

# COMMISSION OUVERTE

## **FAMILLE**

RESPONSABLE : HÉLÈNE POIVEY-LECLERCQ



SOUS-COMMISSION DROIT DES MINEURS

Co-responsables : Dominique Attias,  
Catherine Brault et Laurence Tartour

Mardi 25 juin 2013

## L'audition de l'enfant

Intervenants :

**Laurence Tartour et Catherine Brault**

Avocats à la Cour

**Véronique Melchior**

Psychologue auprès du TGI de Paris

**Anne Bérard**

JAF au TGI de Paris



*Présentes à cette occasion, les éditions Lexbase vous proposent de retrouver un compte-rendu de cette réunion.*

# Revue

Lexbase Hebdo édition privée n°535 du 11 juillet 2013

[Famille et personnes] Événement

## L'audition de l'enfant — Compte-rendu de la réunion de la Commission Famille du barreau de Paris du 25 juin 2013

N° Lexbase : N7965BT8



par *Anne-Lise Lonné-Clément*, Rédactrice en chef de Lexbase Hebdo  
— édition privée

La sous-commission "Droit des mineurs" de la Commission "Famille" du barreau de Paris tenait, le 25 juin 2013, sous la responsabilité de Dominique Attias, avocat à la Cour, AMCO, une réunion consacrée à l'audition de l'enfant, à laquelle intervenaient Laurence Tartour et Catherine Brault, avocats au barreau de Paris, coresponsables de la sous-commission "Droit des mineurs", Véronique Melchior, psychologue auprès du TGI de Paris, et Anne Bérard, JAF au TGI de Paris. Présentes à cette occasion, les éditions juridiques Lexbase vous proposent de retrouver le compte-rendu de cette réunion.

Comme l'a rappelé Anne Bérard, les fondements textuels sont l'article 388-1 du Code civil (N° Lexbase : L8350HW8), issu de la loi n° 2007-293 du 5 mars 2007, réformant la protection de l'enfance (N° Lexbase : L5932HUA), et les articles 338-1 (N° Lexbase : L2700IEQ) et suivants du Code de procédure civile. Il faut savoir que c'est le droit international, et notamment la Convention de New-York sur les droits de l'enfant, qui a favorisé en France l'émergence des auditions de mineur. Au niveau européen, le Règlement européen "Bruxelles II bis" du 27 novembre 2003 (N° Lexbase : L0159DYK) a rappelé l'importance des auditions de mineur. Ainsi, par exemple, en matière de déplacement illicite international, l'article 23 du Règlement dispose que le défaut d'audition de mineur peut être une cause de non-reconnaissance de la décision. L'audition de mineur a donc une valeur essentielle à la fois pour ce qu'elle représente, mais également au regard de sa portée juridique, dès lors que son absence peut priver d'effet la décision rendue.

L'article 388-1 du Code civil prévoit que :

*"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".*

Il aura fallu attendre deux ans pour que soit fixée la procédure à travers le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 (N° Lexbase : L2674IER), instituant les articles 338-1 et suivants du Code de procédure civile. Les dispositions du Code de procédure civile sont malheureusement incomplètes et n'apportent pas toutes les réponses aux questions soulevées.

C'est la raison pour laquelle les magistrats et avocats parisiens se sont concertés pour préciser la procédure applicable à l'audition de mineur, donnant lieu à une Convention dite pour l'amélioration de la pratique de l'audition de l'enfant, signée en 2010, et amendée le 15 décembre 2011, à l'issue d'un premier bilan.

Anne Bérard est revenue sur différents éléments de cette convention, qui lie donc le TGI de Paris au barreau de Paris.

#### **– L'information de l'enfant quant à son droit d'être entendu et assisté lors de son audition**

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

*Le juge aux affaires familiales y veillera dans toutes les procédures concernant le mineur, notamment :*

- les modalités d'exercice de l'autorité parentale comprenant le temps partagé avec chacun des parents, droit de visite et d'hébergement des tiers (grand-parents et autres) ;*
- les délégations d'autorité parentale ;*
- les enfants confiés à des tiers ;*
- les déplacements illicites d'enfants ;*
- les changements de prénom des mineurs ;*
- les tutelles des mineurs".*

Anne Bérard relève qu'il n'a pas été fait référence aux contributions à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, mais l'on peut estimer que l'audition de l'enfant peut également être requise à cet égard.

