



AUDITION ET DISCERNEMENT DE L'ENFANT DEVANT LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES

55 recommandations
pour améliorer la participation de l'enfant
aux décisions judiciaires le concernant au sein de sa famille

Rapport final d'une recherche réalisée sous la direction de :

Blandine MALLEVAEY

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Titulaire de la Chaire « Droits et intérêt supérieur de l'enfant »,
Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit,
Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille

Octobre 2018

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice



MISSION DE RECHERCHE
Droit & Justice

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée
avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice
(convention de recherche n° 216.09.29.13).

Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.

Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

AUDITION ET DISCERNEMENT DE L'ENFANT DEVANT LE JUGE AUX AFFAIRES FAMILIALES

RECHERCHE REALISEE PAR :

Responsable scientifique :

Blandine MALLEVAEY, Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,
Titulaire de la Chaire « Droits et intérêt supérieur de l'enfant ».

Chaire « Droits et intérêt supérieur de l'enfant », Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille.

Chercheurs associés au projet :

Maïté BRUNEL, Maître de conférences en psychologie sociale et justice.

Equipe Psychologie : interactions, temps, émotions, cognition, Université de Lille - EA 4072.

Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ, Professeur de droit privé et sciences criminelles.

Chaire « Droits et intérêt supérieur de l'enfant », Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille.

Léa JARDIN, Assistant doctorant en droit public.

Chaire « Droits et intérêt supérieur de l'enfant », Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit, Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille et ETHICS - EA 7446.

Nathalie LIONET-PRZYGODZKI, Professeur de psychologie.

Equipe Psychologie : interactions, temps, émotions, cognition, Université de Lille - EA 4072.

Nicolas VAILLANT, Directeur de recherche, Directeur de ETHICS - EA 7446, Vice-Président Vice-Recteur recherche.

Université Catholique de Lille.



REMERCIEMENTS

L'équipe de recherche « Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales » tient à adresser ses plus sincères remerciements à l'ensemble des magistrats, des auditeurs d'enfants, des avocats, des greffiers et des secrétaires de juridiction qui ont, d'une manière ou d'une autre, contribué à ce projet de recherche et sans lesquels celui-ci n'aurait pu être mené à bien. Nous remercions en particulier tous les magistrats qui ont accepté, lors de la réalisation d'entretiens, de nous faire part de leur expérience en matière d'audition de l'enfant dans les procédures familiales. Par souci de préservation de leur anonymat, nous ne pouvons pas les remercier nominativement, mais nous tenons à leur exprimer notre profonde reconnaissance pour l'accueil qu'ils nous ont réservé, pour la confiance qu'ils nous ont témoignée et pour nous avoir fait partager leurs pratiques, mais aussi, parfois, leurs réticences et leurs doutes. Leurs réflexions et leurs interrogations ont été déterminantes dans le cadre de cette recherche.

Les chercheurs remercient particulièrement Mélissa DAUBERSIES et Mathilde MARCHAL, Assistantes du projet de recherche « Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales », pour le travail précieux qu'elles ont fourni à l'équipe de recherche durant les deux années de mise en œuvre du projet.

Les membres de l'équipe de recherche remercient Inès BEELE, Marie MATHIEU et Vinciane VANDENDRIESSCHE, étudiantes en psychologie à l'Université de Lille, pour leur apport à cette recherche, au travers de leurs mémoires sur le discernement de l'enfant en justice, respectivement intitulés : « Comment définir et évaluer le discernement de l'enfant lors d'une audition devant le juge aux affaires familiales ? », « Le discernement chez l'enfant : vision des professionnels de la protection de l'enfance et de la protection judiciaire de la jeunesse » et « Le discernement de l'enfant dans le cadre de l'audition par le juge aux affaires familiales – Les mineurs au cœur des séparations parentales conflictuelles ».

Les chercheurs remercient également Malik BOZZO-REY, Directeur de recherche en éthique au sein d'ETHICS - EA 7446, pour les conseils qu'il leur a apportés dans la phase de formulation des recommandations.

L'équipe de recherche tient à vivement remercier Bénédicte PAREE, Ingénieur de recherche à la Maison des chercheurs des Facultés de l'Université Catholique de Lille, pour son implication dans le montage et le suivi administratif et financier du projet de recherche et pour sa contribution au bon déroulement de ce projet.

Les chercheurs remercient le GIP Mission de recherche Droit et Justice pour avoir soutenu cette recherche.

Ils remercient enfin, pour leur soutien et leur confiance dans la réalisation de ce projet de recherche, la Commission recherche de l'Université Catholique de Lille, la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille et son unité de recherche : le Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit, ainsi que l'Equipe Psychologie : interactions, temps, émotions, cognition de l'Université de Lille.

PLAN SOMMAIRE

INTRODUCTION

I. Contexte du projet de recherche

I-1. Émergence de la parole de l'enfant

I-2. Affirmation du droit de l'enfant de participer aux décisions l'intéressant

I-3. Reconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures le concernant

II. Contenu du projet de recherche

II-1. Problématiques identifiées

II-2. Circonscription de la recherche à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

II-3. Objectifs et axes de recherche

III. Méthodologie de l'équipe de recherche

III-1. Étude des règles applicables à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

III-2. Étude des pratiques en matière d'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

III-2-a. Recueil et étude des conventions relatives à l'audition de l'enfant

III-2-b. Enquête de terrain par entretiens semi-directifs

III-3. Formulation de recommandations

PREMIERE PARTIE :

L'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu

par le juge aux affaires familiales : l'accès de l'enfant à son audition

I. Les conditions juridiques de l'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales

A – L'enfant doit être concerné par la procédure

B – L'enfant doit être capable de discernement

II. Les conditions matérielles de l'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales

A – L'enfant doit être informé de son droit d'être entendu

B – L'enfant doit demander à exercer son droit d'être entendu

SECONDE PARTIE :

La mise en œuvre du droit de l'enfant d'être entendu par le juge aux affaires familiales : la réalisation de l'audition de l'enfant

- I. Les modalités de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales
 - A – L'interlocuteur de l'enfant
 - B – L'accompagnement de l'enfant
- II. Le déroulement de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales
 - A – Le moment et le lieu de l'audition
 - B – L'entretien du juge avec l'enfant
- III. Les conséquences de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales
 - A – Le compte rendu de l'audition de l'enfant
 - B – L'influence de l'audition de l'enfant

CONCLUSIONS

LISTE DES ABREVIATIONS

AJ fam.	Revue Actualité juridique – Famille
al.	alinéa
anc.	ancien
art.	article
BO Min. justice	Bulletin officiel du Ministère de la justice
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation – Chambres civiles
C. act. soc. et fam.	Code de l'action sociale et des familles
Cass., 1 ^{re} civ.	Première Chambre civile de la Cour de cassation
Cass., 2 ^e civ.	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil
cf.	<i>conferre</i> : voir
chron.	chronique
circ.	circulaire
coll.	collection
comm.	commentaire
C. org. jud.	Code de l'organisation judiciaire
C. pén.	Code pénal
C. pr. civ.	Code de procédure civile
D.	Recueil Dalloz
dactyl.	dactylographié(e)
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
dir.	sous la direction de
Dr. et patr.	Revue Droit et patrimoine
Dr. fam.	Revue Droit de la famille
doctr.	doctrine
éd.	édition
EDFP	L'Essentiel – Droit de la famille et des personnes
ex.	exemple
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
h.-s.	hors-série
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> : au même endroit
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
JCP G	JurisClasseur périodique (Semaine juridique) – Edition générale
JDJ	Journal du droit des jeunes – Revue d'action juridique et sociale
JO	Journal officiel de la République française – Lois et décrets
n°	numéro
not.	notamment

obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> : œuvre citée
ord.	ordonnance
p., pp.	page, pages
préc.	précité(e)
préf.	préface
prés.	sous la présidence de
Proc.	Revue Procédures
PUF	Presses universitaires de France
Rev. crit. DIP	Revue critique de droit international comparé
RG	Répertoire général
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RLDC	Revue Lamy droit civil
RRJ	Revue de la recherche juridique – Droit prospectif
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
s.	suivant(e)s
spéc.	spécialement
ss.	sous
<i>supra</i>	ci-dessus
vol.	volume

INTRODUCTION

I. Contexte du projet de recherche

I-1. Émergence de la parole de l'enfant

Considéré comme un être plus faible, inexpérimenté, impuissant à comprendre les enjeux liés à sa situation, l'enfant a longtemps eu, au sein de la société et de sa famille, une place circonscrite à celle que lui donnait son étymologie : le terme « enfant » provient du latin *infans*, lequel signifie « qui ne parle pas »¹. Alors qu'initialement l'*infans* était un être physiquement incapable de s'exprimer, « une sorte de dérive du sens du terme » a conduit à le traiter comme « un être (...) juridiquement incapable de s'exprimer »². L'enfant ne pouvait prendre part aux décisions qui le concernaient au premier chef, lesquelles appartenaient à la seule compétence des adultes. Cette conception de l'enfant a longtemps dominé et explique la réticence historique à recueillir sa parole : il fallait tout à la fois protéger l'enfant, en le tenant à l'écart des conflits familiaux, et le maintenir à distance des adultes et de leur pouvoir décisionnel, en ne lui permettant pas de s'immiscer dans les décisions prises à son sujet³, lesquelles relevaient de la puissance paternelle⁴.

Progressivement, la conception de l'enfant au sein des sociétés occidentales a évolué. Ce cheminement s'est en particulier manifesté dans la structure familiale, dont l'enfant est devenu l'élément central et fondateur. Jadis, l'enfant était perçu comme un objet de domination⁵ et était essentiellement envisagé comme un instrument de perpétuation de la lignée⁶ et de transmission des biens et du nom de la famille, le « jeune mâle » en particulier⁷. Or, par le double effet de la maîtrise de la fécondité et de la diminution de la mortalité, laquelle écartait les craintes quant à la survie du groupe familial, l'enfant est devenu un être souhaité, le « désir exaucé » de ses parents, leur « pourvoyeur de bonheur »⁸. Les relations familiales se sont ainsi, peu à peu, ordonnées « autour de l'enfant, en fonction de l'enfant et pour l'enfant »⁹. Parallèlement, la puissance paternelle, primitivement conçue comme un

¹ F. GAFFIOT, *Dictionnaire Latin Français*, Paris : Hachette, 1934, cf. « infans ».

² M.-J. GEBLER, « Regards éthiques sur les droits de l'enfant : la parole de l'enfant en justice », *D.* 1989, chron. p. 118.

³ J. DURIEUX et Ch. PIERRE, « L'audition du mineur », in : *Rapport de la Cour de cassation 1996*, Paris : La Documentation française, 1997, p. 113.

⁴ L'article 373 du Code civil de 1804, situé dans un Titre IX intitulé « De la puissance paternelle », précisait que, pendant le mariage, le père seul exerçait l'autorité sur l'enfant.

⁵ J. POUMAREDE, « De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution », in : *Le statut du mineur : plus de droits, plus de protections*, Actes du colloque organisé par la Cour de cassation le 10 juin 2011, *Petites affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 13.

⁶ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les droits de l'enfant*, coll. Que sais-je ?, Paris : PUF, 10^{ème} éd., 2018, p. 4.

⁷ M. GARDEN, « L'enfant dans et hors la famille, ou l'histoire équivoque », in : A. JACOB (dir.), *Les droits de l'enfant, quelle protection demain ?*, Actes du colloque organisé à Lyon les 8 et 9 novembre 1990 par la Société lyonnaise pour l'enfance et l'adolescence, Paris : Lierre et Coudrier, Lyon : Société lyonnaise pour l'enfance et l'adolescence, 1991, p. 221.

⁸ L. ROUSSEL, « L'enfant dans la famille incertaine », in : A. JACOB (dir.), *Les droits de l'enfant, quelle protection demain ?*, *op. cit.*, p. 233.

⁹ M. POROT, *L'enfant et les relations familiales*, coll. Paideia, Deuxième section : psychologie de l'enfant, Paris : PUF, 2^{ème} éd., 1959, p. 3.

ensemble de droits du père sur sa progéniture, a été limitée et a davantage été constituée d'obligations qui devaient s'exercer dans l'intérêt de l'enfant¹⁰.

Ce changement considérable de perspectives quant à la place de l'enfant dans la société et dans la famille a conduit à ce qu'il puisse faire entendre sa voix. En effet, a émergé l'idée que l'enfant était vraisemblablement l'une des personnes les mieux placées pour apprécier son intérêt et probablement le meilleur expert de ses besoins¹¹, ce qui commandait de l'associer à la prise des décisions le concernant. Cette évolution s'est faite, notamment, sous l'impulsion des textes internationaux, en particulier de la Convention internationale des droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale des Nations Unies.

I-2. Affirmation du droit de l'enfant de participer aux décisions l'intéressant

Dans son article 3.1, la Convention internationale des droits de l'enfant a affirmé que l'intérêt supérieur de l'enfant devait être une considération primordiale de toute décision qui le concerne. Puis, ses rédacteurs ayant estimé que l'enfant devait pouvoir participer à la détermination de son intérêt supérieur, la Convention de New York lui a reconnu le droit d'être impliqué dans la prise des décisions qui le concernent. Ainsi, l'article 12.1 de la Convention engage les États parties à garantir « 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 Comité des droits de l'enfant des Nations Unies¹² a confirmé qu'il résultait des articles 3 et 12 de la Convention que l'intérêt supérieur de l'enfant devait être établi en consultation avec celui-ci¹³ et que toute décision qui ne tiendrait pas compte des opinions de l'enfant ne respectait pas le principe selon lequel l'enfant devait avoir la possibilité d'influer sur la détermination de son intérêt supérieur¹⁴.

Ainsi la Convention internationale des droits de l'enfant a-t-elle consacré le droit de l'enfant capable de discernement de prendre part aux décisions qui le concernent. Ce droit a trouvé écho dans la législation française avec la loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité

¹⁰ F. BOULANGER, *Autorité parentale et intérêt de l'enfant – Histoire, problématique, panorama comparatif et international*, coll. Coup de cœur, Paris : Edilivre, 2008, n° 18.

¹¹ Cf. not. J. DURIEUX et Ch. PIERRE, « L'audition du mineur », art. préc.

¹² Ce Comité est chargé par les articles 43 et 44 de la Convention internationale des droits de l'enfant de veiller au respect, par les États parties, des engagements auxquels ils sont tenus en vertu de la Convention. Il peut, en application de l'article 45, formuler des recommandations et des observations destinées à promouvoir l'application effective de la Convention.

¹³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12, § 71.

¹⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, CRC/C/GC/14, § 53.

parentale¹⁵. Parce que c'est dans la famille que doivent prioritairement être prises les décisions relatives à l'enfant, le droit de l'enfant de participer aux décisions le concernant trouve en premier lieu à s'appliquer au sein de la sphère familiale. La loi du 4 mars 2002 a dès lors indiqué à l'alinéa 3 de l'article 371-1 du Code civil que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Bien que les modalités de la participation de l'enfant aux décisions le concernant aient été laissées « au bon vouloir des parents »¹⁶ et qu'aucune sanction n'ait été envisagée en cas de manquement de leur part, ces nouvelles dispositions étaient révélatrices de l'évolution de la conception de la place de l'enfant au sein de la famille. En effet, l'autorité parentale devait désormais avoir pour finalité « d'amener l'enfant à pouvoir se diriger lui-même dans la vie », ce qui nécessitait qu'il ait un degré d'autonomie proportionné à son âge et à son niveau de développement¹⁷. L'exigence d'associer l'intéressé aux décisions qui le concernent se manifeste plus particulièrement à partir de l'adolescence. D'ailleurs, tandis que l'origine du terme « enfant » conduisait à le priver de toute participation au processus décisionnel, dans la mesure où l'*infans* est « celui qui ne parle pas », l'étymologie du terme « adolescent », issu du verbe latin *adōlescere*, lequel signifie « grandir, se développer », fait davantage apparaître « le processus de construction de la personnalité auquel l'accès à l'autonomie semble pouvoir prendre part »¹⁸. Ainsi, en application tant de la Convention de New York que du Code civil français, les parents doivent inviter leur enfant à faire part de ses opinions avant de prendre les décisions relatives à sa scolarité, à ses activités de loisirs, à sa pratique religieuse, à sa santé ou encore à la détermination de sa résidence lorsqu'ils vivent séparément.

I-3. Reconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures le concernant

Si la cellule familiale constitue de toute évidence le cadre privilégié dans lequel la parole de l'enfant doit s'exprimer, il arrive que cette cellule dysfonctionne et, notamment, que les parents ne parviennent pas à s'accorder sur les décisions à prendre dans l'intérêt de leur enfant, au point de s'en remettre à un arbitrage judiciaire. Or, du fait de la judiciarisation des rapports familiaux¹⁹, les décisions relatives à l'enfant sont de plus en plus fréquemment prises dans le cadre de procédures judiciaires²⁰. Rien ne justifierait que le droit de l'enfant de participer à la prise des décisions qui le concernent soit écarté lorsque la décision ne

¹⁵ Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale (JO n° 54 du 5 mars 2002).

¹⁶ I. CORPART, « La parole de l'enfant », *RRJ*, 2005/4, vol. I, p. 1807.

¹⁷ P. MURAT, « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », in : Ph. JACQUES (dir.), *Etre parent aujourd'hui*, Actes du colloque organisé à Chambéry le 16 janvier 2009 par la Faculté de Droit et d'Economie, Université de Savoie, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, p. 49.

¹⁸ E. DURAND, « L'autonomie de l'enfant. Construire un passé positif », *Le sociographe*, h.-s. n° 6, mai 2013, p. 83.

¹⁹ A. GOUTTENOIRE, « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.* 2003, p. 368.

²⁰ Ainsi, selon les statistiques publiées par le Ministère de la Justice, 133 169 demandes relatives à l'autorité parentale et au droit de visite ont été adressées au juge aux affaires familiales en France en 2013 et 146 588 l'ont été en 2016, soit une augmentation de plus de 10 % en trois ans : *Les chiffres clés de la Justice* de 2014 et 2017, Ministère de la Justice, Sous-direction de la statistique et des études.

relève plus de l'autorité parentale, mais de l'autorité judiciaire. C'est pourquoi, après avoir affirmé en son premier paragraphe le droit de l'enfant capable de discernement d'être entendu sur toute question l'intéressant, la Convention internationale des droits de l'enfant a précisé à l'article 12.2 qu' « à cette fin, on donnera notamment à l'enfant la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire (...) le concernant ». L'audition de l'enfant dans les procédures judiciaires constitue ainsi l'une des modalités de la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent, la première étant la « traduction procédurale » de la seconde²¹.

Avant la ratification par la France de la Convention internationale des droits de l'enfant²², le droit français organisait déjà, de façon ponctuelle, la participation de l'enfant dans le cadre de certaines procédures. Étaient ainsi prévus le recueil obligatoire du consentement du mineur âgé de plus de treize ans préalablement au prononcé de son adoption²³, l'audition de l'enfant en danger par le juge des enfants dans le cadre de la procédure d'assistance éducative²⁴ et l'audition des enfants de plus de treize ans dans la procédure de divorce de leurs parents²⁵. Mais l'entrée en vigueur en France, le 6 septembre 1990, de la Convention de New York, laquelle avait consacré le droit de l'enfant capable de discernement d'être entendu dans toutes les procédures judiciaires l'intéressant, nécessitait une adaptation du droit français²⁶ afin que l'enfant puisse effectivement être entendu dans toutes les procédures civiles qui le concernent²⁷. Celle-ci est intervenue avec la loi du 8 janvier 1993²⁸, qui a fait émerger un droit commun de l'audition du mineur dans le procès

²¹ A. GOUTTENOIRE, « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », in : *Enfance et justice*, Actes du colloque organisé le 25 novembre 2005 par le Centre de droit de la famille, Université Lyon III, *Dr. fam.* n° 7, juillet 2006, étude 29.

²² La Convention de New York a été ratifiée par la France le 7 août 1990 en application de la loi du 2 juillet 1990 autorisant la ratification de la Convention relative aux droits de l'enfant (loi n° 90-548, *JO* n° 0154 du 5 juillet 1990).

²³ Art. 345 al. 3 C. civ.

²⁴ Anc. art. 1183 al. 1 C. pr. civ. L'audition du mineur par le juge des enfants dans le cadre de la procédure d'assistance éducative est aujourd'hui régie par l'article 1182 alinéa 2 du Code de procédure civile.

²⁵ L'ancien article 290 3° du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 22 juillet 1987 sur l'exercice de l'autorité parentale (loi n° 87-570, *JO* du 24 juillet 1987), commandait au juge aux affaires matrimoniales, lorsqu'il statuait sur les conséquences du divorce, de tenir compte « des sentiments exprimés par les enfants ». Ce texte précisait que lorsque les enfants « ont plus de treize ans, leur audition ne peut être écartée que par décision spécialement motivée », tandis que lorsqu'ils ont « moins de treize ans, ils ne peuvent être entendus que si leur audition paraît nécessaire et ne comporte pas d'inconvénients pour eux ».

²⁶ Il convient de préciser que la Convention internationale des droits de l'enfant a, dans la hiérarchie des normes, une valeur supérieure à la loi française, conformément à l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958, en vertu duquel « les traités ou accords régulièrement ratifiés (...) ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois ».

²⁷ Dans le cadre des procédures pénales, l'audition de l'enfant victime ainsi que l'audition du mineur délinquant obéissent à des régimes spécifiques, respectivement aménagés par le Code de procédure pénale et par l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante (ord. n° 45-174, *JO* du 4 février 1945) : cf. B. MALLEVAEY, « La parole de l'enfant en justice », in : *Enfant, enfance, discernement*, Actes du colloque organisé à Lille le 10 décembre 2010 par la Faculté de Droit et la Faculté de Lettres et Sciences Humaines, Université Catholique de Lille, *Recherches familiales*, 2012/1 n° 9, p. 117.

²⁸ Loi n° 93-22 du 8 janvier 1993 modifiant le Code civil relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant et instituant le juge aux affaires familiales (*JO* n° 7 du 9 janvier 1993).

civil²⁹ et a aménagé un régime général d'audition de l'enfant dans les procédures civiles le concernant.

Ce régime général figure à l'article 388-1 du Code civil, qui énonce que le mineur capable de discernement peut être entendu par le juge dans toute procédure le concernant. Incontestablement inspirées de l'article 12.2 de la Convention internationale des droits de l'enfant, les dispositions de l'article 388-1 du Code civil ont été modifiées par la loi du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance³⁰ afin de mettre le droit interne en conformité avec les engagements de la France au plan européen. D'une part, le règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003, relatif à la compétence, à la reconnaissance et à l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, avait fait de la possibilité pour l'enfant d'être entendu une condition de la circulation, dans l'Union européenne, des décisions le concernant³¹. D'autre part, la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée par le Conseil de l'Europe le 25 janvier 1996, reconnaissait à l'enfant capable de discernement des droits procéduraux élargis par rapport à ceux dont il bénéficiait alors en vertu du droit français, tels le droit de recevoir toute information pertinente et celui d'être consulté et d'exprimer son opinion dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire³². La loi du 5 mars 2007 a ainsi affirmé à l'article 388-1 du Code civil que l'audition de l'enfant est de droit lorsqu'il en fait la demande, que le juge ne peut désigner un tiers pour entendre l'enfant que si l'intérêt de celui-ci le commande et qu'il doit s'assurer que l'intéressé a été informé de son droit d'être entendu et d'être assisté par un avocat. Un décret du 20 mai 2009³³ est venu préciser, au sein d'un Titre IX *bis* du Code de procédure civile intitulé « L'audition de l'enfant en justice », les modalités procédurales applicables aux auditions de mineurs réalisées en application de l'article 388-1 du Code civil. Ainsi, les articles 338-1 et suivants du Code de procédure civile réglementent l'information du mineur quant aux droits qui lui sont reconnus, la demande d'audition de l'enfant et les conditions dans lesquelles cette audition est réalisée. Les articles 388-1 du Code civil et 338-1 à 338-12 du Code de procédure civile actuellement en vigueur, sur lesquels se fonde cette recherche, sont reproduits en annexe 2. Les dispositions issues de la loi du 5 mars 2007 et du décret du 20 mai 2009 ont été complétées par une circulaire du Garde des Sceaux du 3 juillet 2009³⁴, qui a apporté d'utiles indications, bien qu'elle n'ait pas de valeur normative.

²⁹ Lequel s'applique en l'absence de dispositions particulières qui régiraient l'audition de l'enfant, comme c'est le cas dans le cadre de la procédure d'assistance éducative (art. 1182 al. 2 C. pr. civ.), de la procédure d'adoption (art. 345 al. 3 C. civ.) ou de la procédure d'émancipation du mineur (art. 413-2 al. 2 C. civ.).

³⁰ Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance (JO n° 55 du 6 mars 2007).

³¹ Art. 23 et 41 du règlement.

³² Art. 3 et 6 de la Convention. La France a ratifié ce traité par la loi du 1^{er} août 2007 autorisant l'approbation de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants (loi n° 2007-1155, JO n° 177 du 2 août 2007) et par le décret du 10 janvier 2008 portant publication de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, adoptée à Strasbourg le 25 janvier 1996 (décret n° 2008-36, JO n° 0010 du 12 janvier 2008).

³³ Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice (JO n° 0119 du 24 mai 2009).

³⁴ Circ. DACS n° CIV/10/09, 211-7 C1/2-2-7/MLM du 3 juillet 2009, diffusée sur l'intranet du Ministère de la Justice.

II. Contenu du projet de recherche

II-1. Problématiques identifiées

L'examen du cadre législatif et réglementaire régissant l'audition de l'enfant en justice a conduit les membres de l'équipe de recherche, dont la présentation détaillée figure en annexe 1, à identifier plusieurs problématiques.

En premier lieu, l'équipe de recherche s'est interrogée sur l'accès de l'enfant à son audition par le juge dans les procédures qui le concernent. Cette audition est subordonnée, aussi bien par l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant que par l'article 388-1 du Code civil, à la capacité de discernement de l'enfant. Les membres de l'équipe de recherche ont rapidement constaté que la notion de discernement était d'appréhension malaisée dans chacune de leurs disciplines. En effet, alors même qu'il conditionne le droit de l'enfant de se faire entendre en justice, le discernement n'est pas un concept juridique et, bien que le législateur n'hésite pas à avoir recours à la notion de discernement³⁵, il ne l'a jamais définie. A la difficulté résultant de l'intégration dans le domaine juridique d'une notion qui par nature lui échappe, s'ajoute le fait que, dans la mesure où le discernement est la condition pour que l'enfant puisse se faire entendre par le juge, la capacité de discernement doit théoriquement être évaluée par le magistrat avant que soit ordonnée, le cas échéant, l'audition de l'enfant. Pourtant, à ce stade, le magistrat n'a, par hypothèse, pas encore rencontré l'enfant. Il se trouve donc contraint d'évaluer le discernement d'un enfant avec lequel il ne s'est jamais entretenu.

Ainsi, alors que le discernement a été choisi par le législateur pour sa souplesse et son adaptabilité, en substitution du critère inflexible de l'âge³⁶, l'indétermination du concept de discernement sur le plan juridique, autant que la difficulté pour le juge d'évaluer cette capacité chez un enfant qu'il ne connaît pas, font craindre que le recours à la notion de discernement génère en pratique de multiples dérives. L'un des premiers risques est que les magistrats se livrent à une appréciation intuitive et subjective du discernement, sans éléments communs d'évaluation, ce qui favoriserait les pratiques disparates et les inégalités de traitement. La mise en œuvre délicate du critère du discernement serait donc source d'insécurité juridique puisqu'elle soumettrait les enfants bénéficiaires du droit d'être entendu par le juge sur les questions les concernant à un aléa, selon que la demande

³⁵ Ainsi, en matière pénale, le mineur délinquant n'engage sa responsabilité pénale que s'il est capable de discernement (art. 122-8 C. pén.), tandis que la responsabilité pénale du majeur est écartée ou atténuée lorsqu'il était atteint, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli ou altéré son discernement (art. 122-1 C. pén.). La capacité de discernement conditionne par ailleurs le droit de l'enfant de faire le choix d'un avocat ou de consulter son dossier dans le cadre de la procédure d'assistance éducative (art. 1186 al. 1 et 1187 al. 2 C. pr. civ.) ou encore le droit pour l'enfant admis en qualité de pupille de l'État d'être entendu par le tuteur et par le conseil de famille au sujet de la définition d'un projet d'adoption et du choix des adoptants éventuels (art. L. 225-1 C. act. soc. fam.).

³⁶ L'ancien article 290 3° du Code civil obligeait le juge à entendre l'enfant âgé de plus de treize ans dans la procédure de divorce de ses parents.

d'audition sera soumise à tel ou tel magistrat. De surcroît, les enfants dont la demande d'audition aurait été rejetée pourraient ne pas comprendre qu'ils soient réduits au silence alors qu'ils avaient des choses à exprimer, ce qui pourrait créer chez eux un sentiment de défiance à l'égard de l'institution judiciaire³⁷. Un autre risque serait que la difficulté pour les magistrats à se saisir de la notion de discernement les amène à apprécier la capacité de discernement de façon restrictive et à considérer que celle-ci n'est présente qu'à partir d'un âge qu'ils déterminent arbitrairement et / ou qu'elle n'existe que lorsque l'enfant formule de raisonnables souhaits³⁸. Il apparaît ainsi que l'emploi d'une notion aussi indéterminée que la capacité de discernement est susceptible d'entraver l'accès de l'enfant à son audition et de limiter son droit de participer à la décision judiciaire qui le concerne.

Face à l'incommodité qu'implique l'utilisation de la notion de discernement, le juriste se tourne naturellement vers le psychologue pour tenter d'appréhender ce concept. Néanmoins, les membres de l'équipe de recherche ont constaté que le recours aux travaux menés en psychologie ne permettait pas de donner réellement sens à la notion de discernement lorsque cette capacité conditionne la possibilité pour l'enfant de faire entendre sa voix en justice. En effet, en psychologie, la notion de discernement de l'enfant est davantage étudiée lorsqu'il s'agit de jauger cette capacité chez le mineur délinquant ou victime d'une infraction pénale³⁹. Egalement, la notion de discernement est rattachée à celle de consentement éclairé des personnes. Le premier principe du Code de déontologie des psychologues⁴⁰, relatif au respect des droits de la personne, affirme ainsi que le psychologue n'intervient qu'avec le consentement libre et éclairé des personnes concernées. Si l'intervention est réalisée auprès d'un mineur, le psychologue doit en outre requérir le consentement des titulaires de l'autorité parentale ou des représentants légaux⁴¹. Lorsqu'il n'est pas possible d'obtenir le consentement éclairé de l'intéressé, par exemple parce que l'intervention se déroule dans un cadre de contrainte ou parce que les capacités de discernement de la personne sont altérées, le psychologue doit « s'efforcer de réunir les conditions d'une relation respectueuse de la dimension psychique du sujet »⁴². Ce faisant, alors que les notions de discernement et de capacité de discernement sont au cœur des pratiques des psychologues, peu d'études scientifiques en psychologie ont été menées à leur sujet. La question de l'évaluation de la capacité de discernement est davantage développée dans le champ médical, concernant le consentement du patient à l'acte médical. En ce domaine, il est considéré que le discernement est caractérisé par deux aspects : la prise de

³⁷ D. VERSINI, *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles*, Rapport thématique 2008 de la Défenseure des enfants, novembre 2008, p. 191.

³⁸ Cf. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », in : *Enfant, enfance, discernement*, préc., *Recherches familiales*, 2012/1 n° 9, p. 163.

³⁹ Cf. not. J. DAYAN, « Le discernement chez l'enfant de six à douze ans », in : *Crédibilité et discernement*, Actes du colloque organisé à Genève en juin 1996 par la Faculté de Psychologie et des Sciences de l'Education, Université de Genève, *Les cahiers de la société française de psychologie légale*, n° 2, 1997, p. 65.

⁴⁰ Mars 1996, révisé en février 2012.

⁴¹ Art. 11 du Code de déontologie des psychologues.

⁴² Art. 12 du Code de déontologie des psychologues.

conscience et la manifestation de sa volonté par le patient⁴³. Ainsi, le patient doit pouvoir comprendre l'information présentée, manipuler cette information rationnellement et se rendre compte des conséquences de ses actes. Il doit également pouvoir communiquer ses choix et résister aux pressions extérieures.

L'équipe de recherche a ainsi mis en évidence que la littérature psychologique et médicale s'attachait essentiellement à l'étude du discernement comme condition du consentement à l'intervention du professionnel et qu'il n'existait pas de procédure systématisée proposant une évaluation scientifique de la capacité de discernement dans le contexte d'une procédure judiciaire. Les contributions de la psychologie et de la médecine ne paraissaient donc pas, de prime abord, pouvoir venir en soutien à l'évaluation, par le magistrat, de la capacité de discernement d'un enfant dont l'audition est envisagée. Néanmoins, les membres de l'équipe de recherche ont constaté que, dans le domaine médical, certains auteurs ont recommandé de recourir à un questionnaire spécifique lorsque l'évaluation de la capacité de discernement est complexe⁴⁴. D'autres chercheurs ont proposé une approche, pouvant être qualifiée d'approche médico-psycho-sociale, fondée sur l'idée que l'appréciation de la capacité de discernement doit se faire de façon relative, dès lors qu'elle est spécifique à un contexte particulier⁴⁵. L'évaluation devrait donc tenir compte à la fois de l'état médical de la personne et de son état psychopathologique. Elle devrait en outre porter sur les aptitudes psychiques déterminant la capacité de discernement, à l'aide de tests particuliers⁴⁶. Ces auteurs soulignent qu'il convient, de surcroît, d'évaluer les capacités de compréhension des exigences spécifiques de la situation et de prise en considération des conséquences et alternatives d'une décision médicale. Les membres de l'équipe de recherche ont alors considéré que, même si les procédures d'évaluation du discernement élaborées dans le domaine médical n'ont pas été conçues pour permettre d'évaluer la capacité de discernement de l'enfant dans le contexte singulier d'une action en justice, il n'était pas exclu que ce type de procédure puisse être adapté afin de faciliter l'appréciation du discernement de l'enfant dont l'audition par le juge est envisagée.

En second lieu, l'équipe de recherche s'est interrogée sur la mise en œuvre du droit de l'enfant de se faire entendre par le juge dans les procédures qui le concernent. Elle a observé que les modalités de recueil de la parole de l'enfant et l'influence de celle-ci sur la décision du juge ne faisaient l'objet, au sein des Codes civil et de procédure civile, que de minces précisions. L'équipe de recherche s'est plus particulièrement intéressée aux conditions dans lesquelles la parole de l'enfant était, non seulement recueillie, mais surtout entendue, et a constaté que le législateur n'avait fixé aucun cadre quant au déroulement de

⁴³ S. FAZEL, T. HOPE, R. JACOBY, « Assessment of competence to complete advance directives : validation of a patient centred approach », *British Medical Journal* 1999, 318, p. 493.

⁴⁴ J.-B. WASSERFALLEN, F. STIEFEL, S. CLARKE, A. CRESPO, « Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bulletin des médecins suisses* 2004, 85, p. 1701.

⁴⁵ M. TRACHSEL, H. HERMANN, N. BILLER-ANDORNO, « Capacité de discernement : signification éthique, défi conceptuel et appréciation médicale », *Forum Médical Suisse* 2014, 14, p. 221.

⁴⁶ Test « MacArthur Competence Assessment Tool Treatment » ; « Mini Mental State Examination ».

l'entretien du juge avec l'enfant. L'absence d'indication paraît en première analyse salubre, en ce sens que la loi n'a pas imposé un modèle rigide et uniforme qui empêcherait le juge d'adapter l'entretien aux spécificités de chaque enfant entendu en justice. Toutefois, la liberté totale laissée au juge dans la réalisation de l'audition peut poser question, en particulier au sujet des juges aux affaires familiales, qui ne sont pas des magistrats spécialisés et n'ont en conséquence reçu, au cours de leur formation, qu'un enseignement très court et théorique sur les techniques d'audition de l'enfant⁴⁷. Parce qu'ils ne sont pas formés de façon spécifique et approfondie sur la psychologie et le développement affectif et intellectuel de l'enfant et de l'adolescent, l'audition du mineur pourrait mettre les juges aux affaires familiales dans une situation inconfortable. Le risque est alors que ces magistrats aient une certaine réticence à entendre les mineurs, non pas par égard pour l'enfant lui-même, mais parce que l'audition des enfants pourrait les mettre « mal à l'aise »⁴⁸. De surcroît, l'insuffisance de la formation des juges aux affaires familiales pourrait donner lieu à des entretiens déstructurés, susceptibles de fragiliser la parole de l'enfant et de le mettre en difficulté. Elle pourrait par ailleurs priver l'expression par l'enfant de sa parole de toute utilité, dès lors qu'il n'est pas certain que le magistrat sera en capacité de comprendre les sentiments et les besoins exprimés par son jeune interlocuteur lors de son audition. Or, si le juge procède à l'audition pour respecter les contraintes que les textes lui imposent, mais sans être en mesure d'interpréter l'expression de l'enfant, celle-ci ne pourra pas réellement influencer la décision judiciaire. C'est donc la participation de l'enfant aux décisions qui le concernent qui risque de se trouver affaiblie.

L'équipe de recherche a estimé que les travaux menés en psychologie sur le recueil et l'écoute de la parole de l'enfant pourraient apporter une aide précieuse aux magistrats amenés à auditionner l'enfant préalablement au prononcé d'une décision qui le concerne. Les membres de l'équipe de recherche ont constaté que les contributions des psychologues portaient essentiellement sur le recueil de la parole de l'enfant dans le cadre de la procédure pénale. En effet, tout un pan de la littérature scientifique en psychologie appliquée à la justice s'intéresse aux pratiques d'audition des mineurs victimes ou témoins de crimes et de délits. Certes, les objectifs de l'audition dans les affaires pénales sont différents de ceux poursuivis en matière civile, parce que l'audition dans le cadre pénal doit concourir à la manifestation de la vérité et qu'en conséquence cette audition est principalement orientée sur le déroulement des faits. Pour autant, plusieurs des recommandations formulées au sujet de l'audition de l'enfant en matière pénale pourraient permettre de mieux recueillir et prendre en compte la parole de l'enfant dans le cadre des procédures familiales le

⁴⁷ Cf. le programme pédagogique de la promotion 2018 de l'Ecole Nationale de la Magistrature, consultable sur le site internet de l'ENM : http://www.enm.justice.fr/sites/default/files/catalogues/Prog_pedago_2018.pdf : p. 30.

⁴⁸ Cl. BRISSET, *Rapport annuel 2005*, Rapport de la Défenseure des enfants, Paris : La Documentation française, 2005, p. 97.

concernant. La méthodologie de l'entretien cognitif⁴⁹ ou celle issue du protocole NICHD⁵⁰ offrent différentes solutions pour faciliter l'expression de la parole de l'enfant. L'équipe de recherche a considéré que ces travaux pourraient enrichir les protocoles d'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales.

En définitive, l'équipe de recherche a mis en évidence que l'imperfection perceptible du cadre législatif et réglementaire faisait craindre l'émergence de pratiques plurielles, potentiellement non conformes à l'intérêt de l'enfant et qui pourraient le priver de tout ou partie de l'exercice de son droit de se faire entendre dans les procédures civiles le concernant. Il est dès lors apparu opportun de réaliser une recherche pluridisciplinaire, réunissant des chercheurs en droit, en psychologie, en éthique et en économie de la famille, sur l'audition de l'enfant dans les procédures qui le concernent. Les membres de l'équipe de recherche ont alors considéré qu'un regard porté sur les pratiques en matière d'audition de l'enfant constituerait un préalable indispensable à la formulation de propositions opérationnelles destinées à favoriser le respect du droit de l'enfant de participer aux décisions judiciaires qui le concernent. Les chercheurs ont ainsi établi un projet de recherche qu'ils ont soumis à la Mission de recherche Droit et Justice, laquelle leur a accordé un soutien financier en 2016. Ce projet de recherche, intitulé « Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales », a débuté le 1^{er} octobre 2016 et s'est achevé le 1^{er} octobre 2018.

II-2. Circonscription de la recherche à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

Le projet de recherche concerne spécifiquement l'audition de l'enfant lorsque celle-ci précède le prononcé d'une décision par le juge aux affaires familiales, relative à l'enfant au sein de sa famille. Ce choix a été fait pour trois raisons principales.

D'une part, l'article 388-1 du Code civil, qui a traduit en droit français les dispositions de la Convention de New York sur le droit de l'enfant d'être associé au processus décisionnel le concernant, a le plus souvent vocation à s'appliquer devant le juge aux affaires familiales, à l'occasion de procédures relatives à la place de l'enfant au sein de sa famille, et qui vont induire des conséquences sur ses relations affectives et sur sa vie sociale. L'étude de la jurisprudence montre que le domaine d'application privilégié de l'article 388-1 du Code civil est plus particulièrement constitué des instances relatives à la fixation de la résidence

⁴⁹ Cf. par ex. R. P. FISHER et R. E. GEISELMAN, *Memory enhancing techniques for investigative interviewing : The cognitive interview*, England : Charles C. Thomas Publisher, 1992, 220 p. Pour une revue de la littérature, Cf. M. BRUNEL et J. PY, « Questioning the acceptability of the cognitive interview to improve its use », *L'année psychologique* 2013/3 vol. 113, p. 427. Pour une recherche auprès d'enfants âgés de cinq à six ans, Cf. M. GINET, M. BRUNEL, F. VERKAMPT, M. DESERT, C. COLOMB et R. JUND, « L'entretien cognitif reste-t-il efficace pour aider de très jeunes enfants issus de milieux défavorisés à témoigner d'un événement criminel ? », *L'année psychologique* 2014/2 vol. 114, p. 289.

⁵⁰ Protocole du National Institute of Child and Human Development. cf. M. CYR, *Recueillir la parole de l'enfant témoin ou victime – De la théorie à la pratique*, coll. Enfances, Paris : Dunod, 2014, p. 137 et s.

de l'enfant chez l'un de ses parents divorcés ou séparés et à l'aménagement du droit de visite et d'hébergement de l'autre parent. Ce sont donc les juges aux affaires familiales qui ont le plus vocation à auditionner les enfants sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil. Or ce sont ces mêmes juges aux affaires familiales qui sont les moins formés à l'audition des enfants⁵¹, ce qui faisait redouter que l'effectivité du droit de l'enfant d'exprimer sa parole en justice soit d'autant plus compromise. Une recherche axée sur l'application, par les juges aux affaires familiales, des dispositions de l'article 388-1 du Code civil, présentait donc un réel intérêt pratique dans l'objectif d'amélioration de la participation de l'enfant aux décisions judiciaires qui le concernent.

D'autre part, l'équipe de recherche a constaté que, si la procédure d'assistance éducative est un autre terrain d'expression de l'enfant en justice⁵², praticiens et théoriciens s'accordent à constater que cette procédure fait une place importante à la parole de l'enfant et qu'il est procédé depuis des décennies à l'audition du mineur par le juge des enfants en assistance éducative sans que cela ne pose de difficulté⁵³. Une étude consacrée à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et destinée à formuler des propositions visant à renforcer dans ce cadre le droit de l'enfant de participer aux décisions qui le concernent présentait donc un caractère novateur, dès lors que la mise en œuvre de ce droit soulevait davantage de difficultés au sein des procédures relevant de la compétence de ce magistrat. Si l'équipe de recherche envisageait naturellement de s'inspirer des pratiques mises en œuvre en matière d'audition de l'enfant par le juge des enfants, elle a estimé que les difficultés d'application posées par les dispositions relatives à l'audition de l'enfant dans les procédures familiales justifiaient de réaliser une recherche dédiée au recueil et à l'écoute de la parole de l'enfant par le juge aux affaires familiales.

Par ailleurs, l'équipe de recherche a tenu compte du fait que certains juges aux affaires familiales rechignent à entendre l'enfant dans les procédures de séparation parentale, voire refusent d'envisager son audition⁵⁴, par peur qu'elle ne le fragilise davantage encore. En effet, il n'est pas rare que le conflit parental appelant un arbitrage judiciaire place l'enfant dans une situation difficile, en ce sens qu'il peut devenir l'enjeu du litige opposant ses parents, être l'otage d'un conflit de loyauté ou encore être victime d'instrumentalisation

⁵¹ Du moins par comparaison à leurs homologues juges des enfants Cf. not. L. GEBLER, « L'enfant et ses juges. Approche transversale des procédures familiales », *AJ fam.* 2007, p. 390 : « A l'Ecole Nationale de la Magistrature, les futurs juges aux affaires familiales reçoivent une formation généraliste de juge civil et pénal, incluant bien entendu les aspects familiaux, mais dans une optique qui reste très juridique, à la différence des juges des enfants qui reçoivent un enseignement beaucoup plus spécialisé, notamment en matière de sciences humaines, afin de les sensibiliser aux enjeux de leurs décisions ». Sur la formation des magistrats aux fonctions de juge aux affaires familiales, cf. *supra* pp. 176-177.

⁵² Étant rappelé que l'audition de l'enfant par le juge des enfants dans le cadre de l'assistance éducative n'entre pas dans le champ d'application de l'article 388-1 du Code civil, dès lors qu'elle est régie par les dispositions spécifiques de l'article 1182 alinéa 2 du Code de procédure civile, lequel impose au juge d'entendre le mineur capable de discernement.

⁵³ Cf. not. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice », chron. « Droits de l'enfant », *Petites affiches*, 30 juin 2010, n° 129, p. 8 ; M. CREBASSA, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et le juge des enfants », *AJ fam.* 2009, p. 328 ; L. GEBLER, « Le juge aux affaires familiales et la parole de l'enfant : et si on avançait ? », *JDJ* n° 261, janvier 2007, p. 15.

⁵⁴ L. GEBLER, « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & Psy*, 2007/3 n° 36, p. 50.

et de manipulations⁵⁵, alors même que la séparation de ses parents peut déjà en elle-même être source de souffrance⁵⁶. Or les membres de l'équipe de recherche considèrent que priver l'enfant de son droit d'exprimer sa parole en justice, c'est prendre le risque que la décision rendue ignore ses besoins, ce qui peut mettre l'enfant dans une situation plus dangereuse encore et l'amener à adopter des conduites à risque, voire des comportements suicidaires⁵⁷. Au contraire, l'écoute et la prise en considération de la parole de l'enfant lui permettent de participer à la détermination, par le juge, de ce qu'exige son intérêt. Elles conduisent ainsi à ce que la décision qui sera prise soit la plus respectueuse de son intérêt. Dès lors, plutôt que d'envisager l'audition du mineur dans les procédures familiales le concernant sous l'angle d'une dichotomie entre protection de l'enfant et expression de sa parole, l'équipe de recherche a adopté le postulat que le recueil et l'écoute de la parole de l'enfant par le juge aux affaires familiales, en ce qu'ils lui permettent d'être acteur de son devenir, pouvaient concourir à la protection de l'enfant et de son intérêt supérieur.

II-3. Objectifs et axes de recherche

L'ambition de cette recherche est de contribuer à l'amélioration de la participation de l'enfant aux décisions judiciaires prises par le juge aux affaires familiales et susceptibles d'avoir une incidence sur sa place au sein de sa famille et sur ses relations familiales. Cette ambition a été déclinée autour de deux objectifs, qui ont chacun donné lieu à un axe de recherche.

Premièrement, l'amélioration de la participation de l'enfant aux décisions judiciaires qui le concernent au sein de sa famille nécessite d'accroître la possibilité pour l'enfant, s'il le souhaite, de se faire entendre par le juge aux affaires familiales avant qu'il ne prenne une décision à son sujet. Pour ce faire, il convient de favoriser l'accès de l'enfant à son audition, ce qui suppose notamment que la condition de l'audition tenant à l'exigence de discernement de l'enfant ne puisse plus constituer, en raison des difficultés de mise en œuvre qu'elle suscite, un obstacle au recueil de sa parole par le juge. L'équipe de recherche a ainsi dégagé un premier axe de recherche, portant sur l'évaluation de la capacité de discernement de l'enfant concerné par une procédure devant le juge aux affaires familiales. Il devait notamment s'agir d'identifier comment, à l'occasion des procédures dont ils ont la charge, les juges aux affaires familiales déterminent qu'un enfant est ou non capable de

⁵⁵ M. JUSTON, « La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant roi, enfant-proie », *Gaz. Pal.*, 15 et 16 mars 2013, n° 74 et 75, p. 11 ; D. GANANCIA, « Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles », *AJ fam.* 2013, p. 264.

⁵⁶ Cf. M. BERGER, *L'enfant et la souffrance de la séparation*, coll. Enfances, Paris : Dunod, 2^{ème} éd., 2003, not. p. 32 ; J.-L. VIAUX, *L'enfant et le couple en crise*, Paris : Dunod et Jeunesse et droit, 1997, p. 115 et s. ; M. JUSTON, « La souffrance des enfants dans les situations de séparation de leurs parents : quelle réponse la justice familiale peut-elle apporter ? », *Gaz. Pal.*, 19 janvier 2012, n° 19, p. 12.

⁵⁷ En 1988, la psychiatre et psychanalyste Françoise DOLTO affirmait que si l'enfant pouvait communiquer avec le juge sur ce qu'il désire, « on éviterait énormément de passages à l'acte chez les enfants – le plus grave étant le suicide – lorsqu'ils n'ont pas d'autre solution et qu'ils sont dans un malaise profond » : F. DOLTO, *Quand les parents se séparent*, coll. Points, Paris : Seuil, 1988, p. 136.

discernement et qu'il bénéficie en conséquence du droit de s'exprimer en justice. Dans le cadre de ses travaux, l'équipe de recherche a constaté que les difficultés liées à l'évaluation du discernement de l'enfant n'étaient pas le seul obstacle à l'audition de l'enfant par le juge et que d'autres entraves pouvaient résulter du défaut d'information de l'enfant quant à son droit d'expression en justice ou encore du fait que, pour se faire entendre, l'enfant doive demander à exercer son droit. Ce constat a amené les chercheurs à envisager plus globalement, au sein du premier axe du projet de recherche, l'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales.

Deuxièmement, l'amélioration de la participation de l'enfant aux décisions judiciaires le concernant au sein de sa famille implique d'optimiser les conditions dans lesquelles la parole de l'enfant est entendue. Il importe que cette parole soit recueillie dans un cadre et selon des modalités qui permettent aussi bien à l'enfant de faire part de ses sentiments et besoins, qu'au juge aux affaires familiales de les comprendre. Si l'enfant est entendu dans un climat protecteur et de nature à faciliter l'émergence de sa parole, alors l'expression de ses sentiments et de ses besoins sera mieux à même d'influer sur la décision judiciaire. Quant aux magistrats, si l'audition de l'enfant est rendue moins incommode pour eux, ils seront plus enclins à recueillir la parole des enfants, ce qui contribuera à renforcer l'accès de l'enfant à son audition en justice. Se dessinent ainsi les contours d'un cercle vertueux qui favoriserait l'effectivité du droit de l'enfant de prendre part aux décisions qui le concernent, tout en assurant la protection de son intérêt. Le second axe auquel les membres de l'équipe ont consacré leur recherche était donc la réalisation de l'audition de l'enfant, qu'il s'agisse de ses modalités, de son déroulement ou de ses conséquences.

III. Méthodologie de l'équipe de recherche

III-1. Étude des règles applicables à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

La réalisation d'une recherche sur l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales nécessitait de toute évidence que les chercheurs s'attachent en premier lieu à étudier le cadre applicable à cette audition. Cet examen a porté aussi bien sur les textes, c'est-à-dire sur les dispositions de l'article 388-1 du Code civil et des articles 338-1 à 338-12 du Code de procédure civile⁵⁸, que sur les principes posés par la Cour de cassation dans sa jurisprudence applicable à l'audition de l'enfant par le juge. L'étude de ce cadre a fait émerger un certain nombre de questionnements et de difficultés potentielles. S'imposait dès lors une recherche sur la façon dont ce cadre est mis en œuvre dans la pratique juridictionnelle.

⁵⁸ Ces articles sont reproduits en annexe 2.

III-2. Étude des pratiques en matière d'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

Une fois déterminé le cadre législatif et réglementaire, l'équipe de recherche l'a confronté aux pratiques en matière d'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales. Pour prendre connaissance de ces pratiques, les chercheurs ont eu principalement recours à deux procédés.

III-2-a. Recueil et étude des conventions relatives à l'audition de l'enfant

Dans un premier temps, l'équipe de recherche a entrepris de collecter les conventions sur la pratique de l'audition de l'enfant. Il convient de préciser que, face aux difficultés que soulèvent les textes applicables à l'audition de l'enfant dans les procédures qui le concernent, des initiatives locales sont nées entre les professionnels amenés à intervenir dans la pratique de l'audition du mineur en justice. Ainsi, principalement à la suite de la réforme de l'audition du mineur dans le procès civil qu'ont opérée la loi du 5 mars 2007 et son décret d'application du 20 mai 2009, les juges aux affaires familiales et les avocats d'enfants de plusieurs juridictions se sont réunis au sein de commissions pour réfléchir aux bonnes pratiques à adopter en matière d'audition de l'enfant et ont rédigé des conventions destinées à la mise en œuvre de ces pratiques. Le contenu de ces conventions s'inspire naturellement des textes qui régissent l'audition de l'enfant en justice, mais aussi des préconisations de la Charte nationale de l'avocat d'enfant. Cette Charte a été adoptée le 25 janvier 2008 par la commission sur le droit des mineurs de la Conférence des bâtonniers, afin d'harmoniser les dispositifs locaux et de façonner une véritable déontologie des avocats d'enfants. Elle a été rebaptisée par la suite « Charte nationale de défense des mineurs »⁵⁹.

Les membres de l'équipe de recherche ont contacté les cent-soixante-treize tribunaux de grande instance français pour leur demander si une convention sur l'audition de l'enfant avait été élaborée au sein de leur juridiction et, dans l'affirmative, de bien vouloir la faire parvenir aux chercheurs. Sur l'ensemble des juridictions contactées, douze tribunaux ont répondu qu'ils disposaient d'une convention et l'ont fait parvenir à l'équipe de recherche, seize tribunaux ont expliqué qu'aucune convention n'avait été rédigée mais qu'un protocole informel, plus ou moins détaillé, était généralement appliqué et l'ont indiqué, soixante-dix-huit tribunaux ont fait savoir qu'ils n'appliquaient ni convention ni protocole particulier, soixante-sept tribunaux n'ont pas répondu malgré plusieurs relances. Les contacts pris auprès des tribunaux ont été complétés par une prise d'attache avec les ordres des avocats auprès des juridictions concernées, ce qui a permis le recueil de six conventions

⁵⁹ Cf. « La Charte nationale de la défense des mineurs », *JDJ* n° 275, mai 2008, p. 42.

supplémentaires. Au total, les membres de l'équipe de recherche se sont procuré dix-huit conventions, dont la liste complète et détaillée figure en annexe 3.

Un examen préliminaire de ces conventions a conduit l'équipe de recherche à écarter deux d'entre elles de l'analyse de l'ensemble des conventions. D'une part, la convention signée à Caen en 2008 entre le tribunal de grande instance et l'association des amis de Jean Bosco n'a pas été retenue au titre de l'étude des conventions rédigées conjointement entre magistrats et avocats car, à la différence des autres conventions récoltées, elle ne porte pas sur l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et n'envisage que les modalités de la délégation de l'audition à l'association cosignataire de la convention. D'autre part, la convention relative à la défense des mineurs, établie à Rodez en 2015, n'a pas été intégrée à l'étude car, bien qu'elle fasse référence à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales, elle porte principalement sur le rôle de l'avocat en cas de procédure pénale dirigée contre le mineur délinquant. En outre, le tribunal de grande instance de Libourne a fait savoir aux membres de l'équipe de recherche que le protocole relatif à l'audition de l'enfant dans les procédures devant le juge aux affaires familiales signé en 2006⁶⁰ n'était plus appliqué pour des raisons diverses tenant à la mobilité des magistrats et au fait que certaines dispositions du protocole n'étaient pas conformes au cadre applicable à l'audition de l'enfant tel que l'ont redéfini la loi du 5 mars 2007 et le décret du 20 mai 2009. Ce protocole a en conséquence été écarté de l'examen des conventions réalisé par l'équipe de recherche.

L'étude des conventions récoltées a finalement porté sur quinze conventions, appliquées dans les juridictions d'Alès, Bobigny, Chartres, Meaux, Melun, Montpellier, Nanterre, Nice, Niort, Paris, Pontoise, Rouen, Thionville, Toulouse et Valenciennes. Les conventions portent des intitulés sensiblement différents ; par souci de simplicité, elles ont toutes été dénommées dans le cadre de cette recherche « convention relative à l'audition de l'enfant ». Les intitulés précis des conventions, leurs signataires et la date de leur signature sont détaillés en annexe 3. Les quinze conventions ont fait l'objet d'une double analyse.

Premièrement, une analyse comparative des termes utilisés dans les conventions a été réalisée. L'approche retenue, de type *text mining*, a été effectuée avec le logiciel libre de droits R. Elle a permis d'identifier le degré de similitude des champs sémantiques, et réciproquement le degré de dissemblance, entre les conventions. Alors que toutes les conventions visent à assurer la transposition en pratique d'un unique cadre défini par les textes, il apparaît qu'elles contiennent *in fine* des dispositions assez variables d'une juridiction à une autre, au moins du point de vue de leur formulation et du champ lexical employé, et parfois des protocoles qu'elles tendent à instaurer. Les graphiques élaborés à partir de cette

⁶⁰ Ce protocole avait été porté à la connaissance de l'équipe de recherche car il avait été publié dans le *Journal du droit des jeunes* : cf. « L'enfant dans les procédures devant le juge aux affaires familiales – Protocole du tribunal de grande instance de Libourne », *JDJ* n° 261, janvier 2007, p. 20. D'autres conventions ont été publiées dans des revues spécialisées ; c'est le cas par exemple de la convention parisienne : cf. « Nouvelle convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant », *AJ fam.* 2014, p. 18.

méthode figurent en annexe 8. Ils mettent notamment en lumière un premier résultat qui concerne les différences entre les conventions s'agissant de leur degré de précision, un deuxième résultat tenant à la sous-représentation du terme « discernement » au sein des conventions, alors que la capacité de discernement subordonne le droit de l'enfant d'être entendu en justice ; un troisième résultat est qu'il existe un degré de similitude élevé entre certaines conventions rédigées au sein de juridictions proches sur le plan géographique et situées en conséquence dans le ressort d'une même cour d'appel.

Deuxièmement, les conventions ont été analysées au regard du dispositif législatif. Pour cela, les conventions ont été confrontées aux textes applicables, ce qui a mis en lumière trois catégories de dispositions au sein des conventions : celles qui ne font que rappeler les règles posées par le législateur, celles qui adaptent le cadre défini par les textes et celles qui apparaissent en contradiction avec les dispositions issues des articles 388-1 du Code civil et 338-1 et suivants du Code de procédure civile, lesquelles régissent l'audition de l'enfant en justice.

Les résultats de cette seconde analyse, qui seront présentés dans la suite de ce rapport, ont contribué à classer les juridictions en deux catégories. La première comportait des juridictions considérées par l'équipe de recherche comme « pionnières », en ce sens qu'au sein de ces juridictions l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales apparaît comme une préoccupation importante, qui a donné lieu à des réflexions sur l'amélioration des pratiques et à des dispositifs innovants destinés à permettre à l'enfant d'exprimer ses sentiments et ses besoins dans des conditions respectueuses tant de sa parole que de son intérêt. La seconde catégorie était composée de juridictions pouvant être regardées comme en retrait du mouvement tendant à accroître la participation de l'enfant aux procédures familiales qui le concernent. Cet examen a été complété par l'analyse d'une sélection d'arrêts rendus par les cours d'appel durant la période de 2012 à 2016 et posant à titre principal une question sur l'audition de l'enfant dans les procédures familiales le concernant⁶¹. Dans la mesure où les arrêts d'appel font mention de la juridiction de première instance ayant rendu le jugement attaqué par la voie de l'appel, il a été possible de mettre en lumière les pratiques de certains tribunaux de grande instance en matière d'audition des enfants par le juge aux affaires familiales. Ces identifications ont permis de sélectionner les juridictions que les membres de l'équipe de recherche contacteraient pour poursuivre leur collecte de données de terrain au moyen d'entretiens avec les magistrats.

III-2-b. Enquête de terrain par entretiens semi-directifs

Dans un second temps, l'équipe de recherche a estimé opportun d'effectuer une enquête de terrain, par la réalisation d'entretiens semi-directifs auprès de magistrats, dans le

⁶¹ Ces arrêts ont été sélectionnés d'une part sur le site www.legifrance.gouv.fr et d'autre part à partir de la base de données JurisData sur le site www.lexis360.fr.

but de mieux connaître les pratiques juridictionnelles en matière d'audition de l'enfant. L'équipe de recherche a adopté une approche qualitative.

Sur la base de la sélection de juridictions préalablement mentionnée, quinze juridictions ont été contactées aux fins de réaliser un entretien, soit avec des juges aux affaires familiales dans les tribunaux de grande instance, soit avec des conseillers de la chambre de la famille au sein de cours d'appel. Les juridictions ont été contactées par un membre de l'équipe de recherche. L'étude leur a été présentée comme une enquête sur les pratiques professionnelles en matière d'audition de mineurs, dans le cadre du projet de recherche pluridisciplinaire intitulé « Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales ». Parmi les quinze juridictions sollicitées, treize ont répondu favorablement à la demande de l'équipe de recherche. S'agissant des deux autres juridictions, l'une a décliné la proposition en raison d'une surcharge d'activité, ne permettant pas aux magistrats de rencontrer les membres de l'équipe de recherche ; une autre n'a pas répondu à la demande de l'équipe de recherche, malgré deux relances. Au total, trente-trois magistrats ont accepté librement et volontairement de participer à cette étude. Trente-et-un entretiens se sont déroulés dans le bureau du magistrat interrogé et deux entretiens ont dû être effectués par téléphone. Les entretiens ont été menés par un ou deux membres de l'équipe de recherche dans le respect du Code de déontologie des psychologues. Pour débiter l'entretien, l'investigateur a garanti aux participants leur droit de mettre un terme à la rencontre à tout moment et de ne pas répondre à certaines questions, ainsi qu'une analyse confidentielle des données et l'anonymisation de ces données lors de la présentation des résultats, que ce soit dans le cadre de ce rapport ou dans tout autre support de communication faisant mention des résultats de l'enquête de terrain. Les participants ont rempli un formulaire de consentement⁶². L'entretien semi-directif débutait après signature de ce formulaire de consentement par le magistrat. Les entretiens ont été audio-enregistrés et ont été intégralement retranscrits⁶³. Parmi les trente-trois magistrats rencontrés, quatre ont refusé l'enregistrement sonore de l'entretien, bien qu'ils aient été préalablement avisés que celui-ci donnerait lieu à un enregistrement lors de la demande d'entretien, donc avant qu'ils ne donnent leur accord pour prendre part à l'enquête, et alors que toutes les garanties leur étaient apportées quant au respect de l'anonymat des participants à l'enquête de terrain. Ces quatre entretiens non enregistrés ont fait l'objet d'une prise de notes manuscrites par l'investigateur. Si ces entretiens ont pu nourrir les réflexions de l'équipe de recherche, les chercheurs ont décidé, par souci de

⁶² Les formulaires de consentement, qui permettent l'identification des magistrats ayant pris part à l'étude, ont été archivés de façon indépendante des informations recueillies lors des entretiens, afin de garantir l'anonymat des participants.

⁶³ Les retranscriptions ne comportaient pas les villes des juridictions, ni les noms des collègues mentionnés par les magistrats, lesquels étaient remplacés respectivement par des numéros et par des lettres, afin de garantir l'anonymat des participants. Dans le même but, les retranscriptions ont été enregistrées en utilisant un code : Date+Heure+Juridiction(1, 2, ...)+Magistrat(1, 2, ...). En outre, toutes les personnes ayant collaboré à ce projet de recherche ou en ayant pris connaissance sont tenues au secret. Les données issues des entretiens sont la copropriété du Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit de l'Université Catholique de Lille et du laboratoire Psychologie : interactions, temps, émotions, cognition de l'Université de Lille.

rigueur scientifique, de ne pas intégrer les quatre entretiens non enregistrés et non intégralement retranscrits aux analyses des données de terrain.

Au total, les analyses ont porté sur vingt-neuf entretiens, réalisés dans onze tribunaux de grande instance et dans deux cours d'appel, répartis sur l'ensemble du territoire français métropolitain. Au sein des tribunaux de grande instance, ont été rencontrés et enregistrés entre un et quatre juges aux affaires familiales : un dans deux tribunaux, deux dans trois tribunaux, trois dans cinq tribunaux, quatre dans un tribunal⁶⁴, soit une moyenne de 2,45 magistrats par tribunal. Au sein des deux cours d'appel, un seul magistrat a été rencontré ; il s'agissait du président de la chambre de la famille de ces juridictions. L'anonymat total ayant été garanti aux magistrats qui ont accepté de prendre part à l'enquête de terrain, les tribunaux de grande instance et cours d'appel au sein desquels des entretiens ont été effectués ne seront pas mentionnés dans le cadre de ce rapport. Il est uniquement indiqué que, parmi les entretiens réalisés, six l'ont été auprès de juges aux affaires familiales dans des tribunaux de grande instance au sein desquels une convention relative à l'audition de l'enfant a été rédigée avec le barreau local. Pour les mêmes raisons de préservation de l'anonymat, l'emploi du masculin sera, dans ce rapport, systématique pour désigner les magistrats rencontrés et dont les entretiens ont été enregistrés, alors même que, parmi eux, vingt-quatre étaient des femmes et cinq étaient des hommes. Il peut également être précisé que la moyenne d'ancienneté dans la magistrature des professionnels rencontrés est de quinze ans et demi, le plus ancien exerçant ses fonctions depuis plus de quarante ans et le moins ancien depuis dix-huit mois. L'ancienneté des magistrats dans leurs fonctions actuelles, soit de juge aux affaires familiales au sein d'un tribunal de grande instance, soit de conseiller de la chambre de la famille de la cour d'appel, est de trois ans et deux mois en moyenne, le maximum étant de six années et le minimum d'un an et demi, étant précisé que sept magistrats avaient déjà exercé les fonctions de juge aux affaires familiales précédemment dans leur carrière. Il est intéressant de souligner que onze des vingt-neuf magistrats rencontrés ont précisé avoir exercé les fonctions de juge des enfants durant leur carrière, dont quatre pendant plus de dix ans, et que cinq des juges aux affaires familiales interrogés ont indiqué avoir eu une carrière d'avocat avant d'intégrer la magistrature.

Les entretiens se sont déroulés en cinq phases, suivant une grille d'entretien qui figure en annexe 4. Les trois premières étaient des phases de questionnement, d'abord sur le parcours professionnel du magistrat, ensuite sur ses pratiques en matière d'audition des enfants, enfin sur la question du discernement. La quatrième phase était une phase de recueil des commentaires du magistrat sur un outil d'évaluation du discernement. En effet,

⁶⁴ L'équipe de recherche a demandé à rencontrer au maximum trois juges aux affaires familiales par tribunal de grande instance. Ce faisant, les différences de pratiques entre les quatre juges aux affaires familiales de l'un des tribunaux ont été tant mises en évidence par les trois premiers magistrats rencontrés au sein de cette juridiction, qu'elles ont déterminé les membres de l'équipe de recherche à solliciter un entretien avec le quatrième juge aux affaires familiales de ce tribunal. Ce quatrième entretien a manifestement renforcé le constat de pratiques très différentes entre les quatre juges aux affaires familiales de ce tribunal de grande instance.

se fondant sur une méthode d'évaluation du discernement du patient dans le cadre de l'expression de son consentement à l'acte médical⁶⁵, les membres de l'équipe de recherche ont adapté le questionnaire pour établir un outil d'évaluation du discernement de l'enfant concerné par une procédure judiciaire familiale. Le questionnaire d'origine et son adaptation, qui figurent en annexe 5, ont été présentés aux magistrats rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain, afin de recueillir leurs impressions et remarques. La cinquième phase, qui clôturait l'entretien, portait sur la formation des magistrats en matière d'audition de l'enfant et d'évaluation de son discernement. Il peut être souligné qu'afin de ne pas orienter les réponses, les membres de l'équipe de recherche ont pris soin, lors de l'élaboration du questionnaire et lors de la conduite des entretiens, de privilégier dans un premier temps l'emploi du terme « mineur », lequel paraissait plus neutre. En effet, le terme « mineur » désigne l'individu âgé de zéro à dix-huit ans⁶⁶, tandis que le terme « enfant », qui se rapporte à l'être dans l'âge de l'enfance⁶⁷, semble plus réducteur, donc plus inductif.

Les entretiens réalisés auprès des magistrats ont fait l'objet de trois type d'analyses pluridisciplinaires et complémentaires. Une analyse thématique de type Bardin⁶⁸ a été réalisée lorsque les réponses apportées par l'interlocuteur étaient courtes. Lorsque les réponses étaient plus étayées, une analyse lexicométrique de type classification de Reinert⁶⁹ a été effectuée à l'aide du logiciel libre IRaMuTeQ⁷⁰, afin d'identifier automatiquement des univers de discours relatifs à une question posée. Ce type d'analyse présente l'avantage d'être moins subjectif qu'une analyse thématique. En outre, les réponses apportées par les magistrats ont été analysées au regard du dispositif législatif ; les pratiques décrites ont ainsi été confrontées aux textes applicables à l'audition de l'enfant dans les procédures civiles qui le concernent. Les résultats des analyses des entretiens avec les magistrats seront détaillés dans la suite de ce rapport.

Les analyses pluridisciplinaires des données recueillies au moyen des entretiens avec les magistrats ont permis de comparer les pratiques professionnelles en matière d'audition de l'enfant dans les procédures familiales le concernant, d'un juge à l'autre, mais aussi entre les juridictions. Il a également été possible d'analyser la conformité ou la contrariété de ces pratiques au cadre légal, pour que l'équipe de recherche puisse déterminer ensuite s'il y a lieu soit de réajuster les pratiques afin qu'elles s'insèrent dans le cadre défini par le législateur, soit de modifier ce cadre afin qu'il soit mieux adapté aux réalités de terrain, soit d'opter pour une approche intermédiaire. L'équipe de recherche s'est aussi attachée à

⁶⁵ Dit « questionnaire de Silberfeld » : M. SILBERFELD, C. NASH, P.-A. SINGER, « Capacity to complete an advance directive », *Journal of American Geriatric and Society* 1993, 41, p. 1141.

⁶⁶ Le premier alinéa de l'article 388 du Code civil définit le mineur comme « l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis ».

⁶⁷ *Dictionnaire de la langue française Littré*, cf. « enfant ».

⁶⁸ L. BARDIN, *L'analyse de contenu*, coll. Quadrige, Paris : PUF, 2^{ème} éd., 2013, 304 p.

⁶⁹ M. REINERT, « Postures énonciatives et mondes lexicaux stabilisés en analyse statistique de discours », *Langage et société* n° 121-122, 2007, p. 189.

⁷⁰ Interface de R pour les analyses multidimensionnelles de textes et de questionnaires.

déterminer si les pratiques mises en lumière grâce aux entretiens paraissaient ou non conformes à l'intérêt des enfants concernés. S'agissant plus particulièrement du déroulement des auditions d'enfants tel que l'ont décrit les magistrats rencontrés, les chercheurs ont porté une attention particulière au degré de structuration de ces auditions. Ils ont comparé les pratiques des magistrats aux différentes recommandations émises par les chercheurs et par les praticiens dans le domaine médical ainsi qu'aux recommandations issues de la recherche en psychologie judiciaire. Par ailleurs, l'enquête a permis d'accéder aux représentations spontanées qu'ont les juges aux affaires familiales sur la question du discernement des enfants et de déterminer s'il existe une différence de représentation en fonction de la référence ou non du magistrat à une convention relative à l'audition de l'enfant. Enfin, les pratiques décrites par les six juges aux affaires familiales exerçant leurs fonctions dans une juridiction au sein de laquelle une telle convention a été élaborée ont été comparées à celles prévues par la convention.

III-3. Formulation de recommandations

Aux deux premières phases du projet de recherche, consacrées respectivement à l'étude des règles applicables et à la collecte des données de terrain puis à l'analyse pluridisciplinaire de ces données, a logiquement succédé une troisième phase, destinée à la formulation, par les membres de l'équipe de recherche, de recommandations relatives à l'audition de l'enfant dans les procédures familiales le concernant. Au regard des analyses préalablement effectuées, les recommandations formulées peuvent d'abord porter sur les textes régissant l'audition de l'enfant, lorsqu'ils paraissent peu adaptés aux réalités de terrain. Les recommandations peuvent ensuite porter sur les pratiques juridictionnelles, qu'elles tiennent à l'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales ou à la réalisation de l'audition. Les recommandations ont été formulées par l'équipe de recherche dans le double souci, notamment, de préserver l'intérêt de l'enfant et de tendre vers une harmonisation des pratiques des juridictions, afin de satisfaire aux impératifs de sécurité juridique et d'égalité de traitement entre les justiciables. Les recommandations seront présentées au fur et à mesure de ce rapport. S'agissant spécifiquement des propositions d'évolution des textes législatifs et réglementaires applicables à l'audition de l'enfant par le juge, un tableau récapitulatif des modifications envisagées figure en annexe 9.

Le plan de ce rapport final suit, logiquement, les deux axes de recherche du projet « Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales ». Au regard de l'objectif qu'elle avait fixé de contribuer à l'amélioration de la participation de l'enfant aux décisions judiciaires qui le concernent au sein de sa famille, l'équipe de recherche s'est d'abord intéressée à l'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu par le juge aux affaires familiales, ce qui pose la question de l'accès de l'enfant à son audition (Première partie). L'équipe de recherche a ensuite porté son attention sur la mise en œuvre du droit de l'enfant d'être entendu par le juge aux affaires familiales, c'est-à-dire sur la réalisation de son audition

(Seconde partie). Chaque thématique envisagée sera présentée en suivant le cheminement scientifique que les chercheurs ont adopté : l'étude des règles applicables, qu'elles résultent des textes ou de la jurisprudence (1), a précédé l'analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant (2) ainsi que l'analyse des entretiens avec les magistrats (3), ces analyses ayant ensuite permis à l'équipe de recherche de formuler ses recommandations (4).

PREMIERE PARTIE :
L'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu par le juge
aux affaires familiales : l'accès de l'enfant à son audition

Pour que l'enfant puisse se faire entendre par le juge aux affaires familiales, il faut avant toute chose qu'il remplisse les conditions juridiques posées par l'article 388-1 du Code civil (I). Dans l'affirmative, il faut ensuite que lui soient donnés les moyens matériels de faire le choix de s'exprimer en justice (II).

