

AJ Famille

ACTUALITÉ JURIDIQUE FAMILLE



Dossier

499 ENLÈVEMENT INTERNATIONAL D'ENFANTS

541

Nouvelle procédure de reconnaissance de filiation : viser les personnes étrangères, frapper tous les pères

Lisa Carayon

547

Annulation du lien de filiation et perte du nom du père : quelle place pour la volonté de l'enfant ?

Maïté Saulier

551 et 553

Le trouble mental irréversible du prévenu ou de l'accusé, cause d'impossibilité de le juger

Agnès Cerf-Hollender, Gilles Raoul, Cormeil et Valéry Montourcy

DALLOZ



Version numérique incluse*



LA PAROLE DE L'ENFANT DÉPLACÉ EN MATIÈRE D'ENLÈVEMENT INTERNATIONAL ET DE DÉPLACEMENT ILLICITE

par **Delphine Eskrenazi**
Avocat

« L'enfance a des manières de voir, de penser, de sentir qui lui sont propres ; rien n'est moins sensé que d'y vouloir substituer les nôtres. »

Jean-Jacques Rousseau, *Julie, ou La Nouvelle Héloïse*

Cette contribution analyse la place de la parole de l'enfant dans la procédure judiciaire et l'obtention de décisions à la suite d'un déplacement (1^{re} partie), mais également dans le contexte de l'exécution de ces décisions (2^e partie).

■ Parole de l'enfant dans les procédures de déplacement

Le poids de la parole de l'enfant victime

Audition de l'enfant victime d'un enlèvement international : principe universel ? - Selon l'art. 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les enfants « peuvent exprimer leur opinion librement. Celle-ci est prise en considération pour les sujets qui les concernent, en fonction de leur âge et de leur maturité ».

La traduction de ce mouvement de reconnaissance de la voix de l'enfant dans le droit spécial des enlèvements d'enfants se trouve tant dans la Convention de La Haye du 25 oct. 1980 que dans le Règlement « Bruxelles II bis » du 27 nov. 2003.

Dans la Convention de La Haye, l'art. 13 met en avant la possible mise en échec du retour de l'enfant s'il est constaté que « celui-ci s'oppose à son retour et qu'il a atteint un âge et une maturité où il se révèle approprié de tenir compte de cette opinion ».

Le Règlement « Bruxelles II bis », dans son Préam-

bule, souligne que « l'audition de l'enfant joue un rôle important dans l'application du présent Règlement sans que cet instrument ait pour objet de modifier les procédures nationales en la matière ». Au regard des art. 11 et 42, on observe que le juge, statuant sur le retour de l'enfant enlevé, doit s'assurer que « l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité ». L'art. 23, toutefois, dispense de l'audition de l'enfant « en cas d'urgence ».

Interprétation théorique du principe d'audition de l'enfant enlevé - Les textes parlent de « possibilité » pour l'enfant d'être entendu, et non d'une obligation d'audition. L'interprétation est la même pour la CJUE et la CEDH. Elle est dite « minimaliste ».

Au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, la Convention de La Haye « n'impose nullement aux autorités nationales d'entendre l'enfant ». Pour la Cour de justice de l'Union européenne, « tout en restant un droit de l'enfant, l'audition ne peut pas constituer une obligation absolue pour le juge mais doit faire l'objet d'une appréciation en fonction des exigences liées à l'intérêt supérieur de l'enfant dans chaque cas d'espèce ».

Mise en œuvre du principe d'audition par les États membres - Il existe plusieurs politiques en la matière, de la plus réticente à la plus systématique s'agissant de l'audition de l'enfant.

Exemples - La **France** est réticente. Il n'y a pas de régime particulier en matière internationale. Ce sont les mêmes réserves qu'en matière interne. Ainsi, dans un arrêt du 12 avr. 2012, la Cour de cassation a estimé que « les enfants, âgés respectivement de 9 ans et demi et 6 ans et demi, ne disposaient pas du discernement nécessaire ». Le **Royaume-Uni**, quant à lui, a une position intermédiaire. À propos de l'opportunité de l'audition d'un enfant de 7 ans, la Chambre des Lords a répondu que l'enfant « peut mal comprendre la situation et n'avoir qu'un sens limité de son intérêt supérieur ». Pour l'**Allemagne**, l'audition est systématique, et obligatoirement menée par le juge lui-même, dès que l'enfant est « en mesure de s'exprimer de façon compréhensible », soit vers 3-4 ans. Ainsi, « l'enfant doit être le sujet de la procédure familiale et non son objet ».