*"Afin de permettre aux parents, tuteurs, personnes, services ou établissement à qui l'enfant a été confié, d'assurer cette information, les avocats s'obligent à insérer dans les requêtes, conventions et assignations soumises à l'agrément des clients qui ont des enfants, les dispositions de l'article 388-1 du Code civil".*

En ce qui concerne la transmission de l'information par les juges, elle est automatique ; l'intervenante indique en effet que toutes les convocations contiennent un pavé d'informations "388-1". Néanmoins, lorsque la convocation revient avec un accusé de réception non signé, la citation est délivrée par huissier ; dans ce cas, l'information de l'article 388-1 sur le droit de l'enfant à être entendu n'est généralement pas délivrée ; ce problème devrait être résolu très prochainement, à la suite d'une recommandation en ce sens faite dernièrement par le président de la chambre des huissiers de Paris.

S'agissant des assignations en référé ou en la forme des référés, il appartient aux avocats eux-mêmes d'indiquer cette mention de l'article 388-1 dans le texte de l'assignation. Le défaut de cette information peut engager la responsabilité de l'avocat.

*"De la même façon, la convention adressée par le greffe rappellera aux parties ce devoir d'information par la reprise*

des dispositions de l'article 388-1 du Code civil.

*En matière de tutelle, même si le juge estime qu'il n'y a pas lieu à convocation des parents pour statuer sur la demande présentée, il doit s'assurer auprès d'eux qu'ils ont avisé le mineur de son droit à être entendu, par l'envoi d'un formulaire à retourner dûment rempli.*

*Les avocats des requérants pourront également, par souci de gain de temps, joindre ce formulaire rempli à leur requête.*

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

La pratique consistant à faire signer un formulaire a été développée par la pratique notariale ; Anne Bérard estime que les avocats ont tout intérêt à adopter cette pratique, que ce soit tant au regard de leur responsabilité, que de l'utilité de l'information pour le juge qui est ainsi assuré que l'enfant a été informé de son droit à être entendu.

*"Aucun avocat des parties ne doit avoir de contact avec l'enfant".*

La magistrate a insisté sur ce point en rappelant qu'il ne faut pas confondre avocat des parties et avocat de l'enfant ; de la même manière, l'avocat de l'enfant ne doit pas avoir de contact avec les parties ; malheureusement il arrive trop souvent que ce principe essentiel ne soit pas respecté.

*"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".*

Cette recommandation répond à une logique de prise en charge globale de l'enfant. Il est très important que l'enfant puisse disposer de "son" avocat, qui va le suivre dans tout son parcours judiciaire.

#### – La demande d'audition

*"L'audition demandée par un enfant est de droit. 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".*

Anne Bérard rappelle qu'il s'agit de l'élément fondamental de la réforme de 2007. Antérieurement à la réforme, le juge avait en effet le pouvoir de refuser par une ordonnance spécialement motivée, l'audition du mineur demandée par le mineur lui-même ; lorsque c'était le parent qui demandait l'audition du mineur, le juge avait le droit de refuser sans motif. Depuis la réforme de 2007, lorsque les parents demandent l'audition, le juge ne peut refuser sans motiver sa décision ; lorsque la demande émane du mineur lui-même, le juge ne peut refuser son audition, sauf s'il n'est pas capable de discernement.

La question de l'appréciation de l'état de discernement est évidemment source de difficultés, en l'absence de toute indication textuelle que ce soit par la loi ou le décret. La convention ne précise rien non plus à cet égard si ce n'est que *"le discernement pourra être apprécié en fonction de la matière et des sujets concernant l'enfant (patrimoniaux ou non)".*

Sur l'âge de discernement, il apparaît que la majorité des magistrats fixe un âge minimum de discernement ; cet âge est variable selon les magistrats. Pour sa part, Anne Bérard pose une présomption de discernement à l'âge de 7 ans, fondé sur la courbe de Gauss. Autrement dit, en principe, elle ne procède pas à l'audition des enfants âgés de moins de 7 ans. Il arrive, toutefois, que les circonstances l'amènent à auditionner un enfant plus jeune. Inversement, elle peut considérer qu'un enfant de 15 ans n'est pas capable de discernement, au regard de sa santé mentale.