I. Les conditions juridiques de l'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales

L'article 12.2 de la Convention internationale des droits de l'enfant comme l'article 388-1 du Code civil soumettent le droit de l'enfant d'être entendu par le juge à la réunion de deux conditions. La première est objective et tient au contexte dans lequel l'audition de l'enfant est envisagée : il doit s'agir d'une procédure qui le concerne (A). La seconde condition est subjective et tient au bénéficiaire du droit d'être entendu par le juge : ce droit n'est reconnu qu'à l'enfant capable de discernement (B).

A – L'enfant doit être concerné par la procédure

1. Étude des règles applicables

Pour que l'enfant puisse se prévaloir d'un droit d'être entendu par le juge, il faut logiquement qu'il soit concerné par la procédure au sein de laquelle il souhaite s'exprimer. L'article 388-1 du Code civil vise en effet l'audition de l'enfant « dans toute procédure le concernant ». Cette première condition n'a fait l'objet d'aucune précision de la part du législateur. Après l'introduction dans le Code civil de l'article 388-1 par la loi du 8 janvier 1993, une circulaire du 3 mars 1993⁷¹ a indiqué qu'étaient visées toutes les procédures dans lesquelles les intérêts de l'enfant, matériels ou moraux, étaient en jeu. Elle avait ajouté que, si l'article 388-1 était le plus souvent applicable aux procédures extrapatrimoniales, le droit de l'enfant d'être entendu par le juge pouvait également être exercé « dans les procédures [ayant des] implications financières ». A la suite de la réforme opérée par la loi du 5 mars 2007, la circulaire de la Chancellerie en date du 3 juillet 2009 a établi une liste non exhaustive des procédures au sein desquelles l'enfant pouvait être entendu en application de l'article 388-1 du Code civil. Sont ainsi visées :

⁷¹ Circ. n° JUSC9320134C du 3 mars 1993 relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant (JO n° 70 du 24 mars 1993).

- les procédures relatives à l'autorité parentale entre les parents, que sont celles relatives à l'attribution de l'autorité parentale ou à ses modalités d'exercice, celles portant sur la fixation de la résidence de l'enfant et celles tendant à l'aménagement d'un droit de visite et d'hébergement, ce qui regroupe l'ensemble des procédures de divorce, des procédures postérieures au divorce, des procédures relatives à l'autorité parentale à l'égard de l'enfant né de parents non mariés, ainsi que la procédure d'éviction du conjoint violent ;
- les procédures relatives à l'autorité parentale qui font intervenir un tiers, telles que celles tendant à la fixation d'un droit de visite et d'hébergement au bénéfice d'un ascendant de l'enfant ou de toute autre personne, ainsi que les procédures visant à la délégation de l'exercice de l'autorité parentale ;
- la procédure de retrait de l'autorité parentale ;
- la procédure de changement de régime matrimonial des époux, celui-ci étant soumis à une homologation judiciaire en présence d'enfants mineurs ;
- les procédures relatives à la filiation, à l'adoption et aux subsides ;
- la procédure tendant au changement de prénom de l'enfant ;
- les procédures devant le juge des tutelles ;
- la procédure consécutive au dommage subi par l'enfant du fait d'une faute contractuelle ou extracontractuelle ou de la violation de son droit à l'image et visant à la réparation de son préjudice.

La circulaire du 3 juillet 2009 ajoute que l'appréciation du lien de l'enfant avec la procédure doit être faite au cas par cas, en fonction de l'objet de l'affaire et des circonstances de l'espèce.

L'application par la jurisprudence de la première condition de l'audition de l'enfant par le juge, tenant à ce qu'il doit être concerné par la procédure, soulève en pratique assez peu de difficultés. La seule incertitude porte sur l'audition de l'enfant au sein des procédures exclusivement relatives aux rapports financiers entre les parents mais susceptibles d'influer sur les conditions de vie de l'enfant. La question se pose en particulier au sujet des procédures relatives à la contribution des parents à l'entretien et à l'éducation de l'enfant : celui-ci est-il « concerné par la procédure » au sens de l'article 388-1 du Code civil et bénéficie-t-il en conséquence du droit d'être entendu par le juge ? Bien que certaines décisions l'aient admis, il apparaît que la jurisprudence majoritaire s'oppose à l'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure visant exclusivement à la fixation du montant de la pension alimentaire. Ainsi, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rejeté la demande d'audition formée par un adolescent de dix-sept ans dans une procédure relative à la contribution versée par son père à sa mère pour son entretien et son éducation. Après avoir rappelé les dispositions de l'article 388-1 du Code civil, les juges aquisextains ont estimé que celles-ci n'avaient pas vocation à s'appliquer au cas d'espèce dans la mesure où les enfants, n'étant pas créanciers de la pension alimentaire, n'étaient pas concernés par le litige⁷².

⁷² Aix-en-Provence, 25 septembre 2014, RG n° 13/22303, *Petites affiches*, 4 août 2015, n° 154, p. 7, chron. « Droits de l'enfant », note B. MALLEVAEY.

2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant

Les conventions relatives à l'audition de l'enfant étudiées n'indiquent pas expressément dans quelles procédures elles sont destinées à s'appliquer. Toutefois, une lecture attentive de ces conventions permet de déduire que le domaine d'application de la plupart d'entre elles n'est composé que des procédures devant le juge aux affaires familiales. En effet, quatorze conventions commencent par rappeler que le juge aux affaires familiales doit s'assurer que l'enfant a été informé de son droit d'être entendu et d'être assisté par un avocat. Cette obligation de vérification imposée au magistrat a été introduite par la loi du 5 mars 2007 au quatrième alinéa de l'article 388-1 du Code civil. Or ce texte vise « le juge » et non uniquement le juge aux affaires familiales. En ne mentionnant que le juge aux affaires familiales comme étant tenu de s'assurer que l'enfant a été informé de ses droits, les conventions relatives à l'audition de l'enfant ont implicitement limité leur champ d'application aux procédures dévolues à la compétence du juge aux affaires familiales. Ainsi, les conventions ne sont, *a priori*, pas applicables à certaines procédures visées par la circulaire du 3 juillet 2009 mais ne relevant pas de la compétence du juge aux affaires familiales. Il en va ainsi de la procédure de retrait de l'autorité parentale et des procédures en matière de filiation ou d'adoption, qui relèvent de la compétence du tribunal de grande instance⁷³. Cela étant, il n'est pas exclu que les juges du tribunal de grande instance statuant en matière de retrait de l'autorité parentale ou de filiation s'attachent à respecter les engagements pris par leur juridiction au travers de la convention relative à l'audition de l'enfant lorsqu'ils entendent eux-mêmes des enfants, d'autant que les auditions réalisées dans le cadre des actions en retrait de l'autorité parentale ou relatives à la filiation obéissent au même régime juridique, issu des articles 388-1 du Code civil et 338-1 et suivants du Code de procédure civile, que les auditions réalisées par le juge aux affaires familiales.

En revanche, puisqu'elles sont applicables aux procédures devant le juge aux affaires familiales, les conventions relatives à l'audition de l'enfant ont vocation à s'appliquer aux procédures portant sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale entre les parents ou faisant intervenir un tiers. Elles sont également applicables dans le cadre des procédures devant le juge des tutelles, les fonctions de juge des tutelles des mineurs ayant été confiées

⁷³ Lorsque le retrait est demandé « en dehors de toute condamnation pénale » sur le fondement de l'article 378-1 du Code civil, l'article 1202 du Code de procédure civile indique que les demandes en retrait total ou partiel de l'autorité parentale sont portées devant le tribunal de grande instance. En matière de filiation, c'est l'article 318-1 du Code civil qui donne seule compétence au tribunal de grande instance pour connaître des actions relatives à la filiation. Quant à l'adoption, l'article 353 alinéa 1 du Code civil dispose que l'adoption est prononcée à la requête de l'adoptant par le tribunal de grande instance. Dans le cadre de la procédure de retrait de l'autorité parentale et des actions relatives à la filiation, l'enfant capable de discernement peut être entendu par le tribunal en application du droit commun de l'audition du mineur dans le procès civil aménagé par l'article 388-1 du Code civil. L'audition de l'enfant dans le cadre de la procédure d'adoption était aussi, auparavant, régie par le droit commun de l'article 388-1. Mais en précisant au deuxième alinéa de l'article 353 du Code civil que « le mineur capable de discernement est entendu par le tribunal », la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant (loi n° 2016-297, JO n° 0063 du 15 mars 2016) a rendu obligatoire l'audition de l'enfant capable de discernement dans le cadre de la phase judiciaire de la procédure d'adoption.

au juge aux affaires familiales par une loi du 12 mai 2009⁷⁴, ainsi que lors de l'homologation du changement de régime matrimonial d'époux ayant des enfants mineurs, cette homologation relevant de la compétence du juge aux affaires familiales depuis un décret du 20 janvier 2012⁷⁵. Enfin, la procédure de changement de prénom a été déjudiciarisée par la loi du 18 novembre 2016⁷⁶ puisque ce changement est désormais demandé à l'officier d'état civil. Le juge aux affaires familiales peut cependant être saisi en cas d'opposition du procureur de la République, lui-même saisi par l'officier d'état civil, au changement de prénom envisagé. Les conventions relatives à l'audition de l'enfant sont donc applicables lorsque le juge aux affaires familiales est saisi d'une demande en vue de la modification du prénom d'un enfant mineur.

La convention de Paris sur l'audition de l'enfant va au-delà de la seule évocation du juge aux affaires familiales au titre de l'obligation de vérification que le mineur a été avisé de ses droits. Cette convention énonce que le juge aux affaires familiales veillera plus particulièrement à la bonne information du mineur quant à ses droits dans certaines procédures : celles relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale portant sur le temps partagé par l'enfant avec chacun de ses parents ou sur le droit de visite et d'hébergement des tiers, les procédures relatives à la délégation de l'autorité parentale, les procédures concernant des enfants confiés à des tiers, les procédures en matière de déplacement illicite d'enfants, les procédures relatives au changement de prénom de l'enfant mineur et celles en matière de tutelle des mineurs. La convention parisienne mentionne ainsi la plupart des procédures relevant de la compétence du juge aux affaires familiales qui ont été visées par le circulaire du 3 juillet 2009, sans pour autant exclure d'autres procédures dévolues au juge aux affaires familiales, puisqu'elle emploie le terme « notamment ».

Par ailleurs, trois conventions ont explicitement exclu certaines procédures de leur domaine d'application. Ainsi, comme les autres conventions relatives à l'audition de l'enfant, les conventions d'Alès et de Montpellier rappellent l'obligation dont est tenu le juge aux affaires familiales de s'assurer que l'enfant a été informé de son droit d'être entendu dans toute procédure le concernant, mais elles ajoutent « à l'exception des procédures à caractère exclusivement pécuniaire ». Dans le même sens, la convention de Niort indique, au titre de la condition tenant au lien de l'enfant avec la procédure au sein de laquelle son audition est envisagée, qu'« il convient d'exclure toute demande d'audition si les demandes des parents se limitent à des questions pécuniaires ». En écartant de leur champ d'application les procédures d'ordre exclusivement financier, les conventions d'Alès, de

⁷⁴ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (JO n° 0110 du 13 mai 2009). L'article L. 213-3-1 du Code de l'organisation judiciaire indique que « le juge aux affaires familiales exerce les fonctions de juge des tutelles des mineurs » et qu'il connaît de l'émancipation, de l'administration légale et de la tutelle des mineurs, ainsi que de la tutelle des pupilles de la nation.

⁷⁵ Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends (JO n° 0019 du 22 janvier 2012).

⁷⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (JO n° 0269 du 19 novembre 2016).

Montpellier et de Niort s'inscrivent ainsi dans la lignée de la jurisprudence dominante tendant à exclure l'audition de l'enfant dans les procédures relatives à la pension alimentaire.

La convention de Niort ajoute que l'audition de l'enfant doit en outre être exclue « s'il s'agit d'une requête conjointe ou s'il apparaît à l'issue de l'audience des parents qu'ils sont d'accord sur la totalité des demandes ». L'audition de l'enfant est ainsi écartée en cas d'accord intervenu entre les parents, ce qui s'avère particulièrement et à double titre regrettable. D'une part, sur le plan strictement juridique, en limitant l'audition de l'enfant aux procédures dans lesquelles ses parents sont en désaccord, la convention de Niort a ajouté au droit de l'enfant d'être entendu en justice une condition non prévue par le législateur et a ainsi fait une interprétation restrictive, et partant contestable, des articles 12 de la Convention de New York et 388-1 du Code civil⁷⁷. D'autre part, refuser d'entendre un enfant qui solliciterait son audition, au seul motif qu'il existe un accord entre ses parents, paraît très discutable du point de vue de l'intérêt de l'enfant. Lorsque ce dernier, dont les parents se sont entendus sur des modalités d'exercice de l'autorité parentale, demande à être entendu par le juge aux affaires familiales, c'est certainement que l'arrangement que ses parents ont envisagé ne lui convient pas, et en tout cas qu'il a quelque chose à dire qui mérite à tout le moins d'être écouté. Ne pas accéder au souhait de l'enfant d'être entendu avant que le juge aux affaires familiales ne prenne une décision à son sujet, c'est à la fois nier son droit d'expression dans les procédures familiales qui le concernent et prendre le risque que soit appliquée une décision insuffisamment respectueuse de son intérêt et de ses besoins. Or ce risque devrait d'autant plus être évité qu'il a été établi que l'application d'une décision de justice ne prenant pas en compte les besoins de l'enfant était susceptible de faire naître en lui un profond malaise, au point parfois d'adopter des conduites suicidaires⁷⁸.

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

L'examen de la jurisprudence met incontestablement en évidence que les procédures au sein desquelles l'article 388-1 du Code civil trouve le plus à s'appliquer sont celles portant sur la fixation de la résidence de l'enfant et / ou tendant à l'organisation d'un droit de visite et d'hébergement. Logiquement, l'enquête de terrain réalisée par l'équipe de recherche confirme cette tendance. Ainsi, lorsqu'il a été demandé aux juges aux affaires familiales rencontrés dans quelles procédures ils entendaient les mineurs, la totalité d'entre eux (vingt-neuf magistrats) a répondu qu'ils entendaient les enfants dans les procédures de divorce, post-divorce ou hors divorce lorsqu'il s'agissait de l'organisation de la vie de l'enfant, c'est-à-dire de la détermination de sa résidence et du droit de visite et d'hébergement. Certains

⁷⁷ L'article 388-1 du Code civil affirme en son alinéa 2 que l'audition de l'enfant capable de discernement dans les procédures qui le concernent est de droit lorsqu'il en fait la demande. En conséquence, il résulte de l'article 338-4 alinéa 1 du Code de procédure civile que, lorsque la demande d'audition a été formée par le mineur, le juge ne peut la refuser que si la procédure ne le concerne pas ou s'il n'est pas capable de discernement.

⁷⁸ Françoise DOLTO s'inquiétait en 1985 du nombre « de suicides d'enfants après quelques mois d'application des décisions de garde, surtout depuis que les divorces se font "à l'amiable" » : F. DOLTO, *La cause des enfants*, Paris : Robert Laffont, 1985, p. 275.

magistrats ont également visé, plus globalement, les procédures relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale (cinq magistrats) et les actions relatives à la filiation (deux magistrats)⁷⁹. Cinq juges aux affaires familiales, après avoir précisé qu'ils exerçaient notamment les fonctions de juge des tutelles en charge des mineurs, ont indiqué qu'ils entendaient aussi les enfants dans les procédures concernant l'organisation et le fonctionnement de la tutelle du mineur⁸⁰, la gestion du patrimoine de l'enfant dont l'un des parents est décédé, ou encore en matière d'émancipation du mineur⁸¹.

Sept magistrats ont affirmé qu'ils n'entendaient pas les enfants sur les aspects d'ordre patrimonial de la procédure, au motif que l'un d'eux a exprimé en ces termes : « les enfants n'ont pas à donner leur avis sur les questions financières du différend parental ». Précisant qu'il ne leur est jamais (quatre magistrats) ou rarement (cinq magistrats) demandé d'entendre un enfant lorsque la procédure est exclusivement relative à la pension alimentaire, neuf juges aux affaires familiales ont déclaré qu'ils rejetteraient dans ce cas la demande d'audition de l'enfant au motif, pour la plupart d'entre eux, que la procédure ne le concerne pas (sept magistrats), pour l'un d'entre eux que l'enfant n'est pas capable de discernement et, pour un autre, parce qu'il estime que l'enfant n'a jamais le discernement requis pour s'exprimer sur la pension alimentaire. Leur position rejoint celle de la jurisprudence prépondérante. Un magistrat a excepté de cette position de principe l'hypothèse où l'audition de l'enfant pourrait lui apporter des informations déterminantes pour la fixation de la pension alimentaire. Il a illustré son propos par une situation rencontrée où l'enfant exprimait des réticences à prendre l'avion, ce qui emportait des conséquences sur le coût des transports entre les domiciles respectifs des parents pour l'exercice du droit de visite et d'hébergement.

Plusieurs juges aux affaires familiales ont déclaré qu'ils n'entendaient pas les enfants dans les procédures où il apparaissait que les parents étaient d'accord (six magistrats). Quatre d'entre eux ne voient pas l'utilité d'auditionner l'enfant lorsqu'ils constatent une entente entre les parents. Deux autres écartent l'audition uniquement lorsqu'ils ont connaissance des souhaits de l'enfant et que, lors de l'audience organisée avant son audition, les parents sont parvenus à un accord qui correspond aux volontés de l'enfant. Dans ce dernier cas, il est vrai que l'intérêt de l'audition de l'enfant, lorsque les parents formulent des demandes qui coïncident avec les siennes, peut être discuté dans la mesure où, le plus

⁷⁹ Bien qu'elles ne relèvent pas de la compétence du juge aux affaires familiales, les actions relatives à la filiation ont pu être citées car deux conseillers de la chambre de la famille de la cour d'appel ont été rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain et que les appels contre les jugements des tribunaux de grande instance rendus en matière de filiation sont portés devant ces chambres de la famille.

⁸⁰ Il y a lieu de préciser que, aux termes de l'article 1236 du Code de procédure civile, « préalablement à la réunion du conseil de famille d'un mineur, le juge procède (...) à l'audition de celui-ci, s'il est capable de discernement, dans les conditions prévues à l'article 388-1 du Code civil » ; ce texte confère ainsi à l'audition de l'enfant un caractère obligatoire lorsqu'une mesure de tutelle est ouverte à son égard et que le conseil de famille va se réunir.

⁸¹ Cela étant, il convient de rappeler que l'audition du mineur dans le cadre de la procédure d'émancipation échappe au droit commun de l'article 388-1 du Code civil, puisqu'elle présente un caractère obligatoire et constitue une condition de l'émancipation : art. 413-2 al. 2 C. civ.

souvent, le juge va entériner l'arrangement parental. En revanche, comme cela a été expliqué précédemment, le refus du magistrat d'entendre l'enfant dont les parents sont parvenus à un accord et qui a manifesté son souhait de rencontrer le juge ne paraît conforme ni au droit d'expression en justice reconnu à l'enfant, ni à l'intérêt de celui-ci.

Un magistrat a par ailleurs souligné que l'audition devait porter sur un aspect de la procédure intéressant personnellement l'enfant, tels la fixation de sa résidence ou le droit de visite et d'hébergement, et non les causes du divorce « conformément à la loi ». En effet, soucieux d'éviter que les enfants ne soient trop impliqués dans la discorde parentale et ne se trouvent confrontés à un conflit de loyauté, le législateur a strictement interdit leur témoignage sur les griefs que les époux s'adressent mutuellement dans la procédure de divorce ou de séparation de corps⁸². Cette interdiction ne fait pas obstacle à ce que l'enfant soit entendu par le juge aux affaires familiales dans le cadre de telles procédures, mais son audition doit être limitée aux conséquences que la rupture de l'union de ses parents emportera à son égard.

4. Recommandations

La liste des procédures familiales susceptibles de concerner un enfant est particulièrement vaste, ce qui explique la diversité des procédures visées par la circulaire du 3 juillet 2009 comme étant celles au cours desquelles l'enfant peut être entendu sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil. Ce faisant, la présence de certaines procédures au sein de cette liste peut surprendre. Tel est particulièrement le cas de l'homologation du changement de régime matrimonial des parents de l'enfant mineur. Déjà tout à fait complexes à appréhender pour un adulte non initié, les termes et les implications de cette procédure paraissent impossibles à saisir pour un enfant, même parvenu à l'âge de l'adolescence. L'étude de la jurisprudence ainsi que l'analyse des données de terrain auxquelles a procédé l'équipe de recherche rendent compte que l'audition d'un enfant n'est jamais demandée ni pratiquée dans ce type de procédure, ce qui semble judicieux. Dans le même sens, la tendance majoritaire à considérer que l'enfant n'est pas concerné par les aspects d'ordre purement financier des relations entre ses parents, qui conduit à exclure son audition sur ces questions, notamment sur la pension alimentaire, paraît opportune. En effet, permettre à l'enfant de s'exprimer dans une procédure de nature exclusivement pécuniaire, et susceptible dès lors de cristalliser les conflits, fait craindre que l'enfant devienne un enjeu entre ses parents, voire qu'il soit manipulé par l'un d'eux afin que s'installe un débat sur l'accroissement de ses besoins ou sur les ressources véritables des parties⁸³. Cela ne serait évidemment guère acceptable, raison pour laquelle l'équipe de recherche rejoint la position qu'avait exprimée en 2014 la Défenseure des enfants auprès du Défenseur des droits. Celle-ci avait affirmé qu'afin « que l'enfant demeure protégé des

⁸² Art. 259 C. civ. et 205 al. 2 C. pr. civ.

⁸³ Ph. BURATTI, *La parole de l'enfant en justice*, thèse dactyl., Lyon III, dir. J. RUBELLIN-DEVICHI, 1993, p. 55.

adultes, à tout le moins sur les modalités matérielles de la séparation parentale, il [paraissait] souhaitable que l'enfant ne soit pas entendu dans les procédures où l'unique point de désaccord entre les parents serait d'ordre financier, notamment en matière de fixation de la contribution de son parent à son entretien et à son éducation »⁸⁴. Même lorsque la procédure ne porte pas uniquement sur la pension alimentaire, l'équipe de recherche préconise que l'audition de l'enfant soit écartée sur cette question, dans le souci de préserver son intérêt. Le refus d'entendre l'enfant sur la fixation du montant de la pension alimentaire pourra être justifié par le fait que l'enfant n'est pas créancier de cette contribution, laquelle est versée par le parent débiteur au parent qui assure la charge quotidienne de l'enfant, et qu'en conséquence la procédure ne le concerne pas⁸⁵. Cette solution de principe peut néanmoins trouver une exception dans des cas très particuliers dont l'enquête de terrain réalisée auprès des juges aux affaires familiales a fourni un exemple⁸⁶, c'est-à-dire lorsque l'audition de l'enfant doit contribuer à déterminer les besoins spécifiques qui sont les siens et à condition que ceux-ci ne puissent être établis autrement. L'audition de l'enfant sur les aspects financiers des relations entre ses parents doit ainsi demeurer très occasionnelle.

Par ailleurs, l'équipe de recherche s'oppose vivement à la pratique, constatée dans certaines juridictions lors de l'étude des conventions relatives à l'audition de l'enfant et à l'occasion des entretiens réalisés, qui consiste à écarter l'audition de l'enfant pour l'unique raison que ses parents sont parvenus à un accord dans la procédure qui le concerne. Cette pratique méconnaît le droit d'expression de l'enfant en justice et constitue une négation de son individualité et de son expression propre. C'est d'ailleurs précisément pour ces motifs que la loi du 18 novembre 2016, qui a créé un nouveau droit commun du divorce par consentement mutuel et a déjudiciarisé par principe cette procédure⁸⁷, a admis une exception, en prévoyant à l'article 229-2 1° du Code civil que « les époux ne peuvent consentir mutuellement à leur divorce par acte sous signature privée contresigné par avocats lorsque le mineur, informé par ses parents de son droit à être entendu par le juge dans les conditions prévues à l'article 388-1, demande son audition par le juge »⁸⁸. Bien évidemment, entendre l'enfant qui formule des souhaits différents de l'accord intervenu entre ses parents ne signifie aucunement que le juge aux affaires familiales sera lié par les vœux exprimés par l'enfant. Mais le juge, tenu d'écouter la parole de l'enfant qui souhaite être entendu⁸⁹ et de

⁸⁴ « Interview de Marie Derain, Défenseure des enfants auprès du Défenseur des droits », *AJ fam.* 2014, p. 31.

⁸⁵ Comme l'a indiqué la cour d'appel d'Aix-en-Provence dans l'arrêt précité rendu le 25 septembre 2014, RG n° 13/22303. Le fait que la procédure ne concerne pas le mineur peut fonder aussi bien le rejet de la demande d'audition faite par l'enfant lui-même que le refus de la demande d'audition formulée par ses parents : art. 338-4 C. pr. civ.

⁸⁶ Cf. *supra* p. 37.

⁸⁷ Cf. art. 229-1 et s. C. civ.

⁸⁸ Il convient de préciser que les entretiens auprès des magistrats ont été réalisés principalement au cours du premier semestre de l'année 2017 et que la réforme du divorce par consentement mutuel est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2017. Cette réforme était donc très récente lorsque l'équipe de recherche a rencontré les magistrats investigués, si bien qu'aucun juge aux affaires familiales n'a indiqué avoir déjà été sollicité par un enfant qui aurait souhaité être auditionné dans le cadre du divorce par consentement mutuel « nouvelle mouture » de ses parents.

⁸⁹ L'audition de l'enfant étant de droit lorsqu'il en fait la demande : art. 388-1 al. 2 C. civ.

prendre en compte les sentiments exprimés par son jeune interlocuteur⁹⁰, ne saurait, pour des considérations tant humaines que juridiques, réduire l'enfant au silence. Lorsque l'enfant capable de discernement manifeste son souhait d'être entendu dans une procédure qui le concerne, c'est qu'il a quelque chose à exprimer ; rien ne peut alors justifier le refus du juge de l'auditionner, pas même le fait que ses parents soient parvenus à un accord.

⁹⁰ Il résulte de l'article 373-2-11 2° du Code civil que « lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, le juge prend notamment en considération (...) les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 ». Sur l'influence de l'audition de l'enfant, cf. *infra* p. 165 et s.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 1 :

L'audition de l'enfant devrait en principe être écartée sur les aspects exclusivement pécuniaires des relations entre ses deux parents.

Recommandation n° 2 :

L'audition de l'enfant ne devrait pas être écartée au seul motif que ses parents sont parvenus à un accord.

B – L'enfant doit être capable de discernement

1. Étude des règles applicables

Avant 1989, le législateur français avait essentiellement subordonné l'expression de l'enfant en justice à un critère d'âge, en particulier lorsqu'en 1987 il avait imposé l'audition des enfants âgés de plus de treize ans dans la procédure de divorce de leurs parents⁹¹. La loi du 8 janvier 1993, qui a intégré à l'article 388-1 du Code civil les dispositions de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant et généralisé l'audition du mineur dans les procédures civiles, a remplacé la référence à l'âge de l'enfant par sa capacité de discernement. Cette exigence de discernement est directement inspirée des termes de la Convention de New York, du moins dans sa version francophone. En effet, tandis que la Convention internationale des droits de l'enfant soumet le droit de l'enfant d'exprimer librement ses opinions sur toute question l'intéressant à sa capacité de discernement, la *Convention of the rights of the child*, version anglophone du traité, invite les États parties à assurer le droit d'exprimer son opinion, au moyen notamment de son audition en justice, « *to the child who is capable of forming his or her own views* ». En subordonnant le droit d'expression de l'enfant en justice à « sa capacité à former ses propres opinions » ou « à former ses opinions personnelles », la version anglophone de la Convention semble réserver ce droit à l'enfant en capacité d'avoir une opinion indépendante de celle des tiers et, s'agissant plus particulièrement des procédures familiales, émancipée de toute influence parentale. Ces termes sont sans doute plus éloquents que la notion de discernement, adoptée par la version francophone de la Convention et dès lors par le droit français, malgré son imprécision et les nombreuses difficultés qu'elle est susceptible de faire naître en pratique⁹².

Ainsi, le juge aux affaires familiales est tenu d'évaluer le discernement de l'enfant pour déterminer s'il bénéficie ou non du droit d'être entendu au sein de la procédure qui le concerne, ce qui s'avère complexe dans la mesure où, lorsqu'il est saisi d'une demande en vue de l'audition d'un mineur, le juge ne l'a, par hypothèse, pas encore rencontré. En outre, le juge aux affaires familiales est un praticien du droit, il ne dispose donc pas des compétences techniques qui lui permettraient de réaliser une évaluation fine du discernement de l'enfant. De surcroît, alors que le critère de l'âge avait le mérite de l'objectivité, celui du discernement est nécessairement subjectif. Privilégié pour sa souplesse et sa modularité, le critère du discernement porte en lui les germes d'une interprétation aléatoire et d'une instrumentalisation de la notion. En l'absence d'éléments communs d'évaluation du discernement, des pratiques disparates, sources d'inégalités de traitement, pourraient apparaître.

⁹¹ Pour rappel, dans sa version issue de la loi du 22 juillet 1987, l'ancien article 290 3° du Code civil, qui était applicable en matière de divorce, imposait au juge de prendre en considération les « sentiments exprimés par les enfants » et précisait que « lorsqu'ils ont plus de treize ans, leur audition ne peut être écartée que par décision spécialement motivée ».

⁹² Cf. les difficultés pressenties par l'équipe de recherche à la lecture des textes applicables *supra* pp. 16-17.

L'étude de la jurisprudence révèle que la substitution du critère de l'âge par celui du discernement n'a pas empêché les juridictions de se référer le plus souvent à l'âge de l'enfant pour déterminer s'il est ou non capable de discernement et s'il peut en conséquence être entendu sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil. Cette pratique a pourtant été condamnée par la Cour de cassation, laquelle a affirmé sa désapprobation à l'égard de l'appréciation de la capacité de discernement de l'enfant uniquement fondée sur son âge. En effet, par une décision rendue le 18 mars 2015, la Première Chambre civile de la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, saisie d'une demande d'audition par un enfant dans la procédure relative à la fixation de sa résidence et à l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement, avait refusé l'audition en retenant que l'enfant n'était âgé que de neuf ans et n'était donc pas capable de discernement. La Cour de cassation a estimé qu'en se référant uniquement à l'âge de l'enfant, sans expliquer en quoi ce dernier n'était pas capable de discernement, les juges du fond avaient violé l'article 388-1 du Code civil⁹³. La Haute juridiction défend ainsi aux juges du fond de poser des présomptions de non-discernement fondées exclusivement sur l'âge de l'enfant, ce conformément aux préconisations du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. En effet, dans son observation générale de 2012 sur le droit de l'enfant d'être entendu, le Comité a déduit de l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant que « les États parties ne peuvent pas partir du principe qu'un enfant est incapable d'exprimer sa propre opinion » et doivent « au contraire (...) présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion propre et reconnaître qu'il a le droit de l'exprimer » dès lors qu' « il n'appartient pas à l'enfant de faire la preuve préalable de ses capacités »⁹⁴. L'examen des décisions de justice rendues à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 18 mars 2015 rend cependant compte que les juridictions du fond continuent de rejeter des demandes d'audition au motif que l'enfant n'a pas le discernement requis pour être entendu, ce qu'elles déduisent uniquement de son âge.

2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant

Alors que la capacité de discernement revêt une importance décisive pour déterminer si un enfant peut ou non être entendu par le juge aux affaires familiales dans la procédure qui le concerne, cette condition de l'accès de l'enfant à son audition fait, de façon surprenante, l'objet de très peu de développements dans la majorité des conventions relatives à l'audition de l'enfant⁹⁵. D'ailleurs, le terme « discernement » n'apparaît que deux fois dans quatre des quinze conventions étudiées par l'équipe de recherche, trois fois dans

⁹³ Cass., 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, *Bull. civ. I* 2015, n° 58, *RJPF* n° 5, mai 2015, p. 28, note I. CORPART ; *AJ fam.* 2015, p. 282, obs. S. THOURET ; *Proc.* n° 5, mai 2015, comm. 161, note M. DOUCHY-LOUDOT ; *Dr. fam.* n° 6, juin 2015, comm. 123, obs. A.-Cl. REGLIER ; *RTD civ.* 2015, p. 352, obs. J. HAUSER ; *RLDC* mai 2015, n° 126, p. 49, obs. M. DESOLNEUX.

⁹⁴ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, § 20.

⁹⁵ Ce que représentent parfaitement les graphiques n° 2-a et n° 2-b, situés en annexe 8, et contenant un nuage des mots les plus fréquemment utilisés dans l'ensemble des conventions relatives à l'audition de l'enfant.

neuf conventions et un maximum de quatre fois pour deux conventions. Mais il est surtout révélateur de constater que ce terme est principalement utilisé par référence aux textes applicables, et non pour apporter des précisions quant à la capacité de discernement de l'enfant. Ainsi, dans la totalité des quinze conventions étudiées, le mot « discernement » est employé pour rappeler que le rejet de la demande d'audition peut être fondé sur l'absence de discernement de l'enfant. Il est en outre mentionné dans dix conventions au titre de l'obligation faite au juge de s'assurer que l'enfant « capable de discernement » a été informé de son droit d'être entendu. Dans chaque hypothèse, aucune indication n'est apportée sur la notion même de discernement.

Si aucune convention relative à l'audition de l'enfant ne s'attache à préciser ce qu'est la capacité de discernement, la plupart des conventions recueillies par l'équipe de recherche favorisent une évaluation individualisée du discernement de l'enfant. En effet, onze d'entre elles invitent le juge aux affaires familiales à vérifier le degré de discernement de l'enfant lors de l'audition (Meaux, Melun, Nanterre, Pontoise, Thionville, Toulouse, Valenciennes), voire à l'occasion de chaque audition (Chartres, Nice, Paris, Rouen). Le moment de l'audition doit donc permettre une appréciation plus poussée du discernement que ne le permettent les quelques éléments dont le juge a connaissance à la lecture du dossier ou, le cas échéant, de la lettre de l'enfant sollicitant son audition. La convention relative à l'audition de l'enfant signée entre magistrats et avocats parisiens comporte une indication supplémentaire : « le discernement pourra être apprécié en fonction de la matière et des sujets concernant l'enfant (patrimoniaux ou non) ». Il est manifeste en effet que la capacité de discernement de l'enfant s'apprécie en pratique au regard du contexte et de la procédure au sein de laquelle son audition est envisagée. A titre d'illustration, si le juge aux affaires familiales est saisi aux fins de fixer la résidence de l'enfant chez l'un de ses parents ou pour trancher un litige relatif au droit de visite des grands-parents, il pourra considérer qu'un enfant âgé de neuf ans est capable de discernement car il devrait être apte à exprimer son opinion sur de telles questions. Mais ce même enfant pourrait être considéré comme dépourvu de discernement lorsqu'il s'agira pour le juge de statuer sur une difficulté liée à la gestion, par sa mère, du patrimoine qu'il a hérité de son père décédé.

Afin d'amenuiser le risque de pratiques hétérogènes que l'indétermination de la notion de discernement est susceptible de faire naître d'un cabinet de juge aux affaires familiales à l'autre, certaines conventions relatives à l'audition de l'enfant ont pris l'initiative de fixer l'âge à partir duquel il est considéré que l'enfant est capable de discernement. Ainsi, la convention de Nice précise qu'« il est convenu de fixer autour de l'âge de sept à huit ans l'âge théorique auquel l'enfant est capable de discernement ». La convention signée à Montpellier indique pour sa part que « le juge aux affaires familiales s'assure de ce que l'enfant, capable de discernement, ce qui ne saurait être le cas pour les enfants de moins de huit ans révolus, a été informé de son droit à être entendu et assisté par un avocat ». Dans le même sens, la convention de Niort affirme que « l'enfant de moins de huit ans révolu

[sic] sera présumé ne pas être doué de discernement et ne pourra donc être entendu par le juge ». Les démarches adoptées par les rédacteurs de la convention de Nice, d'une part, et par ceux des conventions de Montpellier et de Niort, d'autre part, sont sensiblement différentes. En effet, la convention de Nice fixe un seuil d'âge au-delà duquel l'audition de l'enfant est encouragée parce que celui-ci a théoriquement acquis le discernement requis pour être entendu, mais elle ne fait pas obstacle à ce que le juge aux affaires familiales procède à l'audition d'un enfant âgé de moins de sept ans s'il estime qu'il est capable de discernement. Les termes de la convention de Montpellier sont plus rigides, puisque celle-ci pose le principe que l'enfant âgé de moins de huit ans n'est pas encore doué de discernement, ce qui devrait avoir pour conséquence que l'audition d'un enfant plus jeune ne sera vraisemblablement pas demandée, car les avocats aviseront certainement leurs clients du fait que la demande d'audition sera rejetée. A Niort, l'enfant âgé de moins de huit ans est expressément présumé dénué de discernement, ce qui devrait, comme à Montpellier, dissuader les justiciables de solliciter l'audition d'un enfant n'ayant pas atteint le seuil d'âge visé. Les conventions de Montpellier et de Niort posent ainsi une présomption de non-discernement à l'égard des enfants âgés de moins de huit ans. Une telle présomption entre en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation et avec les recommandations du Comité des droits de l'enfant, qui s'opposent à ce que le seul critère de l'âge conduise à déduire qu'un enfant est dépourvu du discernement requis pour se faire entendre en justice⁹⁶. A l'inverse, la convention de Nice paraît respectueuse de la jurisprudence de la Haute juridiction et des préconisations du Comité des droits de l'enfant. En effet, en visant l'âge de sept ou huit ans comme étant l'âge « théorique » à partir duquel un enfant est capable de discernement, la convention de Nice a opportunément induit que le critère de l'âge devait être complété par une appréciation individualisée de la capacité de discernement réelle de l'enfant. Ainsi, la convention niçoise trace une ligne de conduite, en invitant les juges à auditionner des enfants relativement jeunes, tout en maintenant la souplesse du critère du discernement, que les magistrats doivent apprécier individuellement pour chaque enfant. Le critère de l'âge est donc un élément d'évaluation du discernement, mais il ne saurait à lui seul être déterminant pour déduire de façon abstraite qu'un enfant est ou n'est pas capable de discernement.

Enfin, il y a lieu de souligner que deux conventions contiennent des dispositions contestables en ce qu'elles risquent d'entraver la possibilité pour l'enfant d'exercer son droit d'être entendu par le juge aux affaires familiales. Les conventions d'Alès et de Montpellier prévoient qu'un formulaire est adressé aux parties à la procédure, les invitant notamment à indiquer en retour si l'enfant est capable de discernement. Alors qu'il résulte des textes applicables à l'audition du mineur que l'évaluation du discernement de l'enfant relève de la seule appréciation du magistrat en charge de la procédure, les conventions d'Alès et de Montpellier confient aux parties le soin d'évaluer si l'enfant concerné par la procédure est capable du discernement requis pour être entendu par le juge. Les parties peuvent ainsi tenir

⁹⁶ Cf. *supra* p. 43.

un rôle de filtre, puisqu'elles pourront estimer que l'enfant n'est pas capable de discernement et qu'en conséquence il n'y a pas lieu de l'informer d'un droit d'expression en justice qu'il ne pourrait par hypothèse pas exercer, faute de discernement. Or les parties à la procédure qui concernent un enfant sont le plus souvent ses parents, en particulier dans le cadre des procédures devant le juge aux affaires familiales. Les parents pourraient s'accorder pour ne pas aviser leur enfant de son droit d'être entendu par le juge ; il leur suffirait ensuite d'expliquer ce défaut d'information par l'absence de discernement de leur enfant. Le risque d'instrumentalisation de la notion de discernement, nécessairement présent du fait de l'imprécision de la notion et de la subjectivité du critère, pourrait ainsi se trouver renforcé lorsque la charge d'évaluer le discernement de l'enfant est confiée à ses propres parents, ce qui est évidemment regrettable et montre derechef les difficultés inhérentes à la notion de discernement.

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

Face aux multiples difficultés qu'elle avait identifiées s'agissant de l'appréciation du discernement de l'enfant concerné par une procédure familiale, l'équipe de recherche a interrogé les magistrats sur leurs pratiques actuelles en matière d'évaluation du discernement (a), puis elle a recueilli leurs points de vue sur une éventuelle adaptation de la législation relative au discernement de l'enfant (b).

a. Analyse des pratiques relatives à la capacité de discernement

La troisième phase de l'entretien réalisé par l'équipe de recherche auprès des juges aux affaires familiales était consacrée aux questions liées au discernement de l'enfant. Les magistrats ont ainsi été interrogés sur ce que la notion de discernement signifie selon eux, sur la façon dont ils évaluent la capacité de discernement de l'enfant, ou encore sur les critères qu'ils prennent en considération pour procéder à cette évaluation⁹⁷. Au préalable, en clôture de la deuxième phase de l'entretien, qui contenait des questions d'ordre général sur l'audition de l'enfant, il a été demandé aux magistrats s'il existait des conditions pour auditionner les mineurs. L'objectif de cette question était de mesurer si le discernement de l'enfant, qui constitue l'une des deux conditions posées par la loi pour que le mineur puisse être entendu par le juge, allait être spontanément évoqué par les magistrats interrogés. Il est donc intéressant de constater que seuls quatorze des vingt-neuf magistrats dont les entretiens ont été enregistrés et exploités ont spontanément abordé le discernement de l'enfant au titre des conditions de son audition⁹⁸.

⁹⁷ Cf. la grille d'entretien avec les magistrats en annexe 4.

⁹⁸ Les autres magistrats ont davantage fait mention soit des conditions matérielles dans lesquelles l'audition de l'enfant devait selon eux être réalisée, soit des conditions qu'ils fixent eux-mêmes pour accéder à la demande d'audition qui leur est adressée, telle l'exigence d'une demande écrite.

A la suite de cette question sur les conditions de l'audition du mineur, il a été demandé aux magistrats de parler plus précisément du discernement de l'enfant et / ou de définir le discernement de l'enfant⁹⁹. L'étude des réponses apportées par les magistrats montre qu'à leurs yeux la capacité de discernement est protéiforme, en ce sens qu'elle recouvre différentes facultés. Leurs réponses peuvent être classées en cinq catégories. A la capacité de discernement, les magistrats associent en premier lieu la faculté de compréhension. Quatorze des magistrats interrogés ont en effet cité, au titre de la définition du discernement, la capacité pour l'enfant de « comprendre », de « cerner » ou d'« appréhender » soit « la situation », « les enjeux de la situation », « sa place dans la famille » ou « ce qui se joue dans la cellule familiale » (dix magistrats), soit la compréhension « des enjeux de la décision » ou « de la procédure », « de ce pourquoi il est là », « de ce qu'est un juge » ou « du rôle du juge » (neuf magistrats), soit la compréhension « des enjeux de l'audition » ou « du fait que ce qu'il va dire au juge peut avoir du poids » ou « des implications sur sa vie » ou « des incidences sur ses parents » (six magistrats). Il apparaît en effet indispensable que, pour que le recueil de la parole de l'enfant présente une utilité dans la procédure qui le concerne devant le juge aux affaires familiales, l'enfant ait bien compris le contexte dans lequel il est amené à s'exprimer, à la fois quant à sa situation familiale et à la procédure qui oppose ses parents, mais également qu'il ait saisi l'intérêt de son audition par le juge. Les magistrats ont, en deuxième lieu, défini la capacité de discernement en faisant référence à la faculté pour l'enfant de s'affranchir des opinions parentales et de l'influence de ses parents ou de toute autre personne. Ainsi, d'après treize magistrats, le discernement s'apprécie à l'aune de la capacité de l'enfant d'« exprimer sa propre volonté », d'« avoir une opinion propre », d'« avoir son propre point de vue », de « s'exprimer de façon autonome », d'« avoir une autonomie de pensée » (huit magistrats), ou en fonction de la capacité de l'enfant à « s'exprimer sans être influencé par ses parents » ou « par l'un de ses parents » ou « par le parent avec lequel il vit » (cinq magistrats), ou encore au regard de la capacité de l'enfant à « prendre de la distance par rapport à l'avis de ses parents », à « faire la part des choses » ou à « prendre du recul sur ce qu'ils lui disent » (cinq magistrats). Bien que le fait que le discours d'un enfant soit inféodé à celui de l'un de ses parents puisse être révélateur de ce qui se passe dans la sphère familiale, il est vrai que l'expression par l'enfant de sa parole en justice ne semble présenter un réel intérêt que si elle traduit véritablement les opinions de l'enfant et non celles de l'une au moins des parties à la procédure. Les facultés qui ont été, en troisième lieu, associées par les magistrats à la capacité de discernement de l'enfant sont celles tenant à son expression. En effet, sept magistrats ont estimé que la capacité de discernement de l'enfant dépendait de sa capacité de « s'exprimer », d'« exprimer ses souhaits » ou d'« exprimer ce qu'il ressent » (sept magistrats), de « son expression orale » ou de « son langage » (quatre magistrats), ou encore

⁹⁹ Les deux questions ont été posées lorsque, en réponse à la première question, le magistrat faisait état de sa pratique en matière d'évaluation du discernement de l'enfant, sans définir la notion de discernement. Lorsque, dès la première question, le magistrat faisait part de sa définition du discernement, la seconde question n'était pas posée.

de « son vocabulaire » (un magistrat). La mention de l'aptitude de l'enfant à s'exprimer au titre du discernement n'est guère surprenante : quoique la capacité de langage de l'enfant ne puisse à elle seule révéler son discernement, il est évident en revanche qu'un enfant qui serait dans l'incapacité de communiquer avec le magistrat ne pourrait être considéré comme pourvu du discernement requis pour être entendu par le juge¹⁰⁰. Sept magistrats ont, en quatrième lieu, évoqué l'aptitude au raisonnement de l'enfant pour définir sa capacité de discernement. Ceux-ci ont ainsi considéré que l'enfant doué de discernement était celui qui était « capable de raisonner » (quatre magistrats) ou « d'expliquer ses souhaits » (trois magistrats). L'idée exprimée par trois de ces magistrats était que l'audition de l'enfant ne présenterait pas véritablement d'intérêt si l'enfant se contentait par exemple de dire qu'il souhaitait vivre plutôt avec sa mère ou plutôt avec son père, mais qu'il fallait que l'enfant soit en capacité d'« argumenter » ou de « motiver » ses souhaits en expliquant pourquoi il exprimait tel point de vue plutôt que tel autre. En dernier lieu, quatre magistrats ont défini le discernement en faisant référence à la maturité de l'enfant et deux autres à sa capacité à se repérer dans le temps et dans l'espace. Un magistrat expliquait par exemple que, selon lui, n'était pas capable de discernement l'enfant qui expliquait ne pas vouloir vivre avec son père car il lui avait récemment imposé une fessée, alors qu'il ressortait du dossier que cet événement datait de plusieurs années.

L'analyse lexicométrique des réponses apportées par les magistrats aux questions liées à la définition du discernement a permis à l'équipe de recherche de mettre en évidence les groupes de termes et notions que les juges associent au concept de discernement. A partir d'un corpus composé de 466 segments de texte dont 81 % ont été classés, il a été possible de réaliser une analyse de classification hiérarchique descendante, qui a conduit à extraire cinq classes de segments de texte. Le graphique de type dendrogramme de cette classification des discours relatifs au discernement figure en annexe 8. Dans les réponses des magistrats visant à définir le discernement, la question de l'âge et celle des capacités de l'enfant font l'objet d'un univers de discours bien identifié, ce qui démontre la centralité de ces paramètres. Les autres univers de discours renvoient à différents éléments devant, selon les juges, être pris en compte au titre de la capacité de discernement de l'enfant, tels que la demande adressée au magistrat et le contexte de la procédure. Un autre univers souligne la compréhension du rôle du juge et des enjeux de sa décision. L'analyse thématique qui a été effectuée ensuite par l'équipe de recherche complète et confirme l'analyse lexicométrique. Elle a permis de recenser trois catégories de réponses apportées par les magistrats quant à la notion de discernement, qui font référence aux facteurs dispositionnels de l'enfant (âge, capacités intellectuelles, etc.), aux facteurs situationnels (courrier demandant l'audition,

¹⁰⁰ Sauf cas très particuliers où l'enfant serait en incapacité physique de s'exprimer, par exemple en raison d'un handicap ou d'une maladie, mais disposerait d'une pleine capacité de discernement. D'ailleurs, si l'enfant était atteint de surdité ou d'aphasie, le juge aux affaires familiales pourrait désigner un interprète en langage des signes. A ce titre, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies a enjoint les Etats parties à veiller à ce que le droit de l'enfant d'être entendu soit respecté « pour les enfants qui éprouvent des difficultés à faire entendre leur voix » : Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, § 21.

influence des parents, existence d'une fratrie, éléments du dossier, antécédents judiciaires, etc.) ou encore aux facteurs institutionnels (loi, collègues, organisation du travail, etc.). Le tableau récapitulatif n° 1, figurant en annexe 8, présente les expressions employées par les magistrats à propos de la notion de discernement.

Après que leur ont été posées les questions relatives à la définition du discernement de l'enfant, les magistrats ont été amenés à s'exprimer sur les critères qu'ils prennent en compte pour décider qu'un enfant est capable du discernement requis pour être auditionné, ainsi que sur les critères qui les conduisent à considérer qu'un enfant n'est pas capable de discernement. Il ressort incontestablement de ces deux questions que l'âge de l'enfant est décisif dans l'évaluation du discernement. En effet, interrogés sur les critères qu'ils examinent pour décider qu'un enfant est capable de discernement, dix-neuf des vingt-neuf magistrats interrogés ont explicitement affirmé que l'âge est le premier indicateur dont il est tenu compte pour apprécier le discernement de l'enfant, puisqu'ils ont répondu que « l'âge est le critère déterminant » ou « prédominant » ou « prépondérant » dans l'évaluation du discernement, ou encore que « le discernement se déduit de l'âge de l'enfant » ou qu'il « dépend de l'âge de l'enfant ». Le fait que l'âge est le critère prioritairement pris en considération dans l'évaluation du discernement transparaît aussi des réponses de neuf autres magistrats qui, sans déclarer expressément que l'âge est le premier indicateur du discernement, ont fait référence à l'âge de l'intéressé lorsqu'il leur a été demandé les critères dont ils tiennent compte pour décider qu'un enfant est capable de discernement : ils ont répondu à cette question qu'ils considéraient qu'un enfant est capable de discernement à partir de X ans. Au total, vingt-huit des vingt-neuf magistrats interrogés ont immédiatement fait référence à l'âge de l'enfant au titre des critères pris en considération dans l'évaluation de son discernement, une large part d'entre eux ayant indiqué que l'âge était le seul élément concernant l'enfant dont le juge aux affaires familiales a connaissance lorsque la demande d'audition lui est adressée. Dans le même sens, lorsqu'il a été demandé aux magistrats les critères qui les amènent à estimer qu'un enfant n'est pas capable de discernement, treize juges aux affaires familiales ont fait référence à l'âge de l'enfant, soit en répondant que le jeune âge de l'enfant leur permet de conclure à son absence de discernement, soit en indiquant qu'ils n'entendent pas les enfants âgés de moins de X années.

Dès lors que les magistrats ont déclaré que l'âge était déterminant dans l'évaluation qu'ils font de la capacité de discernement de l'enfant, il n'est pas étonnant de constater qu'ils ont pour habitude de n'entendre les enfants qu'à partir d'un certain âge. La totalité des magistrats rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain, soit vingt-sept juges aux affaires familiales et deux présidents de la chambre de la famille au sein d'une cour d'appel, ont en effet indiqué qu'ils ne considèrent que l'enfant est doué du discernement requis pour être

auditionné qu'à partir d'un seuil d'âge qu'ils ont indiqué¹⁰¹ : trois magistrats ont indiqué l'âge de sept à huit ans, six magistrats ont indiqué l'âge de huit ans, un magistrat a indiqué l'âge de huit à neuf ans, trois magistrats ont indiqué l'âge de neuf ans, neuf magistrats ont indiqué l'âge de dix ans, un magistrat a indiqué l'âge de dix à onze ans, cinq magistrats ont indiqué l'âge de onze ans et un magistrat a indiqué l'âge de douze ans. L'âge moyen retenu par les vingt-neuf magistrats rencontrés est donc de neuf années, cinq mois et deux semaines, tandis que l'âge médian est de dix années.

Il est par ailleurs intéressant de constater que la détermination de l'âge au-delà duquel les vingt-neuf magistrats interrogés estiment que l'enfant est suffisamment discernant pour être entendu peut résulter de trois circonstances distinctes. Premièrement, l'âge à partir duquel il est considéré qu'un enfant dispose du discernement requis pour être entendu par le juge peut avoir été fixé par les juges aux affaires familiales et les avocats d'enfants au sein d'une convention relative à l'audition de l'enfant, dans le souci d'harmoniser les pratiques. L'équipe de recherche a ainsi rencontré six juges aux affaires familiales qui exercent leurs fonctions au sein d'une juridiction dans laquelle est mise en œuvre une convention qui fixe l'âge au-delà duquel les enfants peuvent être entendus. L'équipe de recherche a alors constaté que l'âge pratiqué par ces six magistrats correspond à l'âge indiqué dans la convention, ces six magistrats ayant déclaré soit que la convention prévoit l'audition des enfants à partir de tel âge et qu'en conséquence, se pliant à la convention, ils auditionnent les enfants à partir de cet âge-là, soit que l'âge fixé par la convention leur convient et que pour cette raison ils appliquent l'âge indiqué par la convention. Deuxièmement, l'âge au-delà duquel les magistrats estiment qu'un enfant dispose du discernement requis pour être entendu en justice peut avoir été déterminé du fait d'une entente intervenue entre les juges aux affaires familiales de la juridiction, sans que cet accord ait été formalisé au sein d'une convention. Ainsi, dans six des onze tribunaux de grande instance au sein desquels des entretiens ont été réalisés auprès des magistrats, il a été indiqué que l'âge au-delà duquel les enfants sont entendus avait été déterminé « au terme d'un échange avec les collègues » ou « suite à des échanges entre les juges aux affaires familiales et les avocats » ou du fait d'une « politique de service ». Dans la plupart des juridictions, la fixation d'un âge au-delà duquel l'enfant est considéré comme suffisamment discernant pour être entendu a été justifiée par la volonté d'« harmoniser les pratiques » (quatre juridictions) et « par souci d'équité entre les enfants » (une juridiction). Cependant, le magistrat coordinateur du pôle famille de l'une des juridictions a indiqué qu'un âge avait été fixé « parce qu'ici à [ville X] il y a beaucoup de dossiers, beaucoup de demandes, et que les juges ne peuvent pas entendre tous les enfants ». Ainsi, la fixation d'un âge au-delà duquel les enfants sont entendus peut avoir pour origine la volonté de gérer les flux de demandes d'audition de mineurs plus que celle d'unifier les pratiques des magistrats. L'équipe de recherche a constaté que l'âge pratiqué par les

¹⁰¹ Etant précisé que cinq des vingt-neuf magistrats rencontrés ont ajouté qu'ils ne s'opposaient pas à entendre des enfants plus jeunes s'ils sont effectivement capables de discernement, à condition pour trois d'entre eux que l'enfant en fasse la demande.

magistrats exerçant leurs fonctions dans ces six juridictions correspond généralement à l'âge qui a été fixé avec les autres magistrats, avec une différence maximale d'un an au-delà ou en deçà de l'âge arrêté au sein de la juridiction. Troisièmement, les magistrats de cinq juridictions ont déclaré qu'ils n'entendent l'enfant qu'au-delà d'un âge qu'ils ont eux-mêmes déterminé, sans concertation particulière avec leurs collègues. Logiquement, c'est au sein de ces juridictions que le risque de pratiques hétérogènes d'un magistrat à l'autre est le plus important. *De facto*, l'équipe de recherche a pu constater un écart allant jusqu'à trois années s'agissant de l'âge pratiqué par les magistrats au sein de ces juridictions. Cet écart soumet les justiciables à un indéniable aléa selon que leur dossier sera traité par tel juge aux affaires familiales plutôt que tel autre. Comment, par exemple, justifier qu'un enfant de neuf ans ait été entendu dans une procédure relative à la fixation de sa résidence par le juge aux affaires familiales de tel tribunal, puis qu'un autre juge de cette même juridiction, à l'occasion d'une procédure relative au droit de visite et d'hébergement demandé par ses grands-parents quelques mois plus tard, refuse de l'entendre dans le cadre de cette nouvelle instance, en arguant de son absence de discernement ? La disparité de pratiques d'une juridiction à l'autre n'est guère moins dérangeante, d'autant qu'il a pu être observé, au terme de l'enquête de terrain, un écart assez important, de cinq années, entre le plus jeune âge à partir duquel certains magistrats considèrent qu'un enfant est doué du discernement requis pour être entendu en justice, à savoir sept ans, et l'âge le plus avancé, qui est de douze ans.

Bien que d'autres critères puissent être éclairants dans l'évaluation que le juge fait du discernement de l'enfant, le tiers des magistrats rencontrés, soit treize d'entre eux, n'a fait mention que de l'âge de l'enfant au titre des critères qui leur permettent de déduire qu'un enfant est ou n'est pas capable de discernement. Cela confirme la tendance observée au sein de la jurisprudence étudiée par l'équipe de recherche, selon laquelle l'interdiction faite par la Cour de cassation aux juges du fond de « se borner à se référer à l'âge du mineur, sans expliquer en quoi celui-ci n'[est] pas capable de discernement »¹⁰² n'était de fait pas respectée par les juges aux affaires familiales, ceci même alors que sept des magistrats rencontrés ont spontanément fait référence à la jurisprudence de la Cour de cassation lorsqu'ils ont abordé le discernement de l'enfant. Pour les deux autres tiers des magistrats que l'équipe de recherche a interrogés, si l'âge demeure manifestement décisif dans l'évaluation du discernement de l'enfant comme condition de son audition en justice, d'autres critères peuvent être pris en considération, si tant est que le magistrat en a connaissance lorsqu'il est saisi en vue d'auditionner le mineur. Tout d'abord, cinq magistrats ont déclaré, au titre des critères du discernement, qu'ils peuvent tenir compte du niveau scolaire de l'enfant, deux d'entre eux ayant indiqué qu'ils n'entendent les enfants que s'ils ont fait leur entrée au collège. A l'inverse, au sujet des critères qui les amèneraient à considérer qu'un enfant est dénué de discernement, trois magistrats ont fait mention des difficultés scolaires de l'enfant, de redoublements ou d'une scolarisation en institut médico-éducatif. Egaleme nt s'agissant des critères de non-discernement, treize juges aux affaires

¹⁰² Cass., 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, préc.

familiales ont indiqué qu'ils estiment que sont privés de discernement les enfants souffrant d'une déficience ou d'un handicap mental, les enfants ayant des troubles psychologiques ou psychiatriques, ainsi que les enfants souffrant de troubles autistiques. Plusieurs magistrats ont précisé qu'ils peuvent déduire l'absence de discernement de l'enfant d'expertises psychologiques ou psychiatriques éventuellement réalisées dans le cadre de précédentes procédures, qui feraient mention d'un tel handicap ou de troubles mentaux. Ensuite, neuf magistrats ont déclaré que le contexte peut les conduire à conclure à l'absence de discernement de l'enfant, lorsque ce dernier est manipulé ou sous l'emprise de l'un de ses parents, lorsque sa parole est instrumentalisée par l'un de ses parents, lorsque les rapports entre les parents sont particulièrement conflictuels et que l'enfant est au cœur de leur discord, ou encore lorsque l'enfant est victime d'un conflit de loyauté. En outre, le courrier de l'enfant a été cité par plusieurs juges aux affaires familiales comme critère pris en considération dans l'évaluation du discernement, qu'il les conduise à considérer que l'enfant est doué de discernement lorsqu'il est en capacité d'écrire un courrier personnel pour solliciter son audition (cinq magistrats), ou à l'inverse qu'il les amène à déduire que l'enfant est dépourvu de discernement lorsqu'il n'est pas encore en mesure d'écrire un courrier au juge (deux magistrats). Enfin, interrogés sur les critères qui les amènent à considérer qu'un enfant n'est pas capable de discernement, trois magistrats ont évoqué le fait que l'enfant a déjà été entendu dans le cadre de précédentes procédures ou à l'occasion d'une enquête sociale ou d'une expertise psychologique. Si la volonté de ne pas étendre les espaces de recueil de la parole de l'enfant peut aisément se comprendre, il demeure contestable de déduire du fait que l'enfant s'est déjà exprimé qu'il est privé de discernement, dans la mesure où c'est davantage l'intérêt de l'enfant que son discernement qui est en cause lorsqu'il s'agit de ne pas multiplier les auditions de l'enfant.

Un autre paramètre, cité à de nombreuses reprises par les magistrats, paraît sujet à discussion au titre de l'évaluation de la capacité de discernement de l'enfant ; il s'agit de l'existence d'une fratrie. En effet, bien qu'*a priori* sans rapport avec le degré de discernement de l'intéressé¹⁰³, le fait que l'enfant soit membre d'une fratrie est un élément sur lequel plusieurs magistrats ont déclaré se fonder pour apprécier le discernement de l'enfant. Quatorze des vingt-neuf magistrats rencontrés ont ainsi déclaré, après avoir indiqué l'âge à partir duquel ils estiment généralement qu'un enfant est doué du discernement requis pour être entendu en justice, que l'âge retenu est diminué au sein des fratries. Ces magistrats ont expliqué leur position soit par leur souci d'éviter qu'ils n'entendent qu'un seul enfant de la fratrie et généralisent ensuite à l'ensemble de celle-ci les souhaits exprimés par l'enfant entendu, soit par leur volonté de ne pas frustrer les cadets de la fratrie et de les laisser penser que seules les opinions de leurs aînés ont une importance. Malgré l'apparente bienveillance qui l'anime, cette solution est source d'une véritable inégalité de traitement. Comment, par

¹⁰³ Sauf à envisager qu'un enfant qui a des frères et sœurs plus âgés sera plus mature, du fait de l'influence que pourrait exercer sur lui ses aînés. Mais ces considérations, qui d'ailleurs sont très incertaines, ne sont pas celles qu'avancent les magistrats pour expliquer la prise en considération de l'existence d'une fratrie dans l'évaluation du discernement de l'enfant comme condition de son audition par le juge.

exemple, justifier qu'un enfant de sept ans soit jugé capable de discernement parce que ses frères et sœurs aînés vont être entendus par le magistrat, alors qu'un enfant du même âge, aîné de sa fratrie ou enfant unique, serait regardé comme étant dénué de discernement, et serait en conséquence privé du droit d'exprimer sa voix en justice ?

Une autre constatation faite par l'équipe de recherche à l'occasion des entretiens réalisés avec les magistrats paraît particulièrement intéressante et mérite d'être soulignée. Elle tient aux conséquences que la fixation, par les magistrats, d'un âge au-delà duquel ils entendent les enfants a induites sur les demandes d'audition qui leur sont adressées. En effet, plusieurs magistrats, après avoir indiqué qu'ils n'entendent les enfants qu'à partir d'un âge prédéterminé, ont ajouté que l'audition d'enfants plus jeunes ne leur est de toutes les façons jamais (cinq magistrats) ou rarement (quatre magistrats) demandée, semblant sous-entendre que le fait qu'ils ont arrêté une limite d'âge est sans incidence, puisqu'ils ne sont pas sollicités en vue d'entendre des enfants n'ayant pas atteint ce seuil d'âge. La réalité est bien différente. C'est justement parce qu'ils ont adopté une limite d'âge en deçà de laquelle ils estiment que les enfants ne disposent pas du discernement requis pour s'exprimer en justice que, par conséquent, il ne leur est pas demandé d'entendre des enfants plus jeunes. Il est évident en effet que les avocats des parents ont intégré que tel magistrat n'entend pas les enfants de moins de huit ans ou que tel autre n'entend pas les enfants avant l'âge du collège, et qu'en conséquence ils dissuadent leurs clients d'adresser à ce juge des demandes en vue d'auditionner leur enfant lorsque ce dernier n'a pas atteint la limite d'âge pratiquée par ce magistrat. La pratique des juges aux affaires familiales influe incontestablement sur celles des avocats. Soutenir que le fait de poser une limite d'âge est indifférent au regard de l'absence de demandes d'audition d'enfants plus jeunes est donc absurde, car l'absence de demandes d'audition d'enfants plus jeunes s'explique précisément par la fixation préalable, par le magistrat, d'une limite d'âge, dont les avocats ont parfaitement conscience. Dans le même ordre d'idée, quelques juges ont déclaré à l'équipe de recherche que la question du discernement « ne [leur] pose aucune difficulté » (deux magistrats), qu'elle « est secondaire » (deux magistrats) ou qu'elle « n'est pas fondamentale » (un magistrat). Or il ressort très distinctement de leurs réponses apportées aux différentes questions que ces magistrats, comme tous ceux que l'équipe de recherche a rencontrés, n'entendent les enfants que s'ils ont atteint un seuil d'âge prédéterminé. Ils estiment donc que l'évaluation de la capacité de discernement est accessoire, puisqu'ils se réfèrent principalement à l'âge de l'enfant. Mais c'est justement le problème au regard des textes actuellement applicables : le législateur de 1993 a remplacé le critère de l'âge par celui du discernement¹⁰⁴ qui, en ce qu'il conditionne le droit de l'enfant de s'exprimer en justice, est loin d'être « secondaire ». L'évaluation de la capacité de discernement est au contraire primordiale, d'autant plus au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, pour laquelle l'appréciation de la capacité de l'enfant

¹⁰⁴ En remplaçant les dispositions de l'ancien article 290 3° du Code civil, qui imposait au juge d'auditionner les enfants de plus de treize ans dans la procédure de divorce de leurs parents, par un renvoi à l'article 388-1 du même Code, lequel subordonne l'audition en justice du mineur à sa capacité de discernement.

d'exprimer sa voix en justice ne peut se faire en se référant uniquement à son âge, tout du moins en l'état de la législation en vigueur. Ce constat n'empêche pas d'envisager une évolution des textes applicables, de sorte qu'ils soient mieux adaptés aux réalités de terrain.

b. Analyse des positionnements quant à une adaptation des textes applicables

Au cours des entretiens avec les magistrats, il leur a été demandé si, selon eux, il serait opportun de fixer un seuil d'âge au-delà duquel l'enfant serait présumé capable de discernement et, dans l'affirmative, à quel âge ils fixeraient ce seuil. L'étude des réponses apportées à ces questions est particulièrement instructive.

Sur l'ensemble des magistrats dont les entretiens ont été enregistrés et exploités (vingt-neuf), douze ont approuvé l'idée d'une présomption de discernement à partir d'un âge déterminé, en se disant plutôt favorables, favorables ou très favorables à l'aménagement d'une telle présomption. Treize magistrats se sont dits plutôt défavorables ou défavorables à l'instauration d'une présomption de discernement. Trois magistrats ont apporté une réponse mitigée, approuvant l'idée d'une présomption de discernement sur certains aspects et la critiquant sur d'autres. Un magistrat ne s'est pas prononcé.

Les douze magistrats qui ont manifesté leur faveur pour l'établissement d'une présomption de discernement à partir d'un certain âge ont justifié leur position de plusieurs manières. La majorité d'entre eux a estimé que l'instauration d'un seuil d'âge au-delà duquel l'enfant serait présumé capable de discernement aurait le mérite d'harmoniser les pratiques (sept magistrats) et ainsi de réduire le sentiment d'inégalité face aux différences de pratiques pouvant être à l'œuvre d'une juridiction à l'autre (un magistrat). Certains magistrats ont indiqué que la fixation d'un âge à partir duquel le discernement de l'enfant serait présumé permettrait d'objectiver l'évaluation du discernement et d'amenuiser les discussions quant à la possibilité pour l'enfant d'être entendu, ce qui présenterait l'intérêt que le droit d'expression de l'enfant en justice serait mieux respecté (trois magistrats). Un juge aux affaires familiales a considéré qu'une telle présomption faciliterait la tâche des magistrats et des avocats. Les trois juges aux affaires familiales qui se sont montrés hésitants face à l'aménagement d'une présomption de discernement ont également déclaré qu'un tel dispositif aurait l'attrait d'homogénéiser les pratiques.

Il a ensuite été demandé aux douze magistrats favorables à l'aménagement de la présomption de discernement à quel âge devrait selon eux être fixé l'âge à compter duquel le discernement de l'enfant serait présumé. La même question a été posée aux trois magistrats qui avaient adopté une position mitigée face à l'idée d'une présomption de discernement. Les réponses varient de l'âge de huit ans à l'âge de treize ans : quatre juges ont fixé l'âge envisagé à huit ans, un magistrat l'a fixé à neuf ans, un autre a envisagé de

fixer la présomption de discernement autour de neuf à dix ans, quatre magistrats ont visé l'âge de dix ans, un magistrat a envisagé l'âge de dix à onze ans, deux magistrats ont estimé que fixer la présomption de discernement à onze ans serait opportun, un juge a visé l'âge de douze ans et le dernier l'âge de treize ans. La moyenne de l'âge proposé est ainsi d'un peu plus de neuf années et dix mois. Pour dix magistrats, l'âge proposé pour la présomption de discernement correspond, de manière plutôt logique, à l'âge pratiqué, c'est-à-dire à l'âge au-delà duquel ils auditionnent habituellement les enfants, cet âge ayant été arrêté de leur propre initiative ou par suite d'un accord intervenu avec les autres magistrats de la juridiction, formalisé ou non au sein d'une convention relative à l'audition de l'enfant. Pour quatre juges aux affaires familiales, l'âge proposé est supérieur d'un an (un magistrat), de deux ans (un magistrat), voire de trois ans (deux magistrats) à l'âge qu'ils retiennent habituellement dans leurs pratiques professionnelles. Cette différence semble s'expliquer soit par la volonté de ne pas fixer un seuil d'âge trop bas, qui aurait pour conséquence que les avocats cherchent trop souvent à renverser la présomption de discernement, soit par le fait que l'âge pratiqué est celui qui a été arrêté au sein de la juridiction et est donc appliqué par le magistrat envisagé par souci d'harmonisation avec ses collègues, alors même que, à titre personnel, il juge cet âge trop précoce pour entendre les enfants. Enfin, pour l'un des magistrats, l'âge proposé pour la présomption de discernement est légèrement inférieur à l'âge pratiqué, du fait que l'âge pratiqué au sein de sa juridiction résulte d'un accord entériné entre juges aux affaires familiales et avocats et que lui-même l'estime légèrement trop élevé.

Les réponses apportées par les magistrats qui se sont dits plutôt défavorables ou défavorables à l'instauration d'une présomption de discernement à partir d'un âge déterminé sont tout à fait intéressantes à analyser. Tout d'abord, il est loisible de constater que 100 % des treize juges aux affaires familiales qui se sont montrés réticents à la fixation d'un seuil d'âge retiennent déjà, dans leurs pratiques professionnelles, un âge au-delà duquel ils estiment qu'un enfant a le discernement requis pour être entendu et en deçà duquel ils considèrent qu'il en est dépourvu. Cet âge pratiqué est soit celui fixé par le magistrat à son initiative, soit celui qui résulte d'un accord intervenu avec les autres juges aux affaires familiales de sa juridiction, formalisé ou non au sein d'une convention. Ainsi, les magistrats qui désapprouvent la fixation par la loi d'un seuil d'âge à compter duquel le discernement de l'enfant serait présumé, dans le souci notamment d'harmoniser les pratiques au plan national, sont les mêmes qui ont déterminé un âge au-delà duquel ils entendent les enfants, cette détermination ayant le plus souvent été faite avec leurs collègues dans le but d'homogénéiser les pratiques, mais uniquement au sein de leur juridiction¹⁰⁵. L'opposition de ces treize magistrats à l'aménagement d'une présomption de discernement au-delà d'un certain âge paraît donc entrer en totale contrariété avec leurs propres pratiques.

¹⁰⁵ D'ailleurs, deux des magistrats opposés à l'aménagement d'une présomption de discernement à partir d'un certain âge exercent leurs fonctions au sein de juridictions qui appliquent une convention relative à l'audition de l'enfant, laquelle prévoit un âge au-delà duquel les enfants sont entendus.

Une fois ce constat établi, il convient ensuite de s'intéresser aux explications données par ces magistrats pour justifier leur réticence quant à l'instauration d'une présomption de discernement à partir d'un âge déterminé. Ces explications sont de deux ordres. D'une part, les magistrats qui se sont déclarés plutôt défavorables ou défavorables à la fixation d'un seuil d'âge au-delà duquel le discernement de l'enfant serait présumé ont majoritairement affirmé qu'il convenait de laisser une marge d'appréciation au juge quant à la capacité de discernement de l'enfant (neuf magistrats) et / ou de lui laisser la possibilité d'individualiser l'évaluation de cette capacité (sept magistrats). D'autre part, quatre magistrats ont soutenu qu'ils étaient contre la définition d'un seuil d'âge car il devait demeurer possible d'entendre des enfants « plus jeunes » dès lors qu'ils ont le discernement requis pour être entendus en justice. Ces mêmes explications ont été fournies par les trois magistrats qui se sont dits hésitants quant à l'instauration d'une présomption de discernement. En outre, trois des magistrats qui se sont dits favorables ou plutôt favorables à l'établissement d'une présomption de discernement au-delà d'un âge fixé par la loi ont ajouté « à condition qu'il reste possible d'entendre des enfants plus jeunes s'ils ont le discernement nécessaire ».

Tous ces arguments ont été pris en considération par l'équipe de recherche lorsqu'elle a formulé des recommandations sur la condition d'accès de l'enfant à son audition tenant à sa capacité de discernement.

4. Recommandations

L'analyse des pratiques en matière d'évaluation du discernement a confirmé les craintes que l'équipe de recherche avait soulevées quant à la subordination de la possibilité pour l'enfant d'être entendu par le juge aux affaires familiales à sa capacité de discernement. Adopté pour sa souplesse, le critère du discernement est si indéterminé qu'il donne lieu à des appréciations subjectives, voire arbitraires, qui elles-mêmes génèrent des pratiques disparates et contestables. Condition d'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales, l'exigence de discernement est si peu exploitable qu'elle est devenue l'un des premiers obstacles à l'expression de certains enfants en justice. Face à l'imprécision de la notion de discernement et dès lors qu'ils ne sont pas formés à l'évaluation de cette capacité, les magistrats ne peuvent que recourir à d'autres critères pour déterminer si un enfant a ou non la capacité d'être auditionné. Parmi ces critères, l'âge de l'enfant est de toute évidence l'indicateur déterminant, notamment parce qu'il est le plus souvent la seule variable dont le juge a connaissance lorsque la demande d'audition d'un enfant lui est soumise. Le critère de l'âge a été écarté par le législateur lorsque, transposant les dispositions de la Convention internationale des droits de l'enfant, la loi du 8 janvier 1993 a généralisé l'audition de l'enfant dans les procédures civiles le concernant. Pourtant, en pratique, l'âge demeure le premier critère que les juges utilisent pour apprécier la capacité de l'enfant à être entendu, au point d'ailleurs que le critère de l'âge supplée souvent le critère légal du discernement. Certes, le critère de l'âge n'est pas exempt de critiques ; il a notamment été

supprimé parce que, trop inflexible, il était perçu comme une « barrière »¹⁰⁶, qui ne tenait compte ni des cas extrêmes¹⁰⁷, ni du niveau de développement variable d'un enfant à l'autre¹⁰⁸. Mais, quoiqu'imparfaite, la législation antérieure à 1993 avait le mérite que le seuil d'âge au-delà duquel l'audition de l'enfant était organisée était prévu par la loi, ce qui présentait l'intérêt que l'âge de l'audition des enfants était théoriquement le même pour tous les magistrats¹⁰⁹. Depuis la suppression du seuil d'âge fixé par le législateur, le critère de l'âge est resté au cœur des pratiques mais, faute de référence commune légalement déterminée, ces pratiques se sont dispersées et l'âge à partir duquel les juges entendent les enfants est devenu très variable d'une juridiction à l'autre, ce qui est facteur d'inégalités de traitement et donc d'insécurité juridique.