Poids variable accordé à la voix de l'enfant victime - Là encore, le poids accordé à la voix de l'enfant victime d'un enlèvement international diffère d'un pays à un autre.

Exemple - Au **Royaume-Uni**, il a été estimé en 2003 que l'opposition de l'enfant aîné « n'était pas d'un poids suffisant pour déclencher l'application de l'exception ». En **France**, en 2006, il a été considéré que « la seule opposition des enfants ne pouvait justifier le rejet de la demande de retour ». De

① CEDH, 9 sept. 2014, n° 43730/07, *Gajtani d Suisse*, AJ fam. 2014. 568, obs. É. Viganotti ; D. 2015. 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

② CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-491/10, *Joseba Andoni Aguirre Zarraga d Simone Pelz*, D. 2011. 248 ; Rev. crit. DIP 2012. 172, note H. Muir Watt.

③ Civ. 1^{re}, 12 avr. 2012, n° 11-20.357, D. 2012. 2267, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire.

④ Re. D, House of Lords, 16 nov. 2006, UKHL 51.

⑤ A. Gouttenoire et M. Völker, La parole de l'enfant dans le Règlement Bruxelles II bis. Regards croisés, AJ fam. 2005. 266. Mallory Völker est juge aux affaires familiales au tribunal d'instance de Saarbrücken (Allemagne) et magistrat référent à l'ENM pour le domaine du droit de la famille allemand et international.

⑥ *First division Inner Court of Session, W. v. W.*, 6 déc. 2003, HC/E/UKs 805.

⑦ Civ. 1^{re}, 14 févr. 2006, n° 05-14.646, AJ fam. 2006. 252 ; D. 2006. 672 ; Rev. crit. DIP 2007. 96, note E. Gallant.

même, en 2010, la première Chambre civile de la Cour de cassation a pu valider le raisonnement d'une cour d'appel ayant ordonné le retour de deux enfants nonobstant l'opposition de ces derniers – âgés respectivement de 11 et 14 ans au moment de leur audition – eu égard au conflit de loyautés patent dont ils étaient victimes de la part de leurs parents. Toujours en France, en 2016, la Cour de cassation a approuvé une cour d'appel qui avait jugé que « l'opposition de Maxime, âgé de 9 ans, qui aux termes des pièces du dossier bénéficiait d'un suivi thérapeutique au Canada et est décrit comme souffrant de troubles de l'attention, ne peut par conséquent justifier son non-retour ». En **Australie**, en 2007, il a été décidé que l'opposition de l'enfant doit être d'une « force » qui dépasse la simple expression de préférences ou de souhaits ordinaires. En **Belgique** et en **Autriche**, en 2003, il a été observé que le simple fait de préférer le pays d'accueil ne suffisait pas à constituer une opposition. En **Allemagne**, en 1998, il a été décidé que l'opposition de l'enfant à son retour était « insuffisante » et « non concluante ».

Force est donc de constater que l'audition systématique ne signifie pas la prise en compte inéluctable de l'opinion exprimée.

De fait, la solution envisagée au Royaume-Uni afin de systématiser les solutions était de se référer à une liste de questions destinées à guider l'analyse du juge quant à l'opposition de l'enfant à son retour⁽⁸⁾.

Si l'opinion de l'enfant est parfois prise en compte, il existe une tendance majoritaire à passer outre son opposition au retour, mais des décisions contraînes existent⁽⁹⁾.

Le poids de la parole de l'enfant victime en droit interne

L'audition de l'enfant : questions pratiques – En droit français, il n'existe pas de régime propre s'agissant de l'audition de l'enfant enlevé. Dans une telle situation, il faut s'en référer au droit commun, qui implique de distinguer deux situations.

