



Paris, le 13 novembre 2012

Décision du Défenseur des droits n° MDE-2012-158

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ;

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Vu la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants

Vu le code civil et notamment l'article 388-1 ;

Vu le code de procédure civile ;

Après consultation du collège compétent en matière de défense et de promotion des droits de l'enfant

Saisi d'une question relative à l'audition de l'enfant et aux difficultés que soulève l'appréciation du discernement ;

Décide d'adresser les recommandations suivantes à Madame la Garde des Sceaux

Le Défenseur des Droits,

Dominique BAUDIS

Recommandations à Madame la Garde des Sceaux

Exposé des faits

1. A la suite de la séparation de leurs parents, des enfants âgés de 11 et 12 ans ont vu leur résidence habituelle fixée chez leur mère par le juge aux affaires familiales. Au cours de la procédure d'appel interjetée par leur père, ils ont demandé, par courrier, à être entendus par la cour d'appel. Le conseiller de la mise en état a refusé de procéder à leur audition en raison de « *leur jeune âge et de leur absence de discernement* ». Ils ont formulé une seconde demande au juge aux affaires familiales, laquelle a également été rejetée sur le fondement de l'absence de discernement, sans autre explication.

Le Défenseur des droits a été saisi par le père des enfants car ceux-ci ne comprenaient pas pourquoi en dépit de leur âge, leurs demandes d'auditions avaient été rejetées.

Chaque année, le Défenseur des droits est saisi d'une dizaine de réclamations de la part des enfants ou de leurs parents concernant l'audition de l'enfant devant le juge aux affaires familiales.

2. Les normes internationales et européennes, d'une autorité supérieure à la loi, reconnaissent le principe de l'audition de droit du mineur doué de discernement dans toute procédure, administrative ou judiciaire, le concernant.

Ainsi, l'article 12 de la Convention internationale des droits de l'enfant¹ reconnaît à l'enfant « *capable de discernement le droit d'exprimer librement son opinion sur toute question l'intéressant* » et de la voir prise en considération selon son âge et son degré de maturité. Les Etats doivent, en application de ce même article, donner à l'enfant « *la possibilité d'être entendu dans toute procédure judiciaire l'intéressant, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un représentant ou d'un organisme approprié* ».

De même, destinée à renforcer les droits procéduraux du mineur, la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants² impose à toute autorité judiciaire de consulter l'enfant, « *sous une forme appropriée à son discernement, à moins que ce ne soit manifestement contraire aux intérêts supérieurs de l'enfant* »³.

Il en résulte en droit interne que, conformément à l'article 388-1 du code civil, dès lors qu'il est capable de discernement, le mineur peut être entendu par le juge ou une personne désignée par lui dans toute procédure qui le concerne. Si le mineur est doué de discernement et qu'il demande à être entendu, son audition est de droit. Depuis le décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, le refus du juge, insusceptible de recours, doit être motivé et ne peut être fondé que sur l'absence de discernement ou par le fait que la procédure ne concerne pas l'enfant⁴.

¹ Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 20 novembre 1989.

² Signée le 25 janvier 1996 et ratifiée par la France le 10 janvier 2008.

³ Articles 3 et 6.

⁴ Articles 338-4 et 338-5 du code de procédure civile.

Par ailleurs, comme a eu l'occasion de le rappeler la Cour de cassation, ce droit à être entendu doit être respecté dès lors que l'enfant en fait la demande, laquelle doit être examinée à tous les stades d'une même procédure, y compris si la demande d'audition de l'enfant intervient en cours de délibéré.⁵

3. Ainsi, saisi d'une demande d'audition par l'enfant et après avoir constaté que la procédure le concernait, le magistrat se doit dans un premier temps d'évaluer son discernement. S'il refuse d'entendre le mineur, il est tenu de motiver sa décision.

I. L'appréciation du discernement

4. L'appréciation du discernement doit avoir lieu avant l'audition. Si communément le discernement s'entend de l'aptitude de l'esprit à juger clairement et sainement des choses, le législateur n'a néanmoins pas donné de définition de la notion, absence délibérée qui n'a pas été comblée par le décret du 20 mai 2009.

Il en résulte une certaine souplesse et une adaptation louable à chaque situation mais, par voie de conséquence, des disparités territoriales⁶. Les pratiques entre les juridictions sur le territoire français, voire au sein d'une même juridiction, peuvent ainsi être différentes. Certains juges se fondent exclusivement sur l'âge, d'autres effectuent une appréciation des aptitudes réelles du mineur.

Si le critère fondé sur l'âge présente l'avantage d'uniformiser les pratiques, en revanche, il n'est pas forcément en adéquation avec les capacités réelles de l'enfant. Il n'est, par ailleurs, pas totalement conforme à la volonté du législateur et aux textes internationaux précités⁷.

