

LA PAROLE DE L'ENFANT DANS TOUS SES ETATS

Campus 2010

Madame Laurence MICALLEF NAPOLY
Avocat à la Cour

Madame Laurence TAROUR
Avocat à la Cour

Depuis que le juge des enfants existe, l'enfant a toujours eu la possibilité de s'exprimer devant lui particulièrement lorsqu'il est convoqué à ses audiences.

Mais, ce n'était pas le cas devant les autres juridictions quand bien même, il était concerné par les décisions prises.

Il faut attendre la convention internationale des droits de l'enfant de novembre 1989 pour qu'enfin l'on autorise l'enfant à donner son opinion dans les procédures qui le concernent.

L'histoire de la parole de l'enfant peut se dérouler ainsi :

- **20 novembre 1989**, Convention internationale des droits de l'enfant et particulièrement l'article 12 :

Article 12

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. À cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité 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.

- **loi du 8 janvier 1993** : Création de l'article 388-1 du code civil

Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou la personne désignée par le juge à cet effet.

Lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Cette rédaction reste en vigueur jusqu'à la loi du 5 mars 2007.

- **loi du 5 mars 2007**, numéro 2007-293:

Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, 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. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.

Ce texte visait à mettre le droit français en conformité avec l'article 12 de la convention internationale des droits de l'enfant et le règlement communautaire n°2201/2003 du 27 novembre 2003 dit Bruxelles II bis qui, eux, ne prévoient aucune restriction au droit d'être entendu pour l'enfant capable de discernement.

- **20 mai 2009** : Décret n°2009-572. Ce texte précise les règles procédurales relatives à l'audition de l'enfant et modifie en conséquence les articles 338-1 et suivants du code de procédure civile.
- enfin, **3 juillet 2009** : Parution de la circulaire d'application de ce décret du 20 mai 2009. Elle porte le numéro CIV/10/09.

Elle est diffusée dans un premier temps en intranet par le Ministère de la justice.

On la trouve maintenant facilement sur Google et notamment sur le site des avocats de Versailles.

Ainsi, aujourd'hui, dans toute procédure le concernant l'enfant qui en fait la demande doit être entendu dès lors qu'il a la faculté de discernement.

De quelles procédures s'agit-il ? La circulaire du 3 juillet 2009 en a établi une liste, non exhaustive mais déjà bien complète.

Il s'agit notamment des procédures relatives à :

- l'exercice de l'autorité parentale,
- la fixation de la résidence,
- le droit de visite et d'hébergement
- l'éviction du conjoint violent prévu à l'article 220-1 alinéa 3 du code civil.

L'article 388-1 s'applique aussi aux procédures faisant intervenir un tiers. Il s'agit notamment :

- Des relations des enfants avec leurs grands-parents ou avec des tiers (C.civ.,art 371-4),
- De la délégation d'autorité parentale(C.civ. art 377 et s.)
- Du retrait d'autorité parentale,
- du changement de régime matrimonial,
- du changement de prénom.

On peut encore citer les procédures relatives :

- A la filiation,
- Aux subsides
- A l'adoption
- Celles où l'intervention du juge des tutelles est nécessaire.
- Et la liquidation du préjudice subi par l'enfant dans le cadre d'une action en responsabilité délictuelle ou contractuelle, etc.

Par contre, la circulaire du 3 juillet 2009 ne vise pas la procédure d'assistance éducative. Pourtant il s'agit bien d'une procédure qui concerne l'enfant au premier chef.

Nous allons voir que l'article 388-1 du code civil pose un certain nombre de questions en assistance éducative.

La condition sine qua non de l'audition est le discernement de l'enfant.

Discernement apprécié in concreto par les juges et dans un grand nombre d'hypothèse alors qu'ils ne connaissent pas l'enfant et n'ont que peu d'éléments susceptibles de les éclairer.

En toute rigueur, il faudrait prévoir une pré-audition pour se rendre compte si l'enfant a, ou non, cette faculté de discernement.

Discernement que l'on peut définir comme la faculté de distinguer une chose d'une autre et partant la faculté de choisir.

Nous verrons dans la deuxième partie, ce qu'il en est à Paris au Pole de la famille.

Voici les grandes lignes procédurales et textuelles dans lesquelles s'inscrit la parole de l'enfant.

Entrons maintenant dans le vif des sujets que nous avons choisi d'aborder aujourd'hui.

