étrangers

Nicole Hitz Quenon

Fanny Matthey

Berne, le 7 avril 2017

Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)

Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)

Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)

Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Schanzeneckstrasse 1, 3001 Berne

Téléphone +41 31 631 86 51, skmr@skmr.unibe.ch

Avec le soutien de la Fondation Isabelle Hafen

[Page laissée blanche intentionnellement]

AUTEURES

Nicole Hitz Quenon

Lic.iur. et DES en rel.int., collaboratrice scientifique du Domaine thématique Politique de l'enfance et de la jeunesse du CSDH, Centre interfacultaire en droits de l'enfant, Université de Genève.

Nicole Hitz Quenon est l'auteure de la partie consacrée aux bases légales internationales, ainsi que de tous les chapitres relatifs au placement de l'enfant en droit civil.

Fanny Matthey

Dr iur., collaboratrice scientifique du Domaine thématique Migration du CSDH (jusqu'en juillet 2016), chargée d'enseignement à l'Université de Neuchâtel.

Fanny Matthey est l'auteure des différentes parties qui concernent le droit des étrangers.

Note sur la traduction

Cette étude a été rédigée en français, à l'exception du chapitre concernant le canton de Berne qui a été rédigé en allemand. Le résumé, l'introduction ainsi que les conclusions et les recommandations de chaque chapitre sont disponibles dans les deux langues. La traduction est rendue visible par un fond gris.

Die Studie wurde, abgesehen vom Kapitel über den Kanton Bern, in französischer Sprache verfasst. Die Zusammenfassung, die Einleitung sowie die einzelnen Schlussfolgerungen und Empfehlungen liegen jedoch zweisprachig vor. Die Übersetzung ist jeweils grau hervorgehoben.

Traductions :

Français – allemand : Ursula Winz

Allemand – français : Nadine Cuennet Perbellini et Jean-François Cuennet

Proposition de citation : CENTRE SUISSE DE COMPÉTENCE POUR LES DROITS HUMAINS (CSDH), Une justice adaptée aux enfants. L'audition de l'enfant lors d'un placement en droit civil et lors du renvoi d'un parent en droit des étrangers, Hitz Quenon Nicole, Matthey Fanny, Berne 2017.

[Page laissée blanche intentionnellement]

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations	7
Résumé / <i>Zusammenfassung</i>	11
I. Introduction / <i>Einleitung</i>	14
1. Mandat / <i>Auftrag</i>	14
2. Collaborations et remerciements / <i>Zusammenarbeit und Dank</i>	14
3. Démarches et méthodologie / <i>Vorgehen und Methodik</i>	16
4. Structure du Rapport / <i>Aufbau des Studienberichts</i>	18
II. Bases légales internationales	20
1. Les instruments pertinents des Nations Unies	20
1.1. La Convention relative aux droits de l'enfant.....	20
1.1.1. Le droit de l'enfant d'être entendu et le principe de la participation de l'enfant.....	20
1.1.2. Le placement de l'enfant	22
1.1.3. Le renvoi d'un parent étranger	23
1.2. Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants	24
2. Les instruments pertinents du Conseil de l'Europe	24
2.1. Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants.....	24
2.2. Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux droits des enfants vivant en institution.....	26
3. Autre instrument : Standards « Quality4Children »	26
III. Bases légales nationales	28
1. Le placement de l'enfant en droit civil et l'audition.....	28
1.1. Le placement de l'enfant	28
1.1.1. Conditions générales.....	28
1.1.2. L'Ordonnance sur le placement d'enfants (OPE).....	29
1.1.3. Le placement en vue d'une adoption	29
1.2. L'audition de l'enfant	30
1.2.1. L'audition en général.....	30
1.2.2. La participation prévue dans l'Ordonnance sur le placement d'enfants	31
1.2.3. L'audition de l'enfant dans la procédure en vue d'une adoption	31
2. La procédure de renvoi en droit des étrangers et l'audition de l'enfant.....	32
2.1. Le renvoi d'un parent en droit des étrangers.....	32
2.1.1. En général	32
2.1.2. Les droits fondamentaux de la famille et des enfants	32
2.1.3. Les dispositions permettant le renvoi	33
2.2. L'audition d'un enfant dont le parent est en passe d'être renvoyé	35
IV. Pratiques cantonales.....	37
1. Pratiques cantonales en droit civil.....	37
1.1. Remarques liminaires et méthodologie	37
1.1.1. Remarques liminaires sur la procédure et le processus de placement	37
1.1.2. Méthodologie.....	38
1.2. Kanton Bern	39
1.2.1. Einleitung.....	39
1.2.2. Bestandesaufnahme und Analyse.....	41
1.2.3. Schlussfolgerungen Kanton Bern / <i>Conclusions canton de Berne</i>	47
1.3. Canton de Neuchâtel.....	49

1.3.1.	Introduction.....	49
1.3.2.	État des lieux et analyse.....	51
1.3.3.	Conclusions canton de Neuchâtel / <i>Schlussfolgerungen Kanton Neuenburg</i>	57
1.4.	Canton de Fribourg	59
1.4.1.	Introduction.....	59
1.4.2.	État des lieux et analyse	60
1.4.3.	Conclusions canton de Fribourg / <i>Schlussfolgerungen Kanton Freiburg</i>	66
1.5.	Informations récoltées au sein de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS)	67
1.5.1.	Introduction.....	67
1.5.2.	Résumé des résultats de la discussion entre expert-e-s cantonaux	68
1.6.	Conclusions de l'enquête menée dans les cantons de Berne, Neuchâtel et Fribourg / <i>Schlussfolgerungen der in den Kantonen Bern, Neuenburg und Freiburg durchgeführten Erhebung</i>	69
1.7.	Recommandations / <i>Empfehlungen</i>	78
1.7.1.	Recommandations à l'attention de la recherche / <i>Empfehlungen an die Forschung</i>	78
1.7.2.	Recommandations à l'attention des cantons / <i>Empfehlungen an die Kantone</i>	79
2.	Pratiques cantonales en droit des étrangers.....	80
2.2.1.	Sur la pratique d'entendre l'enfant.....	81
2.2.2.	Sur la pratique et les motivations des cantons qui n'entendent pas l'enfant	82
2.2.3.	Sur la pratique et les motivations des cantons qui <i>entendent, toujours ou parfois</i> , les enfants	83
2.2.4.	Sur les questions générales posées à tous les cantons.....	87
2.3.	Conclusions / <i>Schlussfolgerungen</i>	93
2.4.	Recommandations / <i>Empfehlungen</i>	97
V.	Conclusions générales / <i>Allgemeine Schlussfolgerungen</i>	98
	Bibliographie	103
	Annexe : Analyse de jurisprudence.....	106
1.	Droit de protection de l'enfant	106
2.	Droit des étrangers.....	113

LISTE DES ABREVIATIONS

Abs.	Absatz
aCC	Code civil suisse dans une ancienne version
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
al.	alinéa
ALCP	Accord entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses États membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes du 1 juin 2002, RS 0.142.112.681
APEA	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte
Art.	Artikel
art.	article
ATF	Recueil officiel des Arrêts du Tribunal Fédéral
aZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch in der früheren Fassung
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CDAS	Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales
CDE	Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, RS 0.107
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (Convention européenne des droits de l'homme), RS 0.101
Cf.	confer
ch.	chiffre
conc.	concernant
consid.	considération
COPMA	Conférence des cantons en matière de protection des mineurs et des adultes
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CSDH	Centre suisse de compétence pour les droits humains
d.h.	das heisst
DSAS	Direction de la santé et des affaires sociales
éd.	édition/éditeurs
EKS	Amts für Erwachsenen- und Kinderschutz der Stadt Bern
Erw.	Erwägung

etc.	et cetera
FamPra	Die Praxis des Familienrechts, Stämpfli Verlag AG, Bern
f.	folgender
FICE	Fédération internationale des communautés éducatives
ff.	folgende
FF	Feuille fédérale
Hrsg.	Herausgeber
ibid.	ibidem
IDE	Institut international des droits de l'enfant
IFCO	International Foster Care Organisation
JA	Jugendamt (Kanton Freiburg)
JGK	Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion (Kanton Bern)
KESB	Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde
KESG	Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz vom 1 Februar 2012, BSG 213.316
KJA	Kantonales Jugendamt (Kanton Bern)
KOKES	Konferenz der Kantone für Kindes und Erwachsenenschutz
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, SR 0.107
LAPEA	Loi concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte du 6 novembre 2012, RSN 213.32
LAsi	Loi sur l'asile du 26 juin 1998, RS 142.31
LEJ	Loi sur l'enfance et la jeunesse du 12 mai 2006, RSF 835.5
LESEA	Loi sur l'aide financière aux établissements spécialisés pour enfants et adolescents du canton du 22 novembre 1967, RSN 832.10
let.	lettre
LEtr	Loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005, RS 142.20
lit.	littera
LJ	Loi sur la justice du 31 mai 2010, RSF 130.1
LPEA	Loi concernant la protection de l'enfant et de l'adulte du 15 juin 2012, RSF 212.5.1
MMI	Marie Meierhofer Institut für das Kind
n°/no	numéro
OA 1	Ordonnance 1 du 11 août 1999 sur l'asile relative à la procédure (Ordonnance 1 sur l'asile), RS 142.311

OAdo	Ordonnance sur l'adoption du 29 juin 2011, RS 211.221.36
OAPEA	Ordonnance concernant la protection de l'enfant et de l'adulte du 18 décembre 2012, RSF 212.5.11
OASA	Ordonnance du 24 octobre 2007 relative à l'admission, au séjour et à l'exercice d'une activité lucrative, RS 142.201
OFS	Office fédéral de la statistique
ODM	Office fédéral des Migrations (ancienne appellation, maintenant : Secrétariat d'État aux Migrations SEM)
OG	Observation générale (General Comment)
OJN	Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise du 27 janvier 2010, RSN 161.1
ONU	Organisation des Nations Unies
OPE	Ordonnance sur le placement d'enfants du 19 octobre 1977, RS 211.222.338
OPEA	Ordonnance concernant la protection de l'enfant et de l'adulte du 18 décembre 2012, RSF 212.5.11
p.	page
Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, RS 0.103.2
para.	Paragraphe
REGAE	Règlement général sur l'accueil des enfants du 5 décembre 2011, RSN 400.10
REJ	Règlement sur l'enfance et la jeunesse du 17 mars 2009, RSF 835.51
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes
RS	Recueil systématique
RSN	Recueil systématique neuchâtelois
RSF	Revue systématique fribourgeoise
s.	siehe
S.	Seite
SASD	Secteur de l'action sociale directe (canton de Fribourg)
SEJ	Service de l'enfance et de la jeunesse
SHE	Service des hautes écoles
SMA	Secteur des milieux d'accueil (canton de Fribourg)
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren
SPAJ	Service de protection de l'adulte et de la jeunesse (canton de Neuchâtel)
SPJ	Service de protection de la jeunesse
SR	Systematische Rechtssammlung
ss	et suivants

TF	Tribunal fédéral
u.a.	unter anderem
UE/AELE	Union européenne/Association européenne de libre-échange
UNIGE	Université de Genève
z.B.	zum Beispiel
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907, SR 210
z.T.	zum Teil

RÉSUMÉ / ZUSAMMENFASSUNG

La présente étude a pour but d’examiner la mise en œuvre des lignes directrices du Conseil de l’Europe sur une justice adaptée aux enfants sous l’angle de la participation et plus particulièrement de l’audition de l’enfant. Dans deux domaines juridiques différents, le droit civil et le droit des étrangers, il a été analysé comment l’enfant est entendu lors d’un placement en institution ou en famille d’accueil ou lors du renvoi d’un parent étranger.

L’étude a été menée en deux étapes : dans un premier temps, une pré-étude comportant un aperçu des bases légales internationales et nationales ainsi que la jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière a été élaborée. Dans un second temps, des enquêtes et des sondages ont été menés auprès des acteurs du terrain afin de connaître les pratiques cantonales lors d’une audition concernant le placement en droit civil ou lors d’un renvoi d’un parent étranger.

La Convention des Nations Unies relative aux droits de l’enfant, en particulier son art. 12, ainsi que les Lignes directrices du Conseil de l’Europe sur une justice adaptée aux enfants consacrent le droit de l’enfant d’être entendu et la prise en considération de son opinion dans toute procédure le concernant directement ou indirectement. La mise en œuvre de ce droit en Suisse diffère non seulement entre le droit civil et le droit des étrangers mais varie considérablement selon les cantons.

Différentes raisons peuvent expliquer ces disparités. La première réside certainement dans les bases légales applicables au niveau national : le droit de protection prévoit une disposition sur l’audition de l’enfant alors que dans le droit des étrangers, la procédure de renvoi ne contient pas de disposition spécifique à l’égard du droit d’être entendu de l’enfant. Néanmoins, le droit de l’enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en considération et qu’il puisse être entendu dans toute procédure afin de déterminer cet intérêt supérieur découle des obligations internationales, en l’occurrence des articles 3 et 12 CDE. La jurisprudence du Tribunal fédéral a considéré par ailleurs l’art. 12 CDE comme une norme directement applicable.

La jurisprudence du Tribunal fédéral comporte un certain nombre de paramètres concernant le droit de l’enfant d’être entendu : en droit civil, le Tribunal fédéral a notamment établi une ligne directrice par rapport à l’âge à partir duquel l’enfant peut être entendu (6 ans) et il a lié la prise en compte de sa parole à sa capacité de discernement (vers 13/14 ans). En droit des étrangers, le Tribunal n’a pas reconnu le droit de l’enfant à une audition, estimant qu’une prise de position écrite est suffisante, et en admettant que l’opinion de l’enfant puisse être relayée par le parent ou par un tiers, ou encore en partant du principe que l’opinion de l’enfant n’a de toute façon pas d’influence sur l’issue de la procédure.

En droit de protection de l’enfant, les informations recueillies dans les cantons de Berne, Neuchâtel et Fribourg sur l’audition et la participation de l’enfant durant la procédure et le processus de placement montrent que l’enfant est en principe entendu à partir de 6 ans par les autorités de protection de l’enfant et de l’adulte (APEA) et plus jeune au sein des services de protection (ou autre service compétent selon le canton). Il est en revanche nécessaire de prendre des mesures notamment dans le domaine de la formation des professionnel-le-s chargé-e-s de l’audition, dans le cadre de l’échange entre les différents acteurs cantonaux, ou encore plus spécifiquement concernant l’information de l’enfant sur son droit de participation, les conditions de l’audition ainsi que par rapport aux explications de la décision. Toutefois, le développement de différents outils et instruments prévoyant un cadre pour le processus de placement en entier et intégrant la participation de l’enfant comme élément important et continu est à saluer comme démarche positive

et encourageante. Ce développement devrait en effet permettre une certaine harmonisation des pratiques.

Lors d'une procédure de renvoi d'un parent étranger, il ressort du sondage effectué auprès de tous les offices cantonaux de migration que l'enfant est entendu dans un peu moins de la moitié des cantons. Les offices qui entendent les enfants le font soit de manière orale, soit de manière écrite au travers d'une prise de position des parents. Une majorité des offices de migration interrogés partent du principe que, dans le cadre d'une procédure de renvoi, l'intérêt de l'enfant est identique à celui des parents. Les offices n'entendant pas les enfants ne prévoient pas de changer de pratique à moyen terme : un travail de sensibilisation et de formation quant aux droits de l'enfant, et plus particulièrement au droit d'être entendu, se révèle donc indispensable afin que l'enfant soit progressivement considéré comme un sujet dans cette procédure de renvoi.

Dans cette optique, l'étude contient un certain nombre de recommandations formulées à l'attention des professionnel-le-s du domaine et de la recherche. A ce titre, il convient de garder à l'esprit que le droit d'être entendu va au-delà d'un droit de procédure : il s'agit également, et avant-tout, d'un acte bienveillant permettant d'aller à la rencontre de l'enfant et de veiller à son ressenti et ses besoins.

Ziel dieser Studie ist es, die Umsetzung der Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz unter dem Blickpunkt der Beteiligung und insbesondere der Anhörung des Kindes zu prüfen. In zwei unterschiedlichen Rechtsgebieten, dem Zivilrecht und dem Ausländerrecht, wurde untersucht, wie das Kind bei einer Fremdplatzierung in einer Institution oder einer Pflegefamilie bzw. bei der Wegweisung eines ausländischen Elternteils angehört wird.

Die Durchführung der Studie erfolgte in zwei Etappen: Zunächst wurde eine Vorstudie mit einem Überblick über die internationalen und nationalen Rechtsgrundlagen sowie die einschlägige Rechtsprechung des Bundesgerichts durchgeführt. In einem zweiten Schritt folgten dann Erhebungen und Befragungen bei den lokalen Akteuren, um zu erfahren, welches die kantonalen Praktiken in Bezug auf die Anhörung bei einer zivilrechtlichen Platzierung bzw. bei der Wegweisung eines ausländischen Elternteils sind.

Das Recht des Kindes auf Gehör und die Berücksichtigung seiner Meinung in allen Verfahren, die es direkt oder indirekt betreffen, gehen aus der UNO-Kinderrechtskonvention, insbesondere deren Art. 12, sowie den Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz hervor. Bei der Umsetzung dieses Rechts sind in der Schweiz nicht nur Unterschiede zwischen Zivilrecht und Ausländerrecht, sondern auch zwischen den Kantonen feststellbar.

Für diese Diskrepanzen gibt es verschiedene Gründe. Einen davon stellen sicherlich die auf nationaler Ebene geltenden gesetzlichen Grundlagen dar: Während das Kindesschutzrecht eine Bestimmung über die Anhörung des Kindes enthält, fehlt im ausländerrechtlichen Wegweisungsverfahren eine Bestimmung zum Recht des Kindes auf Gehör. Allerdings ergibt sich das Recht des Kindes darauf, dass sein Wohl vorrangig berücksichtigt wird und dass es zur Feststellung dieses Wohls in allen Verfahren angehört wird, aus den internationalen Verpflichtungen, insbesondere aus Art. 3 und 12 der Kinderrechtskonvention (KRK). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts handelt es sich bei Art. 12 KRK zudem um eine direkt anwendbare Norm.

In Bezug auf das Recht des Kindes auf Gehör finden sich in der Rechtsprechung des Bundesgerichts einige Parameter: Im Zivilrecht hat das Bundesgericht eine Richtlinie zum Alter festgelegt, ab dem ein Kind angehört werden kann (6 Jahre), und hat die Berücksichtigung der Meinung des

Kindes an dessen Urteilsvermögen (ab 13/14 Jahren) gebunden. Im Ausländerrecht hat das Bundesgericht das Recht des Kindes auf eine Anhörung nicht anerkannt und ist der Meinung, eine schriftliche Stellungnahme genüge oder die Meinung des Kindes könne von einem Elternteil oder einem Dritten mitgeteilt werden, oder es geht davon aus, dass die Meinung des Kindes so-wieso keinen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens hat.

Was das Kindesschutzrecht betrifft, so zeigen die in den Kantonen Bern, Neuenburg und Freiburg erhobenen Daten zur Anhörung und Beteiligung des Kindes während des Fremdplatzierungsverfahrens und -prozesses, dass Kinder ab sechs Jahren grundsätzlich von der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) und jüngere Kinder vom Dienst der Kinder- und Jugendhilfe (oder je nach Kanton von einem anderen zuständigen Dienst) angehört werden. In folgenden Bereichen ist es hingegen erforderlich, Massnahmen zu treffen: Bei der Ausbildung der mit der Anhörung beauftragten Fachleute, beim Austausch zwischen den verschiedenen kantonalen Akteuren und im Besonderen bei der Aufklärung des Kindes über sein Beteiligungsrecht, bei den Anhörungsbedingungen sowie bei der Erläuterung des Entscheids. Die Ausarbeitung verschiedener Werkzeuge und Instrumente, die einen Rahmen für den Platzierungsprozess als Ganzes vorsehen und die Beteiligung des Kindes während des ganzen Verfahrens als wichtiges Element integrieren, sind als ermutigende Schritte in die richtige Richtung zu begrüssen. Diese Entwicklung sollte einer gewissen Vereinheitlichung der Praktiken Vorschub leisten.

Eine bei allen kantonalen Migrationsämtern durchgeführte Erhebung ergab, dass das Kind im Wegweisungsverfahren gegen einen ausländischen Elternteil von etwas weniger als der Hälfte der Kantone angehört wird. Bei den Ämtern, welche die Kinder anhören, erfolgt die Anhörung entweder im Rahmen eines Gesprächs oder mittels einer schriftlichen Stellungnahme der Eltern. Eine Mehrheit der befragten Migrationsämter geht davon aus, dass bei einem Wegweisungsverfahren das Interesse des Kindes dem Interesse der Eltern entspricht. Die Ämter, welche die Kinder bisher noch nicht anhören, möchten diese Praxis vorläufig auch nicht ändern: Es braucht also Aufklärungs- und Ausbildungsarbeit zu den Kinderrechten und insbesondere zum Anhörungsrecht, damit die Kinder im Wegweisungsverfahren allmählich zum Rechtssubjekt werden.

In diesem Sinne enthält die Studie einige Empfehlungen, die sich an die in diesem Bereich tätigen Fachpersonen und Forschenden richten. Dabei darf nicht vergessen werden, dass das Recht auf Gehör mehr als nur ein Verfahrensrecht ist: Es handelt sich auch – und vor allem – um einen wohlwollenden Akt, der es erlaubt, auf das Kind zuzugehen und seinem Empfinden und seinen Bedürfnissen Raum zu geben.

I. INTRODUCTION / *EINLEITUNG*

1. Mandat / *Auftrag*

Le CSDH a été mandaté par la Confédération dans les contrats de prestations 2015 et 2016 pour analyser la mise en œuvre des Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants du Conseil de l'Europe sous l'angle de l'audition de l'enfant.

Le mandat confié était intitulé :

« Étude succincte sur une justice adaptée aux enfants (child-friendly justice) ».

Cette étude était prévue en deux volets. D'abord, en 2015, une pré-étude portant sur les bases légales applicables, ainsi que sur la jurisprudence fédérale sur l'audition de l'enfant lors d'une procédure de placement en droit civil et lors du renvoi d'un parent en droit des étrangers, puis, en 2016, une étude empirique sur les mêmes aspects.

Le domaine Politique de l'enfance et de la jeunesse du CSDH, sous la responsabilité du Centre interfacultaire en droits de l'enfant de l'Université de Genève, en collaboration avec l'Institut international des droits de l'enfant (IDE), et le domaine Migration du CSDH, sis à l'Université de Neuchâtel se sont vu confier cette thématique.

Im Rahmen der Leistungsverträge der Jahre 2015 und 2016 wurde das SKMR vom Bund beauftragt, die Umsetzung der Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz in Bezug auf die Anhörung des Kindes zu untersuchen.

Der Auftrag trug den Titel:

«Étude succincte sur une justice adaptée aux enfants (child-friendly justice)» (Kurzstudie über eine kindgerechte Justiz).

Bei dieser Studie war eine Durchführung in zwei Etappen vorgesehen: Eine Vorstudie im Jahr 2015 über die anwendbaren Rechtsgrundlagen und die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich der Anhörung des Kindes bei einer zivilrechtlichen Fremdplatzierung sowie bei der ausländerrechtlichen Wegweisung eines Elternteils und im Jahr 2016 eine empirische Studie zu denselben Aspekten.

Anvertraut wurde diese Thematik dem SKMR-Themenbereich Kinder- und Jugendpolitik, unter der Leitung des *Centre interfacultaire en droits de l'enfant* der Universität Genf, in Zusammenarbeit mit dem Internationalen Institut für die Rechte des Kindes (IDE) sowie dem der Universität Neuenburg angegliederten SKMR-Themenbereich Migration.

2. Collaborations et remerciements / *Zusammenarbeit und Dank*

Le comité de pilotage de l'étude est constitué de Madame Michelle Cottier, professeure à la Faculté de droit de l'UNIGE, Monsieur Philip D. Jaffé, professeur et directeur du CIDE UNIGE, Madame Paola Riva Gapany, directrice de l'IDE et Monsieur Jean Zermatten (Dr honoris causa), ancien directeur de l'IDE et ancien président du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies.

Dans sa phase finale, la pré-étude a profité du soutien de Madame Marie Fonjallaz (Bachelor en droit), stagiaire du domaine thématique Politique de l'enfance et de la jeunesse du CSDH. Le

deuxième volet, l'étude empirique, a pu bénéficier de l'expérience de Madame Lise Puigserver (Master interdisciplinaire en droits de l'enfant), également stagiaire du CSDH, qui a collaboré à l'élaboration des questionnaires et à l'enquête dans les cantons pour la partie concernant le droit civil, ainsi que de Madame Johanna Probst (Dr en sociologie) qui a apporté un soutien précieux à l'élaboration du questionnaire concernant le droit des étrangers adressé aux cantons. Que ces trois personnes soient remerciées ici pour leur grand investissement.

Lors de l'élaboration du questionnaire sur l'audition lors d'un placement, Madame Christina Weber Khan, Geschäftsführerin (secrétaire générale) de la KESB-Präsidienvereinigung du canton de Zurich et Madame Sandra Stössel de l'Amt für Jugend und Berufsberatung du canton de Zurich ont été consultées. Une relecture attentive et critique de la partie finale sur le placement de l'enfant a été effectuée par Monsieur Pascal Flotron, ancien Président de l'autorité de protection du Jura bernois, Madame Christina Weber Khan (cf. ci-dessus), Monsieur Christian Nachen, chef du Service de la jeunesse et Monsieur Marc Rossier, chef de l'Office cantonal de la protection de l'enfance (OPE) du canton de Valais. Toutes ces personnes qui ont mis à profit de cette étude leur expertise et leurs conseils tant au niveau académique que pratique sont précieusement remerciés.

Un remerciement particulier est également adressé à la Fondation Isabelle Hafen qui a apporté un soutien financier supplémentaire à ce projet.

Enfin, nous tenons à remercier tout particulièrement tous les professionnels ayant participé à l'élaboration de cette étude. Il s'agit en particulier des nombreux acteurs des cantons de Berne, Neuchâtel et Fribourg qui nous ont accordés du temps pour nous rencontrer et participer à des entretiens concernant l'audition lors d'un placement en droit civil, ainsi que de toutes les personnes responsables au sein des offices cantonaux de migration qui ont participé au sondage en ligne en répondant à notre questionnaire sur l'audition de l'enfant lors du renvoi d'un parent étranger.

Der Lenkungsausschuss der Studie bestand aus Michelle Cottier, Professorin an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Genf, Philip D. Jaffé, Professor und Direktor des *Centre interfacultaire en droits de l'enfant* (CIDE UNIGE), Paola Riva Gapany, Direktorin des IDE, und Jean Zermatten (Dr. honoris causa), ehemaliger Direktor des IDE sowie ehemaliger Präsident des UN-Kinderrechtsausschusses.

In der Schlussphase der Vorstudie leistete Marie Fonjallaz (Bachelor in Rechtswissenschaften), Praktikantin des SKMR-Themenbereichs Kinder- und Jugendpolitik, Unterstützung. Die empirische Studie profitierte von der Erfahrung von Lise Puigserver (Interdisziplinärer *Master* in Kinderrechten), ebenfalls Praktikantin des SKMR, die für den zivilrechtlichen Teil an der Erstellung der Fragebogen und bei der Befragung in den Kantonen mitgearbeitet hat, sowie von Johanna Probst (Dr. in Soziologie), die bei der Erstellung des ausländerrechtlichen Fragebogens für die Kantone einen wertvollen Beitrag leistete. Diesen drei Personen sei für ihr grosses Engagement ganz herzlich gedankt.

Bei der Erstellung des Fragebogens zur Anhörung bei Fremdplatzierungen haben uns Christina Weber Khan, Geschäftsführerin der KESB-Präsidienvereinigung des Kantons Zürich und Sandra Stössel vom Amt für Jugend und Berufsberatung des Kantons Zürich beraten. Pascal Flotron, ehemaliger Präsident der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (KESB) des Berner Jura, Christina Weber Khan (siehe oben), Christian Nachen, Chef der Walliser Dienststelle für die Ju-

gend, und Marc Rossier, Chef des Amts für Kinderschutz (AKS) des Kantons Wallis haben die Schlussfassung des Teils über die Fremdplatzierung einer aufmerksamen und kritischen Lektüre unterworfen. All diesen Personen, die ihr Fachwissen und ihre wertvollen Ratschläge sowohl auf theoretischer wie praktischer Ebene beigesteuert haben, gilt ebenfalls unser aufrichtiger Dank.

Ein spezieller Dank gebührt der Fondation Isabelle Hafen, die dieses Projekt mit einem zusätzlichen finanziellen Beitrag unterstützt hat.

Ganz besonders möchten wir schliesslich allen Fachleuten der Praxis danken, die sich an der Durchführung dieser Studie beteiligt haben. Es handelt sich dabei um zahlreiche Akteure der Kantone Bern, Neuenburg und Freiburg, die sich die Zeit genommen haben, uns zu treffen und an den Gesprächen zur Anhörung bei zivilrechtlichen Fremdplatzierungen teilzunehmen, sowie um alle Verantwortlichen der kantonalen Migrationsämter, die den Online-Fragebogen über die Anhörung des Kindes bei der Wegweisung eines Elternteils ausgefüllt haben.

3. Démarches et méthodologie / *Vorgehen und Methodik*

Le 8 septembre 2014, la Commission de la science, de l'éducation et de la culture du Conseil national a adopté le postulat 14.3382 intitulé « Droit de l'enfant d'être entendu. Bilan de la mise en œuvre en Suisse de l'article 12 de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ». La présente étude examine la thématique du droit de l'enfant d'être entendu garanti par l'art. 12 CDE dans deux constellations spécifiques : l'audition de l'enfant lors d'un placement en droit civil et l'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure de renvoi d'un parent étranger. La séparation d'un enfant de ses parents suite à une décision étatique¹ étant le dénominateur commun de ces deux constellations, nous avons ainsi souhaité comparer les pratiques de l'audition en droit privé et en droit public. Le thème de l'audition de l'enfant s'intègre, par ailleurs, dans les recherches antérieures du domaine Politique de l'enfance et de la jeunesse².

Sur la base d'une pré-étude présentant un aperçu des bases légales internationales et nationales ainsi que de la jurisprudence en la matière, les questions pour les enquêtes de terrain respectives ont pu être formulées. Pour la récolte d'informations de la partie portant sur l'audition de l'enfant et sa participation lors d'un placement en droit civil un questionnaire bilingue a été établi en vue des entretiens semi-guidés à mener dans trois cantons avec des membres des autorités de protection de l'enfant et adulte et des services de protection de l'enfant (ou d'autres services/offices compétents selon le canton). Les cantons de Berne, Neuchâtel et Fribourg ont été choisis pour leurs systèmes d'organisation différents des institutions. Dans le cadre de l'enquête concernant l'audition lors d'un renvoi d'un parent étranger, un questionnaire en ligne a été élaboré à l'intention des offices cantonaux de migration. Les enquêtes ont eu lieu entre les mois de mai et juin 2016.

Grâce à un atelier mené sur le thème de la participation de l'enfant lors de la journée d'échange sur le placement d'enfants et l'application de l'Ordonnance sur le placement d'enfants (OPE), organisée par la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) le 29 juin 2016, nous avons eu l'occasion d'aborder certains thèmes encore avec d'autres experts cantonaux.

¹ Contrairement au divorce ou aux requérants d'asile mineurs non accompagnés, etc.

² Nicole Hitz Quenon, Eric Paulus, Laure Luchetta Myit, Le droit de protection de l'enfant. Les premiers effets de la mise en œuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich, Etude du CSDH, Berne 2014.

L'organisation d'une conférence intitulée « La justice accessible à tous : un impératif des droits humains. Défis actuels pour la Suisse en matière de droits des femmes et des enfants »³, en collaboration avec le domaine thématique Politique de genre, le 30 août 2016 à Berne, a permis de discuter dans le cadre d'un atelier les premiers résultats de la récolte de données avec des expert-e-s du terrain.

D'un point de vue méthodologique, il convient de retenir que les acteurs et instances sollicités, du fait des particularités cantonales, ne sont pas toujours directement comparables. Les comparaisons des résultats des interviews et du questionnaire de l'étude doivent être faites avec cette réserve. En ce qui concerne plus spécifiquement les entretiens semi-guidés menés dans les trois cantons, ils ne font que relayer la perspective des personnes interrogées et donnent ainsi un aperçu des tendances actuelles, sans être nécessairement représentatif de tout le canton.

Am 8. September 2014 verabschiedete die Kommission für Wissenschaft, Bildung und Kultur des Nationalrats das Postulat 14.3382 mit dem Titel «Bilanz über die Umsetzung des Rechts auf Anhörung nach Artikel 12 der Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen in der Schweiz». Die vorliegende Studie untersucht das durch Artikel 12 der Kinderrechtskonvention (KRK) begründete Recht des Kindes auf Gehör in zwei ganz bestimmten Situationen: Bei der zivilrechtlichen Fremdplatzierung und im Rahmen des Wegweisungsverfahrens gegen einen ausländischen Elternteil. Da der gemeinsame Nenner dieser beiden Situationen die Trennung eines Kindes von seinen Eltern aufgrund eines staatlichen Entscheids⁴ ist, wollten wir die Praktiken der Anhörung im Privatrecht und im öffentlichen Recht miteinander vergleichen. Das Thema der Anhörung des Kindes war im Übrigen auch Teil der früheren Untersuchungen des SKMR-Themenbereichs Kinder- und Jugendpolitik⁵.

Basierend auf einer Vorstudie, die einen Überblick über die internationalen und nationalen Rechtsgrundlagen und die einschlägige Rechtsprechung lieferte, konnten die Fragen für die Praxiserhebungen formuliert werden. Für die Datenerhebung des Teils zur Anhörung und Partizipation des Kindes bei einer zivilrechtlichen Platzierung wurde ein zweisprachiger Fragebogen im Hinblick auf halbstandardisierte Gespräche erstellt, die in drei Kantonen mit Mitgliedern der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und der Dienste der Kinder- und Jugendhilfe (bzw. anderen in den betreffenden Kantonen zuständigen Diensten) durchzuführen waren. Die Auswahl fiel auf die Kantone Bern, Neuenburg und Freiburg aufgrund der unterschiedlichen Organisation ihrer Institutionen. Für die Befragung zur Anhörung des Kindes bei einer Wegweisung eines ausländischen Elternteils wurde ein Online-Fragebogen ausgearbeitet, der sich an die kantonalen Migrationsämter richtete. Die Befragungen fanden zwischen Mai und Juni 2016 statt.

In einem Workshop zum Thema der Partizipation des Kindes anlässlich des Praxisaustauschtags über die Fremdplatzierung von Kindern und die Umsetzung der Pflegekinderverordnung (PAVO), die von der Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren (SODK) organisiert wurde und am 29. Juni 2016 stattfand, konnten wir bestimmte Themen mit weiteren kantonalen Expertinnen und Experten erörtern.

³ Cf. <http://www.skmr.ch/frz/axes/acces-justice/rapport-colloque-acces-justice.html>.

⁴ Im Gegensatz zur Scheidung oder bei nichtbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden usw.

⁵ Nicole Hitz Quenon, Eric Paulus, Laure Luchetta Myit, Le droit de protection de l'enfant. Les premiers effets de la mise en œuvre dans les cantons de Genève, Vaud et Zurich, Studie des SKMR, Bern 2014.

Die am 30. August 2016 in Bern in Zusammenarbeit mit dem SKMR-Themenbereich Geschlechterpolitik durchgeführte Tagung mit dem Titel «Zugang zur Justiz für alle: Ein zentrales Menschenrecht – Aktuelle Herausforderungen für die Schweiz im Bereich Frauen- und Kinderrechte»⁶, erlaubte im Rahmen eines Workshops die ersten Ergebnisse der Datenerhebungen mit Expertinnen und Experten aus der Praxis zu diskutieren.

Aus methodologischer Sicht muss darauf hingewiesen werden, dass die an der Untersuchung beteiligten Akteure und Institutionen wegen den kantonalen Besonderheiten nicht immer in direkter Weise miteinander vergleichbar sind. Die Vergleiche der Resultate aus den Gesprächen und den Fragebogen der Studie müssen deshalb unter diesem Vorbehalt betrachtet werden. Was insbesondere die halbstandardisierten Gespräche betrifft, die in den drei Kantonen durchgeführt wurden, so geben sie die Sichtweise der Befragten wieder und bieten einen Überblick über die gegenwärtigen Trends, sie sind jedoch nicht unbedingt repräsentativ für den ganzen Kanton.

4. Structure du Rapport / Aufbau des Studienberichts

Les données résultant de la pré-étude susmentionnée ont été intégrées dans la présente étude qui prend la forme suivante :

- Deux parties concernent les informations ayant trait aux bases légales internationales (chapitre II) et nationales (chapitre III) en relation avec les axes thématiques de l'étude.
- Le chapitre IV rend compte des résultats des analyses des pratiques cantonales. Il constitue la partie principale de cette étude.
 - La première section (point 1) est consacrée au droit civil et contient, en introduction, un bref aperçu des bases légales cantonales respectives ainsi qu'un descriptif des acteurs interviewés (point 1.1). La priorité est toutefois clairement donnée à l'analyse des informations recueillies lors des entretiens semi-guidés dans les trois cantons concernés (points 1.2-1.4), avant de traiter des données récoltées au sein de la CDAS (point 1.5) et d'apporter quelques conclusions (point 1.6) et recommandations (point 1.7).
 - La seconde section (point 2) relative au droit des étrangers présente brièvement la méthodologie (point 2.1), avant de se consacrer aux résultats de l'enquête effectuée dans les cantons (point 2.2). Des conclusions (point 2.3), ainsi que des recommandations (point 2.4) viennent clore cette partie.
- Le chapitre V présente les conclusions générales de l'étude.
- L'annexe comporte l'analyse de la jurisprudence effectuée pour la pré-étude (état de la recherche à mars 2016, avec quelques compléments).

Die Ergebnisse aus der weiter oben erwähnten Vorstudie wurden in diese Studie integriert, die folgendermassen aufgebaut ist:

- Zwei Teile betreffen die Informationen zu den internationalen (Kapitel II) und nationalen (Kapitel III) Rechtsgrundlagen, die mit den Themenschwerpunkten der Studie in Zusammenhang stehen.

⁶ Vgl. <http://www.skmr.ch/de/schwerpunkte/zugang-justiz/tagungsbericht-zugang-zur-justiz.html>

- Kapitel IV enthält die Resultate der kantonalen Analysen und bildet den Hauptteil dieser Studie.
 - Der erste Abschnitt (Punkt 1) ist dem Zivilrecht gewidmet und gibt einleitend einen kurzen Überblick über die jeweiligen kantonalen Gesetzesgrundlagen sowie eine Beschreibung der interviewten Akteurinnen und Akteure (Punkt 1.1). Der Fokus liegt jedoch klar auf der Analyse der Informationen aus den halbstandardisierten Gesprächen, die in den drei Kantonen geführt wurden (Punkte 1.2–1.4). Danach werden die innerhalb der SODK gesammelten Daten behandelt (Punkt 1.5) sowie Schlussfolgerungen (Punkt 1.6) und Empfehlungen (Punkt 1.7) formuliert.
 - Der zweite Abschnitt (Punkt 2) befasst sich mit dem Ausländerrecht und führt zuerst kurz in die Methode ein (Punkt 2.1), bevor er sich den Ergebnissen der in den Kantonen durchgeführten Befragungen zuwendet (Punkt 2.2). Auch dieser Teil wird mit Schlussfolgerungen (Punkt 2.3) und Empfehlungen (Punkt 2.4) abgeschlossen.
- Kapitel V beinhaltet die allgemeinen Schlussfolgerungen der Studie.
- Der Anhang enthält die für die Vorstudie vorgenommene Analyse der Rechtsprechung (Stand vom März 2016, mit einigen Ergänzungen).

II. BASES LÉGALES INTERNATIONALES

Ce chapitre entend donner un aperçu des instruments des Nations Unies, du Conseil de l’Europe ou d’autres organes/institutions, ainsi que des articles pertinents pour le thème de l’audition de l’enfant dans le cadre du placement en droit civil ainsi que lors d’une procédure de renvoi d’un parent étranger.

1. Les instruments pertinents des Nations Unies

1.1. La Convention relative aux droits de l’enfant

1.1.1. Le droit de l’enfant d’être entendu et le principe de la participation de l’enfant

La disposition qui revêt une importance fondamentale dans le contexte de l’audition de l’enfant est l’article 12 de la Convention relative aux droits de l’enfant des Nations Unies (CDE), qui garantit son droit d’être entendu. La disposition a la teneur suivante :

¹ Les États 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’un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale.

L’art. 12 CDE est aujourd’hui compris dans un sens large et la notion de « participation » est utilisée pour décrire des processus continus, qui comprennent le partage d’informations et le dialogue entre enfants et adultes, sur la base du respect mutuel, et par lesquels les enfants peuvent apprendre comment leurs vues et celles des adultes sont prises en compte et influent sur le résultat de ces processus⁷. La participation de l’enfant ne se limite donc pas à une seule audition de l’enfant. Le principe fondamental de la participation de l’enfant est à comprendre en lien étroit avec l’autre principe fondamental, celui de l’intérêt supérieur de l’enfant contenu dans l’art. 3 al. 1 CDE. Celui-ci prévoit que « [d]ans 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 ». L’art. 3 CDE fixe l’objectif de réaliser l’intérêt supérieur de l’enfant en obligeant l’État à garantir que dans toutes les décisions concernant les enfants, l’intérêt supérieur de l’enfant soit une considération primordiale. L’art. 12 CDE constitue la méthode pour atteindre cet objectif, à savoir entendre l’enfant afin de pouvoir déterminer ensuite son intérêt supérieur.

L’Observation générale n° 12 (2009) du Comité des droits de l’enfant sur le droit de l’enfant d’être entendu commente l’art. 12 CDE en vue de sa mise en œuvre. Quelques considérations déterminantes pour cette étude sont présentées ici :

⁷ Observation générale n° 12 sur le droit de l’enfant d’être entendu, 2009, CRC/C/GC/12, ch. 3 (ci-après OG 12).

L'art. 12 CDE impose aux États parties l'obligation de reconnaître ce droit et de veiller à sa mise en œuvre en écoutant les opinions des enfants et en les prenant dûment en considération (OG 12, ch. 15). Ce droit doit être garanti directement, soit par l'adoption d'une nouvelle loi, soit par une révision des lois existantes pour que les enfants puissent exercer pleinement ce droit (OG 12, ch. 15). Toutefois, exprimer des opinions est un choix et non une obligation pour l'enfant. Il a donc le droit de ne pas exercer son droit d'être entendu. Pour ce faire, l'enfant doit avoir reçu toutes les informations et conseils nécessaires pour pouvoir décider ce qui sert son intérêt supérieur (OG 12, ch. 16).

En ce qui concerne la notion de « capacité de discernement », mentionnée dans l'art. 12 al. 1 CDE, elle est à comprendre comme une obligation pour l'État d'évaluer la capacité de l'enfant de se forger une opinion de manière autonome dans toute la mesure possible (OG 12, ch. 20). L'État doit présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et doit reconnaître qu'il a le droit de l'exprimer ; l'enfant n'ayant pas à apporter la preuve préalable de ses capacités (OG 12, ch. 20). Selon le Comité des droits de l'enfant, l'art. 12 CDE n'impose pas de limite d'âge pour le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et le Comité n'est pas favorable à l'instauration de telles limites qui restreindraient ce droit (OG 12, ch. 21). Selon le Comité, qui se fonde sur l'état actuel de la recherche sur cette question, l'enfant est capable de se forger une opinion dès le plus jeune âge, même avant de pouvoir l'exprimer : la mise en œuvre de l'art. 12 CDE exige ainsi la reconnaissance et le respect des formes non verbales de communications (ibid.). En ce qui concerne le discernement, l'enfant ne doit pas avoir une connaissance complète de tous les aspects de la question le concernant, mais disposer d'un discernement suffisant pour être capable de se forger de manière adéquate sa propre opinion. Des efforts doivent être faits pour que des enfants éprouvant des difficultés à faire entendre leur voix puissent s'exprimer, tel que les enfants handicapés ou des enfants migrants ne parlant pas une langue officielle. A ce sujet, il sied de relever que le Comité rappelle, dans les prescriptions de base pour la mise en œuvre de la Convention, que les processus dans lesquels l'opinion et la participation de l'enfant sont sollicitées doivent être inclusifs, donc garantir l'égalité des chances pour tous, sans discrimination (OG 12, ch. 134, let. f).

Le Comité insiste par ailleurs sur une expression libre, c'est-à-dire sans manipulation ou influence de l'opinion de l'enfant et met en garde contre les effets traumatisants pour l'enfant que peuvent avoir des auditions répétitives en cas d'évènements néfastes (OG 12, ch. 24).

Les opinions de l'enfant doivent être sérieusement examinées lorsque l'enfant est capable de discernement. Il ne suffit pas de l'écouter simplement (OG 12, ch. 28). Le Comité souligne que l'âge seul ne peut pas déterminer l'importance de l'opinion de l'enfant, étant donné que des facteurs comme l'information, l'expérience, l'environnement, la situation sociale et culturelle contribuent à la capacité de l'enfant de se faire une opinion. Donc une évaluation au cas par cas s'impose (OG 12, ch. 29). En ce qui concerne le « degré de maturité » de l'enfant exigé par l'art. 12 CDE, il est à comprendre dans ce contexte comme la capacité de l'enfant d'exprimer son opinion d'une manière raisonnable et indépendante sur des questions (OG 12, ch. 30). En outre, plus une question a des incidences importantes sur la vie de l'enfant, plus il faudra évaluer le degré de maturité de l'enfant (ibid.).

Le droit d'être entendu concerne toute procédure judiciaire ou administrative intéressant l'enfant sans restriction (OG 12, ch. 32). Dans ce contexte, le Comité rend attentif également à l'accessibilité de la procédure pour l'enfant et au besoin d'informations adaptées et de la présence d'un personnel spécialement formé ainsi que des conditions appropriées de l'audition (OG 12, ch. 34).

En ce qui concerne la façon dont l'enfant est entendu, le Comité recommande que l'enfant soit, dans la mesure du possible, entendu directement – c'est à dire personnellement – dans toute procédure quelle qu'elle soit (OG 12, ch. 35). L'art. 12 prévoit aussi que l'enfant puisse être entendu par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié : à ce sujet, le Comité indique comme représentant le ou les parents, un avocat ou toute autre personne (travailleur social par exemple), mais souligne toutefois le risque de conflit d'intérêts entre l'enfant et le ou les parents qui sont les représentants les plus évidents. À ce titre, le Comité précise, qu'une transmission correcte de l'opinion de l'enfant par le représentant est primordiale lorsque l'enfant est entendu par l'intermédiaire d'un représentant (OG 12, ch. 36).

Le Comité prévoit cinq mesures d'application pour une réalisation effective du droit d'être entendu de l'enfant. Il s'agit, en résumé, de la préparation de l'enfant (information), de l'audition dans un contexte favorable et encourageant, de l'évaluation de la capacité de l'enfant (et si l'enfant est capable de se forger sa propre opinion de manière raisonnable et indépendante, son avis doit être considéré comme un facteur important), du retour d'information à l'enfant par rapport à l'issue du processus et la prise en considération de son opinion, et de la mise à disposition de moyens de plaintes et de recours (OG 12, ch. 40 à 46).

1.1.2. Le placement de l'enfant

En premier lieu, la Convention prévoit dans son Préambule et à l'art. 18 CDE que la responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant.

Selon l'art. 9 CDE, les États parties veillent à ce que l'enfant ne soit pas séparé de ses parents contre son gré, à moins que les autorités compétentes ne décident que cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant. Une décision en ce sens peut être nécessaire dans certains cas particuliers, par exemple lorsque les parents maltraitent ou négligent l'enfant.

L'art. 19 CDE contient le droit de l'enfant d'être protégé contre toute forme de violence, d'atteintes physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements, etc.

L'enfant qui est privé temporairement, ou définitivement, de son milieu familial, ou qui dans son propre intérêt ne peut être laissé dans ce milieu, a droit à une protection et à une aide spéciale de l'État selon l'art. 20 al. 1 CDE. Les États parties prévoient pour cet enfant une protection de remplacement conforme à leur législation nationale qui peut prendre la forme d'un placement en famille d'accueil, d'une adoption ou d'un placement institutionnel (art. 20 al. 2 et 3 CDE).

Selon l'art. 25 CDE, l'enfant placé par les autorités compétentes pour recevoir des soins, une protection ou un traitement physique ou mental, a le droit à un examen périodique du placement.