5. Les magistrats doivent ainsi faire une appréciation au cas par cas du discernement et pour cela tenir compte de l'âge, de la maturité, du degré de compréhension⁸ et du contexte dans lequel évolue l'enfant. C'est donc une appréciation subjective et *in concreto* qu'est amené à effectuer le juge.

6. Par conséquent, pour procéder à cette évaluation, le magistrat a la possibilité soit d'entendre tout d'abord le mineur, soit de mandater une personne pour évaluer le discernement, dans le cadre d'une enquête sociale ou d'une expertise psychologique.

7. Dans ce contexte, force est de constater que les magistrats ne sont pas formés spécifiquement à l'évaluation du discernement et qu'ils se trouvent actuellement démunis, le

⁵ Cass.1^{ère} civ, 24 octobre 2012, n°11-18.849

⁶ *Rapport de la Défenseure des enfants 2008*, « Enfants au cœur des séparations parentales conflictuelles ». Des écarts d'âge importants ont été relevés entre les juridictions, le discernement pouvant être reconnu à un enfant de 7 ans comme à un enfant de 12 ans.

⁷ A ce titre, le comité des droits de l'enfant « *décourage 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* » et rappelle qu'il est nécessaire de faire une « *évaluation individuelle* » du discernement. Enfin, il recommande d' « *élaborer des bonnes pratiques pour l'évaluation des capacités de l'enfant.* » Observation générale n° 12 (2009), « Le droit de l'enfant d'être entendu ».

⁸ Circulaire du 3 mars 1993 du ministère de la Justice relative à l'état civil, à la famille et aux droits de l'enfant, JO 24 mars 1993.

recours aux expertises, démarche tout à fait pertinente pour apprécier le discernement de l'enfant, ne pouvant se faire de façon systématique.

II. La motivation du refus d'audition

I. L'étude des décisions dont le Défenseur des droits est saisi montre que, lorsque le magistrat refuse l'audition de l'enfant, dans la plupart des cas, la motivation est très générale, se fondant seulement sur le jeune âge et l'absence de discernement, qui en découlerait nécessairement, sans faire l'objet de développements plus détaillés.

Dans d'autres hypothèses, l'intérêt de l'enfant s'oppose à ce qu'il soit entendu par le juge. Cependant, les magistrats n'y font pas expressément référence dans leur motivation, ce qui rend le refus d'audition de mineurs capables de discernement difficile à expliquer aux enfants et aux familles.

II. Au regard de ces éléments, afin d'être pleinement compris et accepté, tant par l'enfant que par la famille, il serait pertinent que le refus d'audition fasse l'objet d'une motivation explicite et concrète.

Il conviendrait de rappeler que ce refus peut être fondé sur l'un des motifs suivants :

- La procédure ne concerne pas l'enfant.
- L'absence de discernement de l'enfant : il convient alors d'expliquer en quoi le mineur n'est pas doué de discernement.
- L'intérêt supérieur de l'enfant : en conformité avec l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant, d'applicabilité directe⁹, et avec l'article 6 précité de la Convention européenne sur l'exercice des droits des enfants, le magistrat peut refuser l'audition parce qu'il considère celle-ci contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qu'il doit alors justifier.

➤ **RECOMMANDATIONS :**

Le Défenseur des droits recommande de :

1. Rappeler par tous moyens :
 - qu'entendre le mineur pour lui permettre d'exprimer son opinion dans toute procédure le concernant, et ce à tous les stades de la procédure, dès lors qu'il est capable de discernement, est un droit fondamental de l'enfant affirmé notamment par la Convention internationale des droits de l'enfant.
 - que l'évaluation du discernement soit réalisée *in concreto*, en fonction de l'âge, des aptitudes réelles de l'enfant et du contexte dans lequel il évolue. L'évaluation implique ainsi nécessairement un premier contact avec l'enfant, dans le cadre d'une enquête sociale, d'une expertise psychologique ou d'une audition préalable.

⁹ Civ. 1^{ère} 18 mai 2005, pourvoi n°02-16336 et pourvoi n° 02-20613.

- que le caractère manifestement contraire à l'intérêt de l'enfant de l'audition peut fonder le refus d'audition conformément à l'article 3 de la Convention internationale des droits de l'enfant.
 - que le refus d'audition du mineur doit être motivé de manière explicite et concrète.
2. Développer la formation des magistrats quant à l'évaluation du discernement, tant dans la formation initiale que continue.

➤ **TRANSMISSIONS**

Conformément à l'article 25 de la loi organique du 29 mars 2011, le Défenseur des droits adresse cette décision, pour réponse à Madame la Garde des Sceaux, qui dispose d'un délai de deux mois pour faire connaître les suites qu'elle donnera à ces recommandations.

Le Défenseur des Droits,

Dominique BAUDIS

A handwritten signature in blue ink that reads "Dominique Baudis". The signature is written in a cursive style with some underlining of the letters.