

3 Les nouvelles procédures familiales en droit des mineurs

L'audition de l'enfant dans les procédures judiciaires et conventionnelles



Fadela HOUARI,
avocate spécialiste en droit de la famille,
des personnes et de leur patrimoine,
administratrice de l'IDFP



Anne Marion de CAYEUX,
avocate spécialiste en droit de la famille,
des personnes et de leur patrimoine,
médiateur agréé CNMA,
vice-présidente de l'IDFP

Nos sociétés évoluent et, avec elles, la règle de droit. La vie familiale se privatise, le règlement des crises familiales entre dans le champ du conventionnel, et l'État, sur les recommandations du Conseil de l'Europe, promeut le règlement extra-judiciaire, pacifié, des conflits. Dans ce contexte, le rôle de l'avocat devient essentiel : il ne travaille plus sous « l'ombre portée du juge » et doit veiller en tant qu'avocat-conseil à la validité, la sécurité, l'efficacité, l'exécution de son acte ; à la recherche d'une solution équilibrée tout en veillant aux intérêts de son client ; à la recherche et la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant. Sur la question de la recherche de l'intérêt de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a donné, dans son observation n° 14 (2013)¹, une place primordiale à l'écoute de l'opinion de l'enfant : elle lui garantit son droit d'être associé aux décisions qui le concernent et permet à ses responsables d'analyser les éléments nécessaires à la détermination de son meilleur intérêt en vue de prendre les meilleures décisions pour lui.

1 - Le droit prévoit que l'enfant est entendu par un juge ou un professionnel que le juge désigne et qui en rendra compte au magistrat, l'enfant ayant le droit d'être assisté d'un avocat.

En droit interne, l'article 371-1 du Code civil prévoit que le juge doit tenir compte « des sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ». L'article 388-1 du Code civil dispose, pour sa part : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut [...] être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus [...] ».

2 - L'avocat veille à l'effectivité de ce droit, en veillant à ce que l'enfant soit entendu s'il le souhaite.

Étant parfois en conflit d'intérêts avec les autres personnes concernées, ou avec des intérêts plus généraux comme ceux de l'État (par ex., le droit de l'enfant à la sécurité et au regroupement familial s'opposant à la limitation des flux migratoires), notre droit interne a organisé l'audition de l'enfant en justice, qui en soi représente pour l'enfant une épreuve, sans prévoir à ce jour la question du recueil de sa parole dans un cadre non judiciaire, donc sans tenir compte de la contractualisation en marche.

3 - La loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 ayant institué le divorce par acte d'avocat n'a trouvé d'autre solution que de « réinjecter du juge » dans la déjudiciarisation (*sic*), ce qui constitue un recul plus qu'une avancée, s'agissant de la protection de l'enfant, puisque c'est l'enfant qui a le pouvoir, ou la

« responsabilité »², de provoquer la saisine du juge aux affaires familiales en exerçant son droit à être entendu. Dans les faits, cette procédure n'est jamais déclenchée dans l'intérêt de l'enfant, mais plutôt pour compenser les imperfections du régime légal du divorce par consentement mutuel.

4 - La loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 (art. 5) fixait déjà une procédure lacunaire : « les parents peuvent saisir le juge aux affaires familiales afin de faire homologuer la convention par laquelle ils organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale et fixent la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant ». Le juge « homologue la convention sauf s'il constate qu'elle ne préserve pas suffisamment l'intérêt de l'enfant ou que le consentement des parents n'a pas été donné librement » sans se préoccuper concrètement de savoir si l'enfant a été associé au processus ayant conduit à la rédaction de la convention portant pourtant sur ses intérêts. Il se limite à mentionner que « le mineur capable de discernement a été avisé de son droit à être entendu et assisté d'un avocat et, le cas échéant, qu'il n'a pas souhaité faire usage de cette faculté », sur déclaration des parents lorsqu'il ne s'agit pas d'un divorce par consentement mutuel (C. civ., art. 338-1).

5 - La déjudiciarisation ou déjurisdictionnalisation et son pendant, la contractualisation du droit, excluent de fait l'exercice du droit des enfants à être entendus, droit devant être exercé librement. La liberté de s'exprimer ne devrait pas systématiquement conduire à une audition en justice, au demeurant pas toujours possible : lorsque des parents pacésés se séparent à l'amiable, il n'existe aucune possibilité pour l'enfant de demander son audition judiciaire.

1. Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale.

2. Droits de l'enfant, chron. par CRDP, université de Lille II, in *LPA* 2017, n° 151, p. 3.

6 - Si l'enfant n'a pas voulu être entendu par un juge, cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'a pas souhaité donner son avis puisqu'au contraire, la recherche de son intérêt commande que son avis lui soit demandé. La question est d'importance s'agissant de la circulation d'accords pouvant faire l'objet d'une homologation et donc d'un jugement amené à circuler, étant rappelé la possibilité pour un juge d'écarter une décision étrangère lorsqu'il n'est pas établi que l'enfant a pu être entendu³.

L'étude qui suit expose des pistes de réflexion permettant d'envisager le recueil de la parole de l'enfant après l'avoir informé de ses droits avec le souci de proposer une pratique respectueuse de la déontologie et des règles de droit international.

1. Le droit de l'enfant d'être entendu en toutes circonstances

A. - Dans toutes les matières le concernant

7 - L'audition est prévue aujourd'hui dans les procédures judiciaires en matière d'adoption⁴, de privation de liberté devant un tribunal ou une autre autorité compétente⁵, lorsque l'enfant est suspecté ou accusé d'infraction pénale, en cas de changement de prénom ou de nom lorsque ce changement ne résulte pas d'une modification d'un lien de filiation (C. civ., art. 60 et 61).

L'enfant est aussi entendu par le juge aux affaires familiales en matière d'autorité parentale (C. civ., art. 373-2-11), d'émancipation (C. civ., art. 413-2), lors de l'ouverture d'une procédure d'assistance éducative (CPC, art. 1182) ou par toute personne désignée par le juge devant exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique (C. civ., art. 338-9).

L'enfant, concerné par une affaire de séparation, de filiation, de succession, de tutelle, de contestation de paternité, d'adoption, de délégation d'autorité parentale, de choix de son établissement scolaire, de sa religion, de ses trajets en autonomie ou non, de la pension alimentaire pour le financement de ses études ou de son permis de conduire... doit pouvoir être consulté et écouté.

B. - Dans les procédures ou processus extra-judiciaires

8 - L'audition de l'enfant a toute sa place dans les modes amiables de règlement des différends, les textes invitant d'ailleurs à systématiser le recueil de la parole de l'enfant en toutes circonstances et pas seulement dans les procédures le concernant.

3. Cons. UE, règl. (CE) n° 2201/2003, 27 nov. 2003, dit *Bruxelles II bis*, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matières matrimoniales (art. 11, 23, 41 et 42). – Circ. 16 mars 2007 relative à l'audition de l'enfant pour l'application du règlement *Bruxelles II bis* concernant les décisions sur la responsabilité parentale, rappelant que le respect des exigences du règlement en matière d'audition de l'enfant concerné par les modalités d'exercice de l'autorité parentale « conditionne l'effectivité, dans l'espace judiciaire européen, des décisions rendues par la justice française en matière familiale ». – Attention, toutefois, il faut vérifier pour chaque pays le droit interne sur la question de l'audition de l'enfant. Par exemple, un juge français doit nécessairement entendre l'enfant s'il veut que sa décision puisse être exécutée en Allemagne, ce qui exclut, en l'état, le recueil amiable de la parole de l'enfant ici.

4. CIDE, art. 21, a. – C. civ., art. 360.

5. CIDE, art. 37, c et d.

Ce droit résulte de :

- la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989 : article 3, paragraphe 1^{er} : la prise en compte de l'intérêt supérieur de l'enfant comme considération primordiale ; article 12, paragraphe 2 : la possibilité pour l'enfant d'être entendu dans toute procédure judiciaire ou administrative le concernant ; article 9 : en cas de décision envisagée de séparation d'un enfant d'avec ses parents, le droit de toutes les parties intéressées de pouvoir participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues. En outre, la Cour de cassation a confirmé l'application directe de ces dispositions⁶.