En droit français, il n'existe pas de régime propre s'agissant de l'audition de l'enfant enlevé. Il faut s'en référer au droit commun

Premièrement, au regard de l'art. 388-1 c. civ., si l'audition est demandée par l'enfant, elle est de droit, à condition que le juge l'estime capable de discernement. Il faut noter ici que l'absence de discernement ne peut résulter de l'âge seul de l'enfant⁽¹⁰⁾. Deuxièmement, selon l'art. 388-2 c. pr.

civ., les parents peuvent demander l'audition de l'enfant au cours de la procédure. Dans ce cas, l'audition n'est pas obligatoire : le juge peut la refuser quand bien même l'enfant serait doué de discernement.

En ce qui concerne le moment de l'audition, l'enfant est, dans la majorité des cas, entendu après les débats. Pour les fratries, il arrive que de très jeunes enfants soient entendus malgré leur manque de discernement, afin qu'ils n'aient pas le sentiment d'être mis à l'écart lorsque le reste de la fratrie est auditionné.

Quelques statistiques issues d'un tableau de l'AJ Famille publié en 2014⁽¹¹⁾

Âge de l'enfant	Part des enfants reconnus capables de discernement
17	100,00 %
16	100,00 %
15	100,00 %
14	100,00 %
13	86,00 %
12	67,00 %
11	38,00 %
10	48,00 %
9	20,00 %
8	7,00 %
7	4,00 %
6	6,00 %
5	3,50 %
4	0,00 %
3	0,00 %
2	0,00 %
1	0,00 %
Moins d'un an	0,00 %

Pour reprendre les mots de Maryline Bruggeman, « régulièrement dénoncées, ces divergences paraissent néanmoins inévitables s'agissant d'une notion de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond »⁽¹²⁾. Ainsi, comme le souligne Cécile Bargeton-Dyens : « cette situation est source d'incertitude juridique et la nécessité de réformer sur ce point l'art. 388-1 c. civ. fait partie des dix propositions de la défenseure des droits de l'enfant »⁽¹³⁾.

La prise en compte de l'avis de l'enfant auditionné – Il faut considérer ici quelques décisions pour constater que les décisions liées à la prise en compte de l'avis de l'enfant auditionné sont difficiles à systématiser et n'ont pas de critères clairs dans leurs applications.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 10 sept. 2015⁽¹⁴⁾, a estimé que l'enfant de 9 ans peut être

(8) Civ. 1^{re}, 8 juill. 2010, n° 09-66.406, AJ fam. 2010. 482, Pratique A. Boiché ; D. 2010. 1798.

(9) Civ. 1^{re}, 10 févr. 2016, n° 15-19.565.

(10) Richards & Director-General, Department of Child Safety [2007] FamCA 65, du 15 févr. 2007.

(11) TPI Bruxelles, 27 mai 2003, n° 02/7742/A.

(12) Cour suprême, 8 oct. 2003, n° 90b102/03w.

(13) Tribunal cantonal, Family Court, 18 sept. 1998, référence INCADAT : HC/E/DE 325.

(14) V., par ex., Court of appeal (Angleterre), 18 avr. 2000, aff. dite « Re T. », référence INCADAT : HC/E/UKe 270.

(15) Civ. 1^{re}, 17 oct. 2007, n° 07-11.449, AJ fam. 2008. 213, obs. A. Boiché ; D. 2007. 2811.

(16) Civ. 1^{re}, 18 mars 2015, n° 14-11.392, AJ fam. 2015. 282, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2015. 352, obs. J. Hauser.

(17) L. Briand, L'audition du mineur devant le JAF : examen des arrêts d'appel, AJ fam. 2014. 22.

(18) M. Bruggeman, L'audition de l'enfant en justice, in Dossier « Parole de l'enfant », AJ fam. 2014. 12.

(19) C. Bargeton-Dyens, La parole de l'enfant, in Dossier « Parole de l'enfant », AJ fam. 2014. 25.

(20) N° 14/19555.