Notre parcours professionnel nous a incitées à vous parler plus particulièrement de la parole de l'enfant devant le juge des enfants, c'est à dire en assistance éducative et devant le juge aux affaires familiales.

Il s'agit de plus de notre pratique parisienne car si les textes sont les mêmes pour tous, la jurisprudence spécifique à chaque Tribunal et les pratiques internes peuvent conduire à une prise en compte différente de la parole de l'enfant.

I LA PAROLE DE L'ENFANT EN ASSISTANCE EDUCATIVE

1. le cadre législatif et réglementaire

Dans ce domaine, l'enfant a une position bien particulière puisqu'il est une partie à la procédure.

C'est à dire qu'à la différence des autres procédures le concernant, où sa parole n'est entendue qu'à travers son audition obligatoire ou la nécessité de son consentement, il est véritablement un acteur.

Cela se matérialise de la façon suivante :

- Il peut tout d'abord saisir le juge des enfants lui-même au visa de l'article 375 du code civil qui définit l'enfance en danger et le champ d'intervention du juge des enfants.

Le premier alinéa de l'article 375 dit ceci :

Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public...

Il faut cependant relativiser car les juges des enfants que nous avons interrogés n'ont pas plus d'une ou deux saisines par an, par un enfant lui-même qui conduit à l'ouverture d'une procédure (Rochet et Hourcade)

Ils ne sont pas plus nombreux à interpeller directement le juge des enfants alors que la procédure est déjà ouverte et parfois très clairement sous la houlette de l'un ou l'autre des parents.

- L'enfant a ensuite un accès à son dossier dans les conditions spécifiques de l'article 1187 du code de procédure civile à savoir :
 - il doit avoir la faculté de discernement (appréciée souverainement par le magistrat)
 - son père, sa mère ou son avocat doivent être présents lors de la consultation
 - à défaut il devra être accompagné d'une personne du service éducatif

Le juge peut exclure certaines pièces du dossier, en l'absence d'avocat lors de la consultation,

- Les décisions lui sont notifiées lorsqu'il a plus de 16 ans (1190 alinéa 2 du code de procédure civile)
- L'enfant peut faire appel (1191 du code de procédure civile).

Qu'en est-il de l'application de l'article 388-1 du code civil en assistance éducative ?

L'article 388-1 du code civil relatif à l'audition de l'enfant pose des questions en assistance éducative.

Rappelons qu'il dispose que désormais le juge est tenu d'entendre le mineur qui en fait la demande dès lors qu'il a la faculté de discernement et que la procédure le concerne.

L'assistance éducative est donc visée par ce texte qui peut être utile lorsque l'enfant n'est pas convoqué à l'audience, est dispensé de comparaître ou que le juge en cours d'audience ordonne qu'il ne participe pas aux débats (1189 du code de procédure civile)

(convocations : Il est destinataire des convocations envoyées par le juge des enfants (C. proc. civ., art. 1182 alinéa 4 (ouverture de la procédure) et 1188(convocations aux audiences).

S'agissant de l'ouverture de la procédure, l'article 1182 ne pose aucune restriction à la convocation du mineur qui doit, en outre, avoir connaissance des motifs de la saisine du juge. En revanche, s'agissant des convocations aux audiences qui suivent, l'article 1188 est plus restrictif puisqu'il mentionne : *le père, la mère et... le cas échéant, le mineur, sont convoqués à l'audience.*

Toutefois, l'article 388-1 précise également à son avant-dernier alinéa que l'audition de l'enfant ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Or nous venons de vous démontrer qu'en assistance éducative, l'enfant est une partie à part entière.

Autre fait troublant dont on a parlé en introduction : la circulaire du 3 juillet 2009 relative à la présentation du décret du 20 mai 2009 traitant des modalités pratiques de l'audition de l'enfant liste la majeure partie des procédures concernées par l'audition de l'enfant sans parler de l'assistance éducative.

Il est vrai qu'il est écrit que cette liste n'est pas exhaustive mais cette omission est troublante.

Quoiqu'il en soit, la question se pose essentiellement devant la Cour d'appel qui n'a l'obligation de convoquer qu'à partir de 16 ans (article 1192 du code de procédure civile).

La chambre 3 pole 6 (anciennement 24^{ème} B) de Paris applique les articles 388-1 du code civil et 338-1 du code de procédure civile.