Laurence Tartour a signalé que, dans un arrêt rendu le 12 juin 2013, la Cour de cassation a estimé que le conflit parental était tel qu'il faisait obstacle à ce que l'enfant puisse être capable de discernement (Cass. civ. 1, 12 juin 2013, n° 12-13.402, F-D N° Lexbase : A5727KG9) ; la Haute juridiction a approuvé la cour d'appel ayant retenu, *"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 Sarah et Lucie, la première, compte tenu de son âge et de sa maturité, davantage que la seconde, 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 Sarah, 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, [et] en a souverainement déduit que les enfants n'étaient pas capables de discernement".*

Dans le même sens, dans un arrêt du 15 mai 2013 (Cass. civ. 1, 15 mai 2013, n° 12-12.224, F-D N° Lexbase : A5087KDR), la Cour de cassation approuve la cour d'appel qui a déduit le défaut de discernement en relevant qu'"Eva n'avait pas encore neuf ans et que les lettres contradictoires qu'elle avait écrites à quelques jours d'intervalle démontraient qu'elle était soumise aux pressions de ses parents".

Selon Anne Bérard, ces décisions marquent un retour en arrière par rapport à la loi du 5 mai 2007, dans la mesure où cela vient limiter le droit de l'enfant à être entendu.

Catherine Brault a rappelé que le Défenseur des droits, dans une décision du 13 novembre 2012, rappelle que le juge aux affaires familiales doit motiver sa décision lorsqu'il estime que l'enfant n'est pas capable de discernement.

Et Laurence Tartour de conclure, sur cette question, que si le droit de l'enfant à être entendu constitue un progrès, il ne s'agit pas d'un droit absolu, dans la mesure où la méconnaissance de ce droit n'est pas sanctionnée. En effet, si le juge ne fait pas droit à la demande d'un enfant à être entendu, sans motiver ce refus, l'enfant ne dispose d'aucun recours, sauf celui des parents ; il s'agit donc d'un droit sans recours, qui n'est donc pas effectif. Le droit de l'enfant à être entendu reste totalement subordonné à l'accompagnement parental, puisque l'enfant n'est pas partie à la procédure.

*"Sauf en matière de tutelles mineurs, aucune demande d'audition de mineur devant le juge aux affaires familiales ne peut être faite si aucune procédure n'est engagée".*

En effet, l'enfant ne peut engager une procédure pour son propre compte, et il doit se greffer aux procédures existantes puisqu'il n'est pas partie à l'instance. En matière de tutelle mineurs, la solution est différente puisqu'il s'agit d'une procédure non contentieuse.

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

Il arrive en effet très souvent que le juge ait le sentiment que l'enfant est instrumentalisé.

*"Il n'y a aucun formalisme à la demande d'audition de l'enfant, laquelle peut survenir à tout moment de l'instance.*

*La demande d'audition formée par l'enfant est adressée de préférence directement au juge.*

*Il est recommandé qu'elle soit faite au moyen d'un écrit de l'enfant".*

Anne Bérard regrette cette absence totale de formalisme ; elle relève que toute forme de demande doit donc être admise, même dématérialisée, par SMS ou autre... Mais il est évident, selon elle, que l'intérêt de l'enfant commande que la demande soit faite par écrit.

*"L'enfant pourra directement s'adresser au bâtonnier afin qu'un avocat de l'antenne des mineurs lui soit immédiatement désigné.*

*Lorsque l'enfant aura émis le souhait d'être assisté d'un avocat ou, à défaut, lorsqu'il l'estimera conforme à l'intérêt de l'enfant, le juge saisira le bâtonnier de l'Ordre par écrit pour qu'il désigne un avocat pour l'enfant, étant rappelé que la plupart du temps, il est de l'intérêt supérieur de l'enfant d'être assisté".*

L'article 388-1 prévoit, en effet, que l'enfant "*peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix*". En réalité, il est rarissime qu'une demande d'avocat apparaisse *ab initio* dans la demande d'audition de mineur ; néanmoins, la pratique majoritaire de la chambre de Paris montre que le juge demande presque systématiquement la désignation d'un avocat.

#### **– Le déroulement de l'audition de l'enfant et la faculté pour le juge de déléguer l'audition**

L'article 388-1 du Code civil dispose que "*le mineur [...] peut être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet*".