« confrontée à un conflit de loyauté ». Dans un autre arrêt du 7 mai 2015⁽²¹⁾, elle déclarait que : « la parole des enfants ne peut être déterminante [...], qu'elle ne fait que traduire l'emprise du père ».

Dans cette même voie, la cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 13 sept. 2012⁽²²⁾, affirmait qu'« on ne saurait ratifier, automatiquement et sans nuance, le souhait exprimé par cet enfant lors de son audition de vivre auprès de son père ».

A *contrario*, la cour d'appel d'Aix-en-Provence⁽²³⁾, pour confirmer la décision sur la résidence de l'enfant, soulignait, dans un arrêt du 10 nov. 2015, que « la décision déferée se fonde [...] sur l'audition des enfants ». S'inscrivant dans le même état d'esprit, la cour d'appel de Lyon a fait valoir, le 5 sept. 2011⁽²⁴⁾ que les enfants « avaient manifesté leur souhait d'être plus souvent avec leur père ». Ici, l'avis est donc pris en compte.

Force est de constater que le juge fait face à un dilemme : doit-il imposer à l'enfant une situation avec laquelle il a exprimé son désaccord, s'il estime qu'elle est dans son intérêt ?⁽²⁵⁾

■ Parole de l'enfant dans l'exécution forcée des décisions de retour

« Bruxelles II bis », l'audition de l'enfant comme condition d'exécution de la décision de retour

Champ d'application - On rappellera que la juridiction d'un État membre saisie d'une demande de retour doit veiller à ce que l'enfant puisse être entendu pendant la procédure lorsque, une fois le caractère illicite du déplacement acquis, un motif de non-retour prévu par les art. 12 et 13 de la Convention est susceptible de s'appliquer, sauf si l'audition apparaît impossible ou inappropriée (Règlement « Bruxelles II bis », art. 11, 2).

Cependant, l'audition de l'enfant – ou, à tout le moins, la possibilité pour celui-ci d'être entendu – n'est pas, pour le Règlement, une condition générale d'exécution d'une décision de retour dans un autre État membre, pour la simple et unique raison pratique qu'une décision de retour doit généralement être exécutée dans l'État qui a rendu ladite décision, l'enfant se trouvant précisément sur son territoire. Dès lors, la seule décision de retour dont la circulation

au sens du droit international privé apparaît nécessaire – et dont l'audition comme condition de « reconnaissance et d'exécution » se pose – est la décision de retour qui serait rendue par l'État membre d'origine, au sens de la Convention de La Haye, c'est-à-dire l'État membre sur le territoire duquel l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement. En effet, l'audition de l'enfant comme condition d'exécution d'une décision de retour ne vise en réalité qu'une hypothèse : celle où, saisie d'une demande de retour, la juridiction d'un État membre – de refuge – rend une décision de non-retour au visa de l'art. 13 de la Convention (et donc parce que, notamment, l'enfant, entendu, s'est opposé à son retour).

La décision de retour de l'État d'origine l'emporte sur celle de non-retour de l'État refuge - L'art. 11, 6, du Règlement fait obligation à la juridiction de l'État dans lequel l'enfant a été déplacé de transmettre une copie de sa décision de non-retour à la juridiction de l'État membre d'origine (là où l'enfant avait sa résidence habituelle immédiatement avant le déplacement), celle-ci pouvant décider, après une procédure particulière, d'ordonner le retour⁽²⁶⁾ en dernier lieu, nonobstant le refus de son homologue européen. Cette décision nécessite alors des dispositions particulières quant à sa reconnaissance et son exécution, car l'enfant ne se trouve généralement pas dans l'État d'origine, et que l'exécution doit se réaliser dans un autre ordre juridique.

Pas de certification sans audition de l'enfant - Dans cette hypothèse, selon l'art. 42, 1, du Règlement « Bruxelles II bis », la décision de retour de l'enfant jouit de plein droit de la force exécutoire dans un autre État membre (et donc, partant, dans l'État membre dont la juridiction a rendu *ab initio* une décision de non-retour aux visas de l'art. 13) si la décision a été certifiée dans l'État membre d'origine. Or, la certification n'est délivrée, entre autres, que si l'enfant a eu la possibilité d'être entendu. Compte tenu des différences majeures entre les législations des États membres, la « possibilité d'être entendu » ne sera pas interprétée de la même façon en France ou en Allemagne. C'est pourquoi il serait opportun que les juges internes intègrent dans leurs décisions les raisons pour lesquelles ils ont décidé d'auditionner ou non l'enfant.