Les entretiens réalisés auprès des magistrats ont conduit l'équipe de recherche à considérer que le critère du discernement et celui de l'âge ne devaient pas être perçus comme étant alternatifs ou exclusifs l'un de l'autre, mais qu'au contraire il ressort de la pratique des juges aux affaires familiales que ces deux critères sont complémentaires. Tandis que le discernement doit permettre au juge de prendre en considération l'évolution de chaque enfant et les particularités de chaque situation, la variable de l'âge a le mérite de l'objectivité et contribue dès lors à uniformiser les pratiques entre les juridictions. Devant ce constat, l'équipe de recherche s'est attachée à concevoir un dispositif dans lequel le caractère subjectif du discernement et le critère objectif de l'âge pourraient se compléter. Ce dispositif résiderait dans l'aménagement, par le législateur, d'un seuil d'âge au-delà duquel l'enfant serait présumé capable du discernement requis pour être entendu dans la procédure qui le concerne. L'établissement d'une présomption de discernement, qui a déjà fait l'objet de réflexions et de propositions au plan national¹¹⁰, a été intégré à la loi par certains législateurs étrangers¹¹¹. La combinaison du discernement et du critère de l'âge faciliterait incontestablement l'accès de l'enfant à son audition par le juge puisqu'elle associerait les avantages de chaque critère et chacun d'eux tempérerait les lacunes de l'autre.

¹⁰⁶ J.-P. ROSENCZVEIG et P. VERDIER, *La parole de l'enfant – Aspects juridiques, éthiques et politiques*, coll. Questions sur..., Paris : Dunod et Jeunesse et droit, 1999, p. 76.

¹⁰⁷ N. DESCAMPS, *Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils*, thèse dactyl., Lille II, dir. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, 1996, pp. 383-384.

¹⁰⁸ J. MASSIP, « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application) », *Dr. fam.* n° 9, septembre 2010, étude 22.

¹⁰⁹ L'âge fixé par la loi du 22 juillet 1987 comme étant celui au-delà duquel le juge aux affaires matrimoniales était tenu d'entendre les enfants dans la procédure de divorce de leurs parents était l'âge de treize ans : anc. art. 290 3° C. civ.

¹¹⁰ Ainsi, dans leur rapport de 2013 sur la parole de l'enfant en justice, le Défenseur des droits et la Défenseure des enfants ont préconisé de « reconnaître une présomption de discernement à tout enfant qui demande à être entendu par le juge dans une procédure qui le concerne » : D. BAUDIS et M. DERAÏN, *L'enfant et sa parole en justice*, Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant, novembre 2013, p. 7. Dans le même sens, le groupe de travail sur les nouveaux droits de l'enfant a recommandé en 2014 qu'il soit ajouté à l'article 388-1 du Code civil que « l'enfant qui saisit un juge est présumé être doué de discernement » requis pour être auditionné dans la procédure qui le concerne : J.-P. ROSENCZVEIG (prés.), *De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie*, Rapport remis à sa demande à Madame Dominique BERTINOTTI, Ministre de la famille, janvier 2014, p. 127.

¹¹¹ Par exemple, le droit écossais prévoit que, en matière d'autorité parentale, l'enfant âgé de douze ans ou plus doit être présumé comme ayant l'âge et la maturité suffisants pour s'exprimer en justice : *Section 11 (10), Children (Scotland) Act 1995*. Cf. L. FRANCOZ TERMINAL, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais*, thèse, Lyon III, préf. RUBELLIN-DEVICHI, coll. Droit européen de la famille, Berne : Stämpfli, 2008, n° 363.

En effet, le critère souple du discernement demeurerait l'indicateur de référence pour déterminer si un enfant a la capacité d'être entendu par le juge, ce qui maintiendrait la possibilité pour le magistrat d'apprécier au cas par cas si un enfant peut être auditionné. Mais cette marge d'appréciation serait désormais encadrée puisque l'exigence de discernement serait complétée par un seuil d'âge arrêté par le législateur et au-delà duquel la capacité de discernement de l'enfant serait présumée, de façon à limiter l'arbitraire judiciaire et à harmoniser les pratiques des magistrats.

L'équipe de recherche ayant conclu de ses travaux que les difficultés liées à l'évaluation de la capacité de discernement pourraient être atténuées par la fixation d'un seuil d'âge au-delà duquel l'enfant serait présumé doué du discernement requis pour être entendu par le juge, il restait aux chercheurs à déterminer l'âge qui serait le plus adapté ainsi que la manière dont la présomption de discernement serait mise en œuvre.

En premier lieu, la détermination de l'âge à compter duquel le discernement de l'enfant pourrait être présumé doit répondre à une double préoccupation. D'une part, afin qu'il puisse s'ancrer dans les réalités, l'âge fixé doit être en adéquation avec l'âge auquel le plus grand nombre d'enfants a acquis la capacité de discernement requise pour s'exprimer dans les procédures familiales qui les concernent, c'est-à-dire à l'âge auquel l'enfant est, notamment, en mesure de comprendre sa situation familiale et les enjeux de son audition. Ce premier impératif a conduit l'équipe de recherche à se référer aux travaux en psychologie sur les stades de développement de l'enfant¹¹², dont il résulte que le raisonnement logique et la pensée propre de l'enfant sont acquis vers l'âge de dix à onze ans. D'autre part, l'âge à partir duquel le discernement de l'enfant pourrait être présumé ne doit pas être trop éloigné des pratiques juridictionnelles. En effet, présumer le discernement de l'enfant à partir d'un âge trop élevé n'aurait aucun intérêt puisque cela ne changerait rien aux pratiques contestables préalablement identifiées. A l'inverse, fixer un âge trop bas risquerait d'avoir pour conséquence que les parties cherchent très souvent à combattre la présomption de discernement, ce qui, loin de solutionner la moindre difficulté, alourdirait en outre considérablement la procédure. Guidée par ce second impératif, l'équipe de recherche s'est logiquement inspirée, pour fixer l'âge de la présomption de discernement, des données pratiques qu'elle avait recueillies et analysées. S'agissant tout d'abord des conventions relatives à l'audition de l'enfant, il a été dit que trois d'entre elles fixent l'âge au-delà duquel l'enfant est considéré comme doté du discernement requis pour être entendu par le juge aux affaires familiales ; elles retiennent un âge compris entre sept et huit ans. Bien que l'équipe de recherche salue l'initiative prise par les signataires de ces conventions de promouvoir assez précocement l'association de l'enfant aux décisions qui le concernent, elle a estimé, au regard de la jurisprudence et des pratiques de la plupart des magistrats

¹¹² Cf. not. J. PIAGET, *Le jugement et le raisonnement chez l'enfant*, coll. Actualités pédagogiques et psychologiques, Paris : Delachaux et Niestlé, 8^{ème} éd., 1978, spéc. p. 63 et p. 198 ; D. BAILLY, « Problèmes liés au consentement chez l'enfant et l'adolescent », *Archives de pédiatrie* vol. 17, février 2010, p. S 7.

rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain, que l'âge de sept à huit ans risquerait d'être considéré comme trop prématuré par de nombreux juges aux affaires familiales, qui en conséquence pourraient refuser de l'appliquer. L'équipe de recherche s'est donc, ensuite, référée aux pratiques qui lui avaient été décrites par les juges aux affaires familiales rencontrés lors des entretiens. Tous les magistrats rencontrés ayant déclaré auditionner les enfants au-delà d'un certain âge, il a été possible de mettre en lumière non seulement que l'âge pratiqué est en moyenne de neuf ans, cinq mois et deux semaines, mais aussi que l'âge médian est de dix années. Cet âge médian correspond en outre à l'âge pratiqué par près du tiers des juges interrogés, neuf magistrats sur vingt-neuf ayant déclaré entendre les enfants à partir de l'âge de dix ans. Une majorité des juges aux affaires familiales rencontrés considère donc que, de manière générale, un enfant âgé de plus de dix ans a suffisamment de discernement pour s'exprimer en justice. Cette tendance ressort également de l'étude de la jurisprudence qu'a réalisée l'équipe de recherche. Forts de ces observations, les chercheurs ont fixé à dix ans l'âge auquel l'enfant devrait, selon eux, être présumé doué du discernement requis pour être auditionné. L'âge de dix ans, qui apparaît comme celui auquel la plupart des enfants sont effectivement doués de discernement, prend en compte le développement de la majorité des enfants. De plus, l'âge de dix ans ne devrait pas être jugé trop bas au point qu'il ne puisse être appliqué par les juridictions au regard du nombre d'enfants qui ne seraient pas encore dotés du discernement requis pour être entendus.

En second lieu, l'équipe de recherche s'est interrogée sur la façon dont la présomption de discernement applicable aux enfants ayant atteint l'âge de dix ans pourrait être mise en œuvre. Très rapidement, les chercheurs ont estimé que cette présomption de discernement devrait être simple, de sorte que l'audition de l'enfant, même âgé de plus de dix ans, puisse être écartée s'il n'a pas le discernement nécessaire pour être entendu par le juge. En effet, l'établissement d'une présomption irréfragable de discernement à partir du seuil d'âge envisagé aurait pour conséquence de systématiser l'audition de l'enfant dès lors qu'elle est demandée au juge, ce qui n'est pas souhaitable pour les enfants qui n'ont pas le discernement requis pour être entendus. C'est pourquoi l'équipe de recherche a opté pour une présomption simple, qui permettrait d'écarter exceptionnellement l'audition de l'enfant dans les situations particulières où il est établi qu'il n'a pas la capacité de discernement que suppose son audition en justice, par exemple s'il souffre d'un handicap mental ou encore si, bien qu'ayant atteint le seuil de dix ans, l'enfant ne dispose pas encore du discernement requis pour être auditionné. En toutes hypothèses, dès lors que le discernement de l'enfant âgé de plus de dix ans serait présumé, le juge qui refuserait d'entendre un enfant ayant pourtant atteint ce seuil d'âge devrait s'en expliquer. Le juge devrait ainsi motiver spécialement sa décision et faire état d'éléments qui justifieraient en quoi l'enfant âgé de plus de dix ans n'a pas le discernement requis pour être entendu. Bien que, dans le cadre du dispositif envisagé, l'audition de l'enfant de plus de dix ans puisse exceptionnellement être écartée, l'établissement d'une présomption de discernement aurait l'attrait de favoriser

l'accès des enfants de plus de dix ans à leur audition et de renforcer ainsi la possibilité pour l'enfant de participer aux décisions qui le concernent.

L'aménagement d'une présomption de discernement dès lors que l'enfant a atteint un seuil d'âge déterminé supposerait une modification des textes applicables à l'audition de l'enfant dans les procédures civiles le concernant. Cette modification des textes impliquerait une intervention à deux niveaux. D'abord, une intervention du législateur serait nécessaire pour modifier l'article 388-1 du Code civil de façon à ce que le critère de l'âge complète celui du discernement et que le premier fasse présumer le second. Cette modification résiderait dans l'insertion d'un nouvel alinéa entre le premier et le deuxième alinéas actuels de l'article 388-1. Le premier alinéa de ce texte dispose que « 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 ». L'équipe de recherche recommande qu'à la suite de ce premier alinéa, il soit ajouté l'alinéa suivant : « Le mineur âgé de dix ans révolus est réputé disposer de la capacité de discernement exigée par l'alinéa précédent ». Ensuite, une modification de l'article 338-4 du Code de procédure civile, lequel est situé dans un Titre du Code consacré à l'audition de l'enfant en justice, devrait être réalisée par décret. Cet article 338-4 est relatif aux motifs de rejet de la demande d'audition de l'enfant, à savoir, selon le premier alinéa, son absence de discernement ou le fait que la procédure ne le concerne pas lorsque l'audition est sollicitée par l'enfant lui-même et en outre, aux termes du deuxième alinéa, l'inutilité de l'audition de l'enfant pour la solution du litige ou la contrariété de cette audition à l'intérêt de l'enfant lorsque celle-ci est demandée par les parties. L'équipe de recherche préconise qu'à la suite de ces deux alinéas, il soit ajouté à l'article 338-4 du Code de procédure civile l'alinéa suivant : « La demande d'audition du mineur âgé de dix ans révolus ne peut être rejetée sur le fondement de son absence de discernement qu'au regard de circonstances exceptionnelles établissant le défaut de discernement et par une décision spécialement motivée ».

La modification des textes en vue de l'établissement d'une présomption de discernement dès lors que l'enfant a atteint l'âge de dix ans serait conforme aux prescriptions du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies. Celui-ci a indiqué en 2009 qu'il décourageait « les Etats parties d'adopter, que ce soit en droit ou en pratique, des limites d'âge de nature à restreindre le droit de l'enfant d'être entendu sur toutes les questions l'intéressant »¹¹³. Or la présomption de discernement proposée par l'équipe de recherche n'aurait nullement pour effet de restreindre le droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures qui le concernent. Au contraire, cette présomption viserait à favoriser l'audition de l'enfant âgé de plus de dix ans s'il souhaite faire entendre sa voix. Dès lors que le discernement de l'enfant de plus de dix ans serait présumé, il ne pourrait plus lui être refusé d'être entendu au seul motif qu'il n'a pas la capacité requise pour être entendu. La démonstration de son absence de discernement serait en revanche exigée pour que son

¹¹³ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, § 21.

audition soit écartée sur ce fondement. Quant aux enfants n'ayant pas atteint le seuil de dix ans, leur audition par le juge ne serait naturellement pas exclue ; elle demeurerait subordonnée, comme elle l'est actuellement, à la condition qu'ils soient capables de discernement. La situation de ces enfants âgés de moins de dix ans resterait proche de celle qui est la leur actuellement, à cela près que les magistrats auraient désormais un point de repère commun et sauraient qu'au regard de la loi, l'enfant dont le dixième anniversaire approche se dirige vers l'âge à partir duquel le législateur considère que les enfants sont dotés du discernement requis pour être entendus en justice. De surcroît, comme il l'a été indiqué précédemment¹¹⁴, le Comité des droits de l'enfant, qui s'oppose à ce que les Etats parties aménagent des présomptions de non-discernement, les invite « au contraire [à] présumer qu'un enfant a la capacité de se forger une opinion » dans la mesure où « il n'appartient pas à l'enfant de faire la preuve de ses capacités ». La présomption de discernement préconisée par l'équipe de recherche s'inscrit ainsi dans la droite ligne des recommandations du Comité, notamment en ce que, le cas échéant, il incomberait à la juridiction de faire la démonstration du défaut de discernement de l'enfant de plus de dix ans et non à l'intéressé de prouver qu'il est discernant.

En définitive, la combinaison du référent qualitatif, tenant au discernement de l'enfant, et de l'indicateur quantitatif, résultant de son âge, ne pourrait qu'être bénéfique. La fermeté du critère de l'âge serait tempérée par la souplesse et l'adaptabilité du discernement, et les risques nés de la seule exigence de discernement seraient maîtrisés. L'adjonction du critère de l'âge à celui du discernement permettrait donc de rationaliser l'évaluation, par les magistrats, de la capacité de l'enfant à se faire entendre en justice. En effet, le risque de subjectivité du magistrat serait réduit, ce qui aurait pour conséquence d'harmoniser les pratiques et, de ce fait, limiterait les inégalités de traitement au profit d'une sécurité juridique renforcée. Toutes les observations formulées par les magistrats rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain ont donc été prises en considération par l'équipe de recherche. Ainsi, le fait de présumer le discernement des enfants âgés de plus de dix ans permettrait d'objectiver l'évaluation du discernement et d'homogénéiser les pratiques entre les juges et entre les juridictions, comme le souhaitait la majorité des magistrats qui a accueilli favorablement l'idée d'une présomption de discernement à partir d'un âge légalement déterminé. Quant aux magistrats qui ont désapprouvé l'éventualité de la fixation par la loi d'un seuil d'âge au-delà duquel le discernement de l'enfant serait présumé, la plupart d'entre eux ont déclaré qu'il était nécessaire de laisser au juge une marge d'appréciation et la possibilité d'individualiser l'évaluation du discernement de l'enfant. Or, dans le cadre du dispositif envisagé par l'équipe de recherche, le critère souple et individualisable serait maintenu comme condition d'accès de l'enfant à son audition par le juge. Le magistrat ne serait donc aucunement contraint d'auditionner un enfant qui n'a pas le discernement requis, quel que soit son âge. Seulement, si cet enfant a plus de dix ans, le juge serait tenu d'expliquer dans sa décision pourquoi il refuse de l'entendre et d'étayer en quoi l'enfant est dénué de

¹¹⁴ Cf. *supra* p. 43.

discernement. S'agissant des enfants âgés de moins de dix ans, le juge conserverait toute latitude quant à l'évaluation de leur discernement. D'ailleurs, l'inquiétude d'une partie des magistrats rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain effectuée par l'équipe de recherche était que la fixation d'un seuil d'âge empêche l'audition d'enfants plus jeunes. Il n'en serait absolument pas question si le système envisagé par l'équipe de recherche était adopté, son objectif étant que la capacité de discernement des enfants de plus de dix ans soit présumée, sans affecter la possibilité pour le juge d'entendre un enfant âgé de moins de dix ans lorsqu'il remplit la condition de son audition tenant à l'exigence de discernement. L'établissement d'une présomption simple de discernement au bénéfice des enfants de plus de dix ans répond donc tout autant aux préoccupations des professionnels qu'à l'ambition de renforcer l'accès de l'enfant à son audition par le juge dans les procédures familiales qui le concernent, dans le respect de ses droits et de son intérêt.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 3 :

L'exigence de discernement de l'enfant, condition de son audition dans les procédures qui le concernent, devrait être complétée par le critère objectif de l'âge.

Recommandation n° 4 :

Le discernement de l'enfant devrait être présumé à partir d'un seuil d'âge défini par la loi. Ce seuil devrait être fixé à dix ans.

Recommandation n° 5 :

La présomption de discernement devrait être une présomption simple, pouvant succomber face à la preuve contraire.

Recommandation n° 6 :

Le refus du juge d'entendre l'enfant âgé de plus de dix ans devrait faire l'objet d'une motivation spéciale de la part du magistrat, fondée sur l'absence de discernement de l'enfant.

Recommandation n° 7 :

L'enfant âgé de moins de dix ans ne serait pas présumé capable de discernement par la loi mais pourrait être entendu par le juge à condition qu'il soit capable de discernement.

Recommandation n° 8 :

Le premier alinéa de l'article 388-1 du Code civil devrait être suivi d'un nouvel alinéa, ainsi rédigé :

« Le mineur âgé de dix ans révolus est réputé disposer de la capacité de discernement exigée par l'alinéa précédent ».

Recommandation n° 9 :

Après le deuxième alinéa de l'article 338-4 du Code de procédure civile, il devrait être ajouté un nouvel alinéa, ainsi rédigé :

« La demande d'audition du mineur âgé de dix ans révolus ne peut être rejetée sur le fondement de son absence de discernement qu'au regard de circonstances exceptionnelles établissant le défaut de discernement et par une décision spécialement motivée ».

II. Les conditions matérielles de l'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales

L'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures familiales qui le concernent nécessite que lui soient donnés les moyens de faire entendre sa voix. Or, dans la mesure où l'audition des enfants par le juge aux affaires familiales ne présente aucun caractère systématique¹¹⁵, l'expression par l'enfant de sa parole suppose que le magistrat ait été sollicité à cette fin. Si, en théorie, l'audition peut être réalisée aussi bien à l'initiative des parties à la procédure qu'à celle de l'enfant lui-même, l'étude de la pratique révèle que l'audition est le plus souvent demandée par l'enfant (B), ce qui nécessite que ce dernier ait au préalable été informé de son droit d'être entendu par le juge aux affaires familiales (A).

A – L'enfant doit être informé de son droit d'être entendu

1. Étude des règles applicables

L'exercice par l'enfant de son droit d'expression en justice implique logiquement qu'il en ait préalablement connaissance. L'information de l'enfant quant à son droit d'être entendu par le juge n'a pas été envisagée lors de l'aménagement, par la loi du 8 janvier 1993, d'un principe général d'audition de l'enfant dans les procédures civiles qui le concernent. Cette information de l'enfant n'a été prévue qu'avec la loi du 5 mars 2007 afin de mettre le droit français en conformité avec, d'une part, le règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003, aux termes duquel les décisions rendues en matière de responsabilité parentale ne peuvent être reconnues et exécutées dans les Etats membres de l'Union européenne qu'à condition que la possibilité ait été donnée à l'enfant d'être entendu¹¹⁶ et, d'autre part, avec la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996, en vertu de laquelle l'enfant ayant un discernement suffisant a le droit de recevoir toute information pertinente, de consulter et d'exprimer son opinion dans les procédures l'intéressant devant une autorité judiciaire¹¹⁷. La loi du 5 mars 2007 a ainsi ajouté un quatrième alinéa à l'article 388-1 du Code civil, selon lequel « le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat ». Le décret du 20 mai 2009 a précisé à l'article 338-1 du Code de procédure civile que « le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant ». Partant, l'obligation d'informer l'enfant de son droit de se faire entendre en justice pèse le plus souvent sur ses parents, en ce qu'ils exercent l'autorité parentale. Pour que les parents aient connaissance de l'obligation

¹¹⁵ Au rebours par exemple de l'audition du mineur capable de discernement par le juge des enfants au sein de la procédure d'assistance éducative, l'audition de l'enfant étant dans ce cadre imposée au magistrat, ce qui oblige celui-ci à convoquer l'intéressé en vue de son audition.

¹¹⁶ Art. 23 et 41 du règlement.

¹¹⁷ Art. 3 et 6 de la Convention.

d'information à laquelle ils sont tenus, l'article 338-1 du Code de procédure civile dispose en ses alinéas 2 et 3 que, lorsque la procédure est introduite par requête, la convocation à l'audience est accompagnée d'un avis rappelant les dispositions de l'article 388-1 du Code civil et celles qui imposent aux parents d'informer l'enfant de ses droits, tandis que, lorsque la procédure est introduite par acte d'huissier, ce même avis est joint à l'acte. La circulaire du 3 juillet 2009 a signalé qu'un modèle d'avis d'information était mis à la disposition des juridictions sur l'intranet de la Direction des services judiciaires¹¹⁸.

Les dispositions applicables à l'information de l'enfant quant à son droit d'être entendu peuvent laisser perplexes dans la mesure où le dispositif envisagé par la loi du 5 mars 2007 et par son décret d'application du 20 mai 2009 n'apporte aucune garantie que les informations requises parviendront effectivement à l'enfant.

En premier lieu, le soin d'aviser l'enfant de son droit d'être entendu par le juge a été confié par le décret du 20 mai 2009 aux titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, c'est-à-dire aux parents ; or ces derniers sont le plus souvent eux-mêmes parties à la procédure qui concerne leur enfant. En effet, il a été observé que les procédures au sein desquelles l'article 388-1 du Code civil trouve le plus à s'appliquer sont celles tendant à fixer la résidence de l'enfant chez l'un de ses parents divorcés ou séparés et à organiser le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent. Les parents sont donc tenus d'informer leur progéniture de son droit d'être entendu dans les procédures qui les opposent, ce qui peut faire naître de sérieuses dérives, dès lors qu'il peut exister un conflit entre l'intérêt de l'enfant d'être entendu et celui de l'un au moins des parents, qui pourrait craindre que l'audition de son enfant ne lui soit guère favorable. Les parents pourraient dès lors être tentés de n'informer leur enfant de son droit d'être entendu par le juge que s'ils ont le sentiment que cette audition leur sera favorable et, à l'inverse, lui dissimuler qu'il peut se faire entendre par le juge s'ils pensent que son audition pourrait être préjudiciable à leurs demandes. D'ailleurs, même lorsque l'information a été transmise à l'enfant, rien ne permet de savoir si elle lui a été communiquée de manière objective ou, à l'inverse, si elle lui a été délivrée de façon à inciter ou à dissuader l'enfant d'être entendu. Une précédente enquête de terrain effectuée auprès de juges aux affaires familiales et d'avocats d'enfants avait ainsi révélé qu'il n'était pas rare que l'audition soit présentée à l'enfant non comme un droit mais comme un devoir par le parent qui estime que l'audition de l'enfant pourrait lui être profitable¹¹⁹. Il arrive régulièrement aussi que, au contraire, les parents découragent l'enfant d'exercer son droit d'être entendu, en lui disant à tort que, s'il rencontre le juge, ce dernier lui demandera de « choisir entre son papa et sa maman »¹²⁰. Dans une hypothèse comme dans l'autre, le choix des parents comme débiteurs de l'information de l'enfant quant à son droit

¹¹⁸ Cf. « Avis d'information sur l'audition de l'enfant », *AJ fam.* 2014, p. 21.

¹¹⁹ B. MALLEVAEY, *L'audition du mineur dans le procès civil*, thèse dactyl., Université d'Artois, dir. J. VASSAUX, 2015, n° 536.

¹²⁰ *Ibid.*

d'expression en justice crée un risque manifeste d'instrumentalisation de l'enfant par ses parents.

L'information de l'enfant est d'autant plus tributaire du bon vouloir des parents que ceux-ci ne sont tenus, aux termes de l'article 338-1 du Code de procédure civile issu du décret du 20 mai 2009, d'informer leur enfant de son droit d'être entendu que s'il est capable de discernement. En première analyse, il est logique que, puisque l'article 388-1 du Code civil subordonne l'audition de l'enfant à sa capacité de discernement, le décret du 20 mai 2009 n'ait imposé aux parents d'informer leur enfant de son droit d'être entendu que s'il est effectivement capable de discernement. Mais cela s'avère très critiquable car le décret du 20 mai 2009 fait ainsi jouer aux parents un rôle de filtre : ils sont chargés d'évaluer le discernement de leur enfant et donc de déterminer si celui-ci peut être entendu par le juge dans leur propre procédure¹²¹. En subordonnant l'information de l'enfant à la condition de son discernement, le décret du 20 mai 2009 a non seulement octroyé aux parents un pouvoir d'appréciation considérable, mais il leur a également fourni la justification idéale dans l'hypothèse où ils n'auraient pas informé leur enfant de son droit. En effet, s'il s'avérait que les parents ont failli à leur devoir d'information, il leur suffirait de prétendre que leur enfant n'a pas la capacité de discernement requise pour être entendu par le juge¹²². La possibilité que le décret du 20 mai 2009 a offerte aux parents de moduler leur obligation d'information en fonction de l'évaluation aléatoire qu'ils feront du discernement de l'enfant renforce encore davantage le risque que ceux-ci n'avisent l'enfant de ses droits que lorsqu'ils se figureront que son audition servirait leurs intérêts et que dans le cas contraire ils taisent le droit d'expression en justice reconnu à leur enfant. Il apparaît finalement que l'information de l'enfant constitue davantage une prérogative parentale qu'une réelle obligation à la charge des parents¹²³.

En second lieu, la loi du 5 mars 2007 a introduit à l'alinéa 4 de l'article 388-1 du Code civil l'obligation pour le juge de s'assurer que l'enfant a été informé de son droit d'être entendu et d'être assisté par un avocat. Ce devoir de vérification imposé au magistrat, qui devait en théorie garantir que les débiteurs de l'obligation d'information de l'enfant quant à son droit d'expression en justice se sont bien acquittés de leur tâche, se révèle concrètement très peu efficace. En effet, il est insensé de penser qu'en pratique le magistrat dispose réellement des moyens de s'assurer que les parents ont effectivement avisé leur enfant de son droit d'être entendu par le juge. La circulaire du 3 juillet 2009 a suggéré qu'« en l'absence de demande d'audition de la part du mineur capable de discernement, la preuve de ce qu'il a bien été destinataire des renseignements exigés par l'article 388-1 du Code civil pourra

¹²¹ Le même constat a pu être effectué s'agissant des conventions relatives à l'audition de l'enfant élaborées à Alès et à Montpellier, qui invitent les parents à indiquer, dans les formulaires d'information qu'elles prévoient, si leur enfant est capable de discernement : cf. *supra* pp. 45-46.

¹²² J.-R. DEMARCHI, « Une justice familiale en mutation (bilan de l'évolution législative relative à l'audition de l'enfant) », *Petites affiches*, 17 mars 2010, n° 54, p. 3.

¹²³ G. BARBIER, « La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant », *AJ fam.* 2012, p. 498.

notamment être rapportée par un écrit signé des parents, mentionnant qu'ils ont informé le mineur de ses droits et que celui-ci ne souhaite pas en faire usage ». L'emploi du terme « preuve » laisse dubitatif, dès lors qu'un tel écrit des parents n'apporte aucunement la « preuve » de l'information de leur enfant, l'hypothèse d'une déclaration mensongère des parents ne pouvant pas être exclue. La circulaire de la Chancellerie a ajouté que « dans le cadre des procédures orales, le magistrat [devrait] interroger les parties à l'audience et faire porter une mention sur ce point dans les notes d'audience ». Il apparaît effectivement comme la moindre des exigences que le juge, tenu de vérifier que l'enfant a été informé par les parents de son droit d'expression en justice, leur demande directement s'ils ont bien rempli leur devoir. Pour autant, ce procédé ne garantit pas davantage que l'enfant a été avisé de son droit, les parents pouvant mentir au juge et ce dernier n'ayant aucun moyen de vérifier leurs dires. Qu'il soit écrit ou oral, le système déclaratif envisagé par la circulaire de 2009 s'avère donc concrètement illusoire.

Autre faille du dispositif aménagé par la loi du 5 mars 2007 et par son décret d'application du 20 mai 2009 en matière d'information de l'enfant : ni la violation de l'obligation d'information mise à la charge des parents, ni celle du devoir de vérification imposé au juge, n'emportent de conséquence juridique. S'il s'avérait que les parents ont manqué à leur devoir d'informer l'enfant de son droit d'être entendu par le juge, ils n'encourraient aucune sanction. D'ailleurs, si l'enfant capable de discernement découvrait *a posteriori* qu'une décision a été rendue le concernant alors qu'il n'a pas pu exercer son droit d'être entendu par le juge faute d'en avoir été informé, il demeurerait impuissant. En effet, étant privé de la capacité d'ester en justice, il ne pourrait pas exercer les voies de recours pour contester cette décision et faire entendre sa voix. Quant à l'obligation dont est tenu le juge de s'assurer que l'enfant a été informé de son droit d'être auditionné, le législateur n'a associé aucune conséquence en cas de manquement du magistrat. La jurisprudence de la Cour de cassation confirme que la défaillance des juges ne suffit jamais à remettre en cause leur décision¹²⁴. *Ipso facto*, l'obligation faite au juge de s'assurer que l'enfant a été averti de son droit d'expression en justice n'est manifestement que formelle¹²⁵.

¹²⁴ Bien que la Cour de cassation ait initialement qualifié de « violation » le manquement des juges à leur obligation de vérification prévue par l'article 388-1 alinéa 4 du Code civil (Cass., 1^{re} civ., 6 octobre 2010, n° 09-16.335 (non publié au Bulletin), *EDFP*, 15 décembre 2010, n° 11, p. 4, obs. A. GOUTTENORE), elle n'a associé aucune conséquence juridique à cette « violation » et a fait montre d'une indéniable indifférence à l'égard de la défaillance des juridictions du fond qui ne s'assuraient pas que l'enfant avait été informé de son droit d'être entendu par le juge (cf. Cass., 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n° 10-19.674 (non publié au Bulletin) ; Cass., 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-17.275, *Bull. civ. I* 2013, n° 138, *RTD civ.* 2013, p. 590, obs. J. HAUSER ; *Dr. fam.* n° 9, septembre 2013, comm. 118, obs. Cl. NEIRINCK ; Cass., 1^{re} civ., 4 décembre 2013, n° 12-27.431 (non publié au Bulletin), *JDJ* n° 332, février 2014, p. 56) ou de son droit d'être assisté par un avocat (cf. Cass., 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 10-23.502 (non publié au Bulletin), *Proc.* n° 1, janvier 2012, comm. 12, note M. DOUCHY-LOUDOT ; *AJ fam.* 2011, p. 546, obs. L. BRIAND ; *RJPF* n° 12, décembre 2011, p. 26, note F. EUDIER ; *Gaz. Pal.*, 19 novembre 2011, n° 323, p. 19, note E. MULON ; *RLDC* novembre 2011, n° 87, p. 51, obs. E. POULIQUEN).

¹²⁵ E. BAZIN, « De l'audition du mineur dans les procédures relatives à l'autorité parentale », *Gaz. Pal.*, 19 juillet 2014, n° 200, p. 9.

Bien qu'elles puissent apparaître comme l'un des principaux apports de la réforme de l'audition de l'enfant résultant de la loi du 5 mars 2007 et du décret du 20 mai 2009, les dispositions relatives à l'information de l'enfant se révèlent finalement très insatisfaisantes. Alors même que l'information de l'enfant quant à son droit d'expression en justice subordonne l'exercice de ce dernier, aucune réelle garantie n'a été envisagée par les textes pour que cette information lui parvienne effectivement.

2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant

Toutes les conventions relatives à l'audition de l'enfant étudiées par l'équipe de recherche commencent par rappeler les dispositions de l'article 388-1 alinéa 4 du Code civil faisant obligation au juge de vérifier que l'enfant a été avisé de son droit d'être entendu et d'être assisté par un avocat. L'une d'elles (Niort) ajoute que le greffier doit mentionner dans le procès-verbal d'audience la réponse des parties sur ce point. Une autre (Rouen) indique que « lors de l'audience, le juge s'assure que l'enfant a été informé de son droit à être entendu par le juge, seul, avec un avocat ou une personne de son choix ». Ces deux conventions invitent ainsi le juge aux affaires familiales à interroger les parties, lors de l'audience, sur la transmission des informations à l'enfant concerné par la procédure. Demander aux parents s'ils ont respecté leur obligation d'informer l'enfant de ses droits devrait en effet être la plus élémentaire des évidences pour le juge. Il n'en demeure pas moins que le magistrat n'a pas réellement les moyens de s'assurer que les parents disent vrai lorsqu'ils lui déclarent avoir informé leur enfant de son droit d'être entendu dans la procédure qui le concerne. De surcroît, les conventions ne précisent pas ce que le magistrat devrait faire dans l'hypothèse où il s'avérerait que les parents ont failli à leur devoir d'information, à l'exception de la convention niortaise, qui indique que, dans ce cas, « le juge appréciera, notamment selon que les parents s'accordent ou non sur les mesures relatives à l'enfant, la nécessité ou pas de convoquer l'enfant ».

La plupart des conventions relatives à l'audition de l'enfant (treize) rappellent les obligations qui pèsent sur les auxiliaires de justice aux termes des alinéas 2 et 3 de l'article 338-1 du Code de procédure civile. Ainsi, elles commandent aux avocats d'insérer dans les requêtes, les conventions et les assignations les dispositions de l'article 388-1 du Code civil et celles du premier alinéa de l'article 338-1 du Code de procédure civile, lequel met à la charge des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale l'obligation d'informer l'enfant de son droit d'être entendu par le juge et d'être assisté d'un avocat. Ces conventions exhortent les greffiers à reprendre ces mêmes dispositions dans la convocation adressée aux parties. Il est intéressant d'ailleurs de constater que les conventions envisagent l'information des parties quant à leur devoir d'aviser le mineur de ses droits comme étant en lien direct avec l'information de l'enfant lui-même. En atteste l'emploi de formules telles qu' « afin d'assurer cette information [celle de l'enfant sur ses droits] » (dans trois conventions), « afin de permettre aux parents d'assurer cette information [aux] enfants » (dans sept conventions)

ou encore « les moyens d'assurer cette information : » (dans une convention), ces formules étant suivies des obligations pesant sur les avocats des parties et sur les greffes de rappeler leur devoir d'information aux parties à la procédure. Or, si l'information des parties quant à la charge qui leur incombe d'aviser leur enfant de ses droits constitue un préalable indispensable à l'information de l'enfant lui-même, elle ne garantit pas que l'enfant a effectivement été informé de son droit d'être entendu par le juge.

Plusieurs conventions ajoutent que l'information de l'enfant sur son droit d'expression en justice doit lui être donnée « par les parents ou l'un d'eux » (Thionville), « par les personnes parties à la procédure concernée » (Toulouse) ou encore « par la personne ayant la charge quotidienne de l'enfant : ses parents, le tuteur ou la personne (ou le service) à qui il est confié » (Alès et Montpellier). Certaines conventions ont prévu un formulaire que les parents rempliront pour attester qu'ils ont porté à la connaissance de l'enfant les droits dont il bénéficie. Ainsi, les conventions signées à Alès et à Montpellier précisent qu'il est convenu de l'élaboration d'un formulaire, visant les dispositions de l'article 388-1 du Code civil, et invitant chaque partie (...) à attester de l'information donnée à l'enfant quant à son droit à être entendu ». La convention de Nice comprend des dispositions identiques et, en annexe, figure un « modèle de lettre adressée aux parents concernant l'information à donner à l'enfant », lequel invite chaque parent à indiquer son identité, ainsi que celle de(s) enfant(s), et comporte la mention suivante : « je soussigné (...) certifie avoir avisé mon (mes) enfant(s), capable(s) de discernement, de ses (leurs) droits à être entendu(s) en application de l'article 388-1 du Code civil dans le cadre de la procédure le (les) concernant ». Les conventions d'Alès, de Montpellier et de Nice prévoient que le formulaire rempli et signé par le demandeur sera annexé, lors de la saisine de la juridiction, soit par l'avocat, soit par le greffe, à la requête ou à l'assignation ; une copie de ce formulaire ainsi qu'un exemplaire vierge seront transmis par le greffe à la partie défenderesse. La convention signée à Paris vise également « l'envoi d'un formulaire à retourner dûment rempli », mais uniquement « en matière de tutelle », pour permettre au juge de s'assurer auprès des parents qu'ils ont informé leur enfant de son droit d'être entendu. Le formulaire envisagé par ces différentes conventions a le mérite de laisser une trace écrite de l'attestation des parents qu'ils ont avisé l'enfant de ses droits, mais il ne saurait constituer une réelle garantie que l'enfant a effectivement été destinataire des informations requises, le risque d'une déclaration mensongère des parents ne devant pas être négligé.

Le tribunal de grande instance de Montpellier a communiqué à l'équipe de recherche l'avis adressé aux parents afin de les informer du droit d'expression dont leur enfant bénéficie dans la procédure qui le concerne. Il est intéressant d'observer que, après avoir cité les dispositions des articles 388-1 du Code civil et 338-1 alinéa 1 du Code de procédure civile, cet avis d'information comprend un paragraphe destiné à attirer l'attention des parents sur le fait que « l'audition de l'enfant n'est pas systématique », qu'« elle doit rester une mesure particulière réservée aux cas où l'enfant exprime lui-même le désir d'être

entendu par le juge ou aux cas où le juge estime que cette audition est nécessaire ». L'avis d'information ajoute que « [l'audition], qui peut être mal vécue par l'enfant si elle ne répond pas à son désir, ne peut en aucun cas être influencée par les parents, qui conservent la responsabilité de la procédure judiciaire » et que « le juge n'est pas tenu par l'avis de l'enfant, il conserve la responsabilité de la décision judiciaire ». L'équipe de recherche estime que ces précisions sont particulièrement opportunes. Elles rappellent aux parents que l'audition de l'enfant par le juge est avant toute chose l'affaire de l'enfant et du juge, le premier étant le seul à pouvoir faire le choix de s'exprimer dans la procédure qui le concerne ou au contraire de se taire, le second ayant seul la maîtrise des conséquences de l'audition de l'enfant sur la décision qu'il prendra. Ce rappel adressé aux parents resitue l'audition comme une mesure devant concourir uniquement à l'exercice par l'enfant de son droit d'expression en justice et partant à la protection de son intérêt, ce qui doit être salué.

Enfin, douze des conventions relatives à l'audition de l'enfant récoltées par l'équipe de recherche font référence à « la législation européenne » au titre de l'information de l'enfant quant à son droit d'expression en justice. Il est loisible de considérer que sont visées les dispositions de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants du 25 janvier 1996, dont il résulte que l'enfant considéré comme ayant un discernement suffisant doit recevoir toute information pertinente, notamment quant à son droit d'exprimer son opinion, et qu'avant de prendre toute décision la juridiction doit s'assurer que l'enfant a reçu les informations requises. Sont également implicitement visées par ces douze conventions les dispositions du règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003, qui subordonnent la reconnaissance et l'exécution, au sein des États membres de l'Union européenne, des décisions relatives à l'exercice de l'autorité parentale au fait que l'enfant a eu la possibilité d'être entendu. Dès lors, la circulation d'une décision dans l'espace européen suppose qu'elle fasse état soit de l'audition de l'enfant au cours de la procédure, soit du fait que, informé de son droit d'être entendu, l'enfant n'a pas souhaité l'exercer. C'est pourquoi une circulaire du 16 mars 2007¹²⁶ a préconisé qu'en l'absence d'audition d'un enfant capable de discernement, toute décision rendue en matière d'exercice de l'autorité parentale indique que l'enfant a été informé de son droit d'être entendu et n'a pas fait de demande en ce sens. Cette même recommandation figure dans la circulaire du 3 juillet 2009. En conséquence, douze conventions relatives à l'audition de l'enfant énoncent qu'« en adéquation avec la législation européenne », il devra être inséré dans le corps des décisions de justice la mention que le juge s'est assuré à l'audience de l'information de l'enfant, conformément aux dispositions de l'article 388-1 du Code civil (Alès, Bobigny, Chartres, Meaux, Melun, Montpellier, Nanterre, Nice, Niort, Paris, Pontoise, Valenciennes). Certaines conventions contiennent la mention qui doit précisément figurer dans la décision de justice. Ainsi, la convention élaborée à Chartres prévoit qu'« il devra être inséré dans le corps des actes rédigés par avocats (requête, assignation) ainsi que dans le corps des

¹²⁶ Circ. DACS n° 2007-06 du 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 (BO *Min. justice* n° 2007-02 du 30 avril 2007).

décisions de justice, une mention rédigée en ces termes : « le(s) parent(s) déclare(nt) avoir informé son (ses) enfant(s) de son (leur) droit d'être entendu(s) par le juge, seul(s), avec un avocat ou une personne de son (leur) choix ». Des dispositions similaires apparaissent dans la convention de Meaux. La convention de Rouen, qui pour sa part ne fait aucune référence à « la législation européenne » ni aux mentions devant être intégrées dans le corps des actes d'avocats ou des décisions du juge, prévoit en revanche que « dans toutes les requêtes conjointes (...), il sera inséré dans la convention soumise à l'homologation une clause au termes [sic] de laquelle les [parents¹²⁷] certifient avoir informé leur(s) enfant(s) de son (leur) droit d'être entendu(s) par le juge, seuls, avec un avocat ou une personne de son (leur) choix »¹²⁸.

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

La grille d'entretien réalisée par l'équipe de recherche dans le cadre de l'enquête de terrain effectuée auprès des magistrats ne contenait pas d'interrogation spécifiquement relative à l'information de l'enfant quant à son droit d'expression en justice. Néanmoins, la question de l'information de l'enfant a été spontanément abordée par les magistrats au cours de l'entretien, en particulier par les juges aux affaires familiales qui exercent leurs fonctions dans des tribunaux au sein desquels une convention relative à l'audition de l'enfant a été signée avec l'ordre des avocats, lorsque cette convention prévoit que les parties attestent par écrit avoir informé l'enfant capable de discernement de son droit d'être entendu dans la procédure qui le concerne. Ainsi, trois magistrats ont mis l'information de l'enfant en lien direct avec le formulaire rempli et signé par chaque parent, au sein duquel celui-ci certifie avoir avisé l'enfant des droits dont il bénéficie. Cela étant, aucun de ces magistrats n'a indiqué qu'il s'assurait réellement que les informations requises ont été délivrées à l'enfant, ce qui confirme les craintes qu'avait exprimées l'équipe de recherche lors de l'analyse des textes et les constats qu'elle avait faits lors de l'étude des conventions relatives à l'audition de l'enfant : l'attestation des parents selon laquelle ils se sont acquittés de leur devoir d'information à l'égard de leur enfant ne suffit guère à garantir que l'information est bien parvenue à l'intéressé, l'hypothèse d'une fausse déclaration ne pouvant pas être écartée et le juge n'ayant pas en pratique les moyens de vérifier que l'enfant a effectivement reçu les informations requises. De surcroît, l'un des magistrats en exercice au sein d'un tribunal ayant pris part à l'élaboration d'une convention relative à l'audition de l'enfant a déclaré que ce formulaire « [leur] est rarement remis », ce qui montre de nouveau les lacunes de la

¹²⁷ La convention de Rouen vise « les époux ou les concubins », mais « les époux » ne sont plus concernés par l'homologation judiciaire de la convention de divorce depuis que la loi du 18 novembre 2016 a déjudiciarisé la procédure de divorce par consentement mutuel de droit commun.

¹²⁸ Les rédacteurs de la convention signée à Rouen en 2010 ont en quelque sorte anticipé les dispositions qu'allait introduire à l'article 338-1 du Code de procédure civile le décret du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du Code civil et à diverses dispositions en matière successorale (décret n° 2016-1907, JO n° 0302 du 29 décembre 2016). L'alinéa 4 de l'article 338-1 prévoit depuis lors que dans toute convention soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales, par laquelle les parents organisent les modalités d'exercice de l'autorité parentale, mention est faite que l'enfant a été avisé de son droit d'être entendu et n'a pas souhaité faire usage de cette faculté.

pratique en matière d'information de l'enfant, même lorsque les juridictions ont tenté de mettre en place des dispositifs pour satisfaire à l'exigence d'information de l'enfant.

D'autres magistrats ont évoqué la question de l'information de l'enfant lorsqu'ils ont abordé l'exigence de discernement de l'intéressé, plus particulièrement lorsqu'ils ont expliqué qu'ils n'entendaient les enfants qu'à partir d'un seuil d'âge déterminé par eux-mêmes ou pratiqué au sein de leur juridiction. Ainsi, un juge aux affaires familiales, qui a indiqué qu'au sein de sa juridiction les enfants pouvaient être entendus à partir de l'âge de neuf ans, a ajouté que cela signifiait concrètement que si un enfant est âgé de plus de neuf ans, le juge doit vérifier que ses parents l'ont informé de son droit d'être entendu, tandis que, si la procédure concerne un enfant âgé de moins de neuf ans, « cette information n'est pas exigée, l'enfant étant trop jeune et n'ayant pas le discernement suffisant pour être entendu ». Deux magistrats d'une autre juridiction, qui pratiquent également un âge pour entendre l'enfant (huit et neuf ans) ont tenu des propos identiques. Le critère de l'âge, décisif dans la pratique des juges aux affaires familiales pour déterminer si l'enfant a ou non la capacité de se faire entendre par le juge devient ainsi, logiquement, tout aussi décisif pour déterminer s'il y a lieu d'informer l'enfant de son droit d'expression en justice. Ce constat a particulièrement influencé l'équipe de recherche dans la formulation de ses préconisations.

4. Recommandations

L'étude du régime applicable à l'audition de l'enfant quant à son droit d'expression en justice, introduit par la loi du 5 mars 2007 et par le décret du 20 mai 2009, renferme de multiples failles. Le risque d'une information inexistante, ou à tout le moins partielle ou orientée, de l'enfant par ses parents, eux-mêmes impliqués dans la procédure qui le concerne, est indéniable. Sans doute conscient de ce risque, le législateur a confié au juge le soin de vérifier que l'enfant a été informé de son droit, mais la possibilité pour le magistrat de s'assurer réellement que les informations ont été communiquées à l'enfant comme elles le devraient n'est qu'un mirage. Les faiblesses du dispositif aménagé par le législateur n'ont manifestement pas pu être comblées par la pratique. Au regard des constatations que l'équipe de recherche a faites en analysant les textes applicables à l'information de l'enfant ainsi que les données pratiques, les chercheurs ont jugé opportun d'envisager une information directe de l'enfant par la juridiction.

L'idée d'une information directe de l'enfant par la juridiction revêt une particulière pertinence au regard des préconisations formulées par le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies quant à l'application de l'article 12 de la Convention de New York. Le Comité considère en effet que « le respect du droit de l'enfant à l'information [est] une condition préalable à la réalisation effective du droit d'exprimer ses opinions », ce qui implique que les Etats « [modifient] leur législation afin d'introduire des mécanismes

donnant aux enfants un accès à cette information »¹²⁹. Le Comité ajoute que « les personnes chargées d'entendre l'enfant doivent veiller à ce qu'il soit informé de son droit d'exprimer son opinion sur toute question l'intéressant » et que « la réalisation du droit de l'enfant d'exprimer ses opinions suppose [qu'il] soit informé par les personnes chargées de l'entendre [notamment] des questions à l'examen, des options qui s'offrent à lui, des décisions qui pourraient être prises et de leurs conséquences »¹³⁰. Il résulte de ces recommandations que le Comité des droits de l'enfant préconise qu'un rôle direct soit tenu par l'auditeur de l'enfant s'agissant de l'information du mineur à propos des droits qui lui sont reconnus, notamment celui de s'exprimer en justice. Dès lors qu'en France, l'audition de l'enfant dans la procédure qui le concerne est en principe assurée par le juge, il serait logique, selon les prescriptions du Comité, qu'il lui incombe de porter à la connaissance de l'enfant les droits dont il bénéficie. Cette information directe de l'enfant par la juridiction apparaît en outre comme le procédé le plus sûr et le plus pragmatique pour que l'enfant ait connaissance de ses droits. Il reste à déterminer la forme, le contenu et les modalités que prendrait cette information directe de l'enfant par la juridiction.

Premièrement, l'envoi à l'enfant d'un courrier, qui comprendrait un formulaire d'information, comme cela se pratique en Belgique¹³¹ ou en Écosse¹³², est apparu à l'équipe de recherche comme la solution optimale pour que la juridiction porte à la connaissance de l'enfant les droits dont il bénéficie. Elle a le mérite à la fois d'être relativement peu onéreuse et de ne pas alourdir la procédure, contrairement à l'organisation d'une première rencontre entre le juge et l'enfant, destinée à aviser ce dernier de ses droits, qui a pu être envisagée par le passé¹³³. *A priori*, l'envoi d'un formulaire à l'enfant n'écarter pas le risque d'un détournement du courrier par les parents ou l'un d'eux, mais l'équipe de recherche préconise que l'enfant fasse connaître sa volonté d'être entendu ou non en retournant le formulaire rempli par ses soins à la juridiction, comme cela sera expliqué ultérieurement¹³⁴. Le renvoi du formulaire rempli par l'enfant à la juridiction garantira donc que le courrier lui est bien parvenu. Si, pour accroître cette garantie, il a pu être proposé que l'envoi du courrier se fasse par lettre recommandée¹³⁵, l'équipe de recherche a tranché en faveur de l'envoi d'un courrier simple, car elle a estimé qu'il pourrait être compliqué pour l'enfant, s'il est absent de son domicile au moment de la remise du pli recommandé, de se déplacer auprès des services postaux pour le retrait de ce courrier, *a fortiori* pour les enfants les plus jeunes ou n'habitant pas en zone urbaine.

Deuxièmement, s'agissant du contenu du document d'information qui serait envoyé à l'enfant, celui-ci l'aviserait bien sûr de son droit d'être entendu par le juge dans la

¹²⁹ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, § 82 et § 48.

¹³⁰ *Ibid.*, § 41 et § 25.

¹³¹ Cf. art. 1004/2 du Code judiciaire belge.

¹³² Cf. *rule* (1) (h), *Act of Sederunt (Sheriff Court ordinary cause rules 1993)*.

¹³³ D. VERSINI, *Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles*, rapport préc., p. 243 et p. 247.

¹³⁴ Cf. *infra* p. 91 et s.

¹³⁵ J.-P. ROSENCZVEIG (prés.), *De nouveaux droits pour les enfants*, rapport préc., p. 128.

procédure qui le concerne, mais l'équipe de recherche estime qu'il est indispensable également qu'il lui fasse savoir qu'il a le droit de se taire. Comme l'a affirmé le Comité des droits de l'enfant, « exprimer des opinions est un choix, non une obligation »¹³⁶ si bien qu'il doit toujours être laissé à l'enfant la liberté de ne pas être entendu si tel est son souhait. Le courrier d'information doit donc l'aviser de ce droit. Dès lors que l'équipe de recherche se prononce en faveur de la désignation systématique d'un avocat pour assister les enfants entendus en justice, au vu des multiples effets bénéfiques que procure la présence d'un avocat d'enfants aux côtés du mineur et qui seront exposés par la suite¹³⁷, le courrier d'information doit aussi indiquer à l'enfant que, s'il fait le choix d'être entendu par le juge, un avocat sera désigné pour l'accompagner dans la procédure qui le concerne. A ce titre, il est primordial que le courrier d'information précise à l'enfant que cet avocat sera intégralement rémunéré par l'aide juridictionnelle¹³⁸ et que ni lui, ni ses parents n'auront à supporter la charge de ses honoraires. En effet, actuellement, cette information n'est visée ni par l'article 388-1 du Code civil, ni par l'article 338-1 du Code de procédure civile, lesquels mentionnent uniquement l'information de l'enfant sur son droit d'être entendu et d'être assisté par un avocat. Or la connaissance par l'enfant du mécanisme de l'aide juridictionnelle pour la rémunération de son avocat est essentielle afin d'éviter que l'enfant ne renonce à être entendu en présence d'un avocat par crainte que sa famille ait à en assumer le coût. Enfin, il paraît impératif à l'équipe de recherche que le courrier d'information contienne des indications quant aux conséquences qu'aurait l'audition de l'enfant s'il faisait le choix d'être entendu. Il importe en effet que l'enfant prenne la décision de s'exprimer ou non en ayant pleinement conscience que d'une part, le cas échéant, le juge serait tenu d'informer les parties de ce qu'il lui aura dit lors de son audition et, d'autre part, que son audition n'emporterait pas la décision judiciaire, mais qu'elle constituerait un élément d'information parmi d'autres dont disposerait le juge aux affaires familiales pour apprécier quel est son intérêt et se prononcer en conséquence. Conscient que l'expression de sa parole ne sera pas nécessairement déterminante, l'enfant échappera aussi bien à l'impression de toute puissance qu'au sentiment de culpabilité et pourra dès lors faire le choix d'être ou de ne pas être entendu sans penser que, de son audition, dépendrait la décision judiciaire.

Le contenu du formulaire d'information devrait être fixé par arrêté du Garde des Sceaux¹³⁹. L'équipe de recherche a imaginé un modèle de formulaire, qui figure en annexe 7 et que le Garde des Sceaux pourrait reprendre. Le modèle de formulaire proposé est inspiré, sur le fond, du formulaire de notification directe à l'enfant aménagé par le droit

¹³⁶ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, § 16.

¹³⁷ Cf. *infra* p. 122 et s.

¹³⁸ Conformément aux articles 9-1 et 10 de la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique (loi n° 91-647, JO n° 162 du 13 juillet 1991).

¹³⁹ Comme cela a été prévu concernant l'information de l'enfant capable de discernement sur son droit d'être entendu par le juge dans le cadre du divorce de ses parents depuis que le divorce par consentement mutuel a été déjudiciarisé par la loi du 18 novembre 2016 : art. 1144 C. pr. civ.

belge¹⁴⁰ ainsi que, sur la forme, du document adressé à l'enfant dont les parents divorcent par consentement mutuel¹⁴¹. L'équipe de recherche a conçu ce formulaire dans le souci que les informations soient délivrées à l'enfant en des termes accessibles et compréhensibles¹⁴². Mais elle a estimé qu'il ne fallait pas que le contenu du formulaire proposé soit trop « simpliste », car il est censé ne s'adresser qu'à des enfants capables de discernement. Effectivement, si l'enfant n'est pas en capacité de comprendre le formulaire d'information qui lui serait envoyé, sans doute ne le serait-il pas non plus pour s'exprimer au cours de la procédure qui le concerne devant le juge aux affaires familiales.

Troisièmement, l'équipe de recherche s'est attachée à déterminer les modalités relatives à l'envoi à l'enfant d'un courrier d'information sur ses droits. Plus précisément, s'est posée la question des destinataires de ce courrier. Dans la mesure où seuls les enfants capables de discernement se voient reconnaître le droit d'exprimer leur parole en justice, le courrier d'information envisagé devrait, logiquement, n'être envoyé qu'aux enfants capables de discernement. Or l'équipe de recherche a préconisé que la capacité de discernement soit appréciée à l'aune d'un seuil d'âge fixé par la loi et plus précisément que l'enfant âgé de plus de dix ans soit présumé doté du discernement requis pour être entendu par le juge¹⁴³. En conséquence, le greffe devrait systématiquement envoyer le courrier d'information aux enfants âgés de plus de dix ans dès lors qu'ils sont concernés par une procédure devant le juge aux affaires familiales. L'aménagement d'une présomption de discernement qui conduirait à ce que l'enfant soit informé directement par la juridiction de son droit d'expression en justice, dès lors qu'il a atteint le seuil d'âge déterminé, résoudrait donc deux difficultés notables qui ressortent de la pratique. Ce dispositif écarterait d'une part le problème lié à l'évaluation du discernement d'un enfant comme condition de son audition alors que le juge ne l'a encore jamais rencontré. Il réglerait d'autre part la difficulté tenant à l'évaluation du discernement comme condition de l'information de l'enfant. Cette nouvelle procédure de principe connaîtrait une exception. La présomption de discernement étant une présomption simple, elle pourrait être renversée dans l'hypothèse où il est établi que l'enfant, bien qu'ayant atteint le seuil de dix ans, n'a pas le discernement requis pour être auditionné. En guise d'illustration, si l'adolescent âgé de quatorze ans souffre d'un handicap mental sévère, il ne sera pas pertinent de lui adresser le courrier d'information puisque, faute de discernement, il ne pourra pas être entendu par le juge. Le magistrat devra alors s'en expliquer dans sa décision, laquelle devra comporter une motivation spéciale quant à

¹⁴⁰ Cf. l'arrêté royal du 23 août 2014 établissant le modèle de formulaire d'information visé à l'article 1004/2 du Code judiciaire (*Moniteur belge* du 29 août 2014).

¹⁴¹ Cf. l'arrêté du 28 décembre 2016 fixant le modèle de l'information délivrée aux enfants mineurs capables de discernement dans le cadre d'une procédure de divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire (*JO* n° 0302 du 29 décembre 2016).

¹⁴² Préoccupation qui semble avoir pour partie échappé aux rédacteurs du document destiné à l'information de l'enfant capable de discernement dans le cadre du divorce par consentement mutuel de ses parents, lequel emploie certaines formulations, telles que « j'ai compris que, suite à ma demande, un juge sera saisi du divorce de mes parents », qui paraissent complexes à appréhender pour un enfant : cf. B. MALLEVAEY, « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *Petites affiches* n° 129, 29 juin 2017, p. 6.

¹⁴³ Cf. *supra* p. 56 et s.

l'absence de discernement de l'enfant, de façon à ce que cette décision puisse être reconnue et exécutée au sein de l'Union européenne dans les conditions du règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003. La mention suivante pourrait être intégrée à la décision rendue sur le fond : « l'enfant, âgé de X ans, n'a pas été informé de son droit d'être entendu en raison de son absence de discernement, établie au regard de... » ; cette formule serait suivie des raisons qui ont déterminé le juge à conclure à l'absence de discernement de l'enfant et à en déduire que le courrier d'information ne devait pas lui être envoyé. Quant aux enfants n'ayant pas atteint le seuil de dix ans, ils ne seraient pas présumés doués de discernement par la loi, ce qui ne signifie évidemment pas qu'ils en seraient dépourvus. C'est pourquoi, concernant ces enfants âgés de moins de dix ans, l'envoi d'un courrier d'information serait laissé à l'appréciation du magistrat. Le juge pourrait donc demander au greffe d'envoyer le courrier d'information à l'enfant soit de sa propre initiative, soit à la demande des parties à la procédure. En effet, tandis que s'agissant des enfants de plus de dix ans, la demande d'audition formée par les parties n'aurait plus lieu d'être si le dispositif proposé par l'équipe de recherche était entériné¹⁴⁴, il y aurait lieu, pour les enfants âgés de moins de dix ans, de maintenir la possibilité que le Code de procédure civile donne aux parties d'être à l'origine de l'audition de l'enfant. Sans pouvoir demander directement au juge d'ordonner l'audition de l'enfant, les parties seraient admises à lui demander d'envoyer à l'enfant le courrier l'informant de son droit d'être auditionné, dès lors qu'il est capable de discernement¹⁴⁵.

L'information directe de l'enfant au moyen d'un courrier qui lui serait envoyé réglerait la majeure partie des difficultés identifiées quant au soin confié aux parents d'aviser l'enfant de ses droits ainsi que celles tenant à la vérification par le magistrat de la transmission des informations à l'enfant.

D'une part, bien qu'il subsiste un risque que le courrier adressé à l'enfant soit détourné par ses parents ou que ces derniers cherchent à orienter dans un sens ou dans un autre le choix de leur enfant d'être ou non auditionné, en lui communiquant des informations inexactes, la possibilité d'une information défaillante ou partielle serait nécessairement réduite si l'information de l'enfant émanait directement de la juridiction. Il y aurait donc lieu de supprimer les dispositions du premier alinéa de l'article 338-1 du Code de procédure civile, qui mettent l'information de l'enfant à la charge notamment des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale. Ce premier alinéa serait remplacé, par décret, par trois alinéas applicables dans les différentes hypothèses envisagées. Un premier alinéa poserait le principe suivant : « Dans toute procédure le concernant, le mineur âgé de dix ans révolus est informé par le juge de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat » ; il préciserait que : « Cette information est délivrée par l'envoi au mineur d'un formulaire dont

¹⁴⁴ L'enfant serait avisé par le courrier d'information de son droit d'être entendu par le juge dans la procédure qui le concerne, puis ferait connaître par retour de formulaire sa volonté d'être ou non auditionné, ce qui exclut qu'il soit entendu à l'exclusive initiative des parties.

¹⁴⁵ L'équipe de recherche préconise en effet de supprimer la possibilité qu'ont *de lege lata* les parties de demander au juge d'auditionner l'enfant : cf. *infra* p. 95.

un modèle est fixé par arrêté du Garde des Sceaux ». Un deuxième alinéa concernerait l'exception au principe énoncé par le premier alinéa : « L'absence d'information du mineur âgé de dix ans révolus ne peut être décidée par le juge sur le fondement de son absence de discernement qu'au regard de circonstances exceptionnelles établissant le défaut de discernement et par une décision spécialement motivée ». Enfin, un troisième alinéa envisagerait la situation du mineur âgé de moins de dix ans et ne bénéficiant pas en conséquence de l'application de la présomption de discernement : « Le formulaire d'information peut être envoyé au mineur âgé de moins de dix ans et capable de discernement sur décision du juge, d'office ou à la demande des parties ». En revanche, il ne paraît pas nécessaire de modifier les alinéas 2 et 3 de l'article 338-1 du Code de procédure civile, qui prévoient que les dispositions de l'article 388-1 du Code civil sont rappelées aux parties au moyen d'un avis joint à la convocation à l'audience ou à l'acte d'huissier. En effet, il importe que les parents aient connaissance du fait que leur enfant a le droit d'être entendu au cours de la procédure le concernant et qu'un formulaire d'information lui a été adressé, en particulier s'agissant du parent qui ne vit pas avec l'enfant et qui ne pourra dès lors pas constater par lui-même qu'un courrier a été envoyé à son enfant. A ce sujet, s'inspirant de l'avis d'information des parties que lui a adressé le tribunal de grande instance de Montpellier, l'équipe de recherche recommande que l'avis d'information des parents les mette en garde sur trois points : d'abord sur l'impératif de protection due à l'enfant, ensuite sur le fait que lui seul peut décider de s'exprimer dans la procédure qui le concerne, enfin sur le caractère uniquement consultatif de l'audition de l'enfant. Partant, elle recommande qu'il soit inséré dans l'avis d'information des parents le paragraphe suivant : « Il relève de la responsabilité de chaque parent de concourir à la protection de son enfant. L'audition pourrait être mal vécue par l'enfant si elle ne répond pas à une demande de sa part. Elle ne peut donc en aucun cas être influencée par les parents. Seul l'enfant peut faire le choix de rencontrer le juge pour lui exprimer ses sentiments et ses besoins. Dans ce cas, le juge l'écouterait, mais il n'est pas tenu de se conformer aux souhaits de l'enfant. Le juge prendra la décision qui apparaît comme la meilleure dans l'intérêt de l'enfant et de la famille ».

D'autre part, l'envoi systématique d'un courrier d'information aux enfants âgés de plus de dix ans, présumés en conséquence être capables du discernement requis pour être auditionnés, faciliterait considérablement la tâche du magistrat, chargé de s'assurer que l'enfant a été informé de ses droits. Ce faisant, le dispositif d'information directe de l'enfant par la juridiction n'entraînerait pas la suppression du quatrième alinéa de l'article 388-1 du Code civil, qui impose cette obligation de vérification au juge. En effet, le fait qu'un courrier d'information ait été envoyé à l'enfant ne garantit pas de façon certaine que ledit courrier est effectivement parvenu à l'intéressé, excepté dans l'hypothèse où l'enfant a manifesté, par retour de formulaire, sa volonté d'être entendu ou de ne pas l'être dans la procédure qui le concerne. A défaut, il serait judicieux que, lors de l'audience, le juge interroge les parties sur l'absence de renvoi, par l'enfant, du formulaire qui lui a été adressé et que, s'il s'avère que l'intéressé n'a pas été avisé de ses droits, le juge ordonne avant dire droit que le

courrier d'information soit de nouveau envoyé à l'enfant âgé de plus de dix ans. L'intégration en droit positif du système d'information directe du mineur par la juridiction représenterait une réelle avancée en faveur du droit de l'enfant de participer à la prise des décisions qui le concernent et concourrait à faciliter l'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 10 :

Un dispositif d'information directe de l'enfant par la juridiction devrait être aménagé. A cette fin, le greffe devrait envoyer un courrier à l'enfant l'avisant des droits dont il bénéficie dans la procédure qui le concerne.

Recommandation n° 11 :

Le courrier visant à informer l'enfant des droits dont il bénéficie devrait être envoyé à tout enfant concerné par la procédure et présumé capable de discernement, donc âgé de plus de dix ans. L'absence d'envoi du courrier d'information à l'enfant âgé de plus de dix ans devrait faire l'objet d'une motivation spéciale de la part du magistrat, fondée sur l'absence de discernement de l'enfant.

Recommandation n° 12 :

L'envoi du courrier d'information aux enfants âgés de moins de dix ans devrait être laissé à l'appréciation du magistrat, qui pourrait l'ordonner d'office ou à la demande des parties.

Recommandation n° 13 :

Le courrier d'information devrait aviser l'enfant :

- de son droit d'être entendu par le juge dans la procédure qui le concerne et de son droit de ne pas être entendu s'il ne souhaite pas s'exprimer ;
- que, s'il exerce son droit d'être entendu, un avocat sera désigné pour l'accompagner dans la procédure qui le concerne et que cet avocat sera intégralement rémunéré au titre de l'aide juridictionnelle ;
- des conséquences de son audition, en particulier du fait que les éléments issus de son audition seront portés à la connaissance de ses parents et du fait que son audition n'emportera pas la décision du juge¹⁴⁶.

Recommandation n° 14 :

L'avis d'information destiné aux parents devrait être complété par un paragraphe ainsi rédigé :

« Il relève de la responsabilité de chaque parent de concourir à la protection de son enfant. L'audition pourrait être mal vécue par l'enfant si elle ne répond pas à une demande de sa part. Elle ne peut donc en aucun cas être influencée par les parents. Seul l'enfant peut faire le choix de rencontrer le juge pour lui exprimer ses sentiments et ses besoins. Dans ce cas, le juge l'écouterait, mais il

¹⁴⁶ Cf. en annexe 7 la proposition de formulaire qu'a élaborée l'équipe de recherche.

n'est pas tenu de se conformer aux souhaits de l'enfant. Le juge prendra la décision qui apparaît comme la meilleure dans l'intérêt de l'enfant et de la famille ».

Recommandation n° 15 :

Le premier alinéa de l'article 338-1 du Code de procédure civile devrait être supprimé et remplacé par trois nouveaux alinéas, ainsi rédigés :

« Dans toute procédure le concernant, le mineur âgé de dix ans révolus est informé par le juge de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat. Cette information est délivrée par l'envoi au mineur d'un formulaire dont un modèle est fixé par arrêté du Garde des Sceaux.

L'absence d'information du mineur âgé de dix ans révolus ne peut être décidée par le juge sur le fondement de son absence de discernement qu'au regard de circonstances exceptionnelles établissant le défaut de discernement et par une décision spécialement motivée.

Le formulaire d'information peut être envoyé au mineur âgé de moins de dix ans et capable de discernement sur décision du juge, d'office ou à la demande des parties (...) ¹⁴⁷ ».

¹⁴⁷ La suite que l'équipe de recherche propose d'ajouter à cet alinéa sera indiquée au titre des recommandations relatives à la demande d'audition de l'enfant : cf. *infra* recommandation n° 21. Pour un récapitulatif des modifications de texte proposées par l'équipe de recherche, cf. le tableau en annexe 9.

B – L'enfant doit demander à exercer son droit d'être entendu

1. Étude des règles applicables

Aux termes de l'article 12 de Convention internationale des droits de l'enfant, le droit de l'enfant capable de discernement d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant suppose notamment que lui soit donnée la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire qui le concerne. Cette formulation montre qu'aux termes de la Convention, il devrait incomber à l'autorité judiciaire de solliciter l'enfant pour lui donner la possibilité de faire entendre sa voix. De ce point de vue, le législateur n'a transposé que partiellement les dispositions de la Convention de New York, puisqu'il n'a pas imposé au juge de solliciter l'enfant en vue de son audition mais a laissé à l'intéressé ou aux parties la charge de demander au juge de procéder à cette audition¹⁴⁸. A plusieurs reprises, dans ses rapports sur l'application en France de la Convention, le Comité des droits de l'enfant s'est dit « préoccupé par le fait que pour pouvoir exercer [son] droit, l'enfant doive en faire la demande, ce qui pourrait donner lieu à des discriminations et à des incohérences dans la pratique »¹⁴⁹.

En outre, il a fallu attendre la loi du 5 mars 2007 pour que soit expressément consacré dans la législation française le droit de l'enfant d'être entendu. Cette loi a en effet supprimé la possibilité pour le juge de refuser d'entendre un enfant qui a demandé à être entendu dès lors que les deux conditions de son audition, que sont son lien avec la procédure et sa capacité de discernement, sont réunies¹⁵⁰. Elle a ainsi affirmé à l'alinéa 2 de l'article 388-1 du Code civil que l'audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. En conséquence, les motifs de refus de la demande d'audition formée par l'enfant ont été circonscrits, par le décret du 20 mai 2009, à l'absence de l'une des deux conditions de son audition. Ainsi, l'article 338-4 indique en son premier alinéa que « lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas ». Dès lors, saisi par un enfant d'une demande en vue de son audition, le juge n'a pas le pouvoir d'apprécier l'opportunité de l'audition ; son contrôle est limité à la légalité de cette audition, qu'il est tenu d'ordonner si les deux conditions de l'article 388-1 du Code civil sont remplies. En revanche, les motifs de refus de la demande d'audition formée par les parties à la procédure

¹⁴⁸ Cela étant, il peut être considéré, que dès lors que le juge aux affaires familiales est tenu, aux termes de l'article 373-2-11 du Code civil, de prendre en considération les sentiments exprimés par l'enfant dans les conditions de l'article 388-1, le législateur a souhaité inciter « le juge à aller au-devant de l'enfant pour connaître ses sentiments » : P. COURBE et A. GOUTTENOIRE, *Droit de la famille*, coll. Université Sirey, Paris : Dalloz, 7^{ème} éd., 2017, n° 1517.

¹⁴⁹ Comité des droits de l'enfant, Observations finales : France (2009), CRC/C/FRA/CO/4, § 39. Dans le même sens, cf. Comité des droits de l'enfant, Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France (2016), CRC/C/FRA/CO/5, § 29 : le Comité « reste préoccupé par le peu de progrès réalisés s'agissant de garantir systématiquement le respect de l'opinion de l'enfant » et « note avec préoccupation que l'audition de l'enfant dans le cadre d'une procédure judiciaire est soumise à une demande écrite » de sa part.

¹⁵⁰ Auparavant, l'alinéa 2 de l'article 388-1 du Code civil disposait que « lorsque le mineur en fait la demande, son audition ne peut être écartée que par une décision spécialement motivée ».

demeurent plus larges : selon l'alinéa 2 de l'article 338-4 du Code de procédure civile, « lorsque la demande est formée par les parties, l'audition peut également 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 mineur ». Ainsi, lorsque ce sont les parties qui ont demandé l'audition de l'enfant, le contrôle du juge porte à la fois sur la légalité et sur l'opportunité de l'audition. La demande d'audition formée par les parties peut donc être rejetée parce que l'enfant n'est pas concerné par la procédure ou qu'il n'est pas capable de discernement, mais aussi parce que le juge dispose de suffisamment d'éléments pour statuer et que l'audition du mineur ne lui paraît pas utile, ou encore par égard pour l'intérêt de l'enfant.

La réforme de l'audition de l'enfant dans les procédures civiles le concernant, opérée par la loi du 5 mars 2007 et le décret du 20 mai 2009, n'a pas affecté les dispositions de l'article 338-2 du Code de procédure civile selon lesquelles « la demande d'audition est présentée sans forme au juge » et « peut être formée en tout état de la procédure ». Cette absence de formalisme quant à la demande d'audition de l'enfant ainsi que la possibilité pour l'enfant de solliciter son audition dans toutes les phases de la procédure le concernant sont incontestablement de nature à favoriser l'exercice, par l'enfant, de son droit d'expression en justice. Il est donc regrettable que la pratique ait encadré la demande d'audition dans des conditions singulièrement plus restrictives que celles prévues par les textes.