Anne Bérard a insisté sur le fait que le principe est l'absence de délégation ; la délégation n'a lieu qu'exceptionnellement. Le seul motif pouvant justifier une délégation à un tiers est celui de l'intérêt de l'enfant. C'est ainsi que la convention précise que "*Le juge procède lui-même à l'audition ou, lorsque l'intérêt de l'enfant le commande et, plus opportunément, à titre exceptionnel, y fait procéder par une personne qualifiée qu'il désigne à cet effet*".

La pratique de certains tribunaux consistant à déléguer systématiquement, sans motif, l'audition des mineurs consti-

tue, selon Madame Bérard, un dévoiement de la loi.

Exceptionnellement donc, la magistrate estime que l'intérêt de l'enfant peut conduire le juge à déléguer l'audition, notamment lorsqu'il a le sentiment d'une instrumentalisation de l'enfant, ou d'une situation familiale complexe qui justifie que l'audition soit faite par un psychologue capable, outre de procéder à l'audition, de dresser une évaluation de la situation familiale.

C'est ainsi que Véronique Melchior, psychologue, mise à disposition du tribunal de Paris, aux affaires familiales, est amenée à auditionner des enfants. L'intérêt de cette délégation à un psychologue est d'établir, parallèlement à l'audition, une évaluation clinique de la situation. Selon Madame Melchior, il s'agit de resituer la parole de l'enfant dans l'interrelation avec les parents ; l'audition de l'enfant est donc toujours suivie d'un entretien avec chaque parent.

Le psychologue tente de cerner comment l'enfant se situe dans le contexte familial, et déceler des symptômes. Il répercute l'intégralité de la parole de l'enfant au juge, en général sous forme d'un rapport oral. En effet, dans la mesure où il est délégué par le juge, ce dernier doit être informé de l'ensemble du contenu de l'audition.

S'agissant, en revanche, du compte-rendu écrit de l'audition, il est établi en accord avec ce que l'enfant souhaite communiquer. Il faut rappeler que le problème du principe du contradictoire n'existe pas en matière d'audition de mineurs, dans la mesure où le compte-rendu de l'audition est établi dans l'intérêt de l'enfant ; le juge, ou son délégataire, n'a donc pas à répéter aux avocats et aux parties, tout ce qui a été dit par l'enfant.

Sur la question d'une co-audition de l'enfant, par le juge et le psychologue, qui constitue une pratique de certains tribunaux, Madame Melchior et Anne Bérard sont restées très sceptiques. L'occasion pour cette dernière de rappeler l'importance pour chacun des acteurs de bien rester dans son rôle et sa fonction. Si le juge veut assister le psychologue, il doit procéder dans le cadre d'une enquête, telle que prévue par le Code de procédure civile.

#### – Le rôle de l'avocat d'enfant

Tout d'abord, sur les conditions d'intervention des avocats d'enfant, Catherine Brault a rappelé que l'avocat doit faire partie de l'antenne des mineurs et qu'il intervient au titre de l'aide juridictionnelle, quels que soient les revenus des parents.

Si l'enfant a le libre choix de son avocat, le magistrat peut estimer que l'avocat qui se présente pour assister un enfant peut être récusé s'il a des liens avec l'un des parents ; ainsi l'avocat de l'un des parents ne peut être également l'avocat d'un enfant.

S'agissant, ensuite, du rôle de l'avocat d'enfant, il est, avant tout, selon Laurence Tartour, de s'assurer que l'audition de l'enfant résulte bien de la demande de l'enfant lui-même s'il s'agit d'une audition à sa demande, et non d'une manipulation de ses parents, car malheureusement, trop souvent, il s'avère que l'enfant a écrit la lettre de demande d'audition, dictée par ses parents.

De même, Catherine Brault relève que le rôle de l'avocat d'enfant est de bien lui expliquer qu'il a le droit de ne rien dire, s'il le désire. S'il souhaite effectivement être entendu, le rôle de l'avocat est ensuite de lui expliquer le déroulement de l'audition qui sera suivi d'un compte-rendu écrit, et de l'aider à porter sa parole ; la question de savoir si l'enfant a été manipulé ou non, ne rentre pas ici dans le rôle de l'avocat qui n'a d'ailleurs pas la compétence nécessaire pour le déceler.