En érigeant l'audition de l'enfant en condition d'exécution de la décision de retour, sans en adopter de définition uniformisée à l'échelle européenne, le Règlement a créé un risque majeur de blocage.

Pour contrer ce risque, une règle a été adoptée par la CJUE. La décision d'entendre ou non l'enfant comme la contestation de cette décision relèvent de la compétence de l'État d'origine⁽²⁷⁾.

Un « guide pratique » pour l'application du Règlement « Bruxelles II bis » a été réalisé par la direction générale de la justice de la Commission européenne. C'est la juridiction ayant rendu la décision et délivrant le certificat, c'est-à-dire la juridiction de l'État d'origine, qui doit entendre l'enfant.

Il ressort de l'arrêt *Joseba Andoni Aguirre Zarraga c/ Simone Pelz* de 2010 (préc.) que toute contestation relative à l'audition de l'enfant doit se faire dans l'État d'origine. Le non-respect des conditions posées par l'art. 42, 1, est inopposable à l'État de refuge qui ne peut résister à l'ordre de retour.

L'exécution à l'épreuve de la protection psychologique de l'enfant : la question de l'intervention de la force publique

Le « Guide de bonnes pratiques » volume 4 (2010) réalisé par la Conférence de La Haye et consacré à l'exécution de la Convention impose aux États de mettre en place « des mécanismes rapides et efficaces, comprenant un éventail de mesures coercitives efficaces

Toute contestation relative à l'audition de l'enfant doit se faire dans l'État d'origine

(21) N° 14/09676.

(22) N° 11/04670.

(23) N° 14/21753.

(24) N° 10/03636.

(25) M. Bruggeman, art. préc.

(26) Ou une décision impliquant le retour. – V., à ce titre, A. Devers, Les applications du droit international privé à l'enfant, in P. Murat, *Droit de la famille*, Dalloz action, 2017, p. 1863, spéc. 534.100 s.

(27) Cette règle dépasse toutefois la simple hypothèse visée par l'art. 42, 1 et est générale à toute décision rendue dans le cadre du déplacement illicite : la décision de recourir à l'audition de l'enfant ainsi que la contestation de cette décision relèvent exclusivement de la compétence de l'État qui a rendu la décision, qu'il s'agisse d'une décision de retour ou de non-retour ; rendue par la juridiction de l'État membre de refuge ou l'État membre d'origine.

[...] pour l'exécution des décisions de retour ».

On peut cependant s'interroger. Ces mesures doivent-elles aller jusqu'à permettre l'intervention de la force publique en cas de nécessité ?

Pour la CEDH, la réponse donnée dans son arrêt *Maumousseau et Washington c/ France*²⁸ est très clairement positive. Bien que l'intervention de la force publique ne soit pas la plus appropriée et puisse revêtir des aspects traumatisants pour l'enfant, il est permis d'y recourir, sous le contrôle du procureur de la République, un « magistrat professionnel à haute responsabilité décisionnelle ». Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'une intervention des forces de l'ordre dans une école maternelle pour l'appréhension d'un enfant de 4 ans.

La loi n° 2010-1609 du 22 déc. 2010 prend acte de cette jurisprudence et place le recours de la force publique sous le contrôle du procureur de la République. Selon son art. 8, le procureur de la République peut requérir directement la force publique pour faire exécuter les décisions rendues sur le fondement des instruments internationaux et européens relatives au déplacement illicite international d'enfants (L. n° 91-650 du 9 juill. 1991, art. 12-1).