Mais encore faut-il que l'enfant sache qu'il peut être entendu.

Il le saura s'il a plus de 16 ans car il doit être convoqué aux audiences ou s'il relève de l'ASE de Paris (qu'il ait plus ou moins de 16 ans) qui a rédigé une attestation type qui doit être signée par le responsable de secteur avant chaque audience, en application de l'article 338-1 du code de procédure civile.

Par contre, si l'enfant a moins de 16 ans et s'il ne relève pas de l'ASE, aucune information sur ses droits ne lui ait faite par la Cour, puisqu'elle n'est pas tenue de le convoquer. S'il veut être entendu, il faut que l'information lui parvienne par un canal 1/3 et qu'il fasse la démarche et la demande lui-même.

2 - Comment s'exprime la parole de l'enfant

La parole de l'enfant s'exprimera principalement à l'audience du juge des enfants.

On a vu que j'enfant est, en principe, convoqué mais le juge peut le dispenser de comparaître ou ordonner qu'il se retire (1189 du code de procédure civile)

Certains magistrats veulent toujours voir les enfants quelque soit leur âge.

Il n'est pas extraordinaire de croiser dans les couloirs du Tribunal une mère ou un père avec un nourrisson dans les bras non pas parce que les parents n'avaient personne pour le garder mais parce que le juge voulait voir l'enfant.

Lorsque l'enfant est capable de s'exprimer, il est souvent entendu seul, en début d'audience, avec son avocat s'il en a un ou son éducateur.

Les parents, les services sociaux entrent ensuite dans le bureau du juge, l'enfant pouvant à ce moment sortir.

En générale un point est fait à la fin de l'audience, l'enfant présent à nouveau.

En dehors des audiences, l'avocat de l'enfant est là pour porter la parole de l'enfant.

Désigné à la demande du mineur capable de discernement par le Bâtonnier, il a pour rôle de porter sa parole pendant et en dehors des audiences (1186 du code de procédure civile).

En dehors des audiences cela consiste à voir régulièrement l'enfant ou tout du moins prendre de ses nouvelles.

Les mesures éducatives sont généralement prises pour une durée de deux années et pendant ce temps, l'enfant n'a d'autre interlocuteur que ses parents ou les éducateurs.

Il ne leur ait pas toujours facile d'exprimer le fond de leur pensée ou de leur désir. Avec l'avocat qui n'est là que pour lui, qui n'a d'autre intérêt à servir que le sien, qui n'est pas tenu par une hiérarchie quelconque, il peut se sentir plus libre de dire réellement ce qu'il pense, en tout cas c'est le sentiment que j'ai avec ceux dont je suis l'avocat.

L'avocat peut écrire au juge en son nom si un problème se pose ou s'il a une demande à formuler :

Pendant l'audience, l'enfant peut hésiter à parler, l'avocat est alors là pour prendre la parole à sa place (l'enfant présent ou non).

Ma pratique est la suivante :

- Voir l'enfant
- Noter ce qu'il a dire, s'il a quelque chose à dire. Faire la part de ce dont il a envie de parler avec moi et ce dont il veut parler avec le juge.
- Le suppléer dans ce qu'il a oublié de dire ou qu'il n'a pas osé formuler

Et ensuite lui expliquer la décision prise par le juge s'il n'est pas satisfait par ce qui a été décidé.

II – LA PAROLE DE L'ENFANT DEVANT LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES.

1. Le cadre législatif et réglementaire

Devant le juge aux affaires familiales l'enfant n'est pas partie à la procédure mais a le droit d'être entendu.

L'article 388-1 du Code civil, issu de la loi du 5 mars 2007, dispose :

Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, 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. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne.

L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.

Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.

Un décret d'application en date le 20 mai 2009, ainsi qu'une circulaire en date du 3 juillet 2009, précisent les modalités pratiques de l'audition d'enfant.

Une convention pour l'amélioration des bonnes pratiques a été signée le 1er mars 2010 entre le Tribunal de Grande Instance de Paris et l'Ordre des avocats.

Cette convention a été élaborée par la section famille des Barreaux d'Ile de France et ce afin d'harmoniser les pratiques tant des avocats que des magistrats sur la question des auditions d'enfants.

Il convient de rappeler qu'avant la loi du 5 mars 2007 l'enfant, capable de discernement, avait la possibilité d'être entendu mais que le juge pouvait refuser son audition en motivant son refus.

Aujourd'hui, notre droit interne consacre expressément l'audition de l'enfant permettant une harmonisation de la Convention des Nations Unis relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989 - signée par la France le 26 janvier 1990, qui stipule dans son article 12 :

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

La Cour de cassation, dans plusieurs arrêts, avait déjà et sans attendre le vote de la loi, rappelé la nécessité, au visa des articles 12 et 3 de la convention de New York, d'entendre les enfants (Cour de Cass 18 mai 2005 & 22 novembre 2005).

Il ne faut pas oublier que l'audition peut également être demandée par une des parties. Dans ce cas, elle peut être refusée si le Juge ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant.

2. Les modalités pratiques de l'audition et ses limites

A Les modalités pratiques

a) Une information

Au terme des textes précités, l'enfant doit être informé de son droit à être entendu.

Les dispositions de l'article 388-1 du Code Civil prévoient que le Juge aux affaires familiales s'assure de ce que l'enfant, capable de discernement, a été informé de son droit d'être entendu et assisté par un avocat à l'occasion de cette audition.

Afin de permettre aux parents d'assurer cette information, il appartient aux avocats, le cas échéant, à insérer dans les requêtes, conventions et assignations soumises à l'agrément de leurs clients les dispositions de l'article 388-1 du Code Civil.

De la même façon, la convocation adressée par le greffe rappellera aux parties ce devoir d'information par la reprise des dispositions de l'article 388-1 du Code Civil.

En adéquation avec la législation européenne, il devra être inséré dans le corps des décisions de justice, une mention indiquant que le juge s'est assuré de l'information de l'enfant conformément aux dispositions de l'article 388-1 du Code Civil.

Certains magistrats à Paris ont renvoyé des affaires car les parents avaient spontanément déclaré avoir oublié d'informer leurs enfants sur leurs droits être entendus.

Une des difficultés pratiques c'est que le juge n'a aucun moyen de vérifier que l'information a été réellement donnée.

Une fois l'information donnée, il appartient à l'enfant, s'il le souhaite, d'être entendu.

b) Comment et quand doit il manifester son souhait ?

Dans le texte sans formalisme mais dans la pratique il est préférable que l'enfant puisse adresser au Juge une lettre lui demandant à être entendu.

Dans un arrêt rendu le 19 septembre 2007, la Cour de Cassation a précisé que la demande devait émaner de l'enfant et non d'un tiers.

En l'espèce, la demande résultait d'une attestation produite aux débats et dans laquelle l'enfant indiquait: « je veux rester une semaine chez mon papa, une semaine chez ma maman et continuer à voir ma petite sœur, je veux le dire au juge »

La Cour a considéré qu'il n'y avait pas lieu de faire droit à cette demande qui n'émanait pas directement de l'enfant :

Ainsi, l'enfant qui souhaite être entendu, doit faire la demande directement. Aucun témoignage faisant état de sa volonté ne peut se substituer à sa demande.

Même si dans le texte aucun formalisme n'est nécessaire, l'envoi d'une lettre permet d'éviter toute contestation sur la réalité de la demande.

Dans un arrêt en date du 15 avril 2010, la Cour de Cassation, sous le visa de l'article 388-1 du Code civil, a infirmé un arrêt au motif que la demande du mineur n'avait pas été prise en compte.

« Attendu que l'enfant Melissa X, a par deux lettres transmises à la Cour d'appel, l'une avant l'ordonnance de clôture, l'autre en cours de délibéré demandé à être entendu dans la procédure de divorce de ses parents, que la Cour d'appel a statué sans entendre l'enfant et sans se prononcer sur sa demande d'audition, la Cour a violé le texte sus visé.

La demande d'audition peut être formée, avant ou après les débats, et même la première fois en cause d'appel, sous réserve pour le magistrat de garantir aux parties de pouvoir formuler leurs observations éventuelles à la suite de l'audition.

Si l'article 388-1 du Code civil accorde au mineur le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant lorsqu'il en fait la demande, il semblerait

cependant que l'enfant n'ait pas la possibilité d'exiger une telle audition à chaque stade de l'instance. (Cour appel de Lyon, 2 avril 2009).

Cette position est contestable car la parole de l'enfant peut évoluer.

c/ Sur la préparation et le déroulement de l'audition

Deux cas peuvent se présenter :

L'audition est faite directement devant le juge ou devant un tiers délégué si l'intérêt de l'enfant le commande.