- la Convention européenne sur l'exercice des droits de l'enfant de 1996, adoptée le 1^{er} août 2007 : article 3 : « Droit d'être informé et d'exprimer son opinion dans les procédures [...] a. recevoir toute information pertinente ; b. être consulté et exprimer son opinion ; c. être informé des conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et des conséquences éventuelles de toute décision »⁷ ; article 10 : « Dans le cas des procédures intéressant un enfant devant une autorité judiciaire, le représentant doit, à moins que ce ne soit manifestement contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant : – fournir toute information pertinente à l'enfant, si ce dernier est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant ; – fournir des explications à l'enfant, si ce dernier est considéré par le droit interne comme ayant un discernement suffisant, relatives aux conséquences éventuelles de la mise en pratique de son opinion et aux conséquences éventuelles de toute action du représentant ; – déterminer l'opinion de l'enfant et la porter à la connaissance de l'autorité judiciaire ».

- la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne adoptée en 2000 qui prévoit, en son article 24, que les enfants peuvent exprimer leur opinion librement et que celle-ci est prise en considération sur les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité. Ce principe est de portée générale et ne se limite pas à des procédures précises.

- la Convention européenne sur les relations personnelles concernant les enfants de 2003, laquelle précise, en son article 6, qu'« un enfant considéré selon le droit interne comme ayant un discernement suffisant a le droit, à moins que ce ne soit manifestement contraire à son intérêt supérieur : de recevoir toute information pertinente ; d'être consulté ; d'exprimer son opinion. Il doit être dûment tenu compte de cette opinion ainsi que des souhaits et des sentiments constatés chez l'enfant ».

Cette convention expose ce qu'est une décision relative aux relations personnelles, c'est-à-dire « une décision d'une autorité judiciaire concernant des relations personnelles, y compris un accord relatif à des relations personnelles qui a été homologué par une autorité judiciaire compétente ou qui revêt la forme d'un acte authentique reçu et exécutoire ».

9 - L'enfant doit pouvoir jouir du droit à la liberté d'expression consacré par l'article 13 de la CIDE, reprenant l'article 10 de la Convention EDH, et de son droit d'exprimer son opinion consacré par l'article 12.

Ainsi donc, les organes internationaux et européens invitent au recueil de la parole de l'enfant en toutes circonstances, y compris lorsque la procédure n'est pas judiciaire. En l'état de nos textes, l'article 371-1 du Code civil en constitue le fondement : « Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ».

6. Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005. – Cass. 1^{re} civ., 14 juin 2005.

7. V. aussi art. 4 et 5.

2. Le droit de l'enfant d'être informé

10 - Comme relevé dans les textes susvisés, si l'enfant n'est pas informé de l'étendue de ses droits, il ne pourra valablement donner son avis. Les droits sont pluriels. Il sera utilement renvoyé au manuel de droit européen en matière de droits de l'enfant, achevé en juin 2015, et édité par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, ainsi qu'à la CIDE du 20 novembre 1989 ou encore à la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000.

11 - Outre son droit d'être entendu par le juge, l'enfant doit être informé : des dispositions envisagées qui le concernent ; de ses droits fondamentaux : à la sécurité, à la santé, à la moralité, à l'éducation, au maintien du lien avec ses deux parents et grands-parents, à être protégé contre toute forme d'agression ou violence, à la liberté d'expression...

C'est une fois dûment informé que l'enfant pourra développer une autonomie de pensée et réagir, en donnant un avis éclairé sur son propre intérêt.

3. La prise en compte de l'intérêt de l'enfant

12 - « Le concept d'intérêt supérieur de l'enfant vise à assurer tant la réalisation complète et effective de tous les droits reconnus par la CIDE que le développement global de l'enfant »⁸.

L'intérêt de l'enfant est une considération primordiale, prioritaire à l'intérêt de ses parents ou de tiers.

13 - Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans son observation générale n° 14 (2013), a déclaré que « Pour évaluer et déterminer l'intérêt supérieur d'un enfant en vue de prendre une décision relative à une mesure précise, il convient de procéder comme suit : a) eu égard au contexte factuel de la situation, établir quels sont les éléments à considérer pour évaluer l'intérêt supérieur de l'enfant, en déterminer la teneur concrète et attribuer à chacun un poids relatif par rapport aux autres [...] ».

14 - Parmi les éléments à considérer lors de l'évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant, l'opinion de l'enfant est fondamentale. Toute décision qui ne tient pas compte de l'opinion de l'enfant ou ne lui attribue pas le poids voulu eu égard à son âge et à son degré de maturité ne respecte pas le principe selon lequel l'enfant ou les enfants concernés doivent avoir la possibilité d'influer sur la détermination de leur intérêt supérieur.