En ce qui concerne spécifiquement le droit d'être entendu lors d'une situation d'enfants séparés de leurs parents et de la protection de remplacement, le Comité souligne dans l'OG 12 relative à l'article 12 CDE que chaque fois que l'on décide de retirer un enfant à sa famille pour des raisons de violence ou de négligence, son opinion doit être prise en considération afin de déterminer son intérêt supérieur (OG 12, ch. 53). Le Comité recommande aux États de veiller, au moyen de lois, règlements et directives, à ce que les opinions de l'enfant soient sollicitées et examinées notamment dans le cadre de décisions concernant le placement en famille d'accueil ou en foyer, de l'élaboration de plans de prise en charge et de leur révision (OG 12, ch. 54 et plus spécifiquement ch. 97).

1.1.3. Le renvoi d'un parent étranger

Pour ce qui concerne plus particulièrement les enfants que ce soient les enfants de la personne susceptible d'être renvoyée ou que cette personne elle-même soit encore mineure, il existe également un certain nombre de dispositions essentielles réglant cette question.

La disposition fondamentale de la CDE la plus souvent invoquée dans les recours en matière de renvoi est l'art. 3 relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour rendre une décision compatible avec les exigences de l'art. 3 CDE, le juge qui décide du renvoi est tenu d'analyser la situation particulière. Il doit mettre en balance les différents intérêts présents (celui de l'enfant, celui de la famille, celui de l'État, que ce soit au niveau de sa sécurité ou de sa politique migratoire) et respecter le droit de l'enfant à voir son intérêt être pris en compte de manière primordiale.

L'article 12 CDE contient le droit de l'enfant d'être entendu (al. 2). C'est justement en donnant à l'enfant l'opportunité de s'exprimer durant la procédure au sujet de l'expulsion qu'on pourra déterminer de manière valable où se situe l'intérêt supérieur de l'enfant par rapport au renvoi d'un parent étranger.

Dans le cadre d'une décision de renvoi, d'autres dispositions de la CDE sont pertinentes. Il s'agit des articles 9 et 10 de la CDE. Comme déjà mentionné sous le chapitre concernant le placement, l'article 9 prévoit le droit pour l'enfant de ne pas être séparé de ses parents contre son gré, sauf si la séparation est nécessaire pour garantir l'intérêt supérieur de l'enfant. Selon l'alinéa 2 de cet article, il faut – dans toutes les situations de séparation, donc aussi dans le cadre des procédures de renvois – que les parties concernées puissent participer à la procédure et faire connaître leurs opinions. Finalement, l'alinéa 3 souligne le droit de l'enfant séparé de l'un ou de ses deux parents d'entretenir régulièrement des relations personnelles et des contacts directs, sauf si cela est contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant. Dans le contexte spécifique des décisions de renvoi, la prescription de l'art. 9 CDE vient confirmer la nécessité d'appliquer et de garantir à l'enfant le droit d'être entendu et de veiller à ce que des relations parents-enfants puissent être maintenues malgré la séparation⁸.

L'article 10 CDE qui traite de la réunification familiale peut aussi avoir son intérêt dans le cadre de la procédure de renvoi car, après l'expulsion, le parent renvoyé sera potentiellement amené à faire une demande de regroupement familial⁹. Dans ce contexte, il convient de retenir l'obligation faite à l'État (à l'art. 10) de considérer toute demande de réunification familiale « dans un esprit positif, avec humanité et diligence ». Selon le Commentaire de la Convention¹⁰, les articles 9 et 10 de la Convention devraient être lus ensemble. Dans une lecture commune avec le droit de ne pas être séparé de ses parents, l'on peut conclure que la question de la séparation de l'enfant d'un parent expulsé doit être considérée déjà au préalable et en anticipant l'issue de la décision dans cet esprit positif, avec humanité et avec diligence.

⁸ UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF), ad article 9, p. 129.

⁹ Ibid., ad article 10, p. 136.

¹⁰ Ibid., ad article 9, p. 126 (avec référence au Canada, CRC/C/SR.216, para. 84).

1.2. Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants

Les Lignes directrices relatives à la protection de remplacement pour les enfants ont été adoptées le 18 décembre 2009 par l'Assemblée générale des Nations Unies¹¹. Se fondant sur la CDE, elles ont comme objectif de renforcer la mise en œuvre relative à la protection et au bien-être des enfants privés de protection parentale ou risquant de l'être. Ces lignes directrices fixent des orientations pour la politique et la pratique.

Les paragraphes suivants sont notamment d'intérêt pour cette étude : le paragraphe 6 rappelle que toutes les décisions devraient pleinement respecter le droit de l'enfant d'être consulté et de voir ses opinions dûment prises en considération, compte tenu de ses capacités et du fait qu'il doit avoir accès à toute information nécessaire. Lors du processus de détermination de l'intérêt supérieur, des pistes d'actions propres à répondre au mieux aux besoins et aux droits de l'enfant doivent être définies. Dans ce but, l'enfant devrait être entendu et voir ses opinions prises en compte selon son âge et sa maturité (para. 7). En ce qui concerne la détermination de la forme de protection la plus adaptée, les lignes directrices prévoient que l'enfant, tout comme ses parents ou tuteurs légaux, devrait être consulté à chaque étape du processus, eu égard à son degré de maturité. À cette fin, il est indispensable d'avoir accès à l'information nécessaire pour former son opinion (para. 57). Plus loin, les lignes directrices soulignent que l'enfant sous protection de remplacement devrait pouvoir soumettre ses plaintes et préoccupations concernant son placement à un mécanisme de contrôle connu, efficace et impartial prenant dûment en compte de ses opinions (para. 99). La participation de l'enfant est donc continue durant la mise en œuvre du placement.

2. Les instruments pertinents du Conseil de l'Europe

2.1. Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants

Les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants ont été adoptées par le Conseil des Ministres le 17 novembre 2010¹². Elles se fondent sur la CDE et la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et s'appliquent lors de toute procédure civile, pénale ou administrative lorsqu'un enfant est impliqué, indépendamment de la manière et de la raison de son implication dans une procédure.

Les Lignes directrices s'appuient sur les principes fondamentaux de la participation, l'intérêt supérieur de l'enfant, la protection contre la discrimination ainsi que l'État de droit. Sous le principe de la participation (ch. 1), les Lignes directrices contiennent les fondements du droit d'être entendu, dont le droit de chaque enfant d'être informé de ses droits, d'avoir un accès approprié à la justice, d'être consulté et entendu dans les procédures le concernant directement ou indirectement. Elles soulignent la prise en considération de l'avis de l'enfant, compte tenu de sa maturité et de ses éventuelles difficultés de communication, de sorte que sa participation ait un sens. En outre, les enfants devraient être considérés et traités en tant que titulaires à part entière de leurs

¹¹ A/RES/64/142 du 24 février 2010.

¹² Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants du 17 novembre 2010, cf. <http://www.coe.int/fr/web/children/child-friendly-justice>.

droits et habilités à les exercer tous d'une manière qui reconnaisse leur discernement et selon les circonstances de l'espèce (ch. 1).

Par rapport au droit d'être entendu et d'exprimer son point de vue (ch. 44-49), les lignes directrices reprennent notamment plusieurs éléments de l'OG 12 du Comité des droits de l'enfant, tout en les précisant davantage.

Elles soulignent notamment qu'une place importante devrait être accordée aux points de vue et avis de l'enfant en fonction de son âge et sa maturité (ch. 45). Comme le soulève le Conseil de l'Europe dans l'exposé des motifs des lignes directrices, l'âge joue toujours un rôle majeur dans l'octroi aux enfants du droit d'être entendu dans les questions les concernant (exposé motifs des lignes directrices, ch. 110). Un enfant ne devrait pas être empêché d'être entendu du seul fait de son âge (ch. 47 des lignes directrices). Si un enfant prend l'initiative de se faire entendre dans une affaire le concernant directement, le juge ne devrait pas, sauf dans l'intérêt supérieur de l'enfant, refuser de l'écouter et devrait entendre ses points de vue et avis sur les questions le concernant dans l'affaire (ibid.).

Les Lignes directrices spécifient en outre le droit de l'enfant d'être informé sur la procédure, sur son droit d'être entendu ainsi que sur les implications que l'exercice de ce droit peut avoir. Les enfants devraient ainsi recevoir toutes les informations nécessaires pour pouvoir exercer leur droit d'être entendu de manière effective, mais il conviendrait également de leur expliquer que leur droit d'être entendu et de voir leur point de vue pris en considération ne détermine pas nécessairement la décision finale (ch. 48). L'avocat de l'enfant, dans le cadre d'une relation de confiance, expliquera de manière compréhensible à l'enfant le raisonnement du jugement et, le cas échéant, pourquoi son opinion n'a pas été retenue. Ces indications contribueront à une meilleure acceptation du jugement par l'enfant. À cette fin, il est important que les décisions soient dûment motivées (ch. 49).

En ce qui concerne les conditions de l'audition, les Lignes directrices affirment que les moyens devraient être adaptés au niveau de la compréhension et à la capacité de communiquer de l'enfant, ainsi que tenir compte des circonstances particulières (ch. 44, puis plus spécifiquement ch. 54 et suivants). Les enfants devraient en outre être consultés sur la manière dont ils souhaitent être entendus (ibid.). Dans l'exposé des motifs en annexe des lignes directrices, le Conseil de l'Europe cite quelques précautions à prendre, comme renoncer à certaines formalités pour l'audition (notamment par rapport au lieu de l'audition), mais souligne également que les juges et autres professionnels assistant à l'audition devraient faire un effort dans la communication et la compréhension des propos de l'enfant. Le Conseil de l'Europe rend en outre attentif à l'importance du choix de la personne qui auditionne l'enfant et aux avantages de chaque possibilité : expert ou juge (cf. exposé des motifs, ch. 115).

Les Lignes directrices relèvent à ce sujet le besoin de formation : tous les professionnels travaillant avec et pour des enfants devraient suivre une formation interdisciplinaire sur les droits et les besoins spécifiques des enfants de différentes catégories d'âge, ainsi que sur les procédures adaptées à ces derniers (ch. 14). Les professionnels en contact direct avec des enfants devraient également être formés à communiquer avec des enfants de tous les âges et degrés de développement, et avec ceux qui se trouvent dans des situations de vulnérabilité particulière (ch. 15 et ch. 64).

2.2. Recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relative aux droits des enfants vivant en institution

La Recommandation relative aux droits des enfants vivant en institution qui a été adoptée par le Comité des Ministres le 16 mars 2005 (Rec(2005)5) se fonde sur plusieurs travaux, résolutions et recommandations du Conseil de l'Europe.

La Recommandation rappelle, en se référant à la CEDH ainsi qu'à la CDE, que le placement des enfants devrait être évité autant que possible par des mesures préventives. Dans l'annexe de la recommandation, on trouve notamment un certain nombre de principes fondamentaux dont il convient de tenir compte lors d'un placement en institution, ainsi que les droits spécifiques des enfants vivant en institution.

Ce qui est intéressant pour notre étude, c'est le principe fondamental qui prévoit que la procédure, l'organisation et les modalités du placement, y compris le réexamen périodique de son bien-fondé, garantiront les droits de l'enfant, y compris celui d'être entendu. En outre, il convient d'accorder à l'opinion de l'enfant l'attention qu'elle mérite en tenant compte de l'âge de l'enfant et du degré de sa maturité. Plus loin, sous la rubrique des droits spécifiques des enfants vivant en institution, il est reconnu encore précisément à l'enfant le droit de participer au processus de prise de décisions qui concerne sa personne ou ses conditions de vie au sein de l'institution.

3. Autre instrument : Standards « Quality4Children »

Les Standards « Quality4Children »¹³ pour le placement des enfants hors du foyer familial en Europe ont été élaborés et publiés en 2007 par la Fédération internationale des communautés éducatives (FICE), la International Foster Care Organisation (IFCO) ainsi que SOS Villages d'Enfants.

Dans cet instrument visant une amélioration et harmonisation des systèmes de prise en charge des enfants, dix-huit standards sont répartis dans trois phases du placement (décision de placement et admission ; prise en charge quotidienne dans le lieu de placement ; départ de l'enfant).

Durant les trois phases, la participation de l'enfant est présente. Le standard n° 1 prévoit la désignation d'un référent qui suivra le processus de placement et qui aura notamment un rôle important dans la préparation de la décision de placement en favorisant l'échange d'information entre l'enfant, les parents, et toutes les autres personnes concernées. Selon le standard no. 2, les moyens sont donnés à l'enfant de participer au processus de décision de placement. Ce standard précise que toutes les personnes impliquées écoutent et respectent l'enfant. Celui-ci est en outre informé de façon adéquate sur sa situation et encouragé à exprimer ses souhaits et à participer au processus selon ses facultés de compréhension.

En ce qui concerne le processus de placement, le standard n° 11 prévoit que l'enfant puisse participer activement aux décisions qui affectent directement sa vie durant le placement, en tant qu'« expert » de sa propre vie. Puis, concernant le départ, les standards n°s 16 et 17 recommandent une communication et une information adéquates de l'enfant par rapport au processus du départ (n° 16) ainsi que le droit de l'enfant d'exprimer son opinion et ses préférences quant à sa

¹³ Cf. www.quality4children.ch.

situation actuelle et sa vie future (n° 17). La participation de l'enfant à la planification et à la mise en oeuvre du processus de départ y est affirmée.

III. BASES LÉGALES NATIONALES

1. Le placement de l'enfant en droit civil et l'audition

1.1. Le placement de l'enfant

1.1.1. Conditions générales

Le placement d'un enfant par l'autorité de protection de l'enfant est prévu à l'art. 310 al. 1 du Code civil suisse (CC). Lorsque l'autorité de protection de l'enfant ne peut, d'aucune autre façon, éviter que le développement de l'enfant ne soit compromis, elle retire l'enfant à ses parents ou aux tiers chez qui il se trouve et le place de façon appropriée. Selon l'art. 310 al. 2 CC, les parents ou l'enfant peuvent eux-mêmes requérir un placement. Le placement peut également avoir lieu par le tuteur ou la tutrice de l'enfant (art. 327a – 327b CC) à la suite d'un retrait de l'autorité parentale (art. 311 CC) ou en cas d'absence de parents (par ex. mineurs non accompagnés en droit des étrangers ou en droit d'asile)¹⁴.

Il existe divers motifs pouvant justifier le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant. À titre exemplatif peuvent être cités, la maltraitance physique et/ou psychologique, l'inaptitude ou la négligence grave dans l'éducation et la prise en charge, indépendamment des causes, ou même le placement par les parents de l'enfant dans un endroit inapproprié¹⁵.

Néanmoins, les principes de proportionnalité et de subsidiarité sont cruciaux : le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant n'a lieu que si le développement physique, psychique et moral ne peut être protégé autrement, notamment par une mesure n'impliquant pas la séparation de la famille¹⁶. Par contre, il n'est pas nécessaire que des mesures moins incisives aient été prises préalablement ou que l'enfant soit déjà lésé. Il suffit que l'autorité craigne une mise en danger future de l'enfant¹⁷.

La mesure de placement englobe deux aspects : premièrement, le droit des parents de déterminer le lieu de résidence de l'enfant est retiré et transféré à l'autorité de protection de l'enfant, secondement, l'enfant est placé ailleurs¹⁸. Il importe d'avoir déjà trouvé une solution de placement lors de la décision de retrait du droit des parents, sauf s'il s'agit d'une urgence¹⁹. Concrètement, l'enfant peut être placé :

- chez des proches : de la parenté, pour autant qu'il y ait une relation, des parents d'amis, parain/marraine etc. ;

¹⁴ Le tuteur est autorisé à décider du lieu de séjour de l'enfant, sauf en ce qui concerne le placement dans une institution fermée ou dans une clinique psychiatrique (placement à des fins d'assistance), qui est de la compétence de l'autorité de protection de l'enfant. Cf. ZINGARO, art. 327c CC, n. 5 et 7.

¹⁵ BIDERBOST, art. 310 CC, n. 2; MEIER, art. 310 CC, n. 17.

¹⁶ BREITSCHMID, art. 310 CC, n. 3 (avec référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 5C.117/2002); BIDERBOST, art. 310 CC n. 1; MEIER, art. 310 CC n. 2 et 3.

¹⁷ BREITSCHMID, art. 310 CC, n. 4 (avec référence à l'ATF 90 II 471 et à l'arrêt du Tribunal fédéral 5C.71/2005); BIDERBOST art. 310 CC, n. 1; MEIER, art. 310 CC, n. 14.

¹⁸ MEIER/STETTLER, n. 1291 ss.; TUOR et al., p. 533.

¹⁹ TUOR et al., p. 534.

- chez des parents nourriciers : surtout s'il s'agit d'un enfant jeune ou si des liens existent déjà entre une famille et un enfant ;
- dans un foyer/une institution : notamment pour des enfants plus âgés ou si l'enfant a des besoins particuliers ;
- dans un logement indépendant : pour des enfants proches de la majorité ;
- dans une institution fermée ou un établissement psychiatrique : selon l'art. 314b CC, ce sont alors les dispositions de la protection de l'adulte sur le placement à des fins d'assistance qui sont applicables par analogie²⁰.

L'endroit où l'enfant est placé doit être approprié pour que la mesure de l'art. 310 CC soit admissible. S'il ne l'est pas, il ne faut pas purement et simplement supprimer la mesure, mais modifier le lieu du placement. Les critères essentiels à prendre en considération sont notamment la continuité et la stabilité dans l'environnement de vie de l'enfant et la qualification spéciale des institutions²¹. La mesure vise idéalement la reprise du droit de déterminer le lieu de résidence par les parents, il faut donc veiller à ne pas rompre le lien entre le parent et l'enfant, par exemple en prévoyant des visites régulières, des courriers ou des conversations téléphoniques. Par ailleurs, les parents doivent se préparer à accueillir à nouveau l'enfant chez eux²².

1.1.2. L'Ordonnance sur le placement d'enfants (OPE)²³

L'art. 316 CC règle la surveillance des enfants placés chez des parents nourriciers. L'art. 316 al.1 CC prescrit aux parents nourriciers d'être au bénéfice d'une autorisation ainsi que de se soumettre à la surveillance de l'autorité de protection de l'enfant ou d'un autre office cantonal équivalent. Selon l'art. 316 al. 2 CC, le Conseil fédéral édicte des prescriptions d'exécution, lesquelles figurent actuellement dans l'OPE²⁴ et détaillent le placement d'enfants hors du foyer familial.

L'art. 2 OPE définit quelles sont les autorités compétentes pour délivrer l'autorisation et pour exercer la surveillance prescrite aux art. 316 al. 1 CC et 1 al. 1 OPE ainsi que, en présence d'un placement à la journée (accueil familial de jour), pour recevoir l'annonce correspondante. Le placement d'enfants auprès de parents nourriciers et dans une institution est en effet soumis à autorisation, alors que le placement à la journée est soumis à l'obligation d'annonce par les personnes qui accueillent régulièrement dans leur foyer des enfants de moins de 12 ans, à la journée et contre rémunération (art. 12 al. 1 OPE). Tous ces placements sont soumis à la surveillance de l'autorité de protection de l'enfant du lieu de placement (art. 2, al. 1 lit. a OPE)²⁵.

1.1.3. Le placement en vue d'une adoption

Lors des adoptions, l'accueil d'enfants en vue de l'adoption joue un rôle important. Ce premier placement en vue d'une adoption, mentionné à l'art. 265d CC et réglé par les articles 4 et sui-

²⁰ BREITSCHMID, art. 310 CC, n. 8; BIDERBOST, art. 310 CC, n. 12 s.; VAERINI, p. 154 s; CANTIENI /BLUM, Rz. 15.92 ff.

²¹ BREITSCHMID, art. 310 CC, n. 9; BIDERBOST, art. 310 CC, n. 11; MEIER, art. 310 CC, n. 22.

²² BREITSCHMID, art. 310 CC, n. 11. Cf. aussi MEIER, art. 310 CC, n. 25.

²³ Ordonnance sur le placement d'enfants du 19 octobre 1977, RS 211.222.338.

²⁴ HÄFELI, p. 359.

²⁵ VAERINI, p. 154 s.; MEIER /STETTLER, n. 1348 ss.

vants de l'Ordonnance sur l'adoption (OAdo)²⁶, nécessite une autorisation. Ainsi, les futurs parents adoptifs doivent avoir éduqué l'enfant et pris soin de celui-ci pendant au moins une année avant l'adoption²⁷.

1.2. L'audition de l'enfant

1.2.1. L'audition en général

Dans toutes les procédures devant l'autorité de protection de l'enfant, l'enfant est entendu personnellement, de manière appropriée, par l'autorité de protection de l'enfant ou un tiers qui en a été chargé, à moins que l'âge de l'enfant ou d'autres justes motifs ne s'y opposent (art. 314a al. 1 CC).

L'audition de l'enfant a un double objectif : d'une part, respecter les droits de la personnalité de l'enfant, afin qu'il puisse prendre part à la procédure comme un sujet actif et, d'autre part, établir les faits²⁸. De plus, c'est l'occasion pour l'enfant de poser des questions ou de faire part de ses craintes, créant ainsi un rapport de confiance entre l'enfant et l'autorité.

Il peut exceptionnellement être renoncé à l'audition de l'enfant. Les motifs invocables doivent concerner l'enfant lui-même et non pas les désirs des parents²⁹. La jurisprudence du Tribunal fédéral a établi une série de présomptions à ce sujet³⁰.

Il a été démontré par des études empiriques, que la manière avec laquelle l'autorité prend contact avec l'enfant en vue d'une audition a une influence déterminante sur le nombre d'enfants se présentant aux auditions. Certaines autorités envoient avec le premier courrier un formulaire qui permet aux enfants de renoncer à être auditionnés, ce qui se réalise, selon les études empiriques, dans 90% des cas. Il est ainsi préférable et recommandable d'envoyer directement une invitation pour une date précise, car il sera plus probable que l'enfant participe à l'audition, les enfants ne la déclinant que dans un tiers de cas³¹.

En ce qui concerne la délégation de l'audition à un tiers, le Tribunal fédéral l'interprète de manière restrictive³².

L'audition doit être adaptée à l'enfant afin qu'elle constitue pour lui la charge la moins lourde possible. Ainsi, il est crucial de prendre l'enfant au sérieux et d'adapter la manière dont l'audition est menée à l'âge et au développement de l'enfant. Pour les jeunes enfants, une certaine importance doit être accordée à la communication non-verbale, par exemple le jeu ou le langage corporel³³.

²⁶ Ordonnance sur l'adoption (OAdo) du 29 juin 2011, RS 211.221.36.

²⁷ TUOR et al., p. 436, ATF 135 III 83, consid. 3.2, ATF 136 III 424, consid. 3.

²⁸ COTTIER, art. 314a CC, n. 6 et 7. Concernant la position de l'enfant dans la procédure, cf. aussi COTTIER, [Participation], p. 86 s.

²⁹ TUOR et al., p. 546.

³⁰ Cf. Annexe, Analyse de jurisprudence, Point 1. Droit de protection.

³¹ Cf. BÜCHLER/SIMONI, p. 61.

³² Cf. Annexe, Analyse de jurisprudence, Point 1. Droit de protection.

³³ COTTIER, Art. 314a CC, n. 9 et 20 ; dans le même sens : VAERINI, p.180.

Le Tribunal fédéral distingue entre une audition, qu'il comprend comme une expression verbale de l'enfant, et une observation pédopsychiatrique de l'enfant³⁴.

En ce qui concerne la participation à l'audition, en principe, les parents ne prennent pas part à l'audition, mais il est possible qu'une personne de confiance y participe³⁵.

1.2.2. La participation prévue dans l'Ordonnance sur le placement d'enfants

En se fondant sur la CDE, l'OPE consacre à l'art. 1a al. 1 OPE que le bien de l'enfant est le premier critère à considérer lors de l'octroi ou du retrait d'une autorisation de placement et dans l'exercice de la surveillance. Dans cette perspective, l'alinéa 2 prévoit que l'enfant soit associé par l'autorité de protection de l'enfant à toutes les décisions déterminantes pour son existence en fonction de son âge (let. c)³⁶. Cette participation de l'enfant, en fonction de son âge, est reprise à l'art. 10 al. 3 OPE dans le cadre de la surveillance des conditions du placement, ainsi que lors d'un remplacement selon l'art. 16a al. 1 let. c OPE. L'OPE statue, en outre, de manière spécifique que l'enfant soit informé de ses droits, notamment procéduraux, en fonction de son âge (art. 1a al. 1 let. a)³⁷.

1.2.3. L'audition de l'enfant dans la procédure en vue d'une adoption

Concernant l'adoption, l'art. 265 CC prévoit que, si l'enfant est capable de discernement, l'adoption ne peut avoir lieu qu'avec son consentement, lequel doit être attesté lors de l'octroi de l'autorisation d'accueillir l'enfant (art. 7 al. 1 lit. c OAdo). Le consentement de l'enfant doit porter sur une adoption concrètement prévue. Il sait donc que ses parents adoptifs ne sont pas ses parents biologiques.

La révision du droit de l'adoption³⁸ prévoit expressément à l'art. 268a^{bis} CC que l'enfant doit être entendu avant l'adoption, même s'il n'est pas encore capable de discernement. La révision suit à ce sujet la doctrine qui est unanime quant à la nécessité d'associer les enfants plus jeunes à la procédure de manière appropriée, même si leur consentement ne constitue pas, aux yeux de la loi, une condition de validité de l'adoption³⁹.

³⁴ Cf. Annexe, Analyse de jurisprudence, Point 1. Droit de protection.

³⁵ BIDERBOST, art. 314a CC, n. 5.

³⁶ Cf. concernant la mise en oeuvre du droit de participation de l'enfant: STÖSSEL/GERBER JENNI, p. 345 ss.

³⁷ Cf. aussi HOTZ/GASSNER, p. 318 s.

³⁸ Cf. Message concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), FF 2015 835. Et aussi FF 2016 4757, texte soumis au référendum. Cf. www.bj.admin.ch/bj/fr/home/gesellschaft/gesetzgebung/adoptionsrecht.html (consulté la dernière fois le 29.03.17)

³⁹ Message concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), FF 2015 835, p. 867, point 2.4 (avec références).

2. La procédure de renvoi en droit des étrangers et l'audition de l'enfant

2.1. Le renvoi d'un parent en droit des étrangers

2.1.1. En général

Le renvoi des étrangers s'entoure de différentes bases légales. D'un côté, le droit international ainsi que la Constitution fédérale garantissent à la personne qui essuie une décision de renvoi un certain nombre de droits fondamentaux tels que le droit au respect de sa vie privée et familiale et de principes élémentaires comme celui de l'intérêt supérieur et du bien-être de l'enfant ou encore de son droit à ne pas être séparé de ses parents. D'un autre côté, plusieurs dispositions du droit interne, et en particulier de la loi fédérale sur les étrangers, mais découlant aussi de l'Accord sur la libre circulation des personnes, traitent de la révocation des autorisations de séjour et d'établissement et, conséquemment, de l'expulsion de la personne touchée par une telle décision.

2.1.2. Les droits fondamentaux de la famille et des enfants

La vie privée et familiale est protégée par les articles 8 CEDH, 13 et 17 du Pacte ONU II relatif aux droits civils et politiques, ainsi que par l'article 13 de la Constitution fédérale.

En pratique, la disposition la plus fréquemment invoquée est celle de l'art. 8 CEDH⁴⁰. Cela signifie que lorsqu'un renvoi est prononcé et qu'une personne fait valoir son droit à rester en Suisse devant un tribunal, se pose toujours en premier la question de savoir s'il existe une ingérence dans ce droit consacré par la CEDH. Un renvoi peut constituer une telle ingérence dans la mesure où il exclut une personne d'un pays où vivent ses enfants, ses parents ou ses proches, ce qui a indéniablement un impact sur l'exercice – par cette personne – de son droit au respect de sa vie familiale, tel qu'il est protégé par l'article 8 § 1 de la Convention.

La définition de la vie familiale et privée donnée par la Cour EDH de l'article 8 est plus large que la seule notion de la famille nucléaire, à savoir les conjoints et leurs enfants mineurs. Selon la Cour, « tous les immigrés établis, indépendamment de la durée de leur résidence dans le pays dont ils sont censés être expulsés, n'ont pas nécessairement une "vie familiale" au sens de l'article 8. Toutefois, dès lors que l'article 8 protège également le droit de nouer et d'entretenir des liens avec ses semblables et avec le monde extérieur et qu'il englobe parfois des aspects de l'identité sociale d'un individu, il faut accepter que l'ensemble des liens sociaux entre les immigrés établis et la communauté dans laquelle ils vivent fait partie intégrante de la notion de "vie privée" au sens de l'article 8 »⁴¹. Ce droit comprend également une obligation positive pour

⁴⁰ Cet article a la teneur suivante : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui (...) est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

⁴¹ Affaire Shala c. Suisse, du 29 avril 2013, requête no 52873/09, para. 39.

l’État : l’article 8 CEDH inclut, entre autres, le droit pour un parent et/ou un enfant à ce que des mesures soient prises et appliquées dans le but de « réunir le parent et son enfant »⁴².

En matière de renvois, la question de savoir si l’ingérence est prévue par la loi ne pose en principe pas de problème. Comme nous le verrons encore ci-dessous, des bases légales formelles réglementent clairement la question.

Quant au but poursuivi par la décision de renvoi, il est généralement admis⁴³ que la sécurité nationale, la sûreté publique, le bien-être économique du pays, la défense de l’ordre et la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale, ou encore la protection des droits et libertés d’autrui sont des buts légitimes.

Reste à savoir si l’ingérence de l’État dans la vie privée et familiale est nécessaire dans un État démocratique, à déterminer si le renvoi constitue la mesure la moins invasive et si elle est proportionnelle au but visé. C’est à ce niveau que les questions les plus délicates se posent. En d’autres termes, faut-il faire primer les intérêts publics ou les intérêts privés lors de la pesée des intérêts ? Et la détermination des intérêts privés passe notamment par l’audition des personnes concernées et donc, aussi, celle des enfants.

Enfin, pour ce qui concerne plus particulièrement les enfants, leur intérêt et leurs droits spécifiques, nous renvoyons au chapitre II ci-dessus qui contient des indications détaillées par rapport aux dispositions pertinentes de la Convention relative aux droits de l’enfant (CDE).

2.1.3. Les dispositions permettant le renvoi

D’une manière générale, c’est le terme de « renvoi » qui est le plus communément utilisé. Toutefois, le renvoi (ou la décision de renvoi) est prononcé lorsque le droit d’une personne à séjourner en Suisse a expiré ou a été révoqué. Cette décision est prononcée par les autorités cantonales compétentes en matière de migration. Lorsque la personne concernée ne quitte pas le territoire de son propre gré, l’exécution coercitive du renvoi peut être ordonnée et il s’agit dès lors d’une expulsion.

En droit suisse, ce sont les articles 62 (révocation des autorisations et d’autres décisions), 63 (révocation de l’autorisation d’établissement), 64 (décision de renvoi), ainsi que 68 (expulsion) de la loi fédérale sur les étrangers (LEtr) qui s’appliquent aux ressortissants d’États tiers (c’est-à-dire hors Union européenne).

Au sens de l’art. 62 al. 1 LEtr, les autorisations de séjour (permis B, ainsi que F) peuvent être révoquées notamment lorsque « b. l’étranger a été condamné à une peine privative de liberté de longue durée ou a fait l’objet d’une mesure pénale (...); c. il attend de manière grave ou répétée à la sécurité et l’ordre publics en Suisse ou à l’étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse; (...) ; e. lui-même ou une personne dont il a la charge dépend de l’aide sociale ».

Pour les personnes titulaires d’une autorisation d’établissement (permis C), les conditions de révocation prévues par l’art. 63 al. 1 LEtr reprennent presque toutes celles de l’article 62, tout en précisant de manière plus stricte à la lettre b que l’autorisation peut être révoquée si « l’étranger

⁴² Affaire Polidario c. Suisse du 30 octobre 2013, requête no 33169/10, para. 65.

⁴³ UEBERSAX, p. 216.

attente de manière *très grave [nous soulignons]* à la sécurité et l'ordre publics en Suisse ou à l'étranger, les met en danger ou représente une menace pour la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse ».

La jurisprudence a contribué à définir ce qui était entendu par « peine privative de liberté de longue durée ». Dans le cas des personnes ayant un permis de séjour, la peine privative de liberté doit être supérieure à un an. Le Tribunal fédéral a en outre précisé qu'il n'était pas possible de cumuler plusieurs peines de courte durée. Le critère de longue durée doit donc être satisfait par une seule peine, d'une durée d'un an au minimum, pour qu'un retrait puisse être justifié⁴⁴. Pour des personnes pouvant faire valoir un droit au séjour en Suisse (par exemple les ressortissants étrangers mariés avec un ou une Suisse-sse), la condamnation à une peine privative de liberté doit atteindre deux ans ou plus pour être considérée comme une peine de longue durée⁴⁵.

Les exigences renforcées en matière d'atteinte « très grave » prévues pour les personnes au bénéfice d'un permis C, peuvent découler de la valeur du bien juridique lésé⁴⁶. Ainsi, la lésion ou la mise en danger d'un bien juridique de grande valeur (par exemple l'intégrité corporelle, psychique et sexuelle d'une personne) représente une atteinte très grave. Les infractions moins graves sont quant à elles à considérer comme « graves » si le ressortissant étranger ne se plie pas aux sanctions pénales et « montre ainsi qu'[il] n'a ni la volonté ni la capacité de respecter à l'avenir le droit »⁴⁷.

Ces règles de douze mois et de deux ans, sans égard au type de délit commis, ne sont toutefois pas absolues. Ce qui compte avant tout, c'est l'appréciation globale de chaque cas particulier, qui doit être effectuée selon l'ensemble des critères déterminants.

Enfin, l'Accord de libre circulation des personnes conclu avec l'Union européenne (ALCP) prévoit également une possibilité de renvoyer des ressortissants européens. Il s'agit de l'article 5 relatif à l'ordre public, contenu dans l'annexe I ALCP. Cette disposition prévoit que les droits octroyés par l'Accord « ne peuvent être limités que par des mesures justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique ». Le recours à la notion de l'ordre public suppose l'existence d'une *menace réelle et d'une certaine gravité* affectant un intérêt fondamental de la société. Des motifs de prévention générale ne suffisent pas. La seule existence de condamnations pénales ne peut automatiquement motiver de telles mesures. Les autorités doivent procéder à une appréciation spécifique, portée sous l'angle des intérêts inhérents à la sauvegarde de l'ordre public⁴⁸. Il faut donc conclure qu'il existe une menace actuelle pour l'ordre public. Il ne doit pas être établi avec certitude que l'étranger commettra d'autres infractions à l'avenir ; inversement, ce serait aller trop loin que d'exiger que le risque de récidive soit nul pour que l'on renonce à une telle mesure⁴⁹.

En conclusion, il est possible de dire qu'il existe une hiérarchie entre les étrangers vivant en Suisse : Les ressortissants UE/AELE jouissent d'une protection plus élevée car l'ALCP pose une

⁴⁴ ATF 137 II 297, consid. 2.

⁴⁵ Cette règle des « deux ans » découle initialement de l'ATF 110 Ib 201 – aussi souvent appelé « arrêt ou pratique Reneja » – et n'est pas absolue. Elle a toutefois été confirmée dans plusieurs arrêts ultérieurs. Voir notamment les ATF 135 II 377, consid. 4.4 et 139 I 145, consid. 2.3 et 3.4.

⁴⁶ ATF 137 II 297, consid. 3.3. Voir aussi WICHMANN.

⁴⁷ FF 2002 3469, 3565.

⁴⁸ Arrêt du TF 2C_932/2010, consid. 3.

⁴⁹ Arrêt du TF 2C_932/2010, consid. 3.

barrière assez haute en ce qui concerne le renvoi d’une personne ; les personnes ayant un permis d’établissement bénéficient d’une protection plus étendue que les détenteurs d’un permis de séjour. La limite inférieure d’une peine privative de liberté pouvant mener à un renvoi est fixée à un an pour les bénéficiaires d’un permis de séjour, elle passe à deux ans pour les personnes ayant un droit à obtenir un permis. En d’autres termes, plus le séjour est consolidé – et donc assuré –, plus la protection face à un renvoi est élevée. Ces limites ne sont pas fixes, mais elles ont une valeur indicative⁵⁰.

2.2. L’audition d’un enfant dont le parent est en passe d’être renvoyé

Le droit des étrangers ne contient presque aucune disposition traitant du droit d’être entendu d’un enfant dans le cadre d’une procédure.

Dans le cadre de la LEtr, seul l’art. 47 relatif au délai en vue du regroupement familial le mentionne à son alinéa 4 : « [...], le regroupement familial différé n’est autorisé que pour des raisons familiales majeures. Si nécessaire, les enfants de plus de 14 ans sont entendus ».

Il convient en outre de souligner que cette disposition ne figurait pas dans le projet du Conseil fédéral de révision de la loi sur les étrangers de 2002⁵¹. On retrouve dans la discussion par article de la LEtr par le Conseil national une proposition de la majorité qui a la teneur suivante : « [...] Les enfants qui ont dépassé l’âge de 14 ans sont entendus sur le regroupement familial, si besoin est »⁵². Ce point n’est pas débattu par les Parlementaires. Seul le Conseiller fédéral alors responsable du dossier, Christoph Blocher, le mentionne « en passant » : « Nun ist es klar : Diese fünf Jahre sind nie für alle Fälle richtig. Darum haben Sie aber auch einen Absatz 3, wo nämlich auch die Ausnahme vorgesehen ist, wonach ein nachträglicher Familiennachzug bewilligt werden kann, wenn wichtige familiäre Gründe geltend gemacht werden. *Darüber hinaus muss eben das untersucht werden – das ist die Fassung der Kommission – : Sollen Kinder über 14 Jahren dann eben auch angehört werden ? Das ist dann eine Einzelprüfung. [...]* »⁵³. On le constate, cette possibilité d’entendre les enfants de plus de 14 ans dans certaines circonstances particulières du regroupement familial a été introduite par une Commission parlementaire, ce qui ne permet dès lors pas de connaître le fondement de cette introduction.

Par ailleurs, la loi fédérale sur les étrangers ne connaît pas de disposition en lien avec une éventuelle audition de l’enfant dans le cadre d’une procédure de renvoi d’un parent.

La loi sur l’asile (LAsi) prévoit évidemment l’audition, dans le cadre de la procédure d’asile, des mineurs non accompagnés. Dans ce cadre et tout au long de la procédure, les mineurs non accompagnés sont suivis par une personne de confiance⁵⁴.

Cette situation – comme celle mentionnée ci-dessus concernant les délais applicables au regroupement familial de l’art. 47 LEtr du reste – n’entre pas dans les cas de figure envisagés dans la cadre de la présente étude, à savoir, et comme déjà mentionné ci-dessus, l’hypothèse de la séparation d’un enfant d’avec son parent, en raison d’une décision étatique. Les deux cas qui

⁵⁰ Dans ce sens, voir également COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS DE MIGRATION (CFM), p. 4.

⁵¹ FF 2002 3604, 3615.

⁵² BO CN 2004 760.

⁵³ BO CN 2004 762 (nous soulignons le passage qui nous intéresse).

⁵⁴ Art. 17 LAsi et 7 OA 1.

ressortent de la LEtr et de la LAsi relèvent en effet d'une séparation induite par la famille elle-même ou des circonstances particulières mais qui ne sont pas le fait des autorités suisses.

Comme on le voit, le droit positif spécifique au droit des étrangers ne prévoit pas que l'enfant soit entendu lors d'une procédure de renvoi de l'un de ses parents étrangers. Si elles entendent mettre en place une telle pratique, les autorités cantonales pourront se fonder sur des dispositions plus générales : celles de la Constitution (et en particulier l'art. 29 al. 2) et du droit international (spécialement l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant), ou encore celles relevant de leur droit cantonal (chaque canton disposant d'une loi sur la procédure administrative). L'examen de plusieurs décisions rendues par le Tribunal fédéral (cf. annexe), d'une part, et l'analyse de questionnaires adressés aux cantons (cf. ci-dessous, ch. IV, point 2), d'autre part, nous ont permis de vérifier la pratique mise en place par les autorités cantonales compétentes.

IV. PRATIQUES CANTONALES

1. Pratiques cantonales en droit civil

1.1. Remarques liminaires et méthodologie

1.1.1. Remarques liminaires sur la procédure et le processus de placement

Afin de pouvoir situer les différentes étapes de la procédure et du processus d'un placement extrafamilial de l'enfant ordonné par une autorité de protection de l'enfant, quelques explications préliminaires sur les étapes, les acteurs et leur rôle par rapport à la participation de l'enfant sont indiquées ci-dessous de manière succincte dans l'ordre chronologique⁵⁵.

D'abord il sied de préciser que le terme « procédure » est utilisé en ce qui suit pour la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant dans le sens juridique du terme, alors que le terme « processus » est un terme plus large qui se réfère à l'interaction entre différents acteurs institutionnels, l'enfant et ses parents dans la prise de décision quant au placement de l'enfant.

I. Autorité de protection

- Réception du **signalement (Gefährdungsmeldung)** qu'un enfant a besoin d'aide et instruction de l'affaire, *suivi d'une des trois prochaines étapes* :
 - Mandat d'enquête sociale à un Service de protection de l'enfant⁵⁶ ou un autre service compétent ou à une tierce personne⁵⁷, *ou*
 - (Première) audition informelle de l'enfant (afin de se faire une idée sur la situation), suivie d'un mandat d'enquête sociale à un Service de protection de l'enfant ou un autre service compétent ou à une tierce personne⁵⁸, *ou*
 - Audition de l'enfant selon l'art. 314a CC, sans mandat au Service de protection de l'enfant⁵⁹.

II. Service de protection de l'enfant

- Participation de l'enfant dans le cadre de l'**enquête sociale (Abklärung)** (ainsi que des parents, de l'école, du pédiatre et autres), durée de l'enquête entre 4 et 6 mois,
- Essai de mesures volontaires,
- Résumé de la situation de l'enfant dans un rapport d'enquête adressé à l'APEA avec des recommandations concernant les mesures à prendre.

⁵⁵ Ces étapes sont formulées de manière généralisée. Selon le canton, il peut y avoir des différences, notamment par rapport au signalement.

⁵⁶ Les appellations sont différentes selon les cantons.

⁵⁷ Art. 446 al. 2 CC, aussi applicable aux enfants par analogie.

⁵⁸ Idem. Donc suite sous le point II de cette liste.

⁵⁹ Donc suite directement sous le point III de cette liste.

III. Autorité de protection

- **Audition de l’enfant** (ainsi que de ses parents) selon l’art. 314a CC (**Anhörung des Kindes**),
- Décision sur la mesure à prendre,
- Désignation d’un curateur ou d’une curatrice,
- Mandat au Service de protection par rapport à l’exécution de la mesure, *in casu* du placement, avec retrait du droit de déterminer le lieu de résidence⁶⁰.

IV. Institution de placement

- **Participation de l’enfant (Beteiligung/Einbezug des Kindes)** durant la mesure de placement selon l’Ordonnance sur le placement d’enfants (« l’enfant doit être associé »)⁶¹ et les Standards « Quality4Children »⁶²,
- Rapports réguliers des institutions et du curateur/de la curatrice concernant la situation de l’enfant.

V. Autorité de protection

- **Audition de l’enfant** lors de la levée de la mesure de placement.

1.1.2. Méthodologie

Pour cette enquête de terrain sur le placement en droit civil, les trois cantons de Berne, Neuchâtel et Fribourg ont été choisis pour la différence dans l’organisation de leurs autorités de protection et de leurs services de protection, et afin d’inclure différentes régions linguistiques (français, allemand). Les résultats sont résumés dans la langue des entretiens menés. Les autorités et services contactés dans les cantons ont désigné des personnes pour un entretien avec nous, raison pour laquelle les fonctions des personnes et leur nombre ne sont pas complètement identiques pour les trois cantons. Dans ces trois cantons, des responsables et collaborateurs/-trices d’un service de protection de l’enfant⁶³ ainsi que des membres ou collaborateurs/-trices d’autorités de protection ont été interviewés à l’aide d’une grille de questions pour entretien semi-structuré. L’accent a été mis dans cette enquête sur la procédure et le processus de placement jusqu’au moment où l’enfant est placé. Le thème de la participation de l’enfant pendant son placement dans les institutions (et les familles d’accueil) nécessiterait une propre étude. Toutefois certaines informations au sujet de la participation de l’enfant au sein des institutions ont pu être récoltées par nos interlocuteurs/-trices.

La journée d’échange sur le placement d’enfants et l’application de l’Ordonnance sur le placement d’enfants (OPE), organisée par la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) le 29 juin 2016 à Berne, lors de laquelle nous avons pu animer un atelier sur le thème de la participation de l’enfant, a permis d’aborder certains thèmes avec d’autres expert-e-s cantonaux.

⁶⁰ Art. 310 CC.

⁶¹ Cf. chapitre III, point 1.2.2.

⁶² Cf. chapitre II, point 3.

⁶³ Ou autre appellation selon le canton.

Finalement, la conférence du 30 août 2016 intitulée « La justice accessible à tous: un impératif des droits humains. Défis actuels pour la Suisse en matière de droits des femmes et des enfants », organisée par le CSDH, a permis une réflexion tant sur la participation de l'enfant lors du renvoi d'un parent étranger que lors d'un placement en droit civil.

Les résultats des pratiques cantonales lors d'un placement en droit civil sont résumés dans les chapitres subséquents.

1.2. Kanton Bern

1.2.1. Einleitung

A. Kantonale gesetzliche Grundlagen und Richtlinien

- Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG)⁶⁴
- Pflegekinderverordnung⁶⁵
- Richtlinien für die Fremdunterbringung eines Kindes⁶⁶
- Standards des Kantonalen Jugendamtes Bern für die Unterbringung und Betreuung von Kindern ausserhalb ihrer Herkunftsfamilie⁶⁷.

B. Organisation und Verfahrensablauf

Das Kindesschutzverfahren wird durch eine Gefährdungsmeldung an die zuständige Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde eingeleitet (Art. 443 i.V.m. Art. 314 Abs. 1 ZGB). Die KESB eröffnet ein Verfahren und führt erste Abklärungen durch. Sie ordnet in dringenden Fällen, wenn das Kind sofort medizinisch oder psychologisch betreut oder vor einer akuten Bedrohung geschützt werden muss, Sofortmassnahmen an. Braucht es eine vertiefere Abklärung, so erteilt die KESB den zuständigen Sozialdiensten einen Abklärungsauftrag. Die Sozial- und Abklärungsdienste sind auf Anordnung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde verpflichtet, Sachverhaltsabklärungen gemäss Art. 446 Abs. 2 ZGB vorzunehmen, Beistandschaften und Vormundschaften für Minderjährige sowie Beistandschaften für Erwachsene zu führen und andere Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts zu vollziehen (Art. 22 KESG).

Während die KESB der Stadt Bern mit dem stadtbernischen Amt für Erwachsenen- und Kinderschutz (EKS) zusammenarbeitet, so liegt bei den übrigen KESB des Kantons eine Zusammenarbeit mit den zuständigen kommunalen oder regionalen Sozialdiensten vor.

Der abklärende Dienst erstellt einen Bericht mit Empfehlungen, in welchem er dazu Stellung nimmt, ob das Kindeswohl gefährdet ist, freiwillige Massnahmen möglich sind bzw. welche Kindesschutzmassnahmen empfohlen werden. Die KESB prüft anschliessend den Abklärungsbericht und fällt einen Entscheid. Die Unterbringung in einer Pflegefamilie oder einer geeigneten Instituti-

⁶⁴ Gesetz über den Kindes- und Erwachsenenschutz (KESG) vom 01.02.2012, BSG 213.316.

⁶⁵ Pflegekinderverordnung (PVO) vom 04.07.1979, BSG 213.223.

⁶⁶ Richtlinien für die Fremdunterbringung eines Kindes. Abklärung der geeigneten Betreuungsform und des passenden Betreuungsplatzes, Kantonales Jugendamt Bern, 2015.

⁶⁷ Standards des Kantonalen Jugendamtes Bern für die Unterbringung und Betreuung von Kindern ausserhalb ihrer Herkunftsfamilie, August 2013.

on wird durch die zuständigen Sozialdienste in Zusammenarbeit mit den ernannten Beiständen sowie gegebenenfalls der Familienplatzierungsorganisation organisiert.

C. Beschrieb der kantonalen Akteure

Im Kanton Bern wurden in einer städtischen (KESB-BE 1) und einer ländlichen KESB (KESB-BE 2) mit einem Behördenmitglied respektive einer Fachperson des sozialjuristischen Dienstes sowie mit einer Person in leitender Funktion des Amtes für Erwachsenen- und Kinderschutz der Stadt Bern Gespräche geführt.

a. Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde

Die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (KESB) im Kanton Bern sind interdisziplinär zusammengesetzte Verwaltungsbehörden, die aus mindestens drei Mitgliedern und einem Behördensekretariat (d.h. sozialjuristischer Dienst, Revisorat und Kanzlei) bestehen.