Le décret n° 2012-98 du 27 janv. 2012 précise les pouvoirs du procureur. Pour déterminer les modalités les plus adaptées de la décision de retour, il peut s'attacher les services de toute personne qualifiée aux fins de favoriser l'exécution amiable (C. pr. civ., art. 1210-8). À défaut, il est compétent pour requérir le concours de la force publique (C. pr. civ., art. 1210-9).

L'intervention de la force publique prend concrètement la forme d'une appréhension physique de l'enfant à la sortie de l'école ou à son domicile. Compte tenu de son caractère particulièrement traumatisant pour l'enfant, il serait opportun que les forces de l'ordre reçoivent une formation adaptée aux spécificités d'une telle opération.

La Conférence de La Haye a entamé des réflexions quant à un nouveau volume concernant le « Guide des bonnes pratiques » dont l'objet serait, cette fois, la mise en œuvre de l'audition de l'enfant (art. 13, al. 1^{er}, b)²⁹. Il vise notamment à harmoniser les pratiques des États parties à la Convention dans la mise en œuvre ainsi que la prise en compte de l'audition de l'enfant par les juridictions. Voici quelques suggestions qui figurent à ce jour dans ce nouveau projet :

[28] CEDH, 6 déc. 2007, n° 39388/05, AJ fam. 2008. 83, obs. A. Boiché.

[29] Propositions issues de la septième réunion de la Commission spéciale sur le fonctionnement pratique des Conventions « Enlèvement d'enfants » de 1980 et « Protection des enfants » de 1996 sur www.hcch.net/fr/home, « Espace Enlèvement d'enfants », puis onglet « Réunions des Commissions spéciales » et « Septième réunion de la Commission spéciale (oct. 2017) ».

Exemples de bonnes pratiques des tribunaux, sous réserve qu'elles soient opportunes et autorisées par les procédures et les pratiques internes

- Étudier la possibilité d'appliquer les techniques de gestion des affaires judiciaires pour répondre aux besoins de l'enfant en termes de délais efficaces, de traitement approprié à l'âge et d'informations adéquates sur l'affaire ou de participation à la procédure. « Informer ou encourager les parties, le représentant légal de l'enfant ou un expert nommé à informer l'enfant de la procédure en cours et de ses conséquences possibles dans les délais opportuns et de manière appropriée à son âge et à son degré de maturité.

- Étudier l'opportunité de donner à l'enfant la possibilité d'être entendu dans les affaires fondées sur l'art. 13(1)(b) en fonction des faits de l'espèce et compte tenu de son âge et de son degré de maturité, car son point de vue peut donner des informations importantes sur la nécessité de le protéger et sur les moyens de protection efficaces et adéquats (dans l'État où il a été emmené ou retenu et dans l'État où il retournera).

- Veiller à ce que l'enfant soit interrogé par des personnes qui possèdent une formation et une expertise adéquates en matière de communication avec les enfants, que ce soit un juge, un expert indépendant ou une autre personne (...), et qui, autant que possible, connaissent et comprennent bien la Convention de 1980 et la portée des procédures de retour et de l'exception de risque grave.

- Pour recueillir les vues de l'enfant, envisager des outils comme les rapports sur la famille (adaptés à la portée limitée des procédures de retour) établis par des experts possédant les qualifications appropriées pour aider à déterminer le poids qu'il convient de donner aux vues de l'enfant.

- Veiller à ce que le fait d'entendre l'enfant n'engendre pas de retard indu dans l'examen de l'affaire.

- Veiller à ce que l'enfant ne se sente pas responsable de l'issue de la procédure, ce qui compromettrait sa relation avec ses parents ».

LA RECONNAISSANCE DES ACCORDS FAMILIAUX IMPLIQUANT DES ENFANTS

par Alexandre Boiché
Avocat

Automaticité du retour, une priorité - L'automaticité du retour de l'enfant illicitement déplacé doit être préservée. Les exceptions, notamment le risque grave que l'enfant encourrait en revenant dans l'État d'origine¹, si elles doivent effectivement être examinées, au besoin à la lumière des dispositions de l'art. 8 de la Conv. EDH,

ne doivent nullement conduire les juges saisis d'une procédure de retour, en application de la Convention

[1] V. R. Le Cotty, *supra* p. 529.