Dans ces conditions, interroger l'enfant et obtenir son « témoignage », ou plutôt son vécu concret, factuel et reflétant son opinion, sera essentiel pour pouvoir déterminer les contours précis et individualisés de son intérêt.

4. L'effectivité du recueil de la parole de l'enfant dans un cadre amiable

15 - Le rôle de l'avocat de la famille est essentiel. Il doit participer par ses diligences et son assistance à la protection du mineur en s'assurant qu'il soit informé et rassuré dans des situations souvent difficiles (situation dans laquelle les parents seront tellement accaparés par leur conflit qu'ils se montreront inca-

pables de mesurer ses désirs et ses besoins, ou d'évaluer objectivement ce qui est le mieux pour lui, conflit de loyauté, mineurs isolés...). Il veille au bon fonctionnement de la famille.

16 - L'Institut du droit de la famille et du patrimoine (IDFP), à l'issue de travaux de recherches présentés lors d'un colloque organisé le 21 novembre 2018⁹, soutient la mise en place d'un entretien conventionnel avec un professionnel qualifié neutre, mandaté par les deux parents ou son responsable et choisi par eux, ou choisi par l'enfant – avec l'accord de ses parents/de son responsable dans les modes amiables.

Cet entretien n'a pas vocation à intervenir dans 100 % des dossiers où un mineur a le droit d'être entendu. Mais c'est un processus que les avocats chargés des parties à l'affaire peuvent proposer lorsqu'ils estiment que cela est pertinent. Cet entretien a plusieurs objets et plusieurs formes possibles :

- un entretien d'information de l'enfant sur les dispositions envisagées qui feront l'objet d'une décision qui le concerne, et de recueil de son opinion et des éléments déterminants permettant aux décideurs d'analyser son intérêt supérieur ;

- un entretien d'information de l'enfant sur ses droits fondamentaux et notamment sur son droit à être entendu par le juge et la signature d'un formulaire attestant de sa décision d'être entendu ou non ;

- une médiation, soit directement mise en place, soit proposée ou recommandée par le professionnel qualifié à l'issue de l'un des entretiens susvisés.

17 - Ce professionnel qualifié devra observer les principes suivants :

- **être qualifié** : l'IDFP¹⁰ propose une formation dédiée alliant la formation à la psychologie au droit et à la pratique de ces entretiens ;

- **être neutre, indépendant et impartial** par rapport aux parties prenantes de l'affaire ;

- **respecter la confidentialité** : les propos de l'enfant ne seront transmis aux décisionnaires que si l'enfant le souhaite et uniquement oralement ;

- s'il n'est pas avocat, il accueillera **l'avocat de l'enfant** à l'entretien, s'il en a un.

Un formulaire ou une attestation pourront être établis aux fins d'être annexés aux actes d'avocats, en vue de démontrer que l'enfant a été dûment informé de ses droits et consulté.

18 - L'avocat, dès lors qu'il sera formé à l'écoute et au recueil de la parole de l'enfant, professionnel sachant et vecteur d'une information destinée à préserver les droits de l'enfant et à les défendre, nous paraît garantir une audition conforme aux règles de droit national et international.

L'idée n'est pas de créer un substitut à l'audition du juge, ni de priver l'enfant d'un droit garanti par la loi. L'objectif d'un recueil conventionnel de la parole de l'enfant est d'offrir un lieu neutre (non jugeant), bienveillant, où l'enfant pourra être reçu en présence ou par un adulte tiers, pour recevoir de ce tiers les informations sur son droit à être entendu et pour s'exprimer sur ses desiderata.

Il s'agit d'une pratique nouvelle, moderne et sécurisante, permettant à l'enfant d'être reconnu comme sujet de droit dans les affaires le concernant, traitées à l'heure de la déjudiciarisation dans les cabinets d'avocats. ■

Mots-Clés : Procédure civile - Minorité - Audition de l'enfant - Avocat

8. J. Cardoà Llorens, professeur de droit international public, université de Valence, membre du Comité des droits de l'enfant, in *L'intérêt supérieur de l'enfant, un dialogue entre théorie et pratique*, édité par le Conseil de l'Europe.

9. S'adresser à l'enfant et entendre sa voix dans les MARD, colloque IDFP, 21 nov. 2018.

10. www.institut-dfp.com/.