Die Präsidentinnen und Präsidenten verfügen über ein Anwaltspatent, das bernische Notariatspatent oder einen universitären Masterabschluss der Rechtswissenschaft (Art. 8 Abs. 1 KESG). Es können aber gemäss Art. 8 Abs. 2 KESG auch Personen mit einem Masterabschluss in den Disziplinen Soziale Arbeit, Pädagogik, Psychologie oder Medizin oder einer vergleichbaren Ausbildung vom Regierungsrat als Präsidentin oder Präsident ernannt werden, wenn eine Person mit einem Abschluss nach Absatz 1 im Spruchkörper vertreten ist. Die übrigen Mitglieder der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden verfügen über einen Universitäts- oder Fachhochschulabschluss in den Disziplinen Rechts- oder Wirtschaftswissenschaft, Soziale Arbeit, Pädagogik, Psychologie oder Medizin oder über eine vergleichbare Ausbildung (Art. 8 Abs. 3 KESG).

Der Kanton Bern kennt 11 kantonale sowie eine interkommunale Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde (Bürgergemeinde).

Das gemeinsame Organ aller Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden ist die Geschäftsleitung. Sie setzt sich zusammen aus den Präsidentinnen und Präsidenten der kantonalen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie der Präsidentin oder dem Präsidenten der burgerlichen Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde und ist zuständig für die Koordination der Aufgabenerfüllung und der Rechtsprechung sowie die Umsetzung der Leistungsvereinbarung (Art. 16 KESG).

In die Zuständigkeit der Präsidentin oder des Präsidenten fallen auf dem Gebiet des Kinderschutzes unter anderem (Art. 56 KESG) die Neuregelung der elterlichen Sorge und der Obhut sowie die Genehmigung von Unterhaltsverträgen bei Einigkeit der Eltern, die Antragstellung zur Anordnung einer Kindesvertretung im Scheidungs- oder Trennungsprozess, die Neuregelung des persönlichen Verkehrs bei veränderten Verhältnissen, sowie die Erteilung der Pflegeplatzbewilligungen, die Ausübung der Pflegekinderaufsicht sowie die Wahrnehmung der übrigen im Bereich der Familien- und Tagespflege der Kinderschutzbehörde übertragenen Aufgaben.

Der Entscheid über eine Aufhebung des Aufenthaltsbestimmungsrechts wird in Dreierbesetzung durch das Kollegium der KESB gefällt.

Die Anhörung des Kindes wird in der Regel persönlich durch das instruierende Mitglied der zuständigen KESB durchgeführt. Ist gemäss Art. 51 Abs. 1 KESG der persönliche Eindruck der betroffenen Person nicht von entscheidender Bedeutung, kann die Anhörung an eine andere geeignete Person übertragen werden. Die persönliche Anhörung des betroffenen Kindes richtet sich nach Art. 314a ZGB (Art. 51 Abs. 3 KESG). Bei Kindern werden nur die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse protokolliert (Art. 52 Abs. 2 KESG).

Die Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion⁶⁸ übt die Steuerung und die Aufsicht über die administrative und organisatorische Führung der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden aus (Art. 18 KESG). Die Rechtsmittelinstanz ist das Kindes- und Erwachsenenschutzgericht der Zivilabteilung des Obergerichts (Art. 65 KESG).

b. Amt für Erwachsenen- und Kinderschutz der Stadt Bern und Sozialdienste

Das EKS der Stadt Bern oder die zuständigen kommunalen respektive regionalen Sozialdienste im Kanton Bern werden durch die jeweilige KESB mit der Abklärung einer Kindeswohlgefährdung beauftragt⁶⁹.

Im EKS ist der Bereich Abklärung und Beratung dafür zuständig⁷⁰. Im Rahmen einer Abklärung, für die in der Regel 4 Monate vorgesehen sind, um die Kindes- und Familiensituationen zu erheben, werden folgende Gespräche mit den Betroffenen geführt:

- Erstgespräch mit dem sorgeberechtigten Elternteil zwecks Kontaktaufnahme, Erklärung des Auftrags und Verfahrens, in der Regel ohne Kind;
- Abklärungsgespräche mit den Eltern, mit dem Kind (alleine oder mit Eltern) und mit dem involvierten System (Lehrer/-in, Kinderarzt/-ärztin, etc.) zur Klärung des Inhalts und der Vorgehensweise;
- Abschlussgespräch nach abgeschlossener Abklärung, mit Eltern und Kind getrennt.

Der Bereich Abklärung war vorher im Jugendamt der Stadt Bern integriert und ist noch nicht sehr lange Teil des EKS. Seit Ende November 2016 liegt ein internes Beratungskonzept des EKS vor, mit welchem die Praxis zwischen den verschiedenen Bereichen des EKS abgeglichen werden soll, indem gemeinsame Werte und Haltungen definiert, Abläufe systematisiert und Grundsätze in der Beratungsmethodik festgehalten werden. Dieses interne Grundlagenpapier soll zukünftig innerhalb des Amtes einen roten Faden zwischen der Abklärung, der freiwilligen Beratung und der Beistandschaft bilden. Die Partizipation des Kindes stellt dabei ein wichtiges Element dar, welches es sicherzustellen gilt. Der durch das Konzept vorgegebene Rahmen soll jedoch die methodische Freiheit gewährleisten.

1.2.2. Bestandesaufnahme und Analyse

A. Information des Kindes

Die Fragen über die Information des Kindes betrafen verschiedene Zeitpunkte während des Platzierungsverfahrens.

Ein erster Aspekt betraf die Frage, ob die Kinder persönlich an die Anhörung eingeladen werden. Die beiden KESB erteilen zunächst einen Auftrag an den Sozialdienst zur Erstellung eines Abklärungsberichts. Die Eltern werden schriftlich über die Verfahrenseröffnung informiert. Gestützt auf den Abklärungsbericht findet anschliessend die Anhörung des Kindes statt. Die Einladung zur Anhörung, z.T. auch Vorladung genannt, wird bei kleineren Kindern an die Eltern versandt, ab

⁶⁸ Art. 4 Abs. 2 KESV: Innerhalb der JGK ist das Kantonale Jugendamt (KJA) zuständig für die Instruktion von Aufsichtsverfahren und die Vorbereitung aufsichtsrechtlicher Massnahmen.

⁶⁹ Siehe oben, Punkt 1.2.1, B.

⁷⁰ Das Amt für Erwachsenen- und Kinderschutz besteht aus den vier Bereichen Abklärung und Beratung, Beistandschaften, Finanzen und Administration und Erbschaftsamt.

10-12 Jahren (KESB-BE 1), respektive ab 12 Jahren (KESB-BE 2) werden die Kinder selbst angeschrieben. Die KESB-BE 1 benutzt für die Einladung an die Kinder keine Vorlage und erstellt auch kein besonders kindgerechtes Schreiben, ist sich jedoch des Entwicklungsbedarfs diesbezüglich bewusst. In der KESB-BE 2 wird das Kind mit einer altersgerechten Briefvorlage angeschrieben und es wird eine Informationsbroschüre für die Kindesanhörung in der Schweiz von UNICEF Schweiz und dem Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI) beigelegt, welche die Kinder und Jugendlichen mit altersgerechten Erklärungen und Illustrationen über den Sinn, Zweck und die Rahmenbedingungen von Anhörungen informiert⁷¹.

Unabhängig von der Einladungsart wurde von beiden Behördenmitgliedern vermerkt, dass den Ein-/Vorladungen nahezu in 100% der Fälle Folge geleistet wird.

Die Frage nach der Information des Kindes stellt sich auch zu Beginn der Anhörung selbst, nämlich wie das Kind über seine Rechte und Pflichten, über die Gründe seiner Anwesenheit aufgeklärt wird. In der KESB-BE 1 wird das Kind zunächst über den Grund der Anhörung sowie die Abklärungsergebnisse informiert, ohne dass ein Leitfaden benutzt wird, während in der KESB-BE 2 die Anhörung gestützt auf die Leitlinien der KESB des Kantons Bern zur Kindesanhörung⁷² gestaltet wird.

Am Ende der Anhörung wird dem Kind mitgeteilt, was für den Entscheid berücksichtigt wird und inwieweit seinem Willen gefolgt wird (KESB-BE 1). Dem Kind wird mitgeteilt, dass seine Meinung wichtig ist, es aber nicht entscheiden kann (um dem Kind nicht das Gefühl zu vermitteln, die Verantwortung für die Fremdplatzierung zu tragen) und auch, dass es sich bei der Platzierung nicht um eine permanente Massnahme, sondern um einen Zwischenschritt handelt.

Die Information des Kindes über den gefällten Entscheid ist eine nächste wesentliche Etappe: Der Entscheid wird zum Teil gleich anschliessend an die Anhörung mündlich mitgeteilt (KESB-BE 2). Ab einem bestimmten Alter (KESB-BE 1: ab 12-13 J.) erhält das Kind den Entscheid in Schriftform zugestellt. Es stellte sich in Praxis der befragten Berner KESB jedoch heraus, dass es zusätzlicher Massnahmen bedarf zur „Übersetzung“ des Entscheidungsinhaltes in eine kindgerechte Sprache. Der Versand des Entscheids oder des Entscheids mit einem Begleitschreiben reicht nicht aus. Die „Übersetzung“ des Entscheids kann durch die abklärende Person, den Beistand oder eine Bezugsperson der Institution erfolgen. Bei der Fremdplatzierung liegt meistens schon eine Beistandschaft vor oder es wird ein Beistand ernannt. In der KESB-BE 2 wird bei einer Fremdplatzierung der Entscheid persönlich mit dem Beistand oder der zuständigen Person im Heim besprochen. In der KESB-BE 1 werden keine anderen Akteure beigezogen, damit diese dem betroffenen Kind den Entscheid erläutern könnten. Diese Situation wurde aber während des Interviews selbstkritisch hinterfragt im Hinblick auf eine zu verbessernde Praxis. Seitens des EKS wurde festgehalten, dass bei der Errichtung einer Beistandschaft diese Person an der Anhörung teilnimmt und daher anschliessend den Entscheid auch dem Kind erklären wird.

⁷¹ Siehe Informationsbroschüren unter folgenden Links: UNICEF: <http://www.unicef.ch/de/so-helfen-wir/kinderrechte/kinder-haben-rechte/kinderrechte-der-schweiz> bzw. MMI: http://www.mmi.ch/shop_mmi-produkte/kindesanhoerung.html.

⁷² Interne Leitlinien der KESB des Kantons Bern zur Kindesanhörung im Sinne des rechtlichen Gehörs, 2014. Diese Leitlinien beinhalten Angaben zu Sinn und Zweck sowie zur Durchführung der Anhörung, insbesondere zur Gesprächsführung und Protokollierung.

B. Wer hört das Kind an?

In beiden KESB werden die Kinder angehört. Dabei ist jedoch festzustellen, dass die KESB-BE 1 wenige formelle Anhörungen durchführt, sondern das Kind vielmehr mehrfach zur Sprache kommt, bis eine zufriedenstellende Lösung gefunden wird. In der KESB-BE 1 liegt daher auch zum Teil während einer gewissen Zeit eine Überlappung der eigenen Abklärungen durch die KESB mit den Abklärungen durch die Sozialdienste vor. Die stete Klärung, wer mit welcher Rolle den Fall bearbeitet, ist sehr wichtig. Dieses enge Hand-in-Hand-Arbeiten erlaubt es zu verhindern, dass Situationen entstehen, in welchen sich niemand als zuständig erachtet. Das Credo ist der prozessorientierte Kinderschutz. An den Kindesanhörungen der KESB-BE 1 nehmen neben dem Behördenmitglied auch mehrere weitere Personen teil, z.B. Beistand und abklärende Person oder bereits eine Vertretung der Institution, wenn das Kind schon platziert ist. Schwierige Fälle werden schon in einem sehr frühen Stadium in der wöchentlichen Behördensitzung interdisziplinär besprochen.

In der KESB-BE 2 wird das Kind von einer Person, maximal zwei Personen angehört. Manchmal nehmen auch die Personen, die die Abklärung durchgeführt haben oder die Beistände daran teil. Die Gruppe von mehreren Personen, denen manchmal auch die Eltern, oder eine Vertretung des sozialjuristischen Dienstes, angehören, wird aber anschliessend aufgelöst, und z.B. die Person vom sozialjuristischen Dienst spricht dann mit dem Kind und das Behördenmitglied mit den Eltern. Die Befragung des Kindes findet somit eins zu eins statt.

Die direkte Anhörung durch die KESB wird in beiden KESB gegenüber einer Delegation der Anhörung bevorzugt, da sie ein besseres Gesamtbild der Situation des Kindes erlaubt. Bei Kindern unter 6 Jahren, oder wenn bereits im Vorfeld ein Psychologe involviert war auch bei älteren Kindern, wird die Kindesanhörung delegiert (KESB-BE 2).

Hat die zuständige KESB dem EKS ein Abklärungsmandat erteilt, findet die Mitwirkung des Kindes, gemäss der interviewten Fachperson des EKS, im Rahmen der Abklärungsgespräche statt. Je nach individuellem Setting sind zunächst verschiedene Personen am Abklärungsgespräch dabei, z.T. auch die Eltern respektive ein Elternteil oder Geschwister. Nach der Vertrauensbildung kann anschliessend ein Einzelgespräch mit dem Kind geführt werden (zum Abklärungsbericht siehe unter Punkt G).

Die interviewten Behördenmitglieder und die Fachperson der EKS haben eine Ausbildung im Bereich der Kindesanhörung besucht, z.T. schon im Rahmen einer vorherigen Stelle. Die Teilnahme an Weiterbildungen scheint nicht überall spezifisch gefördert zu werden. Es wurde seitens eines Behördenmitglieds festgehalten, dass die Kindesanhörung ein inhaltliches Schwerpunktthema für das nächste Jahr sein könnte. Des Weiteren wurde eine mangelnde Abstimmung zwischen den Fachhochschulen in Bezug auf den Ausbildungsinhalt bedauert.

C. Rahmenbedingungen der Gespräche mit dem Kind

In beiden KESB wird das Kind im Regelfall in einem Sitzungszimmer oder im Büro eines Behördenmitglieds angehört. Dabei liegen keine spezifisch kinderfreundlichen Bedingungen (Spielsachen, Bücher) vor, denn die vorherrschende Meinung ist, dass die KESB Entscheidungsinstanz ist und es sich nicht um einen „Wohlfühlort“ handelt. In Einzelfällen fanden schon Anhörungen in der Institution, wo das Kind bereits platziert war, statt. Die Schule wird von der einen interviewten Person als ungeeigneten Ort für eine Anhörung betrachtet, da es sich um einen Schutzort des Kindes handelt, der nicht „beschmutzt“ werden sollte, während die andere befragte Person in

seltenen Fällen auch Anhörungen in der Schule durchführt (und z.B. einmal dem Kind in der Schule eine Fremdplatzierung eröffnet hat).

Die Gespräche des abklärenden Dienstes mit dem Kind können an verschiedenen Orten stattfinden, dabei werden auch Gegenstände zur Erleichterung des Gesprächszugangs benutzt. Was besonders von der Fachperson des EKS vermerkt wurde, war das Bedürfnis nach einer internen Praxisabgleichung der Gesprächspraxis zwischen den verschiedenen Fachpersonen mit unterschiedlichem disziplinärem Hintergrund und darauf gestützt das Angebot von zugeschnittenen Weiterbildungen.

D. Alter des Kindes

Das Kind wird in der einen KESB ab 6 Jahren angehört bzw. z.T. schon früher, soweit es die Fähigkeit hat, sich verbal zu äussern und eine eigene Meinung zu bilden. In der anderen KESB werden Kinder generell ab 10-12 Jahren, und bei einem schweren Eingriff auch 6 bis 8-jährige angehört. Die Schwere des Eingriffs wird dort für den Entscheid für oder gegen eine Anhörung als wichtigeres Kriterium betrachtet als das Alter. Eine Anhörung erfolgt also eher bei einer Fremdplatzierung als in anderen Fällen. Für Kinder unter 6 Jahren bzw. für Kinder die sich noch nicht verbal äussern und eine eigene Meinung bilden können, stützen sich die beiden KESB auf den Abklärungsbericht bzw. sind mit den Eltern im Gespräch.

Der Abklärungsdienst versucht die Kinder immer einzubeziehen, unabhängig vom Alter. Ab 5 Jahren findet ein standardisiertes Gespräch statt, aber bereits ab Erwerb der sprachlichen Ausdrucksfähigkeit ist ein Einbezug möglich (unter Berücksichtigung des Risikos der Überforderung). Jüngere Kinder ohne verbale Ausdrucksfähigkeit werden in ihrem Umfeld beobachtet.

E. Zeitpunkt des Einbezugs des Kindes

Die Frage, zu welchem Zeitpunkt im Verfahren das Kind angehört werde, beantworteten beide KESB-Mitglieder mit einer Anhörung gegen Ende des Verfahrens, kurz vor der Entscheidung. Es wurde jedoch von Seiten der KESB-BE 1 vermerkt, dass trotz der Nähe bei der Entscheidung die Anhörung einen Einfluss habe, und auch einen Entscheid noch umkehren kann. Bei massiven neuen Einwänden seitens des Kindes kann auch noch einmal „eine Runde gedreht werden“, d.h. dass zum Teil noch weitere Abklärungen gemacht werden bzw. zugewartet wird.

Je nach Situation werden zuerst die Eltern oder das Kind angehört. Hierbei gibt es keine einheitliche Linie.

Seitens der KESB-BE 1 wurde jedoch darauf hingewiesen, dass die Beteiligung des Kindes über die Anhörung hinausgeht, und auch nach dem Entscheid eine Mitwirkung des Kindes stattfindet, indem das Kind durch die KESB bei der Anpassung der Massnahme beigezogen wird. Dieses weitergehende Verhandeln mit dem Kind fördert, laut dem interviewten Behördenmitglied, die Selbstwirksamkeit der Massnahme.

Während der Abklärung stellt sich die Frage nach dem Zeitpunkt der Partizipation weniger, das Kind wird je nach Dringlichkeit und Gefährdungssituation früher oder später beteiligt.

F. Partizipation von besonders verletzlichen Kindern

Besonders verletzte Kinder wie Kinder mit Migrationshintergrund oder behinderte Kinder werden in den KESB angehört, wobei auf eine „adressatengerechte“ Anhörung verwiesen wurde. Je nach Bedarf werden Übersetzungsdienste (bzw. der Kulturübersetzungsdienst Comprendi) beigezogen oder bei Behinderungen des Kindes z.B. Unterstützung bei dem Kind nahen Personen

gesucht. Kinder mit Migrationshintergrund sind, laut KESB-BE 1, die Hauptklienten, ausser den unbegleiteten minderjährigen Asylsuchenden, für welche die KESB Emmental zuständig ist. Gemäss einer Gesprächspartnerin ergibt sich bei der Beurteilung der Situation eines Kindes mit Migrationshintergrund insbesondere die Schwierigkeit der gleichzeitigen Berücksichtigung des Migrationshintergrunds und der Forderung von Integration.

Im Rahmen der Abklärung werden bei behinderten Kindern oder Kindern mit Migrationshintergrund Spezialist/-innen beigezogen wie z.B. die Kindesschutzgruppe des Inselspitals, Kinderpsychologen sowie eventuell auch ein Übersetzungsdienst wie z.B. Comprendi.

G. Erfassung des Willens des Kindes

Uns interessierte insbesondere auch, wie der durch die Partizipation erfasste Kindeswille (Anhörung durch KESB oder Gespräch des Abklärungsdienstes) anschliessend festgehalten wird. Für die KESB ist gesetzlich vorgegeben in Art. 314a Abs. 2 ZGB, dass die für den Entscheid wesentlichen Ergebnisse im Anhörungsprotokoll festzuhalten sind. Vertrauliche Informationen sind in der KESB-BE 1 im Handnotizenprotokoll enthalten und die Zusammenfassung für die Eltern in einem anderen Dokument. In Einzelfällen kann es dort jedoch zu heiklen Situationen kommen, wo die vertraulichen Informationen nicht gebraucht werden können, und das Kind dadurch nicht mehr genügend geschützt werden kann. Eine offene Diskussion mit dem Kind über die Vertraulichkeit und seine Sicherheit ist daher laut Aussagen der befragten Fachpersonen sehr wichtig, und das in der KESB-BE 1 benutzte Modell einer weitergehenden, fortwährenden Partizipation (und nicht einer einzigen formellen Anhörung) des Kindes erlaubt sodann, mit dem Kind diese Punkte gegebenenfalls erneut anzusprechen. In der anderen KESB werden die vertraulichen Informationen nirgends festgehalten, ausser in Situationen, wo eine Meldepflicht etwa aufgrund einer Straftat gegen das Kind bestehen würde. Dieser Fall ist aber noch nie eingetreten.

Da sich die KESB je nach Kindesalter, ohne selbst das Kind anzuhören, auf den Abklärungsbericht stützt, stellte sich für uns die Frage, ob der durch die Mitwirkung des Kindes erfasste Kindeswille im Abklärungsbericht in einer eigenen Rubrik enthalten ist, oder inwiefern der Kindeswille aus dem Bericht herausgelesen werden kann. Gemäss unseren Erhebungen enthält die Abklärungsberichtsvorlage des EKS ein Kapitel mit dem Titel Kindeswohl, und vor allem einen Bereich, in welchem die Einschätzung durch den Klienten bzw. die Klientin festgehalten wird. Die verantwortliche Fachperson des EKS bejahte, dass aus dem Abklärungsbericht der Kindeswille herausgelesen werden könne. Hingegen stellte sie noch Verbesserungsbedarf fest in Bezug auf die Art und Weise des Einbezugs des Kindes durch die verschiedenen Fachpersonen. Das interne Beratungskonzept, das sich zum Zeitpunkt des Gesprächs⁷³ in Überarbeitung befand, hat u.a. dies zum Ziel. Anderer Meinung ist das interviewte Behördenmitglied, gemäss welchem der Kindeswille nicht explizit aus dem Abklärungsbericht hervorgeht. Die Berichte enthalten beschreibende Teile, wie es den Kindern geht, aber der Wille ist nicht herausgearbeitet. Das könnte, gemäss diesem Behördenmitglied, noch etwas strukturierter werden.

H. Auswirkung der Kindesanhörung auf den Entscheid

Die Aussagen des Kindes haben in der Regel ab dem Alter von 12 Jahren einen Einfluss auf den Entscheid. Hingegen können auch jüngere Kinder (8-10 Jahre), die viel Schwieriges erlebt haben, sich so äussern, dass es entscheidrelevant zu berücksichtigen ist. Es geht, gemäss unseren

⁷³ Siehe unter Punkt 1.2.1, C, b): Das interne Beratungskonzept ist seit Ende November 2016 in Anwendung.

Gesprächen mit den Fachpersonen des Kantons Bern, mehr um die Reife des Kindes als um das Alter.

Konkret wurde angeführt, dass das Kind z.B. bei vorliegender Reife und Motivation einen Einfluss auf den Entscheid haben kann, ob eine stationäre oder ambulante Massnahme angeordnet werden soll, d.h. dass das Gefährdungsmoment z.B. durch eine nochmalige Familienbegleitung beseitigt werden könnte anstelle einer Fremdplatzierung (Kindeswille als „Zünglein an der Waage“).

I. Follow-up der Fremdplatzierung und Mitwirkung des Kindes

Die beiden befragten KESB-Mitglieder konnten keine Aussagen darüber machen, wie das Kind nach der Entscheidfällung in den Fremdplatzierungsinstitutionen sein Recht auf Mitwirkung ausüben kann. Einzig die Aussagen seitens der KESB-BE 1, die eine prozessorientierte Mitwirkung des Kindes verfolgt, zeigen auf, dass zumindest durch einen fortwährenden Einsatz des KESB-Mitglieds im Austausch mit dem Kind auch nach dem Platzierungsentscheid weiterhin eine Mitwirkung stattfindet. Das Mitglied der KESB-BE 1 berichtet, dass es, solange die Massnahme noch in Gestaltung sei, nach wie vor nahe dabei und im Austausch mit den Kindern und Jugendlichen stehe. Dies erfolge in Zusammenarbeit mit den ernannten Beiständen.

Gemäss der Fachperson der EKS kann die Platzierungsform sehr unterschiedlich sein⁷⁴. So gebe es zunehmend durchlässigere Formen, wo die Eltern stark einbezogen werden, unterstützt durch z.B. eine sozialpädagogische Familienbegleitung. Es wird eine starke Veränderung beobachtet in den letzten zehn Jahren: Während vorher viel häufiger längerfristig platziert wurde, so liegt nun der Fokus auf der Reintegration zu Hause. Es wurde bedauert, dass zur Zeit noch nicht genügend sog. „flexible“ Plätze vorliegen, wie dies einige von den Interviewten genannte Projekte⁷⁵ vorsehen.

In Bezug auf die durch die PAVO geforderte Mitwirkung des Kindes bei allen Entscheidungen nach dem Platzierungsentscheid verwies die Fachperson der EKS auf die Pflegekinderaufsicht des EKS, die auch einen jährlichen Aufsichtsbesuch in der Pflegefamilie beinhaltet. Dieser Aufsichtsbesuch findet unabhängig von einer allfälligen Beistandschaft statt. Bei einer Heimplatzierung findet ein regelmässiger Austausch, zumindest halbjährlich statt, und die Standortbestimmungen sind je nach Situation häufiger. Die Institution ist für den Einbezug des Kindes zuständig, und die Bezugsperson des Kindes erfasst dessen Meinung vor der Standortbestimmung, z.T. nimmt das Kind auch an der Standortbestimmung teil. Laut der befragten Fachperson gibt es jedoch keine Standardisierung diesbezüglich. Das oben erwähnte interne Beratungsprojekt sieht eine solche Vereinheitlichung der Praxis für das EKS der Stadt Bern vor, indem diejenige Stelle, die platziert und finanziert auch das Kind anhört oder beteiligt oder zumindest sicherstellt, dass es im Rahmen der Platzierung angehört bzw. beteiligt wird.

Spezifischere Aussagen dazu, z.B. wie die Beistände und die Institutionen oder allenfalls die Aufsichtsbehörde (Kinder- und Jugendamt im Kanton Bern betr. Heimplatzierung) die Mitwirkung des Kindes im Follow-up der Fremdplatzierung fördern und umsetzen, konnten die Interviewpartner jedoch nicht machen.

⁷⁴ Z.B. sieben Tage und nur ein Wochenende pro Monat zu Hause oder nur 5 Tage und jedes Wochenende zu Hause oder zwei Wochenende zu Hause und zwei bei einer Gastfamilie.

⁷⁵ Pilot Familiensupport in der Stadt Bern (Familiensupport Brünnen) sowie auch Projekt BJW Bürgerliches Jugendwohnheim.

J. Kindeswohl im Platzierungsprozess

Die letzte Frage unseres Interviewleitfadens betraf das Kindeswohl, und zwar dessen Bedeutung, Verständnis und allfällige Kriterien zu dessen Bestimmung. Unter Kindeswohl wurden die körperliche und geistige Unversehrtheit, eine gute Entwicklung des Kindes, die Befriedigung der altersgemässen Bedürfnisse auf allen Stufen, die Förderung spezifischer Neigungen sowie eine angemessene Partizipation in der Familie und der Umwelt genannt. Vorrangig ist dabei der Erhalt der Einheit der Familie, die mittels professionellen und ambulanten Unterstützungsmöglichkeiten so lange als möglich beibehalten werden und auch bei einer Platzierung wieder das mittelfristige Ziel darstellen soll. In Bezug auf die Abklärung, in welcher verschiedene Aspekte seitens des Kindes und der Familie beurteilt werden, wurde festgestellt, dass das Kindeswohl einen sehr hohen Stellenwert hat, aber dass es in der Praxis eine Herausforderung sein kann, den Fokus auf das Kind und dessen Interessen zu behalten, und sich nicht durch die Probleme der Eltern ablenken zu lassen.

Die Interviewpartner im Kanton Bern wiesen auf die umfassenden deutschsprachigen Leitfäden von LÄTSCH et al.⁷⁶ und BIESEL et al.⁷⁷ hin, welche die einzelnen Kriterien zur Bestimmung des Kindeswohls genau aufschlüsseln. Es wurde seitens eines KESB-Mitglieds aber auch vermerkt, dass diese Abklärungsinstrumente zwar hilfreich, jedoch für eine Anwendung in der Praxis auch sehr komplex seien.

1.2.3. Schlussfolgerungen Kanton Bern / *Conclusions canton de Berne*

Generell ist festzustellen, dass die Anhörung des Kindes auf kantonaler Ebene ganzheitlich angedacht worden ist. So wurden Leitlinien⁷⁸ zur Anhörung erarbeitet, sowie in den Jahren 2014 und 2015 eine interne interdisziplinäre Fachgruppe aus Mitgliedern mit hohem Erfahrungsschatz in der Gesprächsführung und Anhörung mit Kindern und Jugendlichen ins Leben gerufen, die bei komplexen Kindesanhörungen zur Beratung und/oder Durchführung der Anhörung zugezogen werden kann. Es war aber zum Zeitpunkt der Gespräche fraglich, inwieweit gerade diese Coachfunktion im Sinne einer Unterstützung noch umgesetzt wird, und welche Bedeutung die Leitlinien in Zukunft haben würden. Eine kurze Nachfrage anfangs März 2017 bei einer der im Sommer 2016 befragten KESB ergab, dass die internen Leitlinien zur Kindesanhörung weiterhin befolgt werden und wo nötig das Coaching durch die Fachperson einer anderen KESB in Anspruch genommen wird.

Das interne Beratungskonzept des EKS⁷⁹ der Stadt Bern soll in Zukunft für eine einheitlichere Praxis zwischen freiwilliger Beratung, Abklärung und Beistandschaft sorgen. Die Angleichung der Praxis der Fachpersonen zur Sicherstellung der Partizipation wurde als notwendig erachtet, dies unter Beibehaltung der methodischen Freiheit. Gleichzeitig scheint in Bezug auf die Partizipation eine Diskrepanz zu den ländlichen kommunalen Sozialdiensten und regionalen Sozialdiensten zu bestehen. Ein Grund scheint im Übrigen auch darin zu liegen, dass z.T. gerade kommunale Sozialdienste sehr wenige Fallabklärungen im Bereich Kinderschutz zu tätigen haben und somit

⁷⁶ LÄTSCH et al.

⁷⁷ BIESEL et al.

⁷⁸ Interne Leitlinien der KESB des Kantons Bern zur Kindesanhörung im Sinne des rechtlichen Gehörs. Siehe unter Punkt 1.2.2, A, Fussnote 72.

⁷⁹ Siehe hierzu Kapitel IV, Punkt 1.2.1, C, b).

keine Fachkompetenz aufgebaut werden kann. Diesbezüglich sind regional organisierte Sozialdienste im Vorteil. Eine engere Zusammenarbeit zwischen den Städten Biel, Bern und Thun scheint bereits zu bestehen, und die kleineren Dienste wenden sich bei Fragen an diese. Es stellte sich die Frage, ob durch den verstärkten Austausch zwischen den Sozialdiensten, durch übergreifende Coaching-Möglichkeiten und Weiterbildungen auch die kommunalen und regionalen Sozialdienste im Bereich Partizipation gefördert werden könnten⁸⁰.

Auf der konkreten Ebene der Anhörung ist zu vermerken, dass die befragten KESB zunächst immer eine Abklärung in Auftrag geben und gestützt auf den resultierenden Bericht anschliessend eine Anhörung durchführen (ausser bei sehr kleinen Kindern). Es stellt sich hier die Frage, inwieweit der Kindeswille sich bereits aus diesem Abklärungsbericht ergibt. Das von einem KESB-Mitglied beschriebene prozesshafte Vorgehen bei den Anhörungen und die anschliessende Betreuung durch die KESB auch nach dem Entscheid, solange noch eine Ausgestaltung notwendig ist, scheint eine interessante Praxis darzustellen. Dieses weitergehende Rollenverständnis der KESB hat eine über die Anhörung hinausgehende Mitwirkung des Kindes zur Folge.

Die Frage der Übersetzung des Entscheids in eine kindgerechte Sprache (auf welche Weise, durch wen, Vor- und Nachteile) scheint ein wichtiges Thema zu sein, das noch z.T. geklärt werden sollte. Diese wesentliche Frage könnte auf kantonaler Ebene angegangen werden.

Dans le canton de Berne, le droit de l'enfant d'être entendu s'inscrit dans une démarche globale. Les autorités cantonales de protection de l'enfant et de l'adulte ont ainsi élaboré des lignes directrices⁸¹ relatives à l'audition des enfants et mis sur pied en 2014 et 2015 un groupe interne interdisciplinaire composé de membres très expérimentés dans la conduite d'entretiens et dans l'audition des enfants et adolescents, groupe qui peut intervenir pour conseiller les professionnelles ou réaliser lui-même les auditions lorsque celles-ci s'avèrent complexes. Au moment où les entretiens ont été menés pour cette étude, il n'était toutefois pas certain que ce groupe ait continué à accomplir cette fonction de coaching et il était difficile de savoir quelle importance serait accordée à l'avenir aux lignes directrices. Néanmoins, l'une des APEA qui avaient été interrogées en été 2016 a indiqué en mars 2017 qu'elle continuait à observer les lignes directrices internes et qu'elle faisait appel à un spécialiste d'une autre APEA lorsque cela s'avérait nécessaire.

Le concept d'activité de conseil de l'Office de protection de l'adulte et de l'enfant⁸² de la ville de Berne (Amt für Eltern- und Kinderschutz EKS) vise à harmoniser la pratique en matière de conseil fondé sur une participation volontaire, d'instruction et de curatelle. Cet office a jugé nécessaire, dans le but de garantir la participation des enfants, d'unifier la pratique des professionnelles tout en les laissant libres dans le choix des méthodes. Une divergence semble exister, s'agissant de cette participation, avec les services sociaux des communes rurales et les services

⁸⁰ Ein Mitarbeiter des EKS hat im Rahmen einer Masterarbeit die Funktionsweisen der Sozialdienste Biel, Thun sowie eines kleineren Sozialdienstes betrachtet und mit der Funktionsweise des EKS verglichen. Die Ergebnisse seiner Arbeit werden in das EKS-Beratungskonzept und seine Umsetzung einfließen und könnten ansatzweise auch eine gewisse Förderung der analysierten Dienste in diesem Bereich bewirken. Telefonische Auskunft vom 13. März 2017 gestützt auf Nachfrage bei der Ansprechperson im EKS.

⁸¹ Lignes directrices internes des APEA du canton de Berne relatives au droit de l'enfant d'être entendu. Cf. point 1.2.2, note 72.

⁸² Cf. chapitre IV, point 1.2.1, C, b).

sociaux régionaux. Cette divergence semble notamment s'expliquer par le fait que les services sociaux des communes ont très peu d'enquêtes à mener relevant de la protection de l'enfant et qu'ils ont donc plus de peine que les services sociaux régionaux à acquérir les compétences nécessaires. Il semble qu'il existe déjà une collaboration renforcée entre les villes de Bienne, Berne et Thoune et que les services de plus petite taille s'adressent à celles-ci en cas de besoin. La question qui se pose est ainsi de savoir si l'intensification des échanges entre les services sociaux et la mise sur pied de possibilités de coaching et de formation continue suprarégionaux permettraient de renforcer aussi les compétences des services communaux et régionaux en matière de participation⁸³.

S'agissant des modalités concrètes de l'audition, les APEA interrogées commencent toujours par mandater l'office de protection ou le service social d'une enquête sociale, puis réalisent ensuite une audition en se basant sur le rapport d'enquête (sauf pour les enfants en bas âge). La question est donc de savoir jusqu'à quel point la volonté de l'enfant se dégage déjà du rapport d'enquête. La manière de procéder à l'audition de façon dynamique décrite par le membre d'une APEA et le suivi que cette autorité réalise également après la décision, dans la mesure où une concrétisation est encore nécessaire, semblent constituer une pratique intéressante. Grâce à cette compréhension élargie du rôle de l'APEA, la participation de l'enfant va au-delà de l'audition proprement dite.

L'importante question de la traduction de la décision dans un langage adapté à l'enfant (de quelle façon, par qui, avantages et inconvénients, etc.), qui semble appeler encore des éclaircissements, pourrait être abordée à l'échelon du canton.

1.3. Canton de Neuchâtel

1.3.1. Introduction

A. Bases légales cantonales

- Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise (OJN)⁸⁴
- Loi concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (LAPEA)⁸⁵
- Règlement général sur l'accueil des enfants (REGAE)⁸⁶

B. Système organisationnel et déroulement de la procédure

L'APEA peut être saisie par toute personne ou professionnel par requête écrite et sommairement motivée, voire se saisir d'office dès qu'une personne semble avoir besoin d'aide (art. 443 CC ;

⁸³ Pour son travail de master, un employé de l'EKS a relevé les méthodes des services sociaux de Bienne, de Thoune et d'un service social de plus petite taille et les a comparées à celles de l'EKS. Les résultats de cette analyse seront repris dans le concept d'activité de conseil de l'EKS et sa mise en œuvre, et pourraient aussi constituer des pistes pour les services analysés (renseignements fournis par téléphone le 13 mai 2017 par l'interlocutrice à l'EKS).

⁸⁴ Loi d'organisation judiciaire neuchâteloise (OJN) du 27 janvier 2010, RSN 161.1.

⁸⁵ Loi concernant les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (LAPEA) du 6 novembre 2012, RSN 213.32.

⁸⁶ Règlement général sur l'accueil des enfants (REGAE) du 5 décembre 2011, RSN 400.10.

art. 15 al. 1 et 2 LAPEA). Le/la président/e instruit l'affaire (art. 16 LAPEA) et mandate l'office de protection de l'enfant pour mener une enquête sociale sur la situation de l'enfant. Au terme de cette enquête et selon ses résultats, l'office de protection conclut s'il existe une menace pour le bien de l'enfant ou non, si une mesure volontaire est indiquée et possible en accord avec les parents, voire s'il y a besoin de prononcer une mesure de protection. L'APEA rend une décision et mandate l'office de protection, qui est aussi l'office placeur, de l'exécution de la mesure décidée. Dans le canton de Neuchâtel, les placements se font essentiellement dans des institutions, car l'accueil extrafamilial dans une famille d'accueil n'est que très peu développé.

C. Descriptif des acteurs dans le cadre de la législation cantonale

Dans le cadre de notre étude dans le canton de Neuchâtel, nous avons rencontré pour nos entretiens deux membres de deux APEA du canton de Neuchâtel (APEA-NE 1 et APEA-NE 2) et le chef de l'office de protection de l'enfant.

a. Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte

Dans le canton de Neuchâtel l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte (APEA) est une section du Tribunal de première instance (art. 7 OJN). Il existe trois APEA situées au sein des trois tribunaux régionaux⁸⁷. Il s'agit d'une autorité interdisciplinaire (art. 2 LAPEA) composée d'un président et de deux autres membres (art. 3 al. 1 LAPEA). La présidence est assurée par un/une juge (art.2 al. 3 LAPEA), qui désignera les deux autres membres en fonction de leurs compétences et des exigences du dossier (art. 3 al. 2 LAPEA). En effet, les membres de l'APEA doivent disposer de compétences dans le domaine médical, psychologique, social ou encore pédagogique (art. 4 LAPEA).

L'APEA est compétente notamment dans les décisions de placement à des fins d'assistance, l'institution de mesures de protection de l'enfant dans le cadre de retrait de garde et d'autorité parentale, de placement ou dans la désignation d'un curateur, ou pour statuer sur les contestations des parents en matière d'obligation d'entretien des pères et des mères⁸⁸. De plus, le/la président/e de cette autorité a des compétences de juge unique dans l'institution de mesures provisionnelles pendant la procédure (art. 11 LAPEA), et pour certaines décisions en matière de droit de la famille comme notamment l'institution d'une curatelle selon l'art. 314a^{bis} CC (art. 12 let. j LAPEA).

En cas de péril en la demeure menaçant l'enfant et lorsqu'il faut prendre des mesures d'urgence pour protéger l'enfant, mais seulement si l'APEA ne peut les prendre à temps, le service en charge de la protection des enfants et des adultes peut prendre de telles mesures (art. 34 al. 1 LAPEA). Les mesures d'urgence prises sont communiquées sans délai à l'APEA (art. 34 al. 2 LAPEA).

Le Conseil de la magistrature est l'autorité de surveillance au sens de l'art. 441 CC (art. 26 LAPEA). L'instance de recours contre les décisions de l'APEA est la Cour des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte du Tribunal cantonal (art. 43 al. 1 OJN).

⁸⁷ Tribunal régional des Montagnes et du Val-de-Ruz, Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers, Neuchâtel et Tribunal régional du Littoral et du Val-de-Travers, Boudry.

⁸⁸ <http://www.ne.ch/autorites/PJNE/tribunaux-regionaux/Pages/INST-apea2.aspx> (consulté le 4 janvier 2017)

b. Service de protection de l’adulte et de la jeunesse

Le Service de protection de l’adulte et de la jeunesse (SPAJ) au sein du Département de l’éducation et de la famille est l’organe d’exécution en matière de protection de l’enfant et est également l’autorité compétente au sens de l’ordonnance sur le placement d’enfants (OPE) (art. 3 REGAE). De plus, il soutient et conseille les structures d’accueil extrafamilial (art. 3 al. 3 REGAE). Le SPAJ comprend trois offices de protection de l’enfant⁸⁹ et le délégué à la Jeunesse⁹⁰. Toutefois, pour l’intérêt de ce travail, nous nous concentrerons seulement sur les offices de protection. Leur mission principale est de protéger les mineurs en difficulté ou en danger ce qui implique des démarches comme le signalement aux tribunaux régionaux dans les situations le nécessitant, de procéder aux enquêtes sociales lorsque les autorités le demandent, d’assumer les mandats confiés par l’autorité, de proposer, de réaliser et d’accompagner les placements en institution. Un travail social est effectué tout au long du suivi de l’enfant en se fondant sur l’intérêt supérieur de l’enfant⁹¹.

1.3.2. État des lieux et analyse

A. L’information de l’enfant

Une convocation écrite à l’audition de l’enfant est adressée aux parents pour les enfants relativement jeunes ; pour les enfants plus âgés, une lettre de convocation peut parfois leur être adressée directement. Mais il est indiqué de la part de l’APEA-NE 2 que la lettre est formulée de manière très sobre et sans adaptation à l’âge ou la situation, un modèle type étant utilisé pour toutes les convocations. La personne interviewée est bien consciente qu’une convocation individuelle serait plus adaptée, mais elle invoque la grande charge de dossiers traités par le greffe ne permettant pas une adaptation pour chaque cas. Elle s’interroge si une lettre adaptée (avec l’indication de pouvoir refuser l’audition) aurait vraiment une influence sur l’audition. L’APEA-NE 1 adresse une lettre de convocation à l’audition de l’enfant succincte mais personnalisée, sans modèle préétabli, aux parents, voire directement à l’enfant plus âgé (plutôt rare). Dans certaines situations complexes, elle adresse la convocation à l’assistant social à la place des parents. Les deux membres des APEA interviewés ne semblent pas utiliser de modèle de convocation spécialement adapté aux enfants.

En ce qui concerne l’entretien avec l’enfant, le membre de l’APEA-NE 1 prépare chaque entretien dans les grandes lignes avec une grille de questions propres à chaque entrevue, sauf en cas de dossier récurrent. Sur cette base, la discussion avec l’enfant se déroule ensuite la plus libre possible. L’enfant est informé du traitement confidentiel de ses propos et que les interlocuteurs se mettront par la suite d’accord avec lui sur ce qui sera résumé et relaté vis-à-vis de l’extérieur, des parents. Les deux APEA indiquent que l’enfant est informé, soit au début, soit à la fin de l’entretien voire deux fois, qu’il n’aura pas de décision à prendre et qu’il est entendu pour mieux comprendre et se faire une idée concrète de sa situation. Si les adolescents sont informés de manière quasi identique à un adulte sur la suite de la procédure, pour les plus petits l’information est adaptée à leur contexte concret (APEA-NE 1).

⁸⁹ Neuchâtel-est/Val-de-Ruz, Neuchâtel-ouest/Val-de-Travers et La Chaux-de-Fonds/Le Locle.

⁹⁰ Cf. <http://www.ne.ch/autorites/DEF/SPAJ/organisation/Pages/accueil.aspx> (consulté le 4 janvier 2017)

⁹¹ <http://www.ne.ch/autorites/DEF/SPAJ/organisation/Pages/OCPE.aspx> (consulté le 25 mars 2017).

Par rapport à l'information de la décision finale, les manières de faire diffèrent légèrement. Dans l'APEA-NE 2, dès l'âge de 14 ans environ, il est demandé à l'enfant s'il souhaite recevoir un exemplaire de la décision finale. Selon la personne interviewée, soit l'enfant reçoit la décision, soit il voit les effets de la décision. Dans APEA-NE 1, si la décision est prise directement après une audience, elle est directement communiquée à l'enfant. Sinon, la décision est envoyée aux parents ou, lors d'une relation conflictuelle, au curateur ou à la curatrice. Toutefois, le manque de garantie que le parent explique la décision à l'enfant a été soulevé. Le cas-échéant, ce membre d'autorité passe par l'assistant social afin que celui-ci explique la décision à l'enfant. De toute manière, selon les dires des personnes interviewées, uniquement lors de rares cas extrêmes, un curateur de représentation de l'enfant sera désigné (314a^{bis} CC), qui assistera l'enfant durant toute la procédure et sera donc aussi en charge de l'information sur la décision. Lors de l'entretien avec le membre de l'APEA-NE 2, l'idée d'une lettre expliquant la décision qui pourrait être adressée à l'enfant a été évoquée, mais rejetée. Les raisons indiquées étaient d'ordre juridique d'une part, étant donné qu'un enfant ne pourrait pas recourir contre une lettre explicative, et d'autre part de l'ordre de l'économie de procédure, comme il serait un double travail d'envoyer la lettre explicative avec la décision. L'explication de la décision par le curateur de représentation selon l'art. 314a^{bis} CC serait également une possibilité, mais n'a jamais encore été utilisée. En ce qui concerne l'explication par le curateur, ce membre d'APEA émet une réserve à l'implication du curateur social, car celui-ci devrait garder un lien de confiance avec la famille et ne pas devenir « le bras armé » de l'APEA.

B. Qui entend l'enfant?

Dans les deux APEA, les juges interviewés (juristes de formation) mènent seuls l'audition dans la majorité des cas. Un des membres d'APEA associe parfois un assesseur spécialisé quand la décision ne s'impose pas d'elle-même ou lors d'une situation particulièrement complexe, ou il indique mener l'audition en binôme. Parfois le curateur est présent lors de l'audition. L'autre personne interviewée ne fait pas appel aux assesseurs spécialisés pour l'audition, mais ils sont impliqués dans le travail sur dossier. L'audition n'est ainsi pas menée de manière interdisciplinaire⁹², mais la personne se réfère à la loi neuchâteloise qui prévoit que l'audition doit être menée par le président de l'APEA.

Les deux membres d'APEA ne délèguent que très rarement l'audition, éventuellement à un expert psychiatre dans des contextes très particuliers. Mais il est avancé qu'on s'informe régulièrement auprès des pédiatres ou pédopsychiatres afin de savoir si l'enfant peut être entendu ou non.

Lors d'un mandat d'enquête sociale adressé à l'Office de protection, l'enfant est entendu par le juge avant ou après l'enquête, sauf si l'enquête indique qu'il est préférable de ne pas le réentendre. Mais l'enfant est réentendu au moindre doute. Un des membres d'APEA interviewé (APEA-NE 2) mentionne cependant une trop grande charge de travail à l'Office de protection et a indiqué que, par conséquent, ils avaient commencé à investiguer de leur côté. Il considère, néanmoins, cette manière de procéder comme n'étant pas un bon développement.

Nous avons également adressé la question de qui se charge d'entendre l'enfant à l'Office de protection. Il en est ressorti que lors de l'enquête sociale, c'est la même personne, le même as-

⁹² Concernant l'interdisciplinarité des APEA du canton de Neuchâtel, cf. aussi RIEDER et al., p. 81 qui arrivent au même constat concernant le manque de mise en œuvre de l'art. 2 LAPEA (interdisciplinarité).

sistant social qui suit l'enfant et sa famille et qui l'entendra et le prendra en charge du début à la fin de la procédure : la continuité prime.

En ce qui concerne la formation des personnes interviewées, un des membres d'APEA (APEA-NE 1) est spécifiquement formé par rapport à l'audition de l'enfant. Il signale que la formation des assesseurs n'est cependant pas encouragée et prévue. Une réunion annuelle de réflexion sur le fonctionnement des APEA et les questions récurrentes a eu lieu quelques fois dans le canton de Neuchâtel, mais ne constitue pour l'instant pas un outil régulier. L'autre membre d'APEA (APEA-NE 2) signale le besoin d'une journée sur l'audition de l'enfant spécifiquement conçue pour les magistrats, les enjeux des formations n'étant pas identiques pour les psychologues, travailleurs sociaux ou magistrats. En même temps, la personne est de l'avis que les formations devraient déjà être accomplies avant l'entrée en fonction, étant donné que le quotidien et l'urgence ne permettent guère de suivre des formations à côté de l'activité au sein de l'APEA. Même si l'APEA ne prévoit pas de formations à l'interne, la participation à des formations externes est encouragée.

Au sein de l'Office de protection, les nouveaux collaborateurs et collaboratrices sont coachés pendant une année, et à l'interne de l'office, différents outils (supervision, intervision, colloques hebdomadaires, journée annuelle des droits de l'enfant et échanges informels) permettent un renforcement des compétences individuelles et collectives. La participation à des formations externes est encouragée.

C. Conditions-cadre des entretiens avec l'enfant

Dans l'APEA-NE 1, l'enfant est entendu dans le bureau du membre de l'APEA. Parfois le curateur assiste à l'audition, et dans des cas particuliers, un greffier ou une greffière est présent/-e en arrière pour prendre des notes. Dans l'APEA-NE 2, il est avancé que les salles actuelles n'étaient pas assez adaptées à l'enfant, et qu'il faudrait le recevoir dans une salle plus « child friendly ». Cette même personne a par contre indiqué de mettre tout en place, afin d'avoir une bonne mise en relation par la parole, c'est-à-dire une bonne connaissance du dossier, minimiser les tentatives de « noyautage » de la part des parents, et surtout bien expliquer à l'enfant les différentes étapes et son rôle pendant la procédure.

Dans le cadre de l'enquête sociale de l'Office de protection, l'enfant est entendu le plus souvent à l'Office ou chez lui, mais il est également possible qu'il soit entendu à l'école ou chez le médecin, dépendant de la situation concrète. Il est entendu en principe seul, mais il peut aussi être entendu avec la fratrie ou les parents, en fonction de la problématique de l'enfant et aussi de ce que l'enfant souhaite, donc cela peut être très variable.

D. Âge de l'enfant

Dans les deux APEA, l'audition de l'enfant a lieu dès 6 ans. En dessous de cet âge (et dans des situations délicates) l'enfant sera entendu, dans l'APEA-NE 1, par un professionnel spécialisé (assistant social, pédopsychiatre ou pédiatre) avec le membre de l'APEA. Le membre d'autorité interviewé précise à ce sujet qu'il s'agit plus d'une observation ou d'un regard médical que d'une audition par ces professionnels. Il n'entend pas les enfants en très bas âge. L'autre membre d'APEA n'entend pas d'enfants en dessous de 6 ans, et ne délègue pas non plus l'audition de ceux-ci.

Au sein de l'Office de protection, les enfants de tout âge sont entendus. La capacité de discernement est définie comme la capacité de l'enfant de comprendre de quoi il est question dans un

contexte et dans un sujet bien précis. Ce sont la maturité et le contexte de l'enfant et non pas l'âge qui sont déterminants. Entendre est compris en tant que perception des besoins de l'enfant, incluant la perception des manifestations également non orales à tout âge. Il est surtout avancé que l'importance et le défi résident non seulement dans le fait d'entendre l'enfant, mais surtout de regarder ce qui peut être fait à partir du récit de l'enfant. En outre, l'avantage de l'Office de protection de posséder une vision plus globale, en termes de complémentarité avec les juges, a été mis en avant.

E. Moment de l'implication de l'enfant

Au sein des APEA, l'enfant est entendu après les parents et plutôt à la fin de la procédure, ou même entre la dernière audience et la décision. Dans cette deuxième manière de faire, un délai est redonné aux parents après l'audition de l'enfant pour des observations. L'avantage d'entendre l'enfant à la fin de la procédure est de ne pas multiplier les auditions et de réduire le temps judiciaire pour l'enfant. Il est considéré que l'immédiateté est dans l'intérêt de l'enfant. En même temps, un inconvénient serait que l'enfant ne soit pas mis au courant de ses droits dès le début de la procédure. Idéalement, selon la personne interviewée de l'APEA-NE 2, l'enfant devrait être entendu avant la dernière audience pour que les parents puissent faire part de leurs observations en audience. Le membre de l'APEA-NE 1 distingue entre les auditions lors d'un placement organisé, où l'enfant qui est déjà en lien avec un assistant social (enquête sociale) peut être entendu en fin de procédure quand le dossier est le plus complet possible, et un placement d'urgence, où l'enfant est entendu une première fois tout de suite au début de la procédure - mais après les parents - puis encore une fois à la fin de la procédure en vue de la décision sur la mesure à prendre.

Du côté de l'Office de protection, l'enfant est entendu dans l'enquête sociale après les parents, dans une logique de renforcement des compétences parentales, sauf si c'est l'enfant qui les contacte directement. Lors de mandats à long terme, l'enfant est réentendu régulièrement afin de ré-analyser ses besoins⁹³.

F. Participation d'enfants particulièrement vulnérables

En ce qui concerne les enfants en situations de handicap, un des membres de l'APEA-NE 2 interviewé fait appel (délègue) aux professionnels qui suivent l'enfant par ex. lors de retards ou troubles autistes, car il est de l'avis que ce type d'audition nécessite des compétences spécifiques dont il ne dispose pas. Le membre de l'APEA-NE 1, qui est spécifiquement formé à l'audition, confirme entendre lui-même l'enfant dans la mesure du possible tout en adaptant l'audition, et indique que même lors de capacités limitées les enfants ont un avis et qu'il est important de le prendre en compte.

Face aux enfants migrants, des interprètes sont sollicités en cas de besoin. Néanmoins, il a été avancé par un membre d'APEA que les enfants migrants, même les mineur-e-s non accompagné-e-s (MNA), arrivaient plutôt bien à se faire entendre en maîtrisant vite le français. Du côté de l'Office de protection, les entretiens avec un/-e MNA dans le cadre de l'enquête sociale ont lieu pendant une assez longue période (6 mois à une année), temps nécessaire notamment pour établir le lien de confiance et permettre d'entendre et de comprendre réellement son histoire et ce qu'il ou elle a à dire. A l'Office de protection il y a très peu de cas d'enfants en situation de handi-

⁹³ Cf. aussi plus loin sous point I.

cap, mais ces enfants sont entendus individuellement ou si besoin avec une personne spécifiquement formée. La notion de l'évolution sert de point de repère pour entendre un enfant en situations de handicap et non pas (de manière limitative) la capacité de discernement.

G. Saisie de la volonté de l'enfant

Dans les deux autorités de protection, les membres interrogés se mettent d'accord avec l'enfant à la fin de l'audition sur ce qui est transmis à l'extérieur, aux parents. Il ne s'agira que d'un résumé des déclarations de l'enfant. Un membre a souligné la difficulté de dire à l'enfant d'une part qu'il peut tout raconter, et d'autre part de décider ensemble par la suite ce qui sera transmis aux parents, notamment lors de mauvais traitements où ils sont dans l'obligation de le signaler. Les parties confidentielles ne sont pas écrites et ne figurent pas dans le compte-rendu. Parfois, des tournures de phrases peuvent être trouvées avec l'enfant permettant de faire figurer certains éléments quand-même dans le compte-rendu.

Au sein de l'Office de protection, il a été indiqué que la parole de l'enfant ne sera jamais reproduite telle quelle dans un rapport, mais qu'elle sera objectivée dans le sens « nous pensons que pour X, il est important de... », sans la sortir de son contexte familial, social et culturel. Indépendamment du fait que l'enfant ait été entendu ou pas, le rapport social doit contenir la situation de l'enfant : les éléments peuvent donc être récoltés de manière directe auprès de l'enfant (la plupart du temps) ou bien indirectement auprès de son entourage. Selon la personne interviewée, il n'est parfois pas nécessaire de le rencontrer et de l'entendre, en fonction de la situation.

H. Impact de l'audition de l'enfant sur la décision

Le membre interrogé de l'APEA-NE 1, se réfère au Tribunal fédéral et cite comme exemple que dès 14 ans, sauf situation particulière, l'avis de l'enfant devrait être suivi concernant sa décision du lieu de vie dans une procédure de divorce. Néanmoins, même si les âges définis par le Tribunal fédéral sont souvent assez justes par rapport à la maturité, c'est la maturité qui l'emporte toutefois étant donné qu'elle diffère entre chaque enfant et en fonction des situations. Pour les enfants tout petits, la question du poids de leur parole n'est pas abordée avec eux, mais on leur indique toujours le contexte et on essaie de leur faire comprendre que leur parole est un élément important. Le membre l'APEA-NE 2 affirme que la parole de l'enfant a de toute manière du poids. Si l'âge fixe des repères, ce qui est déterminant est la capacité de discernement. Les deux APEA évoquent la nécessité que la parole soit libre, donc pas influencée par son entourage. Lors d'une décision imposée à l'enfant, par exemple par rapport à un placement lorsqu'il y a des problèmes de comportement, on lui indique que son avis est pris en compte, mais que la décision ne lui appartient pas. Etant donné que le souhait exprimé par l'enfant ne correspond pas toujours à son intérêt, le ou la juge décide sur la base de ce qu'il ou elle considère comme étant l'intérêt supérieur dans son cas. Toutefois, il a été souligné que la préservation du dialogue entre toutes les personnes constitue un élément primordial, et que l'on tente au mieux d'expliquer les raisons de la décision, notamment à l'enfant.

I. Follow-up du placement et participation

Dans le canton de Neuchâtel, l'Office de protection est le service placeur, et la surveillance des institutions relève de la compétence du Service des institutions pour adultes et mineurs⁹⁴. La

⁹⁴ Dans le canton de Neuchâtel, la législation, dont la Loi sur l'aide financière aux établissements spécialisés pour enfants et adolescents du canton (LESEA), ne contient pour l'instant pas d'indications concernant la sur-

communication se fait directement entre l'institution et l'Office de protection. Une spécificité du canton est que l'accueil extrafamilial dans une famille d'accueil n'est que très peu développé, mais en accord avec le plan législatif 2013-17 ce placement dans une famille d'accueil est en voie de densification.

Du côté de l'Office de protection, il a été affirmé que l'enfant est entendu et réentendu tout au long de l'accompagnement, afin de ré-analyser ses besoins. La personne interviewée s'est référée à l'ordonnance fédérale sur le placement qui demande d'associer l'enfant à tout moment du placement et confirme procéder selon ces règles. Elle a également invoqué les standards Quality4Children ainsi que le guide pédagogique neuchâtelois PRISMA⁹⁵ à l'usage des services placeurs et des institutions. Ce dernier outil, dans lequel les 18 standards Quality4Children sont repris un à un avec des rubriques questions et évaluation, est réparti en trois domaines, avant, pendant et après le placement. Il prévoit que l'enfant soit réentendu et ses besoins réévalués durant tout le placement. Nous n'avons par contre pas obtenu d'informations concrètes sur la participation ou l'association de l'enfant au sein des institutions de placement. Il est ressorti de l'entretien, que l'information sur la situation de l'enfant dans l'institution est communiquée à l'autorité de protection dans un rapport biennal, dans le cadre de la curatelle qui a le mandat d'accompagner le placement. Sinon, lors de situations préoccupantes, des rapports intermédiaires sont établis. Ces rapports permettent de vérifier si le focus est bien mis sur l'enfant et par conséquent une réflexion doit automatiquement porter dessus. La personne interviewée au sein de l'Office de protection ne trouvait pas qu'il fallait rendre ces rapports plus régulièrement, par exemple de manière annuelle, mais qu'il fallait garder une notion de suivi au sein de l'office et être attentif aux signaux d'alerte.

J. L'intérêt supérieur de l'enfant dans le processus de placement

L'intérêt supérieur de l'enfant, notamment sa compréhension et sa détermination était le dernier élément de notre questionnaire.

Si les deux interlocuteurs des APEA étaient unanimes qu'il s'agissait là du grand principe qui conduisait l'activité d'une autorité de protection de l'enfant, tous deux soulevaient des questions quant à sa détermination dans la procédure/le processus de placement. D'un côté, le maintien du lien avec les parents est considéré comme un but majeur de l'intérêt supérieur de l'enfant. Un membre de l'APEA-NE 1 opte notamment pour le dialogue afin d'atteindre l'intérêt supérieur et essaie de privilégier une solution de négociation avec les parents afin de se mettre d'accord sur des conditions minimales sous lesquelles l'enfant devraient pouvoir grandir (sauf dans des cas de violences ou d'abus). L'autre membre d'APEA estime difficile de garantir les meilleures conditions d'hygiène, de sécurité matérielle adéquate et de sécurité affective tout en gardant une bonne relation avec les parents et sans rapport de force. Cette personne entend qu'il faut parfois pondérer les divers intérêts et accepter d'en sacrifier certains. Un élément primordial de l'intérêt supérieur de l'enfant est néanmoins la clarté, que l'enfant soit au courant de la procédure, du

veillance des institutions, raison pour laquelle ce rôle est effectué de fait par le service mentionné. Le projet de la Loi sur l'enfance et de la jeunesse en cours d'élaboration est censé circonscrire de manière spécifique cette mission de la surveillance. Information obtenue auprès du Service des institutions pour adultes et mineurs, le 6 avril 2017.

⁹⁵ Guide support à l'entretien d'écoute PRISMA. Outil d'analyse du processus de placement des enfants et adolescents hors du milieu familial. Réalisé en 2015 par l'Association Neuchâteloise des Directeurs d'Institutions d'Education et élaboré par le groupe cantonal « Quality4Children ».

« quand-quoi-comment » et qu'il sache également que la mesure prise n'est pas « gravée dans du marbre », mais qu'elle est temporaire et qu'elle peut être adaptée et modifiée.

Du côté de l'Office de protection, l'intérêt supérieur de l'enfant est vu comme un moyen d'atteindre l'intérêt global de la famille. Le respect des liens et de l'intérêt de la famille est à considérer, et même si l'intérêt de la famille et l'intérêt supérieur de l'enfant s'opposent parfois durant une période, notamment lors d'un placement sans accord des parents, le but sera qu'ils redeviennent complémentaires à moyen terme.

1.3.3. Conclusions canton de Neuchâtel / *Schlussfolgerungen Kanton Neuenburg*

De cet état des lieux à travers nos entretiens dans le canton de Neuchâtel, les constats suivants peuvent être tirés :

D'une part, les autorités judiciaires qui font office d'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ne mènent généralement pas d'audition en composition interdisciplinaire. La raison de cette pratique peut résider dans les bases légales cantonales, comme soulevé par un membre d'APEA. Toutefois, l'échange interdisciplinaire sur le dossier ne semble pas primer, pas non plus forcément en dehors de l'audition elle-même. Les souhaits d'une plus grande réflexion commune entre les membres de l'autorité de protection sur leur fonctionnement et des questions récurrentes, par exemple à travers un échange annuel (qui existait déjà au préalable), ou une formation spécifique des magistrats (par exemple sur l'audition de l'enfant) ont été évoqués. En même temps, certaines APEA semblent, suite à un engorgement de l'Office de protection, quelques fois mener elles-mêmes des enquêtes de terrain sur la situation de l'enfant, à défaut d'une enquête sociale dans un temps raisonnable. Ceci semble absorber encore plus de ressources dans un rythme apparemment déjà très dense qui ne permet guère de formations continues en cours d'emploi.

Un élément préoccupant par rapport à l'information de l'enfant qui est ressorti des discussions est le manque de garantie que la décision soit expliquée à l'enfant. Comme un des membres d'autorité le disait de manière succincte, soit l'enfant reçoit la décision (ce qui est rarement le cas), soit il fait l'expérience des effets de la décision lors du placement. Différentes mesures, comme l'utilisation d'une lettre explicative adressée à l'enfant, l'explication par le curateur de représentation (art. 314a^{bis} CC) ou le curateur (art. 308 CC) ont été abordées. Cette question mériterait d'être approfondie entre les autorités de protection.

Du côté de l'Office de protection, son fonctionnement a été décrit en misant sur les compétences, échanges et formations continues des collaborateurs et collaboratrices, sans l'utilisation de canevas ou d'autres outils formels. L'Office de protection se voit en complémentarité avec les APEA à travers son écoute de l'enfant et de ses besoins ainsi que de son entourage. En ce qui concerne la participation de l'enfant au-delà de la décision de placement, au sein de l'institution, l'outil PRISMA⁹⁶ semble constituer une bonne base afin de guider les institutions (et les offices) dans l'association régulière de l'enfant à toutes les démarches à entreprendre. La mise en œuvre effective de cet outil n'a cependant pas pu être vérifiée.

⁹⁶ Cf. Chapitre IV, Canton de Neuchâtel, point 1.3.2, I.

Anhand der Bestandesaufnahme, die wir bei unseren Gesprächen im Kanton Neuenburg gemacht haben, kann Folgendes festgestellt werden:

Die Gerichtsbehörden, die als Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde fungieren, führen grundsätzlich keine Anhörungen in interdisziplinärer Zusammensetzung durch. Wie ein KESB-Mitglied bemerkte, ist der Grund für diese Praxis möglicherweise in den kantonalen Gesetzesgrundlagen zu finden. Jedenfalls scheint dem interdisziplinären Austausch kein Vorrang eingeräumt zu werden, auch ausserhalb der Anhörungen nicht. Es wurde erwähnt, dass der Wunsch nach einem grösseren gemeinsamen Gedankenaustausch der KESB-Mitglieder über ihre Arbeitsweise und die wiederkehrenden Fragen besteht, zum Beispiel anlässlich eines jährlichen Austauschs (den es früher einmal gegeben hatte) oder einer spezifischen Weiterbildung der Richter (z. B. zur Anhörung des Kindes). Gleichzeitig scheinen einige KESB manchmal, wenn das kantonale Kinderschutzamt überlastet ist, selbst Abklärungen zur Situation des Kindes vor Ort durchzuführen, wenn eine Sozialabklärung innerhalb angemessener Zeit nicht möglich ist. Dies scheint noch mehr Ressourcen zu verschlingen, und dies bei einem offensichtlich sowieso schon sehr gedrängten Arbeitsprogramm, das kaum Zeit für Weiterbildungen lässt.

Als besorgniserregendes Element hinsichtlich der Information des Kindes ging aus den Diskussionen hervor, dass nicht gewährleistet ist, dass dem Kind der Entscheid erklärt wird. Oder wie ein Behördenmitglied es prägnant formulierte: Das Kind erhält entweder den Entscheid (was nur selten der Fall ist) oder es erlebt die Auswirkungen des Entscheids durch die Fremdplatzierung. Verschiedene Massnahmen, wie ein an das Kind gerichteter erklärender Brief, die Erläuterung durch die Rechtsvertretung (Art. 314a^{bis} ZGB) bzw. durch den Beistand (Art. 308 ZGB) wurden angesprochen. Es wäre sinnvoll, wenn die verschiedenen KESB diese Frage untereinander erörtern würden.

In Bezug auf die Arbeitsweise des Kinderschutzamtes wurde festgehalten, dass auf Know-how, Austausch und Weiterbildung der Mitarbeitenden gesetzt wird, Vorlagen oder andere formelle Hilfsmittel werden keine eingesetzt. Das Kinderschutzamt sieht sich als Ergänzung zu den KESB, weil es das Kind und seine Bedürfnisse sowie sein Umfeld anhört. Was die Partizipation des Kindes über den Entscheid einer Fremdplatzierung hinaus, in der Einrichtung, in der es untergebracht wird, betrifft, so scheint der Leitfaden PRISMA⁹⁷ den Institutionen (und Ämtern) gute Dienste zu leisten hinsichtlich des Einbezugs des Kindes bei den weiteren zu unternehmenden Schritten. Wie dieses Hilfsmittel PRISMA wirklich angewendet wird, konnte allerdings nicht überprüft werden.

⁹⁷ Vgl. Kapitel IV, Kanton Neuenburg, Punkt 1.3.2, I.

1.4. Canton de Fribourg

1.4.1. Introduction

A. Bases légales cantonales

Les bases légales fribourgeoises pertinentes pour notre étude sont les suivantes :

- Loi sur l'enfance et la jeunesse (LEJ)⁹⁸
- Règlement sur l'enfance et la jeunesse (REJ)⁹⁹
- Loi concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (LPEA)¹⁰⁰
- Loi sur la justice (LJ)¹⁰¹
- Ordonnance concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (OPEA)¹⁰²

B. Système organisationnel et déroulement de la procédure

Selon le droit fédéral, toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide (art. 443 al. 1 CC). La personne qui, dans l'exercice d'une fonction officielle, a connaissance du cas d'une personne semblant avoir besoin d'aide a l'obligation d'aviser l'autorité de protection (art. 443 al. 2 CC). L'ordonnance concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (OPEA) précise que dans le canton de Fribourg, les professionnels de la santé peuvent aviser l'autorité de protection du cas d'une personne semblant avoir besoin d'aide, sans se faire délier du secret professionnel.

Après avoir été saisi par un signalement, les justices de paix, qui sont les APEA, peuvent ordonner des enquêtes sociales en mandatant le Service de l'enfance et de la jeunesse (SEJ). S'il ressort du rapport de l'enquête sociale du SEJ que le développement corporel, intellectuel et moral de l'enfant n'est pas assez protégé dans le milieu où il se trouve, la justice de paix peut retirer le droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant aux parents. Dans ce cas, elle ordonne un placement de l'enfant et mandate le SEJ pour l'organiser.

C. Descriptif des acteurs dans le cadre de la législation cantonale

Dans le cadre de notre étude, nous avons mené des entretiens dans le canton de Fribourg avec trois membres travaillant au sein de deux APEA (APEA-FR 1 et APEA-FR 2) ainsi qu'avec le responsable du SEJ, une collaboratrice et deux intervenantes de ce service.

a. Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte

La justice de paix est l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte. Le canton est divisé en sept justices de paix, qui correspondent aux districts administratifs. L'organisation et la composition de cette autorité de protection sont régies par la loi sur la justice (art. 2 LPEA).

Le juge de paix doit soit être titulaire du brevet d'avocat, soit titulaire d'une licence ou d'un master en droit, selon l'art. 10 LJ. Les autres membres sont élus et désignés en fonction des cas à régler

⁹⁸ Loi sur l'enfance et la jeunesse (LEJ) du 12 mai 2006, RSF 835.5.

⁹⁹ Règlement sur l'enfance et la jeunesse (REJ) du 17 mars 2009, RSF 835.51.

¹⁰⁰ Loi concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (LPEA) du 15 juin 2012, RSF 212.5.1.

¹⁰¹ Loi sur la justice (LJ) du 31 mai 2010, RSF 130.1.

¹⁰² Ordonnance concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (OPEA) du 18 décembre 2012, RSF 212.5.11.

et des compétences attestées, notamment en travail social, en psychologie et pédagogie, dans le domaine de la santé, etc. (art. 2 al. 2 LPEA). L'autorité de protection de l'enfant est compétente pour prendre toutes les mesures de protection pour l'enfant, notamment le retrait du droit de déterminer le lieu de résidence ou le retrait de l'autorité parentale, le placement ou l'institution d'une curatelle.

Le ou la président/e est par ailleurs compétent/e pour prendre seul-e des mesures provisionnelles nécessaires pour la durée de la procédure et pour les exécuter (art. 4 LPEA). Ses tâches en matière de protection de l'enfant sont reprises et détaillées à l'art. 4 al. 2 LPEA. Le ou la président/e de l'APEA peut déléguer certaines tâches aux membres de l'autorité, notamment la surveillance sur l'exécution des placements et des mesures qu'elle a ordonnés (art. 22 LPEA).

Le Conseil de la magistrature exerce la fonction de surveillance sur l'autorité de protection (art. 7 LPEA), et le Tribunal cantonal est l'instance de recours contre les décisions rendues par l'APEA ou par son/sa président/e (art. 8 LPEA).

b. Service de l'enfance et de la jeunesse

Le SEJ est régi par la loi sur l'enfance et la jeunesse et est un service rattaché à la Direction de la santé et des affaires sociales (DSAS). Il s'agit du service cantonal spécialisé, chargé de la mise en œuvre de la politique en faveur de l'enfance et de la jeunesse et de la protection de l'enfance. Ce service est composé de six secteurs, soit le secteur administratif, de l'action sociale directe (SASD), des milieux d'accueil (SMA), l'INTAKE (permanence, enquêtes sociales), le centre de consultation (LAVI) et le délégué à la jeunesse.

1.4.2. État des lieux et analyse

A. L'information de l'enfant

Dans l'APEA-FR 1 une invitation type est adressée personnellement à l'enfant à partir de 6 ans avec un rendez-vous fixé ainsi que les coordonnées de l'APEA pour que l'enfant puisse la joindre en cas de questions. A cette invitation est jointe la brochure d'information d'UNICEF Suisse et du Marie Meierhofer Institut für das Kind (MMI)¹⁰³ adaptée à l'âge. L'enfant a la possibilité de demander une autre date ou de décliner l'invitation en contactant la personne par écrit ou par téléphone. La réaction à la convocation est positive car la quasi-totalité des entretiens est acceptée. Dans l'APEA-FR 2, l'enfant ne reçoit pas de courrier lui-même. Une lettre type est envoyée aux parents ou, dans des situations d'urgence, le membre d'APEA se rend à domicile afin d'avertir les parents qu'il souhaite entendre l'enfant. La personne interviewée est de l'avis que les courriers sont en règle générale filtrés par les parents. En présence d'un curateur, c'est à ce dernier qu'il incombera de préparer l'enfant à l'entretien.

Au sein du SEJ, c'est le curateur nommé qui va gérer l'invitation à un entretien, selon son planning et sa méthode de travail. Une personne responsable du service INTAKE interviewée a indiqué envoyer systématiquement une lettre personnelle à l'enfant, adaptée à l'âge et à la problématique avec copie aux parents. Sont annexés à la lettre les brochures d'UNICEF également, ainsi qu'un numéro de contact. Il n'est cependant pas mentionné dans la lettre que l'enfant a la possibilité de refuser de venir. L'autre personne interviewée au sein du SEJ qui travaille comme

¹⁰³ Cf. également sous chapitre 1.2 Canton de Berne, point 1.2.2, A.

curateur est très souvent déjà en contact avec l'enfant. Elle n'envoie de manière générale qu'une lettre aux parents, sauf dans le cas d'adolescents proche de l'âge de la majorité.

Dans les deux APEA, l'audition de l'enfant démarre par une partie formelle de présentation, d'explication de la procédure et des droits de l'enfant et d'information concernant le compte-rendu de l'entretien et ses destinataires, et sur ce qui pourra rester confidentiel. Au sein du service INTAKE du SEJ, l'entretien se base sur un canevas établi selon la méthode ALFÖLDI¹⁰⁴.

À la fin de l'audition au sein de l'APEA, après avoir résumé l'entretien à l'enfant, celui-ci est mis au courant que ses parents seront entendus prochainement par le ou la juge de paix, ou qu'ils ont déjà été entendus et la suite de la procédure lui est expliquée. Dans l'APEA-FR 2, la suite de la mission est confiée à un intervenant social ou à un curateur, qui sont considérés jouer un rôle pivot pour la suite en faveur de l'enfant. Ce curateur aura donc la tâche d'un grand travail de coordination entre le grand nombre d'intervenants autour de l'enfant¹⁰⁵.

En ce qui concerne l'information de l'enfant de la décision finale, la pratique diffère entre les deux APEA : alors que la décision finale n'est pas transmise à l'enfant avant l'âge de 14 ans dans l'APEA-FR 1, une lettre résumant et expliquant la décision prise est envoyée à l'enfant à tout âge ; dans l'APEA-FR 2 la décision n'est pas communiquée à l'enfant (sauf lors d'un placement à des fins d'assistance). L'APEA-FR 1 indique également à l'enfant qu'il peut reprendre contact en cas de questions, une proposition à laquelle il n'y a que très peu de retours en réalité.

Le SEJ a réagi, au vu des différences entre les APEA du canton de Fribourg par rapport à l'information de l'enfant sur la décision prise. Il a inclus dans les rapports à l'intention des APEA la proposition que le service INTAKE, qui a mené l'enquête sociale auparavant, se mette à disposition pour expliquer la décision à l'enfant. C'est de cette manière que les responsables du SEJ entendent harmoniser dans le canton la pratique d'informer l'enfant de la décision. Au moment de notre enquête de terrain en 2016, il n'y a cependant pas encore eu de réaction à cette proposition¹⁰⁶.

B. Qui entend l'enfant ?

L'enfant est en règle générale entendu par un membre de l'APEA. Toutefois, dans des cas particuliers, l'audition peut également être menée par des assesseurs spécialisés, comme des psychologues, voire déléguée à un-e pédopsychiatre dans les cas extrêmement délicats. Un membre d'autorité a exprimé sa préférence pour une audition de l'enfant par l'APEA avec l'argument que de cette manière « la source la plus limpide » serait recueillie, car toute autre personne constituerait déjà un filtre. Ceci concerne néanmoins les enfants à partir d'un certain âge (6 ans), les plus jeunes étant entendus par le service INTAKE.

Du côté du SEJ, il a été indiqué que la pratique des APEA était très variable : certaines autorités entendent l'enfant elles-mêmes, d'autres délèguent au préalable à l'INTAKE pour évaluation, et les troisièmes entendent l'enfant d'abord avant d'établir un mandat d'enquête. Au sein du SEJ,

¹⁰⁴ Cf. ALFÖLDI. Il y a quelques années, une formation interne sur cette méthode d'évaluation a été donnée par M. Alföldi au sein du SEJ.

¹⁰⁵ En Gruyère, des conférences de coordination ont été mises en place en 2015/2016 et des protocoles adaptés afin de favoriser la coordination entre le curateur, l'école, les services auxiliaires, médecins, police etc.

¹⁰⁶ En date du 10 mars 2017, suite à notre demande, les informations suivantes ont pu être obtenues auprès du SEJ : Entretemps, un juge du tribunal civil a formellement répondu en les remerciant pour la proposition et en précisant qu'il allait lui-même expliquer sa décision aux enfants. Sinon, il n'y a pas eu d'autres réactions à la proposition.

les enfants sont entendus par les intervenant-e-s du service INTAKE. Certaines justices de paix suivent les propositions des intervenant-e-s sans parfois avoir entendu l'enfant elles-mêmes. L'avis de l'enfant est reporté dans le cadre du rapport de l'enquête sociale et ainsi transmis à l'autorité. Ces rapports sont revus et acceptés par le chef de secteur du SEJ. La plateforme interne prévue¹⁰⁷ pourra ensuite avoir un rôle opérationnel de validation de processus de placements et de coordination.

En ce qui concerne la formation, de nombreux juges de paix ont suivi, aux dires de nos interlocuteurs, une formation en audition de l'enfant de quelques jours et suivent une formation continue avec jeux de rôle notamment. Il a été soulevé cependant que la formation à l'audition restait facultative. Le temps investi dans une formation continue doit par ailleurs être rattrapé dans le travail quotidien, ce qu'a regretté un membre d'APEA. A côté des formations, l'accent a en outre été mis sur l'importance de la sensibilité, de l'expérience et du « feeling ».

Au sein du SEJ, les personnes sont encouragées de suivre, selon leur formation initiale, des formations spécifiques sur l'audition, par exemple à l'Université de Fribourg. Ces formations ne sont pas obligatoires, ce qui est regretté par certains. A l'interne du service, des formations sur le travail de l'évaluation en protection de l'enfant d'ALFÖLDI sont proposés et au moment de notre enquête, il était prévu d'offrir une formation interne sur l'audition de l'enfant au service entier.

C. Conditions-cadre des entretiens avec l'enfant

Dans l'APEA-FR 1 l'enfant est entendu dans une salle de l'APEA, et il a été souligné par les interlocuteurs qu'il était très important d'être à l'aise en tant qu'auditeur pour que l'enfant le puisse être à son tour. Donc, en tout premier lieu il s'agit de détendre l'atmosphère et d'avoir une accroche avec l'enfant. La durée de l'entretien est d'environ 20 minutes. Les auditions ne sont pas multipliées en principe, car l'enfant risque sinon d'être amené « à devenir ce qu'il vit », c'est-à-dire être réduit en quelque sorte à ce qu'il a vécu ou subi, aux dires de nos interlocuteurs/-trices. Même si un curateur de représentation peut être nommé, celui-ci n'assiste pas à l'audition de l'enfant. Il n'y a pas eu de demandes de la part de l'enfant d'avoir une personne d'un sexe spécifique pour l'audition.

Le membre interrogé de l'APEA-FR 2 a indiqué avoir de très bons résultats avec l'audition de l'enfant à l'école, étant donné qu'il s'agissait d'un milieu sécurisé, familial et sans influence des parents. La collaboration avec le responsable de l'établissement scolaire, qui est la personne de contact de l'APEA, permet la mise en place de l'audition à l'école. Les enfants peuvent également être entendus à la maison, ou dès la 5^{ème} Harmos à la justice de paix (APEA). En ce qui concerne la technique de mise en confiance de l'enfant, des éléments similaires ont été communiqués (accroche, vocabulaire adapté, etc.). Un greffier est également présent à l'audition et prend le procès-verbal formalisé.

Au sein du SEJ, les entretiens avec les enfants se déroulent généralement dans des salles spécifiquement prévues dans les locaux du SEJ et se font entre l'intervenant-e et l'enfant. Les enfants plus petits sont aussi vus chez eux à domicile, même si la devise au sein du SEJ est d'éviter le plus possible d'entendre l'enfant à domicile et que la personne était consciente que de voir un enfant à domicile comportait un risque de biais. Mais elle a relevé la difficulté de faire venir les petits au SEJ. En cas de manipulation grossière de l'enfant, l'enfant peut être entendu à l'école et les parents mis au courant de l'entretien avec l'enfant par la suite.

¹⁰⁷ Cf. point K.

À notre question si l'enfant pouvait choisir s'il souhaitait être entendu par une femme ou un homme, il a été indiqué que de manière générale il n'y avait pas de mesures spécifiques prises par rapport au sexe de la personne en charge de l'audition.

Les avis des intervenant-e-s interviewé-e-s étaient divergents par rapport à la question de savoir si les salles du SEJ étaient suffisamment adaptées aux enfants (child-friendly): du côté du service menant l'enquête, le souhait a été exprimé de pouvoir disposer de fonds afin de mieux décorer et adapter les salles pour les enfants. De l'autre côté, la personne qui était souvent en charge de curatelles ne voyait pas de besoin de mieux adapter les salles, puisque le lien était déjà établi avec l'enfant. La personne du domaine INTAKE indiquait par ailleurs suivre un canevas interne de l'audition avec les différentes étapes de technique de l'audition.

D. Âge de l'enfant

La limite d'âge pour entendre un enfant est de 6 ans dans les deux APEA. En dessous, l'enfant peut être entendu dans le cadre d'une fratrie, notamment si l'enfant ou les parents le demandent, pour autant que cela reste dans l'intérêt de l'enfant. Une personne interviewée a toutefois relevé que c'est la maturité de l'enfant qui est déterminante et que même des enfants plus jeunes pourraient être entendus s'ils s'expriment déjà correctement et s'ils sont à l'aise (par ex. un enfant de 4 ans).

Au sein du SEJ il n'y a pas d'âge minimal dans le cadre de mandats de protection, selon le responsable du SEJ, et l'enfant est automatiquement entendu. Le service d'enquête du SEJ entend les enfants de manière plus formelle dès 6 ans et avec les plus jeunes, cela se passe plutôt sous forme de jeux et d'observation. L'expression non-verbale est également considérée comme très importante.

E. Moment de l'implication de l'enfant

Par rapport à la question à quel moment de la procédure l'enfant est entendu, et s'il est entendu avant ou après les parents, ici encore les avis divergent : le membre d'une APEA indique suivre son intuition afin de savoir s'il entend d'abord les parents ou l'enfant. Toutefois il préfère généralement d'abord entendre les parents afin de comprendre ce qu'ils ont mis en place avant d'établir une mesure. Il souligne que beaucoup d'informations sont normalement déjà disponibles auparavant, comme il y a déjà une histoire de mesures. Dans l'autre APEA l'enfant est toujours entendu très tôt dans la procédure, après l'ouverture du dossier et avant les parents. L'avantage de cette dernière manière de procéder est d'avoir le ressenti et les sentiments de l'enfant avant ceux des parents. Cette deuxième APEA a également indiqué réentendre l'enfant au moment de la levée de la mesure par l'APEA. Ceci semble constituer une pratique très appréciée par les jeunes qui leur permet de tourner symboliquement la page.

Le moment de la participation au sein du SEJ est, dans le cas d'un mandat, influencé par le rythme de l'APEA. L'urgence de la situation est également un élément important pour déterminer si l'enfant est entendu plus ou moins tôt dès que le SEJ est saisi. Selon nos interlocuteurs/-trices, l'objectif du SEJ est de toute manière de rencontrer l'enfant le plus tôt possible dès réception du mandat de l'autorité. Dans des cas sans mandat où les gens s'adressent directement au SEJ, l'enfant est entendu très rapidement.

F. Participation d'enfants particulièrement vulnérables

En ce qui concerne l'enfant en situation de migration, tant les APEA que les interlocuteurs/-trices du SEJ ont confirmé que cela ne constitue pas de difficulté spécifique, car d'une part les enfants

maîtrisent souvent rapidement la langue et sinon, le cas échéant, il y avait la possibilité de faire appel à des interprètes de Caritas. Quant aux enfants en situations de handicap ils sont entendus de manière adaptée sans précaution particulière. Souvent le lien est facilement créé et les enfants sont mis à l'aise et répondent très spontanément, selon l'expérience d'une des APEA. Au sein du SEJ, l'aide des éducateurs est parfois sollicité lorsque l'enfant est placé. Si la situation de vulnérabilité pour cause de handicap ne semble pas soulever de difficultés pour l'audition et la participation au sein des APEA et du SEJ, des questionnements ont par contre été formulés quant à savoir si ces enfants étaient réellement entendus par les institutions ou par l'école (spécialisée) lorsque l'audition/la participation n'avait pas été confiée au SEJ.

G. Saisie de la volonté de l'enfant

Dans les deux APEA, à la fin de l'audition, l'entretien est résumé à l'enfant pour être sûr de bien comprendre ce que l'enfant a voulu transmettre.

Dans l'APEA-FR 2, un procès-verbal est établi, ou bien pour les enfants plus jeunes une synthèse des déclarations avec des propos moins structurés. Le membre d'autorité indique toujours faire signer ce résumé à l'enfant, permettant ainsi à l'enfant de valider en quelque sorte ce qu'il a dit. En ce qui concerne le traitement d'informations que l'enfant souhaite garder confidentielles, celles-ci sont synthétisées dans une note confidentielle. Nous avons en outre été rendus attentifs à « l'art de la rédaction » qui permet quand même d'intégrer certains éléments dans le procès-verbal.

Les membres de l'APEA-FR 1 prennent des notes personnelles contenant le récit exact de l'audition. Suite à l'audition de l'enfant, soit cette autorité de protection rédige un courrier à l'intention des parents, soit elle informe les parents au début de leur audition des éléments qui sont ressortis de l'entretien avec leur enfant. Par ailleurs, en ce qui concerne le contenu du procès-verbal, ces membres d'autorité ont indiqué également saisir les observations d'expressions non-verbales de l'enfant, tout en restant proches et conscients de leurs compétences (non psychologues)

Au SEJ, un procès-verbal de l'entretien fait parti du rapport de l'enquête sociale sous la rubrique « point de vue de l'enfant ». Ce procès-verbal est envoyé aux parents, ou à l'attention unique du juge si l'enfant ne veut pas le transmettre aux parents. Dans ce dernier cas, un document spécifique est établi pour les parents expliquant que l'enfant ne veut rien transmettre. L'enfant est informé de ce qui est fait de son avis.

H. Impact de l'audition de l'enfant sur la décision

Il est ressorti de tous les entretiens, APEA et SEJ, que la parole de l'enfant a une grande valeur, mais qu'il faut être transparent avec l'enfant par rapport à qui prend la décision (l'autorité de protection) et ne pas lui faire porter de responsabilité. Les trois facteurs déterminants de l'impact de l'audition de l'enfant sur la décision sont les suivants : la maturité en lien avec sa capacité de discernement (et non pas l'âge), l'absence d'un discours pré-appris (ou influencé par les parents ou proches) et que la décision retenue sera celle qui protégera le mieux l'enfant (priorité de sa protection). Les personnes interviewées dans le canton de Fribourg n'ont donc pas fait d'indications d'âge par rapport à l'impact de la parole de l'enfant.

I. Follow-up du placement et participation

Pendant la durée du placement de l'enfant, le rapport annuel du curateur de sa prise en charge de l'enfant est envoyé à l'APEA/justice de paix. Cependant il semble exister des problèmes

d'uniformisation des pratiques sur le terrain par rapport aux demandes diverses des juges de paix qui ont l'habitude de travailler de manières assez individuelles. Au sein du SEJ, il a été confirmé qu'une discussion était en cours avec les justices de paix sur l'amélioration des rapports.

Lors d'un remplacement l'enfant est réentendu en règle générale par le curateur, sauf en présence d'une situation particulière ou de doutes de la part de l'APEA, selon les dires de nos interlocuteurs/-trices d'une des APEA.

Les rapports des institutions démontrent, selon ces mêmes personnes, une implication évidente des enfants. Ces rapports sont très détaillés et contiennent des informations sur l'intégration de l'enfant et sa relation avec la famille. Il en est déduit que les enfants sont impliqués dans le processus de placement.

Du côté du SEJ, il y a un sentiment, par ailleurs, que la phase du suivi et de la fin du placement se soit déplacée vers l'institution, même si c'est normal que celle-ci prenne une grande place dans la vie de l'enfant. Le SEJ se questionne comment il pourrait regagner une plus grande influence sur la fin du placement, aussi par soucis d'égalité, d'équité et afin de pouvoir libérer les places au bon moment.

Une interrogation qui a été soulevée concerne les placements dits volontaires, avec l'accord des parents : dans cette constellation, les auditions de l'enfant ne semblent pas du tout systématiquement avoir lieu, et une validation par l'APEA n'est que très rarement prévue.

J. L'intérêt supérieur de l'enfant dans le processus de placement

La dernière question de notre questionnaire concernait l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment sa compréhension et sa détermination.

L'intérêt supérieur est, aux dires des personnes interrogés au sein des APEA et du service de la jeunesse, le cœur du travail et c'est autour de cela que l'instruction et la décision doivent être construites (APEA) respectivement il s'agit du guide de leur travail (SPJ). Le développement harmonieux et adéquat de l'enfant tant au niveau physique que psychique est la priorité. L'importance de sa sécurité, de sa considération comme un être humain à part entière ainsi que le respect de ses particularités ont été soulignés. L'intérêt supérieur de l'enfant devrait guider les personnes responsables dans le choix des mesures, notamment du placement, à viser un avenir optimal pour l'enfant au vu des conditions existantes, selon des interlocuteurs/-trices au sein du SEJ, même si toutefois l'évaluation de cet avenir peut être délicate. Il a en outre été soulevé que l'intérêt supérieur ne correspond pas forcément à la volonté de l'enfant.

Du côté de la direction du SEJ, on nous a par ailleurs fait part de réflexions autour des outils à utiliser pour la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant. Une prise de conscience des divers cadres de références et un croisement des compétences internes en vue d'une harmonisation au sein du SEJ est en cours. Nonobstant les compétences existantes et une pratique jugée globalement bonne dans l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant au sein du SEJ, certains déplorent le manque d'outils concrets, d'une check-list ou d'un canevas, pour le déterminer. Un soutien dans ce sens afin de faciliter et sécuriser la tâche devrait être fourni par la direction.

K. Développement au sein du SEJ

Toujours du côté du SEJ, au moment de notre entretien, un travail a été mis en place pour une centralisation du processus de placement de manière générale (pas seulement concernant audition). Ceci dans le sens où un placement n'est plus seulement organisé par un intervenant, avec

une chaîne d'accords et de signatures, mais avec un suivi et un contrôle plus intensifs, une meilleure préparation au placement et des processus qui amènent à la fin d'un placement. Ces éléments s'inspirent des standards des Quality4Children¹⁰⁸, tel que la CDAS le demande par ailleurs et de l'outil d'analyse PRISMA de l'Association neuchâteloise des directeurs d'institutions d'éducation¹⁰⁹. Suite à une année de réflexion, une plateforme interne était alors en train d'être mise en place afin de changer les placements jusqu'alors organisés sans regard formel et systématique, en un processus avec des critères stables (canevas, etc.). Cette plateforme interne regroupe les adjoint-e-s aux chef-f-es de service et les chef-f-es de secteur, qui l'ont préparée avec les intervenant-e-s. Le canevas ne portera pas seulement sur l'audition de l'enfant, mais sur toutes les phases du placement. Et, dans ce contexte, il y aura ainsi un contrôle lors des différentes étapes pour savoir si l'enfant a bien été auditionné, par qui, dans quelles conditions, etc. Les objectifs de la plateforme seront notamment d'évaluer les demandes de placement, de trier et prioriser les demandes, de décharger les IPE dans le processus d'indication, de collecter des données statistiques. De plus, elle permettra d'établir un travail de coordination entre l'offre et la demande et aussi d'objectivation et d'harmonisation, afin de garantir une plus grande égalité des chances des enfants par rapport au placement dans une institution et d'éviter ainsi que des enfants ne soient privilégiés (népotisme)¹¹⁰. La plateforme, qui permettra d'avoir une vue d'ensemble du et des placements entre formellement en vigueur au 1^{er} avril 2017¹¹¹ et un formulaire de placement a été établi couvrant l'ensemble du processus depuis l'évaluation sociale jusqu'à la fin du placement. Par ailleurs, un groupe de travail interne traitant du droit de l'enfant d'être entendu, au sens large et global de l'activité du SEJ, donc dans toute intervention des intervenants du service, est également en cours afin d'affiner les « outils » à disposition de chaque intervenant dans son secteur d'activité, et notamment dans la procédure de placement¹¹².

1.4.3. Conclusions canton de Fribourg / *Schlussfolgerungen Kanton Freiburg*

Il ressort de ce qui précède qu'une réflexion globale sur le processus de placement est en cours dans le canton de Fribourg au sein du SEJ où une quête de formalisation et d'uniformité est à l'ordre de jour. La question qui se pose est quelle influence cela aura sur les APEA et leur manière de travailler, car comme le démontrent les informations recueillies sur l'audition de l'enfant, les pratiques, notamment celles entre les deux APEA interrogées, sont assez divergentes sur plusieurs points. Les APEA semblent travailler de manière indépendante et il n'existe pas de lignes directrices communes. Les attentes vis-à-vis du SEJ qui déploie son action au niveau cantonal sont ainsi très différentes. Des échanges sont néanmoins en cours entre le SEJ et les APEA, notamment sur l'amélioration des rapports des curateurs et une proposition portant sur l'information de l'enfant au sujet de la décision a été formulée à l'attention des APEA.

Deux points particuliers pourraient être mis en avant, par ailleurs : d'une part le fait qu'une des APEA du canton de Fribourg entende toujours l'enfant d'abord et très tôt dans la procédure, avec les avantages mentionnés ci-dessus - cette APEA est en effet la seule dans notre enquête à pro-

¹⁰⁸ Cf. chapitre II, point 3.

¹⁰⁹ Cf. chapitre IV, point 1.3, I.

¹¹⁰ L'exemple suivant a été mentionné : dans le cas de deux enfants à placer dans un foyer qui leur correspond, en fonction notamment de l'âge et de la problématique, mais en présence d'une seule place, il s'agira de déterminer de manière objective lequel des deux enfants sera placé en premier.

¹¹¹ Information obtenue auprès du SEJ par e-mail en date du 13 mars 2017.

¹¹² Idem.

céder de cette manière. D'autre part, concernant les conditions de l'audition : ici, il serait intéressant d'approfondir les questions où et dans quelles conditions l'enfant est auditionné ou entendu au mieux, et quel endroit lui procure la sensation de sécurité et de confiance afin de pouvoir parler le plus librement possible. La divergence d'avis est grande à cet égard dans le canton de Fribourg.

Enfin, lors du follow-up du placement, la participation semble avoir lieu selon les rapports des institutions témoignant de l'implication de l'enfant. Néanmoins, il paraît qu'une clarification des rôles par rapport au suivi et la fin du placement devrait être abordée entre les institutions et le SEJ, toujours dans le sens d'une égalité de traitement et d'une uniformisation.

Aus den bisherigen Ausführungen geht hervor, dass im Kanton Freiburg beim Jugendamt (JA) umfassende Überlegungen in Bezug auf den Fremdplatzierungsprozess im Gange sind, mit welchen eine Formalisierung und Vereinheitlichung angestrebt wird. Es stellt sich die Frage, welchen Einfluss dies auf die KESB und ihre Arbeitsweise haben wird, denn wie die gesammelten Daten zur Anhörung des Kindes zeigen, sind die Praktiken, vor allem diejenigen der beiden befragten KESB, in mehreren Punkten recht unterschiedlich. Die KESB scheinen unabhängig zu arbeiten und es gibt keine gemeinsamen Richtlinien. Die Erwartungen an das JA, das seine Tätigkeit auf kantonaler Ebene ausübt, sind daher sehr verschieden. Zwischen dem JA und den KESB sind jedoch Gespräche im Gange, insbesondere zur Verbesserung der Berichte der Beistände und zuhanden der KESB wurde ein Vorschlag bezüglich der Information des Kindes über den Entscheid gemacht.

Auf zwei Punkte soll an dieser Stelle noch hingewiesen werden: Zum einen, dass eine der KESB des Kantons Freiburg das Kind stets zuerst und sehr früh im Verfahren anhört, mit den Vorteilen die weiter oben beschrieben sind; in unserer Befragung war dies die einzige KESB, die so vorgeht. Der andere Punkt betrifft die Anhörungsbedingungen: Es wäre interessant, genauer zu untersuchen, wo und unter welchen Bedingungen das Kind am besten befragt oder angehört wird und welcher Ort ihm das Gefühl von Sicherheit und Vertrauen vermittelt, das es ihm erlaubt, möglichst frei zu sprechen. In dieser Hinsicht klaffen die Meinungen im Kanton Freiburg stark auseinander.

Beim Follow-up der Fremdplatzierung scheint die Partizipation des Kindes gegeben, denn die Berichte der Institutionen bezeugen den Einbezug des Kindes. Eine Rollenklärung scheint jedoch, im Sinne einer Gleichbehandlung und einer Vereinheitlichung, zwischen den Institutionen und dem JA nötig zu sein in Bezug auf die Begleitung während der Fremdplatzierung und das Ende der Fremdplatzierung.

1.5. Informations récoltées au sein de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS)

1.5.1. Introduction

Lors d'une journée d'échange sur le placement d'enfants et l'application de l'Ordonnance sur le placement d'enfants (OPE), organisée par la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS) le 29 juin 2016, un atelier a été menée par le CSDH sur le thème de

la participation de l'enfant lors du placement. Comme fil rouge de la discussion, une partie des questions posées lors des entretiens dans les cantons de Neuchâtel, Berne et Fribourg ont été abordées. Ceci a permis de récolter des informations supplémentaires sur les pratiques cantonales des participant-e-s provenant de huit cantons (VS, ZH, SZ, SO, JU BS, TG, TI) et travaillant dans divers services/autorités impliqués dans le placement¹¹³.

1.5.2. Résumé des résultats de la discussion entre expert-e-s cantonaux

A. Participation et information de l'enfant

L'importance d'informer l'enfant et de répondre à ses questions est soulevée par les participant-e-s, étant donné que le placement a des enjeux majeurs pour l'enfant.

- Explication de la décision à l'enfant par les professionnels de l'Office de protection de l'enfant (VS)
- Information de l'enfant et des parents par les APEA, sans limite d'âge, mais dépendant de la situation (BS)
- Collaboration étroite de toutes les autorités sous le même toit afin d'entendre l'enfant (SZ).
- Mise en garde devant une trop grande participation de l'enfant ; la participation doit être réfléchie et adaptée à chaque situation ce qui constitue un défi. Réflexion sur le placement en cours au niveau cantonal (BS).
- Utilisation d'un sondage anonyme pour faire participer l'enfant pendant le placement. Résultat du dernier sondage réalisé en 2014 : 13% des enfants ne connaissaient pas les raisons du placement¹¹⁴. Néanmoins, mise en garde de prendre ce résultat à la lettre, car il peut y avoir d'autres raisons pour lesquelles les enfants répondent de cette manière (envie de ne pas divulguer les raisons du placement par ex.) (VS).
- Absence fréquente de la participation de l'enfant dans la procédure (TG).
- Mise en avant de l'importance de faire participer notamment les jeunes dans la détermination de l'institution de placement, afin d'avoir leur future adhésion au placement (SZ).

B. Volonté de l'enfant

La tension entre la volonté de l'enfant et son intérêt supérieur a été discutée. A ce sujet, il a notamment été avancé que comprendre l'enfant ne signifie pas être d'accord avec lui. Ceci est la base d'une position qui permet de lui expliquer que tout en le comprenant on peut prendre une décision ou expliquer une décision qui ne correspond pas à sa volonté.

Ensuite, un autre point a été soulevé, celui de la confidentialité lors d'un placement : si l'enfant confie son avis à une personne de référence au sein de l'institution et que celle-ci rapporte de suite à l'autorité, ceci brise la confiance. Il convient ici de faire une distinction claire entre obtenir des informations de la part de l'enfant, d'une part, et offrir à l'enfant la possibilité de se confier à autrui.

¹¹³ APEA, Cour de justice, Service de la jeunesse, Office de la sécurité sociale, Service de protection de l'enfance et de la jeunesse, Service de l'action sociale, Surveillance des institutions et des familles d'accueil.

¹¹⁴ Cf. DÉPARTEMENT DE LA FORMATION ET DE LA SÉCURITÉ, SERVICE DES HAUTES ÉCOLES (SHE), Enquête de satisfaction auprès des jeunes placés en institution, mars 2015, p. 10 point 4.1. Les résultats généraux subséquents sur des thèmes comme les locaux, les repas, l'ambiance etc. qui ont été mis en relation avec la compréhension de la raison du placement démontrent par ailleurs l'importance de la compréhension de leur placement. Celle-ci augmente, comme c'est indiqué au début du rapport, leur satisfaction.

C. Follow-up du placement

Comment faire participer l'enfant une fois placé ? Ce thème a constitué la plus grande discussion de l'atelier. La discussion a tourné autour des moyens de l'enfant de se faire entendre avec ses besoins. Il en est surtout ressorti qu'il y a un manque de clarté dans la répartition des rôles entre les autorités de surveillance et les curateurs en ce qui concerne la participation de l'enfant : en effet, si l'enfant souhaite qu'une situation change, il ne sait pas toujours à qui s'adresser (« Ansprechperson »), qui aurait le pouvoir de changer la situation. La pratique des cantons FR, VD, GE et VS qui distinguent entre une section qui surveille les familles d'accueil et le curateur qui suit le placement (donc séparation au niveau des personnes responsables) semble permettre une bonne distinction des rôles. La question principale qui se pose est aussi : de quel cahier des charges la prise en compte de l'avis de l'enfant et l'action conséquente devrait idéalement faire partie, de celui du curateur ou de l'autorité de surveillance ? Le curateur qui doit établir une relation de confiance avec l'enfant et la famille ne semble pas vraiment être la bonne personne. Selon certains, la collecte de l'avis de l'enfant et la suite à y donner ferait ainsi plutôt partie de la surveillance.

1.6. Conclusions de l'enquête menée dans les cantons de Berne, Neuchâtel et Fribourg /

Schlussfolgerungen der in den Kantonen Bern, Neuenburg und Freiburg durchgeführten Erhebung

Le placement est une période de la vie de l'enfant qui est la plupart du temps précédée par d'autres mesures de protection, sauf dans le cas d'un placement d'urgence. L'enfant est souvent déjà accompagné par des personnes du domaine social notamment, qui ont connaissance de sa situation. Le but de toutes les mesures, le placement dans une institution ou une famille d'accueil inclus, est la protection de l'enfant dans l'immédiat et à moyen ou long terme, puis la réintégration de l'enfant dans sa famille d'origine, pour autant que ce soit possible. Ce qui nous a intéressé durant notre enquête est la continuité de la participation de l'enfant durant le processus de placement, depuis le moment d'un signalement de danger ou détresse jusqu'au quotidien dans l'endroit où il a été placé.

Les acteurs interviewés nous ont notamment parlé de la participation lors des placements ordonnés, même s'il s'avère selon plusieurs interlocuteurs/-trices que la majorité des placements ont lieu de manière volontaire entre la famille et le Service de protection ou un autre service/office compétent et sans validation par les autorités de protection de l'enfant. Certains de nos interlocuteurs/-trices émettaient des doutes et des questionnements sur l'implication systématique de l'enfant précisément dans ces placements volontaires. Cet aspect n'a cependant pas pu être éclairci davantage lors de notre enquête de terrain.

Une grande diversité dans la compréhension de l'audition au sein des APEA

En ce qui concerne la participation de l'enfant à la procédure de placement par l'autorité de protection de l'enfant, nous avons rencontré des compréhensions différentes au sein des APEA allant de l'audition formelle selon l'art. 314a CC à une participation plus dynamique de l'enfant. Les raisons de ces différences peuvent certes résider dans la forme des APEA, de nature judiciaire ou administrative ainsi que dans la composition interdisciplinaire. Par exemple une APEA administrative et composée de manière interdisciplinaire prévoit une participation et un accompagne-

ment de l'enfant durant une plus longue période, même après la prise de décision, jusqu'à l'aboutissement d'une situation satisfaisante pour l'enfant¹¹⁵. De surcroît, la manière de procéder à l'audition dépend de la formation spécifique des personnes, indépendamment de la forme de leur APEA et de sa composition.

Les rôles des APEA et des services de protection : entre séparation et chevauchement

La séparation des rôles entre les autorités de protection et les services de protection (ou d'autres services/offices) dans le cadre de l'enquête sur la situation est un autre thème récurrent, qui est en lien avec la charge de travail et les compétences respectives. Face à un service de protection très chargé, ou il est peu probable de recevoir dans un délai raisonnable des informations sur la situation de l'enfant, l'APEA enquêtera par exemple de son côté auprès des proches de l'enfant, comme cela a été soulevé à plusieurs reprises.

À la recherche des meilleures conditions-cadres pour l'entretien avec l'enfant

Certaines APEA et services/offices de protection se servent d'un canevas ou d'un fil rouge pour leur entretien avec l'enfant. Les auditions de l'enfant ou entretiens avec les enfants sont menés dans des endroits très variés comme les salles ou les bureaux de l'autorité ou du service, l'école, la maison, l'institution etc. Les avantages et inconvénients des différents lieux mériteraient une réflexion, surtout afin de déterminer les endroits qui ne sont véritablement pas adéquats et donc à éviter. Certains déplorent que les lieux ne soient pas ou seulement moyennement adaptés à des entretiens avec un enfant, mais indiquent faire des efforts afin de compenser cette inadéquation par des compétences en matière de technique d'audition. D'autres sont justement de l'avis qu'il ne faut pas d'adaptation afin de maintenir un caractère « d'instance de décision ».

Le moment « idéal » d'une audition et l'importance d'informer l'enfant au début de la procédure de ses droits

L'enfant est entendu par les APEA à des moments très différents de la procédure, la plupart du temps après les parents. Une seule APEA déclare systématiquement entendre l'enfant en premier et au début de la procédure. Les avantages et inconvénients de chaque manière de procéder ont été nommés, comme le raccourcissement du temps de procédure avantageux pour l'enfant par une implication en fin de procédure. Ou l'importance d'entendre d'abord les parents avec le but de comprendre les compétences parentales actuelles et travailler dans le sens de leur réhabilitation. Voire, à l'inverse, l'importance d'entendre d'abord les enfants qui permet d'avoir le ressenti et la position de l'enfant avant de rencontrer les parents. A relever toutefois qu'indépendamment du moment et de l'ordre de la participation, le plus important semble être que l'avis de l'enfant ait une influence intacte et que sa participation ne devienne pas un alibi. Si les différents arguments avancés ci-dessus peuvent paraître convaincants, il sied de regarder cette question du moment où l'enfant est entendu par l'APEA sous un angle complémentaire, celui de l'information : selon la pratique récoltée (à l'exception d'une APEA) il apparaît que l'enfant est ainsi informé relativement tard dans la procédure de sa possibilité de participation dans la procédure devant l'APEA, puisqu'il est convoqué ou invité (selon la manière de procéder) seu-

¹¹⁵ Cf. chapitre 1.2 Canton de Berne.

lement peu avant l'audition. A l'exception de l'APEA qui entend l'enfant au début de la procédure, l'enfant demeurerait-il ainsi sans connaître ses droits de participation durant la grande partie de la procédure ? L'information est un des éléments cardinaux d'une audition réussie ; dès lors, il nous semble que l'enfant devrait être informé au plus tôt, dès l'ouverture de la procédure, sur ses droits dans la procédure et notamment son audition et le poids de celle-ci. La responsabilité d'informer l'enfant sur la procédure et ses droits pourrait être attribuée à la personne qui détient la responsabilité de la procédure (Verfahrensleitung), soit un membre de l'autorité, soit une personne d'un service d'experts au sein de l'APEA. Ceci permettrait, par ailleurs, à l'enfant également de se munir éventuellement d'une représentation juridique pour la durée de la procédure.

Comment l'avis des plus jeunes enfants parvient-il à l'autorité de décision ?

Selon l'âge de l'enfant, les membres des APEA les entendent directement – généralement à partir de 6 ans comme le veut la jurisprudence du Tribunal fédéral – et pour les plus jeunes, il incombe au service de protection d'entendre l'enfant dans le cadre de l'enquête sociale. La position de l'enfant revient dans ce dernier cas à l'APEA par le moyen du rapport d'enquête sociale. Certains services de protection utilisent des modèles de rapport d'enquête sociale avec une rubrique spéciale contenant le point de vue de l'enfant, ce qui constitue à notre avis une option importante pour faire ressortir la volonté de l'enfant, ceci surtout si l'APEA n'entend plus l'enfant par la suite. Il n'a cependant pas pu être vérifié si dans ces rapports la perspective de l'enfant et sa volonté sont vraiment mises en avant ou si l'enfant est plutôt considéré comme un objet de l'évaluation.

La participation adaptée aux enfants particulièrement vulnérables

Les enfants particulièrement vulnérables comme ceux issu d'un contexte de migration ou ceux en situations de handicap semblent être entendus de manière adaptée aux dires de nos interlocuteurs/-trices, sauf dans de cas de handicaps plus graves où l'audition est déléguée. Les enfants migrants sont entendus avec le soutien d'interprètes, si besoin, mais semblent être souvent bien à même de comprendre et répondre eux-mêmes. Par contre, il a paru que les APEA ont peu d'expérience avec des enfants en situations d'handicap. Nous admettons que ceci peut être dû au fait que ces enfants sont placés en règle générale par une procédure de l'assurance invalidité.

À la recherche de données quantitatives sur la participation de l'enfant

Si d'après nos interlocuteurs/-trices, l'enfant est plutôt présent et acteur dans la procédure, néanmoins, des données quantitatives sur l'audition de l'enfant ne sont guère disponibles dans les cantons. Le canton de Fribourg innovera à ce sujet avec la plateforme envisagée par le SEJ qui permettra à l'avenir d'avoir des données par une codification du nouveau formulaire sur le placement où des rubriques chiffres pourront être utilisées à des fins statistiques.

La parole de l'enfant et son impact

L'impact de la parole de l'enfant a, dans tous nos entretiens, été associé à la maturité de l'enfant qui elle est en lien avec sa capacité de discernement. L'âge ne semble, contrairement à la jurisprudence du Tribunal fédéral, pas constituer un critère déterminant dans la pratique. En outre,

l'absence d'un discours influencé par les parents ou les proches ainsi que la priorité de la protection de l'enfant ont été indiqués comme critères importants. Les interlocuteurs/-trices se sont, en même temps, très clairement prononcés contre une trop grande responsabilisation de l'enfant par rapport à l'issue de la procédure et ont souligné qu'il fallait être très transparent avec l'enfant par rapport à qui prend la décision. Lors des discussions entre experts dans l'atelier de la conférence du 30 août 2016, il est néanmoins ressorti que l'importance accordée à l'avis de l'enfant n'était pas exposée de manière transparente dans les décisions prises par les tribunaux et que souvent l'audition de l'enfant ne servait finalement qu'à la clarification des faits.

Comment expliquer la décision à l'enfant

L'importance que l'enfant soit informé de la décision a été généralement reconnue, même si dans la mise en œuvre il y a de grandes différences. L'enquête valaisanne citée¹¹⁶ met en évidence que la compréhension des raisons du placement contribue à une meilleure intégration dans le lieu de placement. Mais cette information et l'explication ou « traduction » subséquente de la décision du placement face à l'enfant, incomberait-elle mieux à un membre de l'APEA, au service d'enquête, au curateur, au représentant juridique ou aux parents, et par quel moyen, écrit ou oral ? Les avis étant divergents, il serait intéressant d'analyser de plus près les avantages et inconvénients de chaque manière de procéder. Nous avons l'impression que l'enfant capable de discernement n'est pas systématiquement informé de la décision, ce qui serait cependant la condition pour pouvoir exercer son droit de recourir contre la décision.

Qui garantit ensuite la participation de l'enfant placé ?

En ce qui concerne la participation dans le follow-up de la décision de placement, différents acteurs ont été nommés ainsi que l'existence de rapports réguliers (semestriels, annuels ou bisannuels) censés témoigner de l'implication de l'enfant. Ce qu'il en est cependant dans la réalité n'a pas pu être vérifié lors notre enquête dans les cantons de Neuchâtel, Berne et Fribourg. Le guide PRISMA réalisé dans le canton de Neuchâtel constitue une bonne ligne directrice en faveur d'une participation régulière de l'enfant durant toutes les phases du placement. Le nouveau « Beratungskonzept » de l'Office de protection de l'enfance et de l'adulte (EKS) de la ville de Berne prévoit également de renforcer la participation de l'enfant durant tout le processus. Néanmoins, aux dires des experts participants à l'atelier CDAS¹¹⁷ sur la participation, le « qui fait quoi » semble ne pas être toujours clair, notamment entre les institutions de surveillance et les curateurs, et nécessiterait une réflexion approfondie.

La détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant

L'intérêt supérieur de l'enfant, notion fondamentale du processus de placement, est certes considéré comme primordial. Plusieurs éléments ont été énumérés en vue de la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant, comme le développement harmonieux et adéquat de l'enfant au niveau physique et psychique, l'importance de sa sécurité, de sa reconnaissance comme un être

¹¹⁶ Cf. chapitre IV, point 1.5.2, A et note de bas de page.

¹¹⁷ Cf. chapitre IV, point 1.5 Informations récoltées au sein de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS).

humain à part entière, le respect et la promotion de ses particularités et une participation adéquate de l'enfant au sein de sa famille comme dans son entourage. Le maintien prioritaire du lien avec les parents et l'objectif d'une future réintégration dans la famille lors d'un placement ont été soulevés à plusieurs reprises. De plus, nous avons constaté que les manières d'évaluer et de déterminer cet intérêt supérieur de l'enfant sont dans certains endroits inspirés de la doctrine et des outils comme des lignes directrices ou canevas élaborés pour l'évaluation, notamment, alors que d'autres mènent une réflexion sur l'élaboration de tels instruments au sein de leur service, ou déterminent l'intérêt supérieur de l'enfant par leur expérience professionnelle, leur formation ou leur vécu. Il a été constaté qu'il n'est fait référence aux instruments élaborés par LÄTSCH et al. et BIESEL et al.¹¹⁸ que dans la partie alémanique du canton de Berne, alors que, par exemple, au sein du SEJ du canton de Fribourg les personnes se sont référées à la méthode Alföldi pour l'évaluation¹¹⁹.

La nécessité et l'obligation de mettre tous les moyens à disposition pour la réalisation des droits de l'enfant

Enfin, l'on pourrait encore soulever que quelques interlocuteurs/-trices ont fait référence à une certaine tension entre les recommandations et exigences des instances internationales présentant un nombre de conditions spécifiques pour la participation de l'enfant comme des salles adaptées à l'enfant ou des formations continues d'une part et la réalité du terrain avec ses contraintes personnelles et financières d'autre part. En réponse à ce constat nous tenons à réitérer l'obligation de la Suisse et donc aussi de ses cantons de mettre à disposition tous les moyens nécessaires pour la réalisation des droits de l'enfant.

Falls es sich nicht um eine Notplatzierung handelt, gehen der Fremdplatzierung meist andere Schutzmassnahmen voraus. Das betreffende Kind wird oft bereits begleitet, meist von einer Fachperson des Sozialbereichs, die seine Situation kennt. Das Ziel aller Massnahmen, einschliesslich der Platzierung in einem Heim oder in einer Pflegefamilie, ist zunächst der sofortige und mittel- oder langfristige Schutz des Kindes, dann seine Rückplatzierung in seine Herkunftsfamilie, sofern dies möglich ist. Was uns bei unserer Untersuchung interessierte, war die Kontinuität der Partizipation des Kindes während des Platzierungsprozesses, vom Zeitpunkt der Gefährdungsmeldung an, bis in den Alltag des Ortes, wo es untergebracht wurde.

Die befragten Akteurinnen und Akteure sprachen mit uns vor allem über die Partizipation bei angeordneten Fremdplatzierungen, obschon laut mehreren Gesprächspartner/-innen die meisten Platzierungen zwischen der Familie und dem Dienst der Kinder- und Jugendhilfe (oder einem anderen zuständigen Dienst) vereinbart werden und auf freiwilliger Basis, ohne Anordnung der Kinderschutzbehörden, erfolgen. Einige unserer Gesprächspartner/-innen äusserten Zweifel und stellten den systematischen Einbezug des Kindes genau bei diesen freiwilligen Fremdplatzierungen in Frage. Dieser Aspekt konnte bei unserer Feldforschung jedoch nicht eingehender geklärt werden.

¹¹⁸ Cf. LÄTSCH et al. ; BIESEL et al.

¹¹⁹ Cf. chapitre IV, point 1.4.2, B avec références en bas de page.

Unterschiedliche Einstellung gegenüber der Anhörung bei den KESB

Die KESB haben in Bezug auf die Partizipation des Kindes am Verfahren bei einer angeordneten Fremdplatzierung unterschiedliche Auffassungen. Die Bandbreite geht von der formellen Anhörung gemäss Art. 314a ZGB bis zu einer aktiveren Beteiligung des Kindes. Die Gründe für diese Unterschiede können in der Art der KESB – gerichtliche oder Verwaltungsbehörde – sowie in deren interdisziplinären Zusammensetzung liegen. So sieht beispielsweise eine verwaltungsbehördliche und interdisziplinär zusammengesetzte KESB eine Partizipation und eine Begleitung des Kindes über eine längere Dauer – sogar über die Entscheidung hinaus – vor, bis eine für das Kind befriedigende Lösung gefunden wird¹²⁰. Zudem hängt das Vorgehen bei der Anhörung von der spezifischen Ausbildung der Befragenden ab, unabhängig von der Form und Zusammensetzung der KESB, der sie angehören.

Die Rollen der KESB und der Dienste der Kinder- und Jugendhilfe: zwischen Aufteilung und Überschneidung

Die Rollenaufteilung zwischen den KESB und den Diensten der Kinder- und Jugendhilfe (oder anderen Diensten) bei der Sachverhaltsabklärung ist ein weiteres wiederkehrendes Thema; dabei sind auch die Arbeitslast und die Fachkenntnisse der Behörden bzw. Dienste von Bedeutung. Ist der Dienst der Kinder- und Jugendhilfe sehr ausgelastet, so dass es unwahrscheinlich ist, innerhalb nützlicher Frist Informationen zur Situation des Kindes zu erhalten, so führt die KESB selbst Untersuchungen im Umfeld des Kindes durch, wie uns mehrfach berichtet wurde.

Die Suche nach besseren Rahmenbedingungen für das Gespräch mit dem Kind

Gewisse KESB und Dienste der Kinder- und Jugendhilfe verwenden beim Gespräch mit dem Kind eine Vorlage oder einen Leitfaden. Die Kindesanhörung bzw. die Gespräche mit dem Kind werden an ganz unterschiedlichen Orten geführt: in Räumen oder Büros der Behörde bzw. der Dienststelle, in der Schule, zu Hause, im Heim usw. Es wäre sinnvoll, sich mit den Vor- und Nachteilen der verschiedenen Orte auseinanderzusetzen, um insbesondere herauszufinden, welche davon wirklich ungeeignet sind und besser gemieden würden. Einige beklagten, dass die Orte für Gespräche mit einem Kind nicht oder nur beschränkt geeignet seien, sie wiesen aber darauf hin, dass sie versuchten, dies mit Fachkenntnis in der Anhörungstechnik zu kompensieren. Im Gegensatz dazu sind andere der Ansicht, dass es keine Anpassung brauche, damit der Charakter einer «Entscheidungsinstanz» erhalten bleibe.

Der «ideale» Zeitpunkt für eine Anhörung und wie wichtig es ist, das Kind zu Beginn des Verfahrens über seine Rechte aufzuklären

Das Kind wird von den KESB zu ganz unterschiedlichen Zeitpunkten im Verfahren angehört, meistens jedoch nach den Eltern. Eine einzige KESB gibt an, stets zuerst und zu Beginn des Verfahrens das Kind anzuhören. Es wurden Vor- und Nachteile der verschiedenen Vorgehensweisen genannt. So wurde beispielsweise vorgebracht, es sei für das Kind vorteilhaft, wenn es erst gegen Ende des Verfahrens einbezogen werde, weil sich dadurch für das Kind die Verfah-

¹²⁰ Vgl. Kapitel 1.3 Kanton Bern.

rensdauer verkürze. Oder es sei wichtig, erst die Eltern anzuhören, um ihre momentane Fähigkeit, für das Kind zu sorgen, feststellen und auf deren Wiederherstellung hinarbeiten zu können. Oder umgekehrt, es sei wichtig, zunächst das Kind anzuhören, um sein Befinden und seine Stellungnahme zu kennen, bevor man die Eltern trifft. Unabhängig vom Zeitpunkt und von der Reihenfolge der Partizipation scheint am wichtigsten zu sein, dass die Meinung des Kindes tatsächlich bei der Entscheidungsfindung einbezogen wird und seine Mitwirkung nicht zu einer Alibiübung wird. Diese Argumente mögen überzeugend erscheinen, die Frage nach dem Zeitpunkt, wann das Kind angehört werden soll, ist aber auch noch unter einem anderen Aspekt zu betrachten, nämlich demjenigen der Information des Kindes: Gemäss der in der Befragung erhobenen Praxis (ausser bei einer KESB) scheint das Kind erst relativ spät im Verfahren über seine Mitwirkungsmöglichkeiten im KESB-Verfahren informiert zu werden, da es erst kurz vor der Anhörung aufgeboten bzw. eingeladen (je nach Vorgehensweise) wird. Kennt das Kind – ausser im Falle der KESB, die das Kind gleich zu Beginn des Verfahrens anhört – während eines grossen Teils des Verfahrens seine Mitwirkungsrechte also nicht? Die Information ist eines der zentralen Elemente einer gelungenen Anhörung, es scheint uns daher, dass das Kind möglichst früh, gleich bei der Eröffnung des Verfahrens, über seine Mitwirkungsrechte und insbesondere über seine Anhörung und deren Bedeutung im Verfahren informiert werden müsste. Die Verantwortung für die Information des Kindes über das Verfahren und über seine Rechte könnte der Verfahrensleitung erteilt werden, also entweder einem Behördemitglied oder dem Mitglied eines Fachdienstes der KESB. So hätte das Kind im Übrigen auch die Möglichkeit, sich für die Dauer des Verfahrens allenfalls durch eine Rechtsvertretung vertreten zu lassen.

Wie erfährt die Entscheidungsinstanz die Meinung der kleineren Kinder?

Je nach Alter des Kindes wird dieses direkt von den KESB angehört – in der Regel ab sechs Jahren, was der Rechtsprechung des Bundesgerichts entspricht. Bei jüngeren Kindern ist es Aufgabe des Dienstes der Kinder- und Jugendhilfe das Kind im Rahmen der Sozialabklärung anzuhören. Im letzteren Fall erfährt die KESB im Sozialabklärungsbericht, welches die Haltung des Kindes ist. Einige Dienste der Kinder- und Jugendhilfe verwenden Vorlagen für die Sozialabklärungsberichte, die eine spezielle Rubrik für die Sichtweise des Kindes enthalten, was unserer Ansicht nach ein wichtiger Bestandteil ist, wenn es darum geht, den Kindeswillen deutlich zu machen, vor allem dann, wenn die KESB das Kind danach nicht noch selber anhört. Es konnte allerdings nicht überprüft werden, ob in diesen Berichten die Sichtweise und der Wille des Kindes tatsächlich in den Vordergrund gerückt wird oder ob das Kind vielmehr als Evaluierungsobjekt betrachtet wird.

Der angemessene Einbezug von besonders verletzlichen Kindern

Gemäss den Aussagen unserer Gesprächspartner/-innen scheinen die besonders verletzlichen Kinder – z. B. Kinder mit Migrationshintergrund oder Kinder mit Behinderung – «adressatengerecht» angehört zu werden, ausser es handelt sich um solche mit schwereren Behinderungen, in diesen Fällen wird die Anhörung delegiert. Bei der Anhörung von Kindern mit Migrationshintergrund werden bei Bedarf Dolmetscher/-innen beigezogen, allerdings scheinen die Kinder mit Migrationshintergrund oft gut imstande zu sein, die Fragen ohne Hilfe verstehen und beantworten zu können. Hingegen entstand der Eindruck, dass die KESB wenig Erfahrung mit Kindern mit Behinderung haben. Zugegebenermassen kann dies darauf zurückzuführen sein, dass diese Kinder in der Regel im Rahmen eines Verfahrens der Invalidenversicherung platziert werden.

Auf der Suche nach quantitativen Daten zur Partizipation des Kindes

Zwar ist das Kind gemäss unseren Gesprächspartner/-innen im Verfahren mehrheitlich präsent und aktiv, quantitative Daten zur Anhörung des Kindes sind in den Kantonen aber kaum verfügbar. Der Kanton Freiburg will diesbezüglich mit der neuen, vom Jugendamt geplanten Plattform Neuland betreten. Damit werden – dank dem neuen Formular zur Platzierung, bei dem Zahlenrubriken verwendet und für statistische Zwecke kodifiziert werden – in Zukunft Daten zur Verfügung stehen.

Die Aussage des Kindes und deren Einfluss

Bei allen unseren Gesprächen wurde der Einfluss der Kindesaussage von der Reife des Kindes abhängig gemacht, die ihrerseits mit seiner Urteilsfähigkeit in Zusammenhang steht. Das Alter scheint in der Praxis – anders als beim Bundesgericht – keine entscheidende Rolle zu spielen. Als wichtig wurde hingegen erachtet, dass sich das Kind frei vom Einfluss der Eltern oder anderer Angehöriger äussern kann und dass der Kinderschutz Vorrang hat. Gleichzeitig sprachen sich die Gesprächspartner/-innen klar dagegen aus, dem Kind in Bezug auf den Ausgang des Verfahrens eine allzu grosse Verantwortung zu übertragen, und sie betonten, dass man dem Kind transparent vermitteln muss, wer die Entscheidung trifft. Aus den Diskussionen der Expertinnen und Experten im Workshop der Konferenz vom 30. August 2016 ging jedoch hervor, dass in den Gerichtsentscheiden nicht klar dargestellt wird, welche Bedeutung die Meinung des Kindes hat und dass die Anhörung des Kindes oft nur zur Sachverhaltsklärung dient.

Wie den Entscheid dem Kind erklären

Es wurde allgemein anerkannt, dass es wichtig ist, das Kind über den Entscheid zu informieren, bei der Umsetzung dieser Information gibt es aber grosse Unterschiede. Die erwähnte Walliser Studie¹²¹ betont, dass die Integration am Platzierungsort besser gelingt, wenn das Kind die Gründe für die Fremdplatzierung versteht. Nun fragt sich aber, ob diese Information und die Erläuterung bzw. «Übersetzung» des Fremdplatzierungsentscheids besser von einem Mitglied der KESB, vom Abklärungsdienst, vom Beistand, von der Rechtvertreterin bzw. vom Rechtsvertreter oder von den Eltern vorgenommen werden sollte und auf welche Art sie erfolgen sollte, mündlich oder schriftlich. Da die Meinungen diesbezüglich auseinandergehen, wäre es interessant, die Vor- und Nachteile der verschiedenen Vorgehensweisen näher zu untersuchen. Wir haben den Eindruck, dass auch urteilsfähige Kinder nicht systematisch über den Entscheid informiert werden, dies wäre jedoch Voraussetzung, damit sie ihr Recht, gegen den Entscheid Beschwerde einzureichen, ausüben können.

Wer gewährleistet die Partizipation des fremdplatzierten Kindes?

In Bezug auf die Mitwirkung des Kindes beim Follow-up der Fremdplatzierung wurden mehrere Akteure genannt und darauf hingewiesen, dass regelmässig (halbjährlich, jährlich oder alle zwei Jahre) Berichte verfasst werden, die den Einbezug des Kindes belegen sollten. Wie das in der Realität aussieht, konnte bei unserer Untersuchung in den Kantonen Neuenburg, Bern und Frei-

¹²¹ Vgl. Kapitel IV, Punkt 1.5.2, A und Fussnote.

burg jedoch nicht nachgeprüft werden. Der Leitfaden PRISMA, der im Kanton Neuenburg ausgearbeitet wurde, ist eine gute Anleitung für die regelmässige Partizipation des Kindes in allen Phasen des Fremdplatzierungsprozesses. Mit dem neuen Beratungskonzept des Amtes für Erwachsenen- und Kinderschutz (EKS) der Stadt Bern soll ebenfalls die Mitwirkung des Kindes während des gesamten Prozesses verstärkt werden. Gemäss den Expertinnen und Experten, die am SODK-Workshop zum Thema der Partizipation des Kindes¹²² teilgenommen haben, scheint die Aufgabenteilung («Wer macht was») insbesondere zwischen den Aufsichtsinstanzen und den Beiständen nicht immer klar zu sein und bedürfte einer eingehenderen Auseinandersetzung.

Bestimmung des Kindeswohls

Das Kindeswohl, ein zentraler Begriff im Fremdplatzierungsprozess, wird selbstverständlich als vorrangig betrachtet. Es wurden mehrere Elemente aufgezählt, die bei der Bestimmung des Kindeswohls zu berücksichtigen sind, wie die harmonische und gesunde physische und psychische Entwicklung des Kindes, die Bedeutung seiner Sicherheit und seiner Anerkennung als eigenständiger Mensch, die Achtung und Förderung seiner besonderen Fähigkeiten sowie ein angemessenes Mitspracherecht des Kindes in seiner Familie und seinem Umfeld. Mehrmals erwähnt wurden der Erhalt der Verbindung zu den Eltern und das Ziel einer späteren Rückplatzierung in die Herkunftsfamilie bei einer Fremdplatzierung. Zudem haben wir festgestellt, dass sich die Art der Beurteilung und Bestimmung des Kindeswohls an manchen Orten nach der Rechtslehre und nach Hilfsmitteln wie Leitlinien oder Vorlagen richtet, die für die Beurteilung erarbeitet wurden, während andere darüber nachdenken, solche Instrumente für ihre Dienststelle auszuarbeiten, oder sich bei der Bestimmung des Kindeswohls auf ihre Berufserfahrung, ihre Ausbildung oder ihre Lebenserfahrung stützen. Es wurde festgestellt, dass ausschliesslich im deutschsprachigen Teil des Kantons Bern auf die von LÄTSCH et al. und BIESEL et al.¹²³ verfassten Instrumente verwiesen wurde, während sich beispielsweise die Mitarbeitenden des Jugendamts des Kantons Freiburg bei der Beurteilung eher auf Alföldi¹²⁴ berufen.

Die Notwendigkeit und die Pflicht, alle Mittel für die Verwirklichung der Rechte des Kindes zur Verfügung zu stellen

Schliesslich könnte man noch zur Sprache bringen, dass einige Gesprächspartner/-innen auf eine gewisse Diskrepanz zwischen den Empfehlungen und Anforderungen der internationalen Gremien – die hinsichtlich der Partizipation des Kindes eine Reihe ganz bestimmter Forderungen stellen, wie Weiterbildungen oder kindgerechte Räumlichkeiten – und der Realität mit ihren beschränkten personellen und finanziellen Ressourcen hinwiesen. Wir legen Wert darauf, erneut auf die Pflicht der Schweiz – und damit auch der Kantone – hinzuweisen, alle Mittel, die zur Verwirklichung der Kinderrechte erforderlich sind, zur Verfügung zu stellen.

¹²² Vgl. Kapitel IV, Punkt 1.5 Informations récoltées au sein de la Conférence des directrices et directeurs cantonaux des affaires sociales (CDAS).

¹²³ Vgl. LÄTSCH et al.; BIESEL et al.

¹²⁴ Vgl. Kapitel IV, Punkt 1.4.2, B einschliesslich der Verweise in der Fussnote.

1.7. Recommendations / *Empfehlungen*

A cet endroit, nous avons distingué entre d'une part des recommandations sur des thématiques pour lesquelles un travail scientifique pourrait apporter des réflexions utiles à la pratique (recommandations à l'attention de la recherche) et des recommandations qui s'adressent directement aux cantons et aux praticiens et praticiennes cantonaux.

Wir unterscheiden hier zwischen den Empfehlungen an die Forschung, die Themen betreffen, deren wissenschaftliche Aufarbeitung nützliche Überlegungen für die Praxis ergeben könnten, und den Empfehlungen, die sich direkt an die Kantone und die kantonalen in der Praxis tätigen Fachleute richten.

1.7.1. Recommendations à l'attention de la recherche / *Empfehlungen an die Forschung*

- Analyser les voies de communication par lesquelles l'enfant reçoit des informations au sujet de son placement ainsi que la façon dont ses informations et explications sont perçues par l'enfant.
- Analyser la mise en œuvre du droit de l'enfant d'être entendu (art. 12 CDE) lors des placements volontaires, c'est-à-dire les placements avec l'accord des parents détenteurs du droit de déterminer le lieu de résidence de l'enfant, sans mesure ordonnée par l'APEA.
- Analyser la manière dont est prise en compte la volonté exprimée par l'enfant dans les rapports d'enquête sociale établis dans le cadre des procédures de placement devant les APEA (prise en compte de la perspective de l'enfant *versus* l'enfant comme objet de l'évaluation).
- Analyser les divers modes d'audition en procédure sous l'angle du droit procédural et sous l'angle de l'impact psychologique sur l'enfant.
- Analyser la question de la confidentialité des dires de l'enfant (confidentialité *versus* maintien du danger pour le bien de l'enfant).

- Untersuchen der Kommunikationswege, über die das Kind die Informationen zu seiner Fremdplatzierung erhält, sowie der Art, wie diese Informationen und Erklärungen vom Kind aufgenommen werden.
- Untersuchen der Umsetzung des Rechts des Kindes auf Anhörung (Art. 12 KRK) bei den freiwilligen, nicht von der KESB angeordneten Platzierungen, also bei den Platzierungen, die mit dem Einverständnis der sorgeberechtigten Eltern erfolgen.
- Untersuchen, auf welche Art in den Sozialabklärungsberichten, die im Rahmen von KESB-Platzierungsverfahren erstellt werden, der vom Kind ausgedrückte Wille berücksichtigt wird («Berücksichtigung der Sicht des Kindes» versus «das Kind als Objekt der Evaluation»).
- Untersuchen der verschiedenen Arten der im Verfahren durchgeführten Anhörung unter dem Blickpunkt des Verfahrensrechts und der psychologischen Wirkung auf das Kind.

- Untersuchen der Fragen der Vertraulichkeit der kindlichen Aussagen (Vertraulichkeit versus Gefährdung des Kindeswohls).

1.7.2. Recommandations à l'attention des cantons / *Empfehlungen an die Kantone*

- Favoriser une pratique de participation de l'enfant tout au long de la procédure et du processus de placement au lieu d'une seule audition formelle.
- Assurer l'information systématique de l'enfant tout au long du processus de placement au sujet du déroulement de la procédure et du processus ainsi que de ses droits (notamment droit à l'audition, droit de l'enfant capable de discernement de mandater une représentation juridique, voies de recours de l'enfant capable de discernement).
- Assurer l'information systématique de l'enfant sur le contenu de toute décision de l'autorité relative au placement, instaurant, modifiant la mesure ou mettant fin à la mesure. Elaborer des lignes directrices harmonisées y relatives.
- Favoriser l'échange et la collaboration entre les acteurs à l'intérieur d'un canton par rapport à la participation de l'enfant dans le sens de l'art. 12 CDE.
- Favoriser le développement et l'harmonisation de la pratique en matière de participation de l'enfant au niveau cantonal, par exemple à travers l'utilisation d'outils et de standards communs (tenant compte de tous les aspects de la participation).
- Rendre visibles et accessibles (diffusion, traduction) les bonnes pratiques, outils et standards en matière de participation de l'enfant.
- Mettre sur pied des formations spécialisées sur l'audition et sur l'application de l'art. 12 CDE dans toutes les régions de la Suisse.
- Favoriser et encourager l'accès à de telles formations pour toutes les autorités et tous les services chargés d'entendre l'enfant.
- Elaborer des lignes directrices harmonisées pour l'évaluation en situations individuelles et la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant.
- Diffuser des outils d'évaluation de la mise en danger du bien de l'enfant existants au niveau national¹²⁵.
- Mettre à disposition des services de protection des mineurs et des autorités de protection de l'enfant des ressources suffisantes (personnel, temps, localités adaptées aux besoins des enfants) pour pouvoir assurer la participation de l'enfant dans le processus de placement d'une manière adéquate.
- Récouter des données au sujet de l'audition et de la participation de l'enfant.

- Vorgehensweisen fördern, die das Kind während des gesamten Platzierungsverfahrens und -prozesses einbeziehen, anstelle einer einzelnen formellen Anhörung.

¹²⁵ Cf. par ex. LÄTSCH et al. ; BIESEL et al.

- Sicherstellen, dass das Kind regelmässig während des ganzen Platzierungsprozesses über den Ablauf des Platzierungsverfahrens und -prozesses sowie über seine Rechte (insbesondere das Recht auf Anhörung und beim urteilsfähigen Kind das Recht, jemanden mit seiner Rechtsvertretung zu beauftragen und Rechtsmittel zu ergreifen) aufgeklärt wird.
- Sicherstellen, dass das Kind systematisch über den Inhalt aller behördlichen Entscheide, welche die Platzierung betreffen, die Anordnung, Änderung oder Beendigung der Massnahme, informiert wird. Diesbezüglich einheitliche Richtlinien ausarbeiten.
- In Bezug auf die Partizipation des Kindes im Sinne von Art. 12 KRK den Austausch und die Zusammenarbeit zwischen den Akteuren innerhalb eines Kantons fördern.
- In Bezug auf die Partizipation des Kindes die Entwicklung und Vereinheitlichung der Praxis auf kantonaler Ebene fördern, zum Beispiel durch die Verwendung von Hilfsmitteln und gemeinsamen Standards (die alle Aspekte der Partizipation berücksichtigen).
- Die «Best Practices», Hilfsmittel und Standards im Bereich der Partizipation des Kindes bekannt und zugänglich machen (Verbreitung, Übersetzung).
- Spezifische Ausbildungen über die Anhörung und die Umsetzung von Art. 12 KRK in allen Regionen der Schweiz anbieten.
- Den Zugang und den Besuch dieser Ausbildungen bei allen Behörden und Dienststellen fördern, die mit der Anhörung von Kindern beauftragt sind.
- Einheitliche Leitlinien für die Beurteilung der Situation eines Kindes und die Bestimmung des Kindeswohls ausarbeiten.
- Bestehende Hilfsmittel zur Beurteilung der Gefährdung des Kindeswohls¹²⁶ auf nationaler Ebene bekannt machen.
- Den Diensten der Kinder- und Jugendhilfe und den Kinderschutzbehörden genügend Ressourcen zur Verfügung stellen (Personal, Zeit, kindgerechte Räumlichkeiten) um die Mitwirkung des Kindes im Platzierungsprozess in angemessener Weise sicherstellen zu können.
- Daten zum Thema der Anhörung und der Partizipation des Kindes sammeln.

2. Pratiques cantonales en droit des étrangers

2.1. Remarques liminaires et méthodologie

En date du 12 mai 2016, un questionnaire traduit dans les trois langues officielles et comportant une quinzaine de questions a été envoyé à tous les services cantonaux de migration.

Il avait pour but de déterminer si les cantons entendent les enfants dans le cadre d'une procédure de renvoi à l'étranger de l'un des parents (« question de base »). Cas échéant, il s'agissait de savoir comment, c'est-à-dire sous quelle forme l'enfant est entendu (par qui ? sur quels élé-

¹²⁶ Vgl. z. B. LÄTSCH et al.; BIESEL et al.

ments son opinion est requise ? quel poids est donné à son avis ? sur quels points l'enfant est informé ?). Dans le cas contraire, à savoir lorsque l'enfant n'est pas entendu, il convenait de savoir pourquoi et s'il était envisagé de revoir cette pratique à l'avenir.

Enfin, plusieurs questions étaient adressées quelle que soit la réponse à la « question de base ». Il s'agissait en particulier de savoir si, selon les autorités cantonales, l'intérêt de l'enfant coïncide nécessairement avec celui du parent renvoyé et à quels textes légaux ou à quelles lignes directrices, les autorités se réfèrent dans leur pratique.

Pour une meilleure compréhension, les questions sont systématiquement retranscrites dans un encadré. Les réponses sont le plus souvent retranscrites telles qu'elles apparaissent dans le questionnaire. Lorsque cela est nécessaire, elles sont traduites et paraphrasées. Si elles ne sont pas regroupées par thèmes, les réponses sont présentées dans l'ordre alphabétique des cantons.

Tous les cantons ont répondu favorablement à l'invitation de remplir le questionnaire. Deux cantons n'ont toutefois pas répondu aux questions, mais ont expliqué pourquoi (AR et SO) et un canton, tout en remplissant le questionnaire, a précisé qu'il n'avait pas de pratique sur ces questions (AI). Appenzell Rhodes-Extérieures, n'a pas eu à exécuter de renvois qui auraient concernés des enfants. Les autorités précisent que si la situation devait se présenter, les enfants concernés seraient entendus. Les autorités du canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures, quant à elles, expliquent également qu'un tel cas ne s'est jamais présenté dans leur canton. Le questionnaire a tout de même été rempli sur les aspects généraux. Enfin, le canton de Soleure a également indiqué ne pas pouvoir répondre au questionnaire, dans la mesure où les réponses possibles ne permettent pas de tenir compte de manière appropriée des circonstances de l'unique cas auquel ils ont eu affaire. En l'occurrence, l'enfant avait déjà été entendu dans le cadre d'une procédure civile lors de l'attribution de l'autorité parentale. Notons ici que l'on peut s'interroger sur la pertinence de l'audition en procédure civile pour une affaire subséquente de renvoi d'un parent. En même temps, pour le bien de l'enfant, il peut aussi être judicieux de ne pas l'entendre à de multiples reprises.

Les résultats sont présentés de la manière suivante : on verra dans un premier temps quels cantons entendent ou n'entendent pas les enfants (réponse à la « question de base », cf. point 2.2.1 ci-dessous), puis, de manière plus détaillée, la pratique et les motivations des cantons qui n'entendent pas l'enfant (cf. point 2.2.2 ci-dessous) avant de se pencher sur la pratique de ceux qui entendent, toujours ou parfois, l'enfant (cf. point 2.2.3 ci-dessous). Les questions générales adressées à tous les cantons, quelle que soit leur pratique, seront analysées séparément (cf. point 2.2.4). Enfin, une brève synthèse intermédiaire des résultats sera présentée (cf. point 2.3) avant de brèves recommandations (cf. point 2.4).

2.2. Résultats du questionnaire

2.2.1. Sur la pratique d'entendre l'enfant

La première question, ou « question de base », était la suivante :

« Avant de rendre une décision de renvoi, votre institution saisit-elle l'avis de l'enfant (ou des enfants) de la personne concernée ? »

A cette question, près de la moitié des cantons ont répondu par la négative, une autre petite moitié a répondu parfois et une minorité a répondu positivement :

- 2 cantons ont répondu « oui » [BL ; ZH],
- 13 cantons ont répondu « non » [AI ; AG ; GE ; LU ; NE ; OW ; SG ; SZ ; TI ; TG ; UR ; VD ; ZG] et
- 9 cantons ont répondu « parfois » [BE ; BS ; FR ; GL ; GR ; JU ; NW ; SH ; VS].

Sur les 24 questionnaires retournés par les cantons, on peut donc constater qu’à peine plus de la moitié des cantons (13) n’entend pas les enfants dans ce type de procédure, alors que près de l’autre moitié (11 au total) entend toujours ou parfois les enfants. On peut également constater que les réponses se répartissent de manière équilibrée entre les différentes régions linguistiques du pays.

2.2.2. Sur la pratique et les motivations des cantons qui n’entendent pas l’enfant

La question principale adressée aux cantons qui n’entendent pas les enfants (AI ; AG ; GE ; LU ; NE ; OW ; SG ; SZ ; TI ; TG ; UR ; VD ; ZG) est celle de savoir pourquoi (question ouverte).

« Pourquoi votre institution n’entend-elle pas, dans le cadre d’une audition, le ou les enfant(s) concerné(s) ? »

Les réponses recueillies peuvent être classés en 6 catégories. Chaque catégorie est détaillée en présentant les réponses fournies :

- Les cantons n’ont pas eu de cas concret :
 - pas eu de cas de ce genre (familles rarement renvoyées) [AI] ;
 - la décision de renvoi se prend à un plus haut niveau et le service des migrations n’est chargé que du renvoi. Il serait toutefois très souhaitable que l’enfant soit pris en compte lors de la décision [OW] ;
 - dans la pratique, presque pas eu de cas présentant une telle constellation. Si un tel cas devait survenir, un examen de la question serait fait selon la LEtr et l’OASA [UR] ;
- Les enfants sont représentés par les parents :
 - parce que les enfants sont, en règle générale, représentés par leur parents et que ceux-ci ont, dans le cadre du droit d’être entendu, la possibilité de faire valoir la situation des enfants et de la famille en général [AG] ;
 - l’autorité se base sur les déclarations (généralement écrites) du ou des parents, éventuellement d’autres membres de la famille, voire selon les cas sur les rapports du service de protection des mineurs lorsqu’il vérifie si la décision de renvoi est compatible avec l’art. 8 CEDH et 3 CDE. Il est extrêmement rare qu’un courrier signé par un enfant soit versé à la procédure par le parent concerné ou que ce dernier sollicite l’audition de son/ses enfants. Les demandes d’audition seront plutôt adressées aux autorités judiciaires en cas de recours mais cela reste rare [GE].
 - les enfants ont un représentant légal (parent) qui agit en leur nom et défend leurs intérêts [NE] ;
 - parce que la norme en vigueur ne prévoit pas une telle obligation. Dans le cadre de la mesure d’éloignement, le parent est entendu [TI] ;
 - l’enfant a un droit de séjour dérivé du parent. La personne renvoyée peut s’exprimer lors de la procédure dans le cadre du droit d’être entendu [TG] ;

– Il convient d'effectuer une pesée des intérêts :

- lors d'une procédure de renvoi d'un parent, prise en compte de l'entier du dossier et notamment les liens familiaux avec les enfants. Il y a une pesée d'intérêt qui se fait entre les intérêts privés de la personne concernée par le renvoi (et bien entendu les liens avec ses enfants sont des éléments très importants) et l'intérêt public de l'éloignement [VD] ;
- les parents sont représentés par un avocat, les intérêts sont garantis par l'avocat des parents, la Convention des droits de l'enfant a le plus souvent un caractère programmatique, le bien de l'enfant est pris en compte lors de la pesée des intérêts au sens de l'art. 8 al. 2 [CEDH] [SG]. Précisons ici que si la Convention des droits de l'enfant contient effectivement des normes que l'on peut qualifier de programmatiques, ce n'est précisément pas le cas des garanties de procédures ;

– L'audition est sans influence : l'audition de l'enfant n'a, en règle générale, pas d'impact déterminant sur la décision de renvoi [ZG]¹²⁷.

– Il s'agit du renvoi de toute la famille (enfants mineurs) [LU]

– Pas de réponse : SZ

Suite à la question principale permettant de développer pourquoi l'avis des enfants n'est pas saisi, la question suivante tendait à savoir si, à l'avenir, la pratique de l'institution concernée par rapport à l'audition des enfants serait modifiée ou resterait la même.

« A l'avenir, quelle sera la pratique de votre institution par rapport à l'audition des enfants ? »

11 cantons ont répondu qu'aucun changement de pratique n'était prévu. Seuls Uri et Zoug estiment qu'il est envisageable d'entendre les enfants à l'avenir. Il leur était dès lors demandé de quelle manière ils envisageraient d'entendre les enfants. Sur cette précision demandée, la réponse diffère entre les deux cantons : Uri mentionne une enquête ou le droit d'être entendu, alors que Zoug précise que dans des situations spécifiques, les enfants et le parent qui a la charge seront entendus.

2.2.3. Sur la pratique et les motivations des cantons qui *entendent, toujours ou parfois*, les enfants

La première question adressée aux 11 cantons qui entendent toujours ou parfois les enfants (toujours : BL ; ZH / parfois : BE ; BS ; FR ; GL ; GR ; JU ; NW ; SH ; VS) consistait à savoir de quelle manière l'avis de l'enfant est-il pris en compte.

« De quelle manière prenez-vous en compte l'avis de l'enfant (plusieurs réponses possibles)? »

Les autorités avaient la possibilité de cocher plusieurs réponses parmi les 5 options présentées et la majorité des cantons a indiqué différentes manières de faire : audition orale de l'enfant ; prise de position écrite par l'enfant ; audition d'un ou des parent(s) sur l'avis de l'enfant ; prise de position écrite par le ou les parent(s) ; autres.

- 8 cantons procèdent à une audition orale de l'enfant [BE ; BL ; BS ; FR ; GL ; GR ; JU ; NW] ;
- 3 cantons tiennent compte de l'avis de l'enfant au travers d'une prise de position écrite de l'enfant [BE ; NW ; SH] ;

¹²⁷ Notons qu'une telle affirmation est quelque peu délicate de la part d'un canton qui ne pratique précisément pas de telles auditions.

- 8 cantons auditionnent un ou les parent(s) sur l'avis de l'enfant [BE ; BL ; BS ; FR ; GL ; GR ; JU ; VS]. On peut souligner ici que le canton du Valais saisit l'avis de l'enfant uniquement au travers de l'audition des parents ;
- 7 cantons consacrent le droit d'être entendu de l'enfant au travers d'une prise de position écrite d'un ou des parents(s) [BE ; BL ; BS ; GL ; NW ; SH ; ZH]. Il convient également de noter ici que le canton de Zurich est le seul à saisir l'opinion de l'enfant uniquement au travers d'une prise de position écrite du ou des parents(s). Précisons encore que ce canton est aussi un des seuls (avec BL) à avoir répondu qu'il entend toujours les enfants, mais – on le voit ici – cela ne consiste pas en une audition orale de l'enfant ;
- 1 canton connaît une pratique supplémentaire : Glaris prend aussi en compte l'avis de l'enfant au travers du Service social et/ou de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.

On constate ici que l'audition orale des enfants ou des parents est une méthode privilégiée. Un droit d'être entendu de l'enfant au travers d'une prise de position écrite des parents est également souvent consacrée.

A. Eléments relatifs à l'audition orale

Aux 8 cantons [BE ; BL ; BS ; FR ; GL ; GR ; JU ; NW] – sur les 11 qui entendent les enfants – qui procèdent à des auditions orales notamment, il leur a été demandé de préciser différents éléments.

Il s'agissait tout d'abord de savoir par qui l'enfant est généralement entendu.

« Par qui l'enfant est-il généralement entendu (merci d'indiquer la fonction et la formation de la personne) ? »
--

Les réponses fournies sont les suivantes :

- par des spécialistes, chefs de service, collaborateurs scientifiques (selon la constellation) les collaborateurs disposent de différentes formations (employés de commerce, juristes, etc.) [BE] ;
- par 6 personnes qualifiées de la Division asile et retour, dont deux académiciens et 4 employés de l'administration [BL] ;
- par les personnes en charge du dossier. En règle générale par des collaborateurs explicitement formés à cela [BS] ;
- par des auditeurs [FR] ;
- par des collaborateurs de l'Office des migrations en présence d'une personne de confiance de l'enfant ou d'un assistant social [GL] ;
- par les personnes en charge des questions de procédure et du retour [GR] ;
- par le personnel du Service de la population en charge des auditions [JU] ;
- par les collaborateurs du Service des migrations [NW] ;

Si la plupart du temps, la formation des personnes n'a pas été précisée, on peut tout de même constater qu'il s'agit dans tous les cas du personnel de l'Office ou du Service des migrations et qu'il n'est pas fait appel à des professionnels externes (par exemple psychologue) pour procéder à l'audition de l'enfant. BS précise cependant que ses collaborateurs sont spécifiquement formés pour cela. Enfin, le canton de GL explique que l'audition se fait en présence d'une personne de confiance de l'enfant ou d'un assistant social.

La question suivante portait sur les éléments sur lesquels l'opinion de l'enfant est requise, soit lors d'une audition orale de l'enfant [BE ; BL ; BS ; GL ; GR ; FR ; JU ; NW], soit lors d'une prise de position écrite de l'enfant [BE ; NW ; SH].

« Sur quel(s) point(s)/fait(s) l'opinion de l'enfant est-elle requise ? »

Les cantons requièrent l'opinion de l'enfant sur les aspects suivants :

- sur la question du renvoi d'un parent ou de la famille ou dans le cadre d'une demande de regroupement familial [BE] ;
- sur les considérations de vulnérabilité, un tableau clinique, l'état psychique [BL] ;
- sur l'exigibilité du renvoi ; sur des motifs de prolongation du séjour (apprentissage, formation, etc.) [BS] ;
- sur les possibilités de réintégration dans le pays d'origine [FR] ;
- sur l'état de l'intégration en Suisse ; sur les possibilités dans le pays d'origine [GL] ;
- principalement sur la nature/fréquence des relations entretenues et leur effectivité [JU] ;
- sur la vie de famille en général, sur la relation avec le parent concerné [NW] ;
- sur l'exigibilité du retour dans le pays d'origine [SH].

Les différents éléments apportés par les cantons portent principalement sur les conditions de l'enfant (sa vie de famille, son état de santé, son parcours scolaire/formation), ainsi que – peut-être dans une moindre mesure – sur les conditions du retour dans le pays d'origine (exigibilité du renvoi, réintégration dans le pays d'origine).

Il s'agissait ensuite de savoir quel poids est donné à l'opinion de l'enfant. La question était formulée ainsi :

« Quel est le poids de l'opinion de l'enfant dans le processus décisionnel ? »

Les cantons pouvaient dire s'ils estimaient que l'opinion de l'enfant est *un élément déterminant* dans l'évaluation de la situation ou s'il n'est *qu'un élément parmi d'autres* dans cette évaluation :

- Seul 1 canton estime que l'opinion de l'enfant est un *élément déterminant* [BE] ;
- 8 cantons sont d'avis que l'opinion de l'enfant n'est *qu'un élément parmi d'autres* [BL ; BS ; FR ; GL ; GR ; JU ; NW ; SH]. Dans cette seconde hypothèse, les cantons avaient la possibilité de préciser quels autres critères ont une influence au moins autant importante :
 - La situation des parents [GL] ;
 - Les critères prévus par la législation [JU] ;
 - L'opinion des parents et éventuellement des autres frères et sœurs [BS] ;
 - L'âge, la durée du séjour, l'intérêt public à l'éloignement, etc. [SH].

Enfin, les cantons qui procèdent à une audition orale de l'enfant ou qui recueillent sa position par écrit avaient la possibilité d'indiquer sur quel(s) élément(s) ils l'informent en répondant à la question suivante :

« Sur quel(s) éléments informez-vous l'enfant (plusieurs réponses possibles) ? »

Ils avaient 4 possibilités de réponses : sur ses droits ; sur l'avancement de la procédure ; sur la décision finale ; sur d'autres éléments à préciser ; et les cantons pouvaient préciser par quel moyen ils communiquent ces informations à l'enfant.

- 7 cantons informent l'enfant sur ses droits [BE ; BL ; BS ; FR ; GR ; NW] :
 - Seulement sur demande [BE] ;
 - Par oral et par écrit. Eventuellement au travers du tuteur ou du curateur [BS] ;

- Par un entretien personnel en présence des parents [GL] ;
 - Personnellement [GR] ;
 - Oralement [NW].
- 4 cantons informent l’enfant sur l’avancement de la procédure [BE ; BS ; FR ; NW] :
- Selon la constellation [BE] ;
 - Par oral et par écrit. Eventuellement au travers du tuteur ou du curateur [BS] ;
 - Personnellement [GR] ;
 - Oralement [NW].
- 5 cantons informent l’enfant sur la décision finale [BE ; BL ; BS ; FR ; SH] :
- Selon la constellation [BE] ;
 - Par écrit et éventuellement de manière complémentaire par oral. Eventuellement au travers du tuteur ou du curateur [BS] ;
 - Personnellement [GR] ;
 - Notification au représentant légal [SH].
- 1 canton informe l’enfant sur d’autres éléments : les modalités de retour [BL].

L’information principale qui semble être donnée aux enfants concernés porte sur ses droits. La décision finale est également communiquée à l’enfant dans un certain nombre de cas, ainsi que l’avancement de la procédure. Un seul canton informe sur les modalités de retour, ce qui est un élément intéressant, dans la mesure où il s’agit d’un élément concret et certainement important pour l’enfant ; on peut en effet saisir la nécessité pour l’enfant de connaître la date du départ du parent afin de s’y préparer au mieux par exemple.

B. Prise en compte de l’avis de l’enfant par d’autres biais

Aux 3 cantons [SH, VS ; ZH] qui *ne procèdent pas à une audition orale* du ou des enfant(s), mais qui les entendent par d’autres biais (prise de position écrite de l’enfant et/ou des parents, audition des parents), il leur a été demandé pourquoi :

« Pourquoi votre institution n’entend-elle pas, dans le cadre d’une audition, le ou les enfant(s) concerné(s) ? »

Les réponses apportées sont formulées ainsi :

- cela n’est en règle générale pas nécessaire dans la mesure où les faits et les intérêts des personnes concernées sont suffisamment clairs [SH] ;
- la procédure ne le prévoit pas ; ni les moyens, ni le temps d’entendre toutes les personnes [VS] ;
- parce que les droits de l’enfant ou des enfants sont suffisamment garantis à travers le ou les parent(s) et qu’une audition orale de l’enfant impliquerait d’importantes ressources [ZH].

Deux éléments ressortent principalement de ces trois explications : le facteur financier (les auditions nécessitent des ressources importantes) et les faits peuvent être suffisamment clarifiés au travers d’autres moyens (prise de position écrite par exemple).

Enfin, une question subsidiaire portait sur la pratique future du canton par rapport à l’audition des enfants.

« A l’avenir, quelle sera la pratique de votre institution par rapport à l’audition des enfants ? »

Dans les 3 cantons [SH ; VS ; ZH], la réponse est la même : aucun changement de pratique n'est prévu. Cette position rejoint celle de la majorité des cantons qui n'entendent pas du tout les enfants (cf. point 2.2.2 ci-dessus).

2.2.4. Sur les questions générales posées à tous les cantons

Dans notre questionnaire, nous avons formulé trois questions qui s'adressaient à tous les cantons, indépendamment de leur réponse à la « question de base ». Il s'agissait en particulier de savoir si, selon les autorités cantonales, l'intérêt de l'enfant coïncide nécessairement avec celui du parent renvoyé ; si l'enfant devrait être systématiquement entendu, ne pas l'être ou l'être uniquement dans certains cas ; et à quels textes légaux ou à quelles lignes directrices, les autorités se réfèrent dans leur pratique.

En principe, les réponses de tous les cantons sont regroupées sans faire de distinction selon si le canton entend toujours, parfois ou jamais l'enfant (cf. « question de base »). Lorsque l'on peut supposer que cette différence de pratique influence les réponses, cela est précisé.

La première question « commune » était la suivante :

« Pensez-vous que, dans le cadre d'une procédure de renvoi, l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui du parent renvoyé ? »

A cette question de savoir si dans le cadre d'une procédure de renvoi, l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui du parent renvoyé, les cantons pouvaient répondre oui, non ou parfois, et avaient à chaque fois la possibilité d'explicitier la réponse choisie.

Il en ressort les éléments suivants :

– 6 cantons [AI ; BL ; LU ; SG ; SH ; VS] ont estimé que *l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui du parent renvoyé* (réponse « oui »).

Parmi ces six cantons, trois cantons – qui n'entendent pas les enfants – ont fait valoir les motivations suivantes :

- en raison de l'unité de la famille [AI] ;
- il s'agit d'enfants mineurs [LU] ;
- les enfants suivent l'issue en droit des étrangers des parents. Dans le cas contraire, les enfants seraient placés par l'autorité de protection sans réseau de relation. En fonction de l'âge de l'enfant, une formation est éventuellement possible en Suisse avec logement dans un foyer pour apprentis (autorisation à la formation) : dans ce cas le bien de l'enfant est pris en compte. Regroupement familial inversé [SG].

Pour ces trois premiers cantons, on peut comprendre que le fait d'estimer que l'intérêt des enfants coïncide nécessairement avec celui du parent renvoyé pourrait justifier le fait de ne pas les entendre. On part du principe que les enfants ont le même avis que leur parent renvoyé et que les entendre personnellement est ainsi superflu.

Les trois cantons qui entendent – au sens large – les enfants et qui estiment que leur intérêt coïncide avec celui du parent renvoyé présentent les arguments suivants :

- les enfants sont sous l'influence des parents [VS]. Dans la mesure où ce canton saisit l'avis de l'enfant uniquement au travers de l'audition des parents, cette réponse est particulièrement cohérente avec sa pratique : les enfants sont influencés par les parents et les parents sont entendus.

- BL ne donne pas de précision justifiant sa position. Cette réponse peut paraître quelque peu étrange pour un canton qui procède à une audition orale de l'enfant concerné. En effet, si le canton estime vraiment que l'intérêt de l'enfant coïncide nécessairement avec celui du parent renvoyé, on pourrait imaginer qu'une audition orale de l'enfant est dès lors superflue, puisque la prise en compte de son avis au travers de celui des parents – dans le cadre d'une audition ou d'une prise de position écrite – devrait en effet suffire. Il est aussi toutefois possible d'interpréter cette réponse d'une autre manière, à savoir que la pratique de l'audition orale de l'enfant semble confirmer que les deux intérêts coïncident et que le canton continue néanmoins à prendre l'art 12 CDE au sérieux et à faire participer l'enfant ;
 - les personnes concernées ont toutes intérêt à ce que le séjour soit prolongé [SH]. Cette affirmation va un peu dans le même sens que la position de BL. Comme ce canton, SH prend malgré tout en compte l'avis de l'enfant par la possibilité qu'il lui donne de s'exprimer par écrit, en plus de la prise de position écrite des parents, alors qu'il estime que leurs avis coïncident.
- 16 cantons [AG ; BE ; BS ; FR ; GL ; GR ; JU ; NW ; OW ; SZ ; TG ; TI ; UR ; VD ; ZG ; ZH] ont estimé que *l'intérêt de l'enfant coïncide parfois avec celui du parent renvoyé* (réponse « parfois »). Plusieurs arguments sont avancés. Les principaux à retenir sont les suivants :
- L'intérêt de l'enfant coïncide généralement avec celui du parent, parce qu'il existe un lien ferme entre le parent et l'enfant :
 - cela dépend avant tout de l'âge de l'enfant. Lorsque les enfants sont petits l'intérêt des enfants devrait la plupart du temps correspondre à celui des parents [GL] ;
 - en règle générale, ce sont les parents qui décident s'ils entendent se séparer ou s'ils veulent quitter la Suisse ensemble. Les enfants sont directement touchés par cette décision et partagent le destin des parents. En principe, les enfants mineurs ne peuvent pas prétendre à un droit de séjour autonome (à savoir originel) [SZ] ;
 - normalement le mineur est renvoyé avec le parent. Dans d'autres cas, le mineur peut continuer à vivre en Suisse avec, par exemple, un de ses parents [TI] ;
 - en règle générale, le lien affectif passe au premier plan [ZG].
 - Cela dépend du cas d'espèce :
 - il n'est pas possible de répondre de manière générale à cette question, dans la mesure où cela dépend fortement du cas d'espèce [AG] ; cela dépend de la constellation [BE] ; cela dépend du cas d'espèce [UR] ;
 - il se peut que des différends spécifiquement liés à la santé ou à la formation opposent les intérêts des enfants à ceux des parents [BS] ;
 - dans le cadre de l'examen de la proportionnalité effectué lors de la procédure, l'intérêt de l'enfant sera évalué [TG] ;
 - il ne peut pas être affirmé de manière générale que l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui du parent renvoyé. Dans certains cas, il est possible que le renvoi corresponde à l'intérêt de l'enfant (par exemple lors de délits commis dans le cadre familial). Dans la majorité des cas, les intérêts vont toutefois se recouvrir (maintien du séjour en Suisse du parent soumis à une décision de renvoi) [ZH].
 - Cela dépend du motif du renvoi :
 - Le renvoi du parent doit respecter les conditions légales inhérentes au renvoi y compris les règles posées par la CEDH qui fixe le cadre du droit au respect de la vie privée et familiale [JU] ;

- le motif du renvoi est déterminant pour savoir si les intérêts coïncident ou non [OW] ;
- il se peut que l'éloignement du parent soit bénéfique pour l'enfant, notamment si l'enfant était la victime directe ou indirecte du parent en question [VD]
- voir également la réponse du canton de Zurich mentionnée juste ci-dessus dans la catégorie relative au cas d'espèce.

– Un seul canton a estimé que *l'intérêt de l'enfant ne coïncide pas avec celui du parent renvoyé* (réponse « non »). Aucune explication n'est donnée quant à cette réponse. Dans la mesure où cette réponse provient d'un canton qui justifie précisément le fait de ne pas faire d'audition des enfants parce que le parent agit en leur nom et défend leurs intérêts [NE], cette réponse est incohérente et doit par conséquent être négligée.

Les différentes réponses apportées à cette question portant sur la concordance des intérêts de l'enfant et des parents montrent que la grande majorité des cantons est d'avis que les deux intérêts coïncident. En particulier, plusieurs cantons soulignent le fait qu'il existe un lien ferme au sein de la famille (unité, influence de la famille) qui fait qu'on peut généralement considérer que les intérêts des enfants et des parents coïncident.

Il est cependant intéressant de noter les réponses des cantons de Vaud et de Zurich qui donnent des exemples concrets dans lequel les intérêts ne coïncideraient pas : dans le cas où l'enfant serait la victime du parent et où, dès lors, un éloignement lui serait bénéfique [VD] et – dans le même sens – dans le cas où des délits ont été commis dans le cadre familial [ZH].

D'une manière générale, les réponses relatives à cette question rejoignent la position exprimée à maintes reprises par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence, selon laquelle l'intérêt de l'enfant coïncide en principe avec celui du parent renvoyé¹²⁸.

La deuxième question posée à tous les cantons était la suivante :

« A votre avis, dans le cadre d'une procédure de renvoi d'un parent, l'enfant...
 ... devrait systématiquement être entendu. Pourquoi ?
 ... ne devrait pas être entendu. Pourquoi ?
 ... devrait être entendu dans certains cas. Lesquels ? »

A la question de savoir si dans le cadre d'une procédure de renvoi d'un parent, l'enfant devrait *systématiquement* être entendu, *ne devrait pas* être entendu ou devrait n'être entendu *que dans certains cas*, seuls 2 cantons [AI et ZH] répondent en faveur de la première variante (systématiquement) :

« Dans le cadre d'une procédure de renvoi d'un parent, l'enfant devrait systématiquement être entendu »

Si AI invoque les principes de l'État de droit, il convient néanmoins de préciser que ce canton n'a pas eu à traiter de cas concret. Quant à ZH, il allègue le fait que les intérêts de l'enfant sont un élément essentiel dans la pesée des intérêts. En revanche, selon ce canton, le droit d'être entendu ne doit pas être oral, mais peut se réaliser au travers des parents et par écrit. Rappelons donc que, par conséquent, dans le canton de Zurich, être systématiquement entendu n'est pas à comprendre comme devoir être systématiquement entendu de manière orale.

La majorité des cantons estime que l'enfant doit être entendu dans certains cas :

¹²⁸ Dans ce sens, voir l'annexe, point 2 qui présente la jurisprudence relative à ces questions.

« Dans le cadre d'une procédure de renvoi d'un parent, l'enfant devrait être entendu dans certains cas »

Parmi ces cantons, il convient de distinguer ceux qui entendent les enfants de ceux qui ne les entendent pas.

Les arguments des cantons qui entendent les enfants (en faveur de les entendre dans certains cas) sont les suivants :

- lorsque la relation affective et économique entre l'enfant et le parent existe [BE] ;
- dans des situations de vulnérabilité particulière [BL]. Notons que cette précision peut sembler quelque peu contradictoire avec la pratique de l'audition orale de l'enfant que ce canton dit mener (même si en plus de l'audition orale, ce canton « entend » également l'enfant au travers de l'audition des parents et/ou de leur prise de position écrite) ;
- cela dépend de l'âge et de la situation. D'expérience, les enfants de moins de 12 ans sont dépendant de l'opinion de leurs parents [BS] ;
- lorsque les enfants vivent déjà en Suisse depuis un certain temps et ont plus de 14 ans [GL] ;
- l'âge de l'enfant est déterminant [GR] ;
- la situation doit être examinée au cas par cas en fonction des circonstances propres à l'enfant (par ex. âge de l'enfant) [JU] ;
- lorsque les faits et les intérêts ne peuvent pas être clairement déterminés [SH].

Les cantons qui, dans leur pratique, ne prennent pas en compte l'avis des enfants, mais qui estiment tout de même qu'ils devraient être entendus dans certains cas, présentent les arguments suivants :

- à la demande des personnes concernées, en fonction de l'âge des enfants et des motifs du renvoi [GE] ;
- toujours lorsque la protection de l'enfant ne prime pas. Notons ici que cette précision n'est pas complètement explicite et qu'il est difficile de comprendre ce que le canton souhaitait exprimer. Peut-être est-il fait référence aux enfants qui ne sont pas entendus dans une procédure de protection de l'enfant, afin que leurs voix se fassent au moins entendre dans la procédure de droit des étrangers ? [OW] ;
- l'âge est décisif. La procédure en droit des étrangers se fait en principe par écrit. Une audition personnelle ne change en général rien au résultat du renvoi [SG]. Notons ici que cette dernière affirmation est un peu péremptoire de la part d'un canton qui indique ne jamais auditionner les enfants. Une telle affirmation semble délicate lorsque la pratique n'est pas là pour la confirmer [SG] ;
- notamment lorsque le droit à la continuation du séjour de la part d'un des deux parents peut éventuellement être autorisé selon l'intensité du rapport entre les parents et l'enfant. Toutefois, il est nécessaire de faire preuve de prudence [TI] ;
- lorsque les rapports familiaux sont fortement altérés [ZG].

Que les cantons mettent ou non en œuvre le droit d'être entendu de l'enfant, on peut constater que la plupart d'entre eux soulignent qu'un des critères principal pour justifier l'audition de l'enfant dans certain cas est celui de son âge. Ce critère est parfois avancé de manière abstraite, alors que dans d'autres cas, il est chiffré (12 ou 14 ans par exemple). Rappelons que dans les arrêts du Tribunal fédéral étudiés plus haut en matière de droit des étrangers, l'âge n'est pas souvent mis en avant. Toutefois, dans l'arrêt 2A.513/2006, le Tribunal rappelle qu'un enfant peut être entendu dès qu'il a six ans révolus, non seulement dans le cadre d'une procédure civile, mais éga-

lement en matière de police des étrangers, lorsqu’un droit de séjour de l’enfant ou celui d’une personne s’occupant de lui est en cause. Le Tribunal fédéral a donc une position assez claire sur cette question de l’âge, qui pourrait laisser penser que les enfants doivent être entendus assez jeunes déjà, également dans les procédures de droit des étrangers. Les juges fédéraux précisent cependant (dans cet arrêt comme dans celui rendu par le Tribunal administratif [C-7656/2009]) qu’il se justifie de renoncer à l’audition de l’enfant lorsque son opinion ne saurait influencer la pesée des intérêts en présence. Cette seconde affirmation vient, à notre sens, passablement nuancer la première, affaiblissant ainsi les droits procéduraux des enfants.

Enfin, certains cantons estiment que l’enfant *ne devrait pas être entendu*.

« Dans le cadre d’une procédure de renvoi d’un parent, l’enfant ne devrait pas être entendu »

Ces cantons tendent à souligner que les enfants dépendent de leurs parents et qu’ils n’ont donc pas voix au chapitre. Plus en détail, ce sont les points suivants sont avancés :

- Les enfants ne peuvent en règle générale pas faire valoir un droit de séjour propre ; ils ne peuvent que le déduire d’un éventuel droit de séjour des parents. La situation familiale est considérée dans le cadre de l’examen du principe de proportionnalité [AG] ;
- Les enfants sont mineurs [LU] ;
- Il faut souligner que les intérêts de l’enfant ne permettent pas de l’emporter sur les motifs du renvoi à effectuer [SZ]. Notons tout de même que le concept même de la pesée des intérêts interdit de partir du principe général qu’un intérêt est systématiquement supérieur à un autre, sinon cette pesée des intérêts n’a plus lieu d’être. Il convient néanmoins de souligner que la politique de ce canton est cohérente dans l’optique où il est décidé de ne pas entendre les enfants et donc de ne pas prendre en compte leur avis dans la pesée des intérêts ;
- Les enfants ont un droit de séjour dérivé [TG] ;
- Du moment que l’autorité tient compte du lien entre les parents et les enfants et que ce lien est un élément important, l’audition de l’enfant ne semble pas nécessaire. Par contre cette audition peut s’avérer très problématique pour l’enfant notamment sur le plan psychologique. Auditionner un enfant (il faudrait définir au moins déjà un âge) fait porter un trop grand poids sur ses épaules [VD]. Il convient de préciser ici, comme cela est clairement établi en droit civil, que le but d’une audition n’est jamais de faire porter une responsabilité à l’enfant, voire de le traumatiser, mais de le faire participer, tout en lui expliquant que plusieurs éléments seront pris en compte en vue de la décision. Ajoutons encore que la question de l’âge est régulièrement discutée que cela soit dans jurisprudence du Tribunal fédéral, la pratique en droit civil en encore, par exemple, les lignes directrices du Conseil de l’Europe ;
- Précisons encore que le Valais, bien que pratiquant un droit d’être entendu de l’enfant (au travers de l’audition des parents), est d’avis que les enfants ne devraient pas être entendus personnellement, parce que ce sont les parents qui sont détenteurs de l’autorité parentale.

D’une manière générale sur cette question de savoir si l’enfant doit être entendu, systématiquement, jamais ou dans certains cas, nous pouvons constater des différences entre les cantons qui, dans leur pratique, entendent les enfants et ceux qui ne les entendent pas :

- Parmi les cantons qui n’entendent pas les enfants, les réponses se répartissent équitablement : en effet, 6 cantons [AG ; LU ; NE ; SZ ; TG ; VD] estiment que les enfants ne devraient pas être entendus, alors que 6 cantons [GE ; OW ; SG ; TI ; UR ; ZG] sont tout de

même favorables à ce que les enfants soient entendus dans certains cas, ce qui est intéressant à souligner, puisque la conviction diffère de la pratique dans ces cas-là.

Rappelons que les motivations de ces 6 cantons pour ne pas entendre les enfants sont les suivantes : 2 cantons n'ont pas eu de cas concrets [OW ; UR] ; 2, voire 3, cantons estiment que les enfants sont représentés par leurs parents [GE ; TI, ainsi que SG dans une certaine mesure] ; enfin, ZG est d'avis que l'audition de l'enfant est sans influence. La position des deux premiers cantons se comprend aisément puisqu'ils n'ont pas connu de cas d'application. Celle des trois cantons suivants mettant en avant la représentation par les parents est aussi assez cohérente : on part du principe que l'avis des parents est suffisamment représentatif, mais – dans certains cas –, il peut se justifier d'entendre malgré tout les enfants. L'avis de ZG est plus difficile à comprendre : si le canton estime que l'audition des enfants serait sans influence, on peine à voir pourquoi il faudrait tout de même leur accorder une audition ; peut-être que, comme pour les trois cantons précédents, cette possibilité est laissée en cas de situation exceptionnelle.

- La situation est évidemment différente parmi les cantons qui entendent les enfants, puisque presque tous [7 : BE ; BL ; BS ; GL ; GR ; JU ; SH] estiment que les enfants doivent être entendus dans certains cas, à l'exception – notable – du canton du Valais. Son argument est présenté ci-dessus, avec ceux des autres cantons qui estiment que les enfants ne devraient pas être entendus.

Enfin, la dernière question commune portait sur les textes auxquels se réfèrent les cantons. Elle était formulée ainsi :

« Veuillez indiquer si, dans votre institution, vous vous référez aux textes suivants (plusieurs réponses possibles) »

Les autorités avaient la possibilité de cocher plusieurs réponses parmi les 4 options présentées : la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant ; la Convention européenne des droits de l'homme ; les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants ou autres sources en précisant lesquelles.

Plusieurs éléments peuvent être tirés de ces réponses.

- 20 cantons se réfèrent à la Convention européenne des droits de l'homme [9 cantons qui n'entendent pas les enfants : AI ; AG ; GE ; LU ; NE ; OW ; SG ; TI ; VD et 11 cantons qui saisissent leur opinion : BE ; BL ; BS ; FR ; GL ; GR ; JU ; NW ; SH ; VS ; ZH] ;
- 17 cantons se réfèrent à la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant [7 cantons qui n'entendent pas les enfants : AI ; AG ; GE ; NE ; OW ; UR ; VD et 10 cantons qui saisissent leur opinion : BE ; BL ; BS ; FR ; GL ; GR ; JU ; NW ; SH ; ZH] ;
- 9 cantons se fondent – également ou uniquement, selon les cas – sur d'autres sources, dont on peut en particulier retenir la loi fédérale sur les étrangers, les directives du SEM et la jurisprudence.

Pour les cantons qui n'entendent pas les enfants :

- toutes les sources du droit pertinentes et contraignantes au niveau national et international [AG] ;
- l'art. 13 de la Constitution fédérale [SG] ;
- la loi fédérale sur les étrangers, les ordonnances, ainsi que les directives du SEM [TG] ;
- la loi fédérale sur les étrangers, l'accord sur la libre circulation des personnes, ainsi que la jurisprudence pertinente [TI] ;
- loi cantonale, directives internes [VD] ;

- les directives du SEM [ZG].

Pour les cantons qui saisissent leur opinion :

- Les décisions du Tribunal fédéral [BE] ;
 - Les directives cantonales [BL] ;
 - La loi sur les étrangers et la jurisprudence du Tribunal fédéral et de la Cour européenne des droits de l’homme [JU] ;
- Un seul canton [GR] se réfère aux Lignes directrices du Conseil de l’Europe sur une justice adaptée aux enfants. Précisons ici que ce canton saisit l’avis de l’enfant dans le cadre d’une audition orale de l’enfant et/ou des parents ;
- Un canton n’a pas répondu à cette question [SZ] ;

Enfin, les cantons pouvaient encore formuler des remarques supplémentaires :

« Avez-vous, d’une manière générale, d’autres remarques à faire sur la question de l’audition des enfants dans le cadre d’une procédure de renvoi d’un parent étranger ? Précisez : »

Certains cantons l’ont fait. Parmi les cantons qui n’entendent pas les enfants, les éléments suivants ont été ajoutés :

- si cela ne s’avère pas nécessaire dans le cas d’espèce, les enfants ne sont auditionnés qu’exceptionnellement. C’est rarement le cas [AG] ;
- les intérêts des enfants sont examinés dans le cas d’espèce dans le cadre de la procédure de renvoi du parent [TG] ;
- l’intérêt de l’enfant est pris en compte dans la pesée des intérêts même si formellement l’enfant n’est pas auditionné [VD] ;
- les enfants partagent en principe l’avis des parents [ZG].

Le canton du Jura, qui saisit l’opinion de l’enfant au travers d’une audition orale de l’enfant et/ou des parents, a également précisé ceci : indépendamment de la tenue d’une audition proprement dite, l’intérêt de l’enfant est toujours pris en considération dans la pesée des intérêts à opérer lors de l’élaboration d’une décision de renvoi.

2.3. Conclusions / *Schlussfolgerungen*

A l’issue de l’examen des réponses fournies par les cantons dans le cadre de ce questionnaire, plusieurs constats peuvent être faits.

En premier lieu, il convient de rappeler qu’à peine plus de la moitié des cantons dit ne pas entendre les enfants dans une procédure de renvoi d’un parent étranger, alors que près de l’autre moitié les entend toujours ou parfois. On peut également constater que les réponses se répartissent de manière équilibrée entre les différentes régions linguistiques du pays.

Les cantons qui n’entendent pas les enfants procèdent ainsi principalement pour deux raisons : soit parce qu’ils n’ont pas eu de cas concret, soit parce qu’ils estiment que les enfants sont de toute façon représentés par leurs parents. Certains cantons avancent également le fait qu’il est nécessaire d’effectuer une pesée des intérêts en jeu et que celui des enfants est pris en compte de manière générale sans nécessairement procéder à une audition. La plupart de ces cantons n’estiment pas nécessaire de revoir leur pratique à l’avenir.

En ce qui concerne les cantons qui saisissent l’avis des enfants, ils le font principalement à travers d’une audition orale de l’enfant ou des parents, ainsi qu’au travers d’une prise de position

écrite des parents. Une prise de position écrite des enfants est plus rare (ce qui est logique notamment pour les enfants en bas âge). A noter qu'un canton prend, en plus, également en compte l'avis de l'enfant au travers de ses institutions de protection (Service social et/ou de l'Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte ; le canton ne précisant toutefois pas dans quelles circonstances il s'adresse à ces institutions).

- Parmi les cantons qui effectuent une *audition orale* de l'enfant, on peut constater que celle-ci est en principe menée par du personnel du Service des migrations et qu'il n'est pas fait appel à des professionnels externes (par exemple psychologue). L'opinion de l'enfant dans le cadre de ces procédures est principalement requise sur les conditions de l'enfant (sa vie de famille, son état de santé, son parcours scolaire, sa formation), ainsi que – peut-être dans une moindre mesure – sur les conditions du retour dans le pays d'origine (notamment les conditions de réintégration). A une grande majorité, les cantons qui entendent l'enfant estiment que le poids de son opinion n'est qu'un élément parmi d'autres dans le processus décisionnel. D'autres motifs sont notamment avancés : la situation et l'avis des parents, et éventuellement des autres frères et sœurs ; l'âge ; la durée du séjour ; l'intérêt public à l'éloignement ; les critères prévus par la législation. Enfin, en ce qui concerne les éléments sur lesquels les cantons informent l'enfant, il s'agit avant tout de ses droits, de la décision finale, ainsi que de l'avancement de la procédure.
- Les cantons qui prennent en compte l'avis de l'enfant par d'autres biais que l'audition orale procèdent ainsi en raison du facteur financier (les auditions nécessitent des ressources importantes) et parce que les faits peuvent être suffisamment clarifiés au travers d'autres moyens (prise de position écrite par exemple). Aucun changement de pratique n'est prévu dans ces cantons.

Enfin, différentes questions ont été adressées à tous les cantons, quelle que soit leur pratique. Elles portaient sur les intérêts concordants (ou non) des enfants avec leur parent renvoyé ; sur le fait de savoir si l'enfant devrait être systématiquement entendu, seulement dans certains cas, ou jamais ; et, enfin, sur les textes légaux sur lesquelles se fondent les autorités dans de telles procédures.

La quasi-totalité des cantons est d'avis que l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui du parent renvoyé. Le motif principalement invoqué est celui d'un lien important au sein de la famille. Ce lien est parfois exprimé par les termes d'« unité », d'« influence » ou encore de « destin partagé ». Les remarques qui viennent nuancer cette perception que les intérêts des deux parties correspondent forcément reposent sur des cas où le cadre familial serait perturbé (enfant victime d'un parent par exemple).

Malgré le fait que presque tous les cantons estiment que l'intérêt de l'enfant coïncide avec celui du parent renvoyé, la majorité des cantons sont d'avis que les enfants devraient tout de même être entendus dans certains cas. L'âge de l'enfant est souvent perçu comme un élément déterminant pour savoir s'il faut l'entendre ou non. Les cantons qui estiment que l'enfant ne devrait pas être entendu justifient leur position principalement par le fait que les enfants dépendent de leur parent et qu'ils n'ont pas de droit propre au séjour. D'une manière générale, on peut constater (sans surprise) que les cantons qui entendent les enfants sont favorables à cette pratique, alors que ceux qui ne les entendent pas sont partagés : une moitié estime qu'il n'est pas nécessaire de les entendre, alors qu'une autre moitié juge qu'il serait tout de même opportun de les entendre dans certains cas.

Enfin, en ce qui concerne le droit international, la grande majorité des cantons se réfère à la Convention européenne des droits de l'homme, ainsi qu'à la Convention des Nations Unies rela-

tive aux droits de l'enfant. Un seul canton se réfère aux Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants. Au niveau interne, d'autres sources sont également citées, dont on peut en particulier mentionner la loi fédérale sur les étrangers, les directives du SEM et la jurisprudence.

Au vu de ce qui précède, on peut donc constater que les cantons sont assez équitablement partagés entre ceux qui décident d'entendre les enfants (avec des modalités qui peuvent beaucoup varier) et ceux qui y renoncent. Il est tout de même intéressant de noter qu'une majorité des cantons estime que les enfants devraient être entendus, au moins dans certains cas. Par ailleurs, presque tous les cantons sont d'avis que l'intérêt des enfants coïncide avec celui du parent renvoyé, ce qui correspond également à la position générale des institutions judiciaires (voir dans ce sens l'analyse de la jurisprudence, cf. annexe, point 2).

Nach der Durchsicht der Antworten, welche die Kantone im Rahmen dieser Befragung geliefert haben, können mehrere Feststellungen gemacht werden.

Als Erstes sei daran erinnert, dass knapp mehr als die Hälfte der Kantone aussagten, im Wegweisungsverfahren gegen einen ausländischen Elternteil die Kinder nicht anzuhören, während fast die Hälfte sie immer oder gelegentlich anhört. Weiter kann festgestellt werden, dass sich die Antworten gleichmässig über die verschiedenen Sprachregionen verteilen.

Bei den Kantonen, welche die Kinder nicht anhören, gibt es hauptsächlich zwei Gründe dafür: Entweder hatten sie noch nie einen solchen Fall oder sie sind der Ansicht, dass die Kinder sowieso durch ihre Eltern vertreten sind. Einige Kantone brachten auch vor, dass eine Abwägung aller involvierten Interessen erforderlich sei und dass das Interesse der Kinder pauschal berücksichtigt werde, ohne dass zwingend eine Anhörung durchgeführt werde. Die meisten Kantone nehmen nicht an, dass sie ihre Praxis in Zukunft ändern werden.

Die Kantone, die die Meinung der Kinder erfassen, machen dies meist mittels einer mündlichen Anhörung des Kindes oder der Eltern oder mittels einer schriftlichen Stellungnahme der Eltern. Eine schriftliche Stellungnahme der Kinder ist seltener (wofür es insbesondere bei Kleinkindern zwangsläufige Gründe gibt). Ein Kanton erfasst zudem die Meinung des Kindes über seine Kinderschutzinstitutionen (Sozialdienst und/oder KESB; allerdings gab der Kanton nicht an, unter welchen Umständen er sich an diese Institutionen wendet).

- Bei den Kantonen, die eine mündliche Anhörung des Kindes durchführen, kann man feststellen, dass diese in der Regel von Angehörigen des Migrationsdienstes durchgeführt wird und dass keine externen Fachleute (z. B. Psychologinnen/Psychologen) beigezogen werden. Bei diesen Verfahren wird in erster Linie die Meinung des Kindes zu seinen eigenen Lebensumständen (zu seinem Familienleben, seinem Gesundheitszustand, seiner schulischen Laufbahn, seiner Ausbildung) sowie – vielleicht in einem geringeren Masse – zu den Umständen bei einer Rückkehr ins Herkunftsland (insbesondere zu den Bedingungen einer Wiedereingliederung) in Erfahrung gebracht. Die grosse Mehrheit der Kantone, welche die Kinder anhören, ist der Ansicht, dass die Meinung des Kindes im Entscheidungsprozess nur einen Faktor unter anderen darstellt. Als weitere Faktoren wurden insbesondere genannt: die Lage und die Meinung der Eltern und gegebenenfalls der Schwestern und Brüder, das Alter des Kindes, die Aufenthaltsdauer, das öffentliche Interesse an einer Ausweisung, die von der Gesetzgebung vorgegebenen Kriterien. Was die Information der Kinder

betrifft, so werden diese von den Kantonen vor allem über ihre Rechte, das Urteil sowie den Verfahrensstand informiert.

- Die Kantone, welche die Kindesmeinung anders als mittels einer mündlichen Anhörung erfassen, tun dies aus finanziellen Gründen (Anhörungen sind ressourcenintensiv) und weil die Fakten auch mit anderen Mitteln (zum Beispiel mit einer schriftlichen Stellungnahme) ausreichend abgeklärt werden können. In diesen Kantonen ist keine Praxisänderung geplant.

Verschiedene Fragen wurden allen Kantonen, unabhängig von ihrer Praxis, gestellt. Sie betrafen die gemeinsamen bzw. nicht gemeinsamen Interessen der Kinder und ihres weggewiesenen Elternteils, die Frage, ob die Kinder immer, nur in gewissen Fällen oder gar nie angehört werden sollen sowie die Gesetzestexte auf welche sich die Behörden bei diesen Verfahren stützen.

Fast alle Kantone sind sich darin einig, dass sich die Interessen der Kinder mit denjenigen ihres weggewiesenen Elternteils decken. Als Hauptgrund wurden die wichtigen Familienbande angeführt. Diese Bindung kommt manchmal in den Begriffen «Einheit», «Einfluss» oder «gemeinsames Schicksal» zum Ausdruck. Die Bemerkungen, welche die Auffassung relativieren, dass die Interessen von Kind und Eltern zwangsläufig dieselben seien, beziehen sich auf Fälle, in denen die Familienverhältnisse gestört sind (zum Beispiel, wenn das Kind Opfer elterlicher Misshandlungen ist).

Obschon sich fast alle Kantone darin einig sind, dass sich die Interessen der Kinder mit denjenigen ihrer weggewiesenen Eltern decken, ist die Mehrheit der Kantone der Ansicht, dass die Kinder in bestimmten Fällen dennoch angehört werden sollten. Beim Entscheid, ob eine Anhörung des Kindes erfolgen soll, spielt oft dessen Alter eine entscheidende Rolle. Die Kantone, die meinen, die Kinder sollten nicht angehört werden, rechtfertigen diese Auffassung damit, dass die Kinder von ihren Eltern abhängen und dass sie über kein eigenes Aufenthaltsrecht verfügen. Ganz allgemein kann man feststellen, dass die Kantone, welche die Kinder anhören, diese Praxis auch befürworten, während diejenigen Kantone, welche die Kinder nicht anhören, geteilter Ansicht sind: Die Hälfte davon ist der Überzeugung, es sei nicht nötig, sie anzuhören, die andere Hälfte meint, in gewissen Fällen sei es angebracht, sie anzuhören.

Was das internationale Recht anbetrifft, so bezieht sich die grosse Mehrheit der Kantone auf die Europäische Menschenrechtskonvention und die UNO-Kinderrechtskonvention. Nur ein Kanton bezieht sich auf die Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz. Auf interner Ebene wurden auch andere Quellen genannt, erwähnenswert sind insbesondere das Bundesgesetz über die Ausländerinnen und Ausländer, die Weisungen des SEM und die Rechtsprechung.

Wie bereits erwähnt, entspricht die Zahl der Kantone, die die Kinder anhören (wobei sich die Modalitäten der Anhörung stark unterscheiden können), fast der Zahl der Kantone, die dies nicht tun. Interessant dabei ist, dass die Mehrheit der Kantone der Ansicht ist, dass die Kinder – zumindest in bestimmten Fällen – angehört werden sollten. Zudem sind die meisten Kantone der Meinung, dass die Interessen der Kinder mit den Interessen ihrer weggewiesenen Eltern übereinstimmen, was auch der allgemeinen Haltung der Justizbehörden entspricht (vgl. die diesbezügliche Analyse der Rechtsprechung im Anhang unter Punkt 2).

2.4. Recommandations / Empfehlungen

Les recommandations listées ci-dessous se fondent sur les résultats de l'enquête menée auprès des offices cantonaux de migration par le biais d'un questionnaire en ligne et sont, par conséquent, formulées de manière relativement générales. Des entretiens personnels approfondis avec des experts cantonaux permettraient de cibler davantage les bonnes pratiques, les besoins et les failles de chaque pratique cantonale.

- Privilégier l'audition orale de l'enfant au droit d'être entendu par écrit.
- Privilégier l'audition personnelle de l'enfant à l'avis relayé par un tiers (généralement le parent).
- Eviter de partir d'un constat pré-établi sur l'avis de l'enfant sans l'entendre lui-même.
- Considérer l'enfant comme une partie de la procédure.
- Favoriser l'échange et la collaboration entre les acteurs à l'intérieur d'un canton par rapport à la participation de l'enfant dans le sens de l'art. 12 CDE.
- Favoriser et encourager l'accès à une formation sur l'audition et la participation de l'enfant pour toutes les autorités et tous les services chargés d'entendre l'enfant.
- Renforcer la mise en œuvre de l'art. 12 CDE dans le cadre d'une procédure de droit des étrangers (de droit administratif) en poursuivant l'objectif de l'égalité de traitement des enfants indépendamment du domaine juridique.

Die nachfolgenden Empfehlungen stützen sich auf die Ergebnisse der bei den kantonalen Migrationsämtern mittels Online-Fragebogen durchgeführten Befragung und sind dementsprechend relativ allgemein formuliert. Mit vertiefenden persönlichen Gesprächen mit den kantonalen Expertinnen und Experten wäre es möglich, gezielt die Best Practices, die Bedürfnisse und die Schwächen zu ermitteln.

- Der mündlichen Anhörung des Kindes den Vorrang vor der schriftlichen Meinungsäußerung geben.
- Der persönlichen Anhörung des Kindes den Vorrang vor der Vermittlung der Meinung des Kindes durch einen Dritten (in der Regel ein Elternteil) geben.
- Sich möglichst nicht auf eine bereits zuvor festgehaltene Meinung des Kindes stützen, ohne das Kind selbst anzuhören.
- Das Kind als Verfahrenspartei betrachten.
- In Bezug auf die Partizipation des Kindes im Sinne von Art. 12 KRK den Austausch und die Zusammenarbeit zwischen den Akteuren innerhalb eines Kantons fördern.
- Den Zugang zu und den Besuch einer Ausbildung über die Anhörung und Mitwirkung des Kindes für alle Behörden und Dienststellen, die mit der Anhörung von Kindern beauftragt sind, fördern.
- Die Umsetzung von Art. 12 KRK bei (verwaltungsrechtlichen) ausländerrechtlichen Verfahren fördern, mit dem Ziel, die Kinder unabhängig vom Rechtsbereich in allen Verfahren gleich zu behandeln.

V. CONCLUSIONS GÉNÉRALES / ALLGEMEINE SCHLUSSFOLGERUNGEN

Au vu de ce qui précède, entre les obligations et recommandations internationales, les bases légales nationales, la jurisprudence (contenue dans l'annexe) et les pratiques cantonales résumées et analysées, quelques conclusions s'imposent.

Le point de départ de cette étude est le droit d'être entendu de l'enfant (consacré à l'art. 12 CDE), ainsi que les Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants. À cet égard, il convient de rappeler ici en résumé les fondements du droit d'être entendu tels que contenus dans les Lignes directrices¹²⁹:

Chaque enfant a le droit d'être informé de ses droits, d'avoir un accès approprié à la justice, d'être consulté et entendu dans les procédures le concernant directement ou indirectement. Son avis doit être pris en considération, compte tenu de sa maturité et de ses éventuelles difficultés de communication, de sorte que sa participation ait un sens. En outre, les enfants devraient être considérés et traités en tant que titulaires à part entière de leurs droits et habilités à les exercer tous d'une manière qui reconnaisse leur discernement et qui prenne en compte les circonstances de l'espèce.

Sur la base de ce qui précède, un certain nombre de constats s'impose par rapport à nos enquêtes cantonales en droit civil et en droit des étrangers. Ils sont résumés comme suit¹³⁰:

Pour *la procédure et le processus de placement*¹³¹, la participation de l'enfant est contenue dans les bases légales nationales : l'audition est prévue par l'art. 314a CC et la participation est garantie de manière plus large par l'OPE ainsi que par des standards cantonaux comme PRISMA. L'audition ou la participation de l'enfant se situe à trois niveaux : au sein du Service de protection (ou autre service compétent selon le canton) dans le cadre de l'enquête sociale, devant l'APEA dans le cadre de l'audition et, enfin, au sein de l'institution de placement, ou dans la famille d'accueil¹³². Si l'enfant est en principe entendu par les services de protection et les APEA, il n'en demeure pas moins que des divergences (et certains questionnements) subsistent quant aux conditions y relatives et notamment quant aux lieux, à l'âge de l'enfant, à l'information donnée à l'enfant sur la procédure et sur son droit de participation, ainsi qu'à l'information et l'explication fournie en fin de procédure concernant la décision prise. Les enfants particulièrement vulnérables comme les enfants migrants ou ceux en situation de handicap semblent être entendus de manière adaptée tant dans les APEA que dans les services de protection. L'avis de l'enfant semble généralement être pris en considération en lien avec la maturité et non pas avec l'âge comme cela est préconisé par le Tribunal fédéral. Seul bémol, le poids donné à la parole de l'enfant ne semble pas toujours ressortir de manière transparente de la décision. La formation continue sur la participation de l'enfant pourrait être davantage encouragée tout comme l'échange entre les différents acteurs au sein d'un canton. Par ailleurs, il convient de relever l'existence de stan-

¹²⁹ Lignes directrices du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants, point III Principes fondamentaux, A. Participation (cf. chapitre II de cette étude, point 2.1)

¹³⁰ Pour un résumé détaillé de l'analyse des pratiques cantonales cf. Chapitre IV, points 1.6 (placement) et 2.3 (renvoi).

¹³¹ Pour la distinction entre les termes « procédure » et « processus » cf. ci-dessus, Chapitre IV, point 1.1 Remarques liminaires sur la procédure et le processus de placement

¹³² La participation de l'enfant au sein des institutions ou familles d'accueil, élément également très important, n'a cependant pu être relevée que de manière indirecte à travers des entretiens effectués avec les APEA et les services de protection.

dards, lignes directrices, concepts ou autres instruments (plateforme) élaborés et mis en place pour certains services et/ou autorités au niveau cantonal. Ces standards semblent déjà permettre, ou permettront à l’avenir, un fonctionnement plus harmonisé du processus et de la procédure de placement tout en accordant notamment à la participation de l’enfant une place importante durant la mise en œuvre du placement. De manière générale, l’on pourrait dire que la pratique des cantons interrogés se développe ou s’est déjà développée au-delà des conditions-cadre émises par le Tribunal fédéral.

En *procédure de droit des étrangers*, lors d’un renvoi d’un parent étranger, il n’existe pas de disposition spécifique au niveau fédéral prévoyant l’audition de l’enfant. Pour l’audition de l’enfant, les autorités cantonales se fondent sur les art. 29 al. 2 Cst. et 12 CDE, ainsi que sur les dispositions relevant du droit administratif cantonal. Bien que l’enfant ne soit qu’indirectement concerné par la procédure (puisque ce n’est pas lui qui est renvoyé), les Lignes directrices du Conseil de l’Europe, ainsi que l’art. 12 CDE, exigent tout de même que l’enfant soit entendu. Les pratiques cantonales saisies à travers le questionnaire en ligne sont divisées en deux parties, entre ceux qui entendent l’enfant, par oral ou par d’autres biais, et ceux qui ne l’entendent pas. En ce qui concerne la valeur accordée à l’opinion de l’enfant, les cantons qui saisissent cet avis estiment qu’il ne s’agit que d’un élément parmi d’autres dont il faut tenir compte dans le processus décisionnel. De manière générale, les offices cantonaux s’accordent à dire que l’intérêt de l’enfant coïncide avec celui du parent, l’argument du lien important au sein de la famille étant fréquemment invoqué dans ce sens. Un constat plus nuancé n’est avancé que pour des cas de cadre familial perturbé, où l’intérêt de l’enfant se distinguerait alors de celui du parent. Malgré ces affirmations, il est toutefois intéressant de relever que la plupart des cantons (donc également ceux qui n’entendent pas l’enfant) sont malgré tout d’avis que, dans certains cas, il serait opportun d’entendre l’enfant. Les pratiques cantonales au sujet du renvoi rejoignent la position du Tribunal fédéral qui, encore aujourd’hui, estime que l’enfant ne doit pas nécessairement être entendu personnellement, soit parce que l’avis du parent en passe d’être renvoyé et celui de l’enfant coïncideraient, soit encore parce que l’avis de l’enfant n’aurait de toute manière pas d’influence sur le jugement. Cette position n’est guère soutenable au regard de la panoplie de réflexions et recommandations contenues dans les instruments internationaux. Une telle appréciation anticipée ne permet pas de tenir compte de l’intérêt supérieur de l’enfant, tel que le requiert l’art. 3 CDE. Relevons toutefois que, malgré une jurisprudence ne reconnaissant guère le rôle de l’enfant en tant que titulaire du droit d’être entendu lors du renvoi d’un parent étranger, près de la moitié des cantons entend les enfants, ce qui est une pratique qu’il convient d’encourager. Dans cette voie, il s’agira d’effectuer à l’avenir un travail de sensibilisation, d’échange entre les acteurs au sein d’un canton et entre les cantons et de prévoir des formations sur les droits de l’enfant et les techniques d’audition au sein de ces offices. Ainsi, il reste à espérer que les offices interrogés qui n’entendent pas les enfants et qui, à l’heure actuelle, n’ont pas prévu de modifier leur pratique, développeront progressivement leur compréhension de l’enfant en tant que sujet dans cette procédure du renvoi.

S’il est reconnu que la participation de l’enfant constitue un élément primordial afin de déterminer son intérêt supérieur, de grandes différences existent selon les domaines : dans la procédure et le processus de placement en droit civil, les services et autorités interrogés témoignent d’une participation active de l’enfant, voire d’un développement vers une position plus « acteur » de l’enfant dans cette procédure, alors que dans le droit des étrangers, on est encore loin d’une compréhension et d’une intégration systématique de l’enfant et de son avis lors de la procédure de renvoi d’un parent étranger.

Enfin, un point crucial ressortant de plusieurs entretiens et surtout de l’atelier mené au sujet de cette étude lors de la conférence du CSDH du 30 août 2016 concerne la tension existant entre les différents aspects du droit d’être entendu : entre le droit de procédure d’un côté et un acte de bienveillance, de l’autre. Dans tous les développements à venir au sein des pratiques cantonales, il conviendra de garder à l’esprit que le droit d’être entendu va au-delà d’un droit de procédure et qu’il s’agit également, et avant-tout, d’un moyen d’aller à la rencontre de l’enfant et de veiller à son ressenti et ses besoins dans le sens de l’humanisme tel que le défendait déjà Janusz Korczak¹³³.

Aus dem bisher Gesagten – den internationalen Verpflichtungen und Empfehlungen, den schweizerischen Rechtsgrundlagen, der Rechtsprechung (siehe Anhang) und den untersuchten und zusammengefassten kantonalen Praktiken – ergeben sich einige Schlussfolgerungen.

Ausgangspunkt dieser Studie waren das (durch Art. 12 KRK begründete) Recht des Kindes auf Gehör sowie die Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz. Diesbezüglich seien zur Erinnerung die Grundlagen des Rechts auf Gehör, so wie sie in den Leitlinien¹³⁴ enthalten sind, zusammengefasst:

Alle Kinder haben das Recht, über ihre Rechte informiert zu werden, angemessene Möglichkeiten des Zugangs zur Justiz zu erhalten und in Verfahren, die sie betreffen oder berühren, befragt und gehört zu werden. Den Ansichten der Kinder soll in angemessener Weise Rechnung getragen werden, wobei ihr Reifegrad und alle etwaigen Kommunikationsschwierigkeiten zu berücksichtigen sind, damit diese Beteiligung sinnvoll ist. Zudem sollten Kinder als vollwertige Rechtsträger angesehen und wie solche behandelt werden. Sie sollten befugt sein, alle ihre Rechte auf eine Weise auszuüben, die ihre Fähigkeit berücksichtigt, sich eine eigene Meinung zu bilden. Dabei sollten auch die Umstände des jeweiligen Falls in Betracht gezogen werden.

In Bezug auf unsere kantonalen Erhebungen das Zivilrecht und das Ausländerrecht betreffend drängen sich einige Feststellungen auf. Sie werden wie folgt zusammengefasst:¹³⁵

Die Partizipation des Kindes beim *Platzierungsverfahren und beim Platzierungsprozess*¹³⁶ ist in den schweizerischen Rechtsgrundlagen verankert: Die Anhörung ist in Art. 314a ZGB vorgesehen und die Beteiligung in weiterem Sinne wird in der PAVO sowie in kantonalen Leitfäden wie PRISMA garantiert. Die Anhörung bzw. die Beteiligung des Kindes erfolgt auf drei Ebenen: Beim Dienst der Kinder- und Jugendhilfe (oder je nach Kanton einem anderen zuständigen Dienst) im Rahmen der Sozialabklärung, bei der KESB im Rahmen der Anhörung und bei der Einrichtung, die das Kind aufnimmt, bzw. bei der Pflegefamilie¹³⁷. Die Kinder werden zwar grundsätzlich von den Diensten der Kinder- und Jugendhilfe und den KESB angehört, es bestehen aber erhebliche

¹³³ Médecin-pédiatre et écrivain polonais, 1878-1942, qui a développé une pédagogie du respect et une école de la démocratie et de la participation de l’enfant aujourd’hui universellement reconnues.

¹³⁴ Leitlinien des Europarates für eine kindgerechte Justiz, III. Grundprinzipien, A. Beteiligung (vgl. Kapitel II dieser Studie, Punkt 2.1)

¹³⁵ Für eine ausführlichere Zusammenfassung der kantonalen Praxis siehe Kapitel IV, Punkt 1.6 (Fremdplatzierung) und 2.3 (Wegweisung).

¹³⁶ Für die Unterscheidung zwischen «Verfahren» («procédure») und Prozess («processus») vgl. Kapitel IV, Punkt 1.1 Remarques liminaires sur la procédure et le processus de placement

¹³⁷ Die Beteiligung des Kindes in der Einrichtung bzw. der Pflegefamilie, ebenfalls ein sehr wichtiges Element, konnte allerdings nur indirekt über die Gespräche, die mit den KESB und den Kinderschutzdiensten geführt wurden, erhoben werden.

Unterschiede in Bezug auf die Bedingungen der Anhörung, insbesondere in Bezug auf den Ort der Anhörung, das Alter des Kindes, die Informationen, die das Kind zum Verfahren und zu seinem Mitwirkungsrecht erhält, sowie nach Abschluss des Verfahrens die Informationen und Erläuterungen zum gefällten Entscheid. Besonders verletzte Kinder, wie Kinder mit Migrationshintergrund oder mit Behinderung scheinen sowohl von den KESB als auch von den Diensten der Kinder- und Jugendhilfe in angemessener Weise angehört zu werden. Die Meinung des Kindes scheint in der Regel gemäss seiner Reife und nicht gemäss seinem Alter, wie dies vom Bundesgericht empfohlen wird, berücksichtigt zu werden. Einziger Kritikpunkt: Aus dem Entscheid geht nicht immer klar hervor, welches Gewicht den Aussagen des Kindes eingeräumt wurde. Die Weiterbildung zum Thema Partizipation des Kindes sowie der Austausch zwischen den verschiedenen Akteuren innerhalb des Kantons sollten vermehrt gefördert werden. Andererseits ist darauf hinzuweisen, dass es Standards, Leitlinien, Konzepte oder andere Instrumente (Plattformen) gibt, die auf kantonaler Ebene für bestimmte Dienststellen und/oder Behörden ausgearbeitet wurden. Diese Standards sorgen anscheinend schon heute bzw. werden in Zukunft für eine stärkere Vereinheitlichung von Platzierungsprozess und -verfahren sorgen und dabei der Partizipation des Kindes während der konkreten Umsetzung der Platzierung einen bedeutenden Platz einräumen. Generell könnte man sagen, dass sich die Praxis der befragten Kantone über die vom Bundesgericht vorgegebenen Rahmenbedingungen hinaus entwickelt bzw. bereits entwickelt hat.

Für das *ausländerrechtliche Verfahren* zur Wegweisung eines Elternteils gibt es auf Bundesebene keine ausdrückliche Bestimmung, welche die Anhörung des Kindes vorsieht. Die kantonalen Behörden stützen sich diesbezüglich auf Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 12 KRK sowie auf die kantonalen verwaltungsrechtlichen Bestimmungen. Obschon das Kind vom Verfahren nur indirekt betroffen ist (da ja nicht das Kind selbst weggewiesen wird), verlangen die Leitlinien des Europarates sowie Art. 12 KRK dennoch, dass das Kind angehört wird. Wie die Ergebnisse des Online-Fragebogens zeigen, ist die Praxis in den Kantonen unterschiedlich. In einigen Kantonen werden die Kinder mündlich oder in anderer Form angehört, während sie in anderen Kantonen nicht angehört werden. In Bezug auf das Gewicht, das der Meinung des Kindes beigemessen wird, sind die Kantone, die diese Meinung erfassen, der Ansicht, dass es sich dabei nur um einen Faktor unter anderen handelt, die es im Entscheidungsprozess zu berücksichtigen gilt. Ganz allgemein sind sich die kantonalen Ämter darin einig, dass das Interesse des Kindes mit dem Interesse des Elternteils übereinstimmt; diesbezüglich wurde oft das Argument der wichtigen Familienbande vorgebracht. Differenzierter wird dies aber in Fällen betrachtet, in denen die Familienverhältnisse gestört sind, so dass das Interesse des Kindes nicht mit demjenigen seiner Eltern übereinstimmt. Es ist interessant festzustellen, dass trotzdem die meisten Kantone (also auch diejenigen, die das Kind nicht anhören) der Ansicht sind, in gewissen Fällen sei eine Anhörung des Kindes angebracht. Die kantonalen Praktiken bei den Wegweisungsverfahren stimmen mit der Haltung des Bundesgerichts überein, welches auch heute noch der Ansicht ist, dass das Kind nicht unbedingt angehört werden muss, entweder weil die Meinung des Elternteils, der weggewiesen werden soll, mit der Meinung des Kindes übereinstimmt, oder weil die Meinung des Kindes so oder so keinen Einfluss auf den Entscheid habe. Diese Haltung ist angesichts der zahlreichen Überlegungen und Empfehlungen in den internationalen Übereinkünften kaum vertretbar. Eine solche antizipierte Beweiswürdigung erlaubt keine Berücksichtigung des Kindeswohls, wie sie in Art. 3 KRK verlangt wird. Bemerkenswert ist allerdings, dass trotz einer Rechtsprechung, welche die Rolle des Kindes als Träger des Rechts auf Gehör im Wegweisungsverfahren gegen ihren ausländischen Elternteil kaum anerkennt, fast die Hälfte der Kantone diese Kinder anhört. Eine Praxis, die es zu fördern gilt. In diesem Sinne ist in Zukunft auf eine Sensibilisierung und auf den Austausch zwischen den Akteuren innerhalb eines Kantons sowie zwischen den Kantonen hinzuwirken und

es sind Ausbildungen zu den Kinderrechten und den Anhörungstechniken in den kantonalen Ämtern anzustreben. So bleibt zu hoffen, dass die befragten Ämter, die die Kinder nicht anhören und zurzeit auch nicht beabsichtigen, ihre Praxis zu ändern, beginnen, das Kind zunehmend als Rechtssubjekt in diesem Wegweisungsverfahren zu verstehen.

Es ist zwar allgemein anerkannt, dass die Partizipation des Kindes ein vorrangiges Element bei der Bestimmung des Kindeswohls darstellt, aber je nach Rechtsbereich gibt es grosse Unterschiede: Im zivilrechtlichen Platzierungsverfahren und Platzierungsprozess bezeugen die befragten Dienststellen und Behörden einen aktiven Einbezug des Kindes, die Entwicklung scheint sogar dahin zu gehen, dass dem Kind in diesem Verfahren eine zunehmend aktive Rolle zukommt. Im Ausländerrecht ist man hingegen noch weit davon entfernt, das Kind von ausländischen Personen im Wegweisungsverfahren gegen einen Elternteil als Rechtssubjekt in diesem Verfahren zu verstehen und das Kind und seine Meinung systematisch in das Verfahren zu integrieren.

In mehreren Gesprächen und insbesondere im Workshop zum Thema dieser Studie, der an SKMR-Konferenz vom 30. August 2016 durchgeführt wurde, wurde klar, dass einer der Knackpunkte die Spannung ist, die zwischen den verschiedenen Aspekten des Rechts auf Gehör besteht, das einerseits ein Verfahrensrecht und andererseits einen wohlwollenden Akt darstellt. Bei allen künftigen Entwicklungen der kantonalen Praktiken darf nicht vergessen werden, dass das Recht auf Gehör mehr als nur ein Verfahrensrecht ist, und dass es sich bei der Anhörung auch – und vor allem – um ein Mittel handelt, das es erlaubt, auf das Kind zuzugehen und seinem Empfinden und seinen Bedürfnissen Raum zu geben, dies im Sinne eines Humanismus, wie ihn bereits Janusz Korczak¹³⁸ vertrat.

¹³⁸ Polnischer Kinderarzt und Schriftsteller, 1878-1942, der eine auf Respekt beruhende Pädagogik und eine Schule der Demokratie mit Beteiligung der Kinder entwickelte, die heute allgemein anerkannt sind.

BIBLIOGRAPHIE

Littérature

- ALFÖLDI FRANCIS, *Evaluer en protection de l'enfance : de la théorie à la méthode*, Paris 2015.
- BIESEL KAY/ FELLMANN LUKAS/MÜLLER BRIGITTE/SCHÄR CLARISSA/SCHNURR STEFAN, *Prozessmanual. Dialogisch-systemische Kindeswohlklärung*, Bern, Februar 2017.
- BIDERBOST YVO, *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Art. 310 ZGB und Art. 314a ZGB*, in: Amstutz Marc/Breitschmid Peter/Furrer Andreas/Girsberger Daniel/Huguenin Claire/Jungo Alexandra/Müller-Chen Markus/Roberto Vito/Schnyder Anton K./Trüb Hans Rudolf (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl., 2016.
- BÜCHLER ANDREA/SIMONI HEIDI, *Kinder und Scheidung, Der Einfluss der Rechtspraxis auf familiäre Übergänge*, Zürich 2009.
- BREITSCHMID PETER, *Art. 310 ZGB*, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar*, 5. Aufl., Basel 2014.
- CANTIENI LINUS/BLUM STEFAN, *Kapitel 15: Kindesschutzmassnahmen*, in: Fountoulakis Christina/Affolter-Fringeli Kurt/Biderbost Yvo/Steck Daniel (Hrsg.), *Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht*, Zürich, Basel, Genf 2016, S. 561 ff.
- COTTIER MICHELLE, *CommFam, Protection de l'adulte*, Berne 2013, *Art. 314a CC*, in: Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (éd.), *Protection de l'adulte, Commentaire du droit de la famille (CommFam)*, Berne 2013.
- COTTIER MICHELLE, *Subjekt oder Objekt, Die Partizipation von Kindern in Jugendstraf- und zivilrechtlichen Kindesschutzverfahren*, Bern 2006 [zit.: Partizipation].
- HÄFELI CHRISTOPH, *Grundriss zum Erwachsenenschutzrecht mit einem Exkurs zum Kindeswohl*, Bern 2013.
- HOTZ SANDRA/GASSNER SYBILLE-REGINA, *Less Lost in Care: die neue Pflegekinderverordnung*, *FamPra.ch* 2013, S. 286 ff.
- JEANNERAT ELOI/MAHON PASCAL, *ad art. 112 LEtr*, in: NGUYEN MINH SON/AMARELLE CESLA, *Code annoté de droit des migrations, Volume II : Loi sur les étrangers (LEtr)*, Berne, 2017.
- LÄTSCH DAVID/HAURI ANDREA/JUD ANDREAS/ROSCH DANIEL, *Ein Instrument zur Abklärung des Kindeswohls – spezifisch für die deutschsprachige Schweiz*, *Zeitschrift für Kindes- und Erwachsenenschutz* 2015, S. 1 ff.
- MEIER PHILIPPE, *art. 310 CC*, in: Pichonnaz Pascal/Foëx Bénédicte (éd.), *Code civil I, Commentaire romand*, Bâle 2010.
- MEIER PHILIPPE/STETTLER MARTIN, *Droit de la filiation*, 5^e éd., Genève/Zürich/Bâle 2014.
- RIEDER STEFAN/BIERI OLIVER/ SCHWENKEL CHRISTOF/HERTIG VERA/AMBERG HELEN, *Evaluation Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Interface Politikstudien Forschung Beratung*, Luzern, 2016.
- RUMO-JUNGO ALEXANDRA/SPESCHA MARC, *Kindeswohl, Kindesanhörung und Kindeswille in ausländerrechtlichen Kontexten*, *AJP/PJA* 2009, S. 1103 ff.

- STÖSSEL SANDRA/GERBER JENNI REGULA, Partizipation des Kindes als Voraussetzung für einen wirksamen Kinderschutz: das Beispiel der Familien- und Heimplatzierung, FamPra.ch 2012, S. 345 ff.
- SUTTER PATRICK, Das Anhörungsrecht des Kindes in ausländerrechtlichen Bewilligungsverfahren, AJP/PJA 2006, S. 1075 ff.
- TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG/JUNGO ALEXANDRA, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich 2015.
- UEBERSAX PETER, Die EMRK und das Migrationsrecht aus der Sicht der Schweiz, in : BREITENMOSER/EHRENZELLER (Hrsg.), EMRK und die Schweiz, St. Gallen 2010, S. 203 ff.
- UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF), Implementation Handbook for the Convention for the Convention on the Rights of the Child, 3^e éd., 2007.
- VAERINI MICAELA, Guide pratique du droit de protection de l'adulte et de l'enfant, Berne 2015.
- WICHMANN NICOLE, Un ensemble de peines privatives de liberté de courte durée ne peut être assimilé à une peine privative de liberté de longue durée, in : Newsletter CSDH, du 26.10.2011.
- ZINGARO MARCO, art. 327c CC, in : Büchler Andrea/Häfeli Christoph/Leuba Audrey/Stettler Martin (éd.), Protection de l'adulte, Commentaire du droit de la famille (CommFam), Berne 2013.

Liste des documents utilisés

Comité des droits de l'enfant

- Observation générale n° 12 sur le droit de l'enfant d'être entendu, 2009, CRC/C/GC/12.
- Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, 2013, CRC/C/GC/14.

Conseil de l'Europe

- Lignes directrices du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur une justice adaptée aux enfants du 17 novembre 2010, cf. <http://www.coe.int/fr/web/children/child-friendly-justice>

Conseil fédéral suisse

- Message concernant la modification du code civil (Droit de l'adoption), FF 2015 835.

Commission fédérale pour les questions de migration

- COMMISSION FÉDÉRALE POUR LES QUESTIONS DE MIGRATION (CFM), Pratique actuelle des renvois. Rapport succinct, Berne, octobre 2010.

Canton de Neuchâtel

Guide support à l'entretien d'écoute PRISMA. Outil d'analyse du processus de placement des enfants et adolescents hors du milieu familial. Réalisé en 2015 par l'Association Neuchâteloise des Directeurs d'Institutions d'Education et élaboré par le groupe cantonal « Quality4Children ».

Canton du Valais

DÉPARTEMENT DE LA FORMATION ET DE LA SÉCURITÉ, SERVICE DES HAUTES ÉCOLES (SHE), Enquête de satisfaction auprès des jeunes placés en institution, mars 2015.

Kanton Bern

Richtlinien für die Fremdunterbringung eines Kindes. Abklärung der geeigneten Betreuungsform und des passenden Betreuungsplatzes, Kantonales Jugendamt Bern, 2015.

Standards des Kantonalen Jugendamtes Bern für die Unterbringung und Betreuung von Kindern ausserhalb ihrer Herkunftsfamilie, August 2013.

Divers

MARIE MEIERHOFER INSTITUT FÜR DAS KIND/UNICEF SCHWEIZ, Broschüre: Die Kindesanhörung - Informationsbroschüren für Kinder ab 5 Jahren, ab 9 Jahren, ab 13 Jahren und Eltern, 2014, siehe: http://www.mmi.ch/shop_mmi-produkte/kindesanhoerung.html bzw. <http://www.unicef.ch/de/so-helfen-wir/kinderrechte/kinder-haben-rechte/kinderrechte-der-schweiz>.

ANNEXE : ANALYSE DE JURISPRUDENCE

(État selon la pré-étude de mars 2016, avec quelques compléments)

1. Droit de protection de l'enfant

Sous ce chapitre est présenté un aperçu de la jurisprudence du Tribunal fédéral par rapport à l'audition de l'enfant lors d'un placement de l'enfant. Si la plupart des arrêts cités concernent le placement de l'enfant, certains arrêts issus de procédures de divorce sont également mentionnés, s'ils contiennent des argumentations de principe à ce sujet, ou si leur référence a été jugée utile afin de compléter les informations par rapport à l'audition.

Ce chapitre est structuré selon différents aspects en lien avec l'audition, à savoir l'âge de l'enfant lors de l'audition, la personne qui effectue l'audition, l'actualité et le moment de l'audition, son contenu, la valeur de l'avis de l'enfant dans la procédure, la divulgation du rapport confidentiel et l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Il se termine par une brève synthèse.

1.1. L'âge de l'enfant lors de l'audition et d'autres motifs importants permettant de renoncer à l'audition

Dans l'arrêt de principe, **ATF 131 III 553**, du 1 juin 2005, qui traite de l'audition de l'enfant lors de l'attribution de l'autorité parentale dans la procédure de divorce, le TF établit une ligne directrice par rapport à l'âge à partir duquel l'enfant peut être entendu. Au début de son raisonnement, le TF distingue entre « l'audition » prévue par la loi, qui sous-entend une expression verbale de l'enfant et une simple observation de l'enfant qui ne découle pas de la base légale. L'observation de l'enfant peut, selon le TF, constituer une source d'information parmi d'autres dans le cadre d'une expertise pédopsychiatrique et ne dépend pas d'un âge limite (consid. 1.2.2)¹³⁹. Selon le TF, l'audition ne présuppose pas que l'enfant soit capable de discernement selon l'art. 16 CC. Elle est en principe possible à partir de 6 ans révolus (consid. 1.2.3), une audition d'un enfant un peu plus jeune pouvant s'imposer toutefois, par exemple lors de l'audition d'une fratrie de plusieurs enfants et si le dernier a un peu moins de 6 ans. De plus petits enfants ne devraient en revanche pas être questionnés par rapport à l'attribution concrète de l'autorité parentale, car ils sont sujets à influences et ne peuvent pas encore se prononcer de manière indépendante (« können diese doch hierüber noch gar nicht losgelöst von zufälligen gegenwärtigen Einflussfaktoren äussern und in diesem Sinn eine stabile Absichtserklärung abgeben », consid. 1.2.2)¹⁴⁰.

Par ailleurs, l'audition de l'enfant constitue à la fois un droit de participation de celui-ci à la procédure qui le concerne et un moyen pour le juge d'établir les faits (**arrêt 5A_50/2010**, du 6 juillet 2010, consid. 2.1 ; **ATF 133 III 553**, consid. 2 non publié).

¹³⁹ ATF 131 III 553, consid. 1.2.2 « Das Gesetz spricht von einer "Anhörung", was semantisch eine verbale Äusserung des Kindes voraussetzt; die blossе "Anschauung" oder Beobachtung des Kindes wird diesem Erfordernis nicht gerecht. Folglich setzt die Anhörung ein entsprechendes Alter des Kindes voraus und insofern ist sie von der kinderpsychiatrischen Begutachtung abzugrenzen, bei der die Beobachtung des Kindes eine von mehreren Erkenntnisquellen darstellen kann und für deren Anordnung kein bestimmtes Mindestalter vorausgesetzt ist».

¹⁴⁰ Cf. aussi l'arrêt 5A_2/2016, du 28 avril 2016, consid. 2.3 par rapport à l'âge limite.

Le TF reprend de manière plus détaillée l'ensemble des points par rapport à l'âge dans l'arrêt **5A_119/2010**, du 12 mars 2010, également dans une affaire d'attribution de l'autorité parentale : « [L'âge minimum] est indépendant du fait que, en psychologie enfantine, on considère que les activités mentales de logique formelle ne sont possibles qu'à partir d'un âge variant entre onze et treize ans environ et que la capacité de différenciation et d'abstraction orale ne se développe plus ou moins qu'à partir de cet âge-là [...]. Avant cet âge-là, l'audition de l'enfant vise avant tout à permettre au juge compétent de se faire une idée personnelle et de disposer d'une source de renseignements supplémentaires pour établir l'état de fait et prendre sa décision. Pour cette raison, on ne doit pas interroger les jeunes enfants sur leurs désirs concrets quant à leur attribution à l'un ou l'autre de leurs parents, dans la mesure où ils ne peuvent pas s'exprimer à ce sujet en faisant abstraction de facteurs d'influence immédiats et extérieurs et n'arrivent pas à formuler une volonté stable (ATF 131 III 553 consid. 1.2.2 p. 557; 133 III 146 consid. 2.6 p. 150/151; arrêt 5A_482/2007 consid. 3.1, in FamPra.ch 2008 p. 424) ».

Comme indiqué ci-dessus, l'audition d'un enfant d'un peu moins de 6 ans peut être effectuée, notamment en présence d'une fratrie. Dans l'arrêt **5A_522/2009**, du 25 septembre 2009, concernant le placement dans un foyer, le TF refuse d'entrer en matière sur le grief de la requérante, mère de trois enfants, portant sur l'audition du dernier enfant de moins de 6 ans, car elle n'a pas indiqué les raisons pour lesquelles son enfant aurait tout de même dû être entendu malgré son jeune âge (consid. 2.5). Partant, le TF laisse ouverte la possibilité de surmonter la question de l'âge par une demande motivée.

Le seuil de l'âge seul ne peut donc pas être déterminant. Dans l'arrêt **5A_626/2009**, du 25 novembre 2005, concernant le placement dans une famille d'accueil, le TF a rappelé qu'il ne fallait pas appliquer les limites d'âge (6, respectivement 11 voire 13 ans) de manière schématique, mais qu'il fallait se baser sur l'état du développement de l'enfant concerné (consid. 5, avec référence à l'arrêt 5C.149/2006). L'arrêt **5A_701/2011**, du 12 mars 2012, traitant d'un placement dans une institution, indique, en se référant aux différentes étapes d'âge (avant 6 ans, entre 6 et 12 ans, après 12 ans) retenus par la jurisprudence et la doctrine, qu'il ne s'agit pas de catégories fixes et que dans le cas individuel, des divergences considérables pouvaient se dessiner selon l'état de développement individuel de l'enfant (consid. 2.2.2).

Un autre élément important dont il faut tenir compte, selon la jurisprudence du TF, est si l'enfant a déjà été entendu au préalable par des spécialistes, et si une nouvelle audition peut être utile pour l'enfant et la procédure.

Dans ce sens, l'arrêt **5A_701/2011** se prononce contre une audition, si l'enfant a déjà été auditionné à plusieurs reprises dans le cadre d'expertises et qu'une nouvelle audition aurait pour effet d'incommoder l'enfant sans qu'aucun nouvel élément n'en ressorte (avec référence à l'ATF 131 III 409, consid. 4.2.2)¹⁴¹. Dans l'arrêt **5A_463/2013**, du 26 septembre 2013, le TF est également de l'avis que les enfants qui ont déjà été entendus à plusieurs reprises dans le cadre de l'expertise, et qui ont de justesse atteint l'âge seuil de 6 ans, ne devraient pas être ré-entendus par rapport au changement de placement. Une nouvelle audition ne pourrait pas amener de points de vue entièrement neufs et, au contraire, contribuerait à incommoder les enfants de manière inutile¹⁴². Le TF a ajouté, dans ce même arrêt, qu'après la clôture de l'expertise, les avis

¹⁴¹ Cf. aussi ATF 127 III 295 consid. 2b et l'arrêt du 3 février 2015, 5A_411/2014, consid. 2.2.

¹⁴² Cf. aussi l'arrêt 5A_724/2015, du 2 juin 2016, consid. 4.3 s. selon lequel, une nouvelle audition des enfants, qui ont déjà été entendus au préalable par l'APEA au sujet des points pertinents pour la décision, aurait constitué une charge importante pour eux (« eine grosse Belastung »), raison pour laquelle il fallait y renoncer.

des enfants trouvaient une entrée dans la procédure par le biais des récits de la mère ou des autres intervenants (enseignant, responsable de l'institution, etc.).

D'autres motifs importants encore, permettant de renoncer à l'audition de l'enfant, ont été énoncés dans l'arrêt de principe mentionné en début de chapitre (**ATF 131 III 553**) : il s'agit du refus de l'enfant, de la crainte fondée de représailles contre l'enfant, d'un séjour durable de celui-ci à l'étranger, de la dégradation que pourrait causer l'audition à sa santé ainsi que l'urgence particulière des décisions. Ce qui est intéressant, notamment, est que le TF indique dans ce même arrêt de principe qu'il ne ferait pas de sens d'auditionner un enfant avec un handicap mental ou ayant un retard dans le développement qui ne permettrait pas d'accorder une signification (« Aussagewert ») à ses explications¹⁴³. En revanche, il ne saurait être admis de renoncer à l'audition de l'enfant sous prétexte d'épargner cette charge à l'enfant.

1.2. L'audition par un tiers

L'arrêt de principe traitant de l'audition de l'enfant par un tiers est l'**ATF 133 III 553** (qui concerne une procédure de divorce). L'audition par le juge-même et par le tiers mandaté se valent selon la loi (*in casu* art. 144 al. 2 aCC), mais selon la jurisprudence du TF, le juge devrait en principe effectuer l'audition lui-même et ne pas la déléguer de manière systématique à des tiers. Le TF se réfère à l'avantage de l'immédiateté d'une audition par le juge, tout en relativisant sa position, puisque le juge dispose souvent de moins de formation et d'expérience spécifiques qu'un expert (référence à l'**ATF 127 III 295**, consid. 2a et 2b). Des auditions répétées représentent dans certaines constellations (par exemple en cas de conflit de loyauté aigu) une charge insupportable pour un enfant, n'apportent aucun nouveau résultat, ou l'utilité escomptée est sans rapport raisonnable avec la charge causée par la nouvelle audition. Le juge devrait donc se baser sur les résultats de l'audition déjà effectuée par le tiers. En ce qui concerne la qualification du tiers, celui-ci doit être un expert indépendant et qualifié qui a interrogé l'enfant par rapport aux éléments décisifs pour l'affaire à juger et dont les résultats sont actuels.

Déjà dans l'**ATF 131 III 409**, du 26 avril 2005, traitant d'un placement d'un mineur à des fins d'assistance, le Tribunal fédéral indique qu'une délégation du Tribunal ou un tiers peut être mandaté, pour autant que ce soit dans l'intérêt de l'enfant, et qu'une omission d'audition pour des raisons d'urgence par exemple puisse être réparée ultérieurement par la seconde instance (consid. 4.4.2)¹⁴⁴.

Cette jurisprudence est illustrée dans plusieurs arrêts non publiés traitant de cas de placements. Notamment dans l'arrêt **5A_50/2010**, du 6 juillet 2010, concernant un placement en institution, le TF fait référence à l'audition d'un enfant par un spécialiste de l'enfance, par exemple un pédopsychiatre ou le collaborateur d'un service de protection de la jeunesse. Il considère, en se basant sur la doctrine, comme cas particulièrement délicats ceux dans lesquels les compétences d'un spécialiste sont requises pour éviter de porter préjudice à la santé de l'enfant, par exemple en cas de soupçon de relations familiales pathogènes, de conflit familial aigu et de dissension concernant le sort des enfants, de troubles reconnaissables chez l'enfant, de son âge, etc.

¹⁴³ Cf. aussi sous point 1.8, Synthèse.

¹⁴⁴ Pour la réparation de l'omission de l'audition par l'instance supérieure cf. aussi l'arrêt du 28 avril 2016, **5A_2/2016**, consid. 2.3.

Dans l'arrêt **5A_22/2011**, du 16 février 2011, le TF a renoncé à un placement en institution, mais il a reconnu – sauf dans des cas d'exception qui ne sont pas réalisées en l'espèce – que l'expertise n'était qu'une mesure probatoire parmi d'autres. Il s'ensuit que « (l)e juge doit l'ordonner lorsqu'elle apparaît comme le seul moyen de preuve idoine, en particulier lorsqu'il ne bénéficie pas de connaissances personnelles suffisantes pour se prononcer sur le bien de l'enfant, par exemple lorsque celui-ci souffre d'une maladie ou présente un comportement pathologique, ou encore lorsque le juge ne dispose d'aucun élément de preuve sur des faits pertinents pour la décision; il jouit à cet égard d'un large pouvoir d'appréciation (arrêt 5A_798/2009 du 4 mars 2010, consid. 3.1 et les références), qui trouve sa limite dans l'interdiction de l'arbitraire (ATF 127 I 38 consid. 2a p. 41 ; 124 IV 86 consid. 2a p. 88 ; 120 la 31 consid. 2a p. 38 et les arrêts cités) » (consid. 4.1).

Dans l'arrêt **5A_701/2011** (qui traite d'un placement en institution), le TF se réfère à la flexibilité de la législation par rapport à la personne qui auditionne, mais retient, en se référant à l'arrêt 5P.276/2005 que le fait qu'une expertise ait été mise en œuvre à l'occasion de laquelle l'intéressé sera entendu n'affranchit pas en soi le juge d'auditionner l'enfant lui-même. Une audition dans le cadre de l'expertise était cependant admissible¹⁴⁵.

1.3. L'actualité de l'audition et le moment de l'audition

Dans l'arrêt de principe **ATF 133 II 553** cité ci-dessus, le TF a considéré que l'instance cantonale ne pouvait plus se baser sur le rapport thérapeutique de l'experte, car celui-ci n'était plus actuel après deux ans étant donné que les conditions des plus petits enfants peuvent changer rapidement¹⁴⁶.

Une nouvelle audition s'impose également quand les auditions antérieures ne concernaient pas la même question, comme le soulève le TF dans l'arrêt **5A_50/2010** précité. Lors de modifications des circonstances, comme le fait d'envisager le placement en institution en raison de la dégradation de la situation de l'enfant, l'enfant doit pouvoir donner son opinion par rapport à ce nouvel élément qui implique un changement majeur de son cadre de vie. *In casu*, l'autorité cantonale avait refusé de réentendre l'enfant et l'enfant n'a donc pas pu se déterminer sur les éléments décisifs en relation avec la cause à juger, ce qui relève de l'arbitraire. L'autorité a procédé à une appréciation anticipée des preuves, ce qui ne saurait dispenser d'une audition de l'enfant, laquelle sert non seulement à établir l'état de fait mais permet aussi à l'intéressé de faire valoir son opinion (consid. 2.4 de l'arrêt mentionné).

Une autre question est celle du moment (idéal, propice) de l'audition dans la procédure. Au vu de de la notion du temps chez l'enfant et de la possibilité d'une évolution rapide des circonstances, l'audition doit être actuelle et avoir eu lieu à une date proche de la décision¹⁴⁷.

¹⁴⁵ „Indes ist im Auge zu behalten, dass die Anordnung eines kinderpsychiatrischen Gutachtens für sich alleine keine den gesetzlichen Anforderungen genügende Kindesanhörung darstellt (Urteil 5P.276/2005 vom 28. September 2005 E. 3.3). Zulässig ist dagegen die Befragung im Rahmen der Begutachtung (BGE 133 III 553 E. 4 S. 555)" (consid. 2.2.2).

¹⁴⁶ „(...) Im Übrigen stammt der Bericht aus der Zeit der Klageanhebung und kann bei der über zwei Jahre später erfolgten obergerichtlichen Beurteilung nicht mehr als aktuell gelten, zumal sich die Verhältnisse gerade bei kleineren Kindern schnell ändern können.“ (consid. 5).

¹⁴⁷ Cf. COTTIER, art. 314a CC n. 18 avec références au TF, FamPra.ch 2010, 955, 956 ; rem. COTTIER à propos du TF, FamPra.ch 2004, p. 711 ss, 971 ss. Ceci rend parfois une nouvelle audition nécessaire dans les procédures qui durent très longtemps (TF, 2.9.2005, 5C.51/2005, cons. 3.2) (ibid.).

1.4. Le contenu de l'audition

Selon l'arrêt **5A_354/2015**, du 3 août 2015, l'enfant doit être entendu par l'autorité elle-même ou par le tiers dans le cadre de la procédure de placement sur la question de son lieu de vie effectif, et plus particulièrement sur le placement envisagé, étant donné que celui-ci implique un changement majeur de son cadre de vie (consid. 3.2).

Par ailleurs, l'audition ne doit pas seulement avoir lieu quand une mesure (de placement) est ordonnée, mais également lors d'une levée de mesure. L'arrêt **5A_536/2007**, du 24 janvier 2008, même s'il ne traite pas d'un placement mais d'une levée de curatelle, est intéressant dans ce sens qu'il indique que les enfants concernés par la levée de la mesure devraient également être entendus sur cette question-là selon l'art. 314 ch. 1 aCC, à moins que des motifs importants permettent d'y renoncer. Donc normalement l'on ne peut y renoncer sur la base d'une appréciation anticipée des preuves (consid. 2.2).

1.5. La valeur de l'avis de l'enfant dans la procédure

Dans un arrêt plus ancien (**5C.117/2002**, du 1^{er} juillet 2002), la requérante conteste la prise en compte de la volonté des enfants âgés de 13 et 15 ans par rapport au souhait du placement qui ressort des auditions. L'instance inférieure suit à juste titre l'avis des enfants étant donné qu'ils se trouvent dans un âge où ils sont capables de se forger un avis. D'autant plus que l'expérience générale démontre qu'il faut l'existence d'une souffrance considérable jusqu'à ce qu'un enfant ou un jeune préfère un placement dans une institution au maintien de la vie dans son propre cadre familial (consid. 4.1). Il s'agit d'une décision mûre issue d'un besoin sincère et urgent.

Dans l'arrêt **5A_22/2011** précité, le TF rejette le grief de la recourante qui prétend que l'audition de l'enfant n'aurait pas été effectuée de manière suffisante, et rappelle que « (...) l'avis de celui-ci ne constituant au demeurant qu'un élément parmi ceux pris en compte par l'autorité cantonale » (consid. 4.4).

1.6. La divulgation du rapport confidentiel

Selon l'art. 314a al. 2 CC seuls les résultats de l'audition nécessaires à la décision sont consignés au procès-verbal. Cela correspond à la jurisprudence rendue à ce propos (ATF 122 I 53 consid. 4c et voir par exemple l'arrêt **5A_361/2010**, du 10 septembre 2010, par rapport à une expertise externe et l'arrêt **5A_88/2015**, du 5 juin 2015, consid. 3.3).

La constellation de l'arrêt **5A_701/2011** précité est particulière à cet égard, raison pour laquelle nous avons décidé de le relever ici. *In casu*, la commission cantonale de recours ne se base, dans sa décision sur le placement des enfants, à aucun moment sur les propos des enfants recueillis lors de l'audition, mais uniquement sur l'état de la maladie de la mère, qui constitue un risque pour le bien de l'enfant, comme le seul élément pertinent pour la décision de placement. Le TF rejette ainsi dans cet arrêt le grief de la recourante par rapport à sa demande d'accès au procès-verbal et confirme la pratique de l'instance précédente de ne pas avoir informé les parties des résultats de l'audition.

1.7. L’invocation de l’art. 12 CDE

Dans l’arrêt **5A_744/2013**, du 31 janvier 2014, le TF traite du recours d’un enfant qui porte sur la nomination d’un curateur de représentation dans le cadre de la procédure de mesures provisionnelles concernant sa garde et le placement. Ce qui nous intéresse ici, c’est que le recourant a invoqué l’art. 12 al. 1 et 2 CDE dans son argumentation. Dans le passage cité ci-dessous, le TF rappelle le contenu de l’article 12 CDE et le distingue notamment du droit de l’enfant d’être représenté :

« Dans la mesure où le recourant entend se plaindre de la violation de l’art. 12 CDE, il se méprend sur le contenu de cette norme, soit la protection du droit de l’enfant d’exprimer librement son opinion sur toute question l’intéressant. Le représentant n’est qu’un intermédiaire à cette fin, si l’audition directe de l’enfant n’est pas indiquée au vu de sa capacité à se former sa propre opinion [...]. L’art. 12 CDE garantit donc à l’enfant le droit d’exprimer son opinion dans le litige le concernant, mais ne lui confère nullement le droit de prendre des conclusions propres en qualité de partie à la procédure, ni même le droit d’être représenté dans le cadre de la cause. Or, il ressort des faits que le recourant a été entendu personnellement par la Présidente de l’autorité de première instance, hors de la présence de ses parents, en sorte que l’enfant a pu faire valoir d’une manière appropriée son point de vue. L’art. 12 CDE ne conférant à l’enfant pas de garantie allant au delà – en aucun cas le droit d’être représenté par un curateur pour exprimer son opinion, pas plus qu’il ne lui assure le droit de déposer une prise de position écrite dans le cadre de la procédure –, le grief de violation de la Convention relative aux droits de l’enfant doit donc être rejeté. Dès lors et contrairement à ce que soutient le recourant – âgé de neuf ans à l’époque de la procédure devant l’autorité précédente –, le point de savoir s’il devait être considéré comme un enfant capable de se forger une opinion propre, ce qui correspond à la notion de discernement au sens de l’art. 16 CC (ATF 131 III 553 consid. 1.1 p. 554 et les références), n’a donc pas à être examiné. » (consid. 3.3).

