

[Droit Civil](#) > [éclairages](#) > [Droit matrimonial](#) > [Égalité Des Armes Des Parents Et Des Enfants Dans Le Contentieux de](#)

*Numéro de la décision:*

[5A\\_565/2019](#)

*Mots-clés:*

**Autorité parentale | Garde exclusive |  
Assistance judiciaire**

*Articles de loi:*

[art. 314a CC](#)

iusNet DC 24.02.2020

## Égalité des armes des parents et des enfants dans le contentieux de protection de l'enfant : l'intérêt des parents n'est pas de seconde zone

[Anne Reiser](#)

Avocate au Barreau de Genève, spécialisée en droit de la famille

Dans l'arrêt TF 5A\_565/2019 du 19 décembre 2019, une mère non mariée réclamant l'autorité parentale unique et la garde exclusive de ses deux enfants s'est vue nier l'octroi de l'assistance d'un avocat nommé d'office et le bénéfice de l'assistance judiciaire, sous prétexte que l'intérêt des enfants était servi par la nomination d'un curateur de représentation aux enfants. Se plaignant d'une violation du principe de l'égalité des armes, la mère recourt au Tribunal fédéral, en invoquant une violation de l'art. 29 al. 3 Cst et de l'art. 6 ch. 1 CEDH : en analysant la nécessité de la pourvoir d'un avocat, l'autorité de première instance n'aurait examiné que l'intérêt des enfants, celui du parent qu'elle était étant traité comme un intérêt de « deuxième classe » (c. 2.5.2.).

Le Tribunal fédéral rappelle que les dispositions fédérales relatives à la procédure devant l'autorité de protection de l'enfant et les autorités de recours (art. 314 al. 1 en relation avec les art. 443 ss. CC) ne règlent pas l'assistance judiciaire. Si les cantons n'en disposent pas autrement, les dispositions de la procédure civile s'appliquent par analogie selon l'art. 450f CC. Dans le canton de Berne, certaines dispositions cantonales remplissent les exigences minimales de l'art. 29 al. 3 Cst. et l'art. 6 ch. 1 CEDH n'accorde pas un droit à l'assistance judiciaire plus large que l'art. 29 al. 3 Cst. Partant, le recours est exclusivement traité sous l'angle de l'art. 29 al. 3 Cst. s'agissant des conditions de l'assistance judiciaire (c.2.2.).

Selon l'art. 29 al. 3 Cst., toute personne qui ne dispose pas de

ressources suffisantes a droit, à moins que sa cause paraisse dépourvue de toute chance de succès, à l'assistance judiciaire gratuite. Elle a en outre droit à l'assistance gratuite d'un défenseur, dans la mesure où la sauvegarde de ses droits le requiert. La partie indigente a droit à l'assistance gratuite d'un défenseur lorsque ses intérêts sont gravement menacés et que le cas présente des difficultés, du point de vue des faits et du droit, qui rendent nécessaires le concours d'un défenseur. Si la procédure en cause présente des risques importants pour la situation juridique de l'intéressé, l'assistance gratuite d'un défenseur est en principe accordée. Sans cela, elle ne le sera que si, à la difficulté relative de l'affaire, s'ajoutent des problèmes de fait ou de droit auxquels le justiciable ne pourrait faire face seul. Outre la complexité des questions juridiques et le manque de clarté des faits de l'affaire, il faut également tenir compte des raisons liées à la personne, son âge, sa situation sociale, ses compétences linguistiques et en général, sa capacité à faire face à la procédure sur le plan juridique (c.2.3.1). La soumission de la procédure à la maxime d'office et à la maxime inquisitoire ne rend pas automatiquement le recours à un avocat inutile, ces dernières justifiant toutefois une interprétation stricte de la nécessité de la représentation par un avocat (2.3.2). Le principe de l'égalité des armes est déterminant (c.2.3.3). L'instance précédente a considéré qu'il s'agissait d'un cas relativement ordinaire, peu complexe et qu'en principe selon sa jurisprudence, un conseiller juridique n'était en général pas nécessaire devant l'Autorité de protection de l'adulte et de l'enfant (APEA). En l'espèce, la procédure devant l'APEA était régie par la maxime d'office et inquisitoire et était facile à comprendre pour un profane de sorte que la représentation juridique ne donnait aucun avantage au père (c.2.4). La mère fait valoir qu'il existe « sans aucun doute » une complexité qui rend nécessaire l'intervention d'un avocat (un indice de celle-ci étant la nomination d'un représentant pour l'enfant). En outre, il est décisif que les parties collaborent et apportent à la procédure les faits qui sont essentiels selon la jurisprudence pour la prise de décision à rendre en matière d'autorité parentale. Dès lors, en l'espèce, la mère pourrait être désavantagée par rapport au père représenté par un avocat. La maxime d'office et inquisitoire n'y changent rien puisque les parties sont tenues de participer à l'établissement des faits. De plus, il ne peut être déduit des considérations de l'instance précédente que la mère était juridiquement compétente et en mesure de faire face à un tel processus, dans lequel elle aurait dû faire face à plusieurs conseillers juridiques (celui de l'enfant et du père). Par conséquent, une représentation juridique de la mère était nécessaire pour respecter le principe de l'égalité des armes. En refusant la demande d'assistance judiciaire de la mère pour absence de nécessité, l'instance précédente a violé l'art. 29 al. 3 Cst. (c.2.5.2). En outre, s'agissant du refus d'assistance judiciaire la procédure d'appel, l'instance précédente a estimé à tort que le recours qui lui était soumis était sans espoir (cf. c.2.5.2) (c.3). Le recours est fondé et admis. La décision est annulée et l'affaire renvoyée à l'APEA afin qu'elle statue sur les autres conditions de l'assistance judiciaire (c.4.1).

À l'heure où le droit de l'enfant est entièrement façonné par la jurisprudence (rappelons que c'est elle qui précise ce qu'il faut entendre par le « bien de l'enfant » que l'autorité parentale doit servir, au sens de l'art. 296 CC), cet arrêt mérite d'être salué, parce qu'il peut donner l'espoir aux parents, dont les droits et obligations sont le miroir de ceux de leur progéniture, de voir leurs intérêts

également pris en compte dans les procédures de protection de l'enfant qui les concernent. Il doit cependant nous porter à réfléchir à l'adéquation, respectivement à l'obsolescence, de certaines des dispositions du Code civil. Ce grand texte, en effet, ne codifie pas le droit de l'enfant, et rend l'assistance d'un avocat indispensable lorsque ce droit est plaidé. Il persiste en outre à mettre deux instances différentes (l'autorité de protection de l'adulte et de l'enfant et le juge civil) en charge du contentieux familial, suivant que les parents sont mariés ou non et que l'affaire présente ou non un caractère financier contentieux ; et à soumettre une partie des procédures de protection au droit cantonal (art. 450f CC) et non à un droit unifié.

Le droit à l'égalité des armes, qui a fait mouche devant le Tribunal fédéral, ne devrait-il pas être précédé par un droit d'accès simplifié aux tribunaux, rendu possible par un Code civil complet et cohérent qui ne réserve un traitement différencié qu'à des situations objectivement différentes ?