2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant

Les quinze conventions relatives à l'audition de l'enfant que l'équipe de recherche a étudiées contiennent des dispositions sur l'auteur de la demande d'audition. Toutes prévoient que la demande d'audition peut être formulée par l'enfant ou par les parties, rappellent que l'audition est de droit lorsqu'elle est sollicitée par l'enfant, et indiquent les motifs sur lesquels peut être fondé le rejet de la demande d'audition, qu'elle soit formée par l'intéressé lui-même ou par les parties. Il est cependant loisible de constater que six conventions contiennent une curieuse contradiction s'agissant de l'auteur de la demande d'audition, faisant d'abord référence à la demande d'audition formée par les parties à la procédure, puis exigeant que la demande d'audition soit adressée au juge par l'enfant. En effet, les conventions de Bobigny, de Meaux, de Melun, de Nanterre, de Pontoise et de Valenciennes précisent que « la demande d'audition doit être formée par l'enfant ». La formulation employée semble n'admettre que la possibilité d'une demande d'audition de l'enfant formée par l'intéressé lui-même et exclure en conséquence l'hypothèse d'une demande d'audition présentée par les parties. Or ces mêmes conventions visent préalablement la demande d'audition formulée par les parties, lorsqu'elles mentionnent les motifs sur lesquels le juge peut fonder le refus de l'audition lorsque ce sont les parties qui la sollicitent. Apparaît ainsi une importante discordance : ces conventions invitent-elles les juges à n'accueillir favorablement que les demandes d'audition formées par l'enfant lui-

même ou peuvent-ils également l'entendre à la demande des parties ?¹⁵¹ Les dispositions contradictoires de ces conventions font naître une sérieuse hésitation. Il est possible également de constater que deux conventions admettent que la demande d'audition puisse être formée, pour le compte de l'enfant, par son avocat. Il s'agit de la convention de Meaux, aux termes de laquelle « la demande d'audition doit être formée par courrier de l'enfant ou de son avocat », et de celle d'Alès, selon laquelle « l'audition peut être demandée par l'enfant et / ou son avocat ». La possibilité pour l'avocat de l'enfant de solliciter l'audition de son jeune client, telle que la prévoient ces deux conventions, semble pertinente et justifiée par un souci de pragmatisme. Pourtant, elle pourrait entrer en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, dans un arrêt rendu le 19 septembre 2007, la Première Chambre civile a refusé que la demande d'audition soit adressée au magistrat par un intermédiaire qui agirait pour le compte de l'enfant et a affirmé que « la demande d'audition du mineur [devait] être présentée au juge par l'intéressé »¹⁵², exigeant ainsi une demande d'audition personnellement formulée par l'enfant. Cette jurisprudence semble avoir été prise en considération par les rédacteurs de la convention de Thionville, laquelle vise la demande d'audition « formée par l'enfant personnellement ». Par ailleurs, cinq conventions précisent que l'audition peut être ordonnée d'office par le juge aux affaires familiales s'il l'estime nécessaire (Alès, Melun, Montpellier, Niort, Toulouse).

Plusieurs conventions renferment des dispositions contestables à propos de la demande d'audition de l'enfant, en ce qu'elles posent des exigences que n'ont pas prévues les textes. Elles se situent dès lors en retrait de la souplesse aménagée par l'article 338-2 du Code de procédure civile, aussi bien s'agissant de la forme de la demande d'audition que du moment où celle-ci doit être adressée au juge.

Pour ce qui concerne la forme de la demande d'audition, il est possible de classer les conventions relatives à l'audition de l'enfant en trois catégories. Une première catégorie est composée de quatre conventions qui, dans le respect de l'article 338-2 du Code de procédure civile, rappellent l'absence de formalisme gouvernant la demande d'audition. Ainsi, les conventions élaborées à Montpellier, à Niort, à Toulouse ou à Valenciennes indiquent qu'« il n'y a aucun formalisme à la demande d'audition » ou que « la demande d'audition n'est soumise à aucun formalisme ». Une deuxième catégorie se compose de sept conventions qui marquent leur préférence pour une demande d'audition formée par écrit. Ainsi, les conventions de Paris, de Pontoise et de Thionville, tout en rappelant que la demande d'audition n'est soumise à aucun formalisme, ajoutent qu'il est recommandé que la demande soit faite au moyen d'un écrit. Dans le même sens, les conventions de Bobigny,

¹⁵¹ L'enquête de terrain réalisée par l'équipe de recherche auprès des juges aux affaires familiales semble confirmer que de nombreux magistrats n'ordonnent l'audition que lorsqu'ils ont été saisis en ce sens par l'enfant lui-même : cf. *infra* pp. 86-87.

¹⁵² Cass., 1^{re} civ., 19 septembre 2007, n° 06-18.379, *Bull. civ. I* 2007, n° 286, *Dr. fam.* n° 10, octobre 2007, comm. 192, comm. P. MURAT ; *Rev. crit. DIP* 2008, p. 605, note B. BOURDELOIS ; *RJPF* n° 1, janvier 2008, p. 22, note E. MULON ; *Gaz. Pal.*, 25 novembre 2008, n° 330, p. 36, note J. EUZENOT.

de Melun et de Nanterre indiquent qu'il est recommandé que la demande d'audition soit faite au moyen d'un écrit pour garantir son enregistrement par le greffe. La convention rouennaise montre également sa faveur pour l'écrit, en disposant que « la demande d'audition de l'enfant peut être formée par courrier adressé au juge ». Les sept conventions de cette deuxième catégorie privilégient la demande d'audition effectuée par écrit, mais ne l'imposent pas ; elles maintiennent ainsi une certaine souplesse conforme à celle qui émane de l'article 338-2 du Code de procédure civile. Mais trois conventions vont plus loin, en exigeant que la demande d'audition de l'enfant soit réalisée par écrit. En effet, une troisième catégorie comporte les conventions de Chartres, de Meaux et de Nice, qui affirment que « la demande d'audition de l'enfant doit être formée par courrier (...) adressé au juge », écartant ainsi la possibilité d'une demande d'audition présentée sous une autre forme. Il est aisé de comprendre les raisons qui motivent l'exigence d'un écrit, ce dernier ayant le mérite de laisser une trace au dossier et de pouvoir être enregistré par le greffe à sa réception. Mais l'exigence d'une demande d'audition formée par écrit ne respecte pas les dispositions de l'article 338-2 du Code de procédure civile, selon lesquelles la demande d'audition est présentée sans forme au juge, ce dont il résulte que la demande d'audition pourrait très bien être formée oralement, par exemple à l'occasion d'un appel téléphonique passé à la juridiction ou d'un déplacement au tribunal de l'auteur de la demande d'audition.

En marge des trois catégories de conventions évoquées, se trouve la convention élaborée à Alès, qui contient une contradiction. Elle énonce en effet que « la demande d'audition est formée par l'enfant, selon le formulaire établi ». Or le formulaire auquel il est fait référence est le formulaire d'information destiné aux parents, parties à la procédure, qui les avise du droit dont bénéficie leur enfant d'être entendu dans la procédure qui le concerne ; il ne s'agit guère d'un formulaire destiné à l'enfant. La convention précise d'ailleurs que le formulaire est rempli par le demandeur, non par l'enfant qui souhaiterait être entendu par le juge aux affaires familiales. Cette apparente incohérence vient sans doute du fait que la convention d'Alès, de même que les conventions de Nice et de Montpellier, prévoit qu'un formulaire d'information est destiné aux parties à la procédure et que ce formulaire invite chaque parent à préciser si l'enfant souhaite ou non être entendu et, dans l'affirmative, s'il souhaite être assisté d'un avocat ou de toute autre personne de son choix. Les formulaires prévus par ces trois conventions permettent donc aux parents de faire savoir à la juridiction si leur enfant souhaite ou non exercer son droit d'expression en justice. Mais les conventions opèrent une confusion manifeste entre demande de l'enfant d'être entendu et demande des parents en vue de l'audition de leur enfant ; cela peut s'avérer problématique étant donné que la demande d'audition présentée par l'enfant et celle formulée par les parties obéissent à deux régimes juridiques significativement différents, s'agissant aussi bien des motifs de rejet de la demande d'audition que des recours pouvant être exercés contre le refus du juge de procéder à l'audition de l'enfant. D'une part, il résulte de l'article 338-4 du Code de procédure civile que les motifs de rejet de la demande d'audition formée par l'enfant sont nettement plus restreints que ceux du rejet de la

demande d'audition soumise au juge par les parties. Il est dès lors loisible de se demander si, lorsque les parents cochent la case du formulaire indiquant que leur enfant souhaite être entendu, le juge peut refuser l'audition au motif qu'elle lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant ou qu'elle ne lui semble pas utile à la solution du litige, alors que ces deux motifs de rejet de la demande d'audition ne sont admis par le texte que lorsque la demande a été formée par les parties. D'autre part, il résulte de l'article 338-5 du Code de procédure civile que la décision statuant sur la demande d'audition formée par l'enfant n'est susceptible d'aucun recours, alors que celle formée par les parties peut être attaquée avec la décision sur le fond. Il est par conséquent possible de se demander si, lorsque les parents ont coché la case du formulaire indiquant que leur enfant souhaite être entendu et que le juge refuse d'ordonner l'audition, cette décision du magistrat suit le régime des demandes d'audition formées par l'enfant et ne peut dès lors être contestée par quiconque, ou si elle obéit au régime des demandes d'audition formulées par les parties à la procédure et peut partant être attaquée avec le jugement sur le fond. La qualification de la demande d'audition emporte des conséquences juridiques importantes ; l'imprécision, si ce n'est la confusion, qui résulte sur ce point des conventions d'Alès, de Nice et de Montpellier, laisse donc l'équipe de recherche perplexe.

Trois catégories de conventions relatives à l'audition de l'enfant peuvent encore apparaître s'agissant du moment de la demande d'audition. Premièrement, la plupart des conventions rappellent, conformément à l'article 338-2 du Code de procédure civile, que la demande d'audition peut intervenir à tout moment de l'instance. Il en va ainsi des conventions d'Alès, de Montpellier, de Paris, de Pontoise et de Toulouse. Les conventions de Bobigny, de Melun, de Nanterre, de Thionville et de Valenciennes ajoutent que la demande d'audition peut être formée « y compris en cours de délibéré ». Deuxièmement, la convention de Niort, après avoir rappelé que la demande d'audition peut être formée à tout moment, ajoute que « pour des raisons pratiques et afin de garantir le respect du contradictoire, il apparaît néanmoins souhaitable que la demande d'audition soit formée le plus tôt possible, et au plus tard le jour de l'audition des parents ». Cette faveur pour une demande d'audition présentée au plus tôt dans la procédure ne devrait cependant pas faire obstacle à l'audition d'enfants qui auraient sollicité celle-ci après l'audience de leurs parents, l'emploi du terme « souhaitable » ne semblant guère prohibitif. Troisièmement, la dernière catégorie se compose de nouveau des conventions rédigées à Chartres, à Meaux et à Nice. Tandis que la convention de Meaux exige que la demande d'audition soit adressée au juge « au plus tôt », les conventions de Chartres et de Nice disposent que « la demande d'audition doit être formée (...) avant l'audience et au plus tôt ». Ces deux conventions écartent ainsi l'organisation d'une audition qui aurait été demandée lors de l'audience réalisée avec les parties. Certes, les raisons d'une telle exigence apparaissent clairement : celle-ci est guidée par le souci de célérité de la procédure et par la volonté de ne pas avoir à procéder à une réouverture des débats, laquelle s'imposerait pour que le principe du contradictoire soit respecté dans l'hypothèse où l'enfant serait entendu postérieurement à l'audience des

parties¹⁵³. Toutefois, l'exclusion d'une demande d'audition tardive est contraire à la fois à l'article 338-2 du Code de procédure civile, qui admet que la demande d'audition puisse être formulée en tout état de la procédure, et à la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, par un arrêt rendu le 24 octobre 2012, la Première Chambre civile a cassé la décision d'une cour d'appel qui avait refusé d'entendre une adolescente au motif que celle-ci avait formé sa demande d'audition au lendemain de l'audience de plaidoirie. La cour d'appel avait énoncé que « si l'article 388-1 du Code civil donne au mineur capable de discernement le droit d'être entendu dans toute procédure le concernant lorsqu'il en fait la demande, ce texte ne lui confère cependant pas la possibilité d'être entendu à tous les stades de cette même procédure ». L'arrêt a été cassé par la Haute juridiction sous le visa des articles 388-1 du Code civil et 338-2 du Code de procédure civile¹⁵⁴, ce qui montre la volonté de la Cour de cassation d'imposer aux juridictions du fond de respecter la souplesse aménagée par le second de ces textes quant au moment de la procédure où le juge doit être sollicité en vue de l'audition de l'enfant.

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

Alors que, dans la grille d'entretien avec les magistrats, peu de questions portaient spécifiquement sur la demande d'audition¹⁵⁵, le sujet a été au cœur des réponses apportées par les juges, ce qui révèle de manière évidente l'importance de la demande d'audition dans les pratiques juridictionnelles en matière d'audition du mineur. En effet, la demande d'audition a été spontanément abordée par de nombreux magistrats en réponse à trois questions que l'équipe de recherche n'avait pas, *a priori*, imaginées en lien avec la demande adressée au juge en vue de l'audition d'un enfant. La première de ces trois questions était « dans quelles procédures auditionnez-vous les mineurs ? », ce à quoi neuf magistrats ont d'emblée répondu « dans les procédures où l'enfant demande son audition », et à quoi huit magistrats ont fait mention, dans leur réponse, de la demande d'audition formée par l'enfant. La deuxième question était « comment faites-vous pour auditionner les mineurs ? ». En réponse à cette question, cinq magistrats ont fait référence à la demande d'audition, dont trois ont précisé qu'ils exigeaient un courrier écrit par l'enfant. La troisième question était « y a-t-il des conditions pour auditionner les mineurs ? ». Dans leurs réponses, neuf magistrats ont cité la demande d'audition, parmi lesquels trois magistrats ont indiqué que la condition ou l'une des conditions était que l'audition ait été demandée par l'enfant et quatre magistrats ont précisé que la condition ou l'une des conditions était que l'enfant ait formulé sa demande « par écrit » ou « par courrier ». Le fait qu'une majorité de magistrats ait parlé de la demande d'audition, en particulier de la demande d'audition formée par

¹⁵³ Sur le principe du contradictoire nécessitant que le juge rende compte de l'audition aux parties, cf. *infra* p. 150 et s.

¹⁵⁴ Cass., 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, *Bull. civ. I* 2012, n° 212, *Dr. fam.* n° 1, janvier 2013, comm. 9, obs. Cl. NEIRINCK ; *Proc.* n° 12, décembre 2012, comm. 358, note M. DOUCHY-OU DOT ; *RTD civ.* 2013, p. 106, obs. J. HAUSER ; *RLDC* décembre 2012, p. 40, obs. E. POULIQUEN ; *RJPF* n° 12, décembre 2012, p. 36, note F. EUDIER.

¹⁵⁵ Il a d'abord été demandé aux magistrats quelle était leur réaction lorsqu'un enfant leur demande d'être auditionné, puis si l'évaluation qu'ils font du discernement d'un enfant varie selon que la demande d'audition leur est adressée par l'enfant lui-même ou par l'un de ses parents : cf. la grille d'entretien avec les magistrats en annexe 4.

l'enfant lui-même, en réponse à ces trois questions, est très révélateur. Tel est particulièrement le cas pour leurs réponses à la question relative aux conditions de l'audition. Tandis que, dans leurs réponses à cette question, moins d'une moitié des vingt-neuf magistrats interrogés a abordé la capacité de discernement de l'enfant, qui constitue pourtant l'une des deux conditions posées par l'article 388-1 du Code civil pour que l'enfant puisse se faire entendre par le juge, un tiers des magistrats a érigé la demande d'audition de l'enfant en condition de son audition. Cela montre bien que, dans leurs pratiques, la question de la demande d'audition est essentielle pour les magistrats. L'un d'eux l'exprimait en ces termes : « le discernement, c'est secondaire, la condition pour auditionner un enfant c'est qu'il le demande ; quand un enfant me demande pour être entendu, je ne me pose pas de question, je prends mon agenda et je fixe une date, je l'entends, c'est de droit ». C'est en faisant le constat de l'importance que revêt la demande d'audition dans la pratique des magistrats que l'équipe de recherche en a déduit que, concrètement, les conditions matérielles d'accès de l'enfant à son audition, parmi lesquelles la demande d'audition, étaient tout aussi importantes que les conditions juridiques énoncées par l'article 388-1 du Code civil. C'est également au regard de l'exigence, qu'ont de nombreux magistrats, d'une demande d'audition faite par l'enfant lui-même que l'équipe de recherche en a conclu qu'en pratique, le fait que l'enfant demande à être entendu en justice constituait une condition de son accès au juge. La tendance des magistrats à n'ordonner l'audition de l'enfant que lorsque ce dernier les a sollicités à cette fin a rejailli sur les pratiques et semble avoir été intégrée par les avocats qui, comme l'a reconnu l'un des magistrats interrogés, « ont bien compris qu'il valait mieux que ce soit les mineurs qui demandent [l'audition] plutôt que les parties ». Cela a pour conséquence que les demandes d'audition formées par les parties sont relativement rares, comme l'ont affirmé dix magistrats ; trois magistrats ont même indiqué que l'audition de l'enfant ne leur était jamais demandée par les parties.

L'exigence de formalisme quant à la demande d'audition, que l'équipe de recherche a mise en évidence lorsqu'elle a étudié les conventions relatives à l'audition de l'enfant, ressort également des entretiens qu'elle a réalisés avec les magistrats. En effet, douze magistrats ont déclaré qu'ils exigeaient une demande écrite faite par l'enfant en vue de solliciter l'audition¹⁵⁶, c'est-à-dire nécessairement un courrier écrit de la main de l'enfant pour la plupart d'entre eux, ou éventuellement un mail pour l'un des juges aux affaires familiales. L'exigence d'un courrier écrit par l'enfant est manifestement contraire à l'article 338-2 du Code de procédure civile, selon lequel « la demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur ou par les parties ». La moitié de ces douze magistrats a indiqué que l'écrit devait faciliter l'enregistrement de la demande d'audition par le greffe. D'autres ont souligné que l'exigence d'un courrier permettait de fixer une limite, parce que le magistrat interrogé « n'auditionne que les enfants qui en font la demande écrite », parce qu'il « [part] du principe que, si l'enfant est capable de discernement, il est capable de [lui] écrire

¹⁵⁶ Quatre de ces magistrats ont ajouté que ce courrier de l'enfant devait leur parvenir au plus tôt, de préférence pour l'un d'eux au stade de la mise en état de l'affaire.

un courrier » ou encore parce qu' « exiger un courrier permet de voir si l'enfant sait écrire, ce qui donne une indication ». Quant aux autres magistrats, s'ils n'ont pas affirmé qu'ils admettaient uniquement les demandes d'audition formulées par l'enfant par écrit, plusieurs d'entre eux ont précisé que l'audition était le plus souvent demandée au moyen d'un courrier écrit par l'enfant. En outre, pour six magistrats exerçant leurs fonctions au sein d'un tribunal qui a cosigné une convention relative à l'audition de l'enfant avec l'ordre des avocats, la demande d'audition se fait par retour du formulaire adressé aux parents les invitant à indiquer si leur enfant souhaite être entendu.

S'agissant du contenu du courrier, celui-ci est généralement assez bref, l'enfant indiquant uniquement au juge qu'il demande à être entendu (selon quatre magistrats), mais il se peut aussi que le courrier de l'enfant contienne déjà des indications sur ses demandes, avec des formulations telles que « je demande à être entendu pour vous dire que je veux vivre avec ma mère » ou « mon père » (quatre magistrats). Il arrive aussi que le courrier renferme des formules qui alertent le juge sur le fait que la demande d'audition a été dictée à l'enfant, au moins en partie, par l'un des parents. A titre d'illustration, lorsqu'un enfant d'une dizaine d'années écrit au juge « je souhaite être entendu pour vous parler de ma situation dans la procédure qui me concerne », « je veux être entendu en vertu de l'article 388-1 du Code civil », ou encore « je vous demande d'être entendu sur les modalités de ma prise en charge » (exemples fournis par cinq magistrats), il est certain que le juge comprend que ces termes ont été fortement suggérés à l'enfant. D'ailleurs, une très large proportion des magistrats rencontrés, soit vingt-quatre sur vingt-neuf, ont déclaré qu'ils avaient souvent l'impression ou la certitude que la demande d'audition formée par l'enfant était « téléguidée » par l'un au moins des parents, que le courrier avait été rédigé par l'enfant « à la demande », voire « sous la pression de l'un des parents », ou encore que le souhait d'être entendu manifesté par l'enfant était le fruit de « manœuvres » ou de « manipulations parentales ». Une partie de ces magistrats a confirmé les craintes soulevées par l'équipe de recherche au sujet des textes ayant confié aux parents la charge d'informer leur enfant de son droit de s'exprimer en justice¹⁵⁷. Ils ont en effet déclaré que si les parents avisent l'enfant de son droit, ils orientent de cette façon son choix afin qu'il demande à être auditionné par le juge (huit magistrats). Le risque que les parents adoptent une telle attitude est d'autant plus accru que les avocats des parties peuvent leur indiquer que l'audition est de droit lorsqu'elle est demandée par l'enfant capable de discernement¹⁵⁸, tandis qu'elle peut être refusée, lorsqu'elle est sollicitée par les parties, si le juge ne l'estime pas utile à la solution du litige ou si elle est contraire à l'intérêt de l'enfant¹⁵⁹. La probabilité d'un refus d'audition est moindre lorsque le juge est saisi directement par l'enfant lui-même, ce dont les avocats ont bien conscience. Les avocats ont aussi intégré l'hostilité dont peuvent faire montre de nombreux juges aux affaires familiales lorsque la demande d'audition leur est adressée par

¹⁵⁷ Cf. *supra* pp. 65-66.

¹⁵⁸ Art. 388-1 al. 2 C. civ.

¹⁵⁹ Art. 338-4 al. 2 C. pr. civ.

les parties. Neuf des magistrats rencontrés ont en effet déclaré qu'ils étaient réticents à entendre l'enfant à la demande des parties, lorsque l'enfant n'a pas lui-même manifesté son souhait d'être entendu. Dans ce cas, ils ont indiqué qu'ils rejetaient la demande d'audition au motif que l'audition de l'enfant serait contraire à son intérêt (six magistrats) ou qu'elle ne leur paraît pas utile (sept magistrats), notamment parce que la parole de l'enfant va être entendue dans le cadre d'une enquête sociale ou d'une expertise psychologique (quatre magistrats).

Quant à la demande d'audition présentée par l'enfant lui-même, elle peut être rejetée par le juge au motif que la procédure ne le concerne pas car elle porte uniquement sur les aspects financiers des relations entre ses parents, comme cela a déjà été expliqué¹⁶⁰, ou au motif qu'il n'est pas capable de discernement, comme l'ont indiqué seize magistrats. Parmi ceux-ci, treize juges aux affaires familiales ont indiqué qu'ils déduisent le défaut de discernement du jeune âge de l'enfant, ce qui n'est guère étonnant au regard des constats faits précédemment par l'équipe de recherche concernant le fait que tous les magistrats rencontrés estiment que l'enfant n'est capable de discernement qu'au-delà d'un âge prédéterminé¹⁶¹. Cinq magistrats ont également déclaré qu'ils peuvent rejeter la demande d'audition formée par l'enfant au regard du contexte, notamment lorsque l'enfant est victime d'un conflit de loyauté ou que la discorde parentale est telle qu'ils estiment que l'enfant se trouve privé du discernement requis pour s'exprimer dans la procédure qui le concerne. La Cour de cassation a eu plusieurs fois l'occasion d'approuver les juridictions du fond lorsqu'elles déduisaient l'absence de discernement de l'enfant du contexte familial, notamment du fait que l'enfant était sous l'emprise d'un conflit de loyauté ou qu'il risquait de s'exprimer sous la pression ou les manipulations de l'un de ses parents. Ainsi, saisie d'un pourvoi qui reprochait à une cour d'appel de ne pas avoir procédé à l'audition des enfants au cours de la procédure portant sur la fixation de leur résidence, la Première Chambre civile a estimé qu'« ayant relevé (...) que la capacité de discernement d'un enfant se trouvait assez facilement altérée par son environnement comme par des événements traumatiques et, d'une part, que [les fillettes] étaient manifestement prises dans un conflit de loyauté envers chacun de leurs parents, que la multiplication des procédures ne faisait qu'aviver, d'autre part, que les différentes lettres de [l'ainée], qu'elles aient exprimé son souhait de vivre plutôt avec sa mère ou avec son père, n'étaient que le reflet de sa difficulté à s'exprimer librement, la cour d'appel en [avait] souverainement déduit que les enfants n'étaient pas capables de discernement »¹⁶². Dans une autre procédure où il était reproché à une cour d'appel d'avoir refusé de procéder à l'audition d'un enfant dans une instance visant à fixer sa résidence chez l'un de ses parents et à organiser le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent, la Haute juridiction a approuvé les juges du fond d'avoir considéré que l'enfant n'était pas capable de discernement, dès lors qu'ils avaient constaté que « les lettres

¹⁶⁰ Cf. *supra* p. 33 et p. 37.

¹⁶¹ Cf. *supra* p. 49 et s.

¹⁶² Cass., 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 12-13.402 (non publié au Bulletin), *EDFP*, 15 septembre 2013, n° 8, p. 1, obs. L. MAUGER-VIELPEAU.

contradictoires qu'elle avait écrites à quelques jours d'intervalle démontraient qu'elle était soumise aux pressions de ses parents »¹⁶³. Egalement, dans une décision rendue en matière d'assistance éducative, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi qui reprochait aux juges du fond d'avoir écarté l'audition de la mineure sans avoir vérifié qu'elle avait été informée de son droit d'être entendue par le juge, au motif qu'il « [ressortait] du dossier et des différentes mesures d'investigation que la parole de l'enfant [était] “inféodée” à celle de sa mère, [ce qui faisait] ressortir l'absence de discernement de la mineure » et « qu'il en [résultait] que celle-ci n'avait pas à être informée de son droit à être entendue »¹⁶⁴. La position de la Cour de cassation, laquelle admet que l'enfant puisse être privé de discernement du fait du contexte familial, est conforme à celle des psychologues et des pédopsychiatres, qui soulignent la difficulté pour l'enfant d'exprimer sereinement sa parole lorsqu'il est victime d'un conflit de loyauté¹⁶⁵, lorsqu'il est sujet à des chantages affectifs¹⁶⁶, lorsqu'il est victime d'endoctrinement et de manipulations¹⁶⁷, ou encore lorsque chacun de ses deux parents tient un discours opposé¹⁶⁸, fait part à son enfant des attentes quant à ce qu'il pourrait exprimer au juge¹⁶⁹, voire l'instrumentalise de façon à étayer ses propres demandes¹⁷⁰.

Par ailleurs, plusieurs juges aux affaires familiales ont souligné que, si la formulation de la demande d'audition par l'enfant lui-même représente la majorité, et pour certaines d'entre eux l'exclusivité, des demandes d'audition qui leur sont adressées, il est rare que le courrier soit directement envoyé au juge par l'enfant (quatre magistrats). En effet, le plus souvent, le courrier sollicitant l'audition est rédigé par l'enfant puis il est transmis au juge soit par l'un des parents (selon quatre magistrats), soit par l'avocat de l'un des parents (six magistrats). Il est également fréquent que la demande d'audition soit écrite par l'enfant puis soit communiquée au juge par son avocat (selon huit magistrats), dès lors que les parents, informés du droit dont bénéficie leur enfant d'être entendu par le juge et d'être accompagné par un avocat, auront sollicité un avocat pour assister leur enfant dans la procédure qui le concerne. Il arrive enfin que la demande d'audition soit faite directement au juge par l'avocat de l'enfant (selon cinq magistrats). Cette pratique semble se heurter à la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle exige que la demande d'audition soit présentée personnellement par l'intéressé et refuse que le juge soit sollicité par un intermédiaire au nom de l'enfant¹⁷¹.

¹⁶³ Cass., 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 12-12.224 (non publié au Bulletin), *JDJ* n° 332, février 2014, p. 57, note J.-L. RONGE.

¹⁶⁴ Cass., 1^{re} civ., 5 mars 2014, n° 13-13.530 (non publié au Bulletin), *RJPF* n° 5, mai 2014, p. 44, note A. CHEYNET DE BEAUPRE.

¹⁶⁵ J.-L. LE RUN, « Les séparations conflictuelles : du conflit parental au conflit de loyauté », *Enfances & Psy*, 2012/3 n° 56, p. 57.

¹⁶⁶ J. BIGOT et Cl. SCHAUDER, « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *AJ fam* 2009, p. 324.

¹⁶⁷ M. LASBATS, « Protection de l'enfant dans les séparations conflictuelles », *AJ fam* 2009, p. 167.

¹⁶⁸ D. RENIERS, « Enfant et enfance. D'un discernement nécessaire... Approche psychologique », in : *Enfant, enfance, discernement*, préc., *Recherches familiales*, 2012/1 n° 9, p. 105.

¹⁶⁹ C. ELIACHEFF et P. HUERRE, « Le JAF et l'enfant », *AJ fam* 2009, p. 323.

¹⁷⁰ J.-L. VIAUX, « Aspects psychologiques de la confrontation de l'enfant à la justice », in : *Enfance et justice*, préc., *Dr. fam.* n° 7, juillet 2006, étude 30.

¹⁷¹ Cf. *supra* p. 83.

En dernier lieu, bien que le juge aux affaires familiales ait la possibilité d'ordonner l'audition d'office, il ressort de l'enquête de terrain qu'il est assez rare que l'audition soit réalisée à la seule initiative des magistrats, ceux-ci préférant généralement, en l'absence de demande d'audition de l'enfant, ordonner une enquête sociale ou une expertise. Parmi les magistrats que l'équipe de recherche a rencontrés, sept juges aux affaires familiales ont affirmé qu'ils n'ordonnaient jamais l'audition d'office et cinq magistrats ont indiqué qu'ils ne le faisaient que rarement ou très rarement. Cela étant, cinq magistrats ont déclaré qu'il pouvait leur arriver d'ordonner l'audition de l'enfant sans avoir été sollicités en ce sens ni par le mineur, ni par les parties, par exemple lorsque l'un des parents demande au juge de fixer la résidence de l'enfant en alternance (deux magistrats), lorsque chacun des parents prête à son enfant des volontés ou des propos totalement opposés (deux magistrats) ou encore lorsque le litige porte sur l'orientation scolaire de l'enfant. Il reste que, en l'état de la législation applicable à l'audition de l'enfant, l'expression par l'intéressé de sa parole suppose le plus souvent qu'il fasse la démarche de solliciter son audition, ce qui s'avère très en retrait des dispositions de la Convention de New York de 1989 et des préconisations du Comité des droits de l'enfant.

4. Recommandations

Parce que le droit français n'a conféré aucun caractère systématique à l'audition du mineur capable de discernement au sein des procédures qui le concernent, l'exercice par l'enfant de son droit d'expression en justice suppose que deux conditions matérielles soient réunies : il faut d'abord que l'enfant soit informé en amont des prérogatives qui lui sont reconnues, il faut ensuite qu'il demande à les exercer. Bien que le législateur se soit efforcé d'encadrer plus rigoureusement ces deux préalables à l'accès de l'enfant à son audition par le juge, le système actuel souffre encore de nombreuses lacunes. Il laisse en effet craindre que l'enfant ignore qu'il est concerné par une procédure pendante devant une juridiction, ou qu'il ait connaissance de cette procédure mais ne sache pas qu'il peut être entendu sur les aspects de la décision à venir qui le concernent, ou encore que, avisé de son droit d'expression en justice, il n'ose pas prendre l'initiative de son audition en raison des pressions exercées sur lui par son entourage ou par peur de blesser l'un de ses parents.

Le formulaire envisagé par l'équipe de recherche, destiné à l'information directe de l'enfant quant aux droits dont il bénéficie, pallierait cette triple difficulté. Les différents avantages que présenterait, du point de vue de l'information de l'enfant, une notification directe au mineur de son droit d'expression en justice ont déjà été exposés¹⁷². L'autre atout majeur du formulaire que l'équipe de recherche préconise d'envoyer à l'enfant, dont le modèle figure en annexe 7, serait que l'intéressé pourrait faire connaître au juge sa volonté d'être ou non entendu dans la procédure qui le concerne. En effet, le formulaire aviserait

¹⁷² Cf. *supra* p. 72 et s.

l'enfant de son droit d'être entendu par le juge ou de ne pas l'être, du fait qu'un avocat rémunéré au titre de l'aide juridictionnelle serait désigné pour l'accompagner s'il faisait le choix d'être entendu, ainsi que des conséquences de son éventuelle audition, qu'elles portent sur le compte rendu que le juge devrait en faire aux parties ou sur le fait que le juge n'est pas tenu de se conformer aux souhaits exprimés par l'enfant. Une fois toutes ces informations transmises à l'enfant, celui-ci pourrait prendre sa décision d'être ou de ne pas être auditionné en toute connaissance de cause. Il serait alors invité à cocher une case indiquant son choix, avant de le communiquer à la juridiction. L'équipe de recherche a estimé judicieux que, même si l'enfant décide de ne pas être entendu par le juge, il soit invité à en informer la juridiction, afin que la décision qui sera rendue dans la procédure le concernant réponde aux exigences du règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003¹⁷³ et puisse en conséquence être reconnue et exécutée au sein de l'Union européenne. Par ailleurs, le courrier d'information serait accompagné d'une enveloppe préaffranchie, qui indiquerait l'adresse du tribunal et dans laquelle l'enfant pourrait glisser le formulaire rempli par ses soins, puis retourner l'ensemble à la juridiction, de façon à faire connaître ses souhaits. Il serait également proposé à l'enfant de numériser le formulaire et de le renvoyer par courriel à l'adresse mail du greffier ou du juge. Le courrier d'information envoyé à l'enfant ferait mention d'une date limite de retour, de façon à éviter que la procédure ne soit figée dans l'attente que l'enfant manifeste son souhait d'être auditionné par le juge ou de ne pas l'être. L'équipe de recherche a estimé qu'un retour du courrier au plus tard quinze jours après que le greffe l'a envoyé à l'enfant paraîtrait raisonnable. De plus, elle préconise que ce courrier soit envoyé à l'enfant dès le début de la procédure, de manière à ce que le juge et les parties sachent assez tôt quel est le positionnement de l'enfant concernant son éventuelle audition.

Ainsi, le système envisagé couperait court aux pratiques discutables observées par l'équipe de recherche lorsqu'elle a analysé les données de terrain. D'abord, le dispositif envisagé mettrait un terme à l'hétérogénéité des pratiques entre les juridictions qui exigent que la demande d'audition leur soit adressée par écrit et celles qui promeuvent une certaine souplesse. Ensuite, il écarterait les hésitations quant à l'auteur véritable de la demande d'audition (est-ce l'enfant, l'avocat de l'enfant, les parents, l'avocat de l'un des parents, etc. ?) et au régime juridique conséquemment applicable à cette demande d'audition. En outre, les difficultés nées de ce que certaines conventions relatives à l'audition de l'enfant exigent que la demande d'audition de l'enfant leur soit adressée avant l'audience et au plus tôt seraient réduites, puisque la date limite de retour du formulaire par l'enfant, valant demande d'audition de sa part, serait fixée par la juridiction. En conséquence, il y aurait lieu de supprimer les dispositions de l'article 338-2 du Code de procédure civile selon lesquelles la demande d'audition est présentée sans forme au juge et peut l'être en tout état de la

¹⁷³ Selon lequel la décision rendue en matière de responsabilité parentale ne peut être reconnue dans l'espace judiciaire européen « si, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant (...) ait eu la possibilité d'être entendu » (art. 23) « à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge et à son degré de maturité » (art. 41).

procédure. Il paraît nécessaire en revanche de maintenir les dispositions de ce texte dont il résulte que l'audition de l'enfant peut être réalisée pour la première fois en cause d'appel¹⁷⁴.

Pour mémoire, le formulaire serait systématiquement envoyé par le greffe à tout enfant concerné par une procédure devant le juge aux affaires familiales et âgé de plus de dix ans, puisque, au-delà de ce seuil d'âge, l'enfant serait présumé capable du discernement requis pour être auditionné par le juge, sauf circonstances exceptionnelles que le magistrat devrait établir¹⁷⁵. Si les recommandations de l'équipe de recherche étaient adoptées, le renvoi du formulaire sur lequel l'enfant aurait coché la case indiquant qu'il souhaite être entendu vaudrait demande d'audition formée par le mineur au sens des articles 388-1 alinéa 2 du Code civil et 338-4 alinéa 1 du Code de procédure civile actuellement en vigueur. Il en résulterait que l'audition de l'enfant serait de droit et que le juge ne pourrait refuser d'entendre l'enfant que sur le fondement de son absence de discernement¹⁷⁶. Or, puisque, dans le cadre du dispositif proposé par l'équipe de recherche, l'enfant âgé de plus de dix ans serait présumé doué du discernement requis pour s'exprimer en justice et serait en conséquence systématiquement destinataire du formulaire d'information, le juge devrait justifier spécialement sa décision de ne pas entendre l'enfant âgé de plus de dix ans qui a manifesté son souhait d'être entendu en retournant à la juridiction le formulaire sollicitant son audition. Le juge devrait donc, par une décision spécialement motivée, faire état de circonstances exceptionnelles établissant le défaut de discernement de l'enfant âgé de plus de dix ans. C'est pourquoi l'équipe de recherche a préconisé qu'il soit ajouté, après le deuxième alinéa de l'article 338-4 du Code de procédure civile, les dispositions suivantes : « La demande d'audition du mineur âgé de dix ans révolus ne peut être rejetée sur le fondement de son absence de discernement qu'au regard de circonstances exceptionnelles établissant le défaut de discernement et par une décision spécialement motivée »¹⁷⁷.

Les enfants âgés de moins de dix ans ne bénéficieraient pas de la présomption de discernement envisagée, ce qui n'empêche pas qu'ils puissent disposer d'une capacité de discernement suffisante pour être entendus par le juge. En conséquence, l'équipe de recherche préconise que deux systèmes coexistent concernant les enfants n'ayant pas atteint le seuil de dix ans. Premièrement, l'enfant pourrait être sollicité directement par la juridiction en vue de son audition. A cette fin, l'équipe de recherche a préconisé qu'il soit

¹⁷⁴ Ce qui n'affecterait pas, bien sûr, le droit au renouvellement de l'audition que la Cour de cassation a reconnu à l'enfant : Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, préc.

¹⁷⁵ Cf. *supra* p. 58 et s.

¹⁷⁶ L'autre motif de refus de la demande d'audition formulée par le mineur, que vise l'article 338-4 du Code de procédure civile en son premier alinéa, est le fait que l'enfant n'est pas concerné par la procédure. Or, dans le cadre du dispositif proposé par l'équipe de recherche, l'envoi du formulaire d'information à l'enfant de plus de dix ans serait effectué par le greffe précisément parce que cet enfant est concerné par la procédure. Il est donc peu probable que le juge décide ensuite que l'enfant, qui a sollicité son audition en retournant le formulaire à cette fin, n'est pas concerné par la procédure. Si l'hypothèse, vraisemblablement d'école, se présentait, le juge pourrait toujours motiver son refus d'auditionner l'enfant par le fait que ce dernier n'est pas concerné par la procédure, par exemple si celle-ci s'avère strictement relative aux relations financières entre ses parents.

¹⁷⁷ Cf. *supra* recommandation n° 9.

donné au juge la possibilité d'ordonner l'envoi du formulaire d'information à l'enfant de moins de dix ans, soit d'office, soit à la demande des parties à la procédure¹⁷⁸. Le retour à la juridiction du formulaire coché par l'enfant, sur lequel il aurait fait connaître son souhait d'être entendu par le juge, vaudrait également demande d'audition de sa part. Cela étant, la question du refus du juge d'entendre l'enfant âgé de moins de dix ans au motif qu'il serait dénué de discernement ne se poserait guère en pratique. En effet, il est loisible d'imaginer que le juge qui ordonnerait que soit envoyé à l'enfant de moins de dix ans le formulaire d'information, alors que la loi ne l'y contraindrait pas, ne se refuserait pas par la suite à entendre cet enfant au motif qu'il l'estimerait soudainement dépourvu de discernement¹⁷⁹. Deuxièmement, l'équipe de recherche s'est interrogée sur le point de savoir s'il fallait donner à l'enfant âgé de moins de dix ans la possibilité de solliciter le juge aux fins qu'il ordonne son audition, dans l'hypothèse où le magistrat n'aurait pas jugé opportun ni nécessaire que lui soit envoyé le formulaire d'information sur ses droits. L'équipe de recherche a conclu de ses réflexions que cette possibilité devait effectivement être maintenue, à la fois pour des raisons d'ordre théorique et pour des considérations plus pratiques. D'une part, il est nécessaire que soit respecté le droit de l'enfant, consacré par l'article 12 de la Convention de New York, de se faire entendre dans la procédure qui le concerne dès lors qu'il est capable de discernement. D'autre part, il peut très bien arriver que ni le juge, ni les parties à la procédure n'aient considéré utile de recueillir l'avis de l'enfant, mais que ce dernier ait quelque chose à exprimer qui mérite d'être entendu et qu'il soit capable du discernement requis pour le faire. Le juge garderait alors le pouvoir d'appréciation qui est le sien actuellement quant au discernement de l'enfant âgé de moins de dix ans. Si l'équipe de recherche estime que la possibilité devrait être maintenue, pour l'enfant âgé de moins de dix ans, de solliciter son audition auprès du juge, elle considère, dans un souci d'harmoniser les pratiques et de garantir qu'il demeure une trace de la demande d'audition de l'enfant, que ce dernier devrait être tenu de formuler sa demande d'audition par écrit. Ainsi, après que l'équipe de recherche a préconisé qu'il soit inséré à l'article 338-1 du Code de procédure civile l'alinéa suivant : « Le formulaire d'information peut être envoyé au mineur âgé de moins de dix ans et capable de discernement sur décision du juge, d'office ou à la demande des parties »¹⁸⁰, elle recommande que ce nouvel alinéa soit complété de la phrase suivante : « En l'absence d'envoi du formulaire d'information, le mineur âgé de moins de dix ans peut demander son audition en adressant un courrier au juge ».

Le renforcement de l'accès de l'enfant âgé de plus de dix ans à son audition par le juge, notamment par l'obligation qui serait imposée au magistrat de spécialement motiver

¹⁷⁸ Cf. *supra* recommandation n° 12.

¹⁷⁹ Sauf à imaginer que le juge ait connaissance d'éléments nouveaux entre le moment où il ordonnerait l'envoi du formulaire d'information à l'enfant et celui où il refuserait de l'auditionner. Un magistrat rencontré dans le cadre de l'enquête de terrain a par exemple fait mention d'une procédure où chacun des parents avait sollicité l'audition de l'enfant et avait dissimulé au juge le fait que cet enfant souffrait d'un handicap mental le privant du discernement requis pour s'exprimer dans la procédure qui le concernait.

¹⁸⁰ Cf. *supra* recommandation n° 15.

son refus d'entendre l'enfant présumé capable du discernement requis pour faire entendre sa voix, implique aussi de donner la possibilité au mineur de contester le refus du juge de l'entendre au regard de son absence de discernement. En l'état des textes applicables, le refus du juge d'entendre l'enfant qui en a fait la demande n'est susceptible d'aucun recours¹⁸¹ et le mineur n'a, au demeurant, pas la capacité d'ester en justice. L'équipe de recherche préconise qu'il soit à tout le moins donné au Ministère public la possibilité de contester la décision du juge d'entendre l'enfant qui en a fait la demande, quel que soit son âge. Ainsi, l'enfant pourrait saisir le Ministère public aux fins qu'il agisse en ce sens. Dès lors, l'équipe de recherche préconise que le premier alinéa de l'article 338-5 du Code de procédure civile, selon lequel « la décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours », soit abrogé au profit de l'alinéa suivant : « Le Ministère public, qui peut lui-même être saisi par le mineur, peut interjeter appel de la décision du juge ayant rejeté la demande d'audition de l'intéressé ».

Au vu des pratiques décrites par les magistrats dans le cadre de l'enquête de terrain et dans un souci de cohérence avec les différentes propositions qu'elle a formulées, l'équipe de recherche préconise de supprimer la possibilité pour les parties de solliciter directement le juge aux fins qu'il ordonne l'audition de l'enfant. Cette possibilité offerte par le Code de procédure civile aux parties rencontre une très nette réticence de la part des magistrats ayant pris part à la réalisation des entretiens, mais aussi, semble-t-il, de la part des juges aux affaires familiales et des avocats qui ont contribué à l'élaboration des conventions relatives à l'audition de l'enfant qu'a analysées l'équipe de recherche. Ainsi, dans le cadre du dispositif proposé par les chercheurs, la demande d'audition formée par les parties n'aurait plus lieu d'être lorsque l'enfant serait destinataire du formulaire d'information envisagé, quel que soit son âge. L'envoi du formulaire aux enfants âgés de plus de dix ans serait systématique et, dès lors qu'ils pourraient, en retournant ledit formulaire à la juridiction, faire connaître aussi bien leur souhait d'être auditionné que leur volonté de ne pas l'être, une demande d'audition formée par les parties à la procédure serait dépourvue de tout intérêt. De plus, le juge pourrait décider qu'un formulaire d'information soit envoyé à l'enfant âgé de moins de dix ans, ce qui derechef ôterait toute utilité à la demande d'audition formée par les parties à la procédure. Si l'équipe de recherche préconise de supprimer la possibilité pour les parties de solliciter l'audition de l'enfant, elle recommande qu'il soit tout de même donné aux parties la faculté de demander au juge d'ordonner l'envoi à l'enfant du formulaire destiné à l'aviser de ses droits et à lui permettre de manifester son souhait d'être entendu. Il semble en effet opportun de laisser aux parties la possibilité d'alerter le juge sur le fait que le recueil des opinions de tel enfant, capable de discernement, pourrait être éclairant quant à la détermination de la meilleure décision à prendre dans son intérêt, si tant est que cet enfant souhaite effectivement être entendu. Ce faisant, puisque les parties n'auraient plus la possibilité de solliciter directement le juge en vue qu'il ordonne l'audition de l'enfant, il y aurait lieu de supprimer, premièrement, les dispositions de l'article 338-2 du Code de

¹⁸¹ Comme le précise l'article 338-5 du Code de procédure civile en son premier alinéa.

procédure civile en vertu desquelles la demande d'audition peut être présentée au juge par les parties, deuxièmement, l'alinéa 2 de l'article 338-4 du même Code qui vise les motifs de refus de la demande d'audition formée par les parties et, troisièmement, l'alinéa 2 actuel de l'article 338-5 relatif au recours pouvant être exercé par les parties contre le refus du juge d'entendre l'enfant.

En conclusion, l'envoi systématique du formulaire envisagé aux enfants âgés de plus de dix ans, ainsi qu'à la discrétion du juge aux enfants plus jeunes, constituerait la meilleure garantie que l'intéressé a été mis en mesure d'exercer son droit de faire entendre sa voix. Simple et relativement peu onéreux à mettre en œuvre, le système imaginé par l'équipe de recherche permettrait d'amenuiser considérablement à la fois les difficultés liées à l'information de l'enfant sur ses droits et celles tenant à la demande d'audition, qui ont été mises en évidence. D'une part, l'information de l'enfant quant à son droit d'être entendu et d'être assisté par un avocat serait incontestablement favorisée, et ce d'une façon à ce que l'enfant soit en possession de tous les éléments utiles à sa décision d'être ou de ne pas être auditionné. D'autre part, ce système éviterait à l'enfant d'avoir à entreprendre la démarche de demander au juge qu'il recueille ses opinions. Le dispositif serait inversé : c'est la juridiction qui solliciterait l'enfant en vue de l'expression de ses souhaits. Ainsi, *de lege ferenda*, l'enfant se trouverait dans une position incontestablement plus confortable que lorsqu'il doit, *de lege lata*, adopter une démarche active. Partant, son audition interviendrait dans un climat sans doute plus serein, les parties ne pouvant reprocher à l'enfant d'avoir demandé au juge son audition, puisque c'est le juge qui l'aurait sollicité en ce sens. Il apparaît ainsi que, dès les préalables à l'audition de l'enfant par le juge, sont envisageables des procédés mieux adaptés, qui faciliteraient ensuite l'expression de sa parole.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 16 :

Le courrier visant à informer l'enfant des droits dont il bénéficie devrait comprendre un formulaire que l'intéressé pourrait remplir et retourner à la juridiction afin de faire connaître son choix d'être entendu par le juge ou de ne pas être entendu dans la procédure qui le concerne¹⁸².

Recommandation n° 17 :

Le formulaire pourrait être retourné par l'enfant à la juridiction soit au moyen d'une enveloppe préaffranchie qui serait jointe au courrier envoyé à l'enfant et qui indiquerait l'adresse du tribunal, soit au moyen d'un courriel que l'enfant enverrait au greffe ou au juge.

Recommandation n° 18 :

Le formulaire devrait être rempli et retourné par l'enfant à la juridiction dans un délai de quinze jours suivant l'envoi du courrier d'information ; la date limite de retour devrait être indiquée à l'enfant.

Recommandation n° 19 :

L'enfant dont la demande d'audition aurait été rejetée par le juge devrait pouvoir saisir le Ministère public aux fins qu'il interjette appel contre le refus d'audition.

Recommandation n° 20 :

La possibilité pour les parties à la procédure de demander au juge qu'il ordonne l'audition de l'enfant devrait être supprimée. Les parties pourraient demander au juge qu'il ordonne l'envoi à l'enfant du courrier d'information.

Recommandation n° 21 :

A la suite du troisième alinéa qui serait introduit à l'article 338-1 du Code de procédure civile concernant l'envoi du formulaire d'information à l'enfant¹⁸³, il devrait être ajoutée une phrase, ainsi rédigée :

« En l'absence d'envoi du formulaire d'information, le mineur âgé de moins de dix ans peut demander son audition en adressant un courrier au juge ».

Recommandation n° 22 :

Le premier alinéa de l'article 338-5 du Code de procédure civile devrait être

¹⁸² Cf. en annexe 7 la proposition de formulaire qu'a élaborée l'équipe de recherche.

¹⁸³ Cf. *supra* recommandation n° 15. Pour un récapitulatif des modifications de texte proposées par l'équipe de recherche, cf. le tableau en annexe 9.

supprimé et remplacé par un nouvel alinéa, ainsi rédigé :

« Le Ministère public, qui peut lui-même être saisi par le mineur, peut interjeter appel de la décision du juge ayant rejeté la demande d'audition de l'intéressé ».

Recommandation n° 23 :

L'article 338-2 du Code de procédure civile devrait être ainsi rédigé :

« L'audition du mineur peut être réalisée pour la première fois en cause d'appel ».

Recommandation n° 24 :

Le deuxième alinéa de l'article 338-4 et le deuxième alinéa de l'article 338-5 du Code de procédure civile, relatifs à la demande d'audition formée par les parties, devraient être supprimés.

SECONDE PARTIE :

La mise en œuvre du droit de l'enfant d'être entendu par le juge aux affaires familiales : la réalisation de l'audition de l'enfant

L'exercice par l'enfant de son droit d'être entendu par le juge aux affaires familiales amène à s'interroger sur ses modalités de mise en œuvre (I) et sur le déroulement de l'audition de l'enfant (II), mais aussi sur les conséquences de cette audition (III).

I. Les modalités de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

L'enfant n'ayant pas la qualité de partie à la procédure qui oppose ses parents devant le juge aux affaires familiales¹⁸⁴, son audition par le juge est soumise à un régime original, qu'il porte sur les personnes susceptibles de recueillir sa parole (A) ou sur celles pouvant l'accompagner lors de son audition (B).

A – L'interlocuteur de l'enfant

1. Étude des règles applicables

Jusque 2007, l'article 388-1 du Code civil prévoyait que l'enfant capable de discernement pouvait « être entendu par le juge ou par la personne désignée par le juge à cet effet ». Le juge disposait donc d'une option entre audition directe et délégation de l'audition de l'enfant à un tiers. La loi du 5 mars 2007 a introduit quelques mots à l'article 388-1, qui ont significativement modifié la portée de l'option laissée au juge : après le terme « ou », elle a ajouté les termes « lorsque son intérêt le commande ». En réservant la possibilité pour le juge de déléguer l'audition de l'enfant aux situations dans lesquelles son intérêt exige de désigner une tierce personne pour l'entendre, le législateur de 2007 a érigé en principe l'audition directe de l'enfant par le juge. La faveur manifestée par le législateur à l'égard de l'audition directe de l'enfant par le magistrat semble opportune et conforme au droit reconnu à l'enfant de prendre part aux décisions le concernant. Il est logique en effet que l'enfant puisse, en priorité, exprimer sa parole au juge, c'est-à-dire à celui qui va prendre la décision qui le concerne en considération de son intérêt.

Si la primauté de l'audition directe de l'enfant par le juge mérite d'être approuvée, il y a lieu d'agréer également la possibilité pour le juge de déléguer l'audition lorsque l'intérêt

¹⁸⁴ Le fait qu'il soit ou non entendu par le juge est sans incidence à cet égard. En effet, « l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure » : art. 388-1 al. 3 C. civ.

de l'enfant le commande. La circulaire ministérielle du 3 juillet 2009 a par exemple envisagé la nécessité de déléguer l'audition à un tiers au regard du « souci de protéger l'enfant, en le faisant entendre hors de l'enceinte judiciaire », notamment en cas de « pressions exercées sur l'enfant par ses parents, susceptibles de compromettre son équilibre psychologique ». Le décret du 20 mai 2009 a apporté d'utiles précisions quant au tiers que le juge peut désigner pour entendre l'enfant. Il a d'une part posé un impératif de neutralité du tiers auquel le juge peut confier l'audition de l'enfant, en indiquant au premier alinéa de l'article 338-9 du Code de procédure civile que « lorsque le juge estime que l'intérêt de l'enfant le commande, il désigne pour procéder à son audition une personne qui ne doit entretenir de liens ni avec le mineur ni avec une partie ». Le décret de 2009 a, d'autre part, exigé que le tiers désigné soit un professionnel qualifié, en énonçant à l'alinéa 2 du même article que « cette personne doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique ».

2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant

Le principe de primauté de l'audition directe de l'enfant par le juge, posé sans ambiguïté par la loi du 5 mars 2007, n'a pas été intégré par toutes les conventions relatives à l'audition de l'enfant qu'a étudiées l'équipe de recherche, certaines d'entre elles se situant même très en retrait de ce principe. Trois catégories de conventions peuvent être distinguées.

Premièrement, l'une des conventions n'envisage que l'audition de l'enfant par le juge (Chartres) et cinq conventions précisent que le juge procède lui-même à l'audition ou, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, il y fait procéder par une personne qualifiée, « ce qui doit demeurer l'exception » (Bobigny, Montpellier, Nanterre, Valenciennes) ou « à titre exceptionnel » (Paris). Ces conventions sont conformes au principe selon lequel la délégation d'audition doit présenter un caractère exceptionnel.

Deuxièmement, sept conventions ne font aucune mention du caractère exceptionnel de la délégation d'audition (Meaux, Melun, Nice, Pontoise, Rouen, Thionville, Toulouse). Deux d'entre elles indiquent tout de même que le juge peut désigner un tiers pour entendre l'enfant lorsque l'intérêt de celui-ci le commande (Melun et Pontoise), mais les cinq autres ne précisent même pas que la désignation d'un tiers ne peut être motivée que par égard pour l'intérêt de l'enfant. Cette absence de rappel du caractère exceptionnel de la délégation d'audition est regrettable, en ce sens que le droit de l'enfant de s'exprimer en justice doit prioritairement être mis en œuvre au moyen de son audition par la personne qui prendra la décision le concernant, et non par un tiers chargé d'en rendre compte au juge, excepté dans les situations particulières et par égard pour l'intérêt de l'enfant, ce que ces conventions n'ont pas précisé.

Troisièmement, deux conventions renferment des dispositions plus contestables encore. Il s'agit des conventions signées à Alès et à Niort, qui envisagent la possibilité, non pas pour le juge d'auditionner l'enfant, mais d'auditionner l'avocat de l'enfant. Ainsi, à Alès, le principe de l'audition directe de l'enfant par le juge est complètement méprisé, puisque la convention énonce que « le juge (...) évite de procéder à des auditions en personne des enfants ». A Alès, le principe a donc été renversé et c'est l'audition directe de l'enfant par le juge qui présente un caractère exceptionnel. En lieu et place de l'audition de l'enfant, la convention alésienne prévoit que l'avocat « porte la parole de l'enfant devant le juge » et donc que « le juge entend l'avocat désigné » pour l'enfant, après que l'avocat a entendu son jeune client. L'enfant qui souhaite s'exprimer en justice est ainsi, en principe, entendu non pas par le juge, mais par son avocat. La convention ajoute que cet avocat a alors le choix, une fois qu'il a entendu l'enfant, soit de porter sa parole devant le juge aux affaires familiales, soit de solliciter l'audition directe de l'enfant. Dans le même sens, la convention de Niort prévoit que « l'avocat désigné aux intérêts de l'enfant entend lui-même l'enfant le plus tôt possible après sa désignation » et qu' « il assiste l'enfant lors de son audition devant le juge mais peut aussi le représenter en rapportant sa parole au juge ». Ainsi, à Alès comme à Niort, c'est à l'avocat de l'enfant qu'est confié le soin de décider si une audition directe est ou non la solution la plus opportune. Cela constitue à la fois une entrave au pouvoir du juge, seul chargé par la loi d'apprécier la nécessité de déléguer l'audition à un tiers qualifié en considération de l'intérêt de l'enfant, mais également une négation du droit de l'enfant d'être entendu prioritairement par le juge. Non conforme à l'article 388-1 du Code civil, le dispositif aménagé par les conventions d'Alès et de Niort entre également en contrariété avec la Charte nationale de défense des mineurs du 25 janvier 2008. Celle-ci précise qu'en matière d'audition devant le juge aux affaires familiales, il appartient uniquement à l'avocat de faire part au magistrat du souhait de l'enfant d'être entendu, mais que l'avocat ne révèle pas le contenu de l'entretien qu'il a eu avec l'enfant. Le fait pour l'avocat de recueillir la parole de l'enfant, avant de la restituer au juge aux affaires familiales, comme le prévoient les conventions d'Alès et de Niort, entre en totale contradiction avec ces dispositions de la Charte et avec le devoir de confidentialité auxquels sont tenus les avocats à l'égard de leurs jeunes clients. En outre, la circulaire du 3 juillet 2009, bien qu'elle n'ait pas de valeur normative, a également précisé que, dans la mesure où la personne que peut désigner le juge pour procéder à l'audition de l'enfant doit « être choisie en raison de qualifications acquises dans le cadre d'une activité, actuelle ou passée, dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique », il ne pouvait donc pas s'agir d'un avocat. Les dispositifs envisagés par les conventions d'Alès et de Niort s'avèrent ainsi inopportuns à tous les égards.

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

Dans la version initiale de la grille d'entretien avec les magistrats qu'avait élaborée l'équipe de recherche au commencement du projet et donc avant le recueil des conventions relatives à l'audition de l'enfant, aucune question n'était prévue sur la délégation d'audition.

Au regard de l'analyse des conventions qu'elle a récoltées, l'équipe de recherche a jugé utile d'ajouter une question à ce sujet. Il a ainsi été demandé aux magistrats rencontrés s'il leur arrivait de déléguer l'audition du mineur et, dans l'affirmative, quelles circonstances leur paraissaient justifier la délégation de l'audition¹⁸⁵. Certains magistrats ont ajouté des précisions sur les tiers auxquels ils confiaient le soin d'auditionner les enfants et sur leurs attentes à l'égard du tiers délégataire.

En premier lieu, sur la pratique de la délégation de l'audition, dix magistrats ont affirmé qu'ils ne déléguaient « jamais » l'audition de l'enfant. La majorité d'entre eux a expliqué sa pratique systématique de l'audition directe par la « plus-value » que celle-ci offre par rapport à un compte rendu d'audition qui serait rédigé par un tiers désigné (trois magistrats), notamment parce que l'audition directe leur permet d'avoir « un ressenti » (deux magistrats), de « connaître personnellement l'enfant » (deux magistrats) et de déceler plus facilement d'éventuelles manipulations parentales dans le discours de l'enfant (deux magistrats). Ainsi, comme l'ont indiqué plusieurs magistrats, l'audition directe permet davantage au juge d'apprécier le degré de spontanéité ou d'influence du discours tenu par l'enfant. Un juge aux affaires familiales a illustré son propos par un exemple rencontré au cours d'une audition où l'enfant lui avait dit « mon père a eu un comportement équivoque avec moi » ; le magistrat lui a demandé ce qu'il voulait dire par « comportement équivoque » et l'enfant n'a pas su répondre car il ne connaissait pas ces termes, ce qui a révélé au juge que l'enfant récitait les propos que sa mère l'avait exhorté à tenir. Certains magistrats ont également insisté sur les vertus pédagogiques de l'audition de l'enfant. Par exemple, un juge aux affaires familiales a fait mention de plusieurs dossiers dans lesquels il avait rappelé aux enfants, qui avaient émis le souhait de ne plus voir l'un de leurs parents, que « la loi ne prévoit pas que le juge puisse retirer des droits [à l'un des parents] juste parce qu'un enfant ne s'entend pas avec son beau-père ou avec sa belle-mère ». Un autre magistrat a indiqué que, s'il avait face à lui un jeune adolescent récalcitrant à l'idée de se rendre au domicile de son père le week-end parce qu'il s'y ennue, il disait à son jeune interlocuteur qu'il est de son intérêt de passer du temps avec chacun de ses deux parents et qu'il peut tout à fait être force de proposition, en suggérant à son père des idées d'activités à partager ensemble.

Ensuite, dix-huit magistrats ont déclaré qu'il leur arrivait de déléguer l'audition de l'enfant, « parfois » pour huit d'entre eux, « souvent » pour trois autres. Les réponses de trois de ces magistrats qui procèdent à des délégations d'audition sont tout à fait intéressantes à analyser. En effet, trois magistrats qui ont indiqué qu'ils déléguaient « le plus souvent » les auditions d'enfants ont précisé que leur habitude était de désigner un professionnel pour auditionner les enfants, mais qu'ils entendaient eux-mêmes les enfants dans les « dossiers particulièrement compliqués », « les plus complexes », « les plus délicats », « les plus douloureux » ou « les plus conflictuels », car ils avaient, en pareilles circonstances, besoin d'entendre eux-mêmes l'enfant ou parce qu'il ne paraissait pas

¹⁸⁵ Cf. la grille d'entretien avec les magistrats en annexe 4.

opportun de déléguer l'audition. Il est alors possible d'observer, dans les pratiques de ces magistrats, un renversement entre le principe et l'exception. En effet, alors qu'aux termes de l'article 388-1 du Code civil, l'audition directe est de principe et la délégation d'audition peut être exceptionnellement ordonnée par égard pour l'intérêt de l'enfant, ces magistrats ont fait de l'audition déléguée la norme et de l'audition directe l'exception. Par ailleurs, si au sein de certaines juridictions, la question de la délégation d'audition a pu faire l'objet d'une « politique de service » et de pratiques communes à l'ensemble des juges aux affaires familiales, guidés par un souci d'harmonisation, l'équipe de recherche a pu constater des différences de pratiques au sein de certaines juridictions, dans lesquelles ont été rencontrés des magistrats ayant déclaré ne jamais déléguer l'audition mais aussi d'autres magistrats qui ont répondu qu'ils déléguaient les auditions d'enfants.

Enfin, parmi les vingt-neuf magistrats que l'équipe de recherche a interrogés, un juge aux affaires familiales a indiqué qu'au sein de sa juridiction, les auditions d'enfants sont systématiquement déléguées, au point que ce magistrat a déclaré que ses collègues et lui « externalisent » toutes les auditions. Cette pratique de la délégation systématique de l'audition, qui apparaît comme une violation manifeste de l'article 388-1 du Code civil, n'est, *de facto*, pas exceptionnelle. D'ailleurs, le fait qu'un seul des magistrats rencontrés par l'équipe de recherche ait affirmé qu'il délègue systématiquement les auditions ne doit pas laisser penser qu'une telle pratique est si rare. En effet, il a été expliqué en introduction de ce rapport, au titre de la méthodologie adoptée par les chercheurs, que ceux-ci avaient contacté quinze juridictions et que les magistrats de treize d'entre elles avaient répondu favorablement à cette sollicitation, parmi lesquels les juges aux affaires familiales de onze tribunaux de grande instance. Mais il convient de préciser que tous les juges aux affaires familiales de ces onze tribunaux n'ont pas accepté de participer à l'enquête de terrain : près d'une dizaine de juges aux affaires familiales ont décliné la demande d'entretien en indiquant précisément qu'ils n'auditionnaient pas eux-mêmes les enfants, qu'ils déléguaient systématiquement les auditions et qu'en conséquence ils ne pouvaient pas aider l'équipe de recherche dans ses travaux ou ne souhaitaient pas prendre part à l'enquête de terrain. La délégation d'audition est donc une pratique plus courante qu'il n'y paraît, en dépit du principe de primauté de l'audition directe par le juge consacré par la loi du 5 mars 2007. En outre, au cours des entretiens avec les vingt-neuf magistrats interrogés, plusieurs juges aux affaires familiales ont fait référence aux pratiques de leurs collègues au sein de la juridiction, dont ils ont dit qu'ils déléguaient systématiquement les auditions d'enfants.

En deuxième lieu, il a été demandé aux magistrats qui délèguent occasionnellement, plus régulièrement ou systématiquement l'audition des enfants d'indiquer les circonstances qui leur paraissent justifier cette délégation. Les réponses apportées sont de trois ordres.

Premièrement, sept magistrats délèguent l'audition pour des raisons qui tiennent à l'enfant, c'est-à-dire, même si aucun d'entre eux n'a employé ces termes issus de l'article

388-1 du Code civil, « lorsque l'intérêt de l'enfant le commande ». Ils ont ainsi indiqué qu'ils déléguaient l'audition lorsque « l'enfant est en souffrance », qu'il est « très jeune » ou encore « lorsqu'il est nécessaire de mettre une distance entre l'enfant et le juge », « pour protéger l'enfant ». Ces motivations de la délégation d'audition sont conformes à la lettre de l'article 388-1: la situation commande de désigner un tiers pour entendre l'enfant, dans son intérêt.

Deuxièmement, cinq magistrats ont expliqué qu'ils procèdent à des délégations de l'audition parce qu'ils ne se sentent pas suffisamment formés pour entendre les enfants, en particulier dans les situations particulièrement difficiles, et / ou parce qu'ils estiment que l'enfant devait être entendu par un professionnel « spécialement formé à l'audition de l'enfant », disposant de « compétences » ou d'un « savoir-faire » spécifiques. Or, sans doute pourrait-il être affirmé que l'intérêt de l'enfant exige toujours qu'il soit entendu par un professionnel spécialement formé au recueil et à l'écoute de sa parole. Les justifications apportées par ces magistrats à la délégation d'audition mettent en évidence que le législateur, lorsqu'il a posé le principe de l'audition directe de l'enfant par le juge, n'a pas donné aux magistrats les moyens de satisfaire cette ambition. Parce qu'ils s'estiment insuffisamment formés au recueil de la parole de l'enfant, les magistrats ont recours à la délégation d'audition et ne peuvent respecter le principe de l'audition directe qu'a consacré le législateur en 2007.

Troisièmement, douze magistrats n'ont même pas fait mention de l'enfant au titre des circonstances qui leur paraissent justifier la délégation d'audition, mais uniquement au temps qui leur manque pour procéder eux-mêmes aux auditions d'enfants qu'ils ordonnent. Ainsi, ils ont expliqué qu'ils délèguent les auditions « par manque de temps » (sept magistrats), au regard du nombre très important d'auditions d'enfants qui leur sont demandées (six magistrats), du caractère « chronophage » des auditions (deux magistrats) ou encore parce que la délégation d'audition permet de « soulager » les juges aux affaires familiales (trois magistrats). Un magistrat a ajouté « la loi nous le permet, on ne va pas s'en priver », ce qui illustre parfaitement la confusion, plus ou moins consciente, faite par ces douze magistrats qui justifient leur pratique de la délégation d'audition par les contraintes matérielles qui affectent leurs juridictions. La loi ne leur a aucunement permis de déléguer les auditions d'enfants pour gérer le flux des demandes d'auditions qui leur sont adressées, mais uniquement, depuis la loi du 5 mars 2007, en considération de l'intérêt de l'enfant. Cet intérêt semble négligé lorsque c'est le manque de temps qui justifie la délégation de l'audition et l'entrave faite à l'audition de l'enfant par le juge lui-même. De nouveau, le législateur n'a pas donné aux magistrats les moyens de servir son ambition : il a consacré le principe de l'audition directe de l'enfant par le juge sans renforcer ni la formation des juges aux affaires familiales au recueil de la parole de l'enfant, ni les effectifs de magistrats de façon à ce qu'ils puissent faire face à l'accroissement des auditions qui allaient être ordonnées après que la loi du 5 mars 2007 a affirmé que l'audition de l'enfant est de droit lorsqu'il en fait la demande.

En troisième lieu, s'agissant des tiers auxquels les auditions d'enfants sont déléguées, la circulaire du 3 juillet 2009 avait pressenti, au regard des dispositions introduites par le décret du 20 mai 2009 à l'article 338-9 du Code de procédure civile, que « compte tenu du profil exigé, cette tierce personne sera généralement choisie parmi les enquêteurs sociaux ou les experts psychologues ou psychiatres habituellement désignés par le juge aux affaires familiales dans le cadre des mesures d'investigation qu'il ordonne », ce que confirme l'enquête de terrain réalisée par l'équipe de recherche. Huit magistrats ont indiqué qu'ils déléguaient les auditions à un enquêteur ou une enquêtrice social(e), deux magistrats ont déclaré qu'ils désignaient un(e) psychologue lorsqu'ils confiaient l'audition de l'enfant à un tiers, deux magistrats ont précisé que les auditions étaient déléguées à une association qui est également habilitée à réaliser des enquêtes sociales et des expertises psychologiques, trois magistrats ont fait mention de l'UDAF¹⁸⁶ et deux magistrats du SCJE¹⁸⁷. Un magistrat a précisé que ce n'était pas lui qui désignait le tiers délégataire, mais son greffier qui le choisissait une fois qu'il avait ordonné la délégation de l'audition. Un autre juge a ajouté que l'audition déléguée était réalisée dans des locaux prévus à cet effet au sein du tribunal de grande instance, tandis qu'il ressort des entretiens que la tendance majoritaire est que, en cas de délégation de l'audition, cette dernière soit réalisée dans les locaux où le tiers désigné par le juge exerce ses fonctions.

Quant aux attentes que les magistrats ont à l'égard du tiers désigné pour entendre l'enfant, trois magistrats ont indiqué que l'intérêt de la délégation d'audition était que le tiers prenne davantage de temps pour réaliser l'audition que ne le pourrait le juge, et qu'il fournisse un rapport détaillé de l'audition de l'enfant. Si un magistrat a affirmé qu'il appréciait que le professionnel désigné « analyse la parole de l'enfant » et « donne un petit avis personnel qui (...) est très utile », un juge aux affaires familiales a insisté sur le fait qu'il ne demandait au tiers « ni investigations, ni instruction du dossier » mais une « totale neutralité ». Deux autres juges ont regretté que « l'auditeur donne son avis sur ce qu'il faut décider » ou « sur les modalités de la résidence de l'enfant et le droit de visite et d'hébergement » alors que « ce n'est pas son rôle » et que « cela ne lui est pas demandé ».

Par ailleurs, bien qu'« aucun obstacle juridique ne s'oppose à ce qu'une personne choisie pour réaliser une enquête sociale soit également désignée pour entendre l'enfant dans le cadre de la même procédure »¹⁸⁸, l'audition de l'enfant réalisée sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil et l'enquête sociale sont deux mesures différentes, si bien que la première ne saurait être intégrée à la seconde. Or il ressort de l'enquête de terrain qu'une part non négligeable des magistrats rencontrés par l'équipe de recherche opère une confusion manifeste entre délégation de l'audition de l'enfant et expression de sa parole

¹⁸⁶ Union départementale des associations familiales.

¹⁸⁷ Service de contrôle judiciaire et d'enquêtes.

¹⁸⁸ Circ. 3 juillet 2009.

dans le cadre d'une autre mesure. Ainsi, interrogés sur leurs pratiques en matière de délégation d'audition, sept magistrats ont répondu qu'ils ordonnaient une enquête sociale ou une expertise psychologique en donnant pour mission au professionnel d'entendre l'enfant. L'absorption de l'audition de l'enfant par l'enquête sociale ou par l'expertise ordonnée par le juge est très contestable en ce que ces mesures poursuivent des objectifs certes complémentaires, mais différents¹⁸⁹. Elles ont d'ailleurs des natures juridiques distinctes : tandis que l'enquête sociale et l'expertise sont des mesures d'instruction, l'audition de l'enfant permet également au juge de recueillir des éléments de nature à éclairer sa décision, mais elle correspond avant tout à l'expression d'un droit substantiel reconnu à l'enfant, comme l'a rappelé la circulaire du 3 juillet 2009. L'autonomie de l'audition de l'enfant à l'égard des autres mesures que peut ordonner le juge aux affaires familiales a été confirmée par la Cour de cassation, notamment par un arrêt rendu le 11 septembre 2013, dans lequel elle a affirmé que « les entretiens avec l'enfant au cours d'une expertise médico-psychologique ne [tiennent] pas lieu d'audition au sens de l'article 388-1 du Code civil »¹⁹⁰. L'exclusion de l'intégration de l'audition de l'enfant à une autre mesure ordonnée par le juge aux affaires familiales mérite d'être approuvée au regard notamment du principe de primauté de l'audition directe de l'enfant affirmé par la loi du 5 mars 2007. Il est donc regrettable qu'en pratique les juridictions ne tirent pas toujours les conséquences de l'indépendance de l'audition de l'enfant des mesures d'instruction et que certains juges aux affaires familiales, sollicités en vue de l'audition d'un enfant, fassent entendre sa parole uniquement dans le cadre d'une enquête sociale ou d'une expertise, plutôt que de la recueillir eux-mêmes.