Dans un autre arrêt, **5A_746/2014**, du 30 avril 2015, portant sur un cas de placement, le TF s’est demandé si l’art. 12 CDE était un droit constitutionnel, étant donné que la recourante n’avait pas invoqué le grief de l’interdiction de l’arbitraire¹⁴⁸.

Le TF résume les éléments pour l’existence d’un droit constitutionnel (protection du citoyen contre des interventions étatiques, besoin de protection juridique, justiciabilité). Il indique, par ailleurs, que la qualité de norme self-executing qui a été affirmée par le TF pour l’art. 12 CDE n’a pas d’impact sur la question de savoir s’il s’agit d’un droit constitutionnel. Selon la jurisprudence du TF, l’art. 12 CDE ne fournit pas de protection allant au delà du droit national. Le TF a ainsi conclu, qu’au vu de la réglementation partiellement plus large du droit d’être entendu dans le droit interne, notamment à l’art. 298 CPC, il n’existait pas de besoin de protection juridique et qu’il n’y avait ainsi pas de raison de qualifier l’art. 12 CDE en tant que droit constitutionnel.

1.8. Synthèse et questionnements

Le Tribunal fédéral a établi une ligne directrice concernant l’âge de l’enfant dans le cadre de l’audition. Il établit l’âge minimum de l’audition à 6 ans et indique que la logique formelle serait acquise aux environs de 12 ans. Avant l’âge de 6 ans, l’enfant peut être entendu dans le cadre

¹⁴⁸ Pour une critique de cet arrêt cf. MEIER/HÄBERLI, RMA 2015, 261, p. 266.

d'une fratrie. Le TF signale cependant que ces limites d'âge ne doivent pas être appliquées de manière schématique et qu'il s'agit de prendre en compte le développement de chacun, notamment au vu de la grande variabilité existante entre des enfants du même âge. Cependant, jusqu'à l'âge de 12 ans, l'audition est une source d'information permettant de se faire une idée de la situation personnelle de l'enfant. Ce n'est qu'à partir de 11-12 ans que l'enfant capable de discerner participe, à travers son audition, de manière active en tant que sujet de droit à la procédure.

Le TF comprend l'audition au sens de l'art. 314a CC en tant qu'expression *verbale* de l'enfant (ou comme expression à travers son représentant-e) et exclut de ce fait l'observation de l'enfant plus petit comme source d'information directe, à moins que celle-ci ne fasse partie (parmi d'autres éléments) d'une expertise pédopsychiatrique. Au vu des considérations et réflexions contenues dans l'Observation générale n° 12 du Comité des droits de l'enfant, portant sur l'art. 12 CDE, cette compréhension est trop restrictive puisque la mise en œuvre intégrale de cet article exige également la reconnaissance de formes non-verbales de communication¹⁴⁹.

Un autre point plus préoccupant est la position du TF à l'égard de l'audition d'un enfant en situation de handicap ou avec un retard de développement. En effet, le TF indique qu'il ne ferait pas de sens de procéder à une telle audition étant donné que le handicap ou le retard ne permettrait pas d'accorder de signification à l'expression d'un tel enfant. Ceci, alors qu'une audition adaptée aux besoins particuliers permettrait de prendre en compte l'expression de ces enfants, ce qu'exige par ailleurs l'égalité de traitement et le principe de non-discrimination contenus à l'art 8 de la Constitution fédérale¹⁵⁰.

La délégation de l'audition à un tiers, telle qu'elle est prévue par la loi, ne devrait pas avoir lieu systématiquement. Elle n'est indiquée que dans des situations particulières où des compétences spécifiques sont requises, compétences que le membre de l'autorité de protection de l'enfant ne possède pas toujours. Cette jurisprudence, analysée en relation avec la recommandation de ne pas procéder à des auditions multiples afin de ne pas incommoder l'enfant, nous met donc devant un dilemme. En effet, sur quoi le membre de l'autorité de protection de l'enfant se base-t-il afin de connaître suffisamment l'enjeu de la situation de l'enfant, qui exigerait éventuellement la délégation à un-e expert-e externe, sans toutefois avoir entendu l'enfant au préalable ? Les membres de l'autorité de protection de l'enfant disposent-ils d'une formation interdisciplinaire en matière de psychologie du développement de l'enfant et de techniques de l'audition, formation requise par les bases légales internationales¹⁵¹ pour tous les professionnels travaillant avec les enfants ? Ou existe-t-il un besoin d'amélioration de la formation interdisciplinaire des membres de l'autorité de protection de l'enfant afin de mieux comprendre ces enjeux, et de pouvoir ainsi déléguer l'audition au bon moment aux personnes compétentes lorsque cela est nécessaire ?

Un autre point qui est ressorti de cet aperçu de la jurisprudence est la nécessité de l'actualité de l'audition et du rapport de l'expert. Dans l'arrêt cité (ATF 133 II 553), un rapport d'expert vieux de deux ans ne dispose plus de l'actualité requise. Une nouvelle fois, la question pourrait se poser de manière suivante : comment, dans la pratique, les autorités traitant des situations de place-

¹⁴⁹ CRC/C/GC/12, Observation générale n° 12, ch. 21 (cf. également sous chapitre II. Bases légales internationales, point 1.1).

¹⁵⁰ Cf. COTTIER, art. 314a CC, n. 15.

¹⁵¹ Cf. notamment Chapitre II Bases légales internationales, point 2.1, Lignes directrices sur une justice adaptée aux enfants du Conseil de l'Europe.

ment prennent conscience de la rapidité de l'évolution et du développement d'un enfant ? Quelles connaissances sont ou seraient requises afin d'évaluer l'actualité de ces critères avant de renoncer à une nouvelle audition ?

Un dernier point mérite d'être mentionné : la valeur de l'avis de l'enfant dans la procédure de décision. A cet égard, le TF met en relation la capacité de discernement (*in casu* des enfants de 13 et 15 ans) et la prise en compte de leur avis. La question se pose si, dans la pratique, la prise en compte de l'avis de l'enfant dans la procédure de décision grandirait progressivement avec l'évolution effective de ses capacités ou est-ce que plutôt une limite d'âge fixée par la jurisprudence (*in casu* 12 ans) serait déterminante pour que l'on prenne en compte l'avis de l'enfant concernant son placement, pour autant que cela reste dans son intérêt ?

Par ailleurs, cette analyse nous amène également et de manière plus générale à constater que la jurisprudence du Tribunal fédéral concerne en premier lieu l'audition de l'enfant dans le cadre des procédures de placement devant l'autorité de protection en application des articles 310 et 314b CC. En revanche, concernant la mise en œuvre de l'Ordonnance sur le placement d'enfants (OPE), qui prévoit la participation de l'enfant à différents stades du placement et notamment au sein de l'institution ou de la famille nourricière¹⁵², il n'existe pas de jurisprudence au niveau fédéral à ce jour.

On le constate, il existe donc, malgré l'existence de bases légales nationales en matière de l'audition de l'enfant lors d'un placement en droit civil, des questions ouvertes par rapport à la mise en œuvre de ce droit.

2. Droit des étrangers

2.1. Remarques liminaires

Plusieurs arrêts du Tribunal fédéral et, dans une moindre mesure, du Tribunal administratif fédéral traitent de la question de l'audition de l'enfant en procédure de droit des étrangers sur la base de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Pour l'étude, seule une sélection d'arrêts est présentée ici. La plupart des arrêts portent sur le renvoi d'un parent étranger, et par conséquent la séparation d'avec son enfant. Toutefois, certains arrêts touchant à la question du regroupement familial sont également mentionnés lorsqu'ils apportent un éclairage ou un élément supplémentaire.

Les arrêts du Tribunal fédéral sont présentés dans un ordre chronologique. Un seul arrêt du Tribunal administratif fédéral, particulièrement détaillé, est exposé dans cette étude. Il l'est à la fin du chapitre ci-dessous, consacré aux exemples d'arrêts pertinents.

2.2. Exemples d'arrêts pertinents

C'est dans l'**ATF 124 II 361**, du 23 juin 1998 (qui concerne un cas de regroupement familial et pas de renvoi d'un parent), que le Tribunal fédéral se positionne pour la première fois sur l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant en lien avec le droit des étrangers. Il le fait dans

¹⁵² Art. 1a, art. 10 al. 3 et 16 al. 1 let. c OPE; cf. Chapitre III. Bases légales nationales, point 1.2.2.

les termes suivants : « Der Beschwerdeführer beruft sich weiter auf Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention, wonach die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zusichern, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten bzw. Gerichts- oder Verwaltungsverfahren unmittelbar oder durch einen Vertreter oder eine geeignete Stelle frei zu äussern und angehört zu werden. Dieses Recht gilt grundsätzlich auch in fremdenpolizeilichen Verfahren [...]. Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention ist unmittelbar anwendbar (BGE 124 III 90 E. 3a), und der Beschwerdeführer kann sich somit darauf berufen. Grundsätzlich wären die Kinder bei der vorliegenden Ausgangslage zwar eher bereits im zivilrechtlichen Verfahren über die Zuteilung des Sorgerechts anzuhören gewesen, wobei freilich offenbleiben kann, ob dies stattgefunden hat und ob die UNO-Kinderrechtskonvention von Pakistan ratifiziert worden ist. So oder so schliesst dies die allfällige Notwendigkeit einer Anhörung im schweizerischen fremdenpolizeilichen Verfahren nicht von vornherein aus. Indessen ist das Kind auch nach der Kinderrechtskonvention nicht zwingend persönlich (mündlich), sondern lediglich in angemessener Weise anzuhören. Die Anhörung kann je nach der zu behandelnden Problematik und den Umständen des Einzelfalles auch schriftlich oder über einen Vertreter vorgenommen werden [...]. Im vorliegenden Fall hat sich die älteste Tochter in zwei Briefen, die dem Verwaltungsgericht vorlagen, geäussert. Zudem kann im Sinne des Antrags des Beschwerdeführers davon ausgegangen werden, dass er selber den Standpunkt der Kinder vertritt und diese somit einen Wechsel in die Schweiz grundsätzlich ebenfalls befürworten. Die Anforderungen von Art. 12 der UNO-Kinderrechtskonvention erweisen sich damit als erfüllt » (consid. 3c).

On peut retenir de cette première jurisprudence que s'il existe bien un droit de l'enfant à être entendu dans le cadre d'une procédure en droit des étrangers, ce droit ne signifie pas forcément que l'enfant doit être entendu personnellement ou oralement (cette dernière condition du droit d'être entendu oralement n'est d'ailleurs pas propre au droit des étrangers). Cette obligation internationale est, selon le Tribunal fédéral, respectée si l'intéressé a pu s'exprimer par écrit ou si son opinion a pu être exprimée par un tiers le représentant.

Dans un arrêt **2A.348/2005**, du 20 avril 2005, concernant l'expulsion d'un ressortissant originaire de Serbie-Monténégro, le Tribunal fédéral s'est prononcé de manière détaillée sur la question du droit d'être entendu de l'enfant dans la cadre d'une procédure administrative. Après avoir rappelé le contenu de l'art. 12 CDE et son application directe en droit suisse, le Tribunal fédéral poursuit ainsi en ce qui concerne la procédure du droit des étrangers : « Die Anhörung ist ein Persönlichkeitsrecht des Kindes [...], welches grundsätzlich auch in fremdenpolizeilichen Verfahren, die das Kind "berühren", zu beachten ist (vgl. BGE 124 II 361 E. 3c S. 368 mit Hinweisen). Die Anhörung muss nicht notwendigerweise in jedem Fall mündlich erfolgen, sondern es kann genügen, wenn der Standpunkt des Kindes sonstwie in tauglicher Weise, zum Beispiel durch eine Eingabe seines Vertreters, Eingang in das Verfahren gefunden hat (BGE 124 II 361 E. 3c S. 368 mit Hinweisen, Urteil 1P.549/2001 vom 11. Januar 2002, in Pra 2002 Nr. 99 S. 571 ff.) » (consid. 4.1). Le Tribunal poursuit ainsi : « Das Verwaltungsgericht erachtete diese Konventionsgarantie im Bereich des Ausländerrechts nur für Verfahren anwendbar, in denen über den Aufenthaltsort des Kindes oder einer Betreuungsperson zu befinden ist, nicht dagegen bei der Ausweisung eines nicht sorgeberechtigten Elternteils. Der Beschwerdeführer misst diesem konventionsrechtlichen Gehörsanspruch eine weiter gehende Tragweite bei; er müsse bei allen das Kindesinteresse berührenden Anordnungen beachtet werden. Vorliegend werde der Sohn durch die Ausweisung des Vaters in seinen Interessen berührt, indem die künftigen Kontaktmöglichkeiten zum Vater auf dem Spiele stünden » (consid. 4.2).

Le Tribunal précise qui est titulaire du droit garanti par l'art. 12 et constate que bien qu'il s'agisse du droit de l'enfant, le parent concerné peut aussi avoir un intérêt digne de protection : « Träger der Konventionsgarantie von Art. 12 KRK ist das Kind, welches diesen Anspruch selber oder durch seinen gesetzlichen Vertreter geltend machen kann (Urteil 2P.7/2001 vom 5. Dezember 2001, E. 1d). Dem Beschwerdeführer kann aber im vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren ein schutzwürdiges eigenes Interesse im Sinne von Art. 103 lit. a OG an der Befolgung dieser Verfahrensvorschrift bzw. an der Einhaltung der seinem Sohn zustehenden Konventionsgarantie nicht abgesprochen werden, weshalb auf die aufgeworfene Frage einzutreten ist » (consid. 4.3).

Par la suite, le Tribunal fédéral développe ce que comprend, selon lui, l'expression « toute question intéressant l'enfant ». Il estime ainsi que « Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 1 KRK - "in allen das Kind berührenden Angelegenheiten" - lässt für die Bestimmung des Anwendungsbereiches dieses speziellen konventionsrechtlichen Gehörsanspruches einen Beurteilungsspielraum offen. Der Anspruch setzt zunächst voraus, dass das Kind überhaupt fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden. Sodann können die Interessen eines Kindes in vielerlei Verwaltungs- und Gerichtsverfahren in irgendeiner Weise "berührt" sein, ohne dass sich deswegen eine Anhörung des Kindes sachlich rechtfertigen würde. Der konventionsrechtliche Anhörungsanspruch muss sich vernünftigerweise auf Verfahren beschränken, in denen persönlichkeitsrelevante essentielle eigene Interessen des Kindes unmittelbar auf dem Spiele stehen, wie dies insbesondere etwa bei Trennung des Kindes von seiner Familie (vgl. Art. 314 ZGB [Verfahren bei Kindesschutzmassnahmen]) oder beim Entscheid über das Sorgerecht bei Ehescheidung (vgl. Art. 144 ZGB) der Fall ist. Im Ausländerrecht kann dieser Anspruch namentlich in Verfahren zum Zuge kommen, in denen das Aufenthaltsrecht eines Kindes oder einer für es sorgenden Betreuungsperson in Frage steht. Wenn es sich um eine lebendige und wichtige persönliche Beziehung handelt, kann allenfalls auch die drohende Unterbrechung oder Erschwerung der Kontaktmöglichkeiten mit einem nicht betreuungsberechtigten Elternteil oder sonstigen Familienmitglied die Interessen des Kindes derart berühren, dass diesem aufgrund von Art. 12 Abs. 1 KRK eine Äusserungsmöglichkeit eingeräumt werden muss » (consid. 4.4).

Enfin, en l'espèce, le Tribunal fédéral conclut qu'en raison de la relation non effective entre le père et l'enfant, les intérêts de l'enfant ne sont pas touchés de telle manière qu'une audition aurait dû être requise : « Gemäss den verbindlichen Feststellungen des Verwaltungsgerichts [...] ist der Kontakt des Beschwerdeführers zu seinem Sohn "seit mehreren Jahren unterbrochen" [...]; es besteht zwischen den beiden, wie ausgeführt [...], seit mehr als zwei Jahren keine regelmässige und intakte Beziehung mehr. Wiewohl der Beschwerdeführer selber an einem Wiederaufleben der Beziehung zu seinem Sohn ernsthaft interessiert sein mag und auch für das Kind die Aufrechterhaltung der Kontaktmöglichkeiten zum Vater trotz des gespannten Verhältnisses zwischen den Eltern nicht zum Vornherein jeder Bedeutung entbehren dürfte, konnte das Verwaltungsgericht unter den geschilderten Umständen vertretbarerweise annehmen, die persönlichen Interessen des Kindes seien nicht in einer Weise unmittelbar betroffen, dass dessen Anhörung konventionsrechtlich gefordert gewesen wäre » (consid. 4.5). Dans sa lancée, le Tribunal affirme encore que du point de vue du droit de la preuve, renoncer à une audition de l'enfant, n'est pas criticable non plus : « Der Verzicht auf eine Einvernahme des Kindes lässt sich auch beweisrechtlich nicht beanstanden. Der Richter kann das Beweisverfahren schliessen, wenn er aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und er ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass diese seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde (BGE 122 II 464 E. 4a). Vorliegend war dem Verwaltungsgericht der Umstand, dass im Rahmen eines Verfahrens betreffend Abänderung des Schei-

dungsurteils "im Frühjahr 2005" ein Gespräch zwischen Vater und Sohn stattfinden sollte, bekannt. Das Gericht durfte aufgrund antizipierter Beweiswürdigung sowie der gegebenen Rechtslage jedoch zulässigerweise davon ausgehen, dass den allfälligen Aussagen des Sohnes nichts zu entnehmen wäre, was das Ergebnis der vorgenommenen Interessenabwägung wesentlich zu beeinflussen bzw. zu ändern vermöchte » (consid. 5).

L'arrêt **2A.423/2005**, du 25 octobre 2005, concerne également une personne originaire de Serbie-Monténégro dont l'autorisation de séjour n'est plus prolongée. Dans son recours, l'intéressé invoque la relation étroite qu'il entretient avec ses filles (dont il vit séparé). Le Tribunal fédéral se détermine ainsi : « Da gegen den Beschwerdeführer keine Ausweisung ausgesprochen wird, kann er sein Besuchsrecht gegenüber den Töchtern im Rahmen von Kurzaufenthalten in der Schweiz weiterhin ausüben. Selbst wenn man annehmen will, dass die beiden Töchter durch die Erschwerung der Kontaktmöglichkeiten zum Vater im Sinne von Art. 12 Abs. 1 KRK in persönlichkeitsrelevanten essentiellen Interessen betroffen werden, wäre der konventionsrechtliche Anhörungsanspruch im Ergebnis gewahrt, indem das Interesse der Kinder, wie das Verwaltungsgericht zulässigerweise annehmen durfte, durch die Vorbringen des Beschwerdeführers hinreichend in das Verfahren eingeflossen ist. Anders wäre der Verzicht auf die persönliche Anhörung konventionsrechtlich zu beurteilen, wenn die genaue Kenntnis des Standpunktes der Kinder aufgrund der Sachlage einen Einfluss auf das Ergebnis der vorzunehmenden Interessenabwägung haben könnte. Ein derartiger Grenzfall ist hier aber nicht gegeben ; dass der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine weitere Aufenthaltsbewilligung geltend machen kann, ergibt sich nach dem Gesagten unabhängig von den möglichen Erklärungen der Kinder » (consid. 5.4).

L'arrêt **2A.513/2006**, du 1^{er} novembre 2006, traite du cas d'un ressortissant sri lankais pour lequel un délai de départ a été fixé. L'intéressé recourt contre cette décision en invoquant notamment la relation qu'il entretient avec sa fille mais aussi le droit de celle-ci à être entendue dans le cadre de la procédure, en vertu de l'art. 12 de la Convention des Nations Unis relative au droit de l'enfant. Sur ce point, le Tribunal fédéral se prononce de la façon suivante : « [c]ette disposition garantit à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer son opinion librement sur toute question l'intéressant, notamment dans les procédures judiciaires ou administratives. Le Tribunal fédéral admet qu'un enfant peut être entendu dès qu'il a six ans révolus (ATF 131 III 553, consid. 1), non seulement dans le cadre d'une procédure civile (art. 144 al. 2 ou 314 CC), mais également en matière de police des étrangers, lorsqu'un droit de séjour de l'enfant ou celui d'une personne s'occupant de lui est en cause (arrêt précité 2A.423/2005, consid. 5.3). Toutefois, dans ce dernier cas, il se justifie de renoncer à l'audition lorsque la connaissance exacte de son opinion ne saurait influencer la pesée des intérêts en présence (arrêt précité 2A.423/2005, consid. 5.4). Or cette circonstance est précisément réalisée en l'espèce, de sorte que l'audition de la fille du recourant n'aurait rien apporté de plus que les interventions par dessins ou bribes de phrases qu'elle a faites dans la procédure » (consid. 2.4).

Dans l'arrêt **2A.450/2006**, du 21 décembre 2006, le Tribunal fédéral rappelle dans un premier temps son interprétation habituelle de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant et son application dans la procédure du droit des étrangers, tout en précisant que : « Die Anhörung muss indessen nicht notwendigerweise in jedem Fall mündlich erfolgen, sondern es kann genügen, wenn der Standpunkt des Kindes sonst wie in tauglicher Weise, zum Beispiel durch eine Eingabe seines Vertreters, Eingang in das Verfahren gefunden hat (BGE 124 II 361 E. 3c S. 368 mit Hinweisen; Urteil 2A.348/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1) » (consid. 4.1).

Le Tribunal fédéral poursuit en affirmant que, dans le cas d'espèce, le droit d'être entendu de l'enfant est respecté, notamment parce que sa mère a donné par écrit le point de vue de l'enfant :

« Die Vorinstanz nahm zu Recht an, dass die Interessen der schweizerischen Tochter angemessen ins Verfahren eingebracht werden konnten. Die Mutter der Tochter hatte offensichtlich vom Verfahren Kenntnis und hat den Standpunkt des Kindes mit im vorinstanzlichen Beschwerdeverfahren eingereichtem Schreiben vom 23. Februar 2006 an den damaligen Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bekannt gegeben. Das Verwaltungsgericht durfte daher davon ausgehen, dass die Rechte des Kindes rechtsgenügend wahrgenommen wurden. Im Übrigen wird nicht bestritten, dass eine Vater-Tochter-Beziehung besteht und dass die Kontaktmöglichkeiten im Fall der Ausreise des Beschwerdeführers erheblich erschwert würden. Die Vorinstanz durfte daher zudem in vorweggenommener Beweiswürdigung (vgl. BGE 122 II 464 E. 4a) annehmen, auch eine persönliche Anhörung des damals noch nicht achtjährigen Kindes vermöchte den Schluss, dass der Beziehung zwischen Vater und Tochter die erforderliche besondere Intensität abgeht, nicht massgeblich zu relativieren. Der Verzicht auf eine Anhörung des Kindes lässt sich somit weder konventionsrechtlich noch beweisrechtlich beanstanden » (consid. 4.2).

Dans une affaire du 24 janvier 2007, **2A.473/2006**, le Tribunal a estimé que le droit d'être entendu découlant de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant était respecté dans la mesure où l'enfant avait notamment pu s'exprimer par écrit : « Der Beschwerdeführer bringt vor, der angefochtene Entscheid sei in Verletzung von Art. 12 der Kinderrechtskonvention [...] ergangen, weil der betroffene minderjährige Sohn aus erster Ehe sich im vorliegenden Verfahren nicht habe äussern können. [...] In Konstellationen wie der vorliegenden kann dabei die genannte Garantie auch vom nicht sorgeberechtigten Elternteil - wiewohl nicht selber Rechtsträger - angerufen werden (vgl. Urteile 2A.423/2005 vom 25. Oktober 2005, E. 5, bzw. 2A.348/2005 vom 21. Oktober 2001, E. 4). Selbst wenn vorliegend davon ausgegangen würde, dass der minderjährige Sohn aus erster Ehe durch die Erschwerung der Kontaktmöglichkeiten zum Vater im Sinne von Art. 12 KRK in persönlichkeitsrelevanten essentiellen Interessen betroffen wird, wäre der konventionsrechtliche Gehörsanspruch im Ergebnis gewahrt, indem das Kindesinteresse durch die Vorbringen des Beschwerdeführers hinreichend in das Verfahren eingeflossen ist. Dazu kommt, dass die Kinder aus erster Ehe sich mit Schreiben vom 10. August 2005, welches zu den fremdenpolizeilichen Akten genommen wurde, ausführlich zur streitigen Massnahme äussern konnten. Eine Verletzung von Art. 12 KRK liegt damit nicht vor » (consid. 3.4).

Dans un arrêt publié du 15 janvier 2010 (**ATF 136 II 78**) – relatif cette fois au regroupement familial partiel –, le Tribunal fédéral réitère les principes généraux qu'il a déduit de l'art. 12 CDE dans le cadre de son précédent arrêt publié (ATF 124 II 361). Il affirme en effet que « l'art. 12 CDE, qui garantit à l'enfant capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, [...] ne lui confère pas le droit inconditionnel d'être entendu oralement et personnellement dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant. Il garantit seulement qu'il puisse faire valoir d'une manière appropriée son point de vue, par exemple dans une prise de position écrite de son représentant » (consid. 4.8¹⁵³).

¹⁵³ Le consid. 4.8 renvoie à l'ATF 124 II 361 consid. 3c, ainsi qu'à l'arrêt 6B_133/2007 du 29 mai 2008 consid. 3.3.1. Ce dernier arrêt, bien que ne touchant pas à la question du renvoi en droit des étrangers (il s'agissait d'une poursuite pénale pour contrainte sexuelle et lésions corporelles) est intéressant du point de vue des précisions qu'il apporte quant au droit de l'enfant d'être entendu. Au considérant 3.3.1, on peut d'abord lire ce qui ressort de l'ATF 124 II 361, à savoir que l'art. 12 CDE : « ne confère pas à l'enfant le droit inconditionnel d'être entendu oralement et personnellement dans toute procédure judiciaire ou administrative l'intéressant. Elle garantit seulement qu'il puisse faire valoir d'une manière appropriée son point de vue, par exemple dans une prise de position écrite de son représentant ». Il y est précisé que « [l]a portée du droit d'être entendu que l'art. 12 ch. 1 CDE reconnaît à l'enfant et l'obligation correspondante, découlant de l'art. 12 ch. 2 CDE, de lui en donner la possibilité s'apparentent à celles qui, en droit civil interne, découlent de l'art. 144 al. 2 CC, res-

Dans un arrêt du **2C_746/2009**, du 16 juin 2010, le Tribunal fédéral s'est arrêté de manière détaillée sur la question de l'audition des enfants dans le cadre d'une procédure de renvoi. Le cas concerne une famille originaire du Kosovo au bénéfice d'une autorisation d'établissement. Le père, suite à un grave accident à sa main droite, n'a plus pu travailler. Jusqu'à cet accident, il avait été condamné à quatre reprises pour des infractions à la loi sur la circulation routière, puis, après l'accident, il a fait l'objet d'une condamnation pour trafic de stupéfiants et s'est vu révoquer son autorisation d'établissement et impartir un délai pour quitter la Suisse. L'intéressé a recouru contre la décision du Département de l'intérieur du canton de Vaud auprès de la Cour de droit administratif et public du Tribunal cantonal vaudois. Celle-ci a rejeté le recours et a, au surplus, « refusé la tenue d'une audience réclamée par les recourants en vue notamment de faire entendre leurs enfants » (faits, lettre B). Le recourant se plaint notamment d'une violation de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant et « considère que l'arrêt attaqué ne pouvait écarter l'audition de ses enfants du fait que ceux-ci se seraient exprimés au travers d'un représentant, en l'occurrence leur père » (consid. 4). Statuant dans le cadre d'un recours en matière de droit public, le Tribunal fédéral s'est positionné de la manière suivante : « [l]art. 12 CDE est une norme directement applicable, dont le recourant peut soulever la violation devant le Tribunal fédéral [...]. Il ressort de son alinéa 1 que les États parties garantissent à l'enfant qui est capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant. Pour sa part, l'art. 12 al. 2 CDE prévoit que les enfants peuvent être entendus soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. Lorsque la procédure est essentiellement écrite, comme en matière de droit des étrangers, la CDE n'impose pas obligatoirement que l'enfant soit entendu personnellement et oralement, à condition toutefois que son point de vue puisse s'exprimer de façon appropriée, c'est-à-dire soit par une déclaration écrite de l'enfant lui-même soit par l'intermédiaire d'un représentant ([...]). Selon la jurisprudence en matière de droit des étrangers, la représentation des enfants peut se faire par l'intermédiaire du ou des parents parties à la procédure, à condition que ceux-ci fassent suffisamment valoir les intérêts propres à leurs enfants (notamment, arrêts 2C_372/2008 du 25 septembre 2008 consid. 2 et 2C_656/2007 du 6 mars 2008 consid. 2.1). La justification en est que, dans ces situations et contrairement à ce qui peut se produire par exemple dans une procédure de divorce ou de séparation, les intérêts des deux parents et ceux de l'enfant coïncident (cf. arrêts 2A.615/2005 du 14 mars 2006 consid. 4 et 2A.573/2005 du 6 février 2006 consid. 3.2) » (consid. 4.1).

Le Tribunal fédéral ajoute : « [c]ertains auteurs considèrent que l'interprétation de l'art. 12 CDE par le Tribunal fédéral en matière de droit des étrangers est trop restrictive, en particulier parce qu'elle admet de manière générale la représentation parentale ([références]). Il n'y a pas lieu

pectivement de l'art. 314 ch. 1 CC [avec référence notamment à l'ATF 131 III 553 consid. 1.1] ». Le Tribunal fédéral ajoute encore qu'« il résulte que le droit d'exprimer librement son opinion que l'art. 12 ch. 1 CDE garantit à l'enfant n'équivaut pas à un droit d'être entendu au sens procédural, tel qu'il peut notamment être déduit de l'art. 29 al. 2 Cst. Il s'agit, comme cela résulte du texte de l'art. 12 CDE, d'un droit d'exprimer librement son opinion ou, autrement dit, de faire valoir son point de vue, non pas d'un droit de participer à la procédure judiciaire à l'instar d'une partie, avec les prérogatives liées à ce statut, telles que le droit de fournir des preuves, de participer à l'administration des preuves et de se déterminer sur le résultat de celle-ci. L'audition de l'enfant doit par ailleurs se faire de manière appropriée, en fonction notamment de son âge, de ses capacités et de son degré de maturité, non pas selon des règles rigides. Autant que possible, l'enfant sera entendu directement par le juge ou l'autorité. Suivant les circonstances, il pourra cependant se justifier de le faire entendre par un tiers, tel que son représentant ou un spécialiste de l'enfance. Ce qui est en définitive déterminant, c'est que l'enfant puisse s'exprimer sur toute question l'intéressant et qu'il puisse le faire librement, les modalités de son audition devant être adaptées à ce but » (consid. 3.3.2).

d'entrer plus avant dans cette problématique, car lorsque, comme en l'espèce, un membre d'une famille est frappé d'une mesure d'éloignement, les intérêts des parents et des enfants à ne pas être séparés coïncident a priori. Dans ce cas, la représentation parentale est admissible pour autant que la procédure démontre que le ou les parents parties ont suffisamment fait valoir les intérêts propres à leurs enfants. Cette interprétation de l'art. 12 CDE ne va du reste pas à l'encontre de la position émise par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, qui reconnaît que le représentant le plus évident de l'enfant est le ou les parents, tout en soulignant les risques de conflit d'intérêts (Comité des droits de l'enfant, Nations Unies, Observation générale n° 12 [2009], Le droit de l'enfant d'être entendu, p. 10 n. 36) » (consid. 4.2).

Le Tribunal fédéral conclut qu'« [e]n l'espèce, il a été constaté que le père avait largement invoqué, dans la procédure cantonale, les "conséquences désastreuses" que pourrait entraîner la décision litigieuse pour le développement de ses quatre enfants. En outre, le dossier contient notamment une lettre non datée émanant de l'épouse du recourant et signée par les enfants, dans laquelle ils expriment leur position. Au demeurant, le recourant n'indique pas ce que l'audition de ses enfants aurait pu révéler de déterminant qui ne figurerait pas déjà à la procédure. Aucun élément ne permet de conclure que le recourant n'aurait pas suffisamment fait valoir les intérêts de ses enfants. Partant, le refus du Tribunal cantonal d'entendre ceux-ci ne s'avère pas contraire à l'art. 12 CDE » (consid. 4.3).

Quelques mois plus tard, le Tribunal fédéral rend un arrêt **2C_323/2010**, du 11 octobre 2010, concernant un ressortissant franco-kosovar, qui reprend les mêmes considérants que ceux mentionnés ci-dessus : dans cette affaire, le « recourant se plaint, en premier lieu, de la violation de l'art. 12 de la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant ([...]). Il considère que les premiers juges ne pouvaient écarter l'audition de ses enfants au motif que ceux-ci se seraient exprimés au travers d'un représentant, en l'occurrence leur père » (consid. 2). Au considérant 2.1, le Tribunal fédéral reprend l'argumentation développée dans son arrêt précédent, 2C_746_2009, en ce qui concerne l'art. 12 al. 2 CDE. Le Tribunal se réfère ensuite aux avis critiques de la doctrine et, comme dans l'arrêt précédent, il esquive la problématique et n'entre pas en discussion sur cette question, argumentant que dans le cadre d'une mesure d'éloignement d'un parent, les intérêts des enfants et des parents coïncident *a priori* et que dès lors la représentation parentale est admissible (cf. consid. 2.2).

Comme dans l'affaire précédente, le Tribunal fédéral estime que, dans le cas d'espèce, « il a été constaté que la situation des enfants vis-à-vis de leur père avait été décrite de manière précise dans les rapports joints au dossier et dans le témoignage écrit de l'épouse du recourant du 2 janvier 2009. A cela s'ajoute que les intérêts de l'enfant allant dans le même sens que ceux de leur père, les déclarations de ce dernier relatives à l'intérêt à la poursuite de la communauté familiale valent aussi pour ses enfants. Au demeurant, le recourant n'indique pas ce que l'audition de ses enfants aurait pu révéler de déterminant qui ne figurerait pas déjà à la procédure. Aucun élément ne permet de conclure que le recourant n'aurait pas suffisamment fait valoir les intérêts de ses enfants. Partant, le refus du Tribunal cantonal d'entendre ceux-ci ne s'avère pas contraire à l'art. 12 CDE » (consid. 2.3).

Le 13 septembre 2011, dans un arrêt **2C_304/2011**, le Tribunal fédéral estime que le grief du droit d'être entendu, invoqué par le recourant, est bien fondé. Dans cette affaire, il ne s'agit toutefois pas d'un renvoi, mais d'un regroupement familial hors des délais prévus par l'art. 47 LETr et dans le cadre duquel un droit d'être entendu est prévu. Ce cas concerne un ressortissant libanais qui, après avoir divorcé, vient en Suisse et obtient un permis C. Ses quatre enfants restent initialement au Liban avec leur mère, puis deux fils rejoignent le père en Suisse. Lorsque la dernière

filles est âgée de 16 ans, elle dépose une demande d'autorisation d'entrer en Suisse afin de rejoindre son père. Les autorités helvétiques la lui refusent. La fille entre tout de même en Suisse et dépose une autorisation de séjour qui lui est refusée. Avec son père, ils déposent un recours en matière de droit public au Tribunal fédéral, se plaignant notamment « d'une violation de leur droit d'être entendu en relation avec l'établissement des faits et le refus de donner suite à leurs offres de preuve » (consid. 3). En particulier, les recourants font « valoir qu'ils se sont vu refuser la possibilité de faire entendre la recourante au sujet de son intégration en Suisse et au Liban, ainsi que les liens qui l'unissent à son père, contrairement à ce que prévoit l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989 » (consid. 3.3). Le Tribunal fédéral, se prononçant sur les conditions du regroupement familial et des « raisons familiales majeures », estime que les arguments présentés par les recourants étaient pertinents et que l'instance inférieure ne pouvait dès lors pas « à la fois refuser de donner suite aux offres de preuves présentées et en même temps considérer que lesdits éléments n'étaient pas prouvés ou démontrés » (consid. 3.5).

Le grief de violation du droit d'être entendu se révèle fondé et la cause est renvoyée au Tribunal cantonal. Dans le cadre de la nouvelle instruction, la fille devra être entendue. Et le Tribunal fédéral de préciser : « [s]ur ce point, le Tribunal cantonal ne peut en effet se retrancher derrière la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 12 CDE » (consid. 3.6). Cet arrêt semble laisser penser que le droit d'être entendu a plus de poids lorsqu'il est garanti de manière plus spécifique par une disposition du droit interne (en l'occurrence l'art. 47 LEtr) que lorsqu'il ne bénéficie que de la garantie générale de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

L'affaire **2C_356/2014**, du 27 août 2014, implique un père tunisien dont le renouvellement du permis de séjour est refusé suite à son divorce avec la mère de son fils et en raison de son intégration jugée insuffisante (condamnation pour divers délits, aide sociale). Le père se plaint de la violation de plusieurs dispositions, dont les articles 3, 9 et 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Le Tribunal fédéral se prononce de la manière suivante sur la question de l'audition de l'enfant : « [e]n outre, l'art. 12 al. 2 CDE prévoit certes qu'il doit être donné 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'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. Toutefois, cette disposition n'exige pas, dans les procédures qui, comme la présente, se déroulent essentiellement par écrit, que l'enfant soit entendu personnellement. Il suffit en effet que celui-ci ait pu exprimer son point de vue de manière appropriée, que ce soit par une déclaration écrite personnelle ou à travers un représentant (arrêts 2C_930/2012 du 10 janvier 2013 consid. 4.4.1; 2C_746/2009 du 16 juin 2010 consid. 4.1; 2A.195/2006 du 7 février 2007 consid. 3). Or, en l'espèce, l'intérêt de l'enfant du recourant a été valablement pris en compte dans la procédure, au travers de son père, lui-même assisté d'un mandataire. L'instance précédente pouvait ainsi se dispenser de procéder à une audition » (consid. 4.1).

Dans une affaire **2C_182/2016**, du 11 novembre 2016, le Tribunal fédéral donne raison au recourant et renvoie la cause à l'instance inférieure pour qu'elle effectue une audition des enfants avant de rendre une nouvelle décision. Il s'agissait du cas d'un père de trois enfants qui, après s'être séparé de leur mère, s'est rendu en Suisse pour y vivre avec sa nouvelle épouse, titulaire d'un permis C. Près de huit ans plus tard, il dépose une demande de regroupement familial pour ses trois enfants, alors âgés de 16, 13 et 10 ans. Les instances zurichoises refusent d'entendre les enfants estimant que cela n'est pas nécessaire pour établir les faits. Le Tribunal fédéral re-

connaît qu'une audition personnelle des enfants peut ne pas être effectuée lorsque les enfants sont représentés par leurs parents, que leurs avis coïncident et que les faits peuvent être suffisamment bien établis sans cette audition. Dans le cas d'espèce, le Tribunal fédéral estime cependant que tel n'est pas le cas. Plusieurs éléments de faits doivent être clarifiés et, à ce titre, l'audition des enfants est souhaitable (consid. 2.3 et 2.4).

Quant au Tribunal administratif fédéral, il se prononce également sur cette question du droit de l'enfant à être entendu dans une procédure de droit des étrangers. Un arrêt en particulier mérite d'être mentionné dans le cadre de cette étude¹⁵⁴. Il s'agit de l'arrêt **C-7656/2009**, du 1^{er} juin 2011 qui concerne un ressortissant turc marié à une Suisseuse en 2003. Trois ans plus tard, une fille naît de cette union. Ils divorcent en 2007, soit un an après la naissance de l'enfant. L'ODM, dans une décision du 5 novembre 2009, a refusé de prolonger l'autorisation de séjour du père et a prononcé son renvoi. L'intéressé recourt contre cette décision en invoquant son droit au respect de la vie familiale garanti par l'art. 8 CEDH, ainsi que le droit d'être entendu de son ex-épouse et de sa fille. Plusieurs extraits du considérant 3 de cet arrêt sont reproduits ici, dont en premier lieu un rappel des fondements juridiques du droit d'être entendu : « Le droit d'être entendu, qui est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale [...], comprend notamment le droit pour l'intéressé de s'exprimer sur les éléments pertinents avant qu'une décision ne soit prise touchant sa situation juridique, de produire des preuves pertinentes, d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes, de participer à l'administration des preuves essentielles ou à tout le moins de s'exprimer sur son résultat, lorsque cela est de nature à influencer sur la décision à rendre (cf. notamment ATF 135 I 279 consid. 2.3 et 133 I 270 consid. 3.1). Le droit d'être entendu se rapporte en principe à la constatation des faits. A titre exceptionnel, il convient d'interpeller les parties lorsque le juge s'apprête à fonder sa décision sur une norme ou un principe juridique non évoqué dans la procédure antérieure et dont aucune des parties en présence ne s'est prévaluée et ne pouvait supputer la pertinence in casu [références]. Le droit d'être entendu découlant de l'art. 29 al. 2 Cst. ne comprend pas le droit d'être entendu oralement, ni celui d'obtenir l'audition de témoins. En effet, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. notamment ATF 136 I 299 consid. 5.3 et 134 I 140 consid. 5.3) » (consid. 3.1).

Dans le cas d'espèce, le Tribunal administratif fédéral rejette d'abord le grief de la violation du droit d'être entendue de l'ex-épouse du recourant (consid. 3.2.1 *in inicio*) avant d'aboutir à la même conclusion pour celui de sa fille : « [i]l n'apparaît pas au vu des pièces du dossier constitué par l'ODM qu'X. [le recourant] aurait formellement requis son audition comme témoin lors de la procédure devant cette autorité. Il ne peut dès lors pas reprocher à l'autorité intimée d'avoir refusé un moyen de preuve qu'il n'a pas clairement requis et, partant, violé son droit d'être entendu. Par ailleurs, si la procédure administrative est régie essentiellement par la maxime inquisitoire, les parties ont le devoir de collaborer à l'établissement des faits [...] et l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction [...]. En l'espèce, le recourant avait un devoir de collaboration spécialement élevé pour tout ce qui

¹⁵⁴ À titre d'exemple complémentaire, on pourrait encore citer notamment l'arrêt C-78/2012, du 24 juin 2013, dans lequel le Tribunal administratif fédéral juge que « le recourant ne saurait se prévaloir d'une violation du droit d'être entendu de sa fille au sens de l'art. 12 CDE [...], car l'enfant a pu faire valoir son point de vue au travers de ses parents et de son pédiatre ». (consid. 7.4).

avait trait aux relations avec sa fille, puisqu'il s'agissait de faits qu'il connaissait mieux que quiconque [...]. Dès lors, la maxime inquisitoire n'imposait pas à l'autorité intimée d'ordonner d'office l'audition d'A. [la fille], ce d'autant que l'intéressé et son ex-épouse s'étaient déjà exprimés [...] sur l'intérêt de la prénommée à pouvoir compter sur la présence permanente de son père en Suisse » (consid. 3.2.1 *in fine*).

Plus précisément sur l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant, le Tribunal administratif fédéral rappelle les éléments suivants : cette disposition « exige que les États 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. Le chiffre 2 de cette norme conventionnelle prévoit qu'à 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'un organisme approprié, de façon compatible avec les règles de procédure de la législation nationale. Le Tribunal fédéral admet qu'un enfant peut être entendu dès qu'il a six ans révolus (ATF 131 III 553 consid. 1), non seulement dans le cadre d'une procédure civile (art. 144 al. 2 ou 314 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 [...]), mais également en matière de police des étrangers, lorsqu'un droit de séjour de l'enfant ou celui d'une personne s'occupant de lui est en cause. L'art. 12 CDE ne confère cependant pas aux enfants le droit inconditionnel d'être entendus oralement et personnellement dans toute procédure judiciaire ou administrative les intéressant ; cette disposition garantit seulement qu'ils puissent faire valoir d'une manière appropriée leur point de vue, par exemple dans une déclaration écrite émanant de l'enfant lui-même ou dans une prise de position écrite de son représentant ou d'un organisme approprié ([références]). Selon la jurisprudence en matière de droit des étrangers, la représentation des enfants peut se faire par l'intermédiaire du ou des parents parties à la procédure, à condition que ceux-ci fassent suffisamment valoir les intérêts propres à leurs enfants (cf. arrêt du Tribunal fédéral 2C_746/2009 précité, *ibid.*, et réf. citées). En tout état de cause, l'audition d'un enfant dans une procédure qui le concerne n'est exigée que lorsque celui-ci est capable de se former sa propre opinion (cf. ATF 124 III 90 consid. 3b). En outre, il se justifie de renoncer à l'audition lorsque la connaissance exacte de l'opinion de l'enfant ne saurait influencer la pesée des intérêts en présence (cf. arrêts du Tribunal fédéral 2A.513/2006 du 1^{er} novembre 2006 consid. 2.4 et 2A.423/2005 du 25 octobre 2005 consid. 5.4). Tel est précisément le cas en l'espèce, compte tenu de l'âge de la fille du recourant. D'autre part, il ressort du dossier que l'intéressé a exposé [...] l'attachement réciproque qui existait entre lui et sa fille, ainsi que l'influence positive de sa présence sur le bon développement de cette dernière. En outre, le recourant a produit à cette occasion une lettre [...] émanant de son ex-épouse, dans laquelle celle-ci exprime sa position. Au demeurant, [le recourant] n'indique pas ce que l'audition de sa fille [...] aurait pu révéler de déterminant qui ne figurerait pas déjà à la procédure. Aucun élément ne permet de conclure que l'intéressé n'aurait pas lui-même suffisamment fait valoir les intérêts de son enfant. Partant, le fait que l'ODM n'ait pas personnellement entendu la fille du recourant ne s'avère pas contraire à l'art. 12 CDE (cf., à cet égard, l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_746/2009 précité, consid. 4.3) » (consid. 3.2.2).

En conclusion, le Tribunal administratif fédéral estime donc que le « grief du recourant portant sur la violation du droit d'être entendu de son ex-épouse et de leur enfant s'avère dès lors mal fondé » (consid. 3.2.3).

2.3. Synthèse

En résumé, et pour reprendre les termes de JEANNERAT/MAHON, « l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant donne à *l'enfant* qui est capable de discernement un droit – directement applicable en Suisse et ainsi justiciable – d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant et, en particulier, sur toute procédure qui peut conduire au renvoi ou au refus de séjour de la personne qui est en charge de sa garde ou d'une autre personne avec laquelle il entretient des liens personnels importants »¹⁵⁵.

Mais comme on peut le voir avec les différents arrêts présentés ici et illustrant cette pratique, le Tribunal fédéral – comme du reste le Tribunal administratif fédéral, le Secrétariat d'État aux migrations et les autorités cantonales – a tendance à limiter la portée de cette garantie générale de procédure. Ces restrictions s'appliquent sur trois points¹⁵⁶ :

- Il n'y a pas de droit reconnu à une *audition* de l'enfant. Selon la jurisprudence, une *prise de position écrite* suffit.
- La jurisprudence admet qu'il est possible que l'opinion de l'enfant soit relayée (par écrit) par le parent (parfois lui-même partie à la procédure) ou par un tiers (pédiatre par exemple)¹⁵⁷.
- Il peut être renoncé à ce que l'enfant soit entendu si l'autorité, en appréciant de manière anticipée les preuves, arrive à la conclusion que l'opinion de l'enfant n'aura de toute façon pas d'influence sur l'issue de la procédure.

Comme le relèvent à juste titre JEANNERAT/MAHON, « [o]n peut douter de la conformité de certains de ces tempéraments par rapport au texte même de la Convention [des droits de l'enfant], de même que par rapport à la logique qui les sous-tend. En particulier, l'absence de droit à une audition directe de l'enfant est en contradiction avec le régime juridique de l'audition de l'enfant lors du divorce de ses parents, qui lui aussi découle de l'art. 12 de la Convention relative aux droits de l'enfant. Le bon sens semble en outre exclure qu'un parent puisse représenter son enfant compte tenu du conflit d'intérêts qui peut exister entre eux, notamment en cas de conflit parental. Enfin, reconnaître que l'on peut renoncer à entendre l'enfant lorsque son audition n'apparaît pas déterminante revient à vider l'art. 12 de la Convention de son sens, le droit d'être entendu n'équivalant alors plus qu'à un droit d'administrer une preuve »¹⁵⁸.

¹⁵⁵ JEANNERAT/MAHON, § 19, qui renvoient à l'ATF 124 II 361.

¹⁵⁶ Cf. JEANNERAT/MAHON, § 20.

¹⁵⁷ Sur ces deux premiers points, voir l'avis critique de la doctrine et notamment de RUMO-JUNGO ALEXANDRA /SPESCHA MARC, *Kindeswohl*, p. 1107, spécialement note 26, ainsi que, pour une critique plus large, de SUTTER, p. 1077 s.

¹⁵⁸ JEANNERAT/MAHON, § 20.