La circulaire du 3 juillet 2009 précise que si le mineur se présente accompagné de ses parents pour demander à être entendu, le juge n'a pas la possibilité de procéder à une audition « sur le champs », les dispositions de l'ancien article 338.6 du code de procédure civile n'ayant pas été reprises dans le décret d'application du 20 mai 2009.

L'audition se déroule devant le juge ou devant un tiers délégué ; l'enfant qui en fait la demande est assisté d'un avocat.

L'avocat d'un des parents ne peut être l'avocat de l'enfant.

A Paris, les avocats de l'Antenne des Mineurs sont spécialement formés pour préparer avec l'enfant son audition.

L'avocat va en amont et au cours d'un rendez vous à son cabinet, expliquer le déroulement de l'audition et l'entendre sur ses demandes.

L'avocat de l'enfant n'a pas à prendre connaissance du dossier pendant devant le juge aux affaires familiales ni à rencontrer les parents.

Seule la lettre écrite par l'enfant peut être transmise à l'avocat.

Le principe est que les propos de l'enfant seront consignés dans un compte-rendu, dont il pourra être pris connaissance au greffe par les parties ou leurs conseils.

L'enfant est avisé de ce que rien ne restera secret, ce qui suppose que ses parents, le cas échéant, connaîtront sa position

Il convient de préciser que l'enfant est entendu seul, ou assisté d'un avocat soit à sa demande, soit parce que le juge va solliciter cette désignation dans l'intérêt de l'enfant.

Le juge n'est pas obligé de suivre l'avis ou la demande de l'enfant.

Toutefois lorsqu'il entend l'enfant mineur, le juge aura ensuite l'obligation de préciser dans le jugement qu'il rendra dans l'affaire en cours qu'il a tenu compte des sentiments exprimés par l'enfant mineur. La seule absence d'indication dans le jugement qu'il a été tenu compte des sentiments exprimés par l'enfant est une cause de nullité de la décision.

Tout ce qui est dit par l'enfant au cours de son audition sera donc mentionné dans le jugement et donc porté à la connaissance des autres personnes concernées par la procédure et en particulier ses parents.

B Les limites du droit à être entendu

a. Le discernement

Comment apprécier l'âge du discernement qui peut varier d'un enfant à l'autre alors que le juge ne rencontre pas l'enfant pour apprécier ses capacités.

Dans un article paru en juin 2010 au JDJ (Journal du Droit des Jeunes), Madame CHADVILLE, présidente de la Chambre des Mineurs à la Cour d'appel de Paris indique:

« La question du discernement est incertaine et dans le « Pôle Famille » il y a un accord pour considérer qu'à partir de 8-10 ans, les enfants peuvent être entendu ».

b. Comment s'assurer que l'enfant ait eu connaissance de la faculté d'être entendu

Actuellement il n'y a aucun moyen de s'assurer que l'enfant a été informé de son droit à être entendu

c. Un droit sans recours

Peut on parler d'un droit si sa méconnaissance n'entraîne aucune sanction, En effet la décision du juge n'est susceptible d'aucun recours lorsqu'elle émane de l'enfant, sauf si l'un des parents interjette appel de la décision.

d. Nécessité d'une procédure en cours

N'étant pas partie à la procédure, l'enfant ne peut demander à être entendu de sorte que son droit est limité voir inexistant si l'un des parents ne veut engager une procédure. C'est un droit subordonné et sous condition.

On peut espérer cependant que la recommandation contenue dans la convention sur l'exercice des droits des enfants en date du 25 janvier 1996 directement

applicable en droit interne depuis la publication du décret d'application du 10 janvier 2008 et qui prévoit :

le droit (pour l'enfant) d'exercer tout ou partie des prérogatives d'une partie de telles procédures

puisse permettre une saisine direct de l'enfant.

Au cours de ma pratique j'ai pu observer que le conflit des parents a des conséquences indéniables sur la parole de l'enfant.

Il n'en demeure pas moins que les sentiments que l'enfant éprouve ont une réalité.

Il est important lors de la rencontre avec l'enfant dans le cadre de la préparation à l'entretien de permettre à l'enfant de s'approprier les éléments de son histoire et de les dissocier de ceux découlant du conflit conjugal.