4. Recommandations

L'affirmation du principe de l'audition directe de l'enfant par le juge rencontre la totale adhésion de l'équipe de recherche, laquelle est convaincue de son opportunité tant du point de vue de l'enfant que de celui du juge. D'une part, du point de vue de l'enfant, l'audition directe par le juge apparaît comme la conséquence logique de son droit d'être entendu en justice, lequel doit lui permettre de participer à la détermination, par le magistrat, de son intérêt, de façon à ce que la décision judiciaire qui sera rendue le concernant soit la plus respectueuse de cet intérêt. Or, si l'interlocuteur de l'enfant n'est pas celui qui prendra la décision au terme de la procédure le concernant, la participation de l'enfant au processus décisionnel semble amenuisée. L'enfant qui a sollicité une rencontre avec le juge aux affaires familiales pourrait en outre être déçu et frustré de ne pas pouvoir s'exprimer auprès de celui qui prendra la décision à son sujet. Il pourrait même avoir le sentiment que sa parole ne sera pas véritablement entendue, ce qui pourrait susciter en lui une certaine opposition à l'égard de la décision judiciaire le concernant. D'autre part, l'audition directe présente également d'importants attraits pour le juge, comme l'ont affirmé plusieurs magistrats

¹⁸⁹ J. BONNARD, « La garde du mineur et son sentiment personnel », *RTD civ.* 1991, p. 49.

¹⁹⁰ Cass., 1^{re} civ., 11 septembre 2013, n° 12-18.543 (non publié au Bulletin).

rencontrés par l'équipe de recherche dans le cadre de l'enquête de terrain. L'audition de l'enfant par le juge apporte à ce dernier une connaissance précise non seulement des propos tenus par l'enfant, mais également de son attitude, de ses gestes, de ses regards ou de ses silences lors de son audition, autant d'indicateurs précieux que ne fournissent pas nécessairement la lecture d'un rapport d'audition rédigé par un tiers désigné pour entendre l'enfant. En outre, plusieurs magistrats rencontrés ont mis en évidence les vertus pédagogiques de l'audition de l'enfant, que n'offre pas la délégation d'audition. Certains juges ont aussi expliqué qu'elle leur permettait de mettre plus facilement en lumière l'éventuelle influence exercée par l'un des parents sur la parole de l'enfant.

La pertinence du principe de l'audition directe de l'enfant par le juge étant incontestable à tous égards, l'équipe de recherche ne peut que recommander que ce principe soit davantage mis en œuvre en pratique. Pour cela, elle considère qu'il faut exiger du juge qui déléguerait l'audition qu'il motive sa décision au regard de l'intérêt de l'enfant. En effet, le principe selon lequel le juge ne peut désigner un tiers pour procéder à l'audition que si l'intérêt de l'enfant le commande a été affirmé sans ambiguïté par la loi du 5 mars 2007 mais, faute d'avoir contraint les juges à expliquer en quoi l'intérêt de l'enfant justifiait de déléguer son audition, le législateur a laissé aux magistrats la possibilité d'ordonner la délégation pour des raisons manifestement sans rapport avec l'intérêt de l'enfant, telles que la gestion de leur emploi du temps, comme l'a révélé l'enquête de terrain. Pour limiter ces pratiques discutables, l'équipe de recherche formulera, en conclusion de ce rapport, des recommandations d'ordre général destinées à favoriser l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales, notamment s'agissant de la formation de ce magistrat¹⁹¹. Mais elle estime que cet objectif, ainsi que celui de privilégier l'audition directe de l'enfant par le juge, excepté lorsque l'intérêt de l'enfant exige réellement qu'il soit entendu par un tiers, supposent d'imposer au juge de motiver spécialement la décision par laquelle il ordonne la délégation de l'audition. A cette fin, l'équipe de recherche préconise qu'il soit ajouté par décret un alinéa au début de l'article 338-9 du Code de procédure civile, lequel est relatif aux modalités de la délégation d'audition. Cet alinéa comporterait les dispositions suivantes : « la désignation d'un tiers à effet d'entendre le mineur ne peut être ordonnée par le juge, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, que par une décision spécialement motivée ». Cette obligation de motivation de la délégation d'audition au regard de l'intérêt de l'enfant devrait être de nature à favoriser l'effectivité du principe d'audition directe de l'enfant par le juge posé par la loi en 2007 et à limiter strictement la délégation d'audition aux hypothèses où l'intérêt de l'enfant la rend effectivement nécessaire.

Par ailleurs, l'équipe de recherche préconise l'abandon des pratiques critiquables qu'a révélées l'analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant et des entretiens réalisés avec les magistrats. D'une part, si l'avocat de l'enfant peut tout à fait favoriser l'expression de la parole de son client devant le juge aux affaires familiales, il ne saurait être ni le

¹⁹¹ Cf. *infra* p. 176 et s.

« vecteur » de cette parole¹⁹², ni le « porte-parole » de l'enfant¹⁹³. C'est pourquoi il est vivement recommandé d'écarter la pratique de la « pré-audition » de l'enfant par son avocat, à charge pour celui-ci de restituer au juge la parole de l'enfant. D'autre part, il y a lieu de réaffirmer l'autonomie de l'audition de l'enfant, telle que l'envisage l'article 388-1 du Code civil, par rapport aux mesures d'instruction que peut ordonner le juge. Sur le plan juridique, rien ne s'oppose à ce que la parole de l'enfant soit entendue à la fois par le juge sur le fondement de cet article 388-1 et dans le cadre d'une enquête sociale ou d'une expertise, ces trois mesures poursuivant des objectifs distincts, et rien n'empêche que la personne missionnée par le juge pour effectuer une enquête sociale ou une expertise soit par ailleurs désignée pour procéder à l'audition de l'enfant. Mais la confusion de l'audition dans l'enquête sociale ou dans l'expertise ne respecte ni le principe de l'audition directe de l'enfant par le juge, ni la philosophie même de la reconnaissance d'un droit substantiel de l'enfant à faire entendre sa voix. Il y a donc lieu de mettre un terme définitif à cette pratique.

¹⁹² L. FRANCOZ TERMINAL, « Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », *Dr. fam.* n° 9, septembre 2009, étude 30.

¹⁹³ M. BRUGGEMAN, « L'audition de l'enfant en justice », *AJ fam.* 2014, p. 12.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 25 :

Conformément au principe consacré à l'article 388-1 alinéa premier du Code civil, la primauté de l'audition directe de l'enfant par le juge devrait être assurée et la désignation d'un tiers pour entendre l'enfant devrait être strictement limitée aux situations où l'intérêt de l'enfant l'exige effectivement. La délégation d'audition devrait faire l'objet d'une décision spécialement motivée par le juge.

Recommandation n° 26 :

L'audition de l'enfant réalisée en application de l'article 388-1 du Code civil ne devrait jamais consister dans l'audition par le juge d'un tiers, fût-ce l'avocat de l'enfant, qui aurait préalablement recueilli la parole de l'enfant.

Recommandation n° 27 :

L'audition de l'enfant réalisée en application de l'article 388-1 du Code civil ne devrait jamais être intégrée à une autre mesure ordonnée par le juge.

Recommandation n° 28 :

Avant le premier alinéa de l'article 338-9 du Code de procédure civile, il devrait être inséré un nouvel alinéa, ainsi rédigé :

« La désignation d'un tiers à effet d'entendre le mineur ne peut être ordonnée par le juge, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, que par une décision spécialement motivée ».

B – L’accompagnement de l’enfant

1. Étude des règles applicables

La possibilité pour l’enfant d’être accompagné lors de son audition par le juge ou par la personne désignée pour l’entendre est prévue par le deuxième alinéa de l’article 388-1 du Code civil, aux termes duquel l’enfant « peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix ». En l’état du droit en vigueur, l’information de l’enfant quant à son droit d’être entendu avec un avocat lui est communiquée par ses parents, en ce qu’ils sont titulaires de l’exercice de l’autorité parentale et sont en conséquence tenus d’aviser leur enfant capable de discernement de son droit d’être entendu et d’être assisté par un avocat dans toutes les procédures le concernant¹⁹⁴. La convocation de l’enfant en vue de son audition l’informe de son droit d’être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix¹⁹⁵. Si l’enfant ne se présente pas avec un avocat lors de son audition, le juge est censé vérifier qu’il a bien été informé de son droit d’être assisté par un avocat¹⁹⁶. Lorsque l’enfant fait le choix d’être entendu avec un avocat, il peut le choisir lui-même ; à défaut, l’article 338-7 du Code de procédure civile dispose que « si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s’il ne choisit pas lui-même celui-ci, le juge requiert, par tout moyen, la désignation d’un avocat par le bâtonnier ». La loi du 8 janvier 1993, qui a introduit en droit français un régime général d’audition de l’enfant dans les procédures civiles le concernant, a opportunément ajouté un article 9-1 à la loi du 10 juillet 1991 relative à l’aide juridique, aux termes duquel « dans toute procédure le concernant, le mineur entendu dans les conditions mentionnées à l’article 388-1 du Code civil, s’il choisit d’être entendu avec un avocat ou si le juge procède à la désignation d’un avocat, bénéficie de droit de l’aide juridictionnelle »¹⁹⁷. Lorsque l’enfant décide d’être accompagné lors de son audition par une « personne de son choix », le juge a la possibilité d’écarter le choix opéré par l’enfant. En effet, l’article 388-1 alinéa 2 du Code civil affirme que « si ce choix n’apparaît pas conforme à l’intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d’une autre personne ».

La faculté pour l’enfant de se faire accompagner lors de son audition par une personne de son choix, autre qu’un avocat, ainsi que celle donnée au juge d’écarter la personne choisie par l’enfant, laissent toutes deux perplexes quant à leur opportunité. S’agissant d’abord de la personne que l’enfant peut choisir pour l’accompagner lors de son

¹⁹⁴ Art. 338-1 al. 1 C. pr. civ.

¹⁹⁵ Art. 338-6 al. 2 C. pr. civ.

¹⁹⁶ Art. 388-1 al. 4 C. civ.

¹⁹⁷ L’article 90 du décret du 19 décembre 1991 portant application de la loi n° 91-647 du 10 juillet 1991 relative à l’aide juridique (décret n° 91-1266, JO n° 0296 du 20 décembre 1991) prévoit que l’accompagnement de l’enfant entendu en justice correspond à trois unités de valeur, majorées d’une unité de valeur par audition supplémentaire décidée par le juge aux affaires familiales, dans la limite de trois majorations. L’article 135 de la loi du 29 décembre 2016 de finances pour 2017 (loi n° 2016-1917, JO n° 0303 du 30 décembre 2016) a fixé à 32 euros le montant de l’unité de valeur à compter du 1^{er} janvier 2017. Ainsi, l’avocat qui accompagne l’enfant lors de son audition par le juge aux affaires familiales perçoit la somme de 96 euros.

audition, il est possible de se demander si la personne désignée, à supposer que l'enfant l'ait lui-même choisie et que cette présence ne lui ait pas été imposée par l'un de ses parents, présentera toutes les garanties de neutralité nécessaires à l'accompagnement de l'enfant lors de son audition en justice. Sauf à ce que l'enfant désigne par exemple un enseignant ou un éducateur sportif qui n'aurait aucun parti pris pour l'un de ses parents, il est très probable que l'enfant choisisse pour l'accompagner un proche, c'est-à-dire un membre ou un ami de la famille, qui pourrait avoir plus de liens avec l'un des parents qu'avec l'autre. Il est donc loisible de redouter que ce tiers choisi par l'enfant puisse influencer l'expression de sa parole, même involontairement. En effet, sa seule présence pourrait incliner la teneur des propos de l'enfant dans un sens favorable à l'un des parents. L'enfant pourrait également taire certains ressentis dont il aurait aimé faire part au juge, par peur de décevoir le tiers qui l'accompagne ou par crainte que ses dires ne soient répétés à l'un de ses parents. Si la présence aux côtés de l'enfant d'un tiers qu'il a choisi a été prévue dans l'objectif louable d'apaiser l'enfant et de faciliter l'émergence de sa parole, elle apparaît plutôt susceptible d'orienter ou de museler l'expression de l'enfant. Sans doute conscient de cette difficulté, le législateur a offert au juge la faculté d'exercer un contrôle sur le choix de l'enfant et d'écarter la personne désignée par l'enfant, par égard pour l'intérêt de celui-ci.

Ainsi, l'article 388-1 alinéa 2 du Code civil précise que « le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne » lorsque le choix de la personne accompagnant l'enfant lors de son audition n'apparaît pas conforme à son intérêt. L'application en pratique de ces dispositions paraît de nature à générer une double difficulté. D'une part, il est possible de se demander comment le juge peut décider que le choix fait par l'enfant n'est pas conforme à son intérêt. A moins de postuler que toute personne choisie par l'enfant dans l'entourage familial doit être présumée comme susceptible d'influencer sa parole et donc de nuire à ses intérêts, le juge n'a, de fait, pas les moyens de savoir si le choix de l'enfant quant à la personne qui l'accompagnera lors de son audition satisfait ou non la protection de son intérêt. Le juge n'a déjà, en pratique, pas d'éléments suffisants pour déterminer si l'enfant dont l'audition est envisagée dispose ou non du discernement requis pour se faire entendre en justice, alors il est illusoire d'imaginer qu'il pourrait avoir assez d'informations sur une personne tierce à la procédure pour apprécier si sa présence aux côtés de l'enfant est ou non conforme à l'intérêt de celui-ci, ce d'autant plus qu'il n'aura connaissance du choix opéré par le mineur qu'au moment de son audition. Les difficultés ne font que croître dans l'hypothèse où l'audition de l'enfant aurait été déléguée à un tiers. Que devrait faire le tiers désigné si l'enfant se présente en vue de son audition avec une personne de son choix et qu'il estime ce choix non conforme à l'intérêt de l'enfant : refuser que la personne entre dans la salle d'audition avec l'enfant ? reporter l'audition ? La mise en œuvre de la possibilité prévue par l'article 388-1 du Code civil d'écarter la personne choisie par le mineur ne peut être qu'hasardeuse, ce qui est aussi le cas s'agissant de la faculté que ce texte offre au juge de désigner une autre personne pour accompagner l'enfant lors de son audition. D'autre part en effet, il est possible de se demander comment le magistrat peut identifier, parmi les

relations de l'enfant, une personne qui pourrait l'accompagner lors de son audition et qui présenterait des garanties d'objectivité suffisantes pour que soit exclu tout risque d'influence de la parole de l'enfant. La personne que le juge pourrait désigner pour accompagner l'enfant ne sera suffisamment neutre qu'autant qu'elle ne connaîtra pas les parents de cet enfant, ce qui réduit le nombre de personnes susceptibles d'être désignées, par le juge aux affaires familiales, dans l'entourage de l'enfant. La seule solution que semble avoir le magistrat qui écarterait l'« accompagnant » choisi par l'enfant et souhaiterait désigner une autre personne serait de requérir du bâtonnier la désignation d'un avocat qui, pour sa part, présenterait toutes les garanties à la fois de neutralité et de professionnalisme qu'exige l'accompagnement de l'enfant entendu en justice. Il reste que la mise à l'écart de la personne choisie par l'enfant et sa substitution par une autre personne, fût-elle un avocat, peuvent s'avérer assez brutales pour l'enfant, ce d'autant plus que la convocation en vue de son audition lui a indiqué qu'il pourrait être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix¹⁹⁸. Au final, le contrôle que le juge peut exercer sur le choix opéré par l'enfant, bien que justifié sur le plan théorique, soulève de sérieuses hésitations quant à sa mise en œuvre pratique.

L'accompagnement de l'enfant par un avocat apparaît comme une solution nettement plus opportune, du moins lorsque l'avocat est désigné par le bâtonnier et est en conséquence totalement indépendant des parties à la procédure. Le Code de procédure civile donne en effet à l'enfant la possibilité de choisir lui-même son avocat, puisqu'il n'envisage la désignation d'un avocat par le bâtonnier, saisi à cette fin par le juge, que « si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s'il ne le choisit pas lui-même »¹⁹⁹. Or, dans l'hypothèse où l'avocat qui assiste l'enfant a été choisi par son jeune client, il est peu raisonnable d'imaginer que ce choix émane véritablement de l'enfant, qui disposerait dans ses contacts des coordonnées d'un avocat²⁰⁰. Le conseil de l'enfant aura plus vraisemblablement été choisi par les parents de l'enfant ou par l'un d'eux, voire par l'avocat de l'un des parents, qui aurait demandé à l'un de ses confrères d'assister l'enfant de son propre client. Cela peut faire naître une certaine suspicion quant à l'indépendance de l'avocat, assez dérangeante d'autant plus que, contrairement à un proche que choisirait l'enfant, son avocat ne peut être « éconduit » par le juge²⁰¹.

La désignation d'un avocat par le bâtonnier, sur demande du juge aux affaires familiales, apparaît comme le dispositif le plus respectueux de l'enfant et de son intérêt. En effet, en pareille situation, le bâtonnier devrait prioritairement choisir pour accompagner l'enfant un avocat spécialisé dans l'assistance des enfants, comme il y est invité par la Charte

¹⁹⁸ Art. 338-6 al. 2 C. pr. civ.

¹⁹⁹ Art. 338-7 al. 2 C. pr. civ.

²⁰⁰ Excepté dans l'hypothèse où l'enfant choisirait, pour l'accompagner lors de son audition par le juge aux affaires familiales, un avocat qui l'aurait déjà assisté dans le cadre d'une précédente procédure, par exemple en assistance éducative.

²⁰¹ M. PICOT, « L'avocat de l'enfant », *Dr. fam.* n° 7, juillet 2006, étude 37.

nationale de défense des mineurs de la commission sur le droit des mineurs de la Conférence des bâtonniers. Cette Charte prévoit que, dans toute procédure civile ou pénale où un enfant solliciterait le concours d'un avocat, le bâtonnier doit désigner un avocat membre d'un groupe de défense des mineurs et qui doit de ce fait justifier d'une formation initiale et d'une formation continue destinée à l'acquisition de connaissances dans différents domaines, tels que la déontologie de l'avocat de l'enfant, la psychologie infantile et l'audition de l'enfant réalisée en application de l'article 388-1 du Code civil²⁰². Spécialement formés à l'accompagnement de l'enfant en justice, ces avocats tiennent auprès de l'enfant un rôle essentiel, qui ne se limite pas à accompagner leur client durant sa rencontre avec le juge. En effet, leur rôle commence préalablement à l'audition et se prolonge au-delà de celle-ci, comme le prévoit la Charte nationale de défense des mineurs. Celle-ci énonce ainsi que l'avocat doit rencontrer l'enfant avant l'audition, hors la présence des parents ou de toute autre personne. Si elle admet que l'enfant puisse parfois souhaiter s'entretenir avec son avocat en présence d'une tierce personne, la Charte ajoute opportunément « toutefois en matière d'audition d'enfant devant le juge aux affaires familiales (...), cette réception doit avoir lieu en dehors de toute personne lorsque l'enfant est capable de discernement ». La Charte ajoute que, lors de leur entrevue, l'avocat explique son rôle à l'enfant dans la procédure qui le concerne et précise que leur entretien est couvert par le secret professionnel. Elle indique aussi que l'avocat doit s'assurer que l'enfant désire véritablement avoir un avocat et qu'il souhaite s'exprimer et être entendu par le juge. Durant cette première rencontre, l'avocat va préparer l'enfant à son audition, en lui expliquant qu'il sera rendu compte de son audition aux parties, puis en s'assurant que l'enfant a bien compris que le juge aux affaires familiales ne sera pas tenu de se conformer aux souhaits de l'enfant, mais qu'il se prononcera en fonction de ce que son intérêt exige²⁰³. Ensuite, au cours de l'audition, le rôle de l'avocat ne réside ni dans la contradiction, ni dans la défense ou la représentation de l'enfant, lequel n'est pas partie à la procédure²⁰⁴, mais il tient une place essentielle aux côtés de son client. Ainsi, si l'avocat ne peut s'exprimer à la place de l'enfant, il peut favoriser l'expression de sa parole, par exemple en incitant l'enfant à faire part au juge de son opinion sur une question que l'enfant aurait abordée durant leur rencontre préalable à l'audition²⁰⁵. Enfin, le rôle de l'avocat peut se poursuivre après l'audition, puisqu'il peut proposer à l'enfant de venir le rencontrer une fois que le magistrat aura rendu sa décision, afin qu'il lui en explique les implications concrètes, si tant est que l'avocat fût destinataire du jugement²⁰⁶. Le rôle de l'avocat auprès de l'enfant entendu en justice est ainsi primordial pour accompagner et rassurer l'enfant au long de la procédure qui le concerne. En outre, l'accompagnement de l'enfant par un avocat spécialisé, membre d'un

²⁰² Ce qui conduit au constat que les avocats membres d'un groupe de défense des mineurs sont paradoxalement mieux formés en matière d'audition de l'enfant que les juges aux affaires familiales.

²⁰³ D. ATTIAS, « L'avocat d'enfants et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009, p. 330.

²⁰⁴ A. GOUTTENNOIRE, *L'enfant et les procédures judiciaires*, thèse dactyl., Lyon III, dir. J. RUBELLIN-DEVICHI, 1994, n° 325 et n° 326.

²⁰⁵ Ph. BONFILS et A. GOUTTENNOIRE, *Droit des mineurs*, coll. Précis, Paris : Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, n° 1193.

²⁰⁶ Ce qui serait rare en pratique dans le cadre de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales : M. PICOT, « L'avocat de l'enfant », art. préc.

groupe de défense des mineurs, et désigné par le bâtonnier à la demande du juge aux affaires familiales, offre la certitude que l'enfant sera assisté lors de son audition par un professionnel neutre et disposant des connaissances et des compétences qui favoriseront l'expression de sa parole dans les conditions les plus respectueuses de son intérêt.

2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant

Les conventions relatives à l'audition de l'enfant ayant été élaborées au sein de commissions composées de magistrats et d'avocats membres du groupe des avocats d'enfants du barreau local, elles marquent très distinctement la faveur de leurs rédacteurs pour l'accompagnement de l'enfant par un avocat, ce que l'équipe de recherche approuve sans réserve. Certes, douze conventions font référence à la possibilité pour l'enfant d'être accompagné d'une personne de son choix lors de son audition (Alès, Bobigny, Chartres, Meaux, Melun, Montpellier, Nanterre, Nice, Pontoise, Rouen, Thionville, Valenciennes). Parmi celles-ci, certaines conventions commandent en outre au juge de s'assurer de la neutralité du tiers qui assiste l'enfant et précisent que si cette garantie de neutralité n'est pas respectée, le juge peut demander au bâtonnier de désigner un avocat pour assister l'enfant (Bobigny, Chartres, Melun, Montpellier, Nanterre, Paris, Pontoise, Thionville). La convention signée à Meaux envisage la possibilité que l'enfant exprime auprès de son avocat le souhait d'être accompagné par une personne de son choix, et précise qu'en cette circonstance « l'avocat saisit alors le juge qui décide si cette demande de l'enfant est conforme à son intérêt ; si tel n'est pas le cas, l'avocat désigné assistera l'enfant lors de son audition ». Ce faisant, la totalité des conventions contiennent davantage de développements sur l'accompagnement de l'enfant par un avocat. Les quinze conventions étudiées peuvent, du point de vue de l'accompagnement de l'enfant, être classées en trois groupes.

Le premier groupe est composé de neuf conventions qui prévoient chacune la désignation d'un avocat pour accompagner l'enfant dans deux hypothèses. La première hypothèse envisagée par ces neuf conventions est celle dans laquelle l'enfant a émis le souhait d'être assisté d'un avocat. Dans ce cas, les conventions disposent que le juge saisit le bâtonnier de l'ordre afin de solliciter la désignation d'un avocat pour l'enfant. La seconde hypothèse visée par les neuf conventions est celle où, à défaut de demande de l'enfant d'être accompagné par un avocat lors de son audition, le juge estime « conforme à l'intérêt de l'enfant » qu'il soit assisté d'un avocat. Quatre de ces conventions donnent ainsi au juge aux affaires familiales la possibilité de faire désigner un avocat pour l'enfant malgré l'absence de demande de sa part (Chartres, Nice, Pontoise, Rouen). Cinq conventions ajoutent à cette possibilité qu'il est « rappelé que l'intérêt supérieur de l'enfant recommande qu'il soit assisté d'un avocat » (Bobigny, Melun, Nanterre, Paris, Valenciennes).

Une analyse strictement juridique des dispositions de ces neuf conventions révèle qu'elles sont doublement en décalage avec la règle énoncée par l'article 338-7 du Code de

procédure civile, selon lequel « si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s'il ne [le] choisit pas lui-même (...), le juge requiert (...) la désignation d'un avocat par le bâtonnier ». D'abord, alors qu'aux termes de cet article le mineur peut faire le choix de son avocat, il résulte des neuf conventions évoquées que, lorsque l'enfant souhaite être entendu en présence d'un avocat, il ne lui est pas permis de faire le choix de son conseil. En effet, le juge étant alors tenu de solliciter le bâtonnier aux fins de désignation d'un avocat, il reviendra au bâtonnier de l'ordre de choisir l'avocat qui accompagnera l'enfant lors de son audition. Ensuite, ce n'est, en application de l'article 338-7, que dans la situation où l'enfant, ayant manifesté sa volonté d'être entendu en présence d'un avocat, n'a pas fait le choix d'un conseil, que le juge peut solliciter le bâtonnier aux fins de désignation d'un avocat pour l'enfant. Or les neuf conventions envisagées offrent au juge aux affaires familiales le soin d'apprécier l'opportunité de faire désigner un avocat pour l'enfant dès lors qu'il estime que son intérêt le requiert, même dans l'hypothèse où l'enfant n'a pas exprimé le souhait d'être accompagné par un avocat lors de sa rencontre avec le juge. Les cinq conventions qui précisent que l'intérêt supérieur de l'enfant commande son accompagnement par un avocat peuvent même être interprétées comme contenant un encouragement du juge aux affaires familiales à faire désigner un avocat pour l'enfant. Ces neuf conventions ne font donc pas une application à la lettre des dispositions du Code de procédure civile.

Pourtant, en ce qu'elles favorisent l'accompagnement de l'enfant par un avocat membre d'un groupement d'avocats d'enfants, les neuf conventions envisagées doivent être approuvées à double titre. D'une part, en écartant la possibilité pour l'enfant de choisir son avocat, les neuf conventions obéissent à un souci de réalisme. Comme cela a déjà été évoqué, il est peu sérieux de penser que l'enfant a véritablement la possibilité de choisir lui-même son avocat ; son choix se porterait plus probablement sur un avocat désigné par ses parents ou par l'un d'eux, ce qui serait de nature à perturber l'exigence de neutralité de l'avocat de l'enfant. En prévoyant que l'avocat de l'enfant est désigné par le bâtonnier, les conventions relatives à l'audition de l'enfant accroissent la garantie que l'enfant sera accompagné, pour son audition, par un professionnel indépendant des parties et qui l'assistera au mieux dans sa démarche. En effet, la Charte nationale de défense des mineurs pose le principe que le bâtonnier, sollicité par le juge aux fins de désignation d'un avocat pour assister l'enfant dans la procédure qui le concerne, est tenu de désigner l'avocat au sein du groupe de défense des mineurs de son barreau. D'autre part, en admettant que le juge aux affaires familiales peut faire désigner un avocat pour assister l'enfant, même sans demande de sa part, les neuf conventions permettent à l'enfant d'être accompagné, avant et au moment de son audition, par un professionnel membre d'un groupement d'avocats d'enfants, qui en conséquence dispose des compétences propres à faire émerger sa parole dans les meilleures conditions.

Le deuxième groupe de conventions est composé de celles qui vont plus loin s'agissant de l'accompagnement de l'enfant lors de son audition, en prévoyant la désignation

systématique d'un avocat pour assister le mineur dont l'audition est ordonnée. Ce deuxième groupe peut lui-même être divisé en trois sous-groupes. Le premier sous-groupe comprend les conventions d'Alès et de Niort. La présence de ces deux conventions au sein de celles qui envisagent la désignation d'un avocat de façon systématique n'est guère surprenante, car il a été expliqué précédemment que les conventions alésienne et niortaise énoncent que le juge procède à l'audition, non du mineur, mais de l'avocat de celui-ci, après qu'il a lui-même entendu l'enfant. Il est donc logique, bien que contraire au principe de l'audition directe de l'enfant par le juge consacré par la loi du 5 mars 2007, que ces deux conventions prévoient qu'un avocat est systématiquement désigné pour entendre l'enfant, avant de rapporter sa parole devant le juge aux affaires familiales. Le deuxième sous-groupe rassemble les conventions de Meaux et de Montpellier, qui contiennent des dispositions similaires s'agissant de la désignation d'un avocat. Il résulte de ces deux conventions que, lorsqu'il est sollicité par l'enfant en vue de son audition, le juge aux affaires familiales saisit le bâtonnier afin qu'il désigne un avocat. Ce dernier assistera l'enfant lors de son audition par le juge aux affaires familiales mais ne portera pas sa parole à sa place, ce qui distingue les conventions de Meaux et de Montpellier de celles du premier sous-groupe. Enfin, le troisième sous-groupe comporte la convention de Thionville, qui pose également le principe de la désignation systématique d'un avocat pour accompagner l'enfant lors de son audition, mais envisage un aménagement à ce principe. En effet, la convention de Thionville prévoit que la décision du juge ordonnant l'audition mentionne obligatoirement que le bâtonnier désignera un avocat pour accompagner l'enfant, mais elle précise que l'enfant peut refuser l'assistance d'un avocat, notamment s'il souhaite être entendu seul. Elle ajoute que l'enfant peut exprimer ce refus soit auprès de l'avocat lors de leur rendez-vous préalable, soit au moment de l'audition devant le juge.

La désignation systématique d'un avocat pour accompagner l'enfant lors de son audition, telle que prévue par ce deuxième groupe de conventions, paraît tout à fait opportune au regard du triple avantage qu'elle procure. D'abord, la désignation d'un avocat par le bâtonnier présente les meilleurs gages de neutralité : puisqu'elle écarte le choix personnel de l'enfant quant à l'avocat qui l'assistera, elle évince le risque que l'avocat soit en réalité choisi par les parents de l'enfant ou par l'un d'eux. Ensuite, le fait que l'avocat soit désigné par le bâtonnier offre à l'enfant la garantie que son avocat sera, en qualité de membre d'un groupe de défense des mineurs, spécialement formé pour assister les enfants en justice. Enfin, lorsque la désignation d'un avocat revêt un caractère systématique, elle évite à l'enfant d'avoir à entreprendre la démarche de solliciter la désignation d'un avocat pour l'accompagner, démarche qui pourrait ne pas être simple. Cette désignation systématique d'un avocat apparaît donc comme le système le plus protecteur de l'enfant.

Le troisième et dernier groupe ne compte qu'une seule convention, celle de Toulouse, qui aménage un dispositif proche, mais néanmoins distinct, de celui défini par le deuxième groupe de conventions. La convention de Toulouse énonce que le bâtonnier

désigne « un conseil pour l'enfant lorsque celui-ci ou les parties n'ont pas fait le choix d'un conseil personnel ». Il résulte de ces dispositions que l'enfant entendu en justice est systématiquement accompagné par un avocat. En effet, soit l'enfant ou ses parents ont fait le choix d'un avocat pour l'enfant, soit ils n'ont pas choisi d'avocat pour accompagner l'enfant et dans ce cas le bâtonnier va lui désigner un avocat. Dans les deux hypothèses, l'enfant sera nécessairement accompagné par un avocat lors de son audition, ce qui rapproche la convention toulousaine des conventions du deuxième groupe, en ce qu'elles prévoient qu'un avocat est systématiquement désigné pour accompagner l'enfant lors de sa rencontre avec le juge. Néanmoins, à la différence des conventions du deuxième groupe, dont il résulte que le choix de l'avocat qui accompagnera l'enfant lors de son audition revient systématiquement au bâtonnier, la convention toulousaine admet l'hypothèse d'un choix de l'avocat par l'enfant ou par sa famille. La possibilité pour l'enfant de choisir son avocat est conforme aux dispositions de l'article 338-7 du Code de procédure civile, lequel réserve la désignation d'un avocat par le bâtonnier aux situations dans lesquelles le mineur n'a pas lui-même choisi son avocat. En revanche, la possibilité, envisagée par la convention de Toulouse, que la famille de l'enfant choisisse l'avocat qui accompagnera l'enfant lors de son audition est non seulement contraire à l'article 338-7, qui n'offre cette faculté qu'au mineur, mais également peu conforme à l'intérêt de l'enfant, lequel commande qu'il soit assisté par un conseil neutre, ce qui devrait écarter le choix opéré pour lui par ses parents ou par l'un d'eux.

Par ailleurs, plusieurs des conventions relatives à l'audition de l'enfant contiennent quelques précisions sur les modalités suivant lesquelles le bâtonnier est sollicité par le juge aux affaires familiales aux fins de désignation d'un avocat pour l'enfant. Ainsi, si le principe est celui d'une demande adressée par écrit par le magistrat au bâtonnier, plusieurs conventions admettent que, dans les cas d'urgence, le juge puisse prendre attache directement et par téléphone avec le secrétariat de l'ordre des avocats afin de solliciter la désignation d'un conseil pour l'enfant (Chartres, Montpellier, Nice, Thionville), ou qu'il puisse également contacter directement le responsable du groupe des avocats d'enfants (Alès). La plupart des conventions insistent sur le fait que la désignation de l'avocat doit être demandée le plus tôt possible, afin de permettre à l'avocat désigné de rencontrer l'enfant et d'éviter des renvois d'audience (Alès). Certaines d'entre elles commandent ainsi au greffe de respecter un délai raisonnable entre la demande de désignation de l'avocat et la date de l'audition (Valenciennes), voire fixent ce délai qui doit, selon les conventions, être d'au moins quinze jours entre la demande et l'audition (Bobigny, Melun, Nanterre, Paris, Pontoise, Thionville, Toulouse) ou d'au moins un mois (Montpellier). En outre, alors que le Code de procédure civile n'admet la saisine du bâtonnier aux fins de désignation d'un avocat pour l'enfant que par le juge, plusieurs conventions envisagent qu'il puisse être sollicité par le mineur lui-même. En effet, sept conventions disposent que l'enfant peut directement s'adresser au bâtonnier afin qu'un avocat lui soit immédiatement désigné (Bobigny, Melun, Nanterre, Paris, Pontoise, Thionville, Valenciennes). Deux conventions

prévoient quant à elles que le bâtonnier puisse être saisi par les avocats des parties, puisqu'elles énoncent que, lorsque les parents font savoir à leurs avocats que l'enfant souhaite être entendu, les avocats saisissent le bâtonnier d'une demande de désignation d'un avocat pour l'enfant (Montpellier, Niort). Dans le même sens, la convention de Thionville prévoit que les deux parents peuvent saisir conjointement le bâtonnier aux fins de désignation d'un avocat pour l'enfant, mais fait obstacle à ce qu'un parent entreprenne cette démarche seul en cas d'exercice conjoint de l'autorité parentale. A l'inverse, la convention de Nice exclut expressément les modalités de saisine du bâtonnier admises par ces autres conventions, puisqu'elle affirme qu' « en aucun cas les parents ou l'enfant ne devront adresser directement au bâtonnier une demande d'audition ou de désignation d'avocat ». Sont ainsi mises en évidence les discordances qui existent entre les conventions relatives à l'audition de l'enfant, pourtant censées mettre en œuvre un cadre unique défini par les textes applicables à l'audition du mineur dans les procédures familiales le concernant.

La majorité des conventions relatives à l'audition de l'enfant marque indiscutablement la préférence de leurs rédacteurs pour l'accompagnement du mineur par un avocat membre d'un groupement d'avocats d'enfants. Cela s'explique notamment par les aptitudes particulières que l'avocat d'enfants est en mesure de mettre en œuvre au bénéfice du mineur qu'il assiste, et par le rôle qu'il peut tenir à ses côtés. A ce titre, la plupart des conventions contiennent des dispositions relatives au rôle et aux engagements de l'avocat de l'enfant. Trois d'entre elles affirment que l'avocat a un rôle fondamental d'accompagnement, d'écoute et de conseil (Montpellier, Niort, Toulouse). La convention de Toulouse ajoute que l'avocat désigné doit justifier d'une formation d'au moins six heures sur l'audition de l'enfant. Plusieurs conventions commandent à l'avocat de recevoir l'enfant avant son audition, seul et hors la présence de ses parents (Alès, Valenciennes) et certaines ajoutent que l'entretien restera confidentiel (Montpellier, Niort, Toulouse) ou doit être réalisé dans un cadre respectant la confidentialité (Paris). Cet entretien doit permettre à l'avocat de préparer l'audition de l'enfant (Melun) et de lui expliquer les conditions dans lesquelles se déroulera son audition (Toulouse). L'avocat doit s'assurer que l'enfant souhaite réellement être entendu (Montpellier, Toulouse). A défaut, l'avocat peut préciser au juge que l'enfant ne veut pas être auditionné (Alès, Montpellier). Plusieurs conventions rappellent l'évidence selon laquelle, lorsque l'enfant est assisté d'un avocat, ce dernier est nécessairement convoqué à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales ou par le tiers désigné par lui (Bobigny, Meaux, Melun, Montpellier, Nanterre, Paris, Pontoise, Thionville, Toulouse, Valenciennes). Plusieurs conventions mentionnent que, pour faciliter la prise de contact de l'avocat avec l'enfant, le greffe doit, au moment de la demande de désignation d'un avocat adressée au bâtonnier, indiquer les coordonnées du mineur ainsi que celles de l'un au moins de ses parents (Alès, Melun, Montpellier, Nanterre, Niort, Pontoise, Thionville, Toulouse, Valenciennes), voire également celles de leurs conseils (Meaux, Paris). Certaines conventions prévoient aussi que le greffe doit joindre à la demande de désignation d'un avocat pour l'enfant une copie du courrier par lequel celui-ci

a demandé son audition (Meaux) ou que ce courrier peut être consulté par l'avocat de l'enfant au greffe (Paris, Pontoise) ou lui être communiqué sur demande de sa part (Nanterre).

Certaines conventions rappellent, conformément aux termes de l'article 388-1 alinéa 3 du Code civil, que l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure (Montpellier, Thionville). En conséquence, il ne bénéficie pas des prérogatives procédurales reconnues aux parties. Notamment, le mineur entendu en justice n'a pas accès au dossier, au même titre que son avocat. Cinq conventions rappellent ainsi que « l'avocat désigné pour l'enfant n'a pas accès au dossier » (Bobigny, Meaux, Paris, Nanterre, Pontoise). Le même principe est posé par la convention de Thionville, qui admet cependant une exception, en précisant que l'avocat de l'enfant pourra « toutefois avoir accès au dossier par simple consultation au greffe à titre informatif s'il estime que la situation de l'enfant le nécessite ».

Il peut être souligné que plusieurs conventions commandent aux avocats des parties de n'avoir aucun lien avec l'enfant dont l'audition est envisagée. En effet, certaines conventions prévoient que « les avocats des parents ne doivent ni recevoir, ni conseiller, ni s'entretenir du litige avec l'enfant » (Alès, Montpellier). D'autres énoncent qu'« aucun avocat des parents ne doit avoir de contact avec l'enfant » (Bobigny, Meaux, Nanterre, Paris, Pontoise), même pour informer l'intéressé de son droit d'être entendu par le juge aux affaires familiales (Chartres). D'autres rappellent que « l'avocat des parents n'est pas l'avocat de l'enfant et inversement » (Toulouse), ou encore qu'« afin de garantir la neutralité de l'enfant, les avocats des parties s'engagent à ne pas avoir de contact avec le ou les enfants » (Thionville).

Enfin, deux conventions rappellent que l'avocat de l'enfant est rémunéré au titre de l'aide juridictionnelle, accordée de plein droit (Montpellier, Toulouse).

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

De la même façon que l'étude des conventions relatives à l'audition de l'enfant, l'enquête de terrain réalisée auprès des magistrats a révélé qu'en pratique l'accompagnement de l'enfant par une personne de son choix, autre qu'un avocat, était particulièrement rare. Seuls trois magistrats ont précisé avoir déjà rencontré ce cas de figure, chacun ayant fait part de son hostilité quant à l'accompagnement de l'enfant par un tiers. L'un d'eux a ainsi expliqué que « lorsque la personne se présente en disant par exemple qu'elle est une voisine, on ne va pas mener une enquête, on ne peut pas savoir si c'est vraiment une voisine et pas la sœur de la mère ». Un juge aux affaires familiales a expliqué que, lorsqu'il lui était arrivé que l'enfant souhaite être entendu avec l'un de ses proches, il avait dit très clairement à ce tiers « c'est l'enfant que j'entends, pas vous ; vous ne dites rien ». Un autre magistrat a

indiqué qu'il pouvait arriver que l'enfant se présente au tribunal en étant accompagné par un proche autre que ses parents, mais qu'il n'avait jamais entendu un enfant en présence d'un tiers de son choix, car ce magistrat fait en sorte de rassurer l'enfant avant l'audition et le fait ainsi entrer seul dans son bureau. Il va de soi en revanche, pour la totalité les magistrats investigués, que l'enfant ne peut jamais être entendu en présence de l'un de ses parents.

Il ressort de l'enquête de terrain effectuée par l'équipe de recherche, comme de l'analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant, une indéniable préférence des magistrats pour l'accompagnement de l'enfant par un avocat. D'ailleurs, nombreux sont les magistrats rencontrés qui requièrent systématiquement la désignation d'un avocat pour accompagner l'enfant lors de son audition, indépendamment du souhait manifesté ou non par l'enfant d'être assisté par un avocat lors de sa rencontre avec le juge. En effet, treize magistrats ont affirmé qu'ils demandent systématiquement la désignation d'un avocat dès lors qu'ils ordonnent l'audition d'un enfant. Parmi eux, six magistrats exercent les fonctions de juge aux affaires familiales dans un tribunal appliquant une convention relative à l'audition de l'enfant, qui prévoit la désignation systématique d'un avocat pour assister les enfants entendus en justice. Pour les sept autres, l'équipe de recherche a observé que la désignation systématique d'un avocat était une pratique qui leur est propre et qui ne résulte donc pas de ce que les juges appellent une « politique de service » adoptée par l'ensemble des juges aux affaires familiales de la juridiction. Six magistrats ont déclaré qu'il pouvait leur arriver de requérir la désignation d'un avocat, sans que cela ne soit systématique, au regard des circonstances, par exemple « lorsque l'enfant est très jeune » ou « lorsque le dossier est très complexe » ou « très douloureux ». Un magistrat a indiqué qu'il faisait désigner un avocat pour l'enfant lorsqu'il souhaitait éviter que l'avocat de l'enfant ne soit choisi par l'un des deux parents en conflit. Cinq magistrats ont en outre insisté sur le fait que l'avocat de l'enfant ne doit pas être celui de l'un des parents.

Les magistrats ont par ailleurs indiqué quel était selon eux le rôle de l'avocat, que ce soit en amont de l'audition ou au moment de l'audition de l'enfant par le juge. Les dires des magistrats quant au rôle qu'ils souhaitent voir l'avocat tenir préalablement à l'audition sont révélateurs d'une place très importante occupée par l'avocat de l'enfant en pratique et dont l'équipe de recherche n'avait pas imaginé l'ampleur au démarrage du projet de recherche. En effet, si quelques juges aux affaires familiales ont, sans surprise, déclaré que le rôle de l'avocat était de recevoir l'enfant avant son audition pour « le préparer » et « lui expliquer ce qui va se passer », voire « dédramatiser » (quatre magistrats), près de la moitié des magistrats interrogés (quatorze) a indiqué, explicitement ou non, que l'avocat avait un rôle de filtre dans l'accès de l'enfant à son audition. Huit magistrats ont expressément affirmé que l'avocat jouait un « rôle de filtre » en amont d'une éventuelle audition de l'enfant et six magistrats, sans employer cette expression, ont décrit le rôle de l'avocat avant l'audition dans les mêmes termes, avec les mêmes idées que ceux qui ont dit que l'avocat était un

« filtre » ; parmi ceux-ci, trois magistrats ont déclaré que les avocats faisaient « un tri ». Ce rôle de filtre que les magistrats attribuent aux avocats d'enfants se manifeste de deux manières. D'une part, huit magistrats ont indiqué que l'avocat avait un rôle à tenir dans l'évaluation du discernement de l'enfant comme condition de son audition par le juge. Ainsi, quatre magistrats ont expliqué que l'avocat doit vérifier que l'enfant est capable du discernement requis pour être entendu par le juge, deux magistrats ont rapporté que, lorsque l'avocat rencontre l'enfant et leur signale qu'il n'est pas capable de discernement, ils écartent l'audition, et deux magistrats ont à l'inverse précisé que si l'avocat de l'enfant soutient que son client est doué du discernement nécessaire pour être entendu, ils procèdent à l'audition. Un magistrat a précisé qu'il faisait « confiance aux avocats » pour apprécier le discernement des enfants, un autre a déclaré « les avocats de [ville X] nous aident bien, c'est eux qui nous disent si les enfants ont le discernement, c'est le travail des avocats ». Dans ces hypothèses, l'évaluation du discernement est déléguée à l'avocat de l'enfant ; plus qu'un rôle de filtre, l'avocat joue alors le rôle du juge, auquel la loi a seul confié le soin d'apprécier le discernement de l'enfant. Un magistrat l'a d'ailleurs reconnu en ces termes : « je sais très bien que les avocats font le tri sur le discernement de l'enfant, donc pour moi c'est assez confortable, ce n'est pas moi qui dit que l'enfant a ou n'a pas le discernement, les avocats sont là pour ça, c'est leur rôle ». L'évaluation de la capacité de discernement des enfants par les avocats, même s'ils paraissent parfois mieux formés à cette tâche que les magistrats eux-mêmes²⁰⁷, est contraire à la lettre de l'article 388-1 du Code civil et rencontre donc la désapprobation de l'équipe de recherche, ce qui n'est pas le cas en revanche de la seconde manifestation du rôle de filtre attribué à l'avocat. D'autre part, six magistrats ont signalé que l'avocat de l'enfant avait un rôle de filtre à jouer pour jauger la volonté réelle de son jeune client d'être auditionné par le juge. Ils ont en effet indiqué que le rôle de l'avocat est de vérifier, lors d'une rencontre préalable à l'audition, si l'enfant souhaite véritablement être entendu et que, à défaut, lorsqu'un avocat les informe que l'enfant ne désire pas être entendu, alors ils ne procèdent pas à son audition. Ce rôle de vérification de l'avocat quant au fait, soit que l'enfant est bien l'auteur de la demande d'audition adressée au juge et que celle-ci traduit sincèrement son souhait d'être entendu, soit que l'enfant accepte d'être entendu lorsque son audition a été ordonnée par le juge à la demande des parties, paraît tout à fait primordial et mérite une pleine approbation.

S'agissant du rôle de l'avocat pendant le déroulement de l'audition, il s'agit, pour les magistrats rencontrés par l'équipe de recherche, d'accompagner l'enfant dans l'expression de sa parole, mais en aucun cas de la transmettre au juge à sa place. En effet, sept magistrats ont souligné que l'avocat « n'intervient pas pendant l'audition », qu'il « reste silencieux pendant que [le juge] échange avec l'enfant » ou qu'il « n'a pas à se substituer à l'enfant ». Ce faisant, six magistrats ont indiqué qu'il leur arrive de « donner la parole à l'avocat en fin

²⁰⁷ Dans la mesure où, pour être désignés afin d'accompagner l'enfant lors de son audition par les juges, les avocats doivent être membres du groupe de défense des mineurs de leur barreau, ce qui implique qu'ils aient suivi des formations spécifiques : cf. la Charte nationale de défense des mineurs et *supra* p. 113.

d'audition » pour qu'il puisse poser une question supplémentaire, par exemple sur une anecdote que l'enfant lui aurait racontée lors de leur entretien mais n'aurait pas encore rapportée au juge. Un seul magistrat a affirmé qu'il laisse « beaucoup la parole à l'avocat de l'enfant », en lui disant « dès le début qu'il est là pour aider le mineur et qu'il ne faut pas hésiter à lui parler directement ».

4. Recommandations

L'analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant, et plus encore celle des données issues de l'enquête de terrain, ont incontestablement mis en évidence le rôle essentiel tenu par les avocats auprès des enfants qui ont la chance d'être accompagnés par un avocat dans la procédure qui les concernent. Les avocats protègent la parole de l'enfant qui ne souhaiterait pas être auditionné et facilitent l'expression de ses sentiments et besoins par l'enfant qui désire rencontrer le juge. Cette place indispensable qu'occupent les avocats auprès des enfants ne pouvait qu'influencer l'équipe de recherche dans la formulation de ses propositions en matière d'accompagnement de l'enfant entendu par le juge aux affaires familiales. En effet, ce constat conduit logiquement l'équipe de recherche à préconiser d'écarter la possibilité pour l'enfant d'être accompagné par une personne ou par un avocat de son choix ; elle recommande parallèlement de systématiser la désignation, par le bâtonnier, d'un avocat membre d'un groupe de défense des mineurs pour assister l'enfant dans la procédure qui le concerne. D'une part, bien que l'enquête de terrain ait révélé qu'elle était très peu mise en œuvre en pratique, la faculté pour l'enfant de se faire accompagner par un tiers de son choix lors de son audition est susceptible de nuire à l'intérêt de l'enfant. Celui-ci pourrait se voir dicter son choix par l'un de ses parents en conflit et, même choisie par l'enfant, la présence d'un tiers à ses côtés pourrait, sans qu'il en ait nécessairement conscience, limiter sa liberté d'expression. Quant à la possibilité qu'a le juge d'écarter la personne choisie par l'enfant et de désigner une autre personne pour l'accompagner lors de son audition, son exercice soulève de multiples questionnements en pratique, si bien que *de facto* le juge demandera au bâtonnier de désigner un avocat pour accompagner l'enfant. Cela milite derechef pour la suppression de la possibilité de l'accompagnement de l'enfant par un tiers au profit de la généralisation de la désignation d'un avocat par le bâtonnier. D'autre part, la faculté qu'a l'enfant d'être assisté par un avocat de son choix peut poser question quant aux qualités d'accompagnement de l'avocat désigné, lequel n'est pas nécessairement spécialiste de l'assistance des mineurs, et quant à son impartialité lorsqu'il a été contacté par l'un des parents de l'enfant ou par l'un de leurs avocats. Pour ôter toute suspicion à l'égard de l'avocat de l'enfant, la désignation systématique d'un avocat par le bâtonnier, dès lors que l'enfant a manifesté son souhait d'être entendu par le juge aux affaires familiales, se révèle le dispositif le plus opportun au regard de l'impérative protection de l'intérêt de l'enfant. Il est d'ailleurs possible de constater que, soulignant des défaillances dans l'information des enfants sur leur droit d'expression en justice, le Défenseur des droits et la Défenseure des enfants ont inscrit, au rang des propositions qu'il ont formulées dans leur

rapport 2013 sur l'enfant et sa parole en justice, la nécessité d' « encourager et [de] valoriser la présence d'un avocat formé aux droits de l'enfant » auprès des mineurs, notamment dans les actions portées devant le juge aux affaires familiales²⁰⁸.

Concrètement, l'enfant serait avisé, au moyen du formulaire d'information imaginé par l'équipe de recherche²⁰⁹ que, s'il décide d'être entendu dans la procédure qui le concerne, il sera accompagné par un avocat. Le formulaire l'informerait également que la rémunération de cet avocat sera prise en charge au titre de l'aide juridictionnelle et que ni lui, ni ses parents n'auront à supporter la charge de payer son avocat. Le formulaire indiquerait en outre à l'enfant que cet avocat le contactera en vue de le rencontrer pour préparer son audition par le juge. Une fois ces informations reçues, l'enfant pourrait faire connaître à la juridiction son choix d'être auditionné par le juge, en lui retournant le formulaire préalablement rempli par ses soins. Le juge aux affaires familiales requerrait alors la désignation d'un avocat par le bâtonnier. Cette requête devrait intervenir à bref délai, afin que la désignation de l'avocat par le bâtonnier intervienne elle-même rapidement et que l'avocat puisse au plus vite contacter son jeune client en vue de préparer son audition par le juge. Le bâtonnier serait tenu de désigner un avocat d'enfants, comme le prévoit la Charte nationale de défense des mineurs. Le rôle de l'avocat désigné pour assister l'enfant serait alors celui que décrit d'ores et déjà la Charte. Il s'agirait d'abord de vérifier que l'enfant souhaite réellement être entendu. Dans l'affirmative, l'avocat préparerait l'enfant en amont de sa rencontre avec le juge, en lui fournissant toutes les informations requises, notamment quant au déroulement de son audition et aux conséquences de celle-ci. En particulier, l'avocat expliquerait à l'enfant que le juge l'écouterait mais qu'il ne sera pas tenu de suivre ses souhaits. Il lui expliquerait aussi qu'il sera rendu compte à ses parents de son audition. Il s'agirait ensuite pour l'avocat d'accompagner l'enfant lors de son audition par le juge en favorisant l'expression de sa parole sans la porter à sa place. L'avocat se rendrait en outre disponible après que le jugement sera rendu pour en expliquer les modalités d'application à l'enfant. A ce sujet, l'équipe de recherche préconise que l'avocat qui a été désigné pour accompagner un enfant lors de son audition par le juge aux affaires familiales soit systématiquement destinataire de la décision finalement rendue dans la procédure qui concerne son client. Le rôle de l'avocat auprès de l'enfant serait finalement le même que celui qu'il tient aujourd'hui, mais, à la différence de ce que la loi en vigueur permet, tous les enfants entendus en justice bénéficieraient de la présence d'un avocat d'enfants à leurs côtés si la désignation d'un avocat par le bâtonnier était systématisée.

L'équipe de recherche s'est interrogée sur la désignation de l'avocat lorsque le juge aux affaires familiales ordonne l'audition de plusieurs enfants d'une même fratrie. Plus précisément, elle s'est demandée s'il est souhaitable que chaque enfant soit assisté d'un avocat différent ou s'il est préférable que tous les enfants soient accompagnés par le même

²⁰⁸ D. BAUDIS et M. DERAÎN, *L'enfant et sa parole en justice*, rapport préc., p. 9.

²⁰⁹ Cf. en annexe 7 la proposition de formulaire qu'a élaborée l'équipe de recherche.

avocat. Elle a considéré que la désignation de plusieurs avocats ne pourrait qu'être facteur de confusion, voire de contradictions. Le risque serait en effet que chaque avocat cherche à faire prédominer l'avis de son jeune client et n'ait pas spontanément le réflexe de favoriser un consensus. Ainsi, l'équipe de recherche préconise que tous les enfants d'une même fratrie soient accompagnés dans la procédure qui les concernent par le même avocat. Cela étant, il est indispensable que, dans le cadre des rencontres préparatoires à l'audition, l'avocat reçoive chaque enfant de la fratrie individuellement. L'enfant pourra ainsi s'exprimer librement, sans crainte du jugement de ses frères et sœurs et sans risque de « contamination » du discours des aînés sur les cadets.

Par ailleurs, l'équipe de recherche a estimé qu'il était important que, lorsque l'enfant a déjà été assisté par un avocat dans le cadre d'une autre procédure, par exemple en assistance éducative ou dans le cadre d'une procédure pénale²¹⁰, le bâtonnier désigne le même avocat pour l'accompagner lors de son audition par le juge aux affaires familiales. Cette idée est directement inspirée des dispositions de deux conventions relatives à l'audition de l'enfant, que l'équipe de recherche approuve totalement. Ainsi, la convention parisienne précise que « si un avocat a déjà été désigné dans le cadre d'un dossier d'assistance éducative, il accompagnera si possible le mineur dans le cadre de la procédure devant le juge aux affaires familiales ». Dans le même sens, la convention toulousaine précise qu'« il est de l'intérêt de l'enfant d'être assisté au cours des diverses procédures le concernant par le même avocat ». Ces dispositions sont parfaitement pertinentes dans la mesure où cela permet à l'enfant d'être accompagné, lors de sa rencontre avec le juge aux affaires familiales, par un avocat qui connaît déjà sa situation familiale et que lui-même connaît, ce qui peut être rassurant pour lui. Ne pas multiplier les professionnels intervenant auprès de l'enfant paraît également concourir à la protection de son intérêt.

La concrétisation de la proposition formulée par l'équipe de recherche, en faveur de la désignation systématique d'un avocat pour accompagner l'enfant lors de son audition, supposerait plusieurs modifications des textes applicables à cette audition. D'abord, elle nécessiterait une intervention du législateur aux fins qu'il modifie le deuxième alinéa de l'article 388-1 du Code civil. En lieu et place des phrases « il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix » et « si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne », il devrait être inséré les dispositions suivantes : « Le mineur est entendu avec son avocat ». Ensuite, deux articles du Code de procédure civile devraient être modifiés par décret. L'alinéa 2 de l'article 338-6, qui dispose que la convocation informe l'enfant de son droit d'être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix, devrait être remplacé par l'alinéa suivant : « La convocation l'informe qu'il sera accompagné par son avocat lors de son audition ». Cette information devrait davantage tenir lieu de rappel, car l'enfant aurait déjà

²¹⁰ Ou encore dans le cadre d'une précédente procédure qui aurait donné lieu à son audition par le juge aux affaires familiales.

été avisé que son avocat l'assistera lors de son audition, à la fois par le formulaire qui lui aurait été adressé et par l'avocat lui-même lors de leur rencontre préparatoire à l'audition. En outre, l'article 338-7 du Code de procédure civile, qui limite la désignation d'un avocat par le bâtonnier, à la demande du juge, à l'hypothèse où l'enfant souhaite être accompagné par un avocat mais n'a pas fait le choix d'un conseil, devrait être supprimé. Il devrait être remplacé par l'article suivant : « Lorsqu'il ordonne l'audition du mineur, le juge requiert par tout moyen, la désignation d'un avocat par le bâtonnier ».

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 29 :

La faculté pour l'enfant d'être entendu accompagné par une personne de son choix lors de son audition devrait être supprimée.

Recommandation n° 30 :

La possibilité pour l'enfant de choisir son avocat devrait être supprimée.

Recommandation n° 31 :

La désignation d'un avocat pour accompagner l'enfant lors de son audition devrait être systématisée et généralisée à tous les enfants entendus en application de l'article 388-1 du Code civil.

Recommandation n° 32 :

L'avocat de l'enfant devrait toujours être désigné par le bâtonnier parmi les avocats membres du groupe de défense des mineurs.

Recommandation n° 33 :

Lorsque le juge ordonne l'audition de plusieurs enfants d'une même fratrie, chaque enfant devrait être accompagné par le même avocat. L'avocat devrait s'entretenir individuellement avec chaque enfant avant son audition.

Recommandation n° 34 :

Lorsqu'un avocat a déjà été désigné pour assister l'enfant dans le cadre d'une autre procédure, le bâtonnier devrait prioritairement désigner le même avocat pour l'accompagner lors de son audition par le juge.

Recommandation n° 35 :

L'avocat désigné pour accompagner l'enfant lors de son audition devrait systématiquement recevoir la décision rendue par le juge aux affaires familiales au terme de la procédure qui concerne son client.

Recommandation n° 36 :

Au deuxième alinéa de l'article 388-1 du Code civil, les phrases « Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix » et « Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne » devraient être supprimées et remplacées par la phrase suivante :

« Le mineur est entendu avec son avocat ».

Recommandation n° 37 :

Le deuxième alinéa de l'article 338-6 du Code de procédure civile devrait être ainsi rédigé :

« La convocation l'informe qu'il sera accompagné par son avocat lors de son audition ».

Recommandation n° 38 :

L'article 338-7 du Code de procédure civile devrait être ainsi rédigé :

« Lorsqu'il ordonne l'audition du mineur, le juge requiert, par tout moyen, la désignation d'un avocat par le bâtonnier ».

II. Le déroulement de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

Soucieux de promouvoir une indispensable souplesse dans la manière dont les auditions d'enfants sont réalisées, le législateur n'a fixé aucun cadre quant au déroulement de ces auditions. Cela permet aux juges aux affaires familiales d'adapter leurs pratiques à la diversité des situations et des enfants entendus en justice. Si l'audition a généralement lieu dans l'enceinte du tribunal, les pratiques des magistrats sont plus variables s'agissant du moment où ils réalisent l'audition (A). L'absence de schéma rigide imposé par la loi a également le mérite de permettre aux juges d'adopter les techniques d'entretien qui leur paraissent les plus opportunes en fonction de l'enfant qu'ils auditionnent (B).

A – Le moment et le lieu de l'audition

1. Étude des règles applicables

Seul le moment de l'audition fait l'objet de quelques précisions au sein des textes qui régissent l'audition de l'enfant en justice et de la jurisprudence. L'article 338-2 du Code de procédure civile admet que la demande d'audition de l'enfant puisse être présentée en tout état de la procédure. Il en résulte logiquement que, en théorie, l'audition de l'enfant pourrait être réalisée à tout stade de la procédure, que ce soit dans la phase de mise en état de l'affaire, avant ou après l'audience avec les parties ou même pendant le délibéré. La Cour de cassation désapprouve en effet les juridictions du fond qui refusent d'organiser l'audition de l'enfant au seul motif que la demande en ce sens leur est parvenue tardivement. Ainsi a-t-elle cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui ne s'était pas prononcée sur la demande d'audition qu'une adolescente lui avait transmise en cours de délibéré²¹¹. La Haute juridiction considère ainsi que le droit d'expression de l'enfant en justice « ne saurait se heurter à la clôture des débats »²¹², ce qui n'est pas sans conséquence pour la pratique juridictionnelle. En effet, même lorsque l'audition de l'enfant est réalisée en cours de délibéré, le juge est tenu de respecter le principe du contradictoire. Ce principe impose qu'il soit rendu compte de l'audition de l'enfant aux parties²¹³. En conséquence, le juge qui recueillerait la parole de l'enfant en cours de délibéré devrait ensuite ordonner la réouverture des débats, afin que les parties puissent discuter des éléments issus de l'audition de l'enfant et susceptibles de peser sur la décision judiciaire. L'audition de l'enfant en cours de délibéré est donc susceptible d'alourdir significativement la procédure, ce qui explique que les magistrats y

²¹¹ Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, *Bull. civ. I* 2005, n° 212, *Dr. fam.* n° 7, juillet 2005, comm. 156, obs. A. GOUTTENOIRE ; *RJPF* n° 9, septembre 2005, p. 21, note F. EUDIER ; *AJ fam.* 2005, p. 274, Th. FOSSIER ; *JCP G* n° 25, 22 juin 2005, II 10081, note F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER ; *Deffrénois*, 30 septembre 2005, n° 18, p. 1418, note J. MASSIP ; *Dr. et patr.* septembre 2005, n° 140, p. 101, obs. Ph. BONFILS ; *Rev. crit. DIP* 2005, p. 605, obs. D. BUREAU. La Cour de cassation a confirmé sa position après la réforme de l'audition de l'enfant en justice issue de la loi du 5 mars 2007 et du décret du 20 mai 2009, avec l'arrêt du 24 octobre 2012 déjà évoqué : Cass., 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, préc.

²¹² V. EGEA, note Cass., 1^{re}, 18 mai 2005, *D.* 2005, p. 1909.

²¹³ Art. 338-12 C. pr. civ. Sur le principe du contradictoire et sur le compte rendu d'audition, cf. *infra* p. 150 et s.

soient majoritairement hostiles, comme en atteste l'étude des conventions relatives à l'audition de l'enfant.

Par ailleurs, la circulaire du 3 juillet 2009 a opportunément précisé que « l'intérêt de l'enfant justifie de distinguer clairement le temps de l'audience et celui de l'audition, afin d'éviter qu'il subisse la tension pouvant exister entre les parties, en particulier en matière familiale » et afin « de relativiser l'importance de cette mesure, en ne donnant pas au mineur le sentiment d'être au cœur du processus décisionnel ». C'est d'ailleurs sans doute au regard de ces exigences que le décret du 20 mai 2009 a supprimé les anciennes dispositions du Code de procédure civile qui admettaient que « lorsque le juge est saisi de la demande d'audition en présence de toutes les parties et du mineur, l'audition peut avoir lieu sur-le-champ »²¹⁴. Cette audition « sur-le-champ » paraissait peu respectueuse de l'intérêt de l'enfant au regard des impératifs mentionnés par la circulaire du 3 juillet 2009 ; sa suppression doit donc être approuvée.

2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant

En premier lieu, toutes les conventions relatives à l'audition de l'enfant que l'équipe de recherche a étudiées comprennent des dispositions sur le moment de l'audition de l'enfant. Conformément à la souplesse encouragée tant par les textes que par la jurisprudence, la majorité des conventions promeut une certaine flexibilité quant au temps de la procédure durant lequel l'audition peut être réalisée. Ainsi, la convention de Montpellier indique que l'audition de l'enfant peut avoir lieu avant ou après les débats. Dans le même sens, les conventions de Bobigny, de Meaux, de Melun, de Nanterre, de Pontoise et de Valenciennes admettent que l'audition puisse avoir lieu avant ou après les débats entre les parties, sous réserve pour le magistrat de leur garantir la possibilité de formuler leurs observations contradictoires consécutivement à cette audition. Les conventions de Paris, de Rouen et de Toulouse contiennent des dispositions similaires.

De façon plus marginale, certaines conventions se montrent davantage restrictives quant au moment de la procédure durant lequel l'audition de l'enfant peut être réalisée. Ainsi, la convention de Nice, après avoir énoncé que l'audition de l'enfant pourrait avoir lieu, selon les magistrats et les nécessités de chaque dossier, avant ou après les débats entre les parties, précise que « la pratique de l'audition pendant le cours du délibéré est, de règle générale, proscrite ». Egalement, la convention d'Alès prévoit que l'audition de l'enfant peut avoir lieu avant ou après les débats dans les procédures orales, mais que dans les procédures écrites, l'audition de l'enfant doit être réalisée avant la clôture des débats. Ces deux conventions, qui n'admettent pas que l'enfant soit entendu tardivement dans la procédure, sont en retrait des dispositions de l'article 338-2 du Code de procédure civile et de la jurisprudence de la Cour de cassation. Elles amenuisent ainsi la portée du droit d'expression

²¹⁴ Anc. art. 338-6 C. pr. civ.

de l'enfant dans la procédure qui le concerne, même s'il est aisé d'imaginer les contraintes matérielles qui ont motivé l'exigence d'une audition organisée avant les débats entre les parties.

Une convention contient des dispositions originales par rapport aux autres conventions qui manifestent plus ou moins distinctement la faveur des professionnels pour une audition réalisée en amont de l'audience entre les parties. Il s'agit de la convention élaborée à Chartres, qui prévoit à l'inverse que l'audition de l'enfant doit avoir lieu après les débats entre les parties, excepté en cas d'« accord commun des parties sur une audition préalable ». Dans la mesure où, à Chartres, le principe est que l'audition de l'enfant est organisée après l'audience des parties, cette convention commande au magistrat de rappeler aux parties « la nécessité d'éviter les pressions en attendant l'audition de l'enfant ».

Par égard pour l'intérêt de l'enfant, certaines conventions ont opportunément posé le principe que l'audition de l'enfant doit être organisée sur un temps distinct de l'audience réunissant les parties, comme l'avaient préconisé les rédacteurs de la circulaire du 3 juillet 2009. Ainsi, les conventions d'Alès et de Montpellier précisent, en caractères gras et italiques pour la seconde, qu'« en aucun cas [l'enfant] ne peut être entendu sur le champ à l'audience réunissant ses parents, sauf décision spéciale du juge qui s'assurera de conditions d'accueil préservant son intimité et son intérêt qui est de ne pas être mis directement en présence de ses parents en situation d'antagonisme judiciaire ». Dans le même sens, les conventions de Nice et de Valenciennes disposent que « sauf exceptions, l'audition ne doit pas avoir lieu à l'occasion de l'audience réunissant les parties ». Les conventions de Paris et de Toulouse prévoient que « l'audition ne doit pas avoir lieu dans un temps concomitant à l'audience des parties, sauf, de manière exceptionnelle, en cas d'urgence ». La convention de Melun exclut l'audition de l'enfant dans le même temps que l'audience des parties « dans la mesure du possible ». Tandis que ces sept conventions admettent qu'il puisse être fait exception au principe, d'autres conventions affirment que « l'audition ne doit pas avoir lieu simultanément à l'audience réunissant les parties », sans admettre aucune exception. Il en va ainsi des conventions de Bobigny, de Meaux, de Nanterre, de Pontoise, de Rouen et de Thionville. La convention de Chartres dispose pour sa part qu'« une audience exclusivement réservée à l'audition de l'enfant devra être fixée ».

Il est intéressant de signaler que les conventions d'Alès et Montpellier invitent les juges à organiser l'audition « de préférence le mercredi, afin que l'enfant ne soit pas contraint à une absence scolaire ». La convention de Nice ajoute que l'audition est organisée « plus particulièrement le mercredi après-midi pour les collégiens et les lycéens ».

Les conventions rendent compte également de l'attention portée par leurs rédacteurs au principe du contradictoire. Ainsi, la convention d'Alès souligne que lorsque l'audition de l'enfant est réalisée après le prononcé de l'ordonnance de clôture, « il sera procédé à une

réouverture des débats (...) afin de respecter le principe du contradictoire » et que les parties puissent prendre position sur les éléments recueillis. Plusieurs conventions, qui admettent que l'audition de l'enfant puisse avoir lieu après les débats, ajoutent la réserve que le magistrat garantisse aux parties de pouvoir formuler leurs observations contradictoires consécutivement à cette audition (Bobigny, Meaux, Melun, Nanterre, Paris, Pontoise, Rouen, Toulouse, Valenciennes). Les conventions de Nice, de Niort et de Toulouse prévoient que, lorsque l'audition de l'enfant a lieu après les débats, elle sera suivie d'une seconde audience afin de recueillir les observations des parties avant de mettre la décision en délibéré. Les conventions alsacienne, montpelliéraine et niçoise envisagent cependant la possibilité pour les parties de renoncer à l'organisation d'une nouvelle audience lorsqu'elles maintiennent leurs positions après avoir pris connaissance du contenu de l'audition de l'enfant.

En second lieu, certaines conventions relatives à l'audition de l'enfant contiennent une précision quant au lieu de l'audition. Ainsi, les conventions signées à Bobigny, à Melun, à Nanterre, à Nice et à Valenciennes indiquent que « l'audition se déroule dans le cabinet du juge » ou, en cas de délégation de l'audition à un tiers, « dans tout bureau désigné à cet effet ». La convention parisienne précise qu'en cas de délégation de l'audition, celle-ci est réalisée « dans un lieu garantissant en tout état de cause la confidentialité ». Les mêmes précisions figurent dans la convention applicable à Toulouse. A Pontoise, l'audition réalisée par le juge aux affaires familiales se déroule « au tribunal ». La convention de Thionville permet en outre au juge aux affaires familiales de réaliser l'audition dans son cabinet, mais aussi « dans toute autre salle d'audience prévue à cet effet », et au tiers qui serait désigné pour entendre l'enfant de le faire « dans tout lieu choisi par ce dernier ».

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

L'enquête de terrain effectuée auprès des magistrats confirme la très nette préférence des professionnels pour la réalisation de l'audition de l'enfant avant l'audience réunissant les parties. En effet, près d'une vingtaine des magistrats interrogés ont déclaré qu'ils entendaient toujours l'enfant avant de rencontrer les parties. La moitié d'entre eux procède ainsi en application soit d'une convention relative à l'audition de l'enfant, soit d'une « politique de service ». Deux motivations distinctes ont été avancées par les magistrats qui optent pour cette pratique. D'abord, onze d'entre eux ont fait mention du principe du contradictoire, dont le respect justifie selon eux d'organiser l'audition de l'enfant au préalable, de sorte que les parties puissent discuter contradictoirement lors de l'audience des propos tenus par l'enfant devant le juge. Ensuite, six magistrats ont expliqué leur faveurs pour la réalisation de l'audition avant l'audience par la « nécessité d'avoir tous les éléments lorsque l'audience arrive » ou par la possibilité qu'offre ce procédé de « rebondir à l'audience sur ce que l'enfant a dit », de « repositionner les parents à l'audience en fonction des besoins de l'enfant », d'« échanger avec les parents sur les demandes de l'enfant » ou « sur son

besoin d'apaisement » ou « sur sa souffrance ». Quatre des magistrats qui préfèrent entendre les enfants avant l'audience avec les parties ont tout de même admis que cette organisation présentait l'inconvénient de ne disposer, lorsque commence la rencontre avec l'enfant, que de très peu d'informations sur le contexte, sur le conflit qui oppose ses parents ou sur l'histoire familiale. Deux magistrats ont au contraire invoqué cette absence de renseignements comme un atout, qui les incite à procéder à l'audition de l'enfant avant de rencontrer les parents. Par ailleurs, deux magistrats exerçant leurs fonctions au sein de juridictions qui appliquent une convention relative à l'audition de l'enfant ont rappelé, comme le font leurs conventions respectives, la nécessité de bien séparer le temps de l'audition de l'enfant et celui de l'audience entre les parties, dans le souci de protéger l'enfant.

Seuls cinq des magistrats interrogés par l'équipe de recherche ont indiqué qu'ils auditionnent les enfants après l'audience avec les parents. Parmi eux, quatre ont déclaré que cette pratique était le fruit d'une entente avec leurs collègues juges aux affaires familiales dans le souci d'harmoniser les façons de procéder. Trois de ces cinq magistrats ont précisé que, après l'audition de l'enfant, soit ils organisent une nouvelle audience pour permettre aux parties de débattre contradictoirement des éléments issus de l'audition, soit ils demandent aux parties de fournir leurs observations par la production d'une note en délibéré, ce que toutes ne font pas d'ailleurs. La raison avancée par quatre des magistrats qui entendent les enfants après l'audience réunissant les parties est que le plus souvent la demande d'audition leur est adressée au moment de l'audience avec les parents. Ainsi, ils ont opté pour cette manière de faire, moins parce qu'ils sont convaincus de sa pertinence, que pour des raisons matérielles liées au moment où la demande d'audition leur est soumise. Cela étant, un juge aux affaires familiales a affirmé qu'entendre l'enfant après l'audience avec les parties est un choix qu'il a fait pour inciter les parents à étayer leurs demandes respectives et pour éviter plus particulièrement que l'un des parents ne fonde ses prétentions uniquement sur l'audition de l'enfant. Il a ainsi expliqué que « ce n'est pas *via* l'audition de l'enfant que l'autre parent doit découvrir les motifs qui appuient la demande du parent demandeur, donc si le papa demande de restreindre les droits de visite de la maman parce qu'il considère qu'elle ne prend plus bien en charge les enfants, la maman ne doit pas découvrir avec l'audition que son fils lui reproche un problème d'alcool ou de violences ; c'est à monsieur d'assumer dans son assignation ou dans sa requête un certain nombre de griefs [contre] madame, ce n'est pas à l'enfant de faire la liste de ce qui est compliqué pour lui ».

Par ailleurs, quatre magistrats ont déclaré qu'ils organisent l'audition de préférence en dehors des temps scolaires, notamment le mercredi, pour que l'enfant ne soit pas absent à l'école, au collège ou au lycée. Un juge aux affaires familiales a indiqué que les contraintes de son service et l'absence de greffier le mercredi ont pour conséquence que les auditions d'enfants sont réalisées le plus souvent sur le temps scolaire. Un autre a affirmé qu'il ne

tient pas compte de telles considérations car « après tout l'enfant n'est pas en préparation de l'ENA ou de sciences po ».

Quant au lieu de l'audition, aucune tendance majoritaire ne se dégage de l'enquête de terrain. En effet, treize magistrats ont indiqué qu'ils reçoivent les enfants dans leur bureau, conformément à ce que prévoit la convention applicable dans leur juridiction pour trois d'entre eux. Le même nombre de magistrats a déclaré que les auditions ont lieu dans une salle prévue à cet effet. Un membre de l'équipe de recherche a pu visiter les locaux dédiés à l'audition de l'enfant au sein de trois tribunaux de grande instance ; il s'agit de salles assez neutres, dans lesquelles se trouvent uniquement un bureau, quelques chaises et un ordinateur. Un magistrat a d'ailleurs déploré l'austérité et la froideur de ces salles qui, déjà peu adaptées aux adultes qui rencontrent des situations familiales potentiellement douloureuses, ne devraient certainement pas contribuer à mettre l'enfant à l'aise et à faciliter l'émergence de sa parole. Il est vrai que les salles que l'équipe de recherche a pu visiter paraissent en total décalage avec les préoccupations du Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, qui affirme que « le contexte dans lequel un enfant exerce son droit d'être entendu doit être favorable et encourageant, pour que l'enfant soit assuré que l'adulte responsable de l'audition est prêt à écouter et à examiner sérieusement ce que l'enfant a décidé de dire »²¹⁵.

4. Recommandations

Les recommandations de l'équipe de recherche portent uniquement sur le moment de l'audition, car elle a conscience que le lieu dans lequel l'enfant est entendu dépend surtout de l'organisation matérielle et de la configuration propres à chaque juridiction²¹⁶. En outre, elle n'est pas convaincue que préconiser d'entendre l'enfant dans tel ou tel endroit soit réellement de nature à favoriser l'expression de sa parole, la priorité étant que le magistrat le reçoive avec l'attitude et avec les mots les plus adaptés. Or cela tient davantage à la formation des juges aux affaires familiales au recueil et à l'écoute de la parole de l'enfant qu'aux quatre murs dans lesquels est organisée l'audition²¹⁷.

S'agissant du moment le plus opportun pour organiser l'audition, l'équipe de recherche a pris en considération l'analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant et surtout celle des entretiens réalisés avec les magistrats. Ainsi, elle recommande de réaliser l'audition de l'enfant de préférence avant l'audience entre les parties, ce pour les deux raisons qu'ont avancées les magistrats favorables à cette pratique. D'une part, l'organisation

²¹⁵ Comité des droits de l'enfant, Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, § 42.

²¹⁶ Certains magistrats rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain ont par exemple évoqué des problèmes liés aux portiques de sécurité ou aux badges pour visiteurs qu'ils doivent solliciter pour les familles selon qu'elles sont convoquées dans tel cabinet de juge aux affaires familiales ou dans telle salle d'audience.

²¹⁷ Sur les propositions formulées par l'équipe de recherche relativement à la formation des juges aux affaires familiales, cf. *infra* p. 176 et s.

de l'audition avant l'audience présente les meilleures garanties de respect du principe du contradictoire, qui impose que les parties aient accès à la parole de l'enfant et puissent en débattre. Les parents prendront ainsi connaissance du compte rendu d'audition, réalisé en application de l'article 338-12 du Code de procédure civile, après l'audition de leur enfant, puis ils pourront se positionner en conséquence lors de l'audience. D'autre part, la réalisation de l'audition de l'enfant en amont de l'audience avec les parties favorise un échange lors de l'audience, à la fois entre les deux parents lorsqu'ils sont en capacité de communiquer, et entre les parents et le juge aux affaires familiales, ce qui ne peut que s'avérer salubre. Plusieurs magistrats rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain ont d'ailleurs signalé qu'il n'est pas rare que l'un des parents, qui avait dans un premier temps exprimé une demande très tranchée, évolue dans ses prétentions lors de l'audience, après avoir pris connaissance des sentiments et des souhaits de son enfant. La réalisation de l'audience après l'audition permet ainsi au magistrat d'évaluer la capacité de chaque parent à comprendre les difficultés dont leur enfant aurait fait part lors de son audition et de jauger l'aptitude des parents à recentrer leurs priorités sur les besoins de l'enfant plutôt que sur leurs propres préoccupations ou sur leur conflit.

L'organisation de l'audition de l'enfant préalablement à l'audience entre les parties apparaît comme la solution la plus opportune. En pratique, les magistrats qui entendent les enfants après l'audience le font surtout parce qu'ils sont sollicités tardivement en vue de l'audition. Mais, dans le cadre du dispositif envisagé par l'équipe de recherche, l'hypothèse d'une demande tardive d'audition ne devrait plus se présenter. En effet, il a été préconisé qu'un courrier d'information soit envoyé aux enfants concernés par une procédure devant le juge aux affaires familiales. Ce courrier serait d'office envoyé aux enfants qui auraient atteint le seuil de dix ans et seraient en conséquence présumés doués du discernement requis pour s'exprimer en justice, ainsi que sur décision du juge aux enfants âgés de moins de dix ans. Ce courrier comprendrait un formulaire que l'enfant pourrait retourner à la juridiction au moyen d'une enveloppe préaffranchie, pour manifester son souhait d'être ou non auditionné. Or le courrier d'information adressé à l'enfant ferait mention d'une date limite de retour, le but étant d'éviter de suspendre indéfiniment la procédure dans l'attente que l'enfant fasse connaître sa volonté d'être ou non entendu. L'équipe de recherche a proposé que le courrier d'information indique une date de retour située au plus tard quinze jours après l'envoi du formulaire par le greffe²¹⁸. Par conséquent, dans le cadre du dispositif proposé par l'équipe de recherche, il ne devrait plus y avoir de demande d'audition formée en cours de délibéré, ce qui permettrait que l'audition de l'enfant soit systématiquement organisée avant l'audience entre les parties.

²¹⁸ Cf. en annexe 7 la proposition de formulaire qu'a élaborée l'équipe de recherche.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 39 :

L'audition de l'enfant devrait toujours avoir lieu préalablement à l'audience réunissant les parties.

B – L’entretien du juge avec l’enfant

1. Etude des règles applicables

Les conditions concrètes dans lesquelles le juge doit s’entretenir avec l’enfant n’ont fait l’objet d’aucune précision de la part du législateur, celui-ci étant animé par la volonté de laisser aux magistrats le soin de recueillir la parole de l’enfant avec leur propre sensibilité et surtout avec la possibilité de s’adapter à chaque enfant qu’ils auditionnent. La circulaire de la Chancellerie du 3 juillet 2009 a souligné que « les conditions dans lesquelles le juge entend l’enfant ne font pas l’objet d’un encadrement juridique précis » et qu’« il appartient donc au magistrat saisi de déterminer, au vu des circonstances de l’espèce, les modalités concrètes du déroulement de cette audition ». La question peut notamment se poser de savoir si le juge aux affaires familiales doit auditionner les enfants en présence d’un greffier. Sur ce point, la circulaire de 2009 a indiqué que « la présence [d’un greffier] peut s’avérer souhaitable dans certains cas » sans toutefois préciser lesquels. Au final, les textes laissent au juge aux affaires familiales une ample liberté dans la manière dont il va réaliser l’audition, ce qui semble salubre pour lui permettre de s’adapter et de procéder au cas par cas.

2. Analyse des conventions relatives à l’audition de l’enfant

Les conventions relatives à l’audition de l’enfant n’établissent pas une structure d’entretien que le juge serait tenu de suivre lors de sa rencontre avec l’enfant. La plupart d’entre elles lui imposent en revanche, à juste titre, de procéder à une double vérification lors de l’audition.

D’une part, comme cela a déjà été évoqué, la majorité des conventions commande aux juges aux affaires familiales de vérifier, lors de l’audition, le degré de discernement de l’enfant (Chartres, Meaux, Melun, Nanterre, Nice, Paris, Pontoise, Rouen, Thionville, Toulouse, Valenciennes). Cette vérification ne peut que s’avérer nécessaire, car il est possible que le juge aux affaires familiales ait fait droit à la demande d’audition d’un mineur dont l’âge avancé fait présumer la maturité, mais que celui-ci se révèle finalement, lors de son audition, dépourvu de discernement, par exemple en raison d’un handicap mental dont le magistrat n’avait pas connaissance, ou du fait d’un conflit de loyauté si aigu qu’il priverait l’enfant de tout discernement. L’entretien du juge avec l’enfant doit ainsi permettre de vérifier que l’enfant est véritablement capable de discernement, mais également de jauger, comme l’indiquent les conventions, le degré de discernement dont dispose l’enfant. La mesure du degré réel de discernement de l’enfant paraît nécessairement difficile et sans doute aléatoire pour le magistrat, qui n’est pas un psychologue mais un technicien du droit. Cela étant, elle peut présenter un intérêt, dès lors qu’il ressort des entretiens réalisés par l’équipe de recherche auprès des magistrats que le degré de discernement réel de l’enfant

est susceptible d'influer le poids que l'expression de ses souhaits aura sur la décision judiciaire le concernant²¹⁹.

D'autre part, plusieurs conventions invitent le juge à s'assurer de la volonté réelle de l'enfant d'être auditionné. Ainsi, certaines conventions prévoient que le juge doit s'attacher à vérifier que l'enfant souhaite personnellement s'exprimer et que sa présence à l'audition ne résulte pas seulement de la volonté de l'un ou de ses deux parents (Chartres, Nice). D'autres conventions indiquent que le juge doit s'assurer de la sincérité du souhait de l'enfant d'être entendu (Meaux, Melun, Nanterre, Paris, Pontoise, Thionville, Toulouse, Valenciennes). De nouveau, cette vérification ne peut qu'être utile. Il est possible en effet que l'enfant ait sollicité son audition parce qu'il a été poussé à le faire par ses parents ou par l'un d'eux. Or, si l'audition est un droit reconnu à l'enfant, elle ne peut s'imposer à lui. L'enfant est libre d'exercer ou non son droit d'expression en justice et il ne peut y être contraint, de sorte que la vérification par le juge de la volonté réelle de l'enfant d'être entendu est indispensable, que l'intéressé ait lui-même sollicité son audition ou encore qu'elle ait été ordonnée par le juge, d'office ou à la demande des parties.

Par ailleurs, il est intéressant de souligner que plusieurs conventions relatives à l'audition de l'enfant contiennent des dispositions destinées à renforcer la protection de l'intérêt de l'enfant s'agissant du compte rendu de son audition. Il convient de préciser que l'article 338-12 du Code de procédure civile impose au juge de rendre compte aux parties de l'audition du mineur dans le respect à la fois de l'intérêt de l'enfant et du principe du contradictoire²²⁰. Les rédacteurs de certaines conventions ont imaginé comment traduire en pratique la conciliation de ces deux exigences. Trois conventions commandent *a minima* au juge de faire savoir à l'enfant que sa parole sera restituée aux parties à la procédure. Elles prévoient ainsi que l'enfant est informé que le compte rendu sera mis à la disposition de ses parents (Bobigny) ou que la teneur de ses propos sera connue de ses parents (Alès, Montpellier). L'information de l'enfant quant au fait que le juge est tenu de rendre compte de son audition à ses parents apparaît comme une exigence élémentaire. Elle a le mérite en effet d'écarter le risque que l'enfant ne vive ensuite comme une trahison le fait que le juge restitue certains de ses propos à ses parents. Elle permet également d'éviter que l'enfant ne confie au magistrat des éléments qu'il ne souhaiterait pas voir porter à la connaissance de ses parents, et dont le juge ne pourrait tenir compte dans sa décision, conformément au principe du contradictoire. Certaines conventions vont plus loin en prévoyant que le compte rendu écrit de son audition sera lu à l'enfant par le juge (Bobigny, Melun, Montpellier, Nanterre, Nice, Pontoise, Rouen) ou par le tiers désigné par le juge pour auditionner l'enfant (Thionville et Toulouse). La lecture du compte rendu d'audition à

²¹⁹ Cf. *infra* pp. 170-171. Il sera notamment relaté que, lorsqu'il a été demandé aux magistrats s'ils sont plus enclins à accéder aux souhaits de l'enfant lorsque celui-ci paraît distinctement capable de discernement, douze magistrats ont répondu par l'affirmative. En outre, la majorité des magistrats a expliqué qu'ils tenaient davantage compte de l'avis des enfants au fur et à mesure qu'ils grandissent et se rapprochent de l'âge adulte.

²²⁰ Sur le principe du contradictoire et sur le compte rendu d'audition, cf. *infra* p. 150 et s.

l'enfant préalablement à sa diffusion semble de nature à rassurer l'enfant, qui prend de cette manière connaissance de la teneur de ses propos qui seront rapportés à ses parents.

Seules les conventions d'Alès et de Montpellier contiennent la précision selon laquelle le juge procède à l'audition de l'enfant en présence d'un greffier ; la convention parisienne comporte également cette précision mais uniquement s'agissant de l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales en matière de tutelle des mineurs. Les douze autres conventions sont muettes sur ce point.

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

S'agissant du déroulement de l'audition, l'équipe de recherche a d'abord questionné les magistrats sur leurs techniques d'entretien avec les enfants qu'ils auditionnent sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil (a). Ensuite, elle leur a présenté une proposition de trame qui pourrait être suivie dans le cadre des auditions d'enfants et a recueilli leurs observations sur ce schéma (b).

a. Analyse des pratiques relatives à l'entretien des magistrats avec les enfants

Avant d'entrer dans le détail de la trame qu'ils suivent lorsqu'ils auditionnent des enfants, les magistrats ont apporté des précisions d'ordre plus général sur le déroulement de l'audition. D'abord, la plupart des magistrats ont affirmé qu'ils entendent « toujours » (dix-huit magistrats) ou « de préférence » (deux magistrats) les enfants en présence d'un greffier. Six magistrats ont indiqué qu'ils entendent les enfants sans greffier, soit parce qu'ils n'estiment pas utile qu'un greffier soit présent lors de l'audition, soit parce que la surcharge d'activité des greffes ne permet pas qu'un greffier soit présent lors des auditions d'enfants. Ensuite, il a été demandé aux magistrats s'ils portaient la robe lors des auditions d'enfants. Il est intéressant de souligner que, face à cette question, beaucoup de juges ont eu une réaction de surprise, comme s'il était évident que non, ils ne portaient pas la robe. Dans leurs réponses, plusieurs magistrats ont employé des termes marquant cette idée d'évidence, tels que « bien sûr que non », « je ne porte évidemment pas la robe », voire « non non non non, évidemment non ». Ainsi, une large majorité de magistrats ne porte pas la robe lors des auditions d'enfants (dix-huit magistrats). Ils estiment qu'« il ne faut pas trop solenniser les choses », qu'« il faut mettre les enfants à l'aise et ne pas être dans un cérémonial », que « la robe risquerait d'impressionner l'enfant », que « ça aurait un effet totalement de distance avec l'enfant » ou encore que la robe aurait pour conséquence « de mettre une barrière ». Pourtant, la question du port de la robe n'était pas si saugrenue car, au contraire, deux magistrats ont déclaré qu'ils entendent les enfants en robe. Les raisons de ce choix sont que « l'enfant a demandé à voir un juge, donc on lui donne l'image du juge » ou que le port de la robe permet selon le juge qu'« on ne [le] confonde pas avec l'éducatrice ou l'assistante

sociale »²²¹. Le port de la robe demeure ainsi très marginal. Trois magistrats ont ajouté que leur greffier ne portait pas non plus la robe lors des auditions d'enfants. En outre, vingt-trois magistrats ont fourni des précisions sur la durée des auditions qu'ils réalisent. Il est possible de constater que la durée des auditions est très variable d'un magistrat à l'autre, certains magistrats ayant déclaré qu'ils réalisaient les auditions en une dizaine de minutes et d'autres ayant dit que l'audition durait environ une heure. Une majorité de juges a indiqué que l'audition durait à peu près une demi-heure (dix magistrats). La durée de l'audition est également variable en fonction des enfants auditionnés, comme l'ont souligné huit magistrats. Trois d'entre eux ont ajouté que parfois l'audition durait cinq minutes car l'enfant était très peu prolixe et que parfois, au contraire, ils avaient affaire à un enfant très bavard, qu'il fallait un peu « recadrer car le greffier est totalement dépassé ». Par ailleurs, la question du tutoiement ou du vouvoiement de l'enfant a été abordée par plusieurs magistrats. Six magistrats ont déclaré qu'ils tutoient les enfants, dont deux ont précisé que, face à un adolescent, ils lui demandent d'abord s'il est d'accord pour être tutoyé. Un seul magistrat a affirmé vouvoyer les enfants qu'il auditionne. Deux magistrats ont dit qu'ils procèdent en fonction de l'âge de l'enfant ; l'un d'eux a précisé qu'il tutoie les enfants âgés de moins de douze ans et vouvoie les enfants de plus de douze ans. Pour les autres magistrats qui n'ont pas précisé s'ils tutoient ou vouvoient les enfants, il est possible d'affirmer que tous tutoient leurs jeunes interlocuteurs, car ils ont eu l'occasion au cours de l'entretien d'indiquer qu'ils disaient telle ou telle chose à l'enfant, et le tutoiement était toujours employé²²². Enfin, trois juges aux affaires familiales ont évoqué la question de l'audition de plusieurs enfants d'une même fratrie, en indiquant qu'ils entendaient séparément les frères et sœurs, à la suite les uns des autres pour deux magistrats.

L'analyse des entretiens avec les magistrats a révélé un degré de structuration assez important dans la façon dont ils réalisent les auditions d'enfants. En effet, si tous n'adoptent pas des techniques d'entretien identiques, chacun d'entre eux suit une trame assez similaire dans la conduite des auditions. Il est possible d'observer que, pour la plupart des magistrats, l'audition de l'enfant se déroule en quatre phases, que l'on peut nommer « phase d'explications », « phase d'approche », « phase de recueil de la parole de l'enfant » et « phase de clôture de l'entretien ».

En premier lieu, pour tous les magistrats rencontrés, l'audition de l'enfant commence par une phase durant laquelle ils fournissent à leur jeune interlocuteur un certain nombre d'informations et d'explications. En effet, ils commencent par se présenter et expliquer le rôle du juge (sept magistrats) ainsi que, le cas échéant, celui du greffier (quatre

²²¹ Cela semble étonnant dès lors que, quand il est entendu par le juge aux affaires familiales, l'enfant peut être assisté de son avocat mais il n'est pas auditionné en présence d'un travailleur social, à la différence des auditions par le juge des enfants en assistance éducative, où un travailleur social peut être présent aux côtés de l'enfant lors de son audition.

²²² Par exemple, les magistrats ont indiqué à l'investigateur qu'ils disent à l'enfant que « ce n'est pas toi qui décideras » ou que « la décision ne t'appartient pas », ou qu'ils lui demandent « comment ça se passe à l'école avec tes copains ? » ou « est-ce que ton avocat t'a dit que je dois informer tes parents de ce que tu vas me dire ? ».

magistrats). Ils lui donnent des explications sur le contexte de la procédure (cinq magistrats), sur le déroulement de l'audition (trois magistrats) et sur ce à quoi elle sert (quatre magistrats). Lorsque l'enfant est entendu seul, le juge s'assure qu'il a été avisé de son droit d'être assisté par un avocat (deux magistrats). Tous les magistrats attirent l'attention de l'enfant sur le caractère simplement informatif et non décisif de l'audition. Ainsi, ils lui disent que son audition lui permet seulement d'exprimer son avis mais qu'elle n'emportera pas la décision ou ne sera pas déterminante (huit magistrats) car c'est le juge qui décide (quatre magistrats). Plusieurs magistrats ont précisé que le but était d'éviter de faire naître chez l'enfant un sentiment de culpabilité (deux magistrats) ou qu'il ait une charge trop lourde sur les épaules (deux magistrats) ou une trop grande responsabilité à porter (trois magistrats). Six magistrats ont indiqué qu'ils disent à l'enfant que la décision « ne sera pas forcément celle [qu'il veut] » ou qu'elle « ne [lui] fera peut-être pas plaisir », mais que « c'est pour [son] bien » ou « dans [son] intérêt ». Certains juges insistent auprès de l'enfant sur le fait que son audition n'a pas pour objectif de lui demander de « choisir entre papa et maman » (quatre magistrats) ou qu'aucun de ses parents ne pourra lui reprocher la décision qui sera rendue, car elle est celle du juge et non celle de l'enfant (deux magistrats). Trois magistrats constatent que les enfants sont le plus souvent soulagés lorsque le juge relativise la portée de leur audition, tandis que deux magistrats ont souligné que les adolescents peuvent être « fâchés » ou « déçus » d'apprendre qu'ils ne vont pas prendre la décision eux-mêmes. Cinq magistrats ont ajouté qu'ils disent à l'enfant qu'il est important qu'il exprime son propre point de vue et pas « celui de [ses] parents » ou qu'il ne doit pas « dire ce qui va faire plaisir à papa ou à maman » mais ce que lui ressent.

Tous les magistrats alertent également l'enfant sur le fait qu'il va être fait un compte rendu de son audition et que celui-ci sera porté à la connaissance de ses parents²²³. A ce sujet, une différence importante se manifeste dans la pratique des magistrats entre ceux qui permettent à l'enfant de soustraire certains de ses dires de la contradiction et ceux pour lesquels tous les propos tenus par l'enfant doivent être portés à la connaissance de ses parents. Ainsi, certains juges disent à l'enfant que, s'il y a des choses qu'il ne veut pas voir apparaître dans le compte rendu d'audition, il faut qu'il le signale et elles ne seront pas mentionnées (quatre magistrats). A l'inverse, d'autres juges disent à l'enfant qu'il ne faut pas qu'il parle de choses qu'il ne souhaite pas voir porter à la connaissance de ses parents (six magistrats) car « on ne dit pas de secret au juge, il serait obligé de les répéter » (un magistrat). La première de ces deux manières de faire est sans doute la plus respectueuse de l'intérêt de l'enfant, mais elle pose question au regard du principe du contradictoire. La seconde est davantage respectueuse de ce principe et semble la plus opportune. En effet, dès lors que l'enfant est prévenu que le juge a l'obligation de porter les éléments issus de son audition à la connaissance de ses parents, il peut alors faire le choix de ne pas confier au juge certaines choses dont il ne souhaite pas que ses parents aient connaissance ou à l'inverse décider de dire tout ce qu'il ressent en sachant que ses parents en seront informés. Ce peut d'ailleurs

²²³ Sur le compte rendu de l'audition de l'enfant, cf. *infra* p. 150 et s.

être pour l'enfant l'occasion de faire passer un message à ses parents, pour leur dire par exemple qu'il aime chacun d'entre eux, qu'il ne veut pas prendre parti et qu'il souhaite que leur conflit cesse²²⁴.

En deuxième lieu, une fois que les explications requises ont été fournies à l'enfant, commence la deuxième phase de l'audition. L'équipe de recherche l'a qualifiée de « phase d'approche » car c'est dans cette phase que le juge va commencer à échanger avec l'enfant pour progressivement l'amener vers la troisième phase, dans laquelle l'enfant s'exprimera sur le sujet qui a conduit à son audition. Les magistrats rencontrés ont en effet insisté sur la nécessité de ne pas aller trop vite au cœur de ce sujet mais, au préalable, de « mettre l'enfant à l'aise » (quatre magistrats), de le « détresser » (deux magistrats), de « détendre l'atmosphère » (un magistrat) ou de « dédramatiser » (deux magistrats). Pour ce faire, ils commencent par lui poser des questions d'ordre général sur sa vie : ils lui demandent dans quelle classe il est, comment cela se passe à l'école, quel métier il aimerait faire plus tard, quelles sont ses activités extrascolaires, ce qu'il fait lorsqu'il est avec ses amis ou avec ses frères et sœurs, etc. (treize magistrats). Deux magistrats ont souligné que les réponses apportées par l'enfant permettent de jauger son discernement. Cela va dans le sens des onze conventions relatives à l'audition de l'enfant qui invitent le juge aux affaires familiales à vérifier le degré de discernement de l'enfant lors de son audition. Un magistrat a précisé qu'il demande à l'enfant depuis combien de temps ses parents sont séparés, ce qui lui permet d'éprouver la capacité de l'enfant à se repérer dans le temps.

En troisième lieu, arrive ce que l'équipe de recherche a nommé la « phase de recueil de la parole de l'enfant », car elle porte plus précisément sur l'objet de son audition. A cette fin, huit magistrats ont indiqué qu'ils commencent par rappeler à l'enfant qu'il a sollicité son audition et onze magistrats qu'ils lui demandent pourquoi il a demandé à rencontrer le juge. Il arrive alors que l'enfant ne se souvienne plus qu'il a écrit une lettre pour demander à être entendu, car il se peut que l'audition de l'enfant soit organisée plusieurs semaines ou plusieurs mois après sa demande d'audition (deux magistrats). Il arrive surtout que l'enfant dise que non, il n'a pas demandé à être entendu, ce dont le juge déduit que la demande d'audition a été faite par l'un des parents pour le compte de l'enfant (sept magistrats). Dans ce cas, si l'enfant ne désire pas s'exprimer, le juge peut mettre un terme immédiat à l'audition (quatre magistrats). C'est lorsque vient le moment pour l'enfant de s'exprimer sur l'objet de son audition que les différences de pratiques d'un juge à l'autre se manifestent le plus clairement. Trois types de procédés peuvent être mis en œuvre par les magistrats. Premièrement, la plupart des magistrats optent, dans un premier temps, pour un récit libre de l'enfant puis, si nécessaire, dans un second temps, ils lui posent des questions plus précises ou relancent l'enfant sur certains points qu'il a abordés (quatorze magistrats). Par exemple, si dans son récit l'enfant a évoqué le nouveau compagnon de sa mère, ils vont lui

²²⁴ S. PERDRIOLLE, « Conflit parental et conflit de loyauté : pour un usage raisonné de l'audition de l'enfant », *Enfances & Psy*, 2012/3 n° 56, p. 70.

demander comment cela se passe avec celui-ci, ou si l'enfant a mentionné les enfants de la seconde épouse de son père, ils lui demandent comment il s'entend avec eux. Deuxièmement, certains magistrats posent directement des questions à l'enfant, qui sont généralement les mêmes lors de chaque audition. Par exemple, ils lui demandent d'abord comment les choses se passent lorsqu'il est au domicile de son père, comment elles se passent lorsqu'il est au domicile de sa mère, puis quelles sont ses activités lorsqu'il est avec chacun de ses parents, etc. (huit magistrats). Certains juges demandent à l'enfant ce que lui souhaiterait (six magistrats) et pourquoi il souhaiterait cela (quatre magistrats), tandis que d'autres ne demandent jamais directement à l'enfant quels sont ses souhaits (trois magistrats). Troisièmement, un magistrat a déclaré qu'il ne pose aucune question à l'enfant et ne recueille que ses observations.

En dernier lieu, dans la « phase de clôture de l'entretien », certains juges demandent à l'enfant s'il a des questions (deux magistrats) ou, lorsque l'enfant est accompagné d'un avocat, demandent à son avocat s'il a une question à poser à son client (six magistrats). Les magistrats évoquent de nouveau avec l'enfant le compte rendu qui sera fait de son audition à ses parents. Parmi eux, seize magistrats lisent le compte rendu à l'enfant²²⁵, ce qui a pour effet que la phase de clôture peut parfois durer aussi longtemps que tout le reste de l'entretien. Enfin, certains magistrats rappellent à l'enfant que la décision le concernant ne sera pas rendue en fonction de ce que lui souhaite mais au regard de ce que son intérêt exige (trois magistrats).

Si les entretiens des juges avec l'enfant sont assez structurés et suivent généralement les quatre phases évoquées, plusieurs magistrats ont souligné la nécessité de s'adapter « aux enfants » ou « à la personnalité des enfants » avec lesquels ils s'entretiennent (cinq magistrats) ou de réaliser les auditions d'enfants « au feeling » (trois magistrats). En outre, l'architecture ordinaire de l'audition doit parfois être adaptée au regard des propos tenus par l'enfant, en particulier dans trois situations. D'abord, six magistrats ont expliqué que, lorsqu'ils sentent que l'enfant est « très préparé à l'audition », qu'il « tient un discours très calibré », que « son discours n'est pas du tout spontané » ou que l'enfant « est manipulé », il est nécessaire de lui rappeler qu'il a le droit d'avoir ses propres opinions et qu'elles peuvent être différentes de celles de ses parents. Ils insistent alors pour lui demander ce que lui souhaite, indépendamment de ce qui contenterait sa mère ou son père. Ensuite, plusieurs juges aux affaires familiales ont indiqué qu'il peut être indispensable de faire un « recadrage » ou de « resituer » les choses lorsque leur interlocuteur, le plus souvent un adolescent, tient des propos tels que « je choisis la garde complète chez ma mère », « il est hors de question que je retourne voir mon père » ou encore « je décide de vivre avec mon père » (cinq magistrats). Il faut alors de nouveau insister sur la visée uniquement consultative de l'audition et sur le fait que ce n'est pas à l'enfant de prendre la décision qui le concerne mais

²²⁵ Ce point sera développé au titre des pratiques des magistrats relatives au compte rendu de l'audition de l'enfant : cf. not. pp. 155-156.

« aux adultes » (trois magistrats) ou « au juge » (deux magistrats). Enfin, quelques magistrats ont expliqué que, parfois, il fallait prendre le temps de « désamorcer » (deux magistrats) ou de « débloquer la situation » (deux magistrats) quand un enfant refuse catégoriquement d'entretenir des relations avec l'une des parties qui a saisi le juge en vue de l'organisation d'un droit de visite et d'hébergement. Un juge aux affaires familiales a illustré son propos par l'exemple d'une adolescente dont la mère s'était suicidée. Le juge était saisi par la grand-mère maternelle, qui lui demandait de lui octroyer un droit de visite à l'égard de la jeune fille. Or celle-ci refusait tout contact avec sa grand-mère. L'audition a permis de révéler que cette adolescente était en réalité très affectée par l'attitude que sa grand-mère avait eue lors du décès de sa mère. Le juge aux affaires familiales a alors pris le temps de faire comprendre à l'enfant que c'était parce que sa grand-mère était dans la difficulté de gérer son propre deuil, en tant que mère de la défunte, qu'elle n'était pas parvenue à s'occuper de sa petite-fille à ce moment-là. Il a également fait en sorte que l'adolescente comprenne qu'il était nécessaire désormais, dans son propre intérêt, qu'elle reprenne des relations avec la branche maternelle de sa famille. Deux autres juges aux affaires familiales ont évoqué les « vertus pédagogiques » et les « possibilités d'échanges » qu'offre l'audition, en citant l'exemple des enfants qui refusent de voir l'un de leurs parents parce qu'au fond ils ne lui ont pas pardonné d'avoir été à l'origine de la séparation du couple parental, d'avoir refait sa vie et / ou d'avoir eu d'autres enfants. Bien que l'audition de l'enfant par le juge n'ait pas pour ambition d'apaiser les souffrances que les enfants peuvent ressentir en cas de rupture familiale, il ressort des entretiens réalisés avec certains magistrats qu'elle peut tout de même permettre une prise de conscience salvatrice pour l'enfant dans son parcours de vie.

b. Analyse des positionnements quant à une proposition de schéma de l'audition

Lors de ses premières recherches sur le discernement, l'équipe de recherche a travaillé sur une méthode d'évaluation du discernement du patient dans le cadre de l'expression de son consentement à l'acte médical²²⁶, qu'elle a adaptée aux fins d'élaborer un outil d'évaluation du discernement de l'enfant dans le cadre d'une procédure judiciaire familiale. Le questionnaire original et l'adaptation proposée par l'équipe de recherche figurent en annexe 5. Dans sa version originale, le questionnaire permettant l'évaluation du discernement du patient comprend neuf questions sur la situation du patient, sur le traitement qu'il souhaite, sur les autres traitements possibles, sur les raisons qui le poussent à choisir tel traitement plutôt que tel autre, sur les problèmes associés au choix de ce traitement et sur les effets de ce traitement, à court et à long terme, pour lui et pour sa famille. L'adaptation que l'équipe de recherche a établie pour que cet outil soit utilisé dans le cadre de l'audition de l'enfant en justice contient aussi neuf questions, qui portent sur la situation de l'enfant, sur son opinion quant à la décision qui doit être prise dans sa situation,

²²⁶ Dit « questionnaire de Silberfeld » : M. SILBERFELD, C. NASH, P.-A. SINGER, « Capacity to complete an advance directive », art. préc.

sur les raisons de son opinion et sur ses effets pour lui et sa famille. Cet outil a été présenté aux magistrats rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain, puis il leur a été laissé le temps nécessaire à la lecture du document proposé. L'investigateur a ensuite recueilli les observations des magistrats ainsi que, le cas échéant, leurs suggestions d'amélioration. Elle leur a aussi demandé si l'utilisation d'un tel outil pourrait leur être utile et s'ils pensaient que ce type de procédure pourrait être adapté à l'évaluation du discernement de l'enfant préalablement à l'audition. Leurs réactions sont représentées au sein des graphiques n° 6, en annexe 8. Le tableau n° 2, figurant également en annexe 8, synthétise les commentaires et les propositions d'adaptation, pour chacune des questions issues de l'adaptation de la grille de Silberfeld.

L'accueil que les magistrats ont réservé à l'outil qui leur a été présenté est intéressant. Il ressort de leurs réponses qu'une majorité des magistrats interrogés n'est pas favorable à l'utilisation de l'outil proposé dans le cadre d'une évaluation du discernement de l'enfant préalablement à l'audition. Dix-huit magistrats ont ainsi déclaré que l'outil présenté ne pourrait pas être adapté à l'évaluation du discernement préalablement à l'audition, six magistrats ont au contraire estimé que cet outil pourrait être utile et trois magistrats ont eu une réaction mitigée. La raison qui a été avancée par les magistrats défavorables à l'utilisation de cet outil dans le cadre préparatoire à l'audition est qu'ils n'ont pas le temps de rencontrer une première fois l'enfant pour évaluer son discernement, quel que soit l'outil qui permettrait cette évaluation. En revanche, les magistrats se sont montrés plus favorables à l'outil qui leur était présenté s'il s'agissait de l'utiliser dans la conduite de l'entretien avec l'enfant. En effet, seize magistrats, soit plus de la moitié, ont estimé que ce type de trame pourrait leur être utile pour les auditions d'enfants, huit magistrats ont considéré qu'il ne leur serait pas utile et cinq magistrats se sont montrés hésitants. Trois magistrats ont même demandé à l'investigateur s'ils pouvaient conserver une copie du document qui leur était présenté, afin de s'en servir lors des auditions d'enfants. Ainsi, si l'utilisation de la grille d'entretien que l'équipe de recherche a soumis aux magistrats se révèle inadaptée à l'évaluation de son discernement préalablement à la réalisation d'une éventuelle audition, cette grille pourrait selon eux être exploitée pour la conduite de l'audition. Une part importante des magistrats ayant souligné la nécessité d'adapter l'outil proposé, l'équipe de recherche s'est attachée, dans la phase du projet de recherche consacrée à la formulation de recommandations, à prendre en considération leurs remarques et leurs suggestions.

4. Recommandations

L'équipe de recherche estimant indispensable de maintenir la souplesse permise par les textes quant à l'entretien du juge avec l'enfant, elle ne préconise aucune modification des dispositions législatives ou réglementaires applicables en la matière. Les propositions qu'elle va formuler ensuite constituent avant toute un ensemble de bonnes pratiques qui peuvent guider la conduite de l'entretien du juge aux affaires familiales avec l'enfant, mais

qui sont naturellement adaptables au regard de chaque enfant et de chaque situation. Deux recommandations semblent néanmoins impératives. La première tient à l'exigence que, lorsque le juge ordonne l'audition de plusieurs enfants d'une même fratrie, il entende ces enfants séparément. La réalisation d'auditions distinctes favorisera l'expression d'une parole libre et affranchie des influences extérieures, et permettra de considérer chaque enfant comme un sujet individuel, ayant ses opinions personnelles et son propre ressenti. Cela étant, dans la mesure où l'équipe de recherche a préconisé que tous les enfants de la fratrie soient accompagnés dans la procédure par le même avocat, elle préconise que les auditions des frères et sœurs soient réalisées les unes à la suite des autres, de manière à éviter une multiplication des déplacements de l'avocat au tribunal, qui paraîtrait peu justifiée au regard de la modicité des sommes lui étant attribuées au titre de l'aide juridictionnelle²²⁷. La seconde recommandation concerne la présence d'un greffier lors de l'audition de l'enfant. Au cours de ses travaux, l'équipe de recherche s'est interrogée sur le point de savoir s'il était préférable que le compte rendu de l'audition de l'enfant²²⁸ soit rédigé par le juge ou par son greffier. Il est vrai qu'en pratique le déficit de greffiers rend parfois difficile la présence d'un greffier pour rédiger le compte rendu d'audition pendant que le juge recueille la parole de l'enfant. Pour autant, la rédaction du compte rendu par le greffier présente deux attraits essentiels. Elle permet au juge de se concentrer sur son entretien avec l'enfant et sur le langage corporel de celui-ci. Cela montre en outre à l'enfant que le juge est à son écoute, alors qu'il pourrait imaginer l'inverse si le juge s'adressait à lui en tapotant dans le même temps sur son clavier, les yeux sur son écran d'ordinateur. L'équipe de recherche recommande donc que l'audition de l'enfant soit toujours réalisée en présence d'un greffier chargé de prendre en note les propos de l'enfant afin que le juge puisse ensuite les reprendre avec l'enfant et les synthétiser si nécessaire. Il importe alors que le juge explique bien à l'enfant, au début de leur entretien, qui est le greffier et quel est son rôle, de sorte qu'il ne soit pas intimidé par la présence d'un troisième adulte aux côtés du juge et de son avocat. S'agissant de la question du tutoiement ou du vouvoiement, le tutoiement, qu'adopte une très large majorité des magistrats rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain, semble nettement préférable. Rien n'empêche d'ailleurs que, face à un adolescent, le juge lui demande s'il est d'accord pour qu'il le tutoie.

Une fois formulées ces recommandations d'ordre général sur l'audition de l'enfant, les chercheurs se sont donnés pour objectif de bâtir une trame que les magistrats pourraient adopter lorsqu'ils auditionnent un enfant. Ce schéma doit répondre à un double impératif puisqu'il convient tout autant de proposer une structure minimale qui soit respectueuse de l'intérêt de l'enfant et qui favorise l'émergence de sa parole, que de maintenir une souplesse indispensable à l'adaptabilité des modalités de recueil de la parole de l'enfant en fonction de chaque enfant. L'équipe de recherche a élaboré une grille que les juges aux affaires

²²⁷ Pour rappel, l'avocat qui accompagne l'enfant lors de son audition par le juge aux affaires familiales perçoit trois unités de valeur, soit, selon le droit en vigueur, 96 euros par enfant entendu au cours de la procédure.

²²⁸ Réalisé en application de l'article 338-12 du Code de procédure civile, sur lequel cf. *infra* p. 150 et s.

familiales pourraient suivre dans la conduite des entretiens avec l'enfant. Cette grille figure en annexe 6 et pourrait faire l'objet d'une diffusion auprès des magistrats au moyen d'une circulaire de la Chancellerie. La trame envisagée s'inspire d'une part des pratiques identifiées au travers principalement des entretiens réalisés avec les magistrats. Elle se fonde d'autre part sur les recommandations émises par les chercheurs dans le domaine de la psychologie judiciaire, plus particulièrement en ce qui concerne l'audition de l'enfant victime dans le cadre des procédures pénales, notamment le protocole du NICHD²²⁹ et l'entretien cognitif²³⁰. La proposition d'entretien élaborée par l'équipe de recherche comprend cinq phases.

La première est une phase d'explications, qui consiste d'abord pour le juge à se présenter et à présenter son greffier ainsi que le rôle de chacun. Ensuite, le juge va fournir à l'enfant un certain nombre d'informations qui ne devraient constituer que des rappels si la désignation systématique d'un avocat pour accompagner l'enfant, préconisée par l'équipe de recherche, était actée²³¹. En effet, l'avocat devrait avoir reçu l'enfant en amont de sa rencontre avec le juge en vue de préparer son audition et devrait lui avoir donné des explications à cette occasion, notamment sur les conséquences de son audition. Ainsi, le juge rappellerait à l'enfant que ses opinions sont importantes, mais que c'est lui qui prendra la décision au regard de ce que commande son intérêt. Le juge rappellerait également à l'enfant qu'il sera rendu compte aux parties de son audition, que le compte rendu sera envoyé aux avocats de ses parents et que ces derniers pourront y avoir accès. Dès lors, il avertirait l'enfant qu'il ne faut pas lui dire des choses dont il ne souhaiterait pas que ses parents soient informés. Le but n'est évidemment pas de limiter l'expression de l'enfant mais d'attirer loyalement son attention sur l'obligation faite au juge de rendre compte de sa parole aux parties, de sorte que l'intéressé ne s'étende pas sur des points qu'il ne souhaiterait pas voir porter à la connaissance de ses parents ou de l'un d'eux. Ce faisant, le juge pourrait rassurer l'enfant en lui disant que le compte rendu lui sera lu en fin d'audition et qu'ils pourront ensemble ajuster ou ajouter certains points.

La deuxième phase de l'entretien correspondrait à ce que les magistrats rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain nomment généralement le « récit libre » de l'enfant. Les recherches menées en psychologie montrent qu'il est préférable, du moins dans un premier temps, de laisser l'enfant s'exprimer librement plutôt que de lui poser des questions. Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies préconise également que « l'audition de l'enfant [prenne] la forme d'un entretien plutôt que d'un interrogatoire ». Ainsi, l'équipe de

²²⁹ Cf. M. CYR, *Recueillir la parole de l'enfant témoin ou victime – De la théorie à la pratique*, op. cit., p. 137 et s. ; M.-E. LAMB, Y. ORBACH, I. HERSHKOWITZ, PH. ESPLIN, D. HOROWITZ, « Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children : a review of research using the NICHD Investigate Interview Protocol », *Child Abuse & Neglect*, 2007, vol. 31, n° 11, p. 1201.

²³⁰ Cf. R. E. GEISELMAN et J. PADILLA, « Cogniting interviewing with child witnesses », *Journal of police Science & Administration*, 1988, 16(4), p. 236 ; M. BRUNEL et J. PY, « Questioning the acceptability of the cognitive interview to improve its use », art. préc.

²³¹ Cf. *supra* p. 122 et s.

recherche recommande que le juge invite en premier lieu l'enfant à parler de lui et de ce qu'il aime faire. Elle déconseille aux magistrats les questions directes sur l'école, qui risquerait de bloquer l'échange lorsqu'il y a un rejet scolaire de la part de l'enfant. Cette phase d'approche sur la vie de l'enfant permettrait de faire en douceur la transition vers les contenus déclaratifs. Ainsi, en second lieu, le juge inviterait l'enfant à lui expliquer pourquoi il a demandé à le rencontrer. Il convient de rappeler que, parmi les propositions de réforme formulées par l'équipe de recherche, figure la suppression de la faculté pour les parties de solliciter l'audition de l'enfant. L'enfant âgé de plus de dix ans recevrait un formulaire d'information, qu'il pourrait retourner à la juridiction afin de faire connaître son souhait d'être auditionné. L'enfant âgé de moins de dix ans pourrait aussi recevoir un tel formulaire sur décision du juge. A défaut, il pourrait lui-même solliciter son audition par le juge aux affaires familiales²³². Ainsi, toute audition d'enfant supposerait que l'intéressé ait manifesté son souhait d'être entendu. En outre, la désignation systématique d'un avocat pour assister l'enfant dont l'audition serait ordonnée aurait pour conséquence que l'avocat rencontrerait l'enfant avant son audition par le juge et s'assurerait alors de la sincérité du souhait de son client d'être entendu. Au regard de ces deux précautions, le risque que le juge s'entretienne avec un enfant qui ne souhaitait pas le rencontrer serait vraisemblablement écarté dans le cadre du dispositif envisagé par l'équipe de recherche. Sollicité par le juge pour lui dire ce qui l'a amené à demander son audition, l'enfant pourrait ainsi s'exprimer librement.

La troisième phase de l'entretien serait une phase de « questions / réponses » qui aurait deux ambitions. D'une part, elle compléterait les éléments abordés par l'enfant dans la deuxième phase de l'audition au cours de son récit libre. D'autre part, elle permettrait au magistrat de jauger le niveau de discernement de l'enfant, en lui posant différentes questions destinées à évaluer sa capacité à comprendre la situation qui le concerne, à distinguer les souhaits de chacun de ses parents de son propre ressenti, à expliquer pourquoi il formule tel ou tel souhait et à imaginer les conséquences qu'emporterait la prise en compte de ses opinions pour lui et pour sa famille. Ainsi, le juge demanderait à l'enfant comment les choses se passent avec ses parents en ce moment, s'il sait ce que sa mère voudrait, s'il sait ce que son père voudrait, ce que lui-même souhaiterait, pourquoi il souhaiterait cela et ce qui se passerait si son souhait était retenu. L'emploi du conditionnel est important pour éviter que l'enfant ne s'imagine que le juge se conformera nécessairement à ses souhaits et qu'il n'ait à porter la responsabilité de la décision judiciaire. Naturellement, ces questions seraient adaptées selon le contexte et la procédure. Si le juge aux affaires familiales statuait sur la demande d'organisation d'un droit de visite formulée par les grands-parents de l'enfant et auxquels ses parents seraient opposés, il serait demandé à l'enfant s'il sait ce que ses grands-parents voudraient, s'il sait ce que ses parents voudraient et ce que lui-même souhaiterait.

²³² Cf. *supra* p. 91 et s.

La quatrième phase de l'entretien serait une phase dite de « reformulation », c'est-à-dire que le juge s'assurerait qu'il a bien compris ce que l'enfant a souhaité exprimer. Pour cela, il reformulerait les propos de l'enfant et lui demanderait si c'est effectivement ce qu'il a voulu dire. De nouveau, le juge dirait à l'enfant qu'il va réfléchir à ce qui est le mieux pour lui et sa famille et qu'il pourra prendre une décision différente de celle que l'enfant souhaite.

L'ultime étape de l'audition serait destinée à la clôture de l'entretien. Il s'agirait d'abord, pour le juge, de demander à l'avocat de l'enfant s'il a une question à poser à son client. L'objectif serait que l'avocat puisse si nécessaire amener l'enfant à aborder un point qu'il aurait évoqué lors de leur rencontre préparatoire à l'audition, mais sans le développer lui-même. Ensuite, le juge établirait le compte rendu de l'audition à partir des notes prises par le greffier puis il en ferait lecture à l'enfant, qui pourrait apporter certaines précisions et quelques modifications, dans le respect toutefois du principe du contradictoire²³³. Le juge demanderait à l'enfant s'il a quelque chose à ajouter ou s'il a des questions. Enfin, il importe que, pour terminer l'entretien, le juge aborde un sujet neutre, ce qui permettra à l'enfant de repartir plus serein que si son audition s'achevait sur les difficultés familiales qu'il rencontre. Le juge peut ainsi demander à l'enfant ce qu'il va faire du reste de sa journée ; par exemple, si l'enfant lui a dit qu'il faisait partie d'un club de natation, il peut en dernier lieu lui demander s'il va aller nager aujourd'hui. Jusque dans les derniers instants de l'audition, la trame proposée place l'intérêt de l'enfant au cœur des préoccupations.

²³³ Cf. les recommandations formulées par l'équipe de recherche à propos de l'élaboration du compte rendu d'audition *infra* p. 159 et s.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 40 :

Lorsque le juge ordonne l'audition de plusieurs enfants d'une même fratrie, chaque enfant devrait être entendu séparément. Les auditions devraient être réalisées les unes à la suite des autres.

Recommandation n° 41 :

L'audition de l'enfant par le juge devrait être réalisée en présence d'un greffier.

Recommandation n° 42 :

L'audition de l'enfant pourrait être réalisée en suivant une trame diffusée auprès des juges aux affaires familiales par une circulaire du Garde des Sceaux²³⁴.

²³⁴ Cf. en annexe 6 le guide élaboré par l'équipe de recherche à destination des juges aux affaires familiales pour la conduite de l'audition de l'enfant.

III. Les conséquences de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

Il résulte de l'article 388-1 alinéa 3 du Code civil que l'audition de l'enfant est sans incidence sur son statut procédural. En effet, selon ce texte, « l'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure ». L'enfant n'étant pas partie dans la procédure diligentée par ses parents devant le juge aux affaires familiales et relative aux modalités d'exercice de l'autorité parentale²³⁵, il n'a pas vocation à le devenir une fois que son audition a été ordonnée ou réalisée. L'étude des effets de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales amène donc essentiellement à s'interroger sur l'influence de cette audition, que ce soit sur le débat judiciaire ou à l'égard de la décision judiciaire. Il convient ainsi d'envisager les conséquences de l'audition de l'enfant dans la procédure qui le concerne, ce qui soulève d'une part la question de l'accès des parties à la parole de l'enfant et donc celle du compte rendu d'audition (A) et d'autre part la question de la portée de l'audition de l'enfant sur la décision du juge (B).

A – Le compte rendu de l'audition de l'enfant

1. Étude des règles applicables

Dès lors que la parole de l'enfant entre dans les éléments que le juge va prendre en compte pour rendre sa décision, les parties à la procédure doivent pouvoir accéder à cette parole, c'est-à-dire qu'elles doivent pouvoir en prendre connaissance et en discuter, conformément au principe de la contradiction. Ce principe, qui figure au rang des principes directeurs du procès civil, interdit au juge de retenir, dans sa décision, un élément dont les parties n'auraient pas pu débattre contradictoirement²³⁶. Le principe de la contradiction n'a été envisagé, dans le cadre spécifique de l'audition de l'enfant en justice, que par le décret du 20 mai 2009, qui a affirmé à l'article 338-12 du Code de procédure civile que « dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte rendu de [son] audition » et que « ce compte rendu est soumis au respect du contradictoire ». Le compte rendu d'audition doit ainsi réaliser un équilibre entre deux impératifs qui paraissent *a priori* difficilement conciliables. Le premier impératif est le respect du principe du contradictoire, qui impose que les parties puissent avoir connaissance des éléments issus de l'audition de l'enfant et susceptibles d'influer sur la décision du juge. Le second impératif est le respect de l'intérêt de l'enfant, lequel peut, à l'inverse, impliquer parfois que certains des propos qu'il a tenus au juge ne soient pas divulgués à ses parents, afin de parer tout risque de rétorsion parentale et d'utilisation de ses dires à des fins stratégiques par l'un de ses parents contre l'autre²³⁷.

²³⁵ Qu'elle porte sur la fixation de la résidence de l'enfant chez l'un de ses parents, sur le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent, sur la pratique religieuse de l'enfant, sur sa scolarité, sur sa santé ou encore sur ses loisirs.

²³⁶ Art. 16 C. pr. civ.

²³⁷ J.-M. HAYAT et N. FRICERO, « La réforme de l'audition de l'enfant en justice : un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité du procès », *RJPF* n° 10, octobre 2009, p. 8.

Devant la difficulté que peut soulever la conciliation de ces deux exigences, les rédacteurs de la circulaire du 3 juillet 2009 ont promu une certaine souplesse s'agissant du compte rendu de l'audition de l'enfant. La circulaire indique en effet qu'aucune forme n'étant exigée pour ce compte rendu, il peut donc être écrit ou oral. Elle ajoute que le compte rendu n'est pas un procès-verbal qui impliquerait une restitution littérale et exhaustive des propos de l'enfant. En conséquence, le compte rendu d'audition peut, selon la circulaire, consister en une synthèse des dires de l'enfant.

La circulaire du 3 juillet 2009 a par ailleurs indiqué qu'il serait « opportun que le magistrat ou le tiers explique à l'enfant, préalablement à son audition, que les parties à la procédure auront connaissance du contenu de ses propos ». Cela paraît en effet essentiel pour que l'expression par l'enfant de sa parole ne puisse être un piège qui se refermerait ensuite contre lui. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle l'équipe de recherche a préconisé que l'enfant soit avisé, dès la réception du formulaire qu'elle a envisagé, qu'il sera rendu compte de son audition aux parties²³⁸, ce qui n'empêche pas qu'il demeure souhaitable que le juge aborde également la question du compte rendu d'audition avec l'enfant au début de leur entretien²³⁹.

La Cour de cassation n'a eu que très peu l'occasion de se prononcer sur le compte rendu de l'audition de l'enfant. Il est cependant possible de faire mention d'un arrêt en date du 9 décembre 2009 dans lequel la Première Chambre civile a réfuté l'argument de la demanderesse au pourvoi qui reprochait aux juges du fond de ne pas avoir vérifié si l'enfant avait été informé de son droit d'être assisté par un avocat, en relevant notamment qu'il résultait du compte rendu d'audition que l'enfant avait accepté d'être entendu sans avocat²⁴⁰. De cette précision, il peut être déduit que la Haute juridiction exige à tout le moins que, lorsque l'enfant a été entendu seul, le compte rendu de son audition indique qu'il a été effectivement informé par le juge de son droit d'être assisté par un avocat et n'a pas souhaité l'exercer²⁴¹.

2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant

Les quinze conventions relatives à l'audition de l'enfant qu'a étudiées l'équipe de recherche rappellent que l'audition du mineur fait l'objet d'un compte rendu, soumis au principe du contradictoire et établi dans l'intérêt de l'enfant. La plupart des conventions contiennent en outre des précisions quant à la forme du compte rendu d'audition, quant à la diffusion de ce compte rendu, ou encore quant au moment où il doit être rendu compte de la parole de l'enfant aux parties.

²³⁸ Cf. en annexe 7 la proposition de formulaire qu'a élaborée l'équipe de recherche.

²³⁹ Cf. *supra* p. 146.

²⁴⁰ Cass., 1^{re} civ., 9 décembre 2009, n° 08-18.145 (non publié au Bulletin), *Gaz. Pal.*, 23 janvier 2010, n° 23, p. 22, note E. MULON.

²⁴¹ A. GOUTTENORE, obs. Cass., 1^{re} civ., 9 décembre 2009, *EDFP*, 10 mars 2010, n° 3, p. 4.

En premier lieu, les conventions apportent des indications concernant la forme dans laquelle il doit être rendu compte de l'audition de l'enfant aux parties à la procédure. De façon marginale, certaines conventions laissent au magistrat le soin de déterminer laquelle de la forme écrite ou de la forme orale est la plus opportune pour rendre compte de la parole de l'enfant aux parties. Ainsi, les conventions d'Alès et de Montpellier indiquent que le compte rendu sera soit effectué oralement à l'audience, soit communiqué par écrit, tout en précisant aux magistrats qui opteraient pour la forme écrite que le compte rendu d'audition n'est pas un procès-verbal. La convention de Niort laisse également au juge aux affaires familiales le choix d'opter pour un compte rendu écrit ou pour un compte rendu oral, en précisant que « le greffier prendra note du contenu du compte rendu aux parents s'il est fait oralement ». Mais la plupart des conventions encouragent les magistrats à opter pour un compte rendu en la forme écrite. Plusieurs conventions prévoient ainsi que « l'audition du mineur fait l'objet d'un compte rendu écrit » (Bobigny, Meaux, Melun, Nanterre, Nice, Paris, Pontoise, Rouen, Thionville, Valenciennes) ou qu'« un compte rendu est rédigé » lors de l'audition de l'enfant par le juge ou par le tiers désigné (Toulouse). Parmi ces conventions, quelques-unes admettent que le magistrat puisse néanmoins se réserver la possibilité de restituer lui-même le contenu de l'audition de l'enfant aux parties lors de l'audience (Bobigny, Nanterre, Nice, Paris, Pontoise, Toulouse, Valenciennes). La convention de Thionville ne donne au juge cette possibilité que « dans des circonstances exceptionnelles motivées par l'intérêt de l'enfant ».

La faveur exprimée par la majorité des conventions pour le compte rendu écrit s'explique sans doute par la volonté de gagner du temps, que ce soit par souci de respecter l'impératif de célérité de la procédure ou au regard des contraintes matérielles qui affectent l'activité juridictionnelle. En effet, lorsque l'audition de l'enfant a lieu après l'audience réunissant les parties et qu'il leur est ensuite rendu compte de cette audition par écrit, le juge aux affaires familiales n'est pas tenu d'organiser une nouvelle rencontre avec les parties dans le but de leur rendre compte de la parole de l'enfant. Ce faisant, le magistrat demeure soumis au principe du contradictoire, ce qui explique les précisions apportées par certaines conventions pour que soit respectée la contradiction dans l'hypothèse où l'audition de l'enfant est réalisée après les débats entre les parties. Ainsi, les conventions d'Alès et de Montpellier posent le principe qu'en pareil cas, l'affaire doit être renvoyée à une seconde audience. Mais toutes deux admettent que les parties puissent faire savoir, par déclaration au greffe ou par une mention en retour du bulletin accompagnant le compte rendu d'audition, qu'elles n'entendent pas poursuivre les débats, auquel cas une date de délibéré leur est communiquée. Dans le même sens, à Nice, lorsque l'audition de l'enfant a lieu après les débats, elle est suivie d'une seconde audience afin de recueillir les observations des parties, l'objectif étant de permettre un débat contradictoire sur les sentiments exprimés par l'enfant. Mais la convention niçoise dispose que les parties peuvent renoncer à l'organisation d'une nouvelle audience « en adressant un courrier par l'intermédiaire de leurs

conseils, si elles entendent maintenir leurs positions initiales, après consultation de l'audition ». Egalement, la convention de Chartres, dont il résulte qu'en principe l'audition est organisée après les débats entre les parties, prévoit que le juge aux affaires familiales fixera une seconde audience pour recueillir leurs observations, mais il peut aussi autoriser la production, par chacune des parties, d'une note en délibéré, « l'objectif [étant] de permettre un débat contradictoire sur les éléments recueillis lors de [l'] audition ». L'alternative entre organisation d'une seconde audience et production d'une note en délibéré par les parties est aussi offerte au juge par la convention de Meaux. Des dispositions similaires figurent dans la convention de Rouen, qui réserve cependant l'organisation d'une seconde audience à la demande formulée en ce sens par l'une des parties. La production d'une note par les parties plutôt que l'organisation d'une nouvelle audience peut apparaître comme un compromis intéressant entre le respect de la contradiction et l'exigence de célérité de la procédure. Enfin, certaines conventions n'envisagent, pour faire respecter le principe de la contradiction en cas d'audition du mineur réalisée postérieurement à l'audience, qu'un mode de restitution de la parole de l'enfant aux parties. Ainsi, la convention de Melun n'envisage que la production d'une note en délibéré, tandis que celle de Toulouse ne vise que la possibilité pour le magistrat d'« éventuellement » convoquer les parties à une seconde audience afin de permettre un débat contradictoire sur les sentiments exprimés par l'enfant.

En deuxième lieu, les rédacteurs des conventions relatives à l'audition de l'enfant se sont interrogés sur la diffusion du compte rendu d'audition lorsque la parole de l'enfant est portée à la connaissance des parties en la forme écrite. Lorsque le juge aux affaires familiales rend compte de l'audition oralement, à l'occasion de l'audience avec les parties, il peut échanger avec les parents sur les propos tenus par l'enfant, ce qui protège celui-ci en diminuant le risque qu'il soit par la suite soumis à des interrogatoires ou à des réprimandes parentales. En revanche, le compte rendu écrit ne permet pas un tel échange. C'est pourquoi les rédacteurs de la majorité des conventions ont estimé préférable que, lorsqu'il prend la forme d'un écrit, le compte rendu d'audition ne soit pas communiqué directement aux parties, lesquelles sont le plus souvent les parents de l'enfant entendu par le juge. En effet, plutôt que d'opter pour une transmission directe du compte rendu d'audition aux parties, les conventions aménagent soit une consultation du compte rendu au greffe, soit sa communication aux avocats des parties à la procédure. D'une part, les conventions de Bobigny, de Melun, de Nanterre, de Nice, de Paris, de Pontoise et de Toulouse prévoient que le compte rendu d'audition est consultable par les parties et par leurs avocats, qui peuvent en prendre connaissance au greffe. D'autre part, certaines conventions prévoient que le compte rendu d'audition est adressé aux avocats des parties. Tel est le cas de la convention de Valenciennes. A Montpellier, le compte rendu est transmis aux avocats constitués « par simple bulletin par voie du palais » ; il en va de même à Niort. A Meaux, depuis la signature en 2014 de l'avenant à la convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant, le greffe transmet automatiquement et par fax une copie du compte

rendu d'audition aux avocats des parties. A Thionville, une telle copie est déposée dans la case des avocats des parties. En outre, la convention toulousaine admet qu'une copie du compte rendu d'audition puisse être délivrée à l'avocat, mais uniquement sur demande de sa part. Enfin, la convention rouennaise prévoit à la fois que « le greffe transmet aux conseils copie du compte rendu » et que « les parties en personne pourront consulter le compte rendu au greffe ».

Dans les situations où les avocats des parties peuvent être destinataires du compte rendu d'audition, les rédacteurs des conventions ont estimé nécessaire, par égard pour l'intérêt de l'enfant, de défendre aux avocats de communiquer un exemplaire du compte rendu à leurs clients. Ainsi, les conventions de Meaux, de Montpellier, de Nice, de Niort, de Rouen et de Toulouse affirment que les avocats s'engagent à ne pas transmettre la copie du compte rendu d'audition à leurs clients « dans le respect de l'intérêt de l'enfant ». La convention de Meaux ajoute que toute difficulté sera soumise au bâtonnier de l'ordre des avocats. Dans le même sens, la convention de Thionville précise que les avocats s'engagent à ne donner aucune copie, matérialisée ou dématérialisée, du compte rendu d'audition à leurs clients « afin de préserver l'intérêt supérieur de l'enfant ». De surcroît, certaines conventions interdisent aux avocats d'utiliser le compte rendu d'audition à d'autres fins que la restitution de la parole de l'enfant entendu en justice aux parties à la procédure. En effet, les conventions de Rouen et de Toulouse prévoient qu'une copie du compte rendu d'audition puisse être adressée aux avocats des parties « pour l'usage exclusif de la procédure au sein de laquelle l'enfant a été entendu ». Les conventions de Meaux et de Nice contiennent des dispositions similaires.

Il reste que, dans certains cas, les parties n'ont pas constitué avocat, et qu'il convient néanmoins de porter la parole de l'enfant à leur connaissance, dans le respect du principe du contradictoire. Cette possibilité a été envisagée par certaines conventions, telles que celles d'Alès, de Montpellier, de Thionville et de Valenciennes, qui disposent que les parties n'ayant pas constitué avocat sont invitées à consulter le compte rendu au greffe. Ces conventions précisent qu'aucune copie du compte rendu d'audition ne sera remise aux parties, ce qui doit être approuvé au regard de l'intérêt de l'enfant. La convention de Thionville, qui prévoit également que les parties non assistées par un avocat peuvent prendre connaissance du compte rendu d'audition au greffe, ajoute qu'elles ne peuvent faire de photographie de ce compte rendu. En revanche, la convention de Niort prévoit que lorsque le compte rendu est écrit et que les parties n'ont pas constitué avocat, le compte rendu leur est notifié par le greffe. Motivée par la volonté de respecter le principe du contradictoire, cette pratique s'avère en décalage avec l'impératif de protection de l'enfant, qui exige que ses parents ne soient pas directement destinataires du compte rendu de son audition, au risque que l'enfant soit « traduit devant un véritable tribunal familial réuni pour la lecture » des propos qu'il aurait tenus devant le juge²⁴².

²⁴² J. BIGOT et Cl. SCHAUDER, « Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », art. préc.

Par ailleurs, plusieurs conventions disposent que le compte rendu d'audition reste au dossier, afin de permettre à tout autre juge de première instance ou d'appel d'en connaître la teneur et de statuer en considération de cet élément soumis à la connaissance des parties et au débat contradictoire (Bobigny, Meaux, Melun, Nanterre, Nice, Paris, Pontoise, Thionville, Toulouse, Valenciennes). Ces dispositions se justifient aisément en cas de changement de juge aux affaires familiales amené à statuer dans la procédure au sein de laquelle l'enfant a été entendu, car il importe qu'il puisse prendre connaissance de la parole de l'enfant avant de rendre sa décision. En revanche, la mention du juge d'appel est plus discutable, du fait de l'effet dévolutif de l'appel. Il résulte en effet de l'article 561 du Code de procédure civile que l'appel remet la chose jugée en question devant la juridiction d'appel pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit. Dès lors, le juge d'appel ne devrait pouvoir accéder au compte rendu de l'audition de l'enfant réalisée en première instance que dans l'hypothèse où l'intéressé n'a pas formé de nouvelle demande d'audition au stade de l'appel. La Cour de cassation a en effet consacré, au bénéfice de l'enfant, un droit au renouvellement de son audition dans le cadre de la procédure en appel²⁴³, à condition toutefois qu'il en fasse la demande à hauteur de cour²⁴⁴. Cela est tout à fait pertinent dans la mesure où les sentiments et besoins de l'enfant ne sont pas figés dans le temps. Il se peut que, entre son audition par le juge de première instance et, le cas échéant, la procédure devant la cour d'appel, les sentiments de l'enfant aient évolué, *a fortiori* lorsqu'un laps de temps important s'est écoulé entre les deux instances. En conséquence, le juge d'appel étant tenu de procéder à une nouvelle audition de l'enfant qui lui en ferait la demande, la cour d'appel ne devrait pouvoir se fonder que sur le compte rendu réalisé à la suite de la seconde audition de l'enfant.

En troisième lieu, certaines conventions contiennent une précision s'agissant du moment où il est rendu compte de l'audition de l'enfant aux parties. Tel est le cas de la convention de Montpellier, dont il résulte que « le juge évitera de procéder à la restitution de la parole de l'enfant immédiatement après l'audition ». Dans le même sens, les conventions de Meaux et de Paris affirment que « la restitution par le juge ou la mise à disposition du compte rendu aux parties ne doit pas avoir lieu dans le temps concomitant de l'audition afin de préserver l'intérêt de l'enfant ». Il est en effet souhaitable que l'audition de l'enfant ne soit pas immédiatement suivie d'une restitution ou d'une retranscription de sa parole aux parties, qui serait susceptible de mettre l'enfant en difficulté.

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

²⁴³ Cass. 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, préc.

²⁴⁴ Cass., 1^{re} civ., 14 septembre 2017, n° 17-19.218, *Bull. civ. I* 2015, n° 118, *Petites affiches*, 28 septembre 2018, n° 139, p. 6 chron. « Droits de l'enfant », note B. MALLEVAEY.

Durant les entretiens que l'équipe de recherche a réalisés auprès des magistrats, ces derniers ont fait état de leurs pratiques s'agissant de la forme du compte rendu d'audition, de son élaboration, de son contenu et de sa diffusion.

Premièrement, il ressort des entretiens avec les magistrats, comme de l'étude des conventions relatives à l'audition de l'enfant, que la pratique du compte rendu en la forme écrite est incontestablement majoritaire. En effet, sur les vingt-neuf magistrats interrogés, dix-huit ont indiqué qu'ils rendaient systématiquement compte aux parties de l'audition de l'enfant au moyen d'un écrit ; un seul magistrat a déclaré qu'il optait toujours pour le compte rendu oral. Neuf magistrats ont pour leur part expliqué qu'ils recouraient le plus souvent au compte rendu écrit, mais qu'il pouvait leur arriver de privilégier une restitution orale de l'audition « pour protéger l'enfant » (trois magistrats), « en fonction de la complexité du dossier » (un magistrat), « pour pouvoir échanger avec les parents sur ce qu'a dit l'enfant, surtout quand il a dit des choses marquantes ou inquiétantes » (un magistrat), « lorsque l'enfant s'y oppose » (un magistrat) ou encore « lorsque les parties n'ont pas d'avocat » (trois magistrats). Ainsi, les magistrats adaptent la façon dont ils portent la parole de l'enfant à la connaissance de ses parents. Cela semble opportun, au regard notamment de l'intérêt de l'enfant. Il reste que cet impératif ne doit pas conduire à négliger le principe du contradictoire. En effet, il demeure incontournable que les parents puissent accéder à l'expression de l'enfant, afin de pouvoir en débattre dans la procédure qui les oppose.

Deuxièmement, sur l'élaboration du compte rendu d'audition, les magistrats ont d'abord apporté des précisions s'agissant du rédacteur du compte rendu lorsque ce dernier prend la forme écrite. Ainsi, treize magistrats ont indiqué que le compte rendu est rédigé par leur greffier durant l'audition et dix magistrats ont précisé qu'ils écrivent eux-mêmes le compte rendu au cours de leur entretien avec l'enfant. Six magistrats, qui ont déclaré qu'ils déléguaient « systématiquement » ou « le plus souvent » l'audition des enfants à un tiers, ont expliqué que cet auditeur d'enfants leur fait un rapport des auditions qu'ils réalisent et que celui-ci tient lieu de compte rendu de l'audition de l'enfant dans la procédure qui le concerne. Ensuite, seize magistrats ont signalé qu'ils lisaient systématiquement le compte rendu d'audition à l'enfant, ainsi qu'à son avocat lorsque l'intéressé est entendu en présence d'un avocat. La lecture à l'enfant du compte rendu de son audition peut satisfaire deux objectifs. Elle a vocation à permettre à l'enfant de prendre connaissance des propos qui seront portés à la connaissance de ses parents, ce qui semble le rassurer (trois magistrats), mais elle permet également au juge de vérifier que le compte rendu est fidèle aux propos que l'enfant a tenus et aux sentiments qu'il a souhaité exprimer (trois magistrats), qu'il n'a pas été fait une mauvaise interprétation de sa parole (deux magistrats) et que son message n'a pas été transformé (deux magistrats). Au cours ou au terme de la lecture à l'enfant du compte rendu de son audition, les juges aux affaires familiales peuvent lui permettre de modifier certains mots ou certaines phrases (six magistrats) et d'ajouter certaines choses (trois magistrats). L'avocat de l'enfant peut également demander à ce que certains propos

tenus par son jeune client soient reformulés (selon trois magistrats). La participation de l'enfant à l'établissement du compte rendu de son audition lui confère un rôle actif dans la restitution de ses dires à ses parents, ce qui mérite naturellement d'être approuvé au regard de l'impérative protection de son intérêt. Cette pratique peut cependant poser question s'agissant du respect de la contradiction, en particulier lorsqu'il est admis que l'enfant demande au juge de supprimer certains de ses propos du compte rendu d'audition. Six magistrats ont en effet indiqué qu'après avoir pris connaissance du compte rendu d'audition initialement rédigé, l'enfant pouvait demander à ce que certains termes ou certains passages soient supprimés. Un autre magistrat a déclaré qu'il donnait la possibilité à l'enfant « de [lui] dire des choses qui ne seront pas prises en note ; ça libère sa parole ». Ces éléments exprimés par l'enfant lors de son audition ne sont donc pas portés à la connaissance des parties, alors même que le juge les a entendus et qu'ils pourraient influencer sa décision, ce qui porte atteinte au principe du contradictoire. Cela étant, un magistrat a souligné que « les propos que l'enfant ne veut pas verser au contradictoire sont rarement déterminants dans [sa] décision ». Il s'agira par exemple d'un mot que l'enfant veut supprimer « pour ne pas faire de peine à l'un des parents » ou du fait que l'un des parents fréquente un nouveau compagnon et qu'il ne faut pas que l'autre parent l'apprenne, alors que cette révélation est sans incidence sur la décision judiciaire qui concerne l'enfant. Le rôle de l'enfant dans l'établissement du compte rendu d'audition va même plus loin parfois, puisque six magistrats ont précisé qu'ils faisaient signer le compte rendu d'audition par l'enfant, à l'instar de ce qui se pratique en matière de procès-verbal d'audition des mineurs victimes ou auteurs d'infractions pénales. Sept magistrats ont au contraire indiqué qu'ils ne demandaient pas à l'enfant de signer le compte rendu de son audition ; l'un d'eux a précisé qu'il ne fallait pas « sur-responsabiliser » l'enfant entendu dans la procédure familiale qui le concerne. Enfin, un magistrat a déclaré qu'il demandait aux avocats d'enfants de signer le compte rendu de l'audition de leurs jeunes clients.

Troisièmement, sur le contenu du compte rendu d'audition, il est possible d'observer que, parmi les magistrats qui ont signalé opter pour la forme écrite, onze juges aux affaires familiales ont fait mention d'un « procès-verbal » d'audition, alors même que la circulaire du 3 juillet 2009 a souligné que le compte rendu « n'est pas un procès-verbal qui impliquerait une restitution littérale des dires du mineur ». Il s'avère toutefois que, pour une large majorité des magistrats rencontrés, le compte rendu d'audition ne retranscrit pas l'intégralité des propos tenus par l'enfant. En effet, onze d'entre eux ont déclaré que le compte rendu synthétise les dires de l'enfant, consiste en un résumé de ses propos ou ne reprend que les points importants issus de son audition. Quatre magistrats ont ajouté que le compte rendu ne mentionne pas les questions posées à l'enfant. Seuls trois magistrats ont signalé que le compte rendu des auditions qu'ils réalisent comprend les propos de l'enfant de manière exhaustive et trois juges aux affaires familiales ont indiqué qu'ils retranscrivent dans le compte rendu toutes les questions posées à l'enfant. Par ailleurs, sept magistrats ont indiqué qu'ils rédigent le compte rendu d'audition « dans un style direct », « à la première

personne », en reprenant « les mots exacts de l'enfant », ses « propos bruts ». L'un de ces magistrats a expliqué qu'il procède de la sorte car le compte rendu est ainsi « plus parlant ». Un autre a déclaré que « le style direct fait plus réfléchir les parents que si le juge traduit les propos de l'enfant ». Un juge aux affaires familiales a souligné que le compte rendu d'audition peut être l'occasion de passer des messages aux parents. Il a fait mention à titre illustratif de la situation d'un enfant qui lui avait dit « quand je suis avec papa, il passe son temps sur son ordinateur, moi je m'ennuie, j'aimerais qu'il joue avec moi ». Il a repris ces propos tels quels dans le compte rendu d'audition, au style direct, car il était convaincu que le père comprendrait davantage l'envie de son enfant de passer du temps de qualité avec lui que s'il était écrit dans le compte rendu que « l'enfant déclare qu'il s'ennuie quand il est chez son père et qu'il aimerait jouer avec lui ». Au-delà des dires de l'enfant, les magistrats peuvent mentionner dans le compte rendu d'audition des éléments relevant du non-verbal, afin que les parents prennent conscience de l'état dans lequel se trouvait l'enfant lors de sa rencontre avec le juge. Ainsi, sept magistrats ont affirmé qu'ils pouvaient apporter des précisions sur la gestuelle ou sur les émotions de l'enfant lors de son audition, ou dire que « l'enfant est très ému », qu'il « a pleuré », qu'il « a l'air très tendu », « très affecté » ou encore « tétanisé ». Un magistrat a indiqué que, lorsqu'il ressent que le discours de son jeune interlocuteur est manipulé par l'un de ses parents, il écrit dans le compte rendu que « l'enfant est manifestement en difficulté pour exprimer son opinion propre ». A l'inverse, un juge aux affaires familiales n'hésite pas à dire dans le compte rendu que « l'enfant a l'air très à l'aise » ou « bien dans sa peau ». Enfin, quatre magistrats ont signalé que, lorsque le discours de l'enfant leur paraît « trop sec » ou « trop dur » ou « lorsque l'enfant a des propos violents envers l'un des parents », il leur paraît nécessaire d'« atténuer » les propos de l'enfant ou de les « édulcorer », dans le but d'adoucir la façon dont le parent en question va réceptionner les dires de son enfant, mais aussi pour protéger cet enfant du risque d'un châtement parental. De nouveau, si la bienveillance à l'égard de l'enfant est tout à fait louable, l'« édulcoration » des propos de l'enfant ne doit pas conduire à ce que le juge statue en considération d'éléments dont il aurait pris connaissance en auditionnant l'enfant et dont chacune des parties n'aurait pas été en mesure de débattre contradictoirement.

Quatrièmement, en matière de diffusion de la parole de l'enfant, des pratiques disparates d'une juridiction à l'autre peuvent être observées. Concernant d'abord l'accès des avocats des parties au compte rendu de l'audition de l'enfant, il y a autant de magistrats qui ont indiqué que le compte rendu d'audition était envoyé aux avocats des parties que de magistrats qui ont déclaré qu'il était accessible au greffe (huit magistrats dans les deux cas). Parmi eux, cinq magistrats ont précisé que les avocats avaient interdiction de délivrer une copie du compte rendu d'audition à leurs clients, mais qu'en pratique il n'était pas rare que l'avocat photocopie le compte rendu lorsqu'il en est destinataire ou en fasse une photographie lorsqu'il le consulte au greffe, puis qu'il adresse la photocopie ou la photographie à son client. Un magistrat, exerçant ses fonctions dans une juridiction où l'avocat des parties ne reçoit pas le compte rendu d'audition mais peut le consulter au greffe,

a dit avoir constaté que « bizarrement, certains avocats viennent lire l'audition, mais pas tous ». Concernant ensuite l'accès des parties elles-mêmes à la parole de l'enfant, cinq magistrats ont indiqué que le compte rendu d'audition était directement envoyé aux parties lorsqu'elles n'avaient pas d'avocat et six magistrats ont signalé que le compte rendu était consultable par les parties au greffe.

La question de la diffusion de la parole de l'enfant est de toute évidence apparue comme celle qui, s'agissant du compte rendu d'audition, met le plus les magistrats en difficulté. Ce constat peut être plus particulièrement dressé dans les juridictions où les parents ont un accès direct au compte rendu d'audition, parce qu'ils peuvent le consulter au greffe, voire parce qu'ils le reçoivent à leur domicile. Les magistrats semblent effectivement conscients que cette solution n'est pas optimale au regard de l'intérêt de l'enfant. Il est à ce titre loisible d'observer que la plupart des magistrats rencontrés dans des juridictions où les parents peuvent accéder directement au compte rendu d'audition ont ajouté des justifications telles que « ça avait été décidé comme ça avant mon arrivée, donc je fais comme ça », « c'est la politique du service donc je fais comme les collègues », « je fais ce que prévoit la convention sur l'audition de l'enfant » ou encore « ce n'est pas l'idéal, mais avant on faisait autrement et de toute façon des photos du compte rendu circulaient ». Ce besoin qu'ont ces magistrats d'expliquer leurs propres pratiques par un phénomène exogène est révélateur d'un certain malaise s'agissant de la diffusion du compte rendu d'audition. D'autres magistrats ont motivé la faculté offerte aux parents d'accéder directement au compte rendu de l'audition de leur enfant par la nécessité de respecter le principe du contradictoire. Quatre magistrats ont admis que l'envoi du compte rendu d'audition aux parents pouvait placer l'enfant dans des situations difficiles. Parmi ceux-ci, deux magistrats ont relaté la même anecdote d'un compte rendu d'audition de l'enfant qui avait été accroché sur le réfrigérateur de la cuisine familiale. Un autre juge a raconté qu'il lui était plusieurs fois arrivé qu'après avoir reçu le compte rendu de l'audition de son enfant, l'un des parents produise à l'audience suivante une lettre de l'enfant dans laquelle il avait écrit que ce qu'il avait dit lors de son audition était faux et qu'il voulait finalement l'inverse de ce qu'il avait exprimé en premier lieu. L'accès direct des parties au compte rendu d'audition, qui apparaît comme la solution la plus respectueuse du principe du contradictoire, peut conduire à ce que l'expression par l'enfant de sa parole se retourne contre lui, en négation totale de son intérêt.

4. Recommandations

L'analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant et des entretiens réalisés avec les magistrats a confirmé la tension qui existe entre deux exigences fondamentales mais opposées, que sont le principe du contradictoire et l'intérêt de l'enfant. Le premier est un principe directeur du procès civil et ne saurait être méprisé, le second doit guider toute

décision qui concerne les enfants²⁴⁵. L'article 338-12 du Code de procédure civile, issu du décret du 20 mai 2009, impose au magistrat de rendre compte de l'audition de l'enfant dans le respect de chacun de ces deux impératifs. L'équipe de recherche ne juge pas nécessaire que ce texte soit modifié, car il pose le cadre général de l'accès des parties à la parole de l'enfant, sans imposer une rigidité qui ne saurait convenir à la diversité des situations familiales et des auditions d'enfants. Cela étant, elle considère qu'une ligne de conduite peut être tracée pour guider l'action des juges aux affaires familiales lorsqu'ils portent la parole de l'enfant à la connaissance des parties.

Tout d'abord, l'équipe de recherche rejoint la tendance qui se dégage majoritairement de la pratique, selon laquelle il est souhaitable qu'un compte rendu écrit soit établi lors de l'audition de l'enfant. Le compte rendu écrit apparaît comme la meilleure garantie de respect du principe du contradictoire. Elle permet également de conserver au dossier une trace du contenu de l'audition de l'enfant, ce qui peut s'avérer utile en cas de changement de juge aux affaires familiales entre le moment de l'audition et le prononcé de la décision judiciaire. Le compte rendu écrit serait ainsi établi au terme de l'audition, à partir des notes prises par le greffier durant l'entretien du juge avec l'enfant, l'équipe de recherche ayant recommandé que l'audition se fasse en présence d'un greffier afin de permettre au juge de se concentrer sur son échange avec l'enfant²⁴⁶. Pour autant, la forme orale présente aussi d'importants attraits. En effet, lorsque l'audition a lieu avant l'audience entre les parties, la restitution orale permet au juge de prendre le temps d'expliquer aux parents les besoins exprimés par leur enfant et de répondre à leurs questions éventuelles. Les parties prennent ainsi connaissance de la parole de l'enfant de façon moins brutale que par le biais d'un compte rendu écrit. Le compte rendu oral permet en outre au juge de faire passer des messages aux parents, pour qu'ils prennent conscience de la souffrance de leur enfant et de la nécessité de le tenir éloigné de leur conflit conjugal²⁴⁷. De par ses vertus pédagogiques, l'oralité est sans doute la forme de compte rendu qui concourt le mieux à la protection de l'intérêt de l'enfant. C'est pourquoi l'équipe de recherche a préconisé que l'audition de l'enfant soit de préférence réalisée avant l'audience entre les parties²⁴⁸. De cette manière, quoique le compte rendu écrit apparaisse comme l'exigence minimale, le juge aux affaires familiales pourra compléter cet écrit par un échange avec les parents, à l'audience, sur les propos tenus par leur enfant et sur les souhaits qu'il aurait exprimés. Loin d'être exclusifs l'un de l'autre, compte rendu écrit et restitution orale des dires de l'enfant peuvent utilement se compléter, dans le respect du principe du contradictoire et de l'intérêt de l'enfant, mais aussi dans un souci d'apaisement des relations au sein de toute la famille.

Ensuite, l'équipe de recherche se montre très favorable à ce que le compte rendu d'audition consiste, comme l'a préconisé la circulaire du 3 juillet 2009, en une synthèse des

²⁴⁵ Conformément à l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

²⁴⁶ Cf. *supra* p. 145.

²⁴⁷ S. COURCELLE, « L'audition de l'enfant », *Gaz. Pal.* 1995, n° 3, doctr., p. 1408.

²⁴⁸ Cf. *supra* p. 133 et s.

dières de l'enfant, plutôt qu'en une retranscription littérale de sa parole. Ce procédé se révèle le plus protecteur de l'intérêt de l'enfant. Il ne contrarie nullement le principe du contradictoire, lequel implique que les parties aient connaissance des éléments issus de l'audition susceptibles de peser sur la décision du juge, mais n'exige pas qu'elles soient avisées de l'exacte teneur des propos de l'enfant. De plus, lorsque le juge l'estime nécessaire pour que les parents appréhendent au mieux les sentiments et besoins exprimés par l'enfant lors de son audition, il devrait opter pour une retranscription de la parole de l'enfant à la première personne et en reprenant exactement les termes et expressions employés par l'enfant. En outre, l'équipe de recherche encourage la pratique, semble-t-il assez répandue, qui consiste pour le juge à faire lecture du compte rendu à l'enfant en fin d'audition. Cette méthode paraît particulièrement opportune. En effet, dans l'hypothèse où l'enfant présenterait quelque inquiétude à l'idée que ses parents prendront connaissance de sa parole à l'issue de son audition, il peut être rassuré de savoir précisément ce dont ses parents seront informés, d'autant plus que les magistrats ont souvent tendance à adoucir les propos de l'enfant, dans son intérêt. Avisé de ce qui sera porté à la connaissance de ses parents, l'enfant ressortira certainement plus soulagé de son audition que s'il était totalement laissé dans l'inconnu. Ainsi, à partir des notes prises par le greffier, le juge établirait le compte rendu à la fin de l'audition et le lirait à l'enfant. L'équipe de recherche approuve également la possibilité laissée par de nombreux juges aux affaires familiales à l'enfant, ainsi qu'à son avocat le cas échéant, de modifier légèrement certains de ses propos ou de faire des ajouts au compte rendu d'audition, si tant est que la suppression de certains passages ne confine pas à une violation du principe du contradictoire. L'explication préalable, faite par le juge à l'enfant, de l'obligation que la loi lui impose de rendre compte de sa parole à ses parents et de la nécessité pour ces derniers de prendre connaissance de ses sentiments et besoins, devrait concourir à ce que l'enfant ne cherche pas trop à vider le compte rendu d'audition de son contenu. En revanche, l'équipe de recherche s'oppose à la pratique qui consiste à faire signer le compte rendu d'audition à l'enfant. Elle rejoint le point de vue exprimé par un juge aux affaires familiales, selon lequel cela fait peser sur l'enfant une responsabilité trop lourde. Inutile, ce formalisme est de surcroît artificiel. Il pourrait laisser l'enfant penser que son audition sera déterminante sur la décision du juge, alors que cette audition ne constitue qu'un élément parmi d'autres dont le juge aux affaires familiales va tenir compte pour rendre sa décision. La signature du compte rendu d'audition par l'avocat de l'enfant ne paraît guère davantage requise. Certes, *de lege lata*, elle a le mérite d'attester de la présence d'un avocat auprès de l'enfant lors de son audition. Dès lors que l'équipe de recherche préconise de systématiser l'accompagnement de l'enfant par un avocat, la signature de l'avocat sur le compte rendu d'audition deviendrait superflue. L'absence d'avocat aux côtés de l'enfant serait un obstacle à la réalisation de son audition par le juge aux affaires familiales, si bien qu'aucune audition d'enfant n'aurait lieu sans avocat.

En outre, bien qu'attentive au respect du principe du contradictoire, l'équipe de recherche estime qu'un envoi direct du compte rendu d'audition aux parents de l'enfant

doit être écarté, afin de préserver l'intérêt de celui-ci et d'éviter toute rétorsion parentale. Un envoi du compte rendu aux avocats des parties semble nettement préférable, même si le risque qu'ils présentent le document à leur client ou lui en fassent la lecture ne peut être totalement effacé. Lorsque l'un des parents de l'enfant n'est pas assisté par un avocat, il y aurait lieu d'autoriser la consultation du compte rendu d'audition au greffe par chacun des parents, par souci d'équité. Il devrait alors leur être formellement interdit de prendre en photographie le compte rendu d'audition. Dans la mesure où l'équipe de recherche recommande la désignation systématique d'un avocat pour assister l'enfant entendu en justice, il lui apparaît que l'avocat de l'enfant devrait également être destinataire du compte rendu de l'audition de son client, afin de le conserver dans son dossier.

Enfin, l'équipe de recherche salue l'initiative prise par les rédacteurs des conventions relatives à l'audition de l'enfant signées à Meaux, à Montpellier et à Paris, dont il résulte que la restitution de la parole de l'enfant à ses parents ne peut intervenir immédiatement après son audition. Un intervalle entre l'expression par l'enfant de sa parole et le compte rendu qui en est fait aux parties est en effet indispensable à la protection de l'intérêt de l'enfant. Mais cet intérêt exige aussi que la restitution de l'audition de l'enfant aux parties ne soit pas trop éloignée dans le temps du jour de l'audition, ce qui exposerait l'enfant au risque que ses parents imaginent et fantasment les propos qu'il a tenus devant le juge et qu'ils exercent sur lui des pressions pour en connaître la teneur. C'est pourquoi l'équipe de recherche estime qu'un délai de huit jours entre l'audition de l'enfant et l'accès des parties au compte rendu de cette audition serait raisonnable.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 43 :

Il devrait toujours être rendu compte de l'audition de l'enfant par un écrit, comprenant une synthèse des propos de l'enfant.

Recommandation n° 44 :

Durant l'audition, les propos de l'enfant devraient être pris en note par le greffier, pour permettre au juge d'établir le compte rendu à la fin de l'audition.

Recommandation n° 45 :

A la fin de l'audition, le juge devrait faire une lecture à l'enfant et à son avocat du compte rendu de l'audition. L'enfant, accompagné de son avocat, pourrait alors demander au juge de modifier certains termes ou certaines phrases au sein du compte rendu ou demander l'ajout de nouveaux éléments. Il pourrait aussi demander la suppression de courts passages du compte rendu, dans le respect des exigences du principe du contradictoire.

Recommandation n° 46 :

Le compte rendu de l'audition ne devrait être signé ni par l'enfant, ni par son avocat.

Recommandation n° 47 :

Le compte rendu de l'audition de l'enfant ne devrait jamais être envoyé directement à ses parents. Seuls les avocats des parties devraient être destinataires du compte rendu. Ils devraient s'engager à n'en transmettre aucune copie à leurs clients. Lorsque l'une des parties n'est pas assistée par un avocat, les parties devraient pouvoir consulter le compte rendu au greffe de la juridiction, sans pouvoir en faire ni photocopie, ni photographie.

Recommandation n° 48 :

Le compte rendu de l'audition ne devrait jamais être mis à la disposition des parties immédiatement après l'audition de l'enfant.

Recommandation n° 49 :

Le compte rendu de l'audition devrait être mis à la disposition des parties dans les huit jours suivant l'audition de l'enfant.

Recommandation n° 50 :

Le compte rendu écrit de l'audition de l'enfant devrait être complété par un échange à l'audience, entre le juge et les parents, sur les sentiments et les besoins exprimés par l'enfant lors de son audition.

B – L'influence de l'audition de l'enfant

1. Étude des règles applicables

Oltre la question de l'incidence que la loi a conférée à l'audition de l'enfant sur le débat judiciaire, se pose celle de son influence sur la décision judiciaire : quelle est la portée de l'expression de la parole de l'enfant sur la décision que va rendre le juge aux affaires familiales au terme de la procédure qui le concerne ? La loi du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale a créé dans le Code civil, au sein d'un paragraphe consacré à l'intervention du juge aux affaires familiales, un article 373-2-11, qui établit une liste des éléments que « le juge prend notamment en considération » lorsqu'il se prononce sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale. La formule « prendre en considération » montre que le juge n'est pas lié par les éléments visés par le texte, tandis que l'emploi des termes « notamment » témoigne de ce que la liste envisagée n'est pas exhaustive. Dans sa rédaction en vigueur, l'article 373-2-11 énumère six éléments : la pratique que les parents avaient précédemment suivie ou les accords antérieurs qu'ils ont pu conclure, les sentiments exprimés par l'enfant lors de son audition, l'aptitude de chaque parent à assumer ses devoirs et à respecter les droits de l'autre parent, le résultat d'éventuelles expertises, les renseignements recueillis dans le cadre d'une éventuelle enquête sociale ainsi que les pressions ou violences physiques ou psychologiques que l'un des parents aurait exercées sur l'autre parent. Le texte vise ainsi, au deuxième rang des éléments que le juge aux affaires familiales prend en considération lorsqu'il statue sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale, « les sentiments exprimés par l'enfant mineur dans les conditions prévues à l'article 388-1 » du Code civil. Sans en déduire nécessairement que l'article 373-2-11 établit une hiérarchie entre les six éléments dont le juge doit tenir compte, le fait que le législateur ait fait mention des sentiments de l'enfant en deuxième position peut laisser penser que l'audition du mineur doit tenir une place centrale dans le processus décisionnel²⁴⁹. Le juge aux affaires familiales qui procèderait à l'audition d'un enfant doit donc prendre en considération les sentiments qu'il a exprimés, mais il n'est pas tenu de se conformer aux souhaits dont l'enfant lui aurait fait part. En effet, la considération prioritaire qui doit guider la décision du juge est l'intérêt de l'enfant, ce qui résulte autant de l'article 3.1 de la Convention internationale des droits de l'enfant²⁵⁰ que du droit interne. Ainsi, l'article 373-2-6 du Code civil commande au juge aux affaires familiales de régler les questions qui lui sont soumises relativement à l'exercice de l'autorité parentale « en veillant spécialement à la sauvegarde des intérêts des enfants mineurs ». Or il est tout à fait envisageable que le juge estime, à la lumière des autres éléments qu'il prend en compte pour rendre sa décision, par exemple au regard d'une enquête sociale ou d'une expertise psychologique qu'il aurait

²⁴⁹ En ce sens, Th. FOSSIER, « L'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés. Quarante mois d'application de la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.* n° 7, juillet 2005, étude 15.

²⁵⁰ Aux termes duquel l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale de toutes les décisions qui le concernent.

ordonnée, que les aspirations de l'enfant ne coïncident pas avec son intérêt et que cet intérêt exige une autre décision que celle voulue par l'enfant.

La Cour de cassation a toujours affirmé que la portée des sentiments exprimés par l'enfant lors de son audition relevait du pouvoir d'appréciation souverain de son intérêt par les juges du fond²⁵¹ et qu'en conséquence ils n'étaient pas tenus de se conformer aux souhaits de l'enfant²⁵². La Haute Cour laisse ainsi au magistrat le soin de donner à la parole de l'enfant la portée qui lui semble juste, mais elle a tout de même posé une exigence, en interdisant aux juges du fond de déléguer à l'enfant leur pouvoir de décision. En effet, face à la conscience qu'ont les juges de la difficulté qu'il peut y avoir à imposer à un enfant, en particulier à un adolescent, de se rendre chez l'un de ses parents lorsqu'il ne le souhaite pas, les juridictions ont souvent tendance à ordonner un droit de visite et d'hébergement en précisant qu'il s'exercera sous réserve de l'accord de l'enfant, ou lorsque celui-ci le désirera, ou encore selon des modalités qui seront déterminées par les parents avec l'enfant. Cette pratique a été condamnée à de très nombreuses reprises par la Cour de cassation, qui rappelle régulièrement que « les juges, lorsqu'ils fixent les modalités d'exercice de l'autorité parentale d'un parent à l'égard de son enfant, ne peuvent déléguer les pouvoirs que la loi leur confère »²⁵³. La Cour de cassation refuse ainsi que les juges laissent les droits résultant de l'autorité parentale à la seule disposition des enfants qu'ils entendent en application de l'article 388-1 du Code civil.

Par ailleurs, en l'absence de précision apportée par le législateur sur ce point, s'est posée en jurisprudence la question de savoir si le juge était tenu de faire mention, dans sa décision, d'une part de l'audition de l'enfant et d'autre part des sentiments exprimés par l'enfant lors de son audition. En cassant pour défaut de base légale un arrêt qui n'avait fait aucune mention de l'audition d'un enfant, laquelle avait été réalisée la veille de l'audience, la Cour de cassation a clairement imposé aux juges qui auditionnent un enfant sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil de l'indiquer dans leur décision²⁵⁴. Cela paraît totalement justifié, notamment pour que la décision rendue en matière de responsabilité parentale puisse être exécutée dans les autres Etats membres de l'Union européenne, dans les conditions du règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003. En revanche, la Haute juridiction n'impose nullement aux juges d'indiquer dans leur décision quels ont été les sentiments exprimés par l'enfant lors de son audition, lesquels ont d'ailleurs déjà été portés à la connaissance des parties au moyen du compte rendu d'audition établi en application de

²⁵¹ Cf. par ex. Cass., 1^{re} civ., 8 juin 1999, n° 98-20.416 (non publié au Bulletin), *Dr. fam.* n° 12, décembre 1999, comm. 136, note A. GOUTTENOIRE.

²⁵² Cf. par ex. Cass., 2^e civ., 25 mai 1993, n° 91-21.248, *Bull. civ. II* 1993, n° 185, *D.* 1993, p. 163 ; Cass., 1^{re} civ., 20 novembre 2013, n° 12-26.725 (non publié au Bulletin), *JDJ* n° 332, février 2014, p. 54.

²⁵³ Cf. par ex. Cass., 1^{re} civ., 28 mai 2015, n° 14-16.511, *Bull. civ. I* 2015, n° 118 et Cass., 1^{re} civ., 23 septembre 2015, n° 14-22.636 (non publié au Bulletin), *Petites affiches*, 5 décembre 2016, n° 242, p. 3, chron. « Droits de l'enfant », note B. MALLEVAEY.

²⁵⁴ Cass., 1^{re} civ., 20 octobre 2010, n° 09-67.468 (non publié au Bulletin), *EDFP*, 15 décembre 2010, n° 11, p. 4, obs. A. GOUTTENOIRE.

l'article 338-12 du Code de procédure civile. Ainsi, la Première Chambre civile a-t-elle affirmé que les juges du fond « qui [prennent] en considération les sentiments exprimés par l'enfant lors de son audition, ne [sont] pas tenus d'en préciser la teneur »²⁵⁵.

2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant

Les conventions relatives à l'audition de l'enfant ont été rédigées au sein de commissions composées de juges aux affaires familiales et d'avocats d'enfants. Les premiers ayant, plus encore sans doute que les seconds, la volonté de laisser aux magistrats le soin d'apprécier la juste portée de la parole de l'enfant en fonction de ce qu'exige son intérêt, aucune des quinze conventions étudiées ne fait référence à l'incidence de l'audition de l'enfant sur la décision qui le concerne. Dans le silence des conventions, les juges aux affaires familiales exerçant leurs fonctions au sein des juridictions signataires de ces conventions vont, conformément à la loi, prendre en considération les souhaits dont l'enfant leur aura fait part à l'occasion de son audition. Ils ne seront cependant pas tenus de se conformer aux souhaits de l'enfant, mais statueront uniquement en fonction de son intérêt.

Il est possible de souligner qu'une seule convention fait mention de la décision que le juge rendra au terme de la procédure qui concerne l'enfant²⁵⁶. Il s'agit de la convention d'Alès, selon laquelle « la décision du juge n'est jamais transmise aux enfants ». L'équipe de recherche estime également qu'il n'y a pas lieu de faire parvenir à l'enfant la décision finale rendue par le juge. En effet, cette décision peut trancher plus généralement les différends qui opposent les parents, dont certains ne concernent pas l'enfant, tels que les désaccords quant aux implications financières de la désunion parentale. Il n'est donc pas opportun que l'enfant soit destinataire de la décision dans son intégralité. En revanche, l'équipe de recherche, qui a préconisé que l'enfant entendu en justice soit systématiquement accompagné d'un avocat, a recommandé que ce dernier soit toujours destinataire de la décision rendue à l'issue de la procédure concernant son jeune client, de façon à pouvoir échanger avec lui, s'il le souhaite, sur ce qu'elle implique concrètement²⁵⁷. Le souci que l'avocat de l'enfant soit avisé des suites de l'audition de l'enfant dans la procédure qui le concerne a d'ailleurs été prise en compte par la convention de Thionville. Celle-ci précise que « l'avocat de l'enfant pourra assister à l'audience suivant l'audition de l'enfant afin d'informer ce dernier » mais qu'« il ne sera pas pour autant partie à la procédure ». L'équipe de recherche considère cependant que la présence de l'avocat de l'enfant à l'audience réunissant ses parents et leurs propres avocats n'apparaît guère souhaitable car elle est

²⁵⁵ Cass., 1^{re} civ., 22 octobre 2014, n° 13-24.945, *Bull. civ. I* 2014, n° 174, *AJ fam.* 2014, p. 695, obs. D. GANANCIA ; *RJPF* n° 1, janvier 2015, p. 33, note I. CORPART ; *RTD civ.* 2015, p. 117, obs. J. HAUSER ; *EDFP*, 15 décembre 2014, n° 11, p. 3, obs. A. BATTEUR ; *RLDC* mars 2015, n° 124, p. 33, obs. H. GRATADOUR ; *D.* 2014, p. 2241, obs. V. DA SILVA ; *Dr. fam.* n° 1, janvier 2015, comm. 11, obs. A.-Cl. REGLIER.

²⁵⁶ Autrement que pour envisager sa reconnaissance et son exécution dans l'Union européenne dans les conditions du règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003.

²⁵⁷ Cf. *supra* p. 123.

susceptible d'alourdir le climat de l'audience, déjà potentiellement tendu. La parole de l'enfant devant être portée à la connaissance des parties au moyen du compte rendu d'audition, elle pourra faire l'objet d'échanges entre les parties et le juge à l'audience. Il ne semble donc pas utile qu'elle soit en outre « représentée » lors de cette audience par l'avocat de l'enfant, d'autant plus que ce dernier, comme le souligne la convention thionvilloise, n'est pas partie à la procédure²⁵⁸. Sur un plan plus matériel, la somme perçue par l'avocat qui assiste le mineur entendu en justice, dont il est déjà attendu qu'il reçoive l'enfant avant son audition en plus de l'accompagner le jour venu, paraît trop modeste pour qu'il soit en outre exigé de sa part qu'il soit présent lors de l'audience réunissant les parents de son client²⁵⁹. L'envoi de la décision judiciaire à l'avocat de l'enfant apparaît comme la meilleure solution, tant pour des raisons pratiques que d'opportunité.

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats

Dans la phase des entretiens relative au discernement de l'enfant, il a été posé aux magistrats trois questions portant implicitement sur l'influence de l'audition de l'enfant sur la décision judiciaire qui le concerne²⁶⁰. Il a ainsi été demandé aux magistrats si, « selon [eux], le fait qu'un mineur puisse être considéré comme capable de discernement signifie (...) qu'il doit pouvoir participer aux décisions qui le concernent » et si « cela signifie (...) qu'il est capable de décider pour lui-même ». Il a également été demandé à chaque magistrat si, lorsqu'un mineur lui paraît distinctement capable de discernement, il est plus enclin à accéder à ses souhaits. L'objectif de ces trois questions était de jauger dans quelle mesure les auditions des enfants influent sur les décisions que prennent les magistrats et si le degré de discernement de l'enfant apparaît comme un facteur déterminant dans le poids de la parole de l'enfant sur la décision judiciaire le concernant. A ces sujets, il ressort indiscutablement des réponses apportées par les magistrats que, d'une part, l'audition de l'enfant n'emporte pas la décision le concernant et, d'autre part, que plus l'âge de l'enfant est élevé, plus sa parole influe sur la décision du juge.

En premier lieu, l'enquête de terrain a mis en évidence, de façon assez logique, que les magistrats ne se sentent aucunement liés par la parole de l'enfant et que l'audition de celui-ci n'emporte pas nécessairement leur décision. Ainsi, onze magistrats ont déclaré que l'audition de l'enfant n'était pas déterminante et / ou qu'elle constituait un élément parmi d'autres dont ils tiennent compte. Parmi eux, quatre juges aux affaires familiales ont souligné que l'audition de l'enfant est tout de même « utile » voire « très utile », tandis que quatre autres ont indiqué qu'elle était « rarement intéressante », que « dans les trois quarts des cas la décision pourrait être prise sans avoir entendu l'enfant » ou encore que « souvent l'audition n'apporte rien ». Plusieurs magistrats ont affirmé que la décision n'appartenait pas

²⁵⁸ Conformément à l'article 388-1 alinéa 3 du Code civil.

²⁵⁹ Pour rappel, l'avocat qui accompagne l'enfant lors de son audition par le juge aux affaires familiales est rémunéré au titre de l'aide juridictionnelle ; il perçoit trois unités de valeur, ce qui correspond actuellement à 96 euros.

²⁶⁰ Cf. la grille d'entretien avec les magistrats en annexe 4.

à l'enfant, mais que ce sont « les parents » (six magistrats) ou « le juge » (cinq magistrats) ou « les adultes » (quatre magistrats) qui décident. De façon relativement surprenante, seuls cinq magistrats ont fait référence à l'intérêt de l'enfant au titre de la décision judiciaire, alors que cet intérêt est, aux termes des textes applicables, la considération primordiale que le juge aux affaires familiales doit prendre en compte. Parmi eux, deux juges aux affaires familiales ont précisé que les souhaits de l'enfant pouvaient être différents de ce que commande son intérêt, si bien que l'audition ne l'enfant devient logiquement secondaire par rapport à son intérêt. D'autres juges ont indiqué que si l'audition de l'enfant n'est pas décisive, c'est parce que la parole de l'enfant peut être manipulée par l'un de ses parents (deux magistrats), que « l'enfant peut être un “enfant perroquet” » (un magistrat) ou parce qu'il peut ne pas avoir assez de recul sur sa situation (deux magistrats). Il faut également, selon plusieurs juges, éviter de donner trop de poids à la parole de l'enfant, ce qui pourrait faire naître en lui un sentiment de toute puissance (deux magistrats) ou le culpabiliser en lui mettant une responsabilité trop lourde sur les épaules (deux magistrats). Un juge aux affaires familiales a également fait part de l'impossibilité de donner satisfaction à tous les enfants d'une même fratrie lorsque plusieurs d'entre eux expriment des souhaits opposés²⁶¹.

Ainsi, les opinions exprimées par l'enfant lors de son audition ne constituent que l'un des paramètres appréciés par le juge pour rendre sa décision. Partant, lorsqu'il a été demandé aux magistrats rencontrés si le fait que l'enfant soit doué de discernement signifie, selon eux, qu'il est capable de décider pour lui-même, 100 % d'entre eux ont répondu par la négative. Plus mitigées sont les réponses apportées par les magistrats à la question « selon vous, le fait qu'un mineur puisse être considéré comme capable de discernement signifie-t-il qu'il doit pouvoir participer aux décisions qui le concernent ? ». Onze magistrats ont répondu « non », en argumentant que l'enfant ne pouvait pas prendre lui-même les décisions qui le concernent (neuf magistrats) ou qu'il n'était pas partie à la procédure (deux magistrats). Or, dans l'esprit de l'équipe de recherche, la question n'était pas de savoir si un enfant pouvait dicter la décision qui le concerne, mais seulement s'il devait lui être donné la possibilité de participer au processus décisionnel, c'est-à-dire à la détermination par le juge de son intérêt, dans l'esprit notamment des articles 3.1 et 12 de la Convention de New York de 1989 et des préconisations du Comité des droits de l'enfant²⁶². Cinq magistrats ont d'ailleurs répondu « oui » à cette question, précisant que l'enfant devait pouvoir « donner son point de vue », « exprimer son avis sur la décision qui le concerne » ou encore « être associé à la décision », sans que ses opinions ne lient pour autant le juge. C'est effectivement l'idée qui se dégage à la fois des traités internationaux ou européens applicables en la matière et du droit interne : le juge est tenu de recueillir les sentiments de l'enfant capable de

²⁶¹ Etant précisé que le législateur a posé un principe de non-séparation des fratries : selon l'article 371-5 du Code civil, « l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution ».

²⁶² Dont il résulte que la possibilité doit être donnée à l'enfant d'être entendu en justice afin qu'il puisse participer à la détermination, par le juge, de son intérêt supérieur et que la décision judiciaire qui sera rendue dans la procédure le concernant soit la plus conforme à son intérêt : cf. *supra* p. 12.

discernement qui souhaite être entendu, ce qui permet à l'intéressé de participer à la prise des décisions le concernant ; pour autant, l'autorité judiciaire n'est pas tenue de statuer en fonction des souhaits de l'enfant, mais uniquement à l'aune de ce qu'exige son intérêt.

En second lieu, l'enquête de terrain a révélé que l'incidence de l'audition de l'enfant sur la décision judiciaire accroît à mesure que l'enfant grandit. En effet, plus l'enfant avance en âge, entre dans l'adolescence, puis se rapproche de la majorité, plus les magistrats accordent à sa parole un poids important parmi les éléments qu'ils prennent en considération pour rendre leur décision. Ainsi, lorsqu'il a été demandé aux magistrats si, quand un mineur apparaissait distinctement capable de discernement, ils seraient plus enclins à accéder à ses souhaits, douze magistrats ont répondu « oui », trois ont répondu « non ». Les autres n'ont pas employé ces termes mais ont exprimé leurs points de vue, qui se rapprochent de la tendance majoritaire, c'est-à-dire que, pour une large majorité des magistrats rencontrés, plus l'enfant grandit, plus il est capable de discernement et plus le juge sera susceptible de se conformer à ses souhaits. Ainsi, l'enquête de terrain a révélé que le critère de l'âge occupe un rôle de première importance s'agissant de l'évaluation du discernement de l'enfant comme condition d'accès à son audition par le juge²⁶³. Mais elle met aussi en lumière que l'âge de l'enfant est tout aussi déterminant en ce qui concerne l'influence de son audition sur la décision judiciaire prise à son sujet.

Cette tendance atteint son paroxysme lorsque le juge doit rendre une décision à propos d'un enfant qui se situe dans les deux années précédant sa majorité. En effet, quatorze des vingt-neuf juges aux affaires familiales rencontrés ont évoqué expressément les enfants âgés de « plus de seize ans » ou « de seize, dix-sept ans » ou « de dix-sept ans » pour expliquer qu'ils accédaient davantage aux souhaits de l'enfant à mesure qu'il grandit. Parmi ces magistrats, certains ont en outre employé les termes « adolescent », « grand adolescent », « adolescent vieillissant », voire « vieil adolescent ». Ainsi, l'avis des « grands adolescents » pèse davantage sur les décisions qui les concernent que pour les enfants plus jeunes. Cet état de fait a été expliqué par les magistrats de deux façons différentes. La première explication tient à la maturité et à l'expérience de l'enfant qui avance en âge. Ainsi, cinq magistrats ont indiqué qu'il était « normal » que le point de vue d'un adolescent ait davantage de poids, parce qu'il a « plus de maturité », parce qu'« il a réfléchi à sa situation » ou parce que « c'est son vécu, son quotidien » donc « il perçoit mieux ce qui est bon pour lui ». Un autre magistrat l'a exprimé en ces termes : « les enfants qui commencent à avoir seize, dix-sept ans, ils sont grands, ils ont déjà traversé un certain nombre de choses avec leurs parents, ils ont expérimenté aussi des modes de vie, des choses qui leur conviennent, qui ne leur conviennent pas, donc ils sont plus en mesure de pouvoir dire ce qui est le mieux pour eux ». La seconde justification, qui domine significativement, est plus pragmatique : dix magistrats ont motivé leur tendance à accéder davantage aux souhaits de l'adolescent au regard de la difficulté indéniable qu'il peut y avoir à lui imposer une décision qui ne lui

²⁶³ Cf. *supra* p. 49 et s.

convient pas. Certains juges aux affaires familiales ont ainsi souligné que, si un « grand adolescent » ne veut pas aller chez l'un de ses parents, ils auront beau l'imposer dans leur décision, ils savent très bien que celle-ci ne sera pas appliquée. La position des magistrats qui donnent davantage de poids aux souhaits de l'enfant à mesure qu'il grandit obéit à une exigence de réalisme, puisqu'il peut effectivement s'avérer compliqué de contraindre un jeune de seize ou de dix-sept ans à respecter le droit de visite et d'hébergement prévu par la décision de justice lorsqu'il s'y oppose.

Sans aller jusqu'à calquer la décision judiciaire sur les souhaits de l'adolescent, plusieurs magistrats ont indiqué qu'ils pouvaient « assouplir le cadre » ou « trouver des compromis » lorsqu'ils auditionnent un adolescent qui a des souhaits très arrêtés (quatre magistrats). Un juge aux affaires familiales a illustré son propos par l'exemple d'un jeune qui refusait de se rendre chez son père le week-end parce qu'il avait des matchs de rugby avec son équipe chaque samedi après-midi ; il a alors décalé l'exercice du droit de visite et d'hébergement à partir de la fin de journée du samedi, ce qui a permis de prendre en compte à la fois les préoccupations de l'adolescent et son intérêt, lequel suppose qu'il passe du temps avec chacun de ses parents.

D'autres magistrats vont plus loin, ce de façon contestable. Cinq magistrats, arguant qu'il est impossible de forcer un adolescent à la mise en œuvre d'un droit de visite et d'hébergement auquel il est opposé, ont admis qu'ils précisaient régulièrement dans leurs décisions que le droit de visite et d'hébergement s'exercerait selon les souhaits de l'enfant. Motivées par des considérations pragmatiques, de telles décisions entrent en conflit avec la jurisprudence de la Cour de cassation, qui défend aux juges du fond de déléguer à l'enfant leur pouvoir de décision lorsqu'ils statuent sur les modalités d'exercice de l'autorité parentale²⁶⁴.

4. Recommandations

L'équipe de recherche considère que le dispositif législatif applicable à l'influence de l'audition de l'enfant sur la décision qui le concerne est tout à fait pertinent. La décision du juge aux affaires familiales doit être prioritairement guidée par l'intérêt de l'enfant, lequel est notamment déterminé par le magistrat à la lumière de son audition, parmi d'autres éléments. Le juge est ainsi tenu de prendre en considération les sentiments et les besoins exprimés par l'enfant lors de son audition, sans être contraint de s'y conformer. Cependant, l'équipe de recherche estime qu'il serait opportun d'ajouter à l'article 388-1 du Code civil l'alinéa suivant : « Les opinions de l'enfant sont prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». L'apport de cette précision ne vise pas à bouleverser les pratiques, l'enquête de terrain ayant révélé que les magistrats accordent d'ores et déjà un poids plus important aux opinions de l'enfant au regard de son âge et de son niveau de

²⁶⁴ Cf. *supra* p. 166.

maturité. L'objectif de l'ajout d'une telle indication tiendrait davantage à renforcer la cohérence des textes. D'une part, l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant, qui consacre le droit de l'enfant capable de discernement d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant, ajoute que « les opinions de l'enfant [sont] dûment prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ». Lorsque la loi du 8 janvier 1993 a introduit à l'article 388-1 du Code civil un régime général d'audition du mineur dans les procédures civiles le concernant, le législateur a semble-t-il omis cette partie de l'article 12 de la Convention. L'intégrer à l'article 388-1 permettrait ainsi, en parallèle de la prise en considération des autres propositions de textes formulées par l'équipe de recherche, de mettre le droit français en totale conformité avec la Convention internationale des droits de l'enfant. D'autre part, la loi du 4 mars 2002 a affirmé à l'article 371-1 alinéa 3 du Code civil que « les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité ». Du fait de la subsidiarité de la décision de justice par rapport à la décision parentale, il serait logique que le juge, amené à rendre une décision concernant un enfant, soit tenu comme ses parents de l'associer à la décision qui le concerne, selon les deux critères inspirés de la Convention de New York, que sont l'âge et le degré de maturité de l'enfant.

Par ailleurs, l'équipe de recherche estime essentiel que les juges aux affaires familiales intègrent les principes qui résultent de la jurisprudence de la Cour de cassation, afin que leurs décisions n'encourent aucune censure. Premièrement, elle recommande aux magistrats ayant ordonné l'audition d'un enfant sur le fondement de l'article 388-1 du Code civil de le mentionner dans leur décision. S'il n'est pas attendu de leur part qu'ils fassent état de la teneur précise des propos exprimés par l'enfant, il importe en revanche que leurs décisions indiquent expressément que l'enfant a été auditionné. Cela permettra notamment que cette décision satisfasse aux exigences du règlement Bruxelles II *bis* du 27 novembre 2003 et puisse ainsi être reconnue et exécutée dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Dans la mesure où « le caractère transfrontalier de la décision peut ne se révéler qu'après son prononcé »²⁶⁵, la mention de l'audition de l'enfant doit figurer dans toutes les décisions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale rendues après qu'un enfant a été auditionné. Deuxièmement, l'équipe de recherche préconise, dans le respect de la jurisprudence de la Haute juridiction, que les magistrats proscrivent définitivement toute formule qui conduit à déléguer à l'enfant le soin de décider si et comment la décision qui le concerne sera mise en œuvre. La décision judiciaire étant subsidiaire à l'autorité parentale, les magistrats peuvent se prononcer « sauf meilleur accord des parents »²⁶⁶, mais ils ne sauraient abandonner l'application de leurs décisions au bon vouloir de l'enfant.

²⁶⁵ Comme l'a souligné la circulaire du 16 mars 2007 relative à l'audition de l'enfant pour l'application du règlement « Bruxelles II *bis* ».

²⁶⁶ Néanmoins, la Cour de cassation veille à ce que les juges du fond constatent l'existence effective d'un accord entre les parents : cf. par ex. Cass., 1^{re} civ., 23 novembre 2011, n° 10-23.391, *Bull. civ. I* 2011, n° 202, *Dr. fam.* n° 1, janvier 2012, comm. 9, note E. BAZIN ; *AJ fam.* 2012, p. 46, obs. C. SIFFREIN-BLANC ; *RTD civ.* 2012, p. 111, obs. J. HAUSER : la Première Chambre civile censure la cour d'appel d'avoir décidé que le droit de visite de la mère à l'égard de ses enfants s'exercerait d'un commun accord entre les parents, sans avoir constaté la teneur d'un tel accord.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 51 :

Toute décision de justice rendue après audition de l'enfant devrait faire mention de cette audition, sans que le juge soit tenu de préciser la teneur des propos de l'enfant.

Recommandation n° 52 :

L'application de la décision du juge ne devrait jamais dépendre de la volonté de l'enfant.

Recommandation n° 53 :

Après le dernier alinéa de l'article 388-1 du Code civil, il devrait être ajouté un nouvel alinéa, ainsi rédigé :

« Les opinions de l'enfant sont prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».

CONCLUSIONS

Créé par la loi du 8 janvier 1993, le régime général applicable à l'audition de l'enfant, notamment par le juge aux affaires familiales, a été partiellement repensé par la loi du 5 mars 2007 et par le décret du 20 mai 2009. Une part non négligeable des modifications résultant de ces textes paraît opportune à double titre. D'abord, certains des changements opérés étaient destinés à favoriser l'expression par l'enfant de sa parole ; il en va ainsi de l'affirmation d'un droit de l'enfant à être entendu lorsqu'il en fait la demande ou du principe de l'audition directe de l'enfant par le juge. Ensuite, la loi de 2007 et le décret de 2009 ont apporté des précisions sur plusieurs dimensions de l'audition du mineur que n'avait pas envisagées le législateur en 1993, tels l'information de l'enfant sur les droits dont il bénéficie, les compétences du tiers auquel l'audition de l'enfant peut être déléguée ou encore le compte rendu de l'audition de l'enfant.

En dépit de ces évolutions, le cadre textuel régissant l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales demeure insatisfaisant. L'insuffisance du dispositif présente certes quelques avantages, dans la mesure où le peu de contraintes imposées aux professionnels a le mérite de la souplesse et de l'adaptabilité de leurs pratiques, nécessaires au regard de la diversité des enfants entendus en justice et de la pluralité des situations auxquelles ils sont confrontés. Dans le même temps, cette insuffisance expose le dispositif à la critique, au regard des conséquences regrettables qu'elle emporte. En effet, les lacunes et les imprécisions des textes peuvent laisser redouter l'émergence de pratiques multiples, génératrices à la fois d'inégalités de traitements et d'insécurité juridique, et susceptibles de soumettre les justiciables à un aléa, selon que leur dossier est traité par telle ou telle juridiction. Ces craintes, que l'équipe de recherche avaient exprimées dès le stade de l'étude des textes applicables, concernaient particulièrement l'évaluation du discernement comme condition de l'accès à son audition par le juge aux affaires familiales. Or, dans ce domaine et dans d'autres, l'analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant et celle des entretiens réalisés auprès des juges aux affaires familiales ont largement confirmé que ces craintes étaient fondées. Les rédacteurs des conventions locales sur l'audition de l'enfant se sont incontestablement efforcés d'aménager des dispositifs protecteurs de l'enfant et de sa parole, mais les différences, voire les contrariétés de régimes instaurés par les quinze conventions sur certains aspects sont indéniables. La conséquence est que les enfants ne sont pas soumis aux mêmes règles d'une juridiction à l'autre. Les entretiens réalisés par l'équipe de recherche avec les magistrats ont mis en évidence que, fréquemment, c'est même d'un juge aux affaires familiales à l'autre d'un même tribunal que les pratiques divergent manifestement, que ce soit sur l'âge à partir duquel les enfants sont auditionnés, sur la désignation d'un avocat pour accompagner l'enfant ou encore sur la délégation de l'audition. Les imperfections du dispositif législatif et réglementaire applicable à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales ont ainsi ouvert la voie à des pratiques disparates, voire arbitraires, parfois davantage gouvernées par les difficultés matérielles

propres à chaque juridiction que par l'intérêt de l'enfant. Les articles 388-1 du Code civil et 338-1 et suivants du Code de procédure civile renferment en outre des dispositions inefficaces, dont la mise en œuvre est impossible à assurer en pratique ou dont la violation ne donne lieu à aucune sanction, telles que celles tenant au devoir d'information de leur enfant imposé aux parents et à l'obligation pour le juge de s'assurer que les informations requises ont été communiquées à l'enfant. Quant à la Cour de cassation, elle a par certains arrêts manifesté sa préoccupation d'assurer l'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures qui le concernent, notamment en adressant un message fort aux juridictions du fond sur les modalités d'évaluation du discernement de l'enfant ou sur le droit de celui-ci au renouvellement de son audition. Néanmoins, dans le même temps, elle s'est montrée peu déterminée à conférer toute leur portée à certaines dispositions pourtant favorables au droit d'expression de l'enfant en justice, telles que celles tenant à la primauté de l'audition directe de l'enfant par le juge ou à l'obligation pour celui-ci de vérifier que le mineur a été informé des droits dont il bénéficie.

Ainsi, quoique son audition par le juge ait été consacrée comme un droit au bénéfice de l'enfant par la loi du 5 mars 2007, l'exercice de ce droit n'apparaît que modérément favorisé par le législateur et il affronte en pratique de nombreux obstacles. L'étude des conventions relatives à l'audition de l'enfant et les échanges avec les magistrats interrogés dans le cadre de l'enquête de terrain ont convaincu l'équipe de recherche du réel souci des professionnels de réfléchir à des modes de fonctionnement respectueux autant du droit de l'enfant d'être entendu que de son intérêt. Cependant, leurs bonnes volontés se heurtent parfois à des difficultés liées aux moyens matériels ou aux mouvements de personnel qui empêchent l'application dans la durée des dispositifs imaginés²⁶⁷. Il reste que les initiatives locales méritent d'être saluées. Le développement des conventions co-élaborées par les juges aux affaires familiales et par les avocats d'enfants, qui permettent à tout le moins d'harmoniser les pratiques au plan local, doit être vivement encouragé. Toutefois, il est certain que les efforts ne peuvent provenir seulement de la pratique. Par conséquent, l'équipe de recherche, qui achève ses travaux l'année où l'introduction en droit français d'un régime général d'audition de l'enfant dans les procédures civiles le concernant fête son quart de siècle, estime qu'il est temps que ce régime soit partiellement réformé pour la seconde fois.

A cette fin, l'équipe de recherche a formulé douze propositions consacrées à la modification des articles 388-1 du Code civil et 338-1 et suivants du Code de procédure civile²⁶⁸, dans le souci d'assurer la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant, laquelle

²⁶⁷ Un magistrat a par exemple déclaré lors d'un entretien qu'« il y a beaucoup de mouvement ici à [ville X], tous les six mois les effectifs changent, il y a des collègues qui partent, d'autres qui arrivent, ce n'est pas l'idéal pour mettre en place des choses ». Un autre a indiqué qu'il y avait régulièrement des discussions en vue de l'aménagement d'une convention sur l'audition de l'enfant, mais que les mouvements de personnels et les mutations avaient pour conséquence le report systématique du projet.

²⁶⁸ Pour un récapitulatif des modifications de texte proposées par l'équipe de recherche, cf. le tableau en annexe 9.

nécessite qu'il soit davantage associé aux décisions, notamment judiciaires, qui le concernent au sein de sa famille. Ces propositions d'évolution des textes portent sur l'évaluation du discernement de l'enfant, sur son information quant aux droits dont il bénéficie, sur la demande en vue de son audition, sur l'effectivité du principe de l'audition directe de l'enfant par le juge, sur l'accompagnement de l'enfant par un avocat ou encore sur la portée de son audition. Les recommandations de l'équipe de recherche tenant à des modifications des textes ont été complétées par quarante-trois préconisations destinées d'une part à harmoniser les pratiques des professionnels, magistrats et avocats, d'autre part à favoriser l'expression de la parole de l'enfant dans les conditions les plus respectueuses de son intérêt. Il ne semble pas nécessaire d'intégrer ces préconisations, qui portent davantage sur les pratiques en matière d'audition de l'enfant, aux dispositions législatives et réglementaires, mais elles pourraient tout de même être portées à la connaissance des magistrats au moyen d'une circulaire du Garde des Sceaux.

Quand bien même le législateur ferait tous les aménagements de texte proposés dans le cadre de la présente recherche, sa tâche restera vaine s'il ne donne aux professionnels les moyens de satisfaire les ambitions qu'il affiche. Au-delà des ressources matérielles, il s'agit prioritairement de renforcer la formation des juges aux affaires familiales au recueil et à l'écoute de la parole de l'enfant. Alors que les juges aux affaires familiales sont les magistrats qui ont le plus vocation à recevoir la parole d'un enfant, ils sont paradoxalement les moins formés en la matière. Il est notable que, sur les vingt-neuf magistrats que l'équipe de recherche a rencontrés dans le cadre de l'enquête de terrain, vingt-huit ont déclaré n'avoir reçu « aucune formation » ou n'avoir « pas été formé[s] » à l'audition de l'enfant. Parmi eux, onze magistrats ont affirmé qu'ils regrettaient ce manque de formation. La lecture de l'offre de formation au sein de l'Ecole Nationale de la Magistrature confirme l'insuffisance manifeste de la formation des magistrats exerçant les fonctions de juge aux affaires familiales en matière d'audition de l'enfant. En effet, le juge aux affaires familiales n'est pas un magistrat spécialisé, il est délégué dans cette fonction par le président du tribunal de grande instance, qui le désigne parmi les magistrats généralistes²⁶⁹. Par conséquent, lorsque le magistrat a choisi, à sa sortie de l'Ecole Nationale de la Magistrature, d'exercer les fonctions de juge de grande instance et qu'il a alors été délégué dans les fonctions de juge aux affaires familiales, sans l'avoir nécessairement souhaité, il n'a bénéficié que de formations assez générales et théoriques sur l'entretien judiciaire avec l'enfant. D'ailleurs, au sein de l'Ecole Nationale de la Magistrature, la formation aux techniques d'entretien avec les enfants est commune à tous les auditeurs²⁷⁰ ; elle ne porte donc pas spécifiquement sur l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales. Sa formation n'est guère plus approfondie si le magistrat devient juge aux affaires familiales au cours de sa carrière. En effet, s'il exerçait d'autres fonctions que celles de juge de grande instance, il doit suivre une

²⁶⁹ Art. L. 213-3 C. org. jud.

²⁷⁰ Cf. le programme pédagogique de la promotion 2018 de l'Ecole Nationale de la Magistrature, consultable sur le site internet de l'ENM à l'adresse indiquée *supra* p. 19, note 47.

formation préalable au changement de fonctions, destinée à préparer son intégration comme magistrat généraliste du tribunal de grande instance²⁷¹, mais qui ne porte pas exclusivement sur les fonctions de juge aux affaires familiales, ni *a fortiori* spécialement sur l'entretien avec l'enfant entendu en justice. Dans l'hypothèse où le magistrat assurait déjà d'autres fonctions au sein du tribunal de grande instance, il peut tout à fait être délégué par le président dans les fonctions de juge aux affaires familiales sans être tenu de suivre une formation particulière. Par ailleurs, tout magistrat a la possibilité de s'inscrire en formation continue à la session de formation annuelle consacrée à la parole de l'enfant en justice²⁷², mais il doit être souligné que, d'une durée de quatre jours, cette session de formation porte aussi bien sur l'audition de l'enfant en matière civile, par le juge aux affaires familiales ou par le juge des enfants, que sur son audition dans le cadre de la procédure pénale. Son programme est donc très large et ne satisfait pas nécessairement tous les besoins de formation spécifiques des juges aux affaires familiales en matière de recueil de la parole de l'enfant. D'ailleurs, parmi les magistrats que l'équipe de recherche a rencontrés, seuls trois juges aux affaires familiales avaient suivi cette session de formation et deux d'entre eux ont affirmé ne pas se sentir assez formés à l'audition de l'enfant. En toutes hypothèses, la formation des juges aux affaires familiales, pourtant amenés plus que tout autre magistrat à procéder à des auditions d'enfants en application de l'article 388-1 du Code civil, se révèle en la matière très insatisfaisante.

L'insuffisance de la formation des juges aux affaires familiales pourrait être palliée par la spécialisation des fonctions de juge aux affaires familiales, au même titre notamment que celle de juge des enfants. Des propositions ont déjà émergé par le passé en faveur d'une spécialisation fonctionnelle et statutaire des juges aux affaires familiales²⁷³, mais le législateur y est resté insensible. A son tour, l'équipe de recherche préconise de spécialiser ces fonctions, ce qui permettrait de renforcer aussi bien la formation des auditeurs de justice qui se destinent aux fonctions de juge aux affaires familiales au sortir de leur formation initiale à l'Ecole, que la formation des magistrats qui, en cours de carrière, deviennent juges aux affaires familiales. Dans un cas comme dans l'autre, le futur juge aux affaires familiales devrait suivre une formation en lien direct avec ses futures fonctions, qui ne serait pas phagocytée par la formation beaucoup plus large aux fonctions de juge de grande instance, comme c'est le cas actuellement. Le juge aux affaires familiales serait ainsi spécialement formé en matière de psychologie des enfants et des adolescents, de communication avec ces jeunes interlocuteurs particuliers et de recueil de leur parole. Il serait sensibilisé à l'écoute

²⁷¹ L'article 50 alinéa 3 du décret du 4 mai 1972 relatif à l'Ecole Nationale de la Magistrature (n° 72-355, JO du 5 mai 1972), modifié par le décret du 31 décembre 2008 relatif à l'Ecole Nationale de la Magistrature (n° 2008-1551, JO n° 0001 du 1^{er} janvier 2009), dispose que « tout magistrat nommé à des fonctions qu'il n'a jamais exercées auparavant suit (...), dans les deux mois qui suivent son installation, la formation à la prise de fonctions correspondante ». Cette formation, d'une durée d'un mois, comprend deux semaines de formation théorique et deux semaines de stage pratique.

²⁷² Cf. le catalogue de formation 2018 de l'Ecole Nationale de la Magistrature, consultable sur le site internet de l'ENM : http://www.enm.justice.fr/sites/default/files/publications/Catalogue_FC_2018.pdf : p. 31.

²⁷³ L. GEBLER, « L'enfant et ses juges. Approche transversale des procédures familiales », art. préc. ; Cl. BRISSET, *Rapport annuel 2005*, rapport préc., p. 159.

des sentiments et des besoins exprimés par l'enfant ou encore à la manière dont le compte rendu d'audition peut être rédigé dans le respect tant de l'intérêt de l'enfant que du principe du contradictoire. Mieux formés à l'audition de l'enfant dans les procédures familiales qui le concernent, les juges aux affaires familiales envisageraient cette audition avec davantage de sérénité que beaucoup ne le font actuellement²⁷⁴. Ils seraient dès lors plus enclins à recueillir la parole de l'enfant et se retrancheraient sans doute moins derrière les difficultés qu'ils peuvent rencontrer, telles que celles liées à l'évaluation du discernement de l'enfant, qui sont réelles mais qui leur paraîtraient sans doute davantage surmontables s'ils étaient formés à les gérer.

La spécialisation des fonctions de juge aux affaires familiales impliquerait un renforcement de la formation des magistrats exerçant ces fonctions, ce qui serait *in fine* bénéfique pour l'enfant, dont l'intérêt supérieur est la considération primordiale. D'une part, le juge aux affaires familiales serait mieux formé à l'audition et partant moins hostile à entendre les enfants. Dès lors, l'accès de l'enfant à son audition serait favorisé par le juge aux affaires familiales lui-même, ce qui permettrait à l'enfant d'être mieux associé à la décision judiciaire familiale qui le concerne. D'autre part, la formation dont bénéficierait le juge aux affaires familiales le conduirait à recueillir la parole de l'enfant dans les meilleures conditions, de manière à ce que son jeune interlocuteur puisse lui faire part de ses sentiments et de ses besoins et puisse ainsi davantage participer à la détermination, par le magistrat, de son intérêt. En définitive, le renforcement de la formation des juges aux affaires familiales, au moyen de leur spécialisation, garantirait un meilleur accès de l'enfant à son expression en justice, favoriserait le recueil de sa parole dans les conditions les plus respectueuses et serait un gage supplémentaire que l'intérêt de l'enfant a été pris en compte dans la décision judiciaire le concernant.

La spécialisation des juges aux affaires familiales, qui induirait un renforcement de leur formation en matière d'audition de l'enfant, contribuerait à satisfaire l'ambition du projet de recherche « Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales ». Associée à la prise en considération des cinquante-quatre autres recommandations formulées par l'équipe de recherche, la spécialisation des fonctions de juge aux affaires familiales participerait en effet à l'amélioration de la participation de l'enfant aux décisions judiciaires le concernant au sein de sa famille, dans le respect de son intérêt supérieur.

²⁷⁴ De nombreux magistrats rencontrés par l'équipe de recherche ont fait part à l'investigateur du malaise que pouvait leur inspirer les auditions d'enfants, auxquelles ils ne sont pas formés, ce qui conduit beaucoup d'entre eux à déléguer l'audition à des professionnels qu'ils estiment plus compétents, voire à rejeter les demandes d'auditions d'enfants qui leur sont adressées.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS :

Recommandation n° 54 :

Les tribunaux de grande instance et les ordres d'avocats devraient poursuivre leurs réflexions conjointes et étendre leur collaboration au moyen de la rédaction de conventions relatives à l'audition de l'enfant, co-élaborées par les juges aux affaires familiales et les avocats d'enfants.

Recommandation n° 55 :

Les fonctions de juge aux affaires familiales devraient être spécialisées de façon à ce que les juges aux affaires familiales soient spécifiquement formés à l'exercice de leurs fonctions et notamment au recueil et à l'écoute de la parole de l'enfant.

ANNEXES

Annexe 1 : Présentation de l'équipe de recherche.

Annexe 2 : Textes applicables à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales.

Annexe 3 : Liste des conventions relatives à l'audition de l'enfant recueillies par l'équipe de recherche.

Annexe 4 : Grille d'entretien avec les magistrats.

Annexe 5 : Outil d'évaluation du discernement et proposition d'adaptation soumis à l'appréciation des magistrats.

Annexe 6 : Guide à destination des juges aux affaires familiales pour la conduite de l'audition de l'enfant.

Annexe 7 : Proposition de formulaire de notification directe à l'enfant de ses droits.

Annexe 8 : Tableaux et graphiques issus de l'analyse des données de terrain.

Annexe 9 : Récapitulatif des propositions de modification des articles 388-1 du Code civil et 338-1 et suivants du Code de procédure civile formulées par l'équipe de recherche.

Annexe 1 :

Présentation de l'équipe de recherche

Le projet de recherche « Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales » associe six chercheurs issus de disciplines et d'établissements différents. Il est porté par le C3RD (Centre de recherche sur les relations entre le risque et le droit), unité de recherche de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille, et s'inscrit plus particulièrement dans les activités de la Chaire de recherche DISE (« Droits et intérêt supérieur de l'enfant »). La Chaire DISE rassemble des enseignants-chercheurs en droit et en psychologie, qui adoptent une approche pluridisciplinaire et complémentaire sur les sujets de recherche liés à l'enfance. Depuis sa création en 2010, la Chaire porte une attention particulière aux enfants en situation de forte vulnérabilité et a développé ses activités scientifiques autour de trois axes de recherche principaux : l'enfant en danger, l'enfant migrant et l'enfant et la justice. L'objectif de la Chaire DISE est de nourrir la réflexion sur la reconnaissance et la mise en œuvre des droits des enfants et sur la prise en considération de leur intérêt supérieur, en particulier lorsqu'ils se trouvent dans une situation qui conduit à accroître leur vulnérabilité. La Chaire DISE compte, parmi ses partenaires avec lesquels elle organise des manifestations à destination de la communauté scientifique et des professionnels de l'enfance, le Défenseur des droits, l'Ecole Nationale de la Magistrature, la Fédération Nationale des Administrateurs ad hoc, l'Ordre des Avocats du Barreau de Lille, le Département du Nord et l'Union Départementale des Associations Familiales du Nord.

Dirigé par le Titulaire de la Chaire DISE (Blandine MALLEVAEY), le projet de recherche « Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales » compte parmi ses membres deux autres chercheurs en droit de la Chaire (Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ et Léa JARDIN), dont la première en qualité d'expert. Son caractère pluridisciplinaire a nécessité de faire appel à deux chercheurs en psychologie de l'Equipe PSITEC - EA 4072 (Psychologie : interactions, temps, émotions, cognition) de l'Université de Lille, spécialistes en psychologie et justice (Maïté BRUNEL et Nathalie PRZYGODZKI-LIONET), dont la seconde en qualité d'expert. Un économiste et directeur de l'unité de recherche ETHICS - EA 7446 de l'Université Catholique de Lille est également membre expert du projet de recherche (Nicolas VAILLANT).

Responsable scientifique :

Blandine MALLEVAEY, Docteur en droit privé et sciences criminelles, est Maître de conférences au sein de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Lille, spécialisée en droit pénal, en droit de la famille et en droits de l'enfant. Elle est membre du C3RD et responsable de l'équipe de recherche « Vulnérabilités ». Elle est Titulaire depuis 2016 de la Chaire de recherche « Droits et intérêt supérieur de l'enfant », dans laquelle s'inscrit le projet

de recherche « Audition et discernement de l'enfant devant le juge aux affaires familiales ». Sa thèse, soutenue en 2015, était consacrée à « L'audition du mineur dans le procès civil ». Dans le cadre de ses travaux de thèse, elle a déjà réalisé une enquête de terrain sur l'audition de l'enfant, auprès de juges aux affaires familiales mais aussi de soixante-huit avocats. Depuis 2017, elle intervient au sein de la formation continue de l'Ecole Nationale de la Magistrature sur « La parole de l'enfant en justice ». Elle dirige le diplôme universitaire Droits et intérêt supérieur de l'enfant et co-dirige le Master 2 Droit de la matière pénale ainsi que l'Ecole de Criminologie Culturelle Européenne de l'Université Catholique de Lille.

Chercheurs associés au projet :

Maïté BRUNEL est Maître de conférences en psychologie sociale et justice au sein de l'Université de Lille. Elle fait partie du laboratoire PSITEC - EA 4072. Ses travaux portent sur l'entretien cognitif dans le cadre de l'audition des victimes et témoins de crimes et délits auprès d'adultes et des personnes vulnérables. Elle a collaboré à un projet de recherche ANR visant à mieux recueillir les témoignages d'enfants en justice. Elle est assistante du rédacteur en chef de la *Revue Européenne de Psychologie Appliquée*. Elle enseigne la psychologie sociale et est co-responsable de plusieurs unités d'enseignement dans le parcours Psychologie et Justice de l'Université de Lille.

Françoise DEKEUWER-DEFOSSEZ est agrégée des facultés de droit et Professeur émérite de l'Université de Lille. Elle est Professeur à l'Université Catholique de Lille et membre de la Chaire « Droits et intérêt supérieur de l'enfant ». Au sein de la Faculté de Droit, elle est assesseure en charge de la politique scientifique et de la valorisation de la recherche. Elle a présidé la Commission de réforme du droit de la famille et a été membre du Haut conseil de la famille. Elle dirige l'Encyclopédie *Droit des personnes et de la famille* (Lamy) et est l'auteur de plusieurs ouvrages consacrés au droit de la famille et aux droits de l'enfant, notamment *Les droits de l'enfant* (PUF, 2018) ou *La séparation dans tous ses états* (Lamy, 2010). Elle fut l'auteur du rapport *Rénover le droit de la famille : Propositions pour un droit adapté aux réalités et aux aspirations de notre temps* (La Documentation française, 1999).

Léa JARDIN est Assistant doctorant en droit public au sein de la Chaire « Droits et intérêt supérieur de l'enfant » de l'Université Catholique de Lille et est membre de l'unité de recherche ETHICS - EA 7446. Elle est spécialisée en droit international public, en droits de l'homme et en droits de l'enfant. Sa thèse, dirigée par Julian FERNANDEZ (Université Paris II Panthéon-Assas) et par Blandine MALLEVAEY, porte sur « La protection des mineurs non accompagnés par le droit international et européen des droits de l'homme ».

Nathalie PRZYGODZKI-LIONET est Professeur de psychologie à l'Université de Lille et responsable du parcours de formation (Licence-Master) et du Master 2 en « Psychologie & Justice » à l'Université de Lille. Membre du laboratoire PSITEC - EA 4072, elle est

responsable de l'équipe de recherche «Justice & Travail». Ses travaux portent principalement sur les représentations de la dangerosité, les processus de jugement (jugement éthique, jugement moral, jugement pénal) et le sentiment de justice / d'injustice. Elle est l'auteur de *Psychologie et Justice – De l'enquête au jugement* (Dunod, 2012) et a co-écrit *Psychologie du jugement moral – Textes fondamentaux et concepts* (Dunod, 2013). Elle est également membre du Conseil scientifique de la revue *Les Cahiers de la Justice*, co-éditée par l'Ecole Nationale de la Magistrature et les éditions Dalloz.

Nicolas VAILLANT, docteur HDR en économie, développe ses travaux de recherche empiriques en économie de la santé, du droit et de la famille. Il dirige ETHICS - EA 7446, unité de recherche pluridisciplinaire en éthique de l'Université Catholique de Lille. Il occupe également les fonctions de vice-Président vice-Recteur de l'Université Catholique de Lille et de vice-Recteur en charge du secteur santé-social.

Annexe 2 :

Textes applicables à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales

Ne sont indiqués que les textes de droit français applicables à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et sur lesquels se fonde cette recherche.

Code civil :

Art. 388-1 : « 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 ».

Code de procédure civile :

Art. 338-1 : « Le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant.

Lorsque la procédure est introduite par requête, la convocation à l'audience est accompagnée d'un avis rappelant les dispositions de l'article 388-1 du code civil et celles du premier alinéa du présent article.

Lorsque la procédure est introduite par acte d'huissier, l'avis mentionné à l'alinéa précédent est joint à celui-ci.

Dans toute convention soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales selon la procédure prévue par l'article 1143 ou par les articles 1565 et suivants, mention est faite 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 ».

Art. 338-2 : « La demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même ou par les parties. Elle peut l'être en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel ».

Art. 338-3 : « La décision ordonnant l'audition peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience ».

Art. 338-4 : « Lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas.

Lorsque la demande est formée par les parties, l'audition peut également 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 mineur.

Le mineur et les parties sont avisés du refus par tout moyen. Dans tous les cas, les motifs du refus sont mentionnés dans la décision au fond ».

Art. 338-5 : « La décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours.

La décision statuant sur la demande d'audition formée par les parties est soumise aux dispositions des articles 150 et 152 ».

Art. 338-6 : « Le greffe ou, le cas échéant, la personne désignée par le juge pour entendre le mineur adresse à celui-ci, par lettre simple, une convocation en vue de son audition.

La convocation l'informe de son droit à être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix.

Le même jour, les défenseurs des parties et, à défaut, les parties elles-mêmes sont avisés des modalités de l'audition ».

Art. 338-7 : « Si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s'il ne choisit pas lui-même celui-ci, le juge requiert, par tout moyen, la désignation d'un avocat par le bâtonnier ».

Art. 338-8 : « Lorsque l'audition est ordonnée par une formation collégiale, celle-ci peut entendre elle-même le mineur ou désigner l'un de ses membres pour procéder à l'audition et lui en rendre compte ».

Art. 338-9 : « Lorsque le juge estime que l'intérêt de l'enfant le commande, il désigne pour procéder à son audition une personne qui ne doit entretenir de liens ni avec le mineur ni avec une partie.

Cette personne doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique.

Elle est avisée de sa mission sans délai et par tout moyen par le greffe ».

Art. 338-10 : « Si la personne chargée d'entendre le mineur rencontre des difficultés, elle en réfère sans délai au juge ».

Art. 338-11 : « Les modalités d'audition peuvent être modifiées en cas de motif grave s'opposant à ce que le mineur soit entendu dans les conditions initialement prévues ».

Art. 338-12 : « Dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte rendu de cette audition. Ce compte rendu est soumis au respect du contradictoire ».

Annexe 3 :
Liste des conventions relatives à l'audition de l'enfant recueillies par l'équipe de recherche

	Ville	Intitulé de la convention	Signataires	Date de signature	Retenue pour analyse*
1	Alès	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant	- Tribunal de grande instance d'Alès - Ordre des avocats du barreau d'Alès	20 novembre 2014	Oui
2	Bobigny	Convention relative à l'audition de l'enfant	- Tribunal de grande instance de Bobigny - Ordre des avocats du barreau de Seine-Saint-Denis	4 novembre 2010	Oui
3	Caen	Convention	- Tribunal de grande instance de Caen - Association les amis de Jean Bosco	28 janvier 2008	Non
4	Chartres	Convention relative à l'audition de l'enfant	- Tribunal de grande instance de Chartres - Ordre des avocats du barreau de Chartres	25 novembre 2015	Oui
5	Libourne	L'enfant dans les procédures devant le juge aux affaires familiales – Protocole du tribunal de grande instance de Libourne	- Tribunal de grande instance de Libourne - Ordre des avocats du barreau de Libourne - Collectif des mineurs du barreau de Libourne	15 juin 2006	Non
6	Meaux	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant	- Tribunal de grande instance de Meaux - Ordre des avocats du barreau de Meaux - Association d'insertion sociale et professionnelle Horizon	6 juin 2013 (et son avenant du 2 juin 2014)	Oui
7	Melun	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant	- Tribunal de grande instance de Melun - Ordre des avocats du barreau de Melun	19 mars 2010	Oui
8	Montpellier	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant	- Tribunal de grande instance de Montpellier - Ordre des avocats du barreau de Montpellier	21 novembre 2011	Oui

9	Nanterre	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant	- Tribunal de grande instance de Nanterre - Ordre des avocats du barreau de Nanterre	7 décembre 2009	Oui
10	Nice	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant	- Tribunal de grande instance de Nice - Ordre des avocats du barreau de Nice	3 juin 2009	Oui
11	Niort	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant	- Tribunal de grande instance de Niort - Ordre des avocats du barreau des Deux-Sèvres	5 mai 2014	Oui
12	Paris	Nouvelle convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant	- Tribunal de grande instance de Paris - Ordre des avocats du barreau de Paris	15 décembre 2011	Oui
13	Pontoise	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant	- Tribunal de grande instance de Pontoise - Ordre des avocats du barreau du Val d'Oise	29 mars 2010	Oui
14	Rodez	Convention relative à la défense des mineurs	- Tribunal de grande instance de Rodez - Ordre des avocats du barreau de l'Aveyron	11 mai 2015	Non
15	Rouen	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant	- Tribunal de grande instance de Rouen - Ordre des avocats du barreau de Rouen	21 décembre 2010	Oui
16	Thionville	Convention pour l'amélioration de l'audition de l'enfant	- Tribunal de grande instance de Thionville - Ordre des avocats du barreau de Thionville	8 juillet 2014	Oui
17	Toulouse	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant	- Tribunal de grande instance de Toulouse - Ordre des avocats du barreau de Toulouse	5 décembre 2016	Oui
18	Valenciennes	Convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant	- Tribunal de grande instance de Valenciennes - Ordre des avocats du barreau de Valenciennes	27 mai 2013	Oui

* Les raisons qui ont conduit l'équipe de recherche à écarter de leur analyse trois des conventions récoltées sont détaillées en introduction : cf. *supra* p. 25.

Annexe 4 :
Grille d'entretien avec les magistrats

- Identification de l'entretien

Nous sommes le X, il est Xh, [investigateur] mène l'entretien.

- Explication du déroulement de l'entretien en 4 phases

Notre entretien va se structurer en 4 phases. Dans un premier temps, je vous demanderai de me présenter votre parcours professionnel. Suite à cela, je vous poserai des questions sur votre pratique en matière d'audition des mineurs. Il s'agira ensuite d'aborder la question de l'évaluation du discernement. Enfin, je vous présenterai un outil et vous demanderai de me dire ce que vous en pensez.

A- Phase de prise de contact

- ▶ A-1. Tout d'abord, pouvez-vous me parler de votre parcours professionnel ?

B- Phase sur l'audition des mineurs

- ▶ B-1. Pouvez-vous décrire dans quelles procédures vous entendez des mineurs ?
- ▶ B-2. Comment faites-vous pour auditionner ces mineurs ?
 - ▶ B-2.a. Est-ce que vous portez la robe ?
- ▶ B-3. Vous arrive-t-il de déléguer l'audition du mineur ?
 - ▶ B-3.a. Si oui, quelles circonstances vous paraissent justifier la délégation de l'audition ?
- ▶ B-4. Comment procédez-vous pour rendre compte de l'audition du mineur aux parties ?
- ▶ B-5. Y a-t-il des conditions pour auditionner les mineurs ? (Il est probable que le juge aborde alors la question du discernement)

C- Phase sur le discernement chez l'enfant

- ▶ C-1. Pouvez-vous me parler plus particulièrement du discernement chez l'enfant ?
- ▶ C-2. Comment définiriez-vous le discernement chez l'enfant ?
- ▶ C-3. Avez-vous des critères de décision pour juger qu'un enfant est capable de discernement ?
- ▶ C-4. De même, avez-vous des critères de décision pour juger qu'un enfant n'est pas capable de discernement ?
- ▶ C-5. Lorsque vous n'avez jamais rencontré l'enfant, comment faites-vous pour juger de sa capacité de discernement ?
- ▶ C-6. Pour juger de la capacité de discernement de l'enfant, utilisez-vous le critère de l'âge ?
 - ▶ C-6.a. A partir de quel âge estimez-vous, de manière générale, qu'un enfant peut être considéré comme capable de discernement ?
 - ▶ C-6.b. Selon vous, l'âge moyen à partir duquel un enfant est capable de discernement varie-t-il selon la nature de la procédure ?
 - ▶ C-6.c. Pensez-vous qu'il serait opportun de fixer un âge au-delà duquel l'enfant serait présumé capable de discernement ?
 - ▶ C-6.c.α. Si oui, à quel âge fixeriez-vous ce seuil ?
- ▶ C-7. Pour juger de la capacité de discernement, utilisez-vous les rapports d'enquête sociale et les rapports d'expertise ?
- ▶ C-8. Lorsqu'un enfant vous demande d'être auditionné, qu'en pensez-vous ?
- ▶ C-9. L'évaluation que vous faites du discernement d'un enfant varie-t-elle selon que la demande d'audition vous a été adressée par l'enfant lui-même ou par l'un de ses parents ?
- ▶ C-10. Lorsqu'un jeune enfant n'est manifestement pas encore capable de discernement, peut-il cependant vous sembler, dans certains cas, utile de procéder à son audition ?
- ▶ C-11. Lorsque vous auditionnez l'enfant, est-ce que vous évaluez à nouveau sa capacité de discernement ?

- C-12. Selon vous, le fait qu'un mineur puisse être considéré comme capable de discernement signifie-t-il qu'il doit pouvoir participer aux décisions qui le concernent ?
- C-13. Cela signifie-t-il qu'il est capable de décider pour lui-même ?
- C-14. Si un mineur vous apparaît distinctement capable de discernement, serez-vous plus enclin(e) à accéder à ses souhaits ?

D- Phase d'évaluation d'une méthode d'évaluation du discernement

Voici une méthode d'évaluation du discernement utilisée par des médecins dans le cadre du choix thérapeutique : nous en proposons ici une adaptation²⁷⁵.

- D-1. Pouvez-vous prendre un instant pour consulter un extrait de l'article et le commenter ?

Après avoir recueilli les commentaires du magistrat, les questions suivantes seront posées :

- D-1.a. Pensez-vous que ce type de procédure pourrait vous être utile ?
- D-1.b. Pensez-vous que ce type de procédure pourrait être adapté à l'évaluation du discernement pré-audition ?

E- Phase de clôture de l'entretien

- E-1. Pour terminer, avez-vous eu une formation sur l'évaluation du discernement ?
- E-2. Avez-vous quelque chose à ajouter ?

²⁷⁵ Cf. en annexe 5 l'outil d'évaluation du discernement et la proposition d'adaptation soumis à l'appréciation des magistrats.

Annexe 5 :
Outil d'évaluation du discernement
et proposition d'adaptation soumis à l'appréciation des magistrats

Extrait de l'article de Wasserfallen, Stiefel, Clarke, & Crespo (2004),
Bulletin de médecins suisses, 85(32/33), 1701-1704.

**« Appréciation de la capacité de discernement des patients :
procédure d'aide à l'usage des médecins ».**

La capacité de discernement : définitions

Le discernement est défini par l'article 16 du Code civil [suisse] comme suit : « Toute personne qui n'est pas dépourvue de la faculté d'agir raisonnablement à cause de son jeune âge, ou qui n'en est pas privée par suite de maladie mentale, de faiblesse d'esprit, d'ivresse, ou d'autres causes semblables, est capable de discernement dans le sens de la présente loi ».

Le discernement comprend deux aspects principaux (Fazel, Hope, & Jacoby, 1999) :

- Prise de conscience : le patient doit pouvoir comprendre l'information fournie, manipuler cette information rationnellement, et se rendre compte des conséquences de ses actes.
- Manifestation de sa volonté : le patient doit pouvoir communiquer ses choix et résister de manière adéquate à la pression exercée par autrui sur lui-même.

L'information doit être donnée dans un langage compréhensible, fournie sans pression, en laissant au patient un espace pour poser des questions, et en lui offrant un délai de réflexion. En effet, la manière de délivrer l'information conditionne en partie la réponse obtenue.

Ainsi, la capacité de discernement n'est pas forcément perturbée chez les patients atteints de troubles psychiques, hospitalisés en établissement psychiatrique, très âgés, hébergés en établissement médico-social, sous tutelle ou mineurs.

Appréciation de la capacité de discernement

La capacité de discernement doit s'apprécier de cas en cas par le médecin responsable de la prise en charge du patient. Elle est déterminée en fonction de la situation bien précise dans laquelle se trouve le patient et de la question qui se pose. Elle doit être évaluée chaque fois qu'une décision est prise.

En cas de doute sur la capacité de discernement, il s'agit d'évaluer en premier lieu l'état de conscience du patient, son orientation spatio-temporelle, personnelle et situationnelle. On doit aussi s'assurer de la compréhension générale que le patient a de sa maladie, de sa capacité d'apprécier les conséquences probables d'une décision, et de gérer l'information de manière rationnelle. Il doit avoir la faculté de maintenir et de communiquer ses choix.

Dans les situations où cette appréciation s'avère difficile, le questionnaire de Silberfeld (voir ci-après) peut être utilisé comme guide. Un score supérieur ou égal à 6/10 indique que le patient peut être considéré comme compétent.

Il faut être conscient qu'un refus inadéquat de traitement n'est pas forcément dû à une incapacité de discernement, mais peut-être l'expression d'un conflit entre le patient et l'équipe ou bien refléter un état anxieux, d'irritation ou de révolte. L'évaluation de la capacité de discernement doit donc tenir compte de ces éléments.

Si le médecin juge que le patient n'a pas son discernement, il est important de documenter le cas et de décrire précisément dans le dossier quels éléments ont appuyé ce jugement.

Questionnaire de Silberfeld		Proposition d'adaptation	
1. Pouvez-vous donner un résumé de la situation ?	Problème chronique* ou problème aigu*	1. Pouvez-vous donner un résumé de la situation ?	L'enfant sait répondre*
2. Quel traitement souhaiteriez-vous dans cette situation ?	Réponse claire*	2. Quelle est selon votre opinion la meilleure décision à prendre dans cette situation ?	Réponse claire*
3. Pouvez-vous nommer un autre choix possible pour vous ?	Un autre choix de traitement*	3. Pouvez-vous nommer une autre possibilité pour vous ?	Une autre opinion*
4. Quelles sont les raisons de votre choix ?	Une raison valable*	4. Quelles sont les raisons de votre opinion ?	Une raison valable*
5. Quels sont les problèmes associés à votre choix de traitement ?	Un problème*	5. Quels sont les problèmes associés à votre opinion ?	Un problème*
6. Que signifiera votre décision pour vous et votre famille ?	Pour le patient* Pour la famille*	6. Que signifierait la prise en compte de votre opinion pour vous et votre famille ?	Pour l'enfant* Pour la famille*
7. Quel effet à court terme aura le traitement ?	Effet à court terme*	7. Quel effet à court terme aurait la prise en compte de votre opinion ?	Effet à court terme*
8. Pouvez-vous penser à un effet à long terme ?	Effet à long terme*	8. Pouvez-vous penser à un effet à long terme ?	Effet à long terme*
9. Pouvez-vous répéter quel traitement vous souhaitez ?	Répétition de la réponse à la question 2*	9. Pouvez-vous répéter quelle est votre opinion ?	Répétition de la réponse à la question 2*

* Correspond au score attribué à la réponse : « un score total supérieur ou égal à 6/10 indique que le patient peut être considéré comme compétent ».

Annexe 6 :
Guide à destination des juges aux affaires familiales
pour la conduite de l'audition de l'enfant

Objectifs	Ce que le juge peut dire à l'enfant
1^{ère} phase : Explications	
Prise de contact : le juge se présente et présente le greffier.	<i>Bonjour, je m'appelle X ; je suis juge aux affaires familiales. Voici Y ; il / elle est greffier. Il va écrire sur l'ordinateur ce que l'on se dit.</i>
Le juge explique à l'enfant que sa parole et son avis sont importants, mais que la décision revient uniquement au juge.	<i>Je suis là pour t'écouter. Ce que tu vas me dire est important, mais c'est moi qui prendrai la décision te concernant. Je vais prendre la décision qui est la meilleure pour toi et pour ta famille.</i>
Le juge avertit l'enfant qu'un compte rendu sera rédigé et que ses parents auront accès à ce qui sera dit durant l'audition.	<i>Le greffier va prendre des notes de ce que l'on va se dire sur un document. Ce document sera envoyé aux avocats de tes parents et tes parents pourront en avoir connaissance. Il est donc important que tu ne me dises pas des choses que tu voudrais garder secrètes, car je devrais les écrire dans le document, comme la loi me le demande.</i>
Le juge prévient l'enfant que le compte rendu lui sera relu en fin d'audition et qu'il pourra préciser certains points.	<i>A la fin de l'audition, on regardera ce document ensemble. Tu pourras me dire s'il y a des choses que tu veux dire autrement ou que tu veux ajouter.</i>
2^{ème} phase : Récit libre	
Le juge échange avec l'enfant pour mieux le connaître.	<i>J'aimerais mieux te connaître, parle-moi de toi, des choses que tu aimes faire.</i>
Transition vers les contenus déclaratifs : le juge invite l'enfant à s'exprimer librement.	<i>Maintenant que je te connais un peu mieux, raconte-moi pourquoi tu as demandé à venir me parler.</i>
3^{ème} phase : Questions / réponses	

Le juge détermine si l'enfant comprend la situation.	<i>Comment ça se passe avec tes parents en ce moment ?</i>
Le juge évalue la capacité de l'enfant à distinguer les souhaits de ses parents de son avis personnel (il pose chaque question au fur et à mesure et laisse l'enfant répondre avant de poser la question suivante).	<i>- Tu sais ce que ta maman voudrait ?</i> <i>- Tu sais ce que ton papa voudrait ?</i> <i>- Et toi, qu'est-ce que tu voudrais ?</i>
Le juge évalue la capacité de raisonnement de l'enfant sur le souhait exprimé.	<i>Pourquoi tu souhaiterais cela ?</i>
Le juge évalue la capacité de l'enfant à anticiper les conséquences du souhait exprimé.	<i>Est-ce que tu sais ce qui se passerait si ton souhait était retenu ?</i>
4^{ème} phase : Reformulation	
Le juge s'assure qu'il a bien compris la teneur des propos de l'enfant.	<i>Si je comprends bien tu m'as dit que... / tu souhaiterais que....</i>
Le juge rappelle à l'enfant que sa parole et son avis sont importants, mais que la décision revient au juge et qu'elle sera peut-être différente du souhait qu'il a exprimé.	<i>J'entends ce que tu dis, je vais réfléchir à ce qui est le mieux pour toi et pour ta famille. Je prendrai une décision qui sera peut-être différente de ce que tu voudrais.</i>
5^{ème} phase : Clôture	
Le juge peut demander à l'avocat de l'enfant s'il a une question à poser à son client.	<i>[Intervention éventuelle de l'avocat de l'enfant pour lui poser une question.]</i>
Le juge établit le compte rendu à partir des notes prises par le greffier et en fait lecture à l'enfant.	<i>Nous allons relire ensemble le document qui reprend ce que tu as dit et qui va être envoyé aux avocats de tes parents. Si je me suis trompé(e), tu peux me le dire. Tu peux me dire aussi s'il y a des choses que tu voudrais écrire autrement ou que tu voudrais ajouter.</i> <i>[Lecture et reprise du compte rendu avec l'enfant.]</i>
Le juge demande à l'enfant s'il a autre chose à dire ou s'il a des questions.	<i>Y a-t-il d'autres choses que tu souhaiterais que je sache ?</i> <i>Est-ce que tu as des questions ?</i>
Le juge termine l'entretien par un sujet neutre.	<i>Qu'est-ce que tu vas faire aujourd'hui en partant d'ici ?</i>

Annexe 7 :

Proposition de formulaire de notification directe à l'enfant de ses droits

[Date]

[Prénom et nom de l'enfant],

Le / la juge aux affaires familiales du tribunal de [ville] est chargé(e)* de prendre une décision qui te concerne directement : [...]**.

Afin que le juge puisse prendre la meilleure décision pour toi et ta famille, la loi prévoit que tu as le droit de le rencontrer pour lui parler.

Tu n'y es pas obligé(e)* et tu as le droit de refuser de rencontrer le juge. Ni lui, ni tes parents ne peuvent t'obliger à parler au juge si tu ne le veux pas.

Si tu décides de parler au juge, il te rencontrera sans tes parents. Un avocat (ou une avocate) sera chargé de t'accompagner lors de ta rencontre avec le juge. Cet avocat sera payé par l'Etat ; ni toi, ni tes parents ne devront payer ton avocat. Cet avocat t'enverra un courrier pour t'inviter à un rendez-vous avant ta rencontre avec le juge.

Tu dois savoir que, si tu décides de rencontrer le juge, il devra parler à tes parents*** de ce que tu lui diras. Tu dois aussi savoir que le juge t'écouter attentivement, mais il pourra prendre une décision différente de celle que tu souhaites, car il décidera selon ce qui est le mieux pour toi et ta famille.

Pour faire savoir au juge si tu veux ou pas le rencontrer, tu dois remplir les cases ci-dessous et renvoyer ce courrier en utilisant l'enveloppe avec l'adresse du tribunal. Tu peux aussi scanner ce courrier et l'envoyer par e-mail à cette adresse : [adresse courriel du greffier ou du juge]. Tu dois renvoyer ce courrier au plus tard pour le [Jour + 15 après la date d'envoi du courrier].

Je m'appelle (tu indiques ton prénom et ton nom) :

Je suis né(e) le :

J'ai compris que j'ai le droit d'être entendu(e)* par le juge sur la décision qui me concerne et que j'ai le droit d'être accompagné(e)* par un avocat (si oui, tu coches la case) : ☐

Je souhaite rencontrer le juge pour lui parler (tu coches la case selon ce que tu as décidé) :

Oui ☐

Non ☐

Date (tu indiques la date à laquelle tu renvoies ce courrier) :

Signature :

* Employer, pour désigner le juge ainsi que l'enfant, uniquement le masculin ou uniquement le féminin selon les cas²⁷⁶.

** Indiquer l'identité des parties et l'objet de la décision que doit prendre le juge, par exemple : « tes parents lui ont demandé de décider avec qui tu vas habiter », « ton papa a demandé que tu passes plus de week-ends avec lui », « tes grands-parents ont demandé que tu leur rendes visite », etc.

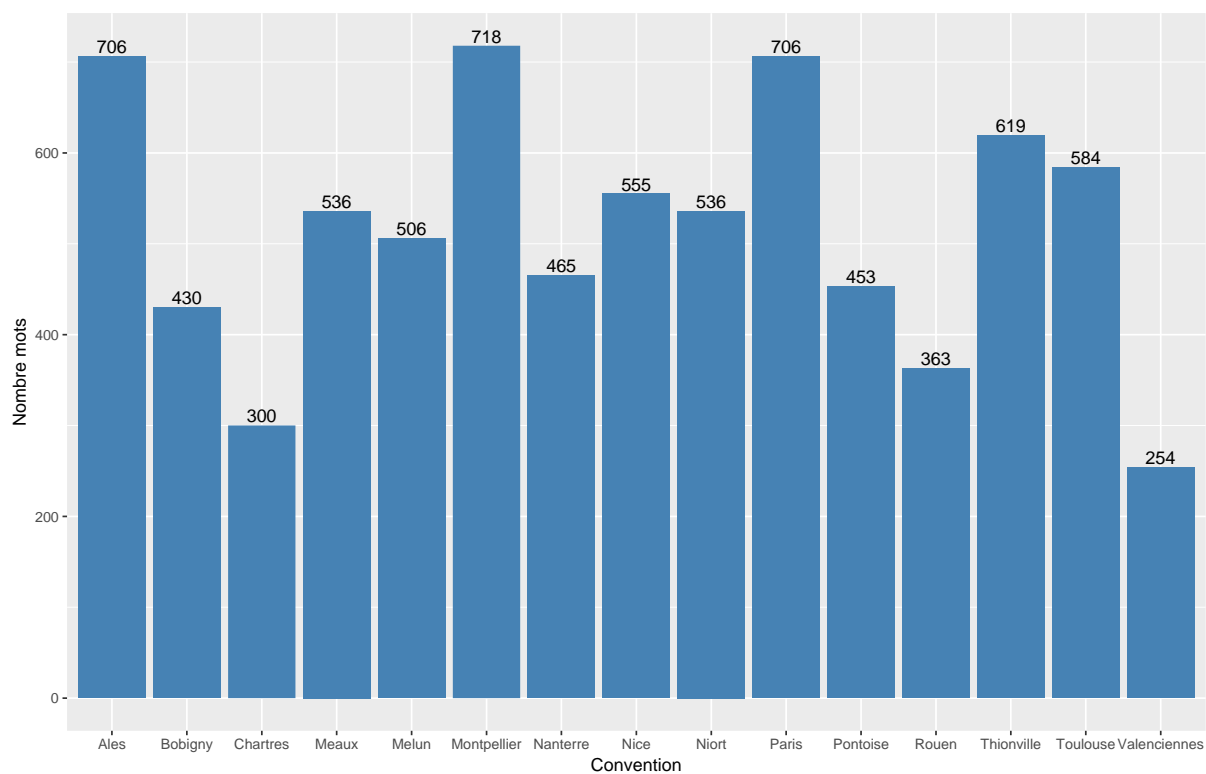
*** Adapter en fonction de la procédure, par exemple : « tes parents et tes grands-parents », « tes parents et ta sœur », « tes parents et ton parrain », etc. lorsque la procédure vise à statuer sur la demande de droit de visite et d'hébergement adressée au juge aux affaires familiales par les ascendants de l'enfant, par l'un de ses frères et sœurs aînés ou par toute autre personne.

²⁷⁶ L'objectif est de ne pas alourdir la lecture du formulaire par l'enfant, ce qui implique de supprimer le « (e) » à la fin des termes « chargé(e) », « obligé(e) », « entendu(e) », et « accompagné(e) », lorsqu'ils désigneront l'individu de sexe masculin et d'ajouter un « e » sans les parenthèses lorsque ces termes s'appliqueront à un individu de sexe féminin.

Annexe 8 :
Tableaux et graphiques issus de l'analyse des données de terrain

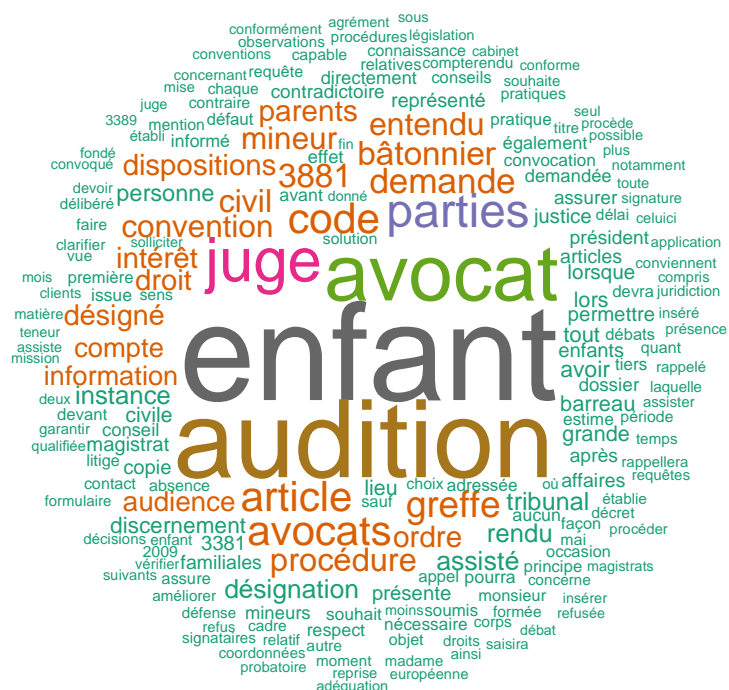
Graphique n° 1 :

Nombre total de termes dans chaque convention relative à l'audition de l'enfant



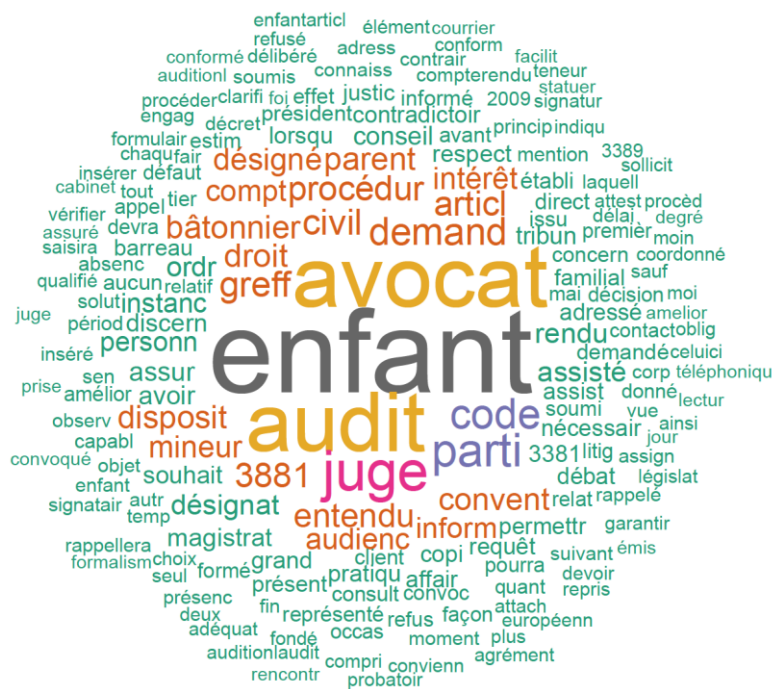
Graphique n° 2-a :

Nuage des mots les plus fréquemment utilisés dans l'ensemble des conventions
relatives à l'audition de l'enfant (sans réduction des termes)



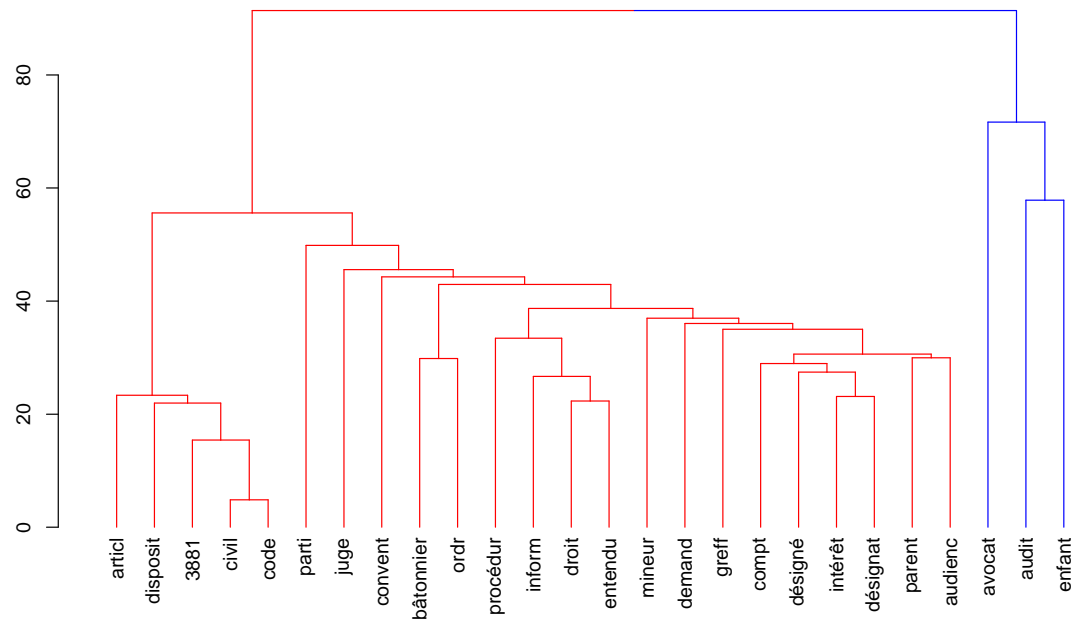
Graphique n° 2-b :

Nuage des mots les plus fréquemment utilisés dans l'ensemble des conventions relatives à l'audition de l'enfant (avec réduction des termes à leur racine)



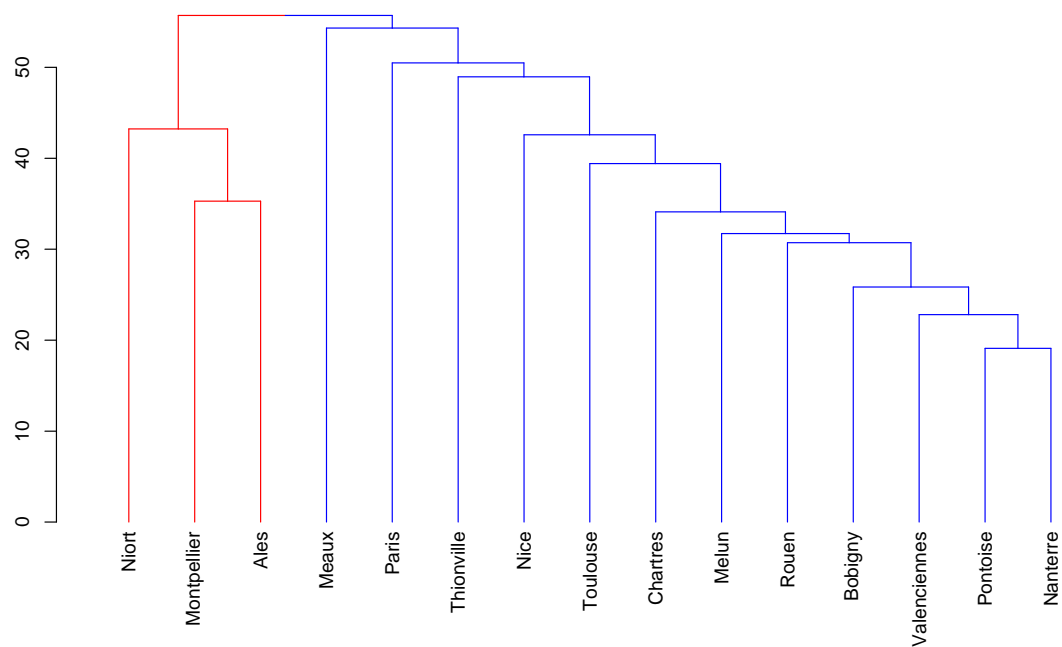
Graphique n° 3 :

Dendrogramme issu de la classification hiérarchique ascendante



Graphique n° 4 :

Dendrogramme issu de la classification hiérarchique ascendante



Graphique n° 5 :

Dendrogramme de la classification descendante hiérarchique
des discours à propos du discernement

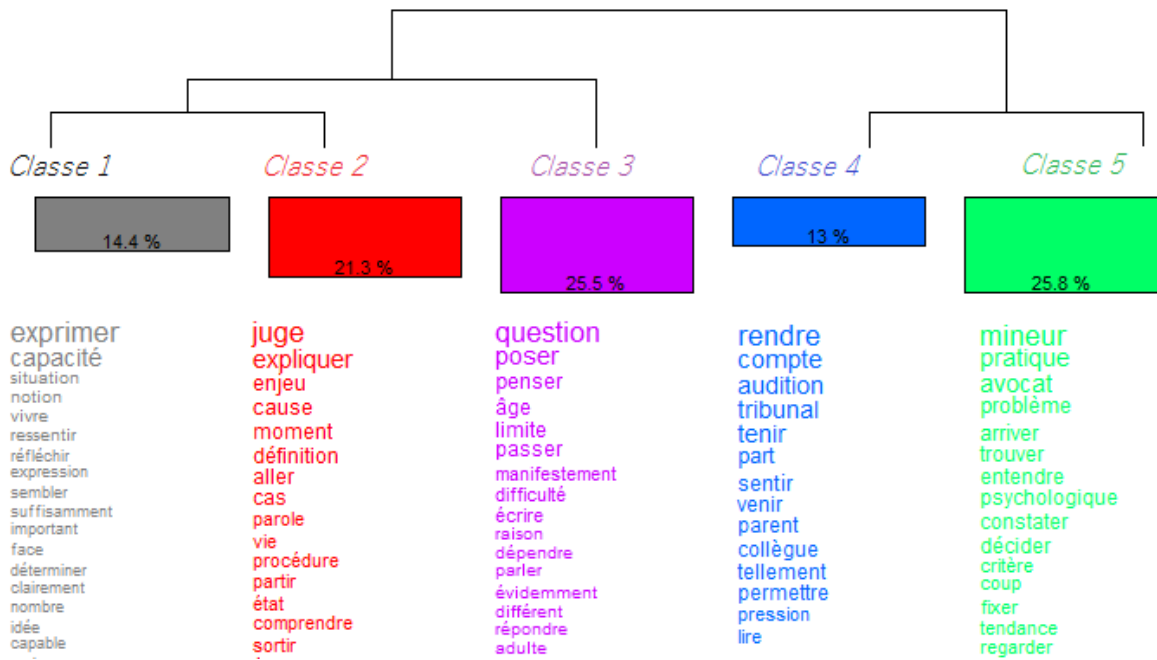


Tableau n° 1 :

Récapitulatif des expressions à propos du discernement regroupées en thématiques

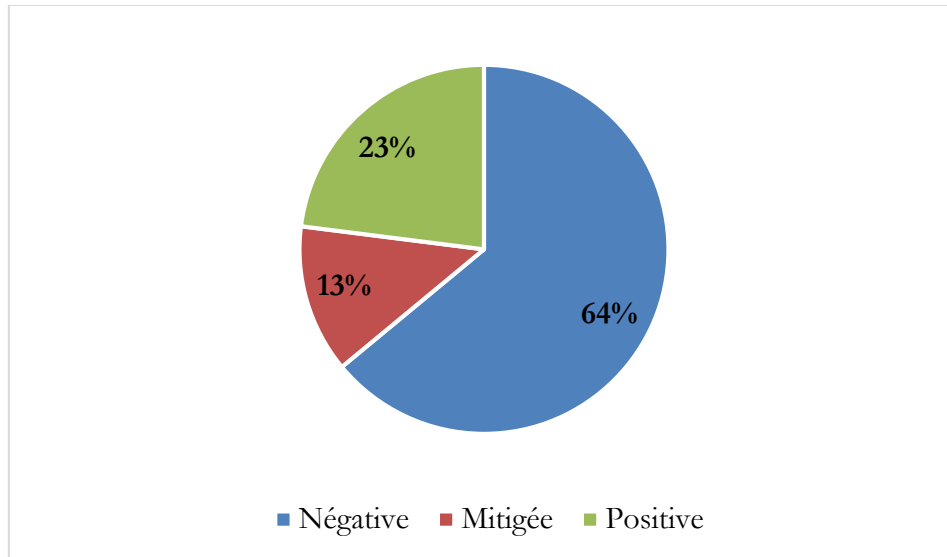
	Total
Facteurs dispositionnels (89)	
âge	26
comprendre la situation, les enjeux	16
capacité d'exprimer ses souhaits, en son nom, sa volonté propre, ses ressentis	12
capacités différentes, développement différent, niveau de vocabulaire, capacité d'écriture, capacité de raisonner	8
maturité, bulletin de classe, classe, autonomie	7
capacité d'exprimer un point de vue sur sa situation	6
trouble de la personnalité, trouble autistique, handicap, IME	5
capacité de dire des choses	4
comprendre les conséquences, ce qui peut leur poser problème ou pas, apporter des nuances, raisonner, argumenter	4
capacité à se repérer dans le temps et dans l'espace	1
Facteurs situationnels (47)	
lettre de l'enfant, volonté affirmée de l'enfant	12
sans être parasité par des envies externes, appris par cœur son discours, conditionné par les parents, manipulé, pression, manœuvre, instrumentalisation	14
conflit parental	9
fratrie	6
relation de l'enfant avec les parents, conflit de loyauté	3
fonction de la situation, du dossier	2
demande par les parents, avocat des parents, lettre dictée par les uns ou les autres	1
Facteurs institutionnels (11)	
avocat	5
usage, délégation des enquêteurs sociaux, expertise psychologique, avocats	3
cohérent dans l'équipe, avec mes collègues	1
problème de la systématisation de l'audition, impossible d'entendre tous les enfants	1
insuffisance des dispositifs	1

Graphiques n° 6 :

Réaction des magistrats lors de la présentation de la grille de Silberfeld
et de sa proposition d'adaptation

n° 6-a :

Utilité de l'outil pour évaluer le discernement :
pourcentage d'unités de sens à valence négative, positive et mitigée



n° 6-b :

Utilité de l'outil pour le juge :
pourcentage d'unités de sens à valence négative, positive et mitigée

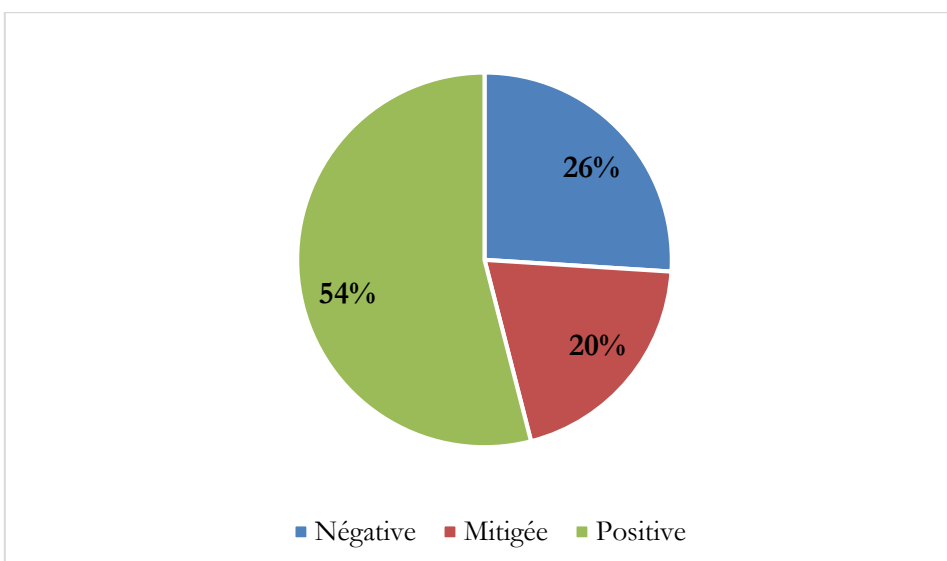


Tableau n° 2 :

Récapitulatif des commentaires de l'adaptation de la grille de Silberfeld et propositions émises par les juges

Question	Commentaires des magistrats <i>Le chiffre indiqué entre parenthèses correspond au nombre de magistrats ayant formulé le commentaire.</i>	Propositions des magistrats <i>Le chiffre indiqué entre parenthèses correspond au nombre de magistrats ayant formulé la proposition.</i>
1. Pouvez-vous donner un résumé de la situation ?	<ul style="list-style-type: none"> - C'est bien, mais à adapter (8) - C'est compliqué pour l'enfant (1) - C'est au juge de situer le cadre (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - « Est-ce que tu as compris ce qui se passe actuellement dans ta famille et qu'est-ce qui se passe ? » (1) - « Qu'est-ce qui se passe dans ta famille actuellement, est-ce que tu peux m'en donner un résumé ? » (1) - « Tu vis la plupart du temps chez ta maman, comment ça se passe chez ta maman ? » (1)
2. Quelle est selon votre opinion la meilleure décision à prendre dans cette situation ?	<ul style="list-style-type: none"> - C'est bien, mais à adapter (4) - C'est compliqué pour l'enfant (2) - La question est trop responsabilisante pour l'enfant, c'est au juge de prendre la décision (4) - La question est possible mais pour les adolescents (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - « Comment toi tu vois les choses ? Avec ton père ? Avec ta mère ? » (1) - « Qu'est-ce que toi tu voudrais changer par rapport à la situation que tu me décris ? » (1) - « Si tu avais une baguette magique, quelle situation tu aimerais ? » (2) - « Tes parents se sont séparés quand tu avais quel âge ? » (1) - « Après la séparation, tu es resté avec qui ? » (1) - « Aujourd'hui papa demande que tu vives chez lui, qu'est-ce que tu en penses ? » (1)
3. Pouvez-vous nommer une autre possibilité pour vous ?	<ul style="list-style-type: none"> - C'est bien, mais à adapter (2) - C'est bien (2) - N'utilise généralement pas cette question lors de l'audition (3) 	<ul style="list-style-type: none"> - « Qu'est-ce que tu penses que ton père pense de ta situation ? Qu'est-ce que tu penses que ta mère pense de ta situation ? » (1) - « Toi, si tu pouvais changer quelque chose, qu'est-ce que tu ferais ? » (1) - « Comment tu vois les choses, qu'est-ce que tu préférerais toi ? » (1) - « Qu'est-ce que tu voudrais ? » (1) - « Est-ce que tu sais ce que veut ta maman ? Est-ce que tu sais ce que veut ton papa ? Et toi qu'est-ce que tu veux ? » (1)

4. Quelles sont les raisons de votre opinion ?	<ul style="list-style-type: none"> - C'est bien, mais à adapter (3) - C'est bien (2) - C'est possible mais pour les enfants les plus grands ou les plus déterminés (1) - Trop compliqué pour l'enfant (3) 	/
5. Quels sont les problèmes associés à votre opinion ?	<ul style="list-style-type: none"> - Trop compliqué pour l'enfant (4) - C'est bien, mais à adapter (2) 	« Toi qu'est-ce que tu voudrais, et qu'est-ce qui empêche que ce soit possible ? » (1)
6. Que signifierait la prise en compte de votre opinion pour vous et votre famille ?	<ul style="list-style-type: none"> - Trop compliqué pour l'enfant (5) - C'est bien, mais à adapter (3) 	<ul style="list-style-type: none"> - « Est-ce que tu en parles avec tes parents, est-ce que tu as parlé avec ton père, avec ta mère, de ce que tu me dis là ? » (1) - « Qu'est-ce que ça serait l'effet de ton opinion sur ta famille ? » (1) - « Est-ce que tu crains quelque chose ? Est-ce que ça pose problème que ton père ou ta mère sache ? » (1)
7. Quel effet à court terme aurait la prise en compte de votre opinion ?	<ul style="list-style-type: none"> - Trop compliqué pour l'enfant (1) - C'est bien, mais à adapter (2) - Rejoint la 6^{ème} question (1) 	/
8. Pouvez-vous penser à un effet à long terme ?	<ul style="list-style-type: none"> - Trop compliqué pour l'enfant (8) - Trop compliqué pour l'adolescent (16/17 ans) (1) - C'est bien, mais à adapter (2) - C'est possible d'utiliser cette question pour les adolescents (2) 	<ul style="list-style-type: none"> - « Bon si je comprends bien ton papa tu ne veux plus le voir jamais ? C'est bien ce que tu veux, tu ne veux plus jamais le voir ? » (1) - « Mais est-ce que tu ne penses pas qu'à l'adolescence quand tu auras 12/13 ans, tu ne vas pas regretter ce choix ? » (1) - « Tu ne penses pas que tu voudrais te rapprocher de ton père à un moment ? » (1)
9. Pouvez-vous répéter quelle est votre opinion ?	<ul style="list-style-type: none"> - C'est bien, mais à adapter (3) - C'est ce que l'on fait au moment où on relit le compte rendu avec l'enfant (2) - N'utilise généralement pas cette question lors de l'audition (1) 	<ul style="list-style-type: none"> - « Bon tu es vraiment sûr de ce que tu m'as dit, tu es toujours d'accord ? » (1) - « Est-ce que tu veux dire quelque chose de plus ? » ou « est-ce que tu as dit au départ c'est toujours ce que tu souhaites, ou ce que tu voulais dire ? » (1)

Annexe 9 :
Récapitulatif des propositions de modification des articles 388-1 du Code civil
et 338-1 et suivants du Code de procédure civile formulées par l'équipe de recherche

Textes en vigueur		Modifications proposées par l'équipe de recherche
<i>En caractères italiques, figurent les dispositions que l'équipe de recherche recommande soit de modifier, soit de supprimer.</i>		<i>En caractères italiques, figurent les dispositions dans leur formulation proposée par l'équipe de recherche.</i>
Dispositions du Code civil		
Art. 388-1	<p>« 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.</p> <p>Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. <i>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.</i></p> <p>L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.</p>	<p>« 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.</p> <p><i>Le mineur âgé de dix ans révolus est réputé disposer de la capacité de discernement exigée par l'alinéa précédent.</i></p> <p>Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. <i>Le mineur est entendu avec un avocat.</i></p> <p>L'audition du mineur ne lui confère pas la qualité de partie à la procédure.</p>

	<p>Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat ».</p>	<p>Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat.</p> <p><i>Les opinions de l'enfant sont prises en considération eu égard à son âge et à son degré de maturité ».</i></p>
<p>Dispositions du Code de procédure civile</p>		
<p>Art. 338-1</p>	<p><i>« Le mineur capable de discernement est informé par le ou les titulaires de l'exercice de l'autorité parentale, le tuteur ou, le cas échéant, par la personne ou le service à qui il a été confié de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat dans toutes les procédures le concernant.</i></p> <p>Lorsque la procédure est introduite par requête, la convocation à l'audience est accompagnée d'un avis rappelant les dispositions de l'article 388-1 du code civil et celles du premier alinéa du présent article.</p> <p>Lorsque la procédure est introduite par acte d'huissier, l'avis mentionné à l'alinéa précédent est joint à celui-ci.</p>	<p><i>« Dans toute procédure le concernant, le mineur âgé de dix ans révolus est informé par le juge de son droit à être entendu et à être assisté d'un avocat. Cette information est délivrée par l'envoi au mineur d'un formulaire dont un modèle est fixé par arrêté du Garde des Sceaux.</i></p> <p><i>L'absence d'information du mineur âgé de dix ans révolus ne peut être décidée par le juge sur le fondement de son absence de discernement qu'au regard de circonstances exceptionnelles établissant le défaut de discernement et par une décision spécialement motivée.</i></p> <p><i>Le formulaire d'information peut être envoyé au mineur âgé de moins de dix ans et capable de discernement sur décision du juge, d'office ou à la demande des parties. En l'absence d'envoi du formulaire d'information, le mineur âgé de moins de dix ans peut demander son audition en adressant un courrier au juge.</i></p> <p>Lorsque la procédure est introduite par requête, la convocation à l'audience est accompagnée d'un avis rappelant les dispositions de l'article 388-1 du code civil et celles du premier alinéa du présent article.</p> <p>Lorsque la procédure est introduite par acte d'huissier, l'avis mentionné à l'alinéa précédent est joint à celui-ci.</p>

	Dans toute convention soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales selon la procédure prévue par l'article 1143 ou par les articles 1565 et suivants, mention est faite 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 ».	Dans toute convention soumise à l'homologation du juge aux affaires familiales selon la procédure prévue par l'article 1143 ou par les articles 1565 et suivants, mention est faite 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 ».
Art. 338-2	« La demande d'audition est présentée sans forme au juge par le mineur lui-même ou par les parties. Elle peut l'être en tout état de la procédure et même pour la première fois en cause d'appel ».	« L'audition du mineur peut être réalisée pour la première fois en cause d'appel ».
Art. 338-3	« La décision ordonnant l'audition peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience ».	« La décision ordonnant l'audition peut revêtir la forme d'une simple mention au dossier ou au registre d'audience ».
Art. 338-4	<p>« Lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas.</p> <p><i>Lorsque la demande est formée par les parties, l'audition peut également 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 mineur.</i></p> <p>Le mineur et les parties sont avisés du refus par tout moyen. Dans tous les cas, les motifs du refus sont mentionnés dans la décision au fond ».</p>	<p>« Lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas.</p> <p><i>La demande d'audition du mineur âgé de dix ans révolus ne peut être rejetée sur le fondement de son absence de discernement qu'au regard de circonstances exceptionnelles établissant le défaut de discernement et par une décision spécialement motivée.</i></p> <p>Le mineur et les parties sont avisés du refus par tout moyen. Dans tous les cas, les motifs du refus sont mentionnés dans la décision au fond ».</p>

Art. 338-5	<p>« La décision statuant sur la demande d'audition formée par le mineur n'est susceptible d'aucun recours.</p> <p><i>La décision statuant sur la demande d'audition formée par les parties est soumise aux dispositions des articles 150 et 152 ».</i></p>	<p>« Le Ministère public, qui peut lui-même être saisi par le mineur, peut interjeter appel de la décision du juge ayant rejeté la demande d'audition de l'intéressé ».</p>
Art. 338-6	<p>« Le greffe ou, le cas échéant, la personne désignée par le juge pour entendre le mineur adresse à celui-ci, par lettre simple, une convocation en vue de son audition.</p> <p><i>La convocation l'informe de son droit à être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix.</i></p> <p>Le même jour, les défenseurs des parties et, à défaut, les parties elles-mêmes sont avisés des modalités de l'audition ».</p>	<p>« Le greffe ou, le cas échéant, la personne désignée par le juge pour entendre le mineur adresse à celui-ci, par lettre simple, une convocation en vue de son audition.</p> <p><i>La convocation l'informe qu'il sera accompagné par son avocat lors de son audition.</i></p> <p>Le même jour, les défenseurs des parties et, à défaut, les parties elles-mêmes sont avisés des modalités de l'audition ».</p>
Art. 338-7	<p>« Si le mineur demande à être entendu avec un avocat et s'il ne choisit pas lui-même celui-ci, le juge requiert, par tout moyen, la désignation d'un avocat par le bâtonnier ».</p>	<p>« Lorsqu'il ordonne l'audition du mineur, le juge requiert, par tout moyen, la désignation d'un avocat par le bâtonnier ».</p>
Art. 338-8	<p>« Lorsque l'audition est ordonnée par une formation collégiale, celle-ci peut entendre elle-même le mineur ou désigner l'un de ses membres pour procéder à l'audition et lui en rendre compte ».</p>	<p>« Lorsque l'audition est ordonnée par une formation collégiale, celle-ci peut entendre elle-même le mineur ou désigner l'un de ses membres pour procéder à l'audition et lui en rendre compte ».</p>

Art. 338-9	<p>« Lorsque le juge estime que l'intérêt de l'enfant le commande, il désigne pour procéder à son audition une personne qui ne doit entretenir de liens ni avec le mineur ni avec une partie.</p> <p>Cette personne doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique.</p> <p>Elle est avisée de sa mission sans délai et par tout moyen par le greffe ».</p>	<p><i>« La désignation d'un tiers à effet d'entendre le mineur ne peut être ordonnée par le juge, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande, que par une décision spécialement motivée.</i></p> <p>Lorsque le juge estime que l'intérêt de l'enfant le commande, il désigne pour procéder à son audition une personne qui ne doit entretenir de liens ni avec le mineur ni avec une partie.</p> <p>Cette personne doit exercer ou avoir exercé une activité dans le domaine social, psychologique ou médico-psychologique.</p> <p>Elle est avisée de sa mission sans délai et par tout moyen par le greffe ».</p>
Art. 338-10	« Si la personne chargée d'entendre le mineur rencontre des difficultés, elle en réfère sans délai au juge ».	« Si la personne chargée d'entendre le mineur rencontre des difficultés, elle en réfère sans délai au juge ».
Art. 338-11	« Les modalités d'audition peuvent être modifiées en cas de motif grave s'opposant à ce que le mineur soit entendu dans les conditions initialement prévues ».	« Les modalités d'audition peuvent être modifiées en cas de motif grave s'opposant à ce que le mineur soit entendu dans les conditions initialement prévues ».
Art. 338-12	« Dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte rendu de cette audition. Ce compte rendu est soumis au respect du contradictoire ».	« Dans le respect de l'intérêt de l'enfant, il est fait un compte rendu de cette audition. Ce compte rendu est soumis au respect du contradictoire ».

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages : monographies et thèses

L. BARDIN

L'analyse de contenu, coll. Quadrige, Paris : PUF, 2^{ème} éd., 2013, 304 p.

M. BERGER

L'enfant et la souffrance de la séparation, coll. Enfances, Paris : Dunod, 2^{ème} éd., 2003, 170 p.

Ph. BONFILS et A. GOUTTENOIRE

Droit des mineurs, coll. Précis, Paris : Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, 1278 p.

F. BOULANGER

Autorité parentale et intérêt de l'enfant – Histoire, Problématiques, panorama comparatif et international, coll. Coup de cœur, Paris : Edilivre, 2008, 398 p.

Ph. BURATTI

La parole de l'enfant en justice, thèse dactyl., Lyon III, dir. J. RUBELLIN-DEVICHI, 1993, 379 p.

P. COURBE et A. GOUTTENOIRE

Droit de la famille, coll. Université Sirey, Paris : Dalloz, 7^{ème} éd., 2017, 586 p.

M. CYR

Recueillir la parole de l'enfant témoin ou victime – De la théorie à la pratique, coll. Enfances, Paris : Dunod, 2014, 240 p.

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ

Les droits de l'enfant, coll. Que sais-je ?, Paris : PUF, 10^{ème} éd., 2018, 128 p.

N. DESCAMPS

Le droit d'expression de l'enfant dans les procès civils, thèse dactyl., Lille II, dir. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, 1996, 571 p.

F. DOLTO

- *La cause des enfants*, Paris : Robert Laffont, 1985, 469 p.
- *Quand les parents se séparent*, coll. Points, Paris : Seuil, 1988, 155 p.

R. P. FISHER et R. E. GEISELMAN

Memory enhancing techniques for investigative interviewing : The cognitive interview, England : Charles C. Thomas Publisher, 1992, 220 p.

L. FRANCOZ TERMINAL

La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais, thèse, Lyon III, préf. RUBELLIN-DEVICHI, coll. Droit européen de la famille, Berne : Stämpfli, 2008, 557 p.

F. GAFFIOT

Dictionnaire Latin Français, Paris : Hachette, 1934, 1719 p.

A. GOUTTENOIRE

L'enfant et les procédures judiciaires, thèse dactyl., Lyon III, dir. J. RUBELLIN-DEVICHI, 1994, 483 p.

B. MALLEVAEY

L'audition du mineur dans le procès civil, thèse dactyl., Université d'Artois, dir. J. VASSAUX, 2015, 855 p.

J. PIAGET

Le jugement et le raisonnement chez l'enfant, coll. Actualités pédagogiques et psychologiques, Paris : Delachaux et Niestlé, 8^{ème} éd., 1978, 204 p.

M. POROT

L'enfant et les relations familiales, coll. Paideia, Deuxième section : psychologie de l'enfant, Paris : PUF, 2^{ème} éd., 1959, 260 p.

J.-P. ROSENCZVEIG et P. VERDIER

La parole de l'enfant – Aspects juridiques, éthiques et politiques, coll. Questions sur..., Paris : Dunod et Jeunesse et droit, 1999, 237 p.

J.-L. VIAUX

L'enfant et le couple en crise, Paris : Dunod et Jeunesse et droit, 1997, 219 p.

II. Actes de colloques

Ph. D. JAFFE et H. REY WICKY (dir.)

Crédibilité et discernement, Actes du colloque organisé à Genève en juin 1996 par la Faculté de Psychologie et des Sciences de l'Education, Université de Genève, *Les cahiers de la société française de psychologie légale*, n° 2, 1997, 126 p.

Enfance et justice, Actes du colloque organisé à Lyon le 25 novembre 2005 par le Centre de droit de la famille, Université Lyon III, *Dr. fam.* n° 7, juillet 2006, p. 6 et s.

Enfant, enfance, discernement, Actes du colloque organisé à Lille le 10 décembre 2010 par la Faculté de Droit et la Faculté de Lettres et Sciences Humaines, Université Catholique de Lille, *Recherches familiales*, 2012/1 n° 9, p. 103 et s.

A. JACOB (dir.)

Les droits de l'enfant, quelle protection demain ?, Actes du colloque organisé à Lyon les 8 et 9 novembre 1990 par la Société lyonnaise pour l'enfance et l'adolescence, Paris : Lierre et Courrier, Lyon : Société lyonnaise pour l'enfance et l'adolescence, 1991, 336 p.

Ph. JACQUES (dir.)

Etre parent aujourd'hui, Actes du colloque organisé à Chambéry le 16 janvier 2009 par la Faculté de Droit et d'Economie, Université de Savoie, coll. Thèmes et commentaires, Paris : Dalloz, 2010, 141 p.

Le statut du mineur : plus de droits, plus de protections, Actes du colloque organisé par la Cour de cassation le 10 juin 2011, *Petites affiches*, 9 mars 2012, n° 50, p. 13.

III. Rapports officiels

D. BAUDIS et M. DERAÏN

L'enfant et sa parole en justice, Rapport 2013 consacré aux droits de l'enfant, novembre 2013, 114 p., consultable sur le site internet du Défenseur des droits.

Cl. BRISSET

Rapport annuel 2005, Rapport de la Défenseure des enfants, Paris : La Documentation française, 2005, 240 p.

Comité des droits de l'enfant

- Observation générale n° 12 (2009) sur le droit de l'enfant d'être entendu, CRC/C/GC/12, 28 p.
- Observation générale n° 14 (2013) sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, CRC/C/GC/14, 12 p.
- Observations finales concernant le cinquième rapport périodique de la France (2016), CRC/C/FRA/CO/5, 23 p.
- Observations finales : France (2009), CRC/C/FRA/CO/4, 25 p.

Cour de cassation

Rapport de la Cour de cassation 1996, Paris : La Documentation française, 1997, 506 p.

Ministère de la Justice

- *Les chiffres clés de la Justice*, Sous-direction de la statistique et des études, 2014, 42 p.
- *Les chiffres clés de la Justice*, Sous-direction de la statistique et des études, 2017, 44 p.

J.-P. ROSENCZVEIG (prés.)

De nouveaux droits pour les enfants ? Oui... dans l'intérêt même des adultes et de la démocratie, Rapport remis à sa demande à Madame Dominique BERTINOTTI, Ministre de la famille, janvier 2014, 292 p., consultable sur le site internet de la Documentation française.

D. VERSINI

Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles, Rapport thématique 2008 de la Défenseure des enfants, novembre 2008, 258 p., consultable sur le site internet de la Documentation française.

IV. Chroniques, articles et études doctrinales

Les astérisques renvoient aux actes de colloque et autres ouvrages collectifs.

D. ATTIAS

« L'avocat d'enfants et l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales », *AJ fam.* 2009, p. 330.

G. BARBIER

« La pratique bordelaise de l'audition de l'enfant », *AJ fam.* 2012, p. 498.

D. BAILLY

« Problèmes liés au consentement chez l'enfant et l'adolescent », *Archives de pédiatrie* vol. 17, février 2010, p. S 7.

E. BAZIN

« De l'audition du mineur dans les procédures relatives à l'autorité parentale », *Gaz. Pal.*, 19 juillet 2014, n° 200, p. 9.

J. BIGOT et Cl. SCHAUDER

« Les dangers de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *AJ fam* 2009, p. 324.

J. BONNARD

« La garde du mineur et son sentiment personnel », *RTD civ.* 1991, p. 49.

M. BRUGGEMAN

« L'audition de l'enfant en justice », *AJ fam.* 2014, p. 12.

M. BRUNEL et J. PY

« Questioning the acceptability of the cognitive interview to improve its use », *L'année psychologique* 2013/3 vol. 113, p. 427.

I. CORPART

« La parole de l'enfant », *RRJ*, 2005/4, vol. I, p. 1807.

S. COURCELLE

« L'audition de l'enfant », *Gaz. Pal.* 1995, n° 3, doct., p. 1408.

M. CREBASSA

« L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales et le juge des enfants », *AJ fam.* 2009, p. 328.

J. DAYAN

« Le discernement chez l'enfant de six à douze ans », *in* : Actes du colloque *Crédibilité et discernement**, *Les cahiers de la société française de psychologie légale*, n° 2, 1997, p. 65.

F. DEKEUWER-DEFOSSEZ

- « Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice », chron.
- « Droits de l'enfant », *Petites affiches*, 30 juin 2010, n° 129, p. 8.
- « L'instrumentalisation du discernement de l'enfant », *in* : Actes du colloque *Enfant, enfance, discernement**, *Recherches familiales*, 2012/1 n° 9, p. 163.

J.-R. DEMARCHI

« Une justice familiale en mutation (bilan de l'évolution législative relative à l'audition de l'enfant) », *Petites affiches*, 17 mars 2010, n° 54, p. 3.

E. DURAND

« L'autonomie de l'enfant. Construire un passé positif », *Le sociographe*, h.-s. n° 6, mai 2013, p. 83.

J. DURIEUX et Ch. PIERRE

« L'audition du mineur », *in* : *Rapport de la Cour de cassation 1996*, Paris : La Documentation française, 1997, p. 113.

C. ELIACHEFF et P. HUERRE

« Le JAF et l'enfant », *AJ fam.* 2009, p. 323.

S. FAZEL, T. HOPE, R. JACOBY

« Assessment of competence to complete advance directives : validation of a patient centred approach », *British Medical Journal* 1999, 318, p. 493.

Th. FOSSIER

« L'exercice de l'autorité parentale par les parents séparés. Quarante mois d'application de la loi du 4 mars 2002 », *Dr. fam.* n° 7, juillet 2005, étude 15.

L. FRANCOZ TERMINAL

« Le nouveau régime de l'audition en justice de l'enfant concerné par une procédure judiciaire », *Dr. fam.* n° 9, septembre 2009, étude 30.

D. GANANCIA

« Le juge écartelé dans les séparations conflictuelles », *AJ fam.* 2013, p. 264.

M. GARDEN

« L'enfant dans et hors la famille, ou l'histoire équivoque », *in* : Actes du colloque *Les droits de l'enfant, quelle protection demain ?**, p. 221.

L. GEBLER

- « L'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales », *Enfances & Psy*, 2007/3 n° 36, p. 50.
- « L'enfant et ses juges. Approche transversale des procédures familiales », *AJ fam.* 2007, p. 390.
- « Le juge aux affaires familiales et la parole de l'enfant : et si on avançait ? », *JDJ* n° 261, janvier 2007, p. 15.

M.-J. GEBLER

« Regards éthiques sur les droits de l'enfant : la parole de l'enfant en justice », *D.* 1989, chron. p. 118.

R. E. GEISELMAN et J. PADILLA

« Cogniting interviewing with child witnesses », *Journal of police Science & Administration*, 1988, 16(4), p. 236.

M. GINET, M. BRUNEL, F. VERKAMPT, M. DESERT, C. COLOMB et R. JUND

« L'entretien cognitif reste-t-il efficace pour aider de très jeunes enfants issus de milieux défavorisés à témoigner d'un événement criminel ? », *L'année psychologique* 2014/2 vol. 114, p. 289.

A. GOUTTENOIRE

- « L'enfant dans les procédures judiciaires : un statut en devenir », *AJ fam.* 2003, p. 368.
- « Les modes de participation de l'enfant aux procédures judiciaires », *in* : Actes du colloque *Enfance et justice**, *Dr. fam.* n° 7, juillet 2006, étude 29.

J.-M. HAYAT et N. FRICERO

- « La réforme de l'audition de l'enfant en justice : un subtil équilibre entre l'intérêt supérieur de l'enfant et l'équité du procès », *RJPF* n° 10, octobre 2009, p. 8.

M. JUSTON

- « La parole de l'enfant devant le juge aux affaires familiales : enfant roi, enfant-proie », *Gaz. Pal.*, 15 et 16 mars 2013, n° 74 et 75, p. 11.
- « La souffrance des enfants dans les situations de séparation de leurs parents : quelle réponse la justice familiale peut-elle apporter ? », *Gaz. Pal.*, 19 janvier 2012, n° 19, p. 12.

M.-E. LAMB, Y. ORBACH, I. HERSHKOWITZ, PH. ESPLIN, D. HOROWITZ

- « Structured forensic interview protocols improve the quality and informativeness of investigative interviews with children : a review of research using the NICHD Investigate Interview Protocol », *Child Abuse & Neglect*, 2007, vol. 31, n° 11, p. 1201.

M. LASBATS

- « Protection de l'enfant dans les séparations conflictuelles », *AJ fam.* 2009, p. 167.

J.-L. LE RUN

- « Les séparations conflictuelles : du conflit parental au conflit de loyauté », *Enfances & Psy*, 2012/3 n° 56, p. 57.

B. MALLEVAEY

- « L'intérêt de l'enfant et la réforme du divorce par consentement mutuel », *Petites affiches* n° 129, 29 juin 2017, p. 6.
- « La parole de l'enfant en justice », *in* : Actes du colloque *Enfant, enfance, discernement**, *Recherches familiales*, 2012/1 n° 9, p. 117.

J. MASSIP

- « Quelques remarques à propos de l'audition de l'enfant en justice (observations sur le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 et sa circulaire d'application) », *Dr. fam.* n° 9, septembre 2010, étude 22.

P. MURAT

- « L'état des devoirs légaux des parents envers leur enfant », *in* : Actes du colloque *Etre parent aujourd'hui**, p. 49.

S. PERDRIOLLE

« Conflit parental et conflit de loyauté : pour un usage raisonné de l'audition de l'enfant », *Enfances & Psy*, 2012/3 n° 56, p. 70.

M. PICOT

« L'avocat de l'enfant », *Dr. fam.* n° 7, juillet 2006, étude 37.

J. POUMAREDE

« De l'enfant-objet à l'enfant sujet de droits : une tardive évolution », *in* : Actes du colloque *Le statut du mineur : plus de droits, plus de protections**, Petites affiches, 9 mars 2012, n° 50, p. 13.

M. REINERT

« Postures énonciatives et mondes lexicaux stabilisés en analyse statistique de discours », *Langage et société* n° 121-122, 2007, p. 189.

D. RENIERS

« Enfant et enfance. D'un discernement nécessaire... Approche psychologique », *in* : Actes du colloque *Enfant, enfance, discernement**, *Recherches familiales*, 2012/1 n° 9, p. 105.

M. SILBERFELD, C. NASH, P.-A. SINGER

« Capacity to complete an advance directive », *Journal of American Geriatric and Society* 1993, 41, p. 1141.

M. TRACHSEL, H. HERMANN, N. BILLER-ANDORNO

« Capacité de discernement : signification éthique, défi conceptuel et appréciation médicale », *Forum Médical Suisse* 2014, 14, p. 221.

J.-L. VIAUX

« Aspects psychologiques de la confrontation de l'enfant à la justice », *in* : Actes du colloque *Enfance et justice**, *Dr. fam.* n° 7, juillet 2006, étude 30.

J.-B. WASSERFALLEN, F. STIEFEL, S. CLARKE, A. CRESPO

« Appréciation de la capacité de discernement des patients : procédure d'aide à l'usage des médecins », *Bulletin des médecins suisses* 2004, 85, p. 1701.

Sans auteur :

- « Avis d'information sur l'audition de l'enfant », *AJ fam.* 2014, p. 21.
- « Interview de Marie Derain, Défenseure des enfants auprès du Défenseur des droits », *AJ fam.* 2014, p. 31.

- « Nouvelle convention pour l'amélioration de la pratique de l'audition d'enfant », *AJ fam.* 2014, p. 18.
- « L'enfant dans les procédures devant le juge aux affaires familiales – Protocole du tribunal de grande instance de Libourne », *JDJ* n° 261, janvier 2007, p. 20.

V. Observations, notes et commentaires de jurisprudence

A. BATTEUR

obs. Cass., 1^{re} civ., 22 octobre 2014, n° 13-24.945, *EDFP*, 15 décembre 2014, n° 11, p. 3.

E. BAZIN

note ss. Cass., 1^{re} civ., 23 novembre 2011, n° 10-23.391, *Dr. fam.* n° 1, janvier 2012, comm. 9.

Ph. BONFILS

obs. Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613 et Cass., 1^{re} civ., 14 juin 2005, n° 04-16.942, *Dr. et patr.* septembre 2005, n° 140, p. 101.

B. BOURDELOIS

note ss. Cass., 1^{re} civ., 19 septembre 2007, n° 06-18.379, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 605.

L. BRIAND

obs. Cass., 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 10-23.502, *AJ fam.* 2011, p. 546.

D. BUREAU

note ss. Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-16.336 Cass., 1^{re} civ., 14 juin 2005, n° 04-16.942, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 605.

A. CHEYNET DE BEAUPRE

note Cass., 1^{re} civ., 5 mars 2014, n° 13-13.530, *RJPF* n° 5, mai 2014, p. 44.

I. CORPART

- note Cass., 1^{re} civ., 22 octobre 2014, n° 13-24.945, *RJPF* n° 1, janvier 2015, p. 33.
- note Cass., 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, *RJPF* n° 5, mai 2015, p. 28.

V. DA SILVA

obs. Cass., 1^{re} civ., 22 octobre 2014, n° 13-24.945, *D.* 2014, p. 2241.

M. DESOLNEUX

obs. Cass., 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, *RLDC* mai 2015, n° 126, p. 49.

M. DOUCHY-LOUDOT

- note ss. Cass., 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 10-23.502, *Proc.* n° 1, janvier 2012, comm. 12.
- note ss. Cass., 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, *Proc.* n° 12, décembre 2012, comm. 358.
- note ss. Cass., 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, *Proc.* n° 5, mai 2015, comm. 161.

V. EGEA

note Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, *D.* 2005, p. 1909.

F. EUDIER

- note Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, *RJPF* n° 9, septembre 2005, p. 21.
- note Cass., 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 10-23.502, *RJPF* n° 12, décembre 2011, p. 26.
- note Cass., 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, *RJPF* n° 12, décembre 2012, p. 36.

J. EUZENOT

note Cass., 1^{re} civ., 19 septembre 2007, n° 06-18.379, *Gaz. Pal.*, 25 novembre 2008, n° 330, p. 36.

Th. FOSSIER

obs. Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, *AJ fam.* 2005, p. 274.

D. GANANCIA

obs. Cass., 1^{re} civ., 22 octobre 2014, n° 13-24.945, *AJ fam.* 2014, p. 695.

A. GOUTTENOIRE

- note ss. Cass., 1^{re} civ., 8 juin 1999, n° 98-20.416, *Dr. fam.* n° 12, décembre 1999, comm. 136.
- note ss. Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, *Dr. fam.* n° 07, juillet 2005, comm. 156.
- obs. Cass., 1^{re} civ., 9 décembre 2009, n° 08-18.145, *EDFP*, 10 mars 2010, n° 3, p. 4.
- obs. Cass., 1^{re} civ., 6 octobre 2010, n° 09-16.335, *EDFP*, 15 décembre 2010, n° 11, p. 4.
- obs. Cass., 1^{re} civ., 20 octobre 2010, n° 09-67.468, *EDFP*, 15 décembre 2010, n° 11, p. 4.

F. GRANET-LAMBRECHTS et Y. STRICKLER

note ss. Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, *JCP G* n° 25, 22 juin 2005, II 10081.

H. GRATADOUR

obs. Cass., 1^{re} civ., 22 octobre 2014, n° 13-24.945, *RLDC* mars 2015, n° 124, p. 33.

J. HAUSER

- obs. Cass., 1^{re} civ., 23 novembre 2011, n° 10-23.391, *RTD civ.* 2012, p. 111.
- obs. Cass., 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, *RTD civ.* 2013, p. 106.
- obs. Cass., 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-17.275, *RTD civ.* 2013, p. 590.
- obs. Cass., 1^{re} civ., 22 octobre 2014, n° 13-24.945, *RTD civ.* 2015, p. 117.
- obs. Cass., 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, *RTD civ.* 2015, p. 352.

B. MALLEVAEY

- note Aix-en-Provence, 25 septembre 2014, RG n° 13/22303, *Petites affiches*, 4 août 2015, n° 154, p. 7, chron. « Droits de l'enfant ».
- note Cass., 1^{re} civ., 28 mai 2015, n° 14-16.511 et Cass., 1^{re} civ., 23 septembre 2015, n° 14-22.636, *Petites affiches*, 5 décembre 2016, n° 242, p. 3, chron. « Droits de l'enfant ».
- note Cass., 1^{re} civ., 14 septembre 2017, n° 17-19.218, *Petites affiches*, 28 septembre 2018, n° 139, p. 6 chron. « Droits de l'enfant ».

J. MASSIP

note ss. Cass., 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613 et Cass., 1^{re} civ., 14 juin 2005, n° 04-16.942, *Deffrénois*, 30 septembre 2005, n° 18, p. 1418.

L. MAUGER-VIELPEAU

obs. Cass., 1^{re} civ., 12 juin 2013, n° 12-13.402, *EDFP*, 15 septembre 2013, n° 8, p. 1.

E. MULON

- note Cass., 1^{re} civ., 19 septembre 2007, n° 06-18.379, *RJPF* n° 1, janvier 2008, p. 22.
- note Cass., 1^{re} civ., 9 décembre 2009, n° 08-18.145, *Gaz. Pal.*, 23 janvier 2010, n° 23, p. 22.
- note Cass., 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 10-23.502, *Gaz. Pal.*, 19 novembre 2011, n° 323, p. 19.

P. MURAT

note ss. Cass., 1^{re} civ., 19 septembre 2007, n° 06-18.379, *Dr. fam.* n° 10, octobre 2007, comm. 192.

Cl. NEIRINCK

- note ss. Cass., 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, *Dr. fam.* n° 1, janvier 2013, comm. 9.
- note ss. Cass., 1^{re} civ., 26 juin 2013, n° 12-17.275, *Dr. fam.* n° 9, septembre 2013, comm. 118.

E. POULIQUEN

- obs. Cass., 1^{re} civ., 28 septembre 2011, n° 10-23.502, *RLDC* novembre 2011, n° 87, p. 51.
- obs. Cass., 1^{re} civ., 24 octobre 2012, n° 11-18.849, *RLDC* décembre 2012, n° 99, p. 40.

A.-Cl. REGLIER

- obs. Cass., 1^{re} civ., 22 octobre 2014, n° 13-24.945, *Dr. fam.* n° 1, janvier 2015, comm. 11.
- obs. Cass., 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, *Dr. fam.* n° 6, juin 2015, comm. 123.

J.-L. RONGE

note ss. Cass., 1^{re} civ., 15 mai 2013, n° 12-12.224, *JDJ* n° 332, février 2014, p. 57.

C. SIFFREIN-BLANC

Cass., 1^{re} civ., 23 novembre 2011, n° 10-23.391, *AJ fam.* 2012, p. 46.

S. THOURET

obs. Cass., 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-11.392, *AJ fam.* 2015, p. 282.

Arrêts cités non commentés et non publiés au Bulletin :

- Cass., 1^{re} civ., 26 octobre 2011, n° 10-19.674.
- Cass., 1^{re} civ., 11 septembre 2013, n° 12-18.543.
- Cass., 1^{re} civ., 20 novembre 2013, n° 12-26.725.
- Cass., 1^{re} civ., 4 décembre 2013, n° 12-27.431.

TABLE DES MATIERES

Remerciements	4
Plan sommaire	6
Liste des abréviations	8
INTRODUCTION	11
I. Contexte du projet de recherche	11
I-1. Émergence de la parole de l'enfant	11
I-2. Affirmation du droit de l'enfant de participer aux décisions l'intéressant	12
I-3. Reconnaissance du droit de l'enfant d'être entendu dans les procédures le concernant	13
II. Contenu du projet de recherche	16
II-1. Problématiques identifiées	16
II-2. Circonscription de la recherche à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales.....	20
II-3. Objectifs et axes de recherche.....	22
III. Méthodologie de l'équipe de recherche.....	23
III-1. Étude des règles applicables à l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales.....	23
III-2. Étude des pratiques en matière d'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales.....	24
III-2-a. Recueil et étude des conventions relatives à l'audition de l'enfant	24
III-2-b. Enquête de terrain par entretiens semi-directifs	26
III-3. Formulation de recommandations	30
 PREMIERE PARTIE : L'effectivité du droit de l'enfant d'être entendu par le juge aux affaires familiales : l'accès de l'enfant à son audition	32
I. Les conditions juridiques de l'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales	32

A – L'enfant doit être concerné par la procédure.....	32
1. Étude des règles applicables	32
2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant.....	34
3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	36
4. Recommandations	38
B – L'enfant doit être capable de discernement	42
1. Étude des règles applicables	42
2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant.....	43
3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	46
a. Analyse des pratiques relatives à la capacité de discernement	46
b. Analyse des positionnements quant à une adaptation des textes applicables	54
4. Recommandations	56
II. Les conditions matérielles de l'accès de l'enfant à son audition par le juge aux affaires familiales	64
A – L'enfant doit être informé de son droit d'être entendu	64
1. Étude des règles applicables	64
2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant.....	68
3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	71
4. Recommandations	72
B – L'enfant doit demander à exercer son droit d'être entendu	81
1. Étude des règles applicables	81
2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant.....	82
3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	86
4. Recommandations	91

SECONDE PARTIE : La mise en œuvre du droit de l'enfant d'être entendu par le juge aux affaires familiales : la réalisation de l'audition de l'enfant

I. Les modalités de l'audition de l'enfant par le juge aux affaires familiales	99
A – L'interlocuteur de l'enfant.....	99
1. Étude des règles applicables	99
2. Analyse des conventions relatives à l'audition de l'enfant.....	100

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	101
4. Recommandations	106
B – L’accompagnement de l’enfant.....	110
1. Étude des règles applicables	110
2. Analyse des conventions relatives à l’audition de l’enfant.....	114
3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	119
4. Recommandations	122
II. Le déroulement de l’audition de l’enfant par le juge aux affaires familiales.....	128
A – Le moment et le lieu de l’audition.....	128
1. Étude des règles applicables	128
2. Analyse des conventions relatives à l’audition de l’enfant.....	129
3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	131
4. Recommandations	133
B – L’entretien du juge avec l’enfant.....	136
1. Etude des règles applicables	136
2. Analyse des conventions relatives à l’audition de l’enfant.....	136
3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	138
a. Analyse des pratiques relatives à l’entretien des magistrats avec les enfants	138
b. Analyse des positionnements quant à une proposition de schéma de l’audition.....	143
4. Recommandations	144
III. Les conséquences de l’audition de l’enfant par le juge aux affaires familiales.....	150
A – Le compte rendu de l’audition de l’enfant.....	150
1. Étude des règles applicables	150
2. Analyse des conventions relatives à l’audition de l’enfant.....	151
3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	155
4. Recommandations	159
B – L’influence de l’audition de l’enfant.....	165
1. Étude des règles applicables	165
2. Analyse des conventions relatives à l’audition de l’enfant.....	167

3. Analyse des entretiens réalisés avec les magistrats.....	168
4. Recommandations	171
CONCLUSIONS	174
 Annexes.....	 181
 Bibliographie.....	 213
I. Ouvrages : monographies et thèses.....	213
II. Actes de colloques	214
III. Rapports officiels.....	215
IV. Chroniques, articles et études doctrinales	216
V. Observations, notes et commentaires de jurisprudence	221
 Table